

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 อุกฤษ 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) กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของประชาชนเป็นระยะเวลาานานพอสมควร ที่สามารถจะทำให้เกิดการวิวัฒนาการและพัฒนาขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนโดยมีการปฏิบัติเป็นการทั่วไป และปฏิบัติตามโดยมีความรู้สึกที่ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติตาม
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของศาล กล่าวคือ ศาลได้พิพากษาเรื่องแบบเดียวกันด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันหลาย ๆ คดีอยู่อย่างสม่ำเสมอไม่เปลี่ยนแปลง แต่อย่างไรก็

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

ตาม กฎหมายจารีตประเพณีประเภทนี้ถือเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับระยะเวลาหรือความสม่ำเสมอของการพิพากษาคดีของศาลว่า ควรจะมีการปฏิบัติตามในระยะเวลายาวนานเท่าใด

ในส่วนของคุณลักษณะหรือความสมบูรณ์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากจารีตประเพณีที่มีผลในทางกฎหมายนั้น นักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่เห็นว่า ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

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

- 4) ประชาชนปฏิบัติตามด้วยความรู้สึกว่าจะสิ่งนั้นควรจะได้รับปฏิบัติตาม

ปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีเพิ่มมากขึ้น แต่กฎหมายเยอรมันก็ยังคงให้ความสำคัญกับกฎหมายจารีตประเพณี โดยให้กฎหมายจารีตประเพณีมีผลเทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายจารีตประเพณี และไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี รวมถึงยอมรับว่าหากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีบังคับแทน⁷⁸ และในบางกรณีกฎหมายจารีตประเพณีอาจจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ล้าสมัยได้ โดยเรียกกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวว่า “desuetude”⁷⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ก็พบว่าไม่ค่อยปรากฏว่ามีตัวอย่างของคดีในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นในศาลมากนัก

3.1.1.2 ประเทศเวียดนาม

ระบบกฎหมายของประเทศเวียดนามมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ สืบเนื่องมาจากประเทศเวียดนามตกเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสในช่วงปี 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* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (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 เพราะการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในยุคระบอบสังคมนิยมนี้มักได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทฤษฎีเชิงสังคมนิยมมากกว่าการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่กฎหมายจารีตประเพณีที่แม้มิได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ก็ได้รับการยอมรับในสังคมว่ามีฐานะเป็นกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายจารีตประเพณีจะมิได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในฐานะกฎหมาย แต่กฎหมายจารีตประเพณีก็ยังปรากฏตัวอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศเวียดนาม โดยถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่ง⁸¹ เช่นเดียวกับประเทศในระบบชีวิตลอร์อื่น ๆ ที่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีว่าเป็นที่มาจากกฎหมายประเภทหนึ่ง

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 คำพิพากษาบรรทัดฐาน จึงถือได้ว่าเป็นที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย (Legal Sources) ส่วนข้อเขียนของนักกฎหมายและกฎหมายเก่าถือได้ว่าเป็นที่มาในทางประวัติศาสตร์ (Historical Sources) นั่นเอง

ด้วยระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ทุก ๆ หลักเกณฑ์ที่ปรากฏนั้นจะมีที่มาในทางประวัติศาสตร์เสมอ แต่จะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพียงบางหลักเกณฑ์เท่านั้นที่มีที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย กล่าวคือ

1) ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ หน่วยงานที่ร่างและออกกฎหมายโดยมีระเบียบแบบแผนและโดยเจตนาอย่างชัดเจน ในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่โดยรับการพิจารณาและรับรองจากบุคคลที่มีอำนาจของหน่วยงานนั้น

2) คำพิพากษาบรรทัดฐาน เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ โดยการรับรองและการใช้หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยศาลในทางกระบวนการยุติธรรม

3) กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่รวบรวมและพัฒนาจากจารีตประเพณีต่าง 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 และที่มาอีกประเภทหนึ่งคือ ที่มาของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหมายความถึง 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 การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

สืบเนื่องจากในสมัยโบราณที่มนุษย์ยังไม่รู้จักตัวอักษร กฎหมายจึงไม่ได้ถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาญาจึงปรากฏในลักษณะเป็นข้อบังคับที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ประชาชนต่างยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ห้ามกระทำ และหากฝ่าฝืนไปกระทำ

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (1).

⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285.

จะต้องถูกสังคมลงโทษ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาในยุคแรกนั้นปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี ต่อมาเมื่อมนุษย์เริ่มเรียนรู้การเขียนหนังสือ 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 การกระทำใดที่ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ก็ไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ซึ่งการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด แต่เนื่องจากมีเหตุที่ผู้กระทำมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา มิใช่เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษ (excuse) เท่านั้น และการใช้กฎหมายจารีตประเพณีโดยอ้อม หมายถึง การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติธรรม ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจในการวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยต้องมีการตีความโดยอาศัยดุลพินิจอันต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบ ศีลธรรม และจารีตประเพณีทั่วไปของสังคม โดยบทกฎหมายยุติธรรมนี้เป็นบทบัญญัติที่มีความยืดหยุ่น เพราะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องปล่อยให้เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะให้ความหมายที่แน่นอนหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่ละเอียดขึ้น ให้เหมาะสมกับความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม

จากการศึกษาพบว่า ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายอาญาของประเทศใดที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญาได้ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้นสามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ดังที่ปรากฏในหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

3.2.1 ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

3.2.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

1) กรณีการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ โดยถือว่ามิเหตุยกเว้นความผิดทางอาญา เพราะกฎหมายและจารีตประเพณีอนุญาตให้กระทำได้ สืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่า การกีฬาเป็นสิ่งที่กฎหมายและประเพณียอมรับรองและสนับสนุนเพื่อประโยชน์แก่ชาติและพลเมืองของชาติ จึงต้องขอมอบอนุญาตให้มีการกระทำที่อาจเกิดอันตรายอันจำเป็นที่จะเกิดขึ้นจากการเล่นเหล่านั้น⁸⁷

2) กรณีการผ่าตัดเพื่อความสวยงาม สืบเนื่องจากการที่การกระทำดังกล่าวได้กลายเป็นที่นิยมและถือเป็นเรื่องปกติธรรมดา ดังนั้น แพทย์ผู้กระทำจึงไม่ควรมีความผิด โดยเป็นการกระทำอันถูกต้องตามจารีตประเพณีที่ยกเว้นความผิดได้⁸⁸

3) กรณีครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ ซึ่งถือเป็นการรักษาระเบียบวินัยและฝึกรอบรมของสถานศึกษา โดยอำนาจของครูอาจารย์ดังกล่าวไม่ถูกจำกัดเฉพาะเพียงในสถานศึกษา แต่ถือว่ามิอยู่ตั้งแต่ศิษย์ออกจากบ้านจนกระทั่งกลับเข้าบ้านเลยทีเดียว ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่เปลี่ยนแปลงลักษณะอย่างหนึ่ง⁸⁹

3.2.2 ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.2.2.1 ประเทศอังกฤษ

1) กรณีการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา กฎหมายอังกฤษอธิบายเหตุผลในการยกเว้นความผิดว่า กีฬานั้นมีมากมายหลายประเภท ทั้งกีฬาที่ต้องใช้กำลังและกีฬาที่ไม่ต้องใช้กำลัง ซึ่งกีฬาที่ต้องใช้กำลังนี้เองที่ต้องมีการกระทบกระทั่งซึ่งอาจเป็นอันตรายแก่กาย แต่กฎหมายไม่ห้ามการเล่นกีฬาดังกล่าวเนื่องจากผู้เล่นมิได้มีเจตนาร้าย⁹⁰ และการเล่นกีฬาที่ไม่ได้กระทำด้วยความอาฆาต และไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางธรรมจรรยา ในสมัยนั้น โดยไม่เห็นว่าเป็นการทารุณโหดร้าย การต่อสู้กันที่เป็นความผิดก็เพราะขัดต่อศีลธรรมซึ่งมดีมหาชนไม่ยอมรับ การกีฬาใดจะเล่นได้

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

⁸⁸ แหล่งเดิม.

⁸⁹ แหล่งเดิม.

⁹⁰ จาก *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 90), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 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 กฎหมายของสหรัฐอเมริกายอมรับว่าในการณื่อดังกล่าวเป็นกรณีที่มิจารีตประเพณีอนุญาตให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้⁹⁴ และถือได้ว่าเป็น

⁹¹ From *Kenny's Outlines of Criminal Law* (p. 177), by J.W. Cecil Turner, 1982. (อ้างถึงใน *การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (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* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 144-145), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 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 โดยไม่ได้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นการกำหนดความผิดขึ้นใหม่ได้ใช้ในทางที่เป็นการลงโทษ และไม่ได้ใช้ในทางที่จะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบ⁹⁶ เพื่อเป็นข้ออ้างของจำเลยที่ทำให้การกระทำของจำเลยนั้นไม่มีความผิด และเป็นผลดีแก่จำเลยเพราะจะทำให้จำเลยไม่มีความผิด นั่นเอง

การที่กฎหมายอาญาเปิดช่องให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้นั้น เป็นเพราะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (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 ตลอดจนเพื่อช่วยปรับปรุงแต่งกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์ 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 ที่กำหนดให้การกระทำดังกล่าวผิดกฎหมาย

2. การลงโทษทางร่างกายในโรงเรียน ซึ่งมักกระทำโดยครูอาจารย์ต่อศิษย์ ปัจจุบันมีหลายประเทศที่กำหนดให้การกระทำดังกล่าวผิดกฎหมาย เช่น แคนาดา เกนยา 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 ปัจจุบันการกระทำดังกล่าวยังสามารถกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายในบางประเทศในทวีปแอฟริกา เอเชีย และอเมริกาใต้ และในบางกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลทหาร

ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น มักปรากฏในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่อบรมดูแลตามความเป็นจริงและบุตร และความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับลูกศิษย์ ซึ่งถือปฏิบัติมาแต่ครั้งโบราณกาล โดยในสังคมดั้งเดิมมีความเชื่อว่าผู้ใหญ่มีความชอบธรรมที่จะลงโทษทุบตีเด็กที่อยู่ในความดูแลของตนได้ เนื่องจากการได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของการเลี้ยงดู และได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของตัวเอง แต่เมื่อมีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชน รวมถึงสิทธิของเด็กที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครองแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับความชอบธรรมในการลงโทษเด็กที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายจึงเปลี่ยนแปลงไป การลงโทษดังกล่าวถูกมองว่าเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและไม่อาจยอมรับได้ โดยถือว่าการลงโทษเด็กทางร่างกายเป็นพฤติกรรมที่รุนแรง ไม่ว่าจะเป็นการตีเบา ๆ ด้วยมือหรือการกระชากผมหรือตึงหู แม้การลงโทษทางร่างกายจะไม่ทำให้เกิดแผลอันเห็นได้ชัด แต่ก็เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวด 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 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวห้ามไม่ให้บิดามารดาเลี้ยงดูบุตรโดยใช้ความรุนแรงหรือการปฏิบัติที่เป็นการทารุณจิตใจ 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 ไม่ว่าจะเป็บบิดามารดาหรือผู้ปกครอง 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 ดังนี้ จะเห็นได้ว่า ประชาชนยังคงเห็นด้วยกับการที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองใช้การลงโทษทางร่างกายต่อเด็กเพื่ออบรมสั่งสอน ส่วนการลงโทษทางร่างกายในโรงเรียนนั้น ในโรงเรียนของรัฐและโรงเรียนเอกชนที่ได้รับทุนสนับสนุนจากรัฐ การลงโทษทางร่างกายต่อเด็กถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 ส่วนโรงเรียนเอกชนอื่น ๆ ก็ถูกห้ามการลงโทษเช่นกัน เมื่อปี ค.ศ. 1999 (อังกฤษและเวลล์), ค.ศ. 2000 (สก๊อตแลนด์), และ ค.ศ. 2003 (ไอร์แลนด์เหนือ)¹⁰⁷

¹⁰⁷ Ibid.