

ตอนที่ 2
ระบบกฎหมายหลัก

บทที่ 1

อิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศและประโยชน์ของการศึกษา ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ

1. อิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นอีก แต่กฎหมายในรูปประมวลมีอยู่หลายฉบับคือ

- (1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- (2) ประมวลกฎหมายอาญา
- (3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- (4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- (5) ประมวลกฎหมายที่ดิน
- (6) ประมวลรัษฎากร
- (7) ประมวลกฎหมายอาญาทหาร

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแบ่งออกเป็น 8 บรรพ จำนวน 1,756 มาตรา เมื่อพิจารณาถึงมาตราต่าง ๆ ในแต่ละบรรพ (Books) จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการร่างกฎหมายได้อาศัยกฎหมายของประเทศทางตะวันตกเป็นส่วนมากในการจัดทำประมวลกฎหมายฉบับนี้ ดังเห็นได้จากบรรพ 1 หลักทั่วไป และบรรพ 2 ได้ลอกเลียนแบบจากกฎหมายแพ่งของเยอรมัน และกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันโดยเฉพาะในบรรพ 2 ว่าด้วย หนี้ ในเรื่องวางทรัพย์ บางมาตราเมื่อเทียบตัวบทแล้วแทบจะเรียกได้ว่าเหมือนกันแทบทุกคำก็ว่าได้

ส่วนในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ได้นำกฎหมายหลายประเทศมาพิจารณา เช่น กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส กฎหมายแพ่งของสวิส นอกเหนือจากกฎหมายแพ่งของเยอรมัน และญี่ปุ่น แต่เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบแล้ว ได้ยึดถือพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า (The Sale of Goods Act, 1893) ของประเทศอังกฤษเป็นหลักดังปรากฏในมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 1 ว่าด้วยซื้อขายซึ่งมีบทบัญญัติที่ คล้ายคลึงกับกฎหมายซื้อขายของประเทศอังกฤษ

สำหรับกฎหมายตัวเงินในบรรพ 3 ลักษณะ 21 ก็ได้นำเอาบทบัญญัติส่วนใหญ่ของ เดอะบิลล์ ออฟ เอ็กซ์เชนจ์ แอคท์ ค.ศ. 1882 (The Bill of Exchange Act, 1882) ของอังกฤษมาเป็นรากฐานในการร่าง นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษก็ยังเป็นต้นแบบแนวความคิดในการร่างกฎหมายลักษณะบริษัทจำกัดอีกด้วย

ในกฎหมายล้มละลายคือพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 ก็เป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งต่อมาได้มีการตรากฎหมายฉบับใหม่คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 และฉบับปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2542

ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ก็เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ผู้ร่างได้นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาบัญญัติไว้คือเรื่อง เฮบีอัส คอร์ปัส (Habeas Corpus) ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญในการให้หลักประกันทางเสรีภาพแก่ประชาชนอังกฤษมาใช้ ตามกฎหมายอังกฤษถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนหมายเรียกเฮบีอัส คอร์ปัส ย่อมมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลผลคือศาลลงโทษได้ทันที หลักกฎหมายนี้ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 90 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็โดยมีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนชาวไทยได้รับความคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล อย่างในอังกฤษ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย มาตรา 90 บัญญัติว่า

มาตรา ๙๐ เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกคุมขังในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใด โดยมีชอบด้วยกฎหมาย บุคคลเหล่านี้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลท้องที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คือ

(๑) ผู้ถูกคุมขังเอง

(๒) พนักงานอัยการ

(๓) พนักงานสอบสวน

(๔) ผู้บัญชาการเรือนจำหรือพัศดี

(๕) สามี ภริยา หรือ ญาติของผู้นั้น หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง

เมื่อได้รับคำร้องดังกล่าวให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียว โดยด่วน ถ้าศาลเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาล โดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาล ไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที

ด้วยเหตุนี้ท่านศาสตราจารย์ธานีทร กรีวิเชียร ปัจจุบันดำรงตำแหน่งองคมนตรี ได้กล่าวแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศในระบบกฎหมายไทยว่า “ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันนั้น เมื่อพิจารณาถึงแบบแห่งกฎหมาย ย่อมถือได้ว่าเป็นระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย แต่ถ้าจะพิจารณาถึงเนื้อหาสาระแห่งบทกฎหมายโดยตรงแล้วน่าจะกล่าวได้ว่ากฎหมายไทย มีรากเหง้ามาจากแหล่งต่าง ๆ รวม 3 แหล่งด้วยกัน แหล่งแรกได้แก่ ระบบกฎหมายไทย

ดั้งเดิม ซึ่งมีที่มาจากพระคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของอินเดียส่วนหนึ่งและมาจากวิวัฒนาการของกฎหมายไทยเราเอง ในการสังคายนาประมวลกฎหมายของแผ่นดินในสมัยต่าง ๆ จนกระทั่งถึงกฎหมายตราสามดวงอีกส่วนหนึ่ง กฎหมายไทยปัจจุบันที่ยังถือตามกฎหมายไทยดั้งเดิมเป็นบางส่วนก็มี เช่น กฎหมายลักษณะครอบครัวและลักษณะมรดก ฯลฯ เป็นต้น อีกแหล่งหนึ่งซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายไทยในปัจจุบันคือกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล เช่น ประมวลแห่ง ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิส บราซิลและญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ของเรา ในปัจจุบัน และแหล่งสุดท้ายอันเป็นที่มาของกฎหมายไทยก็คือระบบกฎหมายอังกฤษ”

2. ประโยชน์ของการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ

ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ได้กล่าวถึงประโยชน์ของการศึกษาประวัติศาสตร์และความเป็นมาของกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ไว้ดังนี้คือ

(1) ทำให้สามารถล่วงรู้ถึงกฎหมายและหลักการในกฎหมายเก่าซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการศึกษาหรือการจัดทำและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายใหม่

(2) ทำให้มีความเข้าใจกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันดีขึ้น ว่ากฎหมายดังกล่าวนี้มีที่มาอย่างไร และมีความหมายและขอบเขตเพียงใด โดยเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในกฎหมายเก่า

(3) ทำให้เข้าใจความเป็นมาและระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ และอาจนำมาเปรียบเทียบกับความเป็นมาและระบบกฎหมายของประเทศของตน

(4) ทำให้มีความรู้และความเข้าใจในวัฒนธรรมทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในอดีตและระยะต่อมา

บทที่ 2

ระบบกฎหมายหลัก

ศาสตราจารย์เรเน่ ดาวิด (Rene David) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้แบ่งระบบกฎหมายออกเป็น 4 ระบบดังนี้คือ

1. ระบบกฎหมายโรมาน-เยอรมันนิค (Romano Germanic)

คำว่า “โรมาน” หมายถึงกรุงโรมซึ่งเป็นเมืองหลวงของประเทศอิตาลี ส่วนคำว่า เยอรมันนิคหมายถึง ชาวเยอรมัน ดังนั้นการที่ตั้งชื่อระบบกฎหมายเช่นนี้ก็เพื่อเป็นเกียรติแก่ประเทศทั้งสอง เนื่องจากอิตาลีเป็นชาติแรกที่รื้อฟื้นกฎหมายโรมันในอดีตขึ้นมาใหม่หลังจากที่ล่มสลายไปพร้อมกับอาณาจักรโรมัน ครั้นศตวรรษที่ 11 ประมาณปี ค.ศ. 1110 ประเทศอิตาลีเริ่มมีการพัฒนาประเทศทำให้มีการค้าขายมากขึ้น รวมทั้งการค้าระหว่างประเทศ ระบบเศรษฐกิจเจริญรุ่งเรืองขึ้น กฎหมายท้องถิ่นซึ่งเดิมใช้บังคับไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในระบบเศรษฐกิจที่มีความยุ่งยากซับซ้อน จึงได้มีการฟื้นฟูกฎหมายโรมัน โดยมีการนำมาสืบศึกษาเล่าเรียนอย่างจริงจังในมหาวิทยาลัยที่เมือง โบโลกนา (Bologna) ปรากฏว่ากฎหมายโรมันมีบทบัญญัติที่สามารถใช้แก้ปัญหานิติสัมพันธ์ที่มีความยุ่งยากซับซ้อนได้ และเห็นว่ากฎหมายโรมันใช้ได้และเป็นธรรม ประมวลกฎหมายจัดตีเนียนจึงได้ถูกถ่ายทอดให้นักศึกษากฎหมายและรับเอากฎหมายโรมันมาบัญญัติใช้บังคับในเวลาต่อมา เยอรมันเป็นประเทศที่สองได้รับเอากฎหมายโรมันมาใช้เช่นเดียวกับอิตาลี ต่อมาประเทศต่าง ๆ ในยุโรป ฝรั่งเศส โปรตุเกส ออสเตรีย เนเธอร์แลนด์ สเปน สวิส ได้ดำเนินรอยตาม จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายโรมาน-เยอรมันนิคมีต้นกำเนิดจากประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่ปัจจุบันระบบกฎหมายนี้มีอิทธิพลแผ่ขยายไปทั่วโลกในทวีปต่าง ๆ ไม่ว่าทวีปอเมริกาใต้ เช่น บราซิล เพราะเคยอยู่ภายใต้การปกครองของโปรตุเกส หรือเม็กซิโก ชิลี เปรู อาร์เจนตินา ที่เคยเป็นอาณานิคมของสเปน แม้กระทั่งประเทศในทวีปแอฟริกา เช่น ซาฮ์รา โมร็อกโก รวันดา ซึ่งเคยเป็นเมืองขึ้นของฝรั่งเศส ก็ได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายโรมาน-เยอรมันนิคทั้งสิ้น รวมทั้งประเทศแถบเอเชียบางประเทศ เช่น ใต้หวัน เกาหลีใต้ อินโดนีเซีย และฟิลิปปินส์ แม้กระทั่งประเทศที่ไม่เคยตกเป็นเมืองขึ้นของใครอย่างไทยหรือญี่ปุ่นก็ตาม

อย่างไรก็ดี มีผู้เห็นว่าหากจะยกย่องหรือให้เกียรติ ควรให้เกียรติกฎหมายโรมัน ซึ่งใน

สมัยนั้นใช้บังคับได้เฉพาะชาวโรมัน ในทางกฎหมายจึงมีศัพท์กฎหมายเรียกกันว่า Jus Civil หรือ Civil Law หมายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับชาวโรมันหรือต้นกำเนิดของกฎหมายโรมันแท้ ๆ คำว่า Civil Law ได้กลายมาเป็นชื่อระบบกฎหมายซึ่งเป็นชื่อที่นิยมแพร่หลายมากกว่า Romano - Germanic

แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายโรมันจะเห็นได้ว่าการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร เหตุนี้เอง จึงมีผู้เรียกระบบกฎหมายนี้อีกชื่อหนึ่งว่า Written Law

อีกทั้งประเทศต่าง ๆ ที่นำเอากฎหมายโรมันไปบัญญัติใช้ในประเทศของตน ได้มีการจัดทำกฎหมายในรูปประมวลกฎหมาย (Code) จึงมีผู้เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Codified Law ซึ่งระบบกฎหมายนี้ส่วนใหญ่ได้บัญญัติไว้เป็นประมวลนั่นเอง

2. ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)

บางท่านอธิบายความหมายของระบบ Civil Law ว่าเป็นระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ประเทศที่อยู่ระบบ Civil Law นั้นมีกฎหมายจัดเขียนเป็นตัวหนังสือ ส่วน Common Law เป็นระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายนั้นอยู่ในรูปของแนวปฏิบัติที่เรียกว่าจารีตประเพณี ที่จริงแล้วเมื่อเราศึกษาอย่างละเอียด จะทราบว่าไม่มีประเทศไหนที่ใช้ระบบหนึ่งระบบใด เช่น ประเทศในระบบ Civil Law ถ้ามีคดีเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีแพ่งในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิไปเปิดกฎหมายแล้วไม่มีบัญญัติไว้เลย เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้เขียนไว้ก็ต้องเอาจารีตประเพณีมาใช้ ถือว่าเป็นหลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย ส่วนประเทศที่อยู่ในระบบ Common Law จริง ๆ แล้ว เขาก็มีกฎหมายที่จัดเขียนเป็นตัวหนังสือเหมือนกัน เพราะจารีตประเพณีนั้นใช้ไปนาน ๆ แล้วจะถ้าสมัย ฉะนั้นจารีตที่เอามาใช้นั้นพอเอามาใช้แล้วไม่ยุติธรรมก็เลยต้องแก้ไขโดยการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งในอังกฤษจะเรียกว่า Act แปลว่าพระราชบัญญัติหรือ Statute เพราะอังกฤษก็มีรัฐสภา ซึ่งรัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติจะเป็นผู้ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง แสดงว่าไม่มีประเทศใดใช้ระบบหนึ่งระบบใดแต่เพียงระบบเดียว โดยมากมักจะผสมผสานกันทั้งสองระบบ

ต้นกำเนิดหรือแม่แบบของ Common Law คือประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่อยู่แถบยุโรปมีลักษณะเป็นเกาะเมื่อกล่าวถึงอังกฤษเราใช้คำว่า England แต่บางครั้งใช้คำว่า The Great Britain คำว่า Great แปลว่าใหญ่ ส่วน Britain มาจาก Briton ซึ่งเป็นชนเผ่าดั้งเดิมอยู่บนเกาะอังกฤษ

ที่มาของ Common Law นั้น เกิดจากเดิมเกาะอังกฤษมีชนเผ่าดั้งเดิมซึ่งทำไร่ ไถนาเพาะปลูก เรียกว่าพวก Briton แต่ถูกรุกรานจากชนเผ่าต่าง ๆ เช่น พวกไอบีเรียน (Iberian)

พวกกาล (Gael) พวกเซลท์ (Celt) มาจากสเปน ปอร์ตุเกส และจากเยอรมัน เช่น เผ่าที่มีชื่อเรียกว่าแองโกลหรือแองเจิล (Anglo หรือ Angles) เป็นนักรบได้ยกกองทัพเรือขึ้นไปบนเกาะอังกฤษ เมื่อชนเผ่าดั้งเดิมสู้ไม่ได้จึงถูกยึดครอง อีกพวกคือพวกแซกซอน (Saxons) และมีอีกเผ่าหนึ่งที่เรียกว่า พวกจูทส์ (Jutes) ที่เข้าไปยึดครองเกาะอังกฤษ จะเห็นได้ว่าเดิมนั้นเกาะอังกฤษจะหลากหลายด้วยชนเผ่าแต่ละเผ่าจะมีจารีตประเพณีของตนเอง จนมีผู้กล่าวว่า “ถ้าข้ามาข้ามทุ่งนาต้องผ่านจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนับเป็นสิบ ๆ อย่าง” และชนเผ่าสุดท้ายที่เป็นบรรพบุรุษของคนอังกฤษคือชาว Norman นอกจากนี้สมัยที่กรุงโรมเรืองอำนาจ กรุงโรมส่งกองทัพเรือยึดเกาะอังกฤษหลายร้อยปี จน ค.ศ. 1066 ชาวนอร์แมนมาจากแถบสแกนดิเนเวีย ซึ่งอยู่ทางตอนเหนือของยุโรปคือประเทศนอร์เวย์ บุกขึ้นเกาะอังกฤษแล้วตั้งราชวงศ์มีกษัตริย์ปกครองทรงพระนามว่าพระเจ้าวิลเลียม แต่พระองค์ก็ประสบปัญหาในการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของคดีความเนื่องจากศาลท้องถิ่นได้ตัดสินคดีโดยใช้จารีตประเพณีที่ไม่เหมือนกัน ทำให้ผลของคำพิพากษาดรกันข้ามกันในแต่ละศาล อีกทั้งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของบางชนเผ่าเป็นจารีตประเพณีที่ล้าสมัย คำพิพากษาของศาลท้องถิ่นที่ตัดสินตามจารีตประเพณีนั้นเป็นเหตุให้ฝ่ายที่แพ้คดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมทั้งวิธีการพิสูจน์ความจริงก็ใช้วิธีการดั้งเดิม เช่น การพิสูจน์น้ำ พิสูจน์ไฟ หรือให้คู่ความต่อสู้กันเอง ดังนั้นราษฎรฝ่ายที่แพ้คดีจึงมาร้องเรียนต่อพระเจ้าวิลเลียม พระองค์จึงได้จัดตั้งศาลพระมหากษัตริย์ (King's Court) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ศาลหลวง (Royal Court) ส่งผู้พิพากษานั่งรถม้าจากส่วนกลางเป็นศาลเคลื่อนที่หมุนเวียนออกไปพิจารณาคดีโดยศาลหลวงไม่ใช้วิธีพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างศาลท้องถิ่น แต่ใช้วิธีการไต่สวนจากบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์แทนการพิจารณาแบบดั้งเดิม ทำให้ประชาชนทั่วไปเห็นว่าศาลหลวงให้ความเป็นธรรมแก่ตนได้ จนในที่สุดศาลหลวงได้วางหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นสามัญ (Common) และใช้กันทั่วไป ทำให้กฎหมาย Common Law เริ่มเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษนับแต่นั้นเป็นต้นมา

เมื่อกล่าวถึงคอมมอน ลอว์ จึงหมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษที่ก่อกำเนิดตั้งแต่ ค.ศ. 1066-1485 ดังนั้นเมื่อใช้คำว่าระบบคอมมอน ลอว์ จึงหมายถึงระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นประมวลซึ่งต่างจากระบบกฎหมายโรมัน

ระบบคอมมอน ลอว์นี้ถือว่าคุณพิพากษาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายที่เรียกว่า Judge made law โดยการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่อง ๆ ไป และเมื่อคดีเรื่องใดศาลได้ตัดสินไปแล้วถ้าหากมีคดีเช่นเดียวกันเกิดขึ้นอีก ศาลก็จะยึดถือคดีก่อนเป็นบรรทัดฐาน (precedent) และตัดสินคดีดำเนินรอยตามคดีก่อน ต่อมาเมื่อมีคดีเกิดขึ้นซ้ำ ๆ อีก ศาลก็จะตัดสินตามคดีเก่า ๆ เช่นนี้จึงกลายเป็นประเพณี (Custom) ที่ศาลจะต้องถือตาม ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายจารีตประเพณี

โดยเหตุที่คอมมอน ลอว์ของอังกฤษได้แผ่ขยายไปในประเทศอื่น ๆ เช่นสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สหภาพแอฟริกาใต้ ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จึงรับเอาคอมมอน ลอว์ของอังกฤษไปใช้ในประเทศของตน แต่บางประเทศได้มีการดัดแปลงจนแตกต่างไปจากเดิม กลายเป็นกฎหมายแองโกล-อเมริกัน หรือบางประเทศเช่น แคนาดา สกอตแลนด์ ฟิลิปปีนส์ ได้รับเอาไปใช้ในบางเรื่องหรือบางท้องที่

3. ระบบกฎหมายสังคมนิยม (Socialist Law)

คำว่า "สังคมนิยม" พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน อธิบายความหมายว่า ทฤษฎีเศรษฐกิจและการเมืองที่มีหลักการให้รัฐหรือส่วนรวมเป็นเจ้าของปัจจัยในการผลิต ควบคุมงานการ จำแนกแจกจ่ายและวางระเบียบการบริโภคผลผลิต

คำว่าสังคมนิยมมักนำไปใช้ในเรื่องราวการเมือง การปกครอง ซึ่งการปกครองในระบอบสังคมนิยมมีต้นกำเนิดในรัสเซียเมื่อปี พ.ศ. 2460 หรือ ค.ศ. 1917 แต่เดิมรัสเซียมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในปีดังกล่าวได้มีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบกษัตริย์มาเป็นสังคมนิยมซึ่งเป็นการปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้สังคมนกลายเป็นคอมมิวนิสต์ในที่สุด

คำว่าคอมมิวนิสต์ หมายความว่า ลัทธิเกี่ยวกับการจัดระเบียบสังคมที่ยึดหลักว่า การรวมกันของบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายเป็นของกลางร่วมกันทั้งหมด เอกชนจะถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มิได้

แนวความคิดในเรื่องสังคมนิยมหรือคอมมิวนิสต์ เกิดจากแนวความคิดหรือทฤษฎีทางเศรษฐกิจของนักปราชญ์สองท่านคือ คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) และเลนิน (Lenin) ทั้งสองเชื่อว่าต้องสร้างผลประโยชน์ของส่วนรวมขึ้น โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อให้บรรลุไปสู่เป้าหมายสูงสุดคือ ทำให้สังคมเป็นคอมมิวนิสต์โดยที่ทรัพยากรและผลผลิตต่าง ๆ ย่อมตกเป็นของชุมชน และจะไม่มีสิ่งใดเป็นของเอกชนเลย แต่การที่จะบรรลุถึงอุดมการณ์เช่นนั้นได้ต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ เพื่อบีบบังคับเอามาเป็นของชุมชนเนื่องจากมนุษย์โดยธรรมชาติย่อมเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์ของชุมชน

สืบเนื่องจากแนวความคิดดังกล่าว นักกฎหมายสังคมนิยมจึงแบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทคือ กฎหมายสังคมนิยมกับกฎหมายที่ไม่ใช่สังคมนิยม กฎหมายที่ไม่ใช่สังคมนิยมได้แก่กฎหมายที่ปกป้องผลประโยชน์ของเอกชน ซึ่งการปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนย่อมทำลายผลประโยชน์ของชุมชน



Unwelcome in Germany, France, and Belgium because of his socialist theories, Karl Marx settled in London. For thirty years he used the liberal resources of the British Museum library to develop his philosophy of scientific socialism.

ที่มา : A SURVEY OF EUROPEAN CIVILIZATION หน้า 718

ดังนั้นแนวความคิดของมาร์กซ์และเลนินจึงถือว่าเป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมายสังคมนิยม นอกจากแนวความคิดของนักปราชญ์ทั้งสองแล้ว ที่มาของกฎหมายอีกแหล่งหนึ่งคือ รัฐสภา ในรัสเซียก็มีฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งรัสเซียเองก็มีจารีตประเพณีของตนเองจึงถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายได้อีกทางหนึ่งด้วย ในเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

ในปัจจุบันแม้ลัทธิสังคมนิยม หรือคอมมิวนิสต์จะล่มสลายในรัสเซียแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีอีกหลายประเทศที่มีการปกครองระบอบสังคมนิยม เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เป็นต้น แต่นักกฎหมายสังคมนิยมเห็นว่าประเทศของคนไม่ใช่ทุนนิยมจึงไม่อาจจัดอยู่ในระบบกฎหมายโรมาน-เยอรมันนิกได้เพราะเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบที่แตกต่างกัน ดังนั้นระบบกฎหมายจึงย่อมไม่เหมือนกัน เหตุนี้เองจึงได้เกิดระบบกฎหมายใหม่ขึ้นมาอีกระบบหนึ่ง

ข้อแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายสังคมนิยมกับระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ มี 4 ประการคือ

ก. ระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ พัฒนามาเป็นระยะเวลานานหลายศตวรรษ การออกกฎหมายต้องอาศัยหลักการ เหตุผลและเหตุการณ์ต่างๆ เป็นพื้นฐานรองรับ แต่ในระบบกฎหมายสังคมนิยมอาศัยการเมืองเป็นจักรกลสำคัญในการออกกฎหมาย ดังนั้นจึงมีผลให้หลักการสำคัญของกฎหมายหลายเรื่องต่างกัน เช่น กฎหมายอาญาของประเทศสังคมนิยม ไม่ต้องตีความโดยเคร่งครัดโดยอาจลงโทษผู้กระทำผิดโดยอาศัยการเทียบเคียงความผิด (Crime by analogy) และออกกฎหมายย้อนหลังลงโทษผู้กระทำผิดได้

ข. ระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ มักถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การออกกฎหมายใด ๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ แต่ในระบบกฎหมายสังคมนิยมคำนึงถึงเป้าหมายคือ การสร้างความเท่าเทียมกันในสังคมมากกว่าวิธีการ ดังนั้นแม้จะต้องออกกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ได้ผ่านขั้นตอนของรัฐสภาก็อาจใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ค. ระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ ให้เสรีภาพแก่เอกชนในการถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ในระบบกฎหมายสังคมนิยมถือว่ารัฐมีอำนาจในการจำกัดการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

ง. ระบบกฎหมายซีวิล ลอร์ ให้ความสำคัญแก่กฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชน แต่ในระบบกฎหมายสังคมนิยมให้ความสำคัญแก่กฎหมายมหาชนมากกว่ากฎหมายเอกชน เนื่องจากความจำเป็นทางด้านการเมือง และถือว่านิติสัมพันธ์ของประชาชนอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน เช่น การได้มาหรือสิ้นไปของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ตลอดจนความสัมพันธ์ในครอบครัว

4. ระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม (Religious and Traditional Law)

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายมีพื้นฐานมาจากศาสนา จนมีคำกล่าวกันว่าศาสนาเป็นที่มาของกฎหมาย กฎหมายศาสนาที่มีความสำคัญคือ

4.1 ศาสนาอิสลาม

ศาสนาอิสลามมีหลักการสอนให้มีความเชื่อว่า อัลลอฮ์ เป็นพระเจ้าผู้เป็นเจ้าองค์เดียวในสากลจักรวาล เป็นผู้สร้างโลกมนุษย์และสรรพสิ่งทั้งปวง ทุกสิ่งทุกอย่างย่อมอยู่ใต้อำนาจบังคับดาของพระองค์ทั้งสิ้น ทำนบบัญญัติห้าม เป็นศาสดาองค์สุดท้ายของศาสนาอิสลามและเป็นศาสนทูตของอัลลอฮ์ ให้มาประกาศสั่งสอนหลักธรรมแก่นมนุษย์โลก ดังที่ปรากฏข้อความในพระมหาคัมภีร์อัล-กรุอันซึ่งถือว่าเป็นธรรมนูญสูงสุดและเป็นที่มาอันดับแรกของกฎหมายอิสลาม



This page from the Koran is from a parchment copy made in Morocco in the eleventh century.

ที่มา : A SURVEY OF EUROPEAN CIVILIZATION หน้า 124

กฎหมายอิสลามมีแหล่งกำเนิดที่นครมักกะห์ ประเทศซาอุดีอาระเบียในสมัยที่ท่านนบีมูฮัมมัดได้ทรงประกาศศาสนาและเป็นผู้ปกครองประเทศ ต่อมาได้แพร่หลายไปในประเทศต่าง ๆ ที่มีมุสลิมซึ่งถือหลักในการพิจารณากระบวนการยุติธรรมอันเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของครอบครัว ศัวเมียและการแบ่งปันมรดกของชนชาวมุสลิม

ท่านอาจารย์เด่น โต๊ะมีนา ได้อธิบายว่ากฎหมายอิสลามมีที่มาจากหลักฐานทางศาสนาที่สำคัญอยู่ 4 ประการคือ

1) พระมหาคัมภีร์อัล-กุรอาน ถือว่าเป็นพระอภิเทวราชโองการของอัลลอฮ์ พระผู้เป็นเจ้าของที่ทรงประทานลงมาให้แก่ท่านนบีมูฮัมมัด ต่างกรรมต่างวาระที่พระองค์เห็นสมควรปรากฏว่าภายหลังจากที่ท่านนบีมูฮัมมัดได้สิ้นพระชนม์ไปแล้ว จึงได้มีการรวบรวมจากที่กระจัดกระจายอยู่ตามบ้านที่กที่มีการจดเป็นตัวอักษรไว้ในใบปาล์มบ้าง หนังสือบ้าง ตลอดจนการจดจำของบรรดาผู้ใกล้ชิด และผู้เป็นสาวกนำมาเรียงลำดับก่อนหลังจนครบถ้วนบริบูรณ์รวมทั้งสิ้น 30 ภาค มี 114 บท จำนวน 6,000 กว่าโองการ จึงนับได้ว่าเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามอันดับแรกที่สำคัญที่สุด

2) พระคัมภีร์อัล-หะดีษ คือข้อบัญญัติจากการกระทำหรือปฏิบัติกรต่าง ๆ และพระวจนะของศาสดาตลอดถึงการวินิจฉัยข้อปัญหากฎหมายบางเรื่องบางอย่าง รวมทั้งการดำเนินตามวิถีทางความเป็นอยู่ทุกอิริยาบถของท่านนบีมุฮัมมัด ซึ่งได้มีการบันทึกและจดจำโดยผู้ใกล้ชิดและบรรดาสาวกทั้งหลาย เก็บรักษาไว้เป็นหลักการทางศาสนาและปฏิบัติกันตลอดมาที่เรียกว่า “สุนนะห์”

พระคัมภีร์อัล-หะดีษ ดังกล่าวนี ได้มีการจดบันทึกไว้เป็นหนังสือหลายเล่ม แต่ที่รู้จักกันแพร่หลายในวงสังคมนักวิชาการฝ่ายศาสนาอิสลามมีอยู่ 6 เล่ม คือ

- (1) อัล-บุคอรีย
- (2) มุสลิม
- (3) อับูดาวูด
- (4) นาสายี
- (5) อัลดิมชีย
- (6) อิบน์มาญะฮ์

3) อัล-อิญมาฮ์ คือมติธรรมของปวงปราชญ์ซึ่งเป็นความเห็นอันเกี่ยวข้องกับปัญหาทางกฎหมายอิสลามที่สอดคล้องต้องกันของนักนิติศาสตร์ฝ่ายศาสนาอิสลามผู้ซึ่งเป็นสาวกของท่านนบีมุฮัมมัด ในกรณีที่ไม่มีความเห็นใดปรากฏในพระมหาคัมภีร์-อัลกรุอาน หรืออัล-หะดีษที่จะยกมาปรับกับปัญหาที่มีขึ้น

4) อัล-กียาส คือการเปรียบเทียบโดยอาศัยเหตุผลที่ต่อเนื่องด้วยหลักการแห่งที่มาของกฎหมายอิสลามทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นนั้น แต่ยังไม่เพียงพอแก่ความต้องการของสังคมมุสลิม จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการให้เหตุผลโดยอาศัยการเปรียบเทียบกับตัวบทกฎหมายที่ใกล้เคียงและไม่ขัดกับหลักการอันเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามทั้ง 3 ข้อที่กล่าวแล้วด้วย หรือถ้าหากยังไม่สามารถกระทำได้ก็ให้ดำเนินการวินิจฉัยตามหลักกรรม การปฏิบัติศาสนกิจหรือตามประเพณีนิยม (อัล-อurf) ทั่วไปที่ไม่ขัดกับหลักกรรมหรือจริยธรรมของอิสลามเช่น หลักกฎหมายอิสลามที่ใช้บังคับกับศาลชั้นต้นในเขต 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ระบุไว้ในมาตราแรกว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ที่จะใช้บังคับให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายนี้” ซึ่งนับว่าเป็นตัวอย่างการเปรียบเทียบ (กียาส) และประเพณี (อัล-อurf) ประการหนึ่ง

อัล-กียาสนี้ พอจะเทียบได้กับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

4.2 ศาสนาคริสต์

กฎหมายศาสนาคริสต์มีต้นกำเนิดมาจากศาสนาคริสต์โดยตรง หลังจากพระเยซู

สิ้นพระชนม์ประมาณปี ค.ศ. 440-461 พระสันตะปาปาเลโอที่ 1 ได้สร้างศูนย์รวมอำนาจของศาสนาจักรขึ้นที่นครวาติกัน ทำให้ศาสนาคริสต์เจริญรุ่งเรืองมากที่สุด พระสันตะปาปาทรงออกสมณโองการที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตนของศาสนิกชนที่ดี โดยถือว่าสมณโองการนั้นเป็นกฎหมายศาสนา (Canon Law) และกฎหมายของฝ่ายบ้านเมืองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายศาสนาไม่ได้ ดังนั้นนักบุญโทมัส อไควนัส ได้กล่าวว่า "ในบรรดากฎหมายที่ใช้แก่มนุษย์นั้น กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีความสำคัญต่ำสุด แต่กฎหมายที่อยู่สูงขึ้นไปเรียกว่ากฎหมายศักดิ์สิทธิ์" คำกล่าวนี้เองทำให้ประชาชนรู้สึกที่สามารถแสวงหาคติธรรมจากกฎหมายศาสนาได้ดีกว่ากฎหมายบ้านเมือง

เมื่อคริสต์ศาสนาเจริญถึงขีดสุด โดยเข้าควบคุมฝ่ายอาณาจักรไว้ได้ ฝ่ายศาสนาสามารถบงการให้ฝ่ายอาณาจักรออกกฎหมายทำตามความประสงค์ของตนได้ทุกอย่าง รวมไปถึงการสั่งให้คนพลีชีพเพื่อศาสนาได้ด้วย เหตุนี้เองทำให้ศาสนาคริสต์เผยแพร่ไปอย่างรวดเร็ว โดยการทำสงครามเผยแพร่ศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสงครามศาสนาที่สร้างความเสื่อมให้แก่ศาสนาคริสต์จนเกิดการแตกแยกเป็นศาสนาคริสต์นิกายต่าง ๆ ทำให้ฝ่ายอาณาจักรแยกตัวออกไปเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อศาสนจักร สงครามศาสนาที่เกิดขึ้นคือสงครามครูเสด กินเวลา 108 ปี โดยมีสงครามยึดเยื่อเป็นช่วง ๆ รวม 7 ครั้ง จนมีผู้เรียกว่าสงครามศาสนา 200 ปี ซึ่งมีสาเหตุจากพระสันตะปาปาในฐานะทรงเป็นผู้นำทางศาสนาและผู้นำทางการปกครองมีบัญชาให้กษัตริย์หรือเจ้าผู้ครองนครในยุโรปซึ่งนับถือศาสนาคริสต์ยกกองทัพไปปราบพวกนอกศาสนาในปาเลสไตน์ จนกลายเป็นสงครามระหว่างพวกนับถือศาสนาคริสต์ทั่วยุโรปกลางกับพวกมุสลิม ผลของสงครามนี้ทำให้ชาวคริสต์เกิดความเบื่อหน่ายและเริ่มกระด้างกระเดื่องไม่เชื่อฟังคำบัญชาของพระสันตะปาปา มีการรื้อถอนอำนาจของศาสนาตลง แม้ผู้นับถือศาสนาก็มีความคิดเห็นไม่ตรงกัน ศาสนาคริสต์จึงแตกเป็นนิกายต่าง ๆ ได้แก่ นิกายโรมันคาทอลิก นิกายโปรเตสแตนต์ นิกายออร์ทอดอกซ์ นิกายเชิร์ทออฟอิงแลนด์

ปัจจุบันศาสนาคริสต์มิได้มีอิทธิพลเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเหมือนดังเช่นศาสนาอิสลาม แต่แนวความคิดของศาสนาคริสต์ก็ใช้เป็นแนวทางในการร่างกฎหมายของประเทศที่นับถือคริสต์ศาสนา เช่น ข้อกำหนดห้ามหย่า การห้ามคุมกำเนิด การห้ามทำแท้ง การห้ามสมรสซ้อน (Bigamy) เป็นต้น

4.3 ศาสนาฮินดู

กฎหมายศาสนาที่มีความสำคัญอย่างมากอีกศาสนาหนึ่งคือ ศาสนาฮินดู เมื่อกล่าวถึงกฎหมายฮินดู หมายรวมถึงลัทธิกฎหมายที่ชุมชนต่าง ๆ ไม่ว่าในประเทศอินเดียหรือประเทศ

อื่น ๆ แถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ คือ ไทย กัมพูชา ลาว ได้ยอมรับนับถือ และนำมาใช้เป็นกฎหมายโดยได้ยอมรับและนำมาแก้ไขดัดแปลงให้เข้ากับค่านิยมของชุมชนนั้น ๆ

หลักการที่แท้จริงของลัทธิฮินดูได้แก่ การสอนให้รู้จักวิธีการครองชีวิตและความสัมพันธ์กับเพื่อนมนุษย์ในสังคมนั่นเอง และได้ถ่ายทอดคำสั่งนี้โดยผู้รู้ทั้งหลายโดยอ้างว่าเป็นเทวบัญชาของพระผู้เป็นเจ้า ตั้งแต่ประมาณ 1500-800 ปี ก่อนคริสต์ศักราช หรือประมาณ 2570-3740 ปีมาแล้ว จึงนับว่าเป็นกฎหมายที่เก่าแก่มาก

ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน ได้อธิบายที่มาของกฎหมายฮินดูว่ามีที่มา 4 ประการคือ

1. **ศฺรูติ (Srutis)** ได้แก่หลักการในศาสนาฮินดู ซึ่งปรากฏอยู่ในคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ ได้แก่พระเวท เวทวงศ์ และอุปนิษัต โดยได้เกิดขึ้นประมาณ 2570-3470 ปีมาแล้ว ในคัมภีร์ต่าง ๆ เหล่านี้นอกจากจะมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแล้ว ยังประกอบไปด้วยบทบัญญัติทางอภิปรัชญา พิธีกรรมทางศาสนา วิชาโหราศาสตร์อีกด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นหลักการสำคัญขั้นมูลฐานที่จำเป็นแก่มนุษย์ และหลักการดังกล่าวนี้ ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกันในศาสนาพราหมณ์

2. **ศาสฺตร (Sastras) หรือสมฤติ (Smritis)** บางตำราเรียกว่าพระราชศาสตร์ หรือสาขาคติ ได้แก่บทบัญญัติที่องค์พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อประกอบกับพระธรรมศาสตร์ ศาสตร์ดังกล่าวนี้ได้รับรยายถึงวิธีการดำรงชีวิตและศิลปะการปกครองของกษัตริย์ ทั้งด้านการทหารและการเมือง รวมทั้งศาสตร์ที่เรียกว่ากามฤต ได้แก่ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับความสุขอันรู้แจ้งด้วยจักขุ ด้วยหู ด้วยจมูก ด้วยลิ้น ด้วยกาย

3. **ธรรมะ (Dharma)** ได้แก่ บทบัญญัติซึ่งกำหนดถึงหน้าที่ ซึ่งผู้นับถือศาสนาฮินดูทั้งหลายจะต้องปฏิบัติ ธรรมะนี้ได้กำหนดไว้เฉพาะหน้าที่เท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดถึงสิทธิด้วย

หน้าที่ที่กำหนดไว้นี้จะแตกต่างกันไปตามฐานะและสภาพของบุคคล รวมทั้งอายุด้วย แม้แต่กษัตริย์เองก็ต้องปฏิบัติตามธรรมะในส่วนที่เกี่ยวกับกษัตริย์ด้วย

4. **ธรรมศาสตร์ (Dharmasastras) และนิพนธ์ (Nibandhas)** ธรรมะดังที่กล่าวมาแล้วจะพบอยู่ในตำรากฎหมายซึ่งเรียกว่า ธรรมศาสตร์ และในบทวิจารณ์ของธรรมศาสตร์ซึ่งเรียกว่า นิพนธ์

ในส่วนที่เกี่ยวกับธรรมศาสตร์เอง ปรากฏว่ามีอยู่มากมาย แต่ฉบับที่มีชื่อเสียงที่สุดได้แก่ฉบับของมนู ซึ่งชาวตะวันตกนิยมเรียกว่า Manu Code แต่ประเทศไทยเรียกว่า คัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมโนสาราจารย์ นอกจากนี้ยังมีคัมภีร์ชัชนวัลย์ และคัมภีร์นรราช เป็นต้น

สำหรับนิพนธ์นั้น มีประโยชน์เพื่อช่วยให้เข้าใจความหมายของธรรมศาสตร์ได้ถูกต้องยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ข้อความในธรรมศาสตร์คลุมเครือไม่ชัดเจน หรือขัดแย้งกันระหว่างธรรมศาสตร์ฉบับต่าง ๆ

ประเพณีนิยม

นอกจากศาสนาแล้ว ประเพณีนิยมก็มีอิทธิพลต่อกฎหมายของหลายประเทศ เนื่องจากศาสนามีความใกล้เคียงกับประเพณีนิยม จึงสามารถจัดไว้ในระบบกฎหมายเดียวกัน

คำว่าประเพณีนิยม (Tradition) หมายถึง ความเชื่อถือในหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินวิถีชีวิต ความเป็นอยู่ในสังคม ตลอดจนจรรยา มารยาท ต่าง ๆ หรือจะถือว่าเป็นวินัยในสังคมก็ได้ ประเพณีนิยมจึงต่างจากจารีตประเพณี (Custom) ซึ่งกว้างกว่าและครอบคลุมประเพณีนิยมด้วย เช่น ประเพณีนิยมของขงจื้อ เล่าจื้อ เม่งจื้อ ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้ในชีวิตประจำวันของชาวจีนก่อนการปฏิวัติหรือประเพณีโบราณในลัทธิชินโดของชาวญี่ปุ่นซึ่งมีอิทธิพลต่อการจัดทำกฎหมายของญี่ปุ่นเช่นกัน