



นิติวิธี เกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมาย

ความหมายของกฎหมายจารีตประเพณี ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี การแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี การใช้กฎหมายจารีตประเพณี เหตุผลในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณี และการให้อำนาจบังคับแก่กฎหมายจารีตประเพณีนั้นล้วนแต่เป็นเรื่องที่นักกฎหมายจะมีแนวความคิด และทัศนคติที่แตกต่างกันไป ตามแต่ละระบบกฎหมาย (Legal System) และถึงแม้ว่าจะจะเป็นระบบกฎหมายเดียวกันก็อาจจะมีแนวความคิดหรือทัศนคติที่แตกต่างกันออกไปได้ ซึ่งเรื่องเหล่านี้ถือเป็นวิธีการในทางกฎหมายที่เราเรียกว่า "นิติวิธี"

นิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมายนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมาย (Legal System) ของตน กล่าวคือทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป ตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้กระทั่งวิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีทำกฎหมายให้ออกงามหรือเปลี่ยนไปตามกาลเวลา

นิติวิธีเหล่านี้แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวบทกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติ แม้จะบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ แต่มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ก็ยังสามารถนำนิติวิธีเหล่านั้นมาใช้ได้¹

ในเรื่องนิติวิธีในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ในระบบกฎหมายนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า เป็นเรื่องนิติวิธีในการยอมรับที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ซึ่งในแต่ละระบบกฎหมายนั้น ย่อมมีแนวความคิดหรือทัศนคติที่แตกต่างกันออกไป แม้ในระบบ

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (พระนคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 119.

กฎหมายเดียวกัน ก็อาจจะมีแนวความคิดหรือทัศนคติที่แตกต่างกันออกไปได้ ส่วนแนวความคิดในเรื่องที่มาและการมีผลใช้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นแนวความคิดในทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณาในทางปรัชญา ดังนั้น ในเรื่องนิติวิธีในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมายนี้ จึงอาจจะแบ่งพิจารณาได้เป็น 4 กรณี ดังนี้คือ

- 1.1 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร
- 1.2 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร
- 1.3 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไทย
- 1.4 ที่มาและการมีผลใช้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณี พิจารณาในทางปรัชญา

1.1 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

(Civil Law System)

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) นี้ มีประวัติความเป็นมาจากกฎหมายโรมันของจักรวรรดิโรมันที่เจริญรุ่งเรือง ก่อนสมัยคริสตกาลที่ 5 - 6 ในยุคต้น ๆ ก่อนคริสตกาล กฎหมายที่ใช้ในโรมันส่วนใหญ่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ และจารีตประเพณีของชาวโรมัน ต่อมาได้มีการนำกฎหมายเหล่านั้นเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น จนในราว 450 ปีก่อนคริสตศักราช จึงได้นำเอาจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายโรมันในขณะนั้นมาบันทึกหรือจารีกลงบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น เรียกกฎหมายที่บันทึกลงบนแผ่นทองแดงนี้ว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ (Law of Twelve Tables) ซึ่งนับเป็นการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก²

² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล (กรุงเทพ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), หน้า 6-14.

อิทธิพลของกฎหมายโรมัน ได้แผ่ขยายเข้าไปในกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน เป็นต้น

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้น ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ในระบบ Civil Law โดยในระบบ Civil Law คำว่า "ที่มาของกฎหมาย" นั้นหมายความถึงกฎหมายนั้นมีขึ้นได้อย่างไร³ ซึ่งตามระบบ Civil Law นั้น ถือว่าที่มาของกฎหมายมีอยู่ 2 ประการคือ กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณี⁴

นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดอีกว่า กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นและได้รับการยอมรับมาตั้งแต่สมัยโรมันจริง ดังจะเห็นได้จากในประมวลกฎหมายโรมัน (Corpus Juris Civilis) ในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ช่วงประมาณปี ค.ศ. 527-565 ก็ปรากฏคำที่ใช้เรียกกฎหมายจารีตประเพณีหลายคำ เช่น Consuetudo loci, Consuetudo provinciae, mos provinciae, Consuetudo regionis, และ mos regionis และหลัก opinio necessitatis ก็มีรากฐานมาจาก หลักการในสมัยโรมัน ที่ชาวโรมันมีอยู่ในจิตใจว่าแบบอย่างหรือการยอมรับเป็นเอกฉันท์เป็นสิ่งที่จำเป็น สำหรับการกำหนดลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผล

³ อนุมัติ ใจสมุทร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปตามแนวคำบรรยายของท่านศาสตราจารย์ ดร.ประกอบ หุตะสิงห์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2513), หน้า 51. และ Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law (Oxford: At The Clarendon Press, 1965), p. 14.

⁴ ศาสตราจารย์เอช เอกุต์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477), หน้า 130.

ผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ก็ไม่มีทฤษฎีใดปรากฏหลักฐานแน่ชัดในสมัยโรมันนี้^๕

เรื่องทัศนคติในการให้ความหมายของคำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี และการแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณีนั้นในระบบ Civil Law มีนิติวิธีหรือวิธีการในทางกฎหมายที่ตรงกัน ส่วนเรื่องนิติวิธีในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายนั้น ในระบบ Civil Law มีทัศนคติหรือแนวความคิดที่ไม่ตรงกัน โดยจำแนกได้เป็น 2 กรณี คือกรณีที่หนึ่ง นิติวิธีในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายนั้น จะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา 1 วรรคสอง^๕ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง ของไทย^๗ และกรณีที่สอง นิติวิธีในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง ก็ยังสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ เช่น กฎหมายของประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส

^๕ C.K. Allen, Law in the Making, 7th ed. (Great Britain : Oxford At the Clarendon Press, 1964), pp. 81-83.

^๕ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (Z.G.B.) มาตรา 1 วรรค 2 บัญญัติว่า "Where no provision is applicable, the judge shall decide according to the existing Customary Law and, in default thereof, according to the rules which he would lay down if he had himself to act as legislator " ดู Ivy Williams, The sources of Law in The Swiss Civil Code (Humphrey Miford: Oxford University Press, 1923), pp. 49-54 และอนันต์ จันทรโอภากร, "มาตรา 1 : ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส", วารสารนิติศาสตร์ .12 (ฉบับที่ 2 2524) : 129 - 164.

^๗ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า "เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น".

ในที่นี้จะนำทัศนคติในการให้ความหมายคำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี และการแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี ตามหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเช่น กฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสมาพิจารณา ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้คือ

- ความหมายของคำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี"

ในกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสนั้น มีที่มาของกฎหมายอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Gesetz, Statute) และจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht^๘, La Coutume^๙, Custom) สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นอย่างช้า ๆ จากการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคมติดต่อกันมาอย่างเป็นนิสัย และจะมีผลผูกพันโดยปราศจากการเข้าแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติ

กฎหมายจารีตประเพณี มีความหมายต่างจากประเพณี (Handelsbrauch, Verkehrssitte, Usage of trade or business)^{๑๐} ประเพณีอาจจะเป็นที่มาของกฎหมายจารีตประเพณี ประเพณีคือการปฏิบัติที่ต่อเนื่องจนเป็นนิสัย โดยปราศจาก Opinio necessitatis หรือปราศจากความรู้สึกที่ว่า มันควรจะได้รับการปฏิบัติตามเหมือนเป็นกฎหมาย ประเพณีในทางการค้านี้มีความสำคัญในเรื่องการตีความข้อตกลงในสัญญา ซึ่งประเพณีบางประเภทได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายให้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญา

^๘ E.J. Cohn, Manual of German Law Vol 1 (London: Oceana Publication, Inc., 1968), p.4.

^๙ Charles Szladits, Guide to Foreign Legal Materials: French . German . Swiss (New York: Oceana Publications Inc., 1959), pp. 133-135.

^{๑๐} E.J. Cohn, Manual of German Law, Vol 1, pp. 4-5.

- ประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี

นักนิติศาสตร์ของเยอรมันและฝรั่งเศสส่วนใหญ่ยอมรับว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้นจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) กฎหมายจารีตประเพณี ที่เกิดจากการปฏิบัติของประชาชนเป็นระยะเวลานานพอสมควร ที่สามารถจะทำให้เกิดการวิวัฒนาการและพัฒนาขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยมีการปฏิบัติกันทั่วไป และปฏิบัติตามโดยมีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติตาม คือ มี *opinio necessitatis* นั้นเอง

2) กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของศาล (*Gerichtsbrauch, practice of the courts*) กล่าวคือ ศาลได้พิพากษาเรื่องแบบเดียวกันด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันหลาย ๆ คดีอยู่อย่างสม่ำเสมอไม่เปลี่ยนแปลง (*Standige Rechtsprechung, constant practice of the court*) แต่เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับระยะเวลา หรือความสม่ำเสมอของการพิพากษาคดีของศาลดังกล่าวว่า ควรจะมีการปฏิบัติตามมีระยะเวลายาวนานห่างกันเพียงใด

- ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี

ลักษณะหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาความสมบูรณ์ ของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจาก จารีตประเพณีที่มีผลในทางกฎหมายนั้น นักนิติศาสตร์ของเยอรมันและฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่าต้องประกอบด้วย ลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

- 1) ประชาชนได้ปฏิบัติตามติดต่อกันมาเป็นระยะเวลานานอย่างสม่ำเสมอ
- 2) ปฏิบัติตามกันจนเกิดความเคยชินและเป็นการทั่วไป
- 3) เป็นของเก่าแก่โบราณ กล่าวคือระยะเวลาอันยาวนานนั้นเป็นหลักฐานที่ดีที่แสดงว่าจารีตประเพณีนั้นได้ถูกสร้างขึ้นมาอย่างดีแล้ว
- 4) ประชาชนปฏิบัติตามโดยมีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ควรจะได้รับปฏิบัติตาม หรือที่เรียกว่ามี *opinio necessitatis*

ลักษณะหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาความสมบูรณ์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของศาลอย่างต่อเนื่องนั้น นักนิติศาสตร์ของเยอรมันและฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่า ต้องประกอบด้วยลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาความสมบูรณ์ของกฎหมายจารีตประเพณี ที่เกิดจากจารีตประเพณีที่มีผลในทางกฎหมาย และควรจะต้องประกอบด้วยลักษณะที่ว่า ผู้พิพากษาได้ปฏิบัติตามโดยปราศจากข้อโต้แย้งอีกด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) ที่มีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 1900 ได้รับอิทธิพลมาจากความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ที่ว่าส่วนสำคัญของกฎหมายอยู่ที่กฎหมายจารีตประเพณีที่ค่อย ๆ เจริญงอกงาม ดังนั้นประมวลกฎหมายเยอรมัน จึงไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายจารีตประเพณี ไม่มีบทบัญญัติใดห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี แต่กลับยอมรับกันว่าถ้ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องใดไม่มี ก็ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีบังคับแทน¹¹ โดยที่มิได้มีบทบัญญัติไว้โดยตรง เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติวิธี หรือ วิธีการทางกฎหมายที่นักกฎหมายยอมรับมาติดอยู่แล้ว

ปัจจุบัน ถึงแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีเพิ่มมากขึ้น แต่กฎหมายเยอรมันก็ยังคงพิจารณาอำนาจใช้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณี ให้มีผลเทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในบางกรณีกฎหมายจารีตประเพณีอาจจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ล้าสมัยได้ โดยเรียกกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวนี้ว่า *desuetude*¹²

¹¹ Ernest J. Schuster, The Principles of German Civil Law (Oxford: At the Clarendon Press, 1907), pp. 5-6.

¹² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality : Conflict and continuity in social behavior (New York : Double Day & Company, Inc., 1969) pp. 148-152. และ C.K. Allen, Law in the Making, p. 86. และคำว่า "Desuetude" นี้แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "Negative Custom" ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า "จารีตประเพณีในเชิงลบ" ดู สุรินทร์ ถั่วทอง, " อันส์ เคลเช่น และทฤษฎีบริสุทธิต่างกฎหมาย", วารสารอัยการ (ฉบับที่ 20 สิงหาคม 2522) : 90.

และเรียกทฤษฎีดังกล่าวนี้ว่า Doctrine of desuetudo ซึ่งหมายความว่า เนื่องจากความล้าสมัยของกฎหมายที่บัญญัติ จึงอาจจะถูกยกเลิกไปได้โดยกฎหมายจารีตประเพณี แต่อย่างไรก็ตามจากคดีที่ได้รับรายงาน พบว่าไม่ค่อยจะปรากฏว่ามีตัวอย่างของคดีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในศาล¹³ ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ปฏิเสธกฎหมายจารีตประเพณีที่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Consuetudo Adversus Legem)¹⁴

ในกฎหมายอาญา การมีผลใช้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีถูกจำกัดขอบเขตโดยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร องค์ประกอบของความผิดฐานใหม่หรือโทษใหม่ไม่สามารถที่จะถูกกำหนดขึ้นได้โดยกฎหมายจารีตประเพณี ทั้งนี้เพราะมีหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) จำกัดขอบเขตดังกล่าวไว้¹⁵ แต่สำหรับในเรื่องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญานั้น ทั้งในกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศสต่างก็ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดไว้ โดยแจ้งชัด

1.2 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common Law System)

ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เป็นระบบที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษและแพร่หลายความคิดไปในประเทศต่างๆ ที่เคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษ เช่นสหรัฐอเมริกา

¹³ E.J. Cohn, Manual of German Law, p. 4.

¹⁴ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก Rene David, French Law Its Structure, Sources and Methodology, Trans. Michael Kindred (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972), pp. 170-178.

¹⁵ K. Neumann, Manual of German Law, Vol.2(London : Her Majesty's Stationary Office, 1952) p. 76.

แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย อินเดีย เป็นต้น

กฎหมายของอังกฤษนั้นเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) โดยมีที่มาจากจารีตประเพณี (Custom)¹⁶ จึงเรียกอีกชื่อหนึ่งว่ากฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) หรือ Common Law¹⁷ และบทบาทของผู้พิพากษาอังกฤษไม่ใช่เพียงแค่ตีความกฎหมายเท่านั้น แต่อาจจะสร้างกฎหมายเองได้ด้วยที่เรียกว่า Judge-made law หรือ Case law โดยหลักเกณฑ์หรือกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคดี และคำพิพากษาของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีนั้น เกิดขึ้นจากหลัก Precedent หรือ Stare decisis ซึ่งหมายความว่า การพิพากษาคดีตามลำดับ และศักดิ์ของศาลจะต้องตัดสินตามแนวบรรทัดฐานของการตัดสินในคดีก่อน ๆ (Stand by things decided)¹⁸

จารีตประเพณี (Custom) เป็นที่มาประการหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ โดยคำว่า "ที่มาของกฎหมาย" (Source of Law) ตามหลักของกฎหมายอังกฤษนั้น หมายความว่าที่มาในการที่จะพบได้ว่ามีข้อบังคับอันใดบ้าง ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมาย และสามารถนำมาใช้บังคับแก่คดีและบุคคลทั่วไปได้

¹⁶ R.J. Walker and M.G. Walker, The English Legal System, 3rd ed. (London : Butterworths, 1972), pp. 42-46.

¹⁷ Sir Frederick Pollock กล่าวว่า "The Common Law is a customary law....." ใน Sir Frederick Pollock, A First Book of Jurisprudence, 5th ed. (London : Macmillan and Co., Limited, 1923), p. 254.

¹⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมจาก วิทิต มันทราภรณ์, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายโรมันและกฎหมายแองโกลแซกซัน (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 1-71.

George W. Keeton อธิบายคำว่า "Source" ว่าหมายความว่า origin, begining more especially of a stream ซึ่งทำให้สามารถมองเห็นภาพของที่มา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือบ่อเกิดของกฎหมายอังกฤษได้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดย Keeton จัดประเภทของที่มาของกฎหมายอังกฤษเป็นประเภทใหญ่ ๆ ไว้ 2 ประเภท คือ¹⁹

1) ที่มาของกฎหมายที่มีผลผูกมัด (Binding sources of law) คือ ที่มาของกฎหมายที่จำกัดขอบเขตความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้พิพากษาจะปราศจากอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามอำเภอใจของตน และจะต้องถูกผูกพันให้พิจารณาตาม Binding sources นั้น ๆ

ตัวอย่างของ Binding sources ที่ Keeton ยกมาพิจารณานั้นคือฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislation) คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (Judicial Precedents) และจารีตประเพณี (Custom)

2) ที่มาของกฎหมาย ที่มีผลเพียงเป็นการแนะนำหรือชักจูง (Persuasive sources of law) คือที่มาของกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีก็ต่อเมื่อในกรณีที่ไม่มี Binding Sources หรือในกรณีที่ แต่ก่อน Persuasive sources นั้นมีอิทธิพลหรือมีส่วนที่ก่อให้เกิดการสร้าง Binding sources of law

ตัวอย่างของ Persuasive sources ที่ Keeton ยกมาพิจารณานั้น ได้แก่ ความคิดเห็นของนักปราชญ์กฎหมาย (Professional Opinion) ศาสนา (Religion) หลักแห่งศีลธรรมหรือความยุติธรรม (Principles of Morality or Equity) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมของต่างประเทศ (Decisions of Foreign Courts of Justice)

Keeton ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า Binding sources นั้น มีจำนวนน้อย และสำหรับ Persuasive sources นั้นมีจำนวนมาก และบางชนิดนั้นก็มีความสำคัญน้อยมาก ในระบบกฎหมายสมัยใหม่

¹⁹ George W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence (London : A & C Black, Ltd., 1930), pp.45-47.

Sir John Salmond เป็นอีกผู้หนึ่งที่อธิบายถึงที่มาของกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยได้แบ่งที่มาของกฎหมายเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้ คือ²⁰

- 1) ที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย (Legal Sources)
- 2) ที่มาในทางประวัติศาสตร์ (Historical Sources)

Salmond ได้อธิบายถึงที่มาของกฎหมายดังกล่าวไว้โดยละเอียดดังนี้ Legal source นั้นได้รับการยอมรับว่ามีผลเป็นกฎหมายโดยตัวของมันเอง แต่ Historical source ไม่มีการยอมรับดังกล่าว ซึ่งความแตกต่างนี้เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาจากจุดกำเนิด (origin) ของสิ่งเหล่านี้ กล่าวคือกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (rule of law) นั้น เป็นเรื่องที่สืบทอดติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ยกตัวอย่างเช่นที่มาในปัจจุบันของกฎหมายอังกฤษ มาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของอังกฤษ ศาลยุติธรรมของอังกฤษใช้เหตุผลในการพิพากษาบางส่วน มาจากข้อเขียนของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน ซึ่งนักกฎหมายนำ หลักกฎหมายนี้ มาจากการศึกษาและวิจารณ์กฎหมายเก่าในสมัยโบราณ เช่นนักกฎหมายชาว ฝรั่งเศสชื่อ "Pothier" ได้เขียนวิจารณ์กฎหมายของจักรพรรดิ Justinian (The Corpus Juris Civilis) ว่านำมาจาก Praetorian edict ซึ่งคำพิพากษา งานเขียนของนักกฎหมาย กฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน และ Praetorian edict ล้วนแต่เป็น Material sources ของกฎหมายอังกฤษ แต่สิ่งเหล่านี้จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือเฉพาะคำพิพากษาบรรทัดฐาน (Precedent) เท่านั้นที่เป็น Legal source สำหรับสิ่งอื่นนั้นเป็นเพียง Historical source

Legal source นั้นมีอำนาจบังคับ (authoritative) ในทางตรงกันข้าม Historical source จะไม่มีอำนาจบังคับ Legal source ได้รับการยอมรับจากศาลว่าเป็นเรื่องที่ต้อง ส่วน Historical source นั้นมีอิทธิพลเป็นส่วนน้อยในการพัฒนาหลักกฎหมาย แต่ก็ปราศจากอำนาจบังคับ ไม่มี rule of law ใดที่จะรับรอง

²⁰ P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, 12th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1966), pp. 109-114.

Historical source ดังจะเห็นได้จากความแตกต่างระหว่างหนังสือกฎหมาย (Statute Book) และผลงานของ Jeremy Bentham ซึ่งทั้งสองสิ่งนี้จัดเป็น material sources ของกฎหมายอังกฤษ แต่สิ่งที่ระบุอยู่ใน Statute Book นั้นจะกลายเป็นกฎหมาย แต่อะไรก็ตามที่ Bentham กล่าวไว้ไม่น่าจะกลายเป็นกฎหมาย ในทำนองเดียวกัน ในขณะที่คำพิพากษาของศาลอังกฤษมีอำนาจบังคับเป็นที่มาของกฎหมายอังกฤษ (Legal source) แต่สำหรับคำพิพากษาของศาลอเมริกัน เป็นเพียง Historical source ของกฎหมายอังกฤษ และผลที่ตามมาคือในอังกฤษนั้น คำพิพากษาของศาลอเมริกันจะไม่มีอำนาจบังคับ และจะได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพจากผู้พิพากษาอังกฤษ ในฐานะเป็นเพียงการเสนอแนะเท่านั้น และไม่ปรากฏว่ามีกฎเกณฑ์ใดของหลักกฎหมายอังกฤษที่จะขยาย เพื่อที่จะรับรองคำพิพากษาศาลอเมริกาเลย

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทุก ๆ หลักเกณฑ์นั้นมี Historical source ยกตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์ที่ห้ามซื้อรถจักรยานยนต์บนฟุตบาท มีที่มาจากกฎหมายของสภาเทศบาล ซึ่งเทศบาลผู้นี้มีที่มาจากกฎหมายของรัฐสภา เป็นต้น แต่จะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางหลักเกณฑ์เท่านั้นที่มี Legal source

Salmond ได้ยกตัวอย่าง Legal sources ของกฎหมายอังกฤษไว้ ได้แก่

- 1) ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislation) คือหน่วยงานที่ร่างและออกกฎหมาย โดยมีระเบียบแบบแผน และโดยเจตนาอย่างชัดแจ้ง ในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ โดยได้รับการพิจารณาและรับรองจากบุคคลที่มีอำนาจของหน่วยงานนั้น
- 2) คำพิพากษาบรรทัดฐาน (Precedent) เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ โดยการรับรองและการใช้หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยศาลในทางกระบวนการยุติธรรม
- 3) กฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) คือกฎหมายที่รวบรวมและพัฒนามาจากจารีตประเพณี (Custom) ต่าง ๆ ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามข้อกำหนดที่กฎหมายวางไว้ ซึ่งข้อกำหนดนี้เป็นข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการยอมรับให้จารีตประเพณีนั้น ๆ มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม

จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนวิทยานิพนธ์เห็นว่า การแบ่งที่มาของกฎหมายอังกฤษ

ตามแนวความคิดของ Keeton และ Salmond นั้นมีความเห็นคล้ายคลึงกัน จะแตกต่างกันก็ตรงการใช้ชื่อเรียกเท่านั้น กล่าวคือ Binding source ของ Keeton ก็คือ Legal source ของ Salmond และ Persuasive Source ของ Keeton นั้นน่าจะมีความหมายในทำนองเดียวกับ Historical Source ของ Salmond แต่อย่างไรก็ตามผลสรุปที่สำคัญในเรื่องของกฎหมายจารีตประเพณี ว่าเป็นที่มาของกฎหมายอังกฤษ และมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายนั้น ทั้ง Keeton และ Salmond มีความเห็นตรงกัน

เนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีที่มาของกฎหมาย (Legal Source) ส่วนหนึ่งมาจากจารีตประเพณี จึงทำให้นิติวิธีในเรื่องการให้ความหมายของกฎหมายจารีตประเพณี ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี การแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี และเหตุผลในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น มีลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนกว่า ในระบบ Civil Law ดังจะกล่าวต่อไป

จารีตประเพณีจำแนกได้เป็น 2 ประเภท (Kinds of custom)²¹ คือ

- 1) Conventional Custom หรือ Usage
- 2) Legal Custom

1) Conventional Custom หรือ Usage นั้น ไม่ได้มีอำนาจบังคับในตัวของมันเอง แต่จะใช้บังคับได้ในกรณีที่ถูกนำไปใช้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในสัญญา ซึ่งในสัญญานั้น จะมีทั้งส่วนที่ตกลงกันชัดแจ้งและโดยปริยาย ส่วนใหญ่ของสัญญามักจะเป็นแบบโดยปริยายมากกว่าโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ ในสัญญาถ้าคู่สัญญากตกลงกันส่วนไหนชัดแจ้ง จะเรียกส่วนนั้นว่า terms expressed ส่วนรายละเอียดอื่น เรียกว่า terms implied ซึ่งถ้าเป็นเรื่องที่มีระบุไว้ในกฎหมาย ส่วน term implied นี้ก็จะอยู่ในกฎหมาย แต่ถ้ามี Custom อยู่ส่วนนี้ก็อยู่ใน Custom ซึ่งในไม่ช้าก็จะถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ส่วนใหญ่

²¹ P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, p. 122.

Custom ชนิดนี้จะเกี่ยวกับเรื่องในทางการค้า (mercantile) ²² จึงเรียกอีกชื่อหนึ่งได้ว่า Mercantile Custom ²³

การเริ่มต้นของ Conventional Custom หรือ Usage นี้ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ที่คณะลูกขุนจะต้องค้นหาจากหลักฐานที่มีอยู่ในแต่ละคดี ที่จารีตประเพณีนั้นถูกอ้างขึ้นมา และเมื่อศาลยอมรับ Conventional Custom นั้นแล้ว ก็จะกลายเป็น Custom ที่ได้รับการยอมรับในคดีนั้น ๆ แล้ว และถ้าต่อมามีคดีอื่นเกิดขึ้นในทำนองเดียวกัน ก็สามารถนำ Custom นั้นมาอ้างได้ เพราะได้รับการพิสูจน์ยืนยันในคดีก่อนแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ได้รับอำนาจบังคับเป็น Precedent จากคดีก่อน ๆ กฎหมายที่เกิดจาก Custom ในกรณีนี้ ก็จะกลายเป็น Customary Law ในที่สุดและจะกลายเป็น case law ซึ่งเกิดขึ้นโดยทันที จาก Precedent ถึงแม้ที่มาของมันจริง ๆ จะมาจาก Custom และในไม่ช้าก็จะถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute law) ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายเกี่ยวกับตัวแลกเงิน (Bill of Exchange), ตราสารเปลี่ยนมือ (Negotiable Instrument), สัญญาจ้างขนส่งสินค้าทางทะเล (Bill of Lading), ประกันภัยทางทะเล (Marine Insurance)

การยอมรับจารีตประเพณีในทางการค้า โดยศาลคอมมอนลอว์นั้น เป็นผลมาจากการตัดสินใจที่รอบคอบแล้ว โดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากความต้องการ ที่จะขยายอำนาจในการตีความ และใช้บังคับกฎหมายของศาลออกไป ²⁴ เพื่อให้การค้าสามารถขยายตัวและเจริญขึ้นได้

²² George W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence, p.53.

²³ Dennis Lloyd, The Idea of Law (London : Cox & Wyman Ltd., 1976), pp. 248-249.

²⁴ Michael Zander, The Law-Making Process (London: Weidenfeld and Nicolson, 1980), p .257.

2) Legal Custom เป็น Custom ที่มีอำนาจบังคับทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ ในขณะที่ conventional custom มีอำนาจบังคับที่มีเงื่อนไขในการยอมรับ และเงื่อนไขในการรวมเป็นข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ในกฎหมายอังกฤษ คำว่า custom นั้นโดยทั่วไปจะหมายความถึง legal custom ในขณะที่ conventional custom หมายถึง usage

Legal Custom โดยตัวของมันเอง แบ่งเป็น 2 ชนิด คือ

1.1) Local Custom

1.2) General Custom of the Realm

1.1) Local Custom มีอำนาจใช้บังคับเฉพาะในบางท้องที่และจะสมบูรณ์ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์การพิสูจน์ตามกฎหมาย (Judicial Tests) ดังต่อไปนี้²⁵

1. จารีตประเพณีนั้นจะต้องมีมาแต่ครั้งบรรพกาล (Antiquity) หรือเกิดขึ้นมาตั้งแต่ช่วงระยะเวลาที่ไม่สามารถจดจำได้ โดยได้กำหนดระยะเวลาจำกัดไว้ เรียกว่า Time of legal memory ซึ่งปรากฏอยู่ใน The Statute of Westminster ปี ค.ศ. 1275 ว่า Time of memory นั้น นับย้อนหลังไปในสมัยการปกครองของพระเจ้าริชาร์ด ที่ 1 (Richard I) คือในปี ค.ศ. 1189

อย่างไรก็ตามผู้เห็นว่าจารีตประเพณีนั้นไม่จำเป็นจะต้องโบราณจนไม่สามารถจะจดจำได้โดยได้วางหลักไว้ว่าจารีตประเพณีจะเรียกได้ว่านาน (long) ถ้ามีมานานประมาณ 10 หรือ 20 ปี และจะเรียกได้ว่าเป็นเวลานานมาก ๆ (very long) ถ้าเกิดขึ้นมาแล้ว ประมาณ 30 ปี และจะเรียกได้ว่าเป็นของเก่าแก่โบราณ (ancient) ถ้าเกิดมา

²⁵ Judicial Test นี้ เป็นหลักของ Blackstone ที่อ้างใน C.K. Allen, Law in the Making, pp. 133-146.

แล้วประมาณ 40 ปี²⁶

ส่วน Mercantile Custom นั้น จะนำหลักเกณฑ์ว่า จารีตประเพณีจะต้องเกิดมีมานานจนไม่สามารถจดจำได้นั้นไปใช้ไม่ได้ เพียงแค่สามารถพิสูจน์ว่าจารีตประเพณีนั้น ได้ใช้มานานพอสมควรจนเป็นที่ยอมรับได้แล้วก็เพียงพอ²⁷

ในทางปฏิบัติ ผู้ที่โต้แย้งความสมบูรณ์ของกฎข้อนี้ สามารถพิสูจน์หักล้างได้ว่าจารีตประเพณีนั้น ไม่ได้เกิดมีขึ้นในช่วงเวลาระหว่างปัจจุบัน และในช่วงคริสตศตวรรษที่ 12 และถ้าพิสูจน์ได้ จารีตประเพณีนั้นก็จะได้ไม่ได้รับการยอมรับจากศาล ปัจจุบันผู้ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่า จารีตประเพณีนั้น เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาพอสมควร เช่นระยะเวลาที่บุคคลธรรมดาจะจดจำได้ (Actual Human Memory) เพียงเท่านี้ก็เพียงพอที่จะยกหลักดังกล่าวมาอ้างได้²⁸

2. จารีตประเพณีนั้นจะต้องใช้ติดต่อกันมาอย่างไม่ขาดสายจาก ค.ศ. 1189 จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ (Continuance)

3. จารีตประเพณีนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับกันอยู่ในหมู่ราษฎรโดยคหฤ มิใช่โดยการใช้อำนาจบังคับ หรือยอมรับกันอย่างแอบแฝง หรือโดยเป็นข้อตกลงอนุญาตกันเป็นพิเศษ หรืออนุญาตกันเฉพาะราย (Custom must have been enjoyed peaceably หรือ Peaceable enjoyment)

²⁶ เป็นความเห็นของ Azo ซึ่งอ้างอยู่ใน TFT Plucknett, A Concise History of the Common Law, p.308 ดู RWM Dias, Jurisprudence, 5th ed. (London: Butterworths, 1985), p.188. และ George Whitecross Paton, A Text Book of Jurisprudence, 4th ed. (Oxford: At the Clarendon Press, 1972), p.193.

²⁷ C.K. Allen, Law in the Making, p.135.

²⁸ P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, p.202.

4. จารีตประเพณีนั้น ราษฎรมีหน้าที่จะต้องเคารพ และปฏิบัติตามเสมือนหนึ่ง เป็นกฎหมาย (ตามหลัก *opinio necessitatis*) และมีใช้เป็นเพียงอัยยาศัยในสังคม หรือเป็นเพียงข้อปฏิบัติในทางศีลธรรมเท่านั้น โดยที่กลุ่มชนที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีนั้น จะต้องคำนึงถึงว่า จารีตประเพณีนั้นมีอำนาจผูกพันที่จะทำให้ต้องปฏิบัติตาม (*Obligatory Force*)

5. จารีตประเพณีนั้น จะต้องมีความแน่นอน (*Certainty*) เพราะถ้าไม่แน่นอนแล้ว จะไม่สามารถพิสูจน์ถึงระยะเวลาการเกิดของจารีตประเพณีนั้น ๆ ได้ และจะไม่มีสิ่งใดที่จะเป็นกฎหมายโดยปราศจากความแน่นอน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือสิ่งใดที่จะเป็นกฎหมายได้ จะต้องมีความแน่นอน

6. จารีตประเพณีนั้นจะต้องสอดคล้องต้องกันกับจารีตประเพณีอื่น ๆ แห่งท้องถิ่นอันเดียวกัน (*Consistency*)

7. จารีตประเพณีนั้น จะต้องมิเหตุผลอันสมควร (*Reasonableness* หรือ *must not be unreasonable*) ²⁹ หมายความว่าจารีตประเพณีนั้น จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของความถูกต้อง และความไม่ถูกต้อง (*Fundamental principles of right and wrong*) หรือทำให้เกิดความเสียหาย ต่อผลประโยชน์ของพวกที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีนั้น ๆ ศาลได้นำหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของความถูกต้องและไม่ถูกต้องดังกล่าว มาใช้ในการตรวจสอบความมีเหตุผลของจารีตประเพณี แต่ก็ยังคงเป็นหลักที่กว้างอยู่³⁰

ถ้าจารีตประเพณีนั้นขัดแย้งต่อมาตรฐานความยุติธรรม (*Basic standard of justice*) นโยบายสาธารณะ (*Public policy*) หรือแนวโน้มของสังคม (*A strong social trend*) ศาลจะตัดสินว่า จารีตประเพณีนั้น ไม่มีเหตุผล

²⁹ Lord Lloyd of Hampstead, Introduction to Jurisprudence, 4th ed. (London : Steven & Sons Limited, 1979), p.651.

³⁰ C.K. Allen, Law in the Making, pp.140-141.

(Unreasonable)³¹ นอกจากนี้ศาลจะตัดสินโดยใช้คำว่า "Unreasonable" กับจารีตประเพณีที่ขัดแย้งกับ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute law) หรือกฎเกณฑ์พื้นฐานของคอมมอนลอว์ (Fundamental rule of Common Law)³² แต่มีนักนิติศาสตร์บางท่านแยกเป็น หลักเกณฑ์ไว้ต่างหากโดยไม่รวมอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ว่าจารีตประเพณีนั้น จะต้องมีเหตุผลอันสมควร เช่น Edgar Bodenheimer แยกเป็นหลักเกณฑ์ความสมบูรณ์ของจารีตประเพณีว่า จารีตประเพณีนั้นจะไม่สามารถขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (cannot be set up against a positive rule of the statutory law) และจารีตประเพณีนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์พื้นฐานของคอมมอนลอว์ (may not violate a basic principle of the Common Law)³³ George W. Keeton วางหลักว่าจารีตประเพณีจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมาย

³¹ Edgar Bodenheimer, Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law, p. 376.

³² C.K. Allen, Law in the Making, p. 141.

³³ Edgar Bodenheimer, Jurisprudence : The Philosophy and Method of the Law, p. 376.

คอมมอนลอว์ (conformity with statute law and the Common Law) เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ที่ว่าจารีตประเพณีต้องมีเหตุผล^{๓๔}

ระยะเวลาที่จะใช้ในการตัดสินความมีเหตุผลของจารีตประเพณีนั้น เดิมใช้หลักว่าจะต้องมีเหตุผลตั้งแต่เริ่มมีขึ้นใน ค.ศ. 1189 แต่หลักเกณฑ์นี้ได้เปลี่ยนไปแล้วโดยที่ผู้พิพากษาจะตัดสิน โดยอยู่บนพื้นฐานของเวลาที่คดีนั้นถูกนำมาอ้าง^{๓๕}

เหตุผลในการยอมรับจารีตประเพณีเป็นกฎหมาย หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Reason for the reception of customary law) คือ

1. จารีตประเพณี มักจะเป็นที่รวมของหลักการต่าง ๆ ที่ถูกเสนอแนะต่อความรู้สึกนึกคิดของประชาชน ในลักษณะที่เป็นหลักเกณฑ์ของความยุติธรรม (principles of justice) และหลักเกณฑ์ของสาธารณประโยชน์ (principles of public utility) ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองนี้จะไม่ได้อยู่ในความรับรู้ และได้รับการยอมรับโดยอำนาจของรัฐ แต่จะได้รับการยอมรับโดยความเห็นของสาธารณชนของสังคมส่วนใหญ่ (by the public opinion of the society at large) และเมื่อมีการบัญญัติกฎหมาย ก็จะนำจารีตประเพณีเหล่านี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมาย ซึ่งได้ผลใช้บังคับที่ดีและแน่นอนกว่าการที่จะบัญญัติกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงจารีตประเพณีต่าง ๆ ทั้งนี้เพราะจารีตประเพณีมีความใกล้ชิดกับศาสนาและกฎข้อห้ามต่าง ๆ ของสังคม

2. การมีอยู่ของจารีตประเพณีนั้น เป็นหลักฐานอย่างมีเหตุผลที่ดีว่าจะได้มีการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องของจารีตประเพณีนั้นต่อไปในอนาคต เพราะการที่คนเราปฏิบัติตามสิ่งใดสิ่งหนึ่งเรื่อยมาด้วยความมีเหตุผล และความยุติธรรมแล้ว สิ่งนั้นก็ควรจะได้รับ การปฏิบัติตาม ต่อไปในอนาคตมากกว่าที่จะไม่ปฏิบัติตาม หรือปฏิบัติไปในทางตรงกันข้าม^{๓๖}

^{๓๔} George W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence, pp. 51-52.

^{๓๕} RWM Dias, Jurisprudence, pp. 189-190.

^{๓๖} P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, pp.190-192.

1.2) General Custom of the Realm³⁷

ใน Law reports ในสมัยการปกครองของพระเจ้าเฮนรีที่ 4 (The reign of Henry IV) กล่าวว่า Common Law of the realm คือ Common custom of the realm และในสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 4 (the reign of Edward IV) มีหลักฐานว่า custom ที่ใช้อยู่ทั่วไปในราชอาณาจักรคือ Common Law ซึ่งยังใช้ได้อยู่จนถึงปัจจุบันนี้

ดังนั้น general custom of the realm จึงมีความหมายเช่นเดียวกับ common law of the realm นั้นเอง³⁸

กล่าวโดยสรุป จารีตประเพณีในระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ถือเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายประการหนึ่ง กฎหมายซึ่งเกิดจากจารีตประเพณีดังกล่าว จึงเรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) กล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายจารีตประเพณีคือกฎหมายประเภทที่เกิดจากการรวมตัวของจารีตประเพณีต่างๆ ที่ได้ผ่านการพิสูจน์ว่าเป็น

³⁷ Blackstone วางหลักเกณฑ์ว่า กฎหมายอังกฤษแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร (lex non scripta หรือ common law) และกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (lex scripta หรือ statute law) กฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ common law หรือ Customary law นั้น อาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภทคือ General Customs , Particular Customs หรือ Local Custom และ Certain Particular Laws หรือ Judicial Precedent โปรดดู John Chipman Gray, The Nature and Sources of the Law, 2nd ed. (New York : Macmillan, 1921), pp. 282-283. และ P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, p. 190.

³⁸ P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, pp. 205-212.

การกระทำที่ผูกพันและยอมรับได้ โดยข้อกำหนดที่กฎหมายวางไว้ (Judicial Test)^{๓๙} และสามารถนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัด

1.3 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไทย

ในกฎหมายไทย มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 เป็นมาตราที่สำคัญที่สุด ที่บัญญัติ ถึงเรื่องที่มาของกฎหมาย และการใช้การตีความกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องนิติวิธีของกฎหมายไทย

มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ลักษณะ 1 ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไป มีความว่า

"อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีความชัด ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

ในเรื่องนิติวิธีในการยอมรับที่มาของกฎหมายไทยตามมาตรา 4 นี้ สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คือกฎหมายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ
- 2) กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งได้แก่ คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น

สำหรับคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลที่รับกันมานานนั้น โดยหลักแล้ว ตามระบบ Civil Law คำพิพากษาถือว่าเป็นเพียงตัวอย่างของการใช้กฎหมายที่มีอยู่มาปรับกับ

^{๓๙} Ibid., p. 113.

คดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี ดังนั้นคำพิพากษาจึงไม่ใช่ที่มาของกฎหมายไทย แต่อย่างไรก็ตามหากคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน คือเป็นคำพิพากษาตัวอย่างที่คนปฏิบัติตาม กล่าวคือเมื่อมีคำพิพากษาฉบับหนึ่งตีความกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว อาจจะเป็นด้วยคุณภาพของคำพิพากษาที่มีเหตุผลดี จึงไม่มีคำพิพากษาอื่นมาคัดค้านหรือโต้แย้ง และเมื่อมีคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยตาม นานเข้าก็กลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน มีคนรู้จักกันทั่วไปแล้วก็ปฏิบัติตามนานๆ เข้า ก็กลายสภาพจนอาจจะนับได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีอย่างหนึ่ง⁴⁰

ทัศนคติหรือแนวความคิดของการให้ความหมายคำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี และการแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณีของนักนิติศาสตร์ไทยพอจะสรุปได้ดังนี้

การให้ความหมายคำว่า "จารีตประเพณี" นั้น มีความสับสนกันอยู่ทั้งนี้เพราะในภาษาไทย คำว่าจารีตประเพณีมีความหมายใช้ได้ 2 กรณี กรณีแรกใช้ในทางสังคมวิทยา ซึ่งแบ่งประเพณีออกเป็น 3 ประเภท คือจารีตประเพณี (Mores) ขนบประเพณี (Institution) และธรรมเนียมประเพณี (Convention)⁴¹ กรณีที่สองใช้ในแง่วิชานิติศาสตร์ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า custom และในวิทยานิพนธ์นี้มุ่งที่จะศึกษาถึงจารีตประเพณีในความหมายที่สอง กล่าวคือไม่ใช่ประเพณีในทางสังคม (social custom) แต่เป็นประเพณีที่มุ่งหมายจะใช้กันอย่างเป็นกฎหมาย (legal custom)

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำที่มีความหมายในเรื่องจารีตประเพณีนั้น ถูกเรียกต่าง ๆ กันออกไป เช่นใช้คำว่าปกติประเพณี (มาตรา 368) จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น (มาตรา 1354) จารีตประเพณี (มาตรา 550, 559 และ 580) เป็นต้น ซึ่งคำเหล่านี้ต่างก็มีความหมายคล้ายกันทั้งนั้น

⁴⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่งะหลักทั่วไป, หน้า 25-26.

⁴¹ เสฐียร โกเศศ, การศึกษาเรื่องประเพณีไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์การศาสนา, 2514), หน้า 8.

สำหรับคำว่า "คลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ตามมาตรา 4 วรรคสองนั้น⁴² มีความเห็นแยกเป็น 2 ฝ่าย คือความเห็นแรก เห็นว่าเฉพาะแต่จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นเท่านั้น เพราะถ้ากฎหมายประสงค์ จะให้เข้าใจถึงประเพณีทั่ว ๆ ไปของประเทศด้วยแล้ว กฎหมายก็คงจะไม่ใช้คำว่า "ท้องถิ่น" (local) ซึ่งเป็นคำที่มาจำกัดความหมายแห่งคำว่า "คลองจาริตประเพณี" ทั้งนี้เพราะความเข้าใจสามัญ ท้องถิ่นหมายถึง ตำบล ๆ หนึ่งเท่านั้น ไม่เกินความถึงประเทศด้วย⁴³ สำหรับความเห็นที่สอง เป็นความเห็นของเจ้าคุณเทพวิฑูรย์ ซึ่งเห็นว่ามาตรา 4 วรรคสองนำมาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา 1⁴⁴ ซึ่งใช้คำว่า "Customary Law" ดังนั้น "local custom" หรือคลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นของไทยจึงน่าจะแปลในความหมายอย่างกว้างได้ คือ นอกจากประเพณีนิยมกัน

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า "เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น... ." ซึ่งตรงกับสุภาษิตกฎหมายว่า "เมื่อใดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมต้องอาศัยจาริตประเพณี" (Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit) ดูธานินทร์ กรัยวิเชียร การตีความกฎหมาย (กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์การพิมพ์, 2523), . หน้า 160. และมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ท่านให้ยกเอาจาริตประเพณีมาปรับแก้คดีนั้น".

⁴³ หยุด แสงอุทัย, "ช่องว่างแห่งกฎหมาย", รัฐสภาสาร. 26 (ฉบับที่ 10 ตุลาคม 2521): 17.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (Z.G.B.) มาตรา 1 วรรค 2 บัญญัติว่า "Where no provision in applicable, the judge shall decide according to existing Customary Law..." ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน อนันต์ จันทร์โอภากร, "มาตรา 1: ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส", วารสารนิติศาสตร์, หน้า 129-164.

เฉพาะห้อง ถิ่นแล้ว ยังหมายความถึงประเพณีนิยมทั่วไปของประเทศด้วย โดยกรุงสยามทั้งประเทศ ถือว่าเป็นท้องถิ่นอันหนึ่ง⁴⁵

จารีตประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่นนั้น เป็นประเพณีที่ปฏิบัติกันเฉพาะแต่ละตำบล เช่น ในจังหวัดเชียงใหม่มีประเพณีว่า เมื่อผู้ใดได้ยกผนังท่อน้ำกั้นน้ำในที่นาตำบลใด เข้าใจว่าผู้นั้นเป็นผู้ถือที่นานั้น ประเพณีการครอบครองที่ดินในเมืองนครศรีธรรมราช (คำพิพากษาฎีกาที่ 494/2456) ประเพณีทำนาเกลือ จำเป็นต้องอาศัยวังและเหมืองที่ขังน้ำทะเล โจทก์โอนขายนาเกลือให้แก่จำเลย แม้ว่าในสัญญาจะมีได้กล่าวถึงที่วังและเหมืองด้วย ก็ต้องเข้าใจว่าจำเลยผู้รับซื้อย่อมมีสิทธิที่จะใช้วังและเหมืองได้อย่างที่ใครได้เคยใช้มาแต่เดิมนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 64/2467)

สำหรับจารีตประเพณีทั่ว ๆ ไป เช่น การแต่งงานถือเป็นประเพณีทั่ว ๆ ไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 494/2499 และฎีกาที่ 303/2488) ผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 21 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าหมายถึงใคร ดังนั้นถ้าเกิดมีปัญหาขึ้นศาลสามารถวินิจฉัยตามประเพณีได้ว่า บิดามารดาเป็นผู้ปกครองบุตรจึงเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม เช่น สัญญาแบ่งทรัพย์สินมรดก ซึ่งมารดาเข้าทำแทนบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความครอบครองโดยชอบธรรมนั้น ท่านว่าบุตรต้องผูกพันในสัญญานั้นด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 594/2472)

ในเรื่องคำว่า "คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ตามมาตรา 4 วรรคสองนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์มีความเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับกับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" นั้น หมายความว่าต้องใช้บทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับกับคดีก่อน ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์

⁴⁵ วิชัย เอื้ออังกณกุล, "ข้อวิจารณ์และเปรียบเทียบนิติวิธีในการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยในมาตรา 4 กับนิติวิธีพระคริสต์พิทยาคมแนวใหม่", วารสารนิติศาสตร์.9 (ฉบับที่ 3 2520):70.

อักษรจึงไปหาจาริตประเพณีมาชี้ขาด และสิ่งที่เอามาชี้ขาดตัดสินคดีได้ก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย ฉะนั้นเราจึงสามารถเรียก "คลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ตามมาตรา 4 วรรคสอง ว่าเป็นกฎหมายจาริตประเพณีได้ และเมื่อเป็นกฎหมายจาริตประเพณีแล้ว จึงสามารถนำมาใช้ได้ ไม่เฉพาะจาริตประเพณีที่นิยมในท้องถิ่นอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงจาริตประเพณีที่นิยมกันทั่วไปของประเทศด้วย

คำว่า "จาริตประเพณี" มีนักนิติศาสตร์ได้ให้คำจำกัดความไว้หลายท่าน อาทิเช่น ศาสตราจารย์เอช เอกุต์⁴⁶ ขุนประเสริฐศุภมาตรา⁴⁷ ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย⁴⁸ ท่านอาจารย์เชื้อ คงคากุล⁴⁹ ท่านอาจารย์พิชญ์ รพินทร์⁵⁰ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์⁵¹

ในเรื่องการให้ความหมายและการใช้กฎหมายจาริตประเพณีตามกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์เท่าที่มีปรากฏอยู่ยังไม่ชัดเจนนัก ผู้เขียนจึงขอสรุปความหมายของจาริตประเพณีตามกฎหมายไทย โดยแบ่งเป็นระดับได้ 4 ระดับ ดังต่อไปนี้คือ

- 1) จาริตประเพณีในระดับหนึ่ง หมายความว่าความประพฤติของสังคมที่กระทำ

⁴⁶ ศาสตราจารย์เอช เอกุต์, ธรรมศาสตร์ (ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป), หน้า 131.

⁴⁷ ขุนประเสริฐศุภมาตรา, คำสอนวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2489), หน้า 120.

⁴⁸ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 48.

⁴⁹ เชื้อ คงคากุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์การพิมพ์ธนบุรี, 2499), หน้า 75.

⁵⁰ พิชญ์ รพินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ : มงคลการพิมพ์, 2516), หน้า 14-15.

⁵¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 7 และ ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสองบนหน้าทางประวัติศาสตร์ (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2526), หน้า 8.

ช้า ๆ อยู่บ่อย ๆ จนเกิดความเคยชิน เกิดเป็นนิสัยสังคมหรือประเพณีขึ้น ประเพณีจะมีลักษณะแตกต่างกัน เนื่องจากสิ่งแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ วัฒนธรรมและสังคม ซึ่งผิดแผกกันออกไปไม่มากนักน้อย สิ่งที่เป็นวัฒนธรรมซึ่งเราประพุดกันอยู่เสมอ ก็เป็นเรื่องประเพณีทั้งนั้น เช่น ประเพณีเกี่ยวกับชีวิตในครอบครัว เช่นประเพณีเกี่ยวกับการเกิด บวชเรียน แต่งงาน และตาย ประเพณีเกี่ยวกับการทำบุญ และการสนุกรื่นเริง ของส่วนรวมอันเนื่องด้วยเทศกาลตรุษสารท เช่นประเพณีเข้าพรรษา สารทออกพรรษา ลอยกระทง ประเพณีการบวช ประเพณีการทำความเคารพ การกินอาหาร การคบค้าสมาคมกัน ประเพณีการทำไร่ ไถนา ประเพณีการแต่งกาย เป็นต้น⁵² ประเพณีเหล่านี้ ผู้ที่ฝ่าฝืนจะได้รับการตำหนิติเตียนดูถูกจากประชาชน แต่จะไม่มีผลในทางกฎหมาย เทียบเท่ากับเป็นประเพณีในทางสังคม และมักจะเรียกว่า "ประเพณี"

2) จาริตประเพณีในอีกระดับหนึ่งหมายความถึงประเพณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองให้นำมาใช้ได้ ซึ่งอาจจะเรียกชื่อต่างกันไป เช่น ธรรมเนียมประเพณี ประเพณี⁵³ ปกติประเพณี⁵⁴ คลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น⁵⁵ จาริตประเพณี⁵⁶ จาริตประ

⁵² เสฐียร โกเศศ, การศึกษาเรื่องประเพณีไทย, หน้า 1-43.

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 845/2497 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าประเพณีในการขนส่งที่คู่สัญญาเข้าใจกันดีแล้วว่า ถ้าการขนส่งเสียเวลา ผู้จ้างต้องใช้ค่าเสียเวลาให้ผู้รับขนนั้น ย่อมใช้บังคับได้โดยไม่ต้องระบุไว้ในสัญญา เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย โดยตอนหนึ่งของคำพิพากษาเขียนว่า "ข้อที่จำเลยเถียงว่าค่าเสียเวลาเมื่อไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาอันได้ทำกันเป็นหนังสือไว้ โจทก์ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าฟังไม่ขึ้น เพราะเมื่อทั้งสองฝ่ายเข้าใจกันดีแล้วว่า ธรรมเนียมประเพณีในการขนส่งชนิดนี้มีอยู่อย่างไร ถ้าไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณีนั้น ก็ย่อมใช้บังคับกันได้ เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย" ซึ่งเป็นการตีความหมายโดยอาศัยมาตรา 368.

⁵⁴ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 368.

⁵⁵ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 2.

⁵⁶ เช่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 550 มาตรา 559 และมาตรา 580.

เพณิ แห่งท้องถิ่น^{๕๗} เป็นต้น ซึ่งต่างก็มีความหมายอย่างเดียวกัน คือหมายถึงหลักความประพฤติที่ปฏิบัติต่อกันมาเป็นเวลานาน ๆ โดยไม่มีใครบังคับ จนทำให้ปรากฏตัวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีรูปร่างชัดเจนขึ้น ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (Opinio juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (Opinio necessitatis)

พึงสังเกตว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจแก่จารีตประเพณีประเภทนี้จะ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือที่เรียกว่ากฎหมายเอกชน เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ หรือที่เรียกว่ากฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายอาญา อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีประมวลกฎหมายอาญาของประเทศใดในโลก ที่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรยอมรับให้นำ จารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ แต่ทั้งนี้ก็ไม่เป็นการขัดขวางต่อการใช้กฎหมาย จารีตประเพณีในกฎหมายอาญาแต่ประการใด

จารีตประเพณีที่นำมาใช้ได้โดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองดังกล่าวนี้ จึงมีความศักดิ์สิทธิ์และมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย จึงเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Customary law)

3) จารีตประเพณีในอีกระดับหนึ่ง มีความหมายเช่นเดียวกับจารีตประเพณีใน ระดับที่สอง กล่าวคือประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอก คือการประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในท้องถิ่นนั้นเป็นเวลานาน และองค์ประกอบภายใน คือทางจิตใจที่ต้องมี opinio juris คือความเห็นหรือความคิดว่ามันเป็นกฎหมาย เป็นของที่ถูกต้องและต้องทำ หลีก เลี่ยงไม่ได้ (opinio necessitatis) แต่ต่างจากจารีตประเพณีในระดับที่สองตรงที่ จารีตประเพณีในระดับนี้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองหรือยืนยันให้นำมาใช้ได้ แต่เนื่อง ด้วยคุณสมบัติในตัวจารีตประเพณีนั้นเอง ที่ทำให้สามารถนำจารีตประเพณีมาใช้ได้อย่างเป็น

^{๕๗} ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1354 .

กฎหมายได้ เราจึงเรียกจารีตประเพณีนี้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Customary law) เช่นเดียวกับจารีตประเพณีในระดับที่สอง^{๕๘}

จารีตประเพณีในความหมายนี้จะมีผลบังคับในทางกฎหมายได้ แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองให้นำมาใช้ได้ก็ตาม ตัวอย่างเช่น การเล่นกีฬาที่มักจะมีเกิดการปะทะกันระหว่างนักกีฬา เป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บหรือถึงแก่ชีวิต เช่น ฟุตบอล กระบี่กระบอง ฟุตบอลล บาสเกตบอล รักบี้ฟุตบอล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแข่งขันชกมวย เป็นต้น จะไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเลย และกรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดแขนขาของคนไข้โดยความยินยอมของคนไข้ในโรงพยาบาล ย่อมไม่มีใครกล่าวหาแพทย์ผู้นั้นว่ากระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายทำให้ได้รับอันตรายสาหัส การกระทำของนักกีฬาและแพทย์ดังกล่าว ตามข้อเท็จจริง ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้กระทำได้โดยไม่มี ความผิด แต่การที่ไม่มีผู้ใดรู้สึกว่าการกระทำทั้งสองกรณีข้างต้นเป็นความผิดทางอาญา ก็เพราะมีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น โดยมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้^{๕๙} หรือในกรณีที่ครูหรือพระภิกษุลงโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีอนุญาตให้ทำได้^{๖๐}

^{๕๘} กฎหมายจารีตประเพณีในความหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายจารีตประเพณีในความหมายอย่างแคบ คือเป็นกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่ง ซึ่งเกิดจากจารีตประเพณีที่มีความศักดิ์สิทธิ์ และมีผลบังคับเป็นกฎหมาย.

^{๕๙} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 65. และ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 205-209.

^{๖๐} ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 31.

เรื่องเหล่านี้จะกล่าวในบทที่ 4 ต่อไป.

4) จารีตประเพณีในอีกระดับหนึ่ง จะแตกต่างจากจารีตประเพณีในสามระดับข้างต้นในเรื่องของผู้ปฏิบัติตาม กล่าวคือจารีตประเพณีทั้งสามระดับดังกล่าวจะเกิดจากประชาชนมีเจตนาทุกคนไปให้ใช้เป็นกฎหมายได้ แต่จารีตประเพณีในความหมายนี้ผู้แสดงเจตนาคือองค์กรของประชาชน ซึ่งในที่นี้คือศาลนั่นเอง ที่จะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนประชาชน โดยการนำกฎหมายไปปรับใช้แก่คดีเฉพาะเรื่องอย่างสม่ำเสมอ อาจจะเป็นด้วยคุณภาพของคำพิพากษาที่มีเหตุผลดี พิจารณาถูกต้องหลักความยุติธรรม เป็นการตรงต่อความรู้สึกของประชาชนทั่วไปก็ได้ จึงทำให้ไม่มีคำพิพากษาอื่นมาคัดค้านหรือโต้แย้งและเมื่อมีคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน นานเข้าก็กลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานมีคนรู้จักกันทั่วไปแล้วก็ปฏิบัติตามนาน ๆ เข้าก็กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีอย่างหนึ่ง^{๕๑} ความคิดดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีบรรทัดฐานของกฎหมาย (Stare decisis) ของกฎหมายสกุลคอมมอนลอว์^{๕๒}

ตัวอย่าง คำพิพากษาบรรทัดฐาน ของไทย ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1601/2492 ซึ่งเป็นเรื่อง เกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 ซึ่งบัญญัติว่า "บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้ว....ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้" มีปัญหาว่าบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วนั้น คำว่า "รับรองแล้ว" หมายความว่าอย่างไร ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้วินิจฉัยว่า การรับรองบุตรตามมาตรา 1627 นั้น ไม่ใช่ต้องจดทะเบียนรับเป็นบุตรตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจหมายถึงการรับรองให้

^{๕๑} ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 25-26. และอนันต์ จันทโรภากร, "มาตรา 1 ประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดน", วารสารนิติศาสตร์, หน้า 154. และหยุด แสงอุทัย, "กฎหมายคืออะไร", วารสารธรรมศาสตร์, หน้า 827-828 และหยุด แสงอุทัย, "ช่องว่างแห่งกฎหมาย", รัฐสภาสาร, หน้า 20. และศาสตราจารย์เอช เอกุต์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 143.

^{๕๒} พรเพชร วิชิตชลชัย และ จรัญ ภักดีธนากุล, เอกสารการสอนสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 8-15, (กรุงเทพฯ: บริษัททวิตอรีเฟอเวอ์ฟอยท์ จำกัด, 2528), หน้า 772.

ปรากฏต่อสังคม เช่นยกย่องในหมู่ญาติมิตรว่าเป็นบุตรของตน หรือให้ใช้นามสกุล อุปการะ
 ส่งเสียให้การศึกษาก็นับว่าได้มีการรับรองแล้ว คำพิพากษากฎีกาลบนี้ยังเป็นบรรทัดฐานอยู่
 เพราะไม่มีคำพิพากษากฎีกาอื่นมาทับ หรือลบล้างทำให้เกิดความรู้สึกในสังคมว่าบุตรนอกกฎ
 หมายอาจมีสิทธิได้รับมรดกโดยมิได้มีการจดทะเบียนรับเป็นบุตร

จากความหมายของจารีตประเพณีตามที่สรุปข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าความ
 หมายของจารีตประเพณีและกฎหมายจารีตประเพณีนั้นไม่เหมือนกัน หากแต่มีส่วนสัมพันธ์กัน
 โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีมีที่มาจากจารีตประเพณีได้ แต่มิใช่จารีตประเพณีทุกกรณีจะเป็น
 กฎหมาย เฉพาะจารีตประเพณีที่มีความศักดิ์สิทธิ์ และมีอำนาจบังคับอย่างกฎหมายเพียงแต่
 ยังไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงจะเรียกว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนนั้นพบว่า การจะนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมา
 ปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นนั้น เรียกว่า "การใช้กฎหมายจารีตประเพณี" (Application of
 Customary Law) การใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นต้องไปสืบหาจารีตประเพณีที่มีการ
 ปฏิบัติอยู่ในแต่ละท้องถิ่น โดยต้องเป็นการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ และนานพอที่จะให้ยอมรับ
 อย่างแน่ใจ ไม่กลางแคลงใจว่าเป็นข้อประพฤติปฏิบัติทั่วไปโดยสม่ำเสมอของชุมชนนั้น
 รวมทั้งเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และต้องเป็นเช่นนั้น ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงต้องประกอบด้วย

1. องค์ประกอบภายนอก คือการประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอในท้องถิ่นนั้น
 เป็นเวลานาน (Time Immemorial)
2. องค์ประกอบภายใน คือทางจิตใจที่ต้องมี *Opinio juris* คือความเห็น
 หรือความคิดว่ามันเป็นกฎหมาย เป็นของที่ถูกต้องและต้องทำ ไม่ทำไม่ได้ หลีกเสียดไม่ได้
 (*opinio necessitatis*)

องค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าวเกี่ยวเนื่องกัน คือต้องนานจนคิดว่ามันถูกต้อง
 จะประกอบเป็นกฎหมายจารีตประเพณี^{๕๓}

^{๕๓} ปรีดี เกษมทรัพย์ "การใช้การตีความกฎหมาย" วารสารนิติศาสตร์ .
 15 (ฉบับที่ 1 มีนาคม 2528): 65-66 และ C.K. Allen , Law in the
 Making, pp. 93-94.

สำหรับลักษณะหรือหลักเกณฑ์ของจารีตประเพณี ที่จะนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมาย จารีตประเพณีได้นั้น นักนิติศาสตร์ไทยผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้วางข้อกำหนดไว้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นหลักเกณฑ์ที่น่าจะนำมาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 และคำพิพากษาฎีกาที่ 637/2474 ได้วินิจฉัยยืนยันถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึงขอสรุปเป็นหลักเกณฑ์หรือลักษณะของจารีตประเพณีที่จะใช้บังคับเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

1) ต้องเป็นความประพฤติที่ได้ปฏิบัติกันมานาน ความช้านานเพียงใดจึงจะถึงขนาดเป็นจารีตประเพณีได้ เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปอย่างน้อยต้องนานจนเกินความทรงจำของบุคคลว่าเริ่มมีใช้อย่างแน่นอนเมื่อใด และไม่ใช้สิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นมาใหม่ด้วยประโยชน์ของความช้านานนี้ คือเป็นเครื่องพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นหลักความประพฤติของคนทั่วไป ความประพฤติของคนทั่ว ๆ ไปที่จะนิยมตาม ๆ กันนั้นจะเกิดขึ้นในเร็ววันไม่ได้ หากแต่เป็นสิ่งที่ค่อยเป็นค่อยไปที่ละน้อย

2) ต้องได้มีการปฏิบัติตามสืบต่อกันเรื่อยมาในแนวทางเดียวกัน โดยไม่มีการสะดุดหยุดลงอันเนื่องจากการขัดขวางของบุคคลอื่น (การที่จำเป็นต้องหยุดใช้ประเพณีชั่วคราว เพราะเหตุธรรมชาติไม่ถือว่าเป็นการสะดุดหยุดลง เช่น ประเพณีที่ให้ตากอวนบนหาดทรายได้ แต่การตากอวนต้องหยุดชะงักเพราะน้ำท่วม)

3) ต้องได้ใช้กันมาโดยสุจริตและเปิดเผย กล่าวคือการปฏิบัติตามนั้นไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ หรือข่มขู่ หรือลบลอบปฏิบัติตามหากแต่เกิดจากความสมัครใจของสมาชิกของสังคมที่จะปฏิบัติตามเอง เพราะมีความคิดหรือรู้สึกว่าการจารีตประเพณีนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และเป็นการจำเป็นต้องปฏิบัติตามโดยแท้จริง จะหลีกเลี่ยงเสียมิได้

4) ต้องเป็นประเพณีที่มีเหตุผลอันสมควร กล่าวคือจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าการใช้จารีตประเพณีใดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จารีตประเพณีนั้นก็ต้องนับว่ายังไม่ถึงขนาดที่จะได้รับการคุ้มครองของกฎหมาย "จารีตประเพณีย่อมได้รับความคุ้มครองของกฎหมาย" (Con-suetudo pro lege servatur) เพียงขนาดที่การใช้จารีตประเพณีนั้นจะไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

5) ต้องมีความแน่นอนทั้งสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้อง คือไม่ใช่ประเพณีที่เลื่อนลอย กล่าวคือประเพณีนั้นต้องมีความมั่นคงแน่นอน เพื่อที่จะสามารถพิสูจน์ความมีอยู่จริงและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของประเพณีนั้น ๆ ได้ ความแน่นอนในสถานที่นี้ไม่จำเป็นจะต้องหมายความว่าถึงจังหวัดในประเทศไทยทุกจังหวัด เพียงแต่จังหวัดไม่กี่จังหวัดก็ถือว่ามีความแน่นอนได้ เพราะก่อนจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ข้อนี้ หมายความว่าต้องผ่านการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งถึงสี่มาแล้ว ส่วนบุคคลนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าถึงคนไทยทุกคน เพียงแต่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเพณีนั้น ๆ ถือปฏิบัติตามกันโดยทั่วไปก็เพียงพอแล้ว

6) ต้องเป็นประเพณี ที่ไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือไม่ขัดหรือลบล้างกฎหมายที่บัญญัติไว้ ถ้าประเพณีใดขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือมีกฎหมายบัญญัติไปในทางตรงกันข้ามแล้ว กฎหมายก็จะไม่รับรองประเพณีนั้น ๆ และถ้าหากภายหลังมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาขัดกับจารีตประเพณีใดแล้ว ต้องถือว่าจารีตประเพณีนั้น เป็นอันถูกยกเลิกไปโดยปริยาย ตัวอย่างเช่น ประเพณีทางเหนือที่ยกช้างให้แก่กัน โดยสัญญาปากเปล่า เดิมมีจารีตประเพณีทางฝ่ายเหนือรับรองว่าใช้ได้ แต่เมื่อต่อมามีกฎหมายบัญญัติต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 แล้ว จึงต้องถือว่าการยกช้างให้แก่กัน โดยสัญญาปากเปล่าตกเป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2467)

7) ต้องเป็นประเพณีที่ไม่เป็นการขัดต่อประเพณีอย่างเดียวกับที่ใช้อยู่ในท้องถิ่นนั้น กล่าวคือประเพณีต่าง ๆ นั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกันเอง

ถึงแม้ว่าจะเคยมีหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 316/2466 ว่า ประเพณีนั้นจะต้องไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับคดีอาญา เพราะประเพณีไม่อาจลบล้างกฎหมายอาญาได้ ซึ่งในที่นี้เห็นว่าน่าจะเป็นเรื่องการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางลงโทษเพิ่มโทษ หรือกำหนดความผิดใหม่เท่านั้น ซึ่งจะพิจารณาต่อไปใน บทที่ 2

การพิสูจน์ถึงลักษณะหรือหลักเกณฑ์ตามที่กล่าวข้างต้นนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ผู้ที่อ้างจารีตประเพณีขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนจะต้องพิสูจน์และผู้ที่ไม่เห็นด้วยสามารถพิสูจน์หักล้างจารีตประเพณีดังกล่าวได้⁵⁴

⁵⁴ ศาสตราจารย์ เอช เอกุต์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า

เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ในระบบ Civil Law กฎหมายจารีตประเพณีของไทยจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. เกิดจากจารีตประเพณี ที่ได้รับการปฏิบัติตามจากประชาชนโดยส่วนรวมเป็นเวลานาน โดยมีความคิดว่ามันเป็นสิ่งที่ถูกต้องและต้องทำ
2. เกิดจากคำพิพากษาบรรทัดฐาน หรือ แนวบรรทัดฐาน แห่งคำพิพากษา (The doctrine of precedent) ซึ่งไม่ได้ถือเคร่งครัดประหนึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเหมือนที่ใช้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

เนื่องจากทั้งกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปนั้นต่างก็ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายไทยในประเภทกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) เช่นเดียวกัน และเป็นเรื่องที่ยากต่อการพิสูจน์เหมือน ๆ กัน ในบางครั้งหลักเกณฑ์เรื่องเดียวกัน บางท่านว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี แต่บางท่านว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งทำให้เกิดความสับสนในทางวิชาการ

คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" (General principles of law) นั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าและไม่มีจารีตประเพณี เช่นว่านั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีความชัดด้วยไซ้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป" แต่ปรากฏว่ากฎหมายมิได้บัญญัติถึงความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่นักกฎหมายไทยจะต้องตีความกันเอง ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ อาทิเช่น

- ท่านอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายว่าหลักกฎหมายทั่วไป ปรากฏตัวอยู่ในรูปของ

1. สุภาษิตกฎหมาย เช่น กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด, ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เป็นต้น^{๕๕}
2. หลักกฎหมายต่างประเทศ นำมาใช้ข้อขัดข้องว่างแห่งกฎหมายได้ ในกรณีที่

^{๕๕} ผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นข้อนี้ได้แก่ศาสตราจารย์เอช เอกูต์, ท่านอาจารย์เชื้อ คงคากุล, ท่านอาจารย์พิชญ์ รพินทร์ เป็นต้น.

กฎหมายไทยเปิดช่องให้ใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องนั้น ๆ เช่น นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องกฎหมายทะเลมาใช้^{๕๕}

3. สามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเอง ทั้งนี้เพราะศาลจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีหาได้ไม่ ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 134 บัญญัติว่า "ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุม หรือไม่บริบูรณ์" ดังนั้น ศาลจึงต้องใช้สามัญสำนึกวินิจฉัยคดีนั้น โดยเหตุที่สำนึกเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันหนึ่ง^{๕๖}

- ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ อธิบายว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ตามมาตรา 4 คือหลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่งและไม่หมายถึงกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น^{๕๗}

- ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่ หลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะทราบได้จากการนำมาตราร่างต่าง ๆ หลาย ๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายหลายมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ เช่น หลักที่ว่า

^{๕๕} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 กฎหมายทะเลของประเทศไทยยังไม่ได้มีเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งจาริตประเพณีก็ไม่ปรากฏ จึงต้องวินิจฉัยคดีเรื่องประกันภัยทางทะเลตามหลักกฎหมายทั่วไปตาม ปพพ. มาตรา 4 สัญญาประกันภัยรายนี้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ศาลฎีกาเห็นว่า ควรถือกฎหมาย ว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของประเทศอังกฤษ เป็นกฎหมายทั่วไปเพื่อเทียบเคียงวินิจฉัยด้วย.

^{๕๖} ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, การตีความกฎหมาย, หน้า 168 - 177.

^{๕๗} ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, "หลักกฎหมายทั่วไป", ตุลพาห. 11 (เล่ม 4 เมษายน 2507) : 6.

ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน^{๖๖}

- ท่านศาสตราจารย์เอช เอกุต์ ให้ความเห็นว่า การที่ศาลใช้ หลักกฎหมายทั่วไปบังคับแก้คดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ก็เพราะเหตุว่า หลักเหล่านั้นเป็นที่รับรองกันทั่วไป อาจจะเป็นในเขตท้องที่ของศาลนั้น หรือในประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศ ซึ่งถ้าหากศาลไม่ใช้หลักเหล่านี้ก็ย่อมจะรู้สึกว่าเป็นการขัดต่อความรู้สึกของคนทั่วไป และถ้าใช้บังคับก็เพราะเห็นว่าตรงกับความรู้สึกของคนทั่วไป อีกนัยหนึ่งว่าหลักเหล่านี้เกิดมาจากจารีตประเพณี กล่าวคือเกิดจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าเป็นประเพณีซึ่งใช้เฉพาะเขตท้องที่ของศาลที่ใช้จารีตประเพณีนั้น เกิดจากจารีตประเพณีของประเทศ ถ้าเป็นข้อบังคับที่ใช้ได้แต่ในประเทศนั้น เกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถ้าหลายประเทศได้ถือตาม หลักกฎหมายทั่วไปนี้ปะปนกันอยู่กับจารีตประเพณีและมีข้อขัดข้องคล้าย ๆ กันอยู่ กล่าวคือ เป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้^{๖๗}

ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด ("exceptio est strictissima interpretationis", An exception is to be strictly construed) กฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไป ("Specialia generalibus derogant", special words derogate from general ones) ความไม่รู้ข้อเท็จจริงแก้ตัวได้ ("ignorantia facti excusat", ignorance of the fact excuse) ความไม่รู้ข้อกฎหมายแก้ตัวไม่ได้ ("ignorantia juris non excusat", ignorance of the law excuses no man) กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา

^{๖๖} หยุด แสงอุทัย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 126.
และท่านอาจารย์ปรีดี, เกษมทรัพย์ก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันโปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 26 - 27.

^{๖๗} ศาสตราจารย์เอช เอกุต์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 140-141.

("acta exteriora indicant interiora secreta ", external actions show internal secrets. acts indicate the intention) ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ("nemo dat quod non habet", no man give a better little than that which he himself has) ผู้ซื้อต้องระวัง ("caveat emptor หรือ caveat venditor", let the seller beware)⁷¹

ในเรื่องความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น วิเคราะห์แล้วเห็นว่าน่าจะหมายความถึงหลักกฎหมายที่ได้มาจาก

- 1) การพิจารณาด้วยบทบัญญัติของกฎหมายไทยหลาย ๆ มาตราในเรื่องเดียวกัน
- 2) หลักกฎหมายของต่างประเทศที่ยอมรับกันทั่วไป ไม่เฉพาะในประเทศไทยหรือประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ
- 3) สุนัขตกกฎหมายที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน และปรากฏตัวอยู่ในรูปภาษาลาติน ซึ่งสุนัขตกกฎหมายนี้น่าจะหมายถึงแนวทางการประพฤติปฏิบัติจากชนรุ่นหนึ่งไปสู่ชนรุ่นอื่น ๆ ต่อเนื่องกันไปโดยเกิดจากความรู้สึกยอมรับของประชาชนในสังคมนั้น ๆ

คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" นี้ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า "general principle of law"⁷² ซึ่งน่าจะมีความหมายว่าเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีใช้กันอยู่โดยทั่ว ๆ ไปในนานาประเทศ มิใช่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง

สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากแนวความประพฤติปฏิบัติต่าง ๆ ที่ได้ผ่านการพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำที่ผูกพัน และยอมรับได้ โดยข้อกำหนดที่กฎหมายวางไว้

⁷¹ รายละเอียดโปรดดู ญาณี มโนพิโมกษ์, "หลักการตีความในกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 160 - 192.

⁷² ไพจิตร บุญพันธุ์, "หลักกฎหมายทั่วไป", คณาจารย์, หน้า 6.

ข้อที่คล้ายคลึงกันของหลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณี คือ

1) หลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณี ต่างก็เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวความประพฤติหรือระเบียบแบบแผนที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคม

2) หลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณี ต่างก็เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จัดอยู่ในประเภทกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นเรื่องที่ยากต่อการพิสูจน์เหมือน ๆ กัน

เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณีมีส่วนที่คล้ายคลึงกันดังกล่าว จึงทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองนี้มีส่วนสัมพันธ์กัน ซึ่งผลที่ได้รับ คืออาจจะทำให้แนวความประพฤติหรือหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับประการหนึ่ง มีความเห็นของนักกฎหมายแยกเป็นสองฝ่าย คือฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์ของเรื่องความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด⁷³ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความหมายของคำว่า "custom" นั้นน่าจะเป็นเรื่องเฉพาะท้องถิ่น จึงทำให้กฎหมายจารีตประเพณี (customary law) เป็นเรื่องที่เกิดในท้องถิ่นของประเทศใดประเทศหนึ่ง และเรื่องเดียวกัน จารีตประเพณีของประเทศหนึ่ง อาจไม่ตรงกับอีกประเทศหนึ่งก็ได้ (หรืออาจจะตรงกันก็ได้)

ส่วนหลักกฎหมายทั่วไป เป็นเรื่องที่ยอมรับกันทั่วไปในประเทศต่าง ๆ คำว่าทั่วไปในที่นี้ น่าจะมีความหมายตรงกับ คำว่า "universal" ซึ่งหมายความว่า ยอมรับกันในประเทศทั่ว ๆ ไป ในลักษณะยอมรับกันเป็นสากล ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง

ในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีเรื่องเดียวกัน ในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ที่ตรงหรือเหมือนกันแล้ว อาจจะทำให้กฎหมายจารีตประเพณีมีลักษณะที่ซ้อนกันอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่นหลักของเรื่องความยินยอมที่ทำให้ไม่เป็นความผิดนั้น ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับ โดยขึ้นอยู่กับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศนั้น ๆ ว่ายอมรับความยินยอมในเรื่องใดได้บ้าง อีกนัยหนึ่งคือ มีขอบเขตในการยอมรับโดยขึ้นอยู่กับกฎ

⁷³ รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 3 ต่อไป.

หมายจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่นเอง

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องนิติวิธี เกี่ยวกับการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในระบบกฎหมายไทย ในเรื่องการให้ความหมายของกฎหมายจารีตประเพณี ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี และการแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในระบบ Civil Law ส่วนนิติวิธีหรือวิธีการทางกฎหมายที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายแพ่งนั้น มีหลักอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 แต่สำหรับในสาขาวิชากฎหมายอาญานั้น ยังไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างแจ้งชัด

1.4 ที่มาและการมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณี (Custom) พิจารณาในทางปรัชญา

1.4.1 ที่มาของจารีตประเพณี (Custom) พิจารณาในทางปรัชญา

การที่มนุษย์มารวมกันอยู่เป็นหมู่คณะทำให้เกิดสังคมขึ้น ซึ่งประชาชนในสังคมนั้นจะมีกฎเกณฑ์ความประพฤติในสังคม (norms) ที่ก่อตัวขึ้น และเจริญพัฒนาขึ้นเองโดยมิได้อาศัยอำนาจบงการหรือเจตนาจำนงจงใจก่อตั้งขึ้นโดยมนุษย์แต่อย่างใด หลักการที่เป็นสิ่งที่ส่งเสริมการดำรงอยู่ของสังคมเช่นนี้ เป็นธรรมชาติอยู่เองที่ครั้งหนึ่งได้ประพฤติปฏิบัติกันแล้ว ก็คงจะชักนำให้ทำต่อไปเรื่อย ๆ จนทำให้เป็นสิ่งที่ยอมรับโดยการปฏิบัติไปตามหลักธรรมดานี้อย่างสม่ำเสมอ ยกตัวอย่างเช่น ทางน้ำแห่งหนึ่งมีตลิ่ง 2 ข้างสูงชัน เมื่อต้องการจะได้น้ำมาใช้ คนแรกที่ลงไปตักก็จะต้องหาช่องทางที่สะดวกที่สุดและปีนป่ายลงไป ซึ่งย่อมจะทิ้งร่องรอยเท้าเอาไว้บ้าง คนที่ 2 เห็นรอยเท้าเข้าก็จะใช้ช่องทางเดียวกันนั้น จะตั้งใจหรือไม่ก็ตามและเนื่องจากมนุษย์มีธรรมชาติของการเลียนแบบ คนที่ 3-4-5 ก็จะทำเช่นเดียวกัน ในที่สุดก็เกิดเป็นทำน้ำขึ้นมา⁷⁴ หรือกรณีที่บุคคลคนหนึ่งเดินผ่านสนามหญ้าโดยไม่ว่าจะ

⁷⁴ เป็นตัวอย่างของท่านเจ้าคุณนิติศาสตร์ไพศาลย์ ในพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, หัวข้อเล็กเชอร์ธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ: หอสมุดคณะนิติศาสตร์, 2462) หน้า 13-14 ซึ่งอ้างอยู่ในหนังสือ สุริยะ, เอกสารการสอนสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์สมมิตร จำกัด, 2526), หน้า 75.

เกิดจากความประสงค์ของเขาหรือโดยบังเอิญก็ตาม และถ้ามีบุคคลอื่นมาเดินผ่านสนามหญ้า นั้นในเส้นทางเดียวกันหลายคนเข้า นานเข้าก็จะทำให้เกิดเป็นทางเดินขึ้นมา⁷⁵

การที่มนุษย์ตัดสินใจประพฤติปฏิบัติตามแนวทางใด ๆ นั้นมีผู้ให้เหตุผลว่าเป็นเพราะ

1. มีเหตุผลในทางจำแนกแยกแยะข้อเท็จจริง (factual reason) คือรู้ว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องอะไร หรือเรียกว่าเป็นความสามารถในการจำได้ หมายความว่ารู้ถึงความแตกต่าง ความเหมือนกัน หรือความคล้ายคลึงกันของสิ่งต่าง ๆ

2. มีเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral reason) คือเป็นความรู้สึกที่เกิดขึ้นในจิตใจของผู้มีสติปัญญาเองที่จะหยั่งรู้สิ่งใดควรทำ สิ่งใดไม่ควรทำ รู้ว่าอะไรผิด อะไรถูก ซึ่งความสามารถรับรู้อากาฬศีลธรรม (Moral reason) ที่มีอยู่ในพื้นจิตใจของมนุษย์โดยธรรมชาติ เช่นนี้ เรียกว่า "เหตุผลภายใน" (reason) ส่วนความสัมพันธ์ในบรรดาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ประกอบเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ที่เกิดขึ้นในสังคมภายนอกอันได้แก่ความสัมพันธ์ในเรื่องกาลเทศะ เชื่อมโยงต่อเนื่องซึ่งกันและกันในสถานการณ์หรือเหตุการณ์หนึ่งในทางวิชานิติศาสตร์ เรียกว่า "เหตุผลของเรื่อง" (Nature of things) หรือ "เหตุผลภายนอก" ที่เมื่อมนุษย์ใช้ความสามารถรับรู้อากาฬศีลธรรม ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ภายในจิตของมนุษย์สองวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของข้อมูลต่าง ๆ ที่มีอยู่ภายนอกก็จะมองเห็นเหตุผลของเรื่องในเรื่องนั้น

จากเหตุผลภายนอกหรือเหตุผลของเรื่องอันเป็นข้อมูลภายนอกประกอบกับการบ่งชี้ตัวในตัวเองว่าสถานการณ์ เช่นนั้นฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด อันเป็นเหตุผลภายใน ข้อวินิจฉัยที่จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการเชื่อมกันระหว่างเหตุผลภายในกับเหตุผลภายนอกนี้เอง เมื่อได้รับการปฏิบัติตามติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน ก็จะผนึกแน่นอยู่ในความสำนึกของคนในหมู่ที่ปฏิบัติ เช่นนั้น จนต่อมาต้องยอมรับว่าถูกโดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใด ๆ เมื่อได้ปฏิบัติมานานๆ ในที่สุดก็กลายเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีและจารีตประเพณี เช่น

⁷⁵ N.D. Kapoor, Handbook of Principles of Law (Sultan: Chad & Sons Publishers, 1981), p.10.

การแย่งชิงลูกเมียหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้ที่เสียหายอาจเกิดความรู้สึกรุนแรงถึงขนาดใช้กำลังเข้าบังคับเพื่อป้องกันช่วยเหลือตนเอง บางครั้งถึงกับมีการแก้แค้น ทำให้มีการปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ อย่างระมัดระวังยิ่งกว่าเรื่องอื่น ๆ ⁷⁶

1.4.2 การมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณี (Custom) พิจารณาในทางปรัชญา

ความคิดในทางกฎหมายในเรื่องการมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณีนั้น มีแนวความคิดของ 2 สำนักความคิดใหญ่ที่เห็นแตกต่างกัน ซึ่งสมควรที่จะนำมากล่าวไว้ ณ ที่นี้

1. สำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law หรือ Legal Positivism)

ในยุคของศตวรรษที่ 18 มีนักกฎหมายท่านหนึ่ง ชื่อ Christian Thomasius (ค.ศ. 1645-1728) วางหลักว่ากฎหมายพึงควบคุมแต่ความประพฤติของมนุษย์เท่านั้น จะไปควบคุมความคิดด้วยไม่ได้ โดยเสนอว่ากฎหมายเป็นเรื่องของรัฐ กฎหมายจะบังคับได้แต่สิ่งภายนอกที่เห็นชัดเจน ต้องเป็นการลงโทษการกระทำของคน ไม่ใช่ความคิดของคน ดังนั้นอำนาจบ้านเมือง จึงไม่อาจไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องความคิดมโนธรรมภายในซึ่งเป็นเรื่องศีลธรรม คำสอนของ Thomasius นี้ เป็นความสำเร็จและคุณประโยชน์ที่ท่านได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ และความคิดที่แยกกฎหมายออกจากศีลธรรมนี้ ต่อมาได้พัฒนาเป็นรากฐานของความคิดลัทธิ Legal Positivism ซึ่งถือว่ากฎหมายไม่เกี่ยวกับศีลธรรมและจารีตประเพณีเลย⁷⁷

⁷⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสอง บทนำทางประวัติศาสตร์, หน้า 8-9., และปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 5-7.

⁷⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสอง บทนำทางประวัติศาสตร์, หน้า 135-136.

ผู้นิยมในสำนักความคิดนี้มีมาก เช่น Thomas Hobbes, John Austin, HLA Hart เป็นต้น ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะทฤษฎีของ John Austin (ค.ศ. 1790-1859) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ชาวอังกฤษ ในศตวรรษที่ 19 ท่านได้เริ่มอธิบายว่า กฎหมายคือระบบแห่งกฎเกณฑ์ที่แน่ชัด กฎหมายคือกฎที่กำหนดไว้เพื่อเป็นแนวทางแก่มนุษย์ โดยผู้มีอำนาจทางการเมืองสูงกว่า⁷⁸ กฎหมายคือคำสั่งของราชาธิปไตย กฎหมายเป็นผลผลิตของอำนาจรัฐเป็นเจตจำนง (will) ของราชาธิปไตย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะถูกต้องดีงาม ชอบธรรมหรือไม่ย่อมไม่สำคัญ เพราะแม้จะไม่ถูกต้องดีงาม ชอบธรรม กฎหมายที่ราชาธิปไตย บัญญัติก็ยังคงเป็นกฎหมายที่ราษฎรต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามอยู่นั่นเอง⁷⁹

ตามความคิดของ Austin กฎหมายแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท⁸⁰ คือ

ก. กฎหมายแท้ (positive law) คือคำสั่งหรือคำสั่งบังคับบัญชาเกี่ยวกับความประพฤติของประชาชนของผู้มีอำนาจ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งมีตัวตนแน่นอน โดยราชาธิปไตย (Sovereign) นี้ อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามลักษณะการปกครองของบ้านเมือง เช่น อาจเป็นหัวหน้าเผ่าในชุมชนสมัยบุพกาล กษัตริย์ในระบอบราชาธิปไตย ผู้ปกครองในระบอบเผด็จการ ประชาชนในระบอบประชาธิปไตย เป็นต้น⁸¹ และมีโทษทัณฑ์ (sanction) กำหนดไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืน⁸² ดังนั้น กฎหมายแท้ตามความหมายของ Austin จึงมีองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการคือ (1) เป็นคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชา (2) ธิปไตยซึ่งมีอำนาจปกครองสูงสุดเป็นผู้ออกคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชานั้น (3) คำสั่งบังคับบัญชานั้นมีสภาพบังคับ

⁷⁸ รongพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 55.

⁷⁹ วิษณุ เครืองาม, "ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง", บทบัญญัติ, 34 (ตอนที่ 3 2520) : 434.

⁸⁰ พนัส ทศนิยานนท์, "ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ", วารสารอัยการ (ฉบับที่ 32 สิงหาคม 2523) : 69.

⁸¹ วิษณุ เครืองาม, "ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง", บทบัญญัติ, หน้า 433.

⁸² โสภณ รัตนากร, "คำว่ากฎหมาย", คุลพาท, 15 (เล่ม 2 มีนาคม - เมษายน 2511) : 41.

และ (4) ผู้ที่อยู่ใต้ปกครองมีหน้าที่ต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนย่อมต้องถูกลงโทษ

ข. กฎหมายไม่แท้ คือกฎเกณฑ์บางอย่างที่อาจมีการเคารพและปฏิบัติตาม แต่โดยเหตุที่มีคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชาของผู้ปกครองบ้านเมืองจึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริง เช่นกฎของสมาคม จารีตประเพณี โดย Austin เห็นว่ากฎที่ไม่เข้าลักษณะเป็นกฎหมายแท่นั้น เป็นเพียงหลักธรรมจรรยา (positive morality) ที่อาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับกฎหมายแท่นั้น^{๓๓}

จารีตประเพณี (Custom) หรือ positive morality ในความคิดของ Austin นั้นจะไม่มีผลใช้บังคับอย่างกฎหมาย จนกว่าจะได้รับสภาพบังคับและการยอมรับโดยขบวนการทางกฎหมายของรัฐ^{๓๔} กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือจารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายได้เมื่อได้รับการยอมรับโดยตรงจากรัฐโดยรวมอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือโดยผ่านทางคำพิพากษาของศาล^{๓๕}

สำหรับประเทศไทยต้องถือว่าปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีอิทธิพลเป็นอันมากตั้งแต่ประเทศไทยเริ่มตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเป็นผู้นำปรัชญาดังกล่าวของ Austin เข้ามาอธิบายและเผยแพร่ในไทย โดยทรงได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดดังกล่าวมาตั้งแต่ครั้งเสด็จออกไปศึกษา ณ ประเทศอังกฤษ

^{๓๓} RWM Dias, Jurisprudence, p.345.

^{๓๔} _____, Jurisprudence and Comparative Law Hand book no.1 (Calcutta : Eastern Law House, 1980), p.60.

^{๓๕} RWM Dias, Jurisprudence, p.346. และ George W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence, p.48. และ K. Krishna Menon, Outlines of Jurisprudence (London : Asia Publishing House, 1961), p.42.

ต่อมาการอธิบายความหมายของ คำว่า "กฎหมาย" จึงดำเนินตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ดังจะเห็นได้จากหนังสือคำอธิบายวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายส่วนใหญ่ ซึ่งอธิบายว่า "กฎหมาย" คือข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ^{๖๖} กฎหมายนั้นมีส่วนสัมพันธ์กับศาสนา ศิลปกรรม และจารีตประเพณี แต่ก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน^{๖๗} และผลที่ตามมาอันเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณี คือกฎหมายจารีตประเพณีจะมีผลเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อเจ้าพนักงานหรือศาลของรัฐยอมรับ ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัยที่ว่า "...กฎหมายจารีตประเพณีก็เป็นกฎหมายตามเนื้อความได้ เพราะเป็น "ข้อบังคับ" ของรัฐเหมือนกับกฎหมายที่รัฐสภาของรัฐเป็นผู้ออกมาเอง เพราะการที่เจ้าพนักงานหรือศาลของรัฐยอมใช้กฎหมายจารีตประเพณีก็เท่ากับยอมรับว่าเป็น "ข้อบังคับ" ของรัฐนั่นเอง..."^{๖๘}

2. สำนักความคิดในทางกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์ (School of Historical Jurisprudence หรือ Historical School)

สำนักประวัติศาสตร์เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 19 ในเยอรมันโดยนักกฎหมายชาวเยอรมันชื่อ Friedrich Carl Von Savigny (ค.ศ. 1779-1861) ซึ่งพบว่าสาระสำคัญของกฎหมายไม่ได้อยู่ที่แบบฟอร์ม หรือตัวบทกฎหมาย หากอยู่ที่ความรู้สึกนึกคิดของประชาชนที่จะเข้าใจและยอมรับกฎหมาย กฎหมายจึงไม่มีองค์ที่เป็นเอกเทศจากชีวิตของคนในชาติ เพราะฉะนั้น วัฒนธรรม ความเข้าใจ ทัศนคติ และวิถีชีวิตของชนในชาติจึง

^{๖๖} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 41.

^{๖๗} เรื่องเดียวกัน, หน้า 42-50.

^{๖๘} หยุด แสงอุทัย, "กฎหมายคืออะไร", วารสารธรรมศาสตร์. 1 (ตอนที่ 4 ตุลาคม 2505) : 824.

เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย^{๘๘}

Savigny เห็นว่ากฎหมาย เกิดจากการแสดงออกของความรู้สึกนึกคิด ของประชาชนโดยทั่ว ๆ ไปหรือวิญญาณของประชาชน (Common consciousness or spirit of a people) หรือที่เขาเรียกว่า Volksgeist (Volk แปลว่า people; geist : spirit) โดย Volksgeist นี้เกิดจากลักษณะพิเศษของแต่ละชาติ ๆ แล้วมันมีสังขาร คือรูปลักษณะของมันวิวัฒนาการไปตามประวัติศาสตร์ สิ่งเหล่านี้เกิดจากการที่คนเรามี spirit ซึ่ง Spirit ของแต่ละคน มันผ่านจากประสบการณ์ ชาติก็เหมือนกัน แต่ละชาติจึงต่างกันไปสิ่งเหล่านี้เป็นไปตามประวัติศาสตร์ของชาตินั้น ๆ ^{๘๙}

ในยุคแรก ๆ Volksgeist จะปรากฏตัวในรูปจารีตประเพณี (Custom) ผู้ทรง Volksgeist จึงเป็นประชาชนทุกคน เพราะฉะนั้น กฎหมายจารีตประเพณี (Volk srechts) จึงเป็นกฎหมายของชาวบ้านทุกคน ประชาชนทุกคนเป็นผู้ทรงตัว geist ทำให้แสดงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีตาม Volksgeist นั้น จึงปฏิบัติตามเหมือนกันหมดจนเป็นจารีตประเพณี^{๙๐}

Savigny เห็นว่ากฎหมายเริ่มแรกเกิดและพัฒนาขึ้นมาจากจารีตประเพณีซึ่งเกิดจากพลังภายในที่ก่อตัวขึ้นอย่างเงียบ ๆ (by internal, silently-operating

^{๘๘} ข้อแตกต่างของ Savigny และ Austin อยู่ที่วิธีการวิเคราะห์แก่นแท้ของกฎหมาย (Analysis of the Concept of Law) กล่าวคือแบบของ Austin เป็นการวิเคราะห์ ที่ดูแบบฟอร์มของกฎหมาย (Formal Analysis) แต่ของ Savigny วิเคราะห์โดยมองลึกเข้าไปในวัฒนธรรม ชีวิตในสังคม ความรู้สึกนึกคิดของคนในชาติ จึงเป็นแบบสังคมวิทยา (Sociological Analysis) ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จากรองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), หน้า 8-13 และ 23-24.

^{๘๙} ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสองบทนาทางประวัติศาสตร์, หน้า 142.

^{๙๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า 143-144.

powers) ไม่ได้เกิดจากเจตนาของผู้มีอำนาจปกครองหรือรัฐชาติ^{๖๒} และในระบบกฎหมายนั้นจะพบ Volksgeist เป็นหลักกว้าง ๆ ที่อยู่ในเจตนารมณ์ของประชาชนและจะปรากฏตัวออกมาในรูปของจารีตประเพณี จารีตประเพณีมิใช่เพียงจะเกิดมาก่อนการนิติบัญญัติ (legislation) เท่านั้น แต่ยังอยู่ในฐานะเหนือกว่าด้วย การบัญญัติกฎหมายควรจะตรงต่อความรู้สึกนึกคิดของประชาชนที่แพร่หลายเสมอ^{๖๓}

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ เห็นว่ากฎหมายมีกำเนิดมาจากรูปแบบของจารีตประเพณีที่มีมาตั้งแต่เริ่มแรก กฎหมายจารีตประเพณีได้ถูกทำให้เป็นรูปแบบจากจารีตประเพณี หรือกฎหมายจารีตประเพณีได้พัฒนามาจากจารีตประเพณีและเป็นที่รู้จักและเลื่อมใส ศรัทธาของประชาชน^{๖๔} กฎหมายจารีตประเพณีมีอำนาจบังคับสมบูรณ์ในตัวของมันเอง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยายของฝ่ายนิติบัญญัติ^{๖๕} เพราะจารีตประเพณีเกิดก่อนการนิติบัญญัติมาเป็นเวลานาน^{๖๖} ในทางตรงกันข้ามรัฐจะต้องยอมรับจารีตประเพณีในฐานะเป็นกฎหมายเพราะว่ากฎหมายจารีตประเพณีเหล่านี้ได้รับการยอมรับจากประชาชนมาเรียบร้อยแล้ว^{๖๗} และกฎหมายจารีตประเพณีนั้นถือ

^{๖๒} Edwin M. Schur, Law and Society (New York : Random House, 1968), p.30.

^{๖๓} RWM Dias, Jurisprudence, p.378.

^{๖๔} W. Friedmann, Legal Theory, 5th ed. (New York : Columbia University Press, 1967), p.128.

^{๖๕} George W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence, p. 49.

^{๖๖} N.M. Korkunov, "General Theory of Law", in The Science of Legal Method. Vol. 4: Modern Legal Philosophy Series, ed. a Committee of the Association of American Law School (New York: Augustus M. Kelley, 1968), p.412.

^{๖๗} K. Krishna Menon, Outlines of Jurisprudence, p. 41.

เป็นกฎหมายที่แท้จริงของรัฐ เพราะเป็นการแสดงให้เห็นโดยชัดเจนถึงความรู้สึกนึกคิดและจิตใจของชนในรัฐโดยตรง กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นแต่เพียงการแสดงออก ถึงจิตใจของเอกชนในรัฐโดยทางอ้อมเท่านั้น ซึ่งอาจผิดเพี้ยนไปได้^{๙๙}

อันที่จริงแล้ว สำนักความคิดในทางประวัติศาสตร์นี้มีอิทธิพลมากและค่อนข้างตรงต่อความเป็นจริง ในแง่ที่ว่ากฎหมายเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ไม่ใช่เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นได้ในพริบตา กฎหมายเกิดขึ้นได้ก็ต้องอาศัยความคิดและความรู้สึกของประชาชนดังที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า *Volksgeist* เช่นเดียวกับภาษาและวัฒนธรรมอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าสำนักความคิดนี้จะต่อต้านการจัดทำกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียเลยทีเดียว^{๑๐๐}

ประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลจากความคิดในทางกฎหมายจากสำนักประวัติศาสตร์นี้ ดังจะเห็นได้จากการอธิบายความหมายของคำว่า "กฎหมาย" ในทำนองที่ว่ากฎเกณฑ์ความประพฤติในสังคม (Norm) ในระยะเริ่มแรกเป็นสิ่งที่พัฒนาขึ้นเองโดยมิได้อาศัยอำนาจบังคับหรือเจตนาจำนงจงใจก่อตั้งขึ้นโดยมนุษย์แต่อย่างใด^{๑๐๑} หากแต่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยสม่ำเสมอจนเคยชิน กฎเกณฑ์และความประพฤติเหล่านี้เมื่อประพฤติปฏิบัติในสังคมโดยสม่ำเสมอเป็นเวลานานตกทอดต่อกันมาจนเกือบเป็น "อุปนิสัยส่วนรวม" ของคนในสังคม (Social collective habits) ก็จะกลายเป็น "ขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณี" "กฎหมายประเพณีหรือกฎหมายจารีตประเพณี" และ "กฎหมายลายลักษณ์อักษร" ตามลำดับ

^{๙๙} อนันต์ จันทโรภากร, "มาตรา 1 ประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดน (Z.G.B.)", วารสารนิติศาสตร์, หน้า 151-152.

^{๑๐๐} ร.ศ.ดร. วิษณุ เครืองาม และ ผ.ศ. ศรีราชา เจริญพานิช, เอกสารการสอนสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 146.

^{๑๐๑} ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์, หน้า 7.

จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนพบว่าทั้งความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ และความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองต่างก็ไม่ได้ปฏิเสธจารีตประเพณี กล่าวคือยอมรับว่าจารีตประเพณียังคงมีความสำคัญอยู่ แต่การยอมรับนั้นมีวิธีการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สำนักประวัติศาสตร์ยอมรับว่าจารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ในตัวของมันเอง ซึ่งตรงกันข้ามกับความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่เห็นว่า จารีตประเพณีจะไม่มีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ในตัวของมันเอง แต่จะเป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อศาลได้มีคำพิพากษารับรองหรือมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองให้ใช้ได้ (เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ของไทย) การที่ความคิดของทั้งสองสำนักนี้แตกต่างกัน เป็นเพราะการให้ความหมายของคำว่า "กฎหมาย" ไม่เหมือนกันนั่นเอง ซึ่งปัญหาว่า "กฎหมายคืออะไร?" นั้นเป็นปัญหาสำคัญยิ่งในการศึกษาวิชานิติปรัชญา นักปราชญ์ทางกฎหมายได้พยายามให้คำจำกัดความของกฎหมาย มาตั้งแต่โบราณกาลจนบัดนี้ ก็ยังไม่มีใครอาจให้คำจำกัดความที่แน่นอนตายตัวได้ คำจำกัดความของ "กฎหมาย" มีอยู่แตกต่างกันตามทรรศนะของผู้นิยาม¹⁰¹

สำหรับกฎหมายไทยนั้นควรจะต้องตามความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ กล่าวคือกฎหมายนั้นมีวิวัฒนาการมาจากจารีตประเพณี จารีตประเพณีใดที่ประชาชนปฏิบัติตามเป็นเวลานาน จนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ต้องปฏิบัติตามแล้วจารีตประเพณีนั้นก็จะมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ในตัวของมันเอง ซึ่งตรงต่อหลักความเป็นจริงอย่างยิ่ง และตรงกับหลักที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะราษฎรได้เห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และได้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นกฎหมายจริง ๆ ในประเทศในรูปลักษณะเดียวกัน และต่อเนื่องกันมาช้านาน¹⁰² และไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่ให้จารีตประเพณีมีผลบังคับต่อเมื่อมีคำพิพากษาศาลรับรอง เพราะจารีตประเพณีนั้นได้ก่อตัวขึ้น ได้รับการยอมรับจากประชาชนมาเป็นเวลานานแล้วก่อนที่จะได้มีคำพิพากษานั้น ๆ ขึ้นมา อาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวนั้นเป็นแต่

¹⁰¹ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์, หน้า 5, 289.

¹⁰² หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 65.

เพียงหลักฐานยืนยันหรือแสดงการมีอยู่ของจารีตประเพณีนั้น ๆ ให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรหรืออย่างชัดเจนขึ้นมาเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการที่ศาลนำจารีตประเพณีมาใช้ย่อมเป็นตัวอย่งอันดีว่าจารีตประเพณีในเรื่องเช่นนั้นมิว่าอย่างไร¹⁰³ ดังนั้น แม้จะไม่มีคำพิพากษาแสดงการยอมรับจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อนแล้วนั้นก็ตาม จารีตประเพณีนั้นก็ยังมีผลใช้บังคับได้โดยตัวของมันเอง และถ้าหากจะถือตามความเห็นของสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว เราจะไม่สามารถอธิบายการกระทำบางอย่าง (ที่เราถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว) เช่น การทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บในการเล่นเกมหรือการที่แพทย์ผ่าตัดคนไข้ได้ว่า ทำไมจึงไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่การกระทำเหล่านั้น เข้าองค์ประกอบเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว¹⁰⁴ นอกจากนั้นประเทศไทยเป็นประเทศที่รับเอาระบบประมวลกฎหมายของยุโรปมาใช้ ซึ่งความคิดของสำนักประวัติศาสตร์เป็นที่ยอมรับ ในหมู่นักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะประเทศเยอรมัน นับตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาพื้นฐานทางทฤษฎีของนิติวิธีในมาตรา 4 ของไทยก็ร่างในแบบของ German Historical School¹⁰⁵ ดังนั้นประเทศไทยจึงควรจะได้รับเอาทฤษฎีว่าด้วยการมีอำนาจบังคับของจารีตประเพณี ตามความคิดของสำนักประวัติศาสตร์มาใช้

¹⁰³ หลวงจ้ารุณนิติศาสตร์, "การแปลงกฎหมาย", บทบัญญัติ. (เล่มที่ 25 มกราคม 2511): 30.

¹⁰⁴ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 24.

¹⁰⁵ วิชัย เอื้ออังกษกุล, "ข้อวิจารณ์และเปรียบเทียบนิติวิธีในการใช้ ป.พ.พ. ไทยในมาตรา 4 กับนิติวิธี "พระคริสต์พิทยาคมแนวใหม่" (Neo-Scholasticism) ของ Francois Geny", วารสารนิติศาสตร์, หน้า 60.

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากการวิเคราะห์เรื่องนิติวิธีเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมายนั้น พบว่าสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

1) นิติวิธีเกี่ยวกับการให้ความหมายของคำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" การกำหนดลักษณะหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี (Judicial test) การแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี โดยหลักใหญ่แล้วทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law นั้น เห็นตรงกัน

2) นิติวิธีเกี่ยวกับ วิธีการในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมายนั้น ในระบบ Common Law สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองไว้โดยแจ้งชัด ส่วนในระบบ Civil Law นั้น แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง ในกรณีกฎหมายที่พิจารณานั้นเป็นกฎหมายแห่งที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน นิติวิธีดังกล่าวนี้แบ่งเป็น 2 กรณีคือ

ก) นิติวิธีในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ในระบบกฎหมายนั้นจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดว่าให้นำมาใช้ได้ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดนมาตรา 1 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ของไทย

ข) สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้นำมาใช้ได้ ตัวอย่างเช่นกฎหมายของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส

กรณีที่สอง ในกรณีกฎหมายที่พิจารณานั้นเป็นกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ อาจจะสามารถกล่าวได้ว่า ไม่มีประมวลกฎหมายอาญาของประเทศใดที่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้โดยแจ้งชัดให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญาได้

อย่างไรก็ตาม การที่ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม นักนิติศาสตร์ของประเทศต่าง ๆ ต่างยอมรับว่าในกฎหมายอาญานั้น กฎหมายจารีตประเพณีสามารถเกิดขึ้นได้ มีอยู่จริงและสามารถนำมาใช้กับกฎหมายอาญาได้ เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายอาญาที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย"

3) สำหรับในเรื่องการมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีความเห็นแยกเป็น 2 กรณี คือ

ก) จารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับการรับรองจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

ข) จารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ในตัวเอง โดยไม่ต้องได้รับการรับรองจากองค์กรใด ๆ อีก เพราะเป็นกฎหมายที่เกิดจากการพัฒนาของสังคม ซึ่งเป็นแนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์

เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่มีได้มีการบัญญัติขึ้นโดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ หากแต่เกิดจากการยอมรับของสังคม จึงเข้าใจกันว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีข้อบกพร่องเพราะขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน ยากแก่การพิสูจน์ ความจริงแล้วถ้าหากผู้ร่างกฎหมาย สามารถถ่ายทอดกฎหมายจารีตประเพณี ออกมาเป็นตัวบทกฎหมายได้ดีแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏก็จะไม่มี ความแตกต่างกัน การที่ผู้ร่างกฎหมายต้องถ่ายทอดออกมาเป็นภาษา ก็เพื่อสื่อสารให้ประชาชนทราบถึงข้อความในกฎหมาย ตัวบทกฎหมายต่าง ๆ จึงเป็นเพียงสิ่งที่ทำให้ปรากฏชัดขึ้นเพื่อสื่อความหมายเท่านั้น และเราสามารถจำกัดขอบเขตของกฎหมายจารีตประเพณีได้ ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ (judicial test) ของประเทศต่าง ๆ ที่พยายามตั้งขึ้นมา เพื่อจะกำหนดคุณสมบัติของ จารีตประเพณี ที่จะมีผลบังคับเป็นกฎหมาย หรือกฎหมายจารีตประเพณีได้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ คล้ายคลึงกันดังได้กล่าวมาแล้ว หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่นักกฎหมาย ไทยน่าจะนำมาอนุโลมใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งที่ยังไม่เคยปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็คลุมไปไม่ถึงนั้น จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีที่ สามารถจะนำมาใช้ได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญา ซึ่งมี ลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่น ดังจะได้พิจารณาในบทที่ 2 ต่อไป