

เปรียบเทียบแบบแผนแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายไทยและตามกฎหมายต่างประเทศ

บทบัญญัติว่าด้วยแบบแผนแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายไทย มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับแบบแผนแห่งนิติกรรมไว้อย่างชัดเจน ตามหลักกฎหมายไทยแต่เดิมมิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับแบบแผนแห่งนิติกรรมไว้เหมือนอย่างมาตรา 115 อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 115 นี้ เพิ่งปรากฏขึ้นเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 พุทธศักราช 2468 ปัจจุบันนี้เอง

สาเหตุที่ไทยเราต้องมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นมา ก็เนื่องมาจากตัวบทกฎหมายเก่าของไทยไม่อาจวิวัฒนาการทันต่อความเจริญของบ้านเมือง เรามีความจำเป็นที่จะต้องให้มีการเลิกสภาพนอกอาณาเขตเสียโดยรวดเร็ว และการมีกฎหมายอันทันสมัยก็เป็นเงื่อนไขอันหนึ่ง (1) จึงต้องมีการร่างกฎหมายใหม่มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ ซึ่งในขณะที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ใช้หลักกฎหมายของนานาประเทศเป็นเครื่องมือที่ไ้มากก็คือ ประมวลกฎหมายของเยอรมัน สวิต สวีเดน และฝรั่งเศส (2) บทบัญญัติ

(1) หยุค แสงอุทัย, ศาสตราจารย์, เสริม วินิจฉัยกุล, ศาสตราจารย์, กฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ชั้นปริญญาโท (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 1.

(2) เสริม วินิจฉัยกุล, คร., สารบัญค่านบรรยายกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลเทียบกฎหมายไทย (กฎหมายเปรียบเทียบไทย-นานาชาติ) ปีการศึกษา 2494, หน้า 1.

มาตรา 115 ว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรม ก็เพิ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคัดลอกมาจากหลักกฎหมายของนานาประเทศดังกล่าว เช่นเดียวกัน เพราะแต่เดิมกฎหมายไทยเรามีเฉพาะตามกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายอังกฤษ ดังจะเห็นได้จากตามหลักกฎหมายไทยแต่เดิมมาก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือว่าสัญญาต้องมีสินจ้าง คำว่าสินจ้างนี้มาจากกฎหมายอังกฤษ เรียกว่า consideration<sup>(3)</sup> ตามคำอธิบายคำสอนของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะสัญญาของไทยเราก็มักอ้างอิงถึงหลักกฎหมายอังกฤษอยู่เสมอ

แม้ว่าตามหลักกฎหมายไทยจะเพิ่งปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตาม มาตรา 115 ดังกล่าวแล้ว แต่หลักกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมได้มีการบัญญัติขึ้นนานแล้ว ตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นที่มาของกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายทั้งหลาย รวมตลอดถึงกฎหมายอังกฤษในระยะแรก ๆ ด้วย

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณากฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ เห็นควรแยกเปรียบเทียบตามกลุ่มระบบกฎหมาย ดังนี้

1. กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (The Civil Law System) ได้แก่กฎหมายโรมัน กฎหมายของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลี ออสเตรีย สวีตส์ จีน ญี่ปุ่น ตลอดจนกฎหมายของไทย เป็นต้น
2. กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ถือตามระบบกฎหมายอังกฤษหรือกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ (The Common Law System) หมายถึงกฎหมายของประเทศอังกฤษและกฎหมายประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีที่มาจากระบบกฎหมายของอังกฤษ เช่น กฎหมายของประเทศ

(3) หยุด แสงอุทัย, ศาสตราจารย์, เสริม วินิจฉัยกุล, ศาสตราจารย์, เรื่อง เดิม, หน้า 23.

สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย เป็นต้น

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการนำหลักกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมายมาเป็นแบบอย่าง โดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งมาตรา 115 ดังกล่าวก็ได้คัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 125 และประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 11 วรรค 2 ซึ่งมีความคล้ายคลึงกัน (4)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้มีวิวัฒนาการโดยกฎหมายของประเทศที่ร่างขึ้นภายหลังจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายที่ได้มีการร่างขึ้นก่อน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นภายหลังประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายดังกล่าว หรือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันร่างขึ้นภายหลังกฎหมายโรมันก็ยอมรับอิทธิพลจากหลักกฎหมายโรมัน เป็นต้น ในการเปรียบเทียบกฎหมายวากควยแบบแห่งนิกิตกรรมในกลุ่มระบบกฎหมายนี้จึงควรจะได้ทราบถึงหลักกฎหมายวากควยแบบแห่งนิกิตกรรมของประเทศในกลุ่มระบบนี้ โดยจะเริ่มจากหลักกฎหมายโรมันอันเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายในประเทศที่ใช้ประมวลทั้งหลายเป็นลำดับไปดังนี้

ความหลักกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลและเป็นที่มาของกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบประมวลกฎหมายทั้งหลาย ตลอดจนยังเป็นกฎหมายที่เป็นที่มาของคอมมอนลอว์ (Common Law) ในระยะแรก ๆ อีกด้วย กฎหมายโรมันได้กำหนดแบบที่สำคัญ ๆ ได้แก่

(4) เทพวิฑูร, ระยะเวลา(บุญช่วย วณิชกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 (พ.ศ. 2476-8) (พิมพ์ครั้งที่ 3 โดยเนติบัณฑิตยสภา, พระนคร : โรงพิมพ์ไทยศึกษา, 2509), หน้า 416.

1. *Stipulatio* เป็นแบบของการทำคำเสนอกำหนดด้วยวาจา ใช้เฉพาะกฎหมายลักษณะสัญญา

2. *Act before the comitia curiata* เป็นแบบที่มีความสำคัญน้อยที่สุด เป็นการบัญญัติให้มีการแสดงออกต่อบุคคลทั่วไป ใช้บังคับกับการรับบุตรบุญธรรมและเป็นแบบของพิธีกรรมในระยะแรกที่สุด โดยการให้สภาประชาชนของชาวโรมันได้เข้ารับรู้อย่างเป็นนัย

3. *Mancipatio* เป็นแบบของการส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย โดยนำพยานจำนวน 5 คน มีผู้ถือตราซึ่งทองสัมฤทธิ์อีก 1 คน ให้ผู้รับโอนถือสิ่งของที่จะส่งมอบในมือข้างหนึ่ง และราคาสิ่งของซึ่งเป็นทองสัมฤทธิ์ด้วยมืออีกข้างหนึ่ง และกล่าวในกรณีการขายทาส ก็กล่าววา ข้าพเจ้าขอประกาศว่าทาสคนนี้เป็นของข้าพเจ้าโดยสิทธิตามกฎหมายซึ่งข้าพเจ้าได้ซื้อด้วยราคาแห่งทองสัมฤทธิ์และตราซึ่งทองสัมฤทธิ์นี้ ให้เกาะทองสัมฤทธิ์และตราซึ่งและส่งมอบให้แก่ผู้โอน แบบชนิดนี้ ใช้เฉพาะแก่ชาวโรมัน เป็นแบบที่ใช้สำหรับการขายในระยะก่อนที่จะมีการใช้เงินเหรียญ ซึ่งตราซึ่งสัมฤทธิ์และทองสัมฤทธิ์เป็นสัญลักษณ์ของยุคกฎหมาย 12 โต๊ะ

4. *In iure cessio* เป็นวิธีการส่งมอบ ส่วนจะเกี่ยวกับทรัพย์สินอะไรบ้างนั้น ชาวโรมันทราบกันตามบทบัญญัติซึ่งแสดงความเป็นเจ้าของอันปรากฏอยู่ใน *the legis actio procedure* โดยให้กรณีไปอยู่ที่หน้าเจ้าหน้าที่เรียกว่า *Praetor* ให้ผู้รับมอบถือสิ่งของที่จะส่งมอบพร้อมกับกล่าวถ้อยคำ เช่น เกี่ยวกับการส่งมอบโดยวิธี *mancipatio* ที่ใดกล่าวมาแล้ว แล้วเจ้าหน้าที่จะถามผู้ส่งมอบว่าเขาจะคัดค้านอย่างไร ถ้าผู้ส่งมอบไม่ตอบว่าอย่างไรหรือตอบว่าไม่ เจ้าหน้าที่ก็จะตัดสินให้สิ่งของที่ส่งมอบตกเป็นของผู้รับมอบ แบบชนิดนี้เป็นแบบที่ใช้ในกรณีพิเศษเท่านั้น (5)

---

(5) Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law (2nd. ed.; London: Oxford University Press, 1965), pp. 62-64.

สภาพบังคับหรือผลของนิติกรรมสัญญาที่มีได้ปฏิบัติตามแบบตามหลักกฎหมายโรมัน ได้กำหนดให้การที่มีได้ปฏิบัติตามแบบหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ถือว่าการนั้นไม่มีผลอันใดเกิดขึ้น (void) ในทางตรงข้าม ถ้าได้มีการปฏิบัติตามแบบ แต่การแสดงเจตนาบกพร่อง (สำคัญผิดหรือฉ้อฉล) การนั้นก็ยังมีผลตามกฎหมายเท่ากับแบบเป็นทั้งสาระสำคัญและส่วนสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมสัญญานั้นเอง (6)

ตามที่ได้อธิบายกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายโรมันดังกล่าวแล้ว ทำให้ทราบวากฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมปรากฏขึ้นตั้งแต่สมัยโรมัน และแบบแห่งนิติกรรมในสมัยโรมันนี้ ส่วนใหญ่เป็นแบบเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งทำให้ให้นักนิติศาสตร์บางท่านนำมาเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าการส่งมอบทรัพย์สินเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาบางชนิด เช่น นิติกรรมสัญญาให้, ยืม เป็นแบบแห่งนิติกรรมชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังได้กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับสภาพบังคับหรือผลของนิติกรรมสัญญาที่มีได้ปฏิบัติตามแบบตามหลักกฎหมายโรมันดังกล่าวแล้ว จะเห็นวากฎหมายโรมันได้บัญญัติให้มีผล เช่น เกี่ยวกับความตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนบทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายของประเทศที่อยู่ในกลุ่มระบบประมวลกฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไป ซึ่งทำให้เห็นถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบประมวลกฎหมายนี้ ว่าได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมันดังได้พิจารณามาแล้วนั่นเอง ซึ่งเมื่อคำนึงถึงเจตนารมณ์ของการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับควยส่วนได้เสียของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นบทบังคับที่รัฐบังคับให้ราษฎรทำ ถ้าไม่ทำ การนั้นก็ตกเป็นอันไร้ผล คู่กรณีจะตกลงเลี้ยงทำกันเป็นอย่างอื่นโดยเห็นแก่ความสะดวกส่วนคนมิได้

ในปี ค.ศ. 1811 ประเทศออสเตรียได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย (Austrian Civil Code) มีบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม

(6) Ibid., p. 61.



ไว้ตามมาตรา 883 สัญญาอาจทำขึ้นด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ ทำกันในศาลหรือนอกศาล ทำต่อหน้าพยานหรือไม่ต้องมีพยานก็ได้ เว้นแต่ในกรณีที่ได้มีการกำหนดไว้โดยกฎหมายในเรื่องแบบ (7) ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปว่า สัญญาไม่ต้องทำตามแบบ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดแบบไว้คล้ายคลึงกับความตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่างกันก็ตรงที่ความตามมาตรา 883 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียมิได้บัญญัติเกี่ยวกับสภาพบังคับหรือผลของการไม่ทำตามแบบ ยังผลให้นิติกรรมสัญญาต้องตกเป็นโมฆกรรมอย่างกรณีตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในปี ค.ศ. 1865 ประเทศอิตาลีได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (The Italian Civil Code) ซึ่งตามมาตรา 1351 ถือว่าในเบื้องต้นสัญญาจะตกเป็นโมฆะ ถ้ามิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการทำสัญญานั้น (8) ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับความตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือกำหนดให้นิติกรรมสัญญาในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้ นิติกรรมสัญญาจะเป็นโมฆะเสียเปล่า ถ้ามิได้ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรมดังกล่าว

ในปี ค.ศ. 1900 ประเทศเยอรมันได้ร่างประมวลกฎหมายขึ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน มาตรา 125 นิติกรรมที่มิได้ทำตามแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย

(7) Rudolf B. Schlesinger, Formation of Contracts A Study of the Common Core of Legal Systems, Volume I (N.Y.: Oceana Publication, Inc., 1968), p. 271.

(8) The Italian Civil Code, trans. by Mario Beltramo Giovanni E. Longo and John Henry Merryman (N.Y. Oceana Publications, Inc., 1969), p. 347.

นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ (9) ความตามบทบัญญัตินี้เองที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำมาเป็นหลักในการร่างมาตรา 115 อันว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาแล้ว

ในปี ค.ศ. 1907 ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ได้มีการร่างประมวลกฎหมายตามประมวลกฎหมายหนี้สวิส (Swiss Law of Obligation) มีบทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมในมาตรา 11 วรรค 2 ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นว่าด้วยขอบเขตและผลของแบบที่กำหนดไว้แล้ว สัญญาจะสมบูรณ์และมีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามแบบนั้นแล้ว (10) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำมาเป็นหลักหรือเป็นที่มาของความตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับมาตรา 125 แห่งประมวลแพ่งเยอรมัน ดังได้กล่าวมาแล้ว ควรที่จะได้พิจารณาแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายสวิสว่าได้มีการกำหนดไว้ประการใดบ้าง เพื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายสวิสนี้ ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส ได้บัญญัติแยกออกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ซึ่งต่างกับของไทยได้บัญญัติกฎหมายลักษณะหนี้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่นเดียวกับประมวลแพ่งเยอรมัน จะต่างกันก็ตรงที่ไทยเราได้รวมกฎหมายพาณิชย์เข้าอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งด้วย นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายสวิสได้บัญญัติอยู่ในเรื่องสัญญา แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบัญญัติอยู่ในลักษณะนิติกรรม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมซึ่งบัญญัติอยู่ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ยังผลให้ไขข้อสงสัยแก่นิติกรรมสัญญาได้ทั่วไปนั่นเอง

(9) German Civil Code First Book and Second Book ของสมุคคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, หน้า 22.

(10) Rudolf B. Schlesinger, op. cit., p. 277.

บทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามที่ได้พิจารณาเปรียบเทียบตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับหลักกฎหมายของประเทศที่อยู่ในกลุ่มระบบประมวลกฎหมายดังกล่าวแล้ว ความตามมาตรา 115 นี้ก็มีความหมายคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งเม็กซิโก (The Civil Code For the Federal District and Territories of Mexico) มาตรา 1833 ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อกฎหมายได้กำหนดแบบสำหรับสัญญาไว้เป็นพิเศษ สัญญาจะไม่สมบูรณ์ถ้ามิได้ทำตามแบบดังกล่าว (11) ประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา 73 นิติกรรมที่มิได้ทำใหญ่ถูกต้องตามแบบที่กำหนดเป็นอย่างอื่น (12) ประมวลกฎหมายแพ่งฟิลิปปินส์ (Civil Code of The Philippines) มาตรา 1356 บัญญัติว่า สัญญาต้องทำตามแบบที่กำหนดโดยกฎหมายที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำตามแบบ สัญญาจะสมบูรณ์หรือใช้บังคับได้หรือสามารถพิสูจน์ความมีอยู่ของสัญญาได้ ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามนั้น (13)

จากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบประมวลกฎหมาย จะเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวที่บัญญัติอยู่ตามกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบประมวลกฎหมาย รวมทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการได้รับอิทธิพลในการร่างกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายดังกล่าวนั่นเอง

(11) The Civil Code For the Federal District and Territories of Mexico, trans. by Otto Schoenrich (New York: Baker, Voorhis and Co., Inc., 1950), p. 361.

(12) Laws of The Republic of China, trans. and Compiled by Law Revision Planning Group CUSA, The Executive Yuan The Republic of China, Taipei 1961, p. 97.

(13) Civil Code of The Philippines (Republic Act No. 386) (Manila: Bureau of Printing, 1957), pp. 246-247.



การเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ (The Common Law System)

หลักกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่หลักกฎหมายของอังกฤษ อเมริกา ออสเตรเลีย ตามคอมมอนลอว์ระยะแรกที่มาแห่งกฎหมายที่สำคัญอย่างหนึ่งของคอมมอนลอว์ ก็ได้แก่กฎหมายโรมันเช่นกัน หลักกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามคอมมอนลอว์ ในระยะแรกได้กำหนดว่า สัญญาที่จะต้องทำตามแบบ กล่าวคือ สัญญาจะไมผูกมัด เว้นแต่จะจัดทำตามรูปแบบ และแบบของสัญญาที่สำคัญ ๆ ตามคอมมอนลอว์มีอยู่ 3 ชนิดด้วยกัน คือ (1) สัญญาที่จัดทำเป็นตราสารจดทะเบียน (2) ข้อสัญญาของคู่กรณีที่ทำลงบันทึกไว้ (3) เครื่องมือที่ใช้ในการติดต่อเจรจาและหนังสือที่ธนาคารหนึ่งมีถึงอีกธนาคารหนึ่ง ให้จ่ายเงินให้แก่ผู้ชายเมื่อนำสินค้าลงเรือ สำหรับสัญญาชนิดที่ ๓ ไปนอกจากนี้ไม่มีแบบพิธีและใช้บังคับได้ (14)

ในปัจจุบัน ตามหลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรม ได้มีการกำหนดขึ้นโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้กำหนดชนิดของแบบไว้หลายชนิดด้วยกัน เช่น ต้องจัดทำเป็นตราสารจดทะเบียน ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานอื่น ๆ โดยบันทึกเป็นหนังสือ (15)

สัญญาที่จัดทำเป็นตราสารตามคอมมอนลอว์ เช่น สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ มีกำหนดเกินกว่า 3 ปีขึ้นไป ต้องจัดทำเป็นตราสารจดทะเบียนตามกฎหมาย (16) เทียบได้กับความตามมาตรา 533 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นเพียงข้อกำหนดที่คล้ายแบบแห่งนิติกรรมดังโลกดวามาเท่านั้น เพราะเราถือว่า แม้ไม่จดทะเบียนก็ไม่เป็นโมฆะ

(14) John D. Calamari, and Joseph M. Perillo, The Law of Contracts (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970), p. 9.

(15) G.H. Treitel, op. cit., p. 132.

(16) Ibid.

แต่ยังสมบูรณ์ได้เพียง 3 ปี แต่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่า สัญญาที่ควรทำเป็นตราสาร เป็นส่วนหนึ่งของแบบของสัญญา (17)

สัญญาที่ควรทำเป็นหนังสือและไม่ควรทำเป็นหนังสือ ตามคอมมอนลอว์ ในกรณีที่ คู่กรณีทำสัญญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่มีความสำคัญ ๆ คู่กรณีจะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ เพื่อความสะดวกในการพิสูจน์เกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญานั้น แต่กระนั้นก็มีสัญญาอีกหลาย ประเภท แม้ว่าคู่ประสงคแห่งสัญญาจะ ไม่มีความสำคัญ กฎหมายก็ยังกำหนดให้มีหลักฐาน เป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ในปี ค.ศ. 1677 รัฐสภาของอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกถฉฉฉ โดยให้มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัด มิให้เกิดการฉ้อโกงและการเป็นพยานเท็จ ได้มีการกำหนดแบบของสัญญาขึ้นมา โดยกำหนด ให้การทำสัญญาทุกประเภท รวมตลอดถึงสัญญาค้ำประกัน สัญญาขายที่ดิน และสัญญาที่ควรได้ รับการปฏิบัติความชอบกัน มีระยะเกินกว่า 1 ปี จะมีผลให้ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ต่อ เมื่อได้มีการบันทึกหรือมีหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการมีหนังสือดังกล่าวมิใช่ข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบตามกฎหมาย คงเป็นเพียงข้อกำหนดที่ใช้ บังคับแก่สัญญาที่ไม่ควรทำเป็นหนังสืออย่างสัญญาในกรณีธรรมดาอย่างหนึ่งเท่านั้น (18) จึง เทียบได้กับข้อกำหนดที่คล้ายแบบแห่งนิติกรรมหรือหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อการฟ้องร้องตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน

สัญญาต่าง ๆ ในปัจจุบัน ในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ ได้ทำเป็นแบบมาตรฐาน โดย กำหนดเริ่มด้วยการพิมพ์แบบสัญญาใช้สำหรับสัญญาทุกชนิดที่มีลักษณะคล้ายกัน จะแตกต่างกัน

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(17) John D. Calamari, and Joseph M. Perrillo, op. cit., p. 188.

(18) John Baalman, Outline of Law in Australia (2nd. ed.; Australia the Law Book Co. of Australia PTY Ltd., 1955), p. 188.

เพียงแต่ขอปลี่ยนของข้อตกลงในแต่ละสัญญา แบบของ เอกสาร เช่นว่านี้ได้จัดทำขึ้นโดย  
 กลุ่มอาชีพ เพื่อสมาชิกได้ใช้สำหรับการทำสัญญาระหว่างสมาชิกด้วยกัน ตลอดจนบุคคล  
 ภายนอก ซึ่งในบางกรณี แบบมาตรฐานนี้ถูกกำหนดโดยกฎหมาย หรือกฎหมายให้อำนาจ  
 ในการกำหนดขึ้นไว้ (19) จะเห็นว่าในเรื่องนี้คงกำหนดขึ้นเพื่อความสะดวกและคล่อง  
 ตัวต่อการทำนิติกรรมสัญญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีการกำหนดแบบคัง  
 กล่าวไว้เหมือนกัน โดยเทียบได้กับแบบของตัวเงินอันถือได้ว่าเป็นกรณีที่กำหนดขึ้นโดย  
 กฎหมาย และแบบแห่งนิติกรรมประเภทนี้ควรที่จะได้มีการพิจารณาถึงประโยชน์ที่จะได้รับ  
 จากแบบคังกล่าว มากำหนดไว้บังคับแก่แบบในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
 และพาณิชย์ ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับการทำตามแบบของนิติกรรมนี้อยู่หลายประการ ดังได้  
 พิจารณามาแล้วข้างบน

จากการเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
 และพาณิชย์กับหลักกฎหมายต่างประเทศ ดังได้พิจารณามาแล้วจะเห็นว่า กฎหมายว่าด้วย  
 แบบแห่งนิติกรรมของไทยเรากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อาศัยเทียบเคียงมา  
 จากกฎหมายต่างประเทศก็ตาม กฎหมายของไทยเรากก็ยังเดินไม่ทันกฎหมายของต่าง  
 ประเทศ ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากคัมหมันที่ร่างกฎหมายของเรามีความคำนึงอยู่ว่า ประชาชน  
 อาจตามความก้าวหน้าของกฎหมายไม่ทัน ถ้าบัญญัติสลับซับซ้อนยุ่งยากเกินไป เจ้าพนักงาน  
 ก็ไม่เข้าใจ จะเห็นได้ว่า สมัยแรกที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกมาใหม่ ได้เกิด  
 ปัญหา รุนแรงเกี่ยวกับการใช้กฎหมายมากมาย ฉะนั้น แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
 จะอาศัยหลักกฎหมายต่างประเทศ ก็มีใคนำมาทั้งหมด คงนำเอามาใช้แต่พอประมาณเพื่อ  
 ให้เหมาะสมกับประเทศของเรา เช่น หลักกฎหมายเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อตามประมวล  
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 9 ซึ่งใคนำมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา  
 126 และประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวีตมาตรา 15 ในข้อที่เกี่ยวกับบุคคลผู้รับรองการลง

(19) G.H. Treitel, op. cit., p. 172.

เครื่องหมายแทนการลงลายมือชื่อ เป็นต้น

โดยสรุป เราอาจกล่าวได้ว่า การกำหนดแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายไทย ยึดเอากฎหมายของประเทศที่ให้ประมวลเป็นหลักเพื่อให้เกิดความแน่นอน ดังเห็นได้จาก บทมาตราที่อ้างโดยกรมร่างกฎหมายว่า ได้เทียบเคียงมาจากกฎหมายเยอรมันและสวีเดน แทนที่จะถือหลักตามกฎหมายของประเทศคอมมอนลอว์ ซึ่งค่อนข้างกว้างไกลไม่แน่นอน จนถึงกับหลงมีการกำหนดแบบมาตรฐานขึ้นใช้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ก็ยังไม่แน่นอนชัดเจนอยู่นั่นเอง เพราะกำหนดไว้เพียงในมาตรา 115 ว่าการใดไม่ทำตามแบบการนั้น เป็นโมฆะ แต่ไม่ได้บอกว่าแบบแห่งนิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีอะไรบ้าง จึงเป็นเหตุให้ถกเถียงกันได้อยู่เสมอ แม้ผู้อยู่ในกรมร่างกฎหมายเอง ก็ยังมีความเห็นขัดแย้งกัน เช่น พระยาเทพวิตร ก็ยังมีความเห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้ "นับเนื่องอยู่ในแบบเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมเหมือนกัน" ซึ่งข้อนี้กับกฎหมายหลายท่านไม่เห็นพ้องควย ผู้เขียนเอง เห็นว่าการส่งมอบมีไชแบบแห่งนิติกรรม แต่เป็นข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่คล้ายแบบดังได้อธิบายไว้ในบทก่อนแล้ว เท่านั้น

สำหรับหลักกฎหมายโรมันดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้ละเอียดมากเกินไป แม้นักกฎหมายเยอรมัน เช่น อี.เจ. คอห์น (E.J. Cohn) ผู้เรียบเรียงหนังสือชื่อ Manual of German Law ก็มีความเห็นว่าหลักกฎหมายโรมันละเอียดเกินไป ควรจะจัดรวมเข้ามาเป็นกลุ่ม ๆ ได้ ส่วนหลักกฎหมายอังกฤษนั้นกว้างขวางเกินไป ทำให้สัญญาเกิดขึ้นง่ายมาก กฎหมายเยอรมันจึงยึดทางสายกลางตามทฤษฎีที่ว่า Principle of Formfreiheit กล่าวคือโดยทั่วไป สัญญาไม่มีแบบ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดแบบ และแม้จะกำหนดแบบไว้ก็ให้กำหนดถ้อยคำกันเอง โดยเลี้ยงวิธีสร้างแบบมาตรฐาน (Principle of Vertragsfreiheit) การที่กฎหมายไทยยึดกฎหมายเยอรมันเป็นหลัก น่าจะเป็นการถูกต้อง เพราะบทบัญญัติส่วนใหญ่ในบรรพ 1 โดยเฉพาะลักษณะนิติกรรมสัญญาที่มีมาจากกฎหมายเยอรมัน จึงเป็นการอาศัยหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะการเน้นเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Vertragsfreiheit) แต่เมื่อไปถึงบรรพ 3 ซึ่งว่าด้วยเอกเทศสัญญาลักษณะต่าง ๆ แล้ว



จึงมีปัญหาเกิดขึ้น เพราะเอกเทศสัญญาบางลักษณะ มีที่มาจากกฎหมายอื่น เช่น ลักษณะ  
ซื้อขาย หุ้นส่วนบริษัท ทรัพย์สิน ประกันภัย มีที่มาจากกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเมื่อเราบังคับให้  
มีการจดทะเบียนรายการบางอย่างในการทำนิติกรรมนั้น ๆ กับเจ้าหน้าที่ ก็เกิดปัญหาขึ้นว่า  
การจดทะเบียนรายการหรือการจดทะเบียนเช่นนั้น เป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ เพราะแม้  
ไม่ทำตามก็ไม่ถึงกับเป็นโมฆะ เนื่องจากอาจสมบูรณ์เป็นอย่างอื่น เพียงแต่กระทบกระเทือน  
สิทธิหน้าที่บางประการเท่านั้น เช่น เสียสิทธิในฐานะนิติบุคคล เป็นต้น แต่ตามกฎหมายไทย  
ซึ่งยึดกฎหมายเยอรมันเป็นหลัก อาจถือว่าเป็นแบบและไม่ทำตามแบบนั้น ข้อตกลงหรือนิติกรรม  
ที่ตกลงกันไว้แต่เดิมจะเป็นโมฆะเสียเปล่าไป จึงควรได้แยกพิจารณาเรื่องดังกล่าวออกมา

ตามที่ได้พิจารณาแล้วว่า การจดทะเบียนนิติบุคคล เช่น การจดทะเบียนจัดตั้ง  
บริษัทจำกัด ตามมาตรา 1097 ถึงมาตรา 1111 และการจดทะเบียนจัดตั้งสมาคมตาม  
มาตรา 1275 ถึงมาตรา 1277 เป็นแบบแห่งนิติกรรมชนิดทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ  
พนักงานเจ้าหน้าที่ การจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลตามมาตรา 1064 การ  
จดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดและการจดทะเบียนครอบครัว เช่น การจดทะเบียนสมรส  
ตามมาตรา 1457 การจดทะเบียนหย่าตามมาตรา 1515 การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร  
ตามมาตรา 1547 การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1593/27 การจดทะเบียน  
เลิกรับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 1598/31 เป็นแบบแห่งนิติกรรมชนิดจดทะเบียนต่อพนักงาน  
เจ้าหน้าที่นั้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศไม่ปรากฏว่าการจดทะเบียน -  
นิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัวเป็นแบบแห่งนิติกรรม จึงทำให้มีนักนิติศาสตร์บางท่าน  
ไม่เห็นด้วยกับข้อพิจารณาดังกล่าว ที่ว่าการจดทะเบียนนิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัว  
ที่กล่าวมา เป็นแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115 ทั้งนี้ได้  
มีการให้เหตุผลที่นำพิจารณา พอสรุปได้ดังนี้

1. เหตุที่ว่าหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัด การจัดตั้งสมาคม การจัด  
ตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ต้องมีการจดทะเบียนนิติบุคคล

และการสมรส การหย่า การรับเด็กเป็นบุตร การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งต้องมีการจดทะเบียนครอบครัวนั้น เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งสภาพบุคคล และการเปลี่ยนแปลงฐานะของบุคคล คล้ายคลึงกับการเกิดการตาย ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยทะเบียนราษฎร บัญญัติให้มีการจดทะเบียนการเกิดและการจดทะเบียนการตาย อันมีลักษณะต่างกับการทำนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไป เช่นนิติกรรมสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมชนิดทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น การจดทะเบียนนิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัวดังกล่าว จึงเทียบได้กับการจดทะเบียนการเกิดและจดทะเบียนการตาย ซึ่งเป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการปกครองอันแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของแบบแห่งนิติกรรม

2. พิจารณาผลของมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้นิติกรรมสัญญาที่มีใ้ทำตามแบบแห่งนิติกรรม ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า กล่าวคือ นิติกรรมสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้แล้ว ถ้ามิได้ทำตามแบบดังกล่าว นิติกรรมสัญญานั้น ๆ จะตกเป็นโมฆะเสียเปล่า แต่เมื่อมาพิจารณาเกี่ยวกับผลของการจัดตั้งบริษัทจำกัด การจัดตั้งสมาคม การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด แม้จะมีใ้จดทะเบียนนิติบุคคล ก็มีใ้ยังผลใ้การจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าวตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ต้องมั่งคัม้ด้วยบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรใ้แต่ประการใ้ใด กลับตรงกันข้าม กล่าวคือ บรรดาสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดตั้งนิติบุคคลนั้นยังมีผลสมบูรณ์ทุกประการ เท่ากับแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยกรจดทะเบียนนิติบุคคลดังกล่าว มีใ้ชอบบทบัญญัติว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้เกี่ยวกับการสมรส การหย่า การรับเด็กเป็นบุตร การรับบุตรบุญธรรม ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดใ้ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้ามิได้ปฏิบัติตาม ก็ไม่มีบทบัญญัติใ้กำหนดใ้ผลตกเป็นโมฆะ อันต่างกับการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมใ้การทำนิติกรรมสัญญาประเภทอื่น จะยังผลใ้นิติกรรมสัญญาตกเป็นโมฆะเสียสิ้น ถ้าจะใ้ทำนิติกรรมสัญญานั้นใ้ชอบขึ้นมา ก็จะต้องเริ่มแสดงเจตนาใ้ทำนิติกรรมสัญญานั้นใหม่ แต่การไม่จดทะเบียนนิติบุคคลหรือครอบครัวนั้น ถ้าใ้ในภายหลังใ้ได้มีการใ้ทำใ้ถูกต้องเมื่อไรก็ใ้เป็นอันชอบด้วยกฎหมาย

ไม่ต้องมีการ เริ่มแสดงเจตนาอะไรกันใหม่

จากข้อพิจารณาของนักนิติศาสตร์บางท่าน ประกอบกับเหตุผลดังกล่าวที่เห็นว่าการจดทะเบียนนิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัว มีใช่เป็นบทบัญญัติที่วางแบบแผนแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนนิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตลอด ก็พบข้อพิจารณาและเหตุผลที่สามารถนำมาหักล้างข้อพิจารณาและเหตุผลของนักนิติศาสตร์ดังกล่าว ให้เห็นว่าการจดทะเบียนนิติบุคคลและการจดทะเบียนครอบครัวเป็นบทบัญญัติที่วางแบบแผนแห่งนิติกรรมตามความในมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เช่นกัน แต่เพื่อประโยชน์ในการพิจารณา จะขอแยกกล่าวออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีการจดทะเบียนนิติบุคคล และกรณีการจดทะเบียนครอบครัว

1. การจดทะเบียนนิติบุคคล อันได้แก่การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามมาตรา 1037 ถึงมาตรา 1111 การจดทะเบียนจัดตั้งสมาคม ตามมาตรา 1275 ถึงมาตรา 1277 และการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ตามมาตรา 1064 การจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ตามมาตรา 1078 ซึ่งได้เคยพิจารณามาในเบื้องต้นแล้วว่า เป็นแบบแผนแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 115 ซึ่งก็ได้เคยพิจารณาแล้วเช่นกันว่า แบบแผนแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 นั้น ใช้บังคับแก่การทำนิติกรรมสัญญาเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัด ก็คือ การจัดตั้งสมาคมก็คือ ตลอดจนการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลและการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ เมื่อได้พิจารณาความตามมาตรา 1012 และ มาตรา 1274 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะเห็นได้ชัดแจ้งว่ากฎหมายได้บัญญัติว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัด สมาคม หรือห้างหุ้นส่วนก็ตาม เป็นสัญญาอย่างหนึ่งซึ่ง เทียบกับกฎหมายได้รับรองไว้แล้วว่าการดังกล่าว เป็นการทำนิติกรรมสัญญาที่กฎหมายจะกำหนดให้ต้องทำตามแบบแผนแห่งนิติกรรมตามความในมาตรา 115 ได้ เมื่อปัญหาในเบื้องต้นเป็นที่ยุติว่า การจัดตั้งบริษัทจำกัดก็คือ

สมาคมก็ดี หรือห้างหุ้นส่วนก็ดี เป็นการดำเนินกิจกรรมสัญญาแล้ว ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ มาก็คือ ความที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้มีการจดทะเบียนบริษัทจำกัด การจดทะเบียนสมาคม การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเรียกรวม ๆ ว่าการจดทะเบียนนิติบุคคลชั้นมานั้น เป็นแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 หรือไม่

ตามที่ได้พิจารณากันมาแล้วเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าการใดเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงสภาพบังคับหรือการไม่ทำตามการนั้น ๆ จะยังผลให้นิติกรรมสัญญาตกเป็นโมฆะหรือไม่ ทั้งนี้โดยผลแห่งมาตรา 115 นั้นเอง แต่เมื่อได้พิจารณาดังผลของการไม่จดทะเบียนนิติบุคคลดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าผลของการไม่จดทะเบียนนิติบุคคล มิได้ทำให้การจัดตั้งบริษัทจำกัด สมาคม ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด มีผลตกเป็นโมฆะเสียสิ้น ดังความตามมาตรา 115 นี้ก็สัมพันธ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะในระหว่างการจัดตั้งด้วยกัน หรือกับบุคคลภายนอก ยังคงมีผลสมบูรณ์ไม่ตกเป็นโมฆะเสียสิ้น แต่ในเรื่องดังกล่าวนี้ ถ้าได้พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเบื้องต้นแล้ว เช่นความตามมาตรา 1079 อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนอยู่ตามปกติ หากให้ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งผู้ถือหุ้นทั้งหมดยินยอมรองรับนิติกรรมกันในบรรดาหุ้นของห้างหุ้นส่วน โดยไม่มีจำกัดจำนวนจนกว่าจะได้จดทะเบียน หรือตามมาตรา 1113 ผู้เริ่มก่อการบริษัทรองรับนิติกรรมกันและโดยไม่มีจำกัดในบรรดาหุ้นและการจ่ายเงิน ซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทมีได้อนุมัติและแม้จะได้มีการอนุมัติ ก็ยังคงต้องรับนิติกรรมเช่นนั้น จนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติรับรองในข้อที่ว่าแม้จะมีได้จดทะเบียนนิติบุคคลไว้ เมื่อได้มีการจดทะเบียนนิติบุคคลในภายหลัง การจัดตั้งนิติบุคคลนั้นก็สมบูรณ์โดยไม่ต้องเริ่มแสดงเจตนาอันใหม่อีก ดังจะเห็นได้จากมาตรา 1064 อันห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นจะจดทะเบียนก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1112 ด้วยแล้ว ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าการจดทะเบียนมิได้ทำภายใน 3 เดือน นับแต่ประชุมตั้งบริษัทไว้ ท่านว่าบริษัทนั้นเป็นอันไม่ได้อัตโนมัติ" จึงไม่น่าสงสัยเลยว่า การจดทะเบียนนิติบุคคลดังกล่าวจะมีใช่แบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 นอกจากนี้ ยังมีข้อ



สนับสนุนว่าการจดทะเบียนนิติบุคคลนี้เป็นแบบแห่งนิติกรรม กล่าวคือเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของแบบแห่งนิติกรรมในประการเพื่อประโยชน์แก่รัฐและบุคคลภายนอกแล้ว ความตามมาตรา 1018 และมาตรา 1020 ก็ได้อัตโนมัติรับรองไว้เช่นกัน

สำหรับปัญหาที่ว่า ถ้าการจดทะเบียนนิติบุคคลดังกล่าวเป็นแบบแห่งนิติกรรมแล้ว การไม่ทำตามแบบจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 115 หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องโมฆะกรรมก่อให้เกิดผลแตกต่างกัน หากเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งประมวลไม่ เช่น มาตรา 115 จะบัญญัติว่า อันความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมนั้น ท่านว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะกล่าวอ้างนั้นก็ไ้ แต่ในกรณีการสมรสเป็นโมฆะ กฎหมายกลับบัญญัติเป็นอย่างอื่น ดังที่มาตรา 1435 บัญญัติว่า คำพิพากษาศาลเท่านั้นจะแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ แม้ในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมก็เช่นกัน มาตรา 115 จะบัญญัติว่านิติกรรมที่ไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบยอมเป็นโมฆะ แต่ตัวแลกเปลี่ยนตามมาตรา 909 ซึ่งเห็นกันว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมประเภทที่ต้องมีรายการตามกฎหมายนั้น เมื่อไม่ทำตามนี้ แทนที่จะตกเป็นโมฆะ มาตรา 910 กลับบัญญัติว่า ทรสารอันมีรายการขาดตกบกพร่องไปจากที่ท่านระบุบังคับไว้ในมาตราก่อนนี้ ยอมไม่สมบูรณ์เป็นตัวแลกเปลี่ยน ซึ่งแสดงว่าหากเป็นโมฆะเสียทีเดียวโมฆะนั้นการจดทะเบียนนิติบุคคลก็อาจเป็นแบบประเภทที่กฎหมายกำหนดผลเป็นกรณีพิเศษออกไปได้ ซึ่งเพราะเหตุนี้เองจึงทำให้เกิดข้อถกเถียงกันขึ้น นอกจากนี้ มีข้อที่น่าสังเกตว่าการพิมพ์จดทะเบียนตั้งสภาพนิติบุคคลซึ่งเรายอมรับกันว่าทำให้สภาพนิติบุคคลไม่เกิดขึ้นนั้น อาจเรียกได้อีกหนึ่งว่า สภาพนิติบุคคลเป็นอันไร้อผล (The status of juristic person is void) คำว่า void นี้ ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่าโมฆะ ซึ่งทำให้ดูมีความหมายพิเศษเฉพาะตัว แต่แท้จริงแล้ว ก็คือ สภาพการไร้อผล สิ้นผล สิ้นความผูกพัน (null) นั่นเอง ส่วนที่ว่าแม้ไม่เกิดสภาพนิติบุคคลนั้น ก็อาจเกิดสภาพอย่างอื่น เช่น เมื่อไม่จดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ก็อาจเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญธรรมดาได้ ก็เป็นผลต่อเนื่องที่ตามมาเนื่องจากกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ในคำอธิบายเล่มจึงตัดปัญหาค้นการ เรียกแบบประเภทนี้ว่า แบบชนิดพิเศษ ซึ่งไม่อาจยกหลักในเรื่องแบบทั่วไป

2. เกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัว คือการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 การจดทะเบียนหย่าตามมาตรา 1515 การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1547 การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1593/27 และการจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1593/31 เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการพิจารณาว่าบทบัญญัติว่าด้วยแบบแผนนิตินกรรม ตามความในมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ควรที่จะไต่ตราว่าการจดทะเบียนครอบครัว มีหลักกฎหมายความเป็นมาอย่างไร

หลักกฎหมายว่าด้วยกรจดทะเบียนครอบครัวตามกฎหมายไทยนั้น เพิ่งเริ่มปรากฏขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พุทธศักราช 2477 ซึ่งในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้อำนาจชำระใหม่พุทธศักราช 2519 ยกเลิกไป โดยหลักกฎหมายดั้งเดิมของเราตามกฎหมายลักษณะฉ้อโกงก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัวแต่ประการใด การสมรส การหย่า การรับเด็กเป็นบุตร การรับบุตรบุญธรรม หรือการเลิกรับบุตรบุญธรรม มีผลสมบูรณ์ในตัวเองเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยไม่ต้องทำการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ที่มาของหลักกฎหมายว่าด้วยกรจดทะเบียนครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คงได้กล่าวมาแล้วเช่นกันว่า ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อาศัยหลักกฎหมายของประเทศที่อยู่ในกลุ่มระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิต เป็นส่วนใหญ่ หลักกฎหมายว่าด้วยกรจดทะเบียนครอบครัวนี้ก็เช่นเดียวกัน เราได้อาศัยหลักกฎหมายของฝรั่งเศส และสวิต เป็นสำคัญ

วิวัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยกรจดทะเบียนครอบครัว หลักกฎหมายว่าด้วยกรจดทะเบียนครอบครัว มีที่มาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายศาสนา (Canon Law) ซึ่งสงฆ์สภา 30 คน ได้ร่างหลักเกณฑ์ไว้ก็คือ ไม่ยอมรับให้ทำการสมรสโดยไม่เปิดเผย โดยได้ยกเลิกกฎหมายโรมันที่ว่า การสมรสยอมสมบูรณ์ถ้าสมรสตกลงยินยอมกัน โดยไม่ต้องมีพิธีการ โฆษณาอย่างใดทั้งสิ้น กล่าวคือ ถือหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมเพียงอย่าง

เดี่ยวนั้น เนื่องจากเห็นว่าการสมรสตามหลักกฎหมายโรมันทำให้ฐานะของบุคคลไม่แน่นอน และมีการเลียงไปทำการสมรสซ้อน ซึ่งขัดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายศาสนา จึงได้มีการกำหนดให้มีพิธีการสมรสโดยเปิดเผย ต้องกระทำต่อพระสงฆ์ 1 องค์ และพยานอย่างน้อย 2 คน ซึ่งหลักนี้ บางประเทศก็ยังยอมรับกันอยู่ เช่น บางมลรัฐในสหรัฐ เช่น นิวเจอร์ซีย์ มิชิแกน ส่วนในสกอตแลนด์ เพิ่งยกเลิกไปเมื่อปี ค.ศ. 1939 (20) จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายศาสนาที่กำหนดให้การสมรสต้องกระทำโดยเปิดเผยนี้เอง ถือว่าเป็นที่มาให้เกิดหลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสขึ้น กล่าวคือ ในประเทศอื่นซึ่งไม่ยอมรับพิธีสมรสโดยศาสนา ก็ได้บัญญัติกฎหมายให้มีวิธีการสมรสโดยให้มีพนักงานทะเบียนแทนพระ อันเป็นแบบของสัญญาสมรสที่จะต้องมีการปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืน จะยังผลให้สัญญาสมรสไม่สมบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะ เช่นตามประมวลแพ่งเงิน มาตรา 988 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงผลของการสมรสที่ไม่ทำตามแบบว่า "การสมรสเป็นโมฆะในกรณีต่อไปนี้"

1. กรณีที่การสมรสไม่ทำตามแบบซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 982" มาตรา 982 การสมรสต้องทำพิธีโดยเปิดเผยและต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คน (21) ส่วนของไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1457 บัญญัติให้การสมรสต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่คล้ายคลึงกับแบบในการทำสัญญาสมรสตามประมวลแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1394 ว่าต้องทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่และมีบันทึกไว้ นอกจากนี้ ตามกฎหมายลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1850 ของฝรั่งเศส ยังกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นผู้ทำสัญญาสมรส จะต้องทำหนังสือรับรองระบุชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่และที่อยู่ กับระบุ

(20) อมร จันทรสมบูรณ์, ดร., เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ ปริญญาโท จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2518, หน้า 18.

(21) Laws of The Republic Of China, trans. and compiled by Law Revision Planning Group CUSA, The Executive Yuan The Republic of China (Taipei, Taiwan, 1961), p. 303.

ชื่อ คุณสมบัติ และที่อยู่ของผู้ที่จะทำการสมรส และวันที่ได้ทำสัญญา หนังสือรับรองนี้จะต้อง  
 แจงควรวาจะต้องส่งมอบแกพนักงานเจ้าหน้าที่ (ผู้จดทะเบียนสมรส) ก่อนทำพิธีสมรส  
 เจ้าพนักงานต้องแจกแจงหนังสือดังกล่าวไว้ในทะเบียน (22) แบบของสัญญาสมรสที่กฎหมาย  
 แต่ละประเทศบัญญัติต่างกันไป ก็ขึ้นอยู่กับผู้ร่างกฎหมายว่าจะให้อิสระแก่การทำสัญญาสมรสมาก  
 หรือน้อย ตลอดจนความจำเป็นเกี่ยวกับการทำแบบแผนแห่งนิติกรรม ซึ่งจะเห็นได้ว่า แบบ  
 แห่งสัญญาสมรสของเยอรมันให้อิสระมากกว่าของอังกฤษ ในขณะที่กฎหมายอังกฤษกำหนดแบบ  
 แห่งสัญญาสมรสให้จำต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามกฎหมายเยอรมันบัญญัติให้  
 เพียงแต่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของประเพณีหรือตามกฎหมายสัญชาติของคุณสมรส ก็เป็นอันชอบ  
 แล้ว (23) และเมื่อมาพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นว่ามีข้อความใน  
 เรื่องดังกล่าวคล้ายคลึงกับแบบสัญญาสมรสตามกฎหมายฝรั่งเศส และตามประมวลแพ่งญี่ปุ่น  
 มาตรา 778 ซึ่งบัญญัติให้สัญญาสมรสต้องทำการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นกัน เมื่อ  
 มาพิจารณาเกี่ยวกับตัวพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ตามกฎหมายฝรั่งเศสมี Notary Public  
 เป็นเจ้าหน้าที่ดำเนินการให้ ซึ่งของไทยเราไม่มี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ  
 ไว้เพียงพนักงานเจ้าหน้าที่ลอย ๆ จึงตกเป็นหน้าที่ของนายอำเภอตามกฎหมายลักษณะปกครอง  
 ท้องที่ไป

เรื่องที่น่าพิจารณาคือ การรับเด็กเป็นบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ  
 พาณิชย์ ได้รับแบบอย่างของหลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรมาจากประมวล  
 แพ่งฝรั่งเศสมาตรา 334 และประมวลแพ่งสวิสมาตรา 303 ซึ่งบัญญัติแบบของการรับเด็กเป็น  
 บุตร โดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร นอกจากนี้ ตามประมวลแพ่งฟิลิปปินส์มาตรา 265  
 ประมวลแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 781 ก็มีการบัญญัติแบบของการรับเด็กเป็นบุตรด้วยการจดทะเบียน  
 รับเด็กเป็นบุตร เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(22) หยุด แสงอุทัย, ศาสตราจารย์, เสริม วินิจฉัยกุล, ศาสตราจารย์,  
 เรื่องเดิม, หน้า 56.

(23) E.J. Cohn, Manual of German Law Volume II. Conflict  
 Law (N.Y.: Oceana Publication, Inc., 1971), p. 142.



ปัญหาว่าการจดทะเบียนครอบครัว คือการจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนหย่า การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร การจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรม จะเป็นแบบแห่งนิติกรรม ตามความในมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ จะเห็นว่า การสมรส การหย่า การรับเด็กเป็นบุตร การรับหรือเลิกรับบุตรบุญธรรม เป็นเรื่องของสัญญาซึ่งเป็นการทำนิติกรรมตามมาตรา 112 ซึ่งกฎหมายยอมกำหนดแบบแห่งนิติกรรมให้จำต้องปฏิบัติตามได้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตลอดแล้ว จะเห็นว่าถ้ามีการฝ่าฝืนการจดทะเบียนครอบครัว การสมรส การหย่า การรับเด็กเป็นบุตร การรับหรือเลิกรับบุตรบุญธรรม ก็จะไม่สมบูรณ์หรือไม่เกิดขึ้น เท่ากับสภาพบังคับตามความในมาตรา 115 อันว่าควยแบบแห่งนิติกรรมเช่นกัน ประกอบกับที่ได้พิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องการจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร ซึ่งถือว่าการค้างกล่าวเป็นแบบแห่งนิติกรรม ฉะนั้นการจดทะเบียนครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าว ย่อมเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้อ้างมาแล้วในเบื้องต้น เพียงแต่ว่าเป็นโมฆะในลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่อาจมีอะไรกลับคืนกันได้ดังการคืนทรัพย์สิน แต่หากมีการให้ทรัพย์สินใดกันไว้บ้าง ก็น่าจะเรียกคืนได้ตามหลักที่ว่า "เป็นเหตุอันมิได้มีใจเป็นขึ้น" หรือหลักการคืนลาภมิควรได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวนี้อย่างคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบตามมาตรา 115 นั้น ก็มีความเห็นว่า การจดทะเบียนนิติบุคคล และการจดทะเบียนสถานครอบครัว ก็ไม่เป็นแบบตามมาตรา 115 ด้วยเช่นกัน โดยอ้างว่าแบบตามมาตรา 115 เป็นเรื่องที่สัญญาเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว จึงต้องไปดำเนินการทำตามแบบ แต่การส่งมอบและการจดทะเบียนดังกล่าวเป็นเรื่องความบริบูรณ์ของสัญญา กล่าวคือสัญญายังเกิดขึ้นไม่ครบบริบูรณ์ แม้ไม่จดทะเบียนก็อาจไม่เป็นโมฆะ การใดที่ได้ทำไปก็เป็นอันสมบูรณ์เพียงนั้น แต่ไม่เกิดสิทธิหรือสถานะใหม่อันใดขึ้น เช่นไม่เกิดสถานะห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และมีแต่ห้างหุ้นส่วนสามัญธรรมดา ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิใช่ผลน่าพึงอยู่ ปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นให้ถกเถียงกัน เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้แน่ชัดว่า "แบบ" ตามมาตรา 115 ได้แก่ อะไรบ้างนั่นเอง