

บทที่ 1

วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมาและหลักกฎหมายเกี่ยวกับ สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

หลักกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่บัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญ มิฉะนั้นห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดี ตามหลักกฎหมายไทยบัญญัติอยู่กระจัดกระจายในแต่ละลักษณะสัญญา ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น ซึ่งตามหลักกฎหมายไทยแต่เดิมมิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรมดังกล่าวไว้เหมือนอย่างในปัจจุบัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพิ่งปรากฏขึ้นเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 พุทธศักราช 2467 นี้เอง

สาเหตุที่ประเทศไทยต้องมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นมา เนื่องจากตัวบทกฎหมายเก่าของไทย ไม่อาจวิวัฒนาการทันต่อความเจริญของบ้านเมือง เรามีความจำเป็นที่จะต้องให้มีการเลิกสภาพนอกอาณาเขตเสียโดยเร็ว และการมีกฎหมายอันทันสมัยก็เป็นเงื่อนไขอันหนึ่ง¹ จึงต้องมีการร่างกฎหมายให้มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ ซึ่งในขณะร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ให้หลักกฎหมายของนานาประเทศเป็นเครื่องมือ ที่ใช้มากก็คือ ประมวลกฎหมายของเยอรมัน สวิส ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส² แต่อย่างไรก็ตามในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา แม้จะได้ใช้ประมวลกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่นเป็นหลักสำคัญ แต่ในบรรพนี้มีอิทธิพลของหลักกฎหมายอังกฤษอยู่หลายเรื่อง เช่นซื้อขาย เป็นต้น³

¹ หยุต แสงอุทัย, เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศชั้นปริญญาโท (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 1.

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

³ Yut Sangoudhai, "Thailand," International Encyclopedia of Comparative Law volume 1 National Reports (1976) : T.13.

ส่วนหลักกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่บัญญัติให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ นั้น เพิ่งปรากฏชัดเจนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ฉบับ พ.ศ.2467 แต่ต้องทำความเข้าใจว่า เดิมบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้มีลักษณะคล้ายกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรมในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม โดยเมื่อได้ศึกษาจากคำอธิบายของอาจารย์หรือนักกฎหมายบางท่าน ในสมัยที่เริ่มมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่า แบบแห่งนิติกรรมยังรวมถึงหลักฐานเป็นหนังสือด้วย เช่น ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่าแบบแห่งนิติกรรมอาจแยกออกได้เป็น 2 ชนิด คือ แบบที่ต้องมีเพื่อเป็นการพิสูจน์ (Ad probationem) เช่น ตามกฎหมายไทยการกู้ยืมเงินตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด อีกอย่างหนึ่งแบบซึ่งมีเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมนั้น (Ad solenitatem) ถ้าไม่มีแบบเช่นนั้นแล้ว นิติกรรมไม่อาจสมบูรณ์ กล่าวคือถือเป็นโมฆะ⁴ หรือท่านอาจารย์ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา อธิบายว่า แบบมี 2 ชนิด คือ (1) แบบเพื่อความสมบูรณ์ ประการหนึ่ง (2) แบบเพื่อการพิสูจน์อีกอย่างหนึ่ง หรือจะเรียกแบบเพื่อการฟ้องร้องก็ได้⁵ แสดงว่า ในสมัยก่อนหลักกฎหมายเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมและหลักฐานเป็นหนังสือ ไม่มีการแบ่งแยกชัดเจนดังปัจจุบัน แต่ถือว่า บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ นั้น เป็นข้อกำหนดแห่งนิติกรรมว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรม

1.1 วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

1.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศ

หลักกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้ได้มีการบัญญัติขึ้นมานานแล้ว ตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งถือว่ากฎหมายโรมันเป็นที่มาของกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายทั้งหลาย รวมตลอดถึงกฎหมายอังกฤษในระยะแรก ๆ ด้วย

⁴ ปรีดี พนมยงค์, ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชน : คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล พ.ศ. 2474 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 395.

⁵ ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2489 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2489), หน้า 172.

เพื่อประโยชน์ในการศึกษา พิจารณาถึงประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายว่าด้วย บัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เห็นควรแยกศึกษาตามกลุ่มระบบกฎหมาย ดังนี้

1.1.1.1 กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (The Civil Law System) ได้แก่ กฎหมายโรมัน กฎหมายของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลี เป็นต้น

1.1.1.2 กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (The Common Law System) ได้แก่ กฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีที่มาจาก ระบบกฎหมายของอังกฤษ เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

1.1.1.1 กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้ มี วิวัฒนาการที่สำคัญคล้ายกัน คือ การร่างประมวลกฎหมายของแต่ละประเทศจะได้รับอิทธิพลจาก หลักกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะหลักกฎหมายแพ่ง ดังนั้น ในการศึกษากฎหมายว่าด้วยบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในกลุ่มระบบกฎหมายนี้ จึงควรจะได้ทราบถึงหลัก กฎหมายโรมันอันเป็นที่มาของกฎหมายในระบบนี้

หลักกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นที่มีอิทธิพล และเป็นที่มาของกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบประมวลกฎหมาย ตลอดถึงเป็นที่มาของระบบคอมมอนลอว์ ในระยะแรก ๆ ด้วย โดยกฎหมายโรมันได้กำหนดแบบที่สำคัญ ๆ ได้แก่

1. Stipulatio เป็นแบบของการทำคำเสนอคำสนองด้วยวาจา ซึ่งใช้เฉพาะกฎหมาย ลักษณะสัญญา

2. Act before the comitia curiata เป็นแบบที่มีความสำคัญน้อยที่สุด เป็นการบัญญัติให้มีการแสดงออกต่อบุคคลทั่วไป ใช้บังคับกับการรับบุตรบุญธรรม และเป็นแบบของ พิณัยกรรมในระยะแรกที่สุด โดยการให้สภาประชาชนของชาวโรมันได้เข้ารับรู้และยินยอมด้วย

3. Mancipatio เป็นแบบของการส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย โดยนำพยานจำนวน 5 คน และมีผู้ถือตราซึ่งทองสัมฤทธิ์อีก 1 คน ให้ผู้รับโอนถือสิ่งของที่จะส่งมอบในมือข้างหนึ่ง และราคา สิ่งของซึ่งเป็นทองสัมฤทธิ์ด้วยมืออีกข้างหนึ่ง โดยในกรณีการขายทาส ก็กล่าวประกาศว่า ข้าพเจ้า ขอประกาศว่าทาสคนนี้เป็นของข้าพเจ้า โดยสิทธิตามกฎหมายซึ่งข้าพเจ้าได้ซื้อด้วยราคาแห่งทอง

สัมฤทธิ์และตราซึ่งของสัมฤทธิ์นี้ ให้เคาะของสัมฤทธิ์และตราซึ่งและส่งมอบให้แก่ผู้โอน แบบชนิดนี้ใช้เฉพาะแก่ชาวโรมัน เป็นแบบที่ใช้สำหรับการขายในระยะก่อนที่จะมีการใช้เงินเหรียญ ซึ่งตราซึ่งสัมฤทธิ์และของสัมฤทธิ์เป็นสัญลักษณ์ของยุคกฎหมาย 12 โต๊ะ

4. In iure cessio เป็นวิธีการส่งมอบ ในส่วนที่จะเกี่ยวกับทรัพย์สินอะไรข้างนั้น ชาวโรมันทราบกันตามบทบัญญัติ ซึ่งแสดงความเป็นเจ้าของอันปรากฏอยู่ใน the legis actio procedure โดยให้คู่กรณีไปอยู่ต่อหน้าเจ้าหน้าที่ที่เรียกว่า Praetor และให้ผู้รับมอบถือสิ่งของที่จะส่งมอบพร้อมกับกล่าวถ้อยคำเช่นเดียวกับการส่งมอบโดยวิธี Mancipatio ที่ได้กล่าวมาแล้ว และเจ้าพนักงานจะถามผู้ส่งมอบว่า เขาจะคัดค้านอย่างไร ถ้าผู้ส่งมอบไม่ตอบหรือตอบว่าไม่คัดค้าน เจ้าพนักงานก็จะตัดสินให้สิ่งของตกเป็นของผู้รับมอบ แบบชนิดนี้เป็นแบบที่ใช้ในกรณีพิเศษเท่านั้น⁶

อาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายโรมันซึ่งถือเป็นยุคเริ่มแรกที่มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมไว้ ซึ่งกฎหมายกำหนดถึงสภาพบังคับหรือผลของนิติกรรมสัญญาที่มีได้ปฏิบัติตามแบบหลักกฎหมายโรมัน โดยกำหนดให้การที่มีได้ปฏิบัติตามแบบหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ถือว่ากรรมนั้นไม่มีผลอันใดเกิดขึ้น ในทางตรงข้าม ถ้าได้มีการปฏิบัติตามแบบ แต่การแสดงเจตนาบกพร่อง (สำคัญผิดหรือข้อฉล) การนั้นก็ยังมีผลตามกฎหมาย เท่ากับแบบเป็นทั้งสาระสำคัญและส่วนสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมสัญญานั้นเอง⁷ ดังนั้น แบบจึงมีความสำคัญมากกว่าเจตนาหรือเนื้อหาของการกระทำ แบบในสมัยนั้นจึงถูกเรียกว่าเป็น แบบที่ทำให้นิติกรรมมีผล หรือ Effective Form มากกว่าที่จะเป็นแบบเพื่อการพิสูจน์หรือ Protective Form⁸

ตามที่ได้พิจารณากฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรมว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมตามหลักกฎหมายโรมัน ทำให้ทราบว่า ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมว่าด้วยแบบแห่งนิติกรรมปรากฏขึ้นตั้งแต่สมัยโรมัน โดยแบบแห่งนิติกรรมสมัยนี้ ส่วนใหญ่เป็นแบบเกี่ยวกับการส่งมอบและการตกลงด้วยวาจา (Stipulatio) อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับสภาพบังคับหรือผลของนิติกรรมสัญญาที่มีได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มีลักษณะคล้ายแบบแห่งนิติกรรม

⁶ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, 2nd.ed. (London : Oxford University Press, 1965), pp.62-64.

⁷ Ibid., p.61.

⁸ Zweigert, K.& Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law Vol.2*. Translated from the German by Tony Weir (Oxford : Clarendon Press, 1977), p.37.

ในปัจจุบันที่บัญญัติให้นิติกรรมต้องทำตามแบบ ถ้าไม่ทำตามแบบ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ มากกว่าจะเป็นเรื่องหลักฐานในการฟ้องร้อง และเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของการกำหนดเรื่องแบบในสมัยโรมันนี้ ถือว่ากฎหมายยังไม่ยอมรับว่า สัญญาบางประเภทอาจเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ได้ เมื่อมีการแสดงเจตนา แต่ถือว่าต้องมีการทำพิธีอย่างหนึ่งอย่างใดคือแบบ นิติกรรมจึงจะเกิดขึ้นได้ เพราะเจตนาเป็นสิ่งที่ไม่อาจจับต้องมองเห็นได้ ต้องมีสิ่งอื่นแสดงออกมาเป็นพยานหลักฐาน และการส่งมอบหรือการตกลงด้วยวาจาเป็นแบบพิธีที่แสดงออกมานั่นเอง

ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะหลักกฎหมายแพ่ง และในส่วนที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนั้น จะเห็นได้จากกฎหมายเก่าของประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1566 ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรมไว้ใน มาตรา 54 ของ The Ordinance of Moulins ว่า การทำกิจการใดที่มีมูลค่าเกินกว่า 100 ปอนด์ จะต้องมีการรับรองโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ (notary) หรือต้องมีเอกสารที่ลงลายมือชื่อระหว่างคู่กรณี (under private signature between the parties) และหลักกฎหมายนี้ยังคงปรากฏอยู่ใน Ordinance on procedure of 1667 และ The French Civil Code ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 1341⁹

หลังจากได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้ว เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนั้น กำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยสามารถแบ่งประเภทของข้อกำหนดแห่งนิติกรรมดังกล่าวเป็น 2 ชนิด คือ ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม ซึ่งถ้าไม่ปฏิบัติตามแบบนี้ สัญญาต้องตกเป็นโมฆะ และข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อการพิสูจน์¹⁰ โดยข้อกำหนดแห่งการพิสูจน์นี้กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 1341 ที่ว่า การทำกิจการใดซึ่งมีมูลค่ามากกว่า 50 ฟรังก์ ต้องมีการทำหนังสือสัญญาระหว่างคู่สัญญา (from of private writing) หรือเอกสารที่รับรองโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ (notarial document) มิฉะนั้นท่านห้ามนำมาพิสูจน์ (Unproveable)¹¹

⁹ Planiol, M. , Treatise on the Civil Law volume 2 Part 1. translated by The Louisiana State Law Institute, 1939, p.633.

¹⁰ Barry Nicholas, The French Law of Contract (Oxford : Clarendon Press, 1992) , p.59.

¹¹ Zweigert, K.& Kotz, H., An Introduction to Comparative Law Vol.2. pp.40-41.

ในประเทศอิตาลี ตามประมวลกฎหมายแพ่ง (The Italian Civil Code) มาตรา 1351 กำหนดว่า สัญญาเบื้องต้นจะตกเป็นโมฆะ ถ้ามิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ ในแต่ละสัญญา¹² ซึ่งข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้ มีลักษณะคล้ายบทบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องแบบแห่งนิติกรรมของประเทศไทย นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลียังได้บัญญัติแบบแห่งการพิสูจน์ไว้ในมาตรา 2721 โดยกำหนดว่า เมื่อข้อตกลงในสัญญามีมูลค่าเกินกว่า 5,000 ลีรา การพิสูจน์ถึงข้อตกลงในสัญญานั้น โดยพยานบุคคลไม่น่าที่จะยอมรับฟังได้¹³ ซึ่งมีลักษณะคล้ายบทบัญญัติในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือของกฎหมายไทย

ในปี ค.ศ. 1900 ประเทศเยอรมันได้มีการร่างประมวลกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน โดยกำหนดเรื่องแบบแห่งนิติกรรมไว้ในมาตรา 125 ว่า นิติกรรมที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ¹⁴ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเรื่องแบบแห่งนิติกรรมของประเทศไทยนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส โดยแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น รวมถึงแบบเพื่อการพิสูจน์ด้วย

1.1.1.2 กลุ่มระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

หลักกฎหมายของประเทศในกลุ่มระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยหลักกฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ตามระบบคอมมอนลอว์ในระยะแรกได้กำหนดให้ สัญญาบางชนิดที่จะต้องทำตามแบบ กล่าวคือ สัญญาจะไม่ผูกมัด เว้นแต่ จะได้ทำตามรูปแบบ และแบบของสัญญาที่สำคัญ ๆ ตามคอมมอนลอว์มีอยู่ 3 ชนิด คือ (1) สัญญาที่ต้องทำเป็นตราสารจดทะเบียน (the contract under seal)

¹² The Italian Civil Code, trans. by Mario Beltramo Giovanni E. Longo and John Henry Merryman (Newyork : Oceana Publications Inc., 1969), pp.349-350.

¹³ Ibid., p. 693.

¹⁴ The German Civil Code, trans. Chug Hui Wang , (London : Stevens and Sons, Ltd., 1907), p.28.

(2) ข้อสัญญาของคู่กรณีที่ศาลบันทึกไว้ (the recognizance) (3) ตราสารที่เปลี่ยนมือได้และ เลตเตอร์ ออฟเครดิต (negotiable instruments and letters of credit)¹⁵

ในปัจจุบันตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรม ในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ได้มีการกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดชนิดของ แบบไว้หลายชนิดอันได้แก่ (1) สัญญาที่ต้องทำเป็นตราสารจดทะเบียน (Contracts which must be under seal) (2) สัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ (Contracts which must be in Writing) (3) สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร (Contracts which must be Evidenced in Writing)¹⁶

เกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรม ที่บัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์ อักษรตามกฎหมายอังกฤษนี้ กฎหมายเพียงแต่ต้องการให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์ อักษร (Note or Memorandum) เพื่อการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ถ้าสัญญานั้นไม่มีการทำ หลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญานั้นหากเป็นโมฆะไม่¹⁷ โดยในปี ค.ศ.1677 รัฐสภา ของอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกลฉ้อฉล (Statute of Frauds) มาตรา 4 และ 17^{*} ว่า

¹⁵ John D. Calamari and Joseph M. Perillo , The Law of Contracts (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1977), p.17.

¹⁶ G.H.Treitel . The Law of Contract (London : Sweet & Maxwell, 1987), p.135.

¹⁷ Ibid., p.136.

^{*} Section 4 " No action shall be brought whereby to charge any executor or administrator upon any special promise to answer damages out of his own estate; or whereby to charge the defendant upon any special promise to answer for the debt, default or miscarriage of another person; or to charge any person upon any agreement made upon consideration of marriage; or upon any contract or sale of lands, tenements or hereditaments, or any interest in or concerning them; or upon any agreement that is not to be performed within the space of one year from the making thereof; unless the agreement upon which such action shall be brought, or some memorandum or note thereof, shall be in writing and signed by the party to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorised."

สัญญาบางประเภทที่ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการหลอกลวง หรือข้อบกพร่องเกี่ยวกับการทำพยานเท็จ¹⁸ โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การทำสัญญากันต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร และลงลายมือชื่อของฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบะนั้นห้ามมิให้นำข้อตกลงนั้นมาฟ้องร้องกัน (Unenforceable) ซึ่งกฎหมายบังคับให้สัญญาดังต่อไปนี้ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร (1) สัญญาที่ผู้จัดการมรดกยอมรับผิดเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินของกองมรดก (2) สัญญาค้ำประกัน (3) สัญญาที่สร้างขึ้นเนื่องในการสมรส (4) สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับที่ดิน (5) สัญญาที่ต้องได้รับการปฏิบัติตามข้อผูกพันกันมีระยะหนึ่งปีขึ้นไป (6) สัญญาซื้อขายสินค้าที่มีราคาเกินกว่า 10 ปอนด์¹⁹

ในปี ค.ศ.1893 รัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยซื้อขายสิ่งของ (Sale of Goods Act) โดยต้องการให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยกลฉ้อฉล ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้สัญญาซื้อขายสิ่งของที่มีราคา 10 ปอนด์หรือนำขึ้นขึ้นไป ถ้าและผู้ซื้อมิได้รับสิ่งของที่ซื้อขายกันแต่บางส่วน หรือมิได้รับสิ่งของนั้นไว้ก็ดี หรือมิได้ให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นมัดจำเพื่อผูกพันตนตามสัญญา หรือเพื่อให้เป็นการใช้ราคาบางส่วนก็ดี หรือว่าสัญญานั้นมิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อของฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบหรือตัวแทนโดยชอบของผู้นั้นเป็นสำคัญ สัญญาซื้อขายนั้นจะนำมาฟ้องร้องบังคับกันหาได้ไม่ พระราชบัญญัตินี้คงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องหลักฐานคล้ายกับพระราชบัญญัติว่าด้วยกลฉ้อฉล ต่างกันแต่ว่านอกจากหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว พระราชบัญญัติซื้อขายสิ่งของยังเพิ่มหลักฐานอย่างอื่นขึ้นอีก คือการรับมอบสิ่งของ และการใช้ราคาบางส่วน เป็นต้น²⁰

Section 17 " No contract for the sale of goods, wares or merchandises for the price of F10 sterling or upwards shall be allowed to be good except the buyers shall accept part of the goods so sold and actually receive the same, or give something in earnest to bind the bargain or in part payment , or that some note or memorandum in writing of the said bargain be made and signed by the parties to be charged by such contract or their agents thereunto lawfully authorised."

¹⁸ Chitty, Joseph , D., Chitty on Contracts. 26th.ed. (London : Sweet & Maxwell, 1989), p.203.

¹⁹ Zweigert. K.& Kotz.H., An Introduction to comparative Law vol. 2. p.45.

²⁰ เสนีย์ ปราโมช , กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด (พระนคร :โรงพิมพ์สุวรรณศรี , 2479), หน้า 38-39.

ในปี ค.ศ. 1954 ประเทศอังกฤษได้มีการประกาศยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วย กลฉ้อฉลและพระราชบัญญัติซื้อขายสิ่งของ แต่ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดบทยกเว้นให้ข้อกำหนด แห่งนิติกรรมที่ให้ สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรบังคับใช้เพียงสัญญาคำประกัน และ สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับที่ดิน²¹ และในสวนสัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับที่ดินนี้ ก็ถูกแทนที่โดย The Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989 มาตรา 2 ซึ่งกำหนดให้ สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาเกี่ยวกับการโอนการครอบครองซึ่งเกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ที่ดินต้องทำ เป็นหนังสือ โดยสัญญานั้นต้องลงชื่อทั้งสองฝ่าย ถ้าไม่ปฏิบัติตาม สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ²²

สังเกตผลของการที่สัญญานั้นไม่มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อการฟ้องร้อง ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า ห้ามมิให้พิสูจน์ (Unproveable) แต่ในพระราชบัญญัติ ของประเทศอังกฤษบัญญัติว่า ห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดี (Unenforceable) แต่ทั้งนี้เกี่ยวกับผล ทางกฎหมายแล้ว คำทั้งสองก็มีผลในทางกฎหมายคล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมาย บัญญัติไว้แตกต่างกันนี้ อาจทำให้ทราบถึงที่มาของหลักกฎหมายที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็น หนังสือของประเทศไทยได้ ดังจะได้อธิบายต่อไป

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิม กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในประเทศ สหรัฐอเมริกานี้มีที่มาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ดังนั้น เกี่ยวกับข้อกำหนดแห่ง นิติกรรมที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ก็ได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษเช่นกัน ดังที่ปรากฏ อยู่ใน ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับเอกรูป (Uniform Commercial Code) ในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับแบบและหลักฐานในการซื้อขาย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2-201 ว่า “ เว้นไว้แต่จะ บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในมาตรานี้ สัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมีราคา 500 เหรียญหรือนอกวานั้น ขึ้นไป ไม่อาจบังคับคดีกันได้ไม่ว่าโดยการฟ้องร้องหรือต่อสู้คดี เว้นไว้แต่จะมีหลักฐานอย่าง หนึ่งอย่างใดเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อคู่สัญญาซึ่งถูกกล่าวอ้าง เพื่อบังคับคดีหรือตัวแทน

²¹ Furmston M.P., Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract , 11th.ed. (London : Butter Worth, 1986) , p.193.

²² Atiyah P.S., An Introduction to the Law of Contract. 5th.ed. (Oxford : Clarendon Press, 1995) , p.164

หรือนายหน้าของคู่สัญญาฝ่ายนั้น หลักฐานเป็นหนังสือนั้นต้องมีข้อความแสดงให้เห็นอย่างเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่า สัญญาซื้อขายได้มีขึ้นแล้วจริง..."²³

1.1.2 วิวัฒนาการความเป็นมาของกฎหมายไทย

ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่บัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญ มิฉะนั้นห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดี โดยกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอยู่ในเอกเทศสัญญา บรรพ 3 บางลักษณะสัญญา ซึ่งกฎหมายต้องการให้นิติกรรมสัญญาบางประเภทต้องมีหลักฐานในการพิสูจน์ว่า ได้มีการทำนิติกรรมสัญญากันไว้ อันเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับลักษณะของนิติกรรมสัญญาของประเทศไทยในปัจจุบันมีความแตกต่างจากอดีตมาก กล่าวคือ ในชุมชนสมัยโบราณ นิติกรรมสัญญามีตำแหน่งไม่สำคัญดังเช่นในสมัยปัจจุบัน ทั้งนี้อธิบายได้ว่า เนื่องมาจากเหตุผลในระเบียบทางเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ ครอบครัวหนึ่งหรือหมู่คณะหนึ่งประดิษฐ์ได้เกือบเท่าที่จำเป็น เพื่อการทรงชีพของสมาชิกแห่งครอบครัวหรือหมู่คณะนั้น โอกาสที่สมาชิกแห่งหมู่คณะหนึ่งจะทำการเกี่ยวข้องกับสมาชิกแห่งหมู่คณะอื่น ในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจย่อมมีน้อย และในเมื่อมีการเกี่ยวข้องกันนั้น ต่างฝ่ายต่างก็มุ่งแต่ความพอใจ ที่จะบำบัดความต้องการเฉพาะหน้า และก่อตั้งได้แต่ความสัมพันธ์ชั่วคราวระหว่างสองฝ่ายขึ้นเท่านั้น เหตุนี้ จึงอาจจะกล่าวอ้างโดยมีเหตุผลได้ว่า สัญญาฉบับแรกซึ่งได้กระทำขึ้นก็โดยมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะสร้างความสัมพันธ์ในระบียบนี้ สัญญาฉบับแรกซึ่งได้มีขึ้นจึงได้แก่ สัญญารับเช่าสมัคทรัพย์ของหมู่คณะหรือของครอบครัว รับบุตรบุญธรรม สัญญาหมั้น สัญญาแต่งงาน ส่วนสัญญาในระเบียบเศรษฐกิจโดยเฉพาะ เกิดขึ้นต่อมาภายหลัง²⁴

ในปัจจุบัน กฎหมายได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาไว้มากมาย ดังที่จะเห็นจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น แบบแห่งนิติกรรม เป็นต้น นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาบางประเภทที่ต้องมี

²³ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2532), หน้า 210.

²⁴ ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 160.

หลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบใช้บังคับ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนี้ บัญญัติไว้กระจัดกระจายในแต่ละลักษณะสัญญา อาทิเช่น กฎหมายลักษณะซื้อขาย กฎหมายลักษณะยืม เป็นต้น แตกต่างจากบทบัญญัติเรื่องแบบแห่งนิติกรรมที่บัญญัติเป็นลักษณะทั่ว ๆ ไปใช้กับนิติกรรมสัญญาประเภทต่าง ๆ และบัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรมไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติทั้งสองเรื่องนี้มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายก่อนที่จะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ยังมีลักษณะที่ไม่ชัดเจน อันมีความแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาประกอบกับเพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจ จึงขอแยกพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือออกเป็น 2 ยุค โดยถือเอาระยะเวลาในการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 พุทธศักราช 2467 เป็นเกณฑ์ในการกำหนดออกเป็นยุค ดังนี้

1.1.2.1 ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

1.1.2.2 ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

1.1.2.1 ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

การศึกษานิติบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ในยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจะเริ่มศึกษาตั้งแต่สมัยเริ่มแรกที่ปรากฏซึ่งหลักฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศไทย ที่พอสามารถนำมาอ้างอิงเป็นหลักฐานได้ เรื่อยมาจนถึงมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 พุทธศักราช 2467 ดังนี้

ก. สมัยกรุงสุโขทัย

ประเทศไทยได้มีกฎหมายใช้มาตั้งแต่ก่อนสมัยสุโขทัยแล้ว หากเริ่มมีในสมัยสุโขทัยที่พบศิลาจารึกไม่ กล่าวคือ กฎหมายนั้นหาใช้จะจำกัดเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ เมื่อเป็นเช่นนี้ ประเทศไทยก็คงมีบทกฎหมายใช้บังคับกันมานานแล้ว²⁵

²⁵ สุทธิวาหนฤพุมิ, หลวง, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504), หน้า 26.

โดยกฎหมายสุโขทัยเดิมใช้กฎหมายจารีตประเพณีของไทย ซึ่งส่วนมากก็เป็นข้อ บังคับในทางศาสนา²⁶ แต่ทั้งนี้ หลักกฎหมายในสมัยกรุงสุโขทัยที่สามารถนำมาพิจารณาเรื่อง หลักฐานเป็นหนังสือนี้ จะเห็นได้จากกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการค้าขายได้มีลายจารึกแสดง ไว้ว่า กฎหมายสุโขทัยว่าด้วยการค้าขาย บัญญัติให้เสรีภาพแก่การค้าเต็มที่กฎหมายเรื่องนี้ปรากฏ ในศิลาจารึก ดังนี้ " เพื่อนจูงวัวไปค้า ชีม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใคร จักใคร่ค้าเงิน ค้าขาย ค้า"²⁷ จากศิลาจารึกดังกล่าว กฎหมายได้เขียนไว้เป็นหลักทั่วไปยอม รับบังคับให้เอกชนทำนิติกรรมสัญญาซื้อขายกันได้ โดยมีได้มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมไว้ว่า นิติกรรมสัญญาต้องมีหลักเกณฑ์ รายละเอียดอย่างไร

นอกจากนี้หลักกฎหมายอื่น ๆ ในสมัยกรุงสุโขทัยนี้ ก็เขียนไว้ในลักษณะทั่วไป ไม่มี ข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งอาจเนื่องมาจากความสัมพันธ์ ของบุคคลในสังคมและสภาพเศรษฐกิจสมัยนั้น ยังไม่มีความสลับซับซ้อน กฎหมายจึงไม่มีความ จำเป็นต้องบัญญัติข้อกำหนดแห่งนิติกรรม เกี่ยวกับรายละเอียดของนิติกรรมสัญญา เพื่อให้เกิด ความแน่นอนในแนวทางปฏิบัติ²⁸

อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามสมัยกรุง สุโขทัยนั้น ยังไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับให้นิติกรรมสัญญาต้องทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมใน เรื่องหลักฐานเป็นหนังสือไว้ นิติกรรมสัญญาตามกฎหมายในสมัยนี้จึงเกิดมีผลสมบูรณ์ขึ้น โดย ไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างไร

ข. สมัยกรุงศรีอยุธยา

เมื่อมาถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา ตัวบทกฎหมายได้มีการบันทึกลงในแผ่นกระดาษแล้ว ไม่ต้องใช้ศิลาจารึกอย่างแต่ก่อน²⁹ โดยบทกฎหมายเก่าที่ตกทอดมาถึงปัจจุบัน บทต่าง ๆ อันว่า ด้วยสัญญามีจำนวนน้อยมาก สัญญาที่ได้รับความเอาใจใส่ของผู้บัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง

²⁶ วรภักดีพิบูลย์, พระ, (ม.ล.นภา ชุมสาย), ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมนักวิทยาศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2512), หน้า 9.

²⁷ สุทธิวาหนฤพุมิ, หลวง, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย, หน้า 35.

²⁸ ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม", หน้า 52.

²⁹ วรภักดีพิบูลย์, พระ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 13.

มีแค่ 2 ชนิดเท่านั้น คือสัญญาผู้และสัญญาขายคนเป็นทาส สัญญาอื่น ๆ มีแต่บัญญัติไว้คร่าว ๆ ไม่บริบูรณ์หรืออย่างแคบ ๆ³⁰

แต่ทั้งนี้ ในบทกฎหมายเก่าความเข้าใจในเรื่องสัญญาย่อมผิดแผกไปจากความเข้าใจที่มีอยู่ในสมัยปัจจุบัน โดยปัจจุบัน สัญญาคือข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งรับรองกับอีกฝ่ายหนึ่งว่า จะปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ที่ว่าข้อตกลงนี้เป็นอิสระก็เพราะเพื่อที่จะให้ได้ผลสมดังคาดหมาย ก็เพียงแต่แสดงเจตนาร่วมกันระหว่างทุกฝ่ายเท่านั้น และมีข้อยกเว้นกรณีพิเศษเสีย หากจะต้องมีแบบพิธีเช่นต้องทำเป็นหนังสือ ก็ไม่มีอะไรอื่นนอกจากเพื่อทำให้พิสูจน์ง่ายขึ้นว่า สัญญาได้มีจริงหรือเพื่อเป็นการประกาศสำหรับประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่านั้น ส่วนสัญญาในกฎหมายเก่าหาได้มีเพียงแต่การตกลงของเจตนาไม่ ในสมัยโบราณไม่เป็นที่ยอมรับกันว่า บุคคลหนึ่งอาจที่จะต้องผูกพัน โดยเพียงแต่ให้คำรับรองกับคนอื่นเท่านั้น³¹

และในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่เกี่ยวกับบทบัญญัติในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ ที่ใช้บังคับในการทำนิติกรรมสัญญา กล่าวคือ ตามกฎหมายลักษณะกู้หนี้ยี่สิบแปดปี พ.ศ. 2188 เกี่ยวกับสัญญาผู้หนี้ยี่สิบแปดปีเป็นสัญญา " ยืมใช้สลับแปลง " ชนิดหนึ่ง และสัญญานี้ยี่สิบแปดปีต่อเมื่อส่งมอบเงินยืมให้แก่กันแล้ว และกฎหมายลักษณะกู้หนี้ยี่สิบแปดปีได้กำหนดไว้ว่า " ทวยราษฎรที่กู้หนี้ยี่สิบแปดปีแต่ตำลึง (สี่บาท) ขึ้นไป ให้มีกรรมธรรม์แกงไคเป็นสำคัญ ให้ผูกดอกเบี้ยเดือนละเพ็อง ถ้าหาเอกสารสำคัญมิได้ ท่านว่าอย่าให้รับไว้บังคับบัญชา " (กู้หนี้ยี่สิบแปดปี บทที่ 9)³² แสดงว่า สัญญาผู้หนี้ยี่สิบแปดปีจะมีผลบังคับได้ในสมัยนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้ต้องมีกรรมธรรม์แกงไคเป็นสำคัญ ทั้งนี้ สังเกตคำว่า " กรรมธรรม์ " หมายถึง หนังสือซึ่งตกอยู่ในแบบพิเศษมิใช่หนังสือธรรมดา³³ และท่านหม่อมเจ้าเกียรติประวัติ ได้อธิบายความหมายของ " กรรมธรรม์ " ว่า สัญญา ที่ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานหลวง ตามธรรมดาอำเภอเป็นเจ้าหน้าที่ทำสัญญากรรมธรรม์

³⁰ ร.แดงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 161.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

³² วรภักดีพิบูลย์, พระ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 191.

³³ ร.แดงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 178.

ทั่วไป เว้นแต่เรื่องที่มีกฎหมายบังคับเป็นพิเศษว่า สัญญาชนิดนั้นต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงานชนิดนั้น³⁴

จะเห็นได้ว่า สมัยกรุงศรีอยุธยา ได้มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรม โดยกฎหมายบัญญัติ ให้นิติกรรมสัญญาบางประเภทต้องมีกรรมกรรมแก่ได้ ถ้าไม่มีก็ห้ามนำมาบังคับบัญชากัน ดังเช่น สัญญาภูหนี่ต้องมีกรรมกรรมแก่ได้ เป็นต้น ดังนั้น ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมในสมัยนี้คล้ายกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในปัจจุบัน ดังจะได้กล่าวต่อไป

ค. สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความเสียหายที่กรุงศรีอยุธยาได้รับจากการเสียกรุงแก่พม่าใน พ.ศ.2310 นั้นมีมากมายนัก นอกจากบ้านเมืองถูกเผาผลาญพินาศ ผู้คนล้มตาย เอกสารสำคัญ รวมทั้งกฎหมายของบ้านเมืองสูญหายเป็นจำนวนมาก การเสียกรุงครั้งนี้เป็นผลร้ายอย่างยิ่งต่อกฎหมายไทย และในสมัยกรุงธนบุรี เป็นสมัยที่บ้านเมืองต้องทำศึกสงครามอยู่มิได้ว่าง ทำให้กฎหมายมิได้เคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงไปจากสมัยกรุงศรีอยุธยา กฎหมายเก่าจึงใช้เรื่อยมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ผู้ทรงสถาปนากรุงเทพมหานคร เมื่อ พ.ศ.2325 กฎหมายเดิมก็ยังใช้ได้ดีไม่มีปัญหายุ่งยากใด ๆ จนกระทั่งในปี พ.ศ.2347 จึงเกิดคดีซึ่งแสดงให้เห็นถึงความวิปลาศคาดเคลื่อนและความบกพร่องของกฎหมายที่ใช้อยู่ ทำให้พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงเล็งเห็น ความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจชำระกฎหมายครั้งใหญ่ อันทำให้เกิดกฎหมายตราสามดวง³⁵ ดังนั้น กฎหมายไทยที่ใช้ในรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่รวบรวมจากสมัยอยุธยา เรียกว่า กฎหมายตราสามดวงและกฎหมายที่ตราขึ้นในรัชกาลที่ 1 ทั้งนี้กฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 2, รัชกาลที่ 3 และรัชกาลที่ 4 ก็ยังคงใช้กฎหมายตราสามดวงและกฎหมายที่ตราขึ้นในรัชกาลที่ 1 ต่อมา และตรากฎหมายเพิ่มเติมขึ้นเพื่อใช้ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในแต่ละรัชกาล

³⁴ เกียรติประวัติ, หม่อมเจ้า, หลักกฎหมายลักษณะสัญญา เล่ม 1 (พระนคร: โรงพิมพ์สยามออกบเซอร์เวอร์, 2464), หน้า 157.

³⁵ วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 24.

ทั้งนี้ เกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายแห่งกรุงรัตนโกสินทร์นี้ จะมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างไรนั้น ก่อนอื่นต้องทราบถึงประเภทของสัญญา มีนักกฎหมายบางท่านแบ่งสัญญาออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้ (1) สัญญาธรรมดา (2) ธรรมเนียม ซึ่งสัญญาธรรมดานั้น จะทำด้วยปากเปล่าหรือจะเขียนข้อความลงเป็นตัวหนังสือก็ตาม โดยสัญญาทั้งปวงไม่ว่าเรื่องใดชนิดใด ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นธรรมเนียมแล้วเหมาเป็นสัญญาธรรมดาทั้งสิ้น โดยสัญญาธรรมดาบางเรื่อง กฎหมายต้องการให้ปรากฏข้อความลงเป็นตัวหนังสือ และฝ่ายผู้ที่เป็นจำเลยต้องเซ็นชื่อในท้ายหนังสือ นั้น จะเซ็นชื่อตัวเองหรือขีดแกงไต หรือให้ผู้อื่นเซ็นแทนก็ได้ สัญญาที่จะต้องปรากฏข้อความเป็นตัวหนังสือเช่นนี้ เฉพาะแต่ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ทำ เช่น (1) สัญญาประกัน (2) กู้หนี้ยืมสินตั้งแต่ 4 บาทขึ้นไป (3) ซื้อขายและเช่า เรือ เรือน โรง (4) ให้โดยเสนาหาเช่า แลกเปลี่ยนที่ดินโฉนดเก่า³⁶

ส่วนสัญญาที่เรียกว่าธรรมเนียมนั้น กฎหมายกำหนดวิธีให้ทำ คือว่า ต้องทำโดยพิธีอย่างนั้นอย่างนี้ ถ้าทำไม่ถูกแบบ ก็ไม่เรียกว่า สัญญาที่เดียว โดยวิธีที่จะทำธรรมเนียมนั้น กฎหมายกำหนดไว้ดังนี้ (1) ต้องเขียนหรือพิมพ์เป็นตัวหนังสือด้วยเส้นน้ำหมึก และต้องจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามกฎหมาย และประทับตราของเจ้าพนักงานผู้นั้น (2) ธรรมเนียมนั้นต้องทำแบบพิมพ์หลวง เว้นไว้แต่ในมณฑลที่รัฐบาลไม่ได้ส่งแบบพิมพ์หลวงขึ้นไปไว้สำหรับ (3) ผู้สัญญาต้องลงชื่อของตนในธรรมเนียมด้วยตนเองหรือวานผู้อื่นลงแทน ถ้าเขียนหนังสือไม่เป็นก็ต้องลงแกงไต (4) ธรรมเนียมต้องมีพยาน และพยานต้องลงลายมือหรือแกงไตในธรรมเนียม (5) ต้องมอบหนังสือธรรมเนียมให้แก่ผู้อีกฝ่ายหนึ่งไปจึงจะเป็นธรรมเนียมบริบูรณ์ สัญญาจำพวกที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นธรรมเนียมนั้น คือเช่น สัญญาขายที่ดินทั้งโฉนดเก่าและใหม่ สัญญาให้โดยเสนาหา หรือแลกเปลี่ยนที่ดินโฉนดใหม่ สัญญาจำหน่ายที่ดินหรือขายฝากที่ดินทั้งโฉนดเก่าและใหม่ สัญญาเช่าที่ดิน³⁷

จะเห็นได้ว่า นิติกรรมสัญญาตามกฎหมายสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนิติกรรมสัญญาที่กฎหมายปล่อยให้บุคคลผู้ทำนิติกรรมสัญญา แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา โดยไม่มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้มีบทบังคับ ให้บุคคลผู้ทำนิติกรรมสัญญาต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายบาง

³⁶ ประดิษฐพิचारณการ , หลวง, คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา (พระนคร : โรงพิมพ์ กองละหุโทษ, 2454), หน้า50-51.

³⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 53, 59-63.

ประการดังที่กล่าวมาข้างต้น โดยสัญญาที่ต้องมีกรรมธรรม์นั้น กฎหมายได้กำหนดวิธีการทำกรรมธรรม์และต้องทำให้ถูกต้องด้วย ถ้าไม่ทำตาม กฎหมายถือว่าเป็นสัญญาเลย ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมในปัจจุบัน

แต่ในส่วนที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาธรรมดาบางประเภท ที่ต้องปรากฏข้อความเป็นตัวหนังสือนั้น มีข้อพิจารณาว่า ในเรื่องสัญญาที่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ จำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือมีข้อสัญญาต่อกัน หรือเป็นแต่เพียงเรื่องที่ได้สัญญากันนั้น ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ไม่ใช่ลักษณะของหนังสือสัญญาก็พอ นั้น ไม่ทราบแน่ชัดว่ากฎหมายจะเป็นอย่างไร แต่ในเรื่องนี้ การที่ลูกหนี้ได้มีหนังสือถึงคนอื่นบอกว่าตนเป็นหนี้อยู่นั้น ฎีกาตัดสินว่า เจ้าเงินอ้างหนังสือนั้นมาฟ้องได้ ถ้าเป็นเรื่องยกที่ดินโอนดเกาให้กัน การที่เจ้าของที่ดินเขียนหนังสือถึงคนอื่นว่า ได้ยกที่ดินให้แก่ นาย ก. แล้วเช่นนี้ ถ้า ก. ได้รับมอบที่ดินมาแล้ว ก. จะยกหนังสือนั้นขึ้นฟ้องร้องหรือต่อสู้ได้หรือไม่ ถ้าถือตามหลักเรื่องกู่หนี้แล้วควรจะใช้ได้³⁸ ซึ่งตามกฎหมายลักษณะกู่หนี้ บัญญัติว่า “ ทวยราษฎรกู่หนี้ถือสินแก่กันแต่ต่าสิ่งขึ้นไป ให้มีกรรมธรรม์แกงไตเป็นสำคัญ ให้ผูกคอกเบียดเดือนละเพ็อง ถ้าหาเอกสารสำคัญมิได้มาร้องฟ้อง ท่านว่าอย่าให้รับไว้บังคับบัญชา ”³⁹ จะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้มีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในปัจจุบัน ข้อสังเกต แม้กฎหมายลักษณะกู่หนี้จะให้คำว่า “ กรรมธรรม์แกงไต ” แต่ในฎีกาดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นคำเดียวกับสัญญาที่ต้องมีกรรมธรรม์ ทั้งนี้ เพราะว่าได้มีประกาศว่าด้วยสารกรรมธรรม์ให้ประทับตราอำเภอ ปีพุทธศักราช 2413 กำหนดเรื่องกรรมธรรม์กู่แยกออกมาต่างหากจากสัญญากรรมธรรม์อื่น จึงอาจกล่าวได้ว่า คำว่า “ กรรมธรรม์ ” ในสัญญากู่หนี้ มีความหมายต่างไปจากสัญญากรรมธรรม์

1.1.2.2 ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

สืบเนื่องมาจากการชำระสะสาง ซึ่งทรงพระดำริโดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) กฎหมายแพ่งได้เริ่มทำการชำระสะสางเพิ่มเติมรวบรวมเป็นประมวลตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 เป็นต้นมา โดยประสงค์จะให้มีการออกกฎหมายใหม่สำหรับประเทศมากขึ้น เพื่อให้สมกับกาลสมัยซึ่งเจริญในการค้าและความสัมพันธ์กับนานาประเทศ จนกระทั่งได้มีการ

³⁸ เกียรติประวัติ, หม่อมเจ้า, หลักกฎหมายลักษณะสัญญา เล่ม 1 . หน้า 156.

³⁹ ราชบุรดีเรกฤทธิ , พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวง,ทรงรวบรวม,กฎหมาย เล่ม 1 (พระนคร : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัชมุนตรี, 2513), หน้า 263.

ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 เป็นต้นมา แต่ได้มีความเห็นแนะนำมากมาย เพื่อยังให้ประมวลกฎหมายนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงได้มีการตรวจชำระบทบัญญัติในบรรพ 3 เสียใหม่ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติเดิมที่ได้ประกาศใช้ไปแล้วเสีย และให้ใช้บทบัญญัติที่ตรวจชำระใหม่ต่อท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471 แทน โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2472 เป็นต้นไป ดังนั้นในยุคนั้นนี้สามารถแยกศึกษาเป็น 2 ช่วง ดังนี้

ก.ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ฉบับประกาศใช้ 1 มกราคม พ.ศ.2467

ข.ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ3 ฉบับประกาศใช้ 1 มกราคม พ.ศ.2471

ก. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ฉบับประกาศใช้ 1 มกราคม พ.ศ.2467

เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ครั้นเมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญาฉบับนี้ เริ่มปรากฏชัดเจนในสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาท โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะ 9 ยืม มาตรา 653 ว่า " การกู้ยืมเงินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไป ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านห้ามมิให้พิสูจน์" โดยหลักการตามมาตรานี้ ไม่ต่างไปจากหลักการตามกฎหมายเก่า คือกฎหมายลักษณะกู้หนี้ พ.ศ.2188 กล่าวคือ แต่เดิมนั้นในการฟ้องบังคับชำระหนี้กู้ยืม ต้องมีกรรมกรรมมาแสดงต่อศาล หากปรากฏว่าปราศจากซึ่งกรรมกรรมแล้ว ศาลจะไม่รับพิจารณาคดีให้แต่อย่างใด โดยหลักกฎหมายก็คือต้องมีกรรมกรรม ถึงจะฟ้องร้องกันได้ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้กำหนดว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ มิฉะนั้นห้ามพิสูจน์

จะเห็นได้ชัดว่า เรื่องหลักฐานเป็นหนังสือเพิ่งมาปรากฏขึ้นในสมัยนี้ โดยกฎหมายมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือไว้ชัดเจน เพราะแต่เดิมกฎหมายในลักษณะกึ่งนั้นนั้นใช้คำว่า " กรรมกรรม " แต่ในสมัยนี้บัญญัติไว้ชัดว่า สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่มีข้อควรพิจารณาว่า กฎหมายกำหนดไว้แต่เฉพาะสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทเท่านั้นที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และที่กฎหมายกำหนดว่า ห้ามมิให้พิสูจน์ น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติถึงผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ที่กำหนดให้ห้ามพิสูจน์ (Unproveable)

ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ฉบับประกาศใช้ 1 มกราคม พ.ศ.2471

ครั้งเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา นี้แล้ว กฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือไว้กระจัดกระจายตาม สัญญาต่าง ๆ ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ดังเช่น สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป, สัญญาค้ำประกัน, สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาท เป็นต้น โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือนี้ จะบัญญัติทำนองเดียวกันว่า “ สัญญา...ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ไม่ ” ซึ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ คงคัดลอกเอาหลักกฎหมายเก่ามาบัญญัติไว้

ข้อควรพิจารณา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ฉบับ พ.ศ. 2467 ในสัญญากู้เงินเกินกว่า 50 บาทตามมาตรา 653 บัญญัติถึงผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือว่า “ ท่านห้ามมิให้พิสูจน์ ” ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันบัญญัติถึงผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือว่า “ ท่านว่าฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ไม่ ” (Unenforceable) ทั้งนี้ก็คงมีความหมายทำนองเดียวกัน ดังจะได้อธิบายต่อไป และกรณีที่บัญญัติแตกต่างกัน นำที่จะแสดงให้เห็นได้ว่า หลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือในประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้เปลี่ยนแนวความคิด โดยถือตามหลักกฎหมายอังกฤษ

อย่างไรก็ตาม ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 เมื่อพุทธศักราช 2468 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรม หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 115 (ปัจจุบันมาตรา 152) ซึ่งบัญญัติว่า “ การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ ” เหตุที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป จึงผลให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมทั้งหลายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายสมัยนี้แบ่งแยกข้อกำหนดแห่งนิติกรรมระหว่างบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือกับเรื่องแบบแห่งนิติกรรมไว้ชัดเจน กล่าวคือ แบบแห่งนิติกรรมเป็นแบบองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามแบบผลเป็นโมฆะ ส่วนบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นเพียงหลักฐานเพื่อการพิสูจน์ โดยกฎหมายต้องการให้มีพยานหลักฐานเพื่อใช้ยืนยันข้อเท็จจริง

กฎหมายในเรื่องสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการทางกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายในเรื่องสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับนั้น ได้ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว ตลอดจนในยุคภายหลังที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว มีบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างชัดเจน จะเห็นได้ว่า กฎหมายในยุคโบราณนี้เป็นที่มาและได้กลายเป็นหลักกฎหมายส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

1.2 ความหมาย และการเกิดขึ้นของสัญญา

1.2.1 ความหมายของสัญญา

เสด็จในกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายไว้ว่า " สัญญานั้น แปลว่า ความยินยอมทั้งสองฝ่าย ฤ่มากกว่า สองฝ่ายในการที่จะทำ ฤาละเว้นทำอย่างใดอย่างหนึ่ง " ⁴⁰

ท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายของสัญญาว่า " สัญญานั้น ได้แก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลหลายฝ่าย หรือตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และที่ว่าตั้งแต่สองฝ่ายนั้นก็เพราะนิติกรรมได้ก่อหนึ่งในลักษณะระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ต่อกัน ดังนี้ในการแสดงเจตนา ทุกฝ่ายจึงต้องแสดงเจตนาตกลงยินยอมต่อกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอขึ้นมาแล้วอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองรับ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น" ⁴¹

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับความหมายของสัญญา สามารถแบ่งแยกองค์ประกอบของสัญญาได้ดังนี้

1. สัญญานั้นต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ถ้าพึงเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจที่จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมาได้

⁴⁰ จิตติ ติงศกัทธิย์ , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526) , หน้า 4.

⁴¹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 248.

2. บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนา ซึ่งถูกต้องตรงกัน
3. ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายตามที่ทั้งสองฝ่าย

ต้องการ

1.2.2 การเกิดขึ้นของสัญญา

นอกจากสัญญาจะต้องครบองค์ประกอบดังที่กล่าวข้างต้นแล้วนั้น สัญญาจะมีผลสมบูรณ์ได้นั้น จะต้องเข้าลักษณะความสมบูรณ์ของนิติกรรมโดยทั่วไปด้วย กล่าวคือ

ก. ผู้กระทำต้องมีความสามารถตามกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า " การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ "

ความสามารถในการทำนิติกรรมของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญอันหนึ่งในการทำนิติกรรมซึ่งกฎหมายได้บัญญัติจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมแก่บุคคลบางจำพวกไว้ กล่าวโดยทั่วไป บุคคลย่อมมีความสามารถในการทำนิติกรรม แต่มีข้อยกเว้นสำหรับบุคคลบางจำพวกที่กฎหมายถือว่าเป็นบุคคลผู้ย่อนความสามารถในการทำนิติกรรม โดยเหตุผลเพื่อช่วยเหลือให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น มิให้ต้องตกเป็นเหยื่อจากการแสวงหาประโยชน์ของบุคคลอื่นโดยอาศัยความย่อนความสามารถของบุคคลเหล่านั้น⁴²

ข. วัตถุประสงค์ของสัญญาย่อมไม่เป็นอันพันวิสัย ไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁴² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 47.

วัตถุประสงค์ คือประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิดให้มีขึ้นเป็นอย่างไร โดยอาศัยนิติกรรมนั้น เป็นประโยชน์สุดท้ายที่นิติกรรมนั้นจะพึงอำนวยให้⁴³

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักชัดเจนว่าไม่ยอมรับบังคับตามเจตนาที่แสดงออกโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ในมาตรา 150 ,151

ค. ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 บัญญัติว่า " การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ " แบบตามมาตรา 152 นี้ถือว่าเป็นองค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามแบบให้ถูกต้อง ผลของนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ กล่าวคือกฎหมายจะไม่ยอมรับบังคับบัญชาให้ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

แบบเป็นหลักชัดเจนเจตนา เมื่อกฎหมายรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ข้อขัดข้องชัดเจนมีอย่างไรจะต้องได้ปรากฏกำหนดไว้ชัดเจน ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้กิจการใด ๆ ย่อมทำสำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยลำพังแต่อาศัยการแสดงเจตนา กล่าวคือ ในเรื่องที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบไว้ เพียงแต่แสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวาจาก็สมบูรณ์⁴⁴

ง. ไม่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา

การแสดงเจตนา หมายความว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ความตั้งใจเจตนาของบุคคลปรากฏออกมาจากใจ⁴⁵ ซึ่งการแสดงเจตนาถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของนิติกรรม

⁴³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช , 2505), หน้า 101.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

และสัญญา การแสดงเจตนาที่จะทำให้นิติกรรมมีผลบังคับสมบูรณ์นั้นต้องไม่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา หรือเจตนา นั้นต้องไม่เสื่อมเสีย

สาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดความบกพร่องในการแสดงเจตนามีอยู่ 3 ประการ คือ
สำคัญผิด กลฉ้อฉล และการข่มขู่

ความสำคัญผิด เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การแสดงเจตนาเสื่อมเสีย เพราะมิใช่เจตนาอันแท้จริง ความสำคัญผิดนั้น นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า ความผิดหลง บางท่านก็ว่าเป็นการสำคัญว่าเป็นจริงในสิ่งที่เท็จ สำคัญว่าเท็จในสิ่งที่จริง หรือการเชื่อไม่ตรงต่อความจริง⁴⁶ ความสำคัญผิดที่จะกระทบถึงความสมบูรณ์ของเจตนา ต่อเมื่อเป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม หรือในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งโดยปกติถือว่าเป็นข้อสำคัญตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156,157

กลฉ้อฉล คือการแสดงข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งให้ผิดต่อความจริง เพื่อลวงให้เขาหลงเชื่อแสดงเจตนา⁴⁷ กลฉ้อฉลที่จะทำให้เกิดการแสดงเจตนาเสื่อมเสีย ต้องเป็นกลฉ้อฉลที่ถึงขนาดตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 กำหนดหลักกฎหมายไว้

ข่มขู่ เป็นการทำให้กลัวภัยอันหนึ่ง ในเมื่อไม่ทำตามที่บอกให้ทำการข่มขู่บุคคลคนหนึ่งให้ทำนิติกรรม จึงได้แก่ การบีบบังคับเจตนาของบุคคลผู้นั้นให้ทำนิติกรรมโดยถ้าไม่แสดงเจตนาตามที่บอกให้ทำแล้ว ตนก็จะได้รับภัยอันหนึ่ง⁴⁸ ซึ่งการข่มขู่ที่จะทำให้เกิดเจตนาเสื่อมเสียนั้น ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164,165

ดังนั้น สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ถือว่าเป็นสัญญาไม่มีแบบ เพียงคู่สัญญาได้ตกลงด้วยวาจาในข้อความสำคัญ สัญญาก็ย่อมเกิดขึ้นสมบูรณ์แล้วตามหลักการเกิดขึ้นของสัญญา แต่จะมีผลบังคับได้เพียงใด จะได้ศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

⁴⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 160.

⁴⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 78.

⁴⁸ จี๊ เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า149.

1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในต่างประเทศ

1.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

โดยทั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา คู่สัญญามีอิสระเต็มที่ในการแสดงเจตนาตกลงทำสัญญากัน ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (autonomy of the will) แต่ในสัญญาบางประเภท กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการกำหนดหลักกฎหมายในเรื่องนี้ อาจจะเป็นในรูปแบบแห่งนิติกรรม หรือเป็นเพียงพยานหลักฐานแล้วแต่กรณี โดยตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส สามารถแบ่งประเภทของข้อกำหนดแห่งนิติกรรมดังกล่าวเป็น 2 ประเภท คือ ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา (ad sollemnitatem) ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญา (ad probationem)

1. ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญากำหนดว่า ถ้าสัญญาไม่มีการทำเป็นหนังสือ สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ⁴⁹

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ทำตามแบบนี้มีเป็นจำนวนมาก เช่นในสัญญาที่เกี่ยวกับครอบครัว คือการสมรสและการรับบุตรบุญธรรม ส่วนในสัญญาที่เกี่ยวกับการเงินมีสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธีอยู่ 5 สัญญา คือ 1. สัญญาการสมรส ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงินของคู่สมรส (marriage contract which regulates the pecuniary interest of the spouses) 2.สัญญาให้ (donation) 3. สัญญาจำนอง (constitution of a mortgage) 4. การรับช่วงสิทธิในสัญญาจำนองของหญิงที่สมรสแล้ว (subrogation in the legal mortgage of the married women) 5. การรับช่วงสิทธิแทนเจ้าหนี้ โดยความยินยอมของลูกหนี้ (subrogation to the rights of a creditor , when it is consented to by the debtor)⁵⁰

ทั้งนี้ สัญญาที่ต้องทำตามข้อตกลงแห่งนิติกรรมประเภทนี้ อาจเรียกว่า สัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธี (contracts solemnels) นี้ ต้องกระทำโดยมีการรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนสัญญาที่เกี่ยวกับการพาณิชย์หรือกฎหมายพาณิชย์ที่ไม่มีความจำเป็นต้อง

⁴⁹ Barry Nicololas, The French Law of Contract.. p.59.

⁵⁰ Planiol,M. , Treatise on the civil law volume 2. , p.571.

มีการรับรองโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ยังคงมีความสำคัญอยู่⁵¹

2. ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเพื่อการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญา เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องมีการทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานสำหรับการพิสูจน์ถึงการทำสัญญากัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดไว้ในมาตรา 1341¹ ว่า " การกระทำใดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีมูลค่าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา ต้องมีการทำเอกสารโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือ การลงลายมือชื่อของคู่สัญญาในเอกสาร และไม่สามารถที่จะพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญาจากพยานหลักฐานอื่น ที่ไม่ปรากฏในเอกสาร " (พระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 80-533 กำหนดจำนวนเงินไว้ 5,000 ฟรังก์) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรานี้ไม่สามารถนำไปใช้เกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์

การที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรประเภทนี้ เพื่อพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญานี้ ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตาม กล่าวคือคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน แต่ไม่ได้มีการทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรกันไว้ สัญญาดังกล่าวก็ยังมีผลบังคับใช้ได้

⁵¹ Lawson F.H.,Anton A.E., Neville Brown L., Amos and Walton's Introduction to French Law (Oxford : Clarendon Press, 1967), p.152.

¹ Article 1341 An instrument (acte) must be executed before notaries or under private signature for all things exceeding a sum or value fixed by decree even for voluntary deposits, and no proof by witnesses may be received against or beyond the content of these instruments ,or concerning what may be alleged to have been said before , at the time of or since the instruments , even if the sum or value in question is less.

All this without prejudice to what is prescribed in the laws relating to commerce.

(Decree No. 80-533 of July 15,1980 , J.Q.July 16, 1980 , fixed the amount at 5,000 F.)

อยู่ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้โต้แย้งเกี่ยวกับความรับผิด หรือถ้าจำเลยยอมรับผิดตามสัญญาที่ตกลงด้วยวาจานั้น⁵³

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถือว่าเป็นข้อกำหนดแห่งนิติกรรม โดยเป็นข้อกำหนดเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม และข้อกำหนดเพื่อการพิสูจน์ เมื่อเปรียบเทียบข้อกำหนดแห่งนิติกรรมดังกล่าวกับหลักกฎหมายของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม มีลักษณะคล้ายกับเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ส่วนข้อกำหนดเพื่อการพิสูจน์ มีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือของประเทศไทย

1.3.2 ประเทศอิตาลี

โดยทั่วไป สัญญาในประเทศอิตาลีเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่มีข้อยกเว้นบางกรณีที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้สัญญาบางประเภท ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าไม่ปฏิบัติตาม สัญญานั้นก็ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1351⁵⁴ และในมาตรา 1350 กำหนดไว้ว่า นิติกรรมสัญญาดังต่อไปนี้ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (หนังสือ) โดยทำเป็นหนังสือต่อภาครัฐ (public acts) หรือคู่สัญญาเอกชนทำกันเอง ถ้าสัญญาดังกล่าวไม่ทำเป็นหนังสือ สัญญานั้นเป็นอันเสียเปล่า ซึ่งมาตรา 1350 กำหนดสัญญาไว้หลายประเภทที่ต้องทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้ เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีระยะเวลาเกินกว่า 9 ปี เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศอิตาลีมีหลักการพิสูจน์พยานหลักฐาน โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำเป็นหนังสือ เพื่อเป็นพยานหลักฐานเท่านั้น ถ้าไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว สัญญานั้นไม่มีผลตกเป็นโมฆะ แต่มีผล

⁵³ Lawson F.H., Anton A.E., Neveville Brown L., Amos and Walton's Introduction to French Law. p.152.

⁵⁴ Michael H. Whincup, Contract Law and Practice the English System and Continental Comparisons. 2nd.ed. (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992), p.86.

ต่อการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงในสัญญา โดยกำหนดหลักไว้ในมาตรา 2721⁵⁵ ว่า เมื่อข้อตกลงในสัญญามีมูลค่าเกินกว่า 5,000 ลีร์ การพิสูจน์ถึงข้อตกลงในสัญญานั้น โดยพยานบุคคลไม่น่าที่จะยอมรับฟังได้ แต่ทั้งนี้ ศาลสามารถยอมรับฟังพยานบุคคล เพื่อพิสูจน์ถึงข้อตกลงดังกล่าวข้างต้นได้ โดยพิจารณาจากลักษณะของคู่สัญญา สภาพของคู่สัญญาหรือพฤติการณ์อื่น เมื่อนำหลักกฎหมายนี้มาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของประเทศไทย จะมีลักษณะคล้ายบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2.6 แต่บทบัญญัติของประเทศไทยนี้ให้อำนาจศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงมากกว่าของประเทศไทย

ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีได้กำหนดไว้ โดยบังคับให้สัญญาบางประเภทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น กำหนดไว้ในมาตรา 2556⁵⁵ ให้สัญญาที่เกี่ยวกับการโอน หรือการใช้สิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินทางธุรกิจ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ (Contracts having transfer of the property or enjoyment of the business) เป็นต้น

1.3.3 ประเทศญี่ปุ่น

สัญญาทั่ว ๆ ไปของประเทศญี่ปุ่นไม่มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เพียงแต่คู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจา สัญญาก็สมบูรณ์ใช้บังคับได้ เมื่อศึกษาข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่กำหนดให้ สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ มิฉะนั้นไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ของประเทศไทยบางสัญญา คือ สัญญาซื้อขายตามมาตรา 456 สัญญากู้ยืมเงินตามมาตรา 653 สัญญาประกันภัยตามมาตรา 867 เปรียบเทียบกับสัญญาของประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับหลักฐานแห่งสัญญาแล้ว จะพบว่า ประเทศญี่ปุ่นวางหลักกฎหมายในเรื่อง

⁵⁵ The Italian Civil Code Article 2721 " Proof of contracts by witnesses is not admissible when the value of the subject matter exceeds five thousand lire.

However, the court can admit proof by witnesses even beyond such limit, taking into account the character of the parties, the nature of the contract, or any other circumstances. "

⁵⁵ Mario Beltrano , Giovanni E. Iongo , John H. Merryman, The Italian Civil Code and complementary Legislation, p.640.

ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (The Civil Code of Japan)⁵⁶ และประมวลกฎหมายพาณิชย์ (The Commercial Code of Japan)⁵⁷ ดังนี้

มาตรา 177 ว่า การได้มา การเสียสิทธิหรือการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อจดทะเบียนแล้ว ตามบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนทรัพย์สิน

Article 177. The acquisition or loss of, or any alteration in a real right over an immovable cannot be set up against a third person until it has been registered in accordance with the provisions of law concerning registration of property.

มาตรา 178 ว่า การโอนทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นแล้ว

Article 178. The assignment of a real right over a movable cannot be set up against a third person until the movable has been delivered.

มาตรา 587 ว่า อันว่า ยืมใช้สิ่งเปลี่ยนนั้นมีผลบังคับเมื่อ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับเงินหรือทรัพย์สินที่ตกลงกันไว้จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาฝ่ายนั้นตกลงว่าจะคืนเงินหรือทรัพย์สินประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น

Article 587. A loan for consumption becomes effective when one of the parties receives from the other party money or other things on the understanding that the former will return the money or things of the same kind, quality and quantity.

มาตรา 629 (ประมวลกฎหมายพาณิชย์) ว่า สัญญาประกันวินาศภัย คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ในกรณีวินาศภัยที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ในอนาคตที่ตั้งระบุไว้สัญญา และในกรณีนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตกลงจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อการนั้น

⁵⁶ The Civil Code of Japan, Ehs Law Bulletin Series vol.2 No.2100-2101, translated by Eibun - Horei - Sha, Inc. Japan : Tokyo , 1991.

⁵⁷ The Commercial Code of Japan , Ehs Law Bulletin Series vol.2 No.2200 , translated by Eibun - Horei - Sha, Inc. Japan : Tokyo, 1991.

Article 629. A contract of insurance against loss is formed when one of the parties agrees to make indemnification against any loss which may arise from a specified contingent event , and the other agrees to pay him remuneration therefor.

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกันแล้ว จะเห็นได้ว่า สัญญาประกันภัยของประเทศญี่ปุ่นจะไม่มีเรื่องข้อกำหนดแห่งนิติกรรม ทั้งในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมและข้อกำหนดที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยสัญญาดังกล่าวเพียงแต่ตกลงกันด้วยวาจา สัญญาก็สมบูรณ์ การพิสูจน์ว่ามีการทำสัญญาประกันภัยกันหรือไม่ ก็ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด ส่วนสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์เพียงคู่สัญญาตกลงกันด้วยวาจา สัญญาก็เกิดขึ้นแล้ว เพียงแต่นำมาอ้างอิงยันต่อบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อ มีการจดทะเบียนหรือส่งมอบทรัพย์ ส่วนสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ไม่มีในประเทศญี่ปุ่น และสัญญากู้ยืมเงินนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์ สัญญาจึงจะเกิดขึ้นสมบูรณ์คล้ายประเทศไทย แต่สัญญากู้ยืมเงินของประเทศญี่ปุ่นไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

1.3.4 ประเทศอังกฤษ

โดยทั่วไป การเกิดขึ้นของสัญญานั้นเพียงแต่ตกลงด้วยวาจาก็ถือว่าสัญญามีผลบังคับใช้ได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องกระทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรม แต่ในสัญญาบางประเภทกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรม กล่าวคือ สัญญาบางประเภทต้องทำเป็นตราสารจดทะเบียน หรือต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนี้

1. สัญญาที่ต้องทำเป็นตราสารจดทะเบียน (Contracts which must be under seal)

สัญญาที่ต้องทำเป็นตราสารจดทะเบียนนี้ ไม่เพียงแต่สัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น แต่ต้องมีการประทับตราสำคัญโดยคู่สัญญาด้วย และต้องมีการส่งมอบเอกสารให้แกกันด้วย อาทิเช่น คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitrator's award) , การยอมรับการเข้าเป็นสมาชิกของสมาคม (a certificate of admission to learned society) , ใบหุ้น (a share

certificate) , การพิสูจน์พินัยกรรม (probate of a will) , หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท (a company's memorandum of association)⁵⁸

2. สัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ (Contracts which must be in writing)

ถ้าสัญญาไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือนี้ ผลคือว่าสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือนี้ บัญญัติได้ตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยตั๋วแลกเงิน (Bills of Exchange Act 1882) กำหนดให้ตั๋วแลกเงินหรือตั๋วสัญญาใช้เงินต้องทำเป็นหนังสือ , ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกันภัยทางทะเล (Marine Insurance Act 1906) กำหนดให้สัญญาประกันภัยทางทะเลต้องทำเป็นหนังสือ⁵⁹

3. สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร (Contracts which must be Evidenced in Writing)

สัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ ถ้าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ กล่าวคือ คู่สัญญาเพียงแต่ตกลงทำสัญญากัน โดยไม่มีการทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ ไม่ถือว่าสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เพียงแต่สัญญานั้นไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้⁶⁰ โดยหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรนี้มีที่มาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยกลฉ้อฉล (Statue of Frauds 1677) แต่กฎหมายฉบับนี้ถูกยกเลิกโดย Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954 และ Law of property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้ถูกยกเลิกทั้งหมด ยังเหลือบทบัญญัติให้สัญญาค้ำประกัน (Contracts of Guarantee) ต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร

⁵⁸ Chitty , Joseph,D., Chitty on Contracts vol.1. p.20.

⁵⁹ Guest A.G., Anson's Law of Contract , 23th.ed.(Oxford : university press,1969) , pp.67-68.

⁶⁰ Treitel , G.H., The Law of Contract. p.143.