

การอ้างอิงตีประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา

นางสาวปยุณวีร์ ประจบลาภ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2555
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE APPLICATION OF TRADITION AND CULTURE ON THE CRIMINAL LIABILITY

Miss Punyawee Prachuablarb

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2012
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

โดย

สาขาวิชา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

การอ้างอิงปริทัศน์ประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา

นางสาวปยุณยวีร์ ประจวบลาภ

นิติศาสตร์

อาจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร. ชิงชัย เมธพัฒน์)

บุญวีร์ ประจวบลาภ : การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา.
(THE APPLICATION OF TRADITION AND CULTURE ON THE CRIMINAL LIABILITY)
อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : อ. ดร. คณพล จันทน์หอม, ๑๕๘ หน้า.

ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นวิถีการดำเนินชีวิตของมนุษย์ซึ่งฝังรากลึกมาแต่กำเนิด โดยเป็นแบบแผนความประพฤติของสมาชิกในสังคม ครอบคลุมความคิดของบุคคล รวมถึงความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงเป็นปัจจัยหนึ่งเกี่ยวกับจำเลยซึ่งศาลควรนำมาพิเคราะห์ประกอบการวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาด้วย

ตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๔๕๑ ซึ่งเป็นปีที่ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ต่อเนื่องมาถึงการใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน แม้กฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในคดีอาญา แต่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา โดยใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยตามหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) กล่าวคือ นำมาใช้วินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ จำเลยสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ วินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ และกรณีอื่นๆ

เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาใช้อย่างหลากหลาย แต่ยังมีประเด็นที่ควรเพิ่มเติม คือ ศาลควรรับรองจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง และชนกลุ่มน้อย ซึ่งเป็นวัฒนธรรมรอง ทั้งการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้นั้น อาจใช้ได้ทั้งกับความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* และความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ หรือ *mala prohibita* แต่ระดับของการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้น ควรให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละกรณี โดยศาลพึงพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำ ความผิดเปรียบเทียบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ เพียงใด ตลอดจนควรกระตุ้นให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษามากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาด้วย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....๒๕๕๕..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5285996734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : TRADITION / CULTURE / CRIMINAL LIABILITY / CULTURAL DEFENSE

PUNYAWEE PRACHUABLARB : THE APPLICATION OF TRADITION AND CULTURE ON THE CRIMINAL LIABILITY.

ADVISOR : PROF. KANAPHON CHANHOM, Ph.D., 158 pp.

In the field of sociology and anthropology, tradition and culture are human's ways of life which are learned from the society as enculturation. They are human's behavior patterns, including the thought of criminal action. Therefore tradition and culture are one of the factors on which the court should take into consideration for judging defendant's criminal liability and punishment.

Since the year 2451 B.E., after the promulgation of the Penal Code of R.S.127 (1908) until the promulgation of the present Criminal Code, although there are not any provisions in the Criminal Code on application of tradition and culture in the criminal cases, the Supreme Court applies tradition and culture as one of the factors in the criminal adjudication. This application is only for the benefit of defendant, according to the doctrine that no crime no punishment without law (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), for example lack of criminal intent, mistake of fact, exception, mitigation and other reliefs.

Compared with other countries, the Supreme Court applies tradition and culture in various aspects. Some suggestions are that the court should ensure the subculture, in other words, tradition and culture of foreigners, indigenous people and minorities. Also the court should apply tradition and culture in *mala in se* cases and in *mala prohibita* cases. However, the level of application of tradition and culture in criminal cases should be based on discretion of the court in each case, comparing the seriousness of the offense with tradition and culture concerned. At last the court should be urged to apply tradition and culture as one of the factors in the criminal adjudication in accordance with the field of sociology and anthropology.

Field of Study :Laws..... Student's Signature

Academic Year :2012..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี ด้วยความอนุเคราะห์จากท่านผู้มีพระคุณหลายท่าน ในเบื้องต้น คือนายทวิ และนางสมบัติ ประจวบลาภ บิดามารดาของผู้เขียน ซึ่งมีส่วนกระตุ้นและให้กำลังใจผู้เขียนให้จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ตลอดจนให้แนวคิดที่มีประโยชน์ในฐานะที่ท่านทั้งสองปฏิบัติงานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แม้ท่านอาจารย์จะมีภาระงานในหน้าที่มากมาย แต่ท่านอาจารย์กรุณาสละเวลาเพื่อให้คำปรึกษาและคำชี้แนะตั้งแต่การเลือกหัวข้อวิทยานิพนธ์ การจัดทำวิทยานิพนธ์ในแต่ละบท อีกทั้งกรุณาตรวจแก้วิทยานิพนธ์ ตลอดจนเมื่อผู้เขียนประสบปัญหาข้อติดขัด ท่านอาจารย์กรุณาเสนอแนะแนวทางที่เป็นประโยชน์อันสามารถนำไปปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ได้เป็นอย่างดี

กราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ที่กรุณารับเป็นประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำเวลาผู้เขียนมีปัญหาขัดข้อง ทั้งชี้แนะแหล่งข้อมูลในการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม ตลอดจนกรุณาให้แนวคิดอันเป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

กราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำชี้แนะเกี่ยวกับกฎหมายอาญาในฐานะที่ท่านอาจารย์เป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายอาญา อีกทั้งชี้แนะข้อบกพร่องเพื่อปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. ชิงชัย เมธพัฒน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษาเกี่ยวกับด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา ซึ่งเป็นข้อมูลส่วนหนึ่งที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนกรุณาชี้แนะแหล่งข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อให้ผู้เขียนศึกษาค้นคว้าจนสำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. อนุสรณ์ อุดมโณ อาจารย์สาขามานุษยวิทยา คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และท่านอาจารย์ ดร. ชยันต์ วรรธนะภูติ อาจารย์ศูนย์ศึกษาชาติพันธุ์และการพัฒนา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ที่กรุณาให้ความรู้และมุมมองเพิ่มเติมแก่ผู้เขียนเกี่ยวกับด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา อันเป็นประโยชน์ในการคิดวิเคราะห์จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณความดีอยู่บ้าง คุณความดีนั้นจงบังเกิดแต่บิดามารดา และท่านอาจารย์ทุกท่านที่มีส่วนสนับสนุนส่งเสริมการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนท่านผู้เขียน ต่ารารและบทความที่ผู้เขียนค้นคว้าและนำมาอ้างอิงจนเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์ฉบับนี้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ ๑ บทนำ.....	๑
๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	๑
๑.๒ วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	๔
๑.๓ ขอบเขตของการวิจัย.....	๔
๑.๔ สมมติฐานของการวิจัย.....	๔
๑.๕ วิธีดำเนินการวิจัย.....	๕
๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	๕
บทที่ ๒ ความสัมพันธ์ระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา.....	๖
๒.๑ บทนำ.....	๖
๒.๒ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางสังคมวิทยาและ มานุษยวิทยาและในมิติทางกฎหมาย.....	๘
๒.๒.๑ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางสังคมวิทยาและ มานุษยวิทยา.....	๙
๒.๒.๒ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางกฎหมาย.....	๑๓
๒.๓ ประเภทของความผิดอาญา.....	๑๗
๒.๔ โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา.....	๑๙
๒.๔.๑ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ.....	๒๐
๒.๔.๒ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด.....	๒๔
๒.๔.๓ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ.....	๒๕
๒.๕ พัฒนาการแนวความคิดในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความ รับผิดชอบทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย.....	๒๙
๒.๖ บทสรุป.....	๓๒
บทที่ ๓ แนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดชอบทาง อาญา.....	๓๓
๓.๑ บทนำ.....	๓๓

๓.๒ กรณีที่ศาลฎีกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทาง อาญา.....	๓๔
๓.๒.๑ กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ....	๓๔
๓.๒.๑.๑ กรณีวินิจฉัยว่าขาดเจตนา.....	๓๕
๓.๒.๑.๒ กรณีวินิจฉัยว่าขาดเจตนาพิเศษ.....	๓๘
๓.๒.๒ กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้.....	๔๓
๓.๒.๓ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด....	๔๖
๓.๒.๔ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ.....	๕๒
๓.๒.๕ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ.....	๕๒
๓.๒.๖ กรณีอื่นๆ.....	๖๑
๓.๒.๖.๑ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดโดยประมาท ไม่เป็น การกระทำความผิดโดยเจตนา.....	๖๑
๓.๒.๖.๒ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา ไม่เป็นความผิด ตามบทลดโทษ.....	๖๒
๓.๒.๖.๓ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา ไม่เป็นความผิดตาม บทหนัก.....	๖๓
๓.๒.๖.๔ กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรลดโทษให้จำเลย.....	๖๕
๓.๒.๖.๕ กรณีวินิจฉัยว่าสมควรลดโทษจำเลยในสถานหนัก.....	๖๗
๓.๒.๖.๖ กรณีอื่นๆ.....	๖๘
๓.๓ กรณีที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิด ทางอาญา.....	๖๙
๓.๔ วิเคราะห์ขอบเขตของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัย ความรับผิดทางอาญา.....	๗๔
๓.๕ บทสรุป.....	๗๘
 บทที่ ๔ แนวคิดของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา.....	๘๐
๔.๑ บทนำ.....	๘๐
๔.๒ ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law.....	๘๐
๔.๒.๑ ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	๘๑
๔.๒.๑.๑ แนวคิดของศาล.....	๘๑
๔.๒.๑.๒ ตัวอย่างคดี.....	๘๒
๔.๒.๑.๓ บทวิเคราะห์.....	๘๕

หน้า

๔.๒.๒ ประเทศแคนาดา.....	๘๖
๔.๒.๒.๑ แนวคิดของศาล.....	๘๖
๔.๒.๒.๒ ตัวอย่างคดี.....	๘๘
๔.๒.๒.๓ บทวิเคราะห์.....	๙๐
๔.๓ ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law.....	๙๑
๔.๓.๑ ประเทศเยอรมนี.....	๙๑
๔.๓.๑.๑ แนวคิดของศาล.....	๙๑
๔.๓.๑.๒ ตัวอย่างคดี.....	๙๕
๔.๓.๑.๓ บทวิเคราะห์.....	๙๖
๔.๓.๒ ประเทศฝรั่งเศส.....	๙๖
๔.๓.๒.๑ แนวคิดของศาล.....	๙๖
๔.๓.๒.๒ ตัวอย่างคดี.....	๙๘
๔.๓.๒.๓ บทวิเคราะห์.....	๙๘
๔.๔ วิเคราะห์แนวคิดและขอบเขตของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและ วัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา.....	๙๙
๔.๕ บทสรุป.....	๙๙
บทที่ ๕ วิเคราะห์ความเหมาะสมของการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย.....	๑๐๑
๕.๑ บทนำ.....	๑๐๑
๕.๒ จำเลย.....	๑๐๒
๕.๒.๑ ศาลต่างประเทศ.....	๑๐๒
๕.๒.๒ ศาลฎีกา.....	๑๐๖
๕.๒.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	๑๐๘
๕.๓ ฐานความผิด.....	๑๐๙
๕.๓.๑ ศาลต่างประเทศ.....	๑๑๐
๕.๓.๒ ศาลฎีกา.....	๑๑๒
๕.๓.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	๑๑๓
๕.๔ จารีตประเพณีและวัฒนธรรม.....	๑๑๕
๕.๔.๑ ศาลต่างประเทศ.....	๑๑๕
๕.๔.๒ ศาลฎีกา.....	๑๒๐
๕.๔.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	๑๒๑
๕.๕ ระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม.....	๑๒๒
๕.๕.๑ ศาลต่างประเทศ.....	๑๒๓
๕.๕.๒ ศาลฎีกา.....	๑๒๔
๕.๕.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	๑๒๙

	หน้า
๕.๖ ความชัดเจนและความเพียงพอของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา.....	๑๓๐
๕.๖.๑ ศาลต่างประเทศ.....	๑๓๐
๕.๖.๒ ศาลฎีกา.....	๑๓๒
๕.๖.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	๑๓๗
๕.๗ ความเหมาะสมของการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิด ทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย.....	๑๓๘
บทที่ ๖ บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	๑๔๑
๖.๑ บทสรุป.....	๑๔๑
๖.๒ ข้อเสนอแนะ.....	๑๔๘
รายการอ้างอิง.....	๑๕๓
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	๑๕๘

บทที่ ๑

บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) เป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศที่หลากหลาย เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ข้อ ๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า

“๑.ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน ที่จะเพลิดเพลินกับศิลปะ และมีส่วนร่วมในความรุดหน้า และคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

๒.ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุ อันเป็นผลจากประดิษฐ์กรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง”

นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศสองฉบับ ได้รับรองสิทธิทางวัฒนธรรมไว้เช่นเดียวกัน ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ได้รับรองสิทธิทางวัฒนธรรมไว้ในข้อ ๑๕ ดังนี้

“๑.รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคน

(ก) ที่จะมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม

(ข) ที่จะอุปโภคสิทธิประโยชน์แห่งความก้าวหน้าและการประยุกต์ใช้ทางวิทยาศาสตร์

(ค) ที่จะได้สิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านศิลปกรรมและทางวัตถุในประโยชน์อันเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้างสรรค์

๒.ขั้นตอนซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกานี้จะดำเนินการเพื่อให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ ให้รวมถึงสิ่งทั้งหลายที่จำเป็นเพื่อการอนุรักษ์ การพัฒนา และการเผยแพร่ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ และทางวัฒนธรรม

๓.รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพเสรีภาพที่จำเป็นสำหรับการวิจัยวิทยาศาสตร์ และกิจกรรมสร้างสรรค์

๔. รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิประโยชน์ที่ได้มาจากการสนับสนุนและการพัฒนาการติดต่อระหว่างประเทศและความร่วมมือด้านวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรม”

สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ได้รับรองสิทธิทางวัฒนธรรมไว้ในข้อ ๒๗ ดังนี้

“ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นๆ ของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน”

ดังนั้น ปัจเจกชนจึงควรมีสติในการดำเนินชีวิตตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมเสรีประชาธิปไตย รัฐไม่ควรใช้อำนาจเข้าไปแทรกแซงการดำเนินชีวิตของปัจเจกชน^๑

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการรับรองสิทธิทางวัฒนธรรมนั้น เนื่องจากในแง่สังคมวิทยา และมานุษยวิทยา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของบุคคล เพราะมนุษย์ทุกคนเรียนรู้วัฒนธรรมจากสังคมที่ตนกำเนิด โดยเป็นการเรียนรู้และฝังรากลึกในระดับจิตใต้สำนึก^๒ กระบวนการนี้เรียกว่า *Enculturation* ซึ่งหล่อหลอมความประพฤติและการปฏิบัติของบุคคล ให้สามารถดำเนินชีวิตตามวัฒนธรรมของตนอย่างเป็นธรรมชาติ^๓ โดยถือว่าวัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตมนุษย์อย่างแยกไม่ออก หากมนุษย์ไร้ซึ่งวัฒนธรรมแล้ว จะทำให้ไม่อาจดำรงอยู่เป็นมนุษย์ต่อไปได้

ในแง่กฎหมาย เมื่อวัฒนธรรมครอบคลุมถึงการดำรงชีวิตทั้งหมดของบุคคล จึงย่อมมีผลต่อความเชื่อในด้านกฎหมายของบุคคลด้วย การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาอาจมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง เช่น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด หรือเป็นเหตุที่ทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น ดังนั้น ศาลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐจึงมีหน้าที่ต้องเคารพและบังคับให้สิทธิทางวัฒนธรรมของพลเมืองนั้นได้รับการรับรองอย่างแท้จริง โดยในการพิจารณาพิพากษาความผิดและโทษของจำเลย ศาลพึงพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประกอบด้วย เพื่อให้การพิจารณาพิพากษานั้นเป็นไปด้วยความยุติธรรมมากที่สุดเท่าที่พึงกระทำได้ ทั้งเหมาะสมกับวิสัยและพฤติการณ์ของการกระทำความผิดอาญาในแต่ละกรณี

^๑ Alison Dundes Renteln, *The cultural defense* (New York: Oxford University Press, 2004), pp.211-212.

^๒ Ibid, p.12.

^๓ James M. Donovan and H. Edwin Anderson, III, *Anthropology & Law* (New York: Berghahn Books, 2006), p.112.

สำหรับในประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ศาลนำปัจจัยทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาความรับผิดทางอาญาของจำเลย ประกอบกับปัจจัยด้านอื่นๆด้วย ประกอบกับไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่ามีบทบัญญัติมาตราใดที่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณกับจำเลย อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความยืดหยุ่นเพียงพอที่เปิดช่องให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาได้

แนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ย่อมศึกษาได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๕๑ ซึ่งเป็นปีที่เริ่มใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทยที่ร่างตามแนวทางของประเทศตะวันตก ในยุคนั้น กระแสความคิดทางกฎหมายของตะวันตกได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายและระบบศาลของไทย มีการปรับปรุงกฎหมายและระบบศาลให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับชาติตะวันตก โดยมีเหตุผลสำคัญเพื่อปลดปล่อยสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และเพื่อให้ระบบกฎหมายและระบบศาลไทยเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ เพื่อให้กฎหมายเป็นไปในแนวทางสากลมากขึ้น แต่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิมของไทยยังคงปรากฏอยู่มาก และอาจเกิดความขัดแย้งระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยแต่เดิม กับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่ การศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยคดีตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ย่อมจะทำให้เห็นแนวคิดของศาลในการหลอมรวมหลักกฎหมายและจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิมเข้าด้วยกัน

ต่อมา เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๐๐ ได้มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ขึ้น ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เป็นการร่างตามแนวทางของตะวันตกเช่นเดียวกัน ปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทย กับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา ยังคงมีอยู่ ประกอบกับเมื่อสังคมมีความเจริญมากขึ้น จึงมีบุคคลหลายเชื้อชาติอพยพเข้ามาอาศัยอยู่ร่วมกันในประเทศไทย จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมิได้มีจำกัดเฉพาะของไทยแต่เดิมนั้น แต่อาจมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของกลุ่มชนอื่นๆ เพิ่มเติมเข้ามา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเหล่านี้เริ่มมีบทบาทในการพิจารณาคดีในศาลมากขึ้นด้วย การศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามประมวลกฎหมายอาญา ย่อมเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์ขอบเขตของศาลในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

ดังนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมย่อมมีผลสำคัญต่อการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคล แต่ยังไม่เคยมีการวิเคราะห์อย่างชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่ศาลฎีกายอมรับนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา และกรณีใดบ้างที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับเหตุดังกล่าว ตลอดจนขอบเขตของการยอมรับนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งแบ่งแยกประเภทของกรณีที่ศาลฎีกายอมรับและไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยแบ่งแยกตามโครงสร้าง

ความรับผิดชอบ รวมทั้งวิเคราะห์แนวคิดของศาลต่างประเทศในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อนำมาพิจารณาว่าแนวคิดของศาลฎีกานั้นเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมแล้วหรือไม่ และควรมีขอบเขตเช่นใด โดยนำหลักเกณฑ์ทั้งทางด้านกฎหมาย และด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยามาใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์ด้วย

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นอย่างชัดเจนถึงแนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณี และวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ตลอดจนขอบเขตในการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง

๒. เพื่อวิเคราะห์แนวคิดและหลักเกณฑ์ของศาลต่างประเทศทั้งประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law ในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลย ทั้งนี้ โดยเปรียบเทียบกับแนวคิดในระบบกฎหมายอาญาไทย

๓. เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

๑.๓ ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยเน้นศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งเป็นปีที่ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ทั้งนี้ เพื่อนำคำพิพากษาดังกล่าวมาวิเคราะห์แนวคิดของศาลฎีกาว่า ได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญามากน้อยเพียงใด และเป็นไปในรูปแบบใด ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดของศาลต่างประเทศในประเด็นเดียวกัน อันจะนำไปสู่การพิจารณาความเหมาะสมของการปรับใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญาของศาลฎีกา

๑.๔ สมมติฐานของการวิจัย

แม้ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ให้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยโดยตรง แต่ศาลฎีกาได้ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในบางกรณี และมีขอบเขตของการยอมรับที่สามารถประสานหลักกฎหมายกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมได้เป็นอย่างดี อีกทั้งสอดคล้องกับแนวคิดทางด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาในเรื่องจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของมนุษย์อีกด้วย

๑.๕ วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งเน้นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ทั้งตำรากฎหมาย บทความที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์และมานุษยวิทยา คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา ประกอบกับความเห็นของนักกฎหมายและนักมานุษยวิทยาที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาหาข้อสรุป และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

๑. ทำให้เข้าใจถึงแนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ตลอดจนขอบเขตในการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง

๒. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ของศาลต่างประเทศทั้งประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law ในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลย

๓. ทำให้สามารถกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

บทที่ ๒

ความสัมพันธ์ระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา

๒.๑ บทนำ

สังคมทุกแห่งทั่วโลกมีลักษณะพื้นฐานที่เหมือนกันอยู่ประการหนึ่ง คือ สังคมเป็นการรวมตัวกันเพื่อความอยู่รอดของสมาชิก และวัฒนธรรมเป็นระบบคุณค่าที่ร้อยรัดผู้คนให้อยู่ร่วมกันได้ในสังคม วัฒนธรรมจึงครอบคลุมทุกสิ่งทุกอย่างในวิถีการดำเนินชีวิตของมนุษย์ (way of life) ทั้งทางด้านวัตถุและทางด้านจิตใจ อันประกอบไปด้วยความรู้ ความเชื่อ ศิลปะ ศีลธรรม กฎหมาย ประเพณี วิทยาการ ความสามารถและนิสัยที่พึงปรารถนาของมนุษย์ในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคม ตลอดจนวัตถุสิ่งของต่างๆ ที่มนุษย์สร้างขึ้นใช้สอย^๑ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า วัฒนธรรมเป็นแบบแห่งความประพฤติ (behavior patterns) ทั้งปวงของมนุษย์^๒ ที่คนในกลุ่มสังคมเห็นชอบและยอมรับไปใช้ร่วมกัน ทั้งต้องมีการอบรม ปลูกฝัง สั่งสอน เรียนรู้ และถ่ายทอดจากสมาชิกรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งได้^๓ นอกจากนี้ วัฒนธรรมเป็นสิ่งที่ไม่หยุดนิ่ง ต้องมีการเปลี่ยนแปลงพัฒนาตามสภาพสังคมอยู่เสมอ^๔ ดังนั้น วัฒนธรรมจึงมีความหมายในสองนัยยะ กล่าวคือ นัยยะแรก วัฒนธรรมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น เพื่อเป็นแบบแผนพฤติกรรมของมนุษย์ (patterns of human's behavior) และนัยยะที่สอง เมื่อมนุษย์สร้างแบบแผนพฤติกรรมขึ้นแล้ว มนุษย์นำแบบแผนพฤติกรรมนั้นให้สมาชิกในสังคมยึดถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเดียวกันและเกิดลักษณะที่พึงประสงค์ของสมาชิกในสังคม (patterns for human beings) วัฒนธรรมจึงถือกำเนิดโดยมนุษย์และสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของมนุษย์เอง

สำหรับจารีตประเพณี นักสังคมวิทยาและนักมานุษยวิทยามักถือว่าจารีตประเพณีเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม โดยจารีตประเพณีเป็นแบบของความประพฤติที่กลุ่มสังคมยอมรับและปฏิบัติสืบต่อกันมา หากมีการฝ่าฝืนย่อมถูกตำหนิจากสังคม นอกจากนี้ แบบแผนเหล่านี้ยังเป็นสิ่งที่แยกความแตกต่างของกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งออกจากกลุ่มชนอีกกลุ่มหนึ่งได้ และช่วยยึดเหนี่ยวกลุ่มชนนั้นให้มั่นคงด้วย เนื่องจากกฎเกณฑ์แบบแผนที่กำหนดขึ้นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง มักปรากฏผลประจักษ์แก่ผู้ปฏิบัติว่าเป็นแบบแผนที่ใช้ได้ผล เป็นประโยชน์แก่ชีวิตส่วนบุคคลและส่วนรวม จึงมีการปฏิบัติสืบต่อกันไป และเมื่อปฏิบัติสืบต่อกันไปเป็นเวลาช้านานแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความภาคภูมิใจของสมาชิกใน

^๑ โปรดดู มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, คณะกรรมการบริหารวิชาบูรณาการ หมวดวิชาศึกษาทั่วไป, มนุษย์กับสังคม, พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๖), หน้า ๕๑; สุพัตรา สุภาพ, สังคมวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ ๒๐ (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๔๐), หน้า ๓๕; และ E.B. Tylor, Primitive culture (New York: Brentano's, 1924), p.1, อ้างถึงใน อุทัย หิรัญโต, สารานุกรมศัพท์สังคมวิทยา-มานุษยวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ทิพย์อักษร, ๒๕๒๖), หน้า ๕๗; และ บุญเต็ม พันธอบ, สังคมวิทยา มานุษยวิทยา (กรุงเทพมหานคร: อมรการพิมพ์, (ม.ป.ป.)), หน้า ๔๖.

^๒ อุทัย หิรัญโต, สารานุกรมศัพท์สังคมวิทยา-มานุษยวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ทิพย์อักษร, ๒๕๒๖), หน้า ๕๗-๕๘.

^๓ โปรดดู นิยพรธ (ผลวัฒนธรรม) วรรณศิริ, มานุษยวิทยาสังคมและวัฒนธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๐), หน้า ๓๗; และ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, คณะกรรมการบริหารวิชาบูรณาการ หมวดวิชาศึกษาทั่วไป, มนุษย์กับสังคม, พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๖), หน้า ๕๑.

^๔ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยา อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: โอเดีย สแควร์, ๒๕๔๙), หน้า ๘๓-๘๔.

สังคมนั้นว่า ได้ผูกพันร่วมกันมา หรือมีวิถีชีวิตอย่างเดียวกัน ทำให้การแบ่งแยกออกจากหมู่คณะเกิดขึ้นได้ยาก^๕

เมื่อจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในทุกด้าน กฎหมายก็เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมของมนุษย์ กฎหมายกับวัฒนธรรมประเพณีจึงย่อมมีความสัมพันธ์กันด้วย โดยเฉพาะในด้านของการละเมิดกฎหมายอาญา ความคิดในการกระทำความผิดทางอาญาของบุคคลอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับการจารีตประเพณีและวัฒนธรรมด้วย ในบทนี้จึงจะพิจารณาว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสัมพันธ์กับความรับผิดทางอาญาหรือไม่ อย่างไร

อนึ่ง การพิจารณาความสัมพันธ์ของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา จะเริ่มพิจารณาจากในหัวข้อ ๒.๒ ที่จะกล่าวถึงความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และในมิติทางกฎหมาย เนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้นอกจากมุ่งพิจารณาในด้านกฎหมายแล้ว ยังมุ่งพิจารณาในด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาควบคู่กันไปด้วย การกล่าวถึงความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในทั้งสองมิติ จึงเป็นพื้นฐานให้เห็นถึงความสำคัญอย่างยิ่งยวดของจารีตประเพณีและวัฒนธรรม กล่าวคือ ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมย่อมมีความสำคัญทั้งทางด้านการกำหนดรูปแบบของสังคมมนุษย์ กำหนดแบบแผนความประพฤติของสมาชิกในสังคม ตลอดจนการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสังคมด้วย ทำให้สมาชิกของแต่ละสังคมมีวิถีปฏิบัติตนที่สังคมยอมรับ ก่อให้เกิดความเป็นระเบียบเดียวกันในการกระทำของสมาชิกในสังคม และก่อให้เกิดเอกลักษณ์ของสังคมที่แตกต่างจากสังคมอื่น

สำหรับในมิติทางกฎหมายนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของบุคคลที่มีมาก่อนกฎหมาย อาจมีผลสำคัญทั้งในด้านการสนับสนุนกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนขึ้น หรือในทางกลับกัน อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิม เพราะไม่มีความสอดคล้องไปในทางเดียวกัน

ในหัวข้อ ๒.๓ จะศึกษาถึงประเภทของความผิดอาญา ซึ่งแบ่งเป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*mala prohibita*) ซึ่งประเภทของความผิดอาญามีอิทธิพลหรือส่งผลต่อการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา และประเภทของความผิดอาญาจะนำมาใช้วิเคราะห์แนวคิดของศาลควบคู่กับการพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาด้วย

จากนั้น ในหัวข้อ ๒.๔ จะอธิบายโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาของไทย ประกอบกับแนวคิดของกฎหมายอาญาของเยอรมนีซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) เช่นเดียวกับประเทศไทย และสามารถนำมาเทียบเคียงได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในบทที่ ๓ ต่อไปตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และเพื่อแสดงให้เห็นว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอาจเข้ามามีบทบาทในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา

^๕ โปรตดู ไพบูลย์ ช่างเรียน, สารานุกรมศัพท์ทางสังคมวิทยา ((ม.ป.ท.), ๒๕๑๕), หน้า ๑-๔; และ อุทัย หิรัญโต, สารานุกรมศัพท์สังคมวิทยา-มานุษยวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ทิพย์อักษร, ๒๕๒๖), หน้า ๖๒.

ในหลายด้าน ที่จำเลยอาจอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ศาลพิจารณาเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาได้

นอกจากนี้ แนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น มีพัฒนาการตั้งแต่ในอดีต ในหัวข้อ ๒.๕ จะพิจารณาแบ่งเป็น ๒ ยุค คือ ยุคก่อนสมัยใหม่ และยุคสมัยใหม่ ซึ่งแนวคิดในเรื่องความรับผิดทางอาญา และการใช้ดุลพินิจของศาลนั้นยังแตกต่างกัน เพราะในยุคสมัยใหม่นั้น มีหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ ซึ่งมีได้ห้ามการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาประกอบการลงโทษผู้กระทำความผิด หลักนี้เพียงจำกัดมิให้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นโทษ หากแต่อาจนำมาพิจารณาประกอบพยานหลักฐานอื่นในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดได้ เช่น เพื่อวินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนากระทำความผิด หรือมีเหตุอันควรลดโทษให้ผู้กระทำความผิด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้นยังจำกัดอยู่เพียงการใช้กฎหมายจารีตประเพณีเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาแต่ในอีกด้านหนึ่งการยอมรับหลักกฎหมายจารีตประเพณียอมเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอาจเป็นข้อยกเว้นของความรับผิดทางอาญาได้ ทั้งอาจยกเว้นความรับผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่พิจารณาและพิพากษาคดี ควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี ด้วย เฉกเช่นเดียวกับการพิจารณาปัจจัยด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกันกับจำเลย เช่น อายุ เพศ หรือสภาวะทางจิต ทั้งนี้ เพื่อสร้างความเท่าเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างบุคคลที่มีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมแตกต่างกัน

๒.๒ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และในมิติทางกฎหมาย

ในการศึกษาเพื่อที่จะพิจารณาความเหมาะสมในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา จำต้องพิจารณาความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทั้งในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และในมิติทางกฎหมายด้วย เพื่อให้เห็นความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญาว่ามีความสัมพันธ์กันอย่างไร

๒.๒.๑ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา

ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยานั้น เมื่อกล่าวถึงวัฒนธรรม นักสังคมวิทยาและนักมานุษยวิทยามักจะเน้นระบบความเชื่อ (belief system) และค่านิยมทางสังคม (social values) โดยวัฒนธรรมจะมีลักษณะพื้นฐานสรุปได้ดังต่อไปนี้

๑. การก่อกำเนิดของวัฒนธรรมในสังคม

วัฒนธรรมเป็นวิถีชีวิตของมนุษย์ (ways of life) วัฒนธรรมเป็นแบบแผนในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ สิ่งใดที่สมาชิกของสังคมเห็นว่าดี เหมาะสม สิ่งนั้นจะกลายเป็นรูปแบบที่สมาชิกยึดถือและปฏิบัติตาม ในทางกลับกัน สิ่งใดที่สมาชิกในสังคมเห็นว่าไม่เหมาะสมไม่ควร ย่อมจะไม่ถือปฏิบัติ^๖ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า วัฒนธรรมเป็นแบบแผนความประพฤติที่เกิดจากการเรียนรู้ (pattern of learned behavior) โดยมนุษย์เป็นผู้สร้างวัฒนธรรมและมนุษย์เรียนรู้วัฒนธรรมแบบค่อยเป็นค่อยไปจากการเกิดและเติบโตมาในสังคมหนึ่ง กล่าวคือ มนุษย์นำกระบวนการอบรมขัดเกลาทางสังคม (socialization) หรือกระบวนการรับวัฒนธรรม (enculturation) มาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดการเรียนรู้วัฒนธรรม โดยมนุษย์แสดงความคิด ความรู้สึก และมีแบบความประพฤติที่รับรู้และเข้าใจเป็นอย่างดีด้วยกัน จากการได้พบเห็น การติดต่อสมาคม และการอบรมสั่งสอนจากสมาชิกคนก่อน^๗ ทำให้มนุษย์สามารถเข้าใจได้ว่าตนควรมีพฤติกรรมเช่นใดในสถานการณ์ต่างๆ พฤติกรรมเช่นใดที่คนยอมรับว่าดีงามและถูกต้อง อันนำไปสู่การที่มนุษย์จะสามารถแก้ไขพฤติกรรมของตนโดยอาศัยประสบการณ์เป็นเครื่องช่วย^๘

นอกจากนี้ เมื่อวัฒนธรรมเป็นวิถีในการดำเนินชีวิตของสมาชิกในสังคมใดสังคมหนึ่ง วัฒนธรรมย่อมเป็นสิ่งที่สมาชิกในสังคมนั้นมีอยู่ร่วมกัน (Culture is shared by members of society.) วัฒนธรรมที่เกิดจากการเรียนรู้มีใช้สมบัติของคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่เป็นสมบัติของสมาชิกจำนวนมากในสังคมนั้นที่มีการยึดถือปฏิบัติร่วมกัน^๙ กล่าวคือ วัฒนธรรมเป็นมรดกของสังคม (social heritage) ที่ได้รับการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง^{๑๐} ทั้งนี้ การถ่ายทอดจะใช้สัญลักษณ์ (symbol) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ภาษาเป็นสื่อกลางในการถ่ายทอด อาจโดยการพูด การเขียน การวาดภาพ หรือวิธีอื่นๆ ที่เหมาะสมกับยุคสมัย อีกทั้งภาษาและระบบ

^๖ จ้างง อติวัฒน์สิทธิ์ และคณะ, สังคมวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๙), หน้า ๑๘.

^๗ สุพิศวง ธรรมพันทา, มนุษย์กับสังคม (กรุงเทพมหานคร: ดี.ดี. บุ๊คส์โตร์, ๒๕๔๐), หน้า ๔๔.

^๘ จ้างง อติวัฒน์สิทธิ์ และคณะ, สังคมวิทยา, หน้า ๑๖.

^๙ งามพิศ สัตย์สงวน, หลักมานุษยวิทยาวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: ธรรมสภา, ๒๕๓๘), หน้า ๒๙.

^{๑๐} ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๐), หน้า ๑๒.

สัญลักษณ์อื่นๆ ยังช่วยให้มนุษย์สามารถเก็บรวบรวมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับธรรมชาติอย่างเป็นระบบและสามารถถ่ายทอดความรู้นั้นไปยังคนรุ่นหลังต่อไป^{๑๑}

อย่างไรก็ตาม การที่ปัจเจกชนจะรับวัฒนธรรมนำมาปฏิบัติจะมีระดับไม่เท่าเทียมกัน ขึ้นอยู่กับการเลือกหรือโดยสภาพบังคับ ถ้าสังคมใด การบังคับให้ประพฤติปฏิบัติวัฒนธรรมที่เห็นว่าเหมาะสมอยู่ในขั้นที่รุนแรง บุคคลในสังคมจะปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ในทางกลับกัน ถ้ากฎข้อบังคับของสังคมหย่อนยาน บุคคลก็จะเลือกปฏิบัติตามความมากน้อยแตกต่างกันไป^{๑๒}

เมื่อกระบวนการเรียนรู้ทางวัฒนธรรมต้องถ่ายทอดโดยผ่านการใช้สัญลักษณ์ กระบวนการเรียนรู้ทางวัฒนธรรมจึงเกิดขึ้นได้เฉพาะในสังคมมนุษย์เท่านั้น เนื่องจากวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออินทรีย์ (superorganics) กล่าวคือ สัตว์นั้นมีเพียงลักษณะของอินทรีย์ตามธรรมชาติ สัตว์จะถ่ายทอดลักษณะอินทรีย์และการปรับตัวตามสภาวะธรรมชาติที่เรียกว่าสัญชาตญาณ (instinct) ให้แก่ลูกหลาน ขณะที่มนุษย์มีการถ่ายทอดทั้งลักษณะทางอินทรีย์ และวิธีการปรับตัวเหนือธรรมชาติที่เป็นระบบสัญลักษณ์ (symbolic system) อันเกิดจากการใช้ปัญญาที่มีอยู่ในตัวมนุษย์คิดสร้างและเปลี่ยนแปลงลักษณะตามธรรมชาติให้เหมาะต่อการดำรงชีวิตที่ดี^{๑๓}

อนึ่ง การที่สังคมแต่ละสังคมมีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน วัฒนธรรมจึงย่อมเป็นตัวกำหนดมาตรฐานของพฤติกรรม คนในวัฒนธรรมเดียวกันจะสามารถคาดคะเนพฤติกรรมของผู้อื่นในสถานการณ์ต่างๆ ได้ ทำให้สังคมอยู่รวมกันได้เป็นอย่างดี^{๑๔} และวัฒนธรรมจะแสดงเอกลักษณ์ของแต่ละสังคม ที่แปลกแยกแตกต่างจากสังคมอื่น ก่อให้เกิดความหลากหลายทางวัฒนธรรมด้วย

ดังนั้น วัฒนธรรมจึงเป็นแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ที่แต่ละสังคมเห็นว่าดีงาม ถูกต้อง และมีการถ่ายทอดจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง โดยผ่านกระบวนการเรียนรู้ทางวัฒนธรรม ทั้งเมื่อสมาชิกในสังคมมีการปฏิบัติร่วมกันมากขึ้น วัฒนธรรมย่อมกลายเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและกลายเป็นมรดกของสังคมในที่สุด ส่งผลต่อเนื่องให้การแบ่งแยกความแตกต่างทางสังคมระหว่างสังคมต่างๆ เป็นไปโดยชัดเจน

๒. วัฒนธรรมในฐานะเป็นองค์รวมความรู้และภูมิปัญญาของมนุษย์ เพื่อสนองความต้องการพื้นฐานของมนุษย์

วัฒนธรรมเป็นองค์รวมของความรู้และภูมิปัญญา เป็นกระบวนการที่มนุษย์กำหนดนิยามความหมายให้กับชีวิตและสิ่งต่างๆ รอบตัว ทั้งนี้ มนุษย์ได้สร้างสถาบันหรือองค์กรเพื่อรองรับการตีความดังกล่าว เช่น เมื่อมีการกำหนดนิยามของคำว่าอำนาจ ย่อมมีการจัดตั้งองค์กรหรือสถาบัน

^{๑๑} เรื่องเดียวกัน.

^{๑๒} จำนง อติวัฒนธรรมสิทธิ์ และคณะ, สังคมวิทยา, หน้า ๑๗.

^{๑๓} สุพิศวง ธรรมพันทา, มนุษย์กับสังคม, หน้า ๔๑-๔๒.

^{๑๔} ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, หน้า ๑๑.

การเมืองขึ้น การตีความในทุกๆ ด้านย่อมมีการเปลี่ยนแปลงหรือการตีความใหม่ที่แตกต่างไปจากเดิม และส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบและเนื้อหาของสถาบันสังคมตามไปด้วย^{๑๕}

โดยเหตุที่มนุษย์มีองค์ความรู้ที่ได้จากการถ่ายทอดทางวัฒนธรรม วัฒนธรรมจึงมีหน้าที่สนองตอบความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ เช่น สอนให้มนุษย์รู้จักหาอาหารอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนั้น วัฒนธรรมยังช่วยให้มนุษย์ปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อม เป็นพื้นฐานของการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีเพื่อความเจริญและความอยู่รอดของมนุษย์^{๑๖} กล่าวในอีกแง่หนึ่งได้ว่า วัฒนธรรมให้ความพอใจแก่มนุษย์ (Culture is gratifying.) โดยสนองความต้องการทั้งทางด้านร่างกาย ทางจิตใจ และทางสังคมของมนุษย์^{๑๗}

๓.ความเป็นพลวัตของวัฒนธรรม

วัฒนธรรมเป็นสิ่งที่ไม่หยุดนิ่ง หากแต่มีการเปลี่ยนแปลงปรับตัวอยู่ตลอดเวลา (Culture is adaptive.) โดยวัฒนธรรมของบรรพบุรุษย่อมมีความสำคัญในฐานะเป็นรากฐานวัฒนธรรมของคนรุ่นปัจจุบัน^{๑๘} ที่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงและพัฒนาต่อมาเรื่อยๆ การเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม เช่น อาจเป็นผลมาจากการแพร่กระจายของวัฒนธรรม (diffusion) โดยมาจากความคิดและค่านิยมที่มาจากวัฒนธรรมอื่น หรือเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยี อันเป็นความพยายามของมนุษย์ในการควบคุมธรรมชาติและใช้พลังงานอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น^{๑๙} มนุษย์จึงต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมอยู่เสมอเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรม สังคม และมนุษย์มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอย่างแยกไม่ออก ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาจึงเน้นการศึกษามนุษย์ในบริบทของสังคมและวัฒนธรรม ทั้งนี้ เนื่องจากนักสังคมวิทยาและนักมานุษยวิทยาได้เล็งเห็นความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในหลายประการ อันได้แก่

๑.ความสำคัญด้านการกำหนดรูปแบบของสังคมมนุษย์

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นแบบแผนการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่มีการถ่ายทอดและเรียนรู้กันมาโดยผ่านระบบสัญลักษณ์ จึงทำให้สังคมมนุษย์มีลักษณะที่แตกต่างจากสัตว์อื่น โดยวัฒนธรรมนี้ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ในสัตว์ประเภทอื่นนอกจากมนุษย์^{๒๐} ดังนั้น วัฒนธรรมจึงเป็นเครื่องแบ่งแยกมนุษย์ออกจากสัตว์ประเภทอื่น

^{๑๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๒.

^{๑๖} เรื่องเดียวกัน.

^{๑๗} งามพิศ สัตย์สงวน, *หลักมานุษยวิทยาวัฒนธรรม*, หน้า ๓๕.

^{๑๘} สุพิศวง ธรรมพินทา, *มนุษย์กับสังคม*, หน้า ๔๔.

^{๑๙} ยศ สันตสมบัติ, *มนุษย์กับวัฒนธรรม*, หน้า ๑๒.-๑๓.

^{๒๐} วิชารา คลายนาทร, *สังคมวิทยา* (กรุงเทพมหานคร: วัฒนาพานิช, ๒๕๓๐), หน้า ๑๐๕.

ในส่วนของสังคมมนุษย์เอง สังคมและวัฒนธรรมเป็นของคู่กัน เกิดขึ้นและวิวัฒนาการไปพร้อมๆ กัน สังคมไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้าปราศจากวัฒนธรรม และวัฒนธรรมก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้าปราศจากสังคม^{๒๑} จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญในการเป็นเครื่องสร้างระเบียบแบบแผนให้กับสังคม โดยกำหนดรูปแบบของสังคม กำหนดรูปแบบของสถาบันต่างๆ ว่าจะมีลักษณะเป็นอย่างไร^{๒๒} เช่น สถาบันครอบครัว อาจเป็นครอบครัวเดี่ยวหรือครอบครัวขยาย ขึ้นอยู่กับค่านิยมในแต่ละสังคม

นอกจากนี้ วัฒนธรรมยังเป็นภาพสะท้อนของสังคม และเป็นเครื่องวัดความเจริญหรือความเสื่อมของสังคม^{๒๓} หากวัฒนธรรมของสังคมนั้นเป็นไปในทางสร้างสรรค์ ก่อให้เกิดประโยชน์ในการดำรงชีวิตของสมาชิกในสังคม ย่อมมีส่วนช่วยให้สังคมมีความเจริญรุ่งเรืองก้าวหน้าสืบต่อไป แต่หากเป็นวัฒนธรรมที่ไม่เหมาะสม ย่อมก่อให้เกิดความเสื่อมถอยในการดำเนินชีวิตของสมาชิกในสังคม และสังคมอาจล่มสลาย ไม่สามารถดำรงอยู่ได้

๒. ความสำคัญด้านการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสังคม

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม เพราะมนุษย์มีความคิดและอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมือนกัน มนุษย์จึงสร้างวัฒนธรรมเพื่อให้สมาชิกดำรงชีวิตในสังคมของตนได้อย่างดีที่สุด จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงเป็นเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่แสดงว่าสังคมหนึ่งแตกต่างไปจากอีกสังคมหนึ่ง^{๒๔} อันแสดงให้เห็นว่าสังคมแต่ละสังคมย่อมมีอัตลักษณ์ หรือลักษณะเฉพาะของตนเอง เช่น การแต่งกาย การพูดจา กิริยามารยาท นอกจากนี้ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่สังคมหนึ่งเห็นว่าเป็นสิ่งที่ควร อาจเป็นสิ่งต้องห้ามในอีกสังคมหนึ่งก็ได้ เช่น การใช้สัตว์เป็นเครื่องบูชาัญญา ในบางสังคมอาจเห็นว่าเป็นการแสดงความเคารพต่อเทพเจ้า แต่บางสังคมอาจเห็นว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการทรมานสัตว์ เป็นต้น

๓. ความสำคัญด้านการกำหนดแบบแผนความประพฤติของสมาชิกในสังคม

มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคม เพื่อต้องการความอยู่รอด วัฒนธรรมจึงเป็นการสนองความต้องการจำเป็นของมนุษย์ในการมีชีวิตรอด โดยกำหนดแบบแผนความประพฤติของสมาชิกในสังคม และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิก กล่าวคือ กำหนดว่ามนุษย์ควรมีพฤติกรรมเช่นใดในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน โดยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นกรอบในการกำหนดพฤติกรรมที่พึงประสงค์ให้บุคคลในสังคมต้องปฏิบัติตาม หากผู้ใดดำเนินชีวิตตามวิถีทางที่สังคมกำหนด ย่อมได้รับการยกย่องชมเชย แต่ในทางตรงกันข้าม หากผู้ใดฝ่าฝืนสิ่งที่สังคมเห็นว่าดีงาม ย่อมถูกตำหนิจากสมาชิกอื่นของสังคม ดังนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงทำหน้าที่สำคัญในการควบคุมสังคมให้อยู่ในกฎ ระเบียบ แบบแผนเดียวกันที่สังคมเห็นว่าถูกต้องเหมาะสม

^{๒๑} จำนง อติวัฒน์สิทธิ์ และคณะ, สังคมวิทยา, หน้า ๒๒.

^{๒๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๘.

^{๒๓} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๑.

^{๒๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๘.

นอกจากนี้ วัฒนธรรมทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในสังคม เกิดความเป็นปึกแผ่น เพราะการมีลักษณะวัฒนธรรมเดียวกันทำให้บุคคลเกิดความรู้สึกเป็นกลุ่มเดียวกัน มีจิตสำนึกของความเป็นเจ้าของร่วมกัน จึงก่อให้เกิดความรัก ความหวงแหน และพร้อมที่จะปกป้องเพื่อให้วัฒนธรรมอันเป็นส่วนร่วมของตนยังคงอยู่ต่อไป^{๒๕}

ดังนั้น ในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสำคัญต่อสังคมและการดำรงชีวิตของมนุษย์ เพราะครอบคลุมวิถีชีวิตของมนุษย์ในทุกด้าน ทำให้มนุษย์มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากสัตว์อื่น สร้างสังคมมนุษย์ให้มีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามความต้องการและความจำเป็นในแต่ละสังคม ตลอดจนสร้างแบบแผนความประพฤติที่เห็นว่าเหมาะสมให้กับสมาชิกในสังคม และถ่ายทอดจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง เพื่อคงลักษณะที่ติดงอกรุ่นไว้ อันทำให้สังคมเกิดความเป็นปึกแผ่น มั่นคง และดำรงอยู่ได้โดยปกติสุข

๒.๒.๒ ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในมิติทางกฎหมาย

ระบบกฎหมายและวัฒนธรรมประเพณีต่างมีบทบาทเกื้อหนุนซึ่งกันและกันมาตั้งแต่อดีต ในเบื้องต้นนั้น อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม เนื่องจากวัฒนธรรมรวมตลอดถึงวิถีการดำเนินชีวิตทั้งหมดของมนุษย์ กฎหมายก็เป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพของมนุษย์ โดยมนุษย์สร้างระบบกฎหมายขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทในสังคม ในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งขึ้น อีกทั้งเมื่อกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมแล้ว ย่อมมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพที่สมาชิกในสังคมเห็นว่าเป็นการจำเป็นและยังประโยชน์แก่กลุ่มของตนได้มากที่สุด ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมประการหนึ่งของสังคมมนุษย์

นอกจากนี้ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้น โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรม มีความเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายอย่างแยกไม่ออก อาจสรุปได้ว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีบทบาทอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายในประการสำคัญดังต่อไปนี้

๑. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ก่อนการกำเนิดของกฎหมาย

กฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมนั้น แต่เดิม ไม่มีระบบกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน มนุษย์จึงอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีโดยเฉพาะของกลุ่มของตนในการกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในทางแพ่ง และในการพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา ทั้งนี้ จารีตประเพณีนั้นเกิดขึ้นจากการที่มนุษย์ใช้เหตุผลในการวิเคราะห์แยกแยะว่า สิ่งใดเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติ หรือสิ่งใดไม่ควรปฏิบัติ เมื่อมีการวิเคราะห์และปฏิบัติตามเช่นนี้สืบต่อกันมาเป็นเวลานาน จนได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (*Opinio Juris*) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น

^{๒๕} เรื่องเดียวกัน.

(*Opinio Necessitatis*)^{๒๖} ย่อมจะทำให้สมาชิกถือปฏิบัติในรูปแบบเดียวกัน และเป็นสิ่งที่ควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกได้ จนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

ต่อมา นักกฎหมายได้นำกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาวินิจฉัยข้อพิพาท และในขณะเดียวกันได้ปรุงแต่งกฎเกณฑ์นั้นให้ซับซ้อนและละเอียดยิ่งขึ้น^{๒๗} เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาความขัดแย้งที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น รวมทั้งมีการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดสภาพเป็นจารีตประเพณี กฎหมายที่รับมาจากจารีตประเพณีนี้ย่อมเกิดจากการที่สังคมพิจารณาเห็นว่า จารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นของที่มีคุณค่ายิ่ง จารีตประเพณีจึงเป็นที่มาทางหนึ่งของกฎหมาย และถือว่ากฎหมายที่มาจากจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์แบบและมีรากฐานที่มั่นคงที่สุด^{๒๘}

นอกจากนี้ เมื่อสังคมมีความเจริญมากขึ้น กฎเกณฑ์บางประการต้องมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคม โดยไม่อาจรอให้จารีตประเพณีก่อตัวขึ้นเองได้ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับรถยนต์ ซึ่งเป็นพาหนะที่มีความเร็วสูง อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ในวงกว้าง จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ นอกเหนือไปจากจารีตประเพณี^{๒๙}

ดังนั้น ก่อนที่สังคมมนุษย์จะมีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมอย่างเป็นทางการ มนุษย์ได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความถูกต้องแห่งความประพฤติของบุคคล โดยใช้หลักเหตุผลที่มีการวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนแล้ว จนเกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณี และต่อมาจึงได้นำกฎหมายจารีตประเพณีเหล่านั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งบัญญัติกฎหมายอื่นๆ นอกเหนือจากที่มีจารีตประเพณีอยู่แล้ว จนเกิดเป็นระบบกฎหมายเช่นในปัจจุบัน

๒. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมเช่นเดียวกับกฎหมาย

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ทางด้านศีลธรรม ให้บุคคลประพฤติตนอยู่ในศีลธรรมอันดี ละเว้นการกระทำที่สังคมถือว่าละเมิดศีลธรรม อีกทั้งในยุคแรก มนุษย์เห็นว่ากฎเกณฑ์ทางศีลธรรมย่อมเป็นเรื่องเดียวกับกฎหมาย กล่าวคือ การทำผิดจารีตหรือศีลธรรมนั้น ถือเป็นกรกระทำผิดกฎหมายด้วย

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น และบางครั้งเป็นกฎหมายเทคนิค คือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสะดวกสบาย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับจราจร ซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับศีลธรรม ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายกับศีลธรรมย่อมแยกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน จนกระทั่งมีแนวความคิดแบบ Legal Positivism ที่เน้นเรื่องการสร้างรัฐสมัยใหม่ จึงต้องบัญญัติ

^{๒๖} ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ ๑๒ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), หน้า ๒๙๐.

^{๒๗} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๙๒.

^{๒๘} อุทัย หิรัญโต, *สารานุกรมศัพท์สังคมวิทยา-มานุษยวิทยา*, หน้า ๒๖๕.

^{๒๙} ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, หน้า ๒๙๕.

กฎหมายซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายมหาชนเพื่อพัฒนาบ้านเมือง กฎหมายจึงไม่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและไม่มีความสัมพันธ์กับศีลธรรมแต่อย่างใด^{๓๐}

๓. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง

แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาแทนที่การบังคับใช้กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีและวัฒนธรรม แต่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมหาได้หมดความสำคัญไม่ โดยในระบบกฎหมายไทย จารีตประเพณีนั้นถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏชัดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ ที่ว่า ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จารีตประเพณีจึงย่อมนำมาใช้ได้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดในเรื่องนั้นไว้

อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐมีการบัญญัติกฎหมายมากขึ้น และครอบคลุมในทุกด้าน พื้นที่สำหรับจารีตประเพณีในระบบกฎหมายย่อมแคบลง^{๓๑} แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้นำจารีตประเพณีมาบังคับใช้ได้ แต่ถูกจำกัดโดยกฎหมายอื่น จนจารีตประเพณีไม่อาจใช้บังคับได้จริง

อนึ่ง จารีตประเพณีอาจนำมาใช้บังคับได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ประชาชนในท้องถิ่นนั้นยังคงยึดจารีตประเพณีของตนได้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล สามารถนำบทบัญญัติในศาสนาอิสลามมาบังคับใช้กับกรณีพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกของชาวมลายูมุสลิมในสี่จังหวัดได้^{๓๒} เป็นการยกเว้นหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ ๕ และ บรรพ ๖ เรื่องครอบครัวและมรดก โดยอนุญาตให้ใช้ข้อบังคับของศาสนาแทนที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้

ดังนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงสามารถนำมาบังคับใช้ได้ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย โดยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะปรับแก้กรณีได้ รวมทั้งกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการดำรงชีวิตในบางเรื่องของกลุ่มบุคคลบางกลุ่มในสังคม

๔. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมาย

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้โดยตรงในการควบคุมความประพฤติของบุคคล หรือใช้ในฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองย่อมมีข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม จารีตประเพณีและวัฒนธรรมยังมีความสำคัญในฐานะที่มีส่วนช่วยในการตีความตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น อาจทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายยึดติดอยู่กับแบบพิธี ทำให้กฎหมายมีความแข็งกระด้าง จึงมีความจำเป็นต้องนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรุงแต่งกฎหมายเพื่อให้บังคับใช้ได้เหมาะสม และอาจช่วยลดช่องว่างระหว่างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้

^{๓๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๐๖.

^{๓๑} สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๔๘.

^{๓๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๐.

นอกจากนี้ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอาจนำมาใช้ในการตีความถ้อยคำที่เป็นนามธรรมและมีความคลุมเครือ เช่น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายแพ่ง^{๓๓} หรือการกระทำเช่นใดจะเป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทในกฎหมายอาญา เนื่องจากความรู้สึกของบุคคลที่มีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมต่างกัน ย่อมมีความเห็นในเรื่องเหล่านี้แตกต่างกัน โดยการกระทำอย่างหนึ่ง บางคนอาจเห็นว่าเป็นการหมิ่นประมาทแล้ว แต่บางคนอาจเห็นว่ายังไม่เป็นการใส่ความอันจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาก็ได้

อนึ่ง สืบเนื่องจากกรณีที่มีมนุษย์ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้บางครั้งกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นนั้นมีความแตกต่างจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิม จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญน้อยลงในฐานะกฎเกณฑ์ของการกำกับวิถีชีวิตของประชาชน^{๓๔} นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงวัฒนธรรมประเพณีของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ และรัฐมุ่งบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพียงประการเดียว ย่อมทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างจารีตประเพณีวัฒนธรรมและระบบกฎหมายมากขึ้น และกฎหมายที่ออกมาโดยฝืนจารีตประเพณี หรือไม่มีจารีตประเพณีเป็นรากฐานมักไม่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ เช่น ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายห้ามดื่มสุราอย่างเด็ดขาด ซึ่งฝืนความรู้สึกในเรื่องเสรีภาพ และขัดกับประเพณีดื่มสุราซึ่งเป็นสัญลักษณ์ดั้งเดิมของชีวิตแบบอเมริกัน^{๓๕} หรือในประเทศไทย รัฐบาลสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้ออกรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๐ ว่าด้วยการแต่งกายของประชาชนชาวไทยให้แต่งกายแบบตะวันตก ซึ่งขัดกับวัฒนธรรมของชาวมลายูมุสลิมในสี่จังหวัดภาคใต้ คือ ยะลา ปัตตานี สตูล นราธิวาส เพราะชาวมุสลิมส่วนใหญ่ยังแต่งกายด้วยโสร่ง ทำให้เกิดความรุนแรงในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญระหว่างรัฐบาลกับประชาชน^{๓๖}

อย่างไรก็ตาม ในสังคมเล็กๆ เช่น สังคมชนบท หรือสังคมชาวเขา สังคมเหล่านี้ การบังคับด้วยกฎหมายอย่างเป็นทางการโดยตัวแทนของสังคมมีบทบาทน้อยมาก บุคคลกระทำ หรือละเว้นการกระทำด้วยความเชื่อมั่นในจารีตประเพณีและหลักศีลธรรม ซึ่งปรากฏอยู่ในศาสนา ความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติ ความเชื่อในบรรพบุรุษ และภูตผีปีศาจต่างๆ^{๓๗} จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงยังมีบทบาทอยู่พอสมควรในบางสังคม

ดังนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญทั้งในด้านเป็นรากฐานของกฎหมาย และมีส่วนช่วยส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้มีความเป็นธรรมมากขึ้น แต่บางครั้ง ก็อาจมีความขัดแย้งกันระหว่างวัฒนธรรมประเพณีและกฎหมาย หากบัญญัติกฎหมายโดยมิได้คำนึงถึงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคลทุกกลุ่มในสังคม จนอาจเกิดการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยเฉพาะ

^{๓๓} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๘.

^{๓๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๘.

^{๓๕} ไพบูลย์ ช่างเรียน, สารานุกรมศัพท์ทางสังคมวิทยา, หน้า ๓.

^{๓๖} สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์, หน้า ๓๙.

^{๓๗} ไพบูลย์ ช่างเรียน, สารานุกรมศัพท์ทางสังคมวิทยา, หน้า ๓.

อย่างยิ่ง เมื่อรัฐมีการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวด การต่อต้านกฎหมายที่ขัดกับวิถีชีวิตของสมาชิกในสังคมย่อมมีมากขึ้น จนอาจจะเกิดปัญหาความขัดแย้งอื่นๆ ตามมาได้

๒.๓ ประเภทของความผิดอาญา

เมื่อจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสัมพันธ์กับกฎหมาย การนำจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น อาจมีปัจจัยหลายด้านที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดของศาล รวมถึงประเภทของความผิดอาญา ซึ่งประเภทของความผิดอาญาจะแบ่งเป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*mala prohibita*) ดังนี้

๑. ความผิดในตัวเอง (*mala in se*) คือ ความผิดที่คนทั่วไปเห็นชัดเจนว่าเป็นความผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน^{๓๘} แม้กฎหมายมิได้บัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิด เพราะการนิยามความหมายของอาชญากรรมมีที่มาจากกฎหมายและศีลธรรม^{๓๙} ความผิดประเภทนี้มักมีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ถูกกระทำทันทีที่ความผิดเกิด โดยอาจเกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือชื่อเสียง^{๔๐} เช่น ความผิดฐานฆ่าคน ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

๒. ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*mala prohibita*) คือ ความผิดเพราะมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด ซึ่งอาจไม่เป็นความผิดต่อศีลธรรม^{๔๑} แต่เป็นความผิดที่บัญญัติขึ้นเพื่อความสะดวกในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม^{๔๒} ความผิดประเภทนี้มักไม่มีผู้ได้รับผลกระทบอย่างเป็นทางการ กลับมีผลกระทบในลักษณะกลุ่มคน หรือเป็นความผิดต่อสังคม^{๔๓} เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดเกี่ยวกับการจราจร

การแบ่งแยกประเภทความผิดในลักษณะนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีประโยชน์ในแง่การแบ่งแยกว่าหากเป็น *mala in se* ผู้กระทำต้องมีเจตนาทางอาญา (*criminal intent*) แต่หากเป็น *mala prohibita* ไม่ต้องอาศัยองค์ประกอบทางด้านเจตนา^{๔๔} นอกจากนี้ ในสมัยโบราณ ยังมี

^{๓๘} บุญเพราะ แสงเทียน, *กฎหมายอาญา ๑ ภาคทั่วไป ฉบับเร่งรัด* (กรุงเทพมหานคร: วิทญ์พัฒน, ๒๕๕๒), หน้า ๑๙.

^{๓๙} ประธาน วัฒนาวณิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา* (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, ๒๕๔๖), หน้า ๑๗.

^{๔๐} สุรพล ศุขอัจจะสกุล, “การใช้ทฤษฎีทางอาชญาวิทยาในคำพิพากษาศาลชั้นต้น: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกลุ่มความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองและกลุ่มความผิดที่กฎหมายบัญญัติ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชาสังคมวิทยา ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๖), หน้า ๒๐.

^{๔๑} บุญเพราะ แสงเทียน, *กฎหมายอาญา ๑ ภาคทั่วไป ฉบับเร่งรัด*, หน้า ๑๙.

^{๔๒} Justin Miller, *Criminal Law* (Minnesota: West Publishing, 1975), p.23.

^{๔๓} สุรพล ศุขอัจจะสกุล, “การใช้ทฤษฎีทางอาชญาวิทยาในคำพิพากษาศาลชั้นต้น: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกลุ่มความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองและกลุ่มความผิดที่กฎหมายบัญญัติ,” หน้า ๒๐-๒๑.

^{๔๔} Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 5th ed. (New York: Thomson Reuters, 2009), p.39.

ประโยชน์ในการที่พระมหากษัตริย์จะมอบพระราชอำนาจให้บุคคลใดไม่จำเป็นต้องกระทำตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาได้ต้องเป็นความผิดที่เป็น *mala prohibita* เท่านั้น ไม่อาจยกเว้นความผิดที่เป็น *mala in se* ได้^{๔๕} รวมทั้งในทางศาสนา ในกฎหมายของนักบวช จะต้องสีกหากกระทำผิดที่เป็น *mala in se* แต่ไม่ใช้กับกรณีกระทำผิดที่เป็น *mala prohibita*^{๔๖}

สำหรับในประเทศไทย การแบ่งแยกประเภทความผิดเช่นนี้มีประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องความไม่รู้กฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔^{๔๗} เพราะหากเป็น *mala prohibita* ผู้กระทำอาจยกความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวและขออนุญาตแสดงพยานหลักฐานต่อศาลได้^{๔๘} เช่น ความผิดเกี่ยวกับวัตถุออกฤทธิ์บางประเภท มิใช่ความผิดในตัวเอง จำเลยอ้างความไม่รู้กฎหมายได้^{๔๙} หรือความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษในประเภท ๑ แม้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.๒๕๒๒ มาตรา ๑๕ วรรคสาม (๒) จะมีบทสันนิษฐานเด็ดขาดถือว่าเป็นการครอบครองยาเสพติดให้โทษในประเภท ๑ เพื่อจำหน่าย แต่จำเลยยังสามารถแสดงพยานหลักฐานต่อศาลได้ว่า ตนไม่รู้กฎหมายดังกล่าว^{๕๐}

อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกประเภทของความผิดเช่นนี้ มีหลักเกณฑ์ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับความคิดความเห็นของสังคมนั้นๆ ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย ความผิดที่เคยเป็นความผิดต่อศีลธรรมอันเป็น *mala in se* นั้น ครั้นต่อมา ค่านิยมหรือวัฒนธรรมประเพณีของชุมชนเปลี่ยนแปลงไป ความผิดนั้นอาจกลายเป็นเพียงความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ *mala*

^{๔๕} Ibid.

^{๔๖} Ibid.

^{๔๗} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔ บัญญัติว่า

“บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๔๘} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), ๒๕๕๑), หน้า ๘๐.

^{๔๙} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๓๓/๒๕๓๘ การมีเพมิโกลินไว้ในความครอบครองเพื่อขาย มิใช่เป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นความผิดเพราะมีประกาศกระทรวงสาธารณสุขกำหนดให้เป็นวัตถุออกฤทธิ์ในประเภท ๒ ซึ่งแต่เดิมจัดอยู่ในวัตถุออกฤทธิ์ในประเภท ๔ ซึ่งจำเลยได้รับอนุญาตให้ขายได้ ตามสภาพและพฤติการณ์จำเลยอาจไม่รู้ว่าการมีเพมิโกลินไว้ในครอบครองเพื่อขายเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย และหากจำเลยสามารถนำพยานหลักฐานที่มีพิสูจน์เช่นนั้นได้ ศาลย่อมลงโทษจำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔.

^{๕๐} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๙๐๓/๒๕๔๘ ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.๒๕๒๒ มาตรา ๑๕ วรรคสาม (๒) ที่บัญญัติว่าการมีแอมเฟตามีนหรืออนุพันธ์แอมเฟตามีน มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่สามร้อยเจ็ดสิบห้า มิลลิกรัมขึ้นไป... ให้ถือว่าเป็นการมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย อันเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมายนั้น จำเลยไม่อาจนำสืบหักล้างเป็นอย่างอื่นได้ ทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔ บัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” เมื่อจำเลยมิได้ขออนุญาตแสดงพยานหลักฐานต่อศาลให้เชื่อว่าจำเลยไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้ตั้งแต่ศาลชั้นต้น ย่อมเป็นปัญหาที่มีได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลล่างทั้งสอง จึงเป็นฎีกาต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๔๙ วรรคหนึ่ง ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕.

prohibita ก็ได้ นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยจะมีแนวความคิดว่าความผิดใดเป็น *mala in se* หรือ *mala prohibita* ต้องพิจารณาจากขนบธรรมเนียมประเพณีของประเทศนั้นด้วย เช่น การผิดศีลธรรมของไทยเน้นที่ศีลธรรมตามพระพุทธศาสนา ซึ่งอาจไม่เหมือนกับการผิดหลักคำสอนของศาสนาอื่นก็ได้

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีของความผิดอาญามีผลกระทบต่อการที่ศาลจะนำจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่ อย่างไร และจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมักเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับความผิดประเภท *mala in se* มากกว่า เพราะความผิดประเภทนี้เป็นความผิดในตนเอง และมีความสัมพันธ์กับศีลธรรม ความเชื่อของกลุ่มบุคคลมากกว่า

๒.๔ โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

นอกจากประเภทของความผิดอาญาแล้ว วิทยานิพนธ์นี้มุ่งพิจารณาจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา จึงจำเป็นต้องศึกษาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในเบื้องต้นก่อน ซึ่งจะเป็นการอธิบายภาพรวมของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย โดยเน้นโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกลุ่มนักกฎหมายไทย^{๕๑} ประกอบกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเยอรมนี^{๕๒} ซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law system) เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของ泰นี้นั้น พิจารณาได้ ๓ ประการ ได้แก่^{๕๓}

๑. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

๒. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

๓. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

สำหรับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายเยอรมนีนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ๓ ประการเช่นกัน ดังต่อไปนี้^{๕๔}

๑. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (*Tatbestandsmäßigkeit*)

๒. ความผิดกฎหมาย (*Rechtswidrigkeit*)

๓. ความชั่ว (*Schuld*)

^{๕๑} เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, หน้า ๘๖-๙๕.

^{๕๒} คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๔), หน้า ๑๑๕-๑๑๙.

^{๕๓} เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, หน้า ๘๖.

^{๕๔} คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า ๑๑๕-๑๑๙.

เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาที่นักกฎหมายไทยนิยามกับโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของกฎหมายเยอรมนีมีลักษณะสอดคล้องกัน กล่าวคือ โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของเยอรมนีนั้นเป็นการพิจารณาถึงเหตุของการกระทำว่าเป็นความผิดทางอาญาได้หรือไม่ โดยบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อวิเคราะห์แล้วว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายที่สมควรลงโทษ และผู้กระทำความผิดมีความชั่วหรืออาจถูกตำหนิได้ สำหรับโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของนักกฎหมายไทยนั้น เป็นการพิจารณาถึงผลของการกระทำว่าจะมีความผิดหรือต้องได้รับโทษหรือไม่ ทั้งเป็นการพิจารณาในทางปฏิเสธ โดยบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ หากต้องด้วยข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถือได้ว่าการกระทำของผู้นั้นย่อมไม่ครบถ้วนตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาทั้งสองแบบ ต่างต้องพิจารณาไปที่ละขั้นตอนเช่นเดียวกัน เช่น หากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงโครงสร้างในข้อต่อไป และสรุปได้ว่าผู้นั้นไม่มีความผิดทางอาญา

นอกจากนี้ ยังมีกรณีอื่นที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา แต่ในการพิจารณาว่าบุคคลจะมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ จำต้องพิจารณากรณีเหล่านี้ประกอบด้วย คือ เหตุลดโทษ หรือที่กฎหมายเยอรมนีเรียกว่า เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว รวมทั้งในกฎหมายเยอรมนียังมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางอาญาด้วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญา โดยไม่เกี่ยวกับเจตนาและประมาท เช่น การทำร้ายร่างกายผู้แทนรัฐต่างประเทศที่จะถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๓๑ ได้นั้น ต้องได้ความว่าผู้ถูกทำร้ายเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก^{๕๕}

ดังนั้น การพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาในวิทยานิพนธ์นี้จะเน้นโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายไทย และนำหลักเกณฑ์ของเยอรมนีมาพิจารณาประกอบเพื่อความเข้าใจมากยิ่งขึ้น โดยพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามลำดับดังต่อไปนี้

๒.๔.๑ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ในการพิจารณาว่าบุคคลใดจะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ประการแรก ต้องพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาองค์ประกอบดังต่อไปนี้

๑.มีการกระทำ

๒.การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ

^{๕๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔๐.

๓. การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ

๔. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ทั้งนี้ สามารถพิจารณาในรายละเอียดขององค์ประกอบต่างๆ ได้ดังนี้

๑. ต้องมีการกระทำ โดยเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก คืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ^{๕๖} ทั้งนี้ มีการคิด ตกลงใจ และกระทำไปตามที่คิดนั้น หากเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่ผ่านกระบวนการดังกล่าว อาจถือว่าผู้นั้นไม่มีการกระทำ เช่น คนละเมอ คนเป็นลมบ้าหมู ผู้ที่ถูกสะกดจิต หรือเด็กทารกไร้เดียงสา เป็นต้น

ความหมายของการกระทำนี้ ตาม “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” (*finale Handlungslehre*) ของนักนิติศาสตร์เยอรมนีฝ่ายเจตจำนงกำหนด (*Finalität*) ได้มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมให้ละเอียดมากขึ้น โดยให้ความหมายของการกระทำไว้ว่า การกระทำของมนุษย์เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับ มิใช่เพียงเหตุการณ์ที่เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเท่านั้น กล่าวคือ มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายรายละเอียดเป็นขั้นตอน รวมทั้งกำหนดแผนการที่จะดำเนินการ แล้วดำเนินการไปตามขั้นตอนและแผนการนั้นเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายที่ต้องการ^{๕๗} การกระทำของมนุษย์จึงประกอบไปด้วยทั้งส่วนที่เป็นอัตวิสัย และส่วนที่เป็นภาววิสัยด้วย

๒. การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ ต้องมีผู้กระทำการกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ต้องมีผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้กระทำ มีการฆ่าเป็นการกระทำ และมีผู้อื่นเป็นวัตถุแห่งการกระทำ

๓. การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล หรือมิฉะนั้นผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท คือปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ หรือมิฉะนั้น ผู้กระทำอาจต้องรับผิดชอบที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ประมาท (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙)^{๕๘}

^{๕๖} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, หน้า ๙๖.

^{๕๗} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า ๑๒๓.

^{๕๘} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

ในส่วนขอเจตนา นั้น ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดด้วย มิฉะนั้น จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคสาม)^{๕๙} กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาในการกระทำความผิด

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญายังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีอื่นๆ คือ

(๑) การกระทำโดยพลาด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๐ ที่กำหนดให้ผู้ที่เจตนากระทำความผิดต่อบุคคลหนึ่ง แต่ผลของการกระทำเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งโดยพลาดไป ให้ถือว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยเจตนาแกื่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น^{๖๐}

(๒) ความสำคัญผิดในตัวบุคคล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๑ ที่ห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างได้ว่า มิได้มีเจตนากระทำความผิด ในกรณีที่ตนเจตนากระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด^{๖๑}

(๓) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ ที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ได้รับการยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงตามที่ตนสำคัญผิดนั้น^{๖๒}

ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนี้ ในหลักกฎหมายเยอรมนีถือว่า เป็นความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ หรือความสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อม (*indirekter Verbotsirrtum*) กล่าวคือ เป็น

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

^{๕๙} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

^{๖๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๐ บัญญัติว่า

“ผู้ใดเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ผลของการกระทำเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งโดยพลาดไป ให้ถือว่าผู้เจตนากระทำโดยเจตนาแกื่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษหนักขึ้นเพราะฐานะของบุคคล หรือเพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับบุคคลที่ได้รับผลร้าย มิให้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับเพื่อลงโทษผู้กระทำให้หนักขึ้น”

^{๖๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๑ บัญญัติว่า

“ผู้ใดเจตนาจะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด ผู้นั้นจะยกเอาความสำคัญผิดเป็นข้อแก้ตัวว่ามีได้กระทำความผิดโดยเจตนาหาได้ไม่”

^{๖๒} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี

ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่งมาตรา ๕๙ หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรก ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำความผิดโดยประมาท

บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น”

กรณีและผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในการมีอยู่ของข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (*Rechtfertigungsgrund*) กรณีหนึ่ง เช่น กรณีไม่มีภัยอันตราย แต่ผู้กระทำได้กระทำการป้องกันโดยสำคัญผิด และกรณีที่ผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นกรอบหรือขอบเขตของเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อีกกรณีหนึ่ง เช่น กรณีที่ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว แต่ผู้กระทำเข้าใจว่ายังมีภัยอันตรายอยู่ จึงได้กระทำการเพื่อป้องกันไปโดยสำคัญผิดเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน^{๖๓}

หลักการในประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๖๒ นั้น ตรงกับ “ทฤษฎีเจตนา” (*Vorsatztheorie*) ของนักนิติศาสตร์เยอรมนีฝ่ายผลกำหนด (*Kausalität*) กล่าวคือ การที่ผู้กระทำได้กระทำโดยสำคัญผิดในอำนาจกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ขาดเจตนา เพราะไม่รู้ว่าการกระทำของตนนั้นผิดกฎหมาย ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดทางอาญาที่กระทำโดยเจตนา แต่อาจต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท^{๖๔}

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในข้อห้ามตามกฎหมายอาญาเยอรมนีนั้น มีปรากฏอีกประการหนึ่ง คือ ความสำคัญผิดว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย หรือความสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรง (*direkter Verbotsirrtum*) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดไม่รู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำที่กฎหมายห้าม ผู้กระทำจึงเข้าใจว่าการกระทำของตนเองไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย จึงไม่ครบถ้วนตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในข้อความผิดกฎหมาย (*Rechtswidrigkeit*)^{๖๕} แต่ในกฎหมายไทยนั้น ความไม่รู้กฎหมายปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔ ซึ่งโดยหลัก ห้ามมิให้บุคคลแก่ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดอาญา เว้นแต่ศาลอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานและศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายจริง ศาลจึงจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นเหตุผลโทษประการหนึ่ง

ดังนั้น ในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของผู้กระทำความผิด ที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำไม่มีความผิด ไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงตามความเข้าใจของผู้กระทำ แต่ความสำคัญผิดนั้นจะต้องมิได้เกิดเพราะความประมาทของผู้กระทำด้วย

๔. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คือ ทฤษฎีเงื่อนไข (พิจารณาว่า ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่นๆ ด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นแล้ว ผลก็ยังเกิดอยู่นั่นเอง ก็จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นมิได้)^{๖๖} และทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (พิจารณาว่าการกระทำนั้นเหมาะสมจะให้เกิดผล

^{๖๓} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า ๓๐๒.

^{๖๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๐๓.

^{๖๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๙๖.

^{๖๖} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, หน้า ๓๑๕.

นั้นๆ โดยทั่วไปหรือไม่ ใช้พิจารณาในกรณีผลของการกระทำทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น และกรณีผลของการกระทำเกิดจากเหตุแทรกแซง)^{๖๗}

๒.๔.๒ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

เมื่อพิจารณาได้ความว่า การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ประการต่อไป ต้องพิจารณาว่า มีกฎหมายยกเว้นความผิดให้กับผู้กระทำหรือไม่ หรือถ้ากล่าวตามนัยแห่งกฎหมายอาญาเยอรมนีแล้ว ต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมาย (*Rechtswidrigkeit*) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ผิดปทัสถานของสังคมหรือไม่ และจะต้องไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (*Rechtfertigungsgrund*)^{๖๘}

เหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้น มีหลายกรณีและปรากฏในกฎหมายหลายฉบับ เช่น การป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๖๘^{๖๙} หลักความยินยอม^{๗๐} กฎหมายจารีตประเพณี^{๗๑} หรือกรณีเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ซึ่งรุกล้ำเข้ามาจากที่ดินที่ติดต่อและเอาไว้เสีย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๔๗ ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียหายหรือการที่ผู้ใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๖๗ (๒) ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น^{๗๒}

นอกจากนี้แล้ว ในกฎหมายเยอรมนียังมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ประการอื่น นอกเหนือจากที่มีในกฎหมายไทย แต่น่าจะเป็นสิ่งที่สามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทยได้ ซึ่งได้แก่

^{๖๗} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๓๒.

^{๖๘} คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า ๒๓๑.

^{๖๙} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ บัญญัติว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

^{๗๐} หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา แบ่งได้เป็น ๒ ประเภท คือ

๑. ในความผิดอาญาบางประเภท หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ ย่อมขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานลักทรัพย์ โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ทำให้เสียหาย หรือบุกรุก

๒. ความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมายกเว้นความผิดได้ โดยศาลฎีกาได้วางหลักวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๐๓/๒๕๐๘ ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำคัญในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” (เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, ๒๕๕๑: ๔๓๐-๔๓๖).

^{๗๑} จารีตประเพณี เป็นกฎหมายยกเว้นความผิดที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จารีตประเพณีให้อำนาจครูตีเด็กนักเรียนพอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือพระภิกษุมิอำนาจลงโทษศิษย์วัดได้ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, ๒๕๕๑: ๘๘).

^{๗๒} เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า ๘๘-๘๙.

(๑) ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (*rechtfertigender Notstand*) เป็นกรณีที่ คุณธรรมทางกฎหมาย (*Rechtsgut*) สองประการขัดแย้งกัน และผู้กระทำจำต้องเลือกรักษาไว้ซึ่ง คุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเลือกทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษา คุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า โดยผู้กระทำไม่มีทางเลือกอื่น^{๗๓} อาจเทียบเคียงได้กับประมวล กฎหมายอาญาของไทย มาตรา ๓๐๕ (๑)^{๗๔} ที่ให้นายแพทย์ทำแท้งให้แก่วินิจฉัยโดยหญิงยินยอมได้ ใน กรณีที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิง และถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิด เป็นการเลือกทำลาย ทารกในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตของหญิงไว้

(๒) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (*mutmassliche Einwilligung*) เป็นกรณีใน สถานการณ์ที่จำเป็นเร่งด่วน ผู้กระทำจำต้องตัดสินใจกระทำกรณานั้น เพราะหากรอให้ได้รับความ ยินยอมของผู้เสียหายแล้วย่อมไม่ทันการณ์ เป็นกรณีที่สันนิษฐานได้ว่า ผู้เสียหายต้องยินยอมให้กระทำ อย่างแน่นอน เช่น กรณีนายแพทย์ต้องผ่าตัดฉุกเฉินให้แก่ผู้บาดเจ็บสาหัส โดยไม่อาจรอความยินยอม ของผู้บาดเจ็บได้^{๗๕}

ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็น ความผิดแล้ว ยังต้องพิจารณาว่ามีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ซึ่ง นอกจากบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นแล้ว ยังต้อง พิจารณาหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนพิจารณาแนวทางของต่างประเทศในการ นำเหตุต่างๆ มาเพื่อพิจารณาให้เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดได้ หากมีเหตุดังกล่าวอยู่ ผู้กระทำย่อมไม่ มีความผิดทางอาญา และไม่จำเป็นต้องพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในข้อต่อไป

๒.๔.๓ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

หากพิจารณาได้ความว่า การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ประกอบกับไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำ ต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นมี กฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ ในส่วนนี้ ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมนี จะต้องพิจารณาว่า ผู้กระทำมี ความชั่ว (*Schuld*) หรือไม่ อันหมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง กล่าวคือ การกระทำใด จะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้กระทำเอง ผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบ หรือ ผู้ที่มีสติ ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและกระทำการผิดกฎหมาย ผู้ นั้นย่อมถูกตำหนิจากสังคม และการกระทำของผู้นั้นย่อมเป็นการกระทำที่ตำหนิได้^{๗๖}

^{๗๓} คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า ๒๔๘-๒๔๙.

^{๗๔} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น...

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

^{๗๕} คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า ๒๖๘.

^{๗๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๗๙.

ในกฎหมายอาญาของเยอรมนีนั้น บุคคลที่จะมีความสามารถในการทำชั่ว ต้องพิจารณาที่อายุ และความสมบูรณ์แห่งจิตของผู้กระทำ เพราะกฎหมายจะลงโทษเฉพาะบุคคลที่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้เท่านั้น^{๗๗} กรณีที่กฎหมายไม่ลงโทษเพราะผู้กระทำไม่มีความชั่ว จึงเป็นกรณีของเด็กที่ยังอ่อนอายุ (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๓ และ ๗๔)^{๗๘} และกรณีของผู้ที่มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๕ วรรคแรก)^{๗๙}

^{๗๗} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๘๒.

^{๗๘} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๓ บัญญัติว่า

“เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ให้นำพนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๔ บัญญัติว่า

“เด็กอายุเกินสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้”

(๑) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(๒) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปี และกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นว่านั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้น ไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(๓) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (๒) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๕๖ ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยเด็กนั้น

(๔) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้ หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (๒) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนรวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(๕) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (๒) (๓) (๔) และ (๕) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้อเอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

^{๗๙} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๕ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น”

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำของบุคคลที่มีความรู้สึกผิดชอบสมบูรณ์ แต่บุคคลนั้นอาจไม่ถูกลงโทษ หากมีเหตุยกเว้นโทษ หรือที่กฎหมายเยอรมนีเรียกว่า เหตุที่กฎหมายให้อภัย (Entschuldigungsgrund)

เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุที่กฎหมายให้อภัย เช่น การกระทำความผิดของผู้มีนเมา (มาตรา ๖๖)^{๘๐} การกระทำความผิดโดยจำเป็น (มาตรา ๖๗)^{๘๑} การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (มาตรา ๗๐)^{๘๒} การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างสามีภรรยา (มาตรา ๗๑ วรรคแรก)^{๘๓} หากมีกฎหมายยกเว้นโทษเช่นนี้แล้ว ถือว่าผู้กระทำความผิดทางอาญา แต่ไม่ต้องรับโทษ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาทั้งสามประการแล้วพบว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิด ทั้งไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษ ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า มีเหตุลดโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ เช่น ความไม่รู้กฎหมาย (มาตรา ๖๔)^{๘๔} การกระทำความผิดของผู้วิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือสามารถบังคับตนเองได้บ้าง (มาตรา ๖๕ วรรคสอง)^{๘๕} การกระทำความผิดของผู้มีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือ

^{๘๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๖ บัญญัติว่า

“ความมีนเมาเพราะเสพสุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่น จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา ๖๕ ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเอนั้นจะเกิดโดยผู้เสพไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพโดยถูกขโมยใจให้เสพ และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้กระทำยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๘๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๗ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(๑) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(๒) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้

เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

^{๘๒} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๐ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมิชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย”

^{๘๓} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๑ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึงมาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔ นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีภรรยาทำต่อกัน หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

^{๘๔} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๔ บัญญัติว่า

“บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๘๕} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๕ วรรคสอง บัญญัติว่า

“แต่ถ้าผู้กระทำความผิด (ผู้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน) ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

สามารถบังคับตนเองได้บ้าง (มาตรา ๖๖)^{๘๖} การป้องกันหรือการกระทำโดยจำเป็นเกินขอบเขต (มาตรา ๖๙)^{๘๗} การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างญาติสนิท (มาตรา ๗๑ วรรคสอง)^{๘๘} การกระทำโดยบันดาลโทสะ (มาตรา ๗๒)^{๘๙} การกระทำความผิดของผู้กระทำที่มีอายุกว่า ๑๕ ปีแต่ต่ำกว่า ๑๘ ปี (มาตรา ๗๕)^{๙๐} หรือตั้งแต่ ๑๘ ปี แต่ไม่เกิน ๒๐ ปี (มาตรา ๗๖)^{๙๑} เหตุบรรเทาโทษ (มาตรา ๗๘)^{๙๒} เป็นต้น หากต้องด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง กฎหมายมักกำหนดให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้เพื่อให้สอดคล้องกับสถานะและพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละเรื่อง

ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องและเป็นระบบ การพิจารณาว่าศาลได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาความรับผิดทางอาญาอย่างไรบ้าง จะพิจารณาโดยอาศัยโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาไทยดังที่กล่าวมา

^{๘๖} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๖ บัญญัติว่า

“ความมีเมตตาเพราะเสพสุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่น จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา ๖๕ ไม่ได้ เว้นแต่ความมีเมตตาจะเกิดโดยผู้เสพไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีเมตตา หรือได้เสพโดยถูกขโมยใจให้เสพ และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับการยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้กระทำยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๘๗} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๙ บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา ๖๗ และมาตรา ๖๘ นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต็น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

^{๘๘} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๑ วรรคสอง บัญญัติว่า

“ความผิดดังระบุมานี้ (ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึงมาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔) ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๘๙} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ บัญญัติว่า

“ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

^{๙๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๕ บัญญัติว่า

“ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวพันกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา ๗๔ หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

^{๙๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๖ บัญญัติว่า

“ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

^{๙๒} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ บัญญัติว่า

“เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใดเคยลาเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิใช่ลักษณะทำนองเดียวกัน”

๒.๕ พัฒนาการแนวความคิดในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายไทยตั้งแต่ครั้งอดีตนั้น เป็นกฎหมายที่มาจากวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของสังคมไทยแท้ๆ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ก่อนที่จะได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียโดยผ่านทางมอญ และพระธรรมศาสตร์นี้ ไทยใช้เรื่อยมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ จนกระทั่งมีการรับกฎหมายสมัยใหม่แบบตะวันตกเข้ามาในไทย^{๙๓} และเกิดการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมและระบบกฎหมายครั้งใหญ่

ในการพิจารณาถึงแนวความคิดในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายไทยนั้น จะแยกพิจารณาแบ่งยุคกฎหมายเป็นสองยุค ได้แก่ ยุคก่อนสมัยใหม่ และยุคสมัยใหม่ โดยมุ่งพิจารณาสองด้านที่สำคัญ คือ แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา และดุลพินิจของศาลในการลงโทษ ดังนี้

๑. ยุคก่อนสมัยใหม่

ก่อนที่มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาตามแบบตะวันตก กฎหมายอาญายังไม่มีความเป็นระเบียบ โทษทางอาญาได้กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ ทั้งยังปะปนกับการชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งด้วย สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญานั้น อยู่บนพื้นฐานที่ว่า ผู้ที่ถูกกล่าวหาและถูกจับตัวมาเป็นผู้ที่มีความผิดแล้ว (presumption of guilt) จึงต้องใช้วิธีทรมานให้รับสารภาพ เช่น ตอกเล็บ บีบขมับ เป็นต้น^{๙๔} นอกจากนี้ การที่บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญานั้น ไม่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ก่อน เนื่องจากการตรากฎหมายนั้นเกิดจากการศาลได้พยายามใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดีที่เกิดขึ้น และเมื่อหลักเกณฑ์ใหม่ๆ ที่ได้จากการใช้การตีความกฎหมายนั้นได้รับพระราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ จึงได้รับการตราขึ้นเป็นกฎหมาย^{๙๕} แสดงให้เห็นว่า ผู้ที่กระทำความผิดอาจถูกลงโทษได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายรองรับก่อน แต่เป็นการตรากฎหมายขึ้นมาในภายหลังเพื่อใช้ตัดสินคดีนี้และคดีในลักษณะเดียวกันที่อาจเกิดขึ้น

สำหรับดุลพินิจของศาลในการลงโทษนั้น พบว่าดุลพินิจของศาลมีความไม่แน่นอน มีทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายจำกัดดุลพินิจของผู้พิพากษามากเกินไป ดังจะเห็นได้จากความผิดตามกฎหมายอาญาบางลักษณะมีโทษตามข้อปลีกย่อยซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างละเอียด เช่น ชนิดของอาวุธที่ใช้หรือรายละเอียดเกี่ยวกับบาดแผลที่ได้รับกรณีได้รับอันตรายทางกาย เนื่องจากผู้บัญญัติกฎหมายสมัยก่อนมีแนวโน้มออกกฎหมายเพื่อดำเนินการกับคดีเฉพาะอย่างเป็นจำนวนมากเท่าที่จะเป็นไปได้

^{๙๓} แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, ๒๕๕๔), หน้า ๕๓.

^{๙๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔๕.

^{๙๕} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๒๔.

มากกว่าที่จะวางหลักเกณฑ์ทั่วไป^{๙๖} อันแสดงให้เห็นว่า ยิ่งกฎหมายมีความละเอียดมากเท่าใด ยิ่งจำกัดดุลพินิจของผู้พิพากษามากขึ้นเท่านั้น แต่ในทางตรงกันข้าม บางครั้งกฎหมายกำหนดไว้กว้างเกินไป เช่น การกำหนดโทษโดยระบุเพียงว่า “ให้ลงโทษตามโทษานุโทษ” หรือ “ให้ลงโทษแก่ผู้นั้นจนหนัก”^{๙๗} เป็นการให้อิสระแก่ผู้พิพากษาในการกำหนดมาตรการลงโทษและกำหนดโทษอย่างกว้างขวาง จนอาจเกิดความไม่ยุติธรรมในการลงโทษการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายในสมัยก่อนมีพื้นฐานมาจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิม นักกฎหมายหรือผู้พิพากษาจะใช้บังคับกฎหมายโดยละเอียดวัฒนธรรมประเพณีหาได้ไม่ อาจสันนิษฐานได้ว่า แม้ตัวบทกฎหมายจะเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ค่อนข้างน้อย แต่มิได้เป็นการตัดโอกาสในการที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาแต่อย่างใด ศาลจึงอาจพิจารณาตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประกอบกับพฤติการณ์ด้านอื่นๆ ของจำเลยเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ นอกจากนี้ สันนิษฐานได้ว่า ศาลอาจนำมาพิจารณาใช้ได้ทั้งในทางที่เป็นคุณและเป็นโทษกับผู้กระทำความผิด เพราะไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้อย่างแน่ชัด และไม่มีหลักที่ว่า บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาแต่เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้น ศาลจึงอาจนำจารีตประเพณีมาวินิจฉัยเพื่อเป็นโทษ หรือเพิ่มโทษแก่จำเลยได้

๒. ยุคสมัยใหม่

หลังจากที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากชาติตะวันตก จึงได้มีการปฏิรูปกฎหมายและการศาล การปฏิรูประบบกฎหมายของไทยเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายตะวันตกนั้นสืบเนื่องมาจากความต้องการลดข้ออ้างของชาติตะวันตกในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และต้องการปรับปรุงกฎหมายที่ล้าหลังให้มีความทันสมัย ทั้งมีหลักเกณฑ์ตามที่ยอมรับกันในทางสากล

สำหรับในส่วนของกฎหมายอาญา มีการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ซึ่งนับเป็นประมวลกฎหมายตามแบบตะวันตกฉบับแรกที่ประเทศไทยเลือกจัดทำขึ้น เพราะกฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุด และศาลต่างๆ สามารถเข้าใจได้ง่าย^{๙๘} ประกอบกับประเทศไทยต้องการให้ชาติตะวันตกยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตโดยยกเลิกมิให้คนชาติหรือคนในบังคับของชาติตะวันตกต้องถูกดำเนินคดีในศาลกงสุลเมื่อกระทำความผิด จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มชำระและจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญาก่อน

อย่างไรก็ตาม การรับกฎหมายตะวันตกเข้ามานี้ ยังมีการคำนึงถึงบทบัญญัติในแต่ละเรื่องว่ามีความเหมาะสมกับสังคมไทยหรือไม่ โดยเฉพาะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพื้นฐานความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม ผู้ร่างก็คงเรื่องนั้นไว้ตามความเชื่อของไทย เช่น กำหนดโทษฐานฆ่าบุพการีให้รุนแรงกว่าฆ่าคนธรรมดา^{๙๙} ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ร่างตามแบบสมัยใหม่

^{๙๖} เรอเน่ กียอง, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม, แปลโดย สุรพล ไตรเวทย์ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, ๒๕๕๐), หน้า ๑๓๒-๑๓๓.

^{๙๗} แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า ๑๔๓.

^{๙๘} เรอเน่ กียอง, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม, แปลโดย สุรพล ไตรเวทย์, หน้า ๗๗.

^{๙๙} แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า ๒๕๗.

จึงเป็นการผสมผสานระหว่างแนวคิดกฎหมายตะวันตกและจารีตประเพณีวัฒนธรรมไทยเพื่อให้เหมาะสมกับการบังคับใช้ในสังคมไทยมากที่สุด

แนวคิดของกฎหมายสมัยใหม่นั้น กล่าวโดยเฉพาะในกฎหมายอาญา แปรเปลี่ยนจากแนวคิดที่สันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความผิดแล้ว (presumption of guilt) มาเป็นแนวคิดว่า ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าผู้นั้นได้กระทำความผิด (presumption of innocence)^{๑๐๐} ซึ่งก่อให้เกิดหลักการที่สำคัญประการหนึ่งคือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) อันเป็นหลักการที่กำหนดให้การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดได้ง่ายโดยรัฐ หรือเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐมิให้ลงโทษประชาชนได้ตามอำเภอใจ

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) นี้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา ๗ ความว่า

“บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้

ผลอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ในปี พ.ศ.๒๕๐๐ หลักนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้ง โดยปรากฏในมาตรา ๒ วรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

อนึ่ง หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) มีความเกี่ยวข้องกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้วินิจฉัยความรับผิดทางอาญา เพราะการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต้องกระทำโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่อาจนำจารีตประเพณีมากำหนดความผิดหรือโทษให้นอกเหนือไปจากกฎหมายอาญาได้ ตลอดจนศาลไม่อาจนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิพากษาเพิ่มเติมโทษจำเลยได้ แต่ทั้งนี้ ไม่ขัดขวางการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) จึงเป็นกรอบของ

^{๑๐๐} โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๓๙ ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

การที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิด โดยศาลคงใช้ได้แต่ในทางยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แก่จำเลยเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจาก กฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่ที่ไม่มีขอบเขตในการนำปัจจัยทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ แก่ผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน ศาลจึงอาจนำมาใช้ในทางที่เป็นผลร้ายแก่จำเลยได้

๒.๖ บทสรุป

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตมนุษย์ และมีความสำคัญในระบบกฎหมายมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางอาญาของบุคคล โดยบุคคลอาจกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตน เพราะบุคคลมีการดำรงชีวิตที่ถูกหล่อหลอมมาโดยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเฉพาะถิ่นของตน และเมื่อบุคคลจากหลายกลุ่มมาอยู่ร่วมกันในสังคมเดียวกัน มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมประเพณีนั้นย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ การพิจารณาพิพากษาคดีที่บุคคลเหล่านี้เป็นจำเลยจึงเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนมาก และเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดสมควรถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในชั้นศาลด้วย

นอกจากนี้ ในทางกฎหมายอาญาเอง ก็ได้ปิดกั้นการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ประกอบการวินิจฉัยคดีของศาล เพียงแต่มีเงื่อนไขว่า การนำมาใช้นั้นต้องใช้ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น เพราะมิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษรอันจะกำหนดความผิดและโทษได้ อีกทั้ง ในการตัดสินของศาล มักปรากฏว่าศาลคำนึงถึงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประกอบด้วยเสมอ

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของขอบเขตที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญานั้น ไม่มีการศึกษาที่แน่นอนชัดแจ้ง จึงสมควรที่จะศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน และจัดหมวดหมู่เพื่อสะดวกในการศึกษา ตลอดจนการวิเคราะห์ว่า ศาลฎีกาได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาเพียงพอแล้วหรือไม่ และสอดคล้องกับแนวคิดทางด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาเพียงใด

บทที่ ๓

แนวคิดของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัย

ความรับผิดทางอาญา

๓.๑ บทนำ

เมื่อจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสำคัญทั้งในมิติทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และในมิติทางกฎหมาย ศาลฎีกาจึงนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาของจำเลย ภายใต้หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ กล่าวคือ เป็นการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ดังนั้น ในบทนี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางของศาลฎีกาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี โดยแบ่งพิจารณาเป็น ๒ หัวข้อใหญ่ คือ หัวข้อ ๓.๒ กรณีที่ศาลฎีกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา และหัวข้อ ๓.๓ กรณีที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยในกรณีที่ศาลฎีกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ นั้น จะพิจารณาเรียงตามลำดับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ได้แก่ กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งเจตนาและเจตนาพิเศษ กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ และกรณีอื่นๆ ที่เป็นคุณแก่จำเลย ส่วนในกรณีที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ มีฐานความผิดที่หลากหลาย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการที่ศาลฎีกายอมรับหรือไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม จะมีการพิจารณาโดยแบ่งตามฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาเป็นเกณฑ์

จากนั้น ในหัวข้อ ๓.๔ จะวิเคราะห์ขอบเขตของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยพิจารณาแบ่งตามฐานความผิดว่าในแต่ละฐานความผิดนั้น ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลยในกรณีใดบ้างหรือไม่นำมาวินิจฉัยในกรณีใดบ้าง ตลอดจนศาลฎีกาในแต่ละยุคสมัยอาจมีแนวคิดในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความผิดและโทษของจำเลยแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม และความเชื่อที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย

อนึ่ง การศึกษาในบทนี้เป็นการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๕๑ ซึ่งเป็นปีที่เริ่มใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทยที่ร่างตามแนวทางของประเทศตะวันตก จนถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบัน และจัดแบ่งเป็นหมวดหมู่ ซึ่งจะพบว่า ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทั้งของผู้กระทำ ความผิด และของสังคมไทยมาพิจารณาอย่างหลากหลาย และใช้ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ในฐานความผิดทางอาญาหลายประเภท เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นต้น โดยการนำมาใช้ส่วนใหญ่ ศาลฎีกาจะอ้างให้

ต้องด้วยเหตุที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อยู่แล้ว เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ อันแสดงว่าศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเสริมหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อช่วยในการตีความกฎหมาย อันจะทำให้กฎหมายไม่แข็งกระด้างมากเกินไป และเพื่อเป็นหลักประกันแก่จำเลยว่า ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับตัวจำเลยทุกประการจะได้รับ การวินิจฉัยโดยศาล การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมมีความยุติธรรมมากขึ้น

๓.๒ กรณีที่ศาลฎีกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

ในเบื้องต้น การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานำมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น โดยการนำมาใช้อาจมีผลแตกต่างกัน วัฒนธรรมประเพณีบางประการอาจนำมาใช้เพื่อพิจารณาว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดนั้น บางประการอาจนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษ ทั้งบางประการอาจมีผลเป็นคุณในทางอื่นๆ โดยขึ้นอยู่กับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด และจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้าง ศาลต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคล ตัวอย่างที่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

- ๑.กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ
- ๒.กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้
- ๓.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด
- ๔.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ
- ๕.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ
- ๖.กรณีอื่นๆ

ทั้งนี้ รายละเอียดในแต่ละหัวข้อนั้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

๓.๒.๑ กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ

กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบภายใน คือ กรณีที่วินิจฉัยว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล รวมถึงไม่มีเจตนาพิเศษ ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นความผิดไม่ร้ายแรง มีผลกระทบเพียงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ศาลฎีกาจึงนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยถึงขนาดว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ

๓.๒.๑.๑ กรณีวินิจฉัยว่าขาดเจตนา

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอาจนำมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดถึงขนาดที่วินิจฉัยว่า ผู้กระทำขาดเจตนาในการกระทำความผิด มักเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำผิดเล็กน้อย ไม่เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงมากต่อสังคม เช่น การจับมือถือแขนกันตามประสาคนรัก การหยอกล้อกันในหมู่เพื่อนฝูง การถือวิสาสะหยิบยืมสิ่งของกันใช้ การใช้ถ้อยคำพูดว่ากล่าวกัน ซึ่งการกระทำตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเหล่านี้เป็นเรื่องที่สังคมยอมรับได้ และผู้กระทำไม่มีเจตนาในทางที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม จึงถือว่าผู้กระทำขาดเจตนาในการกระทำความผิด กล่าวได้ว่า ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดเจตนาในฐานะความผิด ได้แก่

(๑) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

(๒) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

(๓) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

(๔) ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

โดยมีรายละเอียดในแต่ละฐานความผิด ดังนี้

(๑) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานกระทำอนาจารบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๘ ว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๒/๒๕๖๐ จำเลยกับผู้เสียหายเป็นคนรักใคร่กันมา ครั้นมาพบกันเข้าจำเลยอุกผู้เสียหายไว้ แต่กิริยาที่จำเลยอุกนั้นไม่รุนแรงซึ่งแสดงให้เห็นได้เพียงว่า จำเลยมีความตั้งใจเพื่อหยอกเย้าเท่านั้น ไม่เป็นความผิดในทางอาญา

การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๘ เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ในคำพิพากษานี้ แม้เป็นการกระทำที่ไม่สมควร แต่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีของไทยในเรื่องการจับมือถือแขน ซึ่งเดิมนั้น ตามประเพณีไทย ชายจะจับเนื้อต้องตัวหญิงที่มีใช้ภริยาของตนมิได้ ถือว่าผิดจารีตประเพณี^๑ รวมถึงในพระโอบายการลักษณะผิวเมีย กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรหลานก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรหลานก็ดี แลอุกบุตรหลานไปจูบกอดทำซู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิด ให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”^๒ ย่อมแสดงว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่ไม่สมควร อย่างไรก็ตาม ในสมัยต่อมา ขนบธรรมเนียมประเพณีแบบโบราณผ่อนคลายเป็นไป มีการจับมือ

^๑ ส.พลายน้อย, สารานุกรมวัฒนธรรมไทย (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์คำ, ๒๕๕๓), หน้า ๑๑๖.

^๒ คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวงฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” ๒๕๕๐, หน้า ๕๗๕.

ถือแขนแสดงความสนิทสนมคุ้นเคยในระหว่างเพื่อนเพศเดียวกัน ครั้นมีความกล้ามากขึ้น จึงจับมือถือแขนเพื่อนต่างเพศ โดยเฉพาะคนที่รักใคร่ชอบพอกัน” ดังนั้น ในคำพิพากษานี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยถือหลักจารีตประเพณีที่ผ่อนคลายลง เห็นว่าจำเลยไม่มีเจตนาในทางอนาจารต่อผู้เสียหาย โดยจำเลยอุกผู้เสียหาย เพื่อตั้งใจหยอกเย้าตามประสาคนรักใคร่ชอบพอกันมาก่อน จำเลยจึงไม่มีเจตนากระทำความผิด ถือว่าการกระทำของจำเลยขาดองค์ประกอบความผิด

(๒) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖ บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๑๕/๒๕๔๓ จำเลยที่ ๑ พุดถึงสาเหตุที่จำเลยที่ ๑ ลาออกจากงานว่า “โจทก์จะซื้อแหวนให้จำเลยที่ ๑ จำเลยที่ ๑ จะผ่อนคืนราคาแหวนหรือไม่ก็ได้ โจทก์เคยให้กระเป๋าสตางค์ซึ่งมีเงินจำนวนหนึ่งอยู่ในกระเป๋า โจทก์ถูกรางวัลสลากกินแบ่งรัฐบาลแล้วให้เงิน ๖,๐๐๐ บาทแก่จำเลยที่ ๑ โจทก์เคยจับมือจำเลยที่ ๑ โจทก์เคยขับรถยนต์พาจำเลยที่ ๑ ไปส่งที่บ้านของจำเลยที่ ๑ หลายครั้ง การกระทำของโจทก์เป็นเหตุให้จำเลยที่ ๑ ต้องตัดสินใจลาออกจากการเป็นพนักงานของห้าง เพื่อเป็นการตัดไฟแต่ต้นลม และเพื่อมิให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่จำเลยที่ ๑” ข้อความที่จำเลยที่ ๑ พุด เป็นการพุดเรื่องที่เกิดขึ้นกับตนเอง ซึ่งแปลความหมายได้ว่า โจทก์เป็นคนเจ้าชู้ จำเลยที่ ๑ จึงลาออกจากงานเพราะกลัวตนเองจะเสียหาย โดยไม่ปรากฏข้อความใดที่กล่าวหาว่าโจทก์ได้กระทำการอันเป็นการลวนลามจำเลยที่ ๑ โดยที่จำเลยที่ ๑ ไม่ยินยอม ข้อความที่แปลความหมายได้เพียงว่า โจทก์เป็นคนเจ้าชู้^๓ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.๒๕๒๕ ให้ความหมายของคำว่า "เจ้าชู้" หมายความว่า ผู้ใฝ่ในการชู้สาว เมื่อปรากฏว่าโจทก์เป็นผู้ชาย ตามความรู้สึกของสังคมหรือคนทั่วไปที่ได้ยินข้อความที่จำเลยที่ ๑ พุด ก็ไม่อาจมีความรู้สึกได้ว่าเป็นการใส่ความโจทก์ที่จะทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องของผู้ชายซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่จะใฝ่ในทางชู้สาวได้ คำพุดของจำเลยที่ ๑ จึงไม่เป็นการหมิ่นประมาทโจทก์

ในกฎหมายตราสามดวง ชายชาวสยามมีภรรยาได้หลายคน โดยบานแผนกของลักษณะผัวเมียให้ชนิดของภรรยาไว้สามอย่างคือ เมียกลางเมือง เมียกลางนอก และเมียกลางทาสี เมียกลางเมือง คือภรรยาที่บิดามารดาคุมมือมาให้สมรส เมียกลางนอก หมายถึงหญิงที่ชายรับมาเป็นอนุภรรยา ทาสหญิงก็อาจได้เป็นเมียกลางมาสีหรือเมียทาส^๔ ดังนั้น ในอดีต ชายอาจมีภรรยาได้หลายคนโดยถือเป็นเรื่องปกติของสังคม และกฎหมายยอมรับ เพียงแต่ภรรยาแต่ละคนอาจจะมีสิทธิทางกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน แม้ในปัจจุบันนี้ ระบบผัวเดียวหลายเมียจะหมดไปจากสังคมไทย เพราะ

^๓ ส.พลายน้อย, สารานุกรมวัฒนธรรมไทย, หน้า ๑๑๗.

^๔ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, ((ม.ป.ท.), (ม.ป.ป.)),

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๒ ห้ามชายหรือหญิงสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว^๕ ซึ่งหากฝ่าฝืน จะทำให้การสมรสเป็นโมฆะ^๖ แต่การที่ชายจะมีภรรยาไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ก็ไม่ถึงขนาดเป็นเรื่องน่ารังเกียจในสังคมไทย คำว่า “เจ้าชู้” ซึ่งหมายถึง ใฝ่ในการชู้สาว จึงเป็นการพูดเพื่อเปรียบเปรยเท่านั้น มิได้เป็นการใส่ความชายให้ได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง การที่จำเลยที่ ๑ ในคดีนี้กล่าวหาว่าโจทก์เป็นคนเจ้าชู้จึงไม่เป็นการหมิ่นประมาทโจทก์

(๓) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

ความผิดฐานลักทรัพย์บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๔ ว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๓/๒๕๕๙ จำเลยกับเจ้าทรัพย์เป็นเพื่อนกัน เคยหยิบของกันใช้ วันหนึ่งจำเลยไปหยิบเอานาฬิกาของเจ้าทรัพย์ไปโดยไม่บอกให้เขา รู้ เจ้าทรัพย์จับนาฬิกาได้ที่จำเลย เมื่อปรากฏว่าจำเลยมิได้พิรุณประการใดแล้ว ศาลอาจรณินิจฉัยได้ว่าจำเลยไม่มีเจตนาลักนาฬิกาของเจ้าทรัพย์ การที่จำเลยเอานาฬิกามานั้นโดยถือวิสาสะต่อกัน^๗

คำพิพากษานี้ จำเลยเอาทรัพย์ไปโดยเข้าใจว่าเจ้าของอนุญาต ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นเพราะจำเลยกับเจ้าทรัพย์เป็นเพื่อนกัน ตามวัฒนธรรมไทย ผู้สนิทสนมคุ้นเคยกันอาจหยิบยืมสิ่งของกันได้ โดยที่อีกฝ่ายไม่ได้ตั้งใจจะถือว่าเป็นการลักทรัพย์แต่อย่างใด ความเข้าใจของจำเลยเท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น จำเลยจึงขาดเจตนาลักทรัพย์^๘

(๔) ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๑/๒๕๗๖ การเล่นไพ่พะนันเอาอากาศรับประทานกันเพื่อความรื่นเริงในระวางผู้เล่นเท่านั้น ไม่มีความผิดตามกฎหมาย

^๕ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๒ บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้”

^๖ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๕ บัญญัติว่า “การสมรสที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๔๔๙ มาตรา ๑๔๕๐ มาตรา ๑๔๕๒ และมาตรา ๑๔๕๘ เป็นโมฆะ”

^๗ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๘๓๑/๒๕๒๕, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๗๒/๒๕๒๙ และคำพิพากษาศาลฎีกา ๓๘๙๔/๒๕๓๑ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^๘ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), ๒๕๕๑), หน้า ๑๕๘.

คำพิพากษานี้ มีหมายเหตุของท่าน ส. ว่า “ลักษณะของการพนัน คือการหาผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินเงินทองโดยอาศัยวิธีเสี่ยงโชค รูปคดีในเรื่องนี้หาใช่เป็นการหาผลประโยชน์อย่างใดไม่ สักแต่เป็นเรื่องที่มิตรสหายตั้งใจจะไปเลี้ยงกาแพกัน และแทนที่คนใดคนหนึ่ง จะทำใจใหญ่ควักกระเป๋เอาเงินออกใช้แต่ผู้เดียว ได้ใช้วิธีกำหนดตัวผู้เลี้ยง ผู้กินเปล่าโดยการเล่นไพ่ ทั้งนี้ก็เพื่อความรื่นเริงระวางมิตรสหาย ไม่ใช่เพื่อหาประโยชน์ในทางทรัพย์สินเงินทองอย่างใด ใครจะเสียใครจะได้ก็เป็นประโยชน์ในความรื่นเริงสามัคคีทั่วกันทุกคน จึงไม่ควรถือว่าเป็นความผิด”^๙ เห็นได้ว่า สังคมไทยมีความสนิทชิดเชื้อกัน การที่มิตรสหายเล่นพนันเป็นเพียงเพื่อความรื่นเริงเท่านั้น จึงไม่มีเจตนาในการเล่นพนันเพื่อเอาทรัพย์สินกันอันจะเป็นความผิดตามกฎหมาย

๓.๒.๑.๒ กรณีวินิจฉัยว่าขาดเจตนาพิเศษ

บางครั้ง ผู้กระทำความผิดทราบว่าการกระทำของตนเป็นสิ่งที่ไม่ดีไม่ควร แต่ฐานความผิดบางฐานโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา การกระทำของจำเลยจะเป็นความผิดต่อเมื่อจำเลยมีเจตนาพิเศษ หากจำเลยไม่มีเจตนาพิเศษ ย่อมไม่มีความผิดตามบทมาตรานั้นๆ เช่น ชายประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์ฉันทริยาโดยไม่มีเจตนาพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร บิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายพรากบุตรผู้เยาว์จากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ไม่ถือว่าเป็นการพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควร จำเลยนำทรัพย์สินไปเพื่อใช้ในครัวเรือน หรือเพื่อรักษาทรัพย์สินของครอบครัวไว้ ไม่ถือว่ามีเจตนาทุจริต เป็นต้น การกระทำที่ขาดเจตนาพิเศษเช่นนี้ย่อมมาจากการยึดมั่นในความเชื่อ ประเพณีและวัฒนธรรมของตน กล่าวได้ว่า ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษในฐานความผิดได้แก่

(๑) ความผิดต่อเสรีภาพ

(๒) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

โดยมีรายละเอียดในแต่ละฐานความผิด ดังนี้

(๑) ความผิดต่อเสรีภาพ

คดีความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๗ ถึง ๓๑๙ นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว ผู้กระทำยังต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อการอนาจารด้วย^{๑๐}

^๙ ธรรมสาร เล่ม ๑๗ ฉบับที่ ๑ (พระนคร: นุกุลกิจ, ๒๔๗๖), หน้า ๑๐๑๐ - ๑๐๑๑.

^{๑๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๗ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท”

วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหาทำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ดังนั้น การที่จำเลยไม่มีภรรยา และตั้งใจที่จะเลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์ในฐานะภรรยา มิใช่การพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เพราะการเป็นสามีภรรยาถือว่าการให้ความยินยอมที่จะให้สามีกระทำชำเรา รวมถึงอนาจารด้วย^{๑๑} นอกจากนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังพรากแล้ว จำเลยขอขมาต่อบิดามารดาของหญิง และอาจมีการจัดงานแต่งงานตามประเพณีหรือจดทะเบียนสมรส^{๑๒} แสดงว่าจำเลยไม่มีเจตนาในทางอนาจารต่อหญิงนั้น จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาแปลความอย่างกว้างว่า แม้จำเลยมีเหตุขัดข้องไม่สามารถจัดหาสินสอดและของหมั้นไปสู่อหญิงจากบิดามารดาของหญิงตามประเพณีได้

มาตรา ๓๑๘ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท”

วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท”

มาตรา ๓๑๙ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท”

^{๑๑} วิชาญ ลิมานนท์, “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓/๒๕๒๙”.

^{๑๒} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๖๒/๒๕๑๓ จำเลยกับผู้เยาว์รักใคร่ชอบพอกันแล้วหนีตามกันไปพักค้างคืนที่อื่น ๒๐ กว่าคืนแล้วพากันกลับมาขอขมาพ่อแม่ผู้เยาว์ และพักอยู่กินด้วยกันที่บ้านพ่อแม่ผู้เยาว์อีก ๑๐ กว่าวัน พฤติการณ์ดังกล่าวของจำเลย ย่อมถือได้ว่าจำเลยพาผู้เยาว์ไปเพื่อเป็นภรรยา ไม่ใช่พาไปเพื่อการอนาจาร จึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙

แม้ภายหลัง จำเลยออกจากบ้านผู้เสียหายและไม่กลับไปหาผู้เสียหายอีก ผู้เสียหายก็ไม่ต้องการกลับไปอยู่กินกับจำเลย ไม่ถือว่าจำเลยพรากผู้เสียหายไปเพื่อการอนาจาร โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๗/๒๕๒๕

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๒๘/๒๕๒๒ จำเลยพาหญิงผู้เยาว์อายุ ๑๖ ปีไปจากผู้ปกครองโดยหญิงเต็มใจเพื่อจดทะเบียนสมรส แต่ถูกจับเสียก่อน ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีภรรยา มิใช่เพื่อการอนาจาร ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๘๗/๒๕๓๒ ผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลย หลังจากที่จำเลยพาผู้เสียหายไปแล้ว ญาติผู้ใหญ่ของทั้งสองฝ่ายได้ตกลงจัดงานพิธีให้ผู้เสียหายและจำเลยแต่งงานกันและมีการมอบค่าสินสอดของหมั้นให้ญาติผู้ใหญ่ฝ่ายผู้เสียหายรับไปแล้วบางส่วน เมื่อจำเลยพาผู้เสียหายกลับมาถึงบ้าน ฝ่ายญาติผู้ใหญ่ของผู้เสียหายได้จัดพิธีบอกผีบ้านผีเรือนตามประเพณีก่อนให้ผู้เสียหายเข้าบ้าน พฤติการณ์ดังกล่าวฟังได้ว่า ที่จำเลยพาผู้เสียหายไปนั้นมีเจตนาที่จะพาไปเป็นภรรยาตั้งแต่แรก เพราะไม่ได้ความว่าจำเลยมีภรรยาอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อเป็นภรรยา แม้ผู้เสียหายจะยังเป็นผู้เยาว์อยู่ก็ไม่เป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองของมารดาและแม้จำเลยจะร่วมประเวณีกับผู้เสียหายระหว่างที่พอกันอยู่ด้วยกันก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการพาผู้เสียหายไปเพื่อการอนาจาร การกระทำของจำเลยไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๔/๒๕๔๕ ขณะเกิดเหตุ เด็กหญิง ก. ผู้เสียหายอายุ ๑๔ ปีเศษ พักอาศัยอยู่กับยาย แต่ผู้เสียหายยังไม่บรรลุนิติภาวะย่อมต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาซึ่งสมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย พฤติการณ์ของจำเลยที่ให้ผู้เสียหายไปทำความสะอาดห้องนอนของจำเลย แล้วจำเลยตามไปกระทำชำเราผู้เสียหายในห้องนอนของตนในครั้งแรก และเมื่อผู้เสียหายไปหาจำเลยที่บ้าน จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายเป็นครั้งที่สอง ล้วนเป็นการกระทำอันล่วงล้ำต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายทั้งสิ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากผู้เสียหายซึ่งอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา แต่จำเลยยังมิได้มีภรรยาจึงอยู่ในสถานะที่จะเลี้ยงดูผู้เสียหายฉันสามีภรรยาได้ และผู้เสียหายและจำเลยต่างก็รักใคร่ชอบพอกันทั้งต่อมาผู้เสียหายกับจำเลยก็ได้จดทะเบียนสมรสโดยได้รับอนุญาตจากศาล ย่อมเป็นเครื่องชี้เจตนาของจำเลยได้ว่า ประสงค์ที่จะเลี้ยงดูผู้เสียหายเป็นภรรยา พฤติการณ์ของจำเลยจึงมิใช่เป็นการพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แต่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๗ วรรคแรก ประกอบมาตรา ๙๑

แม้มารดาจำเลยจะไม่ยอมรับผู้เยาว์เป็นสะใภ้ มิได้ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบพื้นฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๖๓๔/๒๕๔๖.

มิได้อยู่กินด้วยกันตามความประสงค์ จำเลยก็ไม่มี ความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เช่นเดียวกัน^{๑๓} ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๗๗/๒๕๑๗ จำเลยพาผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงอายุ ๑๗ ปี ไปเสียจากบิดามารดาของผู้เสียหายเพื่อให้เป็นภรรยาของจำเลย โดยผู้เสียหายเต็มใจไปด้วยและไม่ปรากฏว่าจำเลยมีภรรยาอยู่ก่อนแล้ว การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙^{๑๔}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๘/๒๕๓๔ จำเลยและผู้เสียหายรักใคร่ชอบพอกันฉันคู่สาว ผู้เสียหายเต็มใจให้จำเลยร่วมประเวณีโดยสมัครใจ หลังจากนั้นประมาณ ๒๐ วันจำเลยสึกจากพระภิกษุ โดยจำเลยและผู้เสียหายอยู่กินฉันสามีภรรยาตลอดมาจนมีบุตรด้วยกันคนหนึ่ง โดยจำเลยแต่ผู้เดียวเป็นผู้ทำงานหาเลี้ยงผู้เสียหาย พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงว่า จำเลยมีเจตนาพาผู้เสียหายไป และร่วมประเวณีกับผู้เสียหายด้วยประสงค์จะเลี้ยงดูผู้เสียหายเป็นภรรยา แม้ขณะเกิดเหตุจำเลยอยู่ในสมณเพศ แต่ต่อมาภายหลังจำเลยก็สึกจากสมณเพศโดยสมัครใจ และอยู่กินเลี้ยงดูผู้เสียหายตลอดมาจนเกิดบุตรด้วยกัน การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร^{๑๕}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๘๐/๒๕๔๖ จำเลยกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุ ๑๔ ปีเศษรักใคร่กันอย่างซื่อสัตย์ มารดาผู้เสียหายก็ทราบและอนุญาตให้จำเลยพาผู้เสียหายออกจากบ้านไปรับประทานอาหารที่วิวชมภาพยนตร์กันบ้างเพื่อให้จำเลยและผู้เสียหายได้มีโอกาสอยู่ด้วยกัน และทำความรู้จักคุ้นเคยกันเพื่อประโยชน์ของการอยู่กินเป็นสามีภริยากันในวันข้างหน้า และทุกครั้งจำเลยก็จะพากลับมาส่งที่บ้าน อันเป็นการยอมรับในอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายอยู่ การที่จำเลยได้ล่วงเกินทางเพศแก่ผู้เสียหายด้วยการกอดจูบรวมทั้งกระทำชำเราผู้เสียหายก็เป็นไปตามโอกาสและตามวิสัยคนรักใคร่ชอบพอกัน ซึ่งจำเลยต้องรับผิดทางอาญาในการกระทำของตนในแต่ละครั้งอยู่แล้วหากการกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมาย แต่ยังไม่พอถือได้ว่าจำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร^{๑๖}

อย่างไรก็ตาม หากจำเลยมีภรรยาอยู่แล้ว และไม่มีเจตนาอยู่กินกับเด็กหรือผู้เยาว์ฉันสามีภริยา ศาลฎีกาถือว่าเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร ตัวอย่างเช่น

^{๑๓} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม ๒, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๕๐), หน้า ๓๗๘.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๙๕/๒๕๓๗ ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กกับจำเลยสมัครใจรักใคร่ชอบพอกันโดยจำเลยยังไม่มีภริยามาก่อน และจำเลยได้พาผู้เสียหายไปนอนหลับได้เสียกันก็เพื่อประสงค์จะกินอยู่ด้วยฉันสามีภริยา ต่อมาฝ่ายจำเลยมีเหตุขัดข้องไม่สามารถจัดหาสินสอดและของหมั้นไปสู่ขอผู้เสียหายจากบิดามารดาผู้เสียหายตามประเพณีได้ จึงมิได้อยู่กินด้วยกัน ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กไปเพื่อการอนาจาร; และโปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๓๒/๒๕๑๘ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๔/๒๕๔๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๑๔} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๖๘/๒๕๑๘, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓/๒๕๒๙, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๖๕/๒๕๓๒, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๔๓/๒๕๓๔ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๗๙/๒๕๓๗ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๑๕} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๔๗/๒๕๓๖ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๑๖} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๙๖/๒๕๓๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๓๐/๒๕๑๕ จำเลยข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เยาว์ อายุ ๑๔ ปีเศษซึ่งอยู่ในความปกครองของบิดามารดา ครั้นผู้เยาว์ตั้งครรภ์ จำเลยกลัวบิดามารดาของผู้เยาว์จะรู้เรื่องจึงพาผู้เยาว์หนีตามจำเลยไปเป็นภริยาของจำเลย *ทั้งๆ ที่จำเลยมีบุตรภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว* ดังนี้ ถือว่าจำเลยพรากรผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙^{๑๗}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๒๙/๒๕๒๐ การที่จำเลยพาผู้เสียหายอายุเพียง ๑๖ ปี ไปด้วยความยินยอมของผู้เสียหายแล้วรั้งจะหาสินสอดไปให้บิดาผู้เสียหาย เมื่อหาเงินไม่ได้ จำเลยก็ให้ผู้เสียหายกลับบ้าน หลังจากนั้นเพียงคืนเดียวจำเลยก็ได้หญิงอื่นเป็นภริยา เช่นนี้แสดงว่าจำเลยไม่ได้ตั้งใจจะพาเอาผู้เสียหายไปเลี้ยงดูเป็นภริยาจริงจึ่งแต่ประการใด ถือได้ว่าจำเลยพรากรผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๘๖/๒๕๒๑ จำเลยมีภริยาอยู่กินด้วยกันแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ได้ชักชวนผู้เสียหายซึ่งมีอายุ ๑๖ ปี ให้หนีไปอยู่กับจำเลยแล้วจะมาขอขมาภายหลัง แต่*ก็หาได้ไปขอขมาไม่* แสดงว่าจำเลยไม่ได้ตั้งใจจะเลี้ยงดูเป็นภริยาจริงจึ่ง ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาพาผู้เสียหายไปเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙

ดังนั้น ตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของไทยแล้ว หากจำเลยพรากรเด็กหรือผู้เยาว์โดยมีเจตนาที่จะอยู่กินฉันสามีภรรยา ย่อมไม่เกิดความเสียหายอับอายแก่เด็กหรือผู้เยาว์มากนัก ศาลฎีกาจึงถือว่าเป็นกรณีความผิดที่ย่อมจะอภัยให้ได้ โดยถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาอนาจาร ซึ่งเป็นเจตนาพิเศษ บางกรณี ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานพรากรเด็กหรือผู้เยาว์เลย

นอกจากนี้ คดีความผิดต่อเสรีภาพยังมีอีกคำพิพากษาที่ศาลฎีกาคำวินิจฉัยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมด้วย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๘/๒๕๑๗ บิดาพรากรบุตรนอกสมรสไปจากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ซึ่งแม้บิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ แต่ในสังคมไทยแล้ว บิดากับบุตรย่อมมีความผูกพันกัน บิดาย่อมมีเจตนาที่ดีต่อบุตร เมื่อบิดาพรากรบุตรไปเพื่อให้การศึกษาเลี้ยงดูแล้ว การกระทำของบิดาจึงมิใช่การพรากรโดยปราศจากเหตุอันสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๘/๒๕๑๗ บิดาพรากรบุตรนอกสมรสไปเสียจากการปกครองของมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาดีต่อบุตร เช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากรโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๗

^{๑๗} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๑/๒๕๑๘, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๔๕/๒๕๒๒, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๒๒/๒๕๒๗, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๘๑/๒๕๒๘, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๘๗/๒๕๓๐, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๔๕/๒๕๓๑, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๘๗/๒๕๓๓ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๖๙/๒๕๓๗ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

(๒) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ความผิดฐานยักยอกบัญชีเงินฝากในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๕๒ วรรคแรกว่า “ผู้ใดครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่น หรือซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานยักยอก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๒/๒๕๕๔ ป่ากู้เงินผู้อื่นมาโดยเอาสวนของหลานมอบให้ เขาใช้ต่างดอกเบี้ยแล้วเอาเงินที่กู้มาใช้จ่ายในการรักษาหลานซึ่งวิกลจริตอยู่ ดังนี้จะว่าป่ายักยอกเอาสวนหรือเงินที่กู้มาไปเพื่อประโยชน์ตนเองไม่ถนัด ยังไม่มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๓๑๔

คำพิพากษานี้เกี่ยวกับความผิดฐานยักยอกทรัพย์สิน โดยผู้กระทำต้องมีเจตนาทุจริต จึงจะมีความผิด การที่ป่าอุปการะเลี้ยงดูหลานซึ่งวิกลจริต จึงจำต้องกู้เงินบุคคลอื่นและนำที่สวนของหลานเป็นหลักประกัน เงินที่ได้มาก็นำมาใช้จ่ายเพื่อรักษาหลานที่วิกลจริตอยู่ ซึ่งในสังคมไทยแต่โบราณ ลักษณะครอบครัวเป็นแบบครอบครัวขยาย คือญาติพี่น้องจะอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันหรือในบริเวณใกล้เคียงกัน^{๑๘} ดังนั้น ญาติพี่น้องย่อมช่วยเหลือเกื้อกูลกัน แม้ป่าจะมีใช้บิดามารดา แต่เมื่อตนเลี้ยงดูหลานอยู่ ย่อมมีความรักความผูกพันกับหลาน การกระทำทุกอย่างก็เพื่อประโยชน์ของหลาน การกู้เงินและการนำสวนของหลานไปเป็นประกันจึงมิใช่การแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น อันจะถือว่าป่ามีเจตนาทุจริต ป่าจึงไม่มีความผิดฐานยักยอก

ส่วนความผิดฐานชิงทรัพย์ เป็นการลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อให้ความสะดกแก่การลักทรัพย์หรือการพาทรัพย์นั้นไป เพื่อให้ยื่นให้ซึ่งทรัพย์นั้น เพื่อยึดถือเอาทรัพย์นั้นไว้ เพื่อปกปิดการกระทำความผิดนั้น หรือเพื่อให้พ้นจากการจับกุม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๙ ซึ่งการลักทรัพย์อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดฐานชิงทรัพย์นั้น ผู้กระทำต้องมีเจตนาทุจริตจึงจะเป็นความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๘๘/๒๕๕๕ จำเลยกับผู้เสียหายอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส ก่อนวันเกิดเหตุทะเลาะกัน แล้วจำเลยหนีออกจากบ้าน ครั้นวันเกิดเหตุจำเลยไปพบผู้เสียหายที่บ้านและขอคืนดี ผู้เสียหายขอค่าทำขวัญ แต่ตกลงจำนวนเงินกันไม่ได้ จำเลยโกรธทำร้ายผู้เสียหายและเอาสร้อยคอทองคำ ๒ เส้น แหวนทองคำ ๓ วง กับตุ้มหูทองคำ ๑ คู่ ต่อมาจำเลยนำทรัพย์สินดังกล่าวทั้งหมดคืนผู้เสียหาย และกลับมาอยู่กินด้วยกัน จำเลยเอาทรัพย์สินดังกล่าวไป เนื่องจากจำเลยไม่ต้องการให้ผู้เสียหายนำไปขายเล่นการพนัน การกระทำของจำเลยเป็นไปโดยเปิดเผยต่อหน้าผู้อื่น เป็นการใช้อำนาจของการเป็นสามีปกป้องทรัพย์สินของครอบครัวด้วยความโกรธ โดยเข้าใจว่ามีสิทธิกระทำได้ และการที่จำเลยได้นำทรัพย์สินทั้งหมดคืนแก่ผู้เสียหายก็แสดงว่าไม่มีเจตนาที่จะเอาทรัพย์สินไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับจำเลยหรือผู้อื่น จำเลยไม่มีเจตนาทุจริต จึงไม่มีความผิดฐานชิงทรัพย์คงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

^{๑๘} สุพัตรา สุภาพ, สังคมและวัฒนธรรมไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๓๔), หน้า ๗๐.

คำพิพากษานี้ เกี่ยวข้องกับการประพฤติปฏิบัติตนของสมาชิกในครอบครัวของไทย โดยแต่เดิม สามีมีหน้าที่เลี้ยงดูภรรยาและบุตร รวมทั้งมีอำนาจจัดการทรัพย์สินทุกอย่างในครอบครัว^{๑๙} แม้ในเวลาต่อมา ระบบทรัพย์สินของสามีภรรยาตามกฎหมายแบ่งทรัพย์สินของคู่สมรสเป็นสองประเภท คือ สิ้นส่วนตัว และสิ้นสมรส^{๒๐} คู่สมรสไม่อาจยุ่งเกี่ยวกับสิ้นส่วนตัวของอีกฝ่ายได้^{๒๑} การเอาทรัพย์สินของอีกฝ่ายไปยืมเป็นความผิดทางอาญาได้ แต่ในคำพิพากษานี้ แม้สามีไม่มีสิทธินำทรัพย์สินของภรรยาไป แต่สามีย่อมมีอำนาจในการปกป้องรักษาทรัพย์สินของครอบครัวไว้ได้ ทั้งเหตุที่เอาไปเนื่องจากกลัวผู้เสียหายซึ่งเป็นภรรยานำไปเล่นการพนัน และจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยก็ยอมรับให้ผู้ชายเป็นใหญ่ในครอบครัว การที่จำเลยกระทำเช่นนี้ จึงถือว่าขาดเจตนาทุจริต ไม่มี ความผิดฐานลักทรัพย์ และแม้ใช้กำลังประทุษร้ายย่อมไม่มีความผิดฐานชิงทรัพย์ด้วย

๓.๒.๒ กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้

การกระทำความผิดบางอย่างมีเหตุจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทำให้ผู้กระทำ ความผิดเชื่อว่าตนสามารถกระทำได้ มักเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา เช่น การขูดคร่ำหญิงที่ เคยมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับตนมาก่อน ตลอดจนการบุกรุกบ้านของหญิงและกระทำอนาจารหญิง นั้น ชายผู้กระทำอาจสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำกับหญิงซึ่งเคยเป็นคนรักของตน เพื่อบังคับพา หญิงไปอยู่กับตนด้วยกันตามเดิม จึงถือเป็นการกระทำความผิดโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจ กระทำได้

ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนี้ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ วรรคแรก บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับ โทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำ ย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี”

ความผิดเกี่ยวกับการพาบุคคลอื่นไปเพื่อการอนาจาร บัญญัติในประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๒๘๔ วรรคแรก ว่า “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวงขู่ข่ม ใช้ กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๗๖/๒๔๗๗ จำเลยได้พาหญิงเจ้าทุกข์ซึ่งมีอายุ ๑๖ ปีมา อยู่กินด้วยกันฉันฉู้ฉิวเมีย แต่หญิงนั้นมีบิดา บิดาหญิงมิได้รู้เห็นด้วยในการที่จำเลยพาหญิงมา วันหนึ่ง จำเลยได้ลุดข้อมือหญิงเพื่อให้กลับบ้านในขณะที่หญิงไปอยู่เสียที่อื่น โดยจำเลยเชื่อว่าหญิงนั้นเป็น

^{๑๙} เรื่องเดียวกัน.

^{๒๐} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๐ บัญญัติว่า “ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา นอกจากที่ได้แยกไว้เป็นสิ้นส่วนตัว ย่อมเป็นสิ้นสมรส”

^{๒๑} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๓ บัญญัติว่า “สิ้นส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ”

ภรรยาตนโดยชอบ ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยมิใช่เป็นการกระทำเพื่ออนาจาร จำเลยไม่มีความผิดตามประมวลอาญา มาตรา ๒๗๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๙/๒๔๘๐ ชายฉุดคร่าหญิงซึ่งเคยได้เสียเป็นภรรยาแต่ยังมีได้เปิดเผยโดยเจตนาให้ไปอยู่ด้วยกันตามเดิมอีก ดังนี้ ยังไม่มีผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๒๗๖^{๒๒}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๔/๒๔๙๙ เมื่อข้อเท็จจริงฟังว่าผู้เสียหายสมัครใจแต่งงานกับจำเลย แต่เพื่อปิดบังบิดามารดาจึงนัดหมายให้จำเลยมาฉุดคร่าให้ไปให้พื้นที่จะต้องขอความยินยอมของบิดาผู้เสียหายตามประเพณี ดังนั้การที่จำเลยฉุดแขนผู้เสียหายไปนั้นจึงไม่เป็นผิดฐานฉุดคร่าเพื่อการอนาจารตามมาตรา ๒๗๖

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๐/๒๕๓๒ จำเลยกับผู้เสียหายเคยอยู่กินฉันสามีภรรยา โดยทำพิธีแต่งงานกันตามลัทธิศาสนาอิสลาม และมีบุตรด้วยกัน ๑ คน ต่อมาได้แยกกันอยู่ ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏชัดว่าจำเลยหย่าขาดกับผู้เสียหายตามกฎหมายอิสลาม การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเรา จึงอาจเป็นกรณีที่จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่ามีสิทธิกระทำได้กับภรรยาซึ่งมีบุตรด้วยกัน อันเสมือนกับทำโดยวิสาสะ ย่อมไม่เข้าลักษณะกระทำโดยมีเจตนาร้าย จึงไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร หน่วงเหนี่ยวกักขัง และข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๔ วรรคแรก ไม่มีข้อยกเว้นสำหรับสามีกระทำต่อภรรยา แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาต่างๆ นี้ว่าเป็นเรื่องที่จำเลยสำคัญผิดว่าตนเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย และสำคัญผิดว่าการเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดอำนาจที่จะฉุดคร่าภรรยาไปเพื่อการอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราได้ ความสำคัญผิดนี้อาจเนื่องจากตั้งแต่ในสมัยกฎหมายตราสามดวง เมื่อบุตรสาวแต่งงาน อำนาจบังคับเหนือหญิงนั้นย่อมเปลี่ยนจากบิดามารดาไปสู่สามี บางครั้ง กฎหมายเรียกสามีว่า เจ้าเมีย หรือเจ้าของภรรยา^{๒๓} ดังนั้น ตั้งแต่ในอดีตชายไทยอาจรู้สึกว่ามีอำนาจสิทธิขาดเหนือภรรยา สามารถบังคับภรรยาให้ปฏิบัติตามที่ตนเองต้องการได้ ศาลฎีกายอมรับความคิดเช่นนี้เช่นกัน จึงถือว่าจำเลยได้กระทำความผิดไปโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจกระทำได้ จำเลยไม่มีความผิดฐานพาบุคคลอื่นไปเพื่อการอนาจาร

สำหรับความผิดฐานบุกรุกในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๔ บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เข้าไปหรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์ หรือสำนักงานในความครอบครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้นเมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๙๙/๒๔๘๕ สามีภริยาย่อมไปมาหาสู่กันได้เสมอ ภริยาอยู่ที่ไหนสามีย่อมไปหาได้ ถ้าเจ้าของบ้านห้ามปรามอาจถูกฟ้องได้ เพราะเลือกที่อยู่ให้ภริยาเขาโดยที่

^{๒๒} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๓/๒๔๖๙, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๒/๒๔๘๒ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๒/๒๔๘๕ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

^{๒๓} สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, หน้า ๒๗.

สามีไม่เห็นชอบด้วย การที่สามีไปหาภรรยาในบ้านผู้อื่นที่ให้ภรรยาพักอาศัยอยู่โดยไม่มีผู้ใดห้ามปราม จึงไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก^{๒๔}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๓/๒๕๐๘ จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายกลางคืน เวลา ๑ นาฬิกาโดยบุตรของผู้เสียหายซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อนนัดให้เข้าไปและพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมิเหตุอันควร แม้ว่าผู้เสียหายและภรรยาไม่อนุญาต ก็เป็นไปตามวิสัยของเรื่องเช่นนี้ที่ต้องปิดบัง ดังนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๔ ประกอบด้วยมาตรา ๓๖๕ (๒) (๓)^{๒๕}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๘๒/๒๕๔๗ ผู้เสียหายและจำเลยเคยมีความสัมพันธ์กันฉันชู้สาว ในวันเกิดเหตุจำเลยมาหาผู้เสียหายที่บ้านและกอดรัดผู้เสียหายในฐานะที่เคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อน แม้ผู้เสียหายจะปฏิเสธและจำเลยไม่เลิกกราก็น่าจะเป็นเพราะจำเลยต้องการแสดงความรักต่อผู้เสียหายตามวิสัยชายที่มีต่อหญิงที่เคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อน การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนาบุกรุกและขาดเจตนาอนาจารผู้เสียหาย

ตามปกติแล้ว สามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ในพระโอัยการลักษณผิวเมียมีบทบัญญัติว่า ไม่ว่าใครก็ตามไม่มีสิทธิให้ที่อยู่อาศัยแก่ภรรยาที่หนีสามีออกจากบ้าน^{๒๖} แม้แต่บิดามารดาของหญิง หากให้ที่อยู่อาศัยแก่บุตรที่หนีสามีมาเป็นเวลาเกินหนึ่งเดือน ต้องโทษใหม่เป็นข้อละเมิด^{๒๗} นอกจากนี้ บุคคลใดที่รู้จักสามีต้องนำหญิงนั้นส่งคืนสามี หากไม่รู้จักสามีต้องแจ้งแก่เจ้าหน้าที่บ้านเมืองว่าหญิงมีสามีมาอาศัยอยู่ที่บ้าน หากปกปิดซ่อนเร้น ต้องโทษใหม่เป็นข้อละเมิดเช่นกัน^{๒๘} ดังนั้น ตั้งแต่สมัยโบราณ ชายผู้เป็นสามียอมเข้าใจว่าตนมีสิทธิติดตามภรรยาที่อาศัยอยู่ที่

^{๒๔} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๗๕/๒๕๒๙ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๒๕} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๑๘-๘๑๙/๒๔๖๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๓/๒๕๒๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๒๖} โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, *กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย*, หน้า ๒๗; หลุยส์ ดูปลาตร์, *สถานะของหญิงมีสามีในประเทศสยาม*, แปลโดย ไพโรจน์ กัมพูสิริ, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๐), หน้า ๕๓-๕๔.

^{๒๗} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวงฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” หน้า ๕๖๑.

พระโอัยการลักษณผิวเมีย มาตรา ๒๒ บัญญัติว่า

“เมียท่านหนีมาอยู่ด้วยบิดามานดาที่น้องๆ เอาหญิงนั้นไว้แต่เดือนหนึ่ง ถ้าแลเอาไว้พ้นเดือนหนึ่งใช้ท่านว่ามีชอบ ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่เจ้าเมีย ถ้าแลชายผิวมาถามหา อำพรางไว้ก็ดีชุ่มซ่อนเสียก็ดี เสือกใส่ไปเสียด้วยประการใดๆ ก็ดี ให้ใหม่ผู้นั้นเปนข้อละเมิด เหตุมิได้ว่ากล่าวตามผิดแลชอบเอาเมียท่านไปเสือกใส่เสียให้ยากแก่ความเมืองท่าน”

^{๒๘} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวงฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” หน้า ๕๖๑.

พระโอัยการลักษณผิวเมีย มาตรา ๒๔ บัญญัติว่า

“เมียท่านหนีมาอยู่ด้วยในเรือนผู้ใด เจ้าเรือนเอาเมียท่านไว้ ถ้าแลเจ้าเมียมาตามหาและอำพรางว่าหาได้มาอยู่ไม่ อยู่มาเจ้าเมียมาพบในเรือนตนเล่า ท่านให้ใหม่เสมอลักกาเมียท่าน”

พระโอัยการลักกาถูกเมียผู้คนท่านบานผแนก มาตรา ๒๙ บัญญัติว่า

“ผู้ใดเอาผู้คนทาสไทลูกเมียท่านไปเสือกใส่ชุ่มซ่อนแห่งใดๆ ก็ดี จับได้พิจารณาเปนสัจ ท่านให้เอาค่าตัวตั้งใหม่ทวีคูณ ยกทุนค่าตัวให้แก่เจ้าของ เหลือนั้นเปนสินไหมกึ่งพันกึ่ง”

บ้านบุคคลอื่นได้ โดยไม่มีความผิดฐานบุกรุก และความเข้าใจนี้เป็นความเข้าใจในวงกว้างของสังคมไทย ศาลฎีกาก็ยอมรับความเข้าใจนี้ ถือว่าเป็นกรณีที่จำเลยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าพิจารณาว่า ในปัจจุบัน ความเชื่อว่าสามมีอำนาจสิทธิขาดเหนือภรรยาเริ่มถดถอยไป หากสามอ้างความสำคัญผิดว่ามีอำนาจติดตามและอุทธรณ์ภรรยาเพื่อให้กลับมาอยู่กับฉันสามภรรยา ศาลฎีกาก็ยังคงยอมรับความสำคัญผิดเช่นนี้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นในสังคมชนบทหรือสังคมของชนกลุ่มน้อย เช่น ชาวเขา ผู้ชายยังคงมีความเชื่อเช่นนี้อยู่ การกระทำละเมิดกฎหมายจึงอาจเกิดขึ้นได้ด้วยความสำคัญผิดของผู้กระทำ แต่กรณีของบุคคลเหล่านี้มิได้เข้าสู่การพิจารณาของศาล เพราะเหตุหมักมั่วในชุมชน จึงไม่มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่อาจเป็นกรณีศึกษาได้

๓.๒.๓ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด

บางกรณี การกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติแล้ว หากแต่มีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ เช่น การตีลูกศิษย์เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน การปกป้องชื่อเสียงและเกียรติยศของสามหรือภรรยาจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางที่มีชอบกับคู่สมรสของตน การแสดงความคิดเห็นโดยชอบธรรมเพื่อป้องกันส่วนได้เสียของตนหรือเพื่อปกป้องสังคม กรณีเหล่านี้มีทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิดไว้โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ ในความผิดฐานหมิ่นประมาท รวมทั้งกรณีที่เกิดจากการตีความของศาลฎีกาที่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีด้วย อาจกล่าวได้ว่า ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในความผิดที่ร้ายแรง เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกายด้วย โดยให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์ และความสัมพันธ์ระหว่างสามภรรยาเป็นพิเศษ

ดังนั้น ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเป็นเหตุยกเว้นความผิดในฐานความผิดได้แก่

(๑) ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

(๒) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

โดยมีรายละเอียดในแต่ละฐานความผิด ดังนี้

(๑) ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๕ บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายอาญาไทย จารีตประเพณีถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น จารีตประเพณีให้อำนาจครูตักเรียนพอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนหรือพระภิกษุมีอำนาจลงโทษศิษย์วัดได้ โดยที่ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๔๙/๒๔๗๑ ครูเขียนดีได้แก่นักเรียนพอสมควรเพื่อเป็นการปราบปรามสั่งสอนให้เด็กประพฤติตัวดีนั้น ไม่มีความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๒๙-๔๓๐/๒๕๐๕ พระภิกษุบังคับจะเอาผิดจากจำเลยซึ่งเป็นศิษย์ เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้าย มีมิดไว้กลัวว่าจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ พระภิกษุจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่ง จำเลยยกแขนรับปัดไม้กระเด็นไปแล้ว จำเลยโหมเข้าหาพระภิกษุ กอดปล้ำกันล้มกลิ้งไปมา จำเลยใช้มิดที่ถืออยู่แทงพระภิกษุ เช่นนี้ ไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ และไม่เป็นบันดาลโทสะตามมาตรา ๗๒

ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้กล่าวว่า การที่พระบังคับจะเอาผิดจากจำเลย และเมื่อจำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ พระภิกษุจึงใช้ไม้ฟาดจำเลยไปที่หนึ่ง เป็นการใช้อำนาจของอาจารย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองศิษย์ภายในขอบเขตอันสมควร

เรื่องการใช้อำนาจตีศิษย์เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนนั้น สืบเนื่องมาจากในสมัยโบราณ การศึกษาในวัดเป็นศูนย์กลาง และมีพระสงฆ์เป็นครู^{๒๙} ชาวบ้านจะส่งบุตรหลานไปศึกษาในวัด โดยเรียกได้ว่าเป็นการฝากตัวเป็นศิษย์กับพระสงฆ์ การฝากตัวเป็นศิษย์เสมือนมอบอำนาจของบิดามารดาให้พระสงฆ์ในการอบรมบุตรหลานของตนด้วย เมื่อบิดามารดามีอำนาจในการว่ากล่าวสั่งสอนบุตรหลาน อำนาจนี้ย่อมส่งมอบไปยังพระสงฆ์ผู้เป็นครูอาจารย์ สังคมไทยจึงยอมรับให้พระสงฆ์และครูอาจารย์ว่ากล่าวสั่งสอนได้ การเขียนดีก็เป็นอีกวิธีหนึ่งในการอบรมสั่งสอนศิษย์ แสดงว่าศาลฎีกายอมรับว่าการลงโทษเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนเป็นจารีตประเพณีที่กระทำได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่า แม้ปัจจุบัน การลงโทษโดยการเขียนดีจะมีน้อยลง แต่ในทางตำรากฎหมายของไทย ยังยอมรับว่าการที่ครูอาจารย์ลงโทษศิษย์โดยการเขียนดีนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถยกเว้นความรับผิดในทางอาญาได้

นอกจากนี้ มีข้อควรพิจารณาว่า การตีเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนจะขยายขอบเขตการนำไปใช้กับกรณีอื่นได้หรือไม่ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หากนายจ้างมีลักษณะเหมือนผู้อบรมสั่งสอนลูกจ้างเสมือนบิดามารดาบุญธรรม ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำจารีตประเพณีนี้ไปใช้อ้างในคดีอาญาได้เช่นกัน

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมบางเรื่องอาจนำมากล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ บัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

^{๒๙} จิตรกร ตั้งเกษมสุข, *ความเป็นมาของการศึกษาไทย* (กรุงเทพมหานคร: เคล็ดไทย, ๒๕๒๕), หน้า ๑๕-

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๙๘/๒๕๑๒ ผู้เสียหายมาขอน้ำบุตรสาวจำเลยกิน บุตรสาวจำเลยเข้าไปในครัวจะตักน้ำให้ ผู้เสียหายตามเข้าไปจับมือและเข้ากอดบุตรสาวจำเลยในครัว เมื่อจำเลยกลับมาบ้านได้ยินเสียงบุตรสาวร้องเรียกให้ช่วย จำเลยจึงได้เข้าไปใช้มีดแทงผู้เสียหาย ๒ ครั้ง ครั้งแรกเพื่อให้ผู้เสียหายปล่อยจากกอดบุตรสาว และผู้เสียหายหันกลับมาสู้ จำเลยจึงแทงป้องกันตัวไปอีก ถือว่าจำเลยทำร้ายผู้เสียหายพอสมควรแก่เหตุ จำเลยจึงยังไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘

คำพิพากษานี้ ผู้เสียหายมาลวนลามบุตรสาวของจำเลย จำเลยในฐานะบิดาย่อมต้องปกป้องศักดิ์ศรีของบุตรสาว การที่จำเลยแทงผู้เสียหายเพื่อให้ปล่อยบุตรสาวของตนและเพื่อป้องกันตัว จึงถือเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงยังไม่มี ความผิด

นอกจากนี้ มีกรณีที่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายพบเห็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออีกฝ่ายหนึ่งกำลังทำชำเรากับหญิงหรือชายอื่น และสามีหรือภริยานั้นกระทำความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายแก่สามีหรือภริยาของตน หรือแก่บุคคลอื่นนั้น หากกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ถือเป็นการปกป้องเกียรติยศและชื่อเสียง อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำจึงไม่มี ความผิด ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๒/ร.ศ.๑๒๗ เมื่อผิวฆ่าคนที่กำลังข่มขืนทำชำเราแก่เมียผู้ไม่มีโทษ^{๓๐}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ สามีฆ่าภริยาและชู้ตายในขณะที่ภริยาและชู้ร่วมประเวณีกัน ท่านว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ ไม่มีโทษตามกฎหมาย ลักษณะอาญา มาตรา ๕๐^{๓๑}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๐๘/๒๕๔๐ ผู้ตายเคยกอดปล้ำข่มขืนกระทำชำเรา ล. ภรรยาจำเลยมาครั้งหนึ่งแล้วจำเลยก็ไม่เอาเรื่อง ครั้นถูกจำเลยต่อว่าผู้ตายยังพูดสปรมาทจำเลยกับภรรยาอีก วันเกิดเหตุผู้ตายมาพูดขอ ล. ไปเป็นภรรยาจากพ่อตาแม่ยายจำเลย การที่ผู้ตายจับแขน ล. ดึงเข้ามาหาตัวแม่จะมีได้มีเจตนาจะทำร้ายก็ตามแต่ก็ถือได้ว่ามีเจตนากระทำอนาจารต่อ ล. เมื่อผู้ตายกระทำการละเมิดต่อกฎหมายและศีลธรรมอย่างร้ายแรง จำเลยย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะกระทำการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงและเสรีภาพของ ล. ผู้เป็นภรรยาของตนได้โดยชอบ ขณะเกิดเหตุจำเลยไม่มีอาวุธใดหากจำเลยจะเข้าช่วยเหลือ ล. ภรรยาของตนด้วยการเข้าทำร้ายผู้ตายด้วยมือเปล่าก็อาจถูกผู้ตายชักอาวุธปืนออกมายิงได้ ในภาวะเช่นนั้นจึงไม่มีทางเลือกนอกจากแย่งอาวุธปืนจาก

^{๓๐} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๙๐/๒๔๕๗ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๘/๒๔๖๙ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๓๑} ศาลฎีกากล่าวด้วยว่า “การทำชู้ของภริยานั้นจะเป็นการสำเร็จรูปต้องมีชายชู้มาร่วมด้วย การที่ภริยามีชู้ นั้นถือว่าการเสื่อมเสียเกียรติยศของสามีอย่างร้ายแรง ฉะนั้นเมื่อผู้เป็นสามีฆ่าภริยาและชายชู้ตายขณะร่วมประเวณีกัน จึงถือว่าการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุ”

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๙ - ๔๒๐/๒๔๗๔ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน; นอกจากนี้ แม้ไม่ได้พบขณะร่วมประเวณี เช่น ฆ่าชายชู้ซึ่งกำลังนอนกอดกับภรรยาของตนในที่ลับตายน หรือพบชายชู้กำลังอยู่ในมุ้งกับภรรยา สามีฟันถูกชายชู้ที่มุ้ง อันอาจสันนิษฐานได้ว่าภรรยาและชายชู้ได้ร่วมประเวณีกันมาก่อน การกระทำของสามีเป็นการป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียง ไม่มีความผิดเช่นกัน โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๐/๒๔๖๓ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๗/๒๔๘๔.

ผู้ตายแล้วยังผู้ตาย ถ้าเพียงจะใช้อาวุธปืนตีผู้ตายปืนอาจลั่นไปถูกคนอื่นหรือผู้ตายอาจแย่งคืนมายังเอา
ได้ จำเลยแย่งอาวุธปืนได้ก็ยิงทันทีโดยไม่เลือกว่าจะถูกตรงไหนแล้วทั้งอาวุธปืนวิงหนี การกระทำของ
จำเลยเป็นการกระทำไปพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวล
กฎหมายอาญามาตรา ๖๘

กรณีที่ชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตน ย่อมเป็นสิทธิของชายผู้เป็นสามีที่จะ
กระทำการเพื่อปกป้องภรรยา อันเป็นการป้องกันโดยชอบกฎหมาย สามีไม่มีความผิด แต่ในกรณีมีผู้
คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่มักจะเป็นเรื่องชายผู้เป็นสามีทำร้ายหรือฆ่าภรรยาด้วยชายชู้ ทั้งนี้เพราะ
ผู้หญิงถูกควบคุมโดยจารีตประเพณีอย่างเคร่งครัดในเรื่องชู้สาว^{๓๒} ความซื่อตรงเป็นสิ่งที่ยึดถือจาก
ฝ่ายหญิงเท่านั้น เพราะการมีภรรยามากถือปฏิบัติกันทั่วไป^{๓๓} และหญิงถือเป็นทรัพย์สินของสามี การ
เป็นชู้จึงถือว่าละเมิดทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามี^{๓๔} ในพระไอยการลักษณะฝัวเมียจึงมีบัญญัติเกี่ยวกับ
การที่หญิงมีชู้ไว้หลายมาตรา โดยหากชายผู้เป็นสามีฆ่าชายชู้ มิให้เอาโทษเลย^{๓๕} ทั้งต้องฆ่าภรรยาด้วย
หากสามีฆ่าแต่ภรรยา สามีต้องชำระค่าปรับอัตราเล็กน้อยตามบรรดาศักดิ์ของตน^{๓๖} ต่อมา ในพระ
ราชกำหนดใหม่ พ.ศ.๒๓๒๕ กำหนดว่าหญิงและชายชู้จะถูกส่งตัวไปให้สามีฆ่าทั้งคู่หากสามีเห็นว่า
ควรจะฆ่าทั้ง ถ้าสามีไม่ใช่สิทธิฆ่า ให้ปรับไหมหญิงและชายชู้^{๓๗} ดังนั้น ตั้งแต่ในอดีตมีกฎหมายกำหนด
อย่างชัดเจนว่าให้สามีสามารถฆ่าภรรยาด้วยชายชู้ได้โดยไม่มีผิด ถึงแม้ในปัจจุบัน กฎหมายเก่าจะ

^{๓๒} เสาวภา ไพทวัฒน์, “โลกทัศน์ของคนไทยสมัยต้นรัตนโกสินทร์ พ.ศ.๒๓๒๕ - ๒๔๑๖,” ใน สังคมไทย
ใน ๒๐๐ ปี, ณรงค์ พ่วงพิศ และพลศักดิ์ จิโรศิริ. (กรุงเทพมหานคร: เจ้าพระยาการพิมพ์, ๒๕๒๖), หน้า ๑๓๕.

^{๓๓} สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, หน้า ๒๗.

^{๓๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๒.

^{๓๕} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวง
ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” หน้า ๕๕๘.

พระไอยการลักษณะฝัวเมีย มาตรา ๙ บัญญัติว่า

“หญิงใดทำชู้เหมือนฝัว ฝัวจับชู้ได้มีทันพิจารณาบันดาลโกรธตีตำฆ่าฟันแทงชายชู้นั้นตายไซ้ให้พิจารณา ถ้า
เปนสัจว่าชายทำชู้ด้วยเมียมันจริง มิให้เอาโทษแก่ชายเจ้าเมียนั้นเลย...”

^{๓๖} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวง
ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” หน้า ๕๕๘.

พระไอยการลักษณะฝัวเมีย มาตรา ๘ บัญญัติว่า

“หญิงนอกใจฝัว ฝัวจับหญิงนอนหยายชายนอนคว่ำ ถ้าฆ่าชายนั้นเสียไซ้ ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่า
แต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงไซ้ให้ไหมฝัว ตามบันดาศักดิ์เปนพิไนยหลวง”

^{๓๗} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวง
ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๒,” ๒๕๕๐, หน้า ๗๕๖.

พระราชกำหนดใหม่ มาตรา ๓๗ บัญญัติว่า

“...ชายใดล่วงประเวณีกริยากันชายเจ้าฝัวจับได้ เอาตัวมากฎหมายร้องฟ้องแก่สุภาจาเมือง พิจารณาเปนสัจ
ว่า ทำชู้ด้วยกริยาท่านจริงไซ้ ถ้าชายเจ้าฝัวมีความเจ็บแค้น ไม่เอาบาดเจ็บเสียใหม่ จะเอาชีวิตรกันแต่ชายผู้เดียว นั้น จะให้ก็มีได้
เปนต้นเพราะหญิงปลงใจ ให้ชายสมาคมจึงได้ร่วมประเวณีกัน ให้ผู้พิจารณาระลาการส่งชายชู้แลหญิงให้แก่ชายเจ้าฝัว มัดผูกไป
พันแทงเสีย ทั้งหญิงร้ายชายชู้ คุหนึ่งเพชฆาฎพันแทงคนโทษถึงตายนั้น ห้ามอย่าให้สับแลเชือดเนื้อ เกือบหนึ่งชำระกำนทำลำบาก
ไว้เปนอันขาดทีเดียว แลให้สุภากระลาการไปดูให้รู้เห็นด้วย ถ้าชายเจ้าฝัวยังรักกริยา กลัวเวรานุเวรจะติดพันตัว จะฆ่าชายชู้แล
หญิงเสียมิได้ จะเอาบาดเจ็บเสียใหม่ ก็ให้สุภากระลาการส่งสัจไปให้ปรับ ถ้าบันดาศักดิ์ชายเจ้าฝัวมาก ให้เอาตั้งปรับไหมชายชู้ ถ้า
บันดาศักดิ์ชายชู้มาก เอาตั้งปรับไหมตัวชายชู้ ส่วนหญิงร้ายผู้ชู้ก็ให้ปรับไหมโดยพระราชกำหนดบทพระไอยการ ถ้าผู้ใดมิได้
กะทำตาม จะเอาตัวเปนโทษตามโทษานุโทษ...”

ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่ศาลฎีกายังแปลความว่าการที่สามีฆ่าภรรยาและชายชู้ เป็นการป้องกันเกียรติยศ และชื่อเสียง หากได้ทำไปพอสมควรแก่เหตุ สามีย่อมไม่มีความผิด

สำหรับกรณีภรรยาที่สามีมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่นนั้น และภรรยาทำร้ายหรือฆ่าสามีและหญิงอื่นนั้น เดิมเคยมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๖/๒๔๖๒ ว่า ชายกำลังนอนทำข้าวเราอยู่กับหญิงอื่น ภรรยาเข้ามาพบเข้าจึงเอามีดแทงหญิงนั้นตาย วินิจฉัยว่าภรรยาทำลงโดยดาลโทสะ แสดงว่าหากเป็นกรณีที่ภรรยาพบสามีกำลังกระทำข้าวเราหญิงอื่น และภรรยาฆ่าสามีหรือหญิงนั้น ภรรยาอ้างได้เพียงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ต่อมา มี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๖๑/๒๕๔๗ ที่วินิจฉัยว่า “แม้จำเลยเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ต. มีสิทธิป้องกันมิให้หญิงอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตน แต่ขณะจำเลยพบโจทก์ร่วมนั้น โจทก์ร่วมกำลังนอนหลับอยู่กับ ต. เท่านั้น มิได้กำลังร่วมประเวณีกัน พฤติการณ์เช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง อันจำเลยจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของจำเลยแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงมิใช่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย...” แสดงว่าหากสามีกับหญิงอื่นนั้นกำลังร่วมประเวณีกัน ภรรยาย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันชื่อเสียงและเกียรติยศของตนโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน อันแสดงถึงสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงในสังคมสมัยใหม่ และศาลฎีกายอมรับสิทธิของหญิงผู้เป็นภรรยาเช่นเดียวกับสิทธิของชายผู้เป็นสามี

อนึ่ง ประเด็นที่ควรพิจารณาคือ แนวทางในการตีความเช่นนี้ของศาลฎีกาสอดคล้องกับวัฒนธรรมไทยปัจจุบันหรือไม่ ด้วยเหตุว่า ปัจจุบัน ประเทศไทยยอมรับสิทธิของปัจเจกชนมากขึ้น การฆ่าสามีหรือภรรยากับผู้อื่นที่มีความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวกับสามีหรือภรยานั้น อาจเป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนได้ ซึ่งประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดเกี่ยวกับการปกป้องเกียรติยศชื่อเสียงของคู่สมรสยังคงมีอยู่ แต่หากกระทำการถึงขั้นหมายเอาชีวิต อาจถือว่าเป็นการป้องกันสิทธิของตนเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

(๒) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

บทยกเว้นความผิดในความผิดฐานหมิ่นประมาทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ ว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(๑) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(๒) ในฐานะเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(๓) ตีชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(๔) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๕๖/๒๕๒๑ ภริยาไม่จดทะเบียนของชายกล่าวกับหญิงที่มีความสัมพันธ์กับชายว่า “คุณเป็นข้าราชการจะแย่งผัวฉัน ดูซิว่าจะมีผิดไหม” เพราะหญิงนั้นสัมพันธ์ทำนองชู้สาวกับชายจริง *กล่าวด้วยความหวังดีโดยสุจริตด้วยความชอบธรรมเพื่อป้องกันส่วนได้เสียตามคลองธรรม* ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ (๑) ไม่เป็นผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษานี้ เป็นการยอมรับสิทธิของหญิงผู้เป็นภริยา แม้มิใช่ภริยาที่จดทะเบียนสมรส แต่หญิงนั้นย่อมมีสิทธิหวงห้ามมิให้หญิงอื่นยุ่งเกี่ยวกับสามีตนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๒/๒๕๓๒ จำเลยที่ ๑ เป็นผู้ปกครองทางด้านการแสดงภาพยนตร์และเป็นเจ้าของไข้ของ จ. ได้กล่าวต่อผู้สื่อข่าวหนังสือพิมพ์จำเลยที่ ๒ ว่า “นอกจากไม่นับถือ ไม่เชื่อถือแล้ว ยังเห็นว่าศิษย์ตถาคตผู้นั่งเหลืองห่มเหลือง ประพฤติตัวไม่อยู่ในสมณวิสัยด้วย” และ “ทุกๆ วันที่ปัญหาเดือดร้อนรำคาญมากกับหมอเถื่อน หมอดีทั้งที่เป็นฆราวาส ทั้งห่มผ้าเหลือง วันหนึ่งๆ มีเป็นสิบๆ คนไปรออยู่หน้าห้อง กล้องถ่ายรูปก็พร้อม เราก็กั้นไว้ไม่ให้ไปเพราะการรักษาควรจะเป็นเรื่องของแพทย์ เป็ลจะหายหรือไม่ก็อยู่ที่หมอไม่ใช่อยู่กับคนที่ยืนสวดมนต์ ชักลูกประคำพวกนี้ อยากจะบอกฝากไปถึงด้วยว่า ถ้าอยากดั่งนั้นก็ขอให้ไปดั่งที่อื่น คนป่วยของผมต้องการพักผ่อนอย่าได้ไปรบกวนกันเลย” การที่จำเลยที่ ๑ กล่าวเช่นนั้นเนื่องจากโจทก์ที่ ๒ เป็นพระภิกษุ ได้ไปทำพิธีสะเดาะเคราะห์ให้แก่ จ. ซึ่งได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงขนาดแพทย์ห้ามเยี่ยมในห้องพักคนไข้ของโรงพยาบาลที่ จ. นอนพักรักษาตัวอยู่ขีดเตียงที่ จ. นอนป่วยอันเป็นสิ่งไม่ควรปฏิบัติตามวิสัยของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา อันมีเหตุให้จำเลยที่ ๑ เชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำของโจทก์มิใช่กิจอันอยู่ในสมณวิสัย จึงเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตเพื่อความชอบธรรม ป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรมหรือติชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งการประพฤติกปฏิบัติของพระภิกษุในศาสนาประจำชาติ อันเป็นวิสัยของจำเลยที่ ๑ ชอบที่จะกระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ (๑) (๓) จำเลยที่ ๑ จึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท ส่วนจำเลยที่ ๒ และที่ ๓ ซึ่งเป็นเจ้าของและเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ที่ลงข้อความดังกล่าวจึงไม่มีความผิดด้วย

คำพิพากษานี้ จำเลยแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตเกี่ยวกับวิสัยปฏิบัติของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา ซึ่งพระพุทธศาสนานั้นเป็นศาสนาประจำชาติไทย ที่มีความสำคัญต่อวิถีการดำเนินชีวิตของพุทธศาสนิกชนมานาน การธำรงรักษาพระพุทธศาสนาจึงเป็นสิ่งที่คนไทยพึงกระทำ ประกอบกับจำเลยที่ ๑ มีส่วนได้เสียโดยตรงเพราะจำเลยที่ ๑ เป็นเจ้าของไข้ของ จ. ซึ่งโจทก์ที่ ๒ ไปทำพิธีสะเดาะเคราะห์ให้ การกล่าวถ้อยคำของจำเลยที่ ๑ จึงเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือส่วนได้เสียของตนตามคลองธรรม และเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ จำเลยที่ ๑ จึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

๓.๒.๔ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ

กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ ปรากฏในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๐ ว่า “ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน”

เหตุยกเว้นโทษที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาประกอบ พบเพียงกรณีบทยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทยมาพิจารณา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๗๒/๒๕๐๗ โจทก์เป็นเจ้าของคณะอำเภอ ฟ้องหาว่าจำเลยกล่าวคำหมิ่นประมาทใส่ความว่าโจทก์เข้าหานางชีที่ห้องวิปัสสนา เป็นเหตุให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชังนั้น จำเลยขอพิสูจน์ความจริงได้ เพราะการพิสูจน์ความจริงของจำเลยย่อมเป็นประโยชน์แก่ประชาชน เนื่องจากประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ผู้เป็นศาสนิกชนย่อมหวงแหนที่จะมิให้ผู้ใดมาทำลายหรือทำความมัวหมองให้แก่พุทธศาสนาที่ตนนับถือ ยิ่งเมื่อจำเลยมาพิสูจน์ความจริงให้ประจักษ์ต่อศาลได้ ก็เป็นประโยชน์แก่คนทั่วไปที่จะได้ไม่มัวหลงเคลมใส่โจทก์ต่อไป

ศาลชั้นต้นเชื่อว่าข้อความที่จำเลยกล่าวเป็นความจริง มิใช่กลั่นแกล้งโจทก์ ข้อความที่จำเลยกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับพุทธศาสนาและเป็นประโยชน์แก่ประชาชน จำเลยย่อมพิสูจน์ความจริงได้ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา ๓๓๐ พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษานี้ เป็นการให้จำเลยพิสูจน์ความจริงเกี่ยวกับความประพฤติของสงฆ์ โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ผู้เป็นศาสนิกชนย่อมหวงแหนที่จะมิให้ผู้ใดมาทำลายหรือทำความมัวหมองให้แก่พุทธศาสนาที่ตนนับถือ หากจำเลยพิสูจน์ความจริงจนประจักษ์ว่าโจทก์ซึ่งเป็นพระสงฆ์มีความประพฤติเสื่อมเสีย บุคคลทั่วไปจะได้ไม่ต้องเคารพนับถือโจทก์อีก เป็นการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาเป็นเหตุยกเว้นโทษ

๓.๒.๕ กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้เป็นเหตุลดโทษนั้น ศาลฎีกานำมาใช้ค่อนข้างหลากหลาย โดยเฉพาะในความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดต่อชีวิตร่างกาย หากมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวข้องด้วย และไม่ถึงขนาดเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ ศาลฎีกามักจะอาศัยเหตุลดโทษเพื่อลดโทษผู้กระทำความผิดน้อยลง ทั้งนี้ ศาลมักจะทำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้ต้องด้วยเหตุลดโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยเหตุบันดาลโทสะ หรือการกระทำโดยป้องกันหรือจำเป็นเกินสมควรแก่เหตุ

การกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหง ในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๘๗/๒๕๑๑ จำเลยใช้เท้าถีบฝ่าเรือนใส่หน้าบิดา เป็นการกระทำที่บุตรไม่น่าจะทำต่อบิดาก็จริง แต่บิดาก็เป็นฝ่ายผิดอยู่มากที่เอามือตบขนาดใหญ่เข้าไป จะแทงจำเลย เป็นการใช้สิทธิความเป็นบิดาเกินควร ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยตีมือตบหลุดจากมือบิดาไปแล้วก็หนีมือตบนั้นมาทำร้ายบิดาในเวลา ต่อเนื่องกระชั้นชิดติดกันนั่นเอง ถือได้ว่ากระทำลงโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒

คำพิพากษานี้ ศาลฎีกาพิจารณาถึงการใช้อำนาจของบิดาในการว่ากล่าวสั่งสอนบุตร หากเกินควรไป บุตรย่อมกระทำตอบโต้ได้ โดยศาลเห็นว่าบุตรถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม บุตรจึงอ้างเหตุบันดาลโทสะได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๘๑/๒๕๙๖ ผู้ตายอยู่กินกับจำเลยอย่างสามีภรรยาแล้ว ทั้งจำเลยไป จำเลยตามให้กลับ ผู้ตายก็ตำจำเลยด้วยคำหยาบช้า และถีบเตะ เอาศีรษะชนอก จำเลย จำเลยจึงแทงผู้ตายไปในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๕/๒๕๑๔ จำเลยกับผู้ตายเคยอยู่กินเป็นสามีภรียากันมาก่อนแล้วแยกกัน วันเกิดเหตุผู้ตายชักชวนจำเลยให้กลับไปอยู่กินเป็นสามีภรียากันตามเดิม จำเลยไม่ยอมไป ผู้ตายก็เข้าจับมือจะฉุดลากเอาตัวไป การที่ผู้ตายจะเข้าฉุดลากเอาตัวจำเลยไป ผู้ตายไม่มีอำนาจจะกระทำเช่นนั้นได้ จำเลยจึงมีสิทธิที่จะกระทำป้องกันตนแต่การที่จำเลยใช้มีดจ้าวตัวมีด ยาว ๑ คอก ด้ามยาว ๑ คอก เหวี่ยงไปมาเพื่อกันมิให้ผู้ตายเข้าจับตัวจำเลย ถูกผู้ตายที่คอด้านหลัง ช้างซ้ายลึกตัดกระดูกคอหลอดลม เส้นคอขาดถึงแก่ความตาย โดยไม่ปรากฏว่าผู้ตายมีอาวุธอะไร ดังนี้ เป็นการกระทำป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๗/๒๕๑๓ จำเลยถูกสามีบังคับให้ไปเป็นหญิงโสเภณี จำเลยไม่ยอม สามีก็เตะและเอามือค้ำคอจำเลยไว้ จนผู้อื่นต้องมาห้าม จำเลยเข้าห้องร้องไห้ และพูดโต้เถียงกับสามีซึ่งนั่งอยู่หน้าห้อง แล้วจำเลยเอามือมาฟันสามีจนถึงแก่ความตายนั้น ถือว่าจำเลยได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะเพราะถูกสามีข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และจำเลยตกอยู่ในภาวะอันสุดแสนที่จะทนทานได้ จำเลยจึงได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๑/๒๕๑๔ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าผู้ตายเคยหลอก ล้วงเงินจำเลยทางประเวณีมาก่อน และเมื่อจำเลยถูกตำว่าถูกใส่ความหาว่าเป็นคนชั่วช้าในทาง ประเวณีต่อหน้าสามีของตนที่ตนกลัวว่าเขาจะทอดทิ้งตน ทั้งจำเลยก็ห้ามผู้ตายให้หยุดพูดไม่ได้ จึงได้เอาปืนยิงเอาเพราะเกิดโทสะ เมื่อยิงไปนัดแรกแล้วอำนาจโทสะของจำเลยพลุ่งขึ้นมาจึงได้ยิง ออกไปอีกหลายนัดจนเจ้าตัวเองก็ไม่รู้ว่ายิงกี่นัด ดังนี้ เป็นวิสัยธรรมดาที่บุคคลย่อมจะเป็นไปได้ เช่นนั้น การตำว่าใส่ความของผู้ตายต่อหน้าจำเลยและสามีจำเลยดังนั้นถือได้ว่าเป็นการกดขี่ข่มเหง

จำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การทำความผิดของจำเลยจึงต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ที่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๘๑/๒๕๔๖, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๕/๒๕๑๔, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๗/๒๕๑๓ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๑/๒๕๑๔ เป็นกรณีที่หญิงถูกกดขี่ข่มเหงจากสามีหรือผู้อื่นในทางประเวณีหรือในทางอื่นใด จึงได้กระทำความผิดไป ศาลฎีกาถือว่าเป็นกรณีที่ทำให้หญิงไม่สามารถทนต่อไปได้ และกระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ แสดงให้เห็นว่าแนวคิดที่ว่าภรรยาเป็นทรัพย์สินของสามี สามีย่อมมีสิทธิกระทำการใดต่อภรรยาได้ แนวคิดนี้ย่อมเสื่อมถอยไป เพราะการที่ให้อำนาจสามีมากเกินไป อาจกระทบต่อสิทธิของภรรยาได้ ภรรยาจึงมีสิทธิตามสมควรในปกป้องสิทธิของตน อย่างไรก็ตาม การทำร้ายสามีหรือบุคคลอื่นเพราะตนถูกข่มเหงนั้น ศาลฎีกายอมรับเพียงให้อ่างเหตุบันดาลโทสะเท่านั้น มิได้เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๔๐๘/๒๕๓๐ ส. อายุ ๑๙ ปี ยังอยู่ในความปกครองของจำเลยและอยู่ร่วมบ้านเดียวกับจำเลยผู้เป็นบิดา ผู้ตายมีใจทักเป็นภริยาอยู่แล้วมารักใคร่ชอบพอลงชั้นได้เสียกับ ส. จน ส.ตั้งครรภ์ต้องไปทำแท้ง ต่อมาเมื่อเรื่องทะเลาะวิวาทระหว่างใจทักกับ ส. จนจำเลยห้ามผู้ตายไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับ ส. อีกแต่ผู้ตายไม่เชื่อฟังกลับลักลอบมาหลับนอนกับ ส. ขณะที่จำเลยไม่อยู่บ้าน เป็นการกระทำที่หยามเหยียดปราศจากความยำเกรงจำเลยผู้เป็นบิดาผู้ใช้อำนาจปกครอง การที่ในคืนเกิดเหตุผู้ตายได้ขึ้นไปหลับนอนกับ ส. บนบ้านจำเลย ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ที่จำเลยยิงผู้ตายไปในขณะนั้นย่อมถือได้ว่าจำเลยกระทำผิดเพราะบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๐๔๑/๒๕๔๘ ป. อายุ ๑๘ ปี เป็นบุตรสาวและอยู่ในความปกครองดูแลของจำเลยซึ่งเป็นบิดา แม้ผู้ตายจะเป็นคนรักของ ป. แต่ก็ลักลอบคบหาไปมาหาสู่กันโดยจำเลยและ ม. ซึ่งเป็นบิดามารดาไม่เคยทราบเรื่องมาก่อน ขณะเกิดเหตุเป็นยามวิกาล เวลาถึง ๑ นาฬิกาเศษ ผู้ตายแอบเข้ามาในบ้านทางช่องหน้าต่างห้องนอนของ ป. ชั้นบนของบ้านซึ่งอยู่ติดกับห้องนอนของจำเลยและอยู่กันลำพังเพียงสองต่อสอง *ย่อมเป็นการกระทำที่ออกอาจผิดแบบธรรมดา* *นิยมประเพณีขัดต่อศีลธรรมอันดี* *ขาดความเคารพยำเกรงกระทบกระเทือนต่อจิตใจของจำเลยผู้เป็นบิดา ป. และเป็นเจ้าของบ้านที่เกิดเหตุอย่างร้ายแรง* นับได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้อาวุธปืนสั้นซึ่งติดตัวไปในขณะนั้นยิงผู้ตายในเวลาเดียวกันเนื่องจากได้ยินเสียงดังผิดปกติในห้องนอนของ ป. เป็นการกระทำผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นเอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเหตุบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๔๐๘/๒๕๓๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๐๔๑/๒๕๔๘ เป็นกรณีชายมาพบบุตรสาวของจำเลยในบ้านและอยู่เพียงลำพัง อันเป็นการเหยียดหยาม ไม่เคารพยำเกรงจำเลย จำเลยจึงได้กระทำความผิดไป ซึ่งศาลถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ทั้งนี้เนื่องจากตั้งแต่สมัยโบราณ หญิงอยู่ใต้อำนาจของบิดามารดา หากใครต้องการหญิงเป็นภรรยา ต้องแสดงค่านับแก่บิดามารดาหญิง หากชายใดลักพาหญิงหนีโดยไม่แสดงค่านับ ก็จะได้รับโทษตาม

โทษานุโทษ^{๓๘} ดังนั้น การที่ชายใดลักลอบพบหญิง จึงเป็นการละเมิดต่อบิดามารดา หากบิดามารดา กระทำความผิดไป ศาลฎีกาจึงถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐/๒๕๔๙ กรณีที่จะเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ นั้น ต้องเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่าง ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมและเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้นต้องเป็นเรื่องร้ายแรง โดยต้องพิจารณา เปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาหรือวิญญูชนทั่วไปที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์อย่าง เดียวกับผู้กระทำความผิด จะถือเอาความรู้สึกนึกคิดของตัวผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ในการ พิจารณาว่าผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ไม่ได้

แม้จำเลยจะเป็นญาติผู้ใหญ่ของผู้ตาย และพูดตักเตือนผู้ตายเรื่องการขับ รถจักรยานยนต์ในหมู่บ้านว่าไม่ให้ขับเร็วเพราะเกรงว่าจะชนเด็ก แล้วผู้ตายตอบว่าเป็นรถของผู้ตาย เองจะยังคงขับเร็ว และพูดทำทนายจำเลยว่ามีแก่แล้วอย่ามายุ่งกับกูหากแน่จริงให้ลุกขึ้นมา ซึ่งเป็น การแสดงกิริยาเยโสโอหัง ไม่สมควรที่จะกระทำต่อจำเลยซึ่งเป็นญาติผู้ใหญ่ก็ตาม แต่ยังไม่ถือว่า จำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การกระทำของจำเลย จึงมิใช่เป็นการกระทำความ ผิดโดยบันดาลโทษะ

คำพิพากษานี้แสดงว่า ญาติผู้ใหญ่มีอำนาจในการตักเตือนบุตรหลานได้ แต่เมื่อเตือน แล้ว บุตรหลานไม่เชื่อฟัง กลับกระทำการที่ไม่สมควรกับญาติผู้ใหญ่ ญาติผู้ใหญ่อาจไม่สามารถกระทำ ได้ตอบโดยอ้างเหตุบันดาลโทษะได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๒๘/๒๕๔๓ แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภริยาโดย ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะตะลึงทำร้ายร่างกายและข่มขู่จะฆ่า จำเลยได้ เมื่อผู้ตายเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน กรณีถือได้ว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอัน ละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ การที่จำเลย ใช้เคียวเป็นอาวุธฟันผู้ตายไป ๑ ครั้ง ก็เพื่อจะยับยั้งมิให้ผู้ตายทำร้ายร่างกายจำเลยอีก จึงเป็นการ กระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว แต่ขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ถีบตะ จะจำเลยโดยไม่มีอาวุธ ทั้งจำเลยได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย แม้จำเลยอ้างว่าผู้ตายจะฆ่าจำเลยด้วยก็ เป็นเรื่องข่มขู่กันระหว่างสามีภริยา ซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องจริงจัง จึงมิใช่ภยันตรายที่ร้ายแรงอย่างมากการที่ จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันถูกที่ลำคอผู้ตาย แม้จะมีเจตนาเพียงทำร้ายเพื่อไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้าย จำเลยอีกก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่า ผู้อื่นโดยไม่เจตนา เพื่อ ป้องกันเกิน สม ควร แก่ เหตุ ตาม ประมวล กฎ หมาย อา ญา มาตรา ๒๙๐ ประกอบด้วยมาตรา ๖๙^{๓๙}

^{๓๘} โปรดดู คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” หน้า ๕๘๗.

พระไอยการลักษณะผิดเมีย มาตรา ๑๓๕ บัญญัติว่า

“ถ้าชายภักสาวท่านไป มิได้ค้ำบให้ปรับโดยถนอมเลมิต พระราชาหาทำสามส่วนลดเสียส่วนหนึ่ง เอา สองส่วนปนเลมิตให้แก่บิดามารดาหญิง”

^{๓๙} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๗๗/๒๕๒๙ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

คำพิพากษานี้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาว่า การเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้ให้สิทธิแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำร้ายอีกฝ่ายได้ โดยเฉพาะสามีไม่มีอำนาจอันชอบธรรมที่จะทำร้ายภริยา หากทำร้ายแล้ว ภริยามีสิทธิป้องกันตนเองได้ แต่ต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุ ทั้งเมื่อพิจารณาตามพระโอัยการลักษณผู้เมีย มาตรา ๖๐ ซึ่งบัญญัติว่า “สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิดสามีจะปราบปรามตีโบยหญิง หญิงจะเอาโทษแก่สามีนั้นมิได้...” บทกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจสามีว่ากล่าวทำโทษภรรยาได้ แต่ก็หาได้อนุญาตให้สามีทำร้ายภรรยาโดยไม่มีเหตุไม่ ประกอบกับในปัจจุบัน สิทธิสตรีมีความเท่าเทียมกับบุรุษ คงเป็นดังเช่นที่ศาลฎีกากล่าวว่า การเป็นสามีภริยามีได้ก่อให้เกิดอำนาจอันชอบธรรมที่จะทำร้ายอีกฝ่าย สามีทำร้ายภรรยาจึงเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ภรรยาจึงป้องกันตนได้โดยชอบ

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการทะเลาะกันตามปกติระหว่างสามีภรรยา ไม่ถึงขนาดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๒๔/๒๕๓๙ จำเลยกับผู้ตายเป็นสามีภริยากันทะเลาะกันอยู่เสมอเนื่องจากความหึงหวงโดยผู้ตายเคยด่าว่าและทุบตีจำเลยเป็นประจำ ดังนั้นลำพังการที่ผู้ตายด่าว่าจำเลยในวันเกิดเหตุและขอย่ำกันเรียกร้อเงินจากจำเลยจึงไม่ใช่เหตุข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายจึงไม่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๗๒

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๙/๒๕๓๖ การที่จำเลยซึ่งเป็นหญิงถูกผู้เสียหายแย่งสามี แล้วต้องถูกสามีไล่ออกจากบ้านพร้อมบุตร เป็นเหตุให้ครอบครัวต้องแตกแยก จำเลยต้องไปเช่าบ้านอยู่และมีรายได้ไม่พอใช้จ่าย บุตรที่กำลังศึกษาอยู่ต้องออกจากโรงเรียน นับว่าผู้เสียหายทำให้จำเลยเกิดความคับแค้นใจอย่างมากอยู่ก่อนแล้ว เมื่อจำเลยไปขอเงินจากสามี แล้วพบผู้เสียหายและถูกผู้เสียหายด่าว่า และมองด้วยอาการเหยียดหยามตั้งแต่ศีรษะจรดเท้า ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจนทำให้จำเลยเกิดโทสะ การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายไปในขณะนั้นจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๗๒ เมื่อปรากฏว่าจำเลยมีเหตุอันควรเห็นใจ เนื่องจากถูกผู้เสียหายแย่งสามีแล้วถูกสามีขับไล่ออกจากบ้าน ครอบครัวประสบความเดือดร้อนจำเลยย่อมได้รับความคับแค้นใจอย่างมากประกอบกับหลังเกิดเหตุจำเลยได้ไปพบเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งรู้จักให้พาเข้ามอบตัว อันเป็นการลู่แกโทษต่อเจ้าพนักงาน แสดงให้เห็นว่าที่จำเลยยิงผู้เสียหายไปถึง ๔ - ๕ นัด ก็เป็นเพราะขณะนั้นจำเลยไม่สามารถควบคุมสติได้ตามปกติ การกระทำของจำเลยจึงมีเหตุอันควรปรานีให้ลงโทษสถานเบาเมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยแล้วรอการลงโทษและคุมความประพฤติของจำเลย

คำพิพากษานี้ จำเลยถูกผู้เสียหายแย่งสามี ทำให้เกิดความคับข้องใจมาก และพบผู้เสียหายด่าว่าและมองอย่างเหยียดหยาม จึงทำร้ายผู้เสียหาย ถือว่าจำเลยกระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๑๓/๒๕๑๑ การที่จำเลยมีครรภ์กับผู้เสียหาย แล้วไปต่อว่าผู้เสียหายเรื่องที่ไม่ไปสู้อเล็กงดูเป็นภรรยา ผู้เสียหายพูดโต้ตอบว่า “มึงยอมให้กูเล่นมึงทำไม” ดังนี้ ย่อมเป็นการกระทำที่ข่มเหงน้ำใจจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เพราะ

เกียรติยศชื่อเสียงอนาคตของลูกผู้หญิงเช่นจำเลย มิใช่เป็นอันขาดลงด้วยการปฏิเสธเฉยๆ ของผู้เสียหายเท่านั้นแต่ผู้เสียหายได้กล่าวถ้อยคำเย้ยหยันที่บ่งบอกว่าจำเลยเป็นคนใจง่ายเข้าด้วย อันเป็นการข่มเหงน้ำใจอย่างไร้ศีลธรรม กรณีต้องด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ที่ศาลจะลงโทษจำเลยให้น้อยลงกว่าอัตราที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นได้ ในเมื่อจำเลยได้กระทำลงไปทันใดเพราะการบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔๖/๒๕๑๒ จำเลยเป็นหญิงมีภาระต้องเลี้ยงตัวเอง เลี้ยงน้องให้ได้รับการศึกษาชั้นมหาวิทยาลัย และส่งเงินเลี้ยงบิดามารดา จำเลยรักใคร่ได้เสียกับผู้ตายจนจำเลยตั้งครุผู้ตายก็ตื่นออกห่าง ไม่ยอมพบ จำเลยโทรศัพท์ไปหลายครั้งก็ไม่ยอมพูดด้วย วันเกิดเหตุจำเลยได้ไปคอยพบผู้ตายและพูดเรื่องที่จำเลยมีครุผู้ตายว่าจำเลยว่า บอกให้เอาออกก็ไม่เอา ออก ผู้ตายไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็ก ทั้งยังว่าจำเลยว่า อยากหน้าด้านไปหาผู้ตายเองและว่าพ่อแม่จำเลยไม่ส่งสอนให้ดี อันเป็นการดูถูกเหยียดหยามกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๑๓/๒๕๑๑ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔๖/๒๕๑๒ เป็นกรณีที่จำเลยมีความสัมพันธ์กับชายจนตั้งครุแล้วชายไม่รับผิดชอบ อันเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีของผู้หญิงมาก และเป็นกรกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรง เพราะจะทำให้จำเลยต้องถูกประณามจากสังคมไทย ซึ่งมีค่านิยมให้หญิงรักษานวลสงวนตัว การที่จำเลยทำร้ายชายดังกล่าว ศาลฎีกาจึงถือว่าจำเลยจึงกระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ

นอกจากนี้ การป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงของสามีหรือภริยากรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงหรือชายอื่น หากเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้กระทำเพียงได้รับการลดโทษเท่านั้น^{๔๐} ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๐๕/๒๕๔๓ การที่จำเลยตีผู้ตายในขณะที่ไปพบนอนกอดกับภริยาจำเลยอยู่ดั่งนั้น ต้องฟังว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงแต่จะถือว่าทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น ได้ความว่าจำเลยใช้ไม้ตีผู้ตายครั้งหนึ่งแล้ว ยังได้ตีผู้ตายซ้ำอีกจนถึงแก่ความตาย ดังนี้ เห็นว่าเป็นการเกินสมควรแก่เหตุไป^{๔๑}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๘๕/๒๕๔๗ ผู้เสียหายเมาสุราแล้วขึ้นไปลวนลามภรรยาจำเลยบนเรือนและทำร้ายจำเลย จำเลยจึงต่อสู้ แล้วโดดหนี ผู้เสียหายกลับแสดงอาการจะทำร้าย

^{๔๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๙ บัญญัติว่า

“ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๗ และมาตรา ๖๘ นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะลงโทษผู้กระทำก็ได้”

^{๔๑} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๓/๒๕๗๔, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๐/๒๕๗๔, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๔/๒๕๘๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๑/๒๕๔๔ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

อีก จำเลยจึงทำร้ายผู้เสียหายรวม ๑๓ แห่งถึงสาหัส ดังนี้ถือว่า จำเลยได้กระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ^{๔๒}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๗๗/๒๕๒๘ ผู้เสียหายเป็นคู่กับภริยาจำเลยซึ่งมิได้จดทะเบียนสมรสกันในระหว่างที่จำเลยต้องโทษจำคุก เมื่อจำเลยพ้นโทษแล้ว วันใดที่จำเลยไม่อยู่บ้าน ผู้เสียหายก็มาหลับนอนกับภริยาจำเลยที่บ้านจำเลย เข้าวันเกิดเหตุ ในขณะที่จำเลยกำลังเดินเข้าบ้าน ผู้เสียหายได้ตะต่อยจำเลยก่อน จำเลยซึ่งมีอายุมากกว่าผู้เสียหายมากสู้ผู้เสียหายไม่ได้จึงวิ่งไปคว้ามีดมาฟันผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันสิทธิของตนให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง แต่จำเลยใช้มีดทั้งด้ามและใบมีดยาว ๑ ฟุต ใบมีดกว้าง ๔ นิ้ว ฟันผู้เสียหายหลายที่จนผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายเป็นบาดแผลรวม ๘ แห่ง แต่ไม่ถึงแก่ความตาย บาดแผลที่สำคัญคือท้ายทอยยาว ๑๕ เซนติเมตร ลึก ๗ เซนติเมตร ที่หน้าผากยาว ๕ เซนติเมตร ลึกถึงกะโหลกศีรษะ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยมีเจตนาฆ่าและเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

การทำร้ายสามีหรือภริยา รวมทั้งผู้ที่มีความสัมพันธ์ในทางประเวณีกับสามีหรือภริยา บางครั้ง อาจเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะก็ได้ เช่น กรณีทำร้ายภรรยาและชายชู้เมื่อร่วมประเวณีแล้ว และทำร้ายต่อเนื่องจนถึงแก่ความตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๑/๒๔๘๓ สามีไปแอบดูเห็นภริยาทำชู้กับชายอื่นอยู่บนเรือนตน จึงได้ไล่ทำร้ายภริยาและชู้ลงเรือนไป แล้วฟันชู้ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ไม่เรียกว่าเป็นการป้องกันตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๕๐ แต่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา ๕๕^{๔๓}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๙๒/๒๔๙๖ ในคืนเกิดเหตุจำเลยได้พบผู้ตายกำลังทำชู้กับภรรยาของจำเลยที่เรือนร้างของนายดาโอ๊ะ ผู้ตายเห็นจำเลยก็ลุกขึ้นกระโดดจากเรือนวิ่งหนีจำเลยไล่ตามพบผู้ตายอยู่บนเรือนของผู้ตาย จึงใช้ขวานฟันผู้ตายเพราะโกรธผู้ตายว่าชู้กับภรรยา เป็นการหลู่เกียรติจำเลย

ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยกระทำกริ้วกราวตั้งนั้นความเสียเกียรติยิ่งมากขึ้น แต่ความอันแท้จริงจำเลยกระทำโดยโทสะ ซึ่งไม่สามารถจะยับยั้งในขณะนั้น หาใช่เรื่องป้องกันอะไรไม่ เพราะความเสียหายบังเกิดอยู่แล้ว

กรณีภรรยาที่มีชู้ด้วยกฎหมายร่วมประเวณีกับชายอื่น สามีพบเห็นจึงทำร้ายทั้งภรรยาและชายชู้ ย่อมเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะเช่นเดียวกัน

^{๔๒} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒/๒๔๙๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๔๓} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๒/๒๔๖๗, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๕/๒๔๗๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๖/๒๔๘๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน; รวมถึงกรณีที่ใช้ปืนยิงชู้ และใช้มีดฟันภรรยาของตนอย่างไม่ไว้ชีวิต เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะเช่นกัน โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๙๐/๒๔๙๓; หรือกรณีชู้หนีลงเรือนไปได้ จำเลยจึงวิ่งคว้าดาบตีภรรยา ภรรยากลับต่อสู้จำเลยตอบโต้ เป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทสะในเหตุนี้มากขึ้น จึงใช้มีดฟันตีภรรยาจนถึงแก่ความตาย ถือว่าจำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๑/๒๕๐๙.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕/๒๕๐๐ เมียจำเลยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นชู้กับผู้ตาย จำเลยมาแอบจับชู้ ระหว่างแอบจับชู้ผู้ตายทำชำเรากับเมียของจำเลย ระหว่างกระทำชำเราเสียงสุกรร้องผู้ตายออกมามองเห็นปลอดภัยแล้วก็กลับไปทำชำเราต่อแต่ถูกยิงเสียก่อน พฤติการณ์ดังกล่าวนี้ถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเข้าลักษณะยั่วโทษะตามกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ จำเลยเห็นผู้ตายกำลังชำเราภริยาจำเลยถึงในห้องนอนแม้จะไม่ใช้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อยู่กินกันมา ๑๓ ปี และเกิดบุตรกับจำเลย ๖ คน จำเลยจึงใช้มีดพับเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใด แทงผู้ตาย ๒ ที และแทงภริยา ๑ ที ดังนี้ เป็นการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๗๓/๒๕๔๔ การที่จำเลยยิงผู้เสียหายขณะที่ผู้เสียหายลักลอบหลบหนีนอนร่วมประเวณีกับ ส. ซึ่งมีได้เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลย และข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่ามีภัยอันอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายต่อ ส. การกระทำดังกล่าวของจำเลยจึงไม่เป็นการป้องกันสิทธิโดยชอบ แต่แม้ว่าจำเลยและ ส. จะมีได้เป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย แต่จำเลยก็ได้อุกประเล็งดู ส. เยี่ยงภริยา ซึ่งผู้เสียหายก็รู้ถึงความสัมพันธ์ของจำเลยกับ ส. แต่ผู้เสียหายก็ยังไปลักลอบร่วมประเวณีกับ ส. การที่จำเลยยิงผู้เสียหายในขณะดังกล่าวจึงเป็นการบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม

กรณีไม่ถึงขั้นมีการร่วมประเวณีกัน แต่สามีหรือภรรยา ไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ พบอีกฝ่ายอยู่กับหญิงหรือชายอื่น และทำร้ายไปในขณะนั้น ย่อมอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะเช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๑/ร.ศ.๑๒๙ จำเลยเป็นคนขี้หึงภรรยา แลนายพันก็เคยทักทายปราศรัยภรรยาจำเลยอยู่บ้าง เหตุที่จำเลยฆ่านายพันตาย ก็เพราะสงสัยว่านายพันจะเป้นชู้ด้วยภรรยาจำเลย เปนเหตุให้ศาลกรุณาลดโทษจำเลยได้บ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๓/๒๕๑๕ ผู้ตายเคยลวนลามภรรยาจำเลยมาแล้วครั้งหนึ่ง วันเกิดเหตุจำเลยกลับจากเก็บถั่วขึ้นไปหิ้งไร่ของจำเลย เห็นผู้ตายกำลังกอดรัดตั้งตัวภรรยาจำเลยอยู่ จำเลยเกิดโทสะพอจำเลยร้องว่าผู้ตาย ผู้ตายก็ผละออกกระโดดหนีลงจากหิ้งไร่จำเลยคว้าได้ปืนยาวที่พิงไว้ข้างฝาผนังไปยิงผู้ตายที่พื้นดิน ซึ่งขณะนั้นเดินออกไปห่างจากหิ้งไร่ ๓ วา กระสุนปืนถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ด้วยความบันดาลโทสะ^{๔๔}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๙๒/๒๕๑๕ จำเลยกับนาง ก. ผู้ตายเป็นสามีภรรยาด้วยกัน ประมาณ ๑๖ ปีโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน ๓ คน อยู่กินร่วมเรือนเดียวกันจนถึงวันเกิดเหตุ ก่อนเกิดเหตุ ๒ ปี ผู้ตายกับ ท. สนทนสนมกันชอบไปเล่นการพนันด้วยกันและเป็นชู้กัน เวลาจำเลยไม่อยู่บ้าน ท. มาหลบนอนในห้องเดียวกับผู้ตายที่บ้านจำเลย บุตรจำเลยก็เห็น คนอื่นก็เล่าลือ

^{๔๔} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๘๓/๒๕๑๒ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

กัน จำเลยเคยขอร้องทั้งผู้ตายและ ท. ไม่ให้เกี่ยวข้องกันก็ไม่มีใครเชื่อ ยังนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์กันไปมาเสมอเป็นการกระทบทกระเทือนจิตใจของจำเลยเป็นอย่างยิ่ง จำเลยมิใช่คนดุร้าย วันเกิดเหตุ ท. ให้ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ไปส่งบ้านจำเลยแลเห็นจำเลยขณะจำเลยกำลังเดินไปตามซอยทางเข้าบ้านก็ได้ส่งผู้ตายลงตรงนั้นกลับขับขี่รถผ่านจำเลยไปทางเพียง ๑ วา ด้วยความตระหนองอาจปราศจากความยำเกรงจำเลยผู้เป็นสามีเป็นการเหยียดหยันสบประมาทอย่างร้ายแรง พฤติการณ์เช่นนี้นับได้ว่าเป็นการกระทำที่กตขี้มเหงในทางจิตใจของจำเลยอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เมื่อจำเลยพบเห็นภาพดังกล่าวโดยบังเอิญโดยมิได้คาดคิดไม่สามารถอดกลั้นโทสะไว้ได้จึงใช้ปืนยิงผู้ตายกับ ท. ไปในทันทีทันใด ดังนี้ กรณีต้องด้วยมาตรา ๗๒^{๔๕}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๙๔/๒๕๒๖ จำเลยกับผู้ตายเป็นสามีภรรยาอายุประมาณ ๑๑ ปี มีบุตรชาย ๑ คน อยู่ที่จังหวัดจันทบุรี ก่อนเกิดเหตุประมาณ ๗ เดือน ผู้ตายไปทำเหมืองพลอยที่จังหวัดตราด ส่วนจำเลยไม่ได้ไปอยู่ด้วยแต่ไปที่เหมืองเป็นครั้งคราว วันเกิดเหตุจำเลยไปถึงบ้านผู้ตายที่เหมืองเมื่อเวลาประมาณ ๒๑ นาฬิกา เห็นบ้านพักปิดจึงแอบดูตามช่องประตูไม้บ้านพัก เห็นผู้ตายกับผู้หญิงนอนเปลือยกายกันอยู่ในห้องสองต่อสอง เมื่อจำเลยเคาะประตู ผู้หญิงคนนั้นได้ตะโกนถามว่าเคาะทำไม ตามพฤติการณ์ดังกล่าวย่อมกระทบทกระเทือนจิตใจของจำเลยผู้เป็นภรรยาอย่างมาก เมื่อผู้ตายเปิดประตูห้องออกมา จำเลยก็ใช้อาวุธปืนที่นำติดตัวไปยังผู้ตายทันที ๓ นัด ผู้ตายถึงแก่ความตาย ย่อมเป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำให้ลงไปด้วยอารมณ์หึงหวงและโกรธแค้น ในขณะที่ยังไม่สามารถควบคุมสติและระงับอารมณ์โกรธได้ ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงทางจิตใจด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒^{๔๖}

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๙๘๘/๒๕๔๒ จำเลยเป็นภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย มีบุตรด้วยกัน ๑ คน แต่ผู้ตายคงประพฤตินเป็นคนเจ้าชู้ มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับหญิงอื่นอีกหลายคน และกำลังจะเข้าพิธีแต่งงานกับ ท. ซึ่งทำงานอยู่ที่เดียวกับผู้ตาย โดยจะออกบัตรเชิญแขกไปร่วมพิธีแต่งงานด้วย โรงงานที่ผู้ตายและ ท. ทำงานอยู่ห่างจากที่พักของจำเลยประมาณ ๕๐๐ เมตร คนงานในโรงงานยอมรับว่าจำเลยเป็นภรรยาของผู้ตาย การกระทำดังกล่าวของผู้ตายย่อมทำให้จำเลยได้รับความอับอายมาก ก่อนเกิดเหตุผู้ตายไม่กลับบ้านหลายวันเพราะไปพักอยู่กับ ท. จำเลยตามผู้ตายให้กลับบ้าน ผู้ตายยอมกลับบ้าน แต่เมื่อจำเลยขอร้องผู้ตายว่าผู้ตายจะมีความสัมพันธ์กับ ท. ต่อไป จำเลยไม่ว่า แต่ขอร้องไม่ให้ผู้ตายแต่งงานกับ ท. ผู้ตายปฏิเสธ การกระทำดังกล่าวของผู้ตายจึงเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมต่อจำเลยซึ่งเป็นภรรยา การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในทันทีเพียง ๑ นัด จึงเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต่อผู้ตายซึ่งเป็นผู้ข่มเหงจำเลยในขณะที่ถูกข่มเหงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒

^{๔๕} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๕/๒๕๐๔, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๒๘/๒๕๓๖, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๒๕๘/๒๕๓๘ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๕๕/๒๕๔๗ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๕/๒๕๐๔ การที่ผู้ตายรู้ยู่ว่าเป็นภรรยาของจำเลยแล้วยังพยายามติดต่อทางชู้สาวเอาไปเป็นภรรยาจนได้ จำเลยยังมีเชื้อใจติดตามไปพบทั้งภรรยาและผู้ตายเดินมาด้วยกันจำเลยได้วิงวอนขอให้ภรรยากลับไปอยู่กับตน ผู้ตายกลับสบประมาทว่า “เป็นหน้าตัวเมียผู้หญิงเขาไม่รักจะตามมาทำไม” ถือว่ารุนแรงสำหรับกรณีเช่นจำเลยนี้ และเป็นเหตุให้บันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา ๗๒ และคำนึงถึงเหตุผลเช่นนี้กับเหตุผลตามมาตรา ๕๖ แล้ว ศาลรออาญาโทษจำคุกไว้ตามมาตรา ๕๖ ได้.

^{๔๖} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๖๑/๒๕๔๗ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

อนึ่ง สำหรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะนั้น นอกจากกรณีต่างๆ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว กรณีโดยตรงที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม คือ หากมีผู้กระทำความผิดจารีตหรือขนบธรรมเนียมของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง และสร้างความไม่พอใจให้คนในชุมชนจนเกิดความโกรธแค้นและทำร้ายผู้ทำผิดจารีตนั้น อาจถือว่าการกระทำความผิดจารีตเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ซึ่งคนในชุมชนอ้างการกระทำโดยบันดาลโทษะได้เช่นเดียวกัน

๓.๒.๖ กรณีอื่นๆ

ศาลฎีกาได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในกรณีอื่นๆ ด้วย ได้แก่

(๑) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดโดยประมาท ไม่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา

(๒) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา ไม่เป็นความผิดตามบทกฤษฎี

(๓) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา ไม่เป็นความผิดตามบทหนัก

(๔) กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรรอการลงโทษให้จำเลย

(๕) กรณีวินิจฉัยว่าสมควรลงโทษจำเลยในสถานหนัก

(๖) กรณีอื่นๆ

โดยมีรายละเอียดในแต่ละหัวข้อ ดังนี้

๓.๒.๖.๑ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดโดยประมาท ไม่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา

การหยอกล้อกันระหว่างเพื่อนหรือสามีภรรยา และทำให้มีผู้บาดเจ็บหรือเสียชีวิต ศาลฎีกาถือว่าไม่มีเจตนาฆ่าหรือทำร้ายร่างกาย แต่อาจจะเป็นการกระทำโดยประมาทได้ ซึ่งโดยปกติบุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท อันเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่^{๔๗} และการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้นบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๑ หากเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสจะเป็นความผิดตามมาตรา ๓๐๐ และหากเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา ๓๙๐ แล้วแต่กรณี

^{๔๗} โปรดดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๗/๒๔๘๓ การแต่ต้องร่างกายในทางหยอกล้อกันนั้น ไม่เป็นผิดฐานทำร้ายร่างกาย

พลักผู้ตายลงน้ำโดยเจตนาล้อเล่น มิได้ระมัดระวัง เผอิญผู้ตายว่ายน้ำไม่เป็นจึงจมน้ำตาย ดังนี้ เป็นผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๓/๒๔๙๑ สามีเอากรรไกรคืบหมากขว้างไปที่ประตูหวังจะหยอกล้อภรรยา แต่กรรไกรกระดอนไปถูกภรรยาทำให้ตาย ดังนี้ เป็นเรื่องทำให้คนตายโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๖๑/๒๔๙๗ เอาปืนที่บรรจุกระสุนไปจ้อล้อเพื่อนเล่น โดยไม่ระมัดระวังเพื่อปิดกระบอกปืน ปืนจึงลั่นลูกเพื่อนตายดังนี้ ก็ย่อมเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๒๕๒

นอกจากนี้ กรณีที่จำเลยกระทำตามจารีตประเพณีของชาวเหนือที่ต้องยิงปืนเพราะเชื่อว่าจะช่วยตัดเพลิงให้สงบ แต่กระสุนไปถูกบุคคลอื่นถึงแก่ความตาย ศาลถือว่ามีใช้การกระทำโดยเจตนา แต่เป็นการกระทำโดยประมาทเช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๙-๕๘๐/๒๔๗๓ ยิงปืนเพื่อตัดเพลิงให้สงบตามประเพณีนิยม แต่กระสุนปืนถูกผู้มีชื่อตาย จำเลยมีผิดตามกฎหมาย

๓.๒.๖.๒ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา ไม่เป็นความผิดตามบทฉกรรจ์

ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนั้น มีบทฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๙ โดยเฉพาะอนุมาตรา ๕ ฆ่าผู้อื่นโดยทรามานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความเชื่อบางประการของภาคตะวันออกเฉียงเหนือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๗/๒๔๗๑ จำเลยฆ่าผู้ตายด้วยความโง่เขลาเข้าใจผิดคิดเชื่อว่าผู้ตายเป็นผีปอบทำให้ญาติพี่น้องของตนตายและเกรงว่าจะทำให้ผู้อื่นตายต่อไปอีก ดังนี้ ท่านว่าต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามมาตรา ๒๔๙ แต่หาถือว่าเป็นการกระทำโดยพยายามด้วยความพยายามตามหมายตามมาตรา ๒๕๐ ข้อ ๓ ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๓/๒๕๓๑ จำเลยกับพวกต้องการไล่ผีปอบออกจากร่างของผู้ตาย ได้ใช้ไม้ไผ่ผ่าซีกตีผู้ตายจนล้มลง แล้วใช้ด้ามมีดตีศีรษะผู้ตาย ด้ามมีดทำด้วยเหล็กขนาดเส้นผ่านศูนย์กลาง ๑ นิ้ว ยาว ๘.๕ นิ้ว จำเลยยอมเล็งเห็นผลได้ว่า ถ้าตีศีรษะผู้ตายและตีนานๆ ย่อมทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายได้ จำเลยตีผู้ตายนานถึงสองชั่วโมง ผู้ตายมีรอยฟกช้ำที่หน้าผาก โหนกแก้ม ศีรษะบวมช้ำแบบศีรษะน่วม ความตายของผู้ตายจึงเป็นผลจากการทำร้ายของจำเลยกับพวก จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา และเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการไล่ผีปอบ ตามความเชื่อและตาม

ประเพณีท้องถิ่นที่ปฏิบัติกันมา แม้การทำร้ายใช้เวลานานถึงสองชั่วโมงจนผู้ตายถึงแก่ความตาย ก็เป็นเรื่องของการไล่ผีปอบ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ได้แสดงถึงความโหดร้ายทารุณเป็นพิเศษ จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยการกระทำทารุณโหดร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๙ (๕)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๗/๒๔๗๑ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๓/๒๕๓๑ เป็นความเชื่อเกี่ยวกับเรื่องผีปอบ ซึ่งความเชื่อนี้มีมาตั้งแต่โบราณ โดยคำนี้เป็นคำที่ใช้แพร่หลายในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ถ้าชุมชนใดเกิดมีผีปอบ ผู้คนในชุมชนจะมีการเคลื่อนไหว พิสูจน์ และลงโทษโดยทุบตีฆ่าฟัน จนขับไล่ออกจากชุมชน เพราะถือว่าเป็นเสนียดจัญไร และเป็นอันตรายต่อสังคม^{๔๘} การขับไล่ผีปอบจึงเป็นจารีตประเพณีของไทยประการหนึ่ง เพราะมีการปฏิบัติสืบทอดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และมีผลต่อพฤติกรรมของบุคคลในชุมชนไทย โดยเฉพาะในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ศาลฎีกาก็ยอมรับจารีตประเพณีนี้ กล่าวคือ การกระทำเพื่อไล่ผีปอบจนผู้ตายถึงแก่ความตายนั้น เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา แต่มิได้เป็นการกระทำโดยทารุณโหดร้าย อันเป็นบททศกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา

นอกจากนี้ บททศกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๙ (๔) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาอาจทำให้ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ผู้กระทำไม่มีการไตร่ตรองไว้ก่อน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๖๑/๒๕๑๙ จำเลยกับผู้เสียหายเคยอยู่กินฉันสามีภรรยา มาก่อน ต่อมาได้แยกกันอยู่เนื่องจากผู้เสียหายจะแต่งงานกับทหารอเมริกัน ก่อนเกิดเหตุจำเลยมีจดหมายถึงผู้เสียหายขอให้ไปพบมีข้อความว่า “ถ้าไม่ไปพบพี่แล้ว พี่ขอให้นางได้รู้เถิดว่าพี่ยอมสละทุกสิ่งทุกอย่าง พี่กับนางจะต้องเสียใจจนตลอดชีวิตของเราทั้งสองคน” ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีความอาฆาตคิดสังหารผู้เสียหายมาก่อน จึงฟังไม่ถนัดว่าการที่จำเลยมีจดหมายดังกล่าวจะเป็นแผนการที่จำเลยวางไว้เพื่อจะฆ่าผู้เสียหาย

วันเกิดเหตุจำเลยมาที่บ้านผู้เสียหาย พบผู้เสียหายอยู่กับชายอื่นในห้องนอนสองต่อสอง เมื่อชายอื่นเปิดประตูห้อง ผู้เสียหายเดินตามออกมา จำเลยเข้าบีบคอผู้เสียหาย จำเลยจับผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอนใส่กลอนประตู จำเลยใช้มีดพับสปริงแทงผู้เสียหาย ๓๐ แผล บาดแผลทะลุถึงปอดต้องผ่าตัด ดังนี้ แสดงว่าจำเลยเกิดความหึงหวงขึ้นมาฉับพลันทันที แล้วจำเลยจึงแทงผู้เสียหาย ตามพฤติการณ์ดังกล่าวรูปคดียังไม่มีเหตุผลพอที่จะฟังว่าจำเลยมีแผนการหรือไตร่ตรองไว้ก่อนในการที่จะฆ่าผู้เสียหาย

๓.๒.๖.๓ กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา ไม่เป็นความผิดตามบทหนัก

บางกรณี ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาลดฐานความผิดให้เบาลง ตัวอย่างเช่น ไม่เป็นความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ แต่เป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสื่อมเสีย

^{๔๘} ศรีศักร วัลลิโภดม, กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย, (กรุงเทพมหานคร: ด่านสุทธาการพิมพ์, ๒๕๔๕), หน้า ๗๓.

เสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๙ วรรคแรกและวรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมิอาชูธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน ตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำเพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิ ใดๆ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาที่ ๑๙๔๒/๒๕๓๘ จำเลยและพวกกับผู้เสียหายทั้งสี่เป็นนักศึกษาต่างสถาบันซึ่งมีเรื่องยกพวกทำร้ายร่างกายกันเป็นประจำในขณะที่สวมเครื่องแบบนักศึกษาแม้ไม่เคยรู้จักกัน จำเลยกับพวกมีอาชูธปืน มีด และก้อนหินขู้งัดข่มขู่ผู้เสียหายทั้งสี่ให้ถอดเสื้อฝึกงานและหัวเข็มขัด ซึ่งมีราคาเพียงเล็กน้อยที่ผู้เสียหายทั้งสี่สวมใส่อยู่ให้จำเลยและพวก ผู้เสียหายทั้งสี่กลัวจึงยอมทำตาม โดยเสื้อฝึกงานและหัวเข็มขัดดังกล่าวเป็นของใช้สำหรับนักศึกษาในสถานศึกษาของผู้เสียหายทั้งสี่ใช้เท่านั้น จำเลยและพวกยอมไม่สามารถนำเสื้อฝึกงานและหัวเข็มขัดดังกล่าวไปใช้หรือแสวงหาประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินได้ จึงเป็นการกระทำโดยมิได้มุ่งประสงค์ต่อผลในการจะแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวโดยแท้จริง มิได้มีเจตนาเอาทรัพย์สินดังกล่าวไปเป็นของตนเองหรือผู้อื่น หากแต่เป็นการแสดงอำนาจบาตรใหญ่ ทำไปด้วยความคะนองตามนิสัยวัยรุ่นที่ความประพฤติไม่เรียบร้อยเพื่อข่มขู่หรือขู่ขู่ของนักศึกษาต่างสถานศึกษาเท่านั้น เป็นการกระทำที่ขาดเจตนาลักทรัพย์ จึงไม่เป็นความผิดฐานปล้นทรัพย์ แต่เป็นการข่มขืนใจผู้เสียหายทั้งสี่ให้กระทำตามที่จำเลยและพวกประสงค์โดยทำให้กลัวว่าจะทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้เสียหายทั้งสี่ อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๐๙ วรรคสองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานปล้นทรัพย์ จึงต้องลงโทษจำเลยตามที่พิจารณาได้ความ^{๔๙}

คำพิพากษานี้ เป็นเรื่องที่นักศึกษาต่างสถาบันกันยอมมีความเชื่อและวัฒนธรรมบางอย่างในสถาบันของตน โดยหากนำสิ่งของที่เป็นสัญลักษณ์ของนักศึกษาสถาบันอื่นมาได้ จะได้รับการเคารพนับถือจากนักศึกษาในสถาบันของตน กรณีนี้มีใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยตรง อาจเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างรุ่นพี่รุ่นน้องในสถาบันเดียวกัน และเป็นการกระทำเชิงสัญลักษณ์ แต่ศาลฎีกาคงคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น ทรัพย์ที่ลักมีราคาน้อย และจำเลยยังเป็นเด็กหรือเยาวชน หากลงโทษร้ายแรง อาจมีผลต่ออนาคตของจำเลยได้ ศาลฎีกาจึงเห็นว่ากรณีนี้จำเลยกับพวกไม่มีความผิดฐานปล้นทรัพย์ แต่มีความผิดเพียงฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙/๒๕๐๐ หญิงพินสามีทางข้างหลังด้วยพริ้วใหญ่ถูกที่คอ เป็นแผลลึก ๖ เซนติเมตร แต่พินเพราะสามีมลอคเคลียเมียน้อยต่อหน้า เมื่อได้พิเคราะห์ถึงเพศหญิงที่สามีมลอคเคลียเมียน้อยต่อหน้า ให้หลบเข้าไปนอนกันเสียในเรือนเพื่อพันหูพันตาก็ไม่ฟังจึงเกิดโทษสะพลุงพล่านและคว่ำพริ้วใช้พินลงไปทันทีโดยมิได้ตระเตรียมการมาก่อน เห็นยังฟังไม่ถนัดว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าสามีให้ถึงตาย สมควรได้รับได้ลดโทษฐานทำร้ายร่างกายและรอกการลงโทษ

^{๔๙} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๔๕/๒๕๓๑ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

คำพิพากษานี้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ภรรยาย่อมมีความหวงแหนสามีของตน เมื่อเห็นสามีคลอเคลียหญิงอื่นต่อหน้าตน ย่อมมีความโกรธแค้น การที่ภรรยาใช้มีดพร้าฟันสามีและหญิงอื่นนั้น ศาลฎีการับฟังข้อเท็จจริงว่าไม่มีเจตนาฆ่า มีเพียงเจตนาทำร้ายร่างกายเท่านั้น

๓.๒.๖.๔ กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรรอการลงโทษให้จำเลย

ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าสมควรรอการลงโทษให้จำเลยหรือไม่ โดยศาลจะรอการลงโทษได้หรือไม่ ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำการกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ตามที่เจ้าพนักงานและผู้กระทำความผิดเห็นสมควร

(๒) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(๓) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติดังอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

(๔) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(๕) เงื่อนไขอื่นๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคก่อนนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการ

หรือเจ้าพนักงานว่า พุทธิดการณที่เกี่ยวแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคก่อนที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๑/๒๕๓๐ จำเลยมีอายุ ๒๕ ปี รู้สึกผิดชอบชั่วดีแล้ว ยังมีความโลภถึงขนาดลักทรัพย์ของน้ำซึ่งมีราคามากมาย ทั้งๆ ที่น้ำมีความทุกข์ต้องหนีร้อนมาพึ่งเย็น จำเลยก็มีได้มีจิตเมตตา กลับซ้ำเติมด้วยการลักทรัพย์ของมีค่าจนแทบจะหมดตัว แล้วยังสร้างหลักฐานเท็จเพื่ออำพรางคดีอีก จำเลยจึงไม่สมควรจะได้รับการปรานีให้รอการลงโทษ

คำพิพากษานี้ จำเลยเป็นหลานของผู้เสียหาย สมควรเคารพยำเกรง มิใช่ลักทรัพย์ผู้เสียหายจนแทบหมดตัว ทั้งยังอำพรางคดีอีก แสดงถึงการไม่ระลึถึงบุญคุณของผู้เสียหาย ศาลฎีกาจึงไม่รอการลงโทษจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๘๔/๒๕๓๑ จำเลยที่ ๓ เป็นเจ้าพนักงานตำรวจมีหน้าที่พาตัวหญิงโสเภณีไปส่งสถานฝึกอาชีพ แต่กลับมอบตัวหญิงดังกล่าวแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของสำนักโสเภณีอีก เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีจึงไม่สมควรรอการลงโทษ

คำพิพากษานี้ จำเลยเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เมื่อพบหญิงโสเภณีควรช่วยเหลือเยียวยา การที่จำเลยนำตัวกลับไปที่พักโสเภณีอีก เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่พึงกระทำ ศาลฎีกาจึงไม่รอการลงโทษให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๔๘/๒๕๓๓ จำเลยเรียกผู้เสียหายไปบ้านจำเลยขณะภรรยาของจำเลยไม่อยู่บ้าน และจำเลยกอดผู้เสียหายในขณะที่นั่งดูโทรทัศน์ที่บ้านของจำเลย การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปบ้านของตนขณะไม่มีคนอยู่บ้านและกระทำการแสดงออกที่ไม่สมควรทางเพศ เช่นนั้น เป็นการบ่งชี้เจตนาให้เห็นตั้งแต่มาเรียกผู้เสียหายไปจากบ้านของผู้เสียหายเพื่อไปบ้านจำเลยซึ่งอยู่ห่างไกล แสดงให้เห็นว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะพาไปเพื่อการไม่สมควรทางเพศ แม้ว่าขณะพาไปมารดาของผู้เสียหายไปทำงานไม่ได้อยู่บ้านก็ตามต้องถือว่าผู้เสียหายอยู่ในความปกครองดูแลของมารดา การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อการอนาจารนั้นเป็นการแยกผู้เยาว์ไปจากอำนาจปกครองของมารดาโดยไม่มีเหตุอันสมควร เป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๗ วรรคสาม

จำเลยเป็นครูมีหน้าที่ที่จะต้องสร้างเยาวชนให้เป็นคนดีมีความสามารถและเป็นอาชีพที่บุคคลทั่วไปให้ความเคารพนับถือ แต่จำเลยกลับกระทำการอันเป็นเรื่องบัดสีต่อนักเรียนที่จะต้องให้การอบรมโดยอาศัยความเกรงกลัวและความเคารพนับถือที่นักเรียนมีต่อครู มาเป็นโอกาสกระทำการจนผู้เสียหายซึ่งอยู่ในวัยที่ต้องเจริญเติบโตต้องมาเสียอนาคตไปกับการกระทำของจำเลย จึงไม่มีเหตุใดๆ ที่จะให้ความปรานีแก่จำเลยได้

คำพิพากษานี้ จำเลยเป็นครูซึ่งมีหน้าที่อบรมสั่งสอนศิษย์ให้เป็นคนดี แต่กลับกระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อศิษย์ของตน ศาลฎีกาจึงไม่รอการลงโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๐๘/๒๕๓๕ การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปจากมารดาและร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย หากจำเลยมีเจตนาที่จะอยู่กับผู้เสียหายฉันสามีภริยาจริง เมื่อผู้เสียหายตั้งครุฑจำเลยก็น่าจะต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูผู้เสียหาย แต่จำเลยกลับปฏิเสธไม่ยอมรับผิดชอบ เมื่อถูกดำเนินคดีจำเลยก็ได้มีความสำนึกในความรับผิดชอบกลับต่อผู้เสียหายถึงผู้เสียหายว่าเคยมีความสัมพันธ์กับชายอื่นมาแล้วถึงสองคนเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายมากขึ้น แม้ขณะเกิดเหตุจำเลยจะอายุ ๑๙ ปีเศษ และไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน แต่จำเลยเรียนหนังสือในระดับชั้นประกาศนียบัตรวิชาชีพ ย่อมจะมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี แต่จำเลยหาได้มีความสำนึกในความผิดของตนไม่ กรณีจึงไม่มีเหตุอันควรปรานี สมควรให้ลงโทษจำคุกจำเลยโดยไม่รอกการลงโทษ

คำพิพากษานี้ จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อร่วมประเวณีจนผู้เสียหายตั้งครุฑ จำเลยก็มิได้รับผิดชอบ ทั้งยังเบี่ยงความเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศของผู้เสียหายกับชายอื่น ทำให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงเสื่อมเสียชื่อเสียง อันเป็นสิ่งที่ชายไม่พึงกระทำ ศาลฎีกาจึงไม่รอกการลงโทษให้จำเลย

๓.๒.๖.๕ กรณีวินิจฉัยว่าสมควรลงโทษจำเลยในสถานหนัก

กรณีจำเลยทำร้ายบุพการี ศาลมีแนวโน้มว่าจะลงโทษหนักกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป และไม่มีเหตุรอกการลงโทษ ทั้งนี้ เพราะตามความเชื่อของไทย และความเชื่อในทางพระพุทธศาสนา บิดามารดาเป็นผู้ที่มีพระคุณต่อบุตรมาก บุตรควรตอบแทนพระคุณ มิใช่กระทำการอันเป็นผลร้ายแก่บิดามารดา โดยเฉพาะการทำร้ายบิดามารดา ถือว่าเป็นบาปหนัก อีกทั้งในประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติให้การทำร้ายบุพการีมีโทษหนักกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป^{๕๐} การที่ศาลพิจารณาลงโทษหนักกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไปจึงเป็นการลงโทษตามกฎหมาย มิใช่ นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นผลร้ายแก่จำเลย อันเป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ แต่ประการใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๒/๒๕๕๖ จำเลยเป็นคนกักขฬะหยาบซ่าเสพสุราเมาแล้วรังแกมารดาของตนเนืองๆมา อำแดงเอมมารดานำอิดหนาระอาใจแลทั้งจำเลยได้เคยรับโทษฐานทำร้ายร่างกายมารดาบ้างคนอื่นบ้างมาหลายครั้ง จนอำแดงเอมมารดาสิ้นหวังในตัวจำเลยจึงคิดจะขายสวนเสีย พออำแดงเอมพูดถึงเรื่องจะขายสวน จำเลยก็ฉวยเอาขามเข้าของอำแดงเอมเททิ้งเสียแลตรงเข้าตบหน้าอำแดงเอม ๑ ที อำแดงเอมล้มลงแล้วจำเลยเอาทัพพีสับหน้าอำแดงเอมถูกขามข้างตาซ้ายมีบาดแผลแตกหลั่งช่องจมูก การที่จำเลยทำร้ายร่างกายมารดาของจำเลยเองนั้นถึงบาดแผลไม่สาหัส ศาลก็ลงโทษหนักกว่าการทำร้ายกันธรรมดาได้

^{๕๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๖ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๙ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๙ (๑) บัญญัติว่า

“ผู้ใด

(๑) ฆ่าบุพการี...

ต้องระวางโทษประหารชีวิต”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๖/๒๕๔๒ จำเลยทำร้ายผู้เสียหายซึ่งเป็นบุพการีของจำเลย นับเป็นการกระทำที่ขาดความยำเกรงเคารพนับถืออย่างยิ่ง ดังนั้น แม้ผู้เสียหายไม่ประสงค์ที่จะเอาโทษจำเลย ก็ไม่เป็นเหตุที่จะรอลงโทษ

๓.๒.๖.๖ กรณีอื่นๆ

ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในส่วนอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความผิด เพื่อพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่

กรณีศาลฎีกาวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๙๐/๒๕๕๕ ศาลวินิจฉัยถึงลักษณะของหญิงไทยที่ควรรักนวลสงวนตัว เมื่อจำเลยตะแคงเนื้อต้องตัวควรหาทางหลีกเลี่ยง มิใช่ปล่อยให้จำเลยกระทำอนาจารเรื่อยมา ศาลจึงยกฟ้องโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๙๐/๒๕๕๕ โจทก์ฟ้องขอให้ศาลลงโทษจำเลยฐานบั้งอาจกอดปล้ำพยายามข่มขืนทำชำเราโจท ศาลเห็นว่า โจทก์เป็นหญิงสาว แต่เป็นผู้รู้สีกการดีแล้วในเชิงสังวาศ ฝ่ายจำเลยเป็นคนค่อนข้างชรา หญิงสาวที่ใจไม่หนักแน่นบางทีก็จะลั้งเล ที่แรกถึงจะยินยอม ทีหลังกลับไม่ยินยอมแลพาโลหาเหตุต่างๆ เรื่องนี้ถ้าโจทก์เป็นหญิงที่น้ำใจหนักแน่นสงวนตัวจริงแล้วจะต้องหาทางหลีกเลี่ยงบอกกล่าวเสียตั้งแต่คืนแรกไม่ควรจะสงบเนื้อความไว้ ปล่อยให้จำเลยเข้าปล้ำปลุกทุกคืนมากครั้งจนนับไม่ถ้วน เป็นแต่เอาพดดีจำเลยบ้าง แลเมื่อจำเลยจับแขนก็นิ่งเฉยเสีย ปล่อยให้จับเล่นตามสบายบ้าง (อันเป็นมารยาทหญิงยั่ววนชักชวนจำเลยซึ่งเป็นชาย) จำเลยไม่ได้ตั้งใจไม่ได้พยายามข่มขืนทำชำเราโจทก์ดูโจทก์กล่าวหา ให้ยกฟ้องโจทก์เสีย

สำหรับความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๗^{๕๑} ซึ่งสังคมไทยเป็นสังคมที่เคร่งครัดในเรื่องนี้มาก แม้จะไม่มีบทนิยามเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร แต่ศาลฎีกาพิจารณาเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารโดยตีความจากบริบทของสังคมไทย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๑๐/๒๕๓๑ ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปร่งตามีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือ

^{๕๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๗ บัญญัติว่า

“ผู้ใด

(๑) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(๒) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(๓) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จับหูโทรศัพท์ที่กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีแหคคุมตัวมือข้างหนึ่งกุ่มนมอีกข้างหนึ่งกุ่มอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนม ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะ ที่แสดงถึงส่วนลึกลับความสมบูรณ์ของร่างกาย ข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๐๑/๒๕๓๓ ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมีนเห็น ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่งก้นถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกับภาพในอิริยาบถนอนดังกล่าว จึงเป็นภาพที่มีเจตนาอวดอวัยวะเพศให้บังเกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๗ (๑)

๓.๓ กรณีที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

ในบางคดี แม้จะมีการกล่าวอ้างถึงจารีตประเพณี วัฒนธรรม หรือความเชื่อของจำเลย แต่ศาลฎีกากลับไม่นำปัจจัยเหล่านี้มาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยความผิดและโทษของจำเลย ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยไปตามตัวบทกฎหมายเท่านั้นว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ หรือควรได้รับโทษเพียงใด ตัวอย่างที่ศาลฎีกาไม่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาปรากฏในหลายฐานความผิด ได้แก่

(๑) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน

(๒) ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

(๓) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

โดยมีรายละเอียดในแต่ละฐานความผิด ดังนี้

(๑) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๒๙ บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ ให้ทางสาธารณ ประตุน้ำ ทำนบ เขื่อน อันเป็นส่วนหนึ่งของทางสาธารณ หรือที่ขึ้นลงของอากาศยาน อยู่ใน

ลักษณะอันน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่การจราจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๔๖๒ ทำฝ่ายกันลำแม่น้ำ ซึ่งเปนทางเดิรเรือ ถึงแม้จะเว้นช่องทางเรือไว้บ้าง ก็ยังเปนความผิดตามประมวลอาญา มาตรา ๓๓๖ ข้อ ๒ แลไม่ใช่ผิดตามมาตรา ๓๓๕ ข้อ ๑๐ ฎมาตรา ๓๓๖ ข้อ ๑

ประเพณีที่จะยกขึ้นวินิจฉัยรรถคดีได้ต้องเปนประเพณีที่มีมานาน เปนประเพณีที่สมควร มีกำหนดแน่นอน และมีได้มีประกาศพระราชบัญญัติยกเลิกกฏขัดกับประเพณีนั้น

ประเพณีที่ยอมให้ปิดทางน้ำ ตัดอำนาจความชอบธรรมของมหาชนในการเดิรเรือ ไม่เรียกว่าสมควร แลเปนประเพณีที่ขัดกับประมวลอาญา จะยกขึ้นอ้างใช้ในเวลานี้ไม่ได้

การทำฝ่ายเปนประโยชน์แก่ชนหมู่ ๑ คือคนที่ทำนา แต่เปนที่เสียหายตัดอำนาจอันชอบธรรมของชนอีกหมู่ ๑ คือคนที่เดิรเรือ จะยกประโยชน์นั้นเปนข้อแก้ตัวนั้นไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๔๖๖ ปลุกสพานแลร้านตากปลาลงในทะเลกีดขวางทางสัญจรไปมาของมหาชน (ทางหลวง) มีความผิดตามประมวลอาญา มาตรา ๓๓๖ (๒)

ชายทะเลอันเปนทางสัญจรสำหรับมหาชนนั้นเปนทางหลวง

ประเพณีที่จะยกขึ้นอ้างในรรถคดีได้ ต้องเปนประเพณีที่ไม่ขัดกับกฎหมาย

ทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๔๖๒ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๔๖๖ จำเลยอ้างประเพณีในการปิดทางน้ำและสร้างสิ่งปลูกสร้างกีดขวางทางสัญจร แต่ศาลฎีกาไม่ยอมรับ กล่าวคือ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๔๖๒ จำเลยทำฝ่ายกันลำแม่น้ำปิงเพื่อขุดเหมืองรับน้ำเข้านาของราษฎร โดยเก็บผลประโยชน์จากราษฎร แต่กีดขวางทางสัญจรของประชาชนทั่วไป จำเลยต่อสู้ว่า การกั้นฝ่ายในลำแม่น้ำปิงเพื่อประโยชน์แห่งการทำนาเปนประเพณีของมณฑลพายัพที่เคยทำกันมา ศาลวินิจฉัยว่า เดิมมีเพียงการทำฝ่ายโดยราษฎรช่วยกัน เพื่อประโยชน์แก่ราษฎรนั่นเอง การทำฝ่ายเป็นส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ของส่วนตัวเพ็งมีไม่นาน การปิดทางน้ำตัดอำนาจมหาชนในการสัญจรก็ไม่ใช่ประเพณีอันสมควร ประเพณีที่ยกขึ้นก็เลื่อนลอย ทั้งประเพณีนี้ขัดต่อกฎหมายอาญา จำเลยจึงนำมากล่าวอ้างมิได้ ส่วนในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๔๖๖ จำเลยปลูกสพานและร้านตากปลาในที่เลนชายทะเล กีดขวางทางเรือ จำเลยต่อสู้ว่า การต่อสพานออกไปในทะเลเปนประเพณีของชาวบางปลาสร้อยที่หาเลี้ยงชีพในทางจับสัตว์น้ำเคยทำกันมาหลายชั่วคน ศาลวินิจฉัยว่า ประเพณีนี้ขัดต่อกฎหมายอาญา จำเลยกล่าวอ้างมิได้ แสดงว่าทั้งสองคดี ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีซึ่งขัดต่อกฎหมายและสร้างความเดือดร้อนให้แก่คนหมู่มาก

(๒) ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๗๑/๒๕๔๗ จำเลยอุทธรณ์ที่เป็นภรรยาจำเลยโดยไม่จดทะเบียนตามกฎหมายให้กลับไปอยู่กินด้วยกัน ลุงของหญิงห้าม จำเลยไม่ฟังจึงตบหน้าจำเลย ๑ ที ชก ๑ ที จำเลยแทงด้วยตะไบที่ท้อง ตายในวันนั้นเองเป็นความผิดตาม มาตรา ๒๕๔ และไม่มีเหตุลดโทษฐานยั่วโทษ

ศาลฎีกาเห็นว่าผู้ตายมิใช่เป็นผู้ก่อเรื่องขึ้นก่อนเลย จำเลยต่างหากที่เป็นผู้บังอาจก่อการร้ายมาแต่ต้นไม่มีสิทธิอันใดที่จะมาอุทธรณ์บังคับขู่เข็ญ ทำตัวเป็นเจ้าของร่างกายและชีวิตของนาง ท. นอกเหนือกฎหมาย ถึงเป็นเมียถูกต้องตามกฎหมายก็ยังมีสิทธิอันใดจะกดขี่ข่มเหงให้เสื่อมเสียอิสระเสรีภาพของมนุษย์ชนได้เช่นนั้น นี่ก็ไม่ใช่เมีย ไม่ใช่หัวหน้าในครอบครัวของนางทิพย์แล้ว แต่กลับไปใช้อำนาจนอกกฎหมายกดขี่ข่มเหงอย่างทารุณโหดร้าย เข้าจับอุทธรณ์ขู่เข็ญโดยผลการจะให้นาง ท. ไปอยู่กินกับจำเลยอีกให้จนได้ หากขัดขึ้นก็พร้อมที่จะทำลายชีวิตเสีย วาจาและอาวุธเหล็กตะไบแหลมที่ถือพร้อมด้วยกิริยาอาการเอาจริงเอาจังโดยมีฤทธิสุราเข้าช่วยสมทบ แสดงว่าพร้อมที่จะเอาชีวิต นอกจากนางทิพย์จะยอมเสียอิสระเสรียอมไปอยู่กินกับจำเลยอย่างเดิวก่อนนั้น จึงจะปลอดภัย ในสถานการณ์คับขันแก่หลานของตนถึงปานดังนี้แล้ว จะโทษผู้ตายอย่างไรในการที่เข้าห้ามปรามอันเป็นลักษณะเข้าป้องกันชีวิตภยันตรายของนาง ท. ผู้หลานไว้ด้วยสันติวิธีหากแต่จำเลยดุดื้อถึงขนาดไม่ยอมฟังเสียงอะไรทั้งนั้น พุตรรวนทำทลายลงท่ายผู้ตายก็ต้องเสียชีวิตไปแทนนาง ท. ด้วยการกระทำของจำเลยนั่นเอง

คำพิพากษานี้ แม้จำเลยจะสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจพาราภัยกลับไปอยู่ร่วมกัน แต่จำเลยกระทำการโดยทารุณโหดร้ายและใช้อาวุธ ศาลฎีกาจึงไม่ยอมรับความสำคัญผิดเช่นนั้นของจำเลย ทั้งไม่ถือว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทษด้วย

กรณีที่จำเลยทำร้ายสามีหรือภรรยาของตนกับหญิงหรือชายอื่น มิใช่ในขณะที่ร่วมประเวณีกันและยังไม่ถึงขนาดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ศาลฎีกาไม่ถือว่าเป็นการป้องกันหรือกระทำโดยบันดาลโทษเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘/๒๕๖๑ ภรรยาตามชายชู้ไป ผัวไปพูดจาว่ากล่าวภรรยาไม่ยอมกลับ ครั้นผัวพบชายชู้เข้า เอามีดแทงชู้ตายดังนี้ ผัวจะอ้างว่าได้กระทำเพื่อป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ฤจะเรียกว่าจำเลยกระทำโดยบันดาลโทษขึ้นในขณะนั้นหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๒/๒๕๗๔ จำเลยฆ่าผู้ที่นั่งเกี่ยวภรรยาของตนสองต่อสองในเวลาค่ำคืนแต่ไม่ใช่ที่ลับ ไม่เรียกว่าจำเลยทำโดยป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงหรือโดยถูกยั่วโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๘๑/๒๕๐๘ ผู้เสียหายได้เคยซื้อของกินจากหญิงซึ่งเคยได้เสียกับจำเลย โดยที่ผู้เสียหายไม่รู้มาก่อน และเคยพูดจาเกี่ยวพาราสีหญิงนั้น คืนเกิดเหตุ จำเลยรู้เรื่องจากคำบอกเล่าของหญิงนั้นว่าผู้เสียหายยังพูดจาเกี่ยวพาราสีเพื่อจะติดพันหญิงนั้นอยู่อีก จำเลยต่อว่าผู้เสียหาย ผู้เสียหายปฏิเสธ จำเลยก็ใช้มีดฟันผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายมิได้กอดปล้ำหญิงนั้น การ

กระทำของจำเลยมิใช่เป็นเรื่องป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๖๘ และจำเลยจะอ้างว่าได้กระทำผิดโดยบันดาลโทสะตามมาตรา ๗๒ ก็ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๗๔/๒๕๒๙ จำเลยกับผู้ตายเป็นสามีภรรยาด้วยกันมาประมาณ ๗ ปี มีบุตรด้วยกัน ๓ คนและมีปากเสียงทะเลาะกันเสมอๆ ขณะก่อนเกิดเหตุจำเลยกับผู้ตายก็มีปากเสียงทะเลาะกันอีก การที่ผู้ตายบ่นว่ากล่าวหาจำเลยพาชายชู้มานอนที่เตียงนอนและไล่จำเลยออกจากบ้าน ทั้งขู่ฆ่าหากจำเลยไม่ไปจากบ้านจะฆ่าจำเลยนั้น ก็เป็นเรื่องสามีภรรยาเป็นปากเสียงทะเลาะกันตามปกติที่เคยเป็นมา จะถือว่าจำเลยถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมดาได้ไม่ จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย จึงมิใช่เหตุบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๑๔/๒๕๔๘ วันเกิดเหตุตอนเช้า จำเลยไปขอคืนดีกับ ภ. ภรรยา แต่ ภ. ไม่ยอม ต่อมาเวลาประมาณ ๑๒ นาฬิกา จำเลยไปหาผู้ตายที่บริษัทที่เกิดเหตุ โดยพกพามีดปลายแหลมติดตัวไปด้วย จำเลยถามผู้ตายว่า “มีงเล่นชู้กับเมียกูทำไม” ผู้ตายตอบว่า “มีงไม่มีน้ำยา กูเลยเล่น” ทำให้จำเลยโมโหจึงชักมีดออกมาเกิดต่อสู้กันและจำเลยใช้มีดแทงผู้ตาย แม้ข้อเท็จจริงจะรับฟังได้ว่าผู้ตายได้พูดถ้อยคำดังกล่าวจริง แต่จำเลยเป็นฝ่ายไปหาผู้ตายที่ทำงานของผู้ตาย และจำเลยเป็นฝ่ายถามผู้ตายถึงเรื่องชู้สาวขึ้นก่อน มิใช่ว่าผู้ตายเป็นฝ่ายก่อเหตุ ที่ผู้ตายพูดว่ามีงไม่มีน้ำยา กูเลยเล่นนั้น ก็เป็นการที่ผู้ตายพูดตอบจำเลย แม้จะพูดในทำนองยั่วยุ แต่ไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างรุนแรง ทั้งไม่ปรากฏว่าผู้ตายได้พูดต่อหน้าผู้อื่นที่จะทำให้จำเลยได้รับความอับอายขายหน้าผู้อื่น จึงไม่น่าทำให้จำเลยเกิดโทสะถึงกับต้องฆ่าผู้ตาย ตามรูปการมูลเหตุที่จูงใจให้จำเลยกระทำความผิดน่าจะเกิดจากความเจ็บแค้นใจที่มีอยู่เดิม เช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยฆ่าผู้ตายโดยบันดาลโทสะ

นอกจากนี้ หากจำเลยทำร้ายผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางประเวณีกับบุคคลอื่นที่มีใช้สามีหรือภรรยาของตน เช่น น้องสะใภ้ ไม่ถือเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๖/๒๕๗๑ จำเลยทำร้ายชายผู้กระทำชู้ด้วยน้องสะใภ้ จำเลยในขณะที่นอนอยู่ด้วยกัน วินิจฉัยว่าไม่เป็นการป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงตามกฎหมาย ต้องมีโทษ

กรณีจำเลยเชื่อว่าเขามีวิชาอาคม อยู่คง จึงลองวิชาโดยฟันแทง แต่ผู้ถูกทำร้ายได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ซึ่งสมัยก่อน มีวิชาอาคมมากมาย รวมทั้งการปลุกเสกเพื่อการอยู่ยงคงกระพัน การสักลงยันต์ ทำให้ยิงไม่เข้า ยิงไม่ออก หรือไม่ถูก ศัตรูทำร้ายไม่ได้ เป็นที่นิยมมากในสมัยก่อน ปัจจุบันลดลงไปมากแล้ว คงมีอยู่เป็นสำนักอาจารย์ชื่อดังตามภูมิภาค^{๕๒} อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่ยอมรับความเชื่อนี้ เพราะเป็นเพียงความเชื่อของจำเลยเอง แม้ผู้ตายยินยอมให้ลองวิชา จำเลยก็ไม่สามารถอ้างเหตุนี้ทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้

^{๕๒} สุวรรณ สถาอาพันธ์ และเนื่องน้อย บุญเนตร, คำว่า: ร่องรอยความคิดความเชื่อไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๒), หน้า ๑๐๒.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๙๐/๒๕๖๐ การใช้ศัตรารัฐพันเขาเพื่อลองว่าจะอยู่คงกระพันถนัดนั้น หาเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นอาญาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๘/๒๕๗๔ จำเลยใช้มีดแทงผู้ที่อวดอ้างว่าอยู่คงตายด้วยความยินยอมของผู้นั้น และโดยเชื่อว่าอยู่คงจริง แต่มิได้ตั้งใจแทงตรงที่สำคัญ ดังนี้ ทานว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาตามมาตรา ๒๕๑

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔/๒๕๗๖ จำเลยและผู้ตายต่างมีเครื่องรางของอาจารย์ซึ่งได้เคยทดลองความศักดิ์สิทธิ์ในการอยู่ปีนมาแล้ว ในวันเกิดเหตุผู้ตายชวนให้จำเลยลองยิงอีก จำเลยมีความเชื่อมั่นในเครื่องราง จึงได้ยิงถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยแก้ว่าไม่ได้เจตนาจะฆ่า

ศาลฎีกาตัดสินว่า ความเชื่อของจำเลยในเรื่องอยู่คงนั้น ปราศจากเหตุผล ยกเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามประมวลอาชญา มาตรา ๒๕๙^{๕๓}

ความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาอีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีที่จำเลยรักษาคนไข้โดยใช้วิธีใช้หายใจ โดยเฉพาะเชื่อว่าคนไข้ถูกผีสิง ซึ่งโดยปกติแล้ว ชาวบ้านจะโยงความผิดปกติในชีวิตเข้ากับความเชื่อเรื่องผี อาการคนไข้ที่ผิดปกติน่าจะเกิดจากผีหรือผีทำ^{๕๔} จึงมีการรักษาโดยขอขมา หรือหาวิธีไล่ให้ออก การโบยตีก็เป็นอีกวิธีหนึ่งในการไล่ผี อย่างไรก็ตาม หากการโบยตีนั้นทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ศาลฎีกาลงโทษตามกฎหมาย มิได้นำความเชื่อของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วย และกลับถือว่าเป็นการทารุณโหดร้ายและลงโทษจำเลยหนัก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔/๒๕๕๖ จำเลยเป็นหมอรักษาไข้อำแดงบุญมา จำเลยว่ามีผีสิงจึงเอาหาวยตีอำแดงบุญมาหลายสิบทีจนเนื้อแตกโลหิตไหล อำแดงบุญมามีครรภ์แก่ได้แท้งลูกขาดใจตายในคืนนั้นเอง เป็นการทำให้เขาตายโดยอาชรัยศีลพัตหลงผิดถือด้วยความโง่เขลา มีโทษฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ไม่ควรแก้ที่จะได้ปราณียลดหย่อนโทษ ให้จำคุกจำเลยตามมาตรา ๒๕๑ มีกำหนด ๗ ปี เพื่อกำราบการทารุณร้ายกาจแลหลงเชื่อในสิ่งที่หาจริงมิได้นั้น

(๓) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๔/๒๕๒๖ จำเลยกับผู้เสียหายอยู่กินด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสเพียง ๒ เดือนก็เลิกกัน ต่อมาจำเลยฟ้องเรียกเอาค่าสินสอดคืนจากฝ่ายผู้เสียหาย ศาลพิพากษายกฟ้อง แสดงว่าจำเลยได้แสดงเจตนาเลิกกับผู้เสียหายโดยเด็ดขาดแล้ว ผู้เสียหายหาไม่มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากับจำเลยอีกต่อไปไม่ ผู้เสียหายซึ่งรถจักรยานยนต์มีคนนั่งซ้อนท้ายมาด้วย จำเลยเข้ามาขวางกระชากแขนผู้เสียหายลงจากรถ เข้ากอดปล้ำและพยายามฉุดให้ไปกับจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๘

^{๕๓} มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๕/๒๕๖๓, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๙/๒๕๖๔ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๐๑/๒๕๗๓ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน.

^{๕๔} สุวรรณ สภาอนันท์ และเนื่องน้อย บุญเนตร, คำ: ร่องรอยความคิดความเชื่อไทย, หน้า ๗๓.

จำเลยเรียกให้เปิดประตูรั้ว ผู้เสียหายไม่ยอมเปิด จำเลยซึ่งเล็กร้างกับผู้เสียหายไปแล้ว จึงไม่มีสิทธิผลักประตูรั้วเข้าไปในบ้านผู้เสียหายโดยพลการ เมื่อเข้าไปโดยไม่มีเหตุสมควรและพูดจาข่มขู่ผู้เสียหายด้วยตามพฤติการณ์ที่จำเลยอุทธรณ์และกอดบไล้ผู้เสียหายและยังตามมารบกวนข่มขู่ถึงบ้าน โดยมีอาวุธปืน จึงมีความผิดตามมาตรา ๓๖๕ (๒) อีกกระทงหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๙๑/๒๕๔๕ ตามบันทึกการหย่าในเรื่องทรัพย์สินระบุ ว่า บ้านที่เกิดเหตุพร้อมที่ดินที่มีชื่อร่วมกัน จำเลยยอมยกให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้เสียหายเพียงผู้เดียว จำเลยจึงยอมรู้แก่ใจดีว่าบ้านเกิดเหตุพร้อมที่ดินเป็นของผู้เสียหายไปแล้ว จำเลยหาสิทธิกระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบ้านดังกล่าวไม่ การที่จำเลยตะโกนเรียกให้ผู้เสียหายเปิดประตูรับจำเลยในยามวิกาลทั้งที่ความสัมพันธ์อันสามิภริยาระหว่างผู้เสียหายกับจำเลยหมดสิ้นไปแล้ว แต่ผู้เสียหายไม่ยอมเปิดประตู จำเลยจึงขึ้นไปชั้นบนของบ้านแล้วใช้ขวานทุบและฟันลูกบิดประตูห้องนอนของผู้เสียหายจนชำรุดใช้การไม่ได้ และยังใช้มีดฟันวงกบและจัดบานประตูไม้ชั้นล่างและกลอนประตูจนหลุด จึงเป็นการกระทำโดยเจตนาทำลายวงกบบานประตู กลอนและลูกบิดประตูเพื่อให้จำเลยผ่านเข้าไปในบ้านและห้องนอนของผู้เสียหายได้ ความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากการกระทำโดยรู้สำนึกและประสงค์ต่อผลตามเจตนาของจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

คำพิพากษาทั้งสองเรื่องนี้ เป็นกรณีที่จำเลยซึ่งเล็กร้างกับผู้เสียหายไปแล้ว กลับมากระทำอนาจารและบุกรุก ศาลฎีกาไม่ยอมรับว่าจำเลยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ อาจเป็นเพราะจำเลยกับผู้เสียหายเล็กร้างกันโดยเด็ดขาดแล้ว ไม่มีเหตุใดให้จำเลยสำคัญผิดอีก

๓.๔ วิเคราะห์ขอบเขตของศาลฎีกาในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

ในการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่าศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเพียงบางประเภทเท่านั้น และมีการนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำในด้านต่างๆ ได้แก่

๑. ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๕๖๒ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๕๖๖ จำเลยสร้างสิ่งกีดขวางทางสัญจรและทางน้ำ ทำให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ทางสัญจรไม่ได้ จำเลยไม่อาจอ้างว่ามีจารีตประเพณีให้ตนกระทำเช่นนั้นได้ เพราะจารีตประเพณีที่จะยกขึ้นอ้างได้นั้นต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน เป็นประเพณีที่สมควร มีกำหนดแน่นอน และไม่มิกฎหมายยกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น รวมทั้งต้องไม่ขัดกับกฎหมายอาญาด้วย แต่จารีตประเพณีที่จำเลยอ้างขัดกับกฎหมายอาญาจึงไม่อาจยกขึ้นอ้างเพื่อยกเว้นกฎหมายอาญาได้

๒. ความผิดเกี่ยวกับเพศ

คดีความผิดเกี่ยวกับเพศหมายความถึง การข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำอนาจาร การแตะเนื้อต้องตัวในฐานะคนรู้จักชอบพอกันมาก่อน และเพื่อหยอกเย้าเท่านั้น ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาอนาจาร หรือการฉุดคร่าหญิงซึ่งเป็นคนรักหรือภริยาโดยเข้าใจว่าตนมีอำนาจกระทำได้ เป็นการกระทำโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดเช่นกัน เพราะสังคมไทยให้สามีมีอำนาจเหนือภรรยา สามีจึงเข้าใจว่าตนมีอำนาจร่วมประเวณีกับภรรยา แม้การกระทำนั้นจะเป็นการขืนใจภรรยาก็ตาม แต่หากการฉุดคร่าหญิงได้กระทำโดยใช้กำลังรุนแรง หรือไม่มีเหตุที่จะทำให้ชายสำคัญผิดอีก ศาลจะไม่ยอมรับความสำคัญผิดดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หากหญิงปล่อยให้อำนาจกระทำอนาจารเรื่อยมา โดยไม่ยอมปิดป้องศาลถือว่าจำเลยไม่มีความผิด หรือกรณีการตีความเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร เมื่อสังคมไทยเป็นสังคมค่อนข้างอนุรักษ์นิยม ศาลจึงตีความเกี่ยวกับประเด็นนี้โดยพิจารณาจากสภาพของสังคมไทยด้วย

อนึ่ง น่าสังเกตว่า ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ศาลฎีกาถือว่าเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาจึงเป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดมาก ไม่ว่าจะเป็นกรณีขาดเจตนาในการกระทำความผิด หรือกรณีผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจกระทำได้

๓. ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

ความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายที่ศาลฎีกาพิจารณาจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมากคือ กรณีที่สามีหรือภริยาฆ่าหรือทำร้ายอีกฝ่าย รวมถึงผู้มีความสัมพันธ์กับสามีหรือภริยาในทางชู้สาว แบ่งพิจารณาได้ว่า หากเป็นสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และพบอีกฝ่ายกำลังร่วมประเวณีกับบุคคลอื่น สามีหรือภริยาจึงทำร้าย ถือเป็นการป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงของตน ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่หากพบเห็นในเวลาอื่น อาจถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมดา ส่วนสามีหรือภริยาที่มีชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะพบเห็นในเวลาใด ผู้กระทำย่อมอ้างได้เพียงเหตุบันดาลโทสะเท่านั้น เพราะไม่มีสิทธิในฐานะสามีภริยาที่จะอ้างว่าเป็นการป้องกันได้ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่มีเหตุที่จะทำให้เกิดบันดาลโทสะ ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดตามการกระทำของตน

ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาอาจนำมาวินิจฉัยในอีกหลายกรณี เช่น สามีไม่มีอำนาจข่มขืนภริยาได้ หากภริยากระทำการตอบโต้ยอมเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่หากสามีทำร้ายภริยา ภริยาอาจกระทำการโต้ตอบโดยอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ ต้องมิใช่การทะเลาะกันตามปกติระหว่างสามีภริยา รวมถึงกรณีที่หญิงถูกหญิงอื่นแย่งสามี ย่อมคับแค้นใจ หรือหญิงมีความสัมพันธ์กับชายจนตั้งครรภ์ แต่ชายไม่ยอมรับและดูถูกเหยียดหยาม จึงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ บางครั้ง ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาทำให้ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีเจตนาฆ่า หรือไม่มีความผิดตามบทพรรณ

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรอาจนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๙๘/๒๕๑๒ มีผู้มาลวนลามบุตรสาวของจำเลย จำเลยจึงปกป้องศักดิ์ศรีของบุตรสาวโดยแทงผู้ลวนลามนั้นเพื่อให้ปล่อยบุตรสาวของตนและเพื่อป้องกันตนเองด้วย ศาลถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิด แต่หากบิดาทำร้ายชายที่ลักลอบมาหาบุตรสาวที่บ้าน เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ มิใช่การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๘๗/๒๕๑๑ แม้บิดามีอำนาจกล่าวสั่งสอนบุตร แต่หากใช้สิทธิความเป็นบิดาเกินควร บุตรอาจตอบโต้โดยอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะได้

ความสัมพันธ์ในระหว่างเครือญาติก็อาจนำมาพิจารณาได้เช่นเดียวกัน เช่น ญาติผู้ใหญ่มีอำนาจกล่าวตักเตือนบุตรหลานได้ แต่หากบุตรหลานไม่เชื่อฟังและแสดงกิริยาไม่สมควร ญาติผู้ใหญ่ก็ไม่มีอำนาจกระทำการโต้ตอบโดยอ้างเหตุบันดาลโทสะได้

กรณีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจครูอาจารย์ตักเตือนนักเรียนพอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นจารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมานานจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่นักกฎหมายไทยยอมรับ

นอกจากนี้ กรณีการฆ่าคนเพราะมีความเชื่อว่าเป็นผีปอบนั้น ศาลฎีกาพิจารณาเพียงผู้กระทำไม่มีความผิดฐานกระทำโดยทารุณโหดร้ายเท่านั้น แต่ยังมีความผิดฐานฆ่าอยู่ แต่หากเป็นการฆ่าคนเพราะเข้าใจว่าเขาอยู่คง หรือเป็นการรักษาผู้ป่วยที่ถูกผีเข้า ศาลฎีกาไม่รับข้ออ้างของจำเลย

กรณีการหยอกล้อระหว่างคนใกล้ชิด หรือยิงปืนตดเพลิงตามประเพณี และทำให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ศาลถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่โดยเจตนา

ในการพิพากษาลงโทษก็เช่นเดียวกัน ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าสมควรรอกการลงโทษให้จำเลยหรือไม่ หรือกรณีผู้สืบสันดานทำร้ายผู้บุพการี แม้ไม่มีกฎหมายให้ลงโทษหนักขึ้น แต่ศาลฎีกามักลงโทษหนักกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป

ดังนั้น ในคดีความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่หลากหลายมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา และทำให้มีผลเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดในมุมที่แตกต่างกัน

๔. ความผิดต่อเสรีภาพ

คดีความผิดต่อเสรีภาพโดยเฉพาะความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เมื่อจำเลยพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่เด็กหรือผู้เยาว์นั้น แต่การที่ศาลฎีกาจะแปลความว่าจำเลยมีเจตนาพิเศษ “เพื่อการอนาจาร” หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยมีภรรยาอยู่แล้วหรือไม่ และมีความตั้งใจที่จะเลี้ยงดูอยู่กับฉันสามีภริยากับเด็กหรือผู้เยาว์นั้นหรือไม่ หากจำเลยไม่มีภรรยาและตั้งใจเลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์ในฐานะภรรยา ย่อมมิใช่การพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แต่หากจำเลยมีภรรยาอยู่แล้ว ไม่อยู่ในฐานะที่จะเลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์ใน

ฐานะภรรยาได้ ย่อมเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ทั้งนี้ ศาลฎีกาอาจจะเห็นว่า กรณีที่จำเลยตั้งใจอยู่กินฉันสามีภริยากับเด็กหรือผู้เยาว์ เด็กหรือผู้เยาว์นั้นมิได้รับความเสียหายมากเท่ากับกรณีที่จำเลยไม่ประสงค์จะอยู่กินกับเด็กหรือผู้เยาว์ ศาลจึงแปลความในทำนองเป็นการพรากเพื่อการอนาจาร เพื่อคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ที่ถูกพราก

นอกจากนี้ การพรากเด็กหรือผู้เยาว์บางกรณีมีเหตุอันสมควร ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๘/๒๕๑๗ บิดาพรากบุตรนอกสมรสไปจากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา แม้บิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ แต่มีหน้าที่ในทางศีลธรรมในฐานะที่ตนเป็นบิดา การพาตัวผู้เยาว์ไปจากมารดาเพื่ออุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา จึงเป็นการกระทำที่มีเหตุอันสมควร บิดาไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์

สำหรับการรอลงโทษจำเลยที่กระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ หากผู้กระทำเป็นครูกระทำต่อศิษย์ ศาลไม่รอลงโทษให้ หรือจำเลยไม่ยอมรับผิดชอบเลี้ยงดูผู้เยาว์เมื่อพรากไปแล้ว ทั้งเบิกความต่อสู้คดีในทางที่สร้างความเสื่อมเสียให้ผู้เยาว์ ไม่สมควรรอลงโทษให้เช่นกัน

๕. ความผิดฐานหมิ่นประมาท

การหมิ่นประมาทเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง^{๕๕} แต่การกล่าวถ้อยคำบางประการ ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นความเข้าใจของจำเลยตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนว่าการพูดเช่นนั้นไม่มีความผิด หรือไม่มีโทษ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๑๕/๒๕๔๓ จำเลยกล่าวว่าโจทก์เจ้าชู้ ซึ่งตามความรู้สึกของคนทั่วไปหรือสังคม ไม่เป็นการใส่ความโจทก์ เพราะสังคมไทยไม่เห็นว่ายายได้รับความเสียหายอย่างใดจากการกล่าวถ้อยคำเช่นนั้น หรือบางกรณีผู้กระทำไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ เช่น กล่าวถ้อยคำต่อว่าพระสงฆ์ซึ่งมีวัตรปฏิบัติที่ไม่พึงปฏิบัติ ผู้กระทำมีเจตนาอ้างไว้ซึ่งพระพุทธศาสนา หรือกล่าวต่อว่าผู้ที่มายุ่งเกี่ยวกับสามีหรือภริยาของตนในทางชู้สาว ผู้กระทำมีเจตนาปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีของตน ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด หรือไม่ต้องรับโทษแล้วแต่กรณี

๖. ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

การเอาทรัพย์ไปโดยถือวิสาสะระหว่างเพื่อนฝูงหรือเครือญาติ โดยสังคมไทยมีลักษณะถ้อยที่ถ้อยอาศัยอยู่แล้ว การหยิบทรัพย์ระหว่างกันโดยมิได้แจ้งล่วงหน้าเป็นเรื่องปกติเสมือนว่าเจ้าของทรัพย์อนุญาตโดยปริยาย จึงถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานลักทรัพย์ หรือกรณีนำทรัพย์ไปเพราะวัตถุประสงค์อื่น เช่น ให้นำไปรักษาพยาบาลผู้อยู่ในอุปการะ หรือเพื่อกันมิให้บุคคลในครอบครัวนำไปใช้โดยมิชอบ ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาทุจริตเช่นกัน

^{๕๕} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖.

หากเป็นกรณีนักเรียนชิงหรือปล้นทรัพย์สินนักเรียนอีกสถาบันหนึ่ง เพื่อแสดงอำนาจบาตรใหญ่ ศาลฎีกาก็ถือว่าไม่มีเจตนาต่อทรัพย์สิน แต่เป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น

ในกรณีวินิจฉัยว่าสมควรรอกการลงโทษแก่จำเลยหรือไม่ ถ้าจำเลยลักทรัพย์ญาติซึ่งตกระกำลำบาก ศาลจะไม่รอกการลงโทษให้จำเลย

๗. ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ที่วินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการพนันมักจะพิเคราะห์เพียงว่าการเล่นพนันของจำเลยต้องด้วยลักษณะของการพนันประเภทใด มีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๑/๒๔๗๖ ที่พิเคราะห์ไปถึงเจตนาของผู้เล่นพนันว่า เป็นการเล่นพนันเพื่อหาผู้เลี้ยงกาแพในระหว่างเพื่อนฝูงด้วยกัน ซึ่งในหมู่มิตรสหายอาจมีการเล่นรื่นเริงกันได้ การพนันเช่นนี้ย่อมเป็นไปเพื่อความสนุกสนานเท่านั้น หาใช่เป็นการพนันเพื่อเอาทรัพย์สินกันไม่ ศาลฎีกาจึงถือว่า การละเล่นในระหว่างมิตรสหายอันเป็นประเพณีปฏิบัติของชนทุกหมู่เหล่า นั้น ผู้กระทำไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการพนัน เป็นการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิด

๓.๕ บทสรุป

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้พิจารณาความรับผิดทางอาญานั้น ศาลฎีกามีการใช้ที่หลากหลาย ไม่ว่าจะถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิด ไม่มีเจตนาพิเศษ การกระทำไม่เป็นความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง รวมถึงลดฐานความผิด เป็นต้น แต่บางครั้ง เมื่อศาลพิจารณาถึงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำผิดแล้ว ศาลนำมาเป็นเหตุผลที่จะไม่รอกการลงโทษ หรือลงโทษให้หนักขึ้นกว่ามาตรฐานการลงโทษตามปกติ ซึ่งมักเป็นกรณีที่กระทบต่อความเชื่อดั้งเดิมของสังคมไทย เช่น การเคาะพนันบื้อบุพการี

สำหรับฐานความผิดที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการพิจารณาพิพากษานั้น มักเป็นความผิดทั่วไปหรือความผิดในตัวเอง คือเป็นความผิดตามสำนึกในศีลธรรมของวิญญูชน เช่น ความผิดต่อชีวิตร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมถึงความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้นเป็นความผิดด้วย

อนึ่ง การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของศาลฎีกานั้น เป็นเพียงกรณีนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยมาใช้ แต่จากการศึกษา ไม่พบกรณีที่คนต่างชาติหรือคนพื้นเมืองอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนในศาลไทย ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากศาลต่างประเทศ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ การที่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไปใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเช่นนี้ เพียงพอแล้วหรือไม่ สมควรที่จะพิจารณาหลักเกณฑ์และแนวคิดของศาลต่างประเทศประกอบด้วย

บทที่ ๔

แนวคิดของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัย

ความรับผิดทางอาญา

๔.๑ บทนำ

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น มิได้มีแต่เฉพาะในศาลไทยเท่านั้น ศาลต่างประเทศใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดและของสังคมเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาความรับผิดและโทษทางอาญาด้วย โดยเฉพาะในประเทศที่มีประชากรมาจากหลากหลายวัฒนธรรม บทนี้จึงเป็นการศึกษาแนวคิดของศาลต่างประเทศทั้งในระบบ Common Law และ Civil Law ว่า ศาลมีแนวคิดในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้วินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในฐานความผิดใดบ้าง และใช้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดในระดับใด โดยเริ่มศึกษาจากหัวข้อ ๔.๒ ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งจะศึกษาแนวคิดของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา และศาลประเทศแคนาดา ทั้งสองประเทศจะมีแนวคิดในเรื่อง Cultural defense เน้นการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนต่างชาติ หรือคนพื้นเมือง ส่วนในหัวข้อ ๔.๓ ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law จะศึกษาแนวคิดของศาลประเทศเยอรมนี และศาลประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาบ้าง แต่มักจะใช้ในกรอบของกฎหมาย ทั้งนี้ การศึกษาแนวคิดของศาลประเทศต่างๆ นั้น จะพิจารณาตั้งแต่แนวคิดของศาลในเรื่องนี้ ตัวอย่างคดีของศาลนั้น ตลอดจนบทวิเคราะห์ของแต่ละศาล

จากนั้น ในหัวข้อ ๔.๔ จะวิเคราะห์แนวคิดและขอบเขตของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ซึ่งจะเป็นบทวิเคราะห์โดยรวมของประเทศที่ยกมาเป็นกรณีศึกษา อาจกล่าวได้ว่าบางครั้งจำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อลดโทษ ลดฐานความผิด ยกเว้นโทษ หรือแม้กระทั่งยกเว้นความผิด ศาลต่างประเทศเองก็ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยในฐานความผิดที่หลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยอมรับสิทธิทางวัฒนธรรมของกลุ่มชนที่มีวัฒนธรรมรอง ซึ่งเป็นจุดเด่นของศาลในระบบ Common Law ดังนั้น จึงควรศึกษาว่าศาลต่างประเทศมีการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในระดับใด เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคิดของศาลฎีกาไทย

๔.๒ ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law

ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ให้ความสำคัญกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในระดับสูง ศาลจึงมีบทบาทมากในการวางหลักกฎหมายที่จะวินิจฉัยคดี ซึ่งอาจรวมถึงการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ดังนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวคิดของศาล รวมทั้งตัวอย่างคดีกรณีที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยเน้นศึกษาศาลประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดาเป็นหลัก

๔.๒.๑ ประเทศสหรัฐอเมริกา

๔.๒.๑.๑ แนวคิดของศาล

ศาลสหรัฐอเมริกายอมรับพิจารณาเหตุจูงใจทางวัฒนธรรมมากขึ้น โดยให้จำเลยสามารถแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของตนได้ว่าการกระทำความผิดนั้น สืบเนื่องมาจากความเชื่อที่ถูกต้องหลอหลอมโดยวัฒนธรรมของตน เพื่อให้ได้รับการยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง^๑ โดยหลักการนี้เรียกว่า Cultural Defense

Cultural Defense เกิดขึ้นในกรณีที่กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนพื้นเมืองที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายอาญา ได้ร้องขอให้ศาลพิจารณากฎมิหลังทางวัฒนธรรมของตนในการตัดสินการกระทำดังกล่าว^๒ นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีของชาวต่างชาติที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวเอเชีย ได้ใช้ข้ออ้างดังกล่าวด้วย โดยอ้างว่าการกระทำเกิดจากความครอบงำของวัฒนธรรมของตน จึงควรได้รับโทษที่เบาลง^๓

อย่างไรก็ตาม ไม่มี Cultural Defense อย่างเป็นทางการปรากฏในกฎหมายสหรัฐอเมริกา ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของนายจำเลยและศาลในการนำเสนอหรือพิจารณาองค์ประกอบทางด้านวัฒนธรรมอันส่งผลต่อสภาวะทางจิตใจหรือความสามารถในการกระทำความผิดของจำเลย^๔ แต่ในส่วนศาลของรัฐบาลกลาง ได้มี The Federal Sentencing Guideline ซึ่งกำหนดเกณฑ์ในการลงโทษสำหรับความผิด โดยมีได้ขึ้นอยู่กับเฉพาะความผิดที่ได้กระทำและประวัติอาชญากรรมของจำเลยเท่านั้น แต่รวมถึงปัจจัยต่างๆ ที่ใช้ในการเพิ่มโทษและลดโทษด้วย ทั้งนี้ ศาลได้ตีความว่าวัฒนธรรมเป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาลดโทษได้ภายใต้ The Federal Sentencing Guideline^๕

กรณีที่จำเลยสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อให้ศาลประกอบการวินิจฉัยความผิดของตนนั้น สามารถใช้ได้ในฐานะความผิดที่หลากหลาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงต่อเด็ก การกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ หรือความผิดเกี่ยวกับการใช้ยาเสพติด เป็นต้น^๖

^๑ Alison Dundes Renteln, The cultural defense (New York: Oxford University Press, 2004), p.187.

^๒ Elizabeth Martin, “All men are (or should be) created equal: An argument against the use of the cultural defense in a post – Booker world,” William and Mary Bill of Rights Journal 15 (April 2007): 1306.

^๓ Leti Volpp, “(Mis)identifying culture : Asian women and the cultural defense,” Harvard Women’s Law Journal 17 (Spring 1994): 57.

^๔ Ibid.

^๕ Blair T. Westover, “Cultural assimilation as a mitigating factor to immigration offenses under the Federal Sentencing Guideline,” Journal of Gender, Race and Justice 10 (Winter 2007): 351.

^๖ Renteln, The cultural defense, p.5.

ในส่วนของวิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมนั้น โดยทั่วไป จำเลยต้องแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของตน อันเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด โดยมักให้นักมานุษยวิทยาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิสูจน์ถึงคามมีอยู่และความถูกต้องของวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้าง^๗

หากศาลยอมรับพยานหลักฐานทางวัฒนธรรม ย่อมมีผลต่อการพิจารณาความผิดและโทษของจำเลย โดยผลดีที่เกิดขึ้นกับตัวจำเลยนั้น อาจทำให้จำเลยพ้นความรับผิดชอบไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง ซึ่งตามปกติแล้ว การที่ศาลจะยอมรับให้วัฒนธรรมมีผลต่อการพิจารณาความผิดหรือโทษได้ระดับใดนั้น มักขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด

๔.๒.๑.๒ ตัวอย่างคดี

(๑) ความผิดต่อชีวิต

คดี People v. Metallides (ปี ๑๙๗๔)^๘ นาย Kostas Metallides จำเลยซึ่งเป็นผู้อพยพชาวกรีกใน Miami รัฐ Florida ได้ฆ่าเพื่อนสนิทของจำเลยหลังจากพบว่าเพื่อนข่มขืนบุตรสาวของจำเลย เพราะตามวัฒนธรรมของจำเลย ไม่จำเป็นต้องรอตำรวจหากบุตรสาวถูกข่มขืน การกระทำเช่นนี้จึงเป็นการฆ่าเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีไว้ คดีนี้มีการอ้างว่า จำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตด้วย ในที่สุด ศาลยกฟ้อง ปลปล่อยตัวจำเลยไป เพราะเหตุผลทางอาการผิดปกติทางจิตส่วนหนึ่ง และเหตุผลทางวัฒนธรรมด้วยอีกส่วนหนึ่ง

คดี People v. Poddar (ปี ๑๙๗๒, ๑๙๗๔)^๙ นาย Prosenjit Poddar จำเลยอยู่ในวรรณะชั้นสูงของอินเดีย และจบการศึกษาจาก University of California จำเลยฆ่านางสาว Tanya Tarasoff อายุ ๑๙ ปี ผู้ตาย เพราะจำเลยเชื่อว่าผู้ตายได้ตกลงแต่งงานกับจำเลย แต่ผู้ตายปฏิเสธ จำเลยเกิดในวรรณะชั้นสูง การถูกปฏิเสธจึงทำให้จำเลยเจ็บปวดมาก นอกจากนี้ จำเลยมีปัญหาความเครียดจากการปรับตัวเข้ากับวัฒนธรรมใหม่ ในที่สุด ศาลได้ปล่อยตัวจำเลยไปเพื่อส่งตัวกลับประเทศอินเดีย

คดี People v. Kimura (ปี ๑๙๘๕)^{๑๐} นาง Fumiko Kimura จำเลย เป็นชาวญี่ปุ่นที่อาศัยอยู่ใน Santa Monica ใน California พบว่าสามีไม่ซื่อสัตย์กับจำเลย จำเลยจึงกระทำการที่เรียกว่า oyako-shinju (parent-child suicide) หรือการฆ่าตัวตายทั้งตัวจำเลยเองและบุตร โดยเดินลงไปในมหาสมุทรแปซิฟิกพร้อมบุตรสองคน การกระทำเช่นนี้ถือว่าตามวัฒนธรรมของญี่ปุ่น จะต้องไม่ปล่อยบุตรของตนไว้เพื่อให้รับความอับอายเพียงลำพัง ในที่สุด บุตรของจำเลยเสียชีวิต แต่

^๗ James M. Donovan and H. Edwin Anderson, III, *Anthropology & Law* (New York: Berghahn Books, 2006), p.111.

^๘ Renteln, *The cultural defense*, pp.23-24.

^๙ Ibid, p.31.

^{๑๐} Ibid, p.23.

จำเลยได้รับความช่วยเหลือ จึงรอดชีวิต และถูกตั้งข้อหา first-degree murder ซึ่งประกอบด้วยพฤติการณ์พิเศษ ทำให้อัตราโทษที่จำเลยได้รับอาจถึงขั้นประหารชีวิต นอกจากนี้ คดีนี้ปรากฏความเห็นของนักจิตวิทยาว่า จำเลยมีอาการทางจิตเป็นครั้งคราว ศาลได้ลดฐานความผิดเป็น voluntary manslaughter และลงโทษจำคุกเพียง ๑ ปี คุมประพฤติ ๕ ปี และให้เข้ารับการรักษาอาการทางจิต คดีนี้มีการวิจารณ์กันว่า เหตุที่จำเลยได้รับการลดโทษนั้น นอกจากเหตุผลเกี่ยวกับความผิดปกติทางจิตแล้ว เหตุผลทางวัฒนธรรมมีส่วนสำคัญมากเช่นกันที่ศาลนำมาพิจารณาประกอบด้วย

คดี People v. Chen (ปี ๑๙๘๙)^{๑๑} นาย Dong Lu Chen จำเลย เป็นชาวจีนที่อาศัยอยู่ใน New York ใช้ค้อนทุบที่ศีรษะภรรยา ๘ ครั้งจนเสียชีวิต หลังจากที่จำเลยทราบว่ามีผู้มีชู้ เนื่องจากในวัฒนธรรมจีนนั้น การที่ภรรยามีชู้ จะเป็นตราบาปแก่สามีตลอดจนวงศ์ตระกูลของสามีอย่างมาก คดีนี้จำเลยได้รับการลดฐานความผิดจาก second-degree murder เป็น second-degree manslaughter และคุมประพฤติเป็นเวลา ๕ ปี ซึ่งการที่ศาลลงโทษเช่นนี้เรียกได้ว่าเป็นการยกเว้นโทษเลยมากกว่าเพียงแค่การลดโทษให้เท่านั้น

คดี Trujillo-Garcia v. Rowland (ปี ๑๙๙๒, ๑๙๙๓, ๑๙๙๔)^{๑๒} นาย Eduardo Trujillo Garcia จำเลย เล่นไพ่กับนาย Jose Padilla ผู้ตาย ซึ่งผู้ตายได้เสียเงินไป ๑๔๐ เหรียญสหรัฐ และได้กลับมาทวงเงินในอีก ๔ วันถัดมา เมื่อผู้ตายพูดว่า “chinga tu madre” จำเลยถือว่าเป็นถ้อยคำดูหมิ่นศักดิ์ศรีของตน จึงใช้ปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย ในชั้นศาล จำเลยให้การว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่รุนแรงมากในภาษาสเปน เป็นถ้อยคำที่หยาบคายและดูหมิ่นอย่างร้ายแรง ทำให้จำเลยมีปฏิกิริยาตอบสนองดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลไม่ยอมรับข้ออ้างทางวัฒนธรรมโดยเห็นว่าไม่จำเป็นแก่การพิจารณา

คดี People v. Rev. Chung and Rev. Choi (ปี ๑๙๙๗)^{๑๓} นาง Kyung Chung หญิงชาวเกาหลี เชื่อว่าตนถูกครอบงำโดยปีศาจ จึงให้ทำพิธีขับไลปีศาจเป็นเวลา ๕ ชั่วโมง ซึ่งรวมถึงการกดไปตามส่วนต่างๆ ของร่างกาย แต่ในที่สุด ทำให้เธอเสียชีวิต สามีของเธอและผู้ร่วมทำพิธีอีกสองคนถูกตั้งข้อหาว่าฆาตกรรม แต่ทั้งหมดให้การว่ามีเจตนาเพียงแค่ต้องการขับไลปีศาจเท่านั้น ศาลจึงลดฐานความผิดเป็น involuntary manslaughter โดยสามีได้รับโทษจำคุก ๒ ปี สำหรับผู้ร่วมพิธีอีก ๒ คน ได้รับโทษจำคุก ๔ ปี แสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำปัจจัยทางวัฒนธรรมและศาสนา มาพิจารณาด้วย

คดี Nguyen v. State (ปี ๑๙๙๙)^{๑๔} นาง Thu Ha Nguyen จำเลย เป็นหญิงชาวเวียดนามกล่าวอ้างว่าสามี และลูกเลี้ยงใช้วาจาที่รุนแรงต่อจำเลย และไม่ให้ความเคารพจำเลย จำเลยจึงยิงทั้งสองคนตอนที่สามีบอกว่าจะขอหย่าขาดจากจำเลย ข้ออ้างทางวัฒนธรรมในกรณีนี้คือ ตามวัฒนธรรมของจำเลย การหย่าจะทำให้จำเลยกลายเป็นคนที่ไม่ได้รับการยอมรับในสังคม และการใช้

^{๑๑} Donovan and Anderson , III, *Anthropology & law*, p.224.

^{๑๒} Renteln, *The cultural defense*, pp.34-35.

^{๑๓} Ibid, p.30.

^{๑๔} Ibid, p.28.

วาจาที่รุนแรงของสามีและลูกเลี้ยง ทำให้จำเลยเกิดความกลัวว่าจะเกิดการหย่าร้าง ศาลฎีกาของรัฐ Georgia เห็นว่า การใช้ความรุนแรงด้วยวาจาหรือทางอารมณ์นั้นอาจเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ หากการกระทำนั้นรุนแรงมากพอที่จะทำให้เชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้นั้นอาจจะใช้กำลังโดยผิดกฎหมาย ในไม่ช้า ซึ่งทำให้ผู้ถูกกระทำป้องกันตนเองได้ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ ศาลเห็นว่าระดับความร้ายแรงยังไม่ถึงขั้นนั้น และหลักฐานทางวัฒนธรรมไม่เกี่ยวข้องกับคดี ข้อนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลเปิดช่องให้สามารถอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมได้ถ้าเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี

(๒) ความผิดต่อร่างกาย

คดี Dumpson v. Daniel M. (ปี ๑๙๗๔)^{๑๕} คดีนี้เป็นคดีแพ่ง แต่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ ข้อเท็จจริงคือ จำเลยซึ่งเป็นบิดาชาวไนจีเรียผู้หนึ่งลงโทษบุตรชายอายุ ๗ ปีอย่างรุนแรง ในระหว่างที่พูดคุยกับครูเกี่ยวกับความประพฤติที่ไม่ดีของบุตรชาย โดยจำเลยตีบุตรชายหลายครั้ง จำเลยอ้างว่าในไนจีเรีย ถ้าเด็กประพฤติตนไม่ดีในโรงเรียน บิดามารดามีหน้าที่ต้องทำโทษบุตรทันที และในวิธีการที่เห็นว่าเหมาะสม คดีนี้ ศาลยอมรับว่ามีวิธีการในการเลี้ยงดูบุตรอยู่หลายวิธี แต่การจะพิจารณาว่าบิดาได้กระทำการโดยชอบหรือไม่ ต้องพิจารณาตามวัฒนธรรมหลักของประเทศ ศาลจึงเห็นว่าจำเลยทำโทษบุตรชายรุนแรงเกินไป และให้แยกตัวบุตรชายออกจากจำเลยเป็นการชั่วคราว แสดงว่าศาลไม่ยอมรับข้ออ้างทางวัฒนธรรมของจำเลย หากจำเลยได้ถูกฟ้องในความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกาย ศาลก็น่าจะใช้เหตุผลเดียวกันในการไม่รับข้ออ้างทางวัฒนธรรม

(๓) ความผิดเกี่ยวกับเพศ

คดี State v. Kargar (ปี ๑๙๙๖)^{๑๖} นาย Kargar จำเลยซึ่งเป็นชาวอัฟกานิสถานที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานกระทำทารุณกรรมทางเพศอย่างร้ายแรง (gross sexual assault) หลังจากที่จำเลยจูบอวัยวะเพศของบุตรชายวัย ๙ เดือน จำเลยยอมรับว่ากระทำความผิดดังกล่าวจริง แต่ปฏิเสธว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นอาชญากรรม เพราะตามกฎหมายอิสลามแล้ว การกระทำเช่นนี้ไม่ถือว่าผิดกฎหมายหรือเป็นความผิดทางเพศแต่อย่างใด และจำเลยก็ไม่ทราบว่าการกระทำของตนเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐ Maine ด้วย อีกทั้งจำเลยอ้างว่าในประเทศอัฟกานิสถาน การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งปกติ เพื่อแสดงว่าจำเลยรักบุตรชายมากเพียงใด ศาลได้ยอมรับข้ออ้างของจำเลยและพิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าคดีนี้จะทำให้จำเลยได้ทราบว่าการกระทำเช่นนี้ได้ถูกฟ้องในประเทศสหรัฐอเมริกา

^{๑๕} Ibid, p.55.

^{๑๖} James M. Donovan, Legal anthropology: An introduction (Lanham: Altamira Press, 2008), p.218.

(๔) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

คดี U.S. v. Koua Thao (ปี ๑๙๘๓)^{๑๗} จำเลยซึ่งเป็นชายชาวม้งได้รับพัสดุน้ำมันฝิ่น ๑๕๔.๗๔ กรัม จำเลยอ้างว่า ในวัฒนธรรมม้ง การสูบฝิ่นเป็นเรื่องปกติ และแม้แต่คนที่ใช้มากก็ใช้เพียงวันละ ๒ กรัม นอกจากนี้ยังใช้เป็นยารักษาโรคด้วย อย่างไรก็ตาม แม้จำเลยจะอ้างว่ามีฝิ่นไว้เพื่อใช้เอง แต่ลูกขุนไม่เชื่อ เห็นว่าจำเลยมีไว้เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่าย และศาลก็เห็นชอบด้วย

คดี People v. Woody (ปี ๑๙๖๔)^{๑๘} จำเลยซึ่งเป็นสมาชิกของชนเผ่าพื้นเมือง Navajo ถูกกล่าวหาว่ามี Peyote (ต้นกระบองเพชรที่มีฤทธิ์ทำให้ประสาทหลอน) ซึ่งเป็นยาเสพติดชนิดหนึ่งไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยพืชชนิดนี้จะใช้ประกอบพิธีกรรมทางศาสนา คดีนี้ศาลชั้นนำหน้าระหว่างอันตรายของยาเสพติด และสิทธิของชนกลุ่มน้อยในการนับถือศาสนา ศาลเห็นว่า สิทธิของชนกลุ่มน้อยมีน้ำหนักมากกว่า เพราะเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ และการใช้ Peyote มีอันตรายน้อยมาก

คดี People v. Manurasada (ปี ๑๙๘๕)^{๑๙} Palrat Manurasada จำเลยซึ่งเป็นชายชาวไทยอายุ ๑๙ ปีเป็นเพื่อนกับตำรวจกลุ่มหนึ่ง เพราะกลุ่มตำรวจได้ช่วยเหลือจำเลยในตอนที่ยังจำเลยถูกชาวไทยอีกคนหนึ่งดูถูก โดยได้ให้ชาวไทยคนนั้นขอโทษจำเลย จำเลยจึงรู้สึกว่าเป็นหนี้บุญคุณตำรวจกลุ่มนี้มาก เมื่อตำรวจกดดันให้จำเลยซื้ออกัญชาให้ จำเลยจึงปฏิบัติตาม แต่พบว่าเป็นการล่อซื้อของตำรวจ ทำให้จำเลยถูกดำเนินคดี จำเลยได้อ้างข้ออ้างทางวัฒนธรรมว่า วัฒนธรรมไทยมีแนวคิดในการตอบแทนบุญคุณคนที่ช่วยเหลือ โดยถือว่าเป็นหน้าที่ระยะยาว แต่ศาลไม่รับข้ออ้างนี้

๔.๒.๑.๓ บทวิเคราะห์

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประกอบด้วยกลุ่มชนหลากหลาย ทั้งชนพื้นเมืองและกลุ่มชาวต่างชาติที่อพยพเข้าไปอยู่ในประเทศ จึงทำให้มีความหลากหลายทางวัฒนธรรม ประกอบกับประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นอันมาก ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจึงค่อนข้างใจกว้างในการให้โอกาสชนพื้นเมืองและชาวต่างชาติในการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อเป็นคุณในการวินิจฉัยความรับผิดชอบได้ อันก่อให้เกิดหลักการของ Cultural Defense

อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้ออ้าง Cultural Defense อย่างเป็นทางการเช่นเดียวกับเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุผลโทษในกรณีอื่นๆ มีเพียง The Federal Sentencing Guideline ที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจคำนึงถึงวัฒนธรรมของจำเลยในการกำหนดโทษได้ ซึ่งมักอยู่ในดุลพินิจของศาลเป็นกรณีไป

^{๑๗} Renteln, *The cultural defense*, p.78.

^{๑๘} *Ibid*, pp.79-80.

^{๑๙} *Ibid*, pp.87-88.

แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยจึงอาจแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตน อันเป็นที่มาของการกระทำความผิดได้ โดยมักนำพยานผู้เชี่ยวชาญสืบประกอบข้ออ้างดังกล่าว

สำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลว่าจะรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีหรือไม่ เพียงใดนั้น บางครั้ง ศาลได้อ้างเหตุแห่งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยเพื่อยกเว้นความผิดให้จำเลย เช่น คดี *People v. Metallides* (ปี ๑๙๗๔), คดี *People v. Poddar* (ปี ๑๙๗๒, ๑๙๗๔), คดี *State v. Kargar* (ปี ๑๙๙๖) และคดี *People v. Woody* (ปี ๑๙๖๔) บางครั้ง ศาลได้ใช้เป็นเหตุเพียงลดโทษให้เท่านั้น เช่น คดี *People v. Kimura* (ปี ๑๙๘๕), คดี *People v. Chen* (ปี ๑๙๘๙) และคดี *People v. Rev. Chung and Rev. Choi* (ปี ๑๙๙๗) แต่บางครั้ง ศาลเห็นว่าข้ออ้างของจำเลยเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีของจำเลยนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่น คดี *Trujillo-Garcia v. Rowland* (ปี ๑๙๙๒, ๑๙๙๓, ๑๙๙๔), คดี *Nguyen v. State* (ปี ๑๙๙๙), คดี *Dumpson v. Daniel M.* (ปี ๑๙๗๔), คดี *U.S. v. Koua Thao* (ปี ๑๙๘๓) และคดี *People v. Manurasada* (ปี ๑๙๘๕) จะเห็นได้ว่าแนวคิดของศาลสหรัฐอเมริกาในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลย มีค่อนข้างหลากหลาย ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณีไป

๔.๒.๒ ประเทศแคนาดา

๔.๒.๒.๑ แนวคิดของศาล^{๒๐}

ประเทศแคนาดามีลักษณะเป็นรัฐรวม หรือสหพันธรัฐ ประชากรประกอบด้วยชนพื้นเมือง (First Nations) และคนที่สืบเชื้อสายมาจากชาวอังกฤษและชาวฝรั่งเศสที่เข้ามาบุกเบิกครอบครอง และมีอิทธิพลเหนือดินแดนบริเวณนี้ ทำให้ประเทศแคนาดามีความเป็นพหุนิยมแทรกอยู่ในอัตลักษณ์ของชาติ ไม่ว่าจะเป็นด้านการเมือง เศรษฐกิจ ภาษา รวมไปถึงระบบกฎหมายด้วย^{๒๑}

สำหรับในด้านกฎหมาย ประเทศแคนาดายึดถือหลักว่า บุคคลทุกคนต้องเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยปรากฏใน *The Charter of Rights and Freedoms* ความเท่าเทียมกันนี้ปรากฏชัดเจนในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลด้วย โดยไม่ว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (the right to a fair trial)

สิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ย่อมรวมถึงกรณีที่ศาลยอมรับข้ออ้างทางวัฒนธรรมของจำเลยเพื่อพิจารณาความผิดและโทษทางอาญาด้วย

^{๒๐} Robert J. Currie, “The contextualized court: litigating “culture” in Canada,” *International Journal of Evidence & Proof* 9, 2 (2005): 73-109.

^{๒๑} วาทีศ โสทธิพันธุ์, *Legal Pluralism ในประเทศแคนาดา กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการประมงของชนพื้นเมือง* [ออนไลน์], สมเกียรติ ตั้งนโม และคณาจารย์มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน, ๒๕๔๙, แหล่งที่มา: <http://www.midnightuniv.org/mnu2544/newpage13.html> [๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๓]

นอกจากนี้ ตามหลักการรับฟังพยานหลักฐานของประเทศแคนาดา พยานหลักฐานที่รับฟังได้ต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นสำคัญในคดี คือสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางประการได้ และต้องเกี่ยวกับประเด็นที่มีผลต่อการพิจารณาความผิดหรือโทษของจำเลย นอกจากนี้ ต้องพิจารณากฎแห่งการรับฟังพยานหลักฐานประกอบด้วย กล่าวคือ พยานหลักฐานนั้นอาจต้องด้วยบทตัดพยานหลักฐานบทใดบทหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลอาจจะตัดพยานหลักฐานใดๆ ออกจากสำนวนได้ แม้จะไม่ต้องด้วยบทตัดพยานหลักฐานบทใดบทหนึ่ง หากการรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะทำให้กระบวนการพิจารณาไม่เป็นธรรม

การพิจารณาพยานหลักฐานที่รับฟังได้ ศาลหรือคณะลูกขุนต้องพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้นว่าควรเชื่อถือได้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ ศาลยอมรับว่า บุคคลอาจมีประสบการณ์และสามัญสำนึกที่แตกต่างกันได้ การพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่พิสูจน์ความผิดของจำเลย จึงควรพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงปัจจัยทางด้านวัฒนธรรมของจำเลยด้วย

อย่างไรก็ตาม การรับฟังพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมอาจมีข้อพิจารณาอีกประการ กล่าวคือ ในคดีเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดาซึ่งขึ้นสู่ชั้นศาลเป็นจำนวนมากในทศวรรษที่ ๑๙๙๐ มักอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมซึ่งส่วนใหญ่ไม่มีบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาศัยการเล่าสืบต่อกันมา พยานหลักฐานเหล่านี้จึงเป็นพยานบอกเล่า อันต้องห้ามรับฟัง ศาลฎีกาของแคนาดาในคดี *Delgamuukw v. British Columbia* ในปี ๑๙๙๗ ยอมรับว่า การรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับจารีตประเพณีนี้ไม่สอดคล้องกับหลักการรับฟังพยานหลักฐาน แต่จารีตประเพณีนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสำคัญในคดี ซึ่งสามารถพิสูจน์สิทธิและความเป็นเจ้าของที่ดินได้ หากไม่ได้สืบพยานหลักฐานนั้น ย่อมทำให้สิทธิของชนพื้นเมืองไม่ได้รับการคุ้มครอง

วิธีการในการอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมในศาลนั้น มี ๒ วิธีที่สำคัญ ได้แก่

๑. Judicial Notice เป็นกรณีที่ศาลรับพยานหลักฐานใดๆ เข้ามาสู่สำนวนเอง โดยไม่ต้องให้คู่ความอ้างอิงพยานหลักฐานนั้น ไม่ผ่านการสาบานตนของพยาน รวมทั้งไม่ผ่านการถามค้าน มักเป็นข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ทั่วไปในชุมชนอันไม่อาจโต้แย้งได้ หรือเป็นข้อเท็จจริงที่ได้รับการยืนยันโดยผู้มีอำนาจที่น่าเชื่อถือ

การใช้ Judicial Notice มักเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในกรอบของสังคม ซึ่งรวมถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมด้วย ตัวอย่างเช่น คดีในศาล Ontario ศาลได้นำเหตุผลทางวัฒนธรรมมาพิจารณาความเหมาะสมของการกำหนดโทษ หลังจากที่ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยนำเข้าโคเคน โดยหากจำเลยเป็นหญิงวัยรุ่น African – Canadian ที่ถูกบังคับโดยผู้ค้ายาเสพติดให้เป็นผู้ขนส่งยาเสพติด ศาลจะพิจารณาลงโทษสถานเบา เพราะถือว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นในสังคม

๒. Expert Witness เป็นกรณีการอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยปกติ พยานที่มาเบิกความในศาลต้องเล่าเฉพาะข้อเท็จจริงที่ตนรู้เท่านั้น ไม่อาจจะให้ความเห็นได้ แต่ข้อยกเว้นที่สำคัญ

ประการหนึ่ง คือ การให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะมาให้ความเห็นในข้อเท็จจริงในคดี เพื่อช่วยให้ศาลตีความพยานหลักฐานต่างๆ ได้โดยถูกต้องและเหมาะสม

พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคดี และเป็นผู้เชี่ยวชาญที่น่าเชื่อถือ อีกทั้งคดีนั้นมีความจำเป็นต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ

ผู้ที่เป็พยานผู้เชี่ยวชาญโดยทั่วไปมักเป็นนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยาที่สามารถอธิบายถึงวัฒนธรรมประเพณีที่เกี่ยวข้องกับคดีได้

อนึ่ง ปัจจุบันในประเทศแคนาดา วัฒนธรรมมิได้เป็นข้อยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษแยกต่างหาก เพียงแต่ศาลถือว่า วัฒนธรรมเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ใช้พิจารณาลดโทษ โดยใช้วิเคราะห์ในส่วนองค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) ของการกระทำความผิด

๔.๒.๒.๒ ตัวอย่างคดี

(๑) ความผิดต่อชีวิต

คดี R. v. Lavallee (ปี ๑๙๙๐)^{๒๒} นาง Lavallee จำเลยฆ่าสามีเนื่องจากสามีกระทำความรุนแรงต่อเธอมาอย่างต่อเนื่อง จำเลยอ้างว่าชีวิตของตนตกอยู่ในอันตราย และต้องกระทำการบางอย่างเพื่อป้องกันตนเอง ศาลได้ยอมรับพยานหลักฐานของนักจิตวิทยาที่เกี่ยวข้องกับความกดดันของการถูกกระทำความรุนแรงระหว่างคู่สามีภรรยา ว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี

คดี R. v. Jacko (ปี ๑๙๙๗)^{๒๓} จำเลยและผู้ตายเป็นชาว Ojibway ในระหว่างที่ดื่มเหล้ากันอยู่ จำเลยได้ฆ่าผู้ตาย เพราะจำเลยและชาว Ojibway คนอื่นๆ เชื่อว่าผู้ตายเป็น Bearwalker ซึ่งเป็นคนที่ทำร้ายคนอื่นโดยใช้ยาพิษ จำเลยอ้างว่ากระทำไปเพื่อป้องกันตัว คดีนี้ศาลไม่สามารถพิจารณาโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง จึงยกฟ้อง

(๒) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

คดี R. v. Mingma Tenzing Sherpa (ปี ๑๙๘๖)^{๒๔} จำเลยเป็นชาวเนปาล ลักลอบขนของเถื่อนเข้ามาในประเทศแคนาดา แต่จำเลยไม่ทราบว่าเป็นยาเสพติด โดยเพื่อนของจำเลยชื่อ Wangdy ได้บอกให้จำเลยทำเช่นนี้ ศาลยอมรับว่าการลักลอบนำเข้าของผิดกฎหมายเป็น

^{๒๒} Currie, "The contextualized court: litigating "culture" in Canada," *International Journal of Evidence & Proof* 9, 2: 83-84.

^{๒๓} 1997 CarswellOnt 2302, 32 O.T.C. 271, [1998] 1 C.N.L.R. 164, 1 C.N.L.R. 164

^{๒๔} Renteln, *The cultural defense*, p.85.

เรื่องปกติในเนปาล เพราะความตึงเครียดของระบบราชการในด้านศุลกากร ศาลเชื่อว่าจำเลยไม่ทราบว่าตนได้นำยาเสพติดเข้ามาในประเทศ ในที่สุด ศาลยกฟ้องและปล่อยตัวจำเลยไป

คดี R. v. Yusuf (ปี ๑๙๙๘)^{๒๕} จำเลยเป็นชาว Somali ได้นำ Khat ซึ่งเป็นพืชที่เป็นยาเสพติดเข้ามาในประเทศแคนาดา พืชชนิดนี้เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมของชาว Somali และจำเลยไม่ทราบว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายของประเทศแคนาดา ศาลได้รับพิจารณาข้ออ้างนี้ด้วย

(๓) ความผิดเกี่ยวกับการตัดไม้หวงห้าม

คดี R. v. Sappier (ปี ๒๐๐๖)^{๒๖} จำเลยเป็นชาว Maliseet ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองของประเทศแคนาดา ตัดต้นไม้โดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวในการสร้างบ้านและเฟอร์นิเจอร์ โดยอ้างว่าชนพื้นเมืองตัดต้นไม้เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวมาตั้งแต่ครั้งบรรพบุรุษ เขาจึงมีสิทธิกระทำได้ ศาลเห็นว่า วิถีชีวิตของชาว Maliseet ดำรงชีวิตอยู่ด้วยการหาปลาและล่าสัตว์ และต้องใช้แม่น้ำในการขนส่ง อีกทั้งต้องใช้ไม้ในการสร้างที่พักอาศัย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องตัดต้นไม้เพื่อสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าว ศาลจึงยกฟ้อง

(๔) ความผิดเกี่ยวกับการประมง

คดี R. v. Fraser (ปี ๑๙๙๔)^{๒๗} จำเลยเป็นชนพื้นเมืองชาว Indian ได้จับปลาและขายปลาโดยไม่มีใบอนุญาต คดีนี้มีหลักฐานทางวัฒนธรรมปรากฏว่า ชนเผ่าของจำเลยใช้ปลาเพื่อบริโภคในครัวเรือนและให้เป็นของขวัญในโอกาสสำคัญ หากมีการแลกเปลี่ยนสินค้ากันก็เป็นในระหว่างเครือญาติ ไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า สามารถขายปลาเพื่อการพาณิชย์ได้ ศาลจึงพิพากษาลงโทษจำเลยโดยไม่มีเหตุยกเว้นโทษหรือยกเว้นความผิดด้วยเหตุผลทางวัฒนธรรม

(๕) ความผิดเกี่ยวกับการล่าสัตว์

คดี Jack and Charlie v. the Queen (ปี ๑๙๘๕)^{๒๘} ชายสองคนชาว Coast Salish Indian ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดกฎหมาย Wildlife Act โดยล่ากวางนอกฤดูกาล เพื่อนำเนื้อกวางไปประกอบพิธีกรรมทางศาสนา พิธีนี้เป็นพิธีกรรมของชาว Coast Salish Indian ที่ต้องจัดอาหารให้เพียงพอให้กับญาติที่เสียชีวิตแล้ว โดยต้องเผาเนื้อสัตว์เพื่อให้ส่งกลิ่นไปถึงญาติที่เสียชีวิตแล้ว

^{๒๕} 1998 CarswellOnt 3841, 56 C.R.R. (2d) 43

^{๒๖} 2006 CarswellNB 676, 2006 SCC 54, J.E. 2006-2331, 50 R.P.R. (4th) 1, [2007] 1 C.N.L.R. 359, 274 D.L.R. (4th) 75, 355 N.R. 1, [2006] 2 S.C.R. 686, 214 C.C.C. (3d) 161, 799 A.P.R. 199, 309 N.B.R. (2d) 199

^{๒๗} 1994 CarswellBC 2595, [1994] 3 C.N.L.R. 139

^{๒๘} Renteln, *The cultural defense*, p.95-96.

ศาลไม่ยอมรับข้ออ้างดังกล่าว เพราะเห็นว่า Wildlife Act ไม่มีข้อยกเว้นสำหรับเหตุผลทางศาสนา และหากจำเลยเห็นว่าจำเป็นต้องใช้เนื้อกวาง ก็สามารถล่าในช่วงฤดูกาลที่ล่าได้และเก็บไว้เพื่อใช้ในพิธีกรรมก็ได้

คดี R. v. Pitawanakwat (ปี ๒๐๐๔)^{๒๙} จำเลยซึ่งเป็นชนพื้นเมืองได้ล่าสัตว์ป่าในเวลากลางคืนซึ่งขัดต่อกฎหมาย Fish and Wildlife Conservation Act 1997 ศาลเห็นว่าไม่มีพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมที่แสดงให้เห็นว่า การล่าสัตว์ในเวลากลางคืนเป็นวัฒนธรรมที่ชนเผ่าของจำเลยปฏิบัติอยู่โดยทั่วไป จำเลยจึงมีความผิด

(๖) ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

คดี R. v. Nelson (ปี ๑๙๙๗)^{๓๐} จำเลยเป็นชนพื้นเมืองชาว Ojibway ถูกกล่าวหาว่ามีอุปกรณ์การพนันและเปิดสถานการพนันโดยผิดกฎหมาย จำเลยอ้างว่า การพนันเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตชาว Ojibway แต่ศาลเห็นว่า ไม่มีวัฒนธรรมเช่นนั้น มีเพียงแค่การเล่นพื้นบ้านเท่านั้น การพนันไม่ใช่ส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมชาว Ojibway

๔.๒.๒.๓ บทวิเคราะห์

ประเทศแคนาดาประกอบไปด้วยบุคคลหลากหลายเชื้อชาติ และก่อให้เกิดพหุนิยมทางกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม ประเทศแคนาดามีวิธีการในการจัดการกับความหลากหลายของระบบกฎหมายนี้โดยคำนึงถึงการอยู่ร่วมกันในสังคมที่มีความแตกต่าง ไม่ใช่การหลอมรวมวัฒนธรรมให้เป็นหนึ่งเดียวกัน^{๓๑} ประกอบกับการยึดถือหลักการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นทางการ บุคคลทุกคนต้องเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แต่ความเท่าเทียมกันไม่ได้หมายความว่า ต้องปฏิบัติต่อจำเลยทุกคนในรูปแบบเดียวกัน ศาลมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับจำเลยเป็นรายบุคคลไป ซึ่งในแง่ของการพิจารณาความผิดอาญาและการพิพากษาลงโทษจำเลย ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของชนพื้นเมือง ศาลต้องพิจารณาจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของกลุ่มชนพื้นเมืองด้วย อันอาจมีผลสำคัญเป็นมูลเหตุของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดได้

ดังนั้น ศาลประเทศแคนาดาจึงได้ยอมรับพยานหลักฐานทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรม โดยศาลอาจจะนำเข้าสู่สำนวนเอง (Judicial Notice) หรือให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานที่

^{๒๙} 2004 CarswellOnt 1993, 2004 ONCJ 50

^{๓๐} 1997 CarswellMan 680, [1998] 2 C.N.L.R. 137, 2 C.N.L.R. 137

^{๓๑} วาทีศ โสทธิพันธุ์, Legal Pluralism ในประเทศแคนาดา กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการประมงของชนพื้นเมือง [ออนไลน์], สมเกียรติ ตั้งนโม และคณาจารย์มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน, ๒๕๔๙, แหล่งที่มา: <http://www.midnightuniv.org/mnu2544/newpage13.html> [๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๓]

เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตน โดยอาจมีการอ้างประกอบพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อชี้ให้ศาลเห็นถึงลักษณะและความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดังกล่าวที่มีผลต่อการพิจารณาพิพากษาของศาล เมื่อศาลได้รับพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่สำนวนแล้ว ศาลย่อมนำมาเป็นเหตุที่ใช้พิจารณาตัดสินโทษจำเลยได้

อนึ่ง คดีในศาลประเทศแคนาดา ที่จำเลยยกเหตุทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนขึ้นมากล่าวอ้างนั้น ส่วนใหญ่ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของชนพื้นเมือง เช่น สิทธิในการทำประมง การล่าสัตว์ การตัดไม้ รวมทั้งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงอื่นๆ เช่น ความผิดต่อชีวิต โดยศาลจะนำวัฒนธรรมประเพณีของจำเลยมาพิจารณาประกอบหรือไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาในแต่ละคดีไป บางครั้ง ศาลรับพิจารณาข้ออ้างนี้ว่าเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี เช่น คดี R. v. Lavallee (ปี ๑๙๙๐), คดี R. v. Mingma Tenzing Sherpa (ปี ๑๙๘๖), คดี R. v. Yusuf (ปี ๑๙๙๘) และคดี R. v. Sappier (ปี ๒๐๐๖) บางครั้ง ศาลไม่รับพิจารณาพยานหลักฐานเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลย เช่น คดี R. v. Fraser (ปี ๑๙๙๔) และคดี Jack and Charlie v. the Queen (ปี ๑๙๘๕) บางครั้ง ศาลเห็นว่าจำเลยกล่าวอ้างวัฒนธรรมโดยไม่ถูกต้อง ไม่มีวัฒนธรรมเช่นนั้นอยู่จริงในกลุ่มชนพื้นเมืองของจำเลย เช่น คดี R. v. Nelson (ปี ๑๙๙๗), คดี R. v. Pitawanakwat (ปี ๒๐๐๔) หรือบางครั้ง ศาลไม่ได้พิจารณาเกี่ยวกับวัฒนธรรม แต่พิพากษาโดยเหตุผลประการอื่น เช่น คดี R. v. Jacko (ปี ๑๙๙๗) ศาลยกฟ้องเนื่องจากไม่อาจพิจารณาโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำผิดจริง

โดยสรุปแล้ว ศาลประเทศแคนาดายอมรับให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมประเพณีของตนได้ แต่ศาลจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลว่าข้ออ้างดังกล่าวเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีหรือไม่ และเชื่อถือได้มากน้อยเพียงใด

๔.๓ ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law

ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law จะศึกษาแนวคิดของศาล รวมทั้งตัวอย่างคดีในประเทศเยอรมนี และในประเทศฝรั่งเศส เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ว่าศาลมีแนวคิดเช่นใด และมีขอบเขตเพียงใด

๔.๓.๑ ประเทศเยอรมนี

๔.๓.๑.๑ แนวคิดของศาล

ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติโดยตรงให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลย แต่ในอดีต ได้มีความพยายามในการนำแนวคิด Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ โดยกรณีที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก

คือ จำเลยที่เป็นคนมุสลิมอ้าง Honor Killing^{๓๒} ซึ่งเป็นการที่บิดาหรือผู้ชายในครอบครัวฆ่าผู้หญิงในครอบครัวเดียวกันที่สร้างความเสียหายให้แก่ครอบครัว โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับทางเพศ ทั้งนี้ เพื่อรักษาชื่อเสียงของครอบครัวหรือวงศ์ตระกูลไว้ โดยทั่วไป ศาลจะลดฐานความผิดจาก premeditated murder เป็น manslaughter

การยอมรับข้ออ้างนี้ของศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนี (Bundesgerichtshof หรือ BGH) ได้เริ่มต้นในปี ๑๙๗๙ โดยศาลเยอรมนีได้พิจารณาว่าการกระทำของจำเลยมักเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน วัฒนธรรมจึงควรใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาความผิดของจำเลยด้วย

อย่างไรก็ตาม ในปี ๑๙๙๔ ศาลเยอรมนีได้กลับแนววินิจฉัย โดยให้พิจารณามูลเหตุจูงใจตามแนวคิดของวัฒนธรรมหลักของเยอรมนี ไม่ใช่ตามแนวคิดของชนกลุ่มน้อย ศาลจึงเห็นว่า Honor Killing เป็น murder แต่นาย Winfried Hassemer อติตรองประธานศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนี ได้ให้ความเห็นว่า กรณีของ Honor Killing ต้องนำไปพิจารณาทางด้านสังคมของผู้กระทำ ความผิดมาพิจารณาประกอบด้วย ท่านได้กล่าวว่า ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้บางครั้งไม่คิดว่าการกระทำของตนต้องห้ามตามกฎหมาย การพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐาน murder เครื่องครัดมากเกินไป ควรลงโทษผู้กระทำความผิดเพียง voluntary manslaughter ซึ่งจะมีผลให้ได้รับโทษเบาลง^{๓๓}

ปัจจุบัน หลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีมีการระบุถึงการฆ่าเพื่อรักษาชื่อเสียงของวงศ์ตระกูลไว้ โดยแทนที่จะให้เป็นข้ออ้างในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กลับเป็นไปในทางตรงกันข้าม เป็นเหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา โดยประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (The German Criminal Code) § 211 Murder under specific aggravating circumstances ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการฆ่าผู้อื่นโดยประกอบด้วยเหตุกรรจ์ ได้บัญญัติว่า

“การฆ่าผู้อื่นโดยประกอบด้วยเหตุกรรจ์

(๑) ผู้ใดฆ่าผู้อื่นภายใต้เงื่อนไขของบทบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

(๒) การฆ่าผู้อื่นภายใต้บทบัญญัตินี้ ได้แก่ การฆ่าเพื่อความเกลียดชัง เพื่อสนองความต้องการทางเพศ โดยความละโมภ หรือโดยมีมูลเหตุจูงใจพื้นฐาน โดยการลอบฆ่า หรือโดยทารุณโหดร้าย หรือโดยวิธีการที่ก่ออันตรายต่อสาธารณะ หรือเพื่อให้เกิดความสะดกในการกระทำความผิดอื่นหรือเพื่อปกปิดการกระทำความผิดอื่น”^{๓๔}

^{๓๒} Daniel Krosiak, “Honor killings and cultural defense (with a special focus on Germany),” *Islamic Law and Law of the Muslim World Research Paper Series at New York Law School No.09-71* [Online], New York Law School, 2009, Available from <http://ssrn.com/abstract=1422503> [2013, February 23]

^{๓๓} Marie-Luisa Frick, *The cultural defence versus the defence of human rights* [Online], Available from: <http://www.inter-disciplinary.net/wp-content/uploads/2009/10/frickpaper.pdf> [2010, November 14]

^{๓๔} Michael Bohlander, ed., *The German Criminal Code: A modern English translation* (Oxford: Hart Publishing, 2008), p.147.

ในทางตำรามีคำอธิบายถึงการฆ่าโดยมีมูลเหตุจูงใจพื้นฐาน (base motives) ว่า หมายถึงการกระทำที่ตามความเห็นทางศีลธรรมของสาธารณชนเห็นว่า เป็นการกระทำที่แสดงถึงความเสื่อมทรามทางศีลธรรมอย่างร้ายแรงและสมควรถูกตำหนิมากที่สุด เช่น การฆ่าเพราะผู้ตาย ปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์กับจำเลย การฆ่าเพื่อต้องการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ การฆ่าคู่สมรสของบุคคลหนึ่งเพื่อต้องการมีความสัมพันธ์ฉันคู่สามีกับบุคคลนั้น การฆ่าบุตรสาวเพื่อรักษาเกียรติยศ ชื่อเสียงของวงศ์ตระกูล ตลอดจนการฆ่าเพราะผู้ตายมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกลุ่มชาติพันธุ์หรือ กลุ่มศาสนา กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง^{๓๕}

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การกระทำโดยอ้างว่าเป็น Honor Killing นั้น ปัจจุบันเป็น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ ระวังโทษจำคุกตลอดชีวิต แสดงว่าจำเลยไม่อาจอ้าง จารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อเป็นคุณได้ แต่อย่างไรก็ดี ศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนีมี ช่องทางในการไม่ลงโทษจำคุกตลอดชีวิต หากเป็นกรณีที่ยกเว้นเป็นพิเศษว่า โทษจำคุกตลอดชีวิตนั้น ไม่เหมาะสม^{๓๖} ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี

นอกจากนี้ ชาวตุรกีและชาวเคิร์ดที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศเยอรมนี มีธรรมเนียม การบังคับให้ผู้หญิงแต่งงานโดยฝืนความประสงค์ของหญิงนั้น ซึ่งนอกจากผู้กระทำจะอ้างเหตุยกเว้น ความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษโดยอ้างวัฒนธรรมประเพณีของตนไม่ได้แล้ว ยังมีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (The German Criminal Code) § 240 Using threats or force to cause a person to do, suffer or omit an act อันเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิด เกี่ยวกับเสรีภาพ โดยมาตรานี้บัญญัติว่า

“การข่มขู่หรือการใช้กำลังเพื่อให้บุคคลกระทำ ไม่กระทำ หรือจำยอมต่อสิ่งใด

(๑) ผู้ใด โดยใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะเกิดอันตรายอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้อื่นกระทำการ ใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

(๒) การกระทำจะถือว่าผิดกฎหมายหากการใช้กำลังหรือการข่มขู่ว่าจะเกิดอันตราย นั้นไม่เหมาะสมสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ

(๓) การพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน

§ 211 Murder under specific aggravating circumstances

(1) Whosoever commits murder under the conditions of this provision shall be liable to imprisonment for life.

(2) A murderer under this provision is any person who kills a person for pleasure, for sexual gratification, out of greed or otherwise base motives, by stealth or cruelly or by means that pose a danger to the public or in order to facilitate or to cover up another offence.

^{๓๕} Michael Bohlander, ed., *Principle of German Criminal Law* (Oxford: Hart Publishing, 2009), p.190.

^{๓๖} *Ibid*, p.189.

(๔) ในกรณีที่ร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกหกเดือนถึงห้าปี โดยกรณีที่ร้ายแรงได้แก่กรณีที่ผู้กระทำความผิด

๑.กระทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือการแต่งงาน

๒.กระทำให้หญิงมีครรภ์ต้องยุติการตั้งครรภ์

๓.ใช้อำนาจหรือตำแหน่งในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐโดยมิชอบ”^{๓๗}

วัฒนธรรมของชาวตุรกีและชาวเคิร์ดที่บังคับให้ผู้หญิงแต่งงานนั้น ถือเป็น การละเมิดสิทธิของผู้หญิงในการที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องเพศได้ด้วยตนเอง (right to sexual self - determination)^{๓๘} ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดไว้เป็นบทลงโทษที่หนักขึ้นกว่าความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตาม มีความผิดบางประเภทที่ข้ออ้างทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยอาจมีผลต่อการพิจารณาของศาลได้ โดยศาลอาจตีความว่าเป็นเรื่องความไม่รู้กฎหมาย (Mistake of Law) ตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (The German Criminal Code) § 17 ซึ่งบัญญัติว่า

“หากในเวลาที่กระทำความผิด ผู้กระทำไม่ทราบว่าตนกำลังกระทำความผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ถ้าความไม่รู้กฎหมายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่ถ้าอาจหลีกเลี่ยงได้ ผู้กระทำย่อมได้รับการลดโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๙(๑)”^{๓๙}

^{๓๗} Bohlander, ed., *The German Criminal Code: A modern English translation*, p.159.

§ 240 Using threats or force to cause a person to do, suffer or omit an act

(1) Whosoever unlawfully with force or threat of serious harm causes a person to commit, suffer or omit an act shall be liable to imprisonment of not more than three years or a fine.

(2) The act shall be unlawful if the use of force or the threat of harm is deemed inappropriate for the purpose of achieving the desired outcome.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to five years. An especially serious case typically occurs if the offender

1. causes another person to engage in sexual activity or to enter into marriage;
2. causes a pregnant woman to terminate the pregnancy; or
3. abuses his powers or position as a public official.

^{๓๘} Bohlander, ed., *Principle of German Criminal Law*, p.211.

^{๓๙} Bohlander, ed., *The German Criminal Code: A modern English translation*, p.41.

§ 17 Mistake of law

If at the time of the commission of the offence the offender lacks the awareness that he is acting unlawfully, he shall be deemed to have acted without guilt if the mistake was unavoidable. If the mistake was avoidable, the sentence may be mitigated pursuant to § 49(1).

ตัวอย่างที่มีการเหยียดในทางดำรา เช่น ชาวต่างชาติที่ให้ยาแก่ผู้อื่นเพื่อให้ผู้นั้นฆ่าตัวตาย โดยเป็นการกระทำ suicide tourism ซึ่งกระทำได้ในประเทศของชาวต่างชาตินั้น แต่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายเยอรมนี^{๔๐}

ดังนั้น หากเป็นการกระทำของชาวต่างชาติที่ไม่รู้กฎหมายเยอรมนี และอาจมีเหตุผลด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ก็ย่อมอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้

๔.๓.๑.๒ ตัวอย่างคดี

คดีที่เกี่ยวกับ Honor Killing^{๔๑} เช่น

๑.คดี Müjde จากเมือง Harsewinkel อายุ ๑๘ ปี เป็นชาวเคิร์ดโดยกำเนิด แต่เกิดในประเทศเยอรมนี ตอนที่ยังอายุ ๑๗ ปี เธอได้สมรสกับ Önder B. ซึ่งเป็นลูกพี่ลูกน้องของเธออยู่ในประเทศตุรกี เนื่องจากการสมรสนี้มาจากแรงกดดันของครอบครัว เธอจึงปฏิเสธที่จะพบหน้าสามีของเธอ ดังนั้น Önder จึงได้เข้าประเทศเยอรมนีโดยผิดกฎหมายเมื่อเดือนตุลาคม ๒๐๐๘ และได้ย้ายเข้าไปอยู่กับครอบครัวของ Müjde การกระทำความผิดเกิดในวันที่ ๑ มกราคม ๒๐๐๙ เพราะ Önder ไม่พอใจในตัวภรรยาและการกระทำของเธอ จึงได้ใช้มีดแทงเธอ และขับรถทับร่างของเธอ คดีนี้ ศาลไม่ยอมรับว่าเป็นเรื่องทางวัฒนธรรมหรือจารีตประเพณี และได้พิพากษาว่า Önder มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา และลงโทษจำคุกตลอดชีวิต

๒.คดี Gülsüm S. จากเมือง Rees เธอได้ย้ายจากทางตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศตุรกีมาอยู่ในประเทศเยอรมนีพร้อมครอบครัว เธอถูกบังคับจากครอบครัวให้สมรสในตุรกี ซึ่งเธอไม่ประสงค์ เพราะเธอมีคนรักอยู่แล้วในเยอรมนี ในเดือนพฤศจิกายน ๒๐๐๘ เธอตั้งครรรภ์ แต่เธอกลับจึงไปทำแท้ง หลังจากนั้นไม่นาน เธอจึงถูกฆาตกรรมในวันที่ ๒ มีนาคม ๒๐๐๙ โดยบิดาและพี่ชายของเธอ คดีนี้ ศาลลงโทษจำคุกพี่ชายของ Gülsüm เก้าปีครึ่ง ลงโทษจำคุกบิดาตลอดชีวิตเพราะเป็นผู้ที่สั่งให้ฆ่า Gülsüm และลงโทษจำคุกเจ็ดปีครึ่งแก่ผู้ร่วมกระทำความผิดอีกคนหนึ่ง

คดีทั้งสองเรื่องเห็นได้ว่าเป็นการฆาตกรรมเพื่อรักษาศักดิ์ศรีของวงศ์ตระกูลไว้นั้นเป็นความเชื่อของชาวอิสลามบางกลุ่ม ศาลไม่เห็นว่าการฆาตกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ในประเทศเยอรมนี จึงได้ลงโทษโดยไม่ได้ยกเหตุทางวัฒนธรรมประเพณีเข้ามาลดโทษให้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ยังมีคดี Cannibal จากเมือง Rottenburg ซึ่งได้อัดวิดีโอแสดงถึงความยินยอมของเหยื่อในการถูกฆาตกรรมและถูกแยกชิ้นส่วนเพื่อรับประทาน ทั้งนี้ เป็นความเชื่อของผู้กระทำความผิดและเหยื่อ คดีนี้เป็นความผิด homicide on demand (Tötung auf Verlangen)

^{๔๐} Bohlander, ed., *Principle of German Criminal Law*, p.121.

^{๔๑} Krosiak, "Honor killings and cultural defense (with a special focus on Germany)," *Islamic Law and Law of the Muslim World Research Paper Series at New York Law School No.09-71* [Online], New York Law School, 2009, Available from <http://ssrn.com/abstract=1422503> [2013, February 23]

ซึ่งมีโทษสูงสุดคือจำคุก ๕ ปี แต่ความเห็นของสาธารณชนเห็นว่า โทษที่เหมาะสมที่สุดควรเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตในความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา แสดงให้เห็นว่า สาธารณชนสับสนระหว่างความร้ายแรงทางกฎหมายของอาชญากรรม กับความน่าสะพรึงกลัวของการกระทำ^{๔๒}

๔.๓.๑.๓ บทวิเคราะห์

การอ้างเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในประเทศเยอรมนีมักกล่าวอ้างกันมากในเรื่อง Honor Killing หรือการฆ่าเพื่อรักษาชื่อเสียงเกียรติยศของวงศ์ตระกูลอันเป็นความเชื่อของกลุ่มบุคคลบางกลุ่ม แรกเริ่ม ศาลได้ยอมรับเหตุผลทางวัฒนธรรมมาพิจารณาประกอบการลงโทษจำเลยด้วย แต่ต่อมา ศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนีได้กลับแนววินิจฉัยโดยให้วินิจฉัยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมตามวัฒนธรรมหลักเท่านั้น อีกทั้ง ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา นับว่าเป็นการกลับแนวความคิดแบบสุดขั้ว จากที่เคยนำมาพิจารณาเพื่อลดโทษ กลายเป็นนำเหตุนี้มาเพื่อพิจารณาเพิ่มโทษ แสดงให้เห็นว่า ศาลเยอรมนีไม่สนับสนุนการกระทำดังกล่าว และศาลยังลงโทษสถานหนักแก่ผู้กระทำด้วย

นอกจากนี้ การบังคับให้ผู้หญิงแต่งงานตามวัฒนธรรมของชาวตุรกีและชาวเคิร์ด ก็เป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี ศาลมิได้นำเหตุนี้มาเพื่อพิจารณาลดโทษแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม กรณีที่พอจะมีหนทางในการอ้างมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีนั้น อาจต้องอาศัยบทบัญญัติในเรื่องความไม่รู้กฎหมาย เพราะประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนียอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ แต่ต้องเป็นความไม่รู้ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หากมีกรณีที่กระทำตามวัฒนธรรมของตนโดยไม่ทราบว่าการนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของเยอรมนี ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบได้

๔.๓.๒ ประเทศฝรั่งเศส

๔.๓.๒.๑ แนวคิดของศาล

ประเทศฝรั่งเศสนับว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายในระดับสูง และมีการรวมศูนย์อำนาจในการบริหารในระดับสูง อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสได้ยินยอมให้มีการบังคับใช้หลักกฎหมายอื่น เช่น ใน French Islands of Mayotte ใช้กฎหมาย Koran Law ในส่วนของกฎหมายครอบครัว ทรัพย์สิน และกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ สำหรับใน

^{๔๒} Jean-Christophe Merle, “Cultural defense, hate crimes and equality before the law,” *Florianoópolis* 5,1 (June 2006): 12.

French Islands of Wallis and Futuna ได้นำกฎหมายจารีตประเพณีในทางอาญามาใช้ด้วย^{๔๓} นอกจากนี้ในยุคอาณานิคม ประชาชนในประเทศอาณานิคมได้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีของตนอยู่ ซึ่งกฎหมายประเภทนี้ ถือว่าเป็นกฎหมายตามตัวบุคคล มิใช่กฎหมายที่ใช้บังคับตามหลักดินแดน

อย่างไรก็ตาม หากเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับทางศาสนา ประเทศฝรั่งเศสก็มีแนวโน้มที่จะแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักร (Secularism) เช่น กรณีที่ประเทศฝรั่งเศสได้ออกรัฐบัญญัติห้ามปกปิดใบหน้าในสาธารณสถาน (Loi Interdisant la Dissimulation du Visage dans l'Espace Public) เมื่อวันที่ ๑๔ กันยายน ๒๐๑๐ โดยมีสาระสำคัญห้ามบุคคลสวมใส่ในที่สาธารณสถานซึ่งผ้าคลุมหน้าที่ปิดบังดวงหน้าทั้งหมด เช่น บูร์กา (burqas) หรือฮิญาบ (hijab)^{๔๔} และศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าวเมื่อวันที่ ๗ ตุลาคม ๒๐๑๐ แต่วินิจฉัยเพิ่มเติมว่า รัฐบัญญัตินี้ไม่สามารถบังคับใช้ ณ สถานที่สักการบูชา เนื่องจากอาจละเมิดสิทธิเสรีภาพทางศาสนาได้^{๔๕}

รัฐบัญญัตินี้ วางโทษปรับ ๑๕๐ ยูโร สำหรับผู้สวมใส่ผ้าคลุมหน้าโดยฝ่าฝืนรัฐบัญญัตินี้ และต้องเข้าอบรมการเป็นพลเมือง กับทั้งโทษจำคุก ๑ ปี และปรับ ๓๐,๐๐๐ ยูโร สำหรับผู้ให้ผู้อื่นสวมใส่ผ้าคลุมหน้า รวมถึงโทษจำคุก ๑ ปี และปรับ ๖๐,๐๐๐ ยูโร สำหรับผู้ให้ผู้เยาว์สวมใส่ผ้าคลุมหน้าเช่นว่านั้น^{๔๖}

รัฐบัญญัตินี้ต้องการส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางด้านเพศ เพราะการสวมผ้าคลุมหน้าแสดงถึงการกดขี่เพศหญิง แต่อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัตินี้ถูกวิจารณ์อย่างกว้างขวางว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลในการนับถือศาสนา โดยเฉพาะศาสนาอิสลาม

สำหรับกรณีอื่นๆ ของการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดอาญา มักเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับทางศาสนา เช่น การขลิบอวัยวะเพศของผู้หญิง หรือการฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรมในศาสนา

^{๔๓} Ibid, pp.10-11.

^{๔๔} Assemblée Nationale, Société: interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public [Online], 2010, Available from: http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/dissimulation_visage_espace_public.asp [2013, February 23]

^{๔๕} Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010 [Online], 2010, Available from: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html> [2013, February 23]

^{๔๖} Assemblée Nationale. Société: interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public [Online], 2010, Available from: http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/dissimulation_visage_espace_public.asp [2013, February 23]

๔.๓.๒.๒ ตัวอย่างคดี

คดีในประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีอาญา ได้แก่ เรื่องการขลิบอวัยวะเพศของผู้หญิงมุสลิมหรือชาวแอฟริกัน เป็นคดีที่เกิดขึ้นมากในประเทศฝรั่งเศส จำเลยมักอ้างว่าไม่รู้ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่ศาลวินิจฉัยว่าความไม่รู้กฎหมายไม่อาจยกเป็นข้อแก้ตัวได้ และจำเลยบางคนได้อ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรม แต่ศาลได้วินิจฉัยโดยเคร่งครัดว่า กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจทดแทนการบังคับใช้กฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้ เดิม คดีประเภทนี้ ศาลจะรอการลงโทษ แต่หลังจากปี ๑๙๙๐ ศาลได้ลงโทษจำคุกโดยไม่รอการลงโทษแก่ผู้กระทำในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย^{๔๗}

นอกจากนี้ ยังมีคดีเกี่ยวกับการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา เช่น การฆ่าเพื่อบูชาญู แต่ฝรั่งเศสได้แก้ไขกฎหมายให้ชาวฮิวอโรดอกซ์ฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และบริโภคเนื้อสัตว์นั้นได้ เท่ากับรัฐบาลได้ยอมรับวัฒนธรรมในส่วนหนึ่ง ทำให้คดีประเภทนี้ไม่เป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป^{๔๘}

๔.๓.๒.๓ บทวิเคราะห์

ประเทศฝรั่งเศส แม้จะยินยอมให้ดินแดนที่เป็นเกาะโพ้นทะเลสามารถใช้กฎหมายจารีตประเพณีของตนบังคับกับการกระทำความผิดทางอาญาได้ แต่ในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสเองไม่ค่อยยอมรับแนวคิดในการพิจารณาความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางศาสนาแล้ว ศาลฝรั่งเศสค่อนข้างเคร่งครัดในการตัดสินคดี เพราะมีแนวคิดในการแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักร ศาลฝรั่งเศสไม่ยอมให้เรื่องทางธรรมมาเกี่ยวข้องปะปนกับเรื่องทางโลก เห็นได้ชัดจากการที่ออกรัฐบัญญัติห้ามปกปิดใบหน้าในสาธารณสถาน เพื่อไม่ต้องการให้ประชาชนแสดงสัญลักษณ์ทางศาสนาของตน หรือกรณีความผิดเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศของหญิงชาวมุสลิม ศาลไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีเลย โดยถือว่าผู้กระทำต้องมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส

การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมต้องเกิดจากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้ศาลปฏิบัติตาม เช่น กรณีของการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา และบริโภคเนื้อสัตว์นั้น เมื่อมีกฎหมายให้ทำได้ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป

^{๔๗} Renteln, *The cultural defense*, p.52.

^{๔๘} Ibid, p.102.

๔.๔ วิเคราะห์แนวคิดและขอบเขตของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

จากแนวคิดของศาลต่างประเทศทั้งหมดที่ได้มีการศึกษา อาจกล่าวได้ว่า ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ทั้งประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสไม่ค่อยยอมรับเหตุเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเฉพาะของจำเลย เพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ซึ่งต่างจากประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งศาลยอมรับประเด็นนี้มากกว่า และได้พิจารณาพิพากษาเป็นคดีไป ว่าสมควรลงโทษจำเลยอย่างไร

นอกจากนี้ อาจสรุปแนวคิดของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาได้เป็น ๔ ประการ ได้แก่

๑. ศาลยอมรับเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรม เพื่อยกเว้นความผิด ลดฐานความผิด หรือลดโทษให้จำเลย

๒. ศาลปฏิเสธจารีตประเพณีและวัฒนธรรม โดยเห็นว่าความแตกต่างทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไม่อาจนำมาพิจารณาความรับผิดหรือโทษทางอาญาได้

๓. ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้เพื่อเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดบางฐาน เช่น การฆ่าเพื่อรักษาศักดิ์ศรีของวงศ์ตระกูล เป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา

๔. ศาลไม่สนใจจารีตประเพณีและวัฒนธรรม แม้มีการอ้างถึงมูลเหตุจูงใจเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณี แต่ศาลมิได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาถึงประเด็นทางด้านวัฒนธรรมแต่อย่างใด กล่าวคือ ศาลมิได้หยิบยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดและโทษของจำเลยไม่ว่าทางใด

ดังนั้น ตามแนวความคิดของศาลต่างประเทศ ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในบางกรณี ขึ้นอยู่กับนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติ ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีและดุลพินิจของศาล

๔.๕ บทสรุป

ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law มีแนวโน้มที่ศาลจะยอมรับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญามากกว่าประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law สาเหตุอาจเป็นเพราะประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายเองได้ ดังนั้น การตัดสินคดีที่จะเป็นธรรม ศาลย่อม

ตัดสินไปตามนั้นได้ ทั้งนี้ การนำมาใช้ในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ศาลมักใช้ในกรณีที่ชนพื้นเมืองหรือชาวต่างชาติกระทำความผิด เพราะผู้กระทำผิดเหล่านี้มักมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมต่างจากประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ ศาลจึงนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการตัดสินคดีด้วย โดยใช้ในฐานะความผิดที่หลากหลาย และนำมาใช้เพื่อพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หรือเป็นเหตุลดโทษให้จำเลยด้วย

สำหรับประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law เครื่องครัดกับตัวบทกฎหมาย นอกจากศาลจะไม่นำเงื่อนไขเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาแล้ว บางครั้ง ศาลยังถือว่าเป็นเหตุที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดในสถานหนักด้วย หรืออาจไม่สนใจข้ออ้างของจำเลยเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเลย

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าพิจารณาว่า ในศาลต่างประเทศ พบเห็นเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดที่มีใช้คนชาติของประเทศนั้น เช่น ชาวต่างชาติ หรือชนพื้นเมือง อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ศาลใช้ประกอบการวินิจฉัยความผิดและโทษ ส่วนกรณีที่คนชาติของประเทศนั้นเองอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนยังไม่พบกรณีศึกษา ซึ่งแตกต่างจากศาลฎีกาไทยที่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยมาวินิจฉัยความรับผิดอาญา ดังนั้น จึงสมควรพิจารณาว่าขอบเขตหรือความเหมาะสมในการที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้นควรเป็นอย่างไร

บทที่ ๕

วิเคราะห์ความเหมาะสมของการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัย

ความรับผิดชอบทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

๕.๑ บทนำ

สืบเนื่องจากการศึกษาแนวคิดของศาลฎีกาไทย และแนวคิดของศาลต่างประเทศในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในบทที่ ๓ และบทที่ ๔ นั้นพบว่า การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาปรากฏทั้งในศาลไทยและศาลต่างประเทศ โดยรายละเอียดของการที่ศาลจะนำมาปรับใช้แก่กรณีนั้นย่อมแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ

ในเบื้องต้นนั้น เมื่อบุคคลใดถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา และถูกดำเนินคดีในศาล บุคคลนั้นจะมีฐานะเป็นจำเลย และมีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จำเลยจึงสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ถูกกล่าวหา เพื่อที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้ แต่ในมุมมองของศาลนั้น หาใช่จะยอมรับข้อต่อสู้ของจำเลยทุกประการไม่ หากศาลต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย เมื่อจำเลยยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนขึ้นอ้างเพื่อเป็นคุณในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้น ศาลต้องวินิจฉัยว่าข้ออ้างนั้นฟังได้หรือไม่ เพียงใด โดยในบทนี้จะพิจารณาขอบเขตของการอ้างของจำเลยและการยอมรับของศาลเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของศาล ซึ่งจะพิจารณาในกรณีของศาลต่างประเทศ ๔ ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เปรียบเทียบกับศาลฎีกาไทย เพื่อวิเคราะห์ว่าการอ้างและการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทยนั้นมีข้อเด่นหรือข้อจำกัดอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ จะเปรียบเทียบศาลฎีกากับศาลต่างประเทศเฉพาะประเทศที่มีประเด็นนั้นๆ เนื่องจากศาลแต่ละประเทศมีประเด็นที่ควรพิจารณาแตกต่างกัน

ในหัวข้อ ๕.๒ จะพิจารณาตามประเภทของจำเลย แบ่งเป็นจำเลยที่เป็นคนชาตินั้น และจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย ซึ่งการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทยจะจำกัดเฉพาะจำเลยที่เป็นคนไทยเท่านั้น แตกต่างจากในต่างประเทศ ที่ยอมรับสิทธิของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง และชนกลุ่มน้อยด้วย

ในหัวข้อ ๕.๓ พิจารณาแบ่งแยกตามฐานความผิด แบ่งเป็นความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองหรือ *mala in se* และความผิดที่กฎหมายบัญญัติ หรือ *mala prohibita* ซึ่งโดยส่วนใหญ่ศาลมักจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า

ในหัวข้อ ๕.๔ พิจารณาตามประเภทของจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ซึ่งในศาลไทยมีวัฒนธรรมหลักเป็นส่วนใหญ่ ศาลไทยยังมีข้อจำกัดด้านการรับวัฒนธรรมรอง หรือวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย

สำหรับในหัวข้อ ๕.๕ จะพิจารณาระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม โดยศาลฎีกาไทยยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประการหนึ่งเพื่อใช้ในฐานะความผิดแต่ละฐานใน ระดับที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด รวมทั้งในศาลต่างประเทศยัง ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมบางประการที่มีลักษณะคล้ายกับที่ศาลฎีกาไทยยอมรับ แต่อาจมี ระดับการยอมรับที่แตกต่างกันเช่นกัน

จากนั้น ในหัวข้อ ๕.๖ เป็นการวิเคราะห์ความชัดเจนและความเพียงพอของ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ว่ามีความชัดเจนพอให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมา วินิจฉัยความรับผิดทางอาญาหรือไม่ ตลอดจนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเพียงพอแล้ว หรือไม่ที่ศาลจะนำมาปรับใช้ได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงเกี่ยวกับการ นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้กับความรับผิดทางอาญา แต่ศาลฎีกาก็นำมาใช้ โดยผ่าน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ อันทำให้ประมวลกฎหมายอาญามีความยืดหยุ่นมากขึ้น

๕.๒ จำเลย

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมากล่าวอ้างเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา นั้น จะพิจารณาโดยแบ่งตามประเภทของจำเลยเป็น ๒ ประเภท คือ

๑. จำเลยที่เป็นคนชาตินั้น

๒. จำเลยที่เป็นคนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมืองของประเทศนั้น

เหตุที่ต้องแบ่งแยกประเภทของจำเลยในลักษณะนี้ เนื่องจากในศาลไทยและศาล ต่างประเทศ จำเลยแต่ละประเภทให้ความสนใจในการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อเป็นคุณ แก่ตนในระดับที่แตกต่างออกไป จึงมีผลสืบเนื่องให้ศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมบังคับใช้ กับจำเลยแต่ละประเภทในระดับที่แตกต่างกันออกไปด้วย

๕.๒.๑ ศาลต่างประเทศ

ในศาลต่างประเทศ จำเลยในคดีอาญาที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรม มักเป็น คนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมืองของประเทศนั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลมีทั้งคน ต่างชาติ ชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมือง โดยคนต่างชาติ เช่น ชาวอินเดีย (คดี *People v. Poddar*) ชาวญี่ปุ่น (คดี *People v. Kimura*) ชาวจีน (คดี *People v. Chen*) ชาวเกาหลี (คดี *People v. Rev. Chung and Rev. Choi*) ชาวเวียดนาม (คดี *Nguyen v. State*) ชาวไทย (คดี *People v. Manurasada*) ชาวอัฟกานิสถาน (คดี *State v. Kargar*) ชาวไนจีเรีย (คดี *Dumpson v. Daniel M.*) ชาวสเปน (คดี *Trujillo-Garcia v. Rowland*) ชาวกรีก (คดี *People v. Metallides*) ส่วนชนกลุ่ม

น้อย เช่น ชาวแม้ง (คดี U.S. v. Koua Thao) และชนพื้นเมือง เช่น ชาว Navajo (คดี People v. Woody)

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกๆ ที่เริ่มมีแนวคิด Cultural Defense อันเกี่ยวกับการยอมรับมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดที่มีพื้นฐานมาจากวัฒนธรรม โดยยินยอมให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมเพื่อให้ได้รับการยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษแล้วแต่กรณี ซึ่งเริ่มจากกลุ่มชาติพันธุ์หรือชนพื้นเมือง และขยายมาถึงกรณีคนต่างชาติที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยเฉพาะคนเอเชีย ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย จึงอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของศาล

คนต่างชาติที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเองในศาลประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ศาลประเทศสหรัฐอเมริกามีได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าเป็นคนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือเป็นคนต่างชาติที่เป็นนักท่องเที่ยวเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการชั่วคราว มีคำพิพากษาบางเรื่องที่เกี่ยวข้อง เช่น คดี People v. Metallides จำเลยเป็นผู้อพยพชาวกรีก คดี People v. Poddar จำเลยศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา คดี People v. Kimura จำเลยเป็นชาวญี่ปุ่นที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา คดี People v. Chen จำเลยเป็นชาวจีนที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา และคดี State v. Kargar จำเลยเป็นชาวอัฟกานิสถานที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับคดีอื่นๆ ศาลมิได้กล่าวอย่างชัดเจนแต่เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ในการกระทำความผิดแล้ว จำเลยน่าจะเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลานาน โดยอาศัยอยู่กับครอบครัว หรืออาศัยอยู่จนกระทั่งมีกลุ่มเพื่อน มีกลุ่มสังคม จึงอาจกล่าวได้ว่า คนต่างชาติที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ส่วนมากเป็นคนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่เพื่อศึกษาหรือทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกามากกว่าคนต่างชาติที่เป็นนักท่องเที่ยว

กรณีคนต่างชาตินี้มีข้อน่าพิจารณาว่า หากเป็นคนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่เป็นเวลานานแล้ว ย่อมซึมซับวัฒนธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ไม่จำเป็นต้องกระทำตามวัฒนธรรมของประเทศเดิมของตน ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มนุษย์เรียนรู้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจากสังคมที่ตนกำเนิด โดยกระบวนการ Enculturation ซึ่งหล่อหลอมพฤติกรรมของมนุษย์ตั้งแต่แรกเกิดการเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมของมนุษย์ย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้น แม้บุคคลใดจะย้ายถิ่นฐานเพื่ออยู่ในประเทศที่มีวัฒนธรรมประเพณีแตกต่างจากวัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิมของตน อาจจะมีการรับวัฒนธรรมใหม่บ้าง แต่ย่อมยึดถือวัฒนธรรมดั้งเดิมของตนเองอยู่ เมื่อกระทำความผิด จึงยอมอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษได้

นอกจากนี้ ประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งคือ กรณีคนต่างชาติเป็นจำเลยนี้ ผู้ตายหรือผู้เสียหายมักเป็นคนในวัฒนธรรมเดียวกันกับจำเลย โดยอาจเป็นเพื่อนหรือบุคคลในครอบครัว ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้อาจเป็นเหตุผลสนับสนุนอีกเหตุผลหนึ่งที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับให้จำเลยซึ่งเป็นชาวต่างชาติอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อเป็นผลดีแก่การดำเนินคดีได้ เพราะผู้เสียหายก็ยอมรับรู้และยอมรับจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมนี้เช่นกัน เพียงแต่

การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งส่วนใหญ่เป็นความผิดร้ายแรง และจำเลยต้องถูกดำเนินคดีในศาล

สำหรับชนพื้นเมือง ประเทศสหรัฐอเมริกามีชนพื้นเมืองซึ่งมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมแตกต่างจากคนอเมริกัน ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคลเหล่านั้นเพื่อเป็นผลดีในการดำเนินคดีอาญาด้วย ตัวอย่างที่ยกมา เช่น ชาว Navajo

จำเลยประเภทสุดท้ายคือ ชนกลุ่มน้อย ตัวอย่างที่ยกมาเป็นชาวมัง ซึ่งมิใช่ชนพื้นเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีเชื้อคนต่างชาติ ผู้เขียนจึงจัดว่าเป็นจำเลยประเภทชนกลุ่มน้อยที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยประเภทนี้ก็อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาเช่นเดียวกัน

๒. ประเทศแคนาดา จำเลยที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมีเพียงคนต่างชาติและชนพื้นเมือง โดยคนต่างชาติ เช่น ชาวเนปาล (คดี R. v. Mingma Tenzing Sherpa) ชาว Somali (คดี R. v. Yusuf) ส่วนชนพื้นเมือง เช่น ชาว Ojibway (คดี R. v. Jacko และคดี R. v. Nelson) ชาว Maliseet (คดี R. v. Sappier) ชาว Indian (คดี R. v. Fraser) ชาว Coast Salish Indian (คดี Jack and Charlie v. the Queen)

ประเทศแคนาดามีประชากรที่ประกอบไปด้วยชนพื้นเมือง และคนที่สืบเชื้อสายจากชาวอังกฤษและชาวฝรั่งเศสที่บุกเบิกครอบครองดินแดนแถบนี้ จึงมีคนหลายชาติพันธุ์อาศัยอยู่รวมกันทางด้านกระบวนการพิจารณาคดีอาญานั้น ศาลก็ยอมรับบุคคลทุกหมู่เหล่า โดยถือว่าบุคคลทุกคนต้องเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย มีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งรวมถึงสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ศาลพิจารณาในทางที่เป็นคุณแก่ตนได้

จำเลยในประเทศแคนาดาที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษ ส่วนใหญ่เป็นชนพื้นเมืองหลายชาติพันธุ์ ไม่ได้มีคนต่างชาติเป็นส่วนใหญ่ ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา พยานหลักฐานทางวัฒนธรรมที่ชนพื้นเมืองอ้างมักเป็นการเล่าสืบต่อกันมา มิได้บันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ศาลยอมรับให้ชนพื้นเมืองอ้างพยานหลักฐานเช่นนี้ได้ โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี

ชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดานั้นมักอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของตน แต่การกระทำตามวิถีการดำเนินชีวิตของกลุ่มชนนั้นเป็นสิ่งที่ขัดกับกฎหมายของประเทศแคนาดา จึงถูกดำเนินคดี จำเลยที่เป็นชนพื้นเมืองจึงต้องอ้างมูลเหตุจูงใจทางวัฒนธรรมเพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษของตน

สำหรับคนต่างชาติอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดค่อนข้างน้อย ปรากฏเพียงในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น

๓. ประเทศเยอรมนี จำเลยที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการพิจารณาคดีของศาล มีเพียงชาวต่างชาติ เช่น ชาวเคิร์ด (คดี Müjde) ชาวตุรกี (คดี Gülsüm)

ในประเทศเยอรมนี การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยในคดีอาญาพบได้น้อย ศาลประเทศเยอรมนีเคยมีความพยายามนำแนวคิด Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ โดยเฉพาะกรณี Honor Killing คือการที่ชายฆ่าหญิงในครอบครัวเดียวกัน เช่น บิดาฆ่าบุตรสาว ที่สร้างความเสียหายให้แก่ครอบครัวในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ อันเป็นการฆ่าเพื่อรักษาชื่อเสียงเกียรติยศของวงศ์ตระกูลไว้ กรณีเช่นนี้มักเกิดขึ้นกับคนมุสลิม ซึ่งอ้างวัฒนธรรมนี้ในศาล และศาลประเทศเยอรมนีเคยยอมรับข้ออ้างนี้ แต่ปัจจุบัน ศาลไม่ยอมรับอีกต่อไป ตัวอย่างคดีที่พบจึงเป็นกรณีชาวต่างชาติซึ่งเป็นคนมุสลิมอ้างเหตุ Honor Killing นี้ขึ้นในชั้นศาล คือ ชาวเคิร์ดและชาวตุรกี ซึ่งเป็นชาวต่างชาติที่มาจากประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม

ส่วนจำเลยในประเทศอื่นนั้น จากการศึกษา ไม่พบว่ามีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแต่ประการใด

๔. ประเทศฝรั่งเศส มักจะเป็นคนต่างชาติที่นับถือศาสนาต่างจากคนฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายในระดับสูง จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ยกขึ้นอ้างในศาลประเทศฝรั่งเศสนั้นมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสนา เช่น การสวมใส่ผ้าคลุมหน้าของชาวมุสลิม การขลิบอวัยวะเพศของผู้หญิง หรือการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา จำเลยที่ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างจึงมักเป็นชาวต่างชาติที่เป็นคนมุสลิมหรือชาวแอฟริกัน อ้างในเรื่องการขลิบอวัยวะเพศของผู้หญิง หรือคนยิวออธอดอกซ์อ้างในเรื่องการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา

กล่าวโดยสรุป ข้อแตกต่างของจำเลยในแต่ละประเทศนั้น คือ จำเลยในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยกข้ออ้างเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม มีทั้งคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง และชนกลุ่มน้อย โดยส่วนใหญ่เป็นคนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลากหลายเชื้อชาติ และมักเป็นชาวเอเชีย แต่ในประเทศแคนาดา จำเลยที่ยกมูลเหตุจูงใจทางวัฒนธรรมขึ้นอ้างมักเป็นชนพื้นเมืองของประเทศแคนาดาเองซึ่งมีหลายชาติพันธุ์ ส่วนประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส จำเลยที่ยกข้ออ้างเรื่องจารีตประเพณีและวัฒนธรรมจะเป็นคนต่างชาติ ซึ่งมีเชื้อชาติและนับถือศาสนาแตกต่างกันไปจากคนชาติ

นอกจากนี้ ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law จำเลยที่ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในศาลมีหลากหลายประเภทมากกว่าประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law อาจเป็นเพราะแนวคำพิพากษาของศาลมีการยอมรับสิทธิของบุคคลต่างๆ มากขึ้น ทำให้จำเลยกล้าที่จะยกมูลเหตุจูงใจด้านนี้เพื่อให้ศาลพิจารณามากขึ้น ประกอบกับเมื่อศาลอาศัยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิพากษาคดีด้วยนั้น ทำให้มีการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นนี้มากขึ้นทั้งในกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ กฎหมายย่อมมีความชัดเจนขึ้นเป็นลำดับ อันเป็นการส่งเสริมให้จำเลยยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการกระทำความผิดขึ้นอ้างต่อศาลมากขึ้นก็เป็นได้

ดังนั้น โดยภาพรวม ในศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา เยอรมนี หรือฝรั่งเศส คดีส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่คนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมืองของ

ประเทศนั้นๆ ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในชั้นศาล แต่ในกรณีของคนชาตินั้นเองยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้าง พบได้น้อย เนื่องจากในประเทศต่างๆ เหล่านี้ มักประกอบด้วยบุคคลหลายเชื้อชาติมาอาศัยอยู่ร่วมกัน วัฒนธรรมประเพณีย่อมมีความแตกต่างหลากหลาย และอาจสิ้นวัฒนธรรมดั้งเดิมของประเทศนั้น อีกทั้งมีการตื่นตัวในการยอมรับสิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) มากขึ้น ศาลต่างประเทศจึงยอมรับรองวัฒนธรรมประเพณีของบุคคลหลายจำพวกมากกว่าแต่ก่อน

๕.๒.๒ ศาลฎีกา

สำหรับในศาลฎีกาไทย จำเลยที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมักเป็นคนไทย มิใช่คนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อย เหตุที่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากในประเทศไทย ประชากรส่วนใหญ่จะเป็นคนไทย มิได้ประกอบด้วยบุคคลหลากหลายเชื้อชาติดังเช่นบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศแคนาดา ประกอบกับหากเป็นกรณีของชนพื้นเมืองหรือชนกลุ่มน้อย โดยเฉพาะในต่างจังหวัด มักจะไม่มีคดีทางศาล แต่จะมีการระงับข้อพิพาทกันในชุมชน^๑

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๔/๒๕๔๒ ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับจำเลยซึ่งเป็นคนต่างชาติว่า จำเลยเป็นคนต่างชาติ กระทำความผิดฐานมีเฮโรอีนซึ่งเป็นยาเสพติดให้โทษในประเภท ๑ ไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต นำเข้าเฮโรอีนซึ่งเป็นยาเสพติดให้โทษในประเภท ๑ และนำเข้าซึ่งวัตถุออกฤทธิ์ในประเภท ๔ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้ว จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘

คดีมีปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาข้อหนึ่งว่า การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ ประกอบกับมาตรา ๕๓ นั้น^๒ เป็นการวินิจฉัยคดีโดยคลาดเคลื่อนต่อหลักกฎหมายตามมาตรา ๗๘ เพราะมิได้วินิจฉัยถึงเหตุอื่น ๆ ที่ได้รับการลดโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๘ ด้วยนั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ไฉดเขลาเบาปัญญา ตกอยู่

^๑ David M. Engel, and Frank Reynolds, eds., *Code and custom in a Thai provincial court: The interaction of formal and informal systems of justice* (Tucson: the University of Arizona press, 1978), p.99.

^๒ มีปัญหาตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ก็กระเด็นหนึ่งว่า การกระทำของจำเลยเป็นกรรมเดียวหรือหลายกรรมต่างกัน ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเป็นการกระทำหลายกรรมต่างกัน แต่ศาลฎีกาหยิบยกขึ้นวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำกรรมเดียว เพราะเป็นการกระทำคราวเดียวกัน ลงโทษฐานนำเข้าซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท ๑ อันเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๐ จำคุกตลอดชีวิต เมื่อจะลดโทษจึงต้องพิจารณาประกอบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๓ ซึ่งบัญญัติว่า “ในการลดโทษจำคุกตลอดชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการลดมาตราส่วนโทษ หรือลดโทษที่จะลง ให้เปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกห้าสิบปี” – ผู้เขียน.

ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้านักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกัน” บทบัญญัติกฎหมายมาตรานี้เป็นบทบัญญัติซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่จำเลยในการที่มีเหตุอันควรปรานีโดยไม่จำกัดว่า เหตุอันควรปรานีนั้นจะมีแต่เฉพาะที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๘ เท่านั้น เหตุอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกันศาลก็อาจนำมาพิจารณาวินิจฉัยลดโทษให้ได้ ทั้งนี้แล้วแต่ดุลพินิจของศาลจะเห็นสมควรว่าเหตุผลใดควรที่จะลดโทษให้แก่จำเลยได้ แต่โทษที่จะลดให้ นั้นต้องไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้ลดโทษให้แก่จำเลยหนึ่งในสามโดยอาศัยเหตุที่คำให้การรับสารภาพของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดีของศาลโดยมิได้หยาบยกเอาปัญหาที่จำเลยเป็นผู้เผลอเวลาเบาปัญญา เพราะไม่รู้หนังสือไทยและกฎหมายไทย หรือตกอยู่ในความทุกข์อย่างแสนสาหัสมาพิจารณาวินิจฉัยลดโทษให้ การที่ศาลไม่ได้ยกปัญหาดังกล่าวมาลดโทษให้จำเลยก็เพราะศาลเห็นว่าไม่จำเป็นหรือเห็นว่าไม่ใช่เหตุที่จะลดโทษให้ ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล การที่ศาลไม่ได้ลดโทษให้จำเลยโดยเหตุดังกล่าว จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยคดีโดยคลาดเคลื่อนต่อหลักกฎหมายตามมาตรา ๗๘ แต่อย่างใดไม่ แต่ที่จำเลยฎีกาโดยประสงค์จะขอให้ลดโทษให้จำเลยครึ่งหนึ่งนั้นก็ถือได้ว่าจำเลยประสงค์จะให้ศาลฎีกาให้ความปรานีลดโทษให้ครึ่งหนึ่ง คดีจึงมีปัญหาว่ามีเหตุอันควรปรานีที่ศาลฎีกาจะลดโทษให้แก่จำเลยครึ่งหนึ่งหรือไม่ เมื่อพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แห่งคดี ที่จำเลยเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ไม่สามารถสื่อสารกับเจ้าพนักงานของรัฐเมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเพราะไม่รู้หนังสือและกฎหมายไทย ไม่มีญาติพี่น้องที่จะติดต่อขอความช่วยเหลือได้ จำเลยเป็นผู้ตกอยู่ในความทุกข์อย่างแสนสาหัส และจำเลยได้รับความช่วยเหลือทางด้านคดีเมื่อได้ถูกฟ้องคดีต่อศาลแล้วโดยศาลขอแรงทนายนายความให้แก่ต่างให้ กรณีจึงมีเหตุอันควรปรานีแก่จำเลย โดยศาลฎีกาเห็นควรลดโทษให้จำเลยครึ่งหนึ่งตามมาตรา ๗๘ ประกอบกับมาตรา ๕๓ คงจำคุก ๒๕ ปี

คำพิพากษาเรื่องนี้ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิจารณาลดโทษให้จำเลยเพียงหนึ่งในสาม เพราะจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนอันเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาโดยมิได้พิจารณาถึงเหตุที่จำเลยเป็นคนต่างชาติ ซึ่งศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ศาลอุทธรณ์มิได้พิจารณาถึงความยากลำบากในการดำเนินคดีของจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ เพราะศาลอาจเห็นว่าไม่จำเป็น หรือมิใช่เหตุที่จะลดโทษให้ อันเป็นดุลพินิจของศาลอุทธรณ์ที่กระทำได้โดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แห่งคดี ที่จำเลยเป็นคนต่างชาติเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ไม่สามารถสื่อสารกับเจ้าพนักงานของรัฐเมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเพราะไม่รู้หนังสือและกฎหมายไทย ไม่มีญาติพี่น้องที่จะติดต่อขอความช่วยเหลือได้ จำเลยเป็นผู้ตกอยู่ในความทุกข์อย่างแสนสาหัส และจำเลยได้รับความช่วยเหลือทางด้านคดีเมื่อได้ถูกฟ้องคดีต่อศาลแล้วโดยศาลขอแรงทนายนายความให้แก่ต่างให้ กรณีจึงมีเหตุอันควรปรานีแก่จำเลย ลดโทษให้ครึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘

เมื่อพิเคราะห์คดีนี้โดยละเอียด จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งจำเลยก็มีได้แจ้งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนอันเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพื่อให้ศาลวินิจฉัย ทั้งความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติ การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยย่อมกระทำได้ยาก เพราะมิใช่ความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองที่จะมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำตามความคิดความเชื่อในสังคมของตน ในคดีนี้ จึงเพียง

พิจารณาเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการค้าเงินกระบวนพิจารณาคดีอาญาเท่านั้น และหากจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาย่อมเป็นไปตามบทกฎหมาย โดยไม่มีเหตุที่จะถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิด หรือจำเลยไม่ต้องรับโทษ คงพิจารณาได้เพียงเกี่ยวกับการกำหนดโทษเท่านั้น ซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มิได้นำเรื่องที่จำเลยเป็นคนต่างชาติเข้าสู่การพิจารณาเพื่อลดโทษให้จำเลย เพียงพิจารณาลดโทษให้จำเลยหนึ่งในสามด้วยเหตุว่าจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา แต่เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกาแล้ว ศาลฎีกาเห็นความสำคัญของประเด็นที่ว่าจำเลยเป็นคนต่างชาติ ย่อมมีความยากลำบากในการคุ้มครองสิทธิของตนและการต่อสู้คดี ศาลฎีกาคงเห็นว่าเป็นประเด็นนี้สามารถลดโทษให้จำเลยได้ แต่เมื่อพิจารณาเหตุผลโทษต่างๆ ตามกฎหมายแล้ว ไม่มีเหตุผลโทษใดต้องด้วยกรณีนี้ ศาลฎีกาจึงต้องปรับด้วยเหตุบรรเทาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ ว่าการที่จำเลยไม่สามารถเข้าใจภาษาไทยและกฎหมายไทย ไม่มีญาติพี่น้องที่จะขอความช่วยเหลือได้ จึงเป็นผู้ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส และลดโทษให้จำเลยกึ่งหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ถือเป็นตัวอย่างที่ดีในการที่ศาลคำนึงถึงสิทธิของจำเลยซึ่งเป็นคนต่างชาติ แม้จะมีคำพิพากษาที่พิจารณาเกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยโดยตรง แต่ย่อมแสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกามีความพยายามที่จะนำเหตุผลโทษมาใช้กับจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ แม้จำเลยนั้นจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงก็ตาม

ดังนั้น โดยภาพรวมในศาลฎีกาของไทย คดีที่มีการพิพาทกันถึงขั้นศาลฎีกาส่วนใหญ่จึงเป็นคดีที่คนไทยเองเป็นจำเลย และยกจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมของตนเพื่อกล่าวอ้างในทางที่เป็นคุณ

๕.๒.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ

หากพิจารณาเปรียบเทียบจำเลยที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาดังที่ปรากฏในศาลต่างประเทศและศาลไทยแล้ว พบว่า จำเลยในศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส จำเลยที่ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ศาลพิจารณานั้นมักเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย แต่ในศาลไทย ยังมีเพียงจำเลยซึ่งเป็นคนไทยเท่านั้นที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกา ยังไม่ปรากฏว่ามีจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อยยกข้ออ้างเรื่องจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเลยแม้แต่กรณีเดียว คงมีเทียบเคียงเฉพาะกรณีที่จำเลยเป็นคนต่างชาติและมีความยากลำบากในการดำเนินคดี ศาลฎีกาจึงพิจารณานำเหตุบรรเทาโทษมาปรับใช้เพื่อลดโทษให้แก่จำเลยกึ่งหนึ่ง แสดงให้เห็นว่าจำเลยในศาลต่างประเทศมีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่กว้างขวางกว่าของไทย ทั้งนี้ อาจเนื่องด้วยประเทศไทยไม่มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์เท่ากับประเทศอื่นๆ การดำเนินคดีในศาลไทยก็มักจะมีแต่จำเลยที่เป็นคนไทยเท่านั้น

สำหรับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลฎีกาไทย เมื่อจำเลยที่ยก จารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในศาลฎีกาไทยนั้น คงมีเฉพาะคนไทยเท่านั้น ขอบเขตการ พิจารณาของศาลฎีกาจึงมีเพียงเฉพาะคนไทย โดยไม่มีคดีเกี่ยวกับคนต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อยยกเหตุ เช่นนี้ขึ้นมาสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งกรณีนี้มีความแตกต่างจากศาลในต่างประเทศ จำเลย จะมีทั้งคนต่างชาติ ชนกลุ่มน้อย และชนพื้นเมือง ศาลในต่างประเทศก็ยอมรับคุ้มครองสิทธิของกลุ่ม คนเหล่านี้ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการรับรองสิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) ของ บุคคล ซึ่งสิทธินี้มีการยอมรับในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และกติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้บัญญัติยอมรับให้บุคคล ทุกคนมีสิทธิดำเนินชีวิตตามวัฒนธรรมของตนเอง ศาลต่างประเทศจึงรับรองสิทธิทางวัฒนธรรมของ ทั้งคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง และชนกลุ่มน้อยด้วย

เมื่อประเทศไทยเป็นหนึ่งในประชาคมระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทย ควรคำนึงถึงหลักที่นานาอารยประเทศยึดถือปฏิบัติ โดยควรยอมรับสิทธิทางวัฒนธรรมของบุคคลกลุ่ม ต่างๆ ด้วย โดยเฉพาะในทางกฎหมาย บุคคลทุกคนพึงมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย หากจำเลย ซึ่งเป็นคนต่างชาติ ชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมือง อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดในขั้นตอนการพิจารณาพิพากษาของศาลไทย ศาลฎีกาควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ จำเลยยกขึ้นอ้างมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ทั้งในขั้นตอนการวินิจฉัยความรับ ผิดทางอาญา และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะจำเลยจะเป็นประเภทใด เป็นคนชาติ หรือเป็นคน ต่างชาติ หรือชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมือง มิได้มีผลต่อการนำข้ออ้างของจำเลยมาประกอบการ พิจารณาพิพากษาของศาลฎีกามากนัก เพราะการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต้องให้ความสำคัญเป็นธรรม แก่คู่ความทุกฝ่าย โดยมีได้แบ่งแยกว่าจะคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่เป็นคนไทยมากกว่าคนต่างชาติ และศาลจะพิจารณาในแง่ของความผิด และพิจารณาข้ออ้างของจำเลยมากกว่า ว่ามีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่ สมควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมาวินิจฉัยความรับผิดของจำเลยหรือไม่ โดยมีได้ให้ ความสำคัญกับประเภทของจำเลยมากนัก

๕.๓ ฐานความผิด

ประเภทของฐานความผิดนั้นเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยของศาลว่าจะ นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือไม่ โดยในการแบ่ง ประเภทของฐานความผิดนี้ จะแบ่งความผิดทางอาญาเป็น ๒ ประเภท คือ

๑. *mala in se* ซึ่งเป็นความผิดได้ในตนเอง หรือเป็นความผิดที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอย่าง ชัดแจ้ง

๒. *mala prohibita* ซึ่งเป็นความผิดที่กฎหมายห้ามหรือบัญญัติให้เป็นความผิด

๕.๓.๑ ศาลต่างประเทศ

ในศาลต่างประเทศ จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดทางอาญาทั้ง ๒ ประเภท โดยจะวิเคราะห์เฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา แยกพิจารณาได้ดังนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนได้ ในฐานความผิดที่หลากหลาย โดยฐานความผิดที่เป็น *mala in se* เช่น ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ส่วนฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

แนวคิด Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ยินยอมให้จำเลยยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนขึ้นอ้างนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนว่าต้องเป็นความผิดประเภทใดที่ศาลยอมรับ จำเลยจึงสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนได้ในฐานความผิดหลายฐาน โดยไม่จำกัดความร้ายแรง นอกจากความผิดที่ยกเป็นตัวอย่างในบทที่ ๔ แล้ว คดีในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการอ้าง Cultural Defense ยังมีความผิดเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงต่อเด็ก หรือการกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ด้วย^๓

คดีส่วนใหญ่ที่จำเลยซึ่งเป็นชาวต่างชาติอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมักเป็นความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* และมักเป็นความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดต่อชีวิต หรือร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยจำเลยจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำตามวัฒนธรรมประเพณีของตนนั้น สามารถเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษ หรือลดโทษได้ ส่วนฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* นั้น คงมีแต่เฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เมื่อความผิดที่เป็น *mala in se* หรือความผิดที่เป็น *mala prohibita* บางฐานความผิด เป็นความผิดที่ร้ายแรง ย่อมเป็นคดีที่มีอัตราโทษสูง จำเลยจึงต้องค้นหาเหตุใดๆ ก็ตามที่จะเป็นคุณแก้ตนเสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาล เพื่อให้ตนได้รับประโยชน์มากที่สุด จำเลยจึงมักจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนในฐานความผิดที่ร้ายแรง

ในส่วนของศาลนั้น ศาลประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับให้จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนในหลายฐานความผิด กล่าวคือ หากการกระทำความผิดใดที่จำเลยได้กระทำความผิดเพราะเหตุที่ตนมีความคิดความเชื่อบางอย่างที่ถ่ายทอดมาจากวัฒนธรรมดั้งเดิมของตน จำเลยย่อมสามารถอ้างเหตุนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาให้เป็นคุณแก่จำเลยหรือไม่นั้น ศาลมิได้พิจารณาเพียงแค่ว่าผู้กระทำกล่าวอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดฐานใด แต่ศาลต้องวิเคราะห์พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดประกอบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างด้วย ดังนั้น ฐานความผิดที่มีการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยประกอบนั้น จึงมีทั้งฐานความผิดที่ร้ายแรงและฐานความผิดที่ไม่ร้ายแรง

^๓ Alison Dundes Renteln, *The cultural defense* (New York: Oxford University Press, 2004), p.5.

๒. ประเทศแคนาดา จำเลยยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในฐานะความผิดที่เป็น *mala in se* เช่น ความผิดต่อชีวิต ส่วนฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการตัดไม้หวงห้าม ความผิดเกี่ยวกับการประมง ความผิดเกี่ยวกับการล่าสัตว์ ความผิดเกี่ยวกับการพนัน

ในประเทศแคนาดาประกอบไปด้วยชนพื้นเมืองหลากหลายชาติพันธุ์ ชนพื้นเมืองส่วนใหญ่ที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีอาญานั้น จะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติห้าม หรือ *mala prohibita* และมักเป็นความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพราะการกระทำตามวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองอาจจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ และเป็นการกระทำซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมบัญญัติว่าเป็นความผิดทางอาญา เช่น ความผิดเกี่ยวกับการตัดไม้หวงห้าม ความผิดเกี่ยวกับการประมง ความผิดเกี่ยวกับการล่าสัตว์ เป็นต้น เมื่อชนพื้นเมืองถูกดำเนินคดีในฐานะความผิดเหล่านี้ จึงต้องอ้างการดำเนินชีวิตตามวิถีของชุมชนเพื่อให้ศาลยอมรับว่าเป็นการกระทำตามวัฒนธรรมประเพณีของจำเลยที่ถ่ายทอดสืบต่อกันมา นอกจากนี้ ยังปรากฏกรณีที่ชนพื้นเมืองอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดต่อชีวิตด้วย โดยอ้างความเชื่อของจำเลย ซึ่งมีพื้นฐานมาจากความเชื่อของกลุ่มชนพื้นเมือง

สำหรับคนต่างชาติที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลประเทศแคนาดานั้น มีเพียงการอ้างในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งเป็นฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ของศาลประเทศแคนาดา แม้จำเลยที่เป็นชนพื้นเมืองจะอ้างเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษในฐานะความผิด *mala prohibita* เป็นจำนวนมาก แต่ศาลยอมรับมูลเหตุจูงใจทางด้านวัฒนธรรมในฐานะความผิดประเภทนี้ค่อนข้างน้อย อาจกล่าวได้ว่า ศาลไม่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชนพื้นเมืองมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญามากนัก แต่ในกรณีของคนต่างชาติ ซึ่งอ้างวัฒนธรรมประเพณีในฐานะความผิดที่เป็น *mala prohibita* เช่นกัน ศาลได้นำข้ออ้างดังกล่าวมาพิจารณาประกอบในคดีด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในฐานะความผิดที่เป็น *mala prohibita* นั้น ในกรณีของชนพื้นเมืองที่ศาลประเทศแคนาดาไม่ค่อยยอมรับให้อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรม อาจเป็นเพราะเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงมากนัก และจำเลยไม่อาจแสดงพยานหลักฐานว่าชนพื้นเมืองมีวัฒนธรรมประเพณีเช่นนั้นได้ แต่หากเป็นคนต่างชาติ ซึ่งยกขึ้นอ้างในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ศาลอาจจะเห็นว่าจำเลยสามารถแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมได้ และเมื่อเป็นวัฒนธรรมต่างชาติ ความเข้มงวดในการพิจารณาอาจจะน้อยกว่า เพราะศาลก็ไม่ทราบเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีของคนต่างชาติ คงเพียงรับฟังจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนเท่านั้น ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แม้เป็นความผิด *mala prohibita* แต่ก็มีความผิดที่ร้ายแรง กระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ศาลจึงยอมพิจารณาให้มีเหตุที่จำเลยยกขึ้นอ้างเพื่อเป็นผลดีแก่ตนเองได้

กล่าวโดยสรุป ข้อแตกต่างของฐานความผิดที่มีการยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในแต่ละประเทศนั้น คือ จำเลยในประเทศสหรัฐอเมริกาจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า หรือหากจะอ้างในความผิดที่เป็น *mala prohibita* ต้องเป็นความผิดที่ร้ายแรง และศาลประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่

เป็น *mala in se* ค่อนข้างมาก ต่างจากจำเลยในประเทศแคนาดาจะเน้นการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala prohibita* มากกว่า โดยหากเป็นชนพื้นเมืองจะอ้างในความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แต่หากเป็นคนต่างชาติจะอ้างในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งศาลประเทศแคนาดายอมรับกรณีที่ชนพื้นเมืองอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมค่อนข้างน้อย แต่จะยอมรับกรณีของคนต่างชาติมากกว่า

ฉะนั้น โดยภาพรวม ในศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศแคนาดา จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทั้งในฐานะความผิดที่เป็น *mala in se* และในฐานะความผิดที่เป็น *mala prohibita* ขึ้นอยู่กับว่าความผิดที่กระทำนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาในแง่ของศาลนั้น ศาลยอมรับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า เช่น ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ รวมทั้งในฐานะความผิด *mala prohibita* ซึ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะความผิดที่ร้ายแรงไม่ว่าจะเป็น *mala in se* หรือ *mala prohibita* ย่อมมีอัตราโทษสูง ศาลจึงต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวจำเลยทั้งหมดเพื่อนำมาวินิจฉัยว่ามีปัจจัยใดบ้างหรือไม่ที่จะลดทอนความร้ายแรงของการกระทำความผิดให้เบาบางลง และจะทำให้ความรับผิดหรือโทษของจำเลยลดน้อยลงไปด้วย

๕.๓.๒ ศาลฎีกา

สำหรับในคดีอาญาของไทย การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดอาญาเห็นสมควรพิเคราะห์แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างฐานความผิดที่เป็น *mala in se* และฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* ก่อน ในเบื้องต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่จะจัดแบ่งความผิดประเภทใดเป็น *mala in se* หรือเป็น *mala prohibita* นั้น ขึ้นอยู่กับแนวความคิดของแต่ละสังคมในส่วนของไทยนั้น ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีพระพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ การแบ่งแยกประเภทความผิดจึงสมควรเทียบเคียงกับการประพฤติผิดหลักธรรมคำสอนทางพระพุทธศาสนา โดยเฉพาะเบญจศีล ได้แก่ การงดเว้นจากการฆ่าสัตว์ การงดเว้นจากการลักทรัพย์ การงดเว้นจากการประพฤตินอกใจ การงดเว้นจากการพูดเท็จ และการงดเว้นจากการเสพสุราเมรัย

ฐานความผิดที่จำเลยยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในศาลฎีกานั้น ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ความผิดต่อเสรีภาพ และความผิดเกี่ยวกับการพนัน หากพิจารณาแบ่งแยกประเภท ผู้เขียนเห็นว่า ฐานความผิดที่เป็น *mala in se* ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และความผิดต่อเสรีภาพ โดยความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีความผิดเกี่ยวกับเพศรวมอยู่ด้วยเป็นการละเมิดเบญจศีลข้อ ๓ ความผิดต่อชีวิตและร่างกายเป็นการละเมิดเบญจศีลข้อ ๑ ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นการละเมิดเบญจศีลข้อ ๔ ซึ่งการพูดเท็จย่อมรวมถึงการพูดส่อเสียด พูดถากถางผู้อื่น ส่วนความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นการละเมิดเบญจศีลข้อ ๒ สำหรับความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน เป็นความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อให้

เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม มิใช่ความผิดในตัวเอง จึงเป็นฐานความผิด *mala prohibita* และความผิดเกี่ยวกับการพนัน ก็มีใช่ความผิดในตัวเองโดยตรง แต่การเล่นพนันอาจทำให้เกิดการกระทำความผิดอื่นได้ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการพนัน เพื่อควบคุมการเล่นพนันให้อยู่ในระเบียบและไม่เกิดปัญหา ความผิดเกี่ยวกับการพนันจึงเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติ หรือ *mala prohibita*

ดังนั้น โดยภาพรวม จำเลยในศาลฎีกาไทยมักอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า และส่วนใหญ่เป็นความผิดที่ร้ายแรง กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

หากพิจารณาในมุมมองของศาลฎีกาไทย ศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala in se* หลายฐานความผิด ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดฐานหมิ่นประมาท และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมทั้งในความผิดเกี่ยวกับการพนัน ซึ่งเป็นความผิดที่เป็น *mala prohibita* ด้วย แต่หากเป็นความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ซึ่งเป็นความผิดที่เป็น *mala prohibita* เช่นเดียวกัน ศาลฎีกาไม่ยอมรับให้อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลย แสดงให้เห็นว่าฐานความผิดที่ศาลยอมรับนั้นมีทั้งความผิดที่เป็น *mala in se* และ *mala prohibita* คละกันไป แต่ศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า ส่วนความผิดที่เป็น *mala prohibita* ที่ศาลฎีกายอมรับ จะเป็นความผิดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับความผิดที่เป็น *mala in se* คือความผิดเกี่ยวกับการพนัน ซึ่งการเล่นพนันอาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดที่เป็น *mala in se* ได้ เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลฎีกายอมรับให้จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนได้

๕.๓.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประเทศไทยและต่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่า จำเลยในประเทศไทยยังมีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทั้งในฐานความผิดที่เป็น *mala in se* และ *mala prohibita* แต่ฐานความผิดมีความแตกต่างกันกับในต่างประเทศ คงมีฐานความผิดที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมคล้ายคลึงกัน เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นต้น ส่วนความผิดบางฐานจะเป็นการอ้างจารีตประเพณีเฉพาะของประเทศไทย ซึ่งปรากฏในความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างในความผิดฐานนี้ ทั้งศาลฎีกาของไทยเองยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างในคดีอาญาค่อนข้างกว้างขวางกว่าในต่างประเทศ คงมีเพียงฐานความผิดบางฐานเท่านั้นที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับรองให้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเมื่อศาลพิจารณาความหนักเบาแห่งข้อหากับจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้าง ประกอบกับจำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยซึ่งศาลคุ้นเคยอยู่แล้ว หากศาลเห็นว่ามียุติธรรม และเป็นสิ่งที่สมควร เหมาะสมกับความร้ายแรงของฐานความผิด ศาลย่อมนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิดและโทษของจำเลยได้ แต่ในศาลต่างประเทศ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างนั้นเป็นวัฒนธรรมของจำเลยนั่นเอง การพิจารณาความเหมาะสมของวัฒนธรรมนั้นเปรียบเทียบกับความ

ร้ายแรงของฐานความผิด จึงอาจเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในแต่ละคดีว่าจะยอมรับจารีตประเพณี และวัฒนธรรมนั้นมากน้อยเพียงใด โดยที่ผู้พิพากษานั้นไม่มีความรู้เกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณี ดังกล่าวมากนัก แนวโน้มในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนชาติอื่นจึงย่อมมีน้อย เช่นกัน

ดังนั้น ในแง่ของฐานความผิดที่ศาลยอมรับให้จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในส่วนของจำเลยที่เป็นคนไทย ศาลฎีกายอมรับนำมาบังคับใช้ในฐานความผิดที่กว้างขวางที่อยู่แล้ว และเหตุที่ศาลยอมรับข้ออ้างเกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีในความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* มากกว่า เนื่องจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีส่วนเกี่ยวข้องกับศีลธรรม แบบแผนความประพฤติปฏิบัติของคนในสังคม ตลอดจนคติความเชื่อต่างๆ ความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองจึงมีพื้นฐานมาจากศีลธรรมของกลุ่มบุคคล การที่จำเลยจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานความผิดเหล่านี้ จึงมีความชอบธรรมที่ศาลจะนำมาพิจารณาได้ โดยอาศัยจารีตประเพณีวัฒนธรรมไทย สำหรับจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย แม้ในประเทศไทยยังไม่มีจำเลยประเภทนี้ยกข้ออ้างด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทย แต่เมื่อพิจารณาประเทศต่างๆ ที่ยกขึ้นมาเปรียบเทียบกับนั้น ศาลก็นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า ดังจะเห็นได้ในศาลประเทศแคนาดา แม้จำเลยซึ่งเป็นชนพื้นเมืองจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala prohibita* มาก แต่ศาลยอมรับค่อนข้างน้อย ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง และชนกลุ่มน้อยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดที่เป็น *mala in se* ศาลก็ยอมรับให้เป็นส่วนใหญ่ หากศาลฎีกาไทยจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่คนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยยกขึ้นอ้าง ผู้เขียนเห็นว่า ศาลน่าจะยอมรับในความผิดที่เป็น *mala in se* เช่นเดียวกับกรณีของคนไทยเป็นจำเลย หากแต่มาตรฐานในการพิจารณาอาจจะแตกต่างกัน เพราะหากจำเลยเป็นคนไทย อ้างวัฒนธรรมประเพณีไทย ศาลย่อมมีความรู้เกี่ยวกับวัฒนธรรมประเพณีนั้นน้อยอยู่แล้ว แต่หากจำเลยเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย อาจจะต้องมีมาตรฐานในการพิสูจน์ว่าวัฒนธรรมประเพณีนั้นมีลักษณะเช่นใด แล้วศาลจึงจะใช้ดุลพินิจว่าสมควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเช่นนั้นมาพิจารณาในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยหรือไม่

สำหรับความผิดเพราะกฎหมายห้ามหรือ *mala prohibita* แม้ทั้งในศาลไทยและศาลต่างประเทศยังมีการยอมรับในประเด็นนี้ค่อนข้างน้อย แต่อาจนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ยังไม่มีกรกล่าวอ้างในศาล เช่น ในประเทศไทย กรณีชาวบ้านที่อาศัยอยู่ในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งมาเป็นเวลานาน ต่อมา มีประกาศให้เป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ ซึ่งห้ามบุคคลใดยึดถือครอบครองทำประโยชน์ หรืออยู่อาศัย^๕ มิฉะนั้นจะมีความผิด^๕ ชาวบ้านอาจอ้างความเชื่อของตนได้ว่า เป็นสถานที่ที่ตนอาศัยอยู่ตั้งแต่ครั้งบรรพบุรุษ จึงมีสิทธิอยู่

^๕ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๐๗ มาตรา ๑๔ บัญญัติว่า

“ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ...”

^๕ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๐๗ มาตรา ๓๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๑๔ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าพันบาทถึงห้าหมื่นบาท”

อาศัยต่อไปได้ ซึ่งอาจทำให้ขาดเจตนาบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติ หรือกรณีการสาดน้ำบนท้องถนนในวันสงกรานต์ อาจเป็นการกีดขวางการจราจร ต้องด้วยองค์ประกอบความผิดในพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.๒๕๒๒^๖ หรือความผิดลหุโทษ ซึ่งเป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติไม่มีการจับกุมดำเนินคดี เพราะเป็นวัฒนธรรมประเพณีของไทยในการเล่นสงกรานต์ ฉะนั้น การที่ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในฐานะความผิดที่เป็น *mala prohibita* จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

อนึ่ง มีข้อน่าสังเกตว่า การแบ่งแยกประเภทของความผิด เป็นความผิดที่เป็น *mala in se* และความผิดที่เป็น *mala prohibita* ในแต่ละท้องที่นั้น มีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับทัศนคติ ความคิด และความเชื่อของบุคคลในท้องที่นั้นๆ อีกทั้งแม้ในท้องที่เดียวกัน ความคิดและความเชื่อของบุคคลอาจเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้ ความคิดในการแบ่งแยกประเภทของความผิดจึงแตกต่างกันไปในแต่ละท้องที่และแต่ละยุคสมัย ฐานความผิดที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษานั้นจึงย่อมแตกต่างกันไปด้วยเช่นกัน

๕.๔ จารีตประเพณีและวัฒนธรรม

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมซึ่งจำเลยในต่างประเทศและในประเทศไทยอันนั้นมีความแตกต่างกัน แบ่งแยกได้เป็นวัฒนธรรมหลัก (Dominant Culture) และวัฒนธรรมรอง (Subculture)

๕.๔.๑ ศาลต่างประเทศ

ในศาลต่างประเทศ เมื่อจำเลยซึ่งอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมส่วนใหญ่เป็นคนต่างชาติ ชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมือง จำเลยจึงมีวัฒนธรรมประเพณีที่ยกขึ้นอ้างหลายประเภท ซึ่งเป็นวัฒนธรรมของจำเลยเอง ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยจะเป็นคนในวัฒนธรรมใด อาจเป็นได้ทั้งวัฒนธรรมของคนชาติอื่น หรือเป็นวัฒนธรรมดั้งเดิมของชนพื้นเมืองเอง แยกพิจารณาได้ดังนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยซึ่งเป็นชาวต่างชาติ ยกขึ้นอ้าง เช่น วัฒนธรรมการสมรสของชาวอินเดีย (คดี *People v. Poddar*) วัฒนธรรม *oyako-shinju* (parent-child suicide) ของชาวญี่ปุ่น (คดี *People v. Kimura*) ความเชื่อว่าภรรยาไม่คู่เป็นตราบาปแก่สามีและวงศ์ตระกูลของชาวจีน (คดี *People v. Chen*) ความเชื่อเกี่ยวกับการขับไล่ปีศาจของชาวเกาหลี (คดี *People v. Rev. Chung and Rev. Choi*) ความเชื่อว่าต้องตอบแทนผู้มีพระคุณ

^๖ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.๒๕๒๒ มาตรา ๑๒๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ขับขี่มองไม่เห็นทางด้านหน้าหรือด้านข้างของรถได้โดยสะดวกในขณะที่เป็นการกีดขวางการควบคุมบังคับรถ”

มาตรา ๑๔๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม...มาตรา ๑๒๔... ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

ของชาวไทย (คดี People v. Manurasada) ความเชื่อว่าการหย่าจะไม่ได้รับการยอมรับในสังคม เวียดนาม (คดี Nguyen v. State) การแสดงความรักต่อบุตรของชาวอัฟกานิสถาน (คดี State v. Kargar) วัฒนธรรมในการเลี้ยงดูบุตรของชาวไนจีเรีย (คดี Dumpson v. Daniel M.) การกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นในวัฒนธรรมสเปน (คดี Trujillo-Garcia v. Rowland) และวัฒนธรรมการฆ่าผู้ข่มขืนบุตรสาวเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของชาวกรีก (คดี People v. Metallides)

จำเลยที่เป็นชนกลุ่มน้อย เช่น ชาวเมืองแอ่งวัฒนธรรมการสูบฝิ่น (คดี U.S. v. Koua Thao) ส่วนชนพื้นเมือง เช่น ชาว Navajo จะอ้างวัฒนธรรมการใช้ Peyote ในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา (คดี People v. Woody)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยที่ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างในคดีอาญาส่วนใหญ่เป็นคนต่างชาติ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงมีความแตกต่างหลากหลาย จำเลยย่อมมีความเชื่อตามวัฒนธรรมดั้งเดิมของตน และความเชื่อหรือวัฒนธรรมประเพณีนั้นมักเป็นมูลเหตุจูงใจทำให้จำเลยกระทำความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายต่อผู้เสียหาย ส่วนจำเลยที่เป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนพื้นเมืองจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการใช้ยาเสพติดเพื่อรักษาโรคหรือประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามความเชื่อของตน

สำหรับศาลประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมบางประการ เช่น วัฒนธรรมการสมรสของชาวอินเดีย วัฒนธรรม oyako-shinju (parent-child suicide) ของชาวญี่ปุ่น ความเชื่อว่าการหย่ามีชู้เป็นตราบาปแก่สามีและวงศ์ตระกูลของชาวจีน ความเชื่อเกี่ยวกับการขับไล่ปีศาจของชาวเกาหลี การแสดงความรักต่อบุตรของชาวอัฟกานิสถาน วัฒนธรรมการฆ่าผู้ข่มขืนบุตรสาวเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของชาวกรีก และวัฒนธรรมการใช้ Peyote ในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของชาว Navajo ส่วนจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลไม่ยอมรับนั้น เช่น ความเชื่อที่ต้องตอบแทนผู้มีพระคุณของชาวไทย ความเชื่อว่าการหย่าจะไม่ได้รับการยอมรับในสังคมเวียดนาม วิธีการในการเลี้ยงดูบุตรของชาวไนจีเรีย การกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นในวัฒนธรรมสเปน และวัฒนธรรมการสูบฝิ่นของชาวม้ง

จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ยกขึ้นอ้างในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีข้อน่าสังเกตว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลยอมรับนำมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณแก่จำเลย ศาลมิได้พิจารณาเฉพาะจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างเท่านั้น แต่ยังพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ อันเกี่ยวข้องกับจำเลยด้วย เช่น คดี People v. Poddar จำเลยอ้างวัฒนธรรมการสมรสของจำเลยซึ่งเป็นชาวอินเดียว่า จำเลยเกิดในวาระชั้นสูง เมื่อถูกผู้หญิงปฏิเสธที่จะสมรสด้วยจึงเกิดความเจ็บปวดศาลเห็นว่านอกจากเหตุผลทางวัฒนธรรมแล้ว จำเลยยังมีความเครียดจากการปรับตัวเข้ากับวัฒนธรรมใหม่ด้วย ศาลจึงปล่อยตัวจำเลย หรือคดี People v. Metallides ที่จำเลยอ้างวัฒนธรรมการฆ่าผู้ข่มขืนบุตรสาวเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของชาวกรีก หรือคดี People v. Kimura ที่จำเลยอ้างวัฒนธรรม oyako-shinju (parent-child suicide) ของชาวญี่ปุ่น ทั้งสองคดีศาลพิจารณาประกอบเหตุผลว่าจำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตด้วย จึงพิพากษายกฟ้องหรือลดโทษให้จำเลยแล้วแต่กรณี หรือคดี People v. Woody นอกจากวัฒนธรรมในการใช้พืชที่มีสารเสพติดในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาแล้ว ศาลยังพิจารณาสีทธิของชนพื้นเมืองซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญควบคู่กันไป

ด้วย ส่วนวัฒนธรรมประเพณีอื่นที่ศาลยอมรับนั้น แม้ศาลไม่ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่านำปัจจัยอื่นมาพิจารณาด้วยหรือไม่ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาพิพากษาของศาล ย่อมต้องนำปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของจำเลยมาพิจารณาประกอบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างด้วย

ส่วนจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับนั้น ศาลให้เหตุผล เช่น วัฒนธรรมไม่จำเป็นแก่การพิจารณาในคดี *Trujillo-Garcia v. Rowland* ที่จำเลยกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นที่รุนแรงในภาษาสเปน ทำให้จำเลยฆ่าผู้เสียหายเป็นการโต้ตอบ หรือคดี *Nguyen v. State* ศาลวินิจฉัยว่า การที่สามีขอหย่าจากภรรยาชาวเวียดนาม ยังไม่รุนแรงพอที่ภรรยาจะมีสิทธิทำร้ายสามีได้ หรือคดี *Dumpson v. Daniel M.* ศาลวินิจฉัยว่า วัฒนธรรมการเลี้ยงดูบุตรของชาวไนจีเรียจะเป็นอย่างไร ไม่สามารถนำมาอ้างในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ หรือคดี *People v. Manurasada* ความเชื่อของจำเลยชาวไทยที่ต้องตอบแทนผู้มีพระคุณไม่อาจอ้างเพื่อให้จำเลยจำต้องกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ หรือคดี *U.S. v. Koua Thao* จำเลยอ้างวัฒนธรรมการสูบฝิ่นของชาวม้ง แต่ศาลเชื่อว่าจำเลยมีไว้เพื่อจำหน่าย มิได้มีไว้เพื่อเสพ

ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใด ศาลมักจะอาศัยเหตุอื่นประกอบการพิจารณาด้วย เช่น จำเลยมีความเครียดจากการปรับตัวให้เข้ากับวัฒนธรรมใหม่ หรือจำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตร่วมด้วย ศาลจึงจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยในคดี แต่หากเมื่อพิจารณาฐานความผิดเปรียบเทียบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างแล้ว ฐานความผิดนั้นมีความรุนแรงมากและจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไม่อาจหักล้างการกระทำความผิดได้ ศาลจะไม่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมาวินิจฉัยในคดีเลย โดยเห็นว่าไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เช่น การกล่าวถ้อยคำที่รุนแรง ยังมีความร้ายแรงไม่มากพอที่จะให้จำเลยกระทำความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายได้ หรือความเชื่อเกี่ยวกับบุญคุณไม่อาจอ้างเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือการตีบุตรเกินสมควร ไม่อาจอ้างวัฒนธรรมในการเลี้ยงดูบุตรเพื่อยกเว้นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้

๒. ประเทศแคนาดา จำเลยที่เป็นชาวต่างชาติอ้างวัฒนธรรมประเพณีเกี่ยวกับยาเสพติด เช่น วัฒนธรรมการลักลอบนำเข้าของผิดกฎหมายของชาวเนปาล (คดี *R. v. Mingma Tenzing Sherpa*) วัฒนธรรมการใช้ Khat ของชาว Somali (คดี *R. v. Yusuf*) ส่วนจำเลยที่เป็นชนพื้นเมืองจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรม เช่น ความเชื่อเกี่ยวกับ Bearwalker และการพนันของชาว Ojibway (คดี *R. v. Jacko* และคดี *R. v. Nelson*) การตัดไม้ของชาว Maliseet (คดี *R. v. Sappier*) การจับปลาและขายปลาของชาว Indian (คดี *R. v. Fraser*) การนำเนื้อสัตว์ไปประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของชาว Coast Salish Indian (คดี *Jack and Charlie v. the Queen*) การล่าสัตว์ในเวลากลางคืนของชนพื้นเมือง (คดี *R. v. Pitawanakwat*) นอกจากนี้ ยังมีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงระหว่างสามีภรรยา (คดี *R. v. Lavallee*)

ศาลประเทศแคนาดายอมรับข้ออ้างของจำเลยที่เป็นคนต่างชาติให้อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวกับยาเสพติด คล้ายคลึงกับแนวคิดของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยอ้างจะต้องมีเหตุผลทางด้านอื่นประกอบ โดยคดี *R. v. Mingma*

Tenzing Sherpa จำเลยเป็นชาวเนปาลลัทธิลอบขนของเถื่อนคือ ยาเสพติด เข้ามาในประเทศแคนาดา ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องปกติในประเทศเนปาลเพราะมีความติดขัดในระบบศุลกากร รวมถึงจำเลยไม่ทราบว่าของที่ลักลอบขนมานั้นเป็นยาเสพติด หรือคดี R. v. Yusuf จำเลยชาว Somali นำเข้า Khat ซึ่งเป็นพืชที่เป็นยาเสพติดเข้ามาในประเทศแคนาดา เพราะพืชนี้ใช้ในการดำเนินชีวิตของจำเลย โดยจำเลยไม่ทราบว่าพืชนี้เป็นยาเสพติดตามกฎหมายของประเทศแคนาดา ผู้เขียนจึงเห็นว่า ทั้งสองคดีนอกจากเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมแล้ว ยังมีเหตุผลเกี่ยวกับการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด คือ ไม่ทราบว่าป็นยาเสพติด และความไม่รู้กฎหมายด้วย เพราะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นเป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ หรือ *mala prohibita* จำเลยย่อมอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้

กรณีชนพื้นเมืองของประเทศแคนาดา มักจะอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับวิถีการดำรงชีวิตของตน แต่ศาลยอมรับในอัตราส่วนที่น้อย โดยศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเฉพาะในคดี R. v. Sappier ยอมรับให้ชาว Maliseet ต้องตัดไม้เพื่อสร้างที่พักอาศัย แม้เป็นการตัดไม้ที่ไม่ได้รับอนุญาตก็ตาม หรือคดี R. v. Jacko จำเลยฆ่าผู้ตายเพราะเชื่อว่าเป็น Bearwalker คือคนที่ทำร้ายคนอื่นโดยใช้ยาพิษ คดีนี้ศาลมิได้พิเคราะห์อย่างชัดเจนว่าพิจารณาวัฒนธรรมของจำเลยหรือไม่ ศาลยกฟ้องเพราะเหตุว่ามีข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ แต่หากเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอื่น ศาลไม่ยอมรับ โดยให้เหตุผลว่าจำเลยไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีวัฒนธรรมประเพณีเช่นนั้นอยู่ในกลุ่มชนพื้นเมือง เช่น คดี R. v. Fraser การจับปลาและขายปลาโดยไม่มีใบอนุญาตของชาว Indian ศาลเห็นว่า จำเลยไม่มีวัฒนธรรมในการขายปลาเพื่อการพาณิชย์ หรือคดี Jack and Charlie v. the Queen ศาลวินิจฉัยว่า การประกอบพิธีกรรมทางศาสนาไม่มีเหตุผลเพียงพอให้ล่าสัตว์นอกฤดูกาลได้ หรือคดี R. v. Pitawanakwat ไม่มีหลักฐานว่าชนพื้นเมืองของจำเลยมีวัฒนธรรมล่าสัตว์ในเวลากลางคืนซึ่งขัดต่อกฎหมายได้ หรือ R. v. Nelson ศาลเห็นว่า การพนันมิใช่ส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมชนพื้นเมือง การเล่นเกมของจำเลยจึงต้องมีความผิด

นอกจากนี้ ยังมีคดี R. v. Lavallee ซึ่งเป็นคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงระหว่างสามีภรรยา หรือ battered woman syndrome สามีกระทำความรุนแรงต่อภรรยาเรื่อยมา จนภรรยาฆ่าสามีเพื่อป้องกันตนเอง ซึ่งศาลยอมรับข้ออ้างนี้ ประกอบกับความเห็นของนักจิตวิทยาเกี่ยวกับสภาวะแห่งจิตของจำเลยที่มีความกดดันอยู่ตลอดเวลา ศาลเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี

ดังนั้น ในประเทศแคนาดา ศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในลักษณะที่คล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ต้องมีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมควบคู่กับเหตุผลอื่น เช่น การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ความไม่รู้กฎหมาย หรือสภาวะแห่งจิตของจำเลย แต่หากจำเลยไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมที่เพียงพอว่า จำเลยมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดังที่กล่าวอ้าง ศาลย่อมไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย

๓. ประเทศเยอรมนี จำเลยที่เป็นคนมุสลิมอ้างวัฒนธรรมในการฆ่าเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของวงศ์ตระกูล หรือ Honor Killing

เดิม การอ้างวัฒนธรรมเกี่ยวกับ Honor Killing ศาลประเทศเยอรมนีเคยยอมรับให้ จำเลยอ้างได้ และศาลลดฐานความผิดให้ แต่ต่อมา ศาลประเทศเยอรมนีกลับแน่ววินิจฉัย ไม่นำ วัฒนธรรมของบุคคลกลุ่มอื่นมาประกอบการพิจารณา จนกระทั่งมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติให้ Honor Killing เป็นการฆ่าโดยมีเหตุจูงใจพื้นฐาน ซึ่งเป็นเหตุจูงใจของความผิดฐานฆ่า ผู้อื่น ศาลจึงไม่นำวัฒนธรรมนี้มาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดอีกต่อไป ส่วนจารีต ประเพณีและวัฒนธรรมอื่นๆ ไม่พบว่าศาลประเทศเยอรมนีนำไปใช้ในการพิจารณาคดีอาญา แต่หากจะ นำมาใช้ กฎหมายเปิดช่องให้นำมาใช้อ้างในเรื่องความไม่รู้กฎหมาย

๔. ประเทศฝรั่งเศส จำเลยที่เป็นคนต่างชาติอ้างวัฒนธรรมประเพณี เช่น การสวมใส่ ผ้าคลุมหน้าของสตรีมุสลิม การขลิบอวัยวะเพศของผู้หญิง หรือการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทาง ศาสนา

โดยส่วนใหญ่แล้ว ศาลประเทศฝรั่งเศสยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จำเลยที่มี วัฒนธรรมต่างจากคนฝรั่งเศสไม่อาจอ้างความไม่รู้กฎหมายเพื่อเป็นข้อแก้ตัวได้ ศาลยอมรับแค่เรื่อง การฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา เพราะมีการบัญญัติกฎหมายให้คนยิวออโรด็อกซ์อ้างใน เรื่องการฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาและบริโภคนิสต์สัตว์นั้นได้

กล่าวโดยสรุป ข้อแตกต่างของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่มีการยกขึ้นอ้างในแต่ละ ประเทศ คือ การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีอาญาจะมีความแตกต่างหลากหลาย ศาล ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยอาศัยเหตุผลด้านอื่นประกอบกันด้วย เช่น จำเลยมีอาการผิดปกติทางจิต แต่หากจะไม่ยอมรับ ศาลจะให้เหตุผลว่าจารีตประเพณีและ วัฒนธรรมนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพราะความผิดที่จำเลยกระทำนั้นมีความร้ายแรงมาก จน จำเลยไม่อาจอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อลบล้างความผิดได้ ส่วนประเทศแคนาดา ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้างต้องพิจารณาประกอบกับเหตุอื่น เช่น การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ความไม่รู้กฎหมาย หรืออาการผิดปกติทางจิต ของจำเลย แต่หากจำเลยไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานได้ว่าจำเลยมีวัฒนธรรมประเพณีเช่นนั้น ศาล จะไม่ยอมให้จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อเป็นคุณเลย กรณีแตกต่างจากประเทศ เยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ที่ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยหรือไม่ ขึ้นอยู่ กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ หากกฎหมายยกเว้นให้จำเลยกระทำตามจารีตประเพณีนั้น ได้ จำเลยย่อมไม่มีความผิด แต่หากไม่มีกฎหมายยกเว้น ศาลจะไม่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมา วินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย แม้จำเลยจะอ้างเรื่องความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากกฎหมายบัญญัติถึงขนาดที่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นเป็นผลร้ายแก่จำเลย ศาล ก็จะพิจารณาพิพากษาคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

อนึ่ง มีข้อน่าสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law กล่าวคือ ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law มัก ยึดถือตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด การจะนำจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมใดของจำเลยมา ประกอบการพิจารณาของศาลได้ ย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากเป็นประเทศในระบบ กฎหมาย Common Law ศาลมีดุลพินิจค่อนข้างมากในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของ

จำเลยมาปรับใช้ โดยศาลอาจใช้ควบคู่กับเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษที่มีอยู่แล้วในกฎหมาย เพื่อให้เหตุผลในการวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยนั้นมีความชัดเจนมากขึ้น

ดังนั้น โดยภาพรวม ในศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี หรือประเทศฝรั่งเศส ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้างมาประกอบการพิจารณาเท่าที่จะทำได้ เว้นแต่จำเลยไม่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจน หรือจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นไม่สมเหตุสมผลเมื่อเทียบกับความผิดที่จำเลยกระทำ หรือการนำมาใช้นั้นขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน

๕.๔.๒ ศาลฎีกา

สำหรับในศาลฎีกาไทย เมื่อจำเลยที่ยกจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้างเป็นคนไทย จำเลยจึงมักจะยกวัฒนธรรมหลัก (Dominant Culture) ของไทยขึ้นอ้าง โดยเป็นวิถีในการดำเนินชีวิตของคนไทยโดยรวม รวมทั้งเป็นระบบความคิดความเชื่อหรือค่านิยมของคนไทยส่วนใหญ่ และเป็นสิ่งที่คนไทยยึดถือปฏิบัติมานาน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ความสัมพันธ์ในหมู่เครือญาติหรือเพื่อนฝูง ความสัมพันธ์ในฐานะครูอาจารย์กับศิษย์ ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทย ความเชื่อในทางพระพุทธศาสนา เป็นต้น ซึ่งวัฒนธรรมหลักเหล่านี้ ศาลมักยอมรับนำมาปรับใช้ แต่อาจนำมาใช้ในระดับที่เป็นผลตีแตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่จำเลยอ้างวัฒนธรรมรอง (Subculture) อันเป็นวัฒนธรรมของกลุ่มคนบางกลุ่มเท่านั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๗/๒๕๗๑ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๓/๒๕๓๑ จำเลยอ้างความเชื่อเกี่ยวกับการไล่ผีปอบ ซึ่งเป็นความเชื่อเฉพาะในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และศาลยอมรับแต่เพียงไม่ต้องด้วยเหตุจรรยาบรรณของความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๙-๕๘๐/๒๕๗๓ จำเลยอ้างความเชื่อในการยิงปืนเพื่อช่วยตัดเพลิงให้สงบ อันเป็นความเชื่อของภาคเหนือ เมื่อมีผู้ได้รับบาดเจ็บ ศาลยอมรับว่าเป็นการกระทำโดยประมาท แต่ไม่ได้กระทำโดยเจตนา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๕๖๒ จำเลยอ้างว่า การกั้นฝายในลำแม่น้ำปิง เป็นประเพณีของมณฑลพายัพ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๕๖๖ จำเลยอ้างว่า การต่อสะพานไปในทะเลเป็นประเพณีของชาวบางปลาสร้อย ศาลไม่ยอมรับนำมาประกอบการวินิจฉัยเลย เพราะมิใช่จารีตประเพณีที่สมควร เป็นการจำกัดการเดินทางสัญจรของมหาชน และขัดกับกฎหมายอาญา ซึ่งวัฒนธรรมประเพณีเหล่านี้ ศาลจะยอมรับต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าจารีตประเพณีนั้น ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน เป็นประเพณีที่สมควร มีกำหนดแน่นอน และไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษร ยกเลิกหรือประเพณีนั้นขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร^๗

^๗ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๕๖๒.

ความเชื่อซึ่งเป็นวัฒนธรรมรองยังมีกรณีฆ่าคนเพราะเชื่อว่ามิวิชาอาคม อยู่คง ที่ปรากฏในคำพิพากษาหลายเรื่อง ก็เป็นเพียงความเชื่อของบุคคลกลุ่มหนึ่งเท่านั้น มิใช่ความเชื่อของคนไทยส่วนใหญ่ ศาลจึงไม่ยอมรับให้อ้างความเชื่อเช่นนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้

อนึ่ง มีข้อน่าสังเกตว่า ศาลฎีกาจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใดมาประกอบการพิจารณาพิพากษา ศาลมิได้กล่าวโดยชัดแจ้งในคำพิพากษาว่าเป็นจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมไทยอย่างไรบ้าง และมีได้กล่าวไว้ว่าเป็นการนำมาปรับใช้อย่างไร ส่วนใหญ่แล้ว ศาลจะปรับใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพียงประการเดียว มิได้มีเหตุผลอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย แต่จะเป็นการนำมาใช้ให้ต้องด้วยบทยกเว้นความผิด บทยกเว้นโทษ หรือบทลดโทษที่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยบันดาลโทสะ^{๔๔}

ดังนั้น ศาลฎีกาของไทยยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยอ้างเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะวัฒนธรรมหลักของไทย โดยนำมาใช้โดยตรงในคดี มิได้ประกอบกับเหตุผลด้านอื่นๆ ด้วย แต่หากเป็นวัฒนธรรมรองแล้ว ศาลนำวัฒนธรรมรองมาใช้ค่อนข้างน้อย รวมถึงไม่ปรากฏกรณีวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยในการพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกาด้วย วัฒนธรรมรองที่ศาลฎีกากล่าวถึง คงมีเพียงวัฒนธรรมของท้องถิ่นในแต่ละภาคของไทยเท่านั้น

๕.๔.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ

หากเปรียบเทียบจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่มีการกล่าวอ้างในศาลต่างประเทศ และในศาลฎีกาของไทยแล้ว พบว่า ในศาลต่างประเทศมีการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย ซึ่งประเทศไทยยังไม่ปรากฏจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเช่นนี้ คดีในศาลฎีกาจะมีเฉพาะวัฒนธรรมหลักของไทย และวัฒนธรรมของคนท้องถิ่นเท่านั้น แต่ในส่วนที่คนไทยเป็นจำเลยนั้น ศาลยอมรับวัฒนธรรมหลากหลายอยู่แล้ว คงขาดเฉพาะการยอมรับวัฒนธรรมรองให้มากขึ้นเท่านั้น

สำหรับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาล ผู้เขียนเห็นว่า การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลฎีกาไทยมีความก้าวหน้ามากกว่าในศาลต่างประเทศ เพราะเป็นการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพียงประการเดียวเพื่อวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ต่างจากในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในคดีอาญานั้น มักต้องใช้ประกอบกับเหตุผลทางด้านอื่น เช่น อาการผิดปกติทางจิตของจำเลย แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยเป็นประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ ศาลฎีกาจึงพยายามอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้ต้องด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา อาจกล่าวได้ว่า การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในคดีอาญาของไทย จึงเสมือนเป็นการผสมผสานระหว่างวิธีการของประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law กล่าวคือ ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในทางที่เป็นคุณแก่

^{๔๔} โปรดดูหัวข้อ ๕.๖ ความชัดเจนและความเพียงพอของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา.

จำเลยได้แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง แต่ในขณะที่เดียวกัน ศาลพยายามอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้ต้องด้วยหลักเกณฑ์การยกเว้นความรับผิด การยกเว้นโทษ หรือลดโทษในประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประเทศไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคดีอาญา อาจต้องพิจารณารัฐประศาสน์นโยบายด้วย ดังตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศส หากรัฐสภาเห็นควรคุ้มครองสิทธิทางวัฒนธรรมในเรื่องใดจะบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธินั้น ศาลประเทศฝรั่งเศสจึงต้องพิจารณาตามตัวบทกฎหมาย ศาลไทยก็เช่นเดียวกัน หากรัฐต้องการคุ้มครองหรือในทางตรงกันข้าม จำกัดสิทธิทางวัฒนธรรมของชนกลุ่มใด โดยบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลพึงใช้ดุลพินิจไปในทางเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ศาลฎีกาไทยยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีซึ่งคนไทยเป็นจำเลยมากเพียงพอแล้ว อาจเป็นเพราะศาลคุ้นเคยกับวัฒนธรรมประเพณีไทยอยู่แล้ว ศาลจึงไม่ค่อยมีข้อโต้แย้งในการยอมรับนำมาใช้กับความรับผิดทางอาญา แต่หากจำเลยเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย ซึ่งถือได้ว่าเป็นวัฒนธรรมรอง คงต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดังกล่าวมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ที่จะยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษ เมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของความผิด ทั้งการนำมาปรับใช้ต้องขึ้นอยู่กับว่าจำเลยสามารถแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมจนเป็นที่พอใจแก่ศาลหรือไม่ว่าวัฒนธรรมนั้นมีอยู่จริง ประกอบกับในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๕๖๒ วินิจฉัยแนวทางไว้ด้วยว่า ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน เป็นประเพณีที่สมควร มีกำหนดแน่นอน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะอักษรยกเลิกหรือประเพณีนั้นขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อมีจารีตประเพณีวัฒนธรรมอื่นที่มีใช้วัฒนธรรมหลักของไทย ยกขึ้นอ้างในศาลไทย ศาลจึงน่าจะพิจารณาโดยอาศัยแนวทางดังกล่าวได้ สำหรับวิธีการในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลนำมาปรับให้เข้ากับหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่ดีแล้ว เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ เพียงแต่อาจต้องพิจารณารัฐประศาสน์นโยบายในแต่ละยุคสมัยด้วยว่าต้องการคุ้มครองบุคคลกลุ่มใดเป็นพิเศษหรือไม่ เพื่อจะตีความกฎหมายให้สมประโยชน์มากที่สุด

๕.๕ ระดับของการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม

ระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลนั้นมีหลายระดับ อาจถึงขนาดวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด หรือเพียงลดโทษให้จำเลยก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้าง

๕.๕.๑ ศาลต่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว ไม่ว่าจะจำเลยในประเทศใดโดยอรรถจารีตประเพณีและวัฒนธรรมขึ้นอ้าง เพื่อให้ศาลพิพากษาในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยมากที่สุด แต่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลแต่ละประเทศยอมรับนั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งศาลยอมรับนำมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยในคดีอาญา ในระดับที่แตกต่างกันด้วย ซึ่งศาลแต่ละประเทศนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยเป็นคุณแก่จำเลยในระดับใดนั้น จะวิเคราะห์เฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา แยกพิจารณาได้ ดังนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาเป็นเหตุยกฟ้องเพราะการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด เช่น คดี *People v. Poddar* จำเลยอ้างวัฒนธรรมการสมรสของชาวอินเดียเพื่อฆ่าหญิงที่ปฏิเสธจะสมรสกับจำเลย หรือคดี *People v. Metallides* จำเลยอ้างวัฒนธรรมการฆ่าผู้ข่มขืนบุตรสาวเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของชาวกรีก หรือคดี *State v. Kargar* จำเลยอ้างวัฒนธรรมในการแสดงความรักต่อบุตร หรือคดี *People v. Woody* จำเลยซึ่งเป็นชาว Navajo อ้างวัฒนธรรมการใช้ Peyote ในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา

กรณีที่ศาลลดฐานความผิด และมีผลให้ลดโทษด้วย เช่น คดี *People v. Kimura* จำเลยอ้างวัฒนธรรม oyako-shinju (parent-child suicide) ของชาวญี่ปุ่น ศาลลดฐานความผิดจาก first-degree murder เป็น voluntary manslaughter หรือคดี *People v. Chen* จำเลยฆ่าภรรยาที่มีชู้ เพราะชาวจีนเชื่อว่าภรรยามีชู้เป็นตราบาปแก่สามีและวงศ์ตระกูล ศาลลดฐานความผิดจาก second-degree murder เป็น second-degree manslaughter หรือคดี *People v. Rev. Chung and Rev. Choi* จำเลยมีความเชื่อเกี่ยวกับการขับไล่ปีศาจของชาวเกาหลี ศาลลดฐานความผิดเป็น involuntary manslaughter

ศาลประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยนำเหตุอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย เช่น จำเลยมีความเครียดจากการปรับตัวให้เข้ากับวัฒนธรรมใหม่ หรือจำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตร่วมด้วย ส่วนระดับในการยอมรับนั้น พบในสองระดับ คือ กรณีที่ศาลยกฟ้องเพราะเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิด และกรณีที่ศาลลดฐานความผิด หรือลดโทษ

ในกรณีที่ศาลยกฟ้อง บางครั้งศาลยกฟ้องโดยให้ส่งตัวจำเลยกลับประเทศ เช่น คดี *People v. Poddar* แม้ศาลจะยอมรับวัฒนธรรมเกี่ยวกับการสมรสของชาวอินเดีย แต่ศาลสั่งให้ส่งตัวจำเลยกลับประเทศอินเดีย บางคดี แม้ศาลจะยอมรับข้ออ้างทางวัฒนธรรมของจำเลย แต่ศาลเห็นว่าการดำเนินคดีย่อมเป็นตัวอย่างให้จำเลยทราบว่าจะไม่สามารถกระทำการตามวัฒนธรรมของตนได้อีกในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น คดี *State v. Kargar* ดังนั้น ในบางคดี แม้ศาลจะยกฟ้องโดยอาศัยเหตุผลทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้าง แต่ศาลมิได้ส่งเสริมให้มีการอ้างวัฒนธรรมประเพณีเช่นนี้อีก

สำหรับกรณีที่ศาลลดฐานความผิดและลดโทษ บางคดีศาลให้คุมประพฤติด้วย เช่น คดี *People v. Kimura* หรือคดี *People v. Chen* ซึ่งในคดีหลังนี้ มีการวิจารณ์ว่า นอกจากศาลลด

ฐานความผิดแล้ว ศาลให้คุมประพฤติเป็นเวลา ๕ ปี เรียกได้ว่าเป็นการยกเว้นโทษมากกว่าเพียงแค่ลดโทษ อาจเพราะโทษที่ศาลลงนั้นน้อยมาก

ดังนั้น หากจะพิจารณาระดับของการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว บางกรณีศาลยอมรับว่าจำเลยไม่มีความผิดเลย แต่บางครั้ง ศาลเห็นว่าจำเลยยังมีความผิดอยู่ เพียงแค่ศาลลดฐานความผิดที่จะลงโทษและลดโทษให้เท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยทางที่เป็นคุณในระดับใด อาจขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณีไป แม้ฐานความผิดเดียวกัน แต่จำเลยคนละเชื้อชาติ อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมต่างกัน ศาลก็อาจนำมาวินิจฉัยในทางที่ต่างกันได้

๒. ประเทศแคนาดา กรณีที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาเป็นเหตุยกฟ้อง เพราะการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด เช่น คดี R. v. Mingma Tenzing Sherpa จำเลยอ้างความติดขัดของระบบศุลกากรในเนปาลเพื่อลักลอบนำของผิดกฎหมายเข้าประเทศแคนาดา หรือคดี R. v. Yusuf จำเลยอ้างว่า Khat ซึ่งเป็นยาเสพติด เป็นพืชซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมชาว Somali หรือคดี R. v. Sappier ชาว Maliseet อ้างการตัดไม้ที่ไม่ได้รับอนุญาต เพื่อสร้างที่พักอาศัย หรือคดี R. v. Lavallee ซึ่งสามีกระทำความรุนแรงต่อภรรยา จนภรรยาต้องฆ่าสามีเพื่อป้องกันตนเอง ศาลถือว่าการป้องกันตนเองโดยชอบ จึงยกฟ้อง

ในประเทศแคนาดาปรากฏเฉพาะกรณีที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด แต่เป็นการวินิจฉัยร่วมกับเหตุยกเว้นความผิดประการอื่นด้วย เช่น การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ความไม่รู้กฎหมาย เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีเหตุต่างๆ เหล่านี้ อาจทำให้ศาลตัดสินใจง่ายขึ้นในการยกฟ้องจำเลย เพราะเพียงแค่เหตุยกเว้นความผิดประการอื่นก็สามารถทำให้ศาลพิพากษายกฟ้องจำเลยได้แล้ว เมื่อมีเหตุผลทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบด้วย ย่อมเป็นเหตุผลอันหนักแน่นในการพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิด

กล่าวโดยสรุป การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในแต่ละประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา ศาลจะยอมรับในระดับใดคงขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละกรณี วัฒนธรรมที่แตกต่างกันเมื่อนำมาใช้วินิจฉัยความผิดเดียวกัน ย่อมก่อให้เกิดผลแตกต่างกันได้

๕.๕.๒ ศาลฎีกา

สำหรับศาลฎีกาไทย การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมีระดับที่แตกต่างกันออกไปและใช้ในฐานความผิดที่ต่างกัน ดังนี้

๑. กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนา ทำให้การกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ จำเลยจึงไม่มีความผิด ศาลวินิจฉัยในความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับการพนัน เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงเพื่อจับมือถือแชนตามประสาคนรัก โดยไม่มีเจตนากระทำอนาจาร หรือจำเลยอ้างการใช้ถ้อยคำว่ากล่าวในทำนองไฝในทางชู้สาวเป็นเรื่องปกติธรรมดา โดยไม่มีเจตนาหมิ่นประมาท หรือ

จำเลยอ้างความสนิทสนมคุ้นเคยในหมู่เพื่อนฝูงเพื่อถือวิสาสะหยิบยืมของไปใช้โดยไม่มีเจตนาลักทรัพย์ หรือเพื่อเล่นพนันกันโดยไม่มีเจตนากระทำความผิดตามกฎหมาย

๒.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาพิเศษ ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเจตนาพิเศษในความผิดบางฐาน ทำให้การกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ จำเลยจึงไม่มีความผิด ศาลวินิจฉัยในความผิดต่อเสรีภาพ และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงในการพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อประสงค์เลี้ยงดูในฐานะภริยา โดยไม่มีเจตนาพรากเพื่อการอนาจาร หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรเพื่อพรากบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายจากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ไม่เป็นการพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ในครอบครัวเพื่อนำทรัพย์สินไปใช้ในครัวเรือนหรือเพื่อรักษาทรัพย์สินของครอบครัวไว้ โดยไม่มีเจตนาทุจริต

๓.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ จำเลยย่อมไม่มีความผิด ไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี ศาลวินิจฉัยในความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเพื่อฉ้อคร่ำหญิงที่มีความสัมพันธ์กันมาก่อน หรือบุกรุก ทำอนาจารต่อหญิงนั้น

๔.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด ศาลวินิจฉัยในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย และความผิดฐานหมิ่นประมาท เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์โดยศิษย์พอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเพื่อป้องกันบุตรจากการกระทำอนาจารโดยบุคคลอื่น หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ฉันทามิตรเพื่อรักษาชื่อเสียงเกียรติยศ หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทย เพื่อแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต

๕.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ ศาลวินิจฉัยในความผิดฐานหมิ่นประมาท เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทยเพื่อพิสูจน์ความจริงให้ประจักษ์แก่ศาล และไม่ต้องรับโทษความผิดฐานหมิ่นประมาท

๖.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ ศาลวินิจฉัยในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาหรือคนรักเพื่อทำร้ายภรรยากับชายชู้ขณะที่มีได้ร่วมประเวณีกัน หรือเพื่อทำร้ายชายที่มีความสัมพันธ์ แต่ไม่ยอมรับเลี้ยงดู หรือเพื่อทำร้ายสามีที่กดขี่ข่มเหง หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเพื่อทำร้ายชายที่ลักลอบมาหาบุตรสาวในยามวิกาล อันเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

๗.กรณีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่การกระทำโดยเจตนา ศาลวินิจฉัยในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น จำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาหรือระหว่างเพื่อนฝูงเพื่อหยอกล้อแะเนื้อตองตัวกันหรือใช้อาวุธหยอกล้อกัน หรือจำเลยอ้างจารีตประเพณีของชาวเหนือที่ยิงปืนเพื่อตัดเพลงให้สงบ เมื่อมีผู้ได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต คงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำโดยประมาทเท่านั้น

๘.กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา มิใช่ความผิดตามบทกฤษฎีกา ศาลวินิจฉัยในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น จำเลยอ้างความเชื่อเกี่ยวกับผีปอบเพื่อทุบตีขับไล่ผีปอบในตัวบุคคลอื่นจนบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ไม่เป็นความผิดฐานฆ่าโดยกระทำทารุณโหดร้าย หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์อันสามีมักรรยาเพื่อทำร้ายหรือฆ่าตนเองเพราะโกรธหรือน้อยใจ จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ไม่เป็นความผิดฐานฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

๙.กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา มิใช่ความผิดตามบทหนัก ศาลวินิจฉัยในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น จำเลยอ้างวัฒนธรรมของกลุ่มนักศึกษาต่างสถาบันกันเพื่อเรียกเอาทรัพย์จากผู้เสียหาย โดยไม่มีเจตนาปล้นทรัพย์ เป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น หรือจำเลยอ้างความสัมพันธ์ระหว่างสามีมักรรยาเพื่อทำร้ายสามีที่คลอเคลียหญิงอื่นต่อหน้า ถือว่าไม่มีเจตนาฆ่า มีเพียงเจตนาทำร้ายเท่านั้น

๑๐.กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรรอการลงโทษให้จำเลย เช่น ศาลอ้างความสัมพันธ์ระหว่างเครือญาติ ความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิง หรือความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์ เพื่อไม่รอการลงโทษให้แก่จำเลย

๑๑.กรณีวินิจฉัยว่าสมควรลงโทษจำเลยในสถานหนัก ในกรณีบุตรทำร้ายหรือฆ่าบุพการี ซึ่งกฎหมายบัญญัติโทษหนักขึ้นมากกว่าการทำร้ายหรือฆ่าบุคคลทั่วไปอยู่แล้ว

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ศาลฎีกาไทยยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยอ้างเพื่อวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยในหลายระดับ รวมทั้งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเดียวกันเมื่อนำมาใช้ในฐานความผิดที่ไม่เหมือนกัน และระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดต่างกัน ศาลย่อมนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยในระดับที่แตกต่างกันด้วย เช่น

๑.ความสัมพันธ์ระหว่างสามีมักรรยา รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิง ศาลฎีกานำวัฒนธรรมประเพณีนี้มาใช้บ่อยครั้ง ระดับในการยอมรับของศาล จึงมีตั้งแต่ระดับว่าจำเลยขาดเจตนาในกรณีจับมือถือแขนตามประสาคนรัก และกรณีใช้ถ้อยคำว่ากล่าวในทำนองใฝ่ในทางคู่สาว บางครั้ง ถือว่าจำเลยขาดเจตนาพิเศษ เช่น กรณีพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อเลี้ยงดูในฐานะภรรยาไม่ถือเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร หรือในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ สามีนำทรัพย์สินของภรรยาไปเพื่อไม่ให้ภรรยานำไปเล่นการพนัน เป็นการปกป้องทรัพย์สินของครอบครัว สามีไม่มีเจตนาทุจริต ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างสามีมักรรยาหรือคนรักยังเป็นเหตุให้ชายสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจติดตาม ฆูดคร่าหรือแม้กระทั่งกระทำชำเราหญิงได้ แต่ต้องมีใช้การใช้กำลังรุนแรง หรือกรณีไม่มีเหตุแห่งความสำคัญผิดอีก

นอกจากนี้ กรณีที่สามีมักรรยาฆ่าคู่หรือชายหรือหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางประเวณีกับคู่สมรสของตน ศาลฎีกาวินิจฉัยในระดับที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างสามีมักรรยาว่าเป็นสามีมักรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการกระทำระหว่างสามีมักรรยากับหญิงหรือชายอื่นนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเกียรติยศศักดิ์ศรีและชื่อเสียงของคู่สมรสอีกฝ่ายมากน้อยเพียงใด การกระทำอาจอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ หรือบางกรณีศาลไม่ยอมรับเกี่ยวกับจารีตประเพณีนี้เลย เปรียบเทียบกับศาลต่างประเทศแล้ว

กรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี People v. Chen จำเลยซึ่งเป็นชาวจีนใช้ค้อนทุบตีภรรยาเพราะภรรยาไม่เชื่อ ศาลลดฐานความผิด และให้คุ้มครองประพฤติกองจำเลย แสดงว่าศาลประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับวัฒนธรรมนี้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างสามีภรรยา การเป็นสามีภรรยาไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการทำร้ายร่างกายอีกฝ่ายหนึ่งได้ อีกฝ่ายตอบโต้โดยอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

การเป็นสามีภรรยาไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นมาข้องเกี่ยวกับคู่สมรสของตนได้ การว่ากล่าวผู้มีความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวกับคู่สมรสของตน จึงเป็นการกล่าวด้วยความชอบธรรมเพื่อป้องกันส่วนได้เสียของตนตามคลองธรรม ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือหากหญิงทำร้ายร่างกายหญิงอื่นที่แย่งสามีของตนและถูกเหยียดหยาม หรือหญิงมีความสัมพันธ์กับชายจนตั้งครรภ์ แต่ชายไม่ยอมรับ จึงทำร้ายร่างกายชาย อาจถือว่าหญิงนั้นกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้

ในบางครั้ง สามีภรรยาทำร้ายหรือฆ่ากันเอง แต่เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาแล้ว ศาลอาจถือว่ามิได้มีเจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาหรือคนรัก หรือความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิง เป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลฎีกาไทยนำมาวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลยในความผิดที่หลากหลาย โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ทั้งระดับในการนำมาใช้ มีตั้งแต่ใช้วินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนา ขาดเจตนาพิเศษ สำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจกระทำได้ ตลอดจนวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด หรือไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี

๒. ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร นำมาใช้วินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดเจตนาพิเศษ ในกรณีบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายพรากบุตรผู้เยาว์จากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา

บางครั้ง ถือเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หากบิดามารดาช่วยเหลือบุตรสาวจากผู้ที่มาลวนลาม แต่หากบิดาทำร้ายชายที่นัดแนะมาหาบุตรสาวของตนที่บ้าน โดยไม่เคารพยำเกรงต่อผู้เป็นบิดา ถือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรมาวินิจฉัยในความผิดต่อชีวิตและร่างกายหลายประการ รวมทั้งความผิดต่อเสรีภาพ โดยมีทั้งกรณีถือว่าจำเลยไม่มีเจตนา หรือเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

นอกจากนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับศาลต่างประเทศแล้ว มีวัฒนธรรมอีกประการหนึ่งที่คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว คือ การฆ่าเพื่อรักษาเกียรติยศชื่อเสียงของวงศ์ตระกูล หรือ Honor Killing ในศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลยอมรับวัฒนธรรมนี้ แต่พิจารณาควบคู่กับเหตุผลด้านอื่น เช่น ผู้กระทำความผิดมีอาการผิดปกติทางจิตร่วมด้วย

๓. ความสัมพันธ์ในหมู่เครือญาติหรือเพื่อนฝูง ความสัมพันธ์ในกลุ่มเพื่อนฝูงทำให้การกระทำบางประการถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนา คือการหยิบทรัพย์สินของเพื่อนไปโดยถือวิสาสะต่อกัน หรือการเล่นพนันเพื่อความรื่นเริงในระหว่างกลุ่มเพื่อน

บางกรณีในคดีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ถือว่าจำเลยขาดเจตนาทุจริต ซึ่งเป็นเจตนาพิเศษ เช่น บุคคลในครอบครัวนำทรัพย์สินของบุตรหลานมาใช้จ่ายเพื่อการอุปการะเลี้ยงดูบุตรหลานนั้น

นอกจากนี้ ญาติผู้ใหญ่ในครอบครัวมีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนบุตรหลานได้ เช่นเดียวกับบิดามารดา แต่หากบุตรหลานไม่เชื่อฟังและแสดงกิริยาไม่ให้ความเคารพญาติผู้ใหญ่ ญาติผู้ใหญ่ก็กระทำโต้ตอบโดยอ้างเหตุผลดโหดเพราะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะไม่ได้

ในทางกลับกัน หากบุตรหลานลักทรัพย์ของญาติผู้ใหญ่ โดยมีได้เครพยำเกรง ศาลถือว่าไม่มีเหตุอันควรปราณีรอการลงโทษ

การหยอกล้อกันในระหว่างเครือญาติหรือเพื่อนฝูง โดยผลัก หรือนำอาวุธ ของมีคมมาหยอกล้อกัน ศาลฎีกาถือว่าเป็นเพียงการกระทำความผิดโดยประมาท ผู้กระทำไม่มีเจตนา

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างเครือญาติหรือเพื่อนฝูง ศาลนำมาพิจารณาในความผิดหลายฐาน มีผลเป็นคุณแก่จำเลยตั้งแต่วินิจฉัยว่าขาดเจตนา ขาดเจตนาพิเศษ เป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่โดยเจตนา หรือแม้กระทั่งนำมาวินิจฉัยว่ามีเหตุสมควรรอการลงโทษแก่จำเลยหรือไม่

๔. ความสัมพันธ์ในฐานะครูอาจารย์กับศิษย์ กรณีกฎหมายจารีตประเพณียกเว้นความผิดหากครูตักเตือนนักเรียนพอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน เป็นการนำความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์มาพิจารณา และศาลฎีกายอมรับตลอดมา แต่เมื่อเปรียบเทียบกับคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Dumpson v. Daniel M.* แล้ว ศาลไม่ยอมรับการที่บิดาชาวไนจีเรียลงโทษบุตรโดยการตี เพราะถือว่าเป็นวัฒนธรรมการเลี้ยงดูเฉพาะของกลุ่มคนกลุ่มหนึ่ง มิใช่วัฒนธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา การยอมรับเช่นนี้ต่างจากศาลไทย เพราะศาลไทยยอมรับให้ตีเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนได้ แม้จำเลยจะมีไข้บิดามารดา แต่เป็นครูอาจารย์หรือพระสงฆ์ ซึ่งถือว่าได้รับมอบอำนาจมาจากบิดามารดาให้อบรมสั่งสอนศิษย์

ในทางตรงกันข้าม หากครูอาจารย์ไม่อบรมสั่งสอนศิษย์ แต่กลับกระทำความผิดทางเพศต่อศิษย์เอง ไม่มีเหตุรอการลงโทษให้ครูอาจารย์นั้น

ความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์จึงมีความสำคัญ ในฐานะเป็นตัวอย่างอันเด่นชัดในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทย และสังคมไทยถือว่าครูอาจารย์มีฐานะเสมือนบิดามารดา จึงมีหน้าที่อบรมสั่งสอนศิษย์ เมื่อครูอาจารย์กระทำความผิดเอง ศาลจึงไม่รอการลงโทษให้

๕. ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทย การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับวัตรปฏิบัติของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา ซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติไทย อาจเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาทได้

๖. ความเชื่อในทางพระพุทธศาสนา ในทางพระพุทธศาสนามีความเชื่อว่าการฆ่าหรือทำร้ายบุพการีเป็นอนันตริยกรรม และกฎหมายให้ลงโทษหนักกว่าการฆ่าหรือทำร้ายบุคคลทั่วไป ศาลจึงมักลงโทษจำเลยในสถานหนัก

๗. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอื่นๆ เช่น ความเชื่อเกี่ยวกับการขับไล่ผีปอบ จนผู้ถูกกระทำเสียชีวิต จำเลยต้องรับโทษในความผิดฐานฆ่าคน แต่ไม่เป็นการกระทำโดยทารุณโหดร้าย เปรียบเทียบกับคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี People v. Rev. Chung and Rev. Choi เกี่ยวกับการทำพิธีขับไล่ปีศาจจนทำให้มีผู้เสียชีวิต ศาลพิเคราะห์ลดฐานความผิดให้จำเลย และลงโทษไม่ร้ายแรงมากนัก

ในประเด็นเรื่องระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนี้ พบว่า ศาลฎีกาไทยยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวค่อนข้างมาก โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะสถาบันครอบครัวมีความใกล้ชิดกับบุคคลมากและเป็นสถาบันที่มีความสำคัญมากในสังคมไทย โดยศาลพิจารณาในหลายฐานความผิด ทั้งนำมาพิจารณาเป็นคุณแก่จำเลยในหลายระดับ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำผิด หากเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง ศาลอาจจะพิจารณาว่าเป็นกรณีขาดองค์ประกอบความผิด แต่หากร้ายแรงมาก อาจเพียงนำมาพิจารณาลดโทษเท่านั้น

๕.๕.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ

หากพิจารณาเปรียบเทียบระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลต่างประเทศและศาลฎีกาของไทยแล้ว พบว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมหลายประการที่จำเลยอ้างในศาลไทย ก็มีการหยิบยกขึ้นอ้างในศาลต่างประเทศด้วย เช่น การที่สามีฆ่าภรรยาด้วยชู้ การทำพิธีขับไล่ภูตผีปีศาจ โดยการทุบตีไปที่ผู้ป่วย หรือการเขียนตีเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ซึ่งศาลต่างประเทศอาจจะยอมรับในระดับที่ต่างกับของไทย

สำหรับระดับในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ศาลฎีกามีระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ครอบคลุมกว้างขวางมากกว่าในต่างประเทศ ซึ่งในต่างประเทศส่วนใหญ่มักเป็นเพียงการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่า จำเลยมีได้กระทำความผิดหรือลดฐานความผิดและลดโทษให้น้อยลงเท่านั้น แต่ศาลฎีกาไทยนำมาใช้หลายระดับครอบคลุมโครงสร้างความรับผิดทางอาญาทุกระดับ ได้แก่ ระดับการวินิจฉัยองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นความผิด และระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความหลากหลายในระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลฎีกานั้นมีมากเพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าศาลฎีกาควรยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใด

ในระดับใดนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่สามารถกำหนดได้ชัดเจนแน่นอน เห็นสมควรให้เป็นดุลพินิจของศาลในแต่ละกรณี ในเบื้องต้น ผู้เขียนเสนอแนะได้เพียงว่า จะต้องพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำ ความผิดเปรียบเทียบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ เพียงใด รวมถึงควรพิจารณาว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างมีความสำคัญในวิถีชีวิตของจำเลยมากหรือไม่ หากเป็นคติความเชื่อที่ครอบงำความคิดของจำเลย จนจำเลยต้องกระทำการที่เป็นความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยในระดับที่มาก เพราะย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดนั้นมีพื้นฐานมาจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ฝังลึกในตัวบุคคล จำเลยจึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงความคิดความเชื่อที่ได้รับการถ่ายทอดมาได้ แต่หากเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่มีได้มีผลสำคัญต่อความคิดความเชื่อของจำเลย ถ้าศาลจะพิจารณานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย อาจเพียงนำมาใช้พิเคราะห์เฉพาะเป็นเหตุผลโทษก็ได้

๕.๖ ความชัดเจนและความเพียงพอของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา

ปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การที่ศาลฎีกาจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้น จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับโดยชัดแจ้งหรือไม่ หรือศาลสามารถอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วเพื่อเป็นช่องทางในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยได้ ในประเด็นนี้ ศาลแต่ละประเทศมีวิธีการนำมาปรับใช้ที่แตกต่างกัน จึงเห็นสมควรศึกษาวิธีการของประเทศต่างๆ เพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย

๕.๖.๑ ศาลต่างประเทศ

การที่ศาลแต่ละประเทศจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้น มีวิธีการนำมาใช้แตกต่างกันอย่างไรบ้าง แยกพิจารณาได้ดังนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวความคิดของ Cultural Defense โดยให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมว่ามูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดมีผลสืบเนื่องมาจากวัฒนธรรมประเพณีที่หล่อหลอมแนวความคิดของจำเลย ทำให้จำเลยจำต้องกระทำความผิดนั้น ทั้งนี้การที่จำเลยนำเสนอพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมนี้ เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญา โดยยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้จำเลย

อนึ่ง เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมิได้ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ จึงไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติชัดเจนถึงการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด มีเพียง The Federal

Sentencing Guideline อันเป็นแนวทางกำหนดดุลพินิจของศาลในการลงโทษสำหรับความผิด โดยศาลสามารถพิจารณาความผิดที่กระทำและประวัติอาชญากรรมของจำเลย ตลอดจนปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวจำเลยเพื่อใช้ในการเพิ่มโทษและลดโทษด้วย วัฒนธรรมก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้พิจารณาลดโทษให้แก่จำเลยได้

ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจนที่กำหนดให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาพิจารณาพร้อมกับปัจจัยอื่นๆ ในการวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาของจำเลย แต่มีแนวทางที่กระตุ้นให้ศาลนำปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับจำเลย รวมถึงวัฒนธรรมประเพณีมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยด้วย

๒. ประเทศแคนาดา ไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาพิจารณาในคดีอาญาโดยตรง แต่มีหลักกฎหมายพยานหลักฐานที่ศาลเปิดโอกาสให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดของจำเลยได้

พยานหลักฐานเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดาอ่าวนั้น มักไม่มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นการบอกเล่าสืบทอดกันมา จึงเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งโดยปกติห้ามรับฟัง แต่ศาลเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสำคัญในคดี ศาลจึงยินยอมให้อ้างได้

นอกจากนี้ วิธีการอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมในประเทศแคนาดา มีอยู่ ๒ วิธี คือ วิธีแรก Judicial Notice ศาลรับพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนเอง โดยคู่ความไม่ต้องอ้างอิงพยานหลักฐานนั้น มักเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรับรู้ได้เอง และวิธีที่สอง Expert Witness คู่ความอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ ส่วนใหญ่ จะเป็นนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา เพื่อนำสืบอธิบายจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้าง

ดังนั้น ถึงแม้ว่าในประเทศแคนาดาไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดมาวินิจฉัยในคดีอาญาโดยตรง แต่ประเทศแคนาดาพัฒนาหลักกฎหมายพยานหลักฐานเพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมได้ เพื่อที่ศาลจะนำมาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการลงโทษจำเลยด้วย

๓. ประเทศเยอรมนี ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรงให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดของจำเลย ปรากฏเพียงความพยายามของศาลที่จะนำแนวคิด Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ แต่ศาลใช้ในขอบเขตที่จำกัด หากไม่มีกฎหมายสนับสนุน ศาลจะลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยไม่พิจารณาเหตุอื่นที่เป็นคุณแก่จำเลย

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีที่จำเลยสามารถอ้างเพื่อให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนมาประกอบการวินิจฉัยนั้น คือเรื่อง ความไม่รู้กฎหมาย ซึ่งบัญญัติว่า “หากในเวลากระทำความผิด ผู้กระทำไม่ทราบว่าตนกำลังกระทำความผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ถ้าความไม่รู้กฎหมายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้” ซึ่งมักใช้ในกรณีคนต่างชาติดังเหตุว่าไม่รู้กฎหมายของประเทศเยอรมนี

ดังนั้น แม้จะไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่ให้จำเลยอ้างจารีตประเพณี และวัฒนธรรมเพื่อเป็นคุณแก้ตนโดยเฉพาะ แต่บทบัญญัติเรื่องความไม่รู้กฎหมายเป็นช่องทางหนึ่งให้จำเลยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อพิสูจน์ว่าตนไม่รู้กฎหมายของประเทศเยอรมนีได้

๔. ประเทศฝรั่งเศส ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาให้นำจารีตประเพณี และวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาของศาล คงมีแต่บทกฎหมายเฉพาะกรณีว่าจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคลกลุ่มใดหรือไม่ ซึ่งศาลก็จะวินิจฉัยคดีเป็นไปตามบทกฎหมายนั้น

กล่าวโดยสรุป ข้อแตกต่างของกฎเกณฑ์ที่ศาลแต่ละประเทศจะนำจารีตประเพณี และวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการวินิจฉัยคดีอาญานั้น คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีเพียง The Federal Sentencing Guideline ที่กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษจำเลย โดยให้ศาลคำนึงถึงวัฒนธรรมประเพณีของจำเลยด้วย ประเทศแคนาดา เน้นไปทางกฎหมายพยานหลักฐาน โดยเปิดโอกาสให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดได้ ทั้งในฐานะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้อเอง และในฐานะข้อเท็จจริงจากคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญ ประเทศเยอรมนีมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมาย ซึ่งคนต่างชาติอาจใช้บทมาตรานี้ควบคู่กับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเพื่อเป็นข้อแก้ตัวได้ ส่วนประเทศฝรั่งเศส ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลยขึ้นอยู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ ศาลมีดุลพินิจค่อนข้างจำกัดในการนำข้ออ้างทางวัฒนธรรมของจำเลยมาพิจารณาในคดีอาญา

ดังนั้น โดยภาพรวม ในศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา เยอรมนี หรือฝรั่งเศส มีความคล้ายคลึงกันประการหนึ่งเกี่ยวกับการที่ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยเข้ามาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา กล่าวคือ ในทุกประเทศ ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรงโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา ที่ให้ศาลนำจารีตประเพณี และวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญา อาจจะมีกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงที่เป็นช่องทางให้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดมาประกอบการพิจารณาได้บ้าง หรือเป็นเพียงแนวปฏิบัติหรือแนวทางกำหนดดุลพินิจของศาลเพื่อพิจารณาโทษจำเลยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลต่างประเทศสามารถใช้วัฒนธรรมประเพณีของจำเลยประกอบการพิจารณาโดยตลอด แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะให้ศาลต้องปฏิบัติเช่นนั้นก็ตาม

๕.๖.๒ ศาลฎีกา

สำหรับประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งยึดถือตัวบทกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก การที่จะนำจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาของจำเลยนั้น จำต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนและเพียงพอที่เปิดช่องให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือไม่ เพียงใด

ในเบื้องต้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว พบว่า ไม่มีกฎหมายมาตราใดที่บัญญัติถึงการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาโดยตรง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญามีได้ปิดกั้นช่องทางของศาลในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาคดี โดยหากพิจารณาแนวคิดของกฎหมายสมัยใหม่มีหลักการที่สำคัญดังที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ วรรคแรก คือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ซึ่งหมายความว่า การจะลงโทษบุคคลใดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ กฎหมายในที่นี้ย่อมหมายถึงเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่อาจนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมากำหนดความผิดหรือโทษนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่มีโทษทางอาญาได้ การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น จึงนำมาใช้เพียงในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยเท่านั้น

เมื่อการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในคดีอาญาทำได้เฉพาะในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่จะสอดคล้องกัน จึงต้องเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำไม่เป็นความผิด จำเลยไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง จากการศึกษาค่าพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีอาญา โดยวินิจฉัยให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหลายประการ ดังต่อไปนี้

๑. กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาหรือเจตนาพิเศษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่งและวรรคสอง^๙ ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาในการกระทำความผิด โดยเฉพาะความผิดเล็กๆ น้อยๆ มีผลกระทบต่อสังคมและผู้กระทำความผิดค่อนข้างน้อย รวมถึงวินิจฉัยว่าขาดเจตนาพิเศษในความผิดบางฐานด้วย เช่น ความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

๒. กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจกระทำได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ วรรคแรก^{๑๐} ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยามาวินิจฉัยว่าจำเลยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ จำเลยย่อมไม่มีความผิด ได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี

๓. กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ แม้กฎหมายจารีตประเพณีนี้จะไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมาย

^๙ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา...

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

^{๑๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ วรรคแรก บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี”

อาญา แต่ศาลไทยยอมรับมานาน ตัวอย่างที่เด่นชัดคือ ครูอาจารย์หรือพระสงฆ์ศิษย์พอสสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ครูอาจารย์หรือพระสงฆ์นั้นไม่มีความผิดทางอาญา

๔.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘^{๑๑} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรมาวินิจฉัย

๕.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะมีเหตุยกเว้นความผิดในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙^{๑๒} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา และความสัมพันธ์ระหว่างพุทธศาสนิกชนกับพระพุทธรูปมาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกล่าวถ้อยคำ หากจำเลยแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม จำเลยย่อมไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

๖.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีโทษ เพราะมีเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๐^{๑๓} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันสงฆ์กับสังคมไทยมาวินิจฉัยเกี่ยวกับการพูด การกล่าวถ้อยคำ ว่าจำเลยกล่าวเกี่ยวกับความประพฤติของสงฆ์ ศาลจึงอนุญาตให้จำเลยพิสูจน์ว่าข้อความที่กล่าวเป็นความจริง ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อประชาชน และเป็นการอ้างพระพุทธรูปมาไว้ด้วย เมื่อจำเลยพิสูจน์ได้ จึงไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท

๗.กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยได้รับโทษน้อยลง เพราะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒^{๑๔} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรหรือระหว่างบุคคลในครอบครัว และความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยามาวินิจฉัย

^{๑๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ บัญญัติว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

^{๑๒} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ บัญญัติว่า

“ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(๑) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(๒) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(๓) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(๔) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

^{๑๓} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๐ บัญญัติว่า

“ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน”

^{๑๔} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ บัญญัติว่า

“ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

๘.กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่โดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่ง^{๑๕} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา และในระหว่างเพื่อนฝูงมาวินิจฉัยในกรณีแต่ละต้องเนื้อตัวร่างกายในลักษณะล้อเล่นกัน และนำจารีตประเพณีการยิงปืนตัดเพลิงให้สงบในภาคเหนือมาวินิจฉัยด้วย

๙.กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา มิใช่ความผิดตามบทกฤษฎีกา กล่าวคือ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาบางฐานความผิด กฎหมายกำหนดบทกฤษฎีกาของความผิดไว้ด้วย ซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น แต่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่า กรณีไม่ต้องด้วยบทกฤษฎีกา เป็นเพียงความผิดตามบทธรรมดาเท่านั้น เช่น วินิจฉัยว่าไม่เป็นการฆ่าโดยทารุณ โหดร้ายหรือโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นเพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเท่านั้น

๑๐.กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา มิใช่ความผิดตามบทหนัก กล่าวคือ ความผิดในประมวลกฎหมายอาญาบางฐานความผิดรวมการกระทำหลายอย่างที่เป็นความผิดได้ในตัวเอง ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นเพียงความผิดประการหนึ่งที่รวมอยู่ในฐานความผิดที่โจทก์ฟ้อง เช่น วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ แต่ไม่มีเจตนาต่อทรัพย์สิน จึงไม่มีความผิดฐานปล้นทรัพย์ หรือวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาทำร้าย มิได้มีเจตนาฆ่า

๑๑.กรณีวินิจฉัยว่าสมควรรอการลงโทษให้แก่จำเลยหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖^{๑๖} ศาลฎีกานำความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างครู

^{๑๕} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบมิได้กระทำโดยไม่มีเจตนา”

^{๑๖} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำการกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ตามที่เจ้าพนักงานและผู้กระทำความผิดเห็นสมควร

(๒) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(๓) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติใดอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

(๔) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(๕) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำ หรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคก่อนนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องแก่การ

อาจารย์กับศิษย์ ตลอดจนจารีตประเพณีและวัฒนธรรมด้านอื่นมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจว่าสมควรรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกแก่จำเลยหรือไม่

นอกจากนี้ ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญา ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เช่น ตีความเรื่องความยินยอมของหญิงในความผิดฐานข่มขืนประทำชำเรา ตีความว่าเป็นสิ่งลามกอนาจารอันเป็นความผิดฐานมีสิ่งลามกหรือไม่

ดังนั้น โดยภาพรวมของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรงที่ให้อำนาจศาลในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาโดยตรง แต่ในทางกลับกัน ประมวลกฎหมายอาญามีได้ห้ามการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา เพียงแต่การนำมาใช้นั้นต้องอยู่ในภายใต้หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ดังที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ กล่าวคือ การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ต้องใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยเท่านั้น ในเบื้องต้น ศาลฎีกาจึงนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ เป็นการวินิจฉัยว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ และการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาพยายามนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาคดีโดยอาศัยช่องทางเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และเหตุผลโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นกรณีวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาหรือขาดเจตนาพิเศษ อันทำให้การกระทำไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจกระทำได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ วรรคแรก กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะมีเหตุยกเว้นความผิดในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีโทษ เพราะมีเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๐ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยได้รับโทษน้อยลง เพราะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยได้รับโทษน้อยลง เพราะมีเหตุบรรเทาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่โดยเจตนา กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา มิใช่ความผิดตามบทกฤษฎีกา กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา มิใช่ความผิดตามบทหนัก กรณีวินิจฉัยว่าสมควรรอกการลงโทษให้แก่จำเลยหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ รวมถึงกรณีศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยตีความองค์ประกอบของความผิด ว่าการกระทำของจำเลยนั้นต้องด้วยองค์ประกอบความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ มีอีกกรณีหนึ่งที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นกรณีที่ศาลฎีกาวางแนววินิจฉัยเอง คือ กรณีวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ ซึ่งแม้ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันในแวดวงกฎหมายของไทย

ควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคก่อนที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้”

๕.๖.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบ

หากพิจารณาเปรียบเทียบวิธีการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของศาลฎีกาไทยและศาลต่างประเทศแล้ว พบว่า ไม่ว่าประเทศในระบบกฎหมาย Common Law หรือประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law รวมทั้งประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงกำหนดให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยความรับผิดชอบและโทษทางอาญา แต่ศาลแต่ละประเทศก็สามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้ ซึ่งในต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ จะอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลที่กำหนดไว้ เพื่อนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในคดี แต่มีข้อน่าสังเกตว่า ศาลของประเทศในระบบกฎหมาย Common Law สามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ได้กว้างขวางกว่าประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law เพราะประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ต้องยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ หากรัฐสภาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใดและบัญญัติให้การกระทำตามวัฒนธรรมประเพณีนั้นเป็นความผิด ศาลก็ไม่มีดุลพินิจในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยให้ขัดต่อกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และเหตุผลโทษเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม แต่ศาลฎีกาของไทยสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการวินิจฉัยคดีอาญาได้ผ่านบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญา โดยไม่ต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นดังเช่นในต่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีช่องทางให้ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาพิจารณาได้ รวมทั้งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามีได้เคร่งครัดเหมือนดังเช่นบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนีหรือประเทศฝรั่งเศสที่ศาลต้องวินิจฉัยโดยเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมาย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลฎีกาสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประสานกับหลักกฎหมายอาญาในประมวลกฎหมายอาญาได้เป็นอย่างดี และในประมวลกฎหมายอาญา มีบทบัญญัติเพียงพอที่เปิดช่องให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยได้ โดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้จำเลยสามารถอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมได้โดยตรงอีก

อนึ่ง มีข้อน่าพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ นอกจากวิเคราะห์ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีประเด็นในเรื่องกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย กล่าวคือ ศาลประเทศแคนาดาพัฒนาหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางวัฒนธรรม โดยการอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมกระทำได้ ๒ วิธี ได้แก่ วิธีแรก Judicial Notice เป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป ศาลจึงรับพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนเอง โดยคู่ความไม่ต้องอ้างอิงพยานหลักฐานนั้น และวิธีที่สอง Expert Witness เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้าง ส่วนใหญ่จะนำนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา มาเบิกความอธิบายจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้าง ว่าวัฒนธรรมนั้นมีอยู่จริงหรือไม่ และมีลักษณะเช่นใด หากเปรียบเทียบกับวิธีการของศาลฎีกาไทย จารีตประเพณีและวัฒนธรรมบางประการ ศาลรับรู้ได้เอง อันเป็นกรณีของข้อเท็จจริงซึ่งรู้จักกันอยู่ทั่วไป ตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔ (๑) ประกอบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕^{๑๗} ส่วนวิธีการที่คู่ความอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา ไม่ปรากฏในศาลไทย อาจเป็นเพราะจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ยกขึ้นอ้างในศาลไทยนั้น เป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยที่ศาลรับรู้ได้เอง แต่หากมีกรณีคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนในศาลไทย ผู้เขียนเห็นว่า การนำพยานผู้เชี่ยวชาญที่ทราบเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้างมาเบิกความเป็นพยานต่อศาล ย่อมเป็นสิ่งที่ดี เพราะกรณีเช่นนี้มีใช้ข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้ได้เอง และอาจอาศัยช่องทางในกฎหมายพยานหลักฐานของไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๔๓^{๑๘} ได้ โดยนำนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา มาเบิกความต่อศาลเช่นเดียวกับในประเทศแคนาดา

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แม้มิได้ระบุเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยอย่างเด่นชัด แต่เปิดกว้างเพียงพอให้ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาผ่านบทบัญญัติอื่นๆ ซึ่งมีอยู่แล้ว โดยไม่ต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมแต่อย่างใด

๕.๗ ความเหมาะสมของการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย

การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายอาญาไทย เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ประเด็นแรก ในส่วนของจำเลย ยังไม่ปรากฏกรณีที่จำเลยเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกาไทย ปรากฏเพียงจำเลยที่เป็นคนไทยอ้างวัฒนธรรมประเพณีไทยในการพิจารณาพิพากษาของศาลเท่านั้น ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาไทยควรคำนึงถึงสิทธิทางวัฒนธรรม

^{๑๗} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔ (๑) บัญญัติว่า

“การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในคดีใดจะต้องกระทำโดยอาศัยพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น เว้นแต่ (๑) ข้อเท็จจริงซึ่งรู้จักกันอยู่โดยทั่วไป...”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕ บัญญัติว่า

“วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้”

^{๑๘} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๔๓ บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความเชี่ยวชาญในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ ฝีมือ พานิชยกรรม การแพทย์ หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของผู้ผู้นั้นอาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ในการสอบสวน ใ้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา อาจเป็นพยานในเรื่องต่างๆ เป็นต้นว่า ตรวจร่างกายหรือจิตของผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือจำเลย ตรวจลายมือ ทำการทดลองหรือกิจการอย่างอื่นๆ

ผู้เชี่ยวชาญอาจทำความเห็นเป็นหนังสือก็ได้แต่ต้องส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ และต้องมาเบิกความประกอบหนังสือนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นหรือคู่ความไม่ติดใจซักถามผู้เชี่ยวชาญนั้น ศาลจะรับฟังความเห็นเป็นหนังสือดังกล่าวโดยผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความประกอบก็ได้

ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญต้องมาเบิกความประกอบ ให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวต่อศาลในจำนวนที่เพียงพอล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนวันเบิกความเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไป

ในการเบิกความประกอบ ผู้เชี่ยวชาญจะอ่านข้อความที่เขียนมาก็ได้”

(The Right to Culture) โดยยอมรับวัฒนธรรมของจำเลยซึ่งเป็นกลุ่มชนอื่น มิใช่คนไทยด้วย หากคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีอาญา ศาลควรพิจารณาข้ออ้างของจำเลยเหล่านี้เป็นปัจจัยหนึ่งเพื่อวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง

ประเด็นที่สอง ในส่วนของฐานความผิดที่นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้นั้น ศาลฎีกายอมรับทั้งในฐานความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* และในฐานความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม หรือ *mala prohibita* แต่มักนำมาปรับใช้ในฐานความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า เพราะมีความเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมประเพณีหรือศีลธรรมมากกว่า ซึ่งเป็นสิ่งที่เหมาะสม สำหรับความผิดที่เป็น *mala prohibita* ศาลฎีกานำมาใช้ได้ โดยพิจารณาเปรียบเทียบความร้ายแรงของฐานความผิดควบคู่กับวัฒนธรรมประเพณีที่จำเลยยกขึ้นอ้างด้วย

ประเด็นที่สาม ในส่วนของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ยกขึ้นอ้างนั้น ในศาลฎีกา คงมีเพียงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนไทยอันเป็นวัฒนธรรมหลักเท่านั้น ซึ่งศาลฎีกายอมรับมากพอสมควร แต่ควรเพิ่มเติมการยอมรับวัฒนธรรมรอง ซึ่งเป็นวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยด้วย โดยต้องพิจารณาว่าจำเลยสามารถนำเสนอพยานหลักฐานได้เพียงพอหรือไม่ว่าวัฒนธรรมนั้นมีอยู่จริง และมีอยู่เช่นใด ทั้งหากศาลจะยอมรับอาจต้องพิจารณาว่าวัฒนธรรมประเพณีนั้นเป็นวัฒนธรรมที่สมควรและมีมานานหรือไม่ ตลอดจนขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งหรือไม่ หากเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่สมควรแล้ว ศาลฎีกาพึงรับไว้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย

ประเด็นต่อมา ในส่วนระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้น ศาลฎีกามีระดับการนำมาพิจารณาเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยในระดับที่กว้างขวาง แต่การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใดมาวินิจฉัยเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยในระดับใดนั้น ย่อมไม่อาจกำหนดโดยชัดเจนได้ สมควรให้อยู่ในดุลพินิจของศาลในแต่ละกรณี เสนอแนะได้เพียงเบื้องต้นว่าต้องพิจารณาความจำเป็นของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นต่อการดำรงชีวิตของจำเลย หากเป็นวัฒนธรรมที่จำเลยไม่อาจหลีกเลี่ยงเพื่อไม่ปฏิบัติตามได้ อาจต้องนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยมาก แต่หากมิได้มีผลสำคัญต่อชีวิตของจำเลยมากนัก ศาลอาจนำมาใช้ในทางลดโทษแก่จำเลยเท่านั้น

ประเด็นสุดท้าย ความชัดเจนและความเพียงพอของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ศาลฎีกามักจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้กับการวินิจฉัยความผิดและโทษทางอาญา โดยยึดตามตัวบทกฎหมายอาญาที่เป็นบทบัญญัติในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยอยู่แล้ว กล่าวคือเป็นการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้ต้องด้วยหลักเกณฑ์แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติอยู่แล้ว ยกเว้นในเรื่องกฎหมายจารีตประเพณี ที่เป็นเรื่องศาลฎีกาวางแนววินิจฉัยขึ้นมา ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงมีช่องทางให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาได้

ดังนั้น หากพิจารณาความชอบธรรมในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น เห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายที่ห้ามศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ทั้งศาลไทยได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ประกอบการ

วินิจฉัยเป็นเวลานานแล้ว เพียงแต่อาจจะนำมาใช้เป็นคุณแก่จำเลยในระดับต่างกัน ขึ้นอยู่กับความคิด ความเชื่อของคนในสังคมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ตลอดจนจารีตประเพณีและวัฒนธรรมยัง ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสมบูรณ์ขึ้น โดยทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความ ยืดหยุ่น สามารถปรับใช้กับกรณีต่างๆ ได้มากขึ้น การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ใน คดีอาญาของศาลฎีกานั้น โดยส่วนใหญ่จึงสมบูรณ์แล้ว มีเพียงบางประเด็นเท่านั้น เช่น กรณีจำเลยที่ มิใช่คนไทย ศาลควรคำนึงถึงด้วย เพื่อจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในการพิจารณา พิพากษาคดีอาญาได้อย่างสมบูรณ์ที่สุด

บทที่ ๖

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๖.๑ บทสรุป

บุคคลจำนวนมากจำเป็นต้องรวมตัวกันเป็นสังคมเพื่อความอยู่รอดของสมาชิก จึงต้องมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่กำกับความประพฤติของสมาชิกในสังคม โดยจารีตประเพณีเป็นแบบแผนความประพฤติที่กลุ่มสังคมยอมรับและปฏิบัติสืบทอดมาเป็นเวลานาน ส่วนวัฒนธรรมเป็นแบบแผนความประพฤติทั้งปวงของมนุษย์ที่มีการเรียนรู้และถ่ายทอดจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ครอบคลุมการดำเนินชีวิตของมนุษย์ทั้งทางด้านวัตถุและทางด้านจิตใจ กล่าวได้ว่าวัฒนธรรมประเพณีเป็นสิ่งที่กำหนดความประพฤติของบุคคลในสังคมหนึ่งให้มีพฤติกรรมร่วมกันไปในทิศทางที่สังคมนั้นพึงประสงค์ โดยควบคุมความประพฤติของบุคคลตั้งแต่เกิด และหล่อหลอมให้บุคคลมีพฤติกรรมในทางที่สังคมเห็นว่าดีงาม

อนึ่ง จารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสำคัญทั้งในมิติของสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และในมิติทางกฎหมาย โดยในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยานั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นวิถีชีวิตของมนุษย์ มีความสำคัญด้านการกำหนดรูปแบบของสังคมมนุษย์ การกำหนดแบบแผนความประพฤติของสมาชิกในสังคม และการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสังคมนั้น ทำให้สังคมนั้นมีความเป็นปึกแผ่น มั่นคง สำหรับในทางกฎหมายนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมสังคมตั้งแต่ในอดีตก่อนการกำเนิดของกฎหมาย โดยเป็นกฎแห่งศีลธรรม ทั้งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง ที่ช่วยในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

เมื่อจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของมนุษย์และมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ทั้งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในแต่ละท้องถิ่นซึ่งมีความแตกต่างกันย่อมหล่อหลอมให้บุคคลมีความคิด ทศนคติ ตลอดจนพฤติกรรมแตกต่างกันด้วย การกระทำอย่างหนึ่งอาจผิดศีลธรรมในสังคมหนึ่ง แต่เป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบในอีกสังคมหนึ่งก็ได้ จารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงย่อมส่งผลต่อความคิดในการกระทำความผิดทางอาญาของแต่ละบุคคลด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ หากบุคคลอาศัยอยู่ในท้องถิ่นซึ่งมิใช่ถิ่นกำเนิดของตนเอง และไม่มีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมคล้ายคลึงกับท้องถิ่นของตนเอง หากกระทำการตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตน อาจจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของท้องถิ่นนั้นก็ได้ การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา จึงควรคำนึงถึงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยด้วย

สำหรับการวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญานั้น เมื่อนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาในแง่ของกฎหมายอาญาแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ มีหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ซึ่งทำให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมากำหนดฐานความผิดหรือโทษนอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้ คงเป็นเพียงการนำมาประกอบดุลพินิจของศาลในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยเท่านั้น นอกจากนี้ ในทางระหว่างประเทศ มีการรับรองสิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) เป็น

สิทธิมนุษยชนที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งรัฐจะต้องรับรองสิทธิทางวัฒนธรรมของบุคคล ศาลจึงยอมนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้

ศาลฎีกาของไทยนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยความผิดและโทษของจำเลยในคดีอาญามาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๔๕๑ ซึ่งเป็นปีที่ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาตามแนวทางของประเทศตะวันตก แต่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยยังคงปรากฏอยู่มาก และศาลก็รับรองจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยดังกล่าว ตลอดจนเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันในปี พ.ศ.๒๕๐๐ แม้แนวคิดของกฎหมายจะเป็นแบบตะวันตก แต่ศาลฎีกาสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประกอบการวินิจฉัยคดีอาญาได้อย่างลงตัว โดยเมื่อศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ปี ๒๔๕๑ จนถึงปัจจุบัน พบว่าศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยหลายประการ ได้แก่

๑.กรณีวินิจฉัยว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด คือ กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดเจตนา ในความผิดเล็กน้อย เช่น การจับมือถือแขนตามประสาคนรัก การเล่นพนันเพื่อความรื่นเริงในหมู่เพื่อนฝูง การถือวิสาสะหยิบยืมสิ่งของกันใช้ หรือการใช้ถ้อยคำพูดที่ไม่รุนแรงว่ากล่าวกัน และกรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษ เช่น ชายประสงค์เลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์ฉันสามีภรรยาโดยไม่มีเจตนาพรางเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร บิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายพรางบุตรผู้เยาว์จากมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา ไม่เป็นการพรางโดยปราศจากเหตุอันสมควร บุคคลในครอบครัวนำทรัพย์สินไปเพื่อใช้ในครัวเรือนหรือเพื่อรักษาทรัพย์สินของครอบครัวไว้ ถือว่าไม่มีเจตนาทุจริต

๒.กรณีวินิจฉัยว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ ในกรณีชายฉุดคร่าหญิงซึ่งเคยมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับตนมาก่อน ตลอดจนบุกรุกบ้าน และกระทำอนาจารแก่หญิงนั้น ชายผู้กระทำสำคัญผิดว่าตนเป็นสามียอมมีอำนาจสิทธิขาดเหนือภรรยาที่จะบังคับภรรยากระทำตามที่ตนต้องการได้ ศาลฎีกาก็รับรองความสำคัญผิดนี้ให้แก่ชายด้วย

๓.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นความผิด ในกรณีการตีศิษย์พอสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน การปกป้องชื่อเสียงและเกียรติยศของสามีหรือภรรยาจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางประเวณีกับคู่สมรสของตน อันถือเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ และการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตเพื่อป้องกันส่วนได้เสียของตนตามคลองธรรม ซึ่งมีบทยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๙

๔.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุยกเว้นโทษ ในกรณีการกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทที่ผู้กระทำพิสูจน์ได้ว่าข้อที่หมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๐

๕.กรณีวินิจฉัยว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นเหตุลดโทษ ในกรณีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทำให้จำเลยกระทำความผิดต่อชีวิตและร่างกาย อันเป็นการกระทำโดย

บันดาลโทษ เพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ เช่น สามีทำร้ายภรรยากับชายผู้ขณะที่มีได้ร่วมประเวณีกัน บิดาทำร้ายชายที่ลักลอบเข้าหาบุตรสาวในยามวิกาล หญิงทำร้ายชายที่มีความสัมพันธ์ด้วยจนหญิงตั้งครรภ์ แต่ชายไม่ยอมรับเลี้ยงดู เป็นต้น ซึ่งศาลจะลงโทษจำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

๖.กรณีอื่นๆ ได้แก่

- กรณีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยประมาท มิใช่การกระทำโดยเจตนา ในกรณีการหยอกล้อระหว่างเพื่อนหรือสามีภรรยา ไม่ว่าจะเป็นการแตะต้องเนื้อตัว หรือการใช้อาวุธล้อเล่น จนทำให้มีผู้บาดเจ็บหรือเสียชีวิต ศาลฎีกาถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนา เป็นเพียงการกระทำโดยประมาทเท่านั้น รวมถึงกรณีจำเลยอ้างประเพณีของภาคเหนือที่ต้องยิงปืนเพื่อตัดเพลิงให้สงบ แต่กระสุนปืนถูกบุคคลอื่นเสียชีวิต เป็นการกระทำโดยประมาทเช่นกัน

- กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทธรรมดา มิใช่ความผิดตามบทกบฏ ในกรณีใช้อาวุธทุบตีบุคคลอื่นเพื่อไล่ผีปอบ แล้วบุคคลนั้นเสียชีวิต จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ไม่มีความผิดฐานฆ่าโดยกระทำทารุณโหดร้าย รวมทั้งกรณีสามีภรรยาฆ่ากันเองเพราะโกรธหรือน้อยใจ จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ไม่มีความผิดฐานฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน อันเป็นบทกบฏ

- กรณีวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามบทเบา มิใช่ความผิดตามบทหนัก ในกรณีนักศึกษาต่างสถาบันเรียกเอาทรัพย์สินจากผู้เสียหาย โดยไม่มีเจตนาปล้นทรัพย์ เป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น หรือภรรยาโกรธแค้นสามีที่คลอเคลียหญิงอื่นต่อหน้า จึงทำร้ายสามี ถือว่าไม่มีเจตนาฆ่า มีเพียงเจตนาทำร้ายเท่านั้น

- กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรรอการลงโทษให้จำเลย ในกรณีหลานฆ่าเต็มลักทรัพย์นำซึ่งมีความทุกข์อยู่แล้ว หรือเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งมีหน้าที่ดูแลความสงบสุขของประชาชน แต่กลับนำตัวหญิงโสเภณีกลับไปที่สำนักโสเภณีอีก โดยไม่ได้ให้ความช่วยเหลือ หรือครูอาจารย์กระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อศิษย์ แทนที่จะอบรมสั่งสอนศิษย์ให้เป็นคนดี หรือชายร่วมประเวณีกับหญิงจนหญิงตั้งครรภ์ แต่ไม่รับผิดชอบ กลับเบิกความถึงความสัมพันธ์ทางเพศของหญิงกับชายอื่น ทำให้หญิงต้องเสียหาย ศาลฎีกาพิจารณาความสัมพันธ์ของบุคคลในกรณีต่างๆ แล้ว จึงใช้ดุลพินิจไม่รอการลงโทษให้แก่จำเลย

- กรณีวินิจฉัยว่าสมควรลงโทษจำเลยในสถานหนัก ในกรณีบุตรทำร้ายหรือฆ่าบุพการี ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นอยู่แล้ว ศาลจึงพิจารณาลงโทษหนักกว่าการทำร้ายหรือฆ่าบุคคลทั่วไป

- กรณีนำจาริตประเพณีและวัฒนธรรมมาตีความบทบัญญัติความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ตีความเกี่ยวกับความยินยอมของหญิงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กรณีต่างๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นกรณีที่ศาลฎีกานำจาริตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในคดีอาญาในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย แต่มีสองกรณี คือ กรณีวินิจฉัยว่าไม่สมควรรอการลงโทษให้จำเลย และกรณีวินิจฉัยว่าสมควรลงโทษจำเลยในสถานหนัก ที่ดูคล้ายว่าศาลฎีกานำจาริต

ประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ในทางที่เป็นผลร้ายแก่จำเลยอันขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้ว จะเห็นว่าในกรณีการรอกการลงโทษ ศาลมีอำนาจนำปัจจัย ทุกประการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของจำเลยมาพิจารณาประกอบ ศาลคงมิได้พิจารณาแต่ เพียงเหตุแห่งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาความผิดที่จำเลยกระทำ แล้ว เป็นกรณีที่สมควรปราณีรอกการลงโทษจำเลย เพื่อให้จำเลยเช็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดอีก ส่วนกรณีสมควรลงโทษจำเลยที่ทำร้ายหรือฆ่าบุพการีในสถานหนักนั้น เนื่องจากประมวลกฎหมาย อาญาบัญญัติบทบรรณจึในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ที่ทำร้ายหรือฆ่าบุพการียอมมีโทษ หนักกว่าทำร้ายหรือฆ่าบุคคลธรรมดา ศาลจึงลงโทษจำเลยในสถานหนัก แต่ยังคงอยู่ภายในกรอบของ กฎหมายได้

สำหรับกรณีที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเพื่อวินิจฉัยความรับ ผิดทางอาญาของจำเลย ได้แก่

๑. ประเพณีการสร้างฝายหรือปลูกสะพานลงในแม่น้ำหรือทะเล อันเป็นการขัดขวาง ทางสัญจรของมหาชน ศาลฎีกาถือว่ามีใช้ประเพณีที่มีมานาน ไม่ใช่ประเพณีที่สมควร และขัดต่อ ประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง จำเลยจึงกล่าวอ้างไม่ได้

๒. จำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ทั้งที่มีได้มีเหตุสำคัญผิดเช่นนั้นแล้ว เช่น ชายสำคัญ ผิดว่ามีอำนาจพากรรยากลับไปอยู่ด้วยกันได้ โดยชายหญิงนั้นเลิกร้างกันมานานแล้ว หรือจำเลย กระทำความผิดรุนแรงเกินไป เช่น ในการพาหญิงไปนั้น จำเลยกระทำโดยทารุณโหดร้ายและใช้อาวุธ

๓. สามีหรือภรรยาทำร้ายคู่สมรสกับชายหรือหญิงอื่นซึ่งมีความสัมพันธ์ในทางที่มี ชอบ อันมิใช่กรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน และไม่ถึงขนาดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วย เหตุอันไม่เป็นธรรม

๔. จำเลยฆ่าผู้อื่นเพื่อเชื่อว่าอยู่คง เป็นเพียงความเชื่อของจำเลยเอง ทั้งแม้ผู้ตาย ยินยอมให้ลงวิชา จำเลยก็ไม่อาจอ้างเหตุนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้

๕. จำเลยรักษาคณไซ้ที่เชื่อว่าถูกผีสิงโดยใช้หว่ายตี ศาลฎีกาไม่ยอมรับความเชื่อ ดังกล่าว ทั้งลงโทษในสถานหนักด้วย

ดังนั้น ในส่วนของศาลฎีกาไทย ศาลยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม หลากหลายประเภท เพื่อวินิจฉัยความผิดอาญาหลายฐานความผิด ทั้งเป็นคุณแก่จำเลยในระดับที่ แตกต่างกันไป คงมีเพียงบางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเท่านั้นที่ศาลฎีกาไม่รับรองให้ ซึ่งนับได้ว่าเป็นเพียงส่วนน้อยของคดีทั้งหมดที่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดมา วินิจฉัยในคดีอาญา

สำหรับในต่างประเทศ ศึกษาแนวทางการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัย ความรับผิดอาญาใน ๔ ประเทศ โดยประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ได้แก่ ประเทศ สหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา และประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ได้แก่ ประเทศ เยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยมาใช้พิจารณาในคดีอาญา โดยมีแนวคิดที่เรียกว่า Cultural Defense ซึ่งเปิดโอกาสให้จำเลยนำพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับวัฒนธรรมของตนที่มีผลต่อแรงจูงใจในการกระทำ ความผิดมาแสดงต่อศาล แต่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์เรื่อง Cultural Defense อย่างเป็นทางการในกฎหมาย มีเพียง The Federal Sentencing Guideline ซึ่งเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลรัฐบาลกลางที่นำวัฒนธรรมมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาลงโทษจำเลย และการใช้ Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นใช้ในความผิดที่หลากหลาย มักเป็นความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยศาลนำมาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิด หรือลดฐานความผิด รวมถึงลดโทษให้เบาลง

ในประเทศแคนาดา เน้นความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้กฎหมาย บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งรวมถึงศาลต้องยอมรับข้ออ้างทางวัฒนธรรมของจำเลยเพื่อวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาด้วย จึงพัฒนาหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานทางวัฒนธรรม ซึ่งมี ๒ วิธีการ คือ Judicial Notice ศาลรับพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนเอง โดยคู่ความไม่ต้องอ้างอิงพยานหลักฐานนั้น เป็นข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ในชุมชนโดยไม้อาจโต้แย้งได้ และ Expert Witness คู่ความอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งปกติจะเป็นนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา เพื่อนำสืบถึงจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมของจำเลยที่กล่าวอ้างในคดี ในส่วนการยอมรับของศาล ศาลประเทศแคนาดานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยในความผิดบางฐาน เช่น ความผิดต่อชีวิต ส่วนคดีที่เกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมือง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการตัดไม้หวงห้าม ความผิดเกี่ยวกับการประมง ความผิดเกี่ยวกับการล่าสัตว์ ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ซึ่งชนพื้นเมืองอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชนเผ่าตนเอง ศาลมักไม่ยอมรับโดยอ้างเหตุผลว่าจำเลยไม่อาจแสดงได้เด่นชัดว่า มีวัฒนธรรมเช่นนั้นอยู่จริง บางกรณีศาลอ้างว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยอ้างไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี ดังนั้น การยอมรับของศาลจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี

ในประเทศเยอรมนี ศาลมีความพยายามนำ Cultural Defense ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่อ้างวัฒนธรรม Honor Killing คือการฆ่าหญิงในครอบครัวที่มีความประพฤติเสื่อมเสียเพื่อรักษาเกียรติยศศักดิ์ศรีของวงศ์ตระกูล แต่ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีกำหนดให้การฆ่าดังกล่าวเป็นบทบรรณาธิกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ศาลจึงไม่อาจใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมนี้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้อีก อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีที่อาจอ้างเพื่อนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ได้นั้น คือ ความไม่รู้กฎหมายอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยจำเลยอาจอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายของประเทศเยอรมนีได้ รวมถึงอ้างวัฒนธรรมประเพณีของตนควบคู่กันไปด้วย

ในประเทศฝรั่งเศส จารีตประเพณีและวัฒนธรรมของคนต่างชาติมักเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนา ซึ่งประเทศฝรั่งเศสพยายามแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักร การกระทำตามความเชื่อของศาสนาอาจเป็นความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ เช่น การขลิบอวัยวะเพศของหญิงมุสลิมหรือคนแอฟริกัน จำเลยอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ จำเลยต้องมีความผิด แต่ในทางตรงกันข้าม หากรัฐสภาบัญญัติกฎหมายเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติศาสนกิจของศาสนาใด ถือว่าการกระทำตาม

ประเพณีของศาสนานั้น ย่อมไม่มีความผิด เช่น มีกฎหมายให้ชาวฮิวอโรโตดอกซ์ฆ่าสัตว์เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาและบริโภคเนื้อสัตว์นั้นได้ ศาลย่อมวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น

ดังนั้น ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยในการวินิจฉัยคดีอาญามากกว่าประเทศในระบบกฎหมาย Civil law โดยประเทศในระบบกฎหมาย Common Law นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในฐานความผิดที่หลากหลาย และเป็นคุณแก่จำเลย แต่ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยเพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินคดีอาญาในสัดส่วนที่น้อย จารีตประเพณีและวัฒนธรรมต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ ศาลจึงจะนำมาวินิจฉัยให้จำเลย โดยถือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในระบบกฎหมาย Civil Law นั้นจึงมีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในศาลฎีกาไทยและในศาลต่างประเทศแล้ว มีประเด็นที่พิจารณาเปรียบเทียบ ดังนี้

๑. จำเลยซึ่งอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ในศาลต่างประเทศ มักพบแต่จำเลยที่เป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย แต่ในศาลฎีกาไทย พบแต่จำเลยที่เป็นคนไทย โดยไม่ปรากฏคดีซึ่งจำเลยเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อยอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทย มีเพียงเฉพาะคดีที่จำเลยเป็นคนต่างชาติและมีความยากลำบากในการดำเนินคดีในศาลไทย ทั้งไม่รู้กฎหมายไทย ไม่สามารถสื่อสารภาษาไทยได้ และไม่มีญาติให้ความช่วยเหลือ ศาลฎีกาถือว่าตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส อันเป็นเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ และศาลลดโทษให้จำเลยถึงกึ่งหนึ่ง ซึ่งกรณีนี้มีใช้การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา แต่เป็นเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม นับเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีในกรณีจำเลยซึ่งเป็นคนต่างชาติอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทย ดังนั้น หากมีกรณีที่คนชนชาติอื่นที่มีใช้คนไทยโดยแท้ อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในศาลไทย ศาลฎีกาควรนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยเข้าสู่สำนวนด้วย อันเป็นการเคารพสิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) ของบุคคล ซึ่งได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศ

๒. ฐานความผิดที่อ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรม จำเลยทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทั้งในฐานความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* และฐานความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติห้าม หรือ *mala prohibita* เพียงแต่ฐานความผิดอาจจะแตกต่างกันบ้าง แต่ในส่วนของศาลนั้น มักยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมซึ่งยกขึ้นอ้างในความผิดที่เป็น *mala in se* มากกว่า เนื่องจากความผิดประเภทนี้มีพื้นฐานมาจากศีลธรรมของสังคม ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมากกว่า เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ส่วนฐานความผิดที่เป็น *mala prohibita* ทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศยอมรับค่อนข้างน้อย หากจะยอมรับ มักเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเทียบเคียงได้กับความผิดที่เป็น *mala in se* เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือเป็นความผิดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความผิดที่เป็น *mala in se* เช่น ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ซึ่งอาจทำให้เกิดการกระทำความผิดที่เป็น *mala in se* ต่อเนื่องไปได้

๓. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ยกขึ้นอ้างในศาลฎีกาและในศาลต่างประเทศนั้น ในศาลไทยคงมีแต่วัฒนธรรมหลัก (Dominant Culture) ยิ่งกว่าวัฒนธรรมรอง (Subculture) คือ ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยของคนไทยโดยส่วนใหญ่มาพิจารณา มากกว่าวัฒนธรรมท้องถิ่น ต่างจากในศาลต่างประเทศ ซึ่งวัฒนธรรมประเพณีที่นำมาวินิจฉัยนั้นเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยซึ่งเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย จึงมีความหลากหลายมาก ศาลฎีกาจึงควรเพิ่มเติมในส่วนการยอมรับวัฒนธรรมรองด้วย ส่วนการที่ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาใช้ในคดีอาญานั้น ศาลฎีกาอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้ต้องด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ต่างจากในต่างประเทศ ซึ่งมักอ้างเหตุผลทางวัฒนธรรมควบคู่กับเหตุอื่น เช่น จำเลยมีอาการผิดปกติทางจิต หรือจำเลยไม่รู้กฎหมายหรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การปรับใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลฎีกาไทยจึงค่อนข้างมีความกำกวม นอกจากนี้ การปรับใช้ของศาลควรคำนึงถึงรัฐประศาสนนโยบายด้วยว่า รัฐสภาบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองวัฒนธรรมประเพณีใด หรือในทางตรงกันข้าม บัญญัติให้การกระทำตามวัฒนธรรมประเพณีนั้นเป็นความผิด ศาลพึงใช้ดุลพินิจในทิศทางเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

๔. ระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ในศาลต่างประเทศยอมรับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดค่อนข้างแคบ คือ นำมาพิจารณาว่าจำเลยมิได้กระทำความผิด หรือลดฐานความผิดและลดโทษให้น้อยลงเท่านั้น ส่วนศาลฎีกาไทยยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในหลายขั้นตอนของการวินิจฉัยความผิดและโทษของจำเลย ครอบคลุมโครงสร้างความรับผิดทางอาญาหลายระดับ ได้แก่ ระดับการวินิจฉัยองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นความผิด และระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษ อย่างไรก็ตาม ระดับการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของศาลฎีกาควรเป็นเช่นใดนั้น ในเบื้องต้น จารีตประเพณีและวัฒนธรรมซึ่งนำมาวินิจฉัยในฐานะความผิดต่างกัน ย่อมส่งผลที่แตกต่างกันออกไปด้วย ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิด และความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้น ย่อมเป็นเรื่องยากที่จะประเมินว่าการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมประการใดประการหนึ่งมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาในความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นเหมาะสมแล้วหรือไม่ คงต้องให้เป็นดุลพินิจของศาลในแต่ละกรณีไป

๕. ความชัดเจนและความเพียงพอของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงที่ให้ศาลสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยในศาลต่างประเทศอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น และอาศัยแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลเพื่อนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้ แต่ในส่วนของประเทศไทย ศาลฎีกาสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยผ่านบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และเหตุลดโทษ ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติรองรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยตรง แต่ประมวลกฎหมายอาญามีได้เปิดโอกาสของจำเลยและศาลในการนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ในทางกลับกัน กลับเปิดช่องให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยโดยผ่านบทบัญญัติอื่นๆ ได้ ประกอบกับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามี

บทบัญญัติรับรองการอ้างผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในคดีอาญาได้ จึงเป็นหนทางหนึ่งของจำเลยที่จะอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมานำสืบในศาลได้

กล่าวโดยสรุป ศาลฎีกาจึงนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญามาเป็นเวลานาน โดยมีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องอื่นที่สนับสนุนให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ในคดีอาญาได้ ทั้งการใช้จารีตประเพณีและวัฒนธรรมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้นเป็นการส่งเสริมบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

๖.๒ ข้อเสนอแนะ

ในการศึกษาการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญานั้น ศาลฎีกานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญาในคดีเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในคดีที่จำเลยเป็นคนไทยและกล่าวอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทย อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับศาลต่างประเทศแล้ว ยังมีข้อที่เห็นสมควรเสนอแนะไว้เพื่อเป็นแนวทางในการอ้างและการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในคดีอาญาที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลในอนาคต ดังนี้

๑. สำหรับจำเลยที่เป็นคนไทย แม้ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมสำหรับจำเลยประเภทนี้เป็นจำนวนมากแล้ว แต่เห็นควรกระตุ้นให้ศาลนำข้ออ้างทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของจำเลยมาประกอบการใช้ดุลพินิจเพื่อพิพากษาความผิดและกำหนดโทษของจำเลยให้เหมาะสม โดยพึงถือว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นปัจจัยหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเช่นเดียวกับภูมิหลังอื่นๆ ของจำเลย เช่น อายุ อาชีพ สภาพครอบครัว ความประพฤติ เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ในทุกด้าน รวมถึงมีผลสำคัญต่อความคิดของบุคคลเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาด้วย หากศาลพิจารณาข้ออ้างทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยด้วย จะทำให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างรอบคอบ และรัดกุม สามารถให้ความเป็นธรรมแก่จำเลยได้อย่างเต็มที่

๒. สำหรับจำเลยที่เป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย แม้ยังไม่มีปรากฏในประเทศไทย แต่เมื่อประเทศมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น เหตุวิาทระหว่างบุคคลหลายจำพวก โดยเฉพาะคนต่างชาติ ย่อมมีมากขึ้นเป็นลำดับ หากมีคดีซึ่งบุคคลเหล่านี้เป็นจำเลยเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล ควรส่งเสริมให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคลที่เป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย มาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาด้วย เช่นเดียวกับจำเลยที่เป็นคนไทย โดยถือว่าเป็นการรับรองสิทธิทางวัฒนธรรม (The Right to Culture) ของบุคคล ซึ่งสิทธินี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้บัญญัติยอมรับให้บุคคลทุก

คนมีสิทธิดำเนินชีวิตตามวัฒนธรรมของตนเอง ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประชาคมระหว่างประเทศ จึงควรรับรองสิทธินี้ด้วย

๓. ฐานความผิดที่ศาลพึงพิจารณานำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาใช้ นั้น ไม่ว่าจะกรณีจำเป็นเป็นคนไทย หรือจำเป็นเป็นคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย ควรเป็นฐานความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือ *mala in se* เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น เพราะความผิดในตัวเองมักมาจากพื้นฐานศีลธรรมของสังคม การกระทำประการหนึ่งอาจมีความผิดตามกฎหมายแห่งท้องที่หนึ่ง แต่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายแห่งท้องที่อื่น ศีลธรรมก็เป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีและวัฒนธรรม จึงมีความชอบธรรมที่ศาลจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาวินิจฉัยเป็นคุณแก่จำเลยในความผิดเหล่านี้

สำหรับฐานความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติห้าม หรือ *mala prohibita* แม้ในศาลไทยและศาลต่างประเทศมักไม่ยอมรับการอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในความผิดประเภทนี้ แต่น่าจะมีอีกหลายกรณีที่น่ามาปรับใช้ได้ โดยอาจยังไม่เป็นคดีพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา เช่น ประเพณีการละเล่นสาดน้ำในวันสงกรานต์ ย่อมไม่เป็นการกีดขวางทางสัญจร หรือความเชื่อว่ามีสิทธิอาศัยอยู่ในพื้นที่ซึ่งประกาศเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ เป็นความเชื่อที่มีมาแต่บรรพบุรุษ ซึ่งหากยกขึ้นอ้างในศาล ศาลอาจจะนำมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาได้

๔. จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างนั้น ศาลควรยอมรับอย่างหลากหลาย มิใช่เฉพาะวัฒนธรรมหลักของไทยเท่านั้น แต่ควรยอมรับวัฒนธรรมรองให้มากขึ้นด้วย อาจจะเป็นวัฒนธรรมท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมของคนต่างชาติ ชนพื้นเมือง หรือชนกลุ่มน้อย กล่าวคือ หากมีจำเลยซึ่งเป็นบุคคลที่อ้างวัฒนธรรมรองเข้าสู่การพิจารณาของศาล ศาลควรหิยบายกวัฒนธรรมรองขึ้นพิจารณาด้วย

อนึ่ง ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะ เป็นวัฒนธรรมหลักหรือวัฒนธรรมรอง ศาลควรพิจารณาแนวทางการใช้ดุลพินิจตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔/๒๕๖๒ ซึ่งวินิจฉัยแนวทางไว้ว่า ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน เป็นประเพณีที่สมควร มีกำหนดแน่นอน และไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษรยกเล็กหรือประเพณีนั้นขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากพิจารณาแล้วต้องด้วยแนวทางดังกล่าวนี้ ศาลจึงจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้น

นอกจากนี้ การที่ศาลจะยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใดหรือไม่ ศาลควรพิจารณารัฐประศาสน์นโยบายด้วยว่า รัฐมีแนวคิดที่จะคุ้มครองสิทธิทางวัฒนธรรมของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นพิเศษหรือไม่ หรือมีแนวคิดที่จะปราบปรามผู้กระทำความผิดกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะหรือไม่ เนื่องจากประเทศไทยอยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ การใช้กฎหมายโดยส่วนใหญ่จึงต้องถือตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย และศาลพึงใช้ดุลพินิจในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมให้สอดคล้องกับรัฐประศาสน์นโยบายนั้น

๕. ระดับในการยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ศาลมีระดับการยอมรับหลากหลาย ครอบคลุมโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตั้งแต่ระดับการวินิจฉัยองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นความผิด และระดับการวินิจฉัยกฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษ แต่การยอมรับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมใดเพื่อวินิจฉัยในฐานความผิดใดในระดับใดนั้น ควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี โดยกำหนดกรอบของดุลพินิจว่า ศาลพึงพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำความผิดเปรียบเทียบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้หรือไม่ เพียงใด รวมถึงพิจารณาว่าจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยยกขึ้นอ้างมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของจำเลยมากหรือไม่ หากมีผลสำคัญต่อความคิดในการกระทำความผิดของจำเลย ควรนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั้นมาวินิจฉัยในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยในระดับที่มาก เพราะย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดนั้นมีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่ได้รับการปลูกฝังและถ่ายทอดมาจากสมาชิกอื่นในสังคม โดยจำเลยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่หากเป็นจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยอาจหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้ ศาลอาจพิจารณาเป็นเพียงแค่เหตุผลลดโทษเท่านั้น

๖. สำหรับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา แม้ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา แต่ศาลสามารถนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาอ้างให้ต้องด้วยโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา และหลักเกณฑ์การยกเว้นความรับผิด การยกเว้นโทษ หรือลดโทษในประมวลกฎหมายอาญาได้อย่างลงตัวได้อยู่แล้ว ในประเด็นนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยตรงอีก เพียงแต่เสนอแนะให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญา โดยให้อยู่ในกฎเกณฑ์ที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เพราะการวินิจฉัยคดีของศาลจะได้มีบทกฎหมายรองรับ มิใช่เป็นการวินิจฉัยตามอำเภอใจ

๗. สำหรับกฎหมายวิธีสบัญญัติ การอ้างพยานหลักฐานทางวัฒนธรรมอาจนำแนวคิด Judicial Notice ของศาลประเทศแคนาดามาใช้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ศาลรับรู้ได้เอง สอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔ (๑) ประกอบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕ หากเป็นข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ทั่วไป คู่ความย่อมไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐาน หรือวิธีการอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นนักสังคมวิทยาหรือนักมานุษยวิทยา เพื่อนำสืบเกี่ยวกับจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้าง ซึ่งประเทศไทยอาจใช้ช่องทางการอ้างผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๔๓ ได้ ทั้งการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ต้องพัฒนาควบคู่ไปกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

ดังนั้น การที่ศาลฎีกาจะนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาพิจารณาเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยในทางใดทางหนึ่งนั้น แม้ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่ให้ศาลนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาโดยตรง แต่บทบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และเหตุลดโทษ มีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะเปิดช่องให้ศาลนำวัฒนธรรมประเพณีมาประกอบการใช้ดุลพินิจได้ ทั้งศาลฎีกาได้นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาวินิจฉัยความรับผิดและโทษทางอาญามาเป็นเวลานาน อันถือว่าเป็นการยอมรับ

ความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และถือเป็นการยอมรับสิทธิทางวัฒนธรรมของบุคคล สอดคล้องกับหลักกฎหมายในทางระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ จากการศึกษาค้นคว้าจนเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้อาศัยความรู้ใหม่ที่เป็นประโยชน์ ดังนี้

๑. ทำให้ทราบว่า จารีตประเพณีและวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กับชีวิตมนุษย์อย่างแยกไม่ออก การดำเนินชีวิตของมนุษย์ทุกๆ ขั้นตอนของชีวิตต้องมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเกี่ยวข้องด้วยอยู่เสมอ รวมถึงความคิดความเชื่อต่างๆ ของมนุษย์ย่อมเกิดจากการปลูกฝังโดยสมาชิกในสังคมเช่นกัน ฉะนั้น บุคคลจะกระทำการใดที่คิดว่าเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิด ขึ้นอยู่กับความเชื่อเช่นเดียวกัน จารีตประเพณีและวัฒนธรรมของบุคคลจึงสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับความคิดด้านการกระทำความผิดทางอาญา

๒. ทำให้ทราบว่า ศาสตร์ทางด้านกฎหมายและมานุษยวิทยามีความสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้ง จนเกิดการศึกษารวมที่เรียกว่า มานุษยวิทยาทางกฎหมาย (Legal Anthropology หรือ Anthropology of Law) ซึ่งเป็นการศึกษากฎหมายในแง่มานุษยวิทยา เป็นการบูรณาการศาสตร์สองแขนงเข้าด้วยกัน ศาสตร์นี้จึงเป็นศาสตร์ที่น่าสนใจ และสมควรได้รับการส่งเสริมให้ศึกษามากขึ้น ทั้งนี้มีประเด็นที่น่าสนใจ แต่ผู้เขียนไม่มีโอกาสศึกษา คือ กรณีในศาลต่างจังหวัด น่าจะมีกรณีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิดถูกหยิบยกขึ้นอ้างในศาลมาก แต่คดีเหล่านี้มักไม่เข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกา จึงอยู่นอกขอบเขตที่ผู้เขียนศึกษาค้นคว้าในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

๓. ทำให้เห็นการพัฒนาของหลัก Cultural Defense ที่เป็นการพยายามนำศาสตร์ทางด้านมานุษยวิทยาทางกฎหมายมาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะความก้าวหน้าของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับสิทธิทางวัฒนธรรมของกลุ่มบุคคลที่หลากหลาย และนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่จำเลยกล่าวอ้างในศาลมาพิจารณาประกอบคดี ทั้งที่ผู้เขียนเชื่อว่า ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาคงไม่เห็นด้วยกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมหลายประการ เพราะศาลเองก็ต้องมีจารีตประเพณีและวัฒนธรรมตามแบบประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ แต่ศาลพยายามนำมาใช้เท่าที่จะสามารถใช้ได้ จึงเป็นตัวอย่างที่ดีให้ประเทศอื่นๆ ยอมรับไปปรับใช้ด้วย

๔. สำหรับในประเทศไทย แม้แนวคิด Cultural Defense ยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย แต่เมื่อศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย พบว่าศาลฎีกาก็นำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของจำเลยมาประกอบการพิจารณาคดีอาญาเป็นจำนวนมาก แสดงว่าศาลฎีกาเล็งเห็นความสำคัญของจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเช่นกัน

๕. เมื่อผู้เขียนได้ปฏิบัติงานในศาลยุติธรรม ผู้เขียนจึงทราบว่าในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ศาลต้องพิจารณาเหตุปัจจัยต่างๆ ทุกประการที่เกี่ยวข้องกับจำเลย การนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาปรับใช้นั้นมิได้เกิดขึ้นอย่างเด่นชัดในทางปฏิบัติ แต่ผู้เขียนเชื่อว่า เมื่อผู้พิพากษามีแนวคิดทางด้านจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทย ความคิดในการตัดสินคดีย่อมถูกปรุงแต่งด้วยจารีตประเพณีและวัฒนธรรมไทยโดยสภาพ การให้ผู้พิพากษาในศาลไทยนำจารีตประเพณีและวัฒนธรรมมาพิจารณาคดีจึงมิใช่เรื่องยากลำบากแต่ประการใด

ฉะนั้น ผู้เขียนจึงได้รับองค์ความรู้ใหม่หลายประการที่สามารถนำไปใช้ในการปฏิบัติงานของผู้เขียนได้ ทั้งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเสนอแนวคิดใหม่เพื่อริเริ่มให้บุคคลอื่นสนใจศึกษาศาสตร์ต่างๆ อย่างบูรณาการ อันเป็นประโยชน์ในการพัฒนางานการกฎหมายต่อไป

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กิตติศักดิ์ ปรกติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ ๓.

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๓.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม ๒. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, ๒๕๕๐.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ ๑๐.

กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), ๒๕๕๑.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๔.

งามพิศ สัตย์สงวน. หลักมนุษยวิทยาวัฒนธรรม. พิมพ์ครั้งที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: ธรรมสภา, ๒๕๓๘.

จำนง อติวัฒนสิทธิ์ และคณะ. สังคมวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ ๑๓. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๙.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค ๑. พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์

การพิมพ์เพชรรุ่ง, ๒๕๕๕.

จิตรกร ตั้งเกษมสุข. ความเป็นมาของการศึกษาไทย. กรุงเทพมหานคร: เคล็ดไทย, ๒๕๒๕.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ ๑๔. กรุงเทพมหานคร:

วิญญูชน, ๒๕๕๕.

ธรรมสาร เล่ม ๑๗ ฉบับที่ ๑. พระนคร: นุกุลกิจ, ๒๔๗๖.

นัยพรรณ (ผลวัฒน์) วรรณศิริ. มานุษยวิทยาสังคมและวัฒนธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๐.

บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายอาญา ๑ ภาคทั่วไป ฉบับเร่งรัด. กรุงเทพมหานคร: วิทย์พัฒนา,

๒๕๕๒.

ประธาน วัฒนวานิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก,

๒๕๔๖.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ ๑๒. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสาร

ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕.

ผะอบ นะมาตร์. เอกสารคำสอนวิชา AS. 203 สังคมวิทยาเบื้องต้น (Introduction to sociology).

หมวดวิชาสังคมศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, ๒๕๒๔.

ไพบุลย์ ช่างเรียน. สารานุกรมศัพท์ทางสังคมวิทยา. (ม.ป.ท.), ๒๕๑๕.

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. คณะกรรมการบริหารวิชาบูรณาการ หมวดวิชาศึกษาทั่วไป. มนุษย์กับ

สังคม. พิมพ์ครั้งที่ ๖. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๔๖.

ยศ สันตสมบัติ. มนุษย์กับวัฒนธรรม. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๐.

ราชบัณฑิตยสถาน. คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ. “กฎหมายตราสามดวงฉบับ

ราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑,” ๒๕๕๐.

ราชบัณฑิตยสถาน. คณะกรรมการชำระและศึกษากฎหมายไทยโบราณ. “กฎหมายตราสามดวงฉบับ

ราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๒,” ๒๕๕๐.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยา อังกฤษ – ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้ง

ที่ ๓. กรุงเทพมหานคร: โอเดีย สแควร์, ๒๕๔๙.

เรอเน่ กียอง. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย. แปลโดย สุรพล ไตรเวทย์.

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๐.

โรแบร์ต แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิภัลย์ พงศ์พินิตานนท์,

บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓.

วัชรา คลายนาทร. สังคมวิทยา. กรุงเทพมหานคร: วัฒนาพานิช, ๒๕๓๐.

ศรีศักร วัลลิโภดม. กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย. กรุงเทพมหานคร: ด่านสุทธา

การพิมพ์, ๒๕๔๕.

ส.พลายน้อย. สารานุกรมวัฒนธรรมไทย. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์คำ, ๒๕๕๓.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๔๙.

สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. การรื้อการลงโทษ เหตุบรรเทาโทษ เหตุยกเว้นความรับผิด เหตุยกเว้นโทษ

เหตุผลหย่อนความรับผิด. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร: อินเทอร์เน็ตบุ๊กส์, ๒๕๕๒.

สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ. กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย. (ม.ป.ท.), (ม.ป.ป.).

สุพิตรา สุภาพ. สังคมและวัฒนธรรมไทย. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช,

๒๕๓๔.

สุพิตรา สุภาพ. สังคมวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ ๒๐. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๔๐.

สุพิศวง ธรรมพันทา. มนุษย์กับสังคม. กรุงเทพมหานคร: ดี.ดี. บุ๊คส์ไตร์, ๒๕๔๐.

สุรพล สุขอัจจะสกุล. การใช้ทฤษฎีทางอาชญาวิทยาในคำพิพากษาศาลชั้นต้น: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกลุ่มความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองและกลุ่มความผิดที่กฎหมายบัญญัติ.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชาสังคมวิทยา ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๖.

สุวรรณ สถาอานันท์ และเนื่องน้อย บุญยเนตร. คำ: ร่องรอยความคิดความเชื่อไทย. พิมพ์ครั้งที่ ๓.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๒.

เสาวภา ไพทวัฒน์. โลกทัศน์ของคนไทยสมัยต้นรัตนโกสินทร์ พ.ศ.๒๓๒๕ – ๒๔๑๖. ใน ณรงค์ พ่วงพิศ และพลศักดิ์ จิรไกรศิริ, สังคมไทยใน ๒๐๐ ปี, หน้า ๑๓๕. กรุงเทพมหานคร: เจ้าพระยาการพิมพ์, ๒๕๒๖.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ ๑๐. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๔.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค ๑. พิมพ์ครั้งที่ ๒๑. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔.

หลุยส์ ดูปลาตร์. สถานะของหญิงมีสามีในประเทศสยาม. แปลโดย ไพโรจน์ กัมพูสิริ. พิมพ์ครั้งที่ ๒.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๐.

อุทัย หิรัญโต. สารานุกรมศัพท์สังคมวิทยา – มานุษยวิทยา. กรุงเทพมหานคร: ทิพย์อักษร, ๒๕๒๖.

โอฬาร กุลวิจิตร และอมรพจน์ กุลวิจิตร. เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอกการลงโทษ และรอกการกำหนดโทษ. (ม.ป.ท.), ๒๕๕๒.

ภาษาอังกฤษ

Bohlander, M., ed. Principle of German Criminal Law. Oxford: Hart Publishing, 2009.

Bohlander, M., ed. The German Criminal Code: A modern English translation. Oxford: Hart Publishing, 2008.

Chiu, D. C. The cultural defense: Beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism. California Law Review 82 (July 1994): 1053-1125.

Chiu, E. M. Culture as justification, not excuse. American Criminal Law Review 43 (Fall 2006): 1317-1374.

- Cohan, J. A. Honor killing and the cultural defense. California Western International Law Journal 40 (Spring 2010): 177-252.
- Currie, R. J. The contextualized court: litigating “culture” in Canada. International Journal of Evidence & Proof 9, 2 (2005): 73 – 109.
- Donovan, J. M. Legal anthropology: An Introduction. Lanham: Altamira Press, 2008.
- Donovan, J. M. and H. E. Anderson, III. Anthropology & Law. New York: Berghahn Books, 2006.
- Donovan, J. M. and J. S. Garth. Delimiting the cultural defense. Quinnipiac Law Review 26 (2007): 109-146.
- Engel, D. M. and F. Reynolds, eds. Code and custom in a Thai provincial court: The interaction of formal and informal systems of justice. Tucson: the University of Arizona press, 1978.
- Fischer, M. The human rights implications of a cultural defense. Southern California Interdisciplinary Law Journal 6 (Spring 1998): 663-701.
- Held, E. M. On the boundaries of culture as an affirmative defense. Arizona Law Review 51 (Spring 2009): 237-251.
- Kim, N. S. Blameworthiness, intent, and cultural dissonance: The unequal treatment of cultural defense defendants. University of Florida Journal of Law and Public Policy 17 (August 2006): 199-229.
- Li, J. The nature of the offense: An ignored factor in determining the application of the cultural defense. University of Hawaii Law Review 18 (Summer/Fall 1996): 765-796.
- Martin, E. All men are (or should be) created equal: An argument against the use of the cultural defense in a post – Booker world. William and Mary Bill of Rights Journal 15 (April 2007): 1306.
- McKinley, M. A. Cultural culprits. Berkeley Journal of Gender, Law & Justice 24 (Fall 2009): 91-165.
- Merle, J. C. Cultural defense, hate crimes and equality before the law. Florianoópolis 5,1 (June 2006): 7-19.

- Miller, J. Criminal Law. Minnesota: West Publishing, 1975.
- Renteln, A. D. A justification of the cultural defense as partial excuse. Southern California Review of Law and Women's Studies 2 (Spring 1993): 437-526.
- Renteln, A. D. Culture and culpability: A study of contrasts. In P. Sack (ed.), The International Library of Essays in Law and Legal Theory-Legal Culture 3-Law and Anthropology, pp.487-497. Hants: Dartmouth Publishing, 1992.
- Renteln, A. D. The cultural defense. New York: Oxford University Press, 2004.
- Renteln, A. D. The use and abuse of the cultural defense. Canadian Journal of Law and Society 20 No.1 (2005): 47 – 67.
- Rosen, L. The anthropologist as expert witness. In Peter Sack (ed.), The International Library of Essays in Law and Legal Theory-Legal Culture 3-Law and Anthropology, pp.487-497. Hants: Dartmouth Publishing, 1992.
- Sikora, D. W. Differing cultures, differing culpabilities?: A sensible alternative: Using cultural circumstances as a mitigating factor in sentencing. Ohio State Law Journal 62 (2001): 1695-1728.
- The cultural defense in the criminal law. Harvard Law Review 99 (April 1986): 1293 - 1311.
- Tomao, S. M. The cultural defense: Tradition or formal?. Georgetown Immigration Law Journal 10 (Winter 1996): 241-256.
- Volpp, L. (Mis)identifying culture : Asian women and the cultural defense. Harvard Women's Law Journal 17 (Spring 1994): 57-101.
- Westover, B. T. Cultural assimilation as a mitigating factor to immigration offenses under the Federal Sentencing Guideline. Journal of Gender, Race and Justice 10 (Winter 2007): 349-381.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวปณยวีร์ ประจวบลาภ เกิดเมื่อวันที่ ๑๗ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๒๘ ณ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้รับประกาศนียบัตรวิชาว่าความ จากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๑ สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ ๖๑ จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๒ จากนั้น เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีเดียวกัน

ปัจจุบัน รับราชการเป็นข้าราชการตุลาการ ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาล ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลอาญา