

ภาค 1

บทที่ 1

บทนำ

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย เดิมเรียกชื่อว่า “ธรรมศาสตร์” (Jurisprudence) มาจากคำว่า Jurisprudentia ซึ่งพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ทรงบัญญัติขึ้นใช้เป็นครั้งแรกและประเทศอังกฤษได้นำเอาคำนี้มาใช้ทับศัพท์ว่า “Jurisprudence” เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระบิดาแห่งกฎหมายไทย) ซึ่งทรงสำเร็จกฎหมายจากประเทศอังกฤษได้ทรงนำหลักวิชานี้มาสอนที่โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรมเป็นครั้งแรก วิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปจึงแปลมาจากภาษาอังกฤษที่ว่า “Principle of Jurisprudence “ ได้แก่หลักพระธรรมศาสตร์ ซึ่งมีผู้แปลว่าหลักความรู้ในทางธรรมะหรือในสิ่งที่เป็นธรรม แต่เป็นความหมายที่ไม่ตรงกับเนื้อหาในวิชานี้ที่มุ่งจะศึกษาแต่ประการใด ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์¹ เห็นว่าวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายนี้ใกล้เคียงกันมากกับหนังสือกฎหมายเล่มหนึ่ง ซึ่งเป็นวิชาตำราเรียนขั้นต้นในทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสคือ “Introduction a La Science du droit” (ใช้ในภาษาอังกฤษว่า Introduction to the science of law) อันเป็นวิชาที่จะต้องศึกษาก่อนที่จะศึกษาถึงเนื้อหาของกฎหมายต่อไป อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนักนิติศาสตร์ไทยหลาย

¹ธีระ ศรีธรรมรักษ์และคณะ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ,2539) หน้า 2.

ท่านได้ให้คำนิยามวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป พอสรุปได้ว่า“วิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เป็นวิชาที่มุ่งจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นรากฐาน และความรู้ที่นักคิดในการก่อให้เกิดกฎหมายขึ้นซึ่งแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษากฎหมายลักษณะต่าง ๆ หรือกฎหมายเฉพาะได้ง่ายและสะดวกขึ้น”

ความสำคัญของกฎหมาย

ปัจจุบันกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของมนุษย์แต่ละคนอย่างมาก ตั้งแต่มนุษย์อยู่ในครรภ์มารดา กฎหมายก็เข้ามารับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา พอทารกคลอดออกมาแล้วกฎหมายก็บังคับให้เจ้าบ้านหรือบิดามารดาต้องไปแจ้งเกิดเพื่อขอรับสูติบัตร เมื่ออายุ 15 ปี กฎหมายก็บังคับให้ต้องทำบัตรประชาชน โตขึ้นมาอีกจะแต่งงานกฎหมายก็บังคับให้ต้องจดทะเบียนสมรส พอแก่ตัวใกล้จะตาย กฎหมายก็เปิดทางให้สามารถกำหนดการเผื่อตาย โดยการทำพินัยกรรม จนกระทั่งคนตายกฎหมายก็บังคับให้ผู้พบเห็นการตายต้องแจ้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในทางเศรษฐกิจเองกฎหมายก็เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างมาก เช่น การที่บุคคลจะรวมตัวกันจัดตั้งเป็นองค์กรธุรกิจ ก็ต้องพิจารณาว่าจะจัดตั้งในรูปใด จะเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ซึ่งก็มีกฎหมายเข้ามากำหนดหลักเกณฑ์ เมื่อทำธุรกิจมีกำไรก็ต้องมีหน้าที่เสียภาษี ซึ่งก็เป็นเรื่องของกฎหมายอีก

เมื่อกฎหมายเข้ามาเกี่ยวกับชีวิตคนเราเช่นนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายเพื่อให้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนเองที่มีตามกฎหมาย เพื่อจะได้ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบังคับว่าคนทุกคนจะต้องรู้กฎหมาย แต่ก็มีหลักกฎหมายว่า “ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว” ทั้งนี้ก็โดยเหตุเนื่องมาจากการใช้นโยบายว่าบุคคลใดจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายมิได้ ทั้งนี้เพราะหากให้มีการกล่าวอ้างดังกล่าวได้ การบังคับใช้

กฎหมายก็จะไม่ได้ผล เพราะทุกคนต่างก็จะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นผิดเสมอ นอกจากนี้หากยอมให้อ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบได้ ก็เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้คนไม่ต้องรับรู้กฎหมาย เพราะรู้กฎหมายน้อยก็รับผิดชอบน้อย

หลักกฎหมายที่ว่า “ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นแก้ข้อตัว” นี้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้แต่ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 นี้ไม่ยอมรับเอาความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัว แต่อย่างไรก็ตามมีบางกรณีหากไม่ยอมรับฟังความไม่รู้กฎหมายแล้ว ก็อาจเป็นการไม่ยุติธรรม เช่น คนต่างด้าวที่เพิ่งเดินทางเข้ามาในประเทศ หรือผู้ที่อยู่ห่างไกลมากไม่สามารถทราบถึงกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่ ฉะนั้นจึงมีข้อยกเว้นให้อ้างความไม่รู้กฎหมายได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ

(1) ศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมาย บัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และ

(2) ศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น

ผลการอ้างความไม่รู้กฎหมายที่ครบตามเงื่อนไข 2 ประการข้างต้น ก็คือ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่จะไม่ลงโทษไม่ได้ ซึ่งเท่ากับว่า แม้ข้ออ้างว่าไม่รู้กฎหมาย ศาลจะเชื่อและรับฟังก็ไม่ทำให้ผู้ยกข้ออ้างนี้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด ²

² ภูมิชัย สุวรรณดีและคณะ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542) หน้า 1.-4.

กฎหมายเกิดขึ้นพร้อมกับการเกิดขึ้นของสังคม

ที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย (UBI SOCIETAS, IBI JUS) เป็นคำกล่าวที่แสดงว่ากฎหมายกับสังคมมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคม ไม่สามารถอยู่ลำพังคนเดียวได้ แต่การที่มนุษย์อยู่รวมกันในสังคม อาจมีความขัดแย้งและกระทบกระทั่งกัน ก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมได้ ฉะนั้นมนุษย์จึงต้องมีระบบควบคุมสังคมซึ่งได้แก่ศีลธรรม จารีตประเพณี ศาสนา และกฎหมาย³

สังคมหมายถึงการอยู่รวมกันเป็นหมู่คณะอย่างถาวรของมนุษย์ ในสังคมนั้นมีบุคคลแต่ละคนเป็นส่วนประกอบรวมตัวกันขึ้น บุคคลแต่ละคนนี้นับว่าเป็นหน่วยเล็กที่สุดที่ประกอบขึ้นเป็นสังคม เป็นหน่วยสุดท้ายที่แยกให้เล็กลงไปอีกไม่ได้แล้ว การมาอยู่รวมกันเป็นหมู่คณะเป็นกลุ่มก้อนและเป็นการอยู่รวมกันอย่างถาวรได้ก็จะต้องมีสิ่งที่เป็นตัวเชื่อมโยงที่ทำให้เกิดความสัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้น ทำให้มนุษย์อยู่รวมกันอย่างสงบ มีระเบียบเรียบร้อย กลายเป็นสังคม(society) อย่างที่เราเห็น ๆ กันอยู่ สิ่งที่เป็นตัวเชื่อมให้คนมาอยู่รวมกันอย่างถาวรจนกลายเป็นสังคมนี เป็นสิ่งที่นักสังคมวิทยา (Sociology) และนักมานุษยวิทยา (Anthropology) ทั้งหลายต่างพยายามศึกษาว่าคืออะไรกันแน่ ถ้าเราสามารถรู้สิ่งนี้ได้ชัดเจนเพียงใดเราก็จะมีความเข้าใจสังคมได้มากยิ่งขึ้นเพียงนั้น แต่สิ่งที่เป็นตัวเชื่อมนี้มีความซับซ้อนอยู่มาก อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของวิชาสังคมวิทยาทั้งหมดก็คือประวัติการแสวงหาความรู้ความเข้าใจในสิ่งที่กล่าวนี้เอง การแสวงหานี้ยังกระทำกันอยู่จนกระทั่งปัจจุบันนี้

1. ครอบครัวยุคเริ่มต้นของสังคมมนุษย์

จากการศึกษาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา เราจะพบว่ามนุษย์ไม่เคยเริ่มต้นมีชีวิตแบบปัจเจกชนโดดเดี่ยว ในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ มนุษย์ไม่เคยเริ่มมีชีวิต

³โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2540) หน้า 31-40.

เป็นเอกชนคนเดียวโดด ๆ โดยไม่ต้องอยู่กับใครเลย แต่มนุษย์นั้นเมื่อเกิดขึ้นมาก็ต้องอยู่ในแวดวงมนุษย์เสมอ อย่างน้อยที่สุดเมื่อคนคลอดออกมาจากครรภ์มารดา ก็มีแม่เป็นผู้เลี้ยงช้าง คอยดูแลและปกป้องคุ้มกันอันตรายอยู่ตลอดเวลาไม่เคยทอดทิ้งเป็นเวลานานหลายปีกว่าจะเติบโตสามารถช่วยเหลือตัวเองได้ จากการที่ต้องพึ่งพาผู้อื่นนี้ทำให้มนุษย์ต้องคุ้นเคยกับการอยู่ร่วมกับผู้อื่นโดยร่วมจากสายสัมพันธ์สายแรกเริ่มเดิมทีที่สุดของมนุษย์คือ ความสัมพันธ์ระหว่าง “แม่กับลูก” แล้วต่อไปยังความสัมพันธ์ระหว่าง “พ่อกับลูก” “สามีกับภรรยา” “พี่กับน้อง” “เพื่อนกับเพื่อน” และความสัมพันธ์อื่น ๆ อีกมากมายสานกับเป็นเกลียวสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนจนกลายเป็นสังคมใหม่อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้

กล่าวโดยสรุปคือคนมีลักษณะพิเศษในข้อที่ว่าธรรมชาติของมนุษย์มีความอ่อนแอทางกายภาพมาแต่กำเนิดและสัญชาตญาณของความเป็นแม่ ทั้งสองประการนี้เป็นเงื่อนไขอันเป็นฐานที่ตั้งของเกลียวความสัมพันธ์ของมนุษย์อันสลับซับซ้อนที่ก่อให้เกิดเป็นสังคมหน่วยแรกของมนุษยชาติคือ “ครอบครัว” ซึ่งเรียกว่าเป็นสังคม “ปฐมภูมิ” (Primary Society) อันเป็นสังคมหน่วยเล็กที่สุด สังคมเล็กนี้เป็นสังคมที่คนกับคนมีความใกล้ชิดสนิทสนมเป็นกันเอง ระวังข้อพิพาทโดยวิธีอะลุ้มอล่วยไม่รุนแรง ไม่เคร่งครัด เพราะเป็นการปกครองแบบพ่อกับลูกภายในวงญาติใกล้ชิด

2. จากครอบครัวไปสู่รัฐ

ต่อมาเมื่อครอบครัวขยายตัว มีลูกเกิดมาหลาย ๆ คน จะอยู่ในที่เดียวกันย่อมไม่สะดวก จึงต้องแยกบ้านอยู่เป็นครอบครัว ๆ ครอบครัวที่เชื้อสายเดียวกันรวมเรียกว่า โศตรตระกูล (Clan) แต่ยังมีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ แม้สมาชิกในโศตรตระกูลจะมีความใกล้ชิดความสนิทสนมน้อยลง แต่กฎเกณฑ์ความประพฤตินี้ใช้ในครอบครัวแต่เดิมก็ยังคงใช้กันอยู่อย่างเดิมในวงโศตรตระกูล ต่อมาเวลาผ่านไปอีกหลายชั่วอายุคน สังคมระดับโศตรตระกูลจะขยายตัวออกไปเรื่อย ๆ จนกลายเป็นสังคมที่ใหญ่ขึ้นอีกระดับหนึ่ง เรียกว่า ชนเผ่า (Tribe) ความสัมพันธ์ของคนจะค่อย ๆ ห่างออกไป สิ่งที่เชื่อมคนในชนเผ่าให้มีความรู้สึกเป็นคนพวกเดียวกันอยู่ที่ภาษาที่ใช้พูด เพราะพวกกันรู้

เรื่องจึงถ่ายทอดความรู้ ความคิด ความจำให้แก่กันได้ ทำให้รู้เป็นคนเชื่อสาขเดียวกัน มีบรรพบุรุษเดียวกัน เคารพสิ่งศักดิ์สิทธิ์เดียวกัน เมื่อมีความจำเป็นก็ช่วยเหลือร่วมมือกันเพื่อความอยู่รอดและความสุขสวัสดิ์ร่วมกัน ในยามสงบอาจจะมีการร่วมมือช่วยกันไปล่าสัตว์ใหญ่ด้วยกัน หรือในยามสงครามก็ช่วยกันสู้รบกับข้าศึกซึ่งเป็นชนเผ่าอื่น กฎเกณฑ์ที่ใช้ทั้งโคตรตระกูลทั้งชนเผ่าก็ใช้ขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีมาแต่ดั้งเดิมของปู่ย่า ตา ยาย ที่รับสืบทอดกันมาแต่โบราณ เรียกว่าเป็นกฎหมายที่ดีของบรรพบุรุษ (the Good Old Law) นั่นเอง

บรรยากาศในสังคมใหญ่แตกต่างไปจากสังคมเล็ก ความสนิทสนม ความอะลุ่มอล่วยต่อกันในสังคมใหญ่จะมีน้อยลง เมื่อเกิดความขัดแย้งวิวาทกันก็จะต้องมีการชี้ขาดตัดสินอย่างเคร่งครัด และอาจจริงอาจจังมากขึ้น บางที่ต้องใช้กำลังบังคับด้วยความรุนแรงหากมีผู้เกรกระด้างกระเดื่องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคำชี้ขาดของผู้ใหญ่ ในสังคมใหญ่จึงมีความจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจบังคับกันเมื่อมีเหตุจำเป็น เพราะฉะนั้นบรรยากาศของสังคมใหญ่จึงเกิดลักษณะเป็นการบังคับบัญชาต้องฟังคำสั่งคำบังคับด้วยอย่างเคร่งครัด บางที่ต้องมีการใช้กำลังบังคับอย่างรุนแรง มีการลงโทษหนักซึ่งปกติพ่อแม่ไม่ได้ทำถึงขนาดนั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการเปลี่ยนแปลงจากสังคมเล็กไปสู่สังคมใหญ่นั้น บรรยากาศความใกล้ชิดสนิทสนมลดน้อยลง ความเป็นกันเองและความอะลุ่มอล่วยหมดไป ความเคร่งครัดมีมากขึ้น การปกครองเพิ่มความรุนแรงขึ้น มีการใช้กำลังบังคับจับใส่ ลักษณะของชนเผ่าจะมีลักษณะดูเป็น “บ้านเมือง” หรือ “รัฐ” (state) ยิ่งขึ้น มีการปกครองบังคับบัญชาที่เป็นกิจจะลักษณะที่เรียกได้ว่าเป็น “การปกครองโดยแท้”

เพราะฉะนั้นสังคมใหญ่จึงไม่ใช่สังคมที่มีคนจำนวนมากเท่านั้น หากแต่มีความเปลี่ยนแปลงในความสัมพันธ์ บรรยากาศและลักษณะของการปกครองด้วย คือในสังคมใหญ่ความสัมพันธ์จะไม่ใช่ความสัมพันธ์แบบพอกับลูก แต่มีผู้ปกครองที่เป็นหัวหน้าเผ่าเป็นนายปกครองคนส่วนใหญ่ที่เป็นราษฎร ครั้นในยามที่ชนเผ่าจะต้องสู้รบกับเผ่าอื่น ชนเผ่าก็จะเปลี่ยนลักษณะเป็นกองทัพ บรรยากาศเปลี่ยนเป็นแบบทหาร คือมี

การบังคับบัญชาอย่างจริงจังเคร่งครัด รุนแรงและยับยั้ง ความสัมพันธ์จึงถึงเครื่องเคร่งครัด ถึงคราวลงโทษรุนแรงก็ต้องมีกฎเกณฑ์ในการใช้วิธีบังคับ ในกรณีเช่นนี้ศีลธรรมจึงไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับกับเหตุการณ์ลักษณะนี้ จึงมีความจำเป็นต้องตั้งกฎเกณฑ์บังคับบัญชาแบบทหารขึ้นมา

การปกครองโดยแท้ เป็นการปกครองจริง ๆ ที่มีผู้บังคับบัญชาฝ่ายหนึ่งแยกจากผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนละพวกกัน แยกจากกันอย่างเด็ดขาด การปกครองก็就会有การบังคับกันอย่างรุนแรงและเคร่งครัด เมื่อมีการจัดขึ้นหรือกระทำผิดก็就会有การลงโทษด้วย การปกครองอย่างนี้จึงจะเรียกได้ว่าเป็น “การปกครองโดยแท้” สังคมที่มีการปกครองบังคับบัญชาอย่างนี้คือ “สังคมการเมือง” (Political Society) หรือที่เรียกว่า “รัฐ” นั่นเอง

ในรัฐนั้นความสัมพันธ์ของคนจะต้องบังคับกันด้วยกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและแน่นอน เพราะว่าคนในรัฐไม่มีความใกล้ชิดสนิทสนมกัน ไม่มีความสัมพันธ์ทางเชื้อสายหรือเครือญาติ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าในสังคมใหญ่เช่นนี้ ทำอย่างไรจึงจะมีความเป็นธรรมต่อกันระหว่างคนไม่มีความใกล้ชิดกัน ในหมู่คนจำนวนมากเช่นนี้ ความจำเป็นบังคับให้หาความเป็นธรรมจากกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อชี้ว่าใครผิดก็ว่าไปตามผิด และบังคับบัญชาตามความผิดถูกนั้นอย่างเคร่งครัด กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนและมีการบังคับโดยเคร่งครัดเช่นนี้เราเรียกว่า “กฎหมาย”

อาจกล่าวได้ว่ารัฐคือสังคมที่มีการปกครองโดยแท้ ซึ่งมีการใช้กฎหมายบังคับคนในสังคม คือการใช้กฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ที่ชัดเจนแน่นอนและมีลักษณะบังคับเป็นกิจจะลักษณะนั่นเอง

3. วิวัฒนาการของกฎหมาย 3 ยุค⁴

ในประวัติศาสตร์ของสังคมแล้วกฎเกณฑ์ซึ่งใช้ควบคุมความประพฤติของมนุษย์นั้นจะมีวิวัฒนาการจากศีลธรรมไปสู่ขนบธรรมเนียมประเพณี ศีลธรรมเป็นระบบความคิดเกี่ยวกับความผิดชอบชั่วดี รวมกับความรู้สึกรื่นจรมสรรเสริญในสิ่งที่ดีงาม เกลียดชังและตำหนิสิ่งที่ชั่วร้ายของคนในสังคมโดยทั่วไป ส่วนรายละเอียดเนื้อหาของศีลธรรมแต่ละสังคมย่อมแตกต่างกันไปตามยุคตามสมัย ศีลธรรมที่มีเนื้อหาเป็นเรื่อง ๆ นั้น เมื่อเรื่องใดปฏิบัติกันซ้ำกันหลายครั้งเป็นประจำเป็นเวลานาน เกิดเป็นความเคยชินในสังคมเรียกว่า “จารีตประเพณี” จารีตประเพณีมุ่งถึงสิ่งภายนอกของมนุษย์เท่านั้น⁵ จารีตประเพณีใดที่มีลักษณะบังคับที่เป็น “กิจจะลักษณะ” ในสังคมใดก็นับเป็นกฎหมายของสังคมนั้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า เมื่อใดที่กฎเกณฑ์ใดมีลักษณะบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะเมื่อนั้นจะกลายเป็นกฎหมายทันที ลักษณะบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะหมายถึง กรณีที่เมื่อล่วงละเมิดแล้ว คนที่ได้รับความเสียหายจะไม่ยอมทนให้ทำอยู่เฉย ๆ เช่น การไปผิดลูกเมียเขา ถือว่าเป็นเรื่องร้ายแรง เพราะเป็นปกติวิสัยของมนุษย์ย่อมไม่ยอมให้คนอื่นมาล่วงละเมิดในสิ่งหวงแหนของตน ถ้ามีการละเมิดคนในสังคมจะมีความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องและจะรวมตัวกันลงโทษผู้กระทำผิดอย่างจริงจัง มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีส่วนที่มีความศักดิ์สิทธิ์มีลักษณะบังคับในตัวของมันเอง เราเรียกจารีตประเพณีประเภทนี้ว่า “กฎหมายประเพณี” (Customary Law)

⁴ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) หน้า 299-312.

⁵ ระบบควบคุมสังคมไม่ว่าจะเป็นศีลธรรม จารีตประเพณี และกฎหมายมีความคล้ายคลึงกัน ความแตกต่างกัน และความเกี่ยวพันกัน โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม หยุดแสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (พระนคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542) หน้า 47-54.

จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณีจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีลักษณะสำคัญดังนี้

1) ลักษณะภายนอก ต้องมีการประพฤติปฏิบัติสม่ำเสมอเป็นเวลานานและ ความประพฤติเหล่านั้นต้องปฏิบัติกันเป็นเวลานาน คือนานจนลึ้มว่าเริ่มต้นเมื่อใด เรียกว่า”นมนาน” จารีตประเพณีจึงเป็นข้อปฏิบัติที่ประพฤติกันมาในสังคมนานจนไม่รู้ ว่าเคยเริ่มปฏิบัติมาตั้งแต่เมื่อใดแล้ว

2) ลักษณะภายใน คือ ความรู้สึกนึกคิดในจิตใจของผู้ประพฤติปฏิบัติ ต้องรู้สึก และสำนึกว่าจะต้องทำเช่นนั้น ถ้าไม่ทำเช่นนั้นก็เป็นผิด ความรู้สึกสำนึกนี้ ภาษาละติน เรียกว่าเป็น *Opinio juris* คือ ความรู้สึกสำนึกที่เชื่อว่านี่คือกฎหมายจึงจะต้องทำ ต้อง ปฏิบัติเช่นนั้น ถ้าไม่ปฏิบัติเช่นนั้นก็ผิด

กฎหมายไม่ว่าในชาติใดหรือวัฒนธรรมใดก็ตาม ย่อมจะอุบัติขึ้นในยุคแรก ใน รูปกฎหมายประเพณีทั้งนั้น กฎหมายประเพณีดังกล่าวนี้เรียกในทางวิชาการนิติศาสตร์ ว่า “กฎหมายชาวบ้าน” (*Volksrecht*) ทั้งนี้เพราะกฎหมายประเพณีในยุคแรกเริ่มนั้นเป็น สิ่งที่มีอยู่ในความรู้สึกนึกคิดของประชาชนโดยทั่วไป เพราะเป็นสิ่งที่ตกทอดมาแต่ปู่ย่าตา ทวด ที่เรียกว่า กฎหมายเก่าแก่ที่ดีของบรรพบุรุษ ทุกคนในสังคมย่อมรู้ถึงขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีเหล่านี้ กฎหมายหมายชาวบ้านจึงนับว่าเป็นรูปแบบของกฎหมายรูปแบบ ที่ปรากฏขึ้นในประวัติศาสตร์กฎหมายของมนุษยชาติ เป็นจุดเริ่มต้นของ วิวัฒนาการของกฎหมายในยุคสมัยต่อ ๆ มา

จากการวิเคราะห์ในแง่นิติศาสตร์ ประกอบกับแง่ประวัติศาสตร์กฎหมายแล้ว เราสามารถแบ่งยุคของกฎหมายได้เป็น 3 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ยุคกฎหมายชาวบ้าน (*Volksrecht*) กฎหมายในยุคนี้เป็นกฎเกณฑ์ความ ประพฤติที่ปรากฏออกมาในรูปของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ซึ่งมีองค์ประกอบ สองประการคือองค์ประกอบภายนอก ต้องประพฤติสม่ำเสมอเป็นเวลานาน องค์ ประกอบภายใน นั้นได้แก่สิ่งที่ปฏิบัติได้รับการยอมรับกันในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง *Opinio juris* ถ้าไม่ปฏิบัติเช่นนั้นก็ถือว่าเป็นผิด กฎหมายในยุคนี้จึงเริ่มจากกฎเกณฑ์

ประเพณีง่ายที่รู้จักกันโดยทั่วไปเป็นกฎหมายที่ตกทอดกันมาแต่โบราณที่เรียกว่า “กฎหมายที่ดีของบรรพบุรุษ” ในยุคนี้นุษย์ยังไม่สามารถแยกว่าศีลธรรมขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี กับกฎหมายว่าต่างกันอย่างไรจึงเรียกว่าเป็นกฎหมายชาวบ้าน เพราะเป็นสิ่งที่รู้จักกันโดยชาวบ้านสามัญชนทั่วไป ในยุคนี้ยังไม่มีนักกฎหมายที่เป็นวิชาชีพเอกเทศแยกจากประชาชนโดยทั่วไป ในสมัยต่อมาจึงค่อย ๆ วิวัฒนาการเป็นระบบกฎหมายที่สลับซับซ้อนยิ่งขึ้น

2. ยุคกฎหมายนักกฎหมาย (Juristenrecht) หรือหลักกฎหมาย ในสังคมการเมืองที่มีการปกครองอย่างแท้จริง ซึ่งมีกระบวนการยุติธรรม หรือกระบวนการรักษาความเป็นธรรมอย่างเป็นกิจจะลักษณะกล่าวคือมีกระบวนการชี้ขาดและบังคับคดีนี้เป็นประจำติดต่อกันเป็นเวลานานจนทำให้มีกฎเกณฑ์เกิดขึ้นใหม่เป็นการเสริมกฎเกณฑ์เก่าที่มีอยู่ในรูปของขนบธรรมเนียมประเพณีเพื่อเติมแต่งให้มีรายละเอียด เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีที่สลับซับซ้อน เมื่อตัดสินคดีไปหลายคดี ข้อที่เคยปฏิบัติในการพิจารณาคดีก็จะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นใหม่นี้เราเรียกว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายนักกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากการคิดไตร่ตรองเปรียบเทียบอย่างละเอียดอ่อนของนักกฎหมายเรียกว่าใช้เหตุผลทางกฎหมาย (Juristic reason) วิธีคิดอย่างนี้เป็นวิชาและศิลปะของนักกฎหมายที่นักศึกษากฎหมายจะต้องฝึกฝนอบรมให้เกิดขึ้นในตัวของตัวเองจนเป็นคุณสมบัติประจำตัวที่เรียกว่ามี “หัวกฎหมาย” (Legal Mind) ว่าความจริงแล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีคิดของนักกฎหมายก็ไม่ได้แตกต่างตรงกันข้ามกับเหตุผลของคนธรรมดา เพียงแต่มีความละเอียดลึกซึ้งกว่าเท่านั้น จึงต้องมีการศึกษาร่ำเรียนจากตำราและครูบาอาจารย์ ผลจากการใช้เหตุผลทางกฎหมายที่ลึกซึ้งละเอียดในการวินิจฉัยคดีติดต่อกันเป็นเวลานานนี้ก็จะก่อให้เกิดหลักกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน กฎหมายที่อุบัติในทำนองนี้เรียกว่ากฎหมายนักกฎหมาย ที่เรียกเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายประเภทนี้ถูกปรุงแต่งให้เป็นรูปร่างขึ้นโดยฝีมือทางความคิดของนักกฎหมาย สังคมมนุษย์ต้องพัฒนาไปมากพอสมควรและใช้กฎหมายชาวบ้านมานานมากทีเดียว จนกระทั่งเจริญมาถึงขั้นหนึ่งที่สังคมมีความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนจนกฎหมาย

ชาวบ้านที่ใช้อยู่ไม่พอใช้บังคับกับชีวิตในสังคมที่เจริญมาแล้ว กฎหมายของนักกฎหมาย จึงถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม อาจสรุปได้ว่าในยุคกฎหมาย นักกฎหมายนี้เป็นยุคของหลักกฎหมาย เป็นหลักนิติศาสตร์ที่เป็นกฎเกณฑ์อันเกิดจากการใช้เหตุผลที่ละเอียดอ่อนลึกซึ้ง เป็นเหตุผลที่ปรุงแต่งขึ้นเป็นกรณีพิเศษ (Artificial Juristic Reason) เป็นกฎเกณฑ์ ที่นักกฎหมายพัฒนาขึ้นมาเพื่อปรุงแต่งกฎหมายที่เป็น ขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีอยู่ดั้งเดิม กฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นกฎหมายที่สามัญชนใช้ สามัญชนก็นึกคิดเอาเองไม่ได้ ต้องเรียนต้องรู้ด้วยเหตุผลจึงเข้าใจ ในยุคนี้นักกฎหมายกับศีล ธรรมแยกกันชัดเจนขึ้น วิชานิติศาสตร์และวิชาชีพนักกฎหมายเกิดขึ้นในยุคนี้เอง

ในสมัยปัจจุบันซึ่งเรามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ๆ หากนำประมวลกฎหมายมาพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันก็ยังมีตัวบทที่มีต้นตอมาจากกฎหมายนักกฎหมาย อยู่ไม่น้อย เช่น เรื่องสิทธิเรียกร้องขาดอายุความ เรื่องการครอบครองปรปักษ์ เป็นต้น

3. ยุคกฎหมายเทคนิค (Technical Law) เมื่อสังคมเจริญขึ้น การติดต่อระหว่าง คนในสังคมมีมากขึ้นและใกล้ชิดยิ่งขึ้น ชับซ้อนยิ่งขึ้น เครื่องมือเครื่องใช้ในการดำรง ชีวิตก็มีมากขึ้น ทำให้มีข้อขัดแย้งในสังคมมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เป็นแต่ขนบธรรมเนียม ประเพณีไม่เพียงพอ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นมาทันทีเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น กฎจราจร แต่ก่อนไทยใช้เกวียน เห็นเกวียนมาก็หลีกเลี่ยงได้โดยไม่ต้องถูก กำหนดให้เดินซ้ายเดินขวา เพราะมันเดินไม่เร็ว คันนี้ไปซ้าย อีกคันไปขวาไม่มี อันตราย จะซ้ายก็ได้จะขวาก็ได้ แต่ถ้าเกิดมีรถยนต์ขึ้นมาแล้วให้เดินสวนทางแบบ เกวียนก็อาจชนกันตาย เพราะฉะนั้นเมื่อมีเหตุการณ์ใหม่ คือรถยนต์เกิดขึ้นจะใช้กฎ จราจรแบบเกวียนไม่ได้ จำเป็นต้องมีกฎจราจรขึ้นมา

กฎเกณฑ์แบบนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงบางอย่างไม่ เกี่ยวกับศีลธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีไม่เกี่ยวกับหลักกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ชุมชน จะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าบางอย่าง กฎหมาย ที่ถูกตั้งขึ้นมานี้เรียกว่า “กฎหมายเทคนิค” เทคนิคคือวิธีการที่จะทำอะไรบางอย่างให้เกิด

ผลตามที่ตั้งใจไว้ วิธีนำสู่ผลที่ต้องการอย่างนี้เรียกว่าเป็น “เทคนิค” กฎหมายแบบนี้บัญญัติขึ้นมาเพื่อก่อให้เกิดผลเฉพาะเจาะจงบางอย่าง กฎจรรยาต้องการให้เกิดความปลอดภัยในการจราจรให้สะดวกในการจราจรไม่ใช่ว่าขับรถทางซ้ายเป็นคนดี ขับรถทางขวาเป็นคนไม่ดี ไม่ใช่เรื่องดีเรื่องชั่ว แต่เป็นเรื่องผิดถูก เพราะเขากำหนดไว้อย่างนี้แล้วไม่ทำก็ผิด

เมื่อสังคมมีกระบวนการนิติบัญญัติอย่างเป็นกิจจะลักษณะแล้วยุคกฎหมายเทคนิคก็เริ่มขึ้น ซึ่งมีการตราออกมามากมาย เช่นกฎหมายป่าไม้ที่กำหนดว่าถ้าจะตัดไม้ต้องขออนุญาตไม้บางอย่างไม่ให้ตัด การเคลื่อนย้ายไม้ต้องมีใบอนุญาตให้เคลื่อนย้ายจึงจะเคลื่อนย้ายได้ ปัญหาว่าทำไมถึงห้ามตัดไม้ ไม่ใช่การตัดไม้เป็นความชั่ว ตามความคิดไทยแต่เดิมการตัดไม้ไม่ผิดศีลธรรม แต่เดี๋ยวนี้มีกฎหมายห้ามเพราะเหตุผลบางอย่างที่ต้องการรักษาป่าไม้ไว้ให้ลูกหลาน เพื่อจะได้ใช้กันนานๆ เพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม

กล่าวโดยสรุป กฎหมายเทคนิคต้องมีลักษณะ 2 ประการคือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทันทีเพื่อวัตถุประสงค์บางประการซึ่งเห็นเหตุผลทางเทคนิค (technical reason) และกฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่มีหลักในทางศีลธรรม (moral reason) หรือหลักกฎหมายคอยสนับสนุนอยู่ กฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ จึงมักเรียกว่า “กฎหมายส่วนบัญญัติ”

ปัญหาอีกอย่างหนึ่งก็คือที่กฎหมายเทคนิคไม่มีขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมคอยหนุนหลัง ถ้าใครผิดก็ไม่ว่ากันว่าคนนั้นทำชั่ว หรือทำผิดศีลธรรม เพราะฉะนั้นกฎหมายเทคนิคจึงไม่มีลักษณะบังคับตามธรรมชาติ (spontaneous sanction) ด้วยเหตุนี้การที่จะทำให้กฎหมายเทคนิคเกิดความศักดิ์สิทธิ์จึงต้องดำเนินการดังนี้

1) การกำหนดโทษและลงโทษจะต้องหนัก เพื่อให้คนกลัวการลงโทษ จะต้องเป็นการทำให้เขาเสียประโยชน์มากกว่าจะได้รับประโยชน์จากการกระทำผิด

2) จะต้องให้มีการบังคับลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพและสม่ำเสมอ ถ้ากระทำผิดก็ต้องจับทันที หากมีกฎหมายออกมาแต่จับบ้างก็ไม่มีประโยชน์ จะทำให้กฎหมายเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่เป็นตัวหนังสือเท่านั้น

3) รัฐต้องมีเครื่องมือในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเครื่องจักรในที่นี้คือหน่วยราชการ เจ้าพนักงานของรัฐซึ่งอาจเป็นตำรวจ หรือเป็นเจ้าหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ เช่นกรมป่าไม้ กรมศุลกากร เป็นต้น คอยตรวจสอบและจับคนทำผิดมาลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะฉะนั้นรัฐใดที่มีกฎหมายเทคนิคมากก็ยิ่งมีความจำเป็นที่จะต้องมีเจ้าหน้าที่เข้มแข็ง เอาการเอางาน มีความรู้ความสามารถในเทคนิคใหม่ ๆ และความซื่อสัตย์สุจริตด้วย

4) ในด้านของประชาชนจะต้องมีความสำนึกในหน้าที่ของพลเมืองดี ที่จะต้องเคารพกฎหมาย ปฏิบัติและบังคับตามกฎหมายโดยเคร่งครัด ถ้าจิตสำนึกเช่นนี้มีอยู่ในจิตใจของประชาชนอย่างแพร่หลายในสังคมเราเรียกสังคมนี้ว่าเป็นสังคมที่มีวัฒนธรรมทางกฎหมาย (legal culture)

ยุค	รูปแบบของกฎหมาย	เหตุผล	หมายเหตุ
ยุคกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht)	กฎหมายประเพณี (จารีตประเพณี)	เหตุผลธรรมดาของสามัญชน	กฎหมายยุคนี้เป็น The Good Old Law) คือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติ ยุคนี้กฎหมายกับศีลธรรมไม่ได้แยกจากกัน ชาวบ้านรู้ได้โดยความเคยชิน
ยุคกฎหมายนักกฎหมายหรือยุคหลักกฎหมาย (Juristensrecht)	หลักกฎหมาย	เหตุผลปรุงแต่งทางกฎหมาย	ยุคนี้ใช้เหตุผลที่ละเอียดซับซ้อน เพื่อชี้ขาดข้อพิพาท จึงมีหลักกฎหมายที่เกิดจากการชี้ขาดแต่ละครั้ง ในที่สุดวิชานิติศาสตร์จึงได้ค่อย ๆ ก่อตัวขึ้นเกิดตุลาการและวิชาชีพนักกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกิดขึ้นเรียกว่ากฎหมายของนักกฎหมาย เพราะนักกฎหมายเป็นผู้ชี้ขาดปรุงแต่งให้เกิดขึ้น
ยุคกฎหมายเทคนิคหรือกฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Technical Law)	กฎหมายลายลักษณ์อักษร (กฎหมายบัญญัติขึ้น)	เหตุผลทางเทคนิค	กฎหมายยุคนี้เกิดจากการบัญญัติขึ้น เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะในบางเรื่องกฎหมายจึงเกิดขึ้นโดยทันทีทันใดนั้นโดยจิตใจของมนุษย์ กฎหมายยุคนี้มีได้เกิดจากศีลธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีโดยตรงแต่เกิดจากเหตุผลทางเทคนิค