

ประวัติศาสตร์กฎหมายในทางทฤษฎีและการปฏิบัติ: ประสบการณ์ของไทยในมุมมองแองโกลแซกซอน

Thai Legal History in Theory and Practice: Experience of Thailand as Viewed from an Anglo-Saxon Perspective

ประจุม โฉมฉาย¹

70/192 หมู่บ้านกษดานคร 19 ถนนพหลโยธิน ตำบลคลองหนึ่ง อำเภอคลองหลวง จังหวัดปทุมธานี 12120

เมลล์ติดต่อ: Prachoom.chomchai@gmail.com

Prachoom Chomchai

70/192 Krisadanakorn Village, 19, Phahonyothin Road, Klong Nueng, Khlong Luang, Pathumthani, 12120,

E-mail: Prachoom.chomchai@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้ มีจุดมุ่งหมายในการเปรียบเทียบการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยกับการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในโลกแองโกลแซกซอน โดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจกันว่า มีประวัติศาสตร์กฎหมายเพียงชนิดเดียว แต่ตามความเป็นจริงมิใช่เช่นนั้น โดยเฉพาะเห็นได้จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในโลกแองโกลแซกซอนที่มีการพัฒนาการแตกกิ่งก้านสาขามากมาย การสำรวจโลกแองโกลแซกซอนได้ผลดีอย่างหนึ่ง คือ การแยกประเภทของการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายตามแต่วัตถุประสงค์ของการศึกษา ในบทความนี้ ผู้เขียนมุ่งชี้ให้เห็นว่าวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายในไทยนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่และยังกระจัดกระจายอยู่ในส่วนที่เป็นลัทธิหรือ ความคิดก็แยกไปสอนในวิชานิติปรัชญา ส่วนประวัติศาสตร์หลักกฎหมายมักจะเน้นการยืมหลักและกฎเกณฑ์จากกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนเสนอแนะว่าอนาคตของการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย น่าจะรวบรวมให้เป็นปึกแผ่นมากกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้ เช่น ควรจะนำประวัติศาสตร์ความคิดมารวมไว้กับประวัติศาสตร์หลักเกณฑ์ และสถาบันด้วย ทั้งนี้ การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายควรจะดำเนินการโดยทั้งนักประวัติศาสตร์และนักกฎหมายที่สนใจประวัติศาสตร์กฎหมาย บทความนี้จะนำเสนอรายละเอียดต่างๆ ตามลำดับ

¹ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. (Professor Emeritus Ph.D.).



ดังนี้ (1) บทนำ (2) ประโยชน์ของการใช้วิธีประวัติศาสตร์ (3) ประเภทของการศึกษาประวัติศาสตร์
กฎหมายแองโกลแซกซอน (4) การสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทย
(5) บทสรุป

คำสำคัญ: การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของ
แองโกลแซกซอน การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย



Abstract

This Article is a tentative first shot at a comparative study of Thai and Anglo-Saxon' legal history studies. While, generally, it is taken for granted that such studies constitute an inherent monolith, in actual fact, as our scrutiny of the Anglo-Saxon world will reveal, they are blessed with a diverse, if baffling, variety not discernible to non-practioners. The Anglo-Saxon's legal history studies are developed into various fields. The exploring of Anglo-Saxon's legal history studies indicates one clear benefit. That is the classification of legal history according to the objectives of studies. This paper aims to indicate that Thai legal history is a new subject and scatter. The jurisprudence, history of legal doctrine or legal school of thoughts are separated and taught in legal philosophy. At the same time, legal principles in Thai law are always imported from foreign legal principles. Therefore, Thai legal history studies in the future should be gathered the scatter pieces of legal history. For example, the history of jurisprudence, history of legal principles and history of legal institutions should be studied together. Furthermore, legal history should be studied by both historians and lawyers who are interested in legal history. This article consists of five parts which are: (1) This paper will start with introduction. (2) Benefits of using historical method. (3) Types of legal history in Anglo-Saxon. (4) Legal history studies and research in Thailand. (5) Conclusion.

Keywords: Legal History Studies, Anglo-Saxon Legal History Studies, Thai Legal History Studies



1. บทนำ

บทความนี้ เป็นความพยายามเบื้องต้น ในการเปรียบเทียบประวัติศาสตร์กฎหมายไทยกับประวัติศาสตร์กฎหมายในโลกแองโกลแซกซอน โดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจกันในหมู่บุคคลธรรมดาและนักนิติศาสตร์ที่ได้เชี่ยวชาญเฉพาะทางว่า มีประวัติศาสตร์กฎหมายเพียงชนิดเดียว แต่ตามความเป็นจริง มิใช่เช่นนั้น โดยเฉพาะในโลกแองโกลแซกซอนมีการพัฒนาไปไกลทุกด้าน จนกระทั่งมีการแตกกิ่งก้านสาขามากมาย ทำให้ในที่สุดเกิดความไม่แน่นอนว่า ประวัติศาสตร์กฎหมายคือ อะไรกันแน่ การสำรวจโลกแองโกลแซกซอนได้ผลตัวอย่างหนึ่ง คือ การแยกประเภทของประวัติศาสตร์กฎหมาย จะใช้แบบใดยอมสุดแล้วแต่วัตถุประสงค์ ถ้าต้องการทราบพัฒนาการของกฎหมายและความคิดเกี่ยวกับกฎหมายก็ต้องศึกษา ประวัติศาสตร์กฎหมายภายใน (internal) ส่วนประวัติศาสตร์กฎหมายภายนอก (external) สามารถให้ความกระจ่างในเรื่องบทบาทของกฎหมายในการเปลี่ยนแปลงของสังคม ยิ่งกว่านั้น ประสบการณ์ของไทยในการเสาะหากฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญต้องใช้ ประวัติศาสตร์กฎหมายเชิงบริบท (contextual) ส่วนการสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทยนั้น ความเข้าใจของผู้เขียนมีว่าวิชานี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ อันแตกต่างจากโลกแองโกลแซกซอนที่มีวิชานี้มานานแล้ว ในประเทศไทยการสอนวิชานี้ยังกระจัดกระจายอยู่ ฉะนั้นในส่วนที่เป็นลัทธิหรือ ความคิดก็แยกไปสอนในวิชานิติปรัชญา ส่วนประวัติศาสตร์กฎหมายมักจะเน้นการยืมหลักและกฎเกณฑ์จากกฎหมายต่างประเทศ เช่นกฎหมายโรมัน ทั้งนี้เพื่อทำให้เกิดความเข้าใจกฎหมายไทยในปัจจุบันดีขึ้น เช่นการสอนประวัติกฎหมายทรัพย์สิน จำเป็นต้องอธิบาย usucapio (แปลตามตัวอักษรคือ ข้าพเจ้าได้มาจากการใช้) คือ การครอบครองปรปักษ์โรมัน ดังเดิมว่าต้องมีความสุจริต (bona fides) และจุดเริ่มต้นที่ชอบธรรม (iusta causa หรือ iustus titulus) คือ นิติกรรม หรือ นิติเหตุ ส่วนกฎหมายไทยยืมกฎหมายโรมันด้านนี้มาเมื่อ usucapio เสื่อมลงกลายเป็น longissimi temporis praescriptio (การอ้างกรรมสิทธิ์จาก [การครอบครอง] เป็นเวลานานที่สุด) อันเน้นเวลานาน มากกว่าสิ่งอื่นใด การครอบครองปรปักษ์เป็นการฝ่าฝืนหลักการที่กรรมสิทธิ์ไม่อาจถูกละเมิดได้ (inviolabilitas) ของกฎหมายเอกชนโรมัน เพราะเจ้าของทรัพย์สินเสียกรรมสิทธิ์โดยมิได้ยินยอม แต่กฎหมายมหาชนโรมันอาศัยหลักสาธารณประโยชน์ (bonum publicum) มาหักล้างหลักกฎหมายเอกชน เพราะรัฐไม่อาจจะปล่อยให้เอกชนสร้างความสูญเสียให้กับสังคม เพราะทอดทิ้งทรัพย์สินที่มีจำกัดเช่นที่ดินเกินกว่า 30 ปี (อันเป็นอายุความของ longissimi temporis praescriptio) ส่วนอนาคตของประวัติศาสตร์กฎหมายไทย น่าจะรวบรวมให้เป็นปึกแผ่นมากกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้ เช่น น่าจะนำประวัติศาสตร์ความคิดมารวมไว้กับประวัติศาสตร์หลักเกณฑ์ และสถาบันด้วย ส่วนจะแตกกิ่งก้านสาขาหรือไม่ สุดแล้วแต่ความจำเป็น เช่น ในโลก

แอ่งไกลแซกซอนการที่นักประวัติศาสตร์มาสร้างประวัติศาสตร์กฎหมายอีกแบบหนึ่งขึ้นมาแข่งกับประวัติศาสตร์ของนักกฎหมายถือเป็นของธรรมดา ในประเทศไทยเรื่องทำนองนี้คงเกิดขึ้นยากเพราะภาษากฎหมายไม่เป็นที่เข้าใจของคนนอก จึงเป็นอุปสรรคกีดขวางที่สำคัญ

2. ประโยชน์ของการใช้วิธีประวัติศาสตร์

วิธีประวัติศาสตร์สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทุกเรื่องที่เราต้องการความกระจ่าง Michael Lobban² อ้างถึง นักประวัติศาสตร์อเมริกันชื่อ Paul D. Halliday ที่สนใจประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษ ที่อาจนำมาใช้กับกฎหมายอเมริกันได้เพราะเป็น ระบบ common law เหมือนกัน ท่านผู้นี้ได้ใช้เวลาค้นคว้าหมายศาลอังกฤษ (writ) เก่าแก่ โดยเฉพาะที่เรียกว่าหมาย habeas corpus (จงนำตัวมา [ที่ศาล]) เพื่อให้เจ้าหน้าที่นำตัวผู้ถูกกักขังมาที่ศาล หากศาลเห็นว่าไม่มีเหตุอันควรจะสั่งให้ปล่อยตัวไป เพราะผลงานของท่านผู้นี้ ทำให้ศาลฎีกาอเมริกัน (Supreme Court) ชี้ขาดในคดี *Boumedienne v. Bush* [2008] ว่าผู้ถูกกักขัง ที่ Guantanamo Bay อาจใช้ประโยชน์จากหมายศาลดังกล่าวได้ โดยยกคำคัดค้านของรัฐบาลซึ่งไม่เข้าใจกฎหมายเรื่องนี้อย่างแท้จริง ผลงานประวัติศาสตร์นี้จึงนำไปสู่การตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญอเมริกันใหม่

วิธีการประวัติศาสตร์อาจใช้ให้ความกระจ่างในเรื่องอื่นอีก เรื่องแรกเป็นเรื่องการฆาตกรรม ข้อมูลแสดงว่าจากปี 1960 จนถึง 1980 ฆาตกรรมที่สหรัฐอเมริกา มีจำนวนเพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัว และไม่ยอมลดลงจนกระทั่งช่วงแรกของทศวรรษ 1990 จึงลดลงอย่างสม่ำเสมอ ผู้วิจัย³ พยายามหาข้อมูลประวัติศาสตร์อันน่าจะใช้อธิบายการเปลี่ยนแปลงนี้ได้ คือ กฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่เคร่งครัดขึ้น เศรษฐกิจที่รุ่งเรืองขึ้น การเพิ่มการลงโทษประหารชีวิต จำนวนเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตลอดจนทั้งส่งคนเข้าคุกมากขึ้นรวมทั้งตลาดโคเคนที่ซบเซาลง แต่สรุปลงท้ายว่าปัจจัยชี้ขาดคือการยอมให้มีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายในช่วงต้นทศวรรษที่ 1970 ที่เป็นเช่นนั้นเพราะอัตราการทำแท้งที่เพิ่มขึ้น ทำให้ไม่มีเด็กเกิดมาในสภาวะที่อยู่กินลำบาก อันจะส่งเสริมอาชญากรรม อันที่จริงถ้าคำอธิบายนี้ถูกต้องอาชญากรรมด้านอื่นต้องลดลงพร้อมกันด้วย เรื่องที่สองเป็นเรื่องความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ ปรากฏว่าคนเยอรมันที่เป็นโปรเตสแตนต์มีรายได้ดีกว่าเพื่อนร่วมชาติที่เป็นคาทอลิก ผู้วิจัยพยายามหาข้อมูลที่จะช่วยอธิบายความเหลื่อมล้ำนี้ โดยพิจารณาความได้เปรียบของเยอรมันโปรเตสแตนต์ด้าน การศึกษา การสมรส และการพักอาศัยอยู่ใกล้เมืองใหญ่ที่มีงานที่ให้ค่าตอบแทนสูงกว่า แต่ข้อมูลที่มีมิได้สนับสนุน

² Michael Lobban, "The Varieties of Legal History," *Clio@ Thémis* 5 (2012): 28-29.

³ Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Think Like a Freak* (New York: William Morrow and Company, 2014), 67-69.



สมมติฐานนี้ จึงสรุปได้ว่า คำอธิบายอยู่ที่การถือินายที่เกิดขึ้นใหม่ ปรากฏจากการวิจัยเพิ่มเติมว่า เยอรมันโปรเตสแตนต์ทำงานมากกว่า และมักจะมีกิจการของตนเอง และฝ่ายหญิงก็มักจะทำงานเต็มเวลาด้วย อย่างไรก็ตามก็ดี มุมกลับของภาพก็คือ เยอรมันคาทอลิกมีเวลาว่างมากกว่า นอกจากพักผ่อน อาจใช้เวลาว่างให้เป็นประโยชน์ได้ เช่นด้วยการหาความรู้อันจะเพิ่มสมรรถนะตนเอง อันที่จริง สวัสดิการย่อมต้องรวมเวลาว่างด้วย การค้นพบนี้เป็นการสนับสนุน ความเห็นของนักสังคมวิทยาเยอรมัน คือ Max Weber ที่เชื่อว่าการเอางานเอากิจการของคนโปรเตสแตนต์ตามคำสอนของนิกายของตนทำให้ยุโรปพัฒนาโดยเฉพาะด้วยการปฏิวัติอุตสาหกรรมก่อนที่อื่น เรื่องที่สาม มีการค้นพบว่าเมืองอิตาลีบางเมืองพร้อมที่จะเข้าร่วมกิจกรรมสังคมและการกุศลมากกว่าที่อื่น ผลจากการวิจัยปรากฏว่าเมืองเหล่านี้เป็นนครรัฐอิสระในสมัยกลางโดยมิได้ตกอยู่ใต้อำนาจของเจ้านายนอร์แมน เรื่องสุดท้ายปรากฏว่าประเทศในแอฟริกาหลายแห่งประสบปัญหาสู้รบกันเองหลังจากได้อิสระภาพแล้ว การวิจัยได้ชี้ให้เห็นว่าในช่วงที่เป็นเมืองขึ้นประเทศตะวันตกที่ล่าอาณานิคมกำหนดพรมแดนที่สร้างปัญหา เพราะนำเอาที่เป็นศัตรูกันมาอยู่ในประเทศเดียวกัน ในช่วงที่ยังเป็นเมืองขึ้น เจ้านายตะวันตกใช้กำลังบังคับจึงทนอยู่ด้วยกันด้วยความสงบ เมื่อได้เอกราชแล้วปัญหาจึงประทุขึ้น⁴ อันที่จริงปัญหาเช่นเดียวกันนี้ก็เกิดขึ้นในยุโรปตะวันออกเฉียงใต้ที่เรียกกันว่า Balkanisation

3. ประเภทของประวัติศาสตร์กฎหมายแองโกลแซกซอน

มีการสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายที่อังกฤษ (ตรงกันข้ามกับที่สหรัฐอเมริกา) ทั้งในคณะนิติศาสตร์และประวัติศาสตร์⁵ อย่างไรก็ตามก็ดี ประวัติศาสตร์กฎหมายที่เกิดขึ้นเป็น 2 แบบ นักนิติศาสตร์มักทุ่มเทความสนใจให้กับประวัติศาสตร์ความคิดหรือ ลัทธิ (doctrine) อันพัฒนามาถึงปัจจุบันที่มีการสอนและการวิจัยเรื่องนี้อยู่ด้วย ส่วนนักประวัติศาสตร์จะสนใจกับผลกระทบของกิจกรรมของผู้ตราและใช้กฎหมายที่มีต่อสังคมต่าง ๆ โดยนำผลกระทบนั้นไปรวมศึกษากับวิวัฒนาการด้านอื่นเพื่อให้ได้ภาพรวมที่สมบูรณ์ Robert W. Gordon⁶ เรียกประวัติศาสตร์ที่มาจากนักกฎหมายว่าเป็นประวัติศาสตร์กฎหมาย ภายใน (internal) โดยแยกออกจากประวัติศาสตร์กฎหมายภายนอก (external) ที่มาจากนักประวัติศาสตร์ นับเป็นการแยกแยะที่เป็นประโยชน์แต่ประสบปัญหาที่ว่า ถ้าผลงานเป็นของนักประวัติศาสตร์แต่เป็นการวิจัยพัฒนาการของกฎหมายดังในกรณีที่ย่างมาแล้ว (Paul Halliday) จะเรียกได้ว่าเป็น

⁴ Ibid., 73-74.

⁵ Lobban, "The Varieties of Legal History," 3.

⁶ Robert W. Gordon, "Introduction: J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography," *Law & Soc'y Rev* 10 (1975): 9-55.

ประวัติศาสตร์ภายในได้หรือไม่ ประเด็นอยู่ที่ว่าการแยกแยะดังกล่าวดูที่ผลงานหรือตัวผู้สร้างผลงาน จุดอ่อนของการแยกแยะดังกล่าวอีกประการหนึ่งคือ ไม่สามารถครอบคลุมถึงผลงานของนักกฎหมายในการพิจารณาผลกระทบที่ปัจจัยแวดล้อมมีต่อกฎหมายได้ ตัวอย่างที่สำคัญ คือ หนังสือของ Andrew Harding and Peter Leyland⁷ ที่พยายามนำปัจจัยภายนอกมาพิจารณา ดูว่าอาจจะทำให้ประเทศไทยจะประสบความสำเร็จในการมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวร เช่น การที่ประเทศไทยมิได้ตกเป็นอาณานิคมของมหาอำนาจตะวันตก หรือการที่ประเทศไทยไม่เคยมีการปฏิวัติของประชาชน รวมทั้งพัฒนาการในเชิงสังคมต่าง ๆ อันอาจต้องมีการเปลี่ยนแปลง ประวัติศาสตร์กฎหมายแบบนี้อาจเรียกได้ว่าประวัติศาสตร์กฎหมายบริบท (contextual)

ผู้สร้างประวัติศาสตร์กฎหมายอันยิ่งใหญ่ที่สุดของอังกฤษน่าจะเป็น F.W. Maitland หนังสือหลักของท่านคือ *The History of English Law Before the time of Edward I* (1895) โดยที่ Maitland เขียนร่วมกับ Fredric Pollock เป็นที่ขนานนามกันว่า Pollock and Maitland ทั้ง ๆ ที่ Maitland ยอมให้ Pollock เขียนเพียงบทเดียวเท่านั้น หนังสือนี้ได้ฉลองครบรอบร้อยปีมาแล้วโดยไม่มีคู่แข่ง⁸ Maitland ต้องการทราบความคิดด้านกฎหมายของยุคต่าง ๆ โดยไม่ได้สอดแทรกความคิดของคนปัจจุบันเข้าไป ประวัติศาสตร์ของท่านจึงเป็นประวัติศาสตร์ความคิด (doctrinal) และ วิธีของท่านคือวิจัยจากแหล่งปฐมภูมิ คือ หอจดหมายเหตุ (archives) จึงเป็นประวัติศาสตร์หอจดหมายเหตุ (archival) อีกด้วย เพราะผู้เขียนเห็นว่า Maitland มีความสำคัญกับประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษมากจึงแบ่งเป็นพัฒนาการก่อนหรือหลัง Maitland เหมือนกับการแบ่งกฎหมายโรมันเป็นก่อนหรือหลังยุคทอง (pre-, post- classical period) โดยที่ถือกันว่าพัฒนาการถึงจุดสูงสุดในยุคทอง

ในยุคก่อน Maitland (pre-Maitlandish) ชื่อที่โดดเด่นที่สุด คือ Henry Maine ซึ่งตีพิมพ์หนังสือ *Ancient Law* (1861) ที่รวบรวมคำบรรยายที่เนติบัณฑิตสภา (Inns of Court) ทำให้ท่านมีชื่อเสียงมาก จากการศึกษากฎหมายโบราณของท่าน ทำให้ท่านมีข้อยุติที่สำคัญที่ว่า วิวัฒนาการของสังคมที่ก้าวหน้าย่อมทำให้ปัจเจกชนที่ติดกับดักของสถานภาพภายในกลุ่มของตนมีการพัฒนาไปสู่การทำสัญญาผูกพันตนเอง (from status to contract)⁹ ประวัติศาสตร์ของท่านเป็นการมองว่าสังคมที่ก้าวหน้ามีจุดหมายปลายทาง (teleological) ซึ่งสถานภาพบังคับให้อยู่ในกรอบแต่เดิม เมื่อสังคมเปลี่ยนไปย่อมจะมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนเองหรือไม่ก็ได้ สัจธรรมจากการเห็นประวัติศาสตร์มุ่งไปสู่จุดหมายแน่นอน (teleological legal history)

⁷ Andrew Harding and Peter Leyland, *Lecturer in law Leyland, the Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis Constitutional Systems of the World* (Oxford, Portland, OR: Hart, 2011).

⁸ Wikipedia, "Frederic William Maitland," accessed February 1, 2019, https://en.wikipedia.org/wiki/Frederic_William_Maitland.

⁹ David M. Walker, *The Oxford Companion to Law* (Michigan: Clarendon, 1980), 55-60, 797.



ของ Maine เช่นนี้ ทำให้เห็นได้ว่าถ้าสังคมไม่ได้ก้าวหน้า (progressive) ดังที่ท่านศึกษา แต่ถดถอย (regressive) เช่นที่มีปรากฏในโลกปัจจุบันประชาชน เช่น สตรี อาจจะต้อง จมปลักจารีตดั้งเดิมจนกว่าจะมีการปฏิรูปสังคม Maine กล่าวโดยรวมถึงสังคมโบราณทั่วไป แต่นักประวัติศาสตร์รุ่นหลัง คือ Larry Siedentop¹⁰ ยืนยันว่าในสังคมโรมันในตอนแรกหน่วย ที่เล็กที่สุดคือครอบครัวแต่วิวัฒนาการภายหลังทำให้หน่วยดังกล่าวคือปัจเจกชนเพราะหัวหน้า ครอบครัว (paterfamilias) มีอำนาจน้อยลง และกฎหมายมรดกทำให้สมาชิกในครอบครัวมีความสำคัญมากขึ้น นักประวัติศาสตร์ในยุคหลัง Maitland (post-Maitlandish) มี Percy H. Winfield และ W.S. Holdsworth อันเป็นที่รู้จักกันในหมู่นักศึกษานิติศาสตร์ที่อังกฤษ ไม่ว่าจะ เป็นที่มหาวิทยาลัยหรือที่เนติบัณฑิตสภาก็ตาม Winfield สนใจประวัติศาสตร์กฎหมาย เอกชน หนังสือ Textbook of the Law of Torts (1937) กลายเป็นตำราละเมิดมาตรฐาน¹¹ ส่วน Holdsworth ตีพิมพ์สารานุกรมประวัติศาสตร์ (1903-1966) จำนวน 17 ฉบับ (History of English Law) และถือกันว่าลบล้างตำราเก่าทั้งหมด ยกเว้น Pollock and Maitland อย่างไรก็ดี วิจัยของท่านต่างจาก Maitland เพราะอาศัยแหล่งทุติยภูมิ คือตำราที่คนอื่นเขียน ทำให้ มาตรฐานไม่แน่นอน¹²

ในยุคหลัง Maitland เมื่อพ้นจาก Winfield และ Holdsworth แล้วประวัติศาสตร์กฎหมาย ในมุมมองที่อังกฤษจะเสื่อมลงจนกระทั่งได้แรงกระตุ้นจาก S.F.C. Milsom¹³ ซึ่งถือกันว่า ก่อการปฏิวัติทางความคิด (Milsomite revolution) Milsom มองดูประวัติศาสตร์ความคิดทาง กฎหมายว่าเป็นประวัติศาสตร์ทางปัญญา (intellectual history) โดยใช้วิธีเดียวกับ Maitland โดย ศึกษาประวัติศาสตร์ความคิดตามที่นักนิติศาสตร์ในอดีตคิดโดยไม่นำความคิดในปัจจุบันเข้าไป บิดเบือน¹⁴ ผู้รับช่วงงานต่อจาก Milsom คือ J. H. Baker (An Introduction to English Legal History, 2002)

ในยุคหลัง Maitland ที่สหรัฐอเมริกาที่มีการปฏิบัติที่ขนานกับที่อังกฤษแต่เป็น พัฒนาการที่เป็นคนละทางกับ Milsom ผู้ที่ฟื้นฟูประวัติศาสตร์กฎหมายอเมริกัน คือ James

¹⁰ Inventing the Individual, *The Origins of Western Individualism* (London: Penguin, 2015), 92.

¹¹ Walker, *The Oxford Companion to Law*, 1303.

¹² Richard A. Cosgrove, "The Culture of Academic Legal History: Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930," *Cambrian L. Rev* 33 (2002): 23.

¹³ Wikipedia, "Stroud Francis Charles Milsom," accessed February 1, 2019, https://en.wikipedia.org/wiki/S._F._Milsom; S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (London: Butterworths, 1969); S. F. C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism* (New York: Cambridge University, 1976).

¹⁴ Lobban, "The Varieties of Legal History," 6-7.

William Hurst¹⁵ การปฏิวัติที่อังกฤษกับที่อเมริกาจะเกี่ยวข้งกันหรือไม่ ไม่มีความแน่นอน Hurst ได้เป็น Pitt Professor of American History and Institutions ที่ Cambridge ประเทศอังกฤษ ในปี 1967 Hurst มองกฎหมายในมุมกว้าง โดยไม่พิจารณาเฉพาะศาลแต่คำนึงถึงสถานิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ หน่วยงานบริหารระดับล่างทั้งหมด Hurst มีอิทธิพลอย่างมากต่อการสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายอเมริกันในช่วงทศวรรษ 1960 ส่วนนักประวัติศาสตร์กฎหมายรุ่นหลังที่สหรัฐอเมริกาให้ความสนใจไปคนละทิศละทาง เพราะดูจะไม่พอใจที่ Hurst มองข้ามความเป็นจริงบางอย่างไป เช่น อาจเน้นกฎหมายเอกชนมากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงการกำกับดูแล (regulation) โดยภาครัฐ และมีภาพลักษณ์สังคมที่กลมเกลียวกัน (consensus) เกินความจริงทั้ง ๆ ที่มีการต่อสู้กัน และคนกลุ่มน้อยที่เสียเปรียบไม่ได้รับความสนใจทางวิชาการเท่าที่ควร

4. การสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทย

การสอนประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยไม่เหมือนที่อังกฤษ เพราะไม่มีการสอนวิชาในภาควิชาหรือสาขาประวัติศาสตร์¹⁶ ที่เป็นเช่นนี้เพราะภาษากฎหมายโดยเฉพาะของไทยยากที่จะเข้าใจได้ ส่วนจะมีนักประวัติศาสตร์ไทยทำการวิจัยเรื่องกฎหมายหรือไม่ น่าจะต้องมีการวิจัยดู

¹⁵ Wikipedia, "James Willard Hurst," February 1, 2019, https://en.wikipedia.org/wiki/James_Willard_Hurst; James Willard Hurst, *Law and Economic Growth: A Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915* (Cambridge: Harvard University, 1964).

¹⁶ ปัจจุบัน สำหรับการศึกษาในระดับอุดมศึกษาในประเทศไทยยังไม่มีการสอนรายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในภาควิชาหรือสาขาประวัติศาสตร์ในคณะมนุษยศาสตร์ ศิลปศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรืออักษรศาสตร์ แต่มีการสอนรายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในคณะนิติศาสตร์ อย่างไรก็ตามมีการอนุญาตให้นิสิตและนักศึกษาที่ศึกษาในสาขาประวัติศาสตร์และคณะนิติศาสตร์ ทำการศึกษาค้นคว้าประเด็นต่าง ๆ ในเรื่องประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในลักษณะของวิทยานิพนธ์ หรือ การศึกษาค้นคว้าอิสระ ซึ่งมีทั้งนักกฎหมายและนักประวัติศาสตร์ทำการศึกษา; ไพโรจน์ ทุนศรี บัณฑิต, "การศึกษาความหมายในกฎหมายจารีต มั่งรายศาสตร์," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535); คณาภรณ์ ธนธรรมเจริญ, "ระบบจัดการเมืองฝ่ายกับสิทธิชุมชน: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายปัจจุบันกับกฎหมายมั่งรายศาสตร์," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ, 2554). จารุกัทร จิตดาริ, "บทบาทขององค์กรและบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายตราสามดวง," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550). ฯลฯ นอกจากนี้ ยังมีนักประวัติศาสตร์บางท่านสนใจศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย เช่น ร.แสงกาต์, ชาญวิทย์, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1-2* เกษตรศิริ, บรรณาธิการโดย วิมลย์ พงศ์พนิดานนท์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553); ร.แสงกาต์, *กฎหมายตราสามดวง แว่นส่องสังคมไทย* (ผลงานวิจัย ฉบับสมบูรณ์ ลำดับที่ 1 สถานภาพการศึกษากฎหมายฯ), บรรณาธิการโดย วินัย พงศ์ศรีเพียร (กรุงเทพฯ: เพ็ญฟ้า, 2547).



ความยุ่งยากประการหนึ่งในการสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยคือ การขาดตำราที่ครอบคลุมเนื้อหาครบถ้วนในที่เดียวกันเหมือน *Pollock and Maitland* ที่อังกฤษ ที่นักศึกษาทุกคนต้องค้นเคย จริงอยู่ตำรากฎหมายด้านต่าง ๆ จะมีภาคประวัติศาสตร์อันนำมาใช้สอนประวัติศาสตร์กฎหมายไทยได้ ตัวอย่างเช่น ตำราค้าประกัน จำนอง จำน่า ของผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ ศรีบุญโรจน์ (2560) อ้างถึงกฎหมายโรมันว่า มี สัญญา *pignus* ซึ่งลูกหนี้ส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ อันมีลักษณะคล้ายสัญญาจำนำของไทยในปัจจุบัน เนื้อหาทำนองนี้ (แม้จะมีส่วนเป็นกฎหมายเปรียบเทียบ) มีอยู่ในตำราเกือบทุกเล่มแต่อยู่ในลักษณะกระจัดกระจาย ตัวอย่างอีกอันหนึ่ง คือ หนังสือของผู้เขียน¹⁷ ในภาคประวัติศาสตร์มีการกล่าวถึง หลักกฎหมายการคลังที่ตามประวัติศาสตร์พัฒนามาจากวิธีคิดดั้งเดิมที่ใช้การคลังเป็นเพียงเครื่องมือหาเงินให้รัฐมาใช้จ่ายโดยไม่สนใจกับผลกระทบของภาษีและรายจ่ายของรัฐ ปัจจุบันการคลังสมัยใหม่ (functional public finance) มีเป้าหมายอื่นที่สำคัญโดยมีพัฒนาการอันไม่หยุดยั้ง ทั้งนี้เป็นไปตามความจำเป็นของสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา การตีความเช่นนี้เป็นการสร้างประวัติศาสตร์อันมุ่งไปสู่เป้าหมาย (teleological legal history) เช่น ที่ Maine ทำมานานแล้ว เป้าหมายเก่าแก่ของการคลังที่รัฐพยายามบรรลุให้ได้ คือ การจัดสรรทรัพยากร ในด้านนี้ รัฐกับเอกชนร่วมกันตัดสินใจว่าทรัพยากรที่มีไม่พอใช้ (เพราะถ้านำไปใช้ทางหนึ่งย่อมจะนำไปใช้ทางอื่นไม่ได้) จะนำไปใช้ผลิตสินค้าต่าง ๆ มากน้อยเพียงใด สินค้าสาธารณะ (public goods) เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบภายใน และการสร้างความรู้ใหม่ทำให้ทุกคนได้ประโยชน์เหมือนกันหมด ส่วนสินค้าเอกชน (private goods) เช่น บ้านพัก และเครื่องแต่งกายซึ่งประโยชน์ตกกับผู้มีกรรมสิทธิ์เท่านั้น ยกเว้นกรณีที่มีผลกระทบภายนอกทางบวก (positive externalities) เช่น บ้านที่สร้างงดงามมีผลทำให้บริเวณนั้นน่าอยู่อาศัยและราคาบ้านพักข้างเคียงพลอยขึ้นสูงไปด้วย โดยที่เจ้าของไม่ต้องลงทุนปรับปรุงเอง เป้าหมายทางการคลังที่เก่าแก่อีกอย่างหนึ่ง คือ การจัดการกระจายทรัพย์สินและรายได้เสียใหม่ (redistribution) อันเป็นการแก้ปัญหาความเหลื่อมล้ำและความยากจน โดยเก็บภาษีจากคนร่ำรวยมาแจกคนยากจนเป็นเงินหรือเป็นของ เป้าหมายเก่าแก่ของงานคลังแบบที่สาม คือ การสร้างเสถียรภาพและการเติบโตทางเศรษฐกิจ (stabilization) แม้เป้าหมายดั้งเดิมยังทำไม่ครบถ้วน เช่น ความยากจน ความเหลื่อมล้ำในฐานะ การว่างงาน และ เศรษฐกิจตกต่ำ (recession) ยังมีอยู่ทั่วโลก การเปลี่ยนแปลงในสังคมปัจจุบันทำให้การคลังของรัฐอยู่นิ่งไม่ได้ และจำเป็นต้องขยายขอบเขตไปถึงการกำกับดูแล เช่น รัฐกลายเป็นพี่เลี้ยง (nanny state) เข้าไปแทรกแซงการตัดสินใจของผู้บริโภคซึ่งโดยหลักการแล้วย่อมทราบดีกว่าผู้อื่นว่าอะไรจะดีกับตน ฉะนั้นรัฐจะเข้ามาควบคุมความเค็มและความหวานของอาหารที่มีจำหน่ายต่อสาธารณชน รวมทั้ง

¹⁷ ประชุม โฉมฉาย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายการคลังการเงิน* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 11-21.

รณรงค์ให้บริโภคสินค้าที่มีคุณค่า (merit goods) เช่น นม ซึ่งรัฐเห็นว่ามหาชนให้ความสำคัญน้อยเกินไป ที่สำคัญที่สุดในปัจจุบัน คือ การที่รัฐรับบทบาทเป็นผู้ประกอบการ (entrepreneurial state)¹⁸ เสียเองในการบุกเบิกนวัตกรรมอันจำเป็นต่อการเติบโตในทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน แม้ทุนเสี่ยง (venture capital) เอกชนก็ไม่กล้าลงทุนเพราะโอกาสสูญเปล่าสูงมาก ตัวอย่างเช่น ความล้มเหลวของเครื่องบินเร็วกว่าเสียงของยุโรป แต่ถ้าประสบความสำเร็จ เช่น การลงทุนวิจัยของรัฐบาลอเมริกันในด้าน Internet ก็ได้ผลดีมหาศาล และเอกชนรับช่วงต่อไปอีกได้ วิวัฒนาการเหล่านี้ตำราไล่ไม่ทันต้องไปเสริมในการบรรยายเนื้อหาในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมายนี้เมื่อนำมารวมกันในประมวลบทความ (book of readings; reader) ใช้ประกอบการสอนได้เป็นอย่างดี

นอกเหนือจากภาคประวัติศาสตร์ ตำราต่างๆ ย่อมต้องอ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกา แนวโน้มของคำพิพากษาดังกล่าวย่อมใช้เป็นที่มาของประวัติความคิดทางนิติศาสตร์ (doctrinal history) ที่นักนิติศาสตร์อังกฤษให้ความสำคัญมาโดยตลอด

วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่ธรรมศาสตร์ใช้เป็นวิชาบังคับ แยกเป็นประวัติศาสตร์ความคิดและประวัติศาสตร์กฎหมาย ความคิดที่สลับซับซ้อนแยกไปสอนในวิชานิติปรัชญา ส่วนหลักการพื้นฐาน เช่น หลักประโยชน์เบื้องหลังภาระจำยอมที่ได้มาจากหลักโรมัน คือ utilitas สอนกันในวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยอันพิจารณาอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศที่มีต่อกฎหมายไทย ในส่วนที่เป็นกฎหมาย Hindu เนื้อหามาจากหจจดหมายเหตุ จึงเป็นประวัติศาสตร์ที่ได้จากจดหมายเหตุ (archive) ในส่วนของการยืมกฎหมายโรมันโดยผ่านประมวลกฎหมายสมัยใหม่ มีการอธิบายบทบาทของสถาบันโรมันที่มีผลต่อกฎหมายโรมันเอง จนกระทั่งมีการประมวลกฎหมายเอกชนในสมัยรัตนโกสินทร์ นับเป็นประวัติศาสตร์กฎหมายเชิงบริบท (contextual legal history) ยิ่งกว่านั้น เพื่อให้เข้าใจบทบาทของกฎหมายโรมันที่มีต่อกฎหมายไทยจำเป็นต้องใช้ประวัติศาสตร์กฎหมายเปรียบเทียบ¹⁹ เช่น ในเรื่องการครอบครองปรปักษ์ (usucapio) แต่เดิมไม่ต้องเริ่มต้นด้วยนิติเหตุ หรือ นิติกรรม (iusta causa; iustus titulus) ก็ได้ แต่ภายหลังบังคับให้มีเงื่อนไข อย่างไรก็ดีที่เราเอามาใช้ เงื่อนไขนี้ไม่จำเป็นอีกต่อไป เพราะใน longissimi temporis praescriptio ใช้เวลานานแทนเงื่อนไขอื่นๆ ทั้งหมด นอกจากมีการ

¹⁸ Mariana Mazzucato, *The Entrepreneurial State, Debunking Public vs Private Sector Myths* (London: Penguin, 2018), 69-125.

¹⁹ ประชุม ใจมจาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), คำนำ; Prachoom Chomchai, *Gleanings of Thai Private Law in a Roman and Anglo-Saxon Setting: A Preliminary Exercise in Legal History and Comparative Law, an Updated and Recast English Version of the Thai Original* (Bangkok: The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials Faculty of Law, Thammasat University, 2011, 132-171.



ตีความว่ากฎหมายมหาชนมีส่วนเข้ามาแทรกแซงก็เป็นไปได้และปัญหาการขาดแคลนที่ดินก็กดดันรัฐโรมันมาก จึงไม่น่าแปลกใจที่มีการรุกรานพื้นที่ข้างเคียงเพื่อระบายคนไปทำกินในที่ใหม่ (colonia) เช่นเดียวกันวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม (adoptio) หาทายาทที่เป็นชายเพื่อสืบสกุลก็น่าสนใจ เพราะเราเฝ้ามองจากกฎหมายโรมัน ซึ่งนำมาใช้เพื่อประโยชน์ทางการเมืองในชั้นต้นรัชทายาทมาจากผู้ใกล้ชิด แต่ภายหลังแสวงหาคนที่ดีที่สุด²⁰

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้วิจัยและผู้สอน การจะเลือกประวัติศาสตร์กฎหมายแบบใดย่อมแล้วแต่ความถนัดและความสนใจ Maitland ซึ่งถือได้ว่าเป็นบิดาของประวัติศาสตร์กฎหมายแองโกลแซกซอนสนใจว่าความคิดด้านกฎหมายสมัยก่อนเป็นเช่นใด ท่านก็ค้นคว้าด้านนั้น (doctrinal legal history) เนื่องจาก เนื้อหาดังกล่าวต้องดูจากหोजดหมายเหตุ ท่านก็นั่งหลังขดหลังแข็งที่นั่น และสร้างประวัติศาสตร์กฎหมายจากหोजดหมายเหตุ ผู้วิจัยดูว่ากฎหมาย Hindu มีผลต่อกฎหมายไทยอย่างไรเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามก็นักนิติศาสตร์อังกฤษหลัง Maitland ไม่มีความพากเพียรพอที่จะเลียนแบบได้ ฉะนั้น จึงไม่แปลกที่ Pollock and Maitland จลองหนึ่งร้อยปีแล้วยังหาคู่แข่งไม่ได้ ซ้อยกเว้นก็มี คือ Paul Halliday แต่เป็นนักประวัติศาสตร์ที่คุ้นกับการหาข้อมูลปฐมภูมิทำให้ศาลฎีทราบว่าการกฎหมายอังกฤษว่าด้วยหมายศาล (writ) โดยแท้จริงเป็นอย่างไร ส่วน Holds worth สนใจจะสร้างประวัติศาสตร์กฎหมายจากแหล่งที่มาทุติยภูมิ หลังจากรับประทานอาหารเช้าในวิทยาลัย (College) ที่ Oxford หรือ Cambridge เสร็จก็ขึ้นห้องพักพร้อมผลงานด้านกฎหมายจากห้องสมุดพร้อมเหล้า port²¹ ในช่วงค่ำ วางจากการสอน จึงเขียนประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษได้ถึง 17 เล่ม

ในแง่มุมมองของผู้ใช้ประโยชน์ที่สำคัญอาจได้จากประวัติศาสตร์ความคิด (doctrinal legal history) Lobban เห็นประโยชน์ 3 อย่าง (1) ต่อนักประวัติศาสตร์เศรษฐกิจและสังคม ในการทำความเข้าใจเหตุการณ์ต่าง ๆ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสุดแล้วแต่นักประวัติศาสตร์จะมีความพากเพียรใช้ความพยายามทำความเข้าใจหลักนิติศาสตร์เพียงใด (2) ต่อนักนิติศาสตร์เอง ในการทำความเข้าใจกฎหมายปัจจุบันโดยมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ช่วย โดยเฉพาะถ้ามีการเฝ้ามองจากต่างประเทศ นี่คือเหตุผลสำคัญในการให้วิชานี้เป็นวิชาบังคับในมหาวิทยาลัย (3) ต่อนักนิติศาสตร์เอง ในการศึกษาหลักกฎหมายในปัจจุบันและสร้างของใหม่ขึ้นมาเพื่อปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่มีเกิดขึ้นตลอดเวลา แม้แต่ถ้อยคำที่โฆษกษนามมวยใช้ใน

²⁰ Mary Beard, *SPQR a History of Ancient Rome* (London: Profile Books, 2018), 418-420.

²¹ Lobban, "The Varieties of Legal History," 5.

การเริ่มการชกระดับโลกก็อาจเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ ความคิดทางกฎหมาย จึงจำเป็นต้องไล่เหตุการณ์ให้ทัน

ดูอย่างผิวเผินประชันที่ 3 นี้ไม่น่าจะเกี่ยวกับประเทศไทย เพราะน่าจะเป็นเรื่องของ common law ที่ศาลมีส่วนสำคัญในการสร้างกฎหมาย (judge-made law) ถ้าพื้นฐานทางหลักกฎหมายไม่หนักแน่นศาลในระบบดังกล่าวจะไม่สามารถทำงานได้เลย ประวัติศาสตร์หลักนิติศาสตร์จะช่วยสอนว่าจะคิดหลักใหม่ได้อย่างไร ตัวอย่างเช่น กฎหมายละเมิดในเชิงประมาทเลินเล่อของอังกฤษและสกอตแลนด์พัฒนาช้า เพราะยังค้นหาหลักกำหนดความประมาทเลินเล่อไม่ได้จนกระทั่งถึงปี 1932 ในปีนั้นในคดี Donoghue v. Stevenson ศาลระดับล่างยกฟ้องทั้งหมดแต่สภาขุนนางกำหนดว่า จำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิตน้ำซิงมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง (duty of care) ต่อโจทก์ แม้โจทก์จะไม่ใช้เป็นผู้สัญญาก็ตาม เพราะเพื่อนเป็นผู้ซื้อให้ แต่น้ำซิงซารุดบกพร่องเพราะมีซากหอยทากตายอยู่ข้างใน บังเอิญในสมัยนั้นยังไม่ใช่ขวดโปร่งแสงกว่าโจทก์จะทราบความจริงก็ต่อเมื่อเทออกหมดขวดแล้ว หลักที่ใช้ตัดสิน คือ เพื่อนบ้าน (neighbour) ทำให้ทุกคนต้องระวัง ไม่ไปละเมิด ‘เพื่อนบ้าน’ ข้อดีของระบบ common law คือ สามารถปรับตัวได้ตลอดเวลา (reinventing itself) เหมือน praetor โรมัน (ผู้ช่วยประมุขของรัฐในการบริหารกฎหมาย) ปรับ ius civile (กฎหมายเอกชนโรมัน) ซึ่งเปลี่ยนแปลงช้า ให้เป็น ius honorarium อันเป็นกฎหมายในเชิงบริหารที่ปรับให้เข้ากับเหตุการณ์ตลอดเวลาโดยไม่ต้องรอการปฏิรูปซึ่งนานๆ จะเกิดขึ้นสักครั้งหนึ่ง สภาพการณ์เหมือนกลไกสร้างเสถียรภาพอัตโนมัติ (in-built stabilizer) ในทางเศรษฐกิจ ยิ่งกว่านั้นยังมีหลักความเป็นธรรม (Equity) ให้ใช้อีกด้วย ฉะนั้นภาระจำยอมใน common law จึงมีทั้ง legal easements และ equitable easements ภาระจำยอมทางกฎหมายที่เป็นทรัพย์สิน และบุคคลสิทธิตามลำดับ ผู้เขียนเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษ (Lincoln's Inn) และในฐานะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ใช้กฎหมาย common law ตัดสินคดี หลายคดีตามที่คู่ความกำหนดไว้ล่วงหน้า เห็นส่วนดีของระบบกฎหมายนี้ และเห็นด้วยกับ Brexit ที่จะทำให้กฎหมายแม่ (Mutterrecht) ของ common law ไม่ต้องสูญหายไปไหนที่สุด

อย่างไรก็ดี การพิจารณาอย่างลึกซึ้งซึ่งทำให้ผู้เขียนเห็นว่าการนำแนวคิดเองไกลแซกซอนมาประเมินการสอนและการวิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายในมหาวิทยาลัยของไทยไม่ใช่ความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจอันเนื่องมาจากการคุ้นเคยกับ common law เพราะถ้าประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษเน้นประวัติศาสตร์ความคิด (doctrinal legal history หรือ intellectual history) เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมาย ประเทศไทยก็มีความจำเป็นด้านนี้ไม่น้อยกว่ากัน จริงอยู่ใน common law กฎหมายบางเรื่องไม่ชัดเจนจนกว่าจะถึงศาลฎีกา และไทยมีประมวลกฎหมายที่แน่นอนกว่าที่อังกฤษ แต่ประมวลดังกล่าวก็มีได้ระบุหลักในแต่ละเรื่องคืออะไร กว่าจะทราบว่าหลักนิติศาสตร์เบื้องหลังภาระจำยอมของไทยว่าเป็นหลัก



สาธารณประโยชน์อันได้มาจาก utilitas โรมันก็ต้องอาศัยผลของการวิจัย อันที่จริงประมวลกฎหมายก็เป็นที่รวมของข้อบังคับอันขึ้นอยู่กับเวลาและสถานที่ (place and time-specific) จึงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาและจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงเพื่อปรับตัวให้เข้ากับเหตุการณ์ ส่วนหลักนิติศาสตร์ เช่น สาธารณประโยชน์ (utilitas) ที่ผ่านการทดสอบของเวลามาแล้วอยู่ ได้คงทนกว่าระเบียบหรือข้อบังคับ แต่ก็ต้องปรับใช้ตามเหตุการณ์เช่นกัน ทั้งนี้ utilitas อาจไปใช้ร่วมกับหลักลามิควรได้ (unjustified enrichment) เบื้องหลังภาษีมรดก ทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของประวัติศาสตร์ความคิดหลักกฎหมายอันจะช่วยในการใช้และพัฒนากฎหมายในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามการใช้หลักนิติศาสตร์อาจมีความซับซ้อนเพราะอาจขัดกันเองก็ได้ เช่นหลักเบี่ยงหลังภาษีมรดกก็ขัดกับหลักเสรีภาพของเจ้ามรดก (Testierfreiheit) และเมื่อมีการขัดแย้งเกิดขึ้น ถ้ารัฐเป็นผู้ชี้ขาดมักจะใช้ utilitas อันเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนเช่นกัน

References

- Beard, Mary. *SPQR A History of Ancient Rome*. London: Profile Books, 2018.
- Cosgrove, Richard A. "The Culture of Academic Legal History: Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930." *Cambrian L. Rev* 33 (2002): 23-34.
- Harding, Andrew, and Peter Leyland. *Lecturer in Law Leyland. The Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis Constitutional Systems of the World*. Oxford, Portland, OR: Hart, 2011.
- Hurst, James Willard. *Law and Economic Growth: A Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*. Cambridge: Harvard University, 1964.
- Inventing the Individual. *The Origins of Western Individualism*. London: Penguin, 2015.
- Levitt, Steven D., and Stephen J. Dubner. *Think Like a Freak*. New York: William Morrow and Company, 2014.
- Lobban, Michael. "The Varieties of Legal History." *Clio@ Thémis* 5 (2012): 3-29.
- Mazzucato, Mariana. *The Entrepreneurial State, Debunking Public vs Private Sector Myths*. London: Penguin, 2018.
- Milsom, S. F. C. *Historical Foundations of the Common Law*. London: Butterworths, 1969.
- Milsom, S. F. C. *The Legal Framework of English Feudalism*. New York: Cambridge University, 1976.
- Prachoom Chomchai. *Gleanings of Thai Private Law in a Roman and Anglo-Saxon Setting: A Preliminary Exercise in Legal History and Comparative Law, an Updated and Recast English Version of the Thai Original*. Bangkok: The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials Faculty of Law, Thammasat University, 2011. [In Thai]
- Prachoom Chomchai. *Introduction to the Principles of Fiscal and Financial Laws*. Bangkok: The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials Faculty of Law, Thammasat University, 2009. [In Thai]



Prachoom Chomchai. *Private Law, Preliminary Comparison: Roman and Anglo-Saxon Customary Laws*. Bangkok: The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials Faculty of Law, Thammasat University, 2010. [In Thai]

Siedentop, Larry. *Inventing the Individual: The Origins of Western Individualism*. London: Penguin, 2015.

Walker, David M. *The Oxford Companion to Law*. Michigan: Clarendon, 1980.

Wikipedia. "Frederic William Maitland." Accessed February 1, 2019. https://en.wikipedia.org/wiki/Frederic_William_Maitland.

Wikipedia. "James Willard Hurst." Accessed February 1, 2019. https://en.wikipedia.org/wiki/James_Willard_Hurst.

Wikipedia. "Stroud Francis Charles Milsom." Accessed February 1, 2019. https://en.wikipedia.org/wiki/S._F._Milsom.

Willard Hurst, James, and the Common Law Tradition in American. "Legal Historiography." *Law & Society* 9 (1975-6): 9-55.

Willard Hurst, James. *Law and Economic Growth: A Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*. Cambridge: Harvard University, 1964.