

บทที่ 2

สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

โดยทั่วไปบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เพราะตามหลักแห่งการทำนิติกรรมประการหนึ่งก็คือ การเคารพความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของผู้กระทำนิติกรรม แต่การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นต้องมีขอบเขตบางประการตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น เพื่อปกป้องรักษาและคุ้มครองถึงสิทธิแห่งประโยชน์ของสาธารณชน ซึ่งถือเป็นประโยชน์อันยิ่งใหญ่และสูงสุดที่ต้องรักษาไว้เพื่อให้บ้านเมืองดำรงอยู่ได้โดยสงบเรียบร้อย ดังนั้น กฎหมายจึงต้องยื่นมือเข้ามาเพื่อก้าวกำในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคล หากกรณีใดไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพโดยเต็มเปี่ยมที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยประโยชน์ของบุคคลนั้น ๆ¹

เหตุอันถือว่าเป็นข้อกำหนดชัดขวางการแสดงเจตนาไม่ให้นิติกรรมสัญญานั้นเป็นผล หรือแม้เกิดผลเป็นนิติกรรม ก็ไม่สมบูรณ์เต็มที่ ใน ป.พ.พ.ได้กำหนดไว้ เช่น ความสามารถของบุคคล (มาตรา 153) วัตถุประสงค์ของนิติกรรม (มาตรา 150) แบบแห่งนิติกรรม (มาตรา 152) การแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำนิติกรรม (มาตรา 154 - 167)

2.1 ข้อกำหนดแห่งนิติกรรม

ส่วนใหญ่นิติกรรมสัญญาเกิดจากความตกลง ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาเสนอและสนองรับ การแสดงเจตนาต่อกันมีอำนาจศักดิ์สิทธิ์พอที่จะก่อให้เกิดความผูกพันกันได้ ทั้งนี้คงมีเหตุผลว่า เมื่อนิติกรรมสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับความอิสระภาพของบุคคล ในการที่จะเปลี่ยนฐานะของตนให้ตกอยู่ในหน้าที่มีสิทธิต่อผู้อื่น ก็ควรที่จะให้บุคคลเป็นอิสระในการทำนิติกรรมสัญญาได้อย่างเต็มที่ หากควรที่กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องบังคับให้ทำตามพิธี หรือดำเนินตามข้อขีดคั่นจำกัดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ จะกำหนดข้อขีดคั่นได้ก็แต่เฉพาะเพื่อความบริสุทธิ์ในการแสดงเจตนา และถ้านิติกรรมสัญญาที่สร้างขึ้น เกี่ยวด้วยส่วนได้เสียอันยิ่งใหญ่ของประชาชน หรือเกี่ยวกับหลักฐานในการพิสูจน์ที่กฎหมายต้องการเป็นพิเศษแล้ว จึงสมควรที่จะต้องจำกัดความอิสระภาพใน

¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 45.

การแสดงเจตนาลงตามส่วน เช่น บังคับให้ทำเป็นพิธี จดทะเบียน หรือจำต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้น นอกจากข้อจำกัดพิเศษนี้แล้ว เมื่อบุคคลมีความประสงค์และแสดงความตั้งใจว่าจะทำสัญญาผูกพันกันอย่างไร กฎหมายยอมรับรองว่า การแสดงเจตนามีผลทำให้ผูกพันกันอย่างนั้น²

การทำนิติกรรมสัญญา นอกจากกฎหมายจะมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ให้ผู้ทำนิติกรรมสัญญาต้องปฏิบัติตาม กฎหมายได้กำหนดมาตรการข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอย่างอื่น ที่ให้บังคับแก่การทำนิติกรรมสัญญาขึ้นมาอีกหลายชนิดแล้วแต่กรณี ซึ่งความจำเป็นทางกฎหมายที่จะต้องกำหนดมาตรการเหล่านั้นขึ้นมา โดยสามารถแยกศึกษาได้ดังนี้

2.1.1 แบบแห่งนิติกรรม

แบบแห่งนิติกรรม หมายความว่า พิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม เพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม หากไม่ปฏิบัติตาม นิติกรรมย่อมเป็นโมฆะ³ ซึ่งข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้ถือว่า เป็นข้อจำกัดสิทธิในหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่สำคัญประการหนึ่ง โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมว่า " การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ "

การที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมนั้น เพื่อให้เข้ากับระเบียบของสังคม กล่าวคือ สังคมหรือส่วนรวมเห็นประโยชน์ในการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมขึ้น แต่ประโยชน์ดังกล่าวนี้มีอยู่ด้วยกันหลายประการ ดังนี้

1. เพื่อเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทั่วไปรู้ว่า ได้มีการทำนิติกรรมนั้น ๆ ขึ้น
2. เพื่อความสะดวกในการควบคุมการเก็บภาษีอากร
3. เพื่อความสะดวกในการโอนสิทธิของนิติกรรมนั้น ๆ

² เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด (พระนคร : โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479), หน้า 40-41.

³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 75.

4. เพื่อทำหลักฐานเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี⁴

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นักกฎหมายแต่ละท่านก็จำแนกประเภทแตกต่างกันออกไป แต่โดยรวมแล้วก็จำแนกไว้คล้ายคลึงกัน ซึ่งสามารถที่จะจำแนกแบบแห่งนิติกรรมที่มีความยุ่งยากสลับซับซ้อนมากที่สุดไปยังแบบแห่งนิติกรรมที่ไม่ค่อยมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนตามลำดับลงไปได้ 3 ชนิดด้วยกัน คือ

1. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (made in writing and registered by the competent official)

แบบแห่งนิติกรรมชนิดนี้มีความยุ่งยากซับซ้อนมาก เพราะนอกจากต้องทำเป็นหนังสือแล้ว ยังต้องนำเอกสารหนังสือนั้นไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอีกด้วย นิติกรรมที่ต้องทำตามแบบนี้ได้แก่ การซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคแรก ขายฝากตามมาตรา 491 การแลกเปลี่ยนตามมาตรา 519 การให้ทรัพย์สินตามมาตรา 525 การจำนองตามมาตรา 714 การทำหนังสือบริคณห์สนธิตั้งบริษัทตามมาตรา 1097 การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1299 และการนำบทบัญญัตินี้ไปใช้ในมาตรา 1301 และ 1302 การกำหนดห้ามโอนทรัพย์สินตามมาตรา 1702

2. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ (registered by the competent official)

แบบแห่งนิติกรรมชนิดนี้มีความยุ่งยากซับซ้อนน้อยกว่าแบบแรก อันได้แก่ การจดทะเบียนตามมาตรา 1604 ว่าด้วยการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล มาตรา 1078 ว่าด้วยการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด มาตรา 1457 ว่าด้วยการจดทะเบียนสมรส มาตรา 1515 ว่าด้วยการจดทะเบียนหย่า มาตรา 1547 ว่าด้วยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร มาตรา 1598/27 ว่าด้วยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม มาตรา 1598/31 ว่าด้วยการจดทะเบียนเลิกรับบุตรบุญธรรม

⁴ จีดี เศรษฐบุตตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 33.

3. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ โดยไม่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (made in writing)

แบบแห่งนิติกรรมชนิดนี้มีความยุ่งยากน้อยที่สุด เพราะคู่กรณีสามารถทำกันเองได้ โดยลำพัง แต่อย่างไรก็ตาม อาจแบ่งแบบแห่งนิติกรรมชนิดนี้ออกเป็น 2 ประเภทย่อย ๆ คือ

ก. แบบทำเป็นหนังสือประเภทคู่กรณีทำหนังสือกันเอง ซึ่งได้แก่ การรับสภาพหนี้ตามมาตรา 193/14 การโอนหนี้ตามมาตรา 306 การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสารตามมาตรา 524 สัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 การห้ามคิดดอกเบี้ยทบต้นตามมาตรา 655 การบังคับจำนองตามมาตรา 728 การบังคับจำนำตามมาตรา 764 การโอนหุ้นตามมาตรา 1129 สัญญาก่อนสมรสตามมาตรา 1466 การให้ความยินยอมของสามีหรือภริยาตามมาตรา 1479 การหย่าตามมาตรา 1514 และ 1520 การทำพินัยกรรมตามมาตรา 1656 การทำพินัยกรรมประเภทเขียนเองทั้งฉบับตามมาตรา 1657

กรณีนิติกรรมสัญญาชนิดที่ต้องทำเป็นหนังสือประเภทคู่กรณีสามารถทำกันเอง แต่ต้องระบุข้อความรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ มูลนิธิตามมาตรา 82 ตัวแลกเงินตามมาตรา 908,909 ตัวสัญญาใช้เงินตามมาตรา 982, 983 เชื้อคตามมาตรา 987, 988

ข. แบบทำเป็นหนังสือประเภทพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายความทำให้ อันได้แก่ การทำพินัยกรรมประเภทเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 การทำพินัยกรรมประเภทเอกสารลับตามมาตรา 1660 การทำพินัยกรรมประเภททำด้วยวาจาตามมาตรา 1663⁵

2.1.2 ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอย่างอื่น นอกจากแบบแห่งนิติกรรม

บทบัญญัติเรื่องแบบแห่งนิติกรรมนั้นต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ทำตามแบบ การไม่ปฏิบัติตามบทกฎหมายมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมบางอย่างที่มีลักษณะคล้ายกับแบบแห่งนิติกรรม แต่ผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ซึ่งข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเหล่านี้สามารถแยกได้ดังนี้

⁵ ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 65-66.

2.1.2.1 การส่งมอบทรัพย์สิน

ป.พ.พ.กำหนดให้นิติกรรมประเภทนี้ทำนองว่า " นิติกรรมสัญญาจะสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น " ได้แก่ สัญญาให้ตามมาตรา 523 สัญญาเช่าใช้คงรูปตามมาตรา 641 สัญญาเช่าใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงตามมาตรา 650 สัญญาฝากทรัพย์สินตามมาตรา 657 สัญญาจำนำตามมาตรา 747 สัญญาเก็บของในคลังสินค้าตามมาตรา 771

ปัญหาสำคัญในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินนี้ ก็คือ การส่งมอบทรัพย์สินเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ เพราะมีแนวความเห็นแยกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นแรก การส่งมอบทรัพย์สินมิใช่พิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่เป็นเพียงส่วนประกอบของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมบางประเภท ซึ่งต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินด้วย ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินถือว่าการแสดงเจตนายังไม่สมบูรณ์ นิติกรรมจึงยังไม่เกิด แต่ไม่ถึงกับตกเป็นโมฆะ ถ้ามีการส่งมอบทรัพย์สินกันเมื่อไร นิติกรรมก็สมบูรณ์ ถ้าถือว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นแบบแห่งนิติกรรม เมื่อไม่ส่งมอบทรัพย์สิน นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ แม้จะมีการส่งมอบทรัพย์สินในภายหลัง ก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นได้ ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม⁶

ความเห็นที่สอง สัญญาที่ต้องทำตามแบบชนิดที่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้มีอยู่มากในสมัยโรมัน เพราะในสมัยนั้นยังไม่ค่อยรับกันว่า นิติกรรมย่อมสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงเจตนา แต่จะต้องมีแบบทำพิธีอะไรกันขึ้น เพราะเจตนาเป็นของจับต้องมองไม่เห็น ต้องมีสิ่งอื่นออกมาเป็นพยานหลักฐาน และการส่งมอบต่อกันย่อมเป็นแบบพิธีอันเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง แต่ในปัจจุบันนี้ต้องการความรวดเร็วในการดำเนินชีวิต แบบพิธีก็ค่อย ๆ หายไป ยังคงเหลือแต่นิติกรรมสัญญา 6 ประเภท ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำตามแบบโดยมีการส่งมอบทรัพย์สิน⁷

สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า เกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมนั้น กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า ถ้าไม่ทำตามแบบมีผลทำให้นิติกรรมสัญญานั้นเป็นโมฆะ แต่ในส่วนของข้อกำหนดแห่ง

⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 82.

⁷ จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 35.

นิติกรรมที่ทำให้มีการส่งมอบทรัพย์สิน กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามนิติกรรมสัญญาอันนั้นอันจะมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ.152 เพียงแต่บัญญัติให้นิติกรรมสัญญาอันนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์เท่านั้น กล่าวคือ ผลของการทำคำเสนอคำสนองในการทำนิติกรรมสัญญา ยังมีผลอยู่แต่นิติกรรมสัญญาอันนั้นยังไม่เป็นผลสมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์เท่านั้น และนิติกรรมสัญญาเหล่านี้สามารถทำให้มีผลสมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์ขึ้นได้ ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งต่างจากผลของการที่ไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมอันมีผลให้ตกเป็นโมฆะ นิติกรรมสัญญาย่อมเสียเปล่าทั้งหมด ไม่สามารถที่จะแก้ไขให้นิติกรรมสัญญาอันนั้นมีผลต่อไปได้ หรือเกิดผลขึ้นได้

2.1.2.2 หลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ

การทำนิติกรรมสัญญาบางประเภทมีความสำคัญต่อผลประโยชน์ของผู้ทำนิติกรรมสัญญาถึงขนาดที่กฎหมายไม่สามารถปล่อยให้บุคคลผู้ทำนิติกรรมสัญญาประเภทนี้ได้โดยอิสระตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม นิติกรรมสัญญาประเภทนี้ ยังไม่มีความสำคัญถึงขนาดที่กฎหมายต้องกำหนดให้ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม เพียงแต่คำนึงถึงทางด้านพยานหลักฐาน กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ทำนิติกรรมสัญญาประเภทนี้ ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดให้นิติกรรมสัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ เพื่อเป็นหลักฐานในการพิสูจน์ความมีอยู่ของนิติกรรมสัญญาเป็นสำคัญ ดังจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

2.1.2.3 กรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนเพื่อความประสงค์อย่างอื่น

กฎหมายบางฉบับกำหนดให้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การจดทะเบียนดังกล่าวมิใช่เป็นการจดทะเบียน อันมีลักษณะเป็นเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมเสมอไปเสียทั้งหมด แต่เป็นการจดทะเบียนโดยเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อความประสงค์อย่างอื่น เช่น การจดทะเบียนรถยนต์ การจดทะเบียนอาวุธปืน ซึ่งไม่ใช่เรื่องแบบแห่งนิติกรรม แต่เป็นความประสงค์ที่จะกำหนดผู้ที่เป็นเจ้าของรถยนต์หรือผู้มีอาวุธปืน ทั้งนี้เพื่อจุดประสงค์ในการควบคุมทางทะเบียนอันเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหาใช่เพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมไม่

2.1.2.4 กรณีอื่น ๆ ที่ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานอย่างอื่นอันมีผลการฟ้องร้องบังคับคดีเช่นเดียวกับบทบัญญัติหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ ได้แก่

1. การวางประจำ

การวางประจำ กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นพยานหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี สำหรับนิติกรรมสัญญาที่ได้ทำขึ้นให้บังคับได้ตามสิทธิ หน้าที่ตามนิติกรรมสัญญานั้น ดังจะได้ อธิบายในหัวข้อ 2.4.1

2. การชำระหนี้บางส่วน

การชำระหนี้บางส่วนนี้ กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นพยานหลักฐานในการฟ้องร้อง บังคับคดี สำหรับนิติกรรมสัญญาที่ได้ทำขึ้นให้บังคับได้ตามสิทธิ หน้าที่ตามนิติกรรมสัญญานั้น ดังจะได้อธิบายในหัวข้อ 2.4.2

ข. การตกลงให้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรค 2

มาตรา 366 วรรค 2 บัญญัติว่า " ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำจะต้องทำเป็น หนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ "

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเอาไว้ว่า สัญญาจะเกิดขึ้น ผูกพันกันได้นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่ได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นหนังสือ เหตุนี้ หาก ตราบใดที่คู่กรณียังมีได้ทำสัญญาเป็นหนังสือหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่า ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือ ขึ้นแล้วหรือยัง แม้จะได้มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องสอดคล้องกันแล้วก็ตาม ก็ยังถือว่า สัญญา ที่มุ่งจะทำนั้นมิได้เกิดขึ้น^๘ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ทำนิติกรรมสัญญา ใน การที่จะกำหนดให้นิติกรรมสัญญาที่ตนจะก่อขึ้น จะต้องทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ให้ทำ เป็นหนังสือ อันเนื่องมาจากกฎหมายให้ความเคารพต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ไม่ใช่เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม โดยคำว่า " หนังสือ " นี้ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำตาม หากแต่การทำหนังสือนี้เกิดจากความตกลงของคู่สัญญา ถ้า ไม่ทำตามที่ตกลงกันก็มีผลเพียงสัญญายังไม่เกิดขึ้นเท่านั้น ไม่มีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะดัง

^๘ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 212.

ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ดังนั้น บทบัญญัติมาตรานี้เป็นเพียงบท
สันนิษฐานการเกิด หรือไม่เกิดของสัญญา เท่านั้น

ค. การกระทำนิติกรรมเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา
1299 วรรคหนึ่ง, มาตรา1301

มาตรา 1299 วรรค 1 บัญญัติว่า “ ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย
นี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่า การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับ
อสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะได้ทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับ
พนักงานเจ้าหน้าที่ ”

มาตรา 1301 บัญญัติว่า “ บทบัญญัติแห่งสองมาตราก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงการ
เปลี่ยนแปลง ระงับ และกลับคืนมาแห่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วยโดยอนุโลม ”

บทบังคับของมาตรานี้ พิจารณาตามหลักทั่วไปน่าจะเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง
ซึ่งกฎหมายบังคับไว้ หากไม่ปฏิบัติตาม นิติกรรมย่อมจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา152 แต่ตาม
แนววินิจฉัยของศาลฎีกาเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม เพราะการไม่ปฏิบัติ
ตาม กฎหมายบัญญัติไว้เพียงว่าไม่บริบูรณ์ หากได้บัญญัติให้ตกเป็นโมฆะไม่ นิติกรรมเกี่ยวด้วย
อสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จะตกเป็นโมฆะ เพราะไม่ทำให้ถูก
ต้องตามแบบ จะต้องมีการกำหนดแบบไว้เฉพาะเจาะจงอีกชั้นหนึ่ง เช่น การซื้อขาย
อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรค 1 การจำนองตามมาตรา 714 เป็นต้น ดังนั้น กรณีการได้
มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ รวมตลอดถึงการ
เปลี่ยนแปลง ระงับ หรือกลับคืนมาซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้โดยเฉพาะนอกเหนือจากมาตรา
1299 วรรค 1 และ 1301 จึงถือเพียงว่ายังไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน แต่สมบูรณ์เป็นบุคคลสิทธิซึ่ง
อาจบังคับกันได้ระหว่างคู่กรณี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่1188/2493,679/2514 ฎ.,435/2519 ฎ.)
แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลสิทธิซึ่งจะบังคับกันได้นั้น ต้องพิจารณาถึงแบบแห่งนิติกรรมเกี่ยวกับ
บุคคลสิทธิด้วย ไม่ใช่เมื่อไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินแล้วจะบังคับในฐานะเป็นบุคคลสิทธิได้เสมอ
ไปทุกกรณี⁹

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและ
สัญญา, หน้า 86.

การที่กฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่า การได้มาซึ่งทรัพย์สินไม่บริบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้กล่าวไปถึงว่า นิติกรรมอันเป็นเหตุให้การได้มาเป็นโมฆะไม่ ซึ่งคำว่า "ไม่บริบูรณ์" นี้ ต่างกับ "โมฆะ" เพราะโมฆะนั้นหมายความว่า ไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย แต่คำว่าไม่บริบูรณ์นั้นมีความหมายว่า ยังไม่อาจถือหรือบังคับกันได้ตามทรัพย์สินเท่านั้น แต่การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นหาเสียเปล่าไปไม่ ยังมีผลบังคับกันในระหว่างคู่สัญญาในฐานะบุคคลสิทธิได้¹⁰

ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายมาตรา 1299 วรรคหนึ่งและ 1301 นี้ไม่ใช่เป็นบทกฎหมายเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เพราะเมื่อไม่ทำตามบทบัญญัตินี้ นิติกรรมสัญญาขาดเป็นโมฆะไม่ ตามหลักมาตรา 152 กฎหมายถือว่านิติกรรมสัญญานั้นยังคงมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา ตามหลักบุคคลสิทธิได้อยู่ อันต่างจากเรื่องแบบแห่งนิติกรรม

ง. หนังสือบอกกล่าวหรือจดหมายบอกกล่าว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายเรื่องแบบแห่งนิติกรรมประเภท สัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสืออีกประการหนึ่ง กล่าวคือ บทบัญญัติที่กำหนดให้นิติกรรมสัญญาต้องมีการทำเป็นหนังสือบอกกล่าว หรือจดหมายบอกกล่าวแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อน ซึ่งกรณีนี้ต่างจากเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เพราะการไม่ทำตามบทบัญญัติที่ให้หนังสือบอกกล่าวหรือจดหมายบอกกล่าว นิติกรรมสัญญานั้นขาดเป็นโมฆะไม่ แต่กฎหมายถือว่าเรื่องนี้เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องกระทำ เพื่อความสมบูรณ์ของการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละเรื่องซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำหนังสือบอกกล่าว หรือจดหมายบอกกล่าว

กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมที่ต้องมีการทำหนังสือบอกกล่าว หรือจดหมายบอกกล่าวไว้ ดังนี้ การบังคับจำนอง ตามมาตรา 728 , 735 การบังคับจำนำตามมาตรา 764 เก็บของในคลังสินค้าตามมาตรา 782 , 791 การเรียกเงินค้ำหุ้นตามมาตรา 1121 การริบหุ้นตามมาตรา 1123 การเรียกประชุมใหญ่ตามมาตรา 1175 การปันผลตามมาตรา 1204 การ

¹⁰ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ (กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงเทพมหานครนิตติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2540), หน้า 67.

เพิ่มทุนตามมาตรา 1222, 1223 การลดทุนตามมาตรา 1226 การควบบริษัทตามมาตรา 1240 การถอนทะเบียนบริษัทร้างตามมาตรา 1246 การเลิกห้างหรือบริษัทตามมาตรา 1253

ทั้งนี้ที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรม และข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอย่างอื่นนั้น มีข้อสังเกตว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายจะบังคับให้นิติกรรมสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่นอสังหาริมทรัพย์ เรือกำปั่น หรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพหรือสัตว์พาหนะ เป็นต้น ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมหรือนิติกรรมสัญญาบางประเภทกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ให้ต้องปฏิบัติตาม เช่นสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ฯลฯ แต่นิติกรรมสัญญาบางประเภทแม้จะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่มีราคามาก กฎหมายกลับไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ให้นิติกรรมสัญญาเหล่านี้ต้องมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรม เช่น สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร เป็นต้น เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเหตุที่กฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ให้ นิติกรรมสัญญาต้องทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนั้น เห็นว่า เป็นกรณีที่นิติกรรมสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่มีราคามาก และกำหนดเฉพาะนิติกรรมสัญญาที่มีความสำคัญใช้บังคับกันมากในอดีต กฎหมายจึงต้องเข้ามาควบคุมเพื่อความคุ้มครอง โดยออกข้อกำหนดแห่งนิติกรรม ซึ่งขณะที่บัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมสัญญาที่กฎหมายเข้ามาควบคุม โดยกำหนดให้ต้องมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนั้น จะเป็นนิติกรรมสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินประเภทดังกล่าวข้างต้น เพราะเป็นทรัพย์สินที่มีราคามากและมีความสำคัญอันอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปได้ โดยเมื่อดูจากทรัพย์สินและจำนวนเงินที่บัญญัติไว้ในสัญญากู้ยืมเงิน และสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ที่กำหนดจำนวนเงินไว้เพียง ห้าสิบบาทและห้าร้อยบาทตามลำดับ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าวนี้ในอดีตถือว่าเป็นเงินจำนวนมากพอสมควร กฎหมายจึงเข้ามาควบคุม เพราะถือว่าเป็นสัญญาที่มีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศในสมัยนั้น แต่เมื่อมาถึงสมัยปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า มีทรัพย์สินอีกหลายประเภทที่มีราคามาก และมีผลกระทบต่อสังคมและระบบเศรษฐกิจของประเทศ เช่น เครื่องบิน รถยนต์ เป็นต้น แต่กฎหมายไม่ได้บังคับให้นิติกรรมสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินเหล่านั้น ต้องทำตามกฎเกณฑ์แต่อย่างใด รวมถึงนิติกรรมสัญญาอีกหลายประเภทที่มีความสำคัญมากขึ้น และเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูง เช่น สัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคาร เป็นต้น กฎหมายไม่มีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมใดเลย กรณีจึงควรที่จะมีมาตรการทางกฎหมาย เข้ามาควบคุมนิติกรรมสัญญาประเภทเหล่านี้ เพื่อให้กฎหมายมีความเหมาะสมกับยุคสมัย และสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

2.2 สัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบ

นอกจากข้อกำหนดแห่งนิติกรรมในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมแล้ว ยังมีข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอีกประเภท ที่กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมสัญญาบางประเภทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดี ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันแทบทุกสัญญาว่า " ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ " ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกันมาก โดยเฉพาะที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมที่ให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ เช่น สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น และผลของการไม่ปฏิบัติตามบัญญัติที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็ไม่ทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เพียงแต่กฎหมายห้ามฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ดังนั้น ควรที่จะศึกษาถึงรายละเอียด เกี่ยวกับบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อจะได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ ลักษณะและผลทางกฎหมายว่าเป็นประการใด

2.2.1 ความหมาย

การที่จะศึกษาถึง บทบัญญัติที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบเป็นสำคัญ มิฉะนั้นห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดี ต้องทราบถึงความหมายเกี่ยวกับบทบัญญัตินี้ก่อน โดยพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ได้กล่าวไว้ ดังนี้

ท่านศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช ให้ความหมายว่าคำว่า " หลักฐาน " แสดงความหมายไปในทางวิธีบัญญัติ หมายถึง พยานหรือขนาดแห่งการที่จะยอมเชื่อถือฟังเอาเป็นจริงได้ โดยหลักฐานเป็นเครื่องพิสูจน์เบื้องต้นเพื่อนำคดีเข้าสู่ศาล และอาจเป็นพยานสนับสนุนคดีได้ในระหว่างพิจารณา¹¹

ท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายคำว่า " หลักฐาน " ในเรื่องกู้ยืมเงินว่า คือสิ่งที่ชี้ให้เห็นข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง และในที่นี้ย่อมหมายถึงสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่ามีสัญญายืมเงินกัน สิ่งที่กฎหมายเรียกว่า " หลักฐาน " นี้ บางครั้งกฎหมายก็ใช้คำว่า " พยาน

¹¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 136.

หลักฐาน" และบางทีกฎหมายก็ใช้คำว่า "พยาน" ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมมีความหมายเดียวกัน ซึ่งหลักฐานนี้อาจแบ่งได้เป็นสามชนิด คือ (1) พยานบุคคล (2) พยานเอกสาร (3) พยานวัตถุ คำว่าหลักฐานเป็นหนังสือในมาตรา 653 วรรค 1 นี้หมายถึงพยานเอกสาร ดังนี้ คำว่า หลักฐานเป็นหนังสือ จึงมีความหมายถึง สิ่งที่จารึกเป็นลายลักษณ์อักษรแสดงว่ามีสัญญา ยืมเงิน¹² ดังนั้นที่ว่านิติกรรมบางชนิดต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ มิฉะนั้นฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ นั้น หมายความว่า ถ้าคู่สัญญาเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อในหนังสือ อันเป็นพยานหลักฐานแห่งนิติกรรมขึ้น อีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำหนังสือนี้ฟ้องร้องต่อศาลให้บังคับคดีแก่คู่สัญญาที่ลงลายมือชื่อให้รับผิดชอบได้ แต่คู่สัญญาที่ได้ลงลายมือชื่อย่อมไม่มีสิทธิที่จะนำหนังสือสัญญานี้ฟ้องศาลบังคับให้คู่สัญญาที่มีได้ลงลายมือชื่อแต่อย่างใด¹³

ท่านศาสตราจารย์วิชญ์ เครืองาม ได้ให้ความหมาย หลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีว่าหมายถึง สิ่งซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานฟ้องร้อง หรือบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้ ดังนั้น หลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบ (some written evidence signed by the party liable) หมายถึงหนังสือใด ๆ ก็ตามที่มีข้อความแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบเฉพาะตัวฝ่ายผู้ลงชื่อ¹⁴

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้นิติกรรมสัญญาบางประเภทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ มิฉะนั้นห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีนั้น อาจสรุปความหมายได้ว่า สิ่งซึ่งอาจใช้เป็นพยานที่ชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยกฎหมายต้องการแต่เพียงหลักฐานเป็นหนังสือที่สามารถใช้พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ หลักฐานที่ว่านี้จะต้องเป็นหลักฐาน ที่ทำเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดอันถือว่าเป็นพยานเอกสาร กล่าวคือ มีลักษณะเป็นกระดาษหรือวัตถุอื่นใดที่ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ซึ่งแสดงถึงความมีอยู่ของสัญญา พร้อมทั้งลงลายมือชื่อบนหลักฐานที่เป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด การลงลายมือชื่อในเอกสารนี้ผู้ลงลายมือชื่อจะแสดงว่าตนเป็นผู้

¹² จี๊ด เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผูกทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 52.

¹³ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 40.

¹⁴ วิชญ์ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2532), หน้า 179, 182.

เขียนหรือทำเอกสารขึ้น และรับรองว่า ข้อมูลในเอกสารนั้นมีความสมบูรณ์ และมีเจตนาผูกพันตาม ข้อความที่ปรากฏในเอกสารนั้น โดยผู้ทำสัญญาไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อด้วยกันทุกฝ่าย เพียงแต่มี ลายมือชื่อของฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบผู้เดียวก็ใช้ได้ ถ้าฝ่ายผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามสัญญาจาก บุคคลผู้ที่ได้ลงลายมือชื่อไว้บนหลักฐานเป็นหนังสือ ผู้ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถนำหลักฐานเป็น หนังสือ ที่ลงลายมือชื่อบุคคลที่จะถูกบังคับ ให้ปฏิบัติตามสัญญานั้นมาฟ้องร้องต่อศาลได้

2.2.2 ที่มา

บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนี้เป็นแต่เพียงพยานเบื้องต้น เพื่อประโยชน์ ในการที่ศาลจะรับฟ้องไว้พิจารณาต่อไปเท่านั้น เมื่อศาลได้รับคดีไว้พิจารณาแล้ว ไม่เป็นข้อห้าม มิให้อีกฝ่ายหนึ่งนำสืบข้อเท็จจริงหักล้างแสดงว่าความจริงมิได้ตกปากคำทำสัญญากันไว้เลย หรือ ว่ามีความผูกพันกันอย่างอื่น นอกจากที่ไว้หนังสืออันเป็นหลักฐาน หากแสดงได้ว่ามิได้มี สัญญาต่อกันหรือมีความผูกพันอย่างอื่น หลักฐานนั้นก็หาเป็นมูลที่จะให้เกิดความรับผิดชอบต่อกัน ได้ไม่ เพราะความผูกพันย่อมเกิดจากสัญญาที่ตกปากรับคำกันไว้ จะได้เกิดจากกระดาษหนังสือ คือ หลักฐานแห่งสัญญาก็หาไม่ได้ หลักฐานเป็นแต่เครื่องพิสูจน์เบื้องต้นเพื่อนำคดีเข้าสู่ศาล และอาจเป็นพยานสนับสนุนคดีในระหว่างพิจารณา หากใช้ตัวความผูกพันสัญญาซึ่งจะต้องได้ทำ กันไว้แท้จริงไม่ ด้วยความประสงค์จะป้องกันการปลุกเท็จทำพยาน และความไม่แน่นอนในทาง หลักฐานการพิสูจน์สัญญาบางชนิด กฎหมายจึงบัญญัติไว้ว่า สัญญานั้น ๆ จะนำมาฟ้องร้องกัน ไม่ได้ เว้นแต่จะมีหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดเป็นหลักฐานลงลายมือชื่อฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบไว้เป็น ลำคัญ¹⁵

เหตุที่กฎหมายบังคับให้นิติกรรมบางประเภทต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็เพื่อตัด ปัญหายุ่งยากในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และมีให้มีคดีรบกวนศาลโดยไม่จำเป็น¹⁶

เกี่ยวกับที่มาหรือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ เรื่องสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ นี้ ท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายถึงมูลเหตุแห่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้ ไว้

¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1.

หน้า 136.

¹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ สัญญา. หน้า 84.

ในสัญญาคุ้มครองเงิน ว่า การที่กฎหมายบังคับให้สัญญาคุ้มครองเงินเกินกว่าห้าสิบบาท ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือนั้น มีคำตอบเป็นสองแนวที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

1. เพราะกฎหมายต้องการตัดข้อทู่เถียงในศาลให้มีจำนวนลดน้อยลง ทั้งนี้โดยถ้ามิได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ ก็ไม่มีโอกาสนำมาฟ้องเกิดข้อทู่เถียงในศาลได้ประการหนึ่ง และถ้าได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ก็หาทางที่จะทู่เถียงคัดค้านพยานหลักฐานอันเป็นหนังสือนั้นได้ยากอีกประการหนึ่ง

2. เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองคู่ความ โดยมีให้ความเสียหายจากการที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะนำพยานบุคคลมาเบิกความเท็จปรักปรายพยานได้

ความเห็นที่แตกต่างกันเช่นนี้ ทำให้ผลในทางกฎหมายแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ หากจะถือตามความเห็นแรก ก็จะต้องถือว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นหลักแห่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญาไม่สามารถจะตกลงกันยกเว้นหลักนี้ได้ แต่ถ้าหากถือตามความเห็นที่สอง ก็ทำให้หลักแห่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ แต่จะเป็นหลักเพื่อประโยชน์ของเอกชน หากคู่สัญญาจะสมัครใจไม่ต้องการความคุ้มครอง ก็จะตกลงกันยกเว้นหลักนี้ได้¹⁷

สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า บทบัญญัติที่บังคับให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ คู่ความไม่น่าที่จะตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ถ้าพิจารณาตามบทกฎหมายนี้ น่าที่จะมีวัตถุประสงค์เน้นหนักไปทาง เพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามแนวความเห็นแรก เพราะบทบัญญัติหลักฐานเป็นหนังสือนี้นั้น กฎหมายต้องการหลักฐานการฟ้องร้องเบื้องต้นที่แน่นอนชัดเจนในการนำคดีมาสู่ศาล เพื่อพิสูจน์ว่าได้มีการตกลงทำสัญญากันไว้เท่านั้น นอกจากนี้อาจทำให้ผู้ทำนิติกรรมสัญญาได้มีเวลา เพื่อการยับยั้งชั่งใจเกี่ยวกับการที่จะทำนิติกรรมนั้น และบทบัญญัตินี้ น่าจะเป็นบทบังคับเด็ดขาด อันเกี่ยวกับอำนาจฟ้องร้องต่อศาลซึ่งตัวบทกฎหมายก็กำหนดไว้ชัดเจนว่า " ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาล " ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาล ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312/2504 ฟ้องเรียกเงินที่โจทก์ท่ตรงจ่ายในการทำศพแทนจำเลยนั้น เป็นลักษณะกู้ยืม เมื่อไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือแล้วก็ไม่อำนาจฟ้อง แม้จะถือเอาคำ

¹⁷ วิจารณ์ เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์.

ให้การและคำเบิกความของจำเลยในการต่อสู้คดีซึ่งรับว่า ได้รับเงินจริงก็จะบังคับแก่จำเลยไม่ได้ เพราะ ในขณะที่ฟ้อง โจทก์ไม่มีหลักฐานการกู้ยืมเป็นหนังสือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2613/2517 ข้อที่ว่า การซื้อขายเป็นการซื้อขายสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 500 บาท แต่มิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่นั้น เป็นปัญหาในอำนาจฟ้องอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2810/2519 สัญญาประนีประนอมยอมความ มีพยานลงชื่อรับรองลายพิมพ์นิ้วมือสองคน คู่สัญญาคนหนึ่งมาลงลายพิมพ์นิ้วมือให้ในภายหลัง ซึ่งพยานรับรองลายพิมพ์นิ้วมือที่ได้ลงชื่อเป็นพยานไว้ก่อนไม่รู้เห็นด้วย จึงเป็นลายพิมพ์นิ้วมือที่ไม่มีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคน สัญญาประนีประนอมดังกล่าวไม่เป็นหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 ประกอบด้วยมาตรา 9 วรรค 3 จะใช้ฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แม้เรื่องนี้จะมีได้ยกขึ้นว่ากันมา แต่ก็ยังเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลยกขึ้นวินิจฉัยได้เมื่อเห็นสมควร

สังเกตคำพิพากษาฎีกาที่ 20/2519 ว่า " โบนัสรับเงินค่าเช่าเป็นหลักฐานการเช่าได้หรือไม่ ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน มิใช่จะยกขึ้นอ้างเมื่อใดก็ได้ " อาจทำให้เกิดความลัษณะ คำพิพากษาของศาลฉบับนี้ถือว่า บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งแท้จริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะในคำพิพากษาศาลฉบับนี้ เป็นประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยในปัญหาเกี่ยวกับเรื่องอุทธรณ์ฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) และมาตรา 225 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักในการตัดสินคดีของศาล และหลักการเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายยกขึ้นอ้างในอุทธรณ์ โดยบทกฎหมายนี้ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจของศาล ที่สามารถยกปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมากล่าวในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ดังนั้น จึงน่าที่จะถือว่าบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามที่กล่าวข้างต้น

2.2.3 ขอบเขตของสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

บทบัญญัติที่ให้นิติกรรมสัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดนี้ มิใช่ ว่าสัญญาทุกประเภทที่จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อการฟ้องร้องบังคับคดี แต่กฎหมายได้กำหนดให้เพียงสัญญาบางประเภทเท่านั้น ที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันว่า " สัญญา... ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่ " โดยได้บัญญัติไว้ดังนี้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 456 ว่า " การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันเป็นต้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะ

อนึ่งสัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใด ๆ ดังว่ามานี้ก็ดี คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นว่านั้นก็ดี ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคา ห้าร้อยบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย"

มาตรา 538 ว่า " เช่าสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ ต้องรับผิดเป็นสำคัญท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซ้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี "

มาตรา 653 ว่า " การกู้ยืมเงินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

ในการกู้ยืมเงินมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ท่านว่าจะนำสืบการใช้เงินได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดง หรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืนแล้ว หรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้นแล้ว"

มาตรา 680 ว่า “ อันว่าคำประกันนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

อนึ่งสัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ”

มาตรา 851 ว่า “ อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐาน เป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้น เป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ”

มาตรา 867 วรรคหนึ่ง ว่า “ อันสัญญาประกันภัยนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็น หนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ ต้องรับผิดหรือลงลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็น สำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ”

มาตรา 1750 ว่า “ การแบ่งปันทรัพย์มรดกนั้น อาจทำได้โดยทายาทต่างเข้าครอบ ครองทรัพย์สินเป็นส่วนสัด หรือโดยการขายทรัพย์มรดกแล้วเอาเงินที่ขายได้มาแบ่งปันกันระหว่าง ทายาท

ถ้าการแบ่งปันมิได้เป็นไปตามวรรคก่อน แต่ได้ทำโดยสัญญา จะฟ้องร้องให้บังคับคดี หาได้ไม่ เว้นแต่จะมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายที่รับผิดหรือตัวแทน ของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ในกรณีเช่นนี้ให้นำมาตรา 850,852 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วย ประนีประนอมยอมความมาใช้บังคับโดยอนุโลม ”

พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

มาตรา 6 ว่า “ สัญญาอนุญาตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐาน เป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือ เอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ”

จากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวข้างต้น สามารถที่จะแบ่งแยกประเภทของสัญญาที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ได้ดังนี้

1. สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์
2. สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทเรือกำปั่นหรือเรือมีระวาง ตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพหรือสัตว์พาหนะ
3. สัญญาซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทอื่น ๆ ที่ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ตามข้อ 2 ซึ่งมีราคาห้าร้อยบาทหรือกว่านั้นขึ้นไป
4. สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีระยะเวลาการเช่าไม่เกิน 3 ปี
5. สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไป
6. สัญญาค้ำประกัน
7. สัญญาประนีประนอมยอมความ
8. สัญญาประกันภัย
9. สัญญาแบ่งปันมรดก
10. สัญญาอนุญาตโตตุลาการ

2.2.4 ลักษณะทั่วไป

เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ กฎหมายไม่ถือว่าเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เป็นแต่เพียงว่า ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้เท่านั้น โดยทั่วไปลักษณะที่ต้องการหลักฐานก็เพื่อแสดงว่าได้มีการสัญญากันขึ้นจริง ๆ หลักฐานนั้นจึงเป็นอะไรก็ได้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นหนังสือที่ทำขึ้นเพื่อสัญญานั้นโดยเฉพาะ แต่ทั้งนี้ ต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่แสดงให้เห็นว่ามีการทำสัญญากัน ที่สำคัญคือในเอกสารดังกล่าวจะต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ที่ต้องรับผิด ซึ่งหมายความว่า ถ้าต้องการจะฟ้องใครก็ต้องมีลายมือชื่อของผู้ถูกฟ้องกำกับอยู่ ดังนั้น ลักษณะของบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ อาจแยกศึกษาเป็น 2 ส่วน คือ

2.2.4.1 ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด

2.2.4.2 ต้องมีการลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญ

2.2.4.1 ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด

หลักฐานที่กฎหมายต้องการเป็นหนังสือนี้ เป็นเพียงหนังสือที่เป็นหลักฐานว่ามีสัญญาต่อกัน กฎหมายไม่ได้บังคับว่าตัวสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นว่า หลักฐานเป็น

หนังสือต้องเป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะว่า จะใช้เป็นหลักฐานแห่งสัญญา นั้น แสดงว่า กฎหมายต้องการเพียงให้มีหลักฐานว่า มีข้อความที่แสดงได้ว่าการทำสัญญากัน และมีการลงลายมือชื่อรับรองข้อความนั้นในเอกสารใด ๆ ก็ย่อมสามารถที่จะอ้างเอาเป็นหลักฐานตามบทบัญญัตินี้ได้

เอกสารใดที่จะถือว่าเป็นหลักฐานในบทบัญญัติที่บังคับให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ นั้น มีความสำคัญอยู่ที่ข้อความที่ปรากฏในเอกสารนั้น ๆ กล่าวคือ ต้องเป็นข้อความที่สามารถแสดงได้ว่าการทำสัญญาในตัวของมันเอง ส่วนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อความในเอกสารอันถือได้ว่าเป็นหลักฐานเป็นหนังสือตามบทบัญญัตินี้ มีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. ข้อความที่แสดงถึงการทำสัญญานั้น จะทำขึ้นโดยวิธีพิมพ์หรือเขียนก็ได้ จะใช้ภาษาอะไรก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นภาษาไทยเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 65/2507 หนังสือ ไอ.โอ.ยู. (I.O.U.) ซึ่งลูกหนี้ทำให้เจ้าหนี้เก็บไว้ ถือเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืม แม้จะเขียนเป็นภาษาอังกฤษ

ข. หลักฐานเป็นหนังสือไม่จำเป็นต้องทำเป็นเอกสารสัญญา แต่ต้องมีข้อความในเอกสารที่สามารถแสดงให้เห็นว่า พoth จะฟังเป็นหลักฐาน สำหรับสัญญาชนิดใดอันกฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ หลักฐานเป็นหนังสือนี้ไม่ตรงกับต้องทำเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องระบุนรายละเอียดแห่งสัญญาลงไว้ คงเป็นหนังสืออะไรก็ได้ที่สามารถใช้เป็นหลักฐานแห่งสัญญาก็พอ โดยมีข้อความแสดงถึงความมีอยู่ของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น หลักฐานเป็นหนังสืออาจเป็นในรูปของ บันทึกเปรียบเทียบของอำเภอตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1567/2499 , รายงานการประชุมตามคำพิพากษาฎีกาที่ 368/2506, บันทึกประจำวันของสถานีตำรวจตามคำพิพากษาฎีกาที่ 644/2509 , จดหมายโต้ตอบตามคำพิพากษาฎีกาที่ 483/2510

คำพิพากษาฎีกาที่ 343/2478 เมื่อในเอกสารมีข้อความว่า ได้รับเงินไป ดังจำนวนที่ได้ระบุไว้และกำหนดดอกเบี้ยไว้ด้วย ดังนี้แม้ไม่มีข้อความว่า กู้ยืมเงินกันก็พอฟังเป็นหลักฐานเป็นหนังสือแห่งการกู้ยืมเงินได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 950/2517 ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคสอง บัญญัติว่า สัญญาจะซื้อหรือจะขายอสังหาริมทรัพย์ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะ

ฟ้องร้องบังคับคดีได้นั้น ก็มุ่งหมายที่จะให้มีความแน่ชัดในข้อเท็จจริงว่า คู่กรณีได้ทำสัญญาจะซื้อขายกันจริงหรือไม่ มิได้กำหนดว่าหลักฐานนั้นต้องทำในรูปใด เมื่อเรื่องราวของจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม และการสอบสวนในที่ดินที่โจทก์จำเลยลงลายมือชื่อไว้ว่า จำเลยเป็นผู้ขาย โจทก์เป็นผู้ซื้อ กำหนดที่ดินที่ตกลงและราคาต่อไร่ไว้ แม้มิได้กำหนดเนื้อที่หรือราคาทั้งหมด มิได้กำหนดเวลาเงื่อนไขในการโอน และมีได้กำหนดความรับผิดชอบของฝ่ายใดไว้ ก็เป็นหลักฐานที่แสดงว่า โจทก์จำเลยได้ตกลงทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินแล้ว จึงฟ้องร้องบังคับคดีกันได้

ค. ข้อความอันแสดงถึงสัญญานั้น ไม่จำเป็นว่าจะต้องปรากฏอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกัน อาจจะมีปรากฏอยู่ในเอกสารหลาย ๆ ฉบับ ก็ได้ เมื่อได้นำเอาเอกสารเหล่านั้นมาอ่านประกอบเข้าด้วยกัน หากได้ความว่ามีการทำสัญญากันแล้ว ถือได้ว่า เอกสารเหล่านั้นเป็นหลักฐานแห่งสัญญาได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 483/2510 จำเลยมีเจตนาถึงโจทก์ มีข้อความว่า ไม่ต้องรบกวนโจทก์อีก เก่ายังไม่ได้ใช้จะเอาใหม่อีกโจทก์ก็เลยใจ เพียงเท่านี้ไม่ใช่หลักฐานการกู้ยืมเงินแต่อย่างใดเพราะไม่มีการระบุจำนวนเงิน โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินจำนวนนี้ไม่ได้ ต่อมาโจทก์ส่งตราไปให้จำเลย จำเลยมีหนังสือตอบว่าได้รับตราแล้ว และต่อมาจำเลยมีเจตนาตอบว่าจะใช้เงินให้เจตนาทั้งหมดประกอบเป็นหลักฐานหนังสือแห่งการกู้ยืม โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินจำนวนหลังนี้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2405/2520 จำเลยยืมเงินโจทก์ แล้วออกเช็คสั่งจ่ายเงินเท่าจำนวนที่จำเลยยืมไปให้โจทก์ไว้ เมื่อโจทก์นำเช็คไปรับเงินจากธนาคารไม่ได้ และทวงถามให้จำเลยชำระหนี้ จำเลยเจตนาถึงโจทก์ ขอความเห็นใจมิให้โจทก์นำเช็คไปแจ้งความ และรับรองว่าจะชำระเงินที่จำเลยยืมไปจนครบ ดังนี้ ข้อความตามเอกสารเหล่านั้น เมื่อประกอบเข้าด้วยกันย่อมถือว่าการกู้ยืมเงินรายนี้มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อจำเลยผู้ยืมเป็นสำคัญแล้ว

ง. หลักฐานเป็นหนังสือนี้อาจเกิดขึ้นโดยบังเอิญ ไม่ใช่เรื่องที่จะต้องตั้งหน้าไปทำกันตามกฎหมาย

2.2.4.2 ต้องมีการลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ

เกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องนี้ กฎหมายจะยอมรับเป็นหลักฐานให้ฟ้องร้องกันได้ก็ต่อเมื่อมีลายมือชื่อของฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญในหลักฐานนั้น โดยฝ่ายใดมีลายมือชื่อในหลักฐาน

ฝ่ายนั้นอาจถูกฟ้องได้ แต่ตนจะฟ้องอีกฝ่ายหนึ่งที่มีได้ลงลายมือชื่อไว้หาได้ไม่ เกี่ยวกับการที่ กฎหมายต้องการลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบในหลักฐานเป็นหนังสือเป็นสำคัญ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับ หลักฐานเป็นหนังสือนี้มีได้บัญญัติถึงวิธีการทำหลักฐานหรือการลงลายมือชื่อในหลักฐานไว้ชัดเจน ดังนั้น จึงต้องอนุมานนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการทำหนังสือ และการลงลายมือชื่อตามมาตรา 9 มาปรับใช้บังคับ¹⁸ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 บัญญัติว่า

“ เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะทำหนังสือไม่ จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

ลายพิมพ์นิ้วมือ แกงไต ตราประทับหรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้นที่ทำลงใน เอกสารแทนการลงลายมือชื่อ หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้วให้ถือเสมือนกับลง ลายมือชื่อ

ความในวรรคสองไม่ใช้บังคับแก่การลงลายพิมพ์นิ้วมือ แกงไต ตราประทับ หรือ เครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น ซึ่งทำลงในเอกสารที่ทำต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ”

ดังนั้น แม้ว่าความในมาตรานี้ จะกล่าวถึงเฉพาะกิจการซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็น หนังสือก็ดี ก็ต้องเข้าใจว่า กินความตลอดถึง กิจการใด ๆ ที่กฎหมายบัญญัติว่าให้มีหลักฐาน เป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องกันได้นั้นด้วย เช่น สัญญาจะขาย หรือจะซื้ออสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์บางอย่างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 456 , สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 538 , สัญญากู้เงินเกินกว่า 50 บาท ตามมาตรา 653 , สัญญาค้ำประกัน ตามมาตรา 680 เป็นต้น สัญญาเหล่านี้ก็ต้องนับว่าอยู่ในความหมายแห่งมาตรานี้¹⁹

ตามมาตรา 9 วรรคแรก บัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ โดยหลักการที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ การทำหนังสือนั้นไม่จำเป็นว่าผู้ที่ทำหนังสือให้ จะต้องเขียน หรือพิมพ์หนังสือนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเอง เช่น พินัยกรรม ตามมาตรา 1657 และการทำเป็นหนังสือนั้นจะใช้ภาษาใดก็ได้ แต่ความสำคัญอยู่ที่ ผู้ที่ทำหนังสือให้ต้องเป็นผู้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ เพื่อเป็นการรับรองว่าเป็นผู้ทำเอกสารนั้นขึ้น

¹⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 140.

¹⁹ เทพวิฑูร, พระยา, (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1 (พระนคร : โรงพิมพ์ปออง, 2476), หน้า 48-49.

มา และรับรองว่าข้อมูลในเอกสารนั้นมีความสมบูรณ์ และมีเจตนาผูกพันตามข้อความที่ปรากฏในเอกสารนั้น ถ้าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ลงชื่อเฉพาะผู้ทำนิติกรรม ถ้าเป็นนิติกรรมสองฝ่ายซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ก็ต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย แสดงว่า กฎหมายมุ่งถึงลายมือชื่อผู้ทำหนังสือเป็นสาระสำคัญของการทำหนังสือ ส่วนข้อความที่ปรากฏอยู่ในเอกสารหนังสือนั้น ก็ต้องมีข้อความที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมประเภทนั้น ๆ แต่หากจำเป็นต้องมีชื่อนิติกรรมนั้นแต่อย่างใดไม่ แม้วันเดือนปีที่ทำนิติกรรมก็ไม่จำเป็น เว้นแต่นิติกรรมบางประเภทที่กฎหมายระบุถึงรายละเอียดอันเป็นสำคัญไว้จะขาดเสียมิได้ เช่นพินัยกรรมตามมาตรา 1656 เป็นต้น ทั้งนี้ หลักกฎหมายนี้สามารถนำมาใช้ได้กับกรณีที่กฎหมายต้องการให้มีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย โดยหลักสำคัญเกี่ยวกับการทำหลักฐานเป็นหนังสือดังที่กล่าวมาแล้ว คือ ต้องมีการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ทำหลักฐาน ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงการลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ด้วยกันหลายวิธี ดังนี้

ก. ด้วยวิธีการลงลายมือชื่อของผู้ทำหลักฐาน

การที่กฎหมายบังคับให้ต้องลงลายมือชื่อ เพื่อที่จะใช้หลักฐานเป็นหนังสือนี้นั้นเป็นพยานเอกสารอันแก่ผู้ทำสัญญาว่า ผู้ทำสัญญานั้นเป็นผู้ทำเอกสารขึ้น และยอมรับรู้ถึงข้อเท็จจริงในสัญญาว่ามีอยู่จริง และการลงลายมือชื่อนั้นสามารถลงลายมือชื่อด้วยภาษาใด ๆ ก็ได้ แต่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจลงลายมือชื่อแทนกันได้ แม้เจ้าของลายมือชื่อจะได้อินยอมหรืออนุญาตก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 1526/2525) ดังนั้น ลายมือชื่อต้องเขียนด้วยลายมือชื่อของเจ้าของลายมือชื่อเอง และผู้ทำหนังสือไม่จำเป็นต้องมีคำว่า " ผู้ทำ " หรือ " ผู้เขียน " หรือ " ผู้พิมพ์ " อยู่ด้วย

ส่วนลายมือชื่อจะอยู่ตรงส่วนไหนของหนังสือนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ โดยปกติก็อยู่ตรงส่วนล่างตอนจบข้อความในหนังสือนั้น แต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ระบุว่า จะต้องลงลายมือชื่อไว้ที่ไหน จะแปลว่า ถ้าลงชื่อไว้ด้านริมซ้ายหรือขวา บนหรือล่าง เป็นการเด็ดขาดตายตัวไม่ได้ เมื่อมีปัญหาขึ้นก็ต้องฟังข้อเท็จจริงกันว่า การลงชื่อนั้นเพื่อรับรองว่าเป็นหนังสือของตนหรือลงชื่อไว้เพื่อการอย่างอื่น

ข. ด้วยวิธีที่ถือเสมือนกับการลงลายมือชื่อ

ผู้ทำสัญญาไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อด้วยตนเองเสมอไป โดยกฎหมายเห็นว่า กิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลงลายมือชื่อของผู้ทำสัญญา ในบางกรณีผู้ทำสัญญาไม่สามารถที่จะ

ลงลายมือชื่อด้วยตนเองได้ เช่น ผู้ทำสัญญาไม่รู้หนังสือ เขียนหนังสือไม่เป็น เป็นต้น กฎหมายจึงบัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการที่ถือเสมือนกับการลงลายมือชื่อไว้ ดังนี้

1. การพิมพ์ลายนิ้วมือ แงงไค ตราประทับหรือเครื่องหมายอื่นแทนการลงลายมือชื่อ

1.1 การลงลายพิมพ์นิ้วมือ

ได้แก่ การใช้นิ้วมือทาหมึกพิมพ์ประทับลงในเอกสารที่ต้องการลงลายมือชื่อด้วยความประสงค์ที่จะใช้แทนการลงลายมือชื่อของผู้เป็นเจ้าของลายพิมพ์นิ้วมือนั้นเอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การลงลายพิมพ์นิ้วมือด้วยตนเอง จะมอบหมายให้บุคคลอื่นลงลายพิมพ์นิ้วมือแทนการลงลายมือชื่อของตนเองไม่ได้ นอกจากจะได้มีการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำการแทน และบุคคลนั้นก็ต้องลงลายพิมพ์นิ้วมือด้วยตนเอง อันเป็นการลงลายพิมพ์นิ้วมือแทนการลงลายมือชื่อของบุคคลผู้นั้นเอง

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดว่า ลายพิมพ์นิ้วมือจะต้องเป็นลายพิมพ์นิ้วมือไหน และของมือข้างไหน ในประการนี้จึงน่าจะใช้ได้ทุกนิ้ว แต่ที่สำคัญต้องเป็นลายพิมพ์ของนิ้วมือ เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ชัดว่าลายพิมพ์นิ้วมือ ในทางปฏิบัติมักนิยมใช้ลายพิมพ์ของนิ้วหัวแม่มือข้างขวา

1.2 การลงแกงไค (cross)

ในต้นร่างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใช้คำว่า cross หมายถึง เส้นที่ขีดตัดกันหรือกากบาท เพื่อความคล่องตัวและสะดวกรวดเร็ว ในการทำกิจการที่ต้องทำเป็นหนังสือของผู้ที่ไม่สามารถลงลายมือชื่อของตนเองได้ อันเนื่องมาจากเขียนหนังสือไม่เป็น ก็สามารถที่จะใช้วิธีการลงลายมือชื่อด้วยวิธีการลงแกงไค แทนการลงลายมือชื่อตนเองได้ วิธีการลงแกงไคนี้ก็เช่นเดียวกับการลงลายมือชื่อ หรือการลงลายพิมพ์นิ้วมือ ในข้อที่ว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัว กล่าวคือ ลงแกงไคเพื่อเสมอกับลายมือชื่อของบุคคลใดเฉพาะบุคคลนั้นเท่านั้น ถึงจะมีอำนาจลงแกงไคได้บุคคลอื่นไม่อาจลงแกงไคแทนกันได้ นอกจากจะได้มีการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำกิจการที่ต้องมีการลงลายมือชื่อนั้น ๆ แทนตน แต่การลงแกงไคของบุคคลนั้นก็คงลงเพื่อแทนการลงลายมือชื่อของบุคคลนั้นเอง อย่างไรก็ตาม การลงแกงไคซึ่งจะถือเสมือนกับการลงลายมือชื่อผู้ลงแกงไคจะต้องลงด้วยความประสงค์เป็นการลงลายมือชื่อของบุคคลนั้นเองด้วย

1.3 การลงตราประทับ

ตราที่ใช้ประทับแทนการลงลายมือชื่อจะต้องเป็นตรารูปแบบอย่างไร กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ จึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า สิ่งที่ใช้ประทับลงนั้นเป็นตราประทับหรือไม่เป็นกรณี ๆ ไป เช่น ประทับตราหยีห่อตามธรรมเนียมจีน การแกะลายเซ็นใช้ประทับถือเสมือนว่าเป็นตราประทับแทนการลงลายมือชื่อ

ส่วนบุคคลผู้ประทับตรา ตามปกติผู้เป็นเจ้าของตราย่อมเป็นผู้ประทับตราเอง แต่เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติถึงวิธีการแทนการลงลายมือชื่อ ในข้อที่เพื่อความสะดวกรวดเร็วเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของผู้ทำนิติกรรมสัญญาแล้ว ถ้าจำกัดเฉพาะแต่บุคคลที่เป็นเจ้าของตราประทับเท่านั้น ก็อาจไม่เป็นผลต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ดังนั้น บุคคลซึ่งเป็นผู้ประทับตราจึงอาจเป็นบุคคลอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของตราประทับ แต่การประทับตราของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของตราประทับนี้ บุคคลนั้นจะต้องมีอำนาจที่จะประทับตราได้ด้วย จึงจะเรียกว่าเป็นการลงตราประทับ

1.4 การลงเครื่องหมายอื่นใดทำนองเช่นว่านั้น

ที่ว่าทำนองเช่นว่านั้น หมายความว่า ทำนองเดียวกับการลงลายพิมพ์นิ้วมือ หรือการลงแกงไต หรือการลงตราประทับด้วยความประสงค์ที่จะใช้แทนการลงลายมือชื่อ เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถใช้วิธีการลงลายมือชื่อได้ตามความพอใจของตนเองว่าจะเลือกใช้วิธีการลงเครื่องหมายเป็นรูปรอยอย่างไรก็ได้ แล้วแต่ความประสงค์ที่จะใช้แทนการลงลายมือชื่อของตน²⁰

ทั้งนี้ การลงลายพิมพ์นิ้วมือ แกงไต ตราประทับหรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น จะต้องมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้สองคน จึงถือเสมือนว่าเป็นการลงลายมือชื่อ เนื่องจากความยุ่งยากในการพิสูจน์ความแท้จริง และความถูกต้องของวิธีการลงลายมือชื่อว่าเป็นของใคร ถ้าปล่อยให้มิให้ผู้เห็นเกี่ยวข้องแค่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ก็ไม่อาจหาข้อยุติได้ เพราะแต่ละฝ่ายต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเอง เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว กฎหมายจึงต้องกำหนดให้มีบุคคลเป็นผู้รู้เห็นเป็นพยานเกี่ยวกับการกระทำแทนการลงลายมือชื่อ

²⁰ ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม", หน้า 136-139.

การรับรองลายมือชื่อไม่ใช่นิติกรรม ด้วยเหตุนี้แม้ผู้หย่อนความสามารถเช่นผู้เยาว์ ก็อาจรับรองได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม แต่บุคคลนั้นจะต้องมีความรู้สึกผิดชอบ และรู้ถึงสภาพเกี่ยวกับการที่ตนได้ทำการลงลายมือชื่อรับรองเป็นพยานนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2511) และการรับรองลายมือชื่อนี้จะต้องเป็นการที่พยานลงลายมือรับรองด้วยตนเอง จะให้บุคคลอื่นลงแทนไม่ได้ แม้พยานนั้นจะเขียนหนังสือไม่เป็นจึงให้คนอื่นเขียนแทนก็ตาม ย่อมเป็นการรับรองที่ไม่ชอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2494) ทั้งนี้พยานที่รับรองนี้หากจำต้องรู้ข้อความในเอกสารแต่อย่างใดไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 146/2503) แต่ต้องอยู่ในขณะที่ทำนิติกรรม จะลงลายมือชื่อเป็นพยานไว้ก่อนหรือภายหลังการทำนิติกรรมนั้น ย่อมทำให้การรับรองไม่ชอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 644/2507 , 2810/2519) แม้พยานผู้รับรองจะไม่ได้อยู่เห็นด้วยตาตนเอง แต่รู้เห็นจากตัวผู้พิมพ์ลายนิ้วมือ ก็ถือว่าเป็นการรับรองที่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 555/2479 , 1306/2510) แต่พยานซึ่งลงลายมือชื่อรับรองนี้ หากจะลงต่อมาที่หลังหาอาจรับรองได้ไม่ เว้นแต่ จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของลายพิมพ์นิ้วมือหรือแกงไตหรือเครื่องหมายอื่น ๆ นั้นเสียก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ 955/2507)²¹

2. ลายพิมพ์นิ้วมือ แกงไต ตราประทับหรือเครื่องหมายอื่นที่ทาลงต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่

การพิมพ์ลายนิ้วมือ แกงไต ตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้นที่ทาลงต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่นี้ ต้องเป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่อันเกี่ยวกับหนังสือเอกสารนั้นด้วย โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานมาลงลายมือชื่อรับรองก็มีผลใช้ได้ เพราะกฎหมายถือว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งถือเป็นบุคคลของรัฐ ย่อมเป็นบุคคลที่เป็นกลาง อย่างไรก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่นี้ต้องมีหน้าที่เกี่ยวกับการที่จะต้องลงลายมือชื่อนั้นด้วย

ทั้งนี้ มีวิธีการลงลายมือชื่อในรายงานกระบวนพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 50 ว่า “ ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดจะต้องลงลายมือชื่อในรายงานใดเพื่อแสดงรับรู้อย่างนั้น หรือจะต้องลงลายมือชื่อในเอกสารใดเพื่อรับรองการอ่านหรือการส่งเอกสารเช่นว่านั้น... (2) ถ้าคู่ความหรือบุคคลที่จะต้องลงลายมือชื่อในรายงานดังกล่าวแล้ว ลงลายมือชื่อไม่ได้หรือไม่ยอมลงลายมือชื่อ ให้ศาลทำรายงานจดแจ้งเหตุที่ไม่มีลายมือชื่อเช่นนั้นไว้แทนการลงลายมือชื่อ ” ซึ่งมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความ

²¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 203.

คำพิพากษาฎีกาที่ 195/2521 ว่า “ ศาลจดยางานกระบวนพิจารณาว่า คู่ความตกลงกันแล้วทำสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่โจทก์ไม่ลงลายมือชื่อ ศาลจดยางานกระบวนพิจารณาไว้ว่า โจทก์ไม่ยอมลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยมีได้แจ้งเหตุใด ๆ จึงบันทึกไว้ต่อหน้าโจทก์จำเลย สัญญาประนีประนอมยอมความนี้ไม่ชอบด้วย ประมวลแพ่งและพาณิชย์มาตรา 851 คำพิพากษาที่บังคับคดีตามยอมนั้นไม่เป็นคำพิพากษาที่ชอบ คู่ความอุทธรณ์ฎีกาได้ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาประนีประนอมยอมความและยกคำพิพากษามาตามยอมให้พิจารณาพิพากษาใหม่ ”

จะเห็นได้ว่า หลักการลงลายมือชื่อในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 50(2) ไม่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นเรื่องการลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญ ตามมาตรา 851 ได้ และท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภิทธิ์ได้บันทึกหมายเหตุท้ายฎีกาว่า การที่ศาลทำรายงานจดแจ้งเหตุที่ไม่มีลายมือชื่อเช่นนั้นไว้แทนการลงลายมือชื่อ กฎหมายต้องการผลในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า คำแถลงของคู่ความซึ่งศาลจดยกไว้ทั้งจะได้อ่านให้คู่ความฟัง และคู่ความลงลายมือชื่อตามมาตรา 49 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้ถือว่ารายงานของศาลเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นว่าถูกต้อง คือฟังได้ว่าคู่ความแถลงด้วยวาจาตกลงกันไว้เช่นนั้น แต่คงไม่มีผลถึงกับว่าคู่ความได้ลงลายมือชื่อในเอกสารนั้นด้วยไม่ จึงถือไม่ได้ว่ามีสัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่ความตกลงกันด้วยวาจา แต่ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์มาตรา 851 ต้องลงลายมือชื่อที่ต้องรับผิดจึงจะบังคับคดีแก่คู่ความฝ่ายนั้นได้

จากที่กล่าวมาเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อนั้น สามารถที่จะแยกลักษณะฐานะของบุคคลที่ลงลายมือชื่อในบทบัญญัติที่ บังคับให้ สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดเป็นสำคัญได้ดังนี้

1. การลงลายมือชื่อในฐานะของผู้สัญญา

เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ กฎหมายต้องการเพียงลายมือชื่อของผู้ที่ต้องรับผิดเท่านั้น ดังนั้น การลงลายมือชื่อในหลักฐานเป็นหนังสือในฐานะคู่สัญญา จึงไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย แต่ต้องลงลายมือชื่อของผู้ที่จะต้องรับผิดเพียงลำพังก็พอที่จะเป็นหลักฐานได้แล้ว

2. การลงลายมือชื่อในฐานะตัวแทนของคู่สัญญา

โดยปกติคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นบุคคลที่ลงลายมือชื่อในหลักฐาน แต่ในบางกรณีคู่สัญญาอาจมอบหมายหรือตั้งบุคคลอื่นให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนได้ กรณีเช่นนี้สามารถนำเอาบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะตัวการตัวแทนมาปรับใช้บังคับ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติมาตรา 798 ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ โดยส่วนใหญ่ กฎหมายบังคับให้ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบนั้น แต่ในสัญญาบางประเภท กล่าวคือ สัญญาประกันภัยตามมาตรา 867 และสัญญาประนีประนอมยอมความตามมาตรา 851 กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อนั้น ให้รวมถึงการลงลายมือชื่อของตัวแทนผู้ต้องรับผิดชอบด้วย อันแตกต่างจากในสัญญาชนิดอื่นที่กำหนดเฉพาะผู้ต้องรับผิดชอบเท่านั้น ดังนั้น การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือแต่ได้ กำหนดถึงการลงลายมือชื่อของผู้รับผิดชอบไว้แตกต่างกันนี้ จะนำมาวิเคราะห์ในบทต่อไป

3. การลงลายมือชื่อในฐานะพยาน

เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ กฎหมายต้องการเพียงลายมือชื่อของฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่เกี่ยวข้องกับลายมือชื่อของพยาน เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายต้องการให้มีการลงลายมือชื่อของพยาน เพื่อรับรองลายพิมพ์นิ้วมือหรือแกงไต ตามที่กล่าวมาข้างต้น

2.2.5 ช่วงระยะเวลาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

การที่ต้องทำสัญญาตามบทบัญญัติ ที่กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น มิใช่กฎหมายบังคับให้เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เป็นแต่ว่า ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ จะฟ้องร้องไม่ได้ แต่ทั้งนี้สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นด้วยการตกลงระหว่างคู่กรณี เมื่อมีคำสนองมาถึงผู้เสนอ แม้จะยังไม่มีความเป็นหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาก็เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว ดังนั้น ต้องเข้าใจว่ามีสัญญาเกิดขึ้นมาก่อนแล้ว จะเกิดขึ้นมานานแค่ไหนเป็นเรื่อง ไม่เกี่ยวกับการที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ กล่าวคือ ถ้าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจะเอานิติสัมพันธ์ใดมาเป็นหลักว่าสัญญาต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ โดยอาจแยกเป็นขั้นตอนการเกิดสัญญาได้ดังนี้ การเกิดขึ้นของสัญญากับการเกิดขึ้นของหลักฐาน

โดยปกติ หลักฐานเป็นหนังสือนี้จะมีขึ้นเมื่อใดก็ได้ แม้จะเกิดขึ้นโดยบังเอิญก็ตาม แต่ทั้งนี้จะต้องมีมาก่อนหรือภายหลังจากการทำสัญญาก็ได้ แต่สาระสำคัญของกฎหมายกำหนดว่า ตราบใดที่ยังไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็ให้นำมาฟ้องร้องกันไม่ได้ ดังนั้น หลักฐานเป็นหนังสือจึงจำเป็นที่จะต้องมืออยู่ในขณะฟ้องคดี ถ้าไม่มีก็จะฟ้องไม่ได้²²

คำพิพากษาฎีกาที่ 3464/2528 หลักฐานแห่งการกู้ยืมไม่ใช่แบบของนิติกรรม ทั้งกฎหมายมิได้บัญญัติว่าหลักฐานนั้นจะต้องมืออยู่ในขณะที่ให้กู้ยืม หลักฐานการกู้ยืมเป็นหนังสืออาจมีก่อนหรือหลังการกู้ยืมก็ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2520 เจ้าห้องแถว ผู้เช่ามีใบเสร็จรับเงินค่าเช่า แต่เป็นใบเสร็จที่เกิดขึ้นภายหลังโจทก์ฟ้องขับไล่ ผู้เช่าอ้างขึ้นต่อผู้ให้เช่าว่า การเช่ามีหนังสือเป็นหลักฐานไม่ได้

บันทึกหมายเหตุท้ายฎีกาของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภวิทย์ ว่า หลักฐานไม่จำเป็นที่จะต้องทำไว้ในขณะทำนิติกรรม และเป็นเพียงสิ่งที่จะนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ข้อเท็จจริงมืออยู่อย่างไร ย่อมปรากฏในคำพิพากษาที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีต่อเมื่อพิพากษาคดีแล้ว จึงจะมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐานใหม่ไม่ได้ ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษา พยานหลักฐานย่อมมีขึ้นได้เสมอ แม้กฎหมายจะบัญญัติว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ก็ไม่สำคัญที่ฟ้องเท่านั้น ยังมีการดำเนินต่อไปจนถึงบังคับคดีด้วย ซึ่งหมายความถึงการบังคับโดยกระบวนการทางคดี (enforceable by action) ถ้าศาลสอบถามและพิพากษาคดีเสร็จไปก่อนจะมีหลักฐานเป็นเอกสารขึ้น คดีก็ยุติไม่มีปัญหาอันใด แต่คดีนี้ไม่ใช่เช่นนั้น

ส่วนท่านอาจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ มีความเห็นว่า ในกรณีที่สัญญาใดได้ทำขึ้น หากขาดหลักฐานเป็นหนังสือในขณะที่ทำสัญญานั้น หากศาลชั้นต้นยังมิได้พิพากษาว่าคดีขาดหลักฐาน หลักฐานที่มีภายหลังฟ้องแต่ก่อนศาลชั้นต้นพิพากษาคดี ก็น่าจะใช้เป็นหลักฐานประกอบการฟ้องร้องต่อผู้คดีได้²³

²² จำปี โสภิตพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 80.

²³ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 85.

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักฐานเป็นหนังสือนี้ต้องมีมาก่อนฟ้องหรืออย่างช้าสุดก็ขณะฟ้องเท่านั้น ไม่สามารถนำหลักฐานที่เกิดขึ้นภายหลังฟ้องมาฟ้องร้องได้ เพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือนี้ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเกี่ยวกับอำนาจฟ้องดังที่กล่าวในหัวข้อ 2.2.2 แล้ว ดังนั้น เมื่อโจทก์ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือในขณะเริ่มต้นฟ้องคดี ย่อมเท่ากับไม่มีอำนาจฟ้องมาตั้งแต่แรก แม้หลักฐานที่มีมาในภายหลังก็ไม่อาจทำให้อำนาจฟ้องที่เสียไปกลับคืนมาได้ (เทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312/2504)

แต่ทั้งนี้ สังเกตคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2497 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยให้โจทก์เช่าห้องแล้วผิดสัญญา จำเลยไม่ปฏิเสธในคำให้การ ถือว่าจำเลยรับว่าโจทก์เป็นผู้เช่า ศาลว่าการเช่าไม่มีหนังสือเมื่อผู้ให้เช่าไม่ปฏิเสธ ผู้เช่าก็ฟ้องให้บังคับผู้ให้เช่าให้ซ่อมแซมหลังคาห้องเช่าตามสัญญาได้

ท่านศาสตราจารย์จิตติ ตังศภักดิ์ได้บันทึกหมายเหตุท้ายฎีกาว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้ศาลบังคับคดีไม่ได้ (มาตรา 538) ความสำคัญน่าจะอยู่ที่ "หลักฐาน" เพราะถ้าจำเลยก็รับว่าเช่าจริงแล้ว ก็ไม่จำเป็นจะต้องแสดงหลักฐานอะไรอีก และในคดีแพ่งคำรับของจำเลยย่อมเป็นหลักฐานดีกว่าพยานอื่นเสียอีก แต่ทั้งนี้ต้องระวังว่าจำเลยต้องรับโดยไม่มีข้อต่อสู้ในตัวสัญญานั้น เช่นอย่างคดีนี้จำเลยรับในสัญญาเช่า แต่มีข้อต่อสู้นอกตัวสัญญาออกไปว่า จำเลยทำการรื้อห้องเช่าได้ โดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งเทศบาล ถ้าหากจำเลยรับว่าทำสัญญา แต่มีข้อต่อสู้เกี่ยวกับความรับผิดในตัวสัญญานั้นเอง เช่นว่าตามสัญญาจำเลยไม่มีหน้าที่ต้องซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ดังนี้ไม่ใช่จำเลยรับในความรับผิดตามสัญญา จึงจำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือมาแสดงความรับผิดของจำเลย เพราะข้อต่อสู้ของจำเลยที่อ้างคำสั่งเทศบาลนั้น จะเป็นข้อแก้ตัวได้ก็แต่ในความรับผิดฐานละเมิด ตามมาตรา 449 เรื่องนี้โจทก์ฟ้องจำเลยโดยอ้างความรับผิดทางสัญญา คือให้ซ่อมแซมทรัพย์สินที่จำเลยให้เช่า การบังคับตามคำขอเช่นนี้ต้องอาศัยสัญญาเช่า ทั้งการที่จำเลยรื้อทรัพย์สินของจำเลยเองก็ไม่เป็นละเมิด การครอบครองของโจทก์มีขึ้นก็โดยอาศัยสัญญาเช่า

กรณีนี้จะเห็นได้ว่าขณะฟ้องคดี โจทก์ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งตามหลักแล้ว ศาลต้องยกฟ้อง แต่คำพิพากษาศาลฎีกานี้ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะฎีกานี้ไม่ได้วินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นนี้ แต่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐาน และประเด็นข้อพิพาท ซึ่งเป็นการพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยาน เพราะเกี่ยวกับบทกฎหมายที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ถือว่าบทบัญญัตินี้เป็นเรื่องอำนาจฟ้อง ซึ่งที่ต้องมีหลักฐานในขณะฟ้องเป็นสำคัญ โดยปรากฏชัดเจนในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 211/2473 (ประชุมใหญ่) ว่า จำเลยให้การรับภายหลังฟ้องไม่ใช่หลักฐานตามกฎหมายที่จะพิสูจน์ได้

2.2.6 ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ

แม้สัญญาที่เกิดขึ้นจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิด ซึ่งมีผลทำให้ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้นั้น แต่เกี่ยวกับผลของสัญญาถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้น สมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมายแล้ว เพียงแต่ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องกันได้จนกว่าจะมีหลักฐานขึ้นมาเท่านั้น เมื่อถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ ดังนั้น ถ้ามีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือกันไปแล้ว ผู้ชำระหนี้ก็ย่อมไม่สามารถเรียกเอาคืนตามหลักลาภมิควรได้ เพราะถือว่าหนี้ตามสัญญาที่ขาดหลักฐานเป็นหนังสือเป็นหนี้ในธรรมหรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม เมื่อได้มีการชำระหนี้ไปแล้ว ผู้ชำระหนี้ก็ย่อมไม่อาจเรียกเอาคืนโดยใช้หลักลาภมิควรได้ ตามมาตรา 408 ได้แต่อย่างใด

กฎหมายบัญญัติว่า " ห้ามฟ้องร้องบังคับคดี " กรณีที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายคำว่า " ฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ " หมายความว่า คู่สัญญาจะนำสัญญาที่ขาดหลักฐาน คือขาดหนังสือสัญญานั้น ๆ ไปเสนอต่อศาลขอให้บังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้เท่านั้น²⁴

บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2518 ของท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภิตย์ ว่า คำว่า " ฟ้องร้องบังคับคดี " นั้น ศาลตีความว่า หมายความว่า ตั้งแต่ขณะฟ้อง ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แม้จะมีคำรับในคดี ก็เป็นภายหลังฟ้อง ถือว่าฟ้องให้ศาลบังคับคดีไม่ได้อยู่นั่นเอง (ฎีกาที่ 312/2504) คดีเริ่มตั้งแต่เสนอคำฟ้อง (ป.วิ.พ.มาตรา 1(2)) จึงไม่หมายเฉพาะชั้นบังคับคดี เมื่อศาลพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุนี้แล้ว ก็คงฟ้องซ้ำอีกไม่ได้ แต่ถ้าถอนฟ้อง ก็คงฟ้องใหม่ได้ไม่เป็นฟ้องซ้ำ ฎีกาที่ 312/2504 นี้ จำเลยต่อสู้ด้วยว่าบังคับคดีไม่ได้ เพราะไม่มีหนังสือเป็นหลักฐาน ซึ่งเป็นปัญหาการยกข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นพิจารณาอีกส่วนหนึ่ง ชั้นฟ้องกับชั้นพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานนั้นเป็นคนละชั้นกัน ถึงแม้หนังสือจะเป็นเพียงหลักฐาน แต่กฎหมายก็บัญญัติว่าฟ้องไม่ได้

ดังนั้น ที่กฎหมายบัญญัติถึงการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีต่อกันนั้น อาจสรุปได้ว่า สัญญาที่ขาดหลักฐานเป็นหนังสือนี้ กฎหมายยังถือว่าสัญญามีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ เพียงแต่ ถ้าคู่กรณีจะนำสัญญาที่ขาดหลักฐานเป็นหนังสือมาฟ้องร้องบังคับคดี

²⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 40.

ต่อศาลไม่ได้เท่านั้น แต่ถ้าภายหลังจากทำสัญญาแล้ว เกิดมีหลักฐานเป็นหนังสือเกิดขึ้น คู่กรณีก็สามารถนำหลักฐานนั้นมาฟ้องร้องต่อศาลได้ แต่ทั้งนี้หลักฐานเป็นหนังสือนี้ต้องมีอยู่ในขณะเสนอคำฟ้องเป็นสำคัญ

ปัญหาว่า การที่กฎหมายห้ามการฟ้องร้องบังคับคดีนั้น จะหมายความรวมถึง การต่อสู้คดีด้วยหรือไม่ นั้น ซึ่งพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลได้ดังนี้

แต่เดิมตามแนวคำพิพากษาของศาล เมื่อสัญญาขาดหลักฐานเป็นหนังสือ มีผลห้ามมิให้ฟ้องร้องบังคับคดีกันนั้น กฎหมายห้ามเฉพาะการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 629/2480, 249/2492

แต่แนวคำพิพากษาดังกล่าวได้ถูกกลับโดยคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 237/2504 ว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 บัญญัติว่า ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด จะฟ้องให้บังคับคดีไม่ได้ นั้น มิได้หมายความว่าแต่ผู้ที่จะต้องเป็นโจทก์ฟ้องร้องอย่างเดียว แต่หมายความรวมถึงการต่อสู้คดีด้วย เพราะการบังคับยอมทำได้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย เมื่อไม่ปรากฏว่ามีเอกสารสัญญาเช่าต่อกันตามที่กฎหมายบังคับไว้ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างการเช่าต่อกันหาได้ไม่

จะเห็นได้จากคำพิพากษานี้ศาลถือว่าการต่อสู้คดีเช่นนี้เป็นการบังคับคดี โดยเป็นการอธิบายความหมายคำว่า " ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่ " ให้กว้างขึ้น มิได้หมายความว่าเฉพาะฟ้องให้บังคับคดีเท่านั้น แต่หมายถึงการ ต่อสู้คดีด้วย ดังนั้น ถ้าจำเลยจะยกข้ออ้างขึ้นต่อสู้กับโจทก์ จำเลยก็จะถูกบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า " ต่อสู้คดี " ในที่นี้ หมายถึงการต่อสู้ในเชิงปฏิเสธ (negative) สิทธิของโจทก์เท่านั้นว่าแท้จริงแล้วหาไม่อยู่หรือไม่ เช่น โจทก์ฟ้องว่าจำเลยซื้อรถคันหนึ่งจากโจทก์เป็นเงิน 6,000 บาท และไม่ยอมชำระราคา จำเลยยอมยกข้อต่อสู้ได้ว่า โจทก์ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ การต่อสู้เช่นนี้เป็นการปฏิเสธสิทธิของโจทก์ จึงไม่ต้องมีหลักฐานใด ๆ อีก แต่ถ้าเป็นการต่อสู้คดีในเชิงบังคับคดี (positive) ว่าตน (ฝ่ายต่อสู้คดี) มีสิทธิใด ๆ ศาลฎีกาถือว่าการต่อสู้คดีเช่นนี้เป็นการ " บังคับคดี " ตามความหมายของประโยคที่ว่า " ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่ " จำเลยจึงไม่มีสิทธิยกข้อต่อสู้เช่นนั้น²⁵

²⁵ วิชาญ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. หน้า 190.

ข้อสังเกต ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ฉบับ พ.ศ.2467 กฎหมายบัญญัติถึงผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือในสัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาท โดยใช้คำว่า "ห้ามพิสูจน์" ซึ่งถือว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้าง เพราะมีความหมายรวมไปถึงว่า แม้จะขอต่อสู้ ไม่ฟ้องร้องกันก็พิสูจน์ไม่ได้ แต่ปัจจุบันมาเปลี่ยนไปว่า "ห้ามฟ้องร้องบังคับคดี" ถ้อยคำจึงจำกัดไปแต่ในทางฟ้องคดีเท่านั้น หาได้ห้ามการต่อสู้คดีด้วยไม่²⁶

แต่ทั้งนี้ กฎหมายต้องการหลักฐานเป็นหนังสือ เฉพาะกรณีที่ฟ้องร้องขอให้บังคับคดี เพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิซึ่งคู่สัญญามีอยู่ตามสัญญาที่ต้องการหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ๆ ถ้าหากเป็นการฟ้องร้องกันเพื่อให้บังคับตามสิทธิอื่น ๆ โดยอาศัยเหตุอื่น มิใช่เพื่อจะบังคับตามสัญญา อาจฟ้องร้องกันได้โดยไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1317/2526 การที่โจทก์ฟ้องว่า เดิมที่พิพาทเป็นของ ข. มารดาโจทก์ จำเลยเช่าที่พิพาทจาก ข. โดยไม่มีสัญญาเช่าต่อกัน ข.ไม่ประสงค์ให้จำเลยเช่าต่อไปจึงบอกเลิกการเช่า จำเลยไม่ยอมออกจากที่พิพาท ต่อมา ข.ยกที่พิพาทให้โจทก์ โจทก์บอกกล่าวให้จำเลยออกไปจากที่พิพาทอีก จำเลยก็ยังไม่ยอมออกไปนั้น ถือได้ว่าจำเลยอยู่ในที่พิพาทโดยละเมิด โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยได้ หาใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ฟ้องให้บังคับตามสัญญาเช่า อันจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2529 การฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหาย ในกรณีที่การเช่ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น มิใช่เป็นการฟ้องบังคับตามสัญญาเช่า แต่เป็นการฟ้องโดยอาศัยอำนาจกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สิน เมื่อโจทก์ไม่ประสงค์ให้จำเลยอยู่ในที่พิพาทต่อไป และบอกกล่าวให้ออกแล้ว จำเลยไม่ยอมออกจึงเป็นการอยู่โดยละเมิด โจทก์มีอำนาจฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหายได้

ปัญหาว่า การนับอายุความเกี่ยวกับการมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น จะเริ่มนับตั้งแต่ตอนตกลงกัน หรือตอนมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น มีความเห็นเป็นสองแนวดังนี้

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1.

ความเห็นแรก อายุความเริ่มนับแต่เมื่อมีการตกลงกันแล้ว เพราะถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว สักแต่ที่ไม่มีหลักฐานเท่านั้น ดังนั้น อายุความหาได้นับแต่เวลาที่เกิดมีหลักฐานแต่อย่างใด เพราะเหตุที่ไม่มีหลักฐานเป็นแต่ความบกพร่องในทางพยานหลักฐาน มิใช่เป็นการบกพร่องในทางสิทธิ ควรเริ่มนับอายุความแต่ขณะที่มีสัญญาเกิดสิทธิพอที่จะเรียกร้องเอาได้ เป็นต้นไป แม้จะยังไม่มีหลักฐานสำหรับพิสูจน์ฟ้องคดีก็ตาม²⁷

ความเห็นที่สอง อายุความน่าจะถือตอนที่มีหลักฐาน เพราะเป็นเวลาที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้ตั้งแต่นั้นมา ตามมาตรา 193/12 บัญญัติว่า “อายุความให้เริ่มนับแต่ขณะที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้เป็นต้นไป ...”²⁸

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นแรก เพราะบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ถ้าไม่มีหลักฐานก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตั้งแต่ตกลงกันด้วยวาจาแล้ว หลักฐานจะมีมาก่อนหรือหลังไม่สำคัญ เป็นแต่เพียงว่าถ้ายังไม่มีหลักฐานก็ยังไม่ฟ้องร้องกันไม่ได้เท่านั้น แต่ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว และเมื่อพิจารณาตามความเห็นฝ่ายที่สองที่ให้อายุความเริ่มนับแต่ เมื่อมีหลักฐานย่อมก่อให้เกิดความไม่แน่นอน เพราะบางทีกว่าจะมีหลักฐานก็อาจหลังจากตกลงกันแล้วถึง 10 ปี ซึ่งย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอน เพราะฉะนั้นอายุความย่อมจะเริ่มนับตั้งแต่ตกลงทำสัญญาแล้ว

2.3 แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ

บทบัญญัติเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรม โดยเฉพาะที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับบทบัญญัติในเรื่องที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ทั้งนี้ บทบัญญัติทั้งสองมีความแตกต่างกันมาก เช่น ลักษณะ รายละเอียด ผลทางกฎหมายของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนั้น จึงควรที่จะทำความเข้าใจกับแบบแห่งนิติกรรมที่กำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ ดังนี้

²⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 138.

²⁸ ประพนธ์ ศะตะมาน และไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า 72.

2.3.1 นิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ

บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ หรือสัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นข้อกำหนดแห่งนิติกรรม โดยที่กฎหมายบัญญัติให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ถ้าไม่กระทำตามบทบัญญัติของกฎหมาย มีผลให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ อันมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างจากหลักฐานเป็นหนังสือ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติทั้งสองเรื่องต่างกัน โดยแบบแห่งนิติกรรมเป็นหลักกฎหมาย ที่มีผลให้สัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามแบบที่กำหนดไว้ตกเป็นโมฆะ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ดังนั้น เกี่ยวกับบทบัญญัติที่จำกัดสิทธินี้ กฎหมายต้องกำหนดไว้ชัดแจ้ง ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมไว้ กิจการใด ๆ ย่อมสมบูรณ์ได้ด้วยการแสดงเจตนาตกลงกัน กล่าวคือ กรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมเพียงแต่แสดงเจตนาทำสัญญาด้วยวาจาถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว

2.3.1.1 ที่มา

กรณีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นแต่เพียงพยานเบื้องต้น เพื่อประโยชน์ในการที่ศาลจะรับฟังไว้พิจารณาต่อไปเท่านั้น ซึ่งถือว่ากฎหมายต้องการเน้นไปในการพิสูจน์พยานหลักฐาน อันแสดงความหมายไปในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ แต่เกี่ยวกับสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือนี้เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมที่ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการพิสูจน์แต่อย่างเดียว โดยสัญญาใดไม่กระทำตามแบบแห่งนิติกรรม ถือว่าสัญญานั้นตกเป็นโมฆะทันที กล่าวคือ สัญญานั้นเสียเปล่า โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถเห็นได้ว่า ในทางกฎหมายสารบัญญัติสัญญาบางประเภทมีความสำคัญมาก จนถึงขนาดต้องกำหนดแบบพิธีในการกระทำสัญญานั้น เพราะกฎหมายกำหนดให้แบบในกิจการนั้น มีความสำคัญกว่าในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งเป็นเหตุผลทางนโยบายแห่งการบัญญัติหลักเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น โดยเล็งเห็นถึงความสำคัญของสัญญาที่ต้องปฏิบัติตามแบบ ย่อมมีความสำคัญกว่าความจำเป็นในการพิสูจน์ โดยถือเรื่องแบบเป็นองค์สมบูรณ์แห่งสัญญาทีเดียว และรวมตลอดถึงความสะดวกในการพิสูจน์ซึ่งเป็นผลตามมาอีกด้วย²⁹ เพราะว่าหนังสือสามารถบันทึกข้อตกลงไว้แน่นอน ไม่เลือนลอยเหมือนอย่างการตกลงด้วยวาจา หนังสือจึงเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

²⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 207.

2.3.1.2 ลักษณะทั่วไป

บทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้นิติกรรมสัญญาต้องทำเป็นหนังสือดังที่กล่าวในข้อ 2.1.1 นั้น เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม จะเห็นได้ว่าลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายในนิติกรรมบางประเภทมิได้กำหนดถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามไว้ว่าจะมีผลอย่างไร แตกต่างจากนิติกรรมบางประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 572 , 1129 , 1466 โดยบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ถ้าไม่ทำตามแบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ดังนั้นจึงสามารถแยกแบบแห่งนิติกรรมชนิดที่ต้องทำเป็นหนังสือออกเป็น 2 ประเภท ตามลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายดังนี้

ก. นิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 , การโอนหุ้น มาตรา 1129 , สัญญาก่อนสมรส มาตรา 1466

ข. นิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงผลให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ได้แก่ นิติกรรมตาม มาตรา 306, 524, 655, 1479, 1514, 1656, 1657 เป็นต้น

โดยบทบัญญัติในข้อ ก. นี้ ถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมชัดเจน เพราะกฎหมายกำหนดถึงการไม่ทำตามแบบ ให้มีผลเป็นโมฆะ แต่มีปัญหว่าบทบัญญัติในข้อ ข. จะถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า จุดมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งประสงค์ให้ข้อตกลงจะต้องทำเป็นหนังสือ เพื่อเป็นพยานหลักฐาน โดยบัญญัติในลักษณะบังคับให้นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือ ทำให้เห็นว่า บทบัญญัติตามข้อ ข. นี้กฎหมายบังคับให้ข้อตกลงต้องทำเป็นหนังสือนั้น เป็นเรื่องของแบบแห่งนิติกรรม เมื่อถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมแล้ว ถ้าไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดก็มีผลให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 152

สังเกต การโอนหนี้ตามมาตรา 306 กฎหมายบัญญัติถึงผลของการไม่ทำเป็นหนังสือว่า “ นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์ ” นั้น มีปัญหาว่าการโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือตาม มาตรา 306 นี้ ถือว่าไม่มีผลโดยสิ้นเชิงคือเป็นโมฆะ ไม่มีฝ่ายใด ไม่ว่าจะเป็นผู้โอน ผู้รับโอน ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกจะอ้างว่ามีการโอน หรือว่า เพียงไม่มีผลให้ผู้รับโอนมีสิทธิจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เท่านั้น นักนิติศาสตร์บางท่านถือว่า การโอนที่ไม่ทำเป็นหนังสือเป็นโมฆะ ซึ่งเท่ากับถือว่า

บทบัญญัติมาตรา 306 วรรคแรกเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ความเห็นนี้มีแนวคำพิพากษาฎีกาสนับสนุนอยู่เหมือนกัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2331/2522 ว่า จำเลยที่ 1 ตกกลงให้จำเลยที่ 2 ไปรับโอนสิทธิการเช่ามาจากผู้ให้เช่าโดยมีข้อสัญญากันว่า จำเลยที่ 1 ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งให้แก่จำเลยที่ 2 แล้วจำเลยที่ 2 จะโอนสิทธิการเช่าให้แก่จำเลยที่ 1 ต่อมาจำเลยที่ 2 ไปตกลงกับโจทก์ว่า ถ้าโจทก์ชำระเงินให้จำเลยที่ 2 แทนจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 2 จะโอนสิทธิการเช่าให้แก่โจทก์ ดังนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงระหว่างจำเลยที่ 2 และโจทก์เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จากจำเลยที่ 1 มาเป็นโจทก์ ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือเมื่อมิได้ทำเป็นหนังสือก็ไม่มีผลบังคับ และอีกความเห็นถือว่าการโอนที่มิได้ทำเป็นหนังสือ เป็นเพียงไม่มีผลระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้เท่านั้น แต่ยังมีผลระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนอยู่ แนวความคิดนี้มีคำพิพากษาฎีกาสนับสนุนเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2498 ,3102/2529 และ 1562/2530 เป็นต้น³⁰

ดังนั้นปัญหาว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 306 วรรคแรกที่บัญญัติถึงผลของการไม่ทำเป็นหนังสือว่า " ไม่สมบูรณ์ " จะถือว่าเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ เป็นปัญหาที่ควรศึกษาต่อไป

ทั้งนี้ ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ว่าการบังคับจำนองตามมาตรา 728 และการบังคับจำนำตามมาตรา 764 เป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมนั้น³¹ ด้วยความเคารพผู้วิจัยไม่เห็นด้วย เพราะบทบัญญัติในมาตรา 728 ว่า " เมื่อจะบังคับจำนอง ผู้รับจำนองต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้...ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาล..." และมาตรา 764 ว่า " เมื่อจะบังคับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนว่า ให้ชำระหนี้...ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำขอขบที่จะเอาทรัพย์สินซึ่งจำนำออกขายได้.." นั้น เป็นขั้นตอนของการบังคับจำนองและจำนำเท่านั้น โดยมาตรานี้บังคับให้กระทำก่อนฟ้อง เมื่อไม่ทำก็ฟ้องไม่ได้ กล่าวคือ การที่กฎหมายกำหนดให้การบอกกล่าวต้องทำเป็นหนังสือนั้น เป็นเพียงการแจ้งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ถึงจะบังคับจำนองหรือจำนำได้ และถ้าการบังคับจำนองหรือจำนำไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือบอกกล่าว มีผลเพียงไม่มีอำนาจฟ้องร้องต่อศาลในการบังคับจำนองหรือจำนำ หาใช่นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไม่ ซึ่งถ้ามี

³⁰ โสภณ รัตนากร, หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 405-406.

³¹ จีต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 36.

การบอกกล่าวการบังคับจำนองหรือจำนำเป็นหนังสือในภายหลังก็สามารถฟ้องร้องบังคับได้ ดังนี้ บทบัญญัติในมาตรา 728 และ 764 นี้ไม่น่าที่จะถือว่าเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ดังที่กล่าวมาแล้ว ในหัวข้อที่ 2.1.2.4

โดยปกติ นิติกรรมสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือนั้น คู่กรณีสามารถที่จะจัดทำนิติกรรมสัญญานี้เองได้ ไม่ต้องมีพนักงานเจ้าหน้าที่เข้ามาเกี่ยวข้องเห็นแก่ตัวของด้วย เนื่องจากนิติกรรมสัญญาที่ต้องทำตามแบบนี้ มีความแน่นอนอันแท้จริงของนิติกรรมสัญญา เพียงแต่ทำเป็นหนังสือกันเองก็ใช้ยืนยันกันได้แล้ว และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งแยกการทำนิติกรรมสัญญาเป็นหนังสือ ออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. คู่กรณีทำหนังสือได้โดยอิสระ กล่าวคือ ป.พ.พ.เพียงแต่บัญญัติไว้ลอย ๆ ว่า ให้ทำนิติกรรมสัญญาเป็นหนังสือ โดยมีได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับหนังสืออันเป็นเรื่องแบบเอาไว้ว่า จะต้องระบุข้อความตลอดจนรายละเอียดเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญานั้น ๆ ลงในหนังสือแต่ประการใด เช่น ใน ป.พ.พ. มาตรา 572 วรรค 2 บัญญัติว่า " สัญญาเช่าซื้อนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็น โฆษะ " จะเห็นได้ว่า บทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผู้ทำหนังสือต้องระบุข้อความหรือรายละเอียดอย่างไรลงในหนังสือ โดยต้องการให้ผู้ทำหนังสือกำหนดข้อความอย่างไรก็ได้ในหนังสือ เพียงแต่ให้ได้ความว่า ได้ทำสัญญาเช่าซื้อกันก็เป็นอันชอบด้วยกฎหมาย

2. คู่กรณีทำหนังสือโดยระบุข้อความรายละเอียดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดย ป.พ.พ. ได้ระบุข้อความรายละเอียดต่าง ๆ ให้ผู้ทำหนังสือระบุลงในแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือไว้ ดังเช่น ป.พ.พ. มาตรา 1656 กำหนดให้พินัยกรรมต้องทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปีที่ทำพินัยกรรม เป็นต้น³²

โดยบทบัญญัติกฎหมายที่ให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ มิได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการทำหนังสือไว้ว่าให้ทำกันอย่างไร จึงต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือและการลงลายมือชื่อตามมาตรา 9 มาใช้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ได้อธิบายถึงวิธีการทำหนังสือและ ลงลายมือชื่อในสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว (หัวข้อ 2.2.4) ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือได้ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะศึกษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาที่

³² ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม", หน้า 106-107.

ต้องทำเป็นหนังสือ ที่มีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยสามารถแยกศึกษาได้ดังนี้

1. ต้องทำเป็นหนังสือ

เกี่ยวกับต้องทำเป็นหนังสือนั้น ส่วนที่สำคัญของหนังสือ คือ ต้องมีรายละเอียดในหนังสือ โดยให้ได้เนื้อหา ใจความตามที่สัญญากำหนดในแต่ละกรณี ดังนั้น ข้อความที่ระบุในเอกสารหนังสือนั้นต้องมีข้อความที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาในแต่ละเรื่อง ๆ ไป แต่ไม่จำเป็นต้องมีชื่อสัญญาแต่อย่างใดไม่ แม้วันเดือนปีที่ทำสัญญานั้นก็ไม่จำเป็น แต่ถ้านิติกรรมสัญญาบางประเภทกฎหมายระบุรายละเอียดอันเป็นความสำคัญไว้โดยจะขาดเสียมิได้ แม้วันเดือนปีที่ทำนิติกรรมสัญญานั้น ก็ต้องมีข้อความเช่นนั้น เช่น เรื่องพินัยกรรมตามมาตรา 1656 เป็นต้น

2. การลงลายมือชื่อในสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ

กรณีสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น กฎหมายบังคับให้เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบนั้นเป็นผู้ที่ต้องลงลายมือชื่อในหลักฐาน แต่บทบัญญัติแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือนี้ โดยปกติหนังสือที่ทำขึ้นต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสมอไป มิใช่เฉพาะผู้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในสัญญาเท่านั้นที่เป็นผู้ลงลายมือชื่อ แต่ต้องพิจารณาตามลักษณะของนิติกรรมสัญญาในแต่ละประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่นิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น พินัยกรรม ก็มีการลงลายมือชื่อผู้ทำนิติกรรมเพียงฝ่ายเดียว แต่ถ้าเป็นกรณีนิติกรรมหลายฝ่ายเช่นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ กรณีนี้ต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำนิติกรรมทุกฝ่าย เช่น ในสัญญาเช่าซื้อซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ผู้ที่จะต้องลงลายมือชื่อในหนังสืออันเป็นแบบแห่งสัญญาเช่าซื้อ ได้แก่ผู้เช่าซื้อและผู้ให้เช่าซื้อทั้งสองฝ่าย มิใช่ลำพังฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม

ดังนั้น ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 กำหนดว่า เมื่อกิจการใดกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่ต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น ฉะนั้น หากกิจการนั้นเป็นสัญญาซึ่งต้องมีบุคคลสองฝ่ายกระทำด้วยกันแล้ว สัญญานั้นจึงต้องลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1800/2511 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 ที่ว่าสัญญาเช่าซื้อ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือเป็นโมฆะนั้น หมายความว่า คู่สัญญาต้องลงลายมือชื่อในสัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าฝ่ายใดมิได้ลงลายมือชื่อในสัญญาจะถือว่าฝ่ายนั้นทำหนังสือด้วยมิได้ ดังนั้น หากว่าผู้เช่าซื้อลงลายมือชื่อในสัญญาแต่ฝ่ายเดียว สัญญาเช่าซื้อย่อมเป็นโมฆะ

สังเกต คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 342/2540 ว่า การตกลงระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ ที่ผู้กู้ยินยอมให้ผู้ให้กู้นำดอกเบี้ยที่ผู้กู้ค้างชำระไม่น้อยกว่า 1 ปี ทบเข้ากับต้นเงินแล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 655 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ทำเป็นหนังสือ หากได้บัญญัติว่า ข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อของผู้กู้กับผู้ให้กู้ไม่เช่นนั้น หากข้อตกลงได้ทำหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้ฝ่ายเดียวย่อมมีผลใช้บังคับได้ ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ให้กู้ลงลายมือชื่อด้วย

ซึ่งคำพิพากษานี้ที่ศาลตัดสินว่า “ การทำเป็นหนังสือ ” นี้เพียงแคลงลายมือชื่อคนเดียวก็ถือว่าถูกต้องแล้วนั้น โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 655 วรรคหนึ่ง หากได้บัญญัติว่า ข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าว นั้น จะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้กู้และผู้ให้กู้นั้น เมื่อข้อตกลงให้คิดดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าว ได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้ฝ่ายเดียวย่อมมีผลใช้บังคับได้ หากจำเป็นต้องลงลายมือชื่อผู้ให้กู้ ทั้งนี้เพราะข้อตกลงคิดดอกเบี้ยทบต้นดังกล่าวย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้กู้และเสียประโยชน์แก่ผู้กู้ฝ่ายเดียว ดังนั้น ผู้กู้ลงลายมือชื่อแต่เพียงฝ่ายเดียว ย่อมรับผลเสียจากข้อตกลงดังกล่าวย่อมต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นอย่างไรที่จะต้องบังคับให้ลงลายมือชื่อผู้ให้กู้อีก ด้วยความเคารพผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว เพราะกรณีนี้เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายที่ว่า หากนิติกรรมใดไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ นิติกรรมนั้นย่อมเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 152 โดยมาตรา 655 วรรคหนึ่งว่า “ ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่าปีหนึ่ง คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงิน แล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นก็ได้ แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ” และมาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ เมื่อกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น ” ตามบทบัญญัติมาตรา 655 นั้น กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า “ คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกัน....การตกลงต้องทำเป็นหนังสือ ” ซึ่งการที่คู่สัญญาตกลงกันดังกล่าวนั้นเป็นการตกลงกันทำสัญญากันแล้ว และถือว่าเป็นนิติกรรมสองฝ่าย บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมชนิดที่กฎหมายกำหนดให้ นิติกรรมต้องทำเป็นหนังสือดังกล่าวมาข้างต้น ถ้าไม่ได้ทำเป็นหนังสือ นิติกรรมนั้น

ต้องตกเป็นโมฆะ และวิธีการทำหนังสือ ต้องพิจารณาตามมาตรา 9 ซึ่งกำหนดว่า ต้องลงลายมือชื่อของบุคคลผู้ทำหนังสือนั้นจึงจะถือว่าเป็นหนังสือ ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือการลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายหรือเพียงแต่ลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียว จึงจะถือว่าเป็นหนังสือ ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ย่อมแสดงความหมายชัดเจนแล้วว่า หากกิจการนั้นเป็นสัญญาซึ่งต้องมีบุคคลสองฝ่ายกระทำด้วยกันแล้ว สัญญานั้นจะต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วยกัน หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ลงลายมือชื่อ จะเรียกว่าฝ่ายนั้นทำสัญญาเป็นหนังสือด้วยไม่ได้ เมื่อถือว่าฝ่ายหนึ่งไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือเสียแล้ว ก็เท่ากับสัญญาที่ทำเป็นหนังสือนั้นมีคู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว ย่อมไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ผลย่อมทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ดังนั้น เมื่อกฎหมายบังคับให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือแล้วนั้น ต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

2.3.1.3 ผลของการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ

แบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไว้เป็นเพียงวิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั่นเอง ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ดังนั้น แม้นิติกรรมจะไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ การแสดงเจตนา ก็เพียงไม่เกิดผลเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบ ซึ่งทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 อันต่างจากสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะ เมื่อได้มีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันแล้ว เป็นแต่เพียงว่าเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายจะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ กล่าวคือสัญญายังมีผลสมบูรณ์อยู่ เพียงแต่ขาดหลักฐานการฟ้องร้อง

นิติกรรมที่ต้องทำตามแบบเกิดขึ้นสมบูรณ์ นับแต่ในขณะที่นิติกรรมนั้นได้ทำสำเร็จตามแบบนั้น ทำให้อายุความเริ่มนับตั้งแต่นั้น เพราะกฎหมายกำหนดว่า การเริ่มนับอายุความต้องนับแต่ขณะแรกที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้ กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องนี้เกิดขึ้นตั้งแต่กระทำการครบถ้วนตามแบบแห่งนิติกรรม อายุความจึงเริ่มนับตั้งแต่นั้น แต่ถ้านิติกรรมไม่ทำตามแบบ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เท่ากับไม่มีนิติกรรมเกิดขึ้น ปัญหาเกี่ยวกับการนับอายุความย่อมไม่เกิดขึ้น

2.3.2 ความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ กับแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ

ก. ที่มา

แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือถือเป็นบทบังคับในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม อันเป็นองค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่บทบัญญัติที่กำหนดให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นเรื่องหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ เพื่อฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น

ข. การลงลายมือชื่อ

แบบแห่งนิติกรรมโดยเฉพาะที่กำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือนั้น กฎหมายบังคับให้ต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายจึงจะถือว่า มีการทำหนังสือเกิดขึ้น แต่บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น กฎหมายหาได้บังคับให้ต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่าย แต่กฎหมายต้องการเพียงลายมือชื่อของผู้ที่ผูกพันเท่านั้น

ค. ข้อความในสัญญา

แบบแห่งนิติกรรมที่กำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือในสัญญาบางประเภทต้องมีข้อความ รายละเอียดข้อสาระสำคัญครบถ้วน ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสืออันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น การทำพินัยกรรม กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีรายละเอียดให้ครบถ้วน แต่เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้นั้น กฎหมายต้องการเพียงข้อความที่พอฟังได้ในเบื้องต้นว่า สัญญาที่ฟ้องร้องนั้นอาจทำได้จริงก็เพียงพอแล้ว

ง. ผลของการไม่ปฏิบัติตาม

ถ้าไม่ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ ถือว่านิติกรรมสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ยังถือว่าสัญญานั้นยังมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ เพียงแต่จะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ จนกว่าจะมีหลักฐานเป็นหนังสือ

จ. การนับอายุความ

กรณีแบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือนั้น อายุความเริ่มนับตั้งแต่กระทำตามแบบแห่งนิติกรรมครบถ้วน แต่บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ อายุความเริ่มนับตั้งแต่การตกลงทำสัญญากัน ไม่ได้นับแต่เมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ

2.4 บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้มีผลในการฟ้องร้องบังคับคดีเช่นเดียวกับหลักฐานเป็นหนังสือ

บทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้สัญญาบางประเภท ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้นั้น ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคสอง และวรรคสาม ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีแต่เพียงหลักฐานเป็นหนังสือ จึงจะฟ้องร้องได้ แต่ยังได้ขยายความถึงหลักฐานอย่างอื่นอันได้แก่ การวางประจำ และการชำระหนี้บางส่วน โดยถ้ามีหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดในสามอย่างนี้ กฎหมายถือว่า มีหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องมีครบทั้งสามอย่างถึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

2.4.1 การวางประจำ

คำว่า " วางประจำ " ไม่มีบทนิยามศัพท์หรือคำอธิบายประกอบ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า หมายถึงการวาง " มัดจำ " ซึ่งได้แก่เงินหรือสิ่งของที่วางไว้ล่วงหน้าเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา ดังที่ปรากฏอยู่ในบรรพ 2 เพราะตัวบทภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า " earnest " คำเดียวกัน³³ ดังนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับการวางประจำสามารถศึกษาเทียบเคียงกับบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมัดจำ แม้จะใช้คำต่างกันก็ตาม โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเกี่ยวกับมัดจำ ดังนี้

มาตรา 377 บัญญัติว่า เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่าการที่ให้มัดจำยอมเป็นพยานหลักฐานว่า สัญญาได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่งมัดจำนี้ยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย

³³ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 196.

1. วัตถุประสงค์ในการวางประจำ

ตาม ป.พ.พ. ที่บัญญัติเกี่ยวกับวางประจำนั้น กฎหมายได้กำหนดวัตถุประสงค์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ชัดเจนในมาตรา 377 ซึ่งสามารถแยกได้ดังนี้

ก. เป็นพยานหลักฐานว่า สัญญาได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่ทั้งนี้มิใช่ว่าเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดที่ต้องถือว่า มีสัญญาเกิดขึ้นเสมอไป

ข. เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา เพราะการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นให้ไว้เป็นมัดจำแล้วแสดงได้ว่า ไม่ประสงค์ที่จะสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปเปล่า ๆ นั้นเอง

2. ลักษณะทั่วไป

การวางประจำหรือมัดจำ อาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ก. เป็นสัญญาซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา แต่สัญญามัดจำนี้เป็นสัญญาอุปกรณ์ กล่าวคือ ต้องมีสัญญาประธานเกิดขึ้นก่อน แล้วจึงให้มัดจำตามสัญญาประธานนั้น

ข. สัญญานี้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบ " เงินหรือทรัพย์สินอื่น " ให้ไว้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ดังถ้อยคำที่ว่า " ...ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้... " ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การส่งมอบเป็นลักษณะสำคัญส่วนหนึ่งของมัดจำ

ค. มัดจำเป็นพยานหลักฐานว่า สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดบ่งชี้ว่า คู่กรณียังถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้น ก็คงต้องเป็นไปตามที่พิสูจน์หรือกล่าวอ้างนั้น

ง. มัดจำนั้นต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจเป็นเงิน หรือของมีค่าอย่างอื่น ทั้งนี้เพราะโดยสภาพของมัดจำ ที่ต้องมีการส่งมอบให้แก่กัน³⁴

³⁴ ไซยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 393-394.

3. ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักฐานฟ้องร้องบังคับคดี

กรณีเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม แล้วมีการวางมัดจำเกิดขึ้น ถือว่า การวางมัดจำนี้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีได้ ซึ่งผลทางกฎหมายคล้ายกับบทบัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ผลแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือด้านหลักฐานการฟ้องร้อง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติ ให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้วางมัดจำเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ที่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับคดี แต่กำหนดเพียงว่า เมื่อมีการวางมัดจำกันแล้วก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญานั้น ดังนั้น เมื่อมีการวางมัดจำแล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีอีกฝ่ายหนึ่งได้ ไม่จำเป็นต้องเฉพาะฝ่ายที่วางมัดจำเท่านั้น ที่สามารถถูกฟ้องร้องบังคับคดีได้ ต่างจากหลักฐานเป็นหนังสือที่ผู้ถูกฟ้องร้องบังคับคดี ต้องเป็นผู้ที่ลงลายมือชื่อเท่านั้น

2.4.2 การชำระหนี้บางส่วน

เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม บัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีไว้อีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ การชำระหนี้บางส่วน

เหตุที่กฎหมายบัญญัติเรื่องการชำระหนี้บางส่วนไว้ เพื่อให้ผู้ทำสัญญามีพยานหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญานั้นได้ โดยการชำระหนี้บางส่วน หมายถึง การปฏิบัติการชำระหนี้ที่ยังไม่ครบถ้วนตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งการชำระหนี้บางส่วนนี้ได้แก่ การที่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็น การชำระเงิน การชำระหนี้ด้วยการส่งมอบ หรือ การชำระหนี้ด้วยการกระทำ ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ดังกล่าว และการปฏิบัติการชำระหนี้จะกระทำ การชำระหนี้เพียงบางส่วนหรือทั้งหมดก็ตาม ก็ถือว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วน อันถือว่าเป็นหลักฐานการฟ้องร้องอย่างหนึ่ง³⁵

กรณีเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม แล้วมีการชำระหนี้บางส่วนเกิดขึ้น ถือว่าการชำระหนี้บางส่วนนี้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี ซึ่งผลทางกฎหมายคล้ายกับบทบัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ผลแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ ด้านหลักฐานการฟ้องร้อง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้

³⁵ ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม", หน้า 175.

บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้รับชำระหนี้เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ที่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับคดี แต่กำหนดเพียงว่า เมื่อมีการชำระหนี้บางส่วนแล้วก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาหนี้ ดังนั้น เมื่อมีการชำระหนี้บางส่วนแล้วฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีอีกฝ่ายหนึ่งได้ ไม่จำเป็นต้องเฉพาะฝ่ายผู้รับชำระหนี้เท่านั้น ที่สามารถถูกฟ้องร้องบังคับคดีได้ ต่างจากหลักฐานเป็นหนังสือที่ผู้ถูกฟ้องร้องบังคับคดี ต้องเป็นผู้ที่ลงลายมือชื่อเท่านั้น ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1070/2509 ข้ออ้างของโจทก์ที่ว่า จำเลยได้ส่งมอบนาฬิกาให้โจทก์ครอบครองตั้งแต่วันตกลงซื้อขายกันนั้น เป็นข้ออ้างว่าได้ชำระหนี้บางส่วนตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรค 2 ซึ่งเป็นมูลให้โจทก์บังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาต่อไป คือให้โอนที่พิพาทแก่โจทก์ตามข้อสัญญาได้ กฎหมายมิได้มีข้อจำกัดว่าฝ่ายที่ชำระหนี้เท่านั้นจึงจะฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับคดีได้

2.5 สัญญาตั้งตัวแทนตามมาตรา 798 วรรคสอง

ในเรื่องของตัวแทน ตามปกติจะประกอบด้วยสองสัญญา สัญญาแรกคือสัญญาตั้งตัวแทน ส่วนอีกสัญญาคือสัญญาที่ตัวแทนทำกับบุคคลภายนอก โดยเกี่ยวกับสัญญาตั้งตัวแทนนี้ วิธีการตั้งตัวแทนไปทำสัญญาแทนตัวการ เกี่ยวกับกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนไปทำสัญญาดังกล่าวก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการตั้งตัวแทนในมาตรา 798 ว่า

“ กิจการอันใดท่านบังคับไว้ โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย ”

2.5.1 ลักษณะทั่วไป

โดยทั่วไป การที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำกิจการใด ถ้ากิจการนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตัวการมอบให้ตัวแทนไปทำการอันกฎหมายบังคับไว้เช่นนั้น ก็ต้องมีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรานี้บัญญัติโดยมีเหตุผลอย่างเดียวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสืออื่น เหตุที่ไม่

ยอมให้คู่สัญญาทำสัญญาด้วยวาจา ก็เพราะเกรงว่าจะกล่าวอ้างกันลอย ๆ ว่าได้ทำสัญญานั้น ๆ โดยไม่มีหลักฐานอันใดมาแสดงให้เห็นปรากฏ แต่อย่างไรก็ตาม ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะตัวแทนโดยเฉพาะนี้ ก็เพื่อต้องการคุ้มครองทั้งบุคคลภายนอกและตัวการ เพราะเหตุว่า ในกรณีที่สัญญาตัวแทนได้ทำกันไว้ โดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือระหว่างตัวการและตัวแทนทั้ง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ บุคคลภายนอกไม่อาจรู้ถึงความเกี่ยวพันระหว่างตัวการและตัวแทนว่าการมอบหมายให้ทำการแทนกันให้ไว้อย่างไร ทำนองเดียวกัน ถ้าตัวแทนไปทำการใด โดยที่ตัวการไม่รู้เรื่องด้วยและไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือไว้กับตัวการ แล้วตัวแทนไปทำการดังกล่าวกับบุคคลภายนอก ตัวการก็อาจอ้างได้ว่าตนไม่รู้เรื่อง ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติวิธีการตั้งตัวแทนโดยไม่มีกฎหมายกำหนดว่าจะต้องเขียนข้อความอย่างไร และทำในแบบใด เว้นแต่ การมอบหมายให้ตัวแทนไปทำนั้น กฎหมายบังคับว่าในกิจการนั้นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนไปทำกิจการดังกล่าว ก็ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ

ส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ บัญญัติในวรรคสอง อันเป็นวิธีการตั้งตัวแทนไปทำกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยกฎหมายบัญญัติว่า “ ท่านบังคับไว้ดังนี้.... ” หมายถึง บังคับโดยกฎหมายเท่านั้น เพราะฉะนั้นกิจการที่อยู่ในบังคับวิธีการตั้งตัวแทนนี้ ที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือคือบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวมาข้างต้น เช่น สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าห้าสิบบาท สัญญาค้ำประกัน เป็นต้น ดังนั้น การตั้งตัวแทนไปทำกิจการเหล่านี้ จึงต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในการตั้งตัวแทนด้วย

บทบัญญัตินี้ไม่เพียงแต่ใช้เฉพาะกรณีระหว่างตัวการตัวแทนเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่ตัวแทนตั้งตัวแทนช่วงให้กระทำการแทนตน โดยที่ตนมีอำนาจใช้ตัวแทนช่วงทำการแทนตาม มาตรา 808 ในการตั้งตัวแทนช่วงก็จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย ถ้าหากว่ากิจการนั้นกฎหมายบังคับไว้ให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

ดังนั้น สัญญาตัวแทนและวิธีการตั้งตัวแทนไม่มีแบบในตัวของมันเอง เพียงตกลงด้วยวาจาสัญญาตัวแทนและวิธีการตั้งตัวแทนก็สมบูรณ์แล้ว แต่ทั้งนี้เกี่ยวกับวิธีการตั้งตัวแทนนั้น กฎหมายกำหนดแบบของการตั้งตัวแทนไว้ โดยถือเอากิจการที่ตัวแทนจะไปทำกับบุคคลภายนอกเป็นสิ่งกำหนดการตั้งตัวแทน กล่าวคือ สัญญาทั่ว ๆ ไป ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์บุคคลภายนอกหรือ เพื่อมิให้มีการกล่าวอ้างกันได้ง่าย ๆ โดยปราศจากหลักฐานอันเป็นเครื่องแสดงว่า ได้มีการทำสัญญากันขึ้น

การตั้งตัวแทนสำหรับกิจการที่สำคัญเหล่านั้น กฎหมายจึงให้การตั้งตัวแทนต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย แล้วแต่กรณี

บทบัญญัติในมาตรา 798 นี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีการตั้งตัวแทนโดยชัดเจนเท่านั้น ไม่นำไปใช้กับ เรื่องตัวแทนชัด ตัวแทนโดยปริยาย หรือตัวแทนที่ไม่เปิดเผยชื่อตัวการ เพราะถือว่าตัวแทนเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องตั้งด้วยลายลักษณ์อักษร ตามแนวคำพิพากษาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2491 มาตรา 798 ที่บัญญัติถึงการตั้งตัวแทนว่า ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือนั้น ใช้แก่กรณีที่มีการตั้งตัวแทนจริง ๆ ส่วนการชัดบุคคลเป็นตัวแทนตามมาตรา 821 นั้น ใช้แก่กรณีที่มีได้มีการแต่งตั้งตัวแทนจริงจึงตามกฎหมาย และกรณีชัดบุคคลอื่นเป็นตัวแทน จะนำมาตรา 798 มาบังคับใช้ไม่ได้

ทั้งนี้การที่ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไปนั้น ตัวแทนสามารถจะทำกิจใด ๆ ในทางจัดการแทนตัวการได้ทุกอย่าง แต่เกี่ยวกับสัญญาบางประเภทตามมาตรา 801 เช่น การให้เช่า อสังหาริมทรัพย์กว่าสามปี , ประนีประนอมยอมความ เป็นต้น ตัวแทนไม่อาจทำแทนตัวการได้ ยกเว้นมีการมอบอำนาจให้เป็นการเฉพาะต่างหาก

เหตุที่บทบัญญัติมาตรา 798 วรรคสอง ไม่บัญญัติหลักเกณฑ์ให้เหมือนกับบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือประเภทอื่น โดยมาตรานี้กำหนดให้สัญญาตั้งตัวแทนมีเพียง "หลักฐานเป็นหนังสือ" เท่านั้น ไม่ได้กำหนดว่าต้องลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ กรณีนี้ถือว่าสัญญาตั้งตัวแทนนี้ขยายหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักฐานกว้างขวางกว่าสัญญาประเภทอื่นที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะคำว่า "หลักฐาน" แสดงความหมายไปทางวิธีบัญญัติ หมายถึง พยานหรือขนาดแห่งการที่จะยอมเชื่อถือฟังเอาความจริงได้ โดยหลักฐานเป็นเครื่องพิสูจน์เบื้องต้นเพื่อนำคดีมาสู่ศาล ดังนั้นการที่ตัวการทำหนังสือหรือบันทึกโดยเขียนด้วยลายมือตนเองลงไปในสัญญาตั้งตัวแทน ก็อาจจะเป็นหลักฐานเป็นหนังสือได้แต่ทั้งนี้ต้องพิเคราะห์เป็นรายกรณี ๆ ไป เพราะลายมือของตัวการก็สามารถพิสูจน์ว่าตัวการเป็นผู้ทำสัญญาตั้งตัวแทนหรือไม่ แต่ถ้าเป็นเอกสารที่พิมพ์ดีดหรือคนอื่นเขียนข้อความในหลักฐานก็ฟังไม่ได้ว่า ตัวการเป็นผู้ทำหลักฐานนั้นขึ้น เว้นแต่ตัวการจะลงลายมือชื่อไว้ ด้วยเหตุนี้ตัวบทของมาตรา 798 วรรคสอง จึงไม่ได้บัญญัติให้ต้องมีการลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบดังเช่นในสัญญาอื่น

ข้อสังเกต ที่ว่าสัญญาตั้งตัวแทนกำหนดเพียงแต่ให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับสัญญาตัวแทนด้วย เพราะสัญญาตัวแทนเน้นการคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้สุจริต โดยไม่สามารถทราบถึงสัญญาแต่งตั้งตัวแทน กฎหมายจึงพยายามขยายหลักฐานการพิสูจน์ให้กว้างขึ้น โดยไม่ได้จำกัดแต่เพียงต้องมีการลงลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดก็สามารถนำมาเป็นหลักฐานได้ จึงทำให้กฎหมายไม่บัญญัติถึงผลของการที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือแล้วจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ เพราะจากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นว่า แม้จะไม่มีลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญในหลักฐานที่เป็นหนังสือ ก็อาจฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ จึงบัญญัติไว้แตกต่างจากสัญญาอื่น

2.5.2 ผลของการไม่ตั้งตัวแทนตามมาตรา 798 วรรค 2

มาตรานี้เป็นเพียงหลักฐานในการตั้งตัวแทน ไม่ถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม ถ้าตั้งตัวแทนโดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ นอกจากจะใช้ไม่ได้ตามกฎหมายแล้ว ถ้าหากว่าบุคคลที่เรียกว่าตัวแทนได้ทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ ในนามของตัวแทนแล้ว กฎหมายไม่ยอมให้ตัวการสืบพยานว่า ความจริงนั้นเป็นของตัวการเพื่อยันบุคคลภายนอก แต่ถ้าเป็นการโต้เถียงในระหว่างตัวการตัวแทนก็สามารถนำสืบถึงข้อเท็จจริงได้ เพราะในระหว่างตัวการตัวแทนยังมีความสัมพันธ์กันอยู่³⁶ ดังนี้ เมื่อการตั้งตัวแทนไม่ทำตามบทบัญญัตินี้ ไม่มีผลทำให้สัญญาตัวแทนตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ทำให้ตัวการกับบุคคลภายนอกไม่มีผลบังคับต่อกัน แต่ในระหว่างตัวการตัวแทนนั้น กฎหมายถือว่ายังมีผลผูกพันกันอยู่ แม้การตั้งตัวแทนไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ และมีคำพิพากษาฎีกาถือหลักตามแนวนี้

แนวคำพิพากษาฎีกาที่ 640/2489, 262/2493, 418/2501, 262/2507, 435/2507 และ 495/2509 ว่า คดีจะมีประเด็นว่าการตั้งตัวแทนนั้นได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 798 วรรคแรกหรือวรรคสองหรือไม่ก็ดี ถ้าเป็นการเรียกร้องเอาผลประโยชน์จากการที่ตัวแทนได้กระทำแทนตัวการแล้ว ศาลถือว่าตัวการมีสิทธิเรียกร้องเอาได้เสมอ แม้จะไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าเป็นกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ

³⁶ ไชยเจริญ สันติศิริ . คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง. ครั้งที่ 7 (พระนคร : โรงพิมพ์ภักดีประดิษฐ์, 2513), หน้า 38-39.

หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือตัวแทนจะฟ้องตัวการเรียกเงินที่ตนต้องชำระหนี้แทนตัวการไปก็
ได้เหมือนกัน แม้การตั้งตัวแทนจะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ³⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2507 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 หมาย
ความถึงกิจการที่ตัวแทนจะไปทำกับบุคคลภายนอกแทนตัวการ ถ้ามีกฎหมายบังคับไว้ว่าต้องมี
หลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนไปทำกิจการนั้นก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย มิฉะนั้น
กิจการที่ตัวแทนกระทำกับบุคคลภายนอกจะไม่สมบูรณ์ แต่ในระหว่างตัวแทนกับตัวการด้วยกัน ใน
กรณีที่ตัวการเรียกร้องเอาประโยชน์จากตัวแทนที่ได้รับไว้แทนตัวการจากบุคคลภายนอกนั้น ตัว
แทนจะอ้างมาตรา 798 มาใช้บังคับไม่ได้

แต่อย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์บางท่านไม่เห็นด้วยกับแนวดังกล่าว โดยเห็นว่า การ
ที่ตัวการฟ้องตัวแทนเรียกร้องเอาผลประโยชน์จากการที่ตัวแทนได้กระทำการแทนตัวการก็ดี หรือ
การที่ตัวแทนฟ้องตัวการเรียกร้องให้ใช้เงิน ที่ตนได้ชำระหนี้แทนตัวการไปก็ดี เป็นการฟ้องให้บังคับ
คดีตามสัญญาตัวการตัวแทนทั้งสิ้น คือต้องมีสัญญาตัวการตัวแทนระหว่างกันเสียก่อน มิฉะนั้น
จะเอาสิทธิอะไรมาเรียกร้องกัน เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว จะบัญญัติมาตรา 798 นี้ขึ้นไว้เพื่อประโยชน์
อะไร เพราะไม่ว่ากรณีใด การตั้งตัวแทนจะได้ทำเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม
ตัวการตัวแทนก็เรียกร้องผลประโยชน์ หรือเรียกให้ชดใช้เงินที่ออกแทนตัวการไปตามสัญญา
ตัวแทนได้เสมอ³⁸ ดังนั้นปัญหาว่ามาตรา 798 ที่เกี่ยวกับสัญญาตั้งตัวแทนนี้ จะนำมาใช้ใน
กรณีใดบ้าง เป็นปัญหาที่ควรมีการศึกษาค้นคว้าต่อไป

2.6 หลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานบัญญัติไว้กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ หลาย
ฉบับด้วยกัน ส่วนใหญ่เป็นบทบัญญัติแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลพิเศษอื่น ๆ รวมทั้งได้
มีการบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติรับรองสิทธิ หน้าที่ของบุคคลบางเรื่องถึงวิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

³⁷ ไพจิตร ปุญญพันธ์, " การทำและมีหลักฐานเป็นหนังสือในสัญญาตัวแทน (ตอน 3)," บทบัณฑิตย 9 (ตุลาคม 2509) : 788-789.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 789.

ซึ่งเป็นฐานของสิทธิ หน้าที่นั้นไว้เป็นพิเศษด้วย³⁹ ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานในส่วนที่เกี่ยวกับ บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน เพราะวัตถุประสงค์ของหลักฐานนั้น ไม่ได้มุ่งความสมบูรณ์ของกิจการที่ทำเป็นสำคัญ แต่มุ่งเพื่อการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่มีอยู่นั่นเอง

โดยวิธีการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงก็มีหลายวิธีแล้วแต่เรื่องที่จะต้องพิสูจน์ ส่วนใหญ่การพิสูจน์นิติกรรมสัญญาจะเกี่ยวกับพยานเอกสารเป็นหลัก โดยเฉพาะนิติกรรมสัญญาซึ่งกฎหมายเห็นเป็นเรื่องสำคัญ จึงกำหนดว่าจะพิสูจน์กันได้ โดยนำพยานเอกสารมาแสดง เพื่อให้เกิดความแน่นอนขึ้น และกฎหมายบังคับห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลแทนพยานเอกสารไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ความว่า

“ เมื่อใดมีกฎหมายบังคับ ให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคล ในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี

(ก) ขอสืบพยานบุคคล แทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำพยานเอกสารมาแสดง

(ข) ขอสืบพยานบุคคล ประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก

แต่ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) แห่งมาตรา 93 และมีให้ถือว่าเป็นการตัดสิทธิคู่ความ ในอันที่จะกล่าวอ้างและนำพยานบุคคลมาสืบประกอบข้ออ้างว่า พยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็นเอกสารปลอม หรือไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหนังสืออื่นที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่สมบูรณ์ หรือคู่ความอีกฝ่ายตีความหมายผิด ”

มาตรา 93 (2) ความว่า “ การอ้างเอกสารเป็นพยานนั้น ให้ยอมรับฟังได้แต่ต้นฉบับเอกสารเท่านั้น เว้นแต่... (2) ถ้าต้นฉบับเอกสารหาไม่ได้ เพราะสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัยหรือไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบก็ได้ ”

³⁹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ :

โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 31-32.

ข้อห้ามที่มีให้ศาลรับฟังพยานบุคคลนั้น มีเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้นิติกรรมสัญญาต้องมีเอกสารมาแสดงเท่านั้น ดังเช่น บทบัญญัติใน ป.พ.พ. ที่กำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือหรือสัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพราะฉะนั้น ในกรณีใดที่ไม่มีกฎหมายบังคับไว้เช่นนั้น คู่ความสามารถนำพยานบุคคลมาเบิกความแทนพยานเอกสารหรือมาเบิกความประกอบ เพิ่มเติม ตัดทอน เปลี่ยนแปลง แกะไขเอกสารนั้นได้ ดังนั้น การที่จะรู้ว่าเมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องนำพยานเอกสารมาแสดง ต้องกลับไปพิจารณาบทกฎหมายในส่วนสารบัญญัติในแต่ละกรณี แต่อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ถือว่าเป็นบทกฎหมายที่ต้องนำพยานเอกสารมาแสดงตามบทกฎหมายนี้ แต่ ป.พ.พ.จะไม่พบถ้อยคำที่ว่า “ต้องนำเอกสารมาแสดงต่อศาล” เลย โดยส่วนมากใช้คำว่า “ถ้าไม่มีพยานหลักฐานเป็นหนังสือฯ จะฟ้องร้องบังคับคดีหาได้ไม่”⁴⁰ ดังนั้น การนำสืบพยานเอกสารเกี่ยวกับบทบัญญัติให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ต้องตกอยู่ภายใต้บทบังคับของการห้ามนำพยานบุคคลมาสืบแทนพยานเอกสาร ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ศาลต้องห้ามรับฟังพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร แม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะยินยอมก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 220/2494 เอกสารสัญญากู้ มีข้อความชัดแล้วว่า จำเลยได้ยืมเงินโจทก์ไปจริง และจำเลยได้ลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน จำเลยจะขอสืบพยานว่าความจริงเป็นเงินลงหุ้นส่วนกันมิใช่เงินกู้ ดังนี้ เป็นการสืบเพิ่มเติมแก้ไข ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 137/2514 ตามหนังสือสัญญาเช่าตึกพิพาท ปรากฏว่าผู้เช่าคือจำเลยที่ 1 เท่านั้น และค่าเช่าเพียงเดือนละ 60 บาท โจทก์ผู้ให้เช่าจะนำสืบว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้เช่าด้วย และค่าเช่าเดือนละ 445.42 บาท ดังนี้เป็นการต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

เมื่อได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือถูกต้อง ตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละเรื่องแล้ว ถือว่าเป็นพยานเอกสารแล้ว อาจมีปัญหาในกรณีที่มิใช่พิพาทในชั้นศาล โดยอาจไม่สามารถหาต้นฉบับเอกสารมาแสดงต่อศาลได้เพราะสูญหายหรือถูกทำลาย โดยเหตุสุดวิสัยหรือไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น กฎหมายได้กำหนดทางแก้ไข โดยให้ศาลยอมรับฟัง

⁴⁰ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526), หน้า 177-178.

ล่าเนาหรือพยานบุคคลมาสืบแทนต้นฉบับเอกสารที่สูญหาย ตามบทบัญญัติ ป.วิ.พ.มาตรา 93(2) อันเป็นบทยกเว้นบทบัญญัติ ป.วิ.พ.มาตรา 94

คำพิพากษาฎีกาที่ 693/2487 การที่สัญญากู้เงิน 400 บาทสูญหายไปเพราะความประมาทเลินเล่อ ศาลรับฟังพยานบุคคลแทนเอกสารได้

ข้อสังเกตเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตาม ป.พ.พ.มาตรา 456 วรรคสองและวรรคสามนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีเฉพาะหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น ถือว่าเป็นหลักฐานการฟ้องร้องได้ แต่ได้ขยายถึงการวางประจำและการชำระหนี้บางส่วนดังที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้นคู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญากันเป็นหนังสือ หรือทำสัญญาด้วยวาจาแต่มีการวางประจำ หรือชำระหนี้บางส่วนก็ได้ หากคู่สัญญาเลือกในทางวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วน ไม่ได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือ กรณีนี้ไม่ต้องห้ามการนำพยานบุคคลมาสืบแทนพยานเอกสารตาม ป.วิ.พ. มาตรา 94 นี้ เพราะมาตรา 94 บังคับเฉพาะกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 220/2509 ผู้จะซื้อได้ชำระเงินค่าที่ดินที่จะซื้อขายกันให้ผู้จะขายแล้วบางส่วน เป็นสัญญาจะซื้อขายที่พิพาทกันโดยสมบูรณ์ ในแบบที่ได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว สัญญาแบบนี้ไม่จำเป็นต้องมีเอกสารเป็นหนังสือมาแสดงก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ และโจทก์ก็มีสิทธิที่จะนำพยานบุคคลมาสืบถึงข้อตกลงในการขายที่ดินนี้ได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.พ.มาตรา 94

กฎหมายลักษณะพยานที่เกี่ยวกับบทบัญญัติที่กำหนดให้ สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การอ้างพยานเอกสารที่ต้องติดอากรแสตมป์ อันมีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐาน กล่าวคือ การอ้างพยานเอกสารเป็นพยานในคดีแพ่ง กฎหมายได้กำหนดเอกสารบางชนิดต้องติดอากรแสตมป์ มิฉะนั้นจะนำมาอ้างเป็นพยานในศาลไม่ได้ ดังประมวลกฎหมายรัชฎากร มาตรา 118 บัญญัติว่า " ตราสารใดไม่ปิดแสตมป์บริบูรณ์ จะใช้ต้นฉบับ คู่ฉบับ คู่ฉีกหรือสำเนาตราสารนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้จนกว่าจะได้เสียอากร โดยปิดแสตมป์ครบจำนวนตามอัตราในบัญชีท้ายหมวดนี้และขีดฆ่าแล้ว แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเสื่อมสิทธิที่จะเรียกเงินเพิ่มอากรตามมาตรา 113 และมาตรา 114 " และมาตรา 104 ว่า " ตราสารที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายหมวดนี้ ต้องปิดอากรแสตมป์บริบูรณ์ตามอัตราที่กำหนดไว้ในบัญชีนั้น "

แต่ทั้งนี้ เอกสารที่ต้องติดอากรแสตมป์ตามบทบัญญัตินี้ ต้องเป็นตราสารเท่านั้น โดยคำว่า " ตราสาร " ในประมวลกฎหมายรัชฎากรบัญญัติไว้ในมาตรา 103 ว่า " หมายความว่า

เอกสารที่ต้องเสียอากรตามหมวดนี้ " เช่น สัญญากู้ยืมเงิน กรรมกรรมประกันภัย สัญญาค้ำประกัน เป็นต้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ ไม่ใช่เอกสารสัญญาทุกฉบับจะเป็นตราสาร ตามประมวลกฎหมายที่ที่ต้องติดอากรแสตมป์ โดยกฎหมายประมวลกฎหมายห้ามเฉพาะเอกสารสัญญาที่เป็นตราสาร แต่เกี่ยวกับสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือนี้ กฎหมายต้องการเพียงหลักฐาน เช่นจดหมายโต้ตอบอันเป็นหลักฐานการกู้ยืมเงิน ถือว่าเป็นหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว ดังนั้น ถ้าเอกสารสัญญานั้นเป็นแต่เพียงหลักฐาน ไม่เข้าลักษณะเป็นตราสาร ก็ไม่ต้องติดอากรแสตมป์ตามประมวลกฎหมายอากร และสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งได้ แต่ถ้าหนังสือสัญญาหรือเอกสารที่เข้าลักษณะเป็นตราสาร ก็ต้องติดอากรแสตมป์ให้ครบถ้วนบริบูรณ์ จึงจะสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 244/2509 สัญญาเช่าที่เป็นฉบับต้องติดอากรแสตมป์ข้อ 23. ในประมวลกฎหมายอากร มิฉะนั้นต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอากรมาตรา 118 มิให้รับฟัง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1111/2512 สัญญาค้ำประกันที่โจทก์อ้าง ติดแสตมป์ 1 บาท แต่ประมวลกฎหมายอากรต้องติด 10 บาท สัญญาค้ำประกันนั้นจึงใช้เป็นพยานหลักฐานไม่ได้ โจทก์มีเจตนาฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอากรหรือไม่ ไม่สำคัญ ถ้ามีการบกพร่องในเรื่องติดอากรแสตมป์แล้ว ศาลรับฟังเอกสารนั้นเป็นพยานไม่ได้

เมื่อศึกษาหลักกฎหมายพยานของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษถือว่าพยานเอกสารมีลักษณะพิเศษ 2 ประการ คือ (1) ลักษณะเป็นการเฉพาะตัว (2) ลักษณะครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัว ลักษณะประการแรกเกี่ยวข้องกับหลักเรื่องพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง ซึ่งห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับข้อความในเอกสาร นอกจากต้นฉบับเอกสาร อันเป็นการกีดกันพยานหลักฐานอื่นรวมถึงพยานบุคคล ส่วนลักษณะประการที่สองถือว่าพยานเอกสารมีความครบถ้วนบริบูรณ์อยู่ในตัวเองแล้ว จึงต้องฟังเป็นยุติ การนำสืบเกี่ยวกับข้อความในเอกสารจึงไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นอีก กล่าวคือ จะนำพยานบุคคลหรือพยานเอกสารอื่น นอกเหนือจากตัวหนังสือสัญญานั้นเอง มาสืบเกี่ยวกับข้อความในหนังสือสัญญานั้นได้เพียงใด พยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นเช่นว่านี้เรียกว่า "พยานนอกเอกสาร" (extrinsic evidence)⁴¹ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายกับหลักกฎหมายพยานหลักฐานตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁴¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 203.

มาตรา 94 ของประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายอังกฤษมีข้อยกเว้นให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานอื่น นอกจากตัวเอกสารเองอยู่หลายกรณี คือ

1. การนำสืบว่ามีข้อตกลงภายหลังแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อตกลงเป็นหนังสือ
2. การนำสืบว่าหนังสือสัญญาเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ
3. การนำสืบถึงนิติกรรมที่ถูกอำพราง
4. การนำสืบถึงฐานะอันแท้จริงของคู่สัญญา
5. การนำสืบสัญญาประกอบ
6. การนำสืบเพื่อช่วยในการแปลสัญญา⁴²

ข้อสังเกต กฎหมายอังกฤษถือว่าพยานนอกเอกสารโดยทั่วไปรับฟังไม่ได้ หากรับฟังจะมีผลเป็นการเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงหรือขัดแย้งกับเอกสาร ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานั้น หากศาลเชื่อว่า คู่สัญญาได้ตกลงผูกพันกันตามหนังสือสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะถูกผูกมัดโดยหนังสือสัญญานั้น จะอ้างว่าไม่รู้ข้อความในหนังสือสัญญา หรือได้มีการตกลงกันมากกว่าที่ปรากฏอยู่ในหนังสือสัญญาไม่ได้ ทั้งนี้มีหลักกฎหมายเรื่อง "การกลืนสิทธิ" (*law of merger*) ว่า ข้อตกลงด้วยวาจานั้น เมื่อได้ทำเป็นหนังสือแล้วก็จะถูกกลืนเข้าไปอยู่ในข้อตกลงที่เป็นหนังสือ จะต้องถือว่าข้อตกลงมีอยู่ตามที่ปรากฏเป็นตัวหนังสือเท่านั้น⁴³

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.