

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวคิดและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา ของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทย

1. วิวัฒนาการของกฎหมายประเทศไทย

ประเทศไทยได้แบ่งยุคของกฎหมายออกเป็น 2 ยุค คือ ยุคก่อนสมัยใหม่ (Pre-modern Law) และยุคสมัยใหม่ (Modern Law) โดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 4 เป็นจุดแบ่งระหว่างทั้งสองยุค เนื่องจากเป็นระยะเวลาที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกซึ่งเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในประเทศไทยจนได้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ขึ้น

ยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยใหม่ สามารถแบ่งเป็นช่วง ๆ ได้อีกคือ เป็นช่วงที่เป็นกฎหมายไทยเดิมแท้ๆ ที่มาจากวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของสังคมไทยแท้ ๆ และช่วงที่ 2 คือช่วงที่ได้รับอิทธิพลมาจากวัฒนธรรมของประเทศอินเดีย แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแม่บทนั้น ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดียโดยนำ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งไทยรับมาจากกฎหมายพระมนูของอินเดียโดยผ่านทางมอญ ซึ่งคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ถือเป็นกฎหมายแม่บทที่ศักดิ์สิทธิ์ผู้ใดจะแก้ไขไม่ได้ โดยประเทศไทยได้ยึดคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นหลักกฎหมายเรื่อยมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์

ยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่ โดยช่วงนี้เริ่มนับตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 อันเป็นเวลาที่ประเทศไทยได้เริ่มรับเอาแนวคิดจากกฎหมายตะวันตกเข้ามาในสังคมไทยและมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น จึงถือได้ว่ากฎหมายสมัยใหม่เป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยก้าวเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติแบบสมัยใหม่ แต่สำหรับการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายในสมัยนี้อาจแยกวิวัฒนาการได้เป็น 3 ช่วง คือ (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2539, หน้า 9-50)

การที่ประเทศไทยได้นำเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ร่วมกับกฎหมายไทยเนื่องจากในครั้งแรกประเทศไทยได้รับเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ในการแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีไปก่อน เพราะการปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยเป็นสิ่งที่ต้องใช้เวลาานาน ทั้งนี้ การรับเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ในประเศไทยนั้นมีสองทางคือ

1. การรับเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ (Piecemeal) โดยศาลจะนำหลักกฎหมายของอังกฤษมาปรับใช้ในกรณีต่างๆ เพื่อให้กฎหมายไทยที่บกพร่องมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

2. การรับเข้ามาทางโรงเรียนสอนกฎหมาย กล่าวคือ ประเทศไทยได้ส่งนักกฎหมายไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ และได้ทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น จึงทำให้อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น

ในครั้งที่สอง มีการตัดสินใจให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งสองบรรพแรกของฝรั่งเศส สาเหตุที่สำคัญในการที่ประเทศไทยจะต้องจัดให้มีประมวลกฎหมาย ก็คือปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต จึงทำให้ประเทศไทยตัดสินใจจัดให้มีการชำระสะสางกฎหมายด้วยวิธีการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใช้บังคับก่อนและได้เริ่มประกาศใช้เมื่อ ร.ศ. 127 หรือ ปี พ.ศ. 2451 ต่อมา ได้เริ่มมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง เมื่อปี พ.ศ. 2451 และประกาศใช้เมื่อ ปี พ.ศ. 2466 แต่ปรากฏว่าเกิดปัญหาข้อขัดข้องหลายประการ จึงทำให้ต้องมีการจัดทำขึ้นใหม่ในเวลาต่อมา

ครั้งที่สาม ได้ตัดสินใจให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบเยอรมันซึ่งเริ่มต้นจากการจัดทำบรรพทั่วไปก่อน โดยลอกเลียนแบบมาจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งได้ดัดแปลงจากประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบเยอรมันไว้แล้ว ดังนั้น การจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศไทยในครั้งที่สามจึงมีความรวดเร็วกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งการดัดแปลงประมวลกฎหมายตามแบบญี่ปุ่นถือเป็นประโยชน์ในการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศไทยเป็นอย่างมาก

อนึ่ง การประเทศไทยได้ใช้เวลาในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเวลา รวม 30 ปี จึงสามารถประกาศใช้ประมวลแพ่งและพาณิชย์ได้ครบทั้ง 6 บรรพ เนื่องมาจากในสมัยก่อนกฎหมายมาจากคำสั่งของพระมหากษัตริย์ซึ่งถือเป็นคำพิพากษา และจารีตประเพณี ที่ถือเป็นสิ่งที่ทำให้สังคมเป็นระเบียบและอยู่กันอย่างสงบสุข ซึ่งสังคมในสมัยก่อนยังไม่มีกรวางกฎเกณฑ์หรือระเบียบแบบแผน ที่ชัดเจนเหมือนเช่นในปัจจุบัน จึงทำให้การร่างประมวลกฎหมายของประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องมีความละเอียดและรอบคอบเพื่อให้ได้มาซึ่งกฎหมายที่เหมาะสมกับวัฒนธรรม และจารีตประเพณีของประเทศไทย

2. วิวัฒนาการของกฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานในประเทศไทย

ส่วนของกฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญาในประเทศไทยนั้น ได้เกิดขึ้นมาพร้อม ๆ กับการค้าขายของประชาชน โดยที่ประเทศไทยได้เริ่มดำเนินการติดต่อค้าขายกันภายในประเทศและเริ่มมีการดำเนินการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศจึงทำให้เราต้องกำหนดกฎหมายที่มีความซับซ้อนเพิ่มขึ้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมขึ้นในขณะนั้น กล่าวคือ การค้าขายของประเทศไทยได้เริ่มมีมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา และเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน แต่ยังไม่เป็นที่ปรากฏแน่ชัดว่ามีกฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญามาตั้งแต่ในยุคใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของกฎหมายในประเทศไทยที่ปรากฏหลงเหลืออยู่ในยุคต่าง ๆ ว่าในแต่ละยุคแต่ละสมัยได้เริ่มมีจารีตประเพณี หรือข้อบังคับใด ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญา โดยแยกหัวข้อในการวิจัยเป็น 3 สมัย คือ

2.1 สมัยกรุงสุโขทัย

สุโขทัยมิได้เป็นนครหลวงหรือเป็นศูนย์กลางในการปกครองแต่เพียงรัฐเดียวยังมีรัฐอื่นๆ อีกที่มีอำนาจและมีการปกครองที่เป็นอิสระ แต่สุโขทัยมีลักษณะเป็นนครรัฐ (City States) เท่านั้นที่มีอาณาเขตไม่กว้างมากนัก และมีการปกครองเป็นตามความเหมาะสมของประเพณีนิยมของประชาชนเท่านั้น

กฎหมายในสมัยสุโขทัยก็คือ กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากเหตุผลธรรมดาของสามัญชนหรือสามัญสำนึก (Simple Natural Reason) จารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันมาอย่างช้านาน ซึ่งส่วนมากจะมาจากข้อบังคับในทางศาสนา หรือธรรมะ โดยจะมีลักษณะเป็นแบบชาวบ้าน (Volksrecht) (Preedee, 1986, p. 275) แต่สิ่งที่ทำให้ทราบและเข้าใจถึงสภาพสังคมและเรื่องราวที่สำคัญที่เกิดขึ้นในสมัยสุโขทัย ก็คือ หลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหง ที่เป็นเพียงหลักฐานให้เราได้ทราบถึงสภาพสังคม วิธีชีวิตกฎหมายบางประการที่ถือปฏิบัติในสมัยนั้น โดยเมื่อเรานำสิ่งนี้มาพิจารณาเราก็จะเห็นว่าในหลักศิลาจารึกจะมีเรื่องที่สำคัญ ๆ ดังนี้

1. เรื่องสถานภาพของบุคคล
2. เรื่องที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์
3. เรื่องที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีและการลงโทษผู้กระทำผิด
4. เรื่องที่เกี่ยวกับการปกครอง

และเมื่อนำข้อความในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมาพิจารณาถึงความเป็นการติดต่อค้าขายของประเทศไทยเราก็จะเห็นได้ว่าหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพในการค้าขายอย่างเต็มที่ของประชาชน โดยจะปรากฏในหลักศิลาจารึกในส่วนที่ว่า “เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงินค้าทองคำ” ซึ่งจากข้อความดังกล่าว ทำให้เราเห็นได้ว่าประเทศไทยการได้มีการค้าขายกันมาอย่างยาวนาน แต่การค้าขายระหว่างประเทศต่างๆ กับประเทศไทยยังมีอยู่เป็นส่วนน้อย และไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าในสมัยสุโขทัยได้เริ่มมีการกำหนดแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญาหรือได้มีสัญญาใดๆ เกิดขึ้นมาตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อความที่กำหนดไว้จะเห็นได้ว่ากฎหมายในสมัยนั้นบัญญัติไว้เพียงหลักต่างๆ ไป เพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติเท่านั้น อีกเหตุผลหนึ่งที่ในสมัยสุโขทัยยังไม่มีกำหนดกฎหมายและระเบียบแบบแผนไว้อย่างชัดเจนอาจเนื่องมาจากในสมัยนั้น ธรรมชาติคือกฎหมาย และถือเป็นเรื่องเดียวกัน จนไม่อาจแยกออกจากกันได้ ซึ่งความคิดนี้เป็นทำนองเดียวกับความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ในโลกตะวันตก จึงยังไม่มีมาตรการกฎหมายที่มีความสลับซับซ้อนหรือมีข้อกำหนดหรือรายละเอียดเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติไว้อย่างแน่นอน และในขณะนั้นการติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติยังไม่เป็นที่แพร่หลายมากนัก อีกทั้งยังไม่มีตัวบทกฎหมายที่ชัดเจนแสดงให้เราทราบได้ถึงกฎหมายหรือข้อบังคับของการอยู่ร่วมกันในสังคม แต่ที่ปรากฏเป็นหลักฐานว่าในสมัยสุโขทัยมีการดำเนินวิถีชีวิต มีสภาพสังคมและกฎหมายบางประการที่ถือปฏิบัติในสมัยนั้นอย่างไร ก็มีเพียงหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงที่จะทำให้เราทราบได้ถึงความเป็นมาว่าในสมัยนี้มีกฎหมาย ระเบียบ และข้อกำหนดอย่างไร ซึ่งในส่วนของกฎหมายเหล่านั้นเมื่อเราพิจารณาแล้วก็ไม่ ได้มีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับเรื่องแบบแห่งนิติกรรมไว้ในส่วนใด เนื่องมาจากการทำนิติกรรมในสมัยนั้นเกิดผลสมบูรณ์ได้ทันทีเมื่อมีการแสดงเจตนา จึงทำให้กฎหมายในเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญาในสมัยสุโขทัยไม่ปรากฏแน่ชัดขึ้นในสมัยนั้น แต่ก็มีสิ่งที่เป็นหลักฐานพอที่จะทำให้เราทราบได้ว่าในสมัยสุโขทัยได้เริ่มมีการกำหนดกฎหมายหรือแบบพิธีบางอย่างขึ้นมา แต่กฎหมายหรือแบบพิธีนั้นก็มิใช่แบบแห่งนิติกรรมสัญญา แต่เป็นเพียงสิ่งที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คนสังคมอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข

2.2 สมัยกรุงอยุธยา

คำว่า “กฎหมาย” ในสมัยโบราณถือเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายในปัจจุบันต้องไม่นำมาปะปนกับแนวคิดของ คำว่า “กฎหมาย” ในปัจจุบัน เพราะถ้าพูดถึงคำว่า “กฎหมาย” ในปัจจุบันจะเข้าใจได้ว่า กฎหมายก็คือ สิ่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislation) คือ การตรากฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในสมัยโบราณกฎหมายก็คือ ธรรมชาติ โดยถือว่า กฎหมายกับธรรมชาติเป็นเรื่อง

เดียวกัน แยกจากกัน ไม่ได้ ซึ่งเป็นความคิดทำนองเดียวกับความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในโลกตะวันตก

อยุธยาถือเป็นราชอาณาจักรที่มีขนาดใหญ่และมีพลเมืองเพิ่มมากขึ้นจึงมีความแตกต่างเป็นอย่างมากกับสังคมสมัยสุโขทัย ทั้งทางด้านอาณาเขต ผู้คนพลเมืองและวัฒนธรรม จึงมีการจัดโครงสร้างและระเบียบทางสังคมที่แตกต่างไปจากสุโขทัย ทำให้ประชาชนเริ่มมีการติดต่อกับชาวต่างชาติมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องมีการจัดระเบียบทางสังคมที่ความสลับซับซ้อนและมีรายละเอียดเพิ่มมากขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้นและถือเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับที่เพิ่มมากขึ้นกว่าในอดีต แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้อยุธยานำเอาวัฒนธรรมหรือปรัชญาในด้านการเมืองหรือกฎหมายของสุโขทัยมาประยุกต์เข้ากับวัฒนธรรมหรือกฎหมายของอยุธยาเลย แต่อยุธยากลับไปรับอิทธิพลทางด้านวัฒนธรรมและกฎหมายจากอินเดียและก็นำเอาความคิดทางด้านการปกครองและวัฒนธรรมของเขมรซึ่งเป็นแบบฮินดูโดยเฉพาะแนวความคิดในลัทธิเทวราช

สมัยอยุธยาจะไม่ปรากฏหลักฐานใดๆ มากนักเนื่องจากเอกสารส่วนใหญ่ที่เก็บรักษาไว้ในห้องสมุดหลวงต้องถูกทำลายเสียหายอย่างร้ายแรงไปตั้งแต่เมื่อครั้งที่กรุงศรีอยุธยาถูกปล้นทำลายเมื่อปี พ.ศ.2310 และอีกประการหนึ่งที่ทำให้เอกสารไม่อยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ คือในสมัยนั้นเอกสารต่างๆ ได้ถูกสร้างขึ้นด้วยวิธีการเขียนด้วยมือจึงไม่มีความทนทานต่อสภาพอากาศที่มีความชื้น นอกจากนี้การประมวลบทกฎหมายที่ได้กระทำขึ้นในสมัยของสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกนั้นก็ทำให้เอกสารที่บรรจุด้วยบทกฎหมายเก่าแต่ครั้งก่อนกลายเป็นสิ่งที่ไร้ประโยชน์ และเมื่อได้มีการประมวลรวบรวมบทกฎหมายเก่าขึ้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็มีคำสั่งมิให้นำกฎหมายเก่าใด ๆ นอกจากที่ได้ประมวลไว้ขึ้นอ้างในศาลจึงทำให้กฎหมายเก่าถูกปล่อยทิ้งไม่มีใครสนใจที่จะบำรุงรักษาเอาไว้เพราะคิดว่าไม่มีความสำคัญอีกต่อไป และบางทีอาจเป็นไปได้ว่ามีเจตนาที่จะทำลายเอกสารเก่าเพื่อป้องกันมิให้เกิดการสับสนกับตัวบทกฎหมายใหม่ที่ได้ประมวลขึ้น

จึงเหลือเพียงเอกสารหลักฐานที่อยู่ในหอพระสมุดพระวชิรญาณเพียงสองฉบับเท่านั้น คือพระราชกฤษฎีกาในแผ่นดินสมเด็จพระเพทราชา ปีชกาล พ.ศ.2242 และพระราชกฤษฎีกาสองฉบับนี้ได้เขียนด้วยดินสอดำเขียนบนใบข่อย โดยข้อความของทั้งสองฉบับเหมือนกันแต่ต่างกันที่ฉบับหนึ่งเป็นภาษาไทย และอีกฉบับเป็นภาษาเขมรแต่ตัวบทกฎหมายทั้งสองฉบับ ต่อมา พ.ศ.2476 ราชบัณฑิตยสถาน พิมพ์ตัวบทของกฎสิบเอ็ดข้อ โดยใช้ชื่อหนังสือว่า “พระราชกำหนดเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยา” โดยกฎสิบเอ็ดข้อนี้ได้ตราขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2263-2305 โดยจะเป็นช่วง 15 ปีตอนปลายสมัยอยุธยา

จึงทำให้ในช่วงระยะเวลาที่เราไม่สามารถค้นพบเอกสารกฎหมายเก่า ๆ ที่หายไปได้ จะมีก็แต่เพียงสิ่งที่ชาวต่างประเทศได้เรียบเรียงเรื่องราวไว้บ้าง คือ มีหนังสือที่ชาวยุโรปที่ได้เข้ามาอยู่ในประเทศไทยในสมัยอยุธยาได้แต่งไว้ เช่น ราชบัณฑิตยสภาได้พิมพ์คำแปลจดหมายเหตุและรายงานต่างๆ ซึ่งพวกผู้แทนของบริษัทฝรั่งเศสส่งไปยังตัวการที่กรุงปารีส ในรัชกาลของสมเด็จพระนารายณ์ และยังมีการพิมพ์จดหมายตอบโต้ของพ่อค้าชาวฮอลันดาและชาวอังกฤษที่เข้ามาอยู่ในกรุงศรีอยุธยาอีกด้วย โดยหลักฐานต่าง ๆ เหล่านี้ก็จะแสดงให้เห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีการพาณิชย์กับชาวต่างชาติมาช้านาน และประเทศไทยมีฐานะทางเศรษฐกิจเป็นอย่างไร ซึ่งนอกจากนี้ยังมีหนังสือทั่ว ๆ ไปอีก ที่ชาวยุโรปได้เป็นผู้สังเกตการณ์และเขียนขึ้น

จากประวัติของกฎหมายในกรุงอยุธยาข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยต้องการให้เป็นที่ยอมรับและมีอารยธรรมที่ทัดเทียมกับชาวต่างชาติจึงได้มีการเปิดรับแนวความคิดเห็นของประเททางตะวันตกเข้ามา โดยการรับแนวความคิดของชาวตะวันตกนั้นส่วนใหญ่ได้มาจากการที่ชาวต่างประเทศเข้ามาทำการติดต่อค้าขายกับประเทศไทยโดยในสมัยอยุธยากฎหมายที่ถือเป็นแม่บทที่สำคัญ ก็คือ กฎหมายตราสามดวง ที่ได้เกิดขึ้นจากการที่ สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ได้โปรดให้มีการชำระรวบรวมกฎหมายขึ้นเมื่อ ปีชวด จุลศักราช 1166 ตรงกับ พ.ศ. 2347 มูลเหตุที่ทำให้เกิดการชำระสะสางขึ้นเนื่องมาจากกรณี อำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรี จึงทำให้สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ทรงมีพระราชดำริว่า “พระราชกำหนดคบทพระอัยการพ้นเพื่อนวิปริตผิดต่างกันไปเป็นอันมาก” จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้มีการชำระกฎหมายโดยให้อาลักษณ์เขียนลงในสมุดข่อย 3 ชุด แต่ละชุดมี 41 เล่ม ทุกเล่มประทับ ตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว ด้วยเหตุนี้เองจึงนิยมเรียกกฎหมายชุดนี้ว่า “กฎหมายตราสามดวง” โดยประเทศไทยได้นำต้นแบบมาจากมอญหรือรามัญ ซึ่งมอญก็ได้รับมาจากอินเดียอีกทอดหนึ่ง จากหลักฐานปรากฏว่าประเทศไทยได้รับเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมอญมาเป็นกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัย โดยถือเป็นหลักในการในการตัดสินและเป็นแม่บทหรือที่มาของการบัญญัติกฎหมายในเวลาต่อมา ซึ่งกฎหมายตราสามดวงมีลักษณะและความสำคัญดังนี้

1. กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะเป็นกฎหมายของนักกฎหมาย (Jurisrecht) คือกฎหมายตราสามดวงโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นพระธรรมศาสตร์ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและมีฐานะสูงกว่าจารีตประเพณี กฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดจากความคิดของนักนิติศาสตร์อินเดีย และได้รับการสืบทอด พัฒนา ต่อมาโดยนักนิติศาสตร์มอญและไทยตามลำดับ

2. กฎหมายตราสามดวงก็มีลักษณะที่เป็นกฎหมายธรรมชาติ เพราะมีการเคารพว่าพระธรรมศาสตร์เป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เป็นกฎหมายที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลง มนุษย์ก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขกฎหมายชนิดนี้ได้ เพราะเป็นกฎของธรรมชาติที่อยู่เหนือมนุษย์ ซึ่งแนวคิดในเรื่องนี้คล้าย

กับกฎหมายธรรมชาติของกฎหมายโรมัน แต่ต่างกันว่ากฎหมายธรรมชาติของโรมันเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในขณะที่พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

3. ไม่มีการนิติบัญญัติโดยแท้ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง พระมหากษัตริย์มิได้อำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริงเนื่องจากการปกครองดูแลบ้านเมืองต้องอาศัยกฎหมายตราสามดวงเป็นสำคัญ และเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลง หรือออกกฎหมายใหม่ ก็จะต้องคำนึงถึงหลักที่มีอยู่ในพระธรรมศาสตร์ว่าสอดคล้องหรือไม่ ซึ่งจะแตกต่างจากแนวความคิดเรื่องการนิติบัญญัติในปัจจุบันที่ว่า ผู้ทรงอำนาจธิปไตยสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายอะไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด

4. ความนับถือตัวบทกฎหมาย จากคดีอำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรีช่างเหล็กหลวง ลูกขุนที่พิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้พิจารณาไปตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดและแม้ว่าพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จะทรงเห็นว่าเป็นบทกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมก็ได้มีการแก้ไขคำพิพากษาในคดีนี้ให้ถูกต้องเป็นธรรมและทรงให้มีการชำระสะสางตัวบทกฎหมายให้ถูกต้อง

5. ไม่ใช่ประมวลกฎหมายที่มีเนื้อหาครอบคลุมทุกด้าน กฎหมายตราสามดวงอาจถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นประมวลกฎหมายแบบเก่าซึ่งเป็นที่รวมของบทกฎหมายที่ปรุงแต่งโดยนักกฎหมายและจารีตประเพณีที่สำคัญเท่านั้นแตกต่างจากประมวลกฎหมายแบบใหม่ที่มีบทกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมชีวิตสังคมทุกด้าน

6. กฎหมายเป็นคู่มือในการชี้ขาดตัดสินคดี กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี และใช้ในการพิจารณาคดีเป็นหลัก ไม่ใช่กฎหมายที่เขียนขึ้นในลักษณะตำรากฎหมาย ที่บุคคลทั่วไป ๆ ก็สามารถนำไปร่ำเรียนได้

ทั้งนี้ การแบ่งกฎหมายสมัยอยุธยาออกเป็นกฎหมายสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ เป็นการแบ่งกฎหมายออกอย่างกว้าง ๆ และในกฎหมายสารบัญญัติก็ไม่สามารถแบ่งแยกได้ว่าส่วนใดเป็นแพ่งหรืออาญาได้อย่างเช่นปัจจุบัน โดยกฎหมายในส่วนของแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญาเป็นบทกฎหมายในส่วนของสารบัญญัติ ที่มีปรากฏอยู่เป็นจำนวนน้อยมากจะพบได้ก็แต่เพียงสัญญาต่าง ๆ และสัญญาที่ได้รับความสนใจจากผู้บัญญัติกฎหมายอย่างมาก ก็คงมีเพียง 2 ชนิดที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ

1. สัญญาคู่ โดยจะอยู่ในกฎหมายลักษณะคู่หนี้ ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกู้ยืม การคิดดอกเบี้ย หลักฐานแห่งการกู้ยืม การบังคับชำระหนี้

2. สัญญาขายคนเป็นทาส

สัญญาต่าง ๆ ในสมัยอยุธยาที่มีเพียงบัญญัติไว้คร่าว ๆ ไม่บริบูรณ์แต่ก็ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมใช้บังคับในการทำนิติกรรมสัญญาต่างอยู่กล่าวคือตามกฎหมายลักษณะคู่มือที่ตราขึ้นเมื่อ พ.ศ.2188 ได้กำหนดไว้ว่า “ทวยราษฎร์ที่ภูหนีย่อมสันทัดกันแต่คำลึง (สัญญา) ขึ้นไปให้มีกรรมธรรม์แกงใดเป็นสำคัญให้ผูกคอกเบียดเดือนละเฟื้อง ถ้าหาเอกสารสำคัญมิได้ ท่านว่าอย่าให้รับไว้บังคับบัญชา” (พระวรภักดีพิบูลย์ และม.ล.นภา ชุมสาย), 2512, หน้า191) แสดงว่าสัญญาปฏิบัติตามกฎหมายได้บัญญัติให้มีกรรมธรรม์แกงใด กรรมธรรม์คือสัญญาที่ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานหลวงตามธรรมดา อำเภอบนเจ้าหน้าที่ทำสัญญากรรมธรรม์ทั่วไป (หม่อมเจ้าเกียรติประวัติ, 2464, หน้า 157)

เพราะฉะนั้น จึงถือว่าต้นกำเนิดของแบบแห่งนิติกรรมสัญญาได้เกิดขึ้นในสมัยนี้ และก็ได้มีสัญญาเกิดขึ้นมากมายหลายชนิด นอกเหนือจาก สัญญาขายคนเป็นทาส สัญญาคู่นี้ เป็นต้น โดยศาสตราจารย์ ร.แลงกานต์ ได้วิเคราะห์สัญญาในสมัยนั้นว่าเป็นความผูกพันที่รวมเอาตัวและกองทรัพย์สินไว้ภายใต้อำนาจเจ้าหน้าโดยตลอดไป เพื่อเจ้าหน้าอาจเรียกร้องให้ตอบแทนบุญคุณได้ทุกเมื่อ (ร.แลงกานต์, 2526, หน้า 169) จึงทำให้เห็นว่าสัญญาในสมัยก่อนมีความผูกพันกันในเชิงตัวบุคคลมากกว่าที่จะมีความผูกพันกันในเชิงกฎหมาย แต่กฎหมายในลักษณะแบบของสัญญาในสมัยก่อนยังไม่มี ความชัดเจนมากเท่าที่ควรหรือจำกัดอยู่ในวงแคบ จึงยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมมากนัก และถ้าจะมีการกำหนดให้มีแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือก็มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เป็นที่ย่อยต่อการพิสูจน์ ว่าสัญญาได้มีการจัดทำขึ้นจริงเท่านั้น และสัญญาที่จะเป็นที่ยอมรับในสมัยนั้นส่วนใหญ่จะเป็น สัญญาตามแบบพิธี คือต้องเป็นสัญญาที่จะต้องปฏิบัติให้สำเร็จตามแบบพิธีที่จำกัดไว้ตามจารีตประเพณี เช่น การแสดงกริยาบางประการ หรือให้ถ้อยคำรับรองบางอย่าง ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่เข้ามาผูกพันกันจะต้องเป็นผู้ทำขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามแบบพิธีตามที่จารีตประเพณีกำหนดไว้ ไม่ใช่เป็นไปตามเจตนาธรรม์ของคู่สัญญา

2.3 สมัยประมวลกฎหมาย

หลังจากสมัยอยุธยา ประเทศไทยได้เริ่มมีการชำระสะสางกฎหมายขึ้น โดยนำกฎหมายจากในสมัยอยุธยามาปรับปรุงเพิ่มเติมในส่วนที่ยังไม่มีให้มีความสมบูรณ์ขึ้น แต่สังคมไทยในอดีตยังขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ชัดเจน เพราะหลักกฎหมายของประเทศไทยในสมัยก่อนเป็นเรื่องง่าย ๆ ที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนมากนัก เช่น เรื่องการกู้ยืม ฝากทรัพย์ เป็นต้น กฎหมายไทยในอดีตยังไม่ครอบคลุมความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหมือนอย่างความคิดของชาติตะวันตก จึงต้องมีการรับกฎหมายใหม่ ๆ เข้ามา เพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทยในส่วนที่ยังบกพร่องอยู่ และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็เพื่อให้ประเทศไทยได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาเบาริงกับประเทศอังกฤษกลับคืนมาอีกครั้ง จึงจำต้องมีการชำระสะสางกฎหมาย ซึ่งถ้าจะพิจารณา

ให้ตี สัญญาเบาริ่ง ก็มีส่วนทำให้กฎหมายไทยพัฒนาให้ทันสมัยขึ้นด้วยเช่นกัน โดยการชำระสะสางกฎหมายในครั้งนั้นมีความใกล้เคียงกับงานประมวลกฎหมายมาก โดยประเทศไทยจะเริ่มมีการประมวลกฎหมายขึ้นอย่างเป็นทางการ โดยได้พิจารณารูปแบบประมวลกฎหมายของประเทศไทยตามแบบภาคพื้นยุโรปและเหตุผลในการจัดทำประมวลกฎหมายในสมัยนั้นอีกประการนอกจากที่ต้องการได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตคืน ก็คือต้องการรวบรวมเอาหลักกฎหมายที่มีอยู่และหลักกฎหมายใหม่ที่ยังไม่มีในประเทศไทยเข้าร่วมไว้ด้วยกัน เช่น ประมวลแพ่งแต่เดิมมีเพียงแต่ลักษณะบุคคล เช่น การสมรส การหย่า และการรับมรดก และในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาที่ใช้อยู่บ่อย ๆ และทั่ว ๆ ไป เช่น ซื้อมาขายไป จำนอง กู้ยืม ฯลฯ แต่กฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาจะไม่มีบททั่วไปซึ่งบัญญัติถึงหลักกฎหมายว่าด้วยมูลแห่งหนี้และผลแห่งหนี้ซึ่งการพิจารณาและวินิจฉัยนั้นต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป

ในทางกฎหมายพาณิชย์ก็ยังคงพบความบกพร่องของกฎหมายอยู่เช่นกันทำให้การติดต่อกับชาวต่างชาติในเวลานั้นยังมีข้อขัดข้องอยู่บางประการเพราะกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิมไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ ได้ โดยเฉพาะกฎหมายในด้านสัญญาทางพาณิชย์ และในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเทคนิค (Technical Law) ซึ่งประเด็นนี้เอง จึงได้มีการนำกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตก มาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยที่มีใช้อยู่ จึงทำให้เห็นข้อแตกต่างและต้องยอมรับว่ากฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกสามารถนำมาแก้ปัญหาเหล่านี้ได้ แต่เมื่อมีการนำกฎหมายของทางอังกฤษมาใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นก็ทำให้เกิดปัญหาในการใช้กฎหมายอังกฤษตามมา โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หากไม่มีพระราชกำหนด บทพระอัยการหรือคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยเป็นแนวบรรทัดฐานในเรื่องใด ศาลไทยก็จะพิจารณาวินิจฉัยคดีเรื่องนั้น โดยอาศัย จารีตประเพณีและที่เห็นได้ชัดเจนอย่างยิ่งก็คือในส่วนของคดีพาณิชย์ซึ่งศาลไทยจะวินิจฉัยตามกฎหมายพาณิชย์ของอังกฤษโดยตรง (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2517, หน้า 3-4) เช่นเรื่อง สินจ้าง กฎหมายปิดปากและตรัสดี

เมื่อการค้าขายระหว่างประเทศไทยกับประเทศใกล้เคียงมีวิวัฒนาการที่เจริญมากขึ้นจึงทำให้ประเทศไทยเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายพาณิชย์เพิ่มขึ้นเพื่อให้ทันสมัยและเหมาะสมแก่ประเทศไทยมากยิ่งขึ้น และในการระหว่างการจัดทำประมวลกฎหมายในสมัยนั้นประเทศไทยยังไม่มีความชำนาญในการจัดทำประมวลกฎหมายจึงได้มีการจ้างนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสมาเป็นที่ปรึกษา และได้จ้างประเทศเบลเยียม อเมริกา ญี่ปุ่น มาช่วยร่างกฎหมายด้วยเช่นกัน แต่คณะกรรมการที่เป็นผู้ร่างประมวลแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับเป็นชาวฝรั่งเศสทั้งหมดก็เนื่องจากในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นประเทศที่มีอำนาจและมีอิทธิพลมากประเทศไทยจึงจำเป็นต้องยอมตั้งคณะกรรมการตามนั้น โดยคณะกรรมการชุดนี้ได้ปรึกษาหารือเกี่ยวกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าจะประกาศใช้ประมวลกฎหมายในครั้งนั้นจะประกาศเป็น

สองประมวลหรือไม่ ส่วนหนึ่งว่าด้วยเรื่องนี้ อีกส่วนหนึ่งว่าด้วยเรื่องอื่นๆ ทั้งหมดดังเช่นเป็นอยู่ในประเทศสวีเดนหรือแลนด์ ตูนิเซียและโมร็อกโก แต่ผลสรุปที่สุุดคณะกรรมการมีความเห็นว่า ควรจะประกาศใช้บังคับเป็นประมวลกฎหมายเดียวจะเหมาะสมกว่า โดยบัญญัติให้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมกันไว้ทั้งหมด (เรอเน่ กียอง, 2536, หน้า 107) นักกฎหมายจึงถือว่าประมวลกฎหมายฉบับนี้ชาวต่างชาติได้มีบทบาทในการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศไทยมาก

โดยการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทรงมีพระราชดำริว่า

“กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในเวลานี้ ยังกระจัดกระจายอยู่หลายแห่งสมควรจะนำมารวบรวมไว้แห่งเดียวกันและจัดเข้าเป็นหมวดหมู่ เพื่อให้สมแก่กาลสมัยความเจริญและพาณิชย์กรรมแห่งบ้านเมือง และความสัมพันธ์กับนานาประเทศ”

ส่วนหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลยุติธรรมได้เคยยกขึ้นปรับสัต์คดีตัดสินคดีเนื่อง ๆ มา โดยธรรมเนียมประเพณีอันควรแก่ยุติธรรมนั้น สมควรจะบัญญัติไว้ให้เป็นหลักฐานและกิจการบางอย่างในส่วนแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่มีกฎหมายที่ใช้อยู่ในบัดนี้ ก็ควรจะบัญญัติขึ้นไว้ด้วย

และทรงพระราชดำริว่า ทางที่จะให้ถึงซึ่งผลอันนี้ ควรจะประมวลและบัญญัติบทกฎหมายที่กล่าวมาแล้วเข้าเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบอย่างซึ่งประเทศอื่น ๆ ได้ทำมา

อนึ่ง ทรงพระราชดำริว่า การชำระประมวลกฎหมาย ซึ่งทำอยู่ ณ บัดนี้ได้ดำเนินไปมากแล้ว สมควรจะประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนที่สำคัญและเป็นประโยชน์ตอนหนึ่งก่อนได้ ส่วนอื่น ๆ เมื่อสำเร็จบริบูรณ์ จะได้ประกาศให้ใช้เพิ่มเติมในภายหลัง

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้สืบไปดังนี้ (ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 40, 2466, หน้า 2-3)

คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาทำงานเพื่อจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีด้วยกันหลายชุด ซึ่งแต่ละชุดต่างก็มีปัญหาขัดแย้งกันจึงทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้เวลามากแต่ไม่มีความคืบหน้า เนื่องจากผู้ร่างยังไม่มี ความชำนาญ ดังเช่นที่ พระยามาวราชเสวีได้เล่าให้ฟังว่า

...ตอนที่ทำโค้ดแพ่ง ฝรั่งเศสเขาขอเป็นผู้ร่างให้...เขาเสนอแบบ 3 บรรพพออย่าง โค้ดฝรั่งเศส ร่างกันอยู่เป็นนานก็ไม่แล้วสักทีจนกระทั่งผมกลับจากอังกฤษ ก็ยังไม่แล้ว...ผมได้อ่านร่างประมวลกฎหมายแล้วก็รู้สึกว่าจะไม่เข้าใจ เขียนกฎหมายไม่กินเกลียวกัน...เวลานั้นในหลวงฯ ทรงแต่งตั้งกรรมการที่เป็นเจ้านายมาเป็นกรรมการตรวจศัพท์ภาษา กรรมการท่าน

อ่านก็ไม่เข้าใจ แต่ไม่ได้ว่าอะไรก็ในสมัยนั้นเรายังกลัวฝรั่งเศษอยู่เพราะมีอำนาจมาก เมื่ออ่านไม่เข้าใจในหลวงท่านก็ถามผมว่าจะเอาอย่างไร ที่สุดผมจึงทูลในหลวงฯ ว่าชุดนี้เห็นจะไม่ได้การ เห็นสมควรให้มีกรเปลี่ยนแปลงกรรมการร่างกฎหมายใหม่ ซึ่งอันที่จริงแล้ว คนที่มาเขียนกฎหมายให้เรานั้นมือยังไม่ถึงขั้น เวลาเขียนไปมันเลยไม่กินเกลียวกัน ในที่สุดคณะกรรมการร่างกฎหมายต้องออกเกือบหมด เพราะเหตุที่ร่างแล้วยุ่งกันไปหมด...(พระยามานวราชเสวี, 2523, หน้า12-3)

เมื่อเป็นเช่นนี้ การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ล่าช้าไปเป็นเวลาเกือบ 30 ปี จึงเสร็จครบถ้วนทั้ง 6 บรรพ และสามารถประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ฉะนั้น ในสมัยประมวลกฎหมายนี้ นักกฎหมายจะแบ่งสัญญาออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. สัญญาธรรมดา
2. ธรรมเนียม

สัญญาธรรมดานั้น จะทำด้วยปากเปล่า หรือจะเขียนข้อความลงเป็นตัวหนังสือสัญญาทั้งปวง ไม่ว่าเรื่องใดชนิดใด ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นธรรมเนียมก็ให้เหมาว่าเป็นสัญญาธรรมดาทั้งสิ้น โดยสัญญาธรรมดาในบางเรื่องกฎหมายต้องการให้ปรากฏข้อความลงเป็นตัวหนังสือและฝ่ายผู้ที่เป็นจำเลย ต้องเซ็นชื่อในท้ายหนังสือนั้น จะเซ็นชื่อตัวเองหรือขีดแกลงหรือให้ผู้อื่นเซ็นแทนก็ได้ (หลวงประดิษฐไพจิตร, 2454 หน้า 50) แต่สัญญาธรรมเนียมนั้นคือ การตกลงที่แบ่งได้เป็น 3 แบบวิธี คือ

1. แบบที่ได้เขียนลงบนกระดาษพิมพ์หลวง หรือกระดาษอย่างอื่นต่อหน้าเจ้าพนักงาน
2. แบบที่ผู้สัญญาได้ลงชื่อของตนเองหรือวานคนอื่นลงชื่อแทน หรือขีดเขียนทำเป็นแกลงใด ซึ่งต้องมีผู้รู้เห็นเป็นพยาน
3. แบบที่ผู้ให้สัญญาได้มอบธรรมเนียมนั้นให้แก่ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไป

และถ้าสัญญาธรรมเนียมที่ได้ทำขึ้นนั้นมิได้ทำให้ถูกต้องตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็จะไม่ถือเป็นสัญญา (พระยามานวราชเสวี, 2466, หน้า 57) ซึ่งจะเห็นได้ว่า ธรรมเนียมได้กำหนดวิธีการทำธรรมเนียมไว้อย่างชัดเจน ตลอดจนผลบังคับของนิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนแบบแห่งนิติกรรมชนิดนี้ไว้อีกด้วย กล่าวคือ มีผลเสียเปล่าไม่เป็นสัญญา

ประเภทของนิติกรรมสัญญาที่จะต้องปรากฏข้อความเป็นตัวหนังสือตามแบบสัญญาธรรมเนียมนั้น ก็จะเป็นแต่เฉพาะในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ เช่น

1. สัญญาประกัน
2. การกู้หนี้ยืมสินตั้งแต่ 4 บาท ขึ้นไป

3. ซื้อขายและสัญญาเช่า เรือ เรือน โรงแ

4. ให้โดยเสนาหาเช่า แลกเปลี่ยน ที่ดิน โฉนดเก่า (หลวงประดิษฐไพจิตรการ, 2454, หน้า 51)

ในส่วนประเภทของนิติกรรมสัญญาจำพวกที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องทำเป็นกรรมธรรม์นั้น เช่น สัญญาขายที่ดินทั้งโฉนดเก่าและใหม่ ซื้อขายที่ดินภายหลัง ร.ศ.115 ที่เจ้าพนักงานที่ดินยังไม่ได้ออกโฉนดแผนที่ ต้องทำหนังสือสัญญาต่อนายอำเภอท้องที่ จึงจะเป็นการซื้อขายกันเสร็จเด็ดขาด (พระยาพิชิตการ, 2462, หน้า 148) การซื้อขายที่ดินที่เจ้าพนักงานออกโฉนดแผนที่แล้ว ต้องทำเป็นหนังสือต่อเจ้าพนักงานทะเบียนให้สลักหลังโฉนดโฉนดและแก้ทะเบียน (พระยาพิชิตการ, 2462, หน้า 154)

วิธีการแบ่งประเภทของนิติกรรมก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือ นิติกรรมสัญญาที่กฎหมายปล่อยให้บุคคลผู้ทำนิติกรรมสัญญา แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาได้โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมและอีกประเภทหนึ่งก็คือ การบัญญัติที่บังคับให้บุคคลผู้ทำนิติกรรมสัญญาต้องดำเนินการตามแบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ มี 2 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือ
2. กรรมธรรม์

3. แนวคิดของกฎหมายในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมสัญญาของประเทศไทย

คำว่า “แบบแห่งนิติกรรม” เป็นการนำคำที่มีความหมายสองคำมารวมกัน คือคำว่า “แบบ” และ “นิติกรรม” และมีคำว่า “แห่ง” เป็นตัวเชื่อมระหว่างคำทั้งสองคำ เราจึงต้องมาพิจารณาความหมายของคำทั้งสองคำนี้ก่อนว่าคำแต่ละคำมีความหมายว่าอย่างไร

“แบบ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2524 ได้ให้ความหมายของ คำว่า “แบบ” หมายความว่า สิ่งที่กำหนดให้ถือเป็นหลักหรือเป็นแนวดำเนิน ตัวอย่าง ตำรา รูปลักษณะ สิ่งทีแคะหรือสลัก เป็นต้น (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2524, 2538, หน้า 490)

ตามศัพท์พจนานุกรมไทยฉบับเฉลิมฉลองกาญจนาภิเษก ได้ให้ความหมายของคำว่า “แบบ” หมายความว่า สิ่งทีถือเป็นหลักหรือเป็นแนวดำเนิน ตำรา รูปลักษณะ สิ่งทีแคะหรือสลักให้เป็นรอยลึกลงไปหรือนูนขึ้นมาเพื่อใช้เป็นแม่พิมพ์ (สุทธิ ภิบาลแทน, 2541, หน้า 403)

แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “แบบ” ไว้ จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำว่า “แบบ” ไว้ในบรรพที่ 1 ลักษณะที่ 4 หมวดที่ 1

ซึ่งเป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไป ในมาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ โดยเราจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 152 มิได้กล่าวถึงความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “แบบ” เป็นแต่เพียงวิธีการปฏิบัติเพื่อให้นิติกรรมสัญญาเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด คือ ถ้านิติกรรมใดที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบ ถ้ามิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรมสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติตามนั้นเป็นโมฆะ

ในส่วน of คำว่า “นิติกรรม” นั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติกรรม” ไว้ในมาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังซึ่งสิทธิ ซึ่งความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเหมือนกับในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525

“นิติกรรม” คือ การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคล ได้มีการแสดงเจตนาออกมา โดยมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน และ ระวังซึ่งสิทธิ

และเมื่อเราทราบถึงความหมายของคำว่า “แบบ” และ “นิติกรรม” แล้วก็อาจทำให้เราเข้าใจถึงความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “แบบแห่งนิติกรรม” ได้ ซึ่งท่านอาจารย์วิชญ์ เครื่องาม ได้ให้ความหมายของคำว่า “แบบแห่งนิติกรรม” ไว้ว่า แบบของสัญญา หมายถึง รูป ฉบับ แผน กรอบพิธี หรือระเบียบของสัญญา ซึ่งกฎหมายกำหนดว่า จะต้องเป็นไปตามนั้น แบบของสัญญา เป็นเสมือนกรอบพิธีภายนอกของสัญญา หรือวิธีการภายนอก (Procedure) ซึ่งอาจเป็นคนละส่วน หรืออาจเป็นส่วนเดียวกันกับความบริบูรณ์และเนื้อหาสาระ (Substance) ของสัญญา (วิชญ์ เครื่องาม, 2521, หน้า 89)

อนึ่ง กฎหมายในเรื่องแบบของประเทศไทยเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยและมีการพัฒนาต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน แต่แนวคิดในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมของประเทศไทยมีขึ้นเพื่อป้องกันการ โกงกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งในการค้าขายจำเป็นต้องมีแบบแห่งนิติกรรมไว้เพื่อให้คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดขึ้นตามแบบแห่งนิติกรรม

ดังนั้น สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องแบบ และนิติกรรมไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะที่ 4 หมวดที่ 1 เป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไป โดยเริ่มตั้งแต่ มาตรา 149-153 และบทบัญญัติใน บรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป จะมีผลให้นิติกรรมทั้งหลายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้าในส่วนใดที่เป็นนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรม แต่ไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้องแล้ว ผลแห่งนิติกรรมก็จะตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 จะไม่ได้บัญญัติเรื่องผลบังคับของการที่มิได้

ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรมไว้ก็ตาม เช่น มาตรา 1078 บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน” โดยมีได้กำหนดในส่วนของมาตรานี้โดยว่ามีเช่นนั้นจะตกเป็นโมฆะเสียเปล่าแต่อย่างไร ซึ่งในกรณีนี้ถ้าเราไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 1078 นี้ คือไม่จดทะเบียนก็เท่ากับไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมมีผลตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไปทันที ตามมาตรา 152 อันเป็นบททั่วไปหรือกรณีตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 บัญญัติว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายหรือมีระวางตั้งแต่ห้าต้นขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

ซึ่งการที่กฎหมายได้กำหนดแบบแห่งนิติกรรมขึ้นเฉพาะในนิติกรรมบางประเภทนั้น อาจมีผลมาจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายที่ต้องการให้เกิดความเป็นระเบียบในสังคม และอาจเห็นว่านิติกรรมบางประเภทมีความสำคัญที่ควรจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ อีกทั้งยังต้องการให้เกิดความเป็นธรรมอันก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคม รัฐประชาชน และรวมทั้งตัวของคู่สัญญาเอง

โดยกฎหมายได้กำหนดถึง “แบบแห่งนิติกรรม” ตามมาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้การกระทำนิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุให้ความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่ได้กระทำนั้นเสื่อมเสียไปโดยผลของการกระทำนิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 152 นั้นบัญญัติให้การนั้นตกโมฆะ ด้วยเหตุนี้จากบทบัญญัติ มาตรา 152 ทำให้เห็นได้ว่า แบบแห่งนิติกรรมมีความสำคัญต่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมเป็นอย่างมาก

ซึ่งโดยหลักการแล้วนิติกรรมย่อมสมบูรณ์โดยการแสดงเจตนา เพราะกฎหมายถือว่าเจตนาเป็นปัจจัยหรือส่วนประกอบที่มีความสำคัญอย่างยิ่งสำหรับนิติกรรม ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่า การกระทำนิติกรรมใด ๆ ย่อมอาศัยหลักแห่งความเป็นอิสระเสรีภาพในทางแพ่ง โดยคู่สัญญาอาจตกลงทำนิติกรรมใด ๆ โดยการแสดงเจตนาอันตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายถือหลักเสรีภาพในเรื่องแบบเป็นสำคัญ โดยอาจตกลงทำนิติกรรมกันโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร โดยไม่ต้องทำตามแบบพิธีเป็นพิเศษอย่างใดก็ได้ เพียงแต่ทำนิติกรรมนั้นๆ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งการทำนิติกรรมนั้นก็เพียงพอ แต่ในบางกรณีในการทำนิติกรรมบางประเภทกฎหมายถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเป็นพิเศษ ซึ่งกฎหมายต้องการให้นิติกรรมนั้นมีแบบเป็นพิเศษ จึงได้กำหนดวิธีการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมไว้เป็นพิเศษ โดยกำหนดให้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และจะต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ซึ่งถ้าไม่ปฏิบัติตามแบบหรือกระทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 เช่น (อ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 295/2491)

จำเลยที่ 1 กับที่ 2 เป็นบิดามารดาของจำเลยที่ 3 ได้สู้ข้อโจทก์ให้เป็นกรณียจำเลยที่ 3 ในการสู้ข้อนั้น จำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ได้ตกลงที่จะยกที่นา 10 ไร่ ให้โจทก์เป็นการตอบแทนการที่โจทก์ยอม สมรสกับจำเลยที่ 3 จึงถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งใช้บังคับกันได้ และ(คำพิพากษาฎีกาที่ 2345/2517) หลักจากที่โจทก์กับจำเลยที่ 3 สมรสกันแล้ว จำเลยที่ 1 กับที่ 2 ได้ปลูกเรือนพิพาทโดย เจตนาจะยกให้โจทก์กับจำเลยที่ 3 แต่มิได้จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ยกให้ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ดังนั้น เรือนพิพาทจึงยังเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2

คำพิพากษาฎีกาที่ 2036/2542 จำเลยเสนอราคาจำจ้างดูแลรักษาความปลอดภัยตัว ทรัพย์สินบริเวณอาคารที่พักข้าราชการกระทรวงยุติธรรม และโจทก์มีหนังสือถึงจำเลยตอบตกลง สนองรับราคาตามรายละเอียดและเงื่อนไขการจ้างที่จำเลยเสนอและให้จำเลยไปลงนามในสัญญา กับโจทก์ พร้อมทั้งให้หาหลักประกันเป็นหนังสือค้ำประกันด้วย แสดงว่าโจทก์และจำเลยมีเจตนาว่า สัญญาอันมุ่งจะทำต่อกันนั้นต้องเป็นหนังสือ แต่ก่อนที่ทั้งสองฝ่ายจะทำสัญญาเป็นหนังสือ มี เหตุการณ์จำเป็น โจทก์จำเลยจึงตกลงให้จำเลยส่งพนักงานของจำเลยเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ดูแลรักษา ความปลอดภัยในอาคารที่พักข้าราชการกระทรวงยุติธรรม และจำเลยได้ส่งพนักงานของจำเลยเข้าไป ปฏิบัติหน้าที่ในอาคารดังกล่าวตามข้อตกลงแล้ว ดังนี้ เท่ากับว่าโจทก์และจำเลยได้ตกลงกันใหม่ โดยผ่อนผันไม่ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือต่อกันเป็นการชั่วคราว และสัญญาดังกล่าวไม่มีกฎหมาย บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ จึงถือได้ว่าโจทก์และจำเลยมีสัญญาต่อกันแล้วโดยมี ข้อตกลงตามคำเสนอและเงื่อนไขการจ้างเดิม ดังนั้น เมื่อพนักงานของจำเลยไม่สามารถรักษาความ ปลอดภัยแก่ทรัพย์สินภายในอาคารที่พักได้ตามสัญญา จำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ตามเงื่อนไขการจ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 6511/2543 แม้ที่ดินพิพาทตามสัญญาซื้อขายระหว่างโจทก์และจำเลย เป็นที่ดินมือเปล่า ยังไม่ได้รับคำรับรองจากนายอำเภอว่าได้ทำประโยชน์แล้ว ไม่อาจโอนกันได้ตาม พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2549 มาตรา 9 ก็ตาม แต่ยอมโอนไปซึ่งการครอบครองได้ โดยการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1378 สัญญาซื้อขายจึงไม่ตกเป็น โมฆะ โจทก์มีอำนาจฟ้อง

ดังนั้น จากคำจำกัดความของ คำว่า “แบบแห่งนิติกรรม” ของนักนิติศาสตร์ก็ทำให้เรา กำหนดความหมายของคำว่า แบบแห่งนิติกรรมได้ว่า หมายความว่ากฎหมายกำหนดไว้ เป็นพิเศษเพื่อเป็นหลักบังคับให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามเป็นพิเศษนอกเหนือจากหลักเสรีภาพ ในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไป โดยผลของการบังคับให้กระทำตามวิธีการนั้น ถ้าผู้กระทำนิติ กรรมไม่ว่าจะปฏิบัติไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติตามย่อมจะมีผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โมฆะตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้

4. แนวคิดของกฎหมายในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือของประเทศไทย

แนวคิดในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ จะมีลักษณะคล้ายแบบแห่งนิติกรรมแต่หลักฐานเป็นหนังสือนั้นกฎหมายถือว่ายังไม่มีความสำคัญมากพอที่จะต้องกำหนดให้ต้องทำตามแบบ จึงกำหนดให้คู่สัญญาทำเพียงหลักฐานไว้เท่านั้น โดยวัตถุประสงค์ของที่สำคัญของการที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมบางประเภทจำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ มีเหตุเนื่องมาจากกฎหมายต้องการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของนิติกรรมสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งเมื่อเกิดกรณีมีข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งขึ้น เรามีความจำเป็นที่จะต้องมีหลักฐานไว้ เพื่อให้ง่ายต่อการพิสูจน์ไม่ต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณีในการที่จะต้องไปแสวงหาพยานหลักฐานอื่น ๆ ว่าได้มีการทำสัญญาขึ้นเมื่อใด และรายละเอียดหรือข้อตกลงในสัญญามีว่าอย่างไร อีกประการหนึ่งที่กฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นก็เพื่อความมั่นคงแน่นอน ทำให้มีกฎหมายบางมาตราต้องกำหนดให้การทำนิติกรรมสัญญาบางชนิดต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อของทั้งสองฝ่าย เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 วรรค 2 บัญญัติว่า “สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ” โดยผู้บัญญัติกฎหมายอาจเห็นว่าสัญญาเช่าซื้อนั้นเป็นสัญญาที่มีได้สำเร็จขึ้นตามความประสงค์ของคู่กรณีทันทีเหมือนเช่นสัญญาซื้อขายที่สัญญาอาจจะเกิดขึ้นทันทีเมื่อมีการแสดงเจตนาของคู่สัญญาและโดยตกลงด้วยวาจาเท่านั้น คือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันว่าจะซื้อขายทรัพย์สินอย่างใด สัญญาซื้อขายก็เกิดขึ้นทันที

หลักฐานเป็นหนังสือ คือ หนังสือที่แสดงความรับผิดชอบของผู้ลงลายมือชื่อนั้น โดยหลักฐานเป็นหนังสือนั้นจะต่างกับการทำเป็นหนังสือ คือการทำเป็นหนังสือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องลงลายมือชื่อ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องลงลายมือชื่อจึงจะถือว่าถูกต้องสมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่หลักฐานเป็นหนังสือ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเพียงฝ่ายเดียวก็สามารถใช้บังคับได้แล้ว เพียงแต่ถ้าจะให้ใช้บังคับคู่สัญญาได้ทั้งสองฝ่ายก็ต้องลงลายมือชื่อไว้ทั้งสองฝ่าย ซึ่งหลักฐานเป็นหนังสือนี้นี้ไม่มีรูปแบบว่าจะต้องเป็นเอกสารสัญญาอย่างการทำเป็นหนังสือ จะเป็นแบบใดหรือมีลักษณะเช่นใดก็ได้ทั้งสิ้น ข้อสำคัญจะต้องมีลายมือชื่อของผู้รับผิดชอบเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 464 / 2504 ความประสงค์ของกฎหมายที่ให้หลักฐานเป็นหนังสือก็เพียงเพื่อความมั่นคงแน่นอน หาได้บังคับไว้ว่าต้องเขียนหรือทำให้รูปแบบอย่างใดไม่ หากกรณีมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งปรากฏชัดเจนพอรับฟังได้ ศาลย่อมบังคับตามหนังสือนั้นได้

การทำหลักฐานเป็นหนังสือนี้จะทำที่ชุดก็ได้และไม่จำเป็นต้องเก็บไว้ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย จะทำไว้กับบุคคลภายนอกหรือที่ใดก็ได้ ขอให้หลักฐานนั้นอยู่ในขณะฟ้องร้องบังคับคดีก็ใช้ได้แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2474 สัญญาจะซื้อขายที่ดินนั้นเมื่อได้มีการชำระราคากันแล้ว ถึงแม้จะไม่ได้ทำเป็นหนังสือก็ใช้ได้ ผู้ซื้อมีอำนาจฟ้องผู้ขายให้โอนที่ดินแก่ตนได้

แต่การที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการใด ๆ ที่ได้ทำขึ้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจะกำหนดไว้ในทรัพย์สินบางอย่างที่กฎหมายเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและจำเป็นที่จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยมีข้อสัญญาต่อกัน หรือเป็นแต่เพียงเรื่องที่ได้สัญญากันนั้น ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ถึงแม้ว่าจะไม่เป็นในลักษณะของหนังสือสัญญาก็ตาม แต่ในเรื่องนี้การที่ลูกหนี้ได้มีหนังสือถึงคนอื่นบอกว่าตนเป็นหนี้อยู่นั้น ศาลฎีกาตัดสินว่าเจ้าของเงินอ้างหนังสือนั้นมาฟ้องร้องได้

ดังนั้น สิ่งที่ควรพิจารณาคือในเรื่องของสัญญาที่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นคือ จะต้องเป็นหนังสือมีข้อสัญญาต่อกัน หรือมีเพียงเรื่องที่ได้สัญญากันนั้นปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรก็พอ เช่น ในเรื่องการกู้หนี้ยืมสินที่ลูกหนี้ได้มีหนังสือบอกคนอื่นว่าตนเป็นหนี้อยู่นั้น ศาลฎีกาตัดสินว่าเจ้าของเงินอ้างหนังสือนั้นมาฟ้องร้องได้ เพราะฉะนั้นถ้าเป็นเรื่องโฉนดเก่าให้กัน การที่เจ้าของที่ดินทำหนังสือถึงผู้อื่นว่าได้ยกที่ดินแปลงนี้ให้กับ นาย ก.แล้ว เช่นนี้ ถ้า นาย ก. ได้รับมอบที่ดินมาแล้ว นาย ก. จะยกหนังสือนั้นขึ้นฟ้องร้องหรือต่อสู้ได้หรือไม่ ถ้าถือเอาตามหลักเรื่องกู้หนี้ยืมสินแล้วก็ควรจะใช้ได้ต่อไป โดยตามกฎหมายกู้หนี้ยืมสินบัญญัติว่า ทนายราษฎรกู้หนี้ยืมสินแก่กันแต่ด่าลึงขึ้นไปให้มีกรรมกรรมแก่ใดเป็นสำคัญ(ให้ผูกคอกเบี้ยเดือนละเฟื้อง) ถ้าหาเอกสารสำคัญมิได้มาฟ้องร้อง ท่านว่าอย่ารับไว้บังคับบัญชา (พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2513, หน้า 263) ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นการที่จำเป็นต้องมีการทำสัญญาในสมัยก่อนก็ต้องการหรือมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อต้องการให้การทำสัญญามีหลักฐานต่อกันเท่านั้น มิได้ต้องการกำหนดกฎเกณฑ์ใด ๆ ในสังคมขึ้นมาใหม่

ดังนั้น กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้แล้วว่าการใดที่คู่กรณีได้ทำขึ้น จะต้องทำเป็นหนังสือเพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดี เพื่อให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกิดความแน่นอนและยากต่อการที่จะโต้แย้งกันในเรื่องของเอกสารหลักฐานและจะส่งผลดีต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอีกด้วย

5. หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายเรื่องแบบแห่งนิติกรรมของประเทศไทย

5.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของแบบแห่งนิติกรรม

หลักเกณฑ์ทั่วไปของเรื่องแบบแห่งนิติกรรมมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ก็เพื่อเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปในการแสดงเจตนาโดยอิสระของบุคคล คือต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ผู้ที่ต้องการทำนิติกรรมทราบว่า การที่จะกระทำนั้นต้องปฏิบัติเช่นใด เช่น จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบใด ๆ เลย เช่น การที่คู่กรณีกระทำสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ คู่กรณีก็สามารถแสดงเจตนาได้โดยอิสระไม่จำเป็นต้องมีแบบใด ๆ ฉะนั้นหลักทั่วไปของแบบแห่งนิติกรรมจึงมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. แบบแห่งนิติกรรมต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ เนื่องมาจากเหตุที่การกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้ก็เพื่อเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปในการแสดงเจตนาโดยอิสระของบุคคล จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยชัดแจ้งเพื่อให้บุคคลผู้มีความประสงค์จะทำนิติกรรมทราบว่า การที่จะกระทำนั้นจะต้องปฏิบัติเช่นใด เช่น การจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการหรือกฎเกณฑ์ไว้ว่าจะต้องปฏิบัติเช่นใด บุคคลที่ประสงค์จะแสดงเจตนาเพื่อทำนิติกรรมก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามแบบใด ๆ เลย เช่น การที่คู่กรณีกระทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ สัญญาจ้างแรงงาน จ้างทำของ ฯลฯ และสัญญาบางประเภทที่มีได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ ก็ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมแต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องนี้แม้นิติกรรมนั้นจะมีการต่างตอบแทนกันมูลค่าซึกเท่าใดก็ไม่เป็นเรื่องสำคัญในการปฏิบัติตามแห่งนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขายที่ดิน แม้จะมีราคาที่ดินเพียง 5,000 บาท ก็จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 456 วรรค 1 มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าหากมีการซื้อที่ดินแล้วมีการนำที่ดินนั้นมาสร้างตึกสูง 40 ชั้น ราคา 100 ล้านบาท ลงในที่ดินผืนนั้น สัญญาจ้างสร้างตึกนี้แม้จะทำกันด้วยวาจาก็ย่อมทำได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้สัญญาจ้างทำของต้องมีการปฏิบัติให้ถูกต้องในเรื่องแบบแต่อย่างใด ดังนั้นแม้สัญญาบางประเภทกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็มีได้หมายความว่า การทำนั้นต้องปฏิบัติให้เป็นตามแบบแต่อย่างใด เนื่องจากการทำหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นคนละเรื่องกับเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จึงถือได้ว่าสัญญาเหล่านี้มิใช่สัญญาที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้แสดงเจตนาจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติทั้งหมดในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ถ้าทำนิติกรรมสัญญาประเภทนี้จะปฏิบัติเช่นไรก็ได้ เช่น จะทำสัญญาขี้มกัันโดยวาจาก็ได้ สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม่ต้องเป็นโมฆะ

ในส่วนของการกฎหมายในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมที่มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เราจะเห็นได้อย่างชัดเจน ในมาตราต่างๆ เช่น มาตรา 456 วรรค 1 มาตรา 491

มาตรา 19 ซึ่งให้นำมาตรา 456 วรรคหนึ่งมาบังคับใช้ มาตรา 525 มาตรา 714 มาตรา 1079 มาตรา 1702 มาตรา 1064 มาตรา 1078 มาตรา 1658 มาตรา 1660 เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดแจ้ง ให้มีลักษณะเป็นแบบแห่งนิติกรรมโดยมีวิธีการปฏิบัติตามแบบแตกต่างกันแล้วแต่ชนิดของแบบแห่งนิติกรรม

2. แบบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมแต่ไม่ใช่องค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา โดยที่แบบแห่งนิติกรรมนั้น เป็นเพียงสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิธีเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมเท่านั้น เพราะแบบแห่งนิติกรรมจะไม่เกี่ยวข้องกับองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาแต่อย่างใด เนื่องมาจากการแสดงเจตนาที่ย่อมมีผลสมบูรณ์ในตัวเองตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมตาม มาตรา 169 หากแต่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามแบบอีกชั้นหนึ่ง ด้วยเหตุนี้เองแบบจึงเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมแต่ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา

ดังนั้น แบบจึงเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมแต่ไม่กระทบกระทั่งถึงหลักแห่งความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา และมีได้หมายความว่า ถ้าทำไม่ถูกต้องตามแบบของนิติกรรมที่ต้องการจะทำแล้วนั้น การแสดงเจตนาจะเสื่อมเสียไปทั้งสิ้น เพราะถ้าไม่ทำตามแบบสำหรับนิติกรรมที่ต้องมีแบบนี้ การแสดงเจตนาที่คงเป็นอันไร้ผลในส่วนที่จะให้เกิดเป็นนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบอย่างนั้น เท่านั้น แต่ผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอาจมีอยู่ โดยอาจปรับเปลี่ยนการแสดงเจตนาในส่วนที่เสื่อมไปเพราะกฎหมายให้เป็นนิติกรรมชนิดอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมก็ได้ ตามมาตรา 174 (คำพิพากษาฎีกาที่ 121/2472) เว้นแต่ถ้าไม่มีเจตนาจะทำนิติกรรมอย่างอื่นที่มีแบบกำหนดไว้ว่าการที่ทำไปทั้งหมดจึงจะตกเป็น โฆษะ ฉะนั้นเมื่อพูดถึงแบบจึงเข้าใจได้ว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม ไม่ใช่แบบในการแสดงเจตนา เนื่องจากในเรื่องของการแสดงเจตนามีแต่หลักเกณฑ์บังคับไว้ตามมาตรา 169 หรือ มาตรา 354-361 แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องแบบของนิติกรรมแต่อย่างใด เช่น ในการทำพินัยกรรมเอกสารฝ่ายบ้านเมือง ถึงแม้ว่าจะไม่มีการทำให้ถูกต้องตามแบบแห่งกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 1658 ซึ่งกฎหมายกำหนดให้พินัยกรรมนั้นตกเป็น โฆษะ แต่พินัยกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลโดยการแสดงเจตนาออกไปของผู้กระทำพินัยกรรม ด้วยเหตุนี้ การแสดงเจตนาจึงยังไม่เสื่อมเสียไป แม้พินัยกรรมนั้นจะตกเป็น โฆษะ เสียแล้ว แต่ถ้าการแสดงเจตนาที่ย่อมมีผลสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมแบบธรรมดาที่ได้ผลของการทำนิติกรรมโดยไม่ถูกต้องตามแบบอันมีผลทำให้ตกเป็น โฆษะนั้น ก็หาทำให้การแสดงเจตนาเสื่อมเสียไป โดยผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาที่ยังมีอยู่ โดยอาจทำให้แบบเป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ตามมาตรา 174 เว้นแต่จะได้มีเจตนาไว้ว่าจะไม่ให้การแสดงเจตนาที่สมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่น

5.2 ชนิดของแบบแห่งนิติกรรม

ชนิดของแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เท่าที่นักนิติศาสตร์ได้เคยจำแนกไว้มีดังนี้

- อาจารย์พระยาเทพวิฑูร (พระยาเทพวิฑูร, 2509, หน้า 413) ได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรมออกเป็น 2 ชนิด ดังนี้คือ

1. ทำนิติกรรมเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน
2. ทำเป็นหนังสือกันเอง ไม่ต้องจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน

- ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช (ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, 2509, หน้า 161-167) ได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรมออกเป็น 4 ชนิด คือ

1. ต้องทำนิติกรรมเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือจดทะเบียนกิจการที่ทำเป็นหนังสือนั้นไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

2. ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ

3. ต้องทำหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ไม่ต้องจดทะเบียน

4. ต้องทำเป็นหนังสือแต่ทำกันเองได้ไม่ต้องทำต่อเจ้าหน้าที่หรือจดทะเบียน

- อาจารย์ขุนประเสริฐสุภมาตรา (ขุนประเสริฐ สุภมาตรา, 2489, หน้า 172) ได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรมออกเป็น 3 ชนิด

1. ต้องทำนิติกรรมเป็นหนังสือ

2. ต้องทำนิติกรรมเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน

3. บังคับให้ได้รับอนุญาต

- ศาสตราจารย์ ดร.ประกอบ หุตะสิงห์ (ประกอบ หุตะสิงห์, 2514, หน้า 69) ได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรมออกเป็น 3 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

2. ทำเป็นหนังสือกันระหว่างคู่กรณีเอง

3. แบบพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้

- อาจารย์อนุวัติ ใจสมุทร (อนุวัติ ใจสมุทร, 2510, หน้า 69) ได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรมออกเป็น 4 ชนิด คือ

1. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

2. ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

3. ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

4. ต้องทำเป็นหนังสือโดยทำกันเอง

- ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร (จี๊ด เศรษฐบุตร, 2512, หน้า 39) ได้จำแนกแบบแห่ง
นิตินิรรมออกเป็น 3 ชนิด คือ

1. ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน
2. ต้องทำเป็นหนังสือ
3. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน

- อาจารย์ปิ่นโน สุขทรศนีย์ (ปิ่นโน สุขทรศนีย์, 2514, หน้า 75) ได้จำแนกแบบแห่ง
นิตินิรรมออกเป็น 4 ชนิด คือ

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
3. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ
4. แบบอื่น ๆ

- ศาสตราจารย์ ดร.เสริม วินิจฉัยกุล (เสริม วินิจฉัย, 2515, หน้า 18-21) ได้จำแนกแบบ
แห่งนิตินิรรมออกเป็น 4 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือ
2. บังคับให้จดทะเบียน
3. บังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน
4. ให้ทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องจดทะเบียน

- อาจารย์สุปิ่น พูลพัฒน์ (สุปิ่น พูลพัฒน์, 2515, หน้า 31-32) ได้จำแนกแบบแห่งนิตินิรรม
ออกเป็น 4 ชนิด คือ

1. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย
2. ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ไม่ต้องทำหนังสือต่อกันอีก
3. ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ไม่ต้องจดทะเบียน
4. ทำหนังสือสัญญาต่อกันเอง โดยไม่ต้องจดทะเบียน

- ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย (หยุด แสงอุทัย, 2517, หน้า 130) ได้จำแนกแบบแห่ง
นิตินิรรมออกเป็น 3 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. ทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณี
3. ทำตามแบบพิเศษที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษเฉพาะนิตินิรรมนั้นๆ

- อาจารย์วิริยะ เกิดศิริ (วิริยะ เกิดศิริ, 2517, หน้า 98) ได้จำแนกแบบแห่งนิตินิรรม
ออกเป็น 3 ชนิด คือ

1. ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. ทำเป็นหนังสือ
3. แบบพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้
 - อาจารย์สัญญา สัจจวานิช และอาจารย์ธรรมนิตย์ วิชญเนตินัย (สัญญา สัจจวานิช และธรรมนิตย์ วิชญเนตินัย, 2518, หน้า 62-63) ได้จำแนกแบบแห่งนิตินกรมออกเป็น 3 ชนิด คือ
 1. ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 2. ทำเป็นหนังสือกันเองระหว่างคู่กรณี
 3. แบบพิเศษ
 - อาจารย์พวงผกา บุญโสภากย์ (พวงผกา บุญโสภากย์, 2519, หน้า 117) ได้จำแนกแบบแห่งนิตินกรมออกเป็น 4 ชนิด คือ
 1. การส่งมอบทรัพย์สิน
 2. การทำเป็นหนังสือ
 3. การจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 4. การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 - ผศ. ดร. วิษณุ เครืองาม (วิษณุ เครืองาม, 2521, หน้า 89-90) ได้จำแนกแบบแห่งนิตินกรมออกเป็น 4 ชนิด คือ
 1. การส่งมอบทรัพย์สิน
 2. การทำเป็นหนังสือ
 3. การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน
 - ศ.ไชยยศ เหมะรัชตะ (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 254, หน้า) ได้จำแนกชนิดของแบบออกเป็น 4 ชนิด
 1. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 2. ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 3. ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
 4. ต้องทำเป็นหนังสือโดยไม่ต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ชนิดของแบบแห่งนิตินกรม ได้มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นในการแบ่งชนิดของแบบออกไว้เป็นชนิดต่าง ๆ 2 ชนิดบ้าง 3 ชนิดบ้าง 4 ชนิดบ้าง ตามแต่แนวความเห็นของแต่ละท่าน ซึ่งตัวผู้วิจัยมีความเห็นตรงกับท่านศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ที่ได้แบ่งลักษณะของนิตินกรมที่ต้องมีแบบและหลักฐานแห่งนิตินกรมไว้ 4 ประการตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องแบบและหลักฐานแห่งนิตินกรมสัญญา

ตามความเห็นของข้าพเจ้า การส่งมอบทรัพย์สินหรือการทำหลักฐานเป็นหนังสือ ไม่ถือว่าเป็นแบบ
แห่งนิติกรรม ถ้ามองดูโดยผิวเผินแล้วน่าที่จะจัดเข้าเป็นแบบแห่งนิติกรรมแต่ด้วยเหตุผลที่ว่า การส่ง
มอบทรัพย์สิน กระทำขึ้นเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการแสดงเจตนา มิใช่เพื่อให้เกิดผลสมบูรณ์
แห่งนิติกรรม หรือการทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดี
เท่านั้น โดยผลของการส่งมอบทรัพย์สินหรือการทำหลักฐานเป็นหนังสือจะแตกต่างกับผลของการ
ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าให้เป็น โฆษะ ด้วยเหตุนี้การแบ่งชนิดของแบบแห่งนิติกรรม
สามารถแบ่งหลักๆ ได้เพียงไม่กี่ชนิดเพราะเมื่อพิจารณาจากลักษณะและได้กำหนดลักษณะของ
วิธีการ อันเป็นแบบแห่งนิติกรรมไว้โดยจะเห็นได้ดังที่แยกเป็นชนิดของแบบแห่งนิติกรรมได้ดังนี้
คือ

5.2.1 นิติกรรมประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(Made in Writing and Registered by the Competent Official)

ในกรณีนี้กฎหมายได้คำนึงถึงความจำเป็น ในด้านความมั่นคงทางหลักฐาน จึง
กำหนดให้การนั้นต้องทำตามแบบ โดยนอกจากจะต้องทำเป็นหนังสือแล้ว ยังจะต้องจดทะเบียนต่อ
พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจรับจดทะเบียนในนิติกรรมเหล่านั้น ซึ่งได้แก่

ซื้อขาย มาตรา 456 วรรคแรก “บัญญัติว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็น
หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็น โฆษะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ 5 ตัน
ขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

ขายฝาก มาตรา 491 “บัญญัติว่า อันขายฝากนั้น คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ใน
ทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้”

แลกเปลี่ยน มาตรา 519 “บัญญัติว่า บทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายนั้นท่านให้
ใช้ถึงการแลกเปลี่ยนด้วย โดยให้ถือว่าผู้เป็นคู่สัญญาแลกเปลี่ยนเป็นผู้ขายในส่วนทรัพย์สินซึ่งตน
ได้ส่งมอบ และเป็นผู้ซื้อในส่วนทรัพย์สินซึ่งตนได้รับในการแลกเปลี่ยนนั้น”

ให้ มาตรา 525 “บัญญัติว่า การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันนั้นจะต้องทำเป็น
หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและ
จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในการเช่นนี้ การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ”

จำนอง มาตรา 714 “บัญญัติว่า อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ และ
จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

หนังสือบริคณห์สนธิ มาตรา 1097 “บัญญัติว่า บุคคลใด ๆ ตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไปจะเริ่ม
ก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ด้วยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่น
ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้”

การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 1299 วรรคแรก “บัญญัติว่า ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับ” อสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะทำได้ทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

การเปลี่ยนแปลง ระบุและกลับคืนมาแห่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 1301 “บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งสองมาตราก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงการเปลี่ยนแปลง ระบุ กลับคืนมาแห่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วยโดยอนุโลม”

ข้อกำหนดห้ามโอนอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 1702 บัญญัติว่า ข้อกำหนดห้ามโอนอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่อาจจะจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้นั้น ให้ถือว่าเป็นอันไม่มีเลย

ข้อกำหนดห้ามโอนอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่จะทำได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการห้ามโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

บทบัญญัติในวรรคก่อนนี้ให้ใช้บังคับแก่ เรือมีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป ทั้งแพ และ สัตว์พาหนะด้วย

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวมา เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมสัญญาตามบทบัญญัติมาตรานี้ๆ ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมชนิดที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยจะพิจารณาได้จากคำพิพากษากฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1096 / 2480 ซื้อขายที่ดินโดยทำเป็นหนังสือสัญญาต่อกันเองเป็น โฉมะ

คำพิพากษากฎีกาที่ 907 / 2478 การที่ผู้รับมรดกทำสัญญายกส่วนได้มรดกในที่ดินให้แก่ผู้รับมรดกอื่น โดยผู้รับมรดกอื่นออกเงินให้เป็นค่าชดเชยกันนั้นเป็นสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เมื่อไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมเป็น โฉมะ

คำพิพากษากฎีกาที่ 303 / 2501 การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยทำหนังสือกันเอง และไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นเป็น โฉมะ

คำพิพากษากฎีกาที่ 3038 / 2533 เอกสารนั้นมีข้อความเพียงว่าจำเลยตกลงขายที่ดินพิพาทคืนให้โจทก์ในราคา 30,000 บาท ไม่มีข้อความตอนใดระบุว่าโจทก์จำเลยจะชำระเงินหรือไปจดทะเบียนโอนที่พิพาทเมื่อไร ข้อตกลงของโจทก์จำเลยดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาท แต่เป็นสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทเสร็จเด็ดขาด เมื่อทรัพย์ที่ซื้อขายเป็นที่ดินซึ่งเป็น

อสังหาริมทรัพย์ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่สัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างโจทก์จำเลย จึงตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคแรก จำเลยจึงไม่มีความผูกพันที่จะต้องขายที่ดินพิพาทให้โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 904/2542 โจทก์ได้นำที่ดินพิพาทขายฝากให้แก่ ว. มีกำหนดระยะเวลาในการไถ่ถอน 1 ปี สิทธิครอบครองจึงตกอยู่กับ ว. ตั้งแต่วันจดทะเบียนขายฝาก โจทก์คงมีแต่สิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนภายในกำหนด 1 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 491 ครบกำหนด 1 ปีแล้ว โจทก์ไม่ไถ่ทรัพย์สินคืน สิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทย่อมตกเป็นของ ว. โดยเด็ดขาด โจทก์ผู้ขายฝากเป็นเพียงผู้ครอบครองที่ดินพิพาทแทน ว. ผู้ซื้อฝากเท่านั้น การที่โจทก์เพียงแต่นำป้ายไปปักประกาศในที่ดินพิพาทว่าเป็นของโจทก์และห้ามบุคคลภายนอกเกี่ยวข้อง หาเป็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนลักษณะแห่งการยึดถือครอบครองแทน ว. ไม่ เนื่องจากไม่มีการบอกกล่าวไปยัง ว. ผู้มีสิทธิครอบครอง

คำว่าทะเบียน จะมีความหมายกว้างมาก ซึ่งคำว่าทะเบียนบางอย่างก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับนิติกรรม เช่น ทะเบียนบ้าน ทะเบียนคนเกิด ทะเบียนคนตาย หรือทะเบียนไปรษณีย์ แม้แต่เอกชนก็มีทะเบียนบัญชี ทะเบียนผู้ถือหุ้น เป็นต้น เฉพาะทะเบียนของทางราชการ อาจแยกเป็น

- ทะเบียนนิติกรรม
- ทะเบียนกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนด โฉนดตราจอง ทะเบียนเครื่องหมายค้า
- ทะเบียนสถานะของบุคคล (ทะเบียนฐานะในครอบครัวก็เป็นทะเบียนสถานะ

ของบุคคล) เช่น ทะเบียนคนเกิด คนตาย ทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่า ทะเบียนรับบุตรบุญธรรม

ซึ่งการจดทะเบียนในความหมายของแบบ หมายถึง ทะเบียนนิติกรรมซึ่งกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจดทะเบียนอย่างใด ๆ ที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของนิติกรรม แม้จะต้องด้วยลักษณะเป็นทะเบียนอย่างอื่นด้วยก็ถือว่าเป็นแบบของนิติกรรม แต่ถ้าไม่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น การจดทะเบียนควบคุมการมีและใช้สอยทรัพย์สิน แม้กระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่ใช่แบบของนิติกรรม

5.2.2 นิติกรรมประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

แบบของนิติกรรมประเภทนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีแล้ว ยังจะต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ตามนั้นด้วย แต่ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด เพราะอาจสังเกตเห็นได้ว่านิติกรรมประเภทนี้มีความสำคัญน้อยกว่าประเภทแรก ซึ่งกำหนดให้ต้องทำการจดทะเบียนด้วย ซึ่งในนิติกรรมประเภทนี้ผู้บัญญัติอาจเห็นความสำคัญในแง่ที่ควรมีพยานบุคคล ที่น่าเชื่อถือได้ไว้คอยควบคุมในขณะที่ทำนิติกรรม ได้แก่

การคัดค้านตัวแลกเปลี่ยน มาตรา 960 วรรคแรก “บัญญัติว่า การที่ตัวแลกเปลี่ยนขาดรับรองหรือขาดใช้เงินนั้น ต้องทำให้เป็นหลักฐานตามแบบระเบียบด้วยเอกสารฉบับหนึ่งเรียกว่าคำคัดค้าน”

การคัดค้านตัวแลกเปลี่ยน มาตรา 961 วรรคแรก “บัญญัติว่า คำคัดค้านนั้นให้นายอำเภอหรือผู้ทำการแทนนายอำเภอ หรือทนายความผู้ได้รับอนุญาตเพื่อการนี้เป็นผู้ทำ”

การคัดค้านตัวแลกเปลี่ยน มาตรา 962 “บัญญัติว่า ในคำคัดค้านนั้นนอกจากชื่อ ตำแหน่ง และลายมือชื่อของผู้ทำ ต้องมีสำเนาตัวเงินกับรายการสลักหลังทั้งหมดตรงถ้อยตรงคำกับระบุนความดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ชื่อหรือยี่ห้อของบุคคลผู้คัดค้านและผู้ถูกคัดค้าน

(2) มูลหรือเหตุที่ต้องทำคำคัดค้านตัวเงิน การทวงถามและคำตอบ ถ้ามี หรือชื่อที่หาตัวผู้จ่ายหรือผู้รับรองไม่พบ

(3) ถ้ามีการรับรอง หรือใช้เงินเพื่อแก้หน้า ให้แสดงลักษณะแห่งการเข้าแก้หน้าทั้งชื่อหรือยี่ห้อของผู้รับรองหรือผู้ใช้เงินเพื่อแก้หน้าและชื่อบุคคลซึ่งเขาเข้าแก้หน้านั้นด้วย

(4) สถานที่และวันทำคำคัดค้าน

ให้ผู้ทำคำคัดค้านส่งมอบคำคัดค้านแก่ผู้ร้องขอให้ทำ และให้ผู้ทำคำคัดค้านรีบส่งคำบอกกล่าวการคัดค้านนั้นไปยังผู้ถูกคัดค้านถ้าทราบภูมิลำเนา ก็ให้ส่งโดยจดหมายลงทะเบียนไปรษณีย์ หรือส่งมอบไว้ ณ ภูมิลำเนาของผู้นั้นก็ไ้ ถ้าไม่ทราบภูมิลำเนา ก็ให้ปิดสำเนาคำคัดค้านไว้ยังที่ซึ่งเห็นได้ง่าย ณ ที่ว่าการอำเภอประจำท้องที่ อันผู้ถูกคัดค้านมีถิ่นที่อยู่ครั้งหลังที่สุด”

พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายบ้านเมือง มาตรา 1658 “บัญญัติว่า พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารฝ่ายเมืองก็ได้” กล่าวคือ

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน

(2) กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง

(3) เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่า ข้อความที่กรรมการอำเภอจดนั้นเป็นการถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้วให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

(4) ข้อความที่กรรมการอำเภอจดไว้ นั้น ให้กรรมการอำเภอลงลายมือชื่อและลงวันเดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่าพินัยกรรมนั้น ทำขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติอนุมาตรา 1 ถึง 3 ข้างต้น แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ

การชดเชย ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรม พยาน และกรรมการอำเภอยังจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้

พินัยกรรมแบบเอกสารลับ มาตรา 1660 บัญญัติว่า พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารลับก็ได้ กล่าวคือ

- (1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อในพินัยกรรม
- (2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องพินึกพินัยกรรมนั้น แล้วลงลายมือชื่อคาบรายพินึกนั้น
- (3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องนำพินัยกรรมที่พินึกนั้นไปแสดงต่อกรรมการอำเภอ และพยาน

อีกอย่างน้อยสองคน และให้ถ้อยคำต่อบุคคลทั้งหมดเหล่านั้น ว่าเป็นพินัยกรรมของตน ถ้าพินัยกรรมนั้นผู้ทำพินัยกรรมมิได้เป็นผู้เขียนเองโดยตลอด ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องแจ้งนามและภูมิลำเนาของผู้เขียนให้ทราบด้วย

(4) เมื่อกรรมการอำเภอจดถ้อยคำของผู้ทำพินัยกรรมและวัน เดือน ปี ที่นำพินัยกรรมมาแสดงไว้บนซองนั้นและประทับตราตำแหน่งแล้ว ให้กรรมการอำเภอผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อบนซองนั้น

การชดเชย ตก เต็ม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่น ซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้

พินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา มาตรา 1663 วรรคท้าย บัญญัติว่า เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งบุคคลใดไม่สามารถจะทำพินัยกรรมตามแบบอื่นมีกำหนดไว้ได้ เช่นตกอยู่ในอันตราย ใกล้ความตาย หรือเวลามีโรคระบาด หรือสงครามบุคคลนั้นจะทำพินัยกรรมด้วยวาจาก็ได้

เพื่อการนี้ ผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงเจตนา กำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนซึ่งอยู่พร้อมกัน ณ ที่นั้น

พยานสองคนนั้นต้องไปแสดงตนต่อกรรมการอำเภอ โดยมีชักช้าและแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมได้สั่งไว้ด้วยวาจา นั้น ทั้งต้องแจ้งวัน เดือน ปี สถานที่ที่พินัยกรรมและพฤติการณ์พิเศษนั้นไว้ด้วย

ให้กรรมการอำเภอจดข้อความที่พยานแจ้งนั้นไว้ และพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อไว้ หรือมิฉะนั้น จะให้เสมอกับการลงลายมือชื่อได้ก็แต่ด้วยลงลายพิมพ์นิ้วมือ โดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรองสองคน

ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวมา เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมสัญญาตามบทบัญญัติมาตรานั้นๆ ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่นิติกรรมเหล่านี้แม้จะทำต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ก็หาจำต้องจดทะเบียนแต่อย่างใดไม่ โดยจะพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1097/2544 การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 658 บัญญัติว่า “(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน (2) กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง...” เมื่อฟังข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการทำพินัยกรรมมีเฉพาะ ส. เข้าไปในบ้านเพื่อทำพินัยกรรมให้กับ บ. ตามที่ได้ยื่นคำร้องไว้กับปลัดอำเภออาวุโสรักษาราชการแทนนายอำเภอ กับ ค. นั่งรับประทานอาหารอยู่ที่ร้านอาหารตรงกันข้ามกับปากตรอกทางเข้าบ้าน บ. เมื่อทำพินัยกรรมเสร็จแล้ว ส. จึงนำพินัยกรรมนั้นมาให้ปลัดอำเภออาวุโสรักษาราชการแทนนายอำเภอและ ค. ลงลายมือชื่อที่ร้านอาหาร แม้ในหน้าสุดท้ายของพินัยกรรมจะระบุว่า ปลัดอำเภอรักษาราชการแทนนายอำเภอรับรองว่าเป็นผู้ทำหน้าที่จดข้อความ แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าผู้จดข้อความคือ ส. แม้จะฟังว่าปลัดอำเภอรักษาราชการแทนนายอำเภอสั่งให้ ส. ช่วยจดข้อความ แต่ขณะจดข้อความนั้นมิได้กระทำต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน พินัยกรรมนี้จึงขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 1658 และตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1705

5.2.3 นิติกรรมประเภทที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (Registered)

นิติกรรมประเภทนี้กฎหมายเพียงกำหนดให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น แต่ไม่บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ได้แก่

การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญ มาตรา 1064 วรรคแรก “บัญญัติว่า อันห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น จะจดทะเบียนก็ได้”

การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด มาตรา 1078 วรรคแรก “บัญญัติว่า อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน”

การจดทะเบียนบริษัทจำกัด มาตรา 1111 วรรคแรก “บัญญัติว่า เมื่อจำนวนเงินซึ่งว่าไว้ในมาตรา 110 ได้ใช้เสร็จแล้ว กรรมการต้องไปขอจดทะเบียนบริษัทนั้น”

และการจดทะเบียนฐานะในครอบครัวตาม บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

การจดทะเบียนสมรส มาตรา 1457 “บัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

การจดทะเบียนหย่า มาตรา 1515 “บัญญัติว่า เมื่อได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อสามีภริยาได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว”

การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร มาตรา 1548 วรรคแรก “บัญญัติว่า บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของเด็กและมารดาเด็ก”

การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม มาตรา 1598/25 “บัญญัติว่า ผู้จะรับบุตรบุญธรรม หรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่สมรสอยู่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน ในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจให้ความยินยอมได้หรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสนั้น”

การจดทะเบียนทำตัวรูปพรรณ ตาม พ.ร.บ. สัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 8 บัญญัติว่า เมื่อสัตว์พาหนะดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ช้างมีอายุย่างเข้าปีที่แปด
- (2) สัตว์อื่นนอกจากโคตัวเมียมีอายุย่างเข้าปีที่หก
- (3) สัตว์ใดได้ใช้ขับขี่ลากเข็นหรือใช้งานแล้ว
- (4) สัตว์ใดที่มีอายุย่างเข้าปีที่สี่ เมื่อจะนำออกนอกราชอาณาจักร
- (5) โคตัวเมียมีอายุย่างเข้าปีที่หก เมื่อจะทำการ โอนกรรมสิทธิ์เว้นแต่ในกรณีรับมรดก

ให้เจ้าของหรือตัวแทนพร้อมด้วยผู้ใหญ่บ้านหรือพยานในกรณีที่ไม่มีผู้ใหญ่บ้านหรือผู้ใหญ่บ้านไปด้วยไม่ได้ นำสัตว์นั้นไปขอจดทะเบียนทำตัวรูปพรรณจากนายทะเบียนท้องที่ที่สัตว์นั้นอยู่ภายในกำหนดดังต่อไปนี้ เว้นแต่ไม่สามารถที่จะนำไปได้

สัตว์ที่มีไค้อยู่ในบทบังคับแห่งอนุมาตรา 1 ถึงอนุมาตรา 5 เจ้าของจะขอจดทะเบียนทำตัวรูปพรรณก็ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2473/2545 ผู้ร้องกับ ค. อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรคือ ช. ซึ่งผู้ร้องเป็นทายาทคนเดียวที่ ช. ระบุตัวผู้รับบำเหน็จตกทอดไว้ แต่กรมบัญชีกลางแจ้งว่าผู้ร้องมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ช. ผู้ตาย ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องขอจดทะเบียนรับรองบุตร แต่นายทะเบียนไม่สามารถดำเนินการให้ได้เพราะไม่มีผู้ใดมาให้ความยินยอมเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ค. และ ช. ถึงแก่ความตายแล้ว บุคคลทั้งสองไม่อาจให้ความยินยอมในการที่ผู้ร้องขอจดทะเบียนรับ ช. เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตาม ป.พ.พ. มาตรา 1548 วรรค 3 ผู้ร้องไม่อาจกระทำได้โดยวิธีอื่นนอกจากดำเนินการทางศาล ในเมื่อบุคคลที่จะต้องให้ความยินยอมในการขอจดทะเบียนดังกล่าว ไม่มีผู้ใดยังมีชีวิตอยู่ ผู้ร้องจึงขอที่จะใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้พิพากษาว่า ช. เป็นบุตรผู้ร้องได้

อนึ่ง พิษนัยกรรมการตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินนั้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินสิทธิใด ๆ อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางอย่างอันได้แก่ เรื่องที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งแพและสัตว์พาหนะ ตามมาตรา 456 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ย่อมไม่บริบูรณ์ เว้นแต่จะได้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1688 โดยมิได้บัญญัติให้พิษนัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะโดยตรง

5.2.4 นิติกรรมประเภทต้องทำเป็นหนังสือโดยไม่ต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(Made in Writing)

นิติกรรมบางชนิดกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือกันเองก็มีผลสมบูรณ์ กล่าวคือ แม้ผู้ทำนิติกรรมจะได้แสดงเจตนาออกมาในการทำนิติกรรมนั้นแล้วก็ตาม หากมิได้ทำเป็น หนังสือนิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เช่น

หนังสือรับสภาพหนี้ มาตรา 193/14 บัญญัติว่า อายุความยอมระงับคดีในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้รับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง โดยทำเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ให้ ชำระหนี้ให้บางส่วน ชำระดอกเบี้ย ให้ประกัน หรือกระทำการใด ๆ อันปราศจากข้อสงสัยแสดงให้ เห็นเป็นปริยายว่ายอมรับสภาพหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง

โอนหนี้ มาตรา 306 บัญญัติว่า การโอนหนี้อื่นจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดย เฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อ ได้บอกกล่าวการโอน ไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ

ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับ บอกกล่าว หรือก่อน ได้ตกลงให้โอน ไซ้ ลูกหนี้นั้นก็พ้นอันหลุดพ้นจากหนี้

บอกกล่าวการให้สิทธิ มาตรา 524 บัญญัติว่า การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสารเป็น สำคัญนั้น ถ้ามิได้ส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับ และมีได้มีหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งสิทธิ นั้น ท่านว่าการให้ยอมไม่สมบูรณ์

เช่าซื้อ มาตรา 572 บัญญัติว่า อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออก ให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดย เงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้คราว

สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็น โมฆะ

ข้อตกลงคิดดอกเบี้ยทบต้น มาตรา 655 บัญญัติว่า ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยใน ดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระ ไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้เอา ดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงินแล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นก็ ได้ แต่การตกลง เช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

ส่วนประเพณีการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดก็ดี ในการค้าขาย อย่างอื่นท่านองเช่นว่านี้ก็ดี หาอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติซึ่งกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นไม่

ตัวแทน มาตรา 798 บัญญัติว่า กิจการอันใดท่านบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย

ตัวเงิน มาตรา 908 บัญญัติว่า อันว่าตัวแลกเงินนั้น คือหนังสือตราสารซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ส่งจ่าย ส่งบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จ่าย ให้ใช้เงินจำนวนหนึ่งแก่บุคคลคนหนึ่ง หรือให้ใช้ตามคำสั่งของบุคคลคนหนึ่งซึ่งเรียกว่าผู้รับเงิน

ตัวเงิน มาตรา 982 บัญญัติว่า อันว่าตัวสัญญาใช้เงินนั้น คือหนังสือตราสารซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ออกตัว ให้คำมั่นสัญญาว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง หรือใช้ให้ตามคำสั่งของบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับเงิน

ตัวเงิน มาตรา 987 บัญญัติว่า อันว่าเช็คนั้น คือหนังสือตราสารซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ส่งจ่าย สั่งธนาคารให้ใช้เงินจำนวนหนึ่งเมื่อทวงถามให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง หรือให้ใช้ตามคำสั่งของบุคคลอีกคนหนึ่ง อันเรียกว่าผู้รับเงิน

โอนหุ้น มาตรา 1129 บัญญัติว่า อันว่าหุ้นนั้นย่อมโอนกันได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมของบริษัท เว้นแต่เมื่อเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้น ซึ่งมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือนั้น ๆ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะ อนึ่งตราสารอันนั้นต้องแสดงเลขหมายของหุ้นซึ่งโอนกันนั้นด้วย

การโอนเช่นนี้จะนำมาใช้แก่บริษัท หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียนการโอนทั้งชื่อและสำนักของผู้รับโอนนั้นลงในทะเบียนผู้ถือหุ้น

สัญญาก่อนสมรส มาตรา 1466 บัญญัติว่า สัญญาก่อนสมรสเป็นโมฆะ ถ้ามิได้จัดแจ้งข้อตกลงกันเป็นสัญญาก่อนสมรสนั้นไว้ในทะเบียนสมรสพร้อมกับการจดทะเบียนสมรส หรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สมรสและพยานอย่างน้อยสองคนแนบไว้ท้ายทะเบียนสมรสและได้จดไว้ในทะเบียนสมรสพร้อมกับการจดทะเบียนสมรสว่าได้มีสัญญานั้นแนบไว้

หย่า มาตรา 1514 บัญญัติว่า การหย่านั้นจะทำได้แต่โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือโดยคำพิพากษาของศาล

การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน

พินัยกรรม มาตรา 1656 บัญญัติว่า พินัยกรรมนั้น จะทำตามแบบดั่งนี้ก็ได้อีก กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปี ในขณะที่ทำขึ้น และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น

การขูดลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะปฏิบัติตามแบบอย่างเดียวกันกับการทำพินัยกรรมตามมาตรา

พินัยกรรม มาตรา 1657 บัญญัติว่า พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารเขียนเองทั้งฉบับก็ได้ กล่าวคือผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนด้วยมือตนเองซึ่งข้อความทั้งหมด วัน เดือน ปี และลายมือชื่อของตน

การขูดลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะทำได้ด้วยมือตนเอง และลงลายมือชื่อกำกับไว้

บทบัญญัติมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายนี้ มิให้ใช้บังคับแก่พินัยกรรมที่ทำขึ้นตามมาตรา

ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวมา เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมสัญญาตามบทบัญญัติมาตรานั้นๆ ต้องทำเป็นหนังสือโดยไม่ต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยจะพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5324 / 2542 จำเลยเป็นหนี้บริษัท ธ. ต่อมาบริษัท ธ. ควบรวมกับบริษัทอื่นเป็นบริษัท โจทก์ตาม ป.พ.พ มาตรา 1243 มีผลให้บริษัทใหม่ได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มืออยู่แก่บริษัทเดิมได้มาควบเข้ากัน มิใช่เป็นเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ โจทก์จึงหาจำต้องทำหนังสือหรือสัญญาใด ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 และมาตรา 306 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องไม่ ทั้งการควบบริษัทเข้าด้วยกันตามมาตรา 1240 บริษัทจะต้องบอกกล่าวให้แก่เฉพาะเจ้าหนี้ของบริษัททราบและให้โอกาสคัดค้าน ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดบังคับว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากจำเลยผู้เป็นลูกหนี้ นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยยังหาระงับลงไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

เหตุที่กฎหมายบังคับให้นิติกรรมข้างต้นต้องทำเป็นหนังสือนั้นเป็นเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า นิติกรรมเหล่านี้มีความสำคัญกว่านิติกรรมธรรมดาทั่วไป จึงควรทำเป็นหนังสือซึ่งถือว่าสามารถบันทึกข้อตกลงไว้แน่นอน ไม่เลื่อนลอยเหมือนกับการตกลงด้วยวาจา จึงบังคับให้ทำเป็นหนังสือ เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

6. วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการบังคับให้ทำตามแบบแห่งนิติกรรม

1. เพื่อเปิดเผยให้บุคคลภายนอกหรือประชาชนทั่วไปรู้ว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้นหรือไม่ เนื่องจากนิติกรรมบางประเภทที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ก็เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถที่จะเข้าตรวจสอบข้อมูลได้จากทางราชการ

2. เพื่อเป็นการป้องกันการหลอกลวงหรือเอาเปรียบในหมู่ประชาชนทั่วไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคม

3. เพื่อสะดวกในการโอนสิทธิตามนิติกรรมนั้น ๆ ได้แก่ แบบตัวเงิน ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือ การโอนสิทธิให้แก่กันก็ทำได้โดยการส่งมอบหรือสลักหลังเท่านั้น

4. เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการทำนิติกรรมระหว่างคู่สัญญา เพราะการบังคับให้นิติกรรมบางประเภทที่มีความสำคัญต้องทำเป็นหนังสือ ก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในเรื่องข้อโต้แย้งเกี่ยวกับข้อตกลงต่าง ๆ ที่ได้กระทำกันไว้ โดยพิจารณาได้จากหนังสือสัญญาที่ได้ทำกันไว้ว่าได้ตกลงกันไว้ได้อย่างไร ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือย่อมที่จะเป็นประโยชน์สำหรับคู่สัญญาเป็นอย่างมากและยังเป็นการขจัดข้อโต้แย้ง และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นการลดการโต้แย้ง ซึ่งเป็นที่มาแห่งการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควร

5. เพื่อความสะดวกในการควบคุมการจัดเก็บภาษีอากร ได้แก่ การที่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ หรือทำเป็นตัวเงินซึ่งต้องมีการติดอากรแสตมป์บนเอกสาร หรือการซื้อขาย ขายฝาก จำนองอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งรัฐจะได้ค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนและสามารถควบคุมตรวจสอบการจัดเก็บภาษีอากร จึงถือเป็นประโยชน์ในการที่รัฐมีเงินได้และเป็นรายรับจากทางการจดทะเบียน ซึ่งรัฐสามารถตรวจสอบได้

6. เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะการที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบแห่งนิติกรรม ถ้าการทำนิติกรรมนั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ก็ย่อมตกเป็นโมฆะ ซึ่งศาลสามารถพิพากษาได้ในทันที ทำให้คดีความเป็นไปโดยง่ายและรวดเร็ว แต่ประโยชน์ที่ได้จากการที่กระทำตามแบบนั้นก็ย่อมจะทำให้เกิดประโยชน์แก่การพิจารณาพิพากษาคดีเช่นกัน เพราะพยานหลักฐานเป็นหนังสือสามารถที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริง ได้ชัดเจนกว่าพยานหลักฐานอย่างอื่น ซึ่งทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมเป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วและถูกต้องมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

7. ผลของการกระทำนิติกรรมโดยไม่ถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรม

การกระทำนิติกรรมจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะแบบแห่งนิติกรรมถือเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมซึ่งมีความสำคัญ โดยผลของการที่ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรมนั้น ย่อมที่จะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติในลักษณะผลโดยทั่วไป และในแต่ละเรื่องแห่งบทบัญญัติในนิติกรรมนั้น ๆ ก็ยังบัญญัติไว้ในเรื่องผลแห่งการทำนิติกรรมไม่ถูกต้องตามแบบไว้เช่นกัน เช่น มาตรา 456 วรรค 1 มาตรา 572 เป็นต้น ก็ได้มีการบัญญัติไว้ให้ตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าในบทบัญญัติเรื่องนั้นมีการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมซึ่งผู้กระทำการนิติกรรมประเภทนั้นจะต้องปฏิบัติแล้วหากไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดก็มีผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 เช่น มาตรา 714 ซึ่งบัญญัติให้สัญญาจ้างจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือเป็นชนิดหนึ่งของแบบแห่งนิติกรรม แต่มาตรา 714 ก็มีได้กำหนดว่าถ้าหากบุคคลผู้ทำสัญญาจ้างไม่ปฏิบัติตามมาตรา 714 จะมีผลเป็นประการใด แต่เมื่อนำมาตรา 152 มาพิจารณา ก็จะเห็นได้ว่าย่อมทำให้สัญญาซึ่งไม่ปฏิบัติ มาตรา 714 จะตกเป็นโมฆะทันที ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1308/2515, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 108/2516 ประชุมใหญ่, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2403/2530

โดยหลักแล้วการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบและถ้าไม่ทำตามแบบนิติกรรมที่กฎหมายกำหนด นิติกรรมนั้นก็จะตกเป็นโมฆะหมายความว่าไม่มีการทำสัญญานั้นขึ้นเลย และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังไม่โอนไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2508 สัญญาซื้อขายเรือตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ เงินซึ่งผู้ขายรับไว้ตามสัญญานั้นเป็นลาภมิควรได้ซึ่งผู้ซื้อจะต้องฟ้องเรียกคืนภายใน 1 ปี นับแต่เวลาที่ผู้ซื้อรู้ว่าตนมีสิทธิเรียกคืนภายใน 10 ปี นับแต่เวลาที่สิทธินั้นได้มีขึ้น

แต่ก็มีในบางกรณี คือ มาตรา 1299, มาตรา 1302, มาตรา 1702, มาตรา 1688 เป็นต้น ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำที่ผิดแบบแห่งนิติกรรมนั้น จะมีผลเพียงแต่ทำให้นิติกรรมนั้นๆ ไม่บริบูรณ์แต่ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นโมฆะตามมาตรา 152 จึงถือเป็นข้อยกเว้นที่นอกเหนือจากที่มาตรา 152 บัญญัติไว้

8. หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือแห่งนิติกรรมสัญญา

เรื่องหลักฐานในประเทศไทยนั้นหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ ตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้

ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อ
ของบุคคล”

ลายพิมพ์นิ้วมือ แง่ใด ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น ที่ทำลงใน
เอกสารแทนการลงลายมือชื่อ หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้ว ให้ถือเสมือนกับลง
ลายมือชื่อ

ความในวรรคสองไม่ใช่บังคับแก่การลงลายพิมพ์นิ้วมือ แง่ใด ตราประทับ หรือ
เครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น ซึ่งทำลงในเอกสารที่ทำต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่

ได้มีการกำหนดขึ้นไว้โดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ทำนิติกรรมสัญญาต้องปฏิบัติตามซึ่งจะถือ
เป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ความมีอยู่ของนิติกรรมสัญญานั้นเป็นสำคัญ และในกรณีที่มีข้อโต้แย้ง
เกิดขึ้น ในบางกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าให้นิติกรรมต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่
ได้กำหนดให้นิติกรรมบางชนิดต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบ จึงจะฟ้องร้อง
บังคับคดีได้ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 ความว่า

เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่าย
ที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปี
ขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไว้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจด
ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี
หรือ ตามมาตรา 653 วรรคแรก การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการ
กู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ซึ่ง
จะทำให้เราเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงถึงวัตถุประสงค์ของการกำหนดข้อกำหนด
แห่งนิติกรรมนี้ขึ้นมา ก็เพื่อเป็นหลักฐานแห่งนิติกรรมสัญญา โดยเฉพาะและนอกจากนี้กฎหมายยัง
ต้องการให้มีพยานหลักฐานเกิดขึ้นก็เพื่อให้เป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยแล้วนั้น ยังมี
บางกรณีที่กำหนดให้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น ตาม
มาตรา 538 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่าย
ที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปี
ขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไว้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและ
จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียง
สามปี

ซึ่งเราจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าว รัฐก็มีส่วนเข้ารู้เห็นในการทำหลักฐานเป็นหนังสือ
ดังกล่าว ด้วยการที่กฎหมายกำหนดให้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นอกเหนือจากที่จะทำ

เป็นหนังสือแล้ว

เมื่อเราได้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ในข้างต้นแล้วเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเราจึงจำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบของหลักฐานเป็นหนังสือโดยกฎหมายได้มีการแยกออกเพื่อพิจารณาได้ ดังนี้

8.1 ลักษณะของหลักฐานเป็นหนังสือ

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการกำหนดให้นิติกรรมต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือโดยหลักฐานนั้นจะเป็นอะไรก็ได้แต่ต้องมีปรากฏลงบนกระดาษว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้นจริง ๆ ซึ่งอาจทำขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อการนั้น เช่น หนังสือสัญญากู้ เพราะเป็นหลักฐานในการกู้ยืมกันมีข้อความชัดเจนว่าได้มีการกู้ยืมเงินกันเท่าใด เมื่อใด และเป็นลายลักษณ์อักษรมีลายมือชื่อทั้งของผู้กู้และผู้ให้กู้และผู้ให้กู้และผู้ให้กู้ยังเป็นลายมือชื่อที่ปรากฏบนกระดาษจึงสามารถใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีกันเป็นอย่างดี

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องทำเป็นแบบหรือเป็นหนังสือที่ทำขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อการนั้น แต่อาจเป็นจดหมาย บันทึกข้อความหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะอื่นใดก็ได้ ที่เป็นหลักฐานว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้น ๆ ที่สำคัญในเรื่องหลักฐานก็คือจะต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบซึ่งหมายความว่า ถ้าต้องการที่จะฟ้องคดีใครก็จะต้องมีลายมือชื่อของผู้ที่จะถูกฟ้องอยู่ เช่น ผู้กู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาทที่มีได้ทำสัญญากู้หรือมีหลักฐานอื่นใดเป็นหนังสือกันไว้ ก็จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่ถ้าได้มีการเขียนจดหมายถึงผู้ให้กู้ขอผ่อนหรือขอขยายระยะเวลาในการชำระเงินกู้คืน เพราะในจดหมายนั้นได้มีการลงลายมือชื่อของผู้กู้ไว้จดหมายดังกล่าวจึงสามารถใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้เช่นกัน

ฉะนั้น นอกจากการกู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทตามมาตรา 653 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ต้องการหลักฐานเป็นหนังสือในการกู้ยืมแล้วยังมีอีกหลายมาตราที่ต้องการหลักฐานเพื่อการฟ้องคดี เช่น มาตรา 456 วรรคสอง ที่กำหนดให้สัญญาจะซื้อจะขายหรือคำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดหรือการซื้อขายเสร็จเด็ดขาดอสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาเกินสองหมื่นบาทขึ้นไป ในมาตรา 456 วรรคสาม ก็ต้องการหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบเพื่อการฟ้องร้อง

8.2 ช่วงเวลาที่หลักฐานเป็นหนังสือจะต้องมีอยู่

ช่วงเวลาที่หลักฐานเป็นหนังสือจะต้องมีอยู่ถือ ประเด็นที่สำคัญและจำเป็นจะต้องพิจารณาด้วยก็คือ หลักฐานเป็นหนังสือนี้น่าจะเป็นจะต้องมีอยู่ในขณะฟ้องคดีหรือในขณะที่จะต่อสู้คดี ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า หลักฐานเป็นหนังสือจะมีมาก่อนหรือภายหลังจากการทำนิติกรรมก็ได้ กล่าวคือ ไม่จำเป็นที่จะต้องทำขึ้นในขณะที่ทำสัญญา เพราะไม่ว่าจะได้อำนาจขึ้นก่อนหรือภายหลังก็ยอม

มีผลใช้ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3464/2528 กฎหมายมิได้บัญญัติว่าหลักฐานนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะที่ให้กู้ยืม หลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือจึงอาจมีก่อนหรือหลังการกู้ยืมก็ได้ โดยสาระสำคัญอยู่ที่ว่า ตราใบใดที่ยังไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ฉะนั้น หลักฐานเป็นหนังสือนี้จำเป็นจะต้องมีอยู่ในขณะที่ฟ้องคดี ถ้าไม่มีก็จะฟ้องไม่ได้ เมื่อหลักฐานมีขึ้นเมื่อใด ก็ฟ้องได้เมื่อนั้น แต่ข้อสำคัญก็คือจะต้องทำไว้ก่อนฟ้องคดีและหลักฐานที่สร้างขึ้นนี้จะมีเจตนาทำขึ้นเพื่อเป็นพยานหลักฐานหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่ถือเป็นเรื่องสำคัญ ถึงแม้จะเป็นหนังสือที่สร้างขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียวก็สามารถนำมาเป็นหลักฐานได้เช่นกัน

8.3 ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ

การที่บุคคลสองฝ่ายได้ตกลงทำนิติกรรมสัญญาขึ้น ถ้าได้ดำเนินไปตามที่กฎหมายกำหนดก็ย่อมทำให้นิติกรรมนั้นมีความสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำดังกล่าว ก็ย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ให้เกิดขึ้นแก่บุคคลทั้งสองฝ่ายให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบไว้เป็นหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด ก็จะทำให้ฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ หรือแม้จะฟ้องร้องบังคับคดีให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้อีกเช่นกัน ตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 886/2510 แต่ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้ทำให้นิติกรรมที่สร้างขึ้นไม่มีผลสมบูรณ์ เพียงแต่จะทำให้ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้เท่านั้น เพราะการที่เรามีเจตนาที่จะทำนิติกรรมกันนั้น ย่อมสมบูรณ์ทุกประการเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ถ้าต้องมีการบังคับชำระหนี้กันโดยที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ก็ไม่สามารถฟ้องร้องคดีเพื่อบังคับชำระหนี้กันได้

ฉะนั้น จึงถือว่าผู้ทำนิติกรรมสัญญาทั้งสองฝ่าย มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้และหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ตามแต่กรณีไป และถ้าผู้ที่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ก็ถือว่าผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ได้ถูกโต้แย้งสิทธิ ก็มีอำนาจที่จะฟ้องร้องผู้ที่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ต่อศาล เพื่อศาลจะได้บังคับให้ผู้ที่มีหน้าที่ตามนิติกรรมสัญญานั้น ๆ ได้ดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ตามนิติกรรมที่ได้กระทำขึ้น โดยการที่ศาลจะบังคับให้ผู้ที่มีหน้าที่นั้นปฏิบัติตามหน้าที่ได้นั้น ก็จำเป็นที่จะต้องมีความหลักฐานเพื่อฟ้องร้องคดี แต่การที่ไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมจะมีผลทำให้นิติกรรมเสียเปล่าเป็นโมฆะ แต่ในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือนั้นถึงแม้ว่าจะไม่ได้ทำตามที่กฎหมายกำหนดก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะสมบูรณ์ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกประการ เนื่องจากนิติกรรมที่ไม่ได้ทำตามข้อกำหนดของกฎหมายนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่ามีให้ฟ้องร้องบังคับคดีตามนิติกรรมสัญญากันได้ ดังเช่น มาตรา 456 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่งสัญญาจะขายหรือจะซื้อหรือค้ำประกันในการซื้อขายทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับ

ผิดเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” หรือมาตรา 653 วรรคแรก “การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืม เป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่“

8.4 กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานในการฟ้องร้อง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ได้แก่

1.1 สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เกินสามปี ตามมาตรา 538 ก็จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

1.2 สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ตาม มาตรา 456 วรรคสอง จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

1.3 คำมั่นว่าสัญญาหรือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตาม มาตรา 456 วรรคสอง จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

1.4 สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ธรรมดาที่มีราคาเกินกว่าสองหมื่นบาทขึ้นไป ตาม มาตรา 456 วรรคสาม จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

1.5 สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทตามมาตรา 653 จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

1.6 สัญญาค้ำประกัน ตามมาตรา 680 วรรคสอง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

1.7 การตั้งตัวแทนขึ้นเพื่อจัดการกิจการแทน ตามมาตรา 798 วรรคสอง กำหนดให้ การตั้งตัวแทนต้องทำเป็นหนังสือในกรณีที่กิจการที่ให้ตัวแทนไปทำแทนนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

1.8 สัญญาประนีประนอม ตามมาตรา 851 ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้และมีการลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดหรือตัวแทนของฝ่ายนั้นด้วย

1.9 สัญญาประกันภัย ตามมาตรา 867 จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดหรือตัวแทน เป็นต้น

หรือในกรณีกฎหมายกำหนดให้การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นหลักฐานในการฟ้องร้อง ได้แก่ กรณีของการเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่าสามปีหรือตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า ตามมาตรา 538 หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน

เจ้าหน้าที่ คู่สัญญาจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับตามสัญญาเช่าได้เต็มตามเวลาที่ตกลงกันได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 551/2489

8.5 เจตนารมณ์ของประมวลแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องวิธีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “หลักฐาน” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการเพียงหลักฐานเท่านั้น จึงทำให้เราทราบอย่างแน่ชัดว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประสงค์ให้นิติกรรมที่ได้ทำขึ้นมีสิ่งที่ใช้ในการพิสูจน์ความมียู่ของนิติกรรมก็เพียงพอแล้วเพราะในกฎหมายก็มีได้กำหนดให้การพิสูจน์ต้องทำเป็นหนังสือรายละเอียดที่เกี่ยวข้องแต่ประการใด เพียงแต่ให้มีข้อความที่จะสามารถใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์เท่านั้น

2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “หนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ได้มีการกำหนดว่าต้องให้มีการทำหนังสือในรูปร่างลักษณะใดหรือจำเป็นที่จะต้องมีระบุส่วนไหนเป็นสำคัญ ฉะนั้นอาจจะเป็นในรูปของ ใบเสร็จรับเงิน บันทึกรายวันของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จดหมาย ฯลฯ แต่กฎหมายเพียงแต่ต้องการให้มีเพียงหนังสือหรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่มีลักษณะซึ่งสามารถใช้เป็นหลักฐานเพื่อแสดงถึงความมียู่ของนิติกรรมเท่านั้น แต่สิ่งสำคัญในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือจะต้องมีการลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ มิเช่นนั้นจะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้

3. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ” แสดงว่าลายมือชื่อที่ลงบนหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ทำนิติกรรมจำเป็นที่จะต้องลงลายมือชื่อด้วยกันทุกฝ่าย เพียงแค่มีลายมือชื่อของฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญก็เพียงพอแล้ว ซึ่งผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิตามนิติกรรมสัญญาจากผู้ที่ได้ลงลายมือชื่อไว้บนหนังสือเพื่อเป็นหลักฐานก็สามารถนำหลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวมาฟ้องร้องบังคับคดีได้

8.6 ความแตกต่างระหว่างแบบและหลักฐานเป็นหนังสือ

จากรายละเอียดข้างต้นจึงทำให้เราเห็นได้ว่าความแตกต่างระหว่างแบบและหลักฐานแห่งนิติกรรมมีได้ดังที่จะจำแนกดังต่อไปนี้

1. เวลา แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำนิติกรรมนั้นจะต้องทำให้เสร็จสิ้นเรียบร้อยในขณะที่ทำนิติกรรม หากมิได้ทำในขณะที่นิติกรรมแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

2. เนื้อหา แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำนั้นจะต้องมีเนื้อหาครบถ้วนสำหรับนิติกรรมประเภทนั้นๆ

3. รูปแบบ แบบที่กฎหมายบังคับให้ทำนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนด เช่น สัญญาซื้อขาย

4. ลายมือชื่อ แบบที่กฎหมายบังคับไว้^{นั้น}ต้องลงลายมือชื่อทุกฝ่ายให้ครบถ้วน ในขณะที่หลักฐานเป็นหนังสือ ส่วนใหญ่กำหนดให้ลงลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดชอบคนที่จะถูกฟ้องเท่านั้น หากมีลายมือชื่อของฝ่ายใด อีกฝ่ายก็สามารถฟ้องคนที่มียลายมือชื่อได้ หากมีลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ต่างฝ่ายต่างก็ฟ้องร้องซึ่งกันและกันได้

5. ผล หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะไปหรือเสียเปล่าไปทันทีที่ทำนิติกรรมตามมาตรา 152 แต่หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อผู้กู้แล้วแต่กรณี มีผลเพียงให้ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีผู้ที่ไม่มีลายมือชื่อได้ เนื่องจากศาลจะไม่รับฟ้อง แต่นิติกรรมที่ขาดหลักฐานก็ยังคงเป็นนิติกรรมที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายทุกประการ และหากมีการชำระหนี้กันไปตามนิติกรรมที่ขาดหลักฐานก็เป็นการชำระหนี้ที่สมบูรณ์ หนี้ก็จะดับสิ้นไป ผู้ที่ชำระจะมาเรียกคืนภายหลังโดยอ้างว่าเป็นหนี้ที่ไม่มีหลักฐานไม่ได้ ทั้งนี้เมื่อนิติกรรมไม่มีหลักฐานในการฟ้องร้อง คู่กรณีก็จะอาศัยนิติกรรมที่สมบูรณ์ฟ้องร้องให้ทำหลักฐานเป็นมิได้ และหลักฐานเป็นหนังสือมิใช่^{นิติกรรม} เพราะผู้ทำหลักฐานอาจมิได้ตั้งใจทำขึ้น ทั้งตัวหลักฐานเป็นหนังสือก็มีได้ก่อผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การหลอกลวงหรือข่มขู่ให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือจึงมิใช่^{นิติกรรม}การทำนิติกรรม

จากการแบ่งแยกข้างต้นทำให้เราทราบได้ว่าหลักฐานเป็นหนังสือ^{นั้น}ถือเป็นคนละเรื่องกับแบบแห่งนิติกรรมโดยพิจารณาได้จากความหมายทั่วไปหรือแบบในความหมายเฉพาะ แต่เมื่อเราพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหลักฐานเป็นหนังสือก็มีความสำคัญไม่น้อยกว่าแบบแห่งนิติกรรม เนื่องมาจากหลักฐานเป็นหนังสือมิใช่^{นิติกรรม}ไว้เพื่อการพิสูจน์การมีอยู่ของนิติกรรมว่าได้เกิดมีขึ้นจริงโดยไม่สนใจว่าจะมีขึ้นก่อนหรือหลังการทำนิติกรรมนั้นๆ แต่จำเป็นที่จะต้องมีอยู่ขณะที่ฟ้องคดีและสิ่งที่สำคัญที่สุดในการทำหลักฐานเป็นหนังสือ^{นั้น}คือ การลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบไว้เป็นสำคัญเพื่อประโยชน์และง่ายต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริง