



การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

โดย

นายโอมาร์มุกตาร์ นำ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

โดย

นายโอมาร์มุกตาร์ นำ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ACQUISITION OF OWNERSHIP OF MOVABLE THINGS
BY A CONTRACT OTHERWISE THAN BY SALE

BY

MR. OMARMUKTAR NAM



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2019

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายโอมาร์มุกตาร์ นำ

เรื่อง

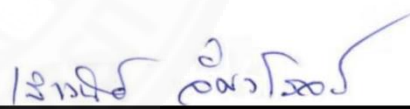
การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2563

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ฝน นคร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)

| | |
|-----------------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่น อันมิใช่สัญญาซื้อขาย |
| ชื่อผู้เขียน | นายโอมาร์มุกตาร์ นำ |
| ชื่อปริญญา | นิติศาสตรมหาบัณฑิต |
| สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย | กฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ | รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร |
| ปีการศึกษา | 2562 |

บทคัดย่อ

การที่จะชี้ขาดว่า เมื่อใดสังหาริมทรัพย์จะเป็นของบุคคลหนึ่งบุคคลใด จำต้องไปพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่า ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เช่นใดบ้าง อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติถึงวิธีที่กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือจากบุคคลหนึ่งมายังอีกบุคคลหนึ่งอันเนื่องมาจากนิติกรรมไว้เป็นการทั่วไปเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยมาก แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับบัญญัติเพียงเฉพาะบางเรื่องบางลักษณะ เช่น มาตรา 458 ซึ่งวางหลักว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ขายโอนไปยังผู้ซื้อในเวลาซื้อขาย อันเป็นการดำเนินตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ถือว่า สัญญาในทางลักษณะนี้ได้มีผลเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไปในตัว (solo consensu) โดยไม่ต้องกระทำพิธีอะไรต่อไปอีก ซึ่งต่างกับกฎหมายโรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 929) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (มาตรา 714) ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก (มาตรา 1034) ประมวลกฎหมายแพ่งได้หวัน (มาตรา 761) และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา (มาตรา 1892) เป็นอาทิ ตามกฎหมายโรมัน กฎหมายแพ่งสวิส กฎหมายแพ่งได้หวัน และกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา การโอนกรรมสิทธิ์จะต้องมีการส่งมอบการครอบครอง (traditio) และตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน รวมไปถึงกฎหมายแพ่งกรีก นอกจากจะมีการส่งมอบแล้วยังจะต้องยินยอมพร้อมใจให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือด้วย ทั้งนี้ โดยถือหลักว่า นิติกรรมมีผลแต่เพียงทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในทางกฎหมายลักษณะหนึ่งที่จะต้องไปโอนกรรมสิทธิ์ให้เท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์จะผ่านมือก็ต่อเมื่อได้ทำพิธีโอนกรรมสิทธิ์กันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ แต่กฎหมายลักษณะทรัพย์ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 4 บัญญัติเฉพาะกรณีที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปโดยผลแห่งกฎหมายเท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 2

เป็นแต่เพียงหลักการให้ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้ และความรับผิดชอบระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้น มิได้มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด เช่นนี้ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มิได้มีบทบัญญัติทั่วไปประบวิธีที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือมายังอีกบุคคลหนึ่งเนื่องจากนิติกรรม อันทำให้เกิด มีกรณีช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้น

ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงควรมีบทกฎหมายทั่วไป (lex generalis) ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งได้ห้วนและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา เป็นอาทิ โดยกำหนดให้การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลง ในการโอนนั้น แต่หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบ ด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม นอกจากนี้ หากทรัพย์สินนั้น อยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอน ซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอก

คำสำคัญ: การโอนกรรมสิทธิ์, สังหาริมทรัพย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

| | |
|--------------------------------|--|
| Thesis Title | ACQUISITION OF OWNERSHIP OF MOVABLE THINGS BY A CONTRACT OTHERWISE THAN BY SALE |
| Author | Mr. Omarmuktar Nam |
| Degree | Master of Laws |
| Major Field/Faculty/University | Private Law Law Thammasat University |
| Thesis Advisor | Associate Professor Pinai Nanakorn, Ph.D. |
| Academic Year | 2019 |

ABSTRACT

The determination of the time at which ownership of a movable thing passes to a person requires our perusal of the provisions of the Civil and Commercial Code. However, unlike most codes of law in the Continental Europe, the Civil and Commercial Code of Thailand contains no general rules as to a transfer of ownership from one person to another by means of a juridical act. The Civil and Commercial Code of Thailand provides for the rules as regards a transfer of ownership only in certain juridical acts as envisioned, for example, in section 458 which sets forth the rule that ownership in the property sold passes to the buyer at the moment at which a contract of sale is entered into – the rule which is indeed modelled after the “*solo consensu*” principle contained in the French Civil Code by which it is conceived that a contract establishing obligations has, by and in itself, the effect of transferring ownership of the property which is the subject-matter of the contract without pursuing any further procedure. Such conception is in sharp contrast to the legal premise in the Roman law as embodied, for instance, in the German Civil Code (section 929), the Swiss Civil Code (article 714), the Greek Civil Code (article 1034), the Taiwanese Civil Code (article 761) and the Civil and Commercial Code of Argentina (article 1892). The Roman law, the Swiss Civil Code, the Taiwanese Civil Code and the Civil and Commercial Code of Argentina require, for the purpose of transferring ownership, the delivery of possession to the acquirer,

while the civil law rules of Germany and Greece also require, in addition to the delivery of possession to the acquirer, the parties' mutual agreement to pass ownership as well. It is legally conceived that a juridical act produces a mere effect of imposing on a party an obligation to transfer ownership afterwards. Ownership will pass only when the delivery procedure is duly performed in accordance with the law of property. Notwithstanding, the law of property of Thailand as contained in Book IV of the Civil and Commercial Code only provides for a transfer of ownership by operation of law while Book II of the Code only sets the principle that a thing becomes an object of the obligation and also imposes liabilities as between the creditor and the debtor, without providing any legal effect as regards a transfer of ownership. The absence, in the Thai Code, of general rules as to a transfer of ownership from one person to another by a juridical act generates a fundamental gap in the law.

It is, therefore suggested that the Civil and Commercial Code of Thailand should introduce a general provision (*lex generalis*) on acquisition of ownership of movable things by a contract otherwise than by sale, along the line of, for instance, the Taiwanese Civil Code and the Civil and Commercial Code of Argentina. For this purpose, a transfer of any real right appertaining to a movable thing should, as a general rule, take effect only upon its delivery. However, in the case where the transferee has been in possession of the movable thing, the transfer takes effect as from the time of the parties' agreement to such transfer. But, where the transferor remains in possession of the movable thing, the transferor and the transferee may, in place of making the delivery for the purpose of transferring ownership, make an agreement which causes the transferee to acquire indirect possession. In addition, where the movable thing in question is possessed by a third party, the transferor may, in place of its delivery, transfer ownership by transferring to the transferee a claim of such movable thing against such third party.

Keywords: Transfer of Ownership, Movable Things, Civil and Commercial Code

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ทั้งนี้ ด้วยความกรุณาช่วยเหลือและเอาใจใส่เป็นอย่างดีจากรองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และสละเวลาช่วยให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำและให้ข้อคิดเห็นในการปรับปรุงแก้ไขจนการศึกษาครั้งนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จบริบูรณ์ ข้าพเจ้าจึงขอขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณในความกรุณาของศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครวโรจน์ ที่ให้เกียรติมาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าของกรรมการทุกท่าน มาให้ความเห็น คำแนะนำเพิ่มเติมแก่ข้าพเจ้า จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอขอบคุณในความรัก ความห่วงใย และกำลังใจจากสมาชิกในครอบครัว ที่มอบให้แก่ข้าพเจ้าตลอดมา จนทำให้การศึกษาในระดับชั้นปริญญาโทนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

อนึ่ง น้ำคำอันได้รจนาไว้ ณ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อาจปรากฏซึ่งพรุสวาทปราศจากมธุรสวาทา ทว่าโปรดเพ่งพิศให้เป็นโปรโตโมเสแห่งกัลยาณมิตรด้วยปัญญาและสัมมาทิฐิอุปกับโยนิโสมนสิการเทอญ

นายโอมาร์มุกตาร์ นำ

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | (1) |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | (3) |
| กิตติกรรมประกาศ | (5) |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| 1.1 ที่มาและลักษณะของปัญหา | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา | 4 |
| 1.3 ขอบเขตของการศึกษา | 5 |
| 1.4 วิธีการศึกษา | 5 |
| 1.5 ประโยชน์ของการศึกษา | 6 |
| บทที่ 2 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาอื่นที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมิใช่สัญญาซื้อขาย | 7 |
| 2.1 สัญญาให้ | 8 |
| 2.2 สัญญาจ้างทำของ | 15 |
| 2.3 สัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน | 18 |
| 2.4 สัญญาหมั้น | 22 |
| 2.5 สัญญาสินสอด | 25 |
| บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศ | 29 |
| 3.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งฝรั่งเศส | 30 |
| 3.1.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งอื่นที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส | 39 |

| | |
|---|-----|
| 3.2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งเยอรมัน | 43 |
| 3.2.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งอื่นที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน | 47 |
| 3.3 ตัวอย่างบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งอื่น ๆ ที่น่าสนใจ | 52 |
| 3.3.1 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปน | 53 |
| 3.3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น | 54 |
| 3.3.3 ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน | 58 |
| 3.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก | 62 |
| 3.3.5 ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ | 64 |
| 3.3.6 ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส | 66 |
| 3.3.7 ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ | 69 |
| 3.3.8 ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล | 71 |
| 3.3.9 Draft Common Frame of Reference | 73 |
| 3.3.10 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา | 76 |
| บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่น อันมิใช่สัญญาซื้อขาย | 81 |
| 4.1 สัญญาให้ | 82 |
| 4.2 สัญญาจ้างทำของ | 118 |
| 4.3 สัญญายืมใช้สิ่งเคลื่อน | 131 |
| 4.4 สัญญาหมั้น | 152 |
| 4.5 สัญญาสินสอด | 160 |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 169 |
| 5.1 บทสรุป | 169 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะและอุปสรรค | 173 |

(8)

บรรณานุกรม

176

ประวัติผู้เขียน

202



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและลักษณะของปัญหา

การศึกษาแต่ตัวบทอันเป็นลายลักษณ์อักษรเพียงอย่างเดียว ย่อมมิใช่การศึกษากฎหมายที่สมบูรณ์ เพราะบทบัญญัติมิได้อยู่อย่างโดดเดี่ยว ทว่ามีความเกี่ยวเนื่องกันอย่างใกล้ชิดแยกกันมิได้อีกทั้งมีความเกี่ยวพันกับข้อเท็จจริงหรือปรากฏการณ์อื่น ๆ ในสังคมด้วย การศึกษากฎหมายจึงควรศึกษาตัวบทอันเป็นมาตราต่าง ๆ อย่างเป็นองค์ภาพแห่งระบบกฎหมาย โดยชี้ให้เห็นถึงระบบของหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังตัวบทของแต่ละระบบ เช่น ระบบสัญญา ระบบนิติกรรม ระบบละเมิด ระบบทรัพย์สิน ฯลฯ กฎหมายแต่ละระบบประกอบด้วยหลักกฎหมายที่มีประวัติภูมิหลังอันยาวนาน และเมื่อนำมาเปรียบเทียบระหว่างของเก่ากับของใหม่ หรือระหว่างตัวบทในปัจจุบันของประเทศต่าง ๆ จะช่วยทำให้เข้าใจวิชานิติศาสตร์ได้อย่างลึกซึ้งและกว้างขวางยิ่งขึ้น การศึกษากฎหมายจึงมิใช่สักแต่ว่าเปิดอ่านตัวบทอันเป็นลายลักษณ์อักษรเพียงเท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นเพียงตัวอักษรที่แสดงออกซึ่งความคิดของกฎหมายตัวบทมีความสำคัญก็แต่เพียงเป็นเครื่องมือในการชี้ขาดหาความแน่นอนในการตัดสินคดีให้ยุติธรรม ตัวอักษรจึงมิใช่กฎหมายที่แท้จริง ทว่าความคิดที่ตัวอักษรแสดงออกมานั้นต่างหาก คือ กฎหมายที่แท้จริงด้วยเหตุนี้ การศึกษากฎหมายจึงต้องเรียนรู้หลักกฎหมายและระบบกฎหมาย กล่าวคือ เรียนรู้โครงสร้างหมวดหมู่ ประเภท ข้อความคิดทางกฎหมายต่าง ๆ การใช้การตีความ และวิธีคิด วิธีการ รวมทั้งทัศนคติในระบบกฎหมาย

ประมวลกฎหมายเป็นการรวบรวมกฎหมายในเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวพันกันมาไว้ ณ ที่เดียวกันแล้วจัดหมวดหมู่ให้เป็นระบบระเบียบ มีข้อความสอดประสาน ให้ความเชื่อมโยงถึงกันและกัน มีลักษณะวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นแกนกลางอันเป็นหลักการสำคัญ ๆ แห่งความสัมพันธ์ของคนในสังคมทั้งระบบ ประมวลกฎหมายจึงมิใช่กฎหมายเฉพาะ (ius speciale) แต่เป็นกฎหมายทั่วไป (ius generale) ของระบบกฎหมาย การทำความเข้าใจประมวลกฎหมายจึงต้องมีวิธีคิด วิธีทำความเข้าใจอย่างเป็นระบบ โดยการอ่านอย่างให้ความเชื่อมโยงกันให้ได้ความที่ถูกต้อง ประมวลกฎหมายของต่างประเทศต่าง ๆ เช่น ญี่ปุ่น ตุรกี ไทย เกาหลีใต้ ฯลฯ เป็นประมวลกฎหมายที่เลียนแบบมาจากยุโรป เมื่อรับเอาประมวลกฎหมายของยุโรปมาใช้ก็ย่อมจะต้องรับนิติวิธีรวมมาด้วย¹ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ประมวลกฎหมายจะได้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายนั่นเอง

¹ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.4; สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.22.

แม้ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันต่างเป็นระบบ civil law เช่นเดียวกันก็ตาม ทว่าความคิด วิธีคิด วิธีการ และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนเองนั้นกลับแตกต่างกันในข้อสำคัญ² ทั้งนี้ เพราะกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักประวัติศาสตร์ (historische Rechtsschule)³ ซึ่งสำนักนี้ถือว่า ส่วนสำคัญของกฎหมายนั้นมาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี กฎหมายแพ่งเยอรมันจึงให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณี ตรงกันข้ามกับฝรั่งเศสซึ่งถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญและมีความคิดเป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณี จะใช้จารีตประเพณีมาชี้ขาดตัดสินได้เฉพาะแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (l'École du droit naturel)⁴ และความคิดของการปฏิวัติฝรั่งเศส (Révolution française) เมื่อ ค.ศ. 1789 ซึ่งมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงสังคมและระบอบการปกครองไปสู่ระบอบใหม่ จึงมีความคิดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณีอันเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมเก่า นอกจากนี้ กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “หลักทั่วไป” แต่ในกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักทั่วไปบัญญัติไว้เป็นอีกบรรพหนึ่ง (Allgemeiner Teil) โดยเอกเทศ อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งแยกเรื่องหนี้ (Recht der Schuldverhältnisse) และเรื่องทรัพย์สิน (Sachenrecht) ออกจากกันอย่างเด็ดขาด ตรงกันข้ามกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมิได้แบ่งแยกกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

สยาม⁵ ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้นำเอากฎหมายอังกฤษมาใช้แก่การตัดสินคดี จึงมีผลเท่ากับเป็นการรับกฎหมายประเทศอื่นมาใช้เป็นกฎหมายของตนโดยถือว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องเป็นการรับกฎหมายอังกฤษมาใช้โดยมิได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ ต่อมาสยามมีการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้ มีกฎหมายลักษณะอาญา⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งรับเอามาใช้โดยกระบวนการทางนิติบัญญัติ เมื่อสยามมีประมวลกฎหมายแล้วก็มีได้นำเอากฎหมายอังกฤษมาใช้อีกต่อไป⁷ ทั้งนี้

²สมยศ เชื้อไทย, *เฟิ่งอ้วง*, น.31.

³วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2561), น.271-272.

⁴*เฟิ่งอ้วง*, น.381-383.

⁵ชื่อเรียกประเทศไทยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นประเทศไทยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2482

⁶สะกดตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ให้เรียกพระราชบัญญัตินี้ว่า *กฎหมายลักษณะอาญา*”; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 25 น.210 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 1 มิถุนายน ร.ศ. 127

⁷สมยศ เชื้อไทย, *อ้วงแล้ว เจิงอรรถที่ 1*, น.140.

การรับโดยวิธีนิติบัญญัติเป็นการรับเอาโดยวิธีที่เห็นว่า บทบัญญัติหรือหลักกฎหมายของประเทศอื่นดีกว่า เหมาะสมยิ่งกว่ากฎหมายดั้งเดิมของตน แต่นำมาโดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศ ตัวอย่างคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีหลายประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ อิตาลี ฯลฯ ซึ่งบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของตนเลียนแบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ส่วนสยามได้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามอย่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁸ วิธีนี้เรียกว่า การรับเอากฎหมายต่างประเทศโดยทางนิติบัญญัติ กล่าวคือ รับเอามาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศนั้น

อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน แต่ก็มีระบบแตกต่างกัน ในบางเรื่อง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นกฎหมายผสม คือ หลายมาตรานำเอามาจากกฎหมายสวิสและฝรั่งเศส ทั้งที่เทียบเคียงมาจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นเป็นส่วนมาก ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนำกฎหมายจากหลายประเทศมาผสมกันนี้เอง การอธิบายบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงยากมาก⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้จัดทำขึ้นในคราวเดียวและประกาศใช้พร้อมกันทั้ง 6 บรรพแต่อย่างใด ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจัดทำขึ้นในห้วงเวลาที่แตกต่างกัน ซึ่งท้ายที่สุดได้ส่งผลต่อปัญหาความเป็นระบบในหลายประการ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในแต่ละบรรพผู้ร่างกฎหมายได้ร่างด้วยความยากลำบาก เพราะต้องศึกษาประมวลกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ในห้วงเวลาที่สยามยังมีผู้รู้กฎหมายและภาษาต่างประเทศไม่มากมายเท่าใดนัก ทั้งยังต้องร่างให้สอดคล้องกับประเพณีและวัฒนธรรมของสยามในเวลานั้นด้วย กอปรกับการจัดทำประมวลกฎหมายจำต้องมีความสอดคล้อง สอดประสานเป็นเนื้อเดียวกันโดยมิให้ขัดแย้งกัน ลำพังเพียงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพให้สอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันก็เป็นการยากมากพอสมควรแล้ว เพราะเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพนั้นมีจำนวนมาก แต่ทว่าเวลาที่ใช้ในการจัดทำมีเพียงเล็กน้อยค่อนข้างจำกัดอย่างยิ่ง เพราะมีปัญหาทางการเมืองเป็นกรอบกำหนด เช่นนี้ เมื่อทยอยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจนครบถ้วนแล้ว โอกาสที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายในแต่ละบรรพจะสอดคล้องกันยิ่งทวีความยากลำบากอีกมหาศาล

หลักกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินซึ่งแบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ 2 ประเภท คือ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ จากรากฐานการแบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภทนี้ จึงมีบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงออกซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ละประเภทที่แตกต่างกัน กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์

⁸ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.3.

⁹หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.166.

แสดงออกโดยการครอบครอง¹⁰ ส่วนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์แสดงออกโดยทางทะเบียน และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์และอื่น ๆ ตามมาด้วย ซึ่งล้วนแล้วแต่เกิดจากหลักกฎหมายที่แบ่งแยกทรัพย์ออกเป็น 2 ประเภททั้งสิ้น หลักกฎหมายนี้จึงเป็นสิ่งที่ถูกวางไว้แล้วอย่างตายตัว (dogmatically laid down)¹¹ ที่ผู้ศึกษาจะต้องยอมรับหลักธรรมเหล่านั้นว่า เป็นสิ่งที่พึงได้รับความเคารพนับถือ (authority) มิฉะนั้น จะไม่สามารถแสวงหาความรู้ทางกฎหมายต่อไปได้

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์กรณีอสังหาริมทรัพย์ไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์อย่างชัดเจนอย่างใดไม่ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์กลับปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยหนี้ส่วนเอกเทศสัญญา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายและแลกเปลี่ยนซึ่งวางหลักว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ย่อมโอนไปยังคู่กรณีตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาแลกเปลี่ยนขณะเมื่อได้ทำสัญญากัน¹² ทว่าในกฎหมายลักษณะให้กฎหมายกลับกำหนดว่า สัญญาให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์ที่ให้¹³ ในบทที่ว่าด้วยสัญญาซื้อขายสิ่งเคลื่อนที่นั้น ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์ที่ยืม¹⁴ โดยเฉพาะในลักษณะจำทำของนั้น หาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาหรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาไม่เป็นเรื่องที่ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งเป็นกิจจะลักษณะ ปัญหาจึงมีว่า กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาจำทำของจะโอนหรือตกเป็นของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตั้งแต่เมื่อใดแน่ ฉะนั้น จึงมีข้อน่าคิดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นเป็นอย่างไรกันแน่

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายจะโอนหรือตกเป็นของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตั้งแต่เมื่อใดนั้น เมื่อไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง จึงต้องใช้วิธีทางกฎหมายอันหมายถึงแนวคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อป้อเกิดของกฎหมาย และวิธีการศึกษา วิธีใช้ และวิธีบัญญัติ

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.20.

¹¹ *เพ็งอ้าว*.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 และมาตรา 519; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 น.5, 21 วันที่ 1 มกราคม 2471

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523; *เพ็งอ้าว*, น.21.

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง; *เพ็งอ้าว*, น.56.

กฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์ให้เกิดความชัดเจนว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายจะเกิดขึ้นอย่างไร เกิดขึ้นในเวลาใด ทั้ง ๆ ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้วางบทบัญญัติตอบไว้อย่างแจ่มชัดแต่ประการใด

ทั้งนี้ โดยนิตินัย ปัญหาที่ว่า บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เมื่อใดนั้นเป็นปัญหาสำคัญ ในทางอาญา อาจทำให้การกระทำนั้นเป็นผิดกฎหมายอาญาหรือไม่ก็ได้ ส่วนในทางแพ่ง หากกรรมสิทธิ์ได้โอนไปแล้วโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ก็จะต้องเรียกร้องกันในฐานลาภมิควรได้ แต่หากยังมีกรรมสิทธิ์อยู่ ก็อาจฟ้องร้องโดยอาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์นั้น

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งพิจารณาว่า สัญญาให้โดยเสน่หาที่เสร็จเด็ดขาด สัญญาใช้สິณเปลื้องสัญญาจ้างทำของ สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอดนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตราใด ทั้งนี้ เฉพาะแต่สังหาริมทรัพย์ทั่ว ๆ ไปเท่านั้น มิได้หมายถึง อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์บางชนิดซึ่งหากซื้อขายกันจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยดังระบุไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง¹⁵

1.4 วิธีการศึกษา

วิธีดำเนินการศึกษา โดยทั่วไปเป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าวิเคราะห์ข้อมูลจากตำราอธิบายกฎหมายเอกเทศสัญญา กฎหมายลักษณะทรัพย์ และกฎหมายลักษณะครอบครัว ตั๋วบทกฎหมายที่ตีพิมพ์โดยราชกิจจานุเบกษา และคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (เดิม) และสำนักงานศาลยุติธรรม (บริการสวัสดิการศาลฎีกา) รวมไปถึงบทความในวารสาร ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต

¹⁵ดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2548 มาตรา 3; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนที่ 110 ก น.1 วันที่ 23 พฤศจิกายน 2548

1.5 ประโยชน์ของการศึกษา

1. เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้นหาทฤษฎีหรือระบบที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงที่มาของบทบัญญัติ รวมทั้งสาระสำคัญของระบบหรือทฤษฎีที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย
2. เพื่อเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ซึ่งสามารถนำไปใช้พิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ
3. เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจในหลักกฎหมาย การใช้และการตีความกฎหมาย
4. เพื่อสร้างแนวความคิดในการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ อีกทั้งสร้างแนวทางในการวิเคราะห์และวิพากษ์วิจารณ์กฎหมาย โดยมีรากฐานความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องนั้น ๆ มาก่อน
5. เพื่อเป็นแนวทางสำหรับผู้สนใจศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ ให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการตั้งสมมติฐานเรื่องอื่น ๆ อันเนื่องมาจากการพิจารณารายงานและนำไปตั้งเป็นข้อสังเกตหรือประยุกต์ใช้แก่การศึกษาวិจัย ไม่เฉพาะแต่เพียงสาขาวิชานิติศาสตร์เท่านั้น แต่อาจจะนำไปเป็นประโยชน์ต่อสาขาวิชาอื่น ๆ ได้อีกด้วย

บทที่ 2

ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาอื่นที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมิใช่สัญญาซื้อขาย

ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย และลักษณะแลกเปลี่ยน ซึ่งบทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายให้ใช้ถึงการแลกเปลี่ยนด้วยนั้น มีการกำหนดอย่างชัดเจน ให้สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์และสัญญาแลกเปลี่ยนสังหาริมทรัพย์ยึดหลักที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกันกับความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าว อีกนัยหนึ่ง การเกิดขึ้นของสัญญาข้างต้นมีผลให้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาโอนไปทันที โดยไม่ต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ สัญญาที่เกิดขึ้นนี้จึงก่อตั้งทั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้และโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ไปพร้อมกัน นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายลักษณะเช่าซื้อซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์ออกให้เช่าและให้ค้ำประกันว่า จะขายทรัพย์นั้น หรือว่าจะให้ทรัพย์นั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว ซึ่งเห็นได้ชัดว่า สัญญาเช่าซื้อสังหาริมทรัพย์มีแดนบางส่วนก้าวล้ำเข้าไปในปริมนทลของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายลักษณะซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นเดียวกัน จึงควรถือได้ว่า เรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ได้มีการบัญญัติบทกฎหมายเฉพาะเป็นการยกเว้นไว้เป็นพิเศษ

กอปรกับวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีชื่อว่า “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย” ข้าพเจ้าจึงกำหนดขอบเขตให้มีความชัดเจน เพื่อมิให้มีการโต้แย้งด้วยการนำเอาหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขายและสัญญาอื่น ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น อันมีบริบทไม่ว่าจะเพียงเศษเสี้ยวที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขายด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้น เพื่อตัดปัญหามิให้ผู้ใฝ่ใคร่อ่านที่จะสํารอกทรรคนะออกมาว่า ตัวอย่างสัญญาทั้งหมดที่ข้าพเจ้านำเสนอนี้ จำต้องใช้หลักการเช่นเดียวกันกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขายทุกประการ อีกนัยหนึ่ง เพื่อเป็นการปิดปากผู้เหตุทวนวาทกรรมทางกฎหมายที่ว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” ให้อยอมรับโดยคุณิว่า บรรดาสัญญาต่าง ๆ ที่จะนำเสนอนี้ ปรากฏคำอธิบายในทางตำรากฎหมายไทยว่า คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ แต่ทว่าในทางตำราไม่สามารถอ้างอิงบทกฎหมายที่ระบุอย่างชัดเจนปราศจากข้อสงสัยได้เลยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยอมรับอย่างประจักษ์ชัดให้กรรมสิทธิ์โอนไปด้วยการส่งมอบ มิใช่เป็นไปตาม “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” เช่นนี้ เพื่อที่จะนำไปสู่การเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศว่ามีลักษณะเป็นเยี่ยงเดียวกันกับหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหรือไม่ กอปรกับสำรวจคำพิพากษาบรรทัดฐาน

ในประเด็นนี้ด้วยว่า มีอยู่หรือไม่ประการใด อีกทั้งยังจะได้วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นแต่การปราศจากบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายและท้ายที่สุดเป็นการแสดงข้อเสนอแนะและอุปสรรค ดังจะได้กล่าวต่อไปในบทต่าง ๆ หลังจากนั้น

2.1 สัญญาให้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 3 ให้ มีจำนวนบทบัญญัติทั้งสิ้น 16 มาตรา ทั้งนี้ มีขอบเขตการศึกษาเฉพาะการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาให้อีกนัยหนึ่ง เป็นการศึกษาภายในกรอบประเด็นที่ว่า ผู้รับการให้จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 ตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร

โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 บัญญัติว่า “อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”¹ จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า การให้เป็นสัญญา คือ ผู้ให้ต้องแสดงเจตนาโอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับ และผู้รับต้องแสดงเจตนายอมรับเอาทรัพย์สินนั้น หากเพียงแต่ผู้ให้แสดงเจตนาให้ฝ่ายเดียว โดยผู้รับมิได้ตกลงยอมรับ สัญญาให้ย่อมไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ สัญญาให้เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนกัน หรือเรียกว่า เป็นสัญญาฝ่ายเดียว² โดยผู้ให้เท่านั้นที่มีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับ สัญญาให้จึงเป็นสัญญาที่ฝ่ายผู้ให้ให้โดยเสนหา (unentgeltliche Geschäfte; contrat à titre gratuit) โดยคำว่า “. . . ให้โดยเสนหา . . .” มิได้หมายความว่า ให้โดยความรัก แต่หมายความว่า ให้โดยไม่มีค่าหรือการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดตอบแทน³ ฉะนั้น สัญญา

¹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 น.21 วันที่ 1 มกราคม 2471

²อัคราทร จุฬารัตน, “การเกิด การตีความและประเภทของสัญญา,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายแพ่ง 1, หน่วยที่ 9-15, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), น.239.

³ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2, 2 ตอน (พระนคร : นิติสาส์น, 2473), ตอนที่ 2 : น.24; ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 19, น.112-113; หยุด แสงอุทัย, แนวคำถามคำตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยนและให้, (นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี : นำเชียการพิมพ์, 2515), น.56; มีการขยายความเพิ่มเติมว่า “ถ้าใครให้ของกันเปล่า ๆ ไม่มีค่าตอบแทนแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นการให้โดยเสนหาทั้งนั้น แม้นใจจริง ความเสนหาอาจไม่มีเลย แต่เป็นการให้เพราะเหตุอื่นนานาประการก็ตาม” ดู ประเสริฐสุภามาตรา (จรูญ จันทรมบูรณ), ขุน, คำสอน

ที่มีการตอบแทนกัน จึงไม่เป็นสัญญาให้⁴ ด้วยเหตุนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ⁵ ไพจิตร ปุญญพันธุ์ (พ.ศ. 2470-2558) จึงชี้แจงอย่างรุนแรงด้วยการแสดงทรรศนะว่า

ความเข้าใจผิดพลาดของนักวิชาการทางนิติศาสตร์ที่ไม่ได้ทำการค้นคว้าอย่างจริงจัง หรือลึกซึ้งเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนหา ก็คงเนื่องมาจากต้นร่างภาษาอังกฤษที่ว่า gratuitously ซึ่งร่างโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสนั่นเอง คำอังกฤษดังกล่าวตรงกับคำฝรั่งเศสของชาวฝรั่งเศสที่ว่า gratis เป็นคำกริยาวิเศษณ์ หมายถึง ให้เปล่า, โดยไม่คิดมูลค่า ไม่มีความหมายว่า เสนหาชอบพอกันแต่ประการใด ผู้ร่างผู้แปลเป็นตัวบทภาษาไทย ไปคิดและเข้าใจกันไปเอง ผู้ใช้กฎหมาย จึงคิดไปเสียว่า มีความเสนหาชอบพอจึงให้ไป แต่เมื่อเป็นสัญญาทางนิติศาสตร์ ก็ต้องใช้อย่างสัญญา ให้มีผลทางนิติศาสตร์ (effet juridique) ไม่เกี่ยวกับมีความเสนหาใจอะไรกัน ไม่ใช่แปลอย่างคนรักใคร่ชอบพอกัน แม้ตามความเป็นจริงจะพ้องมีต่อกันระหว่างผู้ให้ผู้รับการให้ก็ตามที่⁶

อนึ่ง ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้การจำหน่ายไม่มีค่าตอบแทนบางส่วน ก็เป็นนิติกรรมผสม (gemischte Geschäfte) คือ ผสมกันกับการให้โดยเสนหา ตัวอย่างเช่น หาก ก. ขายรูปภาพให้ ข. ในราคาถูก โดย ข. ไม่ทราบราคาอันแท้จริงก็ถือมิได้ว่า นิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมผสม คือ ผสมกันกับสัญญาให้โดยเสนหา แต่หาก ก. กับ ข. ตกลงกันว่า ให้ส่วนใหญ่ของสัญญาเป็นการให้โดยเสนหา ก็ต้องจัดว่า เป็นนิติกรรมผสม และนำบทบัญญัติว่าด้วยการถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณตามประมวล

ชั้นปริญญาตรี หลักสูตรแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), น.112; อนึ่ง ในห้วงเวลาระหว่าง พ.ศ. 2475-2476 ผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เขียนคำอธิบายกฎหมายลักษณะให้ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์แผนกสามัญ ได้แก่ หลวงประดิษฐ์มนูธรรม (ดร.ปรีดี พนมยงค์; พ.ศ. 2443-2526) พระสารสาสน์ประพันธ์ (ดร.ชื่น จารุวัตร; พ.ศ. 2433-2516) และ ดร.เดือน บุนนาค (พ.ศ. 2448-2525) แต่ทว่าเอกสารทางวิชาการในปัจจุบันเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กลับค่อนข้างเพิกเฉยต่อการทบทวนวรรณกรรมส่วนนี้; ทั้งนี้ ตัวบทตามราชกิจจานุเบกษาใช้ว่า “เสนหา” ซึ่งตรงตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานเช่นกัน

⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2491 (เนติ.) น.420-422.

⁵มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม 2525 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2525; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอนที่ 17 น.5 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2525

⁶ไพจิตร ปุญญพันธุ์, หนี้ตามสัญญาให้โดยเสนหา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2555), น.18.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 มาใช้ได้⁷ อีกนัยหนึ่ง การที่บุคคล 2 ฝ่ายทำสัญญากันว่า จะยกทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอกไม่ถือว่า เป็นสัญญาให้แต่อย่างใด ทว่ามีผลบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้⁸

นอกจากนี้ การที่ผู้ให้ได้แสดงเจตนายกทรัพย์สินให้จนถึงกับได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับแล้ว แต่หากผู้รับได้รับไว้โดยไม่ทราบเจตนาของผู้ให้ว่า ต้องการให้ กลับเข้าใจไปเองว่า ผู้ให้เพียงแต่นำทรัพย์สิน มาฝากไว้หรือเอามาจอดเพื่อจะขายหรือให้ยืมใช้ เช่นนี้ สัญญาให้ย่อมยังไม่เกิด⁹ ด้วยเหตุนี้ ผู้รับต้องรับ โดยเข้าใจว่า เป็นการยกให้ด้วยจึงจะมีผลใช้ได้¹⁰

สัญญาให้สังหาริมทรัพย์จะสมบูรณ์เมื่อใดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ได้บัญญัติเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้ว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบ ทรัพย์สินที่ให้”¹¹ กล่าวคือ หากมีเพียงความตกลงระหว่างผู้ให้กับผู้รับในอันที่จะโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ โดยเสนหา แต่สัญญาให้ก็ยังไม่สมบูรณ์จนกว่าผู้ให้จะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ทรัพย์สิน อยู่ในความครอบครองของผู้รับอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบ เพียงแต่มีการตกลงกันโอนกรรมสิทธิ์ หรือการครอบครองให้ผู้รับก็เป็นการเพียงพอ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1379¹²

⁷หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น.80.

⁸ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), น.694; โปยม เลขยานนท์, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2502), น.95-96; มนูญวิมลศาสตร์ (ชม จามรราม), พระ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย, แลกเปลี่ยน, ให้, (พระนคร : สยามพาณิชย์การ, 2480), น.97 อนึ่ง หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพผู้เขียน เมื่อวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2522 กลับตีพิมพ์ตำราข้างต้นฉบับเก่าเมื่อ พ.ศ. 2477; สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.179.

⁹ฉันทวัฒน์ วรทัต, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), น.509.

¹⁰ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น.692.

¹¹ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.21.

¹²“ถ้าผู้รับโอนหรือผู้แทนยึดถือทรัพย์สินอยู่แล้ว ท่านว่าการโอนไปซึ่งการครอบครองจะทำเพียง แสดงเจตนาก็ได้”; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 47 น.471 วันที่ 18 มีนาคม 2473

อย่างไรก็ดี สंहกริมทรัพย์ที่จดทะเบียนมิได้ย่อมไม่อาจให้หรือทำค้ำมันจะให้โดยไม่มีกรส่งมอบทรัพย์ได้¹³ อนึ่ง ศาสตรกรจรยพิเศษ¹⁴ จิตติ (เจ็ง) ดิงศภักิย (พ.ศ. 2451-2538) อติตองคมนตรี¹⁵ ได้แสดงทรศนะเกี่ยวกับสัญญาให้สंहกริมทรัพย์ตามประมวลกฏหมยแพ่งและพวนิชย์ มตร 521 ประกอบกับ มตร 523 ดังต่อไปนี้

กรให้ทรัพย์สินตาม ม. 523 ที่ท่นวกรให้นั้นยอมสมบรูณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ตาม ม. 521 นี้ต้องมีสัญญาให้ คือเสนอให้และสนองรับให้เกิดสัญญาให้ หรือที่ ม. 521 เรียกค้ำเดียววว่า “ให้” อันเป็นเอกเทศสัญญา สัญญานี้ไม่ต้องมีเงื่อนไขวจะส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ เพื่อให้ันติกรมมีผลเมื่อส่งมอบ แต่เป็นเร่องที่สัญญาให้ตาม ม. 521 เกิดแล้ว หกรยังไม่สมบรูณ์จนกว่วจะส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ตาม ม. 523 และสมบรูณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สินโดยไม่ต้องทำสัญญาให้กันใหม่ แต่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้เดิม ไม่ใช่ย้อนไปทำให้อสิ่งที่ไม่สมบรูณ์อยู่แล้วกลับสมบรูณ์ขึ้นม หกรเป็นการทำให้อสิ่งที่ยังไม่สมบรูณ์มีความสมบรูณ์ขึ้นตามที่กฎหมยกำหนดให้ทำเพื่อควมสมบรูณ์เท่นั้น บอกรล่าวข้ำวไม่ใช่เร่องโมฆะเสียเปล่า ที่ทำออะไรให้กรนั้นสมบรูณ์ขึ้นไม่ได้นอกรกรทำกรนั้นใหม่ให้ถูกแบบที่กฎหมยบังคับ ซึ่งเป็นคนละเร่องกัน¹⁶

¹³หยุด แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.57.

¹⁴มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นศาสตรกรจรยพิเศษ มหกรวิทยาลัยธรรมศาสตร ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 9 ตุลาคม 2504 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนกรรัฐมนตรี เร่อง แต่งตั้งศาสตรกรจรยประจำและศาสตรกรจรยพิเศษ ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2504; ราชกรจจนุเบกษ เล่ม 78 ตอนที่ 87 น.2175 วันที่ 24 ตุลาคม 2504; และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นศาสตรกรจรยพิเศษ คณะรัฐศาสตร จุฬาลกรณ์มหกรวิทยาลัย ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน 2515 เป็นต้นไป ตามคำสั่งกองบัญชากรคณะปฏิวัติ ที่ 262/2515 เร่อง แต่งตั้งศาสตรกรจรยพิเศษ ลงวันที่ 5 กรกรฎาคม 2515; ราชกรจจนุเบกษ เล่ม 89 ตอนที่ 108 น.1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 17 กรกรฎาคม 2515

¹⁵มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นองคมนตรี ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป ตามประกาศแต่งตั้งองคมนตรี ลงวันที่ 3 มีนาคม 2527; ราชกรจจนุเบกษ เล่ม 101 ตอนที่ 28 น.1-2 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 5 มีนาคม 2527

¹⁶จิตติ ดิงศภักิย, หมยเหตุท่ายค้ำพิพกรศาสลฎีกาที่ 3169/2524 (เนติ.) น.2265; ผู้ที่เห็นพ้องด้วยกับทรศนะนี้และนนำเสนอเหตุผลสนับสนุนอย่างรุนแรง คือ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “ค้ำมันสัญญา (ตอน 6 - กรส่งมอบเป็นแบบแห่งันติกรมหรือไม่),” *ตุลพท*, เล่ม 2, ปีที่ 56, น.16-18 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552); ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “ค้ำมันสัญญา (ตอน 7 - กรฟ้องบังคับให้ส่งมอบกรณีสัญญาไม่สมบรูณ์หรือบริบูรณ์),” *ตุลพท*, เล่ม 2, ปีที่ 56, น.20-22 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552);

กล่าวคือ การให้เป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย มีคู่กรณี 2 ฝ่าย แสดงเจตนาเป็นสัญญาให้ขึ้น แม้สัญญาที่เกิดขึ้นมีหนี้แต่ฝ่ายเดียวก็ตาม¹⁷ จะเห็นได้ว่า กรณีสัญญาให้ หนี้นั้นมีแก่ฝ่ายของผู้ให้เท่านั้นในอันที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาที่เป็นผู้รับการให้ เป็นหนี้ที่ลูกหนี้ปฏิบัติให้เปล่า¹⁸ โดยที่ฝ่ายผู้รับการให้ไม่มีหนี้ที่จะต้องกระทำการเป็นการตอบแทน อนึ่ง ด้วยความเคารพอย่างสูง เท่าที่ข้าพเจ้าสำรวจกลับไม่พบว่า มีตำราหรือวิทยานิพนธ์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะให้เล่มใดอ้างอิงทฤษฎีของศาสตราจารย์พิเศษจิตติ ดิงศรัทย์ ประเด็นการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้ตามที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเลย อาจจะเป็นไปได้ว่า เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3169/2524 มิได้มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะให้ เพียงแต่ผู้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้นำเสนอข้อมูลทางวิชาการเพิ่มเติม ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาแต่เฉพาะที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะให้จึงอาจจะละเลยไปก็เป็นได้ นอกจากนี้ ณ ปัจจุบัน บรรดาผู้เขียนมักจะค้นหาคำพิพากษาศาลฎีกาจากเว็บไซต์ ซึ่งมีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากที่ไม่อาจค้นหาเจอได้ในเว็บไซต์ต่าง ๆ กอปรกับมิได้สำรวจตรวจสอบความถูกต้องจากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา และสำนักงานศาลยุติธรรม เป็นอาทิ ทั้งนี้ สืบสังเกตได้จากการนำเสนอโดยปราศจากการระบุเชิงอรรถว่าได้นำคำพิพากษาศาลฎีกามาจากฉบับที่จัดพิมพ์โดยหน่วยงานใดและปรากฏในหน้าใดตามหลักการอ้างอิง

และดู ไพบูลย์ ปุณฺณพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.1-18; ไพบูลย์ ปุณฺณพันธ์, *อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 49*, น.119, 161-163; อนึ่ง มีบทความทางวิชาการในอดีตปรากฏข้อความที่อาจจะเป็นไปในเชิงสนับสนุนทฤษฎีข้างต้น คือ “การชำระหนี้จะให้ผลสำเร็จเป็นสถานใด ผู้ทำการให้ชนิดนี้ต้องปฏิบัติจนครบถ้วน ถ้าเป็นเรื่องโอนกรรมสิทธิ์สังทรัพย์สิน หรือทำการ หรือดเว้นกระทำ ก็จะต้องปฏิบัติตามนั้น เสมือนหนึ่งว่าลูกหนี้ผู้รับให้จัดการชำระหนี้เอง . . . การให้จะเกิดต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้บริบูรณ์แล้ว” ดู สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” *นิติสาส์น*, แผนกสามัญ, เล่ม 4, ปีที่ 5, น.271-272 (กรกฎาคม 2475).

¹⁷จิตติ ดิงศรัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 842-845/2518 (เนติ.) น.747.

¹⁸ประกอบ หุตะสิงห์, *คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2518), น.73, 132; และดู ไพบูลย์ เอกเจริญกร, *ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2562), น.379; วิริยะ (บุญเรือน) เกิดศิริ, *นิติกรรม สัญญา และหนี้*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น.157, 184; สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, *อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 60*, น.60; โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556), น.38-40 อนึ่ง ฉบับตีพิมพ์ในครั้งนี้มีการแก้ไขปรับปรุงด้วยตัวผู้เขียนเองเป็นครั้งสุดท้าย ก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรมเมื่อวันอาทิตย์ที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2561; อนุมติ โสภนุพร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยสัญญา*, (พระนคร : แพรวพิทยา, 2514), น.132; อักษราทร จุฬารัตน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.239.

ในส่วนของคุณำว่า “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 โดยอาจเป็นทรัพย์สินหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เช่นนี้ หากจะแปลอย่างกว้าง ๆ แล้ว การกระทำหรือละเว้นกระทำ อันเป็นแรงงานก็อาจมีราคาและถือเอาได้ และอาจจะโอนกันได้ แต่นำคิดว่า ความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ไม่เลยไปถึง เช่นนั้น¹⁹ โดยมีนัยไปในทางที่ว่า วัตถุประสงค์แห่งการให้คือ การโอนทรัพย์สิน (transfert d'un droit réel) และทรัพย์สินที่ ๓ ที่นี้ อาจเป็นกรรมสิทธิ์พร้อมบุรณในทรัพย์สินหนึ่ง เช่น หนังสือเล่มหนึ่ง ฯลฯ แต่ทำให้เป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำอันมิใช่ทรัพย์สินไม่ ฉะนั้น หากแปลความตามนัยดังที่วำมานี้ เฉพาะการโอนทรัพย์สินเท่านั้นที่อาจทำกันเป็นสัญญาให้ได้²⁰ ส่วนการกระทำอื่น ๆ อันมิใช่ทรัพย์สิน เช่น การที่บุคคลหนึ่งได้รับฝากทรัพย์สินของบุคคลอีกคนหนึ่งไว้ให้ดูแลรักษาโดยไม่มีบำเหน็จอันเป็นการ ทำให้เปล่า เช่นนี้ ก็เข้าในลักษณะฝากทรัพย์สิน มิใช่สัญญาให้ ฉะนั้น การรับฝากทรัพย์สินกฎหมายจึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน²¹ ยิ่งไปกว่านั้น ความหมายของคุณำว่า “ทรัพย์สิน” อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ศาลฎีกา²² ได้วินิจฉัยไว้เป็นเวลานานกว่าครึ่งศตวรรษแล้วว่า

ศาลฎีกาเห็นว่า คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 523 นั้น หมายถึงเฉพาะสังหาริมทรัพย์ ทัว ๆ ไปเท่านั้น มิได้หมายถึงสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์บางชนิด ซึ่งถ้าจะซื้อขายกัน จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยดังระบุไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรค 1 ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ดังระบุไว้ตามมาตรา 456 วรรค 1 แล้ว การให้ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงจะสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525²³ จึงกล่าวได้ว่า สัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 ประกอบกับ มาตรา 523 หมายความว่า วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น²⁴ โดยเป็นทรัพย์สิน

¹⁹ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 2, ปีที่ 5, น.111 (พฤษภาคม 2475).

²⁰เพ็งอ้าง.

²¹เพ็งอ้าง, น.112.

²²โดยมีองค์คณะผู้พิพากษาศาลฎีกา ประกอบด้วยพระพิบูลย์ไธสวรรย์ (เปรียบ สุจริตกุล; พ.ศ. 2442-2522) ศาสตราจารย์พิเศษสัญญา ธรรมศักดิ์ (พ.ศ. 2450-2545) และหลวงสุทธิวาทนฤพุมิ (สอ้าน รมยานนท์; พ.ศ. 2443-2529)

²³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1657/2503 (เนติ.) น.1825-1828.

²⁴สารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร), พระ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 6, ปีที่ 5, น.486 (กันยายน 2475); สุทธิย์ นิมน้อย, ประมวล

ประเภทสังหาริมทรัพย์ มิใช่สังหาริมทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ยังคงเป็นแนวคำวินิจฉัยมาจนถึงปัจจุบัน ไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาในภายหลังมากลับแนวคำวินิจฉัยข้างต้น อีกทั้งสอดคล้องกับทฤษฎีของนักกฎหมายที่เขียนตำราคำอธิบายกฎหมายลักษณะให้ในห้วงเวลาก่อนหน้านั้นอีกด้วย²⁵ กอปรกับอาจารย์ล ชีรกุล (พ.ศ. 2454-2506) บรรณาธิการในการจัดพิมพ์คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ก็มิได้โต้แย้ง และไม่มีบุคคลใดเขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เลย ยิ่งไปกว่านั้น ตำราคำอธิบายกฎหมายลักษณะให้ที่มีการตีพิมพ์อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบันก็ได้อ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยมิได้โต้แย้งแม้แต่น้อย²⁶ และล่าสุดมีการจัดพิมพ์ตำราคำอธิบายกฎหมายลักษณะให้ของผู้บรรยาย ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ก็ได้อ้างอิงแนวคำวินิจฉัยนี้โดยมิได้โต้แย้งเช่นเดียวกัน²⁷ จึงกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยนี้เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน (la jurisprudence) หนึ่ง ในระบบกฎหมาย civil law โดยหลักแล้วเห็นว่า คำพิพากษาเป็นเพียงการใช้กฎหมายที่มีอยู่มาปรับแก้คดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมาย civil law คำพิพากษาของศาลจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมาย เว้นแต่คำพิพากษานั้นจะเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน คือ เป็นคำพิพากษาตัวอย่างที่คนปฏิบัติตาม กล่าวคือ เมื่อมีคำพิพากษาฉบับหนึ่งตีความกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว อาจจะเป็นด้วยคุณภาพของคำพิพากษาที่มีเหตุผลดีและสอดคล้องกับความรู้สึกร่วมไปของคนในสังคม จึงไม่มีคำพิพากษาอื่นมาคัดค้านหรือโต้แย้ง และเมื่อมีคำพิพากษาอื่นเดินตามนานเข้าก็กลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน เป็นที่รับรู้กันทั่วไปในสังคมและมีการประพฤติปฏิบัติตาม นาน ๆ เข้าก็กลายเป็น

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), น.233.

²⁵ดู วิตุธรรมพิเนต (โต๊ะ อัมระนันท์), พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (พระนคร : สยามบรรณกิจ, ม.ป.ป.), น.313; อย่างไรก็ตาม แม้หนังสือเล่มนี้ฉบับที่ใช้อ้างอิงจะไม่ปรากฏปีที่พิมพ์ แต่ข้าพเจ้ากลับพบว่า ในตัวเล่มมีข้อความที่เขียนด้วยลายมือว่า “ขุนประจักษ์การพิบูลย์ 2/6/77” เช่นนี้ จึงเชื่อได้ว่า หนังสือเล่มดังกล่าวตีพิมพ์ก่อนที่จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1657/2503 ข้างต้น

²⁶ไพฑูริต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.383; และผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายลักษณะทรัพย์ ก็ได้แสดงทฤษฎีเช่นนี้ แม้จะมีอ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ตาม ดู สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, ความรู้กฎหมายทั่วไป กฎหมายในชีวิตประจำวัน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.361.

²⁷ฉันทวัฒน์ วรทัต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น.523; และผู้บรรยายกฎหมายลักษณะให้ ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในอดีตก็อ้างอิงแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวโดยมิได้โต้แย้งอีกด้วย ดู ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.705.

เกือบจะนับได้ว่า เป็นจารีตประเพณีอย่างหนึ่ง ฉะนั้น คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานเช่นนี้ จึงอาจนับเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอย่างหนึ่งก็ได้²⁸ ทว่าต่างกับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตรงที่จารีตประเพณีเป็นสิ่งที่ปฏิบัติมานาน (longa consuetudo) จนไม่รู้ว่ามีเริ่มต้นมาอย่างไรตั้งแต่เมื่อใด จึงไม่ตรงกันกับลักษณะของจารีตประเพณีเสียทีเดียว เพราะคำพิพากษาของศาลย่อมรู้ว่า เริ่มต้นในวันตัดสินนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมาย civil law หากจะถือว่า เป็นบ่อเกิดของกฎหมายก็ต้องจัดเป็นกรณีข้อยกเว้น

2.2 สัญญาจ้างทำของ

สัญญาที่ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนในลักษณะสัญญาไม่มีชื่อในสมัยโรมัน ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือ การที่ฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อได้ปฏิบัติภาระหนี้กระทำการเป็นการตอบแทน (do ut facias)²⁹ ความคิดนี้นักกฎหมายสมัยใหม่พิจารณาว่า เป็นสัญญาต่างตอบแทนรูปแบบหนึ่ง แต่เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีหนี้กระทำการเป็นการตอบแทน³⁰ สัญญาเหล่านี้ยังจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาในสมัยโรมันที่เรียกว่า locatio conductio ซึ่งเป็นคำที่รวมสัญญา 3 ชนิดในปัจจุบัน คือ สัญญาเช่าทรัพย์สิน (locatio conductio rei) สัญญาจ้างแรงงาน (locatio conductio operarum) และสัญญาจ้างทำของ (locatio conductio operis)³¹ โดยที่ locatio conductio เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า locatore มีหน้าที่จะต้องเตรียมทรัพย์สินหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า conduttore ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้มีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อได้ใช้ประโยชน์ในตัวทรัพย์สินชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือได้ทำอะไรเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น หรือขนส่งทรัพย์สินนั้น ด้วยวิธีการที่กฎหมายกำหนด และในแต่ละชนิดของสัญญาดังกล่าว locatore หรือ conduttore มีสิทธิ

²⁸ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.25; สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.105; voy. Larroumet, Christian, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, 5 Tomes (Paris : Economica, 1984), Tome I : pp.161-181.

²⁹Sanfilippo, Cesare, Istituzioni di diritto romano, 10° edizione (Soveria Mannelli : Rubbettino, 2002), p.303-305; Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations, (Oxford : Clarendon Press, 1996), pp.534-535.

³⁰Giudice, Federico del e Beltrani, Sergio, Nuovo dizionario giuridico romano, (Napoli : Simone, 1992), p.178.

³¹Zimmermann, Reinhard, *supra note 29*, p.338.

ที่จะได้รับค่าตอบแทนไม่ว่าจะเป็นเงินหรือทรัพย์สิน แต่คำอธิบายเช่นนี้ก็ไม่สามารถครอบคลุมสัญญาย่อย 3 ชนิดที่อยู่ภายในขอบข่ายของ locatio conductio³² เพราะสัญญาย่อยทั้ง 3 ชนิด ต่างก็มีเอกลักษณ์ในตัวเองซึ่งมีความแตกต่างระหว่างการให้ใช้ทรัพย์สิน การให้ใช้บริการของมนุษย์ หรือการให้บริการของมนุษย์ ผสมกันกับการทำให้งานชิ้นหนึ่งสำเร็จ³³

สัญญาจ้างทำของ (locazione delle opere; arrendamiento de obra) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า locatore กำหนดให้การทำงานชิ้นหนึ่งให้สำเร็จแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า conduttore³⁴ โดยคู่สัญญาฝ่ายหลังจะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน³⁵ ในส่วนหนึ่งของผู้ว่าจ้าง คือ การเตรียมวัสดุดิบให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อการทำงานที่จ้างให้สำเร็จ และมีหนี้ในการจ่ายสินจ้างเมื่อผู้รับจ้างทำงานสำเร็จ สำหรับหนี้ของผู้รับจ้าง คือ การทำงานให้สำเร็จตามที่ได้รับการว่าจ้างตามสัญญา ทั้งนี้ สัญญาจ้างทำของถือเป็นลักษณะของเอกเทศสัญญาที่มีความสำคัญมาก เพราะสามารถใช้แก่สัญญาในทางปฏิบัติมากมาย เช่น จ้างวาดรูป จ้างทำแบบแปลนพิมพ์เขียว (blueprint) ฯลฯ โดยกฎหมายเก่าของไทยตามพระอัยการเบตเสจร³⁶ ว่าด้วยลักษณะจ้างวาน บัญญัติถึงจ้างวานเป็นเรื่อง ๆ ไป มิได้แยกแยะว่าเช่นใดเป็นจ้างแรงงานหรือเช่นใดเป็นจ้างทำของ ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งแยกการตกลงทำงานให้แก่กันเป็นสัญญา 2 ลักษณะที่แตกต่างกันออกไป³⁷ เห็นได้ว่า สัญญาจ้างทำของมีบทบัญญัติปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 7 จ้างทำของ ตั้งแต่มาตรา 587 ถึงมาตรา 607 รวมทั้งสิ้น 21 มาตรา³⁸ มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2472 เป็นต้นไป ทั้งนี้ บทบัญญัติลักษณะจ้างทำของทั้ง 21 มาตรา นี้ มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแม้แต่มาตราเดียว อนึ่ง เป็นที่ทราบกันดีว่า สาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของ

³²Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14° edizione (Napoli : Jovene, 1984), p.346.

³³Nicholas, John Kieran Barry Moylan, *An Introduction to Roman Law*, (Oxford : Clarendon Press, 1962), p.183.

³⁴*Ibid.*, p.182.

³⁵Arangio-Ruiz, Vincenzo, *supra note 32*, p.346.

³⁶เขียนสะกดตามที่ปรากฏใน ราชบัณฑิตยสถาน, *กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2550), เล่ม 2 : น.424, 480.

³⁷สัญญาฯ สัจจวานิช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 2* (ธนบุรี : นิติบรรณการ, 2512), น.187.

³⁸ดู ราชกิจจานุเบกษา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.40-45.

ผู้รับจ้างจะต้องทำการงานจนสำเร็จ ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิที่จะออกคำสั่งบังคับบัญชาผู้รับจ้างประดุจนายจ้าง และลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน³⁹ ไม่มีสิทธิควบคุมวิธีการทำงานโดยต้องนับว่า ก่อนการงานที่จ้างทำ ยังมีได้เป็นผลสำเร็จและยังมีได้ส่งมอบเป็นงานของผู้รับจ้างเอง⁴⁰ จึงเป็นข้อแตกต่างกันในเบื้องต้นว่า ในสัญญาจ้างแรงงานนั้นลูกจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในผลสำเร็จของการทำงาน ส่วนผู้รับจ้างในสัญญาจ้างทำของ จะต้องรับผิดชอบในผลสำเร็จของงาน อีกทั้งในสัญญาจ้างทำของนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดว่า การงานที่จะจัดทำจนสำเร็จนั้นจะต้องกำหนดไว้แน่นอน (definite) ว่าเป็นงานอะไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ใช้คำว่า “. . . จะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จ . . .”⁴¹ (to accomplish a definite work) ที่กฎหมายใช้คำว่า “. . . สิ่งใดสิ่งหนึ่ง . . .” นั้น มิได้หมายความว่า ทำงานอะไรก็ได้จนเป็นผลสำเร็จ แต่ต้องตกลงลักษณะงานกันลงไป มิฉะนั้น ก็ย่อมรู้มิได้ว่า จะต้องทำงานอะไรจนสำเร็จ เช่น ซ่อมรถ ทำโต๊ะเก้าอี้ ชำระบัญชี เขียนหนังสือตำราเรื่องอะไร ฯลฯ จะตกลงกันว่า จะทำอะไรก็ได้จนเป็นผลสำเร็จ หาได้ไม่ ไม่เป็นสัญญาจ้างทำของ

นอกจากนี้ สัญญาจ้างทำของย่อมจะต้องมีค่าจ้างซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่า สิ้นจ้าง (remuneration) มิฉะนั้น ก็เรียกมิได้ว่า เป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างทำของที่ไม่มีสินจ้างไม่มีในทางกฎหมายหรือทางปฏิบัติ สินจ้างไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเสมอไป อาจเป็นทรัพย์สินใด ๆ ก็ได้ อนึ่ง มีความจำเป็นต้องหาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า อย่างไรเป็นสัญญาซื้อขาย อย่างไรเป็นสัญญาจ้างทำของ ก็เพราะหากเป็นสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ราคา 20,000 บาท หรือกว่านั้นขึ้นไป จะต้องเป็นหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการวางมัดจำ หรือมีการชำระหนี้บางส่วน มิฉะนั้น ก็ฟ้องร้องบังคับคดีมิได้ แต่หากเป็นการจ้างทำของแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ฯลฯ ก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ทั้งนี้ สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เป็นสัญญาที่จ้างเพื่อผลสำเร็จในการงาน กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มุ่งในแง่การงานหรือแรงงาน ผู้ว่าจ้างต้องให้สินจ้าง ส่วนผู้รับจ้างก็ต้องทำงานให้เขาจนสำเร็จ จึงต่างกับสัญญาซื้อขายซึ่งมุ่งไปในทางโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อตอบแทนการใช้ราคา แต่บางกรณีมีปัญหาคาบเกี่ยวกันไม่แน่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายหรือจ้างทำของ เช่น จ้างตัดเสื้อ จ้างทำฟันปลอม โดยให้ผู้รับจ้างจัดหาสัมภาระให้ด้วย

³⁹Becker, Joseph Ernest de, The Principles and Practice of the Civil Code of Japan, (London : Butterworth, 1921), p.448.

⁴⁰Prosser, William Lloyd, Handbook of the Law of Torts, 2nd edition (Saint Paul : West, 1955), p.357.

⁴¹ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.40.

2.3 สัญญาใช้สืงเปลือง

สัญญาใช้สืงเปลืองเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จัดวางเป็นสัญญาเฉพาะ โดยบัญญัติไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 9 ยืม หมวด 2 ยืมใช้สืงเปลือง ตั้งแต่มาตรา 650 ถึงมาตรา 656 รวม 7 มาตรา ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคหนึ่ง ได้อธิบายสัญญาใช้สืงเปลืองไว้ว่า “. . . คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสืงไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น”⁴² พึงสังเกตว่า จุดแบ่งแยกที่สำคัญระหว่างสัญญาใช้สืงเปลืองกับสัญญาใช้คงรูปอยู่ที่ว่า ในสัญญาใช้คงรูปนั้น ผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกันกับที่ตนได้รับมาจากผู้ให้ยืม ส่วนในสัญญาใช้สืงเปลืองนั้น ผู้ยืมคงคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันกับทรัพย์สินที่ผู้ให้ยืมส่งมอบนั้น และเมื่อสัญญาใช้สืงเปลืองเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย จึงต้องนำกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้มาใช้บังคับด้วย การพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญานอกจากจะพิจารณาถึงข้อสัญญาของคู่กรณีและบทกฎหมายเฉพาะในบรรพ 3 ลักษณะ 9 หมวด 2 แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงบทกฎหมายทั่วไปในบรรพ 1 หลักทั่วไป และบรรพ 2 หนี้ อีกด้วย⁴³

กล่าวได้ว่า สัญญาใช้สืงเปลืองเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (contratto unilaterale)⁴⁴ ก่อหนี้ให้แก่ผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ในอันที่จะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม สัญญาใช้สืงเปลืองหาได้ก่อหนี้บังคับแก่ผู้ให้ยืมไม่ ทั้งนี้ ก็เพราะสิ่งที่ผู้ให้ยืมได้ปฏิบัติไป คือ ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมนั้นกลายเป็นแบบแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาไปเสียแล้ว⁴⁵ อีกนัยหนึ่ง สัญญาใช้สืงเปลืองได้มีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบแล้ว ผู้ให้ยืมจึงไม่มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติต่อไปอีก นอกจากนี้ หากตกลงกันว่า ให้คืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณน้อยกว่าทรัพย์สินซึ่งให้ยืม เช่นนี้ ส่วนที่ไม่ต้องคืนถือเป็นการให้โดยเสนหา⁴⁶ อย่งไรก็ดี แม้ผู้ยืมตกลงว่า จะคืนสังหาริมทรัพย์เป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนสังหาริมทรัพย์ซึ่งให้ยืมนั้น

⁴²ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1, น.56.

⁴³ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), น.1.

⁴⁴Arangio-Ruiz, Vincenzo, *supra note 32*, p.306.

⁴⁵จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผากทรัพย์, จิตติ ดิงศภัทย์ และสุธีร์ ศุภนิธย์ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.7.

⁴⁶ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2559), น.203.

แต่หากปรากฏว่า ผู้ยืมมิได้ใช้ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา กลับนำเอาทรัพย์สินนั้นส่งมอบคืนให้เมื่อครบกำหนดตามสัญญาดังกล่าว เช่นนี้ ยังคงถือว่าเป็นสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน⁴⁷ ไม่ถือเป็นการผิดสัญญาแต่อย่างใด และมีผลให้สัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนนี้ระงับลง⁴⁸

อย่างไรก็ดี หากมีการอ้างว่า สัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนเป็นแต่เพียงเรื่องของน้ำใจอหฺยาศัยไมตรีที่พึงมีต่อกัน เช่นนี้ เป็นการขัดต่อหลักนิติกรรม เพราะสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย หากเป็นเพียงความมีน้ำใจอหฺยาศัยไมตรีแล้วไซ้ ย่อมมิใช่เรื่องนิติกรรม มิได้มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ แต่เป็นเพียงการผูกมิตรสัมพันธ์กันในทางสังคมซึ่งต่างก็มีมิตรจิตมิตรใจต่อกัน เช่นนี้ จะเกิดสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนมิได้⁴⁹ ทั้งนี้ กรณีจะเป็นหรือเกิดสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนได้ ต้องเป็นกรณีที่ต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 เท่านั้น หากกรณีไม่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวย่อมมิใช่สัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน ตัวอย่างเช่น ผู้ยืมมิได้ตกลงว่า จะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมแต่อย่างใด เช่นนี้ กรณีไม่เป็นสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน

โดยปรกติเพียงดูทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาก็จะทราบว่า สัญญานั้นเป็นสัญญายืมใช้คงรูปหรือสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน กล่าวคือ หากเป็นทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปอันได้แก่ สักริมทรัพย์สินซึ่งเมื่อใช้แล้วย่อมเสียภาวะเสื่อมสลายไปในทันใดเพราะการใช้มัน หรือซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไป⁵⁰ สัญญายืมในกรณีนั้นย่อมเป็นสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 จึงได้กำหนดให้สัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนนั้นเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไป ซึ่งกล่าวได้ว่าการมุ่งพิจารณาจากเจตนาแห่งความประสงค์ในการใช้ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการยืมใช้สลับเปลี่ยนแต่เพียงประการเดียวนั้น มิใช่เจตนารมณ์ตามความมุ่งหมายจากตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นเจตนารมณ์

⁴⁷Becker, Joseph Ernest de, *supra note 39*, p.402.

⁴⁸ไพฑูริศ เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืมฝากทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2562), น.50; สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน, จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.72.

⁴⁹ไพฑูริศ ปุญญพันธ์, บันทึกการตรวจสอบคุณภาพต้นฉบับประเภทตำรา : ยืมและฝากทรัพย์สิน, บันทึกการตรวจสอบในการประเมินผลงานทางวิชาการเพื่อพิจารณากำหนดตำแหน่งทางวิชาการ ทบวงมหาวิทยาลัย : หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและคำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ และบันทึกการตรวจสอบในการประเมินผลงานทางวิชาการ : คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2552), น.1.

⁵⁰จิต เศรษฐบุต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น.8.

ตามความมุ่งหมายของบุคคลที่ประสงค์ในการใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพย์สินเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การยึดโคเพื่อฆ่าเป็นอาหาร มิใช่สัญญาซื้อขายสินค้าเปลือง เป็นสัญญาธรรมดาหรือสัญญาไม่มีชื่อ⁵¹ เนื่องจากสัตว์ (animaux) เป็นสิ่งที่มีวิญญาณหรือชีวิตซึ่งนับเป็นทรัพย์สิน เช่น ช้าง ม้า โค กระบือ ฯลฯ ในทางภาษาเรียกว่า วิญญาณทรัพย์สินหรือวิญญาณทรัพย์สิน⁵² ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสินค้าเปลืองได้⁵³ กอปรกับมิใช่ทรัพย์สินที่ใช้แทนกันได้⁵⁴ และมีใช้ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปอีกด้วย⁵⁵ อนึ่ง สหกรณ์ทรัพย์สินซึ่งไม่อาจใช้ของอื่นที่เป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ ตรงกันข้ามกับทรัพย์สินที่ใช้แทนกันได้นั้น ในทางภาษาเรียกว่า อสังกมทรัพย์สิน⁵⁶ ส่วนสหกรณ์ทรัพย์สินซึ่งเมื่อใช้ย่อมไม่เสียหายเสื่อมสลายไปในทันที เพราะการใช้ หรือซึ่งใช้ที่สุดย่อมไม่สิ้นเปลืองหมดไป อาจเรียกว่า ทรัพย์สินคงรูป⁵⁷ อย่งไรก็ดี ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปย่อมนำมาใช้เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายคงรูปได้ เป็นทรัพย์สินและเป็นกรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 640 ในทางตรงกันข้าม ทรัพย์สินอื่นที่มีใช้ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้น จะนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายคงรูปได้ เพราะโดยสภาพของทรัพย์สินอื่นที่มีใช้ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปโดยนิตินัย เพียงแต่เป็นทรัพย์สินที่ใช้ไปทั้งหมดจำนวนไป หรือเสียหายเสื่อมสลายไปตามธรรมชาติที่ทรัพย์สินใด ๆ ต้องเป็นไปเช่นนั้น ทว่าการใช้ไปสิ้นไปที่จะต้องเป็นการเสียหายเสื่อมสลายนั้น จะต้องเป็นไปเพราะการใช้และเสียไปในทันที คือ ในเวลาใกล้ชิดกับการใช้แล้ว คำว่า สิ้นเปลืองหมดไปมิได้หมายความถึงการที่ทรัพย์สินหมดสิ้นสูญหายไปจากความเป็นอยู่ของทรัพย์สินนั้นอย่างเดียวกันกับการเสียหายเสื่อมสลาย หากแต่หมายถึง การที่สิ้นเปลืองหมดไปจากบุคคลคนหนึ่ง ๆ คือ การใช้นั้นเป็นอาการที่จะต้องจำหน่ายไปจากอำนาจของผู้เป็นเจ้าของ การยึดโค ไม้ ตะปู สังกะสี เป็นอาทิ มิได้เป็นทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไป

⁵¹ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49*, น.19.

⁵²ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554*, (กรุงเทพมหานคร : ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), น.1118-1119, 1186.

⁵³Code civil des Français. Article 1894; ประเสริฐมนูกิจ (ประเสริฐ ศิริสัมพันธ์), *หลวง, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ฝากทรัพย์สิน, เก็บของในคลังสินค้า, ปราณิประนอม, การเพนนันและขั้นต่อ*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), น.10.

⁵⁴เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น.28.

⁵⁵เพ็งอ้าง, น.32.

⁵⁶ราชบัณฑิตยสถาน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52*, น.1382.

⁵⁷หยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), น.244; อนึ่ง ฉบับตีพิมพ์ในครั้งนี้มีการแก้ไขปรับปรุงด้วยตัวผู้เขียนเองเป็นครั้งสุดท้าย ก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรมเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2522

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคหนึ่ง เพราะมิใช่ว่า เป็นทรัพย์สินที่เสียไปในทันที ใกล้ชิดกับการใช้ มิใช่ทรัพย์สินที่เสียไปสิ้นไป ทว่าเป็นเพียงทรัพย์สินที่ผู้ใช้อเองทำให้หมดไปเพราะการใช้เท่านั้น

อนึ่ง บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคหนึ่ง ไม่ปรากฏ คำว่า “ส่งมอบ” แต่อย่างไร การส่งมอบเป็นเพียงทำให้สัญญาใช้สิ้นเปลืองบริบูรณ์ซึ่งปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง ทั้งนี้ การส่งมอบ คือ การโอนการครอบครองทรัพย์สิน ต้องมีผู้มอบและผู้รับมอบ อีกนัยหนึ่ง ต้องมีผู้โอนและผู้รับโอน การส่งมอบที่ไม่มีผู้รับมอบนั้นหาไม่ ฉะนั้น จึงต้องบังคับกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 ถึงมาตรา 1381 ทว่าการหยิบยื่นให้อาจไม่เป็นการโอนการครอบครองก็ได้ ด้วยเหตุนี้ การส่งมอบต้องเป็นการโอนการครอบครองนั้น ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป

ฉะนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคหนึ่ง การที่ผู้ยืมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญานั้น ทำให้ผู้ยืมตามสัญญาใช้สิ้นเปลืองสามารถใช้ทรัพย์สินเป็นการสิ้นเปลืองหมดไปได้โดยชอบ จึงกล่าวได้ว่า การที่ผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามสัญญา ยืมใช้สิ้นเปลืองให้แก่ผู้ยืม ก็เพื่อให้ผู้ยืมเกิดสิทธิในการใช้ทรัพย์สินที่ยืมอันเป็นสิทธิรับมา เพราะการใช้ทรัพย์สินตามสัญญาใช้สิ้นเปลืองย่อมมีผลทำให้ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หมดไปด้วย เพราะวัตถุแห่งสิทธิสิ้นไปหมดไป⁵⁸ ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ยืมเอาทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา ยืมใช้สิ้นเปลืองไปให้บุคคลภายนอกยืมอีกต่อหนึ่ง ถึงแม้ผู้ให้ยืมจะทราบว่าเป็นวัตถุแห่งสัญญา ยืมใช้สิ้นเปลืองที่ผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์แล้วไปให้บุคคลภายนอกยืมอีกต่อหนึ่งก็ตาม เช่นนี้ ผู้ให้ยืมก็ไม่มีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอกโดยตรง เนื่องจากผู้ให้ยืมมิใช่คู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ ผู้ให้ยืมจึงมิใช่เจ้าหนี้ของบุคคลภายนอกข้างต้น อนึ่ง หากผู้ให้ยืมประสงค์จะฟ้องบุคคลภายนอกนั้น ก็ต้องจัดการให้ผู้ยืมโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ให้ยืมเสียก่อน⁵⁹

อนึ่ง การเรียกดอกเบี้ยในกรณีสัญญาใช้สิ้นเปลือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสัญญากู้ยืมเงินนั้น ตามกฎหมายเก่าในยุโรปได้ห้ามขาดดังหลักที่กล่าวว่า เงินทำลูกมิได้ (*l'argent ne fait pas de petits*) การยืมเงินนั้น เงินย่อมไม่เกิดเพิ่มเติมขึ้นได้ จึงไม่มีอะไรจะคืนเพิ่มจากจำนวนเงินที่ให้ยืมนั้น ฉะนั้น หากผู้ให้ยืมคนใดเรียกดอกเบี้ยก็จะมีผลลงโทษในสมัย Charlemagne (Karl der Große; ค.ศ. 742-814) แต่ทว่าประชาชนโดยเฉพาะพวกยิว (اليهود) กลับฝ่าฝืน⁶⁰

⁵⁸ สุธีร์ ศุภนิตย์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 48*, น.68.

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวบรวมหมายเหตุคำพิพากษาฎีกา*, จตุรนต์ ธิระวัฒน์ (บรรณาธิการ), (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.305.

⁶⁰ *سورة النساء : ١٦١ جزء من الآية عنة*, “وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ” ; Planiol, Marcel Ferdinand, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e édition, 3 Tomes (Paris : Librairie générale de droit

2.4 สัญญาหมั้น

การหมั้นเป็นประเพณีที่กฎหมายรับรองปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 1 การหมั้น มีจำนวนทั้งสิ้น 15 มาตรา ในกรณีนี้ บทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า

“การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น”⁶¹ กล่าวคือ การหมั้นต้องมีของหมั้น เช่นนี้ ของหมั้น จึงเป็นองค์สมบูรณ์แห่งสัญญาหมั้น ทรัพย์สินที่จะเป็นของหมั้นสมบูรณ์ในสัญญาหมั้นนั้นจะต้องมีการ ให้ไว้แก่หญิง หากเป็นสิ่งหามิทรัพย์สิน เช่น สร้อย แหวน และทอง ฯลฯ กรรมสิทธิ์จะโอนไปเป็นของหญิง คู่หมั้นทันทีที่มีการส่งมอบ⁶² สิ่งหามิทรัพย์สินที่ฝ่ายชายได้ส่งมอบให้แก่หญิงในสัญญาหมั้นนั้น ในทางภาษา หากฝ่ายชายส่งมอบทองคำให้แก่หญิงในสัญญาหมั้น ก็จะเรียกว่า ทองหมั้น⁶³ และหากฝ่ายชายส่งมอบ แหวนให้แก่หญิงในสัญญาหมั้น ก็จะเรียกว่า แหวนหมั้น⁶⁴ ในกรณีนี้ ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการให้ของหมั้น สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง”⁶⁵ กล่าวคือ การให้ของหมั้นนั้นเป็นการให้ เพื่อเป็นหลักฐานว่า ชายจะสมรสกับหญิงนั้น และหญิงคู่หมั้นเป็นเจ้าของของหมั้นทันทีที่เกิดสัญญาหมั้น หากสัญญาว่าจะนำของหมั้นที่ยังขาดมามอบให้อีก แต่ฝ่ายชายกลับไม่นำมามอบให้ตามที่ตกลงกัน เช่นนี้ ฝ่ายหญิงจะปฏิเสธไม่ยอมสมรสโดยบอกเลิกสัญญาหมั้นอ้างว่า มีเหตุสำคัญจากชายก็ได้⁶⁶ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 วรรคสี่ ได้บัญญัติว่า

et de jurisprudence, 1931), Tome II : n° 2069, p.740; “และก็ว่ากันว่า ‘ดอกเบี้ย’ ทุกรายยิ่งกว่าอะไรทั้งหมด กินทั้งคนจน คนป่วยจะตาย หรือคนนอนหลับ” สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, คำสอนชั้นปริญญาโท ทางนิติศาสตร์ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิศดาร (หนึ่ง), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น.123.

⁶¹แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 107 ตอนที่ 187 น.2 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 26 กันยายน 2533

⁶²ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “การหมั้นตามบรรพ 5 ปี 2533,” ใน รวมบทความกฎหมายลักษณะ ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.86.

⁶³ราชบัณฑิตยสถาน, อ่างแล้ว เจริญที่ 52, น.551.

⁶⁴นววรรณ พันธุมธา, คลังคำ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์, 2559), น.812.

⁶⁵ราชกิจจานุเบกษา, อ่างแล้ว เจริญที่ 61, น.3.

⁶⁶ไพโรจน์ กัมพูสิริ, ย่อหลักกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น.10.

“ถ้าจะต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดตามหมวดนี้ให้นำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”⁶⁷ กล่าวคือให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้แก่กรณีที่จะต้องมีการคืนของหมั้น (หรือสินสอด) โดยอนุโลม (mutatis mutandis) เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ของหมั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่หญิงทันทีเมื่อมีการหมั้น ในระหว่างเวลานั้น อาจจะมีการจำหน่ายหรือนำของหมั้นออกไปใช้สอย ต่อมาเมื่อจะต้องคืนให้แก่ฝ่ายชายอาจเกิดปัญหาว่า จะดำเนินการคืนอย่างไรและคืนเท่าใด การอนุโลมนำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้เป็นการแก้ปัญหาที่กล่าวมาอย่างดียิ่ง ไม่ว่าทรัพย์สินที่เป็นของหมั้นหรือสินสอดจะเป็นโคภยทรัพย์ก็ตาม ปัญหาในเรื่องดอกผลรวมถึงปัญหาความสุจริตของหญิงที่รับของหมั้นนั้นมา

การที่จะเป็นสัญญาหมั้นได้ต้องมีของหมั้นเป็นหลักฐาน และการที่จะเป็นของหมั้นได้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายได้ให้ไว้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่า จะทำสัญญาสมรสกับหญิงนั้น จึงต้องมีการส่งมอบของหมั้นกันไว้ก่อน เช่นนี้ คงเป็นของหมั้นเฉพาะทรัพย์สินส่วนที่ส่งมอบแล้ว ส่วนทรัพย์สินที่ยังมิได้ส่งมอบให้ไม่ถือเป็นของหมั้นแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ หากชายคู่หมั้นตายก่อนทำสัญญาสมรส กอปรกับของหมั้นที่ชายคู่หมั้นได้ส่งมอบให้แก่หญิงคู่หมั้นยอมตกเป็นของหญิงนั้นตั้งแต่มีการส่งมอบตามสัญญาหมั้น ทว่าหญิงคู่หมั้นจะฟ้องเรียกทรัพย์สินที่ยังมิได้ส่งมอบนั้นมิได้ อีกทั้งในกรณีที่ฝ่ายชายได้ส่งมอบทรัพย์สินส่วนหนึ่งเป็นของหมั้นและสัญญาว่า จะนำทรัพย์สินอีกส่วนหนึ่งมาส่งมอบให้ในภายหลัง แต่ต่อมาหากฝ่ายชายไม่นำมาส่งมอบให้ตามที่ตกลงกัน เช่นนี้ ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยว่า ฝ่ายหญิงจะปฏิเสธไม่ยอมสมรสโดยถือว่า ฝ่ายชายผิดสัญญาหมั้นก็ได้⁶⁸

สัญญาหมั้นในแง่การพิจารณาคู่สัญญาแต่ละฝ่าย นอกจากตัวชายและหญิงคู่หมั้นแล้ว บุคคลอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับชายหรือหญิงในอันที่จะทำสัญญาหมั้นและจัดการเพื่อที่จะให้ชายและหญิงทำสัญญาสมรส อาจเข้ามาเป็นคู่สัญญาในสัญญาหมั้นได้ ในกรณีนี้ บุคคลที่จะเป็นคู่สัญญาตามสัญญาหมั้นจึงมี 3 จำพวก คือ⁶⁹

⁶⁷ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61, น.3.

⁶⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1089/2492 (เนติ.) น.719-725; และดู ประกาศนั อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2536), เล่ม 1 : น.393-397.

⁶⁹ดู ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), น.61-62; และดู รัตนา เอกบุตร, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว : การหมั้น, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555), น.53-54.

(1) ชายและหญิงผู้เป็นคู่หมั้น ในกรณีที่ชายและหญิงตกลงทำสัญญาหมั้นกันเองโดยมิได้มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แม้ในกรณีที่ชายหรือหญิงเป็นผู้เยาว์ตกลงทำสัญญาหมั้นกันโดยได้รับความยินยอมของบิดามารดาของทั้ง 2 ฝ่าย เพียงเท่านี้ยังไม่อาจถือได้ว่า บิดามารดาเข้ามามีส่วนร่วมในข้อตกลงของสัญญาหมั้นนั้นด้วย เช่นนี้ ชายและหญิงคู่นี้จึงเป็นคู่สัญญาหมั้นกันโดยลำพัง

(2) บิดามารดาของชายหญิงคู่หมั้นซึ่งเป็นคู่สัญญาหมั้น ในกรณีที่บิดามารดาของชายและบิดามารดาของหญิงทำสัญญาหมั้นกัน โดยที่ชายและหญิงได้ให้ความยินยอม สัญญาหมั้นจึงเกิดขึ้นโดยมีบิดามารดาของชายและบิดามารดาของหญิง รวมทั้งตัวของชายและหญิงเองที่ได้ให้ความยินยอมผูกพันในฐานะเป็นคู่สัญญาหมั้น ทั้งนี้ ไม่ว่าชายหรือหญิงคู่หมั้นนั้นจะบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่ในกรณีที่บิดามารดาของชายและบิดามารดาของหญิงตกลงทำสัญญาหมั้นกัน โดยได้รับความยินยอมจากเฉพาะตัวชายเพียงคนเดียว แต่ตัวหญิงมิได้ยินยอมด้วย เช่นนี้ สัญญาหมั้นเกิดขึ้นได้โดยมีบิดามารดาของชายและบิดามารดาของหญิง รวมทั้งชายที่ให้ ความยินยอมผูกพันเป็นคู่สัญญาหมั้น ส่วนหญิงซึ่งมิได้ยินยอมก็มีได้ผูกพันในสัญญาหมั้นดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากทั้งชายและหญิงมิได้ยินยอมด้วย เช่นนี้ สัญญาหมั้นไม่เกิดขึ้น เนื่องจากสัญญาหมั้นเป็นการตกลงให้ชายและหญิงสมรสกันตามกฎหมาย เมื่อทั้งชายและหญิงมิได้ยินยอมทำสัญญาหมั้นย่อมแสดงว่า ทั้งชายและหญิงมิได้มีเจตนาจะทำสัญญาสมรสกัน สัญญาหมั้นจึงไม่เกิดขึ้น กอปรกับสัญญาหมั้นจะเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อหญิงรับมอบหรือรับโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นจากฝ่ายชาย ฉะนั้น หากหญิงมิได้ยินยอมรับของหมั้น สัญญาหมั้นย่อมเกิดขึ้นมิได้

(3) บุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาของชายหญิงคู่หมั้น บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับชายหรือหญิงคู่หมั้นในอันที่จะทำสัญญาหมั้นและจัดการสมรส ก็อาจจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาหมั้นได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลดังเช่นที่ว่านี้ต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับชายหญิงคู่หมั้นถึงขนาดที่จะกระทำการในฐานะเป็นคู่สัญญาหมั้นได้ เช่น ชายอยู่กับลูกมาตั้งแต่เล็ก ๆ เพราะบิดามารดาถึงแก่กรรมไปหมดแล้ว เมื่อชายจะทำการหมั้นลูกก็เข้ามาร่วมรับรู้และทำสัญญาด้วย กรณีจึงถือว่า ลูกเป็นบุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาในอันที่จะเป็นคู่สัญญาหมั้นได้ แต่หากเป็นเพียงนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาหรือญาติของคู่หมั้นที่มีชื่อเสียงในวงสังคม ซึ่งให้เกียรติไปเป็นประธานหรือไปร่วมในพิธีหมั้นและทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาหมั้น เพียงเท่านี้ไม่อาจถือได้ว่า เป็นฝ่ายชายหรือเป็นฝ่ายหญิงในอันที่จะถือไปว่า เป็นคู่สัญญาหมั้นได้แต่อย่างใด

2.5 สัญญาสินสอด

ความหมายของคำว่า “สินสอด” เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “สินสอด เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส . . .”⁷⁰ ในทางภาษา อาจกล่าวได้ว่า สินสอดเป็นเงินที่ฝ่ายชายให้แก่บิดามารดาหญิงที่จะแต่งงานเป็นค่าน้ำนม ข้าวป้อน⁷¹ ทั้งนี้ คำว่า “ค่าน้ำนม” เป็นเงินที่ฝ่ายชายต้องจ่ายให้แก่บิดามารดาฝ่ายหญิงในการสูกขอเพื่อตอบแทน เป็นค่าที่ได้เลี้ยงดูมา⁷² ในคำโบราณนิยมใช้เข้าคู่กันกับคำว่า “ข้าวป้อน” เป็น “ค่าน้ำนมเข้าป้อน” เช่น “. . . ให้คิดเอาค่าน้ำนมเข้าป้อนค่าเลี้ยงรักษาแก่มัน แลชายซึ่งเอาหญิงไปเลี้ยงนั้น ให้มันช่วยหญิง เสียกึ่งหนึ่ง . . .”⁷³ ส่วนในภาษาบาลี (पालิ) ใช้คำว่า “โปสาวนิกมูล”⁷⁴ อย่างไรก็ตามก็ดี สินสอดในคำโบราณ กลับหมายถึง สินบน⁷⁵ นอกจากนี้ ยังมีคำว่า “สินหัวบัวนาง” ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายและเป็นคำโบราณ หมายถึง สินสอดที่ตกเป็นของหญิงในกรณีที่หญิงได้เสียตัวแก่ชายและชายนั้นได้ตายไปโดยยังมีได้ แต่งการมงคล⁷⁶ ตามข้อความที่ว่า “. . . ถ้าหญิงได้เสียตัวแก่ชาย ๆ ตาย สินสอดนั้นให้ตกอยู่แก่หญิงจงสิ้น เพราะว่ามันนั้นเปนสินหัวบัวนาง . . .”⁷⁷ ทั้งนี้ คำว่า “หัวบัว” หมายถึง หัวนมหญิง⁷⁸ ในทำนองเดียวกัน กับคำว่า “บัวนาง” หมายถึง นมผู้หญิง⁷⁹ อนึ่ง กฎหมายไม่ถือว่า สินสอดเป็นสาระสำคัญของสัญญาหมั้น ฉะนั้น สัญญาหมั้นจะมีการให้สินสอดหรือไม่ก็ได้ ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหมั้น อีกทั้งการให้สินสอดหรือไม่ ก็ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาสมรสเช่นเดียวกัน ในการนี้ ลักษณะของสินสอดมีอยู่ 3 ประการ คือ

⁷⁰ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 61, น.3.

⁷¹ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.1234.

⁷²เพ็ญอ่าง, น.253.

⁷³ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, เล่ม 1 : น.552, 588.

⁷⁴อ่านว่า โป-สา-วะ-นิ-กะ-มูล; ดู ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.768.

⁷⁵เพ็ญอ่าง, น.1234.

⁷⁶เพ็ญอ่าง.

⁷⁷ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, เล่ม 1 : น.540-541, 580.

⁷⁸ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.1326.

⁷⁹เพ็ญอ่าง, น.665.

(1) ต้องเป็นทรัพย์สิน เช่น เงินตรา ทองแท่ง แหวนเพชร ฯลฯ และหมายความรวมถึงสิทธิเรียกร้องด้วย ตัวทรัพย์สินที่เป็นสินสอดนั้นฝ่ายชายไม่จำเป็นต้องส่งมอบไว้ในขณะทำสัญญาสินสอด จะตกลงให้มีการส่งมอบกันในเวลาภายหลังก็ได้ เช่น ชายตกลงว่า จะให้สินสอดแก่บิดาหญิงจำนวน 100,000 บาท แต่ชายไม่มีเงินจึงตกลงทำสัญญากู้ยืมเงินของบิดาหญิง จำนวน 100,000 บาท เช่นนี้ บิดาหญิงฟ้องชายเพื่อเรียกเงินกู้ตามสัญญาดังกล่าวได้⁸⁰ พึงสังเกตว่า สิทธิเรียกร้องอันเกิดจากสัญญาสินสอดอาจแปลงเป็นสิทธิทางหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินได้ จึงกล่าวได้ว่า ฝ่ายชายไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาสินสอดในขณะตกลงทำสัญญาสินสอด หากฝ่ายชายทำสัญญากู้ยืมให้ฝ่ายหญิงไว้ สัญญากู้ยืมมีมูลหนี้เนื่องมาจากเงินสินสอด ฉะนั้น ฝ่ายชายจึงต้องถูกผูกพันที่จะต้องรับผิดชอบตามสัญญา⁸¹

(2) ต้องเป็นกรณีฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง บุคคลอื่นนอกเหนือไปจากนี้ไม่มีสิทธิเรียกหรือรับสินสอด พึงสังเกตว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติชัดเจนว่า “บิดามารดา” มิได้บัญญัติว่า “บุพการี” ฉะนั้น ญาติสืบสาโลหิต⁸² โดยตรงขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นปู่ ย่า ตา ยาย ทวด (ซวด) เทียด (เขียด) หรือแม้กระทั่งจะเป็นตัวหญิงเองก็ตาม⁸³ ย่อมไม่มีสิทธิเรียกหรือรับสินสอด เช่น หญิงบรรลุนิติภาวะแล้วและไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองรับหมั้น แต่หญิงตกลงจะทำสัญญาสมรสกับชายด้วยตนเองแล้วเรียกเงิน จำนวน 200,000 บาท โดยอ้างว่า เงินนั้นเป็นสินสอด เช่นนี้ ถึงแม้ชายจะได้ส่งมอบเงินให้แก่หญิงตามที่เรียกร้องแล้ว เงินดังกล่าวก็มีใช้สินสอดตามกฎหมายเป็นเพียงสัญญาให้โดยเสน่หา

(3) ให้เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส การให้สินสอดเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง⁸⁴ ซึ่งสามารถบังคับกันได้ระหว่างคู่กรณี ในการที่หญิงยอมสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับชาย มิใช่เป็นการให้โดยเสน่หา และมีใช่เป็นการให้เพื่อตอบแทนที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงยอมให้หญิงสมรส

⁸⁰ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น.59.

⁸¹รัศฎา เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69, น.36.

⁸²เป็นการสะกดคำที่ถูกต้อง มิได้ผิดพลาดแต่อย่างใด; ดู ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น.411; ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2556), น.212.

⁸³ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80, น.56; รัศฎา เอกบุตร, ถาม-ตอบ กฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2561), น.4, 7, 10.

⁸⁴ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69, น.64.

กับชายด้วย ฉะนั้น แม้หญิงบรรลุนิติภาวะแล้วมีสิทธิทำสัญญาหมั้นหรือทำสัญญาสมรสกับชายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงก็ตาม เช่นนี้ ก็อาจมีการให้สินสอดกันได้ ทรัพย์สินที่เป็นสินสอดนั้นเมื่อได้ส่งมอบกันแล้ว ย่อมตกเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงทันที ทั้งนี้ ต้องเป็นการส่งมอบให้โดยมีเจตนาที่ชายและหญิงจะจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย

ณ ที่นี้ พึงสังเกตว่า กฎหมายที่บังคับในเรื่องที่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิของบุคคลนั้น เป็นกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ส่วนการที่บุคคลมีสิทธิเหนือบุคคลอีกคนหนึ่ง แม้จะเป็นเรื่องซึ่งในที่สุด จะบังคับกันได้ด้วยการโอนทรัพย์สินให้แก่กันก็ดี แต่ก็เป็นเรื่องสิทธิของบุคคลที่จะบังคับให้บุคคลกระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด วัตถุแห่งสิทธิเป็นการกระทำ คือ เป็นเรื่องหนึ่งและการปฏิบัติ ชำระหนี้ ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิเรียกร้องทางหนี้กับทรัพย์สินดังที่กล่าวมานั้นนับว่า เป็นผลที่เกิดขึ้น ต่อเนื่องมาจากการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด ก็คือ สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามก็ดี ศัพท์กฎหมายข้างต้นอาจจะไม่คุ้นชินเท่าใดนัก เพราะตำราอธิบายกฎหมายไทยจำนวนมากประพันธ์โดยผู้สำเร็จการศึกษาจากเนติบัณฑิตอังกฤษ รวมทั้งผู้ที่เคยศึกษาด้านกฎหมายจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันเป็นเหตุทำให้ตำราอธิบายกฎหมายไทย ละลानตาไปด้วยคำศัพท์ในระบบกฎหมาย common law และกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงวิธีทางกฎหมาย อันหมายถึง แนวคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อข้อเกิดของกฎหมาย และวิธีการศึกษา วิธีใช้ และวิธีบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป ทั้งที่สารัตถะแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยในหลายเรื่องสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมากกว่าด้วยซ้ำไป

ด้วยเหตุนี้ การแบ่งแยกหมวดหมู่กฎหมายออกเป็นลักษณะหนี้และลักษณะทรัพย์สิน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงมิใช่แบ่งแยกเพียงเพื่อให้ค้นหาหรือรำเรียนกฎหมาย ง่ายขึ้นเท่านั้น แต่มีเหตุผลลึกซึ้งกว่านั้นอีกก็คือ เมื่อวิชานิติศาสตร์เจริญก้าวหน้ามาถึงระยะหนึ่ง นักนิติศาสตร์จะค่อย ๆ มีความรู้แจ่มแจ้งขึ้น ทำให้สามารถมองเห็นว่า โดยสภาพของมันเองแล้ว เรื่องหนี้ และเรื่องทรัพย์สินเป็นคนละเรื่องกัน ทั้งนี้ เนื่องจากทรัพย์สิน หมายถึง สภาวะทางกฎหมาย (Rechtszustand) อย่างหนึ่งที่ทำให้บุคคลมีอำนาจสิทธิขาดหรือโดยจำกัดเหนือทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง อำนาจนี้โดยสภาพ ของมันมีลักษณะอยู่นิ่ง ๆ (statisch) ไม่ค่อยจะปรวนแปรหรือเคลื่อนไหว เพราะเป็นเรื่องว่าด้วยใครมีอะไร หรือว่าสิ่งใดเป็นของใคร เป็นเรื่องอยู่ในขอบเขตบังคับของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่จะบ่งชี้ให้เห็นโดยชัดแจ้ง จะได้มีต้องก้าวก่ายยื้อแย่งกัน แต่ก็ได้หมายความว่า ทรัพย์สินของใครจำเป็นต้องเป็นของคนนั้นตลอดไป เช่น กรณี ก. โอนกรรมสิทธิ์ในแหวนทองคำขาว (platinum) ให้แก่ ข. การโอนกรรมสิทธิ์กรณีเช่นนี้ ย่อมต้องมีวัตถุประสงค้อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ก. ต้องการสิ่งตอบแทนจาก ข. เป็นราคาตัวเงิน หรือเป็นสิ่งของแลกเปลี่ยน หรืออาจจะเป็นว่า ต้องการให้แหวนดังกล่าวเป็นของขวัญแก่ ข. หรืออาจจะเป็นเพราะ ก. ประสงค์จะเอาแหวนนั้นตีชำระหนี้เงินที่ ก. ยังก้างชำระแก่ ข. หรือเนื่องจาก ก. มีวัตถุประสงค์ต้องการสิ่งตอบแทนเป็นสินจ้างก็อาจจะเป็นไปได้ จากตัวอย่างที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า

การที่กรรมสิทธิ์ในแควนเปลี่ยนมือจาก ก. ไปยัง ข. นั้น มิได้เกิดขึ้นลอย ๆ แต่ต้องมีมูลเหตุ (causa) ทั้งนี้ มูลเหตุข้างต้นก็คือ ความสัมพันธ์ทางหนี้ซึ่งอาจเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาให้โดยเสนาหา หรือสัญญาจ้างทำของ เป็นอาทิ มูลเหตุที่เป็นความผูกพันทางหนี้เหล่านี้เรียกว่า นิติกรรมก่อให้เกิด ความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ และพึงสังเกตว่า สัญญาทางหนี้ไม่สามารถก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลง ทางทรัพย์สินโดยตรง ทว่าเป็นแต่เพียงก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ กล่าวคือ ขอให้ลูกหนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน

เพราะฉะนั้น เมื่อสัญญาทางหนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนสิทธิทางทรัพย์สินโดยตรงแต่อย่างใด แล้วอะไรอีกเล่าที่จะเป็นเหตุอันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิทางทรัพย์สินได้บ้าง เหตุเหล่านี้มิได้ในลักษณะ ต่าง ๆ กัน และที่สำคัญที่สุด คือ การโอนกรรมสิทธิ์ (Übertragung) จากบุคคลหนึ่งให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง โดยที่การโอนกรรมสิทธิ์นี้เป็นนิติกรรมหรือสัญญาทางทรัพย์สินชนิดหนึ่ง และที่สำคัญก็คือ การโอนกรรมสิทธิ์ ในสังหาริมทรัพย์จำต้องมีสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งเรียกว่า การตกลงหรือข้อตกลง (Einigung) เพื่อหลีกเลี่ยง คำว่า สัญญา (Vertrag) มิให้คนทั่วไปปะปนกันกับสัญญาธรรมดาซึ่งโดยปรกติหมายถึง สัญญาทางหนี้

แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ หรือทรัพย์สินอื่น ๆ ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเป็นตัวบทยหลักข้อยกข้อย่างชัดแจ้ง ที่ใกล้เคียงที่สุด ก็คงจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 ว่าด้วยการโอนการครอบครอง ส่วนมาตรา 458 ก็กำหนดแต่เพียงว่า กรรมสิทธิ์โอนไปเมื่อใด โดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องซื้อขายเท่านั้น นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงการส่งมอบโดยกำหนดว่า การส่งมอบนั้นจะทำการหนึ่งอย่างใดก็ได้ที่สุดแต่ว่าเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้น ไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับมอบ จะเห็นได้ว่า เป็นการกล่าวแต่เพียงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ภายนอกของการส่งมอบเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยสาระของเรื่อง การส่งมอบจำต้องมี องค์ประกอบภายในด้วย กล่าวคือ ผู้รับมอบและผู้ส่งมอบจะต้องมีเจตนาตรงกัน เช่น ในสัญญา จ้างทำของ ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต้องมีการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันว่า ให้กรรมสิทธิ์ในการที่จ้างทำกรรม ที่เป็นสังหาริมทรัพย์นั้นผ่านมือไปด้วย นอกจากนี้ หากผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย ก็ต้องมีการตกลงให้อำนาจครอบครองผ่านมือไป ในเรื่องให้โดยเสนาหาและยืมใช้สลับเปลือง ทั้ง 2 ฝ่าย ต้องมีเจตนาตรงกันว่า ให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปด้วย

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้ เพื่อการแสดงให้เห็นถึงสัญญาอื่นที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ส่วนประมวลกฎหมายแพ่ง ของต่างประเทศจะมีหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเหล่านี้เมื่อใดและด้วยวิธีการ อย่างไรบ้าง ดังที่ข้าพเจ้าจะนำเสนอในบทถัดไป

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศ

ระบบการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา นั้นมีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบเจตนา และระบบพิธีการ โดยระบบเจตนามีหลักที่ว่า สัญญาทางหนี้และสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ความตกลงกันที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือได้อยู่ในสัญญาทางหนี้เองทีเดียว จึงไม่จำเป็นต้องมีสัญญาทางทรัพย์อีก หลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียว (Einheitsprinzip) ยังแบ่งแยกออกได้ 2 ประการ กล่าวคือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยเหตุที่มีสัญญาทางหนี้เท่านั้น (reines Vertragsprinzip) เช่น เมื่อมีคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญา มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่คู่กรณีตกลงกันทันที โดยไม่ต้องมีพิธีอื่นใดทั้งสิ้นประการหนึ่ง หรืออาศัยเหตุแห่งสัญญาทางหนี้ก็พอปรกกับการปฏิบัติตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การส่งมอบอีกประการหนึ่ง คือ นำเอาหลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมาผสมผสานกับหลักการส่งมอบ (Verbindung von Einheitsprinzip und Übergabegrundsatz) อีกประการหนึ่ง กรณีนี้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ผูกพันเฉพาะคู่กรณี แต่การแสดงเจตนา นั้นมิได้มีผลผูกพันในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ส่วนระบบพิธีการนั้น การแสดงเจตนา ระหว่างคู่กรณี มีผลผูกพันกันในแง่สิทธิเรียกร้องทางหนี้เท่านั้น ยังมีได้มีผลให้ทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงไปโดยอัตโนมัติอย่างระบบเจตนา ทว่าจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ก็ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามพิธีการที่กฎหมายลักษณะทรัพย์ได้กำหนดไว้ คือ ส่งมอบการครอบครองเสียก่อนจึงจะบริบูรณ์ (Traditionsprinzip) ทั้งนี้แม้ในระหว่างคู่กรณีเองก็ยังไม่ถือว่า ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เว้นแต่จะได้กระทำตามพิธีการที่กฎหมายลักษณะทรัพย์กำหนดไว้ จึงจะทำให้นิติกรรมที่ก่อให้เกิดการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นบริบูรณ์ขึ้นมาได้ กอปรกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เป็นการได้มาโดยรับโอน มิได้ก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นมาแต่อย่างใด อนึ่ง พิธีการนี้มีใช้แบบของนิติกรรมเป็นแต่เพียงว่า ทำให้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาบริบูรณ์มีผลบังคับได้เท่านั้น พึงสังเกตว่า ระบบพิธีการดังกล่าวแบ่งแยกนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์ออกจากกัน อย่างเด็ดขาด (Trennungsprinzip)

ในการนี้ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพื่อให้โลกทรรศน์ (Weltanschauung) ได้ขยายพื้นฐานกว้างขวางยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายไทย มิใช่มีแต่ขังความคิดของตนไว้ประหนึ่ง กบในกะลาครอบ เฉพาะระบบกฎหมายและภาษาที่ตนคุ้นหูคุ้นตาเพียงเท่านั้น ทั้งนี้ โดยมุ่งพิจารณาเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 17 จนกระทั่งถึงคริสต์ศตวรรษที่ 18 แนวความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ และการยกย่องเหตุผลเจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น นักคิดในสำนักกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่หลายคนได้อาศัยแนวความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติวิพากษ์วิจารณ์ผู้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (monarchie absolue) และเน้นความสำคัญของเสรีภาพและสิทธิของปัจเจกบุคคล แนวความคิดที่สนับสนุนเหตุผลและยกย่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในห้วงเวลาดังกล่าวนี้นี้ ได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมาย กล่าวคือ พัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติได้บรรลุถึงจุดที่บรรดานักคิดต่างเชื่อว่า สามารถสรุปผลและนำเอาแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับในบ้านเมืองได้ ก่อให้เกิดกระแสคลื่นการจัดทำประมวลกฎหมายสำคัญ ๆ หลายฉบับ ตั้งแต่ราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนกระทั่งถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งบาวาเรีย ค.ศ. 1756 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) ประมวลกฎหมายทั่วไปปรัสเซีย ค.ศ. 1794 (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 (Code civil des Français) และประมวลกฎหมายแพ่งทั่วไปออสเตรีย ค.ศ. 1811 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie) ฯลฯ ประมวลกฎหมายที่กล่าวมาเหล่านี้ อาจเรียกรวมชื่ออย่างลำลองตามที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติว่า “ประมวลกฎหมายธรรมชาติ”¹

การร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเกิดขึ้นมาตั้งแต่ ค.ศ. 1793 โดยผู้ที่ทำหน้าที่ยกร่างมีจำนวน 2 คน ได้แก่ Jean-Jacques-Régis de Cambacérès (ค.ศ. 1753-1824) และ Jean-Ignace Jacqueminot (ค.ศ. 1754-1813) ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสครั้งนี้มีจำนวนทั้งหมด 297 มาตรา ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักทั่วไปมากจนมีการเปรียบเปรยว่า มีลักษณะเป็นคู่มือทางศีลธรรมมากกว่าที่จะเป็นประมวลกฎหมายแพ่ง² การร่างดังกล่าวจึงไม่ประสบความสำเร็จ ต่อมาภายหลังจากการทำรัฐประหาร (coup d'État du 18 brumaire an VIII) ปรากฏว่า นโปเลียน (Napoléon Bonaparte; ค.ศ. 1769-1821) ได้แต่งตั้งนักกฎหมายให้มาเป็นกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง จำนวน 4 คน โดยคณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยตุลาการที่เป็นตัวแทนของกฎหมายจารีตประเพณี 2 คน ได้แก่ François Denis Tronchet (ค.ศ. 1726-1806) ประธานศาลฎีกา และ Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (ค.ศ. 1747-1825)

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : อานกกฎหมาย, 2561), น.271-272.

²Friedrich, Carl Joachim, “The Ideological and Philosophical Background,” in The Code Napoleon and the Common-Law World, (New York : New York University Press, 1956), p.5.

ข้าหลวงประจำศาลฎีกา (commissaire du Gouvernement près le tribunal de cassation) กอปรกับ ตุลาการอีก 2 คน เป็นตัวแทนของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ Jacques de Maleville (ค.ศ. 1741-1824) ผู้พิพากษาประจำศาลฎีกา และ Jean-Étienne-Marie Portalis (ค.ศ. 1746-1807) ข้าหลวงประจำศาล (commissaire du Gouvernement près le tribunal des prises) ซึ่งเป็นกรรมการร่างกฎหมาย ผู้มีบทบาทมากที่สุดในกร่างและมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักมากที่สุดจากกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้ง 4 คนดังกล่าว เปรียบได้ว่า เขาเป็นสถาปนิกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส³ ทั้งนี้ การคัดเลือก นักกฎหมายเพื่อเข้ามาเป็นกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ของนโปเลียน ที่ต้องการให้ประมวลกฎหมายแพ่งเป็นสิ่งที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ เพราะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ละคนล้วนแต่เป็นผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายที่มีประสบการณ์และความรอบรู้กฎหมายเป็นอย่างดี⁴ นอกจากนี้ นโปเลียนยังต้องการให้การร่างประมวลกฎหมายแพ่งคำนึงถึงเจตนารมณ์แห่งการปฏิวัติ ฝรั่งเศสที่ผ่านมาด้วย ซึ่งกรรมการแต่ละคนก็ล้วนเป็นสมาชิกของคณะผู้ก่อการปฏิวัติทั้งสิ้น กอปรกับ สิ่งที่นโปเลียนคำนึงถึงอีกประการหนึ่งในการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ก็คือ การร่างประมวลกฎหมาย จะต้องพิจารณาทั้งกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

ทั้งนี้ การปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1789 ส่งผลให้สามารถสร้างองค์กรที่มีอำนาจทางกฎหมาย ซึ่งจำเป็นสำหรับการจัดทำประมวลกฎหมาย⁵ แต่แน่นอนว่า การปฏิวัติฝรั่งเศสไม่อาจทำให้เกิดประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีจำนวนมากว่า 2,000 มาตรา สร้างความสอดคล้องกันได้เป็นอย่างดีแต่อย่างใด ทว่ามีนักวิชาการ เช่น Hugues Doneau (Hugo Donellus; ค.ศ. 1527-1591) Jean Domat (Damat; ค.ศ. 1625-1696) Gabriel Argou (ค.ศ. 1640-1703) และ Robert-Joseph Pothier (ค.ศ. 1699-1772) ฯลฯ ซึ่งการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะหนี้และสัญญา ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสนามอุโฆษ 2 คน คือ Domat และ Pothier

³David, René and Brierley, John Elmes Campbell, *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition (London : Stevens & Sons, 1985), p.103.

⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง, *สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย*, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543), น.63.

⁵นักนิติศาสตร์บางคนมีทรรศนะว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสถูกสร้างขึ้นด้วยจิตวิญญาณหรือแรงผลักดันของการปฏิวัติ ค.ศ. 1789; Meryman, John Henry, *The Civil Law Tradition*, (California : Stanford University Press, 1969), p.28; Stein, Peter Gonville, “Judge and Jurist in the Civil Law : A Historical Interpretation,” *Louisiana Law Review*, Number 2, Volume 46, p.254 (November 1985); Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, translated by Weir, Tony, 3rd edition (Oxford : Clarendon Press, 2011), pp.86-87.

หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจำนวนมากมีที่มาจากงานเขียนของ Pothier⁶ และจำนวนหนึ่งมีที่มาจากงานเขียนของ Domat และหลังจากนั้น ในช่วงสิ้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 Marcel Ferdinand Planiol (ค.ศ. 1853-1931) นักกฎหมายฝรั่งเศสนามอุโฆษในยุคหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยผลงานที่สำคัญของ Planiol คือ “Traité élémentaire de droit civil” ซึ่งเป็นหนังสืออุทธรณ์อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่สยามได้ใช้เป็นส่วนหนึ่งของต้นแบบในการร่างบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 3

สำหรับวิธีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในครั้งนี้มีลักษณะต่างคนต่างทำ กล่าวคือ เมื่อมีการมอบหมายหน้าที่ความรับผิดชอบกันแล้ว ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ยกร่างบทบัญญัติในแต่ละบรรพ แม้จะมีการแบ่งแยกการดำเนินการจัดทำร่างก็ตามแต่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกลับมีความกลมกลืนเป็นเอกภาพ⁷ การร่างประมวลกฎหมายแพ่งนี้ใช้เวลาเพียงแค่มิถึง 4 เดือนเท่านั้น และเนื่องด้วยการร่างประมวลกฎหมายที่ใช้เวลานั้นเพียงเท่านี้ทำให้คณะกรรมการร่างกฎหมายไม่อาจที่จะร่างกฎหมายที่ได้มาจากการคิดค้นของตนเองได้ สิ่งที่สามารถจะกระทำได้อีกก็คือ การคัดเลือกกฎหมายที่ดีที่สุดจากบรรดากฎหมายเก่าทั้งหลายที่มีอยู่ อย่างไรก็ตาม แม้เนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งจะได้มาจากกฎหมายเก่า แต่สิ่งที่เป็นพลังขับเคลื่อนประมวลกฎหมายแพ่งนี้ก็คือ จิตวิญญาณของการปฏิวัติฝรั่งเศสนั่นเอง และภายหลังจากที่ได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเสร็จสิ้นแล้ว ได้นำร่างกฎหมายเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและศาลอุทธรณ์เพื่อให้ศาลทั้งสองให้ข้อสังเกตต่อร่างกฎหมาย จากนั้นจึงได้นำเข้าสู่การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) โดยมีนโปเลียน หรือ Combacères กงสุลคนที่ 2 เป็นประธานในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ทั้งนี้ถึงแม้ว่านโปเลียนจะมีใช้นักกฎหมาย แต่ได้มีส่วนร่วมในการประชุมยกร่างประมวลกฎหมายด้วย โดยได้ซักถามและแสดงความเห็นต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมาย อีกทั้งนโปเลียนได้เสนอว่า ภาษาที่ใช้ควรเป็นภาษาที่ชัดเจนอ่านง่าย เพื่อให้คนที่มิใช่นักกฎหมายสามารถอ่านเข้าใจได้⁸

จะเห็นได้ว่า นโปเลียนได้ให้ความสำคัญแก่การร่างประมวลกฎหมายแพ่งเป็นอย่างมาก เนื่องจากเขาได้เล็งเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งจะเป็นหนทางที่ทำให้เจตนารมณ์แห่งการปฏิวัติฝรั่งเศสเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นหนึ่งในจุดมุ่งหมายที่สำคัญทางการเมืองดังที่เขาตั้งใจไว้ ทั้งนี้ นโปเลียนได้กล่าวเมื่อครั้งถูกเนรเทศให้ไปพำนัก ณ เกาะ Saint Helena ไว้ว่า

⁶Stein, Peter Gonville, *Roman Law in European History*, (Cambridge : University Press, 2006), p.115.

⁷Mehren, Arthur Taylor von, *The Civil Law System*, (New Jersey : Prentice Hall, 1957), p.21.

⁸Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *supra note 5*, pp.86-87.

Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles . . . Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; . . . Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil; . . .⁹

มีความว่า “ชัยข่านะซึ่งข้าพเจ้าได้มีเหนือการศึกสงคราม 40 ครั้งนั้น มิใช่เกียรติศักดิ์อันแท้จริงของข้าพเจ้า . . . เพราะเหตุว่า ยุทธการวอเตอร์ลูเพียงครั้งเดียวได้ลบล้างชัยข่านะทั้งหลายของข้าพเจ้าจนหมดสิ้น . . . แต่ทว่าสิ่งซึ่งจะคงอยู่ชั่ววันฟ้าไม่มีอะไรมาลบล้างได้นั้นก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งของข้าพเจ้า . . .”

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil des Français; Code Napoléon)¹⁰ มีจำนวนทั้งสิ้น 2,281 มาตรา ประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1804 และในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1804 นี้เองที่ฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีการปกครองประเทศในระบอบจักรวรรดิ (Empire français; Premier Empire français) โดยต่อมาเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1804 ได้มีการประกอบพิธีราชาภิเษกเพื่อสถาปนาโปเลียนขึ้นเป็นจักรพรรดิโปเลียนที่ 1 (Napoléon I^{er}) ณ อาสนวิหารน็อทร์-ดามแห่งปารีส (cathédrale Notre-Dame de Paris)

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มีข้อบกพร่องหลายประการ เช่น เป็นที่ยอมรับกันว่า การจัดโครงสร้างกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง¹¹ กล่าวคือ นอกเหนือจากส่วนอารัมภบท (Titre préliminaire. De la publication, des effets et de

⁹Montholon, Charles-Tristan de, Récits de la captivité de l'empereur Napoléon à Sainte-Hélène, 2 Tomes (Paris : Paulin, 1847), Tome I : p.401.

¹⁰ดูรายละเอียดเกี่ยวกับชื่ออย่างเป็นทางการได้ที่ ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “เกดัดประมวลกฎหมาย เรื่อง พระเจ้านโปเลอง (นโปเลียน) กับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส,” นิติสารสิน, แผนกสามัญ, เล่ม 1, ปีที่ 6, น.64-67 (เมษายน 2476); อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพอย่างสูง ข้าพเจ้าเห็นควรใช้คำว่า “เกร็ด” ซึ่งมีความหมายหนึ่งว่า ส่วนย่อยหรือส่วนเบ็ดเตล็ด ซึ่งเป็นเรื่องสนุกหรือน่าสนใจที่เล่าหรือเขียนถึงเหตุการณ์สั้น ๆ ตอนใดตอนหนึ่งในชีวประวัติบุคคลสำคัญ ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นเรื่องจริง เช่น เกร็ดพงศาวดาร, เรื่องที่เขียนเล่าถึงบรรยากาศที่น่าสนใจหรือสนุกขบขันในที่ประชุมก่อนที่จะมีผลสรุปออกมา; ดู ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพมหานคร : ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), น.142; กอปรกับเอกสารทางวิชาการด้านภาษาไทยในห้วงเวลานั้นก็ระบุไปในทางที่สอดคล้องกันว่า “. . . ส่วนย่อย, ส่วนเบ็ดเตล็ด เช่น ตำรายาเกร็ด.” ดู ตำรา กระทรวงธรรมการ, พจนานุกรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : กรมตำรา กระทรวงธรรมการ, 2470), น.84.

¹¹ชนกฤต วรธนัชชากุล (ชนกร วรปรัชญากุล), “การร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในสมัยนโปเลียน โบนาปาร์ต,” จุลนิติ, ฉบับที่ 1, ปีที่ 3, น.38 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2549).

l'application des lois en général) แล้วประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังแบ่งออกเป็น 3 บรรพ ได้แก่ บรรพ 1 บุคคล (Livre Ier Des personnes) บรรพ 2 ทรัพย์สินและการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ ด้วยวิธีการต่าง ๆ (Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété) บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (Livre III Des différentes manières dont on acquiert la propriété) หลังจากนั้น เมื่อ ค.ศ. 2006 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 4 ประกัน (Livre IV Des sûretés) และบรรพ 5 บทกฎหมายที่ใช้บังคับแก่มายอต (Livre V Dispositions applicables à Mayotte) รวมแล้วประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 2,534 มาตรา

ชำระประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังละเอียดในการบัญญัติบทกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ เรื่องกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ให้มีความครบถ้วนเพียงพอที่จะให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ โดยมีการบัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เพียงแค่นี้ไม่กี่มาตรา¹² ต่างกับหลักเกณฑ์ เรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้อย่างละเอียดชัดเจน ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดในระบบสัญญาเดี่ยว (one-agreement system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง solo consensu กล่าวคือ ระบบสัญญาเดี่ยวถือว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกันกับความสมบูรณ์ของสัญญา¹³ อีกนัยหนึ่ง การเกิดขึ้นของสัญญามีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาโอนไปทันที โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์ นักนิติศาสตร์ถือว่า solo consensu หรือระบบสัญญาเดี่ยวนี้ สัญญาที่เกิดขึ้นก่อตั้งทั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ (สัญญาระหว่างคู่กรณี) และโอนทรัพย์สิน (สิทธิเหนือทรัพย์) ไปพร้อมกัน โดยหลักใหญ่ของทฤษฎี solo consensu เดิมปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 3 สัญญาหรือหนี้ อันเกี่ยวกับข้อตกลงภาคทั่วไป (Titre III Des contrats ou des obligations conventionnelles en général) หมวด 3 ผลแห่งหนี้ (Chapitre III De l'effet des obligations.) ส่วนที่ 2 หนี้ในการให้ (Section 2 De l'obligation de donner.) มาตรา 1138 ซึ่งบัญญัติว่า

“L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire . . .”

มีความว่า “หนี้ที่จะส่งมอบทรัพย์สำเร็จบริบูรณ์โดยเพียงแต่มีความยินยอมของคู่สัญญา ความยินยอมนั้นมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โอนไปยังเจ้าหนี้ . . .”

¹²อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), (พระนคร : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2514), น.21.

¹³วิชญ์ เครื่องงาม, “การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย,” วารสารราชบัณฑิตยสถาน, ฉบับที่ 4, ปีที่ 27, น.970 (ตุลาคม-ธันวาคม 2545).

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม (Code civil belge) มาตรา 1138 ปรากฏบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ทุกถ้อยคำ โดยที่ปัจจุบันก็ได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า ราชอาณาจักรเบลเยียม (royaume de Belgique) ยอมรับเอาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 จำนวน 2,281 มาตรา ไปใช้เป็นกฎหมายบ้านเมืองของตน¹⁴

Planiol ได้อธิบายหลัก solo consensu ไว้อย่างชัดเจนว่า หนี้ที่จะต้องส่งมอบทำให้เจ้าหนี้เป็นเจ้าของตั้งแต่ขณะที่ทรัพย์ควรจะถูกส่งมอบ¹⁵ จึงหมายความว่า การส่งมอบจะต้องถือว่า ได้ทำกันตามเวลาที่คู่กรณีได้กำหนด เช่นนี้ สัญญาให้ซึ่งไม่มีกำหนดเวลาส่งมอบ การโอนกรรมสิทธิ์ก็ย่อมเกิดขึ้นทันที และหากมีกำหนดเวลาให้ส่งมอบ กรรมสิทธิ์ก็ย่อมผ่านมือในขณะที่ยังเวลานั้น ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1138 (เดิม) กำหนดว่า ควรจะถูกส่งมอบ เช่นนี้ ตามที่ Planiol อธิบายไว้ น่าจะถูกต้อง เพราะกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ว่า กรรมสิทธิ์ผ่านมือโดยการตกลงกันของคู่กรณี แต่การแสดงเจตนาตกลงกันนั่นเองเป็นเหตุให้เกิดหนี้ และหนี้นั้นก็คือ การส่งมอบซึ่งทำให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือในขณะที่ควรจะถูกส่งมอบ แม้ยังมีได้ส่งมอบก็ตาม ในประเด็นเดียวกันนี้ Bigot de Préameneu ซึ่งเป็นผู้นำในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้มีข้อความสนับสนุนว่า ความยินยอมของคู่สัญญาเท่านั้นที่ทำให้เกิดหนี้อันสมบูรณ์ในอันที่จะส่งมอบทรัพย์ ฉะนั้น จึงไม่จำกัดว่า ต้องมีการส่งมอบทรัพย์อย่างแท้จริง เพื่อให้เจ้าหนี้เป็นเจ้าของทรัพย์ในเมื่อเวลาที่การส่งมอบควรจะได้กระทำนั้นได้มาถึง¹⁶ และเน้นย้ำว่าวิธีการของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดีที่สุดเพราะง่ายและมีเหตุผลดี โดยเห็นว่า การได้มาโดยมีแบบพิธีด้วยการลงลายชื่อ หรือการใช้ถ้อยคำพูดวลีต่าง ๆ นั้นเป็นเรื่องไม่จำเป็นและยุ่งงำ ทั้งนี้ ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ใช้วิธีสันนิษฐานในเรื่องการส่งมอบ โดยคำนึงถึงเจตนาของคู่กรณีตลอดจนสถานที่และเวลาที่การส่งมอบควรจะได้กระทำตามที่คู่กรณีตกลงเลือกกัน

¹⁴หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2552), น.35; อุกฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.28.

¹⁵Planiol, Marcel Ferdinand, Traité élémentaire de droit civil, 11^e édition, 3 Tomes (Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928), Tome I : n° 2596, p.864; จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ถือตามกฎหมายโรมัน ซึ่งต้องมีการส่งมอบทรัพย์ จึงจะทำให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือ; voy. Colin, Ambroise Victor-Charles et Capitant, Henri-Lucien, Précis de droit civil, 7^e édition, 3 Tomes (Paris : Dalloz, 1939), Tome I : n° 812, p.498.

¹⁶Fenet, Pierre-Antoine, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 15 Tomes (Paris : Videcoq, 1856), Tome XIII : p.230; Planiol, Marcel Ferdinand, *ibid.*, Tome I : n° 2596, p.864.

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันบทบัญญัติข้างต้นได้ถูกยกเลิกไปแล้ว ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 2 ถึงมาตรา 4 แห่งรัฐกำหนด (ordonnance) เลขที่ 2016-131 ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016 กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไป โดยมีการตรวจชำระบทบัญญัติแห่งบรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 3 มุลหนี (Titre III Des sources d'obligations) ลักษณะ 4 หนี้หลักทั่วไป (Titre IV Du régime général des obligations) และลักษณะ 4 ทวิ การพิสูจน์แห่งหนี้ (Titre IV bis De la preuve des obligations) แต่ทว่าการตรวจชำระใหม่ดังกล่าวก็ยังคงยืนยันหลัก solo consensu เช่นเดิม ดังที่ปรากฏถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 3 มุลหนี อนุลักษณะ 1 สัญญา (Sous-titre Ier Le contrat) หมวด 4 ผลแห่งสัญญา (Chapitre IV Les effets du contrat) ส่วนที่ 1 ผลแห่งสัญญาระหว่างคู่กรณี (Section 1 Les effets du contrat entre les parties) ส่วนย่อยที่ 2 ผลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Sous-section 2 Effet translatif) มาตรา 1196 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat.”

มีความว่า “ในส่วนของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนสิทธิอื่น ๆ การโอนย่อมเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์” ทั้งนี้ หลัก solo consensu ง่ายตายแก่การปฏิบัติ เพราะเพียงแต่คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็โอนไปทันที อีกนัยหนึ่ง ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่สัญญาเกิดขึ้น¹⁷ ไม่ต้องมีแบบพิธีต่าง ๆ อันจะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปโดยล่าช้าหรืออาจโอนไปไม่ได้เลยด้วยสาเหตุเพราะทำตามแบบพิธีโอนไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นปัญหา

¹⁷Ancel, François et Fauvarque-Cosson, Bénédicté, Le nouveau droit des contrats, (Paris : LGDJ, 2019), n° 113, p.73; Genicon, Thomas, “L’abandon de la classification des obligations : quelles conséquences sur l’appréciation des effets du contrat ?,” Sous la direction de Fauvarque-Cosson, Bénédicté et Wicker, Guillaume, La réforme du droit français des contrats, Droit comparé et européen Volume 31 (Paris : Société de législation comparée, 2019), pp.145-146, 152-153; see also Helleringer, Geneviève, “The Proprietary Effects of Contracts,” Cartwright, John and Whittaker, Simon, The Code Napoléon Rewritten : French Contract Law after the 2016 Reforms, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law Volume 25 (Oregon : Hart, 2017), pp.207-212.

ที่จะไม่ปรากฏขึ้นในกฎหมายของประเทศที่ใช้ทฤษฎีสัญญาเดี่ยวในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญา กอปรกับเป็นหลักที่ตรงกันกับความรู้สึกนึกคิดของคนธรรมดาสามัญซึ่งจะเข้าใจว่า เมื่อมีการทำสัญญากัน โดยมีได้มีเงื่อนไขอื่น กรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ หลักข้างต้นยังได้คุ้มครองลูกหนี้ ผู้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นผู้เสียเปรียบ ในกรณีที่สัญญาตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะและได้มีการบอกกล่าวแล้ว ในกรณีที่ถือทฤษฎีสัญญาเดี่ยวดังเช่นกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาถึงแม้ว่า ได้มีการส่งมอบกันแล้วก็ย่อมตกคืนกลับไปยังผู้โอนทันที แต่ทว่าในทางปฏิบัติผู้โอนก็จะต้องเรียกร้อง ให้ส่งตัวทรัพย์สิน ทั้งนี้ หากผู้รับโอนไม่ยอมก็จำต้องฟ้องร้องคดีต่อศาล¹⁸

ฉะนั้น เมื่อเจตนาของคู่สัญญาตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาทันที ดังจะเห็นตัวอย่างได้ในเรื่องการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 2 การให้ (Titre II Des libéralités) หมวด 4 การให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (Chapitre IV Des donations entre vifs.) ส่วนที่ 1 แบบของการให้ ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (Section 1 De la forme des donations entre vifs.) มาตรา 938 ดังนี้

“La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu’il soit besoin d’autre tradition.”

มีความว่า “การให้ที่ (ผู้รับการให้) ยอมรับเอาแล้วย่อมสมบูรณ์โดยอาศัยการแสดงเจตนา ของคู่สัญญาแต่เพียงประการเดียว และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้อย่อมเปลี่ยนมือไปยังผู้รับการให้ โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการอย่างอื่น” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ตั้งแต่ขณะที่สัญญา ได้กระทำลงโดยถูกต้องแล้ว กรรมสิทธิ์ได้โอนไปโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยพิธีการอื่นใด¹⁹ เช่นนี้ กรณีจึงต่างกับการให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทย ดังจะได้นำเสนอบทวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังที่กล่าวมา ทั้งหมดข้างต้น ทำให้เข้าใจได้ว่า อาจเป็นที่มาของวาทกรรมทางกฎหมายที่นักกฎหมายไทยต่างคุ้นชินกันว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน”

¹⁸พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, “การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา,” บทบัญญัติ, ตอนที่ 2, เล่ม 27, น.453-454 (2513).

¹⁹อุกฤษ มงคลนาวิน, “กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส,” บทบัญญัติ, ตอนที่ 3, เล่ม 29, น.589-590 (2515).

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ตั้งแต่มาตรา 1100 ถึงมาตรา 1386-1 โดยกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไป ดังที่กล่าวมาแล้ว มีการเพิ่มเติมหลักกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง คือ บทบัญญัติแห่งมาตรา 1109 วรรคสาม ดังนี้

“Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d’une chose.”

มีความว่า *“สัญญาทางทรัพย์สินนั้นการก่อให้เกิดสัญญาตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการส่งมอบทรัพย์สิน”*

กล่าวคือ หากมิได้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญา เช่นนี้ สัญญาย่อมไม่เกิด และไม่อาจก่อความผูกพัน ทั้งในทางกฎหมายลักษณะหนี้และในทางกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ทั้งนี้ สัญญาทางทรัพย์สิน (contrat réel) ได้แก่ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญา ฉะนั้น หากมิได้ส่งมอบ สัญญานั้น ย่อมไม่สมบูรณ์ บังคับแก่กันมิได้ตามกฎหมาย เนื่องจากขาดองค์ประกอบแห่งความบริบูรณ์ของสัญญา จะกล่าวอ้างหลักเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันแล้วโดยแท้ไปว่า ได้ก่อให้เกิดสัญญาและคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาแล้วนั้นหาได้ไม่²⁰

พึงสังเกตว่า การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 4 และบรรพ 5 เมื่อทศวรรษที่แล้วทำให้ต่างกับกฎหมายโรมันเมื่อครั้งอดีตกาลก็ดี การตรวจชำระใหม่ครั้งสำคัญล่าสุดให้มีบทบัญญัติ ลักษณะหนี้หลักทั่วไปก็ดี การบัญญัติหลักการว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินด้วยการส่งมอบวัตถุ แห่งสัญญาก็ดี เช่นนี้ คงไม่ผิดมหันต์หากจะกล่าวว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีแนวโน้มที่จะโอนอ่อนผ่อนปรนหลักบางส่วนบางประการไปในทางทฤษฎีเชิงโครงสร้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

²⁰สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, *ความรู้กฎหมายทั่วไป กฎหมายในชีวิตประจำวัน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ปฐมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.361; Ancel, François et Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *supra note 17*, n° 187, p.110; Dutertre, Patrick, “La réforme du droit des contrats,” *Thammasat Law Journal*, Number 3, Volume 45, p.831 (September 2016); Lequette, Suzanne, “Le contrat, notion et classifications. Réflexions à la lumière de l’Ordonnance du 10 février 2016,” Sous la direction de Fauvarque-Cosson, Bénédicte et Wicker, Guillaume, *La réforme du droit français des contrats*, Droit comparé et européen Volume 31 (Paris : Société de législation comparée, 2019), pp.39-40; Rochfeld, Judith, “Disparition de la cause : table rase et nouveaux fondements à l’intervention du juge (adhésion, dépendance, erreur) ?,” Sous la direction de Fauvarque-Cosson, Bénédicte et Wicker, Guillaume, *La réforme du droit français des contrats*, Droit comparé et européen Volume 31 (Paris : Société de législation comparée, 2019), p.96; พึงสังเกตว่า นโปเลียน ได้รวบรวมจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีเดียวกันกับกฎหมายตราสามดวงได้ชำระรวบรวมเสร็จ ทว่ากฎหมายไทยโบราณมิได้เขียนตามทฤษฎีแต่อย่างใด ดู เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *กฎหมายสมัยอยุธยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.25, 69.

3.1.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งอื่นที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1804 ได้กลายเป็นศูนย์กลางความสนใจของนักกฎหมายและนักคิดส่วนใหญ่ในยุโรปและเข้ามาแทนที่ *diritto comune* (European common law)²¹ ซึ่งเป็นกฎหมายสามัญของยุโรปที่ไม่ปรากฏรูปแบบและขอบเขตของเนื้อหาที่แน่ชัด อิทธิพลของจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 1 (Primo Impero francese) ภายใต้การปกครองของจักรพรรดินโปเลียนที่ 1 ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับการบังคับใช้ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในดินแดนของยุโรปที่ฝรั่งเศสเข้ายึดครอง และด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสพยายามแสดงให้เห็นถึงความคิดของยุคเรืองปัญญา (illuminismo) อันเป็นกระแสความคิดที่ผลักดันให้เกิดการจัดทำประมวลกฎหมาย (codificazione) กล่าวคือ ขจัดความคิดของโลกเก่าในสมัยกลางออกไป

ฉะนั้น เมื่อราชอาณาจักรอิตาลี (Regno d'Italia) ตัดสินใจจะจัดทำประมวลกฎหมายนักกฎหมายอิตาลีก็เลือกที่จะเลียนแบบรูปแบบของประมวลกฎหมายที่ทรงอิทธิพลแพร่หลายมากที่สุด ในขณะนั้น คือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีรูปแบบมาจาก *Institutiones* ของจักรพรรดิจัสติเนียน (Justiniano I; ค.ศ. 482-565) ซึ่งชาวอิตาลีรู้จักกันเป็นอย่างดี ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี²² ค.ศ. 1865 (Codice civile italiano del 1865; Codice Pisanelli) มีโครงสร้างตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังนี้

- (1) บรรพ 1 บุคคล (Libro Primo. Delle persone)
- (2) บรรพ 2 ทรัพย์สิน, กรรมสิทธิ์ และการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ (Libro Secondo. Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni)
- (3) บรรพ 3 การได้มาและการโอนกรรมสิทธิ์ รวมทั้งทรัพย์สินอื่น ๆ (Libro Terzo. Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose)

กฎหมายลักษณะทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับข้างต้น เป็นผลสะท้อนจากการตอบโต้ของยุคเรืองปัญญาและลัทธิเสรีนิยมต่อการครอบงำและเอกสิทธิ์ในระบบเจ้าขุนมูลนาย

²¹Dawson, John Philip, *The Oracles of the Law*, (New York : William S. Hein, 1986), pp.124-125; Wieacker, Franz, *A History of Private Law in Europe*, translated by Weir, Tony (Oxford : Clarendon Press, 1995), pp.28-30.

²²มิได้ใช้คำว่า "อิตาเลียน" เพราะเป็นไวยากรณ์อังกฤษ ไม่ควรจะเอามาใช้ในภาษาไทย ดู อุปกิตติสาร (นิยม กาญจนาคิวะ), พระยา, *ปาฐกถา หลักภาษาไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : แม่โพสพ, 2548), น.102-103.

(feudalesimo) ทั้งนี้ เพื่อต้องการทำลายความคิดของระบบเจ้าขุนมูลนายที่ Charlemagne (Carlo Magno) ได้สร้างระบบความจงรักภักดีโดยการมอบที่ดินให้แก่ลูกน้องที่จงรักภักดีได้ทำกิน ที่ดินนั้นก็ยังเป็นกรรมสิทธิ์ส่วนตัวของจักรพรรดิ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีนี้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กล่าวคือ ต้องการทำลายความคิดในระบบเจ้าขุนมูลนาย และการสร้างระบบกรรมสิทธิ์ที่เป็นของปัจเจกบุคคล เป็นสาระสำคัญของประมวลกฎหมาย ปัจเจกบุคคลผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มีอำนาจเหนือตัวทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดที่สุดและแต่เพียงผู้เดียวมีอยู่อย่างเต็มเปี่ยมมากที่สุด โดยมีได้อ่อนไหวต่อภายนอกภายใต้แนวโน้มที่ความคิดในเรื่องของ erga omnes คือ การแยกบุคคลออกมาอย่างโดดเดี่ยวทั้งจากอำนาจทางการเมืองและกลุ่มสังคม เจ้าของกรรมสิทธิ์มีเสรีภาพที่ไม่จำกัดในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตน เสรีภาพที่จะไม่ถูกจำกัด หลังจากนั้น ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งใหม่โดยผนวกรวมกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์เข้าด้วยกัน ซึ่งนับเป็นประเทศเดียวในยุคนี้ที่เปิดมิติใหม่ให้ต่างกับประเทศเพื่อนบ้านในภาคพื้นยุโรป²³

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (Codice civile italiano) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ. 1942 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1942 เป็นต้นไป จึงเป็นผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1865 อันเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับเดิมได้ถูกยกเลิกไป ในการนี้ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 2,969 มาตรา โดยแบ่งโครงสร้างออกเป็น 6 บรรพดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 บุคคลและครอบครัว (Libro Primo. Delle persone e della famiglia)
- (2) บรรพ 2 มรดก (Libro Secondo. Delle successioni)
- (3) บรรพ 3 กรรมสิทธิ์ (Libro Terzo. Della proprietà)
- (4) บรรพ 4 หนี้ (Libro Quarto. Delle obbligazioni)
- (5) บรรพ 5 แรงงาน (Libro Quinto. Del lavoro)
- (6) บรรพ 6 การคุ้มครองสิทธิ (Libro Sesto. Della tutela dei diritti)

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีไม่มีบรรพว่าด้วยหลักทั่วไป (Parte generale) แยกออกมาเป็นเอกเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม (negozio giuridico)²⁴ ดังที่ปรากฏ

²³ ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.339.

²⁴ Alpa, Piero Guido and Zeno-Zencovich, Vincenzo, Italian Private Law, The University of Texas at Austin Studies in Foreign and Transnational Law (Oxon : Routledge-Cavendish, 2007), p.159.

ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นอาทิ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในเชิงโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่า มีการรับอิทธิพลทางความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันพอสมควร²⁵

ในส่วนของบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บรรพ 3 กรรมสิทธิ์ ลักษณะ 2 เจ้าของกรรมสิทธิ์ (Titolo II Della proprietà) หมวด 3 วิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (Capo III Dei modi di acquisto della proprietà) มาตรา 922 ว่าด้วยวิธีการได้มา (Modi di acquisto) ซึ่งบัญญัติว่า

“La proprietà si acquista . . . per effetto di contratti, . . .”

มีความว่า *“กรรมสิทธิ์อาจได้มา . . . โดยผลแห่งสัญญา . . .”* กอปรกับบทบัญญัติในบรรพว่าด้วยหนี้ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในบรรพว่าด้วยกรรมสิทธิ์ข้างต้น ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บรรพ 4 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญาทั่วไป (Titolo II Dei contratti in generale) หมวด 5 ผลแห่งสัญญา (Capo V Degli effetti del contratto) ส่วนที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Sezione I Disposizioni generali) มาตรา 1376 ว่าด้วยสัญญาในแง่ผลทางทรัพย์สิน (Contratto con effetti reali) ซึ่งบัญญัติว่า

“Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.”

มีความว่า *“ในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือเป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินหรือโอนสิทธิใด ๆ ท่านว่า กรรมสิทธิ์หรือสิทธินั้น ๆ ย่อมโอนไปและได้มาโดยอาศัยอำนาจแห่งความยินยอมของคู่สัญญาที่แสดงออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย”*

จะเห็นได้ว่า บทกฎหมายทั่วไปข้างต้นกำหนดให้เพียงแค่นี้ก็มีการตกลงกันอันถือเป็นเหตุแห่งการโอนก็เพียงพอที่จะโอนกรรมสิทธิ์แล้ว ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากนักนิติศาสตร์ชาวดัตช์นามอูโก โยเซฟ Hugo Grotius (ค.ศ. 1583-1645) ซึ่งได้แสดงทรรศนะไว้ในหนังสือว่าด้วยกฎหมายแห่งสงครามและสันติภาพ (De iure belli ac pacis) โดยได้วิพากษ์หลักการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบในกฎหมายโรมันเอาไว้ และเสนอแนะให้หันมายอมรับหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลแห่งเจตนา ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติยิ่งกว่า²⁶ หลังจากนั้น

²⁵Lucarelli, Francesco, *Diritti civili e istituti privatistici*, (Padova : Cedam, 1983), p.17ss.

²⁶Grotius, Hugo [Hugo de Groot], *De iure belli ac pacis*, libri tres (New Jersey : The Lawbook Exchange, 2008), Lib. II Cap. XII § XV, 1 : p.269.

อิทธิพลทางความคิดดังกล่าวได้แผ่ขยายไปยังประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีจนกระทั่งสมาทานรับกันว่า ธรรมเนียมในทรัพย์สินไปโดยสัญญาอันเป็นสิทธิเรียกร้องทางหนี้ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ เป็นเรื่องเดียวกันกับความสมบูรณ์ของสัญญา ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสและนักกฎหมายอิตาลี จำนวนมากจึงไม่ยอมรับหลักนิติกรรมลอย²⁷ อันเป็นหลักการที่ปรากฏอย่างเด่นชัดในทางนิติศาสตร์เยอรมัน

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลียังมีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพ ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ออกจากกัน กอปรกับหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญามีบทบัญญัติทั้งในทางทรัพย์สิน และในทางหนี้อันเป็นบทกฎหมายทั่วไปที่สอดคล้องกัน²⁸ กรณีจึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยซึ่งแม้จะแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกันก็ตาม แต่ทว่ามิได้มีการ บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อนึ่ง ประมวล กฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับหลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยครบถ้วนทั้ง 6 บรรพ ไปแล้วเนิ่นนานเป็นระยะเวลาเกือบทศวรรษ ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายไทยบางส่วนจึงมีความสนใจในระบบกฎหมายแพ่งอิตาลี ทั้งนี้ นักกฎหมายไทยที่มีชื่อเสียง ซึ่งสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากสาธารณรัฐอิตาลี (Repubblica Italiana) เช่น ศาสตราจารย์พิเศษ²⁹ ดร.อักษราทร จุฬารัตน ศาสตราจารย์³⁰ ดร.ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์ (หยกอุบล) และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฉันทิชย์ โสทธิพันธ์ (พ.ศ. 2501-2548) ฯลฯ

²⁷ รongพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป The Allgemeiner Teil, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น.73.

²⁸ Franzoni, Massimo, Degli effetti del contratto, Il Codice Civile Commentario : Integrazione del contratto Suoi effetti reali e obbligatori (artt. 1374-1381), 2° edizione, 2 volumi (Milano : Giuffrè, 2013), Volume II : p.343ss; Ruperto, Cesare, La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina, Libro IV Delle obbligazioni (artt. 1362-1424), 33 volumi (Milano : Giuffrè, 2011), p.183ss.

²⁹ มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษ ในภาควิชากฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 13 มีนาคม 2535 เป็นต้นไป ตามประกาศ สำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 25 มีนาคม 2535; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 44 น.3864 วันที่ 2 เมษายน 2535

³⁰ มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ในสาขาวิชานิติศาสตร์ สังกัดภาควิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2554 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนในสถาบัน

3.2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

แนวความคิดทางปรัชญาตั้งแต่ราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาถึงคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นแนวความคิดที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Naturrechtsschule) มีการวิพากษ์วิจารณ์ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่ครอบงำแนวความคิดทางกฎหมายมาตลอดห้วงเวลายาวนานนับสหัสวรรษอย่างแหลมคมในหลายแนวทาง ทั้งจากวิธีคิดที่มองกฎหมายในแง่พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันไปในชนแต่ละชาติ และจากวิธีคิดแบบวิพากษ์ที่ชี้ให้เห็นความแตกต่างของโลกแห่งความเป็น (Sein) และโลกแห่งความควรจะต้องเป็น (Sollen) รวมถึงข้อถ้อยของแนวความคิดแบบกฎหมายธรรมชาติที่พยายามแสวงหาสิ่งที่ควรจะต้องเป็นจากสิ่งที่เป็นอยู่ นอกจากนี้ คริสต์ศตวรรษที่ 19 ยังเป็นศตวรรษที่แนวความคิดของสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Rechtspositivismus; positivisme juridique) มีบทบาทมากขึ้น และยังเป็นศตวรรษที่ทฤษฎีเกี่ยวกับการสูญสิ้นไปของกฎหมายในสังคมที่ปราศจากชนชั้นปรากฏตัวขึ้นอีกด้วย กล่าวได้ว่า ในศตวรรษนี้แนวความคิดทางนิติปรัชญาปรากฏตัวขึ้นอย่างหลากหลายที่สุด³¹

ก่อนที่จะมีการรวมเยอรมันเข้าเป็นปึกแผ่นและสถาปนาเป็นจักรวรรดิเยอรมัน (Deutsches Reich) เมื่อ ค.ศ. 1871 ดินแดนแคว้นแคว้นเยอรมันยังแบ่งแยกออกเป็นแคว้นเล็กแคว้นน้อยจำนวนมากในแต่ละพื้นที่ต่างก็มีระบบกฎหมายของตนเป็นเอกเทศ โดยมีระบบกฎหมายโรมันซึ่งนักวิชาการนิติศาสตร์ได้พัฒนาและสั่งสอนกันในวงวิชาการอย่างต่อเนื่อง เรียกว่า “gemeines Recht” หรือ “ius commune” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของเยอรมัน ณ ห้วงเวลานั้น ความพยายามจัดทำประมวลกฎหมาย (Kodifikation) ก่อให้เกิดการโต้แย้งทางความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแบ่งแยกเป็น 2 แนวความคิด ได้แก่ แนวความคิดหนึ่งนำโดย Anton Friedrich Justus Thibaut (ค.ศ. 1772-1840) ซึ่งเรียกร้องให้จัดทำประมวลกฎหมายตามแบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอันเป็นผลงานทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยนำแนวความคิดเสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ (Liberté, Égalité, Fraternité) อันเป็นแนวความคิดประชาธิปไตยมาเผยแพร่อย่างจริงจัง อีกทั้งเพื่อจะได้นำประมวลกฎหมายมาใช้แทนกฎหมายท้องถิ่นต่าง ๆ ที่มีอยู่อย่างมากมายในขณะนั้น จะทำให้ชนชาติเยอรมันซึ่งแตกกระจัดกระจายได้รวมเป็นชาติหนึ่งเดียวด้วยการดำรงอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน ส่วนอีกแนวความคิดหนึ่งนำโดย Friedrich Carl von Savigny (ค.ศ. 1779-1861) โต้แย้งแนวความคิดแรกด้วยการเขียนบทความคัดค้านซึ่งมีชื่อว่า “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”

อุดมศึกษา ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2556; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอนพิเศษ 73 ง น.15 วันที่ 20 มิถุนายน 2556

³¹วเรจตัน ภาศิริรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.333.

(ภารกิจทางนิติบัญญัติและทางนิติศาสตร์ในปัจจุบัน) มีใจความว่า กฎหมายมิใช่สิ่งที่มนุษย์จะสร้างขึ้นได้ตามใจชอบ การจัดทำประมวลกฎหมายให้สำเร็จและยั่งยืนได้นั้น ไม่อาจลอกเลียนแบบกฎหมายของชาติอื่นได้ เพราะกฎหมายมีลักษณะเฉพาะตามแต่ละชนชาติ ทว่าต้องเกิดจากการศึกษาค้นคว้า วิเคราะห์ แยกแยะ และพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ให้สอดคล้องกับจิตใจหรือจิตวิญญาณของชนชาติ (Volkgeist) เสียก่อนแล้วจึงนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายในรูปแบบประมวลกฎหมาย ปรากฏว่า ความเห็นของ Savigny เป็นที่ยอมรับในเยอรมัน ทำให้นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันใช้เวลาศึกษาค้นคว้าปรุงแต่งกฎหมายจากจิตวิญญาณของชนชาติเยอรมันร่วมศตวรรษ

หลังจากที่มีการสถาปนาจักรวรรดิเยอรมันเมื่อ ค.ศ. 1871 ได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันขึ้น ทว่าในห้วงเวลานั้นรัฐธรรมนูญ (Verfassung des Deutschen Reichs; Bismarcksche Reichsverfassung) บัญญัติรับรองให้จักรวรรดิมีอำนาจนิติบัญญัติเฉพาะแต่ในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายพาณิชย์ (Handelsrecht) ฉะนั้น การจัดทำประมวลกฎหมายจึงต้องชะลอไว้จนกว่าจะได้แก้ไขรัฐธรรมนูญให้จักรวรรดิเยอรมันมีอำนาจจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเสียก่อน หลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญสำเร็จเมื่อ ค.ศ. 1873 ก็ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายขึ้นโดยใช้ระยะเวลาดำเนินการยาวนานถึง 22 ปี รัฐสภาแห่งจักรวรรดิ (Reichstag) ได้พิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งสำเร็จและประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 1896 โดยกำหนดมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 เป็นต้นไป เรียกว่า “Bürgerliches Gesetzbuch” แนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายของ Savigny ดังกล่าวเรียกว่า ความคิดสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งได้รับการยกย่องว่า เป็นผลงานทางนิติศาสตร์ชั้นสูงในคริสต์ศตวรรษที่ 19³² ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีลักษณะพิเศษต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื่องจากมิได้เกิดขึ้นจากประวัติศาสตร์ ความคิดที่จะเลิกล้มสิ่งเก่า ๆ ที่มีอยู่ดังเช่นในฝรั่งเศส ทว่าความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ได้มีอิทธิพลต่อความคิดของกฎหมายว่า ส่วนสำคัญของกฎหมายอยู่ที่กฎหมายประเพณี (Gewohnheitsrecht) ซึ่งค่อย ๆ เจริญงอกงาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงมิได้เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายประเพณี ถือว่ามีได้มีบทบัญญัติใดห้ามมิให้ใช้จารีตประเพณี โดยถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (Rechtsquelle) หากไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็ต้องใช้กฎหมายประเพณีบังคับแทน อย่างไรก็ตาม การที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยอมรับให้ใช้จารีตประเพณีนั้น มิได้บัญญัติไว้โดยตรงเหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 1 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 แต่อย่างใด

³²ฉันทิชย์ โสคติพันธ์, “Corpus iuris และการพัฒนาของวิชานิติศาสตร์ในยุโรป,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 21, น.548 (ธันวาคม 2534); และดู Störig, Hans Joachim [ชเตอริก, ฮันส์ โยอาคิม], “ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19,” แปลโดย วรวิทย์ กนิษฐะเสน, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 9, น.48-83 (มิถุนายน 2520).

ทั้งนี้ เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติวิธี (juristische Methode) นักกฎหมายเยอรมันย่อมทราบกันเป็นอย่างดี จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติ กอปรกับมีความประสงค์ให้ประมวลกฎหมายปรากฏซึ่งกฎหมาย มิใช่เป็นทั้งกฎหมาย และคำอธิบายพร้อมกันไปด้วย³³ อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติจำนวนทั้งสิ้น 2,385 มาตรา แบ่งออกเป็น 5 บรรพ คือ บรรพ 1 หลักทั่วไป (Buch 1 Allgemeiner Teil) บรรพ 2 หนี้ (Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse) บรรพ 3 ทรัพย์สิน (Buch 3 Sachenrecht) บรรพ 4 ครอบครัว (Buch 4 Familienrecht) และบรรพ 5 มรดก (Buch 5 Erbrecht) นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีลักษณะพิเศษในแง่ของการแบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมิได้แบ่งแยกเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนแต่ประการใด ทั้งสิ้น และพึงสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีภาคทั่วไปอันเรียกได้ว่า เป็นบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งปรากฏเป็นบรรพ 1 ส่วนบทบัญญัติอีก 4 บรรพนั้นเป็นบทกฎหมายเฉพาะ กล่าวได้ว่า ระบบและโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นประมวลกฎหมายที่ละเอียดลออและสมบูรณ์ที่สุดในการแบ่งระบบ รวมถึงการใช้ศัพท์และเทคนิคทางนิติบัญญัติเท่าที่เคยมีมา³⁴ นับว่าเป็นผลพวงแห่งความสูงงอมทางวิชาการนิติศาสตร์ของเยอรมัน เป็นระบบที่สอดคล้องต้องกัน (Harmonisierung) ทว่าภาษาที่ใช้เป็นภาษากฎหมายขั้นสูงที่คนทั่วไปเข้าใจได้ยาก (Fachbegriff; terminus technicus) ในแง่นี้จึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัด³⁵

โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นระบบสัญญาคู่ (two-agreement system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง traditio กล่าวคือ ระบบสัญญาคู่ถือว่า สัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่อง กับสัญญาทางหนี้ โดยสัญญาทางหนี้มีผลแต่เพียงก่อตั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ขึ้นระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์นั้นจะโอนไปก็ต่อเมื่อมีการทำนิติกรรมอีกชั้นหนึ่งตามมา³⁶ คือ ข้อตกลงและส่งมอบทรัพย์สิน (traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur) ทั้งนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาหรือการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินซึ่งจัดว่าเป็นนิติกรรมที่แยกเป็นอิสระจากนิติกรรมทางหนี้อันเป็นแต่เพียงนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันในการโอนกรรมสิทธิ์ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์เป็นนิติกรรมลอย³⁷ กล่าวคือ มีผลเป็นอิสระแยกต่างหาก

³³หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14*, น.26.

³⁴ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.115.

³⁵มาร์แชล, โวล์ฟกัง ฟร็อยเฮร์ ฟอน [Marschall, Wolfgang Freiherr von], “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย,” แปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 26, น.127 (มีนาคม 2539).

³⁶วิชญ์ เจริญธรรม, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13*, น.970-971.

³⁷ดูรายละเอียดที่ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 19, น.78-102 (มิถุนายน 2532).

จากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ อีกทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์กันและมีการส่งมอบทรัพย์สินกัน (หลักการโอนกรรมสิทธิ์ ด้วยการส่งมอบ) ในกรณีนี้ การแบ่งแยกนิติกรรมทางทรัพย์สินและนิติกรรมทางหนี้ทำให้สามารถพิจารณานิติกรรม ทางหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ใดคนหนึ่ง ส่วนนิติกรรมทางทรัพย์สินนั้นก็พิจารณาตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน อีกโสดหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้โอนอาจตกลงโอนทรัพย์สินที่ตนยังมีได้เป็นเจ้าของก็ได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์ ยังไม่เปลี่ยนมือไป สัญญานี้ก็สมบูรณ์ และยังได้ผลดีในการคุ้มครองบุคคลภายนอก คือ แม้นิติกรรมทางหนี้ ไม่สมบูรณ์ แต่นิติกรรมทางทรัพย์สินสมบูรณ์ และในระหว่างนั้นบุคคลภายนอกก็ย่อมได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ เป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไป และมีผลดียิ่งในวงการธุรกิจ³⁸ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการได้มา ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 3 กรรมสิทธิ์ (Abschnitt 3 Eigentum) หมวด 3 การได้มาและการสูญเสียกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Titel 3 Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen) ส่วนที่ 1 การโอนทรัพย์สิน (Untertitel 1 Übertragung) มาตรา 929 ว่าด้วยข้อตกลงและการส่งมอบ (Einigung und Übergabe) ซึ่งบัญญัติว่า

“Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

มีความว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน ให้แก่ผู้รับโอน และคู่กรณีทั้งสองตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป แต่หากทรัพย์สินอยู่ในความครอบครอง ของผู้รับโอนอยู่แล้ว เพียงการตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปก็เป็นอันเพียงพอ” จะเห็นได้ว่า ตามมาตรานี้ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ย่อมโอนไปยังผู้รับโอน เมื่อเจ้าของทรัพย์สินผู้โอนได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย ได้ตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนจากฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง³⁹ ทั้งนี้ ตามกฎหมาย

³⁸พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 18*, น.456-458.

³⁹จิตติ ดิงศภักดิ์, “ได้ทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิโอน,” *บทบัญญัติ*, ตอนที่ 4, เล่ม 27, น.842-843 (2513); หยุต แสงอุทัย, “การได้ทรัพย์สินสิทธิในสังหาริมทรัพย์,” *นิติสาส์น*, แผนกสามัญ, เล่ม 10, ปีที่ 15, น.25 (ตุลาคม 2485); หยุต แสงอุทัย, “ปัญหาการแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 15, น.172 (กันยายน 2528); vgl. Prokati, Kittisak, “Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht,” (Magister iuris comparativi

แพ่งเยอรมัน การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเป็นไปตามหลักการส่งมอบ ทว่ากฎหมายแพ่งเยอรมันก็ยอมรับข้อยกเว้นบางประการที่ทำให้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาได้อาศัยเจตนาของคู่กรณี แม้จะมีได้มีการส่งมอบกันในเชิงความเป็นจริงเลยก็ตาม เช่นนี้ นักกฎหมายชาวเยอรมันนามอูโฆซ Philipp Nicolai von Heck (ค.ศ. 1858-1943) จึงกล่าวว่า

“Die Tradition gilt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren.”⁴⁰

มีความว่า “ตามกฎหมายเยอรมันนั้น กรรมสิทธิ์ย่อมโอนด้วยการส่งมอบก็เฉพาะแต่ในกรณี que คู่กรณีมิได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น” กรณีจึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งแม้ในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหาจะแสดงออกถึงหลักการทางทฤษฎีไปในทางประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมากพอสมควรก็ตาม แต่ทว่ากลับไม่มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งอื่น ๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

3.2.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งอื่นที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

นับตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา แนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นที่แพร่หลายและได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (Schweizerisches Zivilgesetzbuch; Code civil suisse; Codice civile svizzero) เป็นผลงานทางนิติศาสตร์ที่ได้รับการยกย่องจาก Josef Kohler (ค.ศ. 1849-1919) นักวิชาการนิติศาสตร์ชาวเยอรมันนามอูโฆซกล่าวไว้ว่า

die größte und bedeutendste Tat, welche die Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte zu verzeichnen hat⁴¹

มีความว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสถือเป็นผลงานทางนิติบัญญัติที่ยิ่งใหญ่และสำคัญที่สุดในรอบทศวรรษ” นอกจากนี้ Franz Wieacker (ค.ศ. 1908-1994) นักวิชาการทางนิติศาสตร์ชาวเยอรมันอีกคนหนึ่งได้กล่าวถึงผลงานของ Eugen Huber (ค.ศ. 1849-1923) ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสไว้ว่า

(magna cum laude), Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987), S.13ff.

⁴⁰Heck, Philipp Nicolai von, Grundriß des Sachenrechts, (Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930), § 56, 11.

⁴¹Kohler, Josef, “Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch,” Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes, Band V, 1ff (1913).

reifste Frucht der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Gesetzesgestalt⁴²

มีความว่า “ถือเป็นดอกผลที่บานสะพรั่งที่สุดแห่งวิชาการนิติศาสตร์เยอรมัน ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 อันปรากฏออกมาในรูปของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จึงกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นประมวลกฎหมายที่มีอิทธิพลในแง่ความเป็นแบบอย่างของการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งในยุคต่อมา ถึงขนาดที่นักวิชาการทางนิติศาสตร์เยอรมันได้ยกย่องให้เป็นตัวจุดประกายการจัดทำประมวลกฎหมายและการรับเอาหลักกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป อาจสำคัญเสียยิ่งกว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วยซ้ำไป อนึ่ง ดังที่ทราบกันบ้างแล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นหนึ่งในแม่แบบสำคัญเมื่อครั้งที่สยามได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 (ฉบับ พ.ศ. 2468) รวมไปถึงบรรพ 3 (ฉบับ พ.ศ. 2471) และเตรียมจัดทำบทบัญญัติแห่งบรรพ 4 ทั้งนี้ เหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้รับการยกย่องดังตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีสาเหตุมาจากวิธีการร่างและร้อยเรียงถ้อยคำให้ออกมาเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเรียบง่าย ยืดหยุ่น ไม่ตายตัว และมีได้พิสดารพันลึก ขณะเดียวกันก็แสดงถึงความชัดเจนเป็นระบบระเบียบในทางวิชาการ โดยได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ประสมประสานเข้ากันกับความคิดทางวิชาการนิติศาสตร์อย่างลงตัว กล่าวคือ มิได้เป็นความทั่วไปจนยากแก่การถอดความดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และมีได้ละเอียดลออเป็นความทางวิชาการนิติศาสตร์ชั้นสูงจนยากแก่การจะเข้าถึงโดยคนธรรมดาสามัญดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1907 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912 เป็นต้นไป โดยประมวลกฎหมายแพ่งประเทศนี้มีลักษณะเป็นระบบเป็นตรรกะ กระชับ เข้าใจง่าย เพราะใช้ภาษาธรรมดาสามัญ เน้นในเรื่องการวางหลักทั่วไปและมีเจตจำนงในการไม่วางหลักเกณฑ์รายละเอียดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ความครบถ้วนโดยปราศจากช่องว่างเพื่อเปิดช่องให้ศาลและนักวิชาการทางนิติศาสตร์ได้มีส่วนในการพัฒนาคลี่คลายตัวของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัญหาเฉพาะเรื่องได้

ทั้งนี้ ในแง่ของความเป็นระบบทางวิชาการนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดำเนินตามแบบอย่างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งอาจถือกันว่าเป็นประมวลกฎหมายที่มีลักษณะเป็นวิชาการมากที่สุดในห้วงเวลานั้นเป็นหลัก ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสอาจแบ่งออกได้เป็น 5 บรรพ ตามแบบวิธีการแบ่งแยกหมวดหมู่กฎหมายตามหลักวิชานิติศาสตร์โรมันสมัยใหม่

⁴²Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage (Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), art. 26 | 3.

(Pandektenwissenschaft) ทว่าเรียงลำดับต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ เริ่มต้นด้วยอารัมภบท (Einleitung; Titre préliminaire; Titolo preliminare) แล้วตามด้วยบรรพ 1 บุคคล (Das Personenrecht; Droit des personnes; Del diritto delle persone) บรรพ 2 ครอบครัว (Das Familienrecht; Droit de la famille; Del diritto di famiglia) บรรพ 3 มรดก (Das Erbrecht; Des successions; Del diritto successorio) บรรพ 4 ทรัพย์สิน (Das Sachenrecht; Des droits réels; Dei diritti reali) และปัจฉิมบท (Anwendungs- und Einführungsbestimmungen; De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil; Dell'entrata in vigore e dell'applicazione del Codice civile) อันเป็นบทกฎหมายพิเศษเพื่อนำเอาประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส (Obligationenrecht; Droit des obligations; Diritto delle obbligazioni) มาผนวกเป็นบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1911 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912 เป็นต้นไป พร้อมกันกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิสข้างต้น⁴³ อนึ่ง สาธารณรัฐตุรกี (Türkiye Cumhuriyeti) ได้รับเอาประมวลกฎหมายแพ่งสวิสทั้งหมดมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายแพ่งตุรกี (Türk Kanunu Medenisi) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1926 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2001

ในแง่คุณค่าทางการปฏิบัติ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้รับการยกย่องจากนักวิชาการทางนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่ว่า มีคุณค่าเหนือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁴ การใช้สำนวนภาษาในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสนับว่า เปี่ยมด้วยอานูภาพและมีชีวิตชีวา มิได้เป็นภาษาวิชาการที่ฟังกายดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁵ อีกทั้งหลีกเลี่ยงการอ้างอิงบรรดาตัวบทมาตราที่ย้อนส่งกันไปมาในแบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เพื่อป้องกันความสับสน และใช้วิธีระบุหัวข้อของแต่ละมาตรากำกับไว้แทนบทบัญญัติต่าง ๆ มักจะมีข้อความที่สั้นกระชับ ทั้งไม่เป็นนามธรรมมากจนเกินไป จึงเป็นผลให้บทบัญญัติ

⁴³Voy. Scyboz, Georges et Gauthier, Jean, Code civil suisse et Code des obligations, 10^e édition (Lausanne : Librairie Payot, 1967), pp.9-22; อนึ่ง ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิสได้รับการแปลเป็นภาษาไทยไปแล้ว จำนวน 465 มาตรา ปรากฏในวารสารนิติศาสตร์แผนกสามัญตั้งแต่ฉบับเดือนเมษายน พ.ศ. 2477 ถึงฉบับเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2478 แต่ข้าพเจ้าคาดว่า คงจะมีนักศึกษากฎหมายจำนวนมากไม่ทราบ ช่างน่าเสียดายยิ่งนักในการพลาดโอกาสที่จะศึกษาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส

⁴⁴Gmür, Rudolf, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, (Bern : Stämpfli, 1965), S.11.

⁴⁵Wieacker, Franz, *supra note 42*, art. 26 I 3.

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะยืดหยุ่นและเป็นหลักทั่วไปเสียส่วนใหญ่ มิได้วางหลักเกณฑ์ให้ละเอียดพิสดารครอบคลุมอย่างครบถ้วนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพื่อเปิดช่องให้กฎหมายพัฒนาและคลี่คลายตัวอย่างเป็นไปตามธรรมชาติและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับสำนักทางกฎหมายในสังคมให้มากที่สุด⁴⁶

ในส่วนของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินแห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มีลักษณะทั่วไปคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น เรื่องครอบครอง กรรมสิทธิ์ หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต ฯลฯ อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสยังได้รับแนวความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องการแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีเช่นกัน โดยปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 กรรมสิทธิ์ (Erste Abteilung. Das Eigentum; Première partie. De la propriété; Parte prima. Della proprietà) หมวด 20 กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Zwanzigster Titel. Das Fahrniseigentum; Titre vingtième. De la propriété mobilière; Titolo ventesimo. Della proprietà mobiliare) มาตรา 714 ดังนี้

“Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.

Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.” (Deutsch)

“La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.

Celui qui, étant de bonne foi, est mis à titre de propriétaire en possession d’un meuble en acquiert la propriété, même si l’auteur du transfert n’avait pas qualité pour l’opérer; la propriété lui est acquise dès qu’il est protégé selon les règles de la possession.” (français)

⁴⁶ดูรายละเอียดได้ที่ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส : ความเป็นมาและลักษณะที่น่าสนใจบางประการ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 16, น.83-99 (กันยายน 2529).

“Per la trasmissione della proprietà mobiliare è necessario il trasferimento del possesso all’acquirente.

Chi riceve in buona fede una cosa mobile in proprietà ne diventa proprietario anche se l’alienante non aveva diritto di trasmettere la proprietà, purché il possesso della cosa sia garantito all’acquirente secondo le regole del possesso.” (italiano)

มีความว่า “การส่งมอบให้ครอบครองทรัพย์สินเป็นการจำเป็นแก่การโอนกรรมสิทธิ์
ในสังหาริมทรัพย์

ผู้ซึ่งได้รับโอนสังหาริมทรัพย์ด้วยการเข้าครอบครองโดยสุจริต ถือว่าได้กรรมสิทธิ์
ในทรัพย์สินนั้น ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินนั้นมาจะไม่มีอำนาจกระทำการนั้นได้ก็ตาม กรรมสิทธิ์ที่ได้รับมานั้น
ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติว่าด้วยการครอบครอง”

จะเห็นได้ว่า ในแง่การโอนสังหาริมทรัพย์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสยังเปิดช่อง
ให้คิดต่อไปได้อีก ซึ่งมีประเด็นปัญหาว่า นอกเหนือไปจากการส่งมอบการครอบครองแล้ว จำต้องมีการ
ตกลงทางทรัพย์สิน (dingliche Einigung) กันด้วยหรือไม่ และมีปัญหาต่อไปอีกว่า ข้อตกลงทางทรัพย์สิน
จะเป็นสิ่งที่ “ลอย” หรือ “พรากจากเหตุ” (abstrakt) ด้วยหรือไม่ ในเรื่องนี้ Eugen Huber ผู้ร่าง
ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสและอยู่ใกล้ชีวิตวงการที่ได้เถียงปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน
ก็ตั้งใจให้เป็นปมปัญหาไว้ให้ถกเถียงกันอย่างเห็นได้ชัด ตามความคิดของ Eugen Huber นั้นเห็นว่า
กรณีที่เป็นปัญหาเหล่านี้ย่อมมีลักษณะผิดแผกแตกต่างกันไปได้ตามแต่สภาพการณ์และข้อเท็จจริง
ตามส่วนได้ส่วนเสียของผู้เกี่ยวข้อง และตามเจตนาของคู่กรณี ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ควรแก่การบัญญัติกฎหมาย
ในลักษณะกำหนดกฎเกณฑ์ตายตัวลงไปในทางใดทางหนึ่ง⁴⁷ หลังจากได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมาย
แพ่งสวิสแล้ว นักวิชาการนิติศาสตร์ทั้งหลายของสวิสก็ได้ถกเถียงปัญหาเรื่องนี้กันอย่างเอาจริงเอาจัง
แต่ก็ยังไม่มียุติที่ลงรอยกันได้ อย่างไรก็ตามก็คิดว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะทั่วไป
คล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสต่างกับประมวลกฎหมายอื่น ๆ ในข้อที่สำคัญ คือ
ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมิได้เป็นผลงานของคณะกรรมการที่จะประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายคน
ดังเช่นในประเทศอื่น หากแต่เป็นผลงานภาษาเยอรมันของ Eugen Huber เพียงผู้เดียว ซึ่งได้มีการ

⁴⁷Vgl. Rümelin, Max Friedrich Gustav, Eugen Huber, Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1923, (Tübingen : J.C.B. Mohr, 1923), S.51.

ถอดความเป็นภาษาฝรั่งเศสโดย Virgile Rossel (ค.ศ. 1858-1933) และถอดความเป็นภาษาอิตาลีโดย Brenno Bertoni (ค.ศ. 1860-1945) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงเป็นประมวลกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ 3 ภาษา ได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี โดยให้บทบัญญัติในแต่ละภาษามีค่าบังคับเท่าเทียมกัน⁴⁸ การบัญญัติกฎหมายโดยเลือกใช้ถ้อยคำสำนวนให้มีน้ำหนักและความหมายเท่าเทียมกันทั้ง 3 ภาษา โดยเฉพาะการใช้ภาษากฎหมายชั้นสูงนั้นนับเป็นเรื่องที่ยากลำบากอย่างยิ่ง ฉะนั้น การเล็งมาใช้ภาษาธรรมดาทั่วไปจึงทำให้การร่างกฎหมายง่ายตายมากยิ่งขึ้น

จะเห็นได้ว่า ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ต่างก็มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งอีกหลายประเทศทั้งที่ประกาศใช้มานานนับศตวรรษและที่เพิ่งประกาศใช้เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา ต่างก็มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเช่นกัน ดังจะได้กล่าวต่อไป

3.3 ตัวอย่างบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งอื่น ๆ ที่น่าสนใจ

ด้วยเหตุที่การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายมีการนำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศจำนวนมากมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณา ยิ่งไปกว่านั้น ปรากฏว่า มีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จำนวนไม่น้อยที่ได้คัดลอกคำแปลภาษาอังกฤษมาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ในกรณีนี้ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำเสนอบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา จากตัวอย่างประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศอันเป็นที่มาของบทบัญญัติหลายมาตรา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

⁴⁸มาร์แชล, โวล์ฟกัง ไพรแฮร์ ฟอน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 35*, น.128; อุกฤษ มงคลนาวิน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.38; ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; Constitution fédérale de la Confédération suisse; Costituzione federale della Confederazione Svizzera) มาตรา 70 วรรคหนึ่ง ตอนต้น บัญญัติว่า

“Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch und Italienisch.” (Deutsch)

“Les langues officielles de la Confédération sont l’allemand, le français et l’italien.” (français)

“Le lingue ufficiali della Confederazione sono il tedesco, il francese e l’italiano.” (italiano)

มีความว่า “ภาษาราชการของสมาพันธรัฐ ได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี”

3.3.1 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปน

ประมวลกฎหมายแพ่งสเปน (Código Civil de España) หรือพระราชกฤษฎีกาลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1889 (Real Decreto de 24 de julio de 1889) กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1889 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้รับอิทธิพลอย่างมากทั้งในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยมีจำนวนทั้งสิ้น 1,976 มาตรา แบ่งเป็นบรรพได้ดังต่อไปนี้

- (1) อาร์มภบท (Título Preliminar)
- (2) บรรพ 1 บุคคล (Libro Primero. De las personas)
- (3) บรรพ 2 ทรัพย์สินและการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ด้วยวิธีการต่าง ๆ (Libro Segundo. De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones)
- (4) บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (Libro Tercero. De los diferentes modos de adquirir la propiedad)
- (5) บรรพ 4 หนี้และสัญญา (Libro Cuarto. De las obligaciones y contratos)

ในเบื้องต้นจึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่มีผลใช้บังคับก่อนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนันทศวรรษ ทำให้เข้าใจได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมากพอสมควร อย่างไรก็ตามในส่วนขอบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งสเปนนั้น มิได้ยึดติดผูกขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ทั้งนี้ ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งสเปน บรรพ 3 วิธีการต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ข้อกำหนดเบื้องต้น (Disposición preliminar) มาตรา 609 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”

มีความว่า “กรรมสิทธิ์และสิทธิอื่น ๆ ทางทรัพย์สินย่อมได้มาและโอนไปโดยผลแห่งกฎหมาย โดยการให้ โดยการสืบทอดไม่ว่าจะด้วยพินัยกรรมหรือมิใช่ก็ตาม รวมทั้งโดยผลแห่งสัญญาด้วยการส่งมอบ” กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งสเปน บรรพ 4 หนี้และสัญญา ลักษณะ 1 หนี้ (Título I De las obligaciones) หมวด 2 สภาพและผลแห่งหนี้ (Capítulo II De la naturaleza y efecto de las obligaciones) มาตรา 1095 ตอนท้าย ซึ่งบัญญัติว่า

“... no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.”

มีความว่า “... บุคคลหนึ่งจะมีได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสัญญา เว้นแต่จะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลนั้นแล้ว” จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งสเปนนั้น มิได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้รับโอนทันทีที่คำเสนอและคำสนองต้องตรงกันอันทำให้สัญญาเกิดตั้งเช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและอิตาลี ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนกลับบัญญัติให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจะโอนไปยังผู้รับโอนก็ต่อเมื่อผู้โอนได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน หรือได้กระทำการอื่นใดที่มีผลเท่ากับการส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนแล้ว นอกจากนี้โดยปรกติกรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อส่งมอบโดยมีมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบโดยปริยายที่ผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อนแล้ว (traditio brevi manu)⁴⁹ หรือเป็นกรณีผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้น (constitutum possessorium)⁵⁰ อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาซึ่งปรากฏทั้งในบรรพว่าด้วยทรัพย์สินและบรรพว่าด้วยหนี้ กรณีจึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมิได้บัญญัติหลักการดังกล่าวในบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน ส่วนบรรพว่าด้วยหนี้ก็มีแต่เพียงบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขายเท่านั้นที่มีการบัญญัติอย่างชัดเจนที่สุด อนึ่ง ถึงแม้ว่าการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปนไม่มากเท่าใดนัก แต่กระนั้นก็ดี กฎหมายสเปนยังได้รับความสนใจจากนักกฎหมายไทยบางส่วน ด้วยเหตุนี้จึงมีนักกฎหมายไทยที่มีชื่อเสียงได้สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากราชอาณาจักรสเปน (Reino de España) เช่น รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ (พ.ศ. 2469-2526) ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญา ดร.สันทัต ศะศิวนิช ข้าราชการบำนาญสังกัดกระทรวงการต่างประเทศและอดีตอาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และรองศาสตราจารย์ ดร.รัชฎา เอกบุตร (เมธาวิกุล) ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายครอบครัว ฯลฯ

3.3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (日本民法典) เป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่ใช้ระบบสัญญาคู่ (分離原則) เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทว่ามีได้ถือหลักการแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาดโดยเคร่งครัดดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

⁴⁹Código Civil de España. Artículo 1463.

⁵⁰Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de Derecho civil*, Propiedad y derechos reales de goce, 10^a edición, 7 Tomos (Madrid : Marcial Pons, 2010), Tomo IV : págs.30-31.

แต่อย่างไร⁵¹ อีกทั้งโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นก็สอดคล้องกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งต่างกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก ดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 หลักทั่วไป (第一編 総則)
- (2) บรรพ 2 ทรัพย์สิน (第二編 物権)
- (3) บรรพ 3 สิทธิเรียกร้องทางหนี้ (第三編 債権)
- (4) บรรพ 4 ครอบครัว (第四編 親族)
- (5) บรรพ 5 มรดก (第五編 相続)

จะเห็นได้ว่า ในแง่การแบ่งแยกบรรพต่าง ๆ ส่วนของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้บัญญัติเรื่องบุคคลไว้เป็นลำดับแรก ถัดไปก็เป็นบรรพว่าด้วยทรัพย์สินและบรรพว่าด้วยหนี้ ตามลำดับ ทว่าต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในบรรพ 2 และเรื่องทรัพย์สิน บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ส่วนในเชิงเนื้อหา นั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามบรรพ 1 ถึงบรรพ 3 กล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นหลายส่วนได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสผสมผสานกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁵² อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในส่วนที่มีบรรพ 4 ครอบครัว และบรรพ 5 มรดก ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นทั้ง 5 บรรพ กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1898 เป็นต้นไป นับเป็นการดำเนินการก่อนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีผลใช้บังคับถึงเกือบ 2 ปี ซึ่งปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีจำนวนทั้งสิ้น 1,044 มาตรา อนึ่ง ในส่วนของบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา

⁵¹ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, “การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายญี่ปุ่น,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 9, น.120-122 (2520); vgl. Tanaka, Norio, “Zur Diskussion um den Doppelverkauf in Japan,” Rezeption europäischer Rechte in Ostasien, Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol, Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3 (Seoul : Bobmunsu, 2013), S.124-127.

⁵²อิอิตะ, จุงโซ [飯田 順三], “การรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกในประเทศญี่ปุ่น : ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.67-68; see Pongsapan, Munin, “The Tracing of JE de Becker’s Annotated Civil Code of Japan and Examining of Phrayā Mānwarātsēwī’s Perception of the Reception of German Law in Japan,” ใน ครุฑี คุรุ “เด่น” ผู้ปิดทองหลังพระ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.175-182; Tamura, Shiori, “The Thai Civil Law on non-performance in a comparative, structural view – from the Past into its Future,” Thammasat Law Journal, Number 4, Volume 42, pp.897-925 (December 2013).

ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บรรพ 2 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (第一章 総則) มาตรา 176 (第一百七十六条) ว่าด้วยการก่อให้เกิดและโอนทรัพย์สิน (物権の設定及び移転) ดังนี้

物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

มีความว่า “การก่อให้เกิดและโอนทรัพย์สินย่อมมีผลเพียงด้วยการแสดงเจตนาของคู่กรณี” กล่าวคือ เมื่อปรากฏการแสดงเจตนา (意思表示) ของคู่กรณีว่า ให้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โอนไปยังผู้รับโอนก็ทำให้เกิดมีผลที่บริบูรณ์ ในการนี้ ผู้รับโอนย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (所有権の取得) ในสังหาริมทรัพย์นั้นทันที⁵³ อย่างไรก็ตาม หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ข้างต้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก (หรือเรียกว่า บุคคลที่สาม; 第三者) มิได้ เว้นแต่จะทำได้ทำให้อุปสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁵⁴ กล่าวคือ ในกรณีสังหาริมทรัพย์ (動産) นั้นจะต้องมีการส่งมอบ (交付) ทั้งนี้ ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บรรพ 2 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 178 (第一百七十八条) ว่าด้วยการข้อกำหนดแห่งความบริบูรณ์ของการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ (動産に関する物権の譲渡の對抗要件) ดังนี้

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しをしなければ、第三者に對抗することができない。

มีความว่า “การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกมิได้ หากสังหาริมทรัพย์นั้นมิได้ส่งมอบ” ย่อมพิจารณาได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา (契約) ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีหลักการกำหนดให้สัญญาทางหนี้เพียงก่อให้เกิดหนี้ที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ทว่ามิได้มีผลให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นโดยตรง ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและอิตาลีแต่อย่างใด⁵⁵ ฉะนั้น การที่ผู้รับโอนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา กรณียอมเป็นไปตามสัญญาทางทรัพย์ อนึ่ง บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ตามบทบัญญัติข้างต้นซึ่งก็คือ สัญญาทางทรัพย์นั้น เป็นคนละกรณีกับการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาทางหนี้อันเป็นนิติกรรมก่อความผูกพัน มิใช่นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิแต่อย่างใด กล่าวคือ สัญญาทางทรัพย์อันทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ต้องมีการ

⁵³Becker, Joseph Ernest de, *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan*, (London : Butterworth, 1921), pp.142-143; vgl. Tanaka, Norio, *supra note 51*, S.123-124.

⁵⁴โนะดะ, โยะฉิมุคิ [野田良之], *กฎหมายญี่ปุ่น การศึกษาเปรียบเทียบทางสังคม-วัฒนธรรม*, แปลโดย พิเชษฐ งามลานนท์ และคณะ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.310.

⁵⁵See Becker, Joseph Ernest de, *supra note 53*, pp.374-375.

แสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นโอนไปยังผู้รับโอนด้วย ส่วนการส่งมอบทรัพย์มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากมีการแสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์โอนไปแล้วแต่ยังมิได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ เช่นนี้ แม้จะถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปแล้วก็ตาม คงบังคับได้แต่เฉพาะระหว่างคู่กรณี สำหรับบุคคลภายนอกแล้วยังไม่มีผลแต่อย่างใด

จึงกล่าวได้ว่า เมื่อคู่กรณีทำแต่เพียงสัญญาทางหนี้อันเป็นนิติกรรมก่อความผูกพันถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ มิใช่ด้วยการส่งมอบก็ตาม แต่หากผู้โอนยังมีได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาไปยังผู้รับโอน เช่นนี้ การได้มาหรือผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ ทว่ามีใช้เรื่องไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินสิทธิ กล่าวคือ การได้มาเท่านั้นที่ไม่บริบูรณ์มิใช่เรื่องไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินสิทธิ จะอ้างกันว่า เมื่อยังไม่ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ข้างต้นจึงไม่เป็นทรัพย์สินอันเป็นการลบล้างทรัพย์สินสิทธิที่เป็นอยู่ก่อนแล้วให้สูญเสียไปทั้งสินนั้นหาได้ไม่ ฉะนั้น หากฝ่าฝืนมิได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 176 และมาตรา 178 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เช่นนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมไม่บริบูรณ์ จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกมิได้อีกทั้งลักษณะแห่งความไม่บริบูรณ์ดังกล่าวก็ต่างกับกรณีนิติกรรมตกเป็นโมฆะ (無効及) เนื่องจากการส่งมอบทรัพย์ข้างต้นมิใช่แบบที่กฎหมายบังคับไว้ การที่ผู้โอนมิได้ส่งมอบทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจึงไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด จึงกล่าวได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา หากมิได้มีการส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น การได้มาดังกล่าวย่อมไม่บริบูรณ์ ในการนี้ การโอนกรรมสิทธิ์แม้จะถือว่า มีผลสมบูรณ์ก็สมบูรณ์ระหว่างคู่กรณี ยังไม่เป็นการได้กรรมสิทธิ์มาโดยบริบูรณ์ที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ กล่าวคือ ยกการได้มานั้นขึ้นเป็นข้อต่อสู้กันได้โดยจำกัดเฉพาะเพียงระหว่างคู่กรณีในฐานะสิทธิเรียกร้องทางหนี้เท่านั้น ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลอื่นซึ่งได้กรรมสิทธิ์ไปโดยบริบูรณ์แล้วได้

จะเห็นได้ว่า ในเชิงโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย⁵⁶ ต่างกันเพียงเล็กน้อยในการเรียงลำดับและการมีบรรพว่าด้วยเอกเทศสัญญา อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีบทกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม (法律行為) เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในส่วนของหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 176 และมาตรา 178 ข้างต้นได้ยืนยันอย่างชัดเจนว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องดังกล่าว จึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งแม้จะถูกร่างขึ้นโดยมีการอ้างอิงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจำนวนมากก็ตาม แต่กลับละเลยไม่บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์

⁵⁶ 田村志緒理, “1925年タイ民商法典における日本民法継受の態様,” アジア法研究, 2010年度秋季研究総会シンポジウム報告・要旨 (アジア法学会, 2011), 115-134頁。

โดยสัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจเลยที่ศาสตราจารย์พิเศษ⁵⁷ ดร.หยุด (สายหยุด) แสงอุทัย (พ.ศ. 2451-2522) อติตราชนัดต⁵⁸ ได้แสดงทรรศนะไว้อย่างชัดเจนว่า “ตามความรู้รู้สึกของผู้สอนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยสู่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งได้ประกาศใช้ก่อนหน้าเราตั้งนานานก็ไม่ได้”⁵⁹

3.3.3 ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน

เมื่อครั้งที่สยามเพิ่งได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึงบรรพ 3 และกำลังจัดเตรียมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ปรากฏว่า สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน; 中華民國) ซึ่งกำลังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง (中華民國法典) อยู่เช่นเดียวกัน ได้กล่าวยกย่องสยามว่า มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แสดงออกซึ่งหลักวิชาทางนิติศาสตร์ที่ก้าวหน้าที่สุดฉบับหนึ่ง ณ เวลานั้น และถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายแพ่งสวีต⁶⁰ โดยชาวไต้หวันคนหนึ่งซึ่งมีความสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน

⁵⁷มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2497 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักคณะรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ลงวันที่ 21 พฤษภาคม 2497 ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 71 ตอนที่ 35 น.1298 วันที่ 1 มิถุนายน 2497; และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษในวิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 27 มีนาคม 2506 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์ประจำและศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 30 มีนาคม 2506 ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 80 ตอนที่ 34 น.1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 7 เมษายน 2506

⁵⁸มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นราชบัณฑิตในสำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ประเภทสังคมศาสตร์ สาขานิติศาสตร์ (รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและแผนกคดีอาญา) ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 26 สิงหาคม 2516 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งราชบัณฑิต ลงวันที่ 6 กันยายน 2516; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 90 ตอนที่ 116 น.2974 วันที่ 18 กันยายน 2516

⁵⁹หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.166.

⁶⁰ดูความเห็นของ René Guyon (ค.ศ. 1876-1963) จากหนังสือเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ถึงราชเลขาธิการ เรื่อง การทำคำอธิบาย, คำเปรียบเทียบและอุทาหรณ์ร่างบรรพ 4 ในจดหมายเหตุรัชกาลที่ 7 ย. 5 1/5 เรื่องที่ 30, สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร; อนึ่ง ประมวลกฎหมาย

อีกทั้งยังมีผลงานการแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งถือได้ว่า มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ Wang Chung Hui (王寵惠; ค.ศ. 1881-1958) สำเร็จการศึกษา ระดับปริญญาเอกด้านกฎหมาย civil law จากมหาวิทยาลัยเยล เมื่อ ค.ศ. 1905 โดยทำวิทยานิพนธ์ เกี่ยวกับการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในเรื่องภูมิลำเนา (Domicil : A Study in Comparative Law)⁶¹ และเนติบัณฑิตอังกฤษ (Barrister-at-law, The Honourable Society of the Middle Temple) เมื่อ ค.ศ. 1907 อีกทั้งในปีเดียวกันนี้ ก็ยังได้มีการตีพิมพ์หนังสือแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นภาษาอังกฤษของเขา⁶² ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และในระหว่าง ค.ศ. 1907-1911 เขาได้ศึกษาด้านกฎหมายเปรียบเทียบที่เยอรมัน (Deutsches Reich) และฝรั่งเศส (Troisième République) หลังจากนั้น เขาได้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญมาก คือ เป็นประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ในห้วงเวลาตั้งแต่ ค.ศ. 1917-1920 และเป็นประธานศาลฎีกาตั้งแต่ ค.ศ. 1920-1921 ต่อมาเขาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสถิตยัตติธรรมระหว่างประเทศ (The Permanent Court of International Justice) ตั้งแต่ ค.ศ. 1923-1925 ซึ่งนับได้ว่า เป็นชาวจีนคนแรกที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว⁶³

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันได้มีการประกาศใช้ที่ละบรรพทำนองเดียวกันกับสยามที่ได้ดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจนกระทั่งได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันครบถ้วนทั้ง 5 บรรพ เมื่อ ค.ศ. 1930 ซึ่งปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 1,225 มาตรา อนึ่ง อาจจะด้วยข้อเท็จจริงข้างต้น จึงเป็นปัจจัยทำให้ Wang Chung Hui ผู้เป็นเจ้าของผลงานการแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและยังได้เป็นประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน⁶⁴

แพ่งไต้หวันได้รับการแปลจากภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาไทยทั้งหมดทุกมาตราแล้ว ปรากฏในวารสารนิติศาสตร์ แผนกสามัญตั้งแต่ฉบับเดือนเมษายนถึงฉบับเดือนมกราคม พ.ศ. 2476

⁶¹Wang, Chung Hui, “Domicil : A Study in Comparative Law,” (Doctor of Civil Law, The Faculty of the Yale Law School, 1905).

⁶²Wang, Chung Hui, The German Civil Code, (London : Stevens and Sons, 1907).

⁶³See Spiemann, Ole, “Judge Wang Chung-hui at the Permanent Court of International Justice,” Chinese Journal of International Law, Number 1, Volume 5, pp.115-128 (2006).

⁶⁴Vgl. Hsia, Ching-Lin et al, The Civil Code of the Republic of China, (Shanghai : Kelly & Walsh, 1930), p.xii; Tian, Shiyong, “Europäisches Recht als Wissensquelle des chinesischen Zivilrechts,” Rezeption europäischer Rechte in Ostasien, Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol, Schriften der Rechtswissenschaften Band 3 (Seoul : Bobmunsa, 2013), S.187.

ได้มีการจัดทำโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งได้วันเช่นเดียวกันกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมีการจัดเรียงลำดับแต่ละบรรพสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 หลักทั่วไป (第一編 總則)
- (2) บรรพ 2 หนี้ (第二編 債)
- (3) บรรพ 3 ทรัพย์สิน (第三編 物權)
- (4) บรรพ 4 ครอบครัว (第四編 親屬)
- (5) บรรพ 5 มรดก (第五編 繼承)

จะเห็นได้ว่า ในเชิงโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งได้วันเป็นไปในทางเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะตั้งคำถามว่า ประมวลกฎหมายแพ่งได้วันมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาบริบทในทางประวัติศาสตร์ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งได้วันรับรู้ถึงการที่สยามดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งได้วันประกาศใช้ในห้วงเวลาไล่เลี่ยกับที่สยามประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งได้วัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (第一章 通則) มาตรา 761 (第761條) ดังนี้

動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。

讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。

讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。

มีความว่า “การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอก”

พึงสังเกตว่า วิธีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะต้องอาศัยการแสดงออกซึ่งทรัพย์สิน (物權的公示方法; 公示原則) ด้วยการส่งมอบ (交付)⁶⁵ ในกรณีนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ต้องมีการส่งมอบ จึงจะสมบูรณ์เป็นผลให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์หรือกรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปยังผู้รับโอน เช่นนี้ หากมิได้ทำการส่งมอบ ผู้รับโอนก็จะมีได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ทว่าอาจมีเพียงสิทธิเรียกร้องทางหนี้เท่านั้น⁶⁶ ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบตามที่เป็นจริง (現實交付) โดยผู้โอนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ สุดแต่ว่าเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับโอน โดยพ้นจากการครอบครองของผู้โอนไปอย่างเด็ดขาด⁶⁷ จึงเรียกว่า การส่งมอบโดยตรง (直接占有) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นด้วยการแสดงเจตนา ได้แก่ กรณีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการยกการครอบครองแก่กัน ซึ่งกระทำได้โดยการแสดงเจตนาล้วน ๆ เมื่อปรากฏว่าผู้รับโอนเป็นผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่แล้ว (先行占有) ในขณะที่ตกลงโอนกรรมสิทธิ์แก่กัน ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นทันที เช่นนี้ การส่งมอบตามที่เป็นจริงย่อมไม่มีความจำเป็น จึงเรียกว่า การส่งมอบอย่างง่าย (簡易交付) และกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการครอบครองแทน (占有改定) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยมีการตกลงกันว่า ให้ผู้โอนยังคงครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นแทนผู้รับโอนต่อไป (占有交付)⁶⁸ จึงเห็นได้ว่า ผู้รับโอนมีฐานะเป็นผู้ครอบครองโดยอ้อม ส่วนผู้โอนมีฐานะเป็นผู้ครอบครองโดยตรง ตัวอย่างเช่น คู่กรณีตกลงกันทำสัญญาให้ผู้โอนเช่าสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้โอนซึ่งเป็นผู้เช่าได้มีการยึดถือแทนในฐานะผู้ครอบครองแทน อันเป็นการยอมรับอำนาจเหนือสังหาริมทรัพย์ของผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ ในขณะเดียวกัน ก็มีเจตนายึดถือเพื่อตนในฐานะผู้เช่าอันเป็นเจตนาโดยแท้จริง ส่วนผู้รับโอนมีเจตนายึดถือเพื่อตนในฐานะผู้ให้เช่าอันเป็นเจตนาโดยปริยาย นอกจากนี้ ยังมีกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินคืน (指示交付) เป็นกรณีที่ขณะทำสัญญานั้นบุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่โอนอยู่ เช่นนี้ อาจกระทำได้โดยเจ้าของกรรมสิทธิ์โอนสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกให้แก่ผู้รับโอน (替代交付)⁶⁹ ฉะนั้น ดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่นมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อันประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์และการส่งมอบ⁷⁰

⁶⁵ 梁慧星, 民法总论, 第五版 (北京: 法律出版社, 2017), 157 页。

⁶⁶ 王利明, 物权法, (北京: 中国人民大学出版社, 2015), 86 页。

⁶⁷ 申卫星, 民法学, 第二版 (北京: 北京大学出版社, 2017), 254 页。

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, 255 页。

⁷⁰ 申卫星, 物权法原理, 第二版 (北京: 中国人民大学出版社, 2016), 152 页。

จะเห็นได้ว่า การมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (取得動產所有權) โดยสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน มาตรา 761 ข้างต้น บ่งชี้ถึงหลักการ แยกแยกนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์ออกจากกัน (分離原則; 區分原則) ซึ่งถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาทางหนี้ (契約) สัญญาทางหนี้มีผลเพียงก่อตั้งสิทธิเรียกร้องขึ้นระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ส่วนการได้มาหรือผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ก็ต่อเมื่อมีการตกลง และส่งมอบทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมิได้ถือว่า การเกิดขึ้นของสัญญาทางหนี้ด้วยการที่คู่กรณี แสดงเจตนา (意思表示) นั้นมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาโอนไปทันที โดยไม่ต้อง มีการส่งมอบทรัพย์ดังที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการรับแนวความคิดทางทฤษฎีตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁷¹ โดยมีได้มีความผิดเพี้ยน อุดรึแหวกแนวหรือลึกลับเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด

3.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก

ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก (Αστικός Κώδικας) ของสาธารณรัฐเฮลเลนิก (กรีซ; Ελληνική Δημοκρατία) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1946 เป็นต้นไป ซึ่งปัจจุบัน มีจำนวนทั้งสิ้น 2,035 มาตรา ทั้งนี้ ในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งกรีก มีลักษณะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีการแบ่งเป็นแต่ละบรรพ ดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 หลักทั่วไป (Βιβλίο Πρώτο. Γενικές Αρχές)
- (2) บรรพ 2 หนี้ (Βιβλίο Δεύτερο. Ενοχικό Δίκαιο)
- (3) บรรพ 3 ทรัพย์ (Βιβλίο Τρίτο. Εμπράγματο Δίκαιο)
- (4) บรรพ 4 ครอบครัว (Βιβλίο Τέταρτο. Οικογενειακό Δίκαιο)
- (5) บรรพ 5 มรดก (Βιβλίο Πέμπτο. Κληρονομικό Δίκαιο)

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งกรีกได้แบ่งแยกและเรียงลำดับแต่ละบรรพ ข้างต้นเป็นไปตามโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มิได้เป็นไปตามโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด อีกทั้งยังต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีซึ่งใช้บังคับก่อนประมวลกฎหมายแพ่งกรีกเป็นเวลาเพียงไม่กี่ปี อนึ่ง ในการตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 1 หลักทั่วไป (ฉบับ พ.ศ. 2535) ได้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งกรีกหลายมาตรามาใช้เป็นข้อมูล ประกอบการพิจารณา ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งกรีกเป็นที่รู้จักของนักกฎหมายไทย บางส่วนพอสมควร ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งกรีกมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์

⁷¹Vgl. Wu, Jiin-Yu, “Die Rezeption und Reform des taiwanesischen Sachenrechts,” *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol, Schriften der Rechtswissenschaften Band 3 (Seoul : Bobmunsa, 2013), S.229-230.

ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ปรากฏตามบรรพ 3 ทรัพย์ ลักษณะ 4 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (Κεφάλαιο Τέταρτο. Κτήση κυριότητας) มาตรา 1034 ว่าด้วยการได้มาซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา (Κτήση κινήτου με σύμβαση) ซึ่งบัญญัติว่า

Για τη μεταβίβαση της κυριότητας κινήτου απαιτείται παράδοση της νομής του από τον κύριο σ' αυτόν που την αποκτά και συμφωνία των δύο ότι μετατίθεται η κυριότητα.

มีความว่า “อันว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ให้ผู้เป็นเจ้าของส่งมอบ การครอบครองเหนือทรัพย์เพื่อโอนไปยังผู้รับโอน และคู่กรณีทั้งสองตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอน” กล่าวคือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาจะเกิดขึ้นโดยมีเงื่อนไข ได้แก่ ผู้โอนต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่จะโอน อันเป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)⁷² กอปรกับมีการตกลงกันระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน ซึ่งการตกลงนี้เป็นสัญญาทางทรัพย์อันเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ มิใช่สัญญาทางหนี้อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุในการก่อความผูกพันแต่อย่างใด ทั้งนี้ ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบการครอบครองเหนือทรัพย์ อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาไปยังผู้รับโอน โดยการที่ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวย่อมบริบูรณ์ ถึงแม้ว่าคู่กรณีมิได้ทำสัญญาทางหนี้เพื่อที่จะกำหนดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์แก่กันก็ตาม⁷³ นอกจากนี้ ยังมีกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ด้วยการส่งมอบโดยปริยายในรูปแบบของการโอนสิทธิ เรียกว่าทรัพย์คืน ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งกรีก มาตรา 1035 ซึ่งบัญญัติว่า

Αν το κινήτό βρίσκεται στη νομή τρίτου, αρκεί για τη μεταβίβαση της κυριότητάς του η εκχώρηση της διεκδικητικής αγωγής κατά του τρίτου.

มีความว่า “หากบุคคลภายนอกครอบครองทรัพย์ที่โอนอยู่ การโอนกรรมสิทธิ์ ย่อมเพียงพอด้วยการกระทำโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์โอนสิทธิเรียกทรัพย์คืนจากบุคคลภายนอกให้แก่ผู้รับโอน” กล่าวคือ กรณีตามมาตราดังกล่าวไม่จำเป็นต้องส่งมอบตามที่เป็นจริง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปโดยอาศัยการตกลงทางทรัพย์ให้กรรมสิทธิ์โอนไปประการหนึ่งและยังมีการตกลงโอนสิทธิเรียกทรัพย์คืน อันเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งให้แก่ผู้รับโอนอีกประการหนึ่งด้วย

อนึ่ง จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งกรีก มาตรา 1034 ตอนท้าย ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งกรีกปรากฏหลัก “นิติกรรมลอย” (αφηρημένη δικαιοπραξία)

⁷² แปลว่า ไม่มีใครอาจโอนสิทธิให้แก่ผู้อื่นมากกว่าที่ตนมีอยู่เอง; ประชุม โฉมฉาย, ภาษาละติน สำหรับนิติศาสตร์และสังคมศึกษา, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.513.

⁷³ Αγαλλοπούλου, Πηνελόπη, Βασικές Έννοιες Αστικού Δικαίου, Δ' Έκδοση (Αθήνα : Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016), Η κυριότητα. Κτήση της κυριότητας. § II 2 Α.

ซึ่งเป็นอิสระจากมูลเหตุหรือเหตุแห่งกฎหมาย (αιτία) ด้วยเหตุนี้ การบกพร่องในมูลเหตุหรือเหตุแห่งกฎหมายโดยปรกติย่อมไม่กระทบกระทั่งความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมแต่ประการใด เช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับไม่มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ถึงแม้ว่ามีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์ออกจากกัน มีบรรพว่าด้วยหลักทั่วไปแยกออกมาเป็นเอกเทศ รวมถึงมีบทกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม (Δικαιοπραξία) ในทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและกรีกก็ตาม

3.3.5 ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้

สาธารณรัฐเกาหลี (대한민국 제1공화국) ได้สถาปนาขึ้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1948 และในเดือนธันวาคมปีเดียวกันนั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้เริ่มดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ (대한민국 민법) ครบถ้วนแล้วเสร็จทั้ง 5 บรรพ โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1960 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้มีจำนวนทั้งสิ้น 1,118 มาตรา แบ่งออกเป็น 5 บรรพ ดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 หลักทั่วไป (제1편 총칙)
- (2) บรรพ 2 ทรัพย์สิน (제2편 물권)
- (3) บรรพ 3 สิทธิเรียกร้องทางหนี้ (제3편 채권)
- (4) บรรพ 4 ครอบครัว (제4편 친족)
- (5) บรรพ 5 มรดก (제5편 상속)

พึงสังเกตว่า โครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้สอดคล้องกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และประมวลกฎหมายแพ่งได้หวัน เป็นอาทิ มิได้ยึดถือผูกขาดไปในทางประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ 3 บรรพแรก คือ บรรพ 1 หลักทั่วไป บรรพ 2 ทรัพย์สิน และบรรพ 3 สิทธิเรียกร้องทางหนี้ ได้อาศัยวิธีการปรับปรุงแก้ไขจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้จึงมีลักษณะเชิงโครงสร้างที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ตัวอย่างเช่น การเรียงลำดับบรรพว่าด้วยทรัพย์สินก่อนบรรพว่าด้วยสิทธิเรียกร้องทางหนี้ ซึ่งเป็นการเรียงลำดับสลับกันกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ทว่า 2 บรรพสุดท้าย คือ บรรพ 4 ครอบครัว และบรรพ 5 มรดก เป็นบทบัญญัติที่มาจากจารีตประเพณีของชาวเกาหลี (관습법)

อนึ่ง ในอดีตญี่ปุ่นได้ใช้กำลังทหารยึดครองเกาหลีเมื่อ ค.ศ. 1876 และในช่วง ค.ศ. 1910-1945 ญี่ปุ่นบีบบังคับให้เกาหลีนำกฎหมายญี่ปุ่นไปใช้บังคับ ซึ่งจัดเป็นระบบกฎหมายสมัยใหม่ โดยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันเป็นหลัก เช่นนี้ ผลของการรับกฎหมายญี่ปุ่นทำให้เกาหลีใต้

ต้องศึกษาเรียนรู้กฎหมายใหม่ของตนผ่านทางตัวอย่างและบรรทัดฐานที่ระบบกฎหมายและศาลญี่ปุ่นได้วางหลักไว้ ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายเกาหลีได้จึงกลายเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย civil law ในครรลองที่ได้รับอิทธิพลจากตระกูล Pandectist⁷⁴

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ในทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปหลายประเทศได้มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องนี้ไว้ด้วย ทั้งนี้ ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ บรรพ 2 ทรัพย์สิน สิทธิ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (제1장 총칙) มาตรา 188 (제188조) ว่าด้วยผลแห่งการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์-การโอนทรัพย์สินถือเป็นสิ่งเชป (동산물권 양도의 효력, 간이인도) ซึ่งบัญญัติว่า

(1) 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.

(2) 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.

มีความว่า “(1) การโอนทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(2) หากผู้รับโอนได้ครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่คู่กรณีได้มีการตกลงในการโอนนั้น”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (소유권의 취득) ในสังหาริมทรัพย์ (동산) โดยสัญญา (제2) ด้วยการส่งมอบ (인도) อันเป็นหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้มิได้ถือว่า สัญญาทางหนี้ที่เกิดขึ้นก่อตั้งสิทธิเรียกร้องและมีการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์พร้อมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ก็มีได้บัญญัติหลักการดังกล่าวให้ตรงกันกับบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์

⁷⁴ สุธีร์ ศุภนิตย, ระบบกฎหมายเกาหลี, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.22-26; vgl. Kim, Sang-Yong, “Die dingliche Rechtsänderung nach dem Sachenrecht in Korea,” Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol und Zimmermann, Reinhard, 50 Jahre Koreanisches Zivilgesetzbuch, Ein Deutsch-Koreanisches Symposium (Seoul : Bobmunsa, 2011), S.329; Paulus, Michael, “Die Bedeutung des deutschen und europäischen Rechts in der koreanischen Juristenausbildung,” Rezeption europäischer Rechte in Ostasien, Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol, Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3 (Seoul : Bobmunsa, 2013), S.159-160.

โดยสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ก็มีได้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ประกาศใช้หลังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นเวลาเนิ่นนานหลายทศวรรษ

อนึ่ง หากแม้ว่าการปราศจากบทบัญญัติอันเป็นบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่นเดียวกันกับกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นสิ่งที่ดีเลิศยิ่งไปกว่าการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเรื่องดังกล่าว ดังเช่นที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายระบบ civil law ในตระกูล Pandectist ซึ่งแบ่งแยกนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์ออกจากกัน (분리 원칙) ไม่ว่าจะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และประมวลกฎหมายแพ่งได้หวันแล้วไซ้ เช่นนี้ จะไม่เป็นการสมควรยิ่งกว่ากระนั้นหรือที่ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้จะเอาเยี่ยงอย่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่การณ์กลับไม่เป็นเช่นนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้มิได้เอาเยี่ยงอย่างในประเด็นดังกล่าวจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด มิหนำซ้ำการตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 1 (ฉบับ พ.ศ. 2535) นั้นต่างหากที่มีการอ้างอิงหลายจุดหลายมาตรา มาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ กรณีจึงกลับกลายเป็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีแต่เพียงบทกฎหมายเฉพาะซึ่งปรากฏในลักษณะซื้อขายสังหาริมทรัพย์ทั่วไป โดยบัญญัติอย่างชัดเจนให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายนั้นโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่เมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกันซึ่งก็คือ หลัก solo consensu ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ทั้งที่ในเชิงโครงสร้าง หลักการ ทฤษฎี และนิติปรัชญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมากกว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเสียด้วยซ้ำไป

3.3.6 ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส

ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส (Código Civil português) ฉบับปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 2,334 มาตรา ประกาศใช้เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1967 เป็นต้นไป ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปก็คือประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส ค.ศ. 1867 (Código Civil português, aprovado por carta de lei de 1 de Julho de 1867) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสฉบับปัจจุบันในเชิงโครงสร้าง จะเห็นได้ว่า มีความสอดคล้องกับโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 หลักทั่วไป (Livro I Parte geral)
- (2) บรรพ 2 หนี้ (Livro II Direito das obrigações)
- (3) บรรพ 3 ทรัพย์สิน (Livro III Direito das coisas)
- (4) บรรพ 4 ครอบครัว (Livro IV Direito da família)
- (5) บรรพ 5 มรดก (Livro V Direito das sucessões)

พึงสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสได้มีการบัญญัติบรรพว่าด้วยหลักทั่วไป แยกออกมาเป็นเอกเทศ และมีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกัน ซึ่งต่างกับ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสยังได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญา ปรากฏตามบรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ (Título II Do direito de propriedade) หมวด 2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (Capítulo II Aquisição da propriedade) ส่วนที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Secção I Disposições gerais) มาตรา 1316 ว่าด้วยวิธีการได้มา (Modos de aquisição) ซึ่งบัญญัติว่า

“O direito de propriedade adquire-se por contrato, . . . e demais modos previstos na lei.”

มีความว่า “กรรมสิทธิ์อาจได้มาโดยสัญญา . . . และโดยวิธีการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้” กอปรกับบทบัญญัติถัดไปซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส มาตรา 1317 ว่าด้วย ห้วงเวลาแห่งการได้มา (Momento da aquisição) บัญญัติว่า

“O momento da aquisição do direito de propriedade é :

a) No caso de contrato, o designado nos artigos 408.º . . .”

มีความว่า “ห้วงเวลาแห่งการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ มีดังต่อไปนี้

a) ในกรณีของสัญญาก็ให้เป็นไปตามมาตรา 408 . . .”

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 หนี้หลักทั่วไป (Título I Das obrigações em geral) หมวด 2 มูลหนี้ (Capítulo II Fontes das obrigações) ส่วนที่ 1 สัญญา (Secção I Contratos) ส่วนย่อยที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Subsecção I Disposições gerais) มาตรา 408 ว่าด้วยสัญญาในแง่ผลทางทรัพย์สิน (Contratos com eficácia real) ซึ่งบัญญัติว่า

“1. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei. . . .”

มีความว่า “1. การก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งย่อมเกิดมีขึ้นได้ ก็แต่โดยผลแห่งสัญญา เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น . . .”

กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสข้างต้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา ย่อมโอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญากัน (solo consensu)⁷⁵ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ก็บริบูรณ์ผูกพันคู่กรณีและยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ (prior tempore, potior iure) สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและอิตาลี จึงเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามมาตราข้างต้น มิได้ผูกมัดอยู่กับการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแต่อย่างใด⁷⁶ กรณีจึงต่างกับหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ทั้งที่สาธารณรัฐโปรตุเกส (República Portuguesa) มีอาณาเขตทางพื้นดินติดกับราชอาณาจักรสเปนเพียงประเทศเดียว แต่ทว่าทั้งสองเป็นคู่แข่งในยุคแห่งการสำรวจและการล่าอาณานิคม กอปรกับอิทธิพลทางความคิดของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้แผ่ขยายมาในห้วงเวลาที่มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสฉบับเดิมซึ่งมีมาก่อนประมวลกฎหมายแพ่งสเปน และยังสืบทอดความคิดทางกฎหมายมาสู่ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสฉบับปัจจุบันอีกด้วย อนึ่ง ในส่วนของการครอบครองทรัพย์สินเป็นเครื่องมือที่แสดงออกถึงการมีกรรมสิทธิ์หรือการมีทรัพย์สินสิทธิอื่นอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์นั้น⁷⁷

อย่างไรก็ดี การที่ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส บรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน ได้มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปซึ่งสอดคล้องกันในส่วนที่ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญานั้น จึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งแม้จะแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกันก็ตาม แต่ทว่ามีได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสยังอนุญาตอย่างชัดเจนให้ทำสัญญาซื้อขายโดยสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายกันได้ โดยที่ผู้ซื้อจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็ต่อเมื่อมีการชำระหนี้ครบถ้วนหรือตามส่วนที่ตกลงกันไว้ หรือจนกระทั่งปรากฏเหตุการณ์อันเป็นไปตามเงื่อนไขในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์⁷⁸ อนึ่ง การที่ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสมีบรรพว่าด้วยหลักทั่วไปแยกออกเป็นอีกบรรพหนึ่งโดยเอกเทศ และมีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกัน เช่นนี้ จึงมิได้มีโครงสร้างที่ดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสยังมีบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม (negócio jurídico) ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสมิได้บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรมไว้ดังเช่นที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด

⁷⁵Füller, Jens Thomas, *Eigenständiges Sachenrecht?*, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2006), S.12.

⁷⁶Peres, Tatiana Bonatti, *Opção de compra*, 2.^a edição (Paraná : Thoth, 2019), p.16.

⁷⁷Código Civil português. Artigo 1251.º (Noção)

⁷⁸Código Civil português. Artigo 409.º (Reserva da propriedade)

3.3.7 ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์

ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ (Nieuw Burgerlijk Wetboek) ซึ่งบัญญัติด้วยภาษาดัตช์ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1992 เป็นต้นไป ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1838 (Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek) ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ฉบับปัจจุบันแบ่งโครงสร้างออกเป็น 10 บรรพดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 บุคคลและครอบครัว (Boek 1 Personen- en familierecht)
- (2) บรรพ 2 นิติบุคคล (Boek 2 Rechtspersonen)
- (3) บรรพ 3 ทรัพย์สินภาคทั่วไป (Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen)
- (4) บรรพ 4 มรดก (Boek 4 Erfrecht)
- (5) บรรพ 5 ทรัพย์สินสิทธิ (Boek 5 Zakelijke rechten)
- (6) บรรพ 6 หนี้ภาคทั่วไป (Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht)
- (7) บรรพ 7 เอกเทศสัญญา (Boek 7 Bijzondere overeenkomsten)
- (8) บรรพ 7A เอกเทศสัญญาภาคต่อเนื่อง (Boek 7A Bijzondere overeenkomsten; vervolg)
- (9) บรรพ 8 การรับขนและวิธีการขนส่ง (Boek 8 Verkeersmiddelen en vervoer)
- (10) บรรพ 10 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Boek 10 Internationaal privaatrecht)

อนึ่ง ในส่วนของบรรพ 9 ทรัพย์สินทางปัญญา (Boek 9 Intellectuele eigendom) แต่เดิมนั้นต่อมาได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากออกไป

ในการตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 1 หลักทั่วไป (ฉบับ พ.ศ. 2535) ได้มีการนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์บางส่วนในเรื่องเกี่ยวกับผู้เยาว์มาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณา ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์เป็นที่รู้จักของนักกฎหมายไทยบางส่วนในห้วงเวลาเริ่มแรกตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ ทั้งนี้ หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 ทรัพย์สินภาคทั่วไป ลักษณะ 4 การได้มาและการสูญเสียกรรมสิทธิ์ (Titel 4 Verkrijging en verlies van goederen) หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Afdeling 1 Algemene bepalingen) มาตรา 80 ซึ่งบัญญัติว่า

“... 3. Men verkrijgt goederen onder bijzondere titel door overdracht, ...”

มีความว่า “... 3. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอาจได้มาก็แต่โดยการโอน ...” กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 ทรัพย์สินภาคทั่วไป ลักษณะ 4 การได้มาและการสูญเสียกรรมสิทธิ์ หมวด 2 การโอนกรรมสิทธิ์และการสละสิทธิอันจำกัด (Afdeling 2 Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten) มาตรา 83 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. Eigendom, . . . zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. . . .”

มีความว่า “1. กรรมสิทธิ์ . . . อาจโอนให้แก่กันได้ เว้นแต่จะถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือโดยสภาพของสิทธิที่ห้ามมิให้โอน . . .” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 มาตรา 80 และมาตรา 83 ข้างต้น แสดงให้เห็นถึงข้อความคิดทางกฎหมายที่กำหนดไว้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอาจได้มาด้วยการที่ผู้โอนกระทำการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้รับโอน ส่วนวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญานั้น เป็นไปตามบทบัญญัติถัดไป คือ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 มาตรา 84 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. . . .”

มีความว่า “1. การโอนทรัพย์สินจำเป็นต้องมีการส่งมอบตามนิติกรรมก่อความผูกพันที่มีผลสมบูรณ์และโดยบุคคลผู้มีสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินนั้น . . .” ทั้งนี้ รายละเอียดในการดำเนินการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 มาตรา 90 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen.

2. Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met vervreemding heeft ingestemd.”

มีความว่า “1. การส่งมอบอันจำเป็นแก่การโอนสังหาริมทรัพย์ที่มีใช้สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้โอนนั้น ย่อมเกิดมีผลขึ้นด้วยการโอนการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวไปยังผู้รับโอน

2. การส่งมอบในกรณีที่ทรัพย์สินยังคงอยู่ในการครอบครองตามที่เป็นจริงของผู้โอนนั้น ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิดีกว่าในทรัพย์สินนั้น จนกว่าทรัพย์สินจะได้อยู่ในการครอบครองตามที่เป็นจริงของผู้รับโอน เว้นแต่บุคคลภายนอกผู้มีสิทธิดีกว่าได้ยินยอมให้มีการโอนจำหน่ายทรัพย์สินนั่นเอง”

จะเห็นได้ว่า บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ซึ่งปรากฏตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ บรรพ 3 มาตรา 84 (1) และมาตรา 90

แสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์แบ่งแยกนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินออกจากกัน (scheidingsprincipe)⁷⁹ อันเป็นการแบ่งแยกนิติกรรมออกเป็นนิติกรรมก่อความผูกพันดังเช่น การก่อหนี้ไสดหนึ่ง (obligatoire overeenkomst) และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิดังเช่นการโอนกรรมสิทธิ์ อีกไสดหนึ่ง (goederenrechtelijke overeenkomst) ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ จึงมีได้กำหนดให้มีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ทันทีที่สัญญาทางหนี้เกิดมีขึ้นตามประมวล กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ทว่ากรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะโอนไปยังผู้รับโอนก็ต่อเมื่อผู้โอน ได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นให้แก่ผู้รับโอน หรือได้กระทำการอื่นใดที่มีผลเท่ากับการส่งมอบแก่ผู้รับโอนแล้ว ซึ่งโดยปรกติกรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อส่งมอบโดยมีมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ (leveringstitel) นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ยังอนุญาตให้มีการทำสัญญาสงวนการโอนกรรมสิทธิ์จนกว่าคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งในฐานะลูกหนี้จะได้กระทำการตามที่มีการตกลงกันเกี่ยวกับเงื่อนไขการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินนั้น⁸⁰ จะเห็นได้ว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ไม่มีบรรพว่าด้วยหลักทั่วไปแยกออกมา เป็นเอกเทศก็ตาม แต่ในส่วนของบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินได้มีการแบ่งแยกออกจากกัน และที่สำคัญก็คือ มีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ ทั้งนี้ ผู้รับโอนตามสัญญาจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ก็ด้วยการเกิดมีขึ้นของสัญญาทางหนี้ที่สมบูรณ์ กอปรกับสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจะต้องถูกส่งมอบไปยังผู้รับโอนหรือมีการกระทำการอื่นใด ที่มีผลเท่ากับการส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนอีกด้วย

3.3.8 ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล (Código Civil Brasileiro) ซึ่งบัญญัติด้วยภาษาโปรตุเกส ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 2002 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 2003 เป็นต้นไป โดยประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลฉบับนี้มีจำนวนทั้งสิ้น 2,046 มาตรา แบ่งออกเป็น 2 ภาค ดังนี้

- (1) ภาคทั่วไป (Parte Geral)
 - (1.1) บรรพ 1 บุคคล (Livro I Das Pessoas)
 - (1.2) บรรพ 2 ทรัพย์สิน (Livro II Dos Bens)
 - (1.3) บรรพ 3 การกระทำของบุคคล (Livro III Dos Fatos Jurídicos)
- (2) ภาคเฉพาะ (Parte Especial)
 - (2.1) บรรพ 1 หนี้ (Livro I Do Direito das Obrigações)

⁷⁹Erp, Sief van and Akkermans, Bram, Cases, Materials and Text on Property Law, (Oxford : Hart, 2012), pp.795-797.

⁸⁰Burgerlijk Wetboek. Artikelen 91 en 92 van Boek 3

- (2.2) บรรพ 2 บริษัท (Livro II Do Direito de Empresa)
- (2.3) บรรพ 3 ทรัพย์สิน (Livro III Do Direito das Coisas)
- (2.4) บรรพ 4 ครอบครัว (Livro IV Do Direito de Família)
- (2.5) บรรพ 5 มรดก (Livro V Do Direito das Sucessões)
- (2.6) ภาคผนวก ปัจฉิมบทและบทเฉพาะกาล (Livro Complementar. Das Disposições Finais e Transitórias)

เดิมสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล (República Federativa do Brasil) ตั้งแต่เมื่อครั้งสาธารณรัฐบราซิล (República Velha) ใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 1916 (Código Civil Brasileiro de 1916) ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นเพียงประเทศเดียวในทวีปอเมริกาใต้ที่ใช้ภาษาโปรตุเกสเป็นภาษาราชการ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล ค.ศ. 1916 มีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บรรพ 1 หลักทั่วไป (ฉบับ พ.ศ. 2468) ในส่วนภูมิฐานะของข้าราชการ (funcionário público) บทวิเคราะห์ศัพท์ของทรัพย์สินแบ่งได้ (coisas divisíveis) บทวิเคราะห์ศัพท์ของทรัพย์สินแบ่งไม่ได้ (coisas indivisíveis) บทวิเคราะห์ศัพท์ของทรัพย์สินนอกพาณิชย์ (coisas fora do comércio) บทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรม (negócio jurídico)⁸¹ กลฉ้อฉลด้วยการนิ่ง (omissão dolosa) การข่มขู่ (coação) และบทวิเคราะห์ศัพท์ของเงื่อนไข (condição) หรือแม้กระทั่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 6 ว่าด้วยกรณีที่ทำให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน (se equiparam os legitimados)⁸² เป็นอาทิ

และเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งของหลายประเทศ ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลก็มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ทั้งนี้ ปรากฏบทบัญญัติอยู่ในภาคเฉพาะ บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 3 กรรมสิทธิ์ (Título III Da Propriedade) หมวด 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Capítulo III Da Aquisição da Propriedade Móvel) ส่วนที่ 4 การส่งมอบ (Seção IV Da Tradição) มาตรา 1267 ซึ่งบัญญัติว่า

“A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

⁸¹ ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลฉบับปัจจุบันไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรมแต่อย่างใด

⁸² รายละเอียดการโต้แย้งทางวิชาการเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1627 ดู หยุต แสงอุทัย และประกอบ หุตะสิงห์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2493 (เนติ.) น.452-460; และดู วิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์, “การรับรองบุตร’ ในมาตรา 1627 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : ศึกษาทางประวัติศาสตร์หลักกฎหมายและประวัติศาสตร์นิติบัญญัติพร้อมกับวิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ในเรื่องการใช้และการตีความกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535).

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.”

มีความว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่อาจโอนไปได้โดยสัญญา ก่อนที่จะมีการส่งมอบ การส่งมอบโดยปริยายอาจเป็นกรณีที่ผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ในฐานะผู้ครอบครองแทน หรือเป็นกรณีการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืน เนื่องจากทรัพย์สินนั้น อยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก หรือเป็นกรณีที่ผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินอยู่แล้วในเวลาทำนิติกรรม”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลข้างต้นกำหนดหลักการ ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญานั้นเป็นไปตามหลักการส่งมอบ มิได้กำหนดให้กรรมสิทธิ์ โอนไปทันทีที่สัญญาเกิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล ยังบัญญัติรายละเอียดวิธีการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในมาตราเดียวกันนี้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลกำหนดให้กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปเมื่อส่งมอบด้วยนิติกรรมที่มีผลสมบูรณ์ ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้น การส่งมอบมิอาจทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปได้ในกรณีที่นิติกรรมตกเป็นโมฆะ (Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.)⁸³ นอกจากนี้ ยังมีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกัน อีกทั้ง มีบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรม จึงต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลฉบับเดิมมีการบัญญัติแม้กระทั่งบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรม อันเป็นหนึ่งในที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 149 ทั้งที่ประมวลกฎหมาย แพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมิได้บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรมแต่อย่างใด ฉะนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา จึงเป็นสิ่งที่แตกต่างอย่างมีนัยสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

3.3.9 Draft Common Frame of Reference

Draft Common Frame of Reference (DCFR) เป็นแนวทางว่าด้วยหลักกฎหมาย ในทวีปยุโรป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปมีหลักกฎหมายแพ่งร่วมกัน ซึ่งดำเนินการ ร้างโดย The Study Group on a European Civil Code และ The Research Group on EC Private Law

⁸³Código Civil Brasileiro. Artigo 1.268. § 2º

(Acquis Group) ตั้งแต่ ค.ศ. 2003 ทั้งนี้ ร่างฉบับสมบูรณ์ (Outline Edition) ของ Draft Common Frame of Reference ได้ประกาศอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2009 ซึ่งแบ่งออกเป็น 10 บรรพ ดังต่อไปนี้

- (1) บรรพ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Book I General provisions)
- (2) บรรพ 2 สัญญาและนิติกรรมอื่น ๆ (Book II Contracts and other juridical acts)
- (3) บรรพ 3 หนี้และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (Book III Obligations and corresponding rights)
- (4) บรรพ 4 เอกเทศสัญญา รวมทั้งสิทธิและหนี้ที่ก่อกำเนิดขึ้นจากเหตุดังกล่าว (Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them)
- (5) บรรพ 5 จัดการงานนอกสั่ง (Book V Benevolent intervention in another's affairs)
- (6) บรรพ 6 ความรับผิดชอบอันมิใช่สัญญาโดยเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น (Book VI Non-contractual liability arising out of damage caused to another)
- (7) บรรพ 7 ลากมีควรได้ (Book VII Unjustified enrichment)
- (8) บรรพ 8 การได้มาและการเสียไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Book VIII Acquisition and loss of ownership of goods)
- (9) บรรพ 9 สิทธิการประกันความเป็นเจ้าของในสังหาริมทรัพย์ (Book IX Proprietary security rights in movable assets)
- (10) บรรพ 10 ทรัสต์ (Book X Trusts)

นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดทำตำราเพื่ออธิบาย Draft Common Frame of Reference จำนวน 6 เล่ม หนึ่งในส่วนของหลักทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยสัญญาปรากฏตาม Draft Common Frame of Reference บรรพ 8 การได้มาและการเสียไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ลักษณะ 2 การโอนกรรมสิทธิ์ด้วยสิทธิหรืออำนาจของผู้โอน (Chapter 2 Transfer of ownership based on the transferor's right or authority) หมวด 1 ข้อกำหนดสำหรับการโอนภายใต้หมวดนี้ (Section 1 Requirements for transfer under this chapter) มาตรา VIII.-2:101 ว่าด้วยข้อกำหนดสำหรับการโอนกรรมสิทธิ์โดยทั่วไป (Requirements for the transfer of ownership in general) ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) The transfer of ownership of goods under this Chapter requires that : . . .

(e) there is an agreement as to the time ownership is to pass and the conditions of this agreement are met, or, in the absence such agreement, delivery or an equivalent to delivery. . . .”⁸⁴

มีความว่า “(1) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินภายใต้หมวดนี้กำหนดให้ . . .

(e) มีความตกลงกันเกี่ยวกับเวลาที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือ และเป็นไปตามเงื่อนไขในความตกลงนั้น หรือในกรณีที่ไม่มีปรากฏความตกลงดังกล่าว ต้องมีการส่งมอบหรือมีการกระทำอื่นใดที่มีผลเท่ากับการส่งมอบ . . .” กอปรกับมาตรา VIII.-2:103 ว่าด้วยความตกลงกันเกี่ยวกับเวลาที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือ (Agreement as to the time ownership is to pass) ซึ่งบัญญัติว่า

“The point in time when ownership passes may be determined by party agreement, . . . ”⁸⁵

มีความว่า “ณ จุดเวลาที่กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือนั้นอาจถูกกำหนดโดยความตกลงกันของคู่สัญญา . . .” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้ความสำคัญแก่การตกลงกันของคู่สัญญา กำหนดให้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการตกลงกันของคู่สัญญาถือเป็นหลักทั่วไป อย่างไรก็ตาม หากสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ไม่ปรากฏว่า คู่สัญญาตกลงกันเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ไว้เป็นประการใด⁸⁶ เช่นนี้ ถือเป็นข้อยกเว้นว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เพราะเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ชัดเจนที่สุดในกรณีสังหาริมทรัพย์ การพิสูจน์เกี่ยวกับเจตนาของคู่สัญญานั้นเป็นนามธรรม ไม่สามารถพิสูจน์เชิงประจักษ์ทำให้เกิดข้อโต้แย้งยากที่จะยุติได้โดยง่าย ฉะนั้น เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับมอบซึ่งการครอบครองเป็นเครื่องแสดงกรรมสิทธิ์ จึงกล่าวได้ว่า ตามหลักการนั้นกรรมสิทธิ์ย่อมโอนด้วยการส่งมอบเฉพาะแต่ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น⁸⁷ อันเป็นการแสดงออกเชิงประจักษ์เพื่อประโยชน์แห่งการพิสูจน์ ในทางรูปธรรม กอปรกับในตำราอธิบายบทกฎหมาย DCFR ยังมีการนำเสนอหลักกฎหมายของแต่ละประเทศ

⁸⁴Bar, Christian von et al., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (Munich : sellier. european law publishers GmbH, 2009), p.425.

⁸⁵*Ibid.*, p.426.

⁸⁶See Bar, Christian von and Clive, Eric, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, 6 volumes (New York : Oxford University Press, 2010), Volume V : pp.4378-4383.

⁸⁷*Ibid.*, Volume V : pp.4433-4434.

ในทวีปยุโรป⁸⁸ การค้นคว้าวิจัยในครั้งนี้ถือได้ว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการพัฒนาระบบกฎหมาย civil law ต่อไปในอนาคต⁸⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ยังประโยชน์ต่อการนำไปใช้เป็นองค์ความรู้เพื่ออธิบายบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ได้ตรวจชำระใหม่ล่าสุดอีกด้วย⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ตำราข้างต้นได้จัดพิมพ์ ในห้วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา และหลังจากนั้นก็ ได้มีการตรวจชำระบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

3.3.10 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา (Código Civil y Comercial de la Nación) บัญญัติด้วยภาษาสเปน ประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2014 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2015 เป็นต้นไป มีจำนวนทั้งสิ้น 2,671 มาตรา แบ่งเป็นแต่ละบรรพ ดังนี้

- (1) อาร์รัมภบท (Título Preliminar)
- (2) บรรพ 1 หลักทั่วไป (Libro Primero. Parte General)
- (3) บรรพ 2 ความสัมพันธ์ทางครอบครัว (Libro Segundo. Relaciones de Familia)
- (4) บรรพ 3 สิทธิเรียกร้อง (Libro Tercero. Derechos Personales)
- (5) บรรพ 4 ทรัพย์สินสิทธิ (Libro Cuarto. Derechos Reales)
- (6) บรรพ 5 การสืบทอดสิทธิด้วยเหตุแห่งความตาย (Libro Quinto. Transmisión de derechos por causa de muerte)
- (7) บรรพ 6 บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสิทธิเรียกร้องและทรัพย์สินสิทธิ (Libro Sexto. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales)

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินาฉบับปัจจุบันได้บัญญัติ บรรพว่าด้วยหลักทั่วไปแยกออกมาเป็นอีกบรรพหนึ่งโดยเอกเทศ อีกทั้งมีการแบ่งแยกบรรพว่าด้วยหนี้ และบรรพว่าด้วยทรัพย์สินออกจากกัน อนึ่ง แต่เดิมสาธารณรัฐอาร์เจนตินา (República Argentina) มีประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา (Código Civil de la República Argentina) จำนวน 4,051 มาตรา ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1869 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1871 จนกระทั่งได้ถูกยกเลิกไปเมื่อมีการใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา

⁸⁸*Ibid.*, Volume V : pp.4437-4459.

⁸⁹See Dalhuisen, Jan Hendrik, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Contract and Movable Property Law, 5th edition, 3 volumes (Oxford : Hart, 2013), Volume II : pp.341-348.

⁹⁰Ancel, François et Fauvarque-Cosson, Bénédicté, *supra note 17*, pp.106-107.

ฉบับปัจจุบัน ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินาฉบับเดิมมีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บรรพ 1 หลักทั่วไป (ฉบับ พ.ศ. 2468) เช่น บทวิเคราะห์ศัพท์ของสังหาริมทรัพย์ (cosas muebles) และที่สำคัญที่สุด คือ บทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรม (acto jurídico) ซึ่งคัดลอก (plagiarise) จากคำแปลประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินาฉบับภาษาอังกฤษแทบคำต่อคำ⁹¹

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินามีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ทั้งนี้ ปรากฏตามบรรพ 4 ทรัพย์สินสิทธิ์ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (Título I Disposiciones generales) หมวด 2 การได้มา การสืบทอด การสิ้นไป และการบังคับใช้ (Capítulo 2 Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad) มาตรา 1892 ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่เพียงพอ (Título y modos suficientes) วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

“La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.”

⁹¹Código Civil de la República Argentina. Artículo 944. *“Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.”* อย่างไรก็ตามก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินาฉบับปัจจุบันกลับมีการบัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรมต่างกับฉบับเดิม Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 259. Acto jurídico. *“El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”* ทว่านักกฎหมายไทยค่อนข้างละเอียดที่จะรับรู้

มีความว่า “การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยการกระทำในระหว่างบุคคลมีชีวิตนั้น จะมีได้ก็ต่อเมื่อกรณีต้องตรงกันทั้งนิติสัมพันธ์ทางหนี้และนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน

นิติสัมพันธ์ทางหนี้ตามวรรคหนึ่งถือว่าเป็นนิติกรรม ทั้งนี้ หมายความว่ารวมถึงแบบที่กฎหมายบังคับไว้ อันมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนหรือก่อให้เกิดทรัพย์สิน

การส่งมอบการครอบครองเป็นนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน ซึ่งโอนหรือก่อให้เกิดทรัพย์สิน โดยแสดงออกด้วยการครอบครอง ทั้งนี้ ไม่จำเป็นว่า จะเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ด้วยการทำนิติกรรมให้ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเปลี่ยนมือผ่านไปยังผู้รับโอน เช่นนี้ ผู้รับโอนก็ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น หรือจะเป็นกรณีที่ผู้รับโอนเป็นผู้ครอบครองแทนแล้วมีข้อตกลงให้กลายเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น หรือจะเป็นกรณีที่ผู้โอนทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังผู้รับโอน โดยที่ผู้โอนกลายเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินแทนผู้รับโอน”

จะเห็นได้ว่า นอกจากมีการทำสัญญาทางหนี้กันแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะโอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับโอน หรือได้กระทำการอื่นใดที่มีผลเท่ากับการส่งมอบแล้ว โดยที่คู่กรณีทั้งสองได้ตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญานั้น โอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับโอน ข้อตกลงนี้เป็นนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน (modo) ซึ่งต่างกับนิติสัมพันธ์ทางหนี้ (titulo) ที่คู่กรณีกระทำขึ้นเมื่อตกลงทำสัญญาทางหนี้กัน ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขายนั้นผู้ขายเพียงแต่ผูกพันตนที่จะโอนทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้ออันเป็นนิติสัมพันธ์ทางหนี้ ส่วนนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินนั้นผู้ขายทำการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ คือ ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้ตามความผูกพันที่ทำไว้โดยผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อส่งมอบด้วยนิติกรรมที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁹²

อาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินาพิสมัยเพียงถ้อยคำว่า “และพาณิชย์” (y Comercial) ปรากฏตามชื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่มิได้ลอกเลียนการปราศจากบทบัญญัติอันเป็นบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาแต่อย่างใด ยังคงยืนยันทามหลักวิชาด้วยการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

⁹²Bueres, Alberto José, Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, 2 Tomos (Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Hammurabi, 2014), Tomo II : págs.247-249; Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 2^a edición, 6 Tomos (Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2016), Tomo V : págs.12-15; Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 14 Tomos (Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015), Tomo IX : págs.33-41.

ณ ที่นี้ จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยปราศจากบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อันเป็นเหตุอื่นนอกเหนือไปจากโดยผลแห่งกฎหมาย เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ อาจเป็นเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้นำเอาระบบกฎหมายต่าง ๆ ระบบนั้นบ้างระบบนี้บ้างมาปะปนกันจนทำให้ปรับเข้ากันไม่สนิท อนึ่ง กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกฎหมายจะช่วยให้สามารถหาหลักเกณฑ์มาอธิบายบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างชัดเจนถ่องแท้ยิ่งขึ้น เพราะประมวลกฎหมายนั้นเป็นผลงานซึ่งประเทศหนึ่งได้บัญญัติขึ้น และอีกประเทศหนึ่งลอกแบบล้วน ๆ หรือลอกแบบและดัดแปลงเสียใหม่ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ได้ประมวลบทบัญญัติต่าง ๆ จากหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาดัดแปลงขึ้น ฉะนั้น หากพิจารณาจากแง่หลักสำคัญ ๆ ประมวลกฎหมายจึงมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันเป็นอันมาก ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้วพอจะจัดแบ่งได้ ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายต่างประเทศในระบบที่มีได้แบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาดโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อมีการบัญญัติถึงหน้าที่อันเกิดจากหนี้ เช่น หน้าที่ที่จะส่งมอบทรัพย์ให้แก่กันแล้ว ยังได้เลยไปบัญญัติถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ดังเช่นที่ปรากฏในเรื่องสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (มาตรา 458) ซึ่งได้กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ขายนั้น โอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน บทกฎหมายทั่วไปของต่างประเทศที่ยึดถือหลักการทำนองเดียวกันนี้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1196) ประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม (มาตรา 1138) ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (มาตรา 1376) และประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส (มาตรา 408) ฯลฯ

(2) กฎหมายต่างประเทศในระบบที่ถือว่า จะต้องมีการแบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด กฎหมายต่างประเทศระบบนี้ได้จำกัดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ให้มีแต่เพียงหน้าที่ที่เกิดจากหนี้จริง ๆ ส่วนเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์นั้นได้บัญญัติไว้ในเรื่องทรัพย์ และมีพิธีการอีกอย่างหนึ่งต่างหากที่จะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไป อันมิได้เกี่ยวข้องกับหน้าที่ที่เกิดจากหนี้ ฉะนั้น ตามกฎหมายต่างประเทศระบบนี้ บุคคลจึงอาจโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลอื่นโดยไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะหนี้เลยก็ได้ และในกรณีเช่นนี้ ต้องฟ้องเรียกกรรมสิทธิ์คืนในฐานลาภมิควรได้ ตัวอย่างเช่น การชำระราคาทรัพย์ที่ซื้อขายกันโดยมิได้ทราบว่าเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น (เนื่องจากรวมวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยไปก่อนทำสัญญาซื้อขาย) ผู้ขายก็ยังคงได้กรรมสิทธิ์ในเงินตราที่ใช้เป็นราคาเป็นแต่เพียงมีหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะหนี้ที่จำต้องคืนเงินให้แก่ผู้ซื้อในฐานลาภมิควรได้เท่านั้น กฎหมายต่างประเทศจำพวกหลังนี้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 929) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 178) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (มาตรา 714) ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน (มาตรา 761) ประมวลกฎหมายแพ่งกรีก (มาตรา 1034) ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีใต้ (มาตรา 188) ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ (บรรพ 3 มาตรา 84 (1)) ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล (มาตรา 1267) และประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา (มาตรา 1892) ฯลฯ และพึงสังเกตสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งก็คือ บรรดาบทกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้ล้วนแล้วแต่บัญญัติอยู่ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สินทั้งสิ้น เช่นนี้จึงเป็นที่ยืนยันถึงความผิดพลาดในเชิงโครงสร้างทางทฤษฎีได้อีกด้วยว่า บทกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (มาตรา 458) อันเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ซึ่งนับเป็นบรรพว่าด้วยหนี้ นอกจากนี้มิได้เป็นบทกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังเป็นการบัญญัติไว้ในบรรพว่าด้วยหนี้ มิได้ตรงตามหลักวิชาซึ่งควรจะต้องบัญญัติบทกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไว้ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน

ยิ่งไปกว่านั้น แม้ทั้ง 2 ระบบข้างต้นจะแตกต่างกันในเชิงหลักการ แต่ทว่ามีสิ่งหนึ่งที่สามารถยืนยันได้อย่างชัดเจนก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศดังกล่าวล้วนแล้วแต่มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่นนี้ จึงต่างกับกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างสิ้นเชิง ซึ่งมีการบัญญัติแต่เพียงบทกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาซื้อขายเท่านั้น

ทั้งหมดที่น่าเสนอมานี้ ก็เพื่อแสดงให้เห็นเป็นประจักษ์แก่สายตาของตนเองว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศในระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นประเทศในภาคพื้นยุโรป ลาตินอเมริกา หรือแม้กระทั่งในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก็ล้วนแล้วแต่ดำเนินตามหลักวิชาการทางนิติศาสตร์ ด้วยการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา มิได้เอาเยี่ยงเอาอย่าง “ห้วงมุกท้ายมังกร” ดังเช่นที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาดังจะได้วิเคราะห์ในบทถัดไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์

โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

ในกฎหมายต่างประเทศซึ่งได้กล่าวไว้แล้ว ณ บทที่ 3 หากพิจารณาแต่เพียงผิวเผินด้วย “ตาไม่มีแวว” อาจจะทำให้เชื่อไปได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ยึดถือเอาว่าไม่มีการแบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ให้ออกจากกันอย่างเด็ดขาด และอาจจะอ้างไปอีกว่า เนื่องจากมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดว่า เพียงแต่ทำสัญญาซื้อขาย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ขายก็ผ่านมือมาของผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างไตร่ตรองให้ละเอียดถี่ถ้วนแล้ว มิอาจถือได้เลยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีระบบอย่างเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทกฎหมายทั่วไปกำหนดให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปในกรณีที่เกิดหนี้เหมือนดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติไว้ โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทกฎหมายทั่วไปที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสประการหนึ่ง และบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในเรื่องนี้ละม้ายคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน เป็นอาทิ ซึ่งเป็นระบบที่ถือว่า ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ต่างหากอีกประการหนึ่ง กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ไว้โดยละเอียด ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้นี้ย่อมจะต้องนำไปใช้แก่กรณีการโอนกรรมสิทธิ์ไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เตรียมไว้สำหรับเรื่องนี้อีกประการหนึ่ง เพราะฉะนั้น จึงน่าจะต้องถือว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยควรดำเนินไปตามระบบกฎหมายแพ่งที่แบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด และถือว่า กฎหมายลักษณะซื้อขายและกฎหมายลักษณะแลกเปลี่ยนซึ่งบทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายนั้น ได้มีการกำหนดให้ใช้ถึงการแลกเปลี่ยนด้วย และรวมไปถึงกฎหมายลักษณะเช่าซื้อซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์ออกให้เช่าและให้ค้ำประกันว่าจะขายทรัพย์นั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์นั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้คราว ซึ่งเห็นได้ว่า สัญญาลักษณะนี้ได้มีแดนบางส่วนก้าวล้ำเข้าไปในปริมณฑลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วยเช่นเดียวกัน ฉะนั้น จึงนับได้ว่า เรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ได้มีการบัญญัติบทกฎหมายเฉพาะไว้เป็นพิเศษเท่านั้น กล่าวคือ หากเป็นเรื่องซื้อขายก็เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ อย่างไรก็ตาม หากเป็นเรื่องอื่น ๆ เช่น เรื่องเอาเงินหรือทรัพย์มาชำระให้แก่เจ้าหนี้ เช่นนี้ จำต้องมีหลักเกณฑ์อื่นต่างหากที่จะทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือเงินนั้นเปลี่ยนมือไปยังเจ้าหนี้ ในการนี้ ข้าพเจ้าจึงขอเสนอทวิเคราะห์ปัญหาการได้มา

ซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย โดยเลือกนำเสนอตัวอย่างสัญญาที่สำคัญ คือ สัญญาให้สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าสิ่งเคลื่อนที่ สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด เพื่อเป็นการหักล้างอิทธิพลทางความคิดที่ “จูงจุมก-สนตะพาย” ทำให้อุปาทานกันไปเองโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มาอ้างอิงว่า สัญญาต่าง ๆ ทั้งหมดล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้วาทกรรมทางกฎหมายที่ว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” ฉะนั้น การนำตัวอย่างสัญญาที่จะกล่าวต่อไปนี้ คือ สัญญาให้ สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าสิ่งเคลื่อนที่ สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด ก็เพื่อเป็นภาพตัวแทนในการยืนยันให้เห็นเป็นประจักษ์ว่า สมควรอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะต้องมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยการส่งมอบ เพื่อขจัดปัญหาต่าง ๆ นานาที่จะเกิดขึ้นได้ หากปราศจากบทกฎหมายทั่วไปดังกล่าว ทั้งนี้สาเหตุที่จะต้องนำเสนอวิเคราะห์ปัญหาที่ละสัญญา ก็เป็นเพราะการไม่มีบทกฎหมายทั่วไปนั่นเอง กฎหมายต่างประเทศตั้งที่ว่าไว้แล้วในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ต่างก็มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา จึงสามารถนำบทกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไปปรับใช้แก้กรณีปัญหาที่จะกล่าวต่อไปได้ ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรแก่การคิดได้เองว่า มีพิกต้องนำเอาเอกเทศสัญญาแต่ละลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสมาชิวิเคราะห์ที่ละเรื่อง ทีละสัญญา ดังเช่นที่จะต้องกระทำในกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใดเลย

4.1 สัญญาให้

สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่สำเร็จบริบูรณ์หรือเสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 นั้นเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย มิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนและเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน เมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาที่เกิดความผูกพันและการเกิดขึ้นของนิติกรรม สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดเป็นนิติกรรมที่กระทำระหว่างผู้มีชีวิตอยู่ โดยมีผลในทางกฎหมายตั้งแต่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (donation entre vifs; inter vivos)¹ อีกทั้งสัญญาให้นี้ยังเป็นนิติกรรมที่เป็นการจำหน่าย (Zuwendung) อันเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินเพราะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ ทำให้ทรัพย์สินของผู้รับเพิ่มพูนมากขึ้น จึงกล่าวได้ว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ (Verfügungsgeschäft)² อันเป็นการ

¹จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1906/2519 (เนติ.) น.983-984; ศนันทกรณ์ โสคติพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2559), น.278.

²ดูรายละเอียดนิติกรรมก่อความผูกพันและนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิได้ที่ ปรีดี เกษมทรัพย์, “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน,” ตุลพาท, เล่ม 1, ปีที่ 15, น.53-59

จำหน่ายสิทธิโดยตรง คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับอันเป็นสัญญาที่มีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิ ซึ่งต้องมีผู้โอนและผู้รับโอน โดยทั้ง 2 ฝ่ายมีเจตนาโอนและรับโอนในลักษณะเป็นคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกัน มิได้เป็นนิติกรรมที่ก่อความผูกพัน (Verpflichtungsgeschäft) แต่อย่างใด กล่าวคือ สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดมิได้ก่อตั้งหน้าที่ให้แก่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดจึงไม่ส่งผลเป็นการเกิดหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะหนี้ แต่สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดนั้นเป็นเหตุให้ผู้รับได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ผู้รับไม่มีสิทธิเรียกร้องทางหนี้ต่อผู้ให้แต่อย่างใด อาจกล่าวได้ว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดอันเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธินั้นเป็นนิติกรรมที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ทำนิติกรรมนั้นลดน้อยถอยลง นับว่าต่างกับนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ซึ่งยังไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อทรัพย์สินในทางลดน้อยถอยลงหรือเพิ่มพูนขึ้น จะมีก็แต่ความผูกพันที่จะกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดมีการเรียกว่า เป็นสัญญาทางทรัพย์สิน (dinglicher Vertrag) โดยที่ Savigny ได้ชี้แจงไว้ว่า

So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden : denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, . . .³

มีความว่า “การส่งมอบทรัพย์สินด้วยเจตนาโอนกรรมสิทธิ์นั้นนับได้ว่า มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะองค์ประกอบทั้งหลายของลักษณะสัญญาปรากฏอยู่ในการส่งมอบเช่นนั้น อย่างครบถ้วน การส่งมอบเพื่อโอนกรรมสิทธิ์นั้น ประกอบด้วยการแสดงเจตนาของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย โดยวัตถุแห่งการแสดงเจตนา ก็คือ การโอนไปซึ่งการครอบครองและกรรมสิทธิ์” กล่าวคือ การส่งมอบทรัพย์สินโดยมีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายหรือตามสัญญาอื่นใด ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนกรรมสิทธิ์นั้น แท้ที่จริงแล้วมิได้เป็นแต่เพียงการกระทำทางข้อเท็จจริงเพื่อให้สัญญาสัมฤทธิ์ผลลงไปเท่านั้น แต่ทว่าการส่งมอบนั่นเองมีเนื้อหาเป็นสัญญาพิเศษ

(มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511); วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2562), น.181-186; ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.329; หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น.76.

³Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Bände (Berlin : Bei Veit und Comp., 1840), Band III : S.312.

เป็นสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เดียว⁴ จึงกล่าวได้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง หรือหากจะกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นก็อาจกล่าวได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ คือ สัญญาทางทรัพย์สินนั่นเอง สัญญาทางทรัพย์สินนี้เป็นสัญญาโอนสิทธิซึ่งเป็นคนละเรื่องกันกับสัญญาทางหนี้ซึ่งเพียงแต่ก่อความผูกพันระหว่างกันให้ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น ส่วนสัญญาทางทรัพย์สินนี้มีได้มุ่งโดยตรงต่อการก่อความผูกพัน แต่มุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สิน จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ฉะนั้น ในทางวิชาการจึงต้องแบ่งแยกพิจารณาสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน⁵ ด้วยเหตุนี้ ความสมบูรณ์และผลแห่งสัญญาทางทรัพย์สินจึงควรเป็นอิสระแยกออกจากกันจากนิติกรรมที่เป็นมูล (kausale Rechtsgeschäfte)⁶ ตัวอย่างเช่น ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโอนส่งมอบสังหาริมทรัพย์โดยถือว่า เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขาย ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับมอบสังหาริมทรัพย์ไว้โดยสำคัญผิดไปว่า เป็นการให้โดยเสนหา เช่นนี้ควรจะต้องถือว่า ความสำคัญผิดของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายนั้น มิได้กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาทางทรัพย์สินที่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย กระทำไปโดยมีเจตนาที่ต้องตรงกัน ฉะนั้นกรณีจึงไม่ทำให้การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วนั้นพลอยเสียไปด้วย กล่าวได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบอันเป็นผลมาจากความสำคัญผิดในมูลเหตุแห่งการโอน ย่อมเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีข้างต้นผู้โอนซึ่งต้องเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวไปเพราะการส่งมอบก็ยังมีสิทธิเรียกให้ผู้รับโอนทำการโอนสังหาริมทรัพย์นั้นกลับคืนมาให้แก่ผู้โอนใหม่ได้ ทั้งนี้ โดยใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกลาหมิควรได้ (condictio)⁷ อนึ่ง การโอนกรรมสิทธิ์กรณีสัญญาให้โดยเสนหาและสัญญาซื้อขาย เป็นอาทิ เรียกว่า โอนเด็ดขาด⁸

⁴กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 19, น.82. (มิถุนายน 2532).

⁵Prokati, Kittisak, “Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht,” (Magister iuris comparativi (magna cum laude), Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987), S.5.

⁶ดู หยุต แสงอุทัย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.76-78.

⁷Savigny, Friedrich Carl von, *supra note 3*, Band IV : S.156ff.

⁸สารสาสน์ประพันธ์ (เซ็น จารุวัตร), พระ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา), 3 ตอน (พระนคร : ตงฮั่วมิ่งป้อ, 2467), ตอนที่ 2 : น.24; อนึ่ง ในขณะที่ตีพิมพ์ตำราชุดนี้ ผู้เขียนมีบรรดาศักดิ์เป็น “หลวงสารสาสน์ประพันธ์”

ความมีผลทางกฎหมายของสัญญาให้หนี้ แม้จะกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่า กฎหมายมุ่งรับรองให้มีผลทางกฎหมายตามเจตนาของผู้ทำสัญญาก็จริง แต่ควรสังเกตไว้ด้วยว่า ในบางกรณีนอกจากเจตนาประสงค์ต่อผลทางกฎหมายของผู้ทำนิติกรรมไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายก็ตาม กฎหมายอาจกำหนดให้ต้องมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดประกอบกับการแสดงเจตนาด้วย แต่โดยที่กฎหมายมุ่งรับรองผลให้เป็นไปตามเจตนาที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมายเป็นสำคัญจึงนับว่าเป็นนิติกรรม ด้วยเหตุนี้ ในสัญญาให้จึงจักต้องมีผู้ให้และผู้รับการให้ โดยมุ่งต่อผลทางกฎหมายให้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ให้ได้โอนเปลี่ยนมือจากผู้ให้ไปยังผู้รับการให้ แต่ทว่ากรณีที่คู่กรณีมีเจตนาให้และรับการให้กันเพียงเท่านี้ ยังไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายรับรองให้เป็นนิติกรรมการให้ จำเป็นต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่ให้แล้วเสียก่อน นิติกรรมการให้จึงจะเกิดและมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 ทั้งนี้ เนื่องจากการแสดงเจตนา กับนิติกรรมมิใช่ข้อหนึ่งอันเดียวกัน คือ นิติกรรมนั้นแม้อย่างน้อยที่สุดจักต้องมีการแสดงเจตนาอันหนึ่ง แต่ก็ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบอื่น ๆ อีก ซึ่งจะทำให้การแสดงเจตนาอันนั้นเป็นนิติกรรม และในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้มีข้อเท็จจริงอื่นประกอบด้วย นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิจึงจะเป็นผลบังคับ เช่นนี้ ในการให้สังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับ มาตรา 523 กำหนดให้การให้ยอมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ ฉะนั้น หากเพียงแต่แสดงเจตนาให้และรับการให้แก่กันก็ยังไม่ส่งผลให้กรรมสิทธิ์โอนไป ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิจนกว่าจะได้มีการส่งมอบกันเสียก่อน

อนึ่ง สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดนั้นจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อผู้ทำนิติกรรมเป็นผู้มีอำนาจที่จะโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธินั้น ๆ หากผู้โอนหรือผู้ทำนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิปราศจากอำนาจโอนหรืออำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธินั้น ๆ แม้จะแสดงเจตนาโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิเสนอและสนองต้องตรงกัน ก็ไม่มีผลให้สิทธินั้นโอนไปหรือเกิดเปลี่ยนแปลงตามความมุ่งหมายของคู่กรณีแต่อย่างใด

พึงสังเกตว่า สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดเป็นนิติกรรมที่อาศัยอำนาจโอนเป็นแกนกลาง กล่าวคือ สัญญาให้ดังกล่าวจะเป็นผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อผู้ให้เป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีอำนาจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ให้นั้น ทราบใดยังมีได้เป็นเจ้าของทรัพย์หรือยังไม่มีสิทธิโอนทรัพย์ที่ให้ ทรานั้นย่อมไม่อาจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นให้แก่ผู้รับการให้ได้ ในการนี้ สัญญาให้ที่สำเร็จบริบูรณ์ยอมอยู่ภายใต้บังคับของหลักที่ว่า “ผู้รับโอนยอมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” กล่าวคือ ผู้ได้สิทธิไปก่อนยอมมีสิทธิดีกว่า ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ได้รับโอนสิทธิไปก่อนยอมมีสิทธิดีกว่าผู้ที่ได้รับโอนสิทธิไปทีหลัง และในการโอนทรัพย์ 2 คราวซ้อนกันนั้น การโอนคราวแรกยอมมีผล ส่วนการโอนทรัพย์เดียวกันนี้ในคราวหลังยอมไม่มีผล ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ เช่น กรณีที่กฎหมายคุ้มครองบุคคลผู้ได้รับโอนสังหาริมทรัพย์มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนและได้ครอบครองทรัพย์นั้นโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ฯลฯ

ตามปรกติผู้โอนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์นั้น ๆ เสียก่อน จึงจะโอนกรรมสิทธิ์ให้สำเร็จเป็นผลขึ้นมาได้ หากผู้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์มิใช่เจ้าของทรัพย์ ผู้นั้นย่อมไม่มีสิทธิโอน

และผู้รับโอนย่อมมิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์อะไรไปเลย คือ ไม่มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกิดขึ้น อันเป็นไปตามหลักในสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ผู้รับโอนย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” ซึ่งหลักการนี้ในภาษาละตินมีหลายสำนวน เช่น “nemo dare potest quod non habet” แปลว่า ไม่มีใครอาจให้สิ่งที่ตนไม่มี⁹ “nemo dat qui non habet” แปลว่า คนที่ไม่มี ให้มิได้¹⁰ “nemo dat quod non habet” แปลว่า ไม่มีใครอาจให้สิ่งที่ตนไม่มี¹¹ “nemo potest plus iuris ad alium transferre quam ipse habet” แปลว่า ไม่มีใครอาจโอนสิทธิมากกว่าที่ตนมี¹² “nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” แปลว่า ไม่มีใครอาจโอนสิทธิให้แก่ผู้อื่นมากกว่าที่ตนมีอยู่¹³ “nihil dat qui non habet” แปลว่า เขาให้อะไรมิได้ หากเขาไม่มี¹⁴

อย่างไรก็ดี มีกรณียกเว้นที่มีผู้อื่นซึ่งมิใช่เจ้าของทรัพย์นั้นกลับมีสิทธิโอนกรรมสิทธิ์ได้โดยผลแห่งกฎหมายหรือโดยผลแห่งนิติกรรม ในกรณีที่ผู้โอนเป็นผู้รับมอบอำนาจโอนมาจากผู้มีอำนาจโอนโดยทางนิติกรรม เช่นนี้ ผู้โอนย่อมมีอำนาจโอนทรัพย์ไปยังผู้รับโอนได้ ถึงแม้ว่าผู้โอนจะมีได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่โอนกันแล้วก็ตาม หากผู้โอนได้โอนทรัพย์ไปยังผู้รับโอนแล้ว เช่นนี้ ผู้รับโอนย่อมได้กรรมสิทธิ์ ด้วยเหตุที่ผู้โอนได้รับมอบอำนาจมาจากเจ้าของสิทธิ จึงเป็นผู้โอนที่มีอำนาจโอนโดยนิติกรรม อีกนัยหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่า การยกให้อย่างธรรมดา มิใช่โดยพินัยกรรม ผู้ให้อาจเอาทรัพย์ของบุคคลอื่นมายกให้ให้มีผลบังคับกันได้ หากเจ้าของทรัพย์ยินยอม¹⁵

⁹พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *ภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น.108; อนึ่ง ด้วยความเคารพอย่างสูง คำว่า “ลาติน” ใช้แก่คำว่า “ลาตินอเมริกา” (Latin America) คือ ประเทศทั้งหลายที่อยู่ในเขตอเมริกากลางและอเมริกาใต้ ซึ่งใช้ภาษาสเปนหรือโปรตุเกสเป็นภาษาราชการ ส่วนคำว่า “ละติน” (Latin) หมายถึง ชาวละติน ภาษาละติน หรือจารีตละตินก็ได้ โดยที่ชาวละติน ได้แก่ ชาวเผ่าอารยันที่อาศัยอยู่แถบกลางคาบสมุทรอิตาลี เดิมเรียกว่า แคว้นละติน ทั้งนี้ ภาษาละติน คือ ภาษาที่ชาวละตินใช้มาแต่เดิม ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับให้เป็นภาษาราชการของมหาอาณาจักรโรมัน จึงกลายเป็นภาษาราชการ ภาษาวิชาการและภาษาศาสนาของมหาอาณาจักรโรมัน ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ ราชบัณฑิตยสถาน, *สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*, 30 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรพรินติ้ง, 2544), เล่ม 25 : น.16166-16170, 16206.

¹⁰พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *เพ็งอ้วง*, น.108.

¹¹*เพ็งอ้วง*; ประชุม โฉมฉาย, *ภาษาละตินสำหรับนิติศาสตร์และสังคมศึกษา*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.119.

¹²พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *เพ็งอ้วง*, น.110.

¹³ประชุม โฉมฉาย, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.513.

¹⁴พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.112.

¹⁵ไพจิตร ปุญญพันธ์, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1479/2509 (เนติ.)* น.2719.

ส่วนในกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้รับโอนสังหาริมทรัพย์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน กฎหมายมักกำหนดให้ผู้รับโอนโดยสุจริตมีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่แท้จริง ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์นั้นมายัง ผู้สุจริตจะไม่มีสิทธิโอนก็ตาม ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง เช่นนี้ ก็เป็นกรณีที่กฎหมายรับรองให้ผู้โอนที่ไม่มีอำนาจโอนนั้น มีอำนาจโอนขึ้นมาโดยผลแห่งกฎหมาย (ipso iure) ซึ่งมีใช้กรณีโดยสัญญา เพื่อคุ้มครองผู้รับโอนสังหาริมทรัพย์ไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และได้ครอบครอง ทรัพย์นั้นโดยสุจริตแล้ว ซึ่งในกรณีเช่นนี้ การที่ผู้สุจริตได้สังหาริมทรัพย์ไปนั้น มิใช่เป็นผลแห่งเจตนาโอน และรับโอนของคู่กรณีดังเช่นกรณีโอนทรัพย์โดยทั่วไป แต่การที่กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนดังกล่าวนั้นเป็นเพราะผลแห่งกฎหมาย มิใช่ผลแห่งนิติกรรมโดยตรงแต่อย่างใด

มีการนำเสนอทรรศนะว่า ในสัญญาให้ตราใบที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ ตราบนั้นสัญญา ไม่เกิดขึ้น หรือไม่บริบูรณ์ หรือตกเป็นโมฆะ ฉะนั้น จึงถือว่า การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรม กล่าวคือ ถู้อไปว่า การส่งมอบเป็น “แบบ” ของการโอนกรรมสิทธิ์¹⁶ แต่เพียงสังเกตการอ้างว่า สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆะนั้น ทั้งที่ตัวบทมิได้ระบุว่า เป็นโมฆะแต่อย่างใดทั้งสิ้น ระบุแต่เพียงว่า การให้ยอมสมบูรณ์ เมื่อส่งมอบ กอปรกับเมื่อใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่า กรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมาย ไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น (argumentum e contrario; argumentum e silentio)¹⁷ ก็จะพิจารณาได้ว่า หากไม่ส่งมอบก็ไม่สมบูรณ์ ส่งมอบเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น แต่ทว่าหากเป็นโมฆะแล้ว

¹⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ปธานีประนอม การพะนันและขันต่อ, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), น.5 เชิงอรรถที่ 2; และผู้เขียนยังคงยืนยันเช่นนี้ในตำราอีกเล่มหนึ่ง คือ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมาย นิติกรรมและหนี้, 2 เล่ม (พระนคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2512), เล่ม 1 : น.39; ส่วนนักกฎหมายแพ่ง คนสำคัญของไทยในปัจจุบันที่ยืนยันตามทรรศนะนี้ คือ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมาย ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น.387-388; และผู้เขียน ยังคงยืนยันเช่นนี้ในตำราอีกเล่มหนึ่ง คือ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.104-105, 331; อีกทั้งยังระบุเพิ่มเติมเกี่ยวกับสัญญาให้ว่า “จึงควรหมายความว่าถ้าไม่ส่งมอบสัญญาไม่สมบูรณ์ เป็นโมฆะ มากกว่าสัญญาไม่เกิด” ดู ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 36, น.31; vgl. Windscheid, Bernhard Joseph Hubert, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, 3 Bände (Frankfurt am Main : Rütten & Loening, 1900), Band I : § 171 S.779-781.

¹⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.53; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.292.

นิติกรรมสัญญาให้ยอมเสียเปล่าไปเลย¹⁸ ในกรณีนี้ หากยืนยันที่จะยึดถือตามทฤษฎีข้างต้น ก็จำเป็นต้องมีความเสมอต้นเสมอปลายในการยืนยันทฤษฎีนี้ใช้แก่กรณีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาอื่น ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ด้วยเช่นเดียวกัน เช่น สัญญาเช่าใช้สิ่งเคลื่อนที่ สัญญาหมั้น สัญญาสินสอด ฯลฯ (และบางคนมีอาการหนักถึงขั้นที่อ้างไปว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง ก็เป็นแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 152 ด้วยซ้ำไป) เช่นนี้ กรณียอมกลับตาลปัตรกลายเป็นว่า หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาต่าง ๆ ทั้งหมดดังที่อ้างมา กรณียอมเป็นการที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามที่อ้างว่าเป็นแบบที่กฎหมายบังคับไว้ สัญญาดังกล่าวทั้งหมดย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 152 อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ในยุคถัดมากลับมีทฤษฎีว่า การส่งมอบเป็น “องค์ประกอบ” ของการโอนกรรมสิทธิ์¹⁹ เพราะหากไปถือว่า การส่งมอบเป็นแบบ เมื่อไม่ทำตามแบบ นิติกรรมก็ย่อมตกเป็นโมฆะ การไม่ส่งมอบย่อมทำให้เจตนาโอนและรับโอนพลอยเสียไปด้วย แต่หากการส่งมอบเป็นเพียงองค์ประกอบของนิติกรรม เช่นนี้ เจตนาโอนและรับโอนยังมีผลอยู่ เมื่อมีการส่งมอบสำเร็จในภายหลัง นิติกรรมก็ครบองค์ประกอบและการโอนก็สมบูรณ์ จึงกล่าวได้ว่า การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 กฎหมายได้บัญญัติเพิ่มเติมสาระสำคัญของการให้ที่ผู้ให้และผู้รับการให้ได้ทำสัญญากันขึ้นอีกประการหนึ่ง เป็นส่วนประกอบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521²⁰ พึงสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดหลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้ โดยมีการตกลงกันเองแล้วส่งมอบประกอบก็เพียงพอแล้ว ในความสมบูรณ์ ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งของบางประเทศที่กำหนดแบบพิเศษ (forme solennelle) ไว้ด้วย แต่ทว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรื่องที่จะทำตามแบบเป็นเรื่องยกเว้น

¹⁸ไพจิตร ปุญญพันธ์, บันทึกการตรวจสอบคุณภาพต้นฉบับประเภทตำรา : ยืมและฝากทรัพย์สิน, บันทึกการตรวจสอบในการประเมินผลงานทางวิชาการเพื่อพิจารณากำหนดตำแหน่งทางวิชาการ ทบวงมหาวิทยาลัย : หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและคำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ และบันทึกการตรวจสอบในการประเมินผลงานทางวิชาการ : คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2552), น.110.

¹⁹บุษยามาศ มุ่งสันติ, “ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.108; Prokati, Kittisak, *supra note 5*, S.10; ในส่วนของศาสตราจารย์ ดร.ไพจิตร เอกจริยกร มีทฤษฎีว่า เมื่อไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน การให้นั้นไม่สมบูรณ์ แต่มีได้ยืนยันด้วยตนเองอย่างชัดเจนเด็ดขาดว่า ไม่สมบูรณ์ในบริบทนี้หมายถึง ตกเป็นโมฆะหรือไม่ ดู ไพจิตร เอกจริยกร, ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.383.

²⁰สารสาสน์ประพันธ์ (ซิ่น จารุวัตร), พระ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 5, ปีที่ 5, น.351 (สิงหาคม 2475).

กำหนดไว้เฉพาะการให้ทรัพย์สินเพียงบางประเภทเท่านั้น ซึ่งมีใช่เป็นเรื่องจะโอนกรรมสิทธิ์²¹ ทั้งนี้ ศาสตราจารย์วิสามันต์²² พระสารสาสน์ประพันธ์ ได้แสดงทรรศนะไว้ว่า

อย่างไรก็ดี ควรระวังว่า การที่จะต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการใดของนิติกรรมบางเรื่องเกี่ยวกับการเกิดของนิติกรรมโดยตรงไม่ใช่แบบที่เป็นเครื่องประกอบที่กล่าวข้างต้น ตัวอย่างเช่น การให้โดยเสน่หา การยืม จะสมบูรณ์ได้ก็ด้วยการส่งมอบนี้เป็นต้น ซึ่งต่างกับเรื่องพิธีการที่จะต้องปฏิบัติประกอบเจตนา เช่นให้ทำเป็นหนังสือ หรือให้จดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่²³

จึงเห็นว่า สัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับ มาตรา 523 เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบสังหาริมทรัพย์ (contrat réel) กล่าวคือ สัญญาที่เพียงแต่ ความตกลงของคู่กรณียังไม่เพียงพอที่จะทำให้สัญญานั้นสมบูรณ์ ต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ด้วย ในการนี้ สัญญาให้ข้างต้นจึงมิใช่สัญญาที่สมบูรณ์เพียงความตกลง (contrat consensuel) และมีใช้สัญญาที่สมบูรณ์ ต่อเมื่อทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติ (contrat solennel)²⁴ เพราะหากยังมีได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์แล้ว ถึงเวลาเรียกคืนเพราะเหตุเนรคุณก็ไม่อาจคืนสิ่งใดได้เนื่องจากมิได้รับ²⁵

อีกนัยหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 กำหนดไว้แต่เพียงว่า สัญญาให้ยืมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ แต่หาได้บัญญัติผลของการฝ่าฝืนไว้แต่อย่างใดไม่ จึงต้องหวนกลับไปพิจารณาบทบัญญัติในบรรพ 1 ประกอบ อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทย มาตรา 152 คือ การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นี้จะถือว่า เป็นแบบหรือไม่ ซึ่งในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม

²¹สารสาสน์ประพันธ์ (ซิ่น จารุวัตร), พระ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาสน์, แผนกสามัญ, เล่ม 9, ปีที่ 5, น.805-806 เชียงธรรมที่ 3 (ธันวาคม 2475).

²²มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งเป็นศาสตราจารย์วิสามันต์ ตามประกาศ ตั้งศาสตราจารย์วิสามันต์แห่งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2477 ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 51 น.900 วันที่ 1 กรกฎาคม 2477

²³สารสาสน์ประพันธ์ (ซิ่น จารุวัตร), พระ, “หัวข้อคำอธิบายหลักกฎหมาย ‘หนี้ และนิติกรรม’,” นิติสาสน์, แผนกสามัญ, เล่ม 4, ปีที่ 6, น.239 (กรกฎาคม 2476).

²⁴ดู ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาสน์, แผนกสามัญ, เล่ม 10, ปีที่ 3, น.630-631 (มกราคม 2473); ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2, 2 ตอน (พระนคร : นิติสาสน์, 2473), ตอนที่ 2 : น.32-33, 35.

²⁵เสริม วินิจฉัยกุล, เอกเทศสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), น.34.

อาจแบ่งออกเป็น 3 ชนิด ได้แก่²⁶ (1) ทำเป็นหนังสือ (2) ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (3) จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ มีนักกฎหมายบางคนถึงขนาดยืนยันเอาไว้ว่า “เพราะโดยหลักการ ความเป็นโมฆะหรือโมฆียะจะเกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือต้องมีกฎหมายเขียนไว้เลยว่า เป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะ”²⁷ ฉะนั้น การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นี้ จึงไม่ถือว่าเป็นแบบและเมื่อขาดไปก็ไม่ตกเป็นโมฆะ กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ว่า “หลักอิสระแห่งแบบพิธี” (Formsfreiheit)²⁸ ซึ่งหมายความว่า โดยหลักแล้ว นิติกรรมไม่ต้องกระทำตามแบบใด ๆ ทั้งสิ้น เฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติว่า นิติกรรมในเรื่องนั้น จะต้องกระทำตามแบบ ผู้กระทำจึงต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมุ่งหมายให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาแห่งนิติกรรม เพราะถือว่า การแสดงเจตนาโดยไม่มีการส่งมอบยังไม่นับว่าเป็นการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบ ฉะนั้น นิติกรรมดังกล่าวจึงไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ นิติกรรมไม่มีผล โดยกฎหมายมิได้มุ่งหมายให้นิติกรรมนั้นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทีเดียวแต่อย่างใด เพราะหากต่อมาภายหลัง เมื่อคู่กรณียังมีเจตนาผูกพันกันอยู่ กอปรกับมีการส่งมอบเกิดขึ้น เช่นนี้ นิติกรรมก็ครบองค์ประกอบ และเป็นผลขึ้น ในทางตรงกันข้าม หากไปถือว่า การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรม เมื่อมิได้ทำตามแบบ นิติกรรมก็ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 152 เช่นนี้ เจตนาที่ได้แสดงไว้นั้นย่อมเสียเปล่าไป ถึงแม้ว่าจะมีการส่งมอบกันในภายหลังก็มิได้ทำให้นิติกรรมนั้นกลับมาสมบูรณ์ขึ้นมาใหม่ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงทำนิติกรรมกันใหม่อีกครั้งหนึ่ง

การส่งมอบสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 เป็นเงื่อนไขทางกฎหมายซึ่งโดยทั่วไปหมายถึง ข้อกำหนดที่เป็นองค์ประกอบแห่งความมีผลตามกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เงื่อนไขทางกฎหมายนั้น กฎหมายมุ่งหมายถึง องค์ประกอบทางกฎหมายที่ทำให้นิติกรรมมีผลตามกฎหมายเป็นสำคัญ การส่งมอบตามมาตราดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์หรือเป็นองค์ประกอบของสัญญาให้ หากองค์ประกอบทางกฎหมายยังไม่ครบถ้วน นิติกรรมย่อมไม่ครบองค์ประกอบและไม่เกิดเป็นนิติกรรมเลย²⁹ ทั้งนี้

²⁶ไพจิตร ปุญญพันธ์, “คำมั่นสัญญา (ตอน 6 - การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่),” *ตุลพาท*, เล่ม 2, ปีที่ 56, น.15 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552); สมศักดิ์ จันทร์ และจิตติ ดิงศภัทย์, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2516 (มธ.)* น.278.

²⁷ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.58.

²⁸หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.131.

²⁹ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), น.212-213, 238-239; ฉันทวิชช์ วรทัต, *คำอธิบาย*

การไม่เป็นนิติกรรม (inexistence) คือ ไม่อาจที่จะทำให้นิติกรรมเกิดขึ้นเลย ซึ่งอาจมีได้ในกรณีที่ไม่มี การแสดงเจตนาหรือกรณีที่องค์สำคัญแห่งนิติกรรมขาดไป แต่มีใช้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ³⁰ โดยปัญหา เรื่องนิติกรรมไม่เกิดนี้ไม่มีบทบังคับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งกล่าวถึงเฉพาะ โมฆะกรรมและโมฆียะกรรมเท่านั้น จึงอาจทำให้เห็นเรื่องการไม่เกิดกับเรื่องโมฆะกรรมปนกัน³¹ อนึ่ง การใช้ถ้อยคำว่า “เงื่อนไขทางกฎหมาย” ดังกล่าวมิใช่เงื่อนไขของนิติกรรมซึ่งเป็นเงื่อนไข ในแง่ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมที่ผู้ทำนิติกรรมกำหนดขึ้นด้วยเจตนา โดยนิติกรรมที่มีข้อความบังคับ ไว้ให้นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผลต่อเมื่อมีเหตุการณ์อันไม่แน่นอนว่า จะเกิดขึ้นหรือไม่ในอนาคต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), น.523; เทพวิฑูรพหุลศรุตชาติ (บุญช่วย วนิกกุล), พระยา, คำอธิบายประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยนิติกรรม ระยะเวลา อายุความ, กำชัย จงจักรพันธ์ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2556), น.12 เชิงอรรถที่ 31 ทั้งนี้ บรรณาธิการได้ให้เหตุผลโต้แย้งว่า “การส่งมอบทรัพย์สิน ในสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาให้, สัญญาเช่า, ผู้แก้ไขเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาทำสัญญา นั้น ๆ หากมิได้ปฏิบัติตาม สัญญาไม่เกิดขึ้น การส่งมอบดังกล่าวจึงมิใช่แบบแห่งนิติกรรม”; ประเสริฐศุภมาตรา (จรรยา จันทรสุมบุรณ์), ขุน, คำสอนชั้นปริญญาตรี หลักรกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), น.113; วิริยะ (บุญเรือน) เกิดศิริ, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 54, น.117; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ นิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2557), น.86; สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, ความรู้กฎหมายทั่วไป กฎหมายในชีวิตประจำวัน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.360; สอาด นาวิเจริญ, “ชื่อและความหมายของนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์,” บทบัญญัติ, ตอนที่ 1, เล่ม 14, น.127 (มีนาคม 2485); สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.352-353; เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, มุรินทร์ พงศاپาน (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 4, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), เล่ม 1 : น.118, 139.

³⁰ประติษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” นิติสาส์น, เล่ม 12, ปีที่ 2, น.637, 638-640 (มีนาคม 2472); voy. Houtcieff, Dimitri, Droit des contrats, 4^e édition (Région de Bruxelles-Capitale : Bruylant, 2018), n^{os} 587 à 592.

³¹สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.238; “ประมวลกฎหมาย ทั้งนี้เป็นของใหม่ที่เริ่มทำขึ้นโดยอาศัยหลักปรัตยบันนิติศาสตร์ยากที่จะศึกษาเทียบเคียงเพื่อยังรู้ ความประสงค์ได้ตลอด” ดูเพิ่มเติมได้ที่ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 41 น.53-55 วันที่ 10 สิงหาคม 2467

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 182 แต่อย่างใด³² คงไม่มีใครปฏิเสธว่า สัญญาให้ ก็อาจมีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาบังคับไว้ได้ เพราะสัญญาดังกล่าวก็เป็นนิติกรรม จึงอาจมีเงื่อนไขบังคับไว้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 182³³ เงื่อนไขนั้นอาจเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน หรือบังคับหลังก็ได้ หรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือสิ้นสุดก็ได้ เงื่อนไขเงื่อนไขเวลาที่ว่านี้ไม่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ หรือบริบูรณ์ของนิติกรรม เช่น ก. ตกลงให้แมวแก่ ข. โดยตกลงกันว่า หาก ข. ทำร้ายแมว ก็ให้ ก. เรียกแมวคืนได้ ก. ส่งมอบแมวแก่ ข. ไปแล้ว เช่นนี้ การให้ยอมสมบูรณ์ แต่การที่มีข้อกำหนดดังกล่าว ในสัญญานั้นยอมเป็นเงื่อนไข กรณีเป็นสัญญาให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง สัญญายอมสิ้นผลเมื่อเงื่อนไขสำเร็จ หรือการเป็นไปตามเงื่อนไข ฉะนั้น หาก ข. ทำร้ายแมวเมื่อใด ก. ก็มีสิทธิเรียกแมวคืนได้ตามสัญญา แม้จะมีใช้กรณีเรียกคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทย มาตรา 531 อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะในลักษณะให้ก็ตาม

เมื่อสัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนาหาที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 เป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์สิน³⁴ ซึ่งอาจเรียกว่า สัญญาโอนกรรมสิทธิ์³⁵ มิใช่เป็นนิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดจึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ใด ๆ เลย ไม่ว่าหนี้ต่อผู้ให้หรือหนี้ต่อผู้รับก็ตาม³⁶

³²ดูรายละเอียดในประเด็นนี้ได้ที่ ทิวานนท์ อุทัย, “เงื่อนไขความเป็นผลแห่งนิติกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.45, 58.

³³ดูรายละเอียดได้ที่ วิฑูรธรรมพิเนต (โต๊ะ อัมระนันท์), พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (พระนคร : สยามบรรณกิจ, ม.ป.ป.), น.361-367.

³⁴ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.391.

³⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.56; และดู ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “สัญญาโอนกรรมสิทธิ์,” ใน *นิติสาร : รพี*, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2531), น.150-152.

³⁶ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.257 โดยระบุว่า “ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีนิติกรรมสัญญาบางประเภทที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น ๆ ให้แก่กันโดยมิใช่เป็นการชำระหนี้ได้แก่ สัญญาให้ (มาตรา 523) . . .” อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนคนเดียวที่กลับกล่าวเชิงตรงกันข้ามในตำราอีกเล่มหนึ่งว่า สัญญาให้ก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้แต่ฝ่ายเดียว ดู ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น.55-56 อนึ่ง ตำราของผู้เขียนที่มีชื่อว่า “หลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา” ซึ่งตีพิมพ์ล่าสุดเมื่อ พ.ศ. 2561 เป็นเพียงฉบับย่อ ทั้งนี้ ตำราฉบับสมบูรณ์ของผู้เขียนมีกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม จำนวน 830 หน้า และกฎหมายว่าด้วยสัญญา จำนวน 463 หน้า; และดู อีราพร ดิษยาธิคม, “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

การโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้โดยเสน่หานั้นมิใช่วัตถุแห่งหนี้ เพราะผู้ให้มิได้ส่งมอบทรัพย์สินเพราะมีหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาให้โดยเสน่หาแต่อย่างใด ในส่วนของผู้ให้เองไม่มีหนี้หรือหน้าที่ใด ๆ ในทางกฎหมาย³⁷ ไม่มาก่อนหรือภายหลังจากการทำสัญญาดังกล่าว และในส่วนของผู้รับการให้ก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยไม่เสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด หนี้ของผู้รับการให้จึงไม่มียิ่งกว่าผู้ให้เสียอีก ทั้งนี้ พึงระลึกไว้ว่า ในระบบกฎหมาย civil law มิใช่ว่า สัญญาทุกประเภทจักก่อให้เกิดหนี้หรือเป็นมูลหนี้เสมอไปแต่อย่างใด³⁸

อย่างไรก็ดี หากยังขึ้นตึงตันตะแบงต่อไปอีกว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสน่หาที่เสร็จเด็ดขาดจักต้องเป็นสัญญาทางหนี้ ด้วยเหตุผลเพราะเป็นบทกฎหมายที่อยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ซึ่งเป็นบรรพว่าด้วยหนี้ มิได้บัญญัติอยู่ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน เช่นนี้ การกล่าวอ้างโดยใช้เหตุผลดังกล่าวเป็นการพิสูจน์เชิงประจักษ์ยิ่งขึ้นไปอีกว่า การดันทุรังตามที่ว่ามา เป็นการขาดองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งในระบบ civil law อย่างเห็นได้ชัด เพราะเมื่อเปรียบเทียบในเชิงโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน รวมไปถึงประมวลกฎหมายแพ่งสวิสแล้ว ย่อมจะเห็นได้ชัดเจกว่า การที่กฎหมายลักษณะจำนำและจำนองปรากฏอยู่ในบรรพว่าด้วยเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งที่ในทางทฤษฎีกฎหมายแพ่งได้ยืนยันว่า จำนำและจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้อื่น³⁹ มิใช่สิทธิเรียกร้องทางหนี้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.116-125, 202-206, 217-220; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ถาม-ตอบนิติกรรม-สัญญา (มูลหนี้ 1), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.16-17; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.105, 330-331; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.383, 387-388, 404, 406; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.393; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 40, น.39-40; แต่ทว่าศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อักษราทร จุฬารัตน กลับมีทรรศนะในทางตรงกันข้ามว่า สัญญาให้ก่อให้เกิดหนี้เฉพาะต่อผู้ให้ ทั้งที่ต่างก็สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากสาธารณรัฐอิตาลีในมหาวิทยาลัยเดียวกัน (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); ศักดิ์ สอนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.86.

³⁷ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.178.

³⁸ Bianca, Cesare Massimo, Diritto civile, L'obbligazione, 7 volumi (Milano : Giuffrè, 1993), Volume IV : p.13; ทั้งนี้ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556), น.30 ระบุอย่างชัดเจนว่า “สัญญาส่วนใหญ่ก่อให้เกิดหนี้ แต่สัญญาอาจไม่ก่อให้เกิดหนี้ก็ได้”

³⁹ ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ประวัติศาสตร์การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.678-679 (ธันวาคม 2556).

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งสวิสซึ่งเป็นรากฐานที่สำคัญอย่างยิ่งในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ต่างก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายลักษณะจำนำ (Faustpfand; nantissement; pegno) และจำนอง (Grundpfandrecht; hypothèque; ipoteca) ไว้ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน มีใช้บรรพว่าด้วยหนี้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งเป็นรากฐานที่สำคัญอย่างยิ่งในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อีกฉบับหนึ่งเช่นเดียวกัน ย่อมจะเห็นได้ว่า บรรพว่าด้วยทรัพย์สินแห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น นอกจากจะบัญญัติกฎหมายลักษณะจำนำ (質権) และจำนอง (抵当権) แล้วยังมีกฎหมายลักษณะสิทธิยึดเหนี่ยว (留置権) บัญญัติอยู่ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สินอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากนักกฎหมายแพ่งจำนวนไม่น้อยมีทรรศนะยืนยันว่า สิทธิยึดเหนี่ยวเป็นทรัพย์สิน⁴⁰ มิใช่สิทธิเรียกร้องทางหนี้ เพราะฉะนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติกฎหมายลักษณะจำนำ จำนอง รวมไปถึง

⁴⁰จิตติ ติงศภักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1767/2527 (เนติ.) น.1322-1323; ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), น.133; บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, ไพโรจน์ วายุภาพ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.62; ประสาทศุภานิติ (ประมุข สุวรรณศรี), หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1.4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2520), น.7; ไพจิตร ปุญญพันธ์, การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น.43; ไพจิตร ปุญญพันธ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 115/2515 (เนติ.) น.77-79; ศรีราชา วงศารยางกูร (เจริญพานิช), คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.91; และดู สุรศักดิ์ มณีศรี, “อำนาจของผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยว,” ใน ที่ระลึก 60 ปี พิธีใหญ่ใจหาญ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.143-149 ทั้งนี้ ผู้เขียนได้นำเสนอเหตุผลโน้มเอียงไปในทางสนับสนุนทรรศนะข้างต้น แต่มิได้เขียนยืนยันด้วยถ้อยคำอันชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่า สิทธิยึดเหนี่ยวเป็นทรัพย์สิน; เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น.132; โสภณ รัตนากร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น.16, 330; และดูทรรศนะในทางตรงกันข้ามได้ที่ ศนันทกรณ์ โสถิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.441-442; ทั้งนี้ ดูรายละเอียดการนำเสนอโต้แย้งทางวิชาการในแต่ละทรรศนะได้ที่ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, สิทธิยึดเหนี่ยว : บุคคลสิทธิหรือทรัพย์สิน ?, งานวิชาการรำลึก ปาฐกถาณิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ชุด ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (ครั้งที่ 5), (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.8-68.

สิทธิยึดหยุ่นไว้ในบรรพว่าด้วยหนี้ โดยมีได้บัญญัติไว้ในบรรพว่าด้วยทรัพย์สินนั้น จึงเป็นสิ่งที่พิสูจน์ถึงความผิดพลาดในเชิงหลักการทางกฎหมายแฝงได้เป็นอย่างดี มิได้เป็นการการันตีถึงความถูกต้องตรงตามหลักวิชาแต่อย่างใด ฉะนั้น ในทำนองเดียวกัน เมื่อพิจารณาถึงข้ออ้างในตอนแรกที่ว่าสัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาค่าที่เสร็จเด็ดขาดจำเป็นต้องเป็นสัญญาทางหนี้ เพราะอยู่ในบรรพว่าด้วยเอกเทศสัญญานั้น เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า มิใช่เป็นการยืนยันถึงความถูกต้องเลยแม้แต่น้อยว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาค่าที่เสร็จเด็ดขาดดังที่ว่ามานี้จะเป็นสัญญาทางหนี้ มิใช่สัญญาทางทรัพย์สินว่าเป็นเพียงการเอาสี่ข้างเข้าดู คือต้นจะเอาชนะให้ได้ มิได้ใช้เหตุผลอย่างหนักแน่นตามหลักวิชาการทางนิติศาสตร์แต่อย่างใด

เมื่อกล่าวถึงสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ หากพิจารณาด้วยอคติเพียงถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมิได้บัญญัติว่า ผู้โอนจักต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในสัญญาหรือไม่ จึงถือเอาใตโดยเสียงบาสิไปว่า อาจทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เช่นใดก็ได้ แม้มิได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเลย อาจเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่จะแสวงหามาได้ในอนาคต เช่นนี้ ก็อาจทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้เสมอ อย่างไรก็ตาม ใตเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์มีบัญญัติไว้เป็นหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิจำหน่ายโอนทรัพย์สินของตน เมื่อเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิดังกล่าวแล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะทำสัญญาใด ๆ ก็ได้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของตนจะจำหน่าย จะเอาไปฝากผู้อื่นก็ย่อมทำได้ หรือจะทำลายเสียก็ได้ เพราะการทำลายก็เป็นการจำหน่ายเช่นกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 เมื่อใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีที่ใช้กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น ย่อมพิจารณาได้ว่าผู้ที่ไม่มีการสิทธิ์หรือมิใช่เจ้าของทรัพย์สินใด ก็ย่อมไม่มีสิทธิดังที่กล่าวมาเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ไม่มีสิทธิจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของบุคคลผู้มีการสิทธิ์ อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 อยู่ในลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 2 แดนแห่งกรรมสิทธิ์และการใช้กรรมสิทธิ์ ซึ่งอยู่ในบรรพ 4 ทรัพย์สินสิทธิต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์สิน เป็นบทบัญญัติที่กำหนดแสดงให้เห็นว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิอย่างไรบ้าง มีขอบเขตขนาดไหนเพียงใด ด้วยเหตุนี้ ในสัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาค่าที่เสร็จเด็ดขาดซึ่งเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์สินที่เรียกว่า สัญญาโอนกรรมสิทธิ์ ผู้โอนจะต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ขณะที่ทำสัญญานี้ ส่วนนิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ ขณะที่ก่อสัญญาแสดงให้เห็นแล้วว่าเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีได้กระทำขึ้น จึงมิใช่เรื่องก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นซึ่งจักต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1298 มิใช่เรื่องที่จะต้องมาพะวงกันว่าผู้ทำสัญญาทางหนี้จะมีการสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะโอนจะขายแก่กันนั้นไม่⁴¹ สัญญาเช่นนี้เป็นสัญญา

⁴¹ไพจิตร ปุญญพันธ์ และประพนธ์ ศาตะมาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551), น.27.

ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น แต่สัญญาทางทรัพย์สินที่เป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์แสดงว่าผู้ทำสัญญาโอนนั้นจะต้องมีกรรมสิทธิ์เสียก่อน มิฉะนั้น จะเอาอะไรมาโอนให้กันได้แล้ว

อย่างไรก็ดี หากอ้างไปว่า การที่ผู้ให้ได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 นั้นเป็นการชำระหนี้ เช่นนี้ ด้วยเหตุผลเดียวกันย่อมจำต้องพิจารณาว่าการที่ผู้ให้ยืมส่งมอบสังหาริมทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคสอง ย่อมจำต้องถือเป็นการชำระหนี้เช่นเดียวกันกับการส่งมอบตามสัญญาให้ข้างต้น เนื่องจากทั้งสัญญาให้และสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองดังกล่าวต่างก็เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทำให้ทั้งผู้รับการให้และผู้ยืมต่างก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาในการนี้ ผลลัพธ์จะวิปริตวิปลาสไปเป็นว่า ผู้ให้ยืมมีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม และผู้ยืมก็มีหนี้ที่จะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น จึงเห็นได้ว่าการอ้างข้างต้นทำให้ทั้งผู้ให้ยืมและผู้ยืมต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน การให้เหตุผลเช่นนี้เป็นการทำให้สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนไปโดยสิ้นเชิง

นอกจากนี้ พึงสังเกตประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ใช้ถ้อยคำว่า “... โอนทรัพย์สิน...” มิได้ใช้ถ้อยคำว่า “โอนกรรมสิทธิ์” อย่างบทบัญญัติลักษณะซื้อขายและลักษณะแลกเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 453 และมาตรา 518 ตามลำดับ โดยต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษใช้ถ้อยคำว่า “... transfers gratuitously a property...” เมื่อพิจารณาในกรณีสังหาริมทรัพย์ก็ต้องหมายความว่า โอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั่นเอง ทั้งนี้ ขณะโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับ ผู้โอนต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน จึงมีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 ฉะนั้น การที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ใช้ถ้อยคำว่า “ของตน” จึงตีความได้ว่า ผู้ให้ในฐานะผู้โอนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน มีสิทธิจำหน่ายในขณะโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา กอปรกับการส่งมอบนี้เป็นองค์ประกอบของสัญญาให้อีกด้วย และเมื่อใช้ถ้อยคำว่า “... ทรัพย์สินของตน...” อันเป็นถ้อยคำที่อยู่ในบทวิเคราะห์ศัพท์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ตามมาตรานี้ เมื่อพิจารณาในบริบทสังหาริมทรัพย์จะเห็นได้ว่า สังหาริมทรัพย์เป็นของผู้ให้เอง ผู้ให้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ มิใช่สังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่มีบุคคลใดเป็นเจ้าของ จึงต้องเข้าใจว่า สังหาริมทรัพย์เป็นของผู้ให้ มีตัวตนอยู่ในขณะทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดด้วยการส่งมอบ มิใช่บุคคลใดตลอดจนผู้ให้เอง จะทำขึ้นหรือจัดทามาในภายหลัง อันเป็นทรัพย์สินในอนาคต ฉะนั้น หากผู้ให้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ กรณีเป็นทรัพย์สินที่จะได้มาในภายหลังก็ทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดมิได้⁴² ยกให้กันได้แต่สิทธิที่บริบูรณ์แล้ว จึงกล่าวได้ว่า

⁴²สารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร), พระ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20*, น.356; วิฑูรธรรมพิเนต (โต๊ะ อัมระนันท์), พระยา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33*, น.354.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ทรัพย์ที่ให้กับนั้น จำต้องเป็นของผู้ให้ โดยสภาพจึงมีตัวตนขณะทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม บุคคลอาจทำสัญญา เบื้องต้นซึ่งเป็นสัญญาจะให้ทรัพย์ที่ยังไม่มีตัวตน ยังไม่มีบุคคลใดตลอดจนผู้จะให้เองทำขึ้นหรือจัดหา มาในภายหลัง หรือแม้จะเป็นทรัพย์ของบุคคลอื่นในขณะที่ทำสัญญาเบื้องต้นก็ได้

อนึ่ง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์กับการที่จะนับว่า กรรมสิทธิ์ ในทรัพย์โอนไปแล้วหรือยังเป็นคนละเรื่องกัน เมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้วกรรมสิทธิ์ยังอาจไม่โอนไปก็ได้ แต่ก็ยังเรียกว่า เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อใดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่ง civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้ และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน ได้บัญญัติให้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับภายหลังเมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้ว แต่ทว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับไม่มีบทกฎหมายทั่วไปเช่นว่านี้ มีแต่เพียงบทกฎหมาย ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ส่วนกรณีอสังหาริมทรัพย์มีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มา ซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299

พึงทราบว่า บทบัญญัติว่าด้วยการให้ตามต้นร่างเดิมในมาตรา 466 ได้วิเคราะห์ศัพท์คำว่า “ให้” ไว้ว่า “สัญญาใดที่หนึ่ง คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้ ตกลงจะโอนทรัพย์ของตน ให้เปล่าแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับให้ แลผู้รับตกลงจะรับเอาทรัพย์นั้น” กล่าวคือ เป็นการตกลง จะโอนกรรมสิทธิ์ ใช้ถ้อยคำว่า “. . . agrees to transfer . . .”⁴³ การให้จึงมิได้เป็นการเด็ดขาด “executed” ทันที ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ไม่เหมือน ต้นร่างเดิมในมาตรา 466 ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อตกลงกันและส่งมอบทรัพย์ ความเด็ดขาดเกิดขึ้นที่⁴⁴

ยิ่งไปกว่านั้น การส่งมอบกรณีสัญญาให้โดยเสนาหาที่เสร็จเด็ดขาดนี้มิใช่การปฏิบัติการชำระหนี้ของผู้ให้ แต่เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราว เดียวกัน ทั้งนี้ การแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการแสดงเจตนารับของผู้รับการให้กับการส่งมอบ จึงต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นกรรมและวาระเดียวกัน⁴⁵ โดยที่การส่งมอบยอมสำเร็จลงได้เมื่อมีการ ส่งมอบกันตามที่เป็นจริง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1378 อันเป็นหลัก ทำนองเดียวกันกับหลักการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁶ โดยที่คำว่า “ส่งมอบ”

⁴³Draft Civil and Commercial Code for the Kingdom of Siam, Book on Obligations, (Bangkok : Bangkok Daily Mail, 1914), p.127.

⁴⁴สารสาสน์ประพันธ์ (ซิน จารุวัตร), พระ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.807-808 *เชิงอรรถที่ 4*.

⁴⁵ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น.387.

⁴⁶Prokati, Kittisak, *supra note 5*, S.38.

ที่ให้อยู่ในกฎหมายลักษณะหนี้หรือเอกเทศสัญญานั้นมีความหมายอย่างกว้างหมายถึง การโอน การครอบครองทุกวิธีการโอน⁴⁷ ด้วยเหตุนี้ การส่งมอบก็ยังสามารถสำเร็จลงได้โดยการยกการครอบครองให้แก่กัน ในกรณีที่ผู้รับโอนการครอบครองได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1379 หรืออาจจะด้วยการโอนโดยสมมติในกรณีที่ผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่และมีการตกลงกันให้ครอบครองแทนผู้รับโอน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1380 วรรคหนึ่ง และโดยการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินให้แก่คู่กรณี กอปรกับการสั่งให้ผู้ครอบครองแทนทำการครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนผู้รับโอนการครอบครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1380 วรรคสอง

พึงตระหนักว่า กรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ทั้งเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้โอนทรัพย์สินและผู้รับโอนล้วนแต่มีได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น แต่ทรัพย์สินที่ประสงค์จะโอนกันตกอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ซึ่งตัวอย่างบุคคลภายนอกในบริบทนี้ เช่น ผู้เช่า, ผู้รับฝาก หรือคนร้ายที่ลักทรัพย์สินนั้น ฯลฯ เช่นนี้ กรรมสิทธิ์ย่อมโอนกันไปเมื่อผู้โอนและผู้รับโอนตกลงโอนกรรมสิทธิ์โดยโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนด้วย การโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินถือเป็นการโอนการครอบครองอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในกรณีที่ผู้โอนครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ โดยคู่กรณีตกลงกันให้ผู้โอนครอบครองทรัพย์สินแทนผู้รับโอนนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นหลักการส่งมอบอย่างเห็นได้ชัด อันเป็นการช่วยให้การโอนกรรมสิทธิ์โดยอาศัยเจตนาสามารถเป็นไปได้ เนื่องจากในกรณีเช่นนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อาจเกิดขึ้นโดยไม่ต้องมีการส่งมอบตามที่เป็นอย่างจริงเลย เนื่องจากการส่งมอบทรัพย์สินมิได้เป็นเพียงเครื่องแสดงการทรงทรัพย์สินให้ปรากฏแก่สาธารณะเท่านั้น แต่การส่งมอบยังมีความสำคัญในแง่ที่เป็นพยานหลักฐานของเจตนาโอนกรรมสิทธิ์อย่างจริงจังอีกด้วย การที่จะวิเคราะห์ว่า เจตนาโอนกรรมสิทธิ์ของคู่กรณีมีความจริงจังเพียงใดนั้น เป็นที่ยอมรับกันว่า การโอนกรรมสิทธิ์โดยผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินต่อไป จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง หรือมีการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในลักษณะที่มีการตกลงยืมหรือเช่ากันโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัยด้วย

หลักเกณฑ์การโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สิน ผู้มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ควรมีสติที่จะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่บุคคลอื่นได้ ถึงแม้ว่าผู้โอนและผู้รับโอนจะมีได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เพราะทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ตาม และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการ

⁴⁷วริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.85; เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *คำสอนชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิศดาร ครอบครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493), น.257 อนึ่ง เนื้อหาทั้งหมดของหนังสือเล่มนี้ ผู้เขียนได้นำไปบรรจุลงในหนังสืออีกเล่มหนึ่งซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกในปีเดียวกันเมื่อ พ.ศ. 2479 คือ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น.401-610.

โอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบ จึงได้กำหนดให้การโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินมีค่าเท่ากับการส่งมอบทรัพย์สิน โดยผลแห่งหลักเกณฑ์เรื่องนี้ กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังผู้รับโอนทันทีเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้โอนตกลงโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้โอนนั้นจะเป็นเพียงผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยตรงหรือเป็นผู้ครอบครองทางอ้อม หรือมิได้มีการครอบครองทรัพย์สินนั้นเลยก็ตาม

จึงกล่าวได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์โดยไม่ต้องมีการส่งมอบอาจมีได้อีกรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นกรณี ที่กรรมสิทธิ์อาจโอนไปได้โดยอาศัยเจตนาของคู่กรณีล้วน ๆ กรณีดังกล่าวได้แก่ การที่บุคคลภายนอกครอบครองทรัพย์สินที่โอนอยู่ในกรณีนี้อาจจะไม่จำเป็นต้องส่งมอบกันตามที่เป็นจริงก็ได้ แต่อาจกระทำได้โดยเจ้าของกรรมสิทธิ์โอนสิทธิเรียกทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกให้แก่ผู้รับโอน กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปโดยอาศัยการตกลง 2 ประการ คือ การตกลงทางทรัพย์สินให้กรรมสิทธิ์โอนไปประการหนึ่ง และการตกลงโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินอันเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง⁴⁸ อย่างหนึ่งให้แก่ผู้รับโอนอีกประการหนึ่ง โดยที่ตามปกติผู้โอนย่อมมีฐานะเป็นผู้ครอบครองทางอ้อม เช่น ครอบครองในฐานะผู้ให้เช่าหรือผู้ให้ยืม ในกรณีเหล่านี้ผู้โอนย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินจากผู้ครอบครองในฐานะเป็นผู้ครอบครองแทน และผู้โอนอาจจะโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า ผู้โอนมิได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เช่น ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือถูกลักไป เช่นนี้ คู่กรณีอาจตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนไปโดยไม่ต้องส่งมอบตามที่เป็นจริงก็ได้ หากผู้โอนและผู้รับโอนได้ตกลงให้กรรมสิทธิ์โอนให้แก่กันเท่านั้น ก็เพียงพอที่จะเข้าใจได้ว่า ผู้โอนย่อมโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนด้วยแล้วพร้อมกันไป⁴⁹ อนึ่ง สำหรับการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินในกรณีเช่นนี้ มิได้มีการกำหนดว่า ผู้โอนจำเป็นต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินแก่ผู้ครอบครองแต่อย่างใด ต่างกับเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง นอกจากนี้ การโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินอาจมีได้โดยปริยาย และโดยทั่วไปย่อมโอนติดตามไปพร้อมกันกับการตกลงโอนกรรมสิทธิ์นั่นเอง ทว่าบรรดาสิทธิทั้งหลายอันบุคคลภายนอกมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น ย่อมไม่ถูกกระทบจากการโอนนั้น ๆ และผู้ครอบครองทรัพย์สินย่อมมีสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ที่ตนมีต่อผู้โอนขึ้นยื่นผู้รับโอนได้อีกด้วย พึงสังเกตว่าการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินนั้น เป็นนวัตกรรมที่มาจากการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การโอนกรรมสิทธิ์โดยวิธีนี้ไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายโรมัน ในสมัยก่อนหน้านี้นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายโรมันล้วนแล้วแต่มีทรรศนะว่า เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกทรัพย์สิน ผู้รับโอน

⁴⁸อ่านรายละเอียดในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องที่เขียนโดยนักกฎหมายแพ่งชาวไทยผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ที่ หยุต (สายหยุต) แสงอุทัย, “การโอนสิทธิเรียกร้อง,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 12, ปีที่ 13, น.1531-1538 (มีนาคม 2484).

⁴⁹ในทางดำรานิยมที่จะระบุว่า การโอนสิทธิเรียกทรัพย์สิน ณ ที่นี้ เป็นสิทธิเรียกทรัพย์สินตามหลักกฎหมายลักษณะหนี้ มีการเรียกคืนตามหลักลาภมิควรได้และตามหลักละเมิด เป็นอาทิ ส่วนสิทธิเรียกทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์นั้น นักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่มีทรรศนะว่า ไม่อาจโอนให้แก่กันได้; vgl. Prokati, Kittisak, *supra note 5*, S.22.

ยอมมิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ทว่าจะไปเพียงสิทธิเรียกทรัพย์สินจากผู้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งยังมิได้กรรมสิทธิ์เท่านั้น ต่อเมื่อผู้รับโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินได้สังหาริมทรัพย์มาอยู่ในเงื้อมมือแล้วเท่านั้นจึงจะได้กรรมสิทธิ์⁵⁰ ด้วยความลุ่มลึกพิสดารดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงเห็นได้ว่า ผู้เขียนตำรากฎหมายลักษณะให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้นำเสนอการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบวิธีนี้ไว้อย่างลึกซึ้งแต่อย่างใด หรืออาจกล่าวได้ว่า มีการนำเสนอแต่เพียงผิวเผินอย่างยิ่ง ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากพระยาวิฑูรธรรมพิเนต (โต๊ะ อัมระนันท์; พ.ศ. 2436-2514) ซึ่งระบุว่า

... ง) ถ้าทรัพย์สินที่ยกให้นั้นอยู่กับคนที่ 3 แล้ว การส่งมอบไม่จำเป็นต้องทำอย่างไรวิธีส่งมอบจริงจึ่ง กล่าวคือ ถ้าผู้ให้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินส่งให้คนที่ 3 ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับแทนก็ได้ ถ้าผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ส่งมอบตามคำสั่งเจ้าของเมื่อใด การส่งมอบก็สำเร็จ . . .

จ) การส่งมอบนั้นอาจสำเร็จโดยส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่คนที่ 3 ก็ได้ เพราะตัวบทแห่ง ป.ม.พ. มาตรา 523 ใช้คำว่า การให้นั้นท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับเองจึงจะใช้ได้ ดังนั้น จึงแปลว่า ถ้าผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ตัวผู้รับเองแล้วก็ใช้ได้โดยไม่มีปัญหา หรือถ้าส่งมอบให้แก่ผู้แทนผู้รับแล้วก็ใช้ได้เช่นเดียวกัน . . .⁵¹

ด้วยความเคารพอย่างสูง เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาอธิบายดังกล่าวทั้งหมดแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการอธิบายที่มีได้นำเสนออย่างชัดเจนลงไปว่า การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องกระทำด้วยมือตนเอง แต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้ง 2 ฝ่าย อาจจะทำให้คนของตนเองเป็นผู้ส่งมอบหรือรับมอบก็ได้ ผู้ที่ส่งมอบและรับมอบนี้อาจจะเป็นผู้ช่วยครอบครองทรัพย์สิน (Besitzdiener) ผู้ครอบครองแทน (Besitzmittler) หรือเป็นผู้กระทำการตามที่ได้รับมอบหมายอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ โดยการส่งมอบอาจสำเร็จลงได้เมื่อผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่สละการครอบครองอันอาจได้แก่กรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์สละการครอบครอง หรือกรณีเจ้าของสั่งให้ผู้ช่วยครอบครองก็ได้ ในทำนองเดียวกันนี้ การได้มาซึ่งการครอบครองก็อาจได้มาโดยผู้รับโอนและโดยผู้ช่วยครอบครองหรือผู้ครอบครองแทนเป็นผู้รับมอบการครอบครองก็ได้ อีกทั้งการส่งมอบยังอาจสำเร็จลงได้ในกรณีที่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่ผู้ช่วยครอบครองหรือผู้ครอบครองแทนได้ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของผู้โอนหรือคำสั่งของผู้รับโอนในการส่งมอบและรับมอบการครอบครองก็ได้⁵² เช่นนี้ จึงจะเป็นคำอธิบายว่าด้วย

⁵⁰Vgl. Windscheid, Bernhard Joseph Hubert, *supra note 16*, Band II : § 337 S.364-367.

⁵¹ดูตัวอย่างประกอบได้ที่ วิฑูรธรรมพิเนต (โต๊ะ อัมระนันท์), พระยา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถ* ที่ 33, น.317-323.

⁵²Vgl. Prokati, Kittisak, *supra note 5*, S.18.

การส่งมอบตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด ทั้งนี้ ต่อมาได้ปรากฏว่ามีผู้นำเสนอในทางที่สอดคล้องกับทรรศนะข้างต้น คือ ศาสตราจารย์พิเศษ⁵³ วิริยะ (บุญเรือน) เกิดศิริ (พ.ศ. 2455-2525) ผู้บรรยายกฎหมายลักษณะให้ ณ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ระบุว่า “ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ . . . การให้ก็มีผลถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแทนผู้ให้ก็ได้”⁵⁴

ด้วยความเคารพอย่างสูง พึงสังเกตว่า ข้อความดังกล่าวเป็นการนำเสนอทรรศนะในเชิงกำปั้นทุบดิน ปราศจากการชี้แจงทางทฤษฎี ตรรกะ หลักการ และเหตุผลตามหลักกฎหมายแพ่งของระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์สินออกจากกัน มิหนำซ้ำในเวลาต่อมาก็มีผู้ที่คัดลอกทรรศนะนี้ออกไป ก็ได้ให้นำเสนอข้อมูลทางวิชาการขึ้นมาสนับสนุนทรรศนะนี้เลย อาจจะช่วยเหตุที่มีได้เป็นเอตทัคคะทางด้านกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในระบบกฎหมาย civil law ที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์สินออกจากกัน จึงมิได้หยั่งทราบถึงต้นลึกลงในเรื่องดังกล่าวก็เป็นได้ และด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เช่นนี้ ผู้เขียนคำอธิบายกฎหมายลักษณะให้จึงมิได้ชี้แจงลงไปให้ชัดเจนเห็นประจักษ์ว่า เพราะเหตุใดกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้จึงโอนเมื่อส่งมอบทำให้นักศึกษาวิชานิติศาสตร์จำนวนไม่น้อยได้ถูก “ล้างสมอง” มาตั้งแต่การเรียนกฎหมายลักษณะ

⁵³มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 28 พฤศจิกายน 2521 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2521; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 150 น.4603 วันที่ 26 ธันวาคม 2521

⁵⁴วิริยะ (บุญเรือน) เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517), น.122 อนึ่ง จากการตรวจสอบคาคว่า การตีพิมพ์ในครั้งนี้เป็นฉบับตีพิมพ์ครั้งสุดท้าย ก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรมเมื่อวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2525; และต่อมาผู้บรรยายกฎหมายลักษณะให้ ณ สถาบันแห่งเดียวกันนี้ได้เขียนตำรานำเสนอทรรศนะในทิศทางเดียวกันว่า “ถ้าทรัพย์สินที่ให้นี้ตกอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแทนผู้ให้ก็ได้ เมื่อบุคคลที่สามได้ส่งมอบทรัพย์สินตามคำสั่งแล้ว ก็เป็นการส่งมอบที่ใช้ได้ (มาตรา 1380 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 1381)” ดู สุวิทย์ นิ่มน้อย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), น.233.

นิติกรรมและสัญญา จมปลักอยู่แต่ในวาทกรรมทางกฎหมายที่ว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิดกรรมสิทธิ์โอน” จนโงหัวไม่ขึ้น แต่อีกบางส่วนก็ค้นหาคำตอบโดยคิดเองเออเองไปว่า หากส่งมอบสังหาริมทรัพย์กันเมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็คงโอนไปเมื่อนั้นกระมัง ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยการส่งมอบปรากฏชัดแม้แต่มาตราเดียว ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศตามระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน กลับมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไว้อย่างชัดเจน อันเป็นการยืนยันที่ประจักษ์ชัดทั้งในเชิงหลักการทางทฤษฎีกฎหมายแพ่งและในเชิงตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ยิ่งไปกว่านั้น สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 เป็นบทบัญญัติที่ระบุแต่เพียงองค์ประกอบของสัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญา แต่ขาดสาระสำคัญของเรื่อง คือ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาให้นั้นโอนไปตั้งแต่เมื่อใด อาศัยบทกฎหมายใด และมีได้บัญญัติไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไปดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งตามระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่แบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน ด้วยเหตุนี้ ศาสตราจารย์พิเศษไพจิตร ปุญญพันธ์ จึงยืนยันอย่างชัดเจนว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาให้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ คงต้องใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งในภาคพื้นยุโรป คือ กรรมสิทธิ์โอนพร้อมกันกับการส่งมอบ คือ โอนการครอบครอง⁵⁵ การส่งมอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์เป็นการกระทำของบุคคล 2 ฝ่าย ได้แก่ ผู้ส่งมอบและผู้รับมอบ ในทางข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย เช่นนี้ เมื่อการได้มาซึ่งการครอบครองเป็นข้อเท็จจริงจึงไม่เกี่ยวกับกฎหมาย โดยการครอบครองเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งการทรงกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ การโอนการครอบครองเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1378 ถึงมาตรา 1380 ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์เป็นไปตามบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นเรื่องของกฎหมาย⁵⁶ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังมีได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปดังที่วาม่า อนึ่ง ในส่วนของสังหาริมทรัพย์ที่ไม่อาจโอนให้กันได้ อันได้แก่ทรัพย์นอกพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น ทรัพย์ที่กฎหมายห้ามจำหน่ายหรือการมีไว้เป็นความผิดอาญา

⁵⁵ไพจิตร ปุญญพันธ์, เกร็ดตามหลักกฎหมายแพ่งที่มีสาระสำคัญ, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2556), น.3-4; ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.110, 120, 163.

⁵⁶ไพจิตร ปุญญพันธ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3133/2538 (ส่งเสริม) เล่ม 9 น.110.

มีธนบัตรปลอมเป็นอาทิ และรวมไปถึงทรัพย์สินที่ได้มาโดยมีข้อกำหนดห้ามโอน เช่น ข้อกำหนดตามพินัยกรรม ฯลฯ⁵⁷ ก็ย่อมทำสัญญาให้ทรัพย์สินนั้นมีได้ เพราะสัญญาให้เป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และใครมีสิทธิให้หรือรับการให้ทรัพย์สินได้ ที่กล่าวเช่นนั้นเนื่องจากสัญญาให้เป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จึงต้องเป็นเรื่องที่บุคคลผู้ให้และผู้รับการให้อาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันได้

พึงสังเกตว่า บทบัญญัติลักษณะซื้อขายและลักษณะแลกเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 453 และมาตรา 518 ตามลำดับ ใช้ถ้อยคำว่า “. . . โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน . . .” ซึ่งต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษก็ใช้ถ้อยคำว่า “. . . transfers . . . the ownership of property . . .” มิได้ระบุว่า เป็นทรัพย์สินของตน คือ ผู้ขายหรือผู้แลกเปลี่ยน เช่นนี้ จึงอาจเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นใดคนหนึ่ง มิใช่ทรัพย์สินของคู่สัญญา หรืออาจเป็นทรัพย์สินในอนาคตก็ได้ ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติลักษณะให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 กลับปรากฏถ้อยคำว่า “. . . โอนทรัพย์สินของตน . . .” ซึ่งต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษใช้ถ้อยคำว่า “. . . transfers gratuitously a property of his own . . .” โดยที่ในบทวิเคราะห์ศัพท์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 453 และมาตรา 518 ข้างต้นไม่มีถ้อยคำว่า “ของตน” แต่อย่างไรก็ดี ณะนั้น การให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 เป็นเรื่องให้ธรรมดาที่ต้องมีการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ให้กับผู้รับการให้ และจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้อีกนัยหนึ่ง สัญญาเด็ดขาดมีผลทันที (executed)⁵⁸ อันเป็นการให้และรับเอาเด็ดขาดทันทีทันใด⁵⁹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ก็มีความแปลได้ว่า ผู้ให้ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น⁶⁰

นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 มิได้ระบุว่า ตกเป็นโมฆะ ระบุแต่เพียงว่า การให้สมบูรณ์เมื่อส่งมอบ กอปรกับเมื่อใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่า กรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น ทำให้ได้ความหมายว่า หากไม่ส่งมอบก็ไม่สมบูรณ์ กฎหมายมิได้บัญญัติว่า ต้องส่งมอบกันทันที สัญญาให้จึงจะสมบูรณ์ ทว่าส่งมอบกันเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น จะส่งมอบกันทันทีหรือไม่ทันทีก็ได้ หากยังไม่ส่งมอบ กฎหมายก็มีได้บัญญัติว่า ให้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างไร

⁵⁷ หยุค แสงอุทัย, แนวคำถามคำตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : นำเชียการพิมพ์, 2515), น.5-6; แต่กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ไม่อาจจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้ ข้อกำหนดห้ามโอน กฎหมายให้ถือว่า เป็นอันไม่มี ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1702 วรรคหนึ่ง (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52 น.576 วันที่ 7 มิถุนายน 2478)

⁵⁸ สารสาสน์ประพันธ์ (ซัน จารุวัตร), พระ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสาสน์, แผนกสามัญ, เล่ม 4, ปีที่ 5, น.277 (กรกฎาคม 2475).

⁵⁹ เพ็งอ่าง, น.278.

⁶⁰ โจจิตร ปุญญพันธุ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 884/2508 (เนติ.) น.1335.

บุคคลอาจทำสัญญาให้เพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยที่บุคคลผู้ให้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ ซึ่งอาจเป็นสัญญาจะให้หรือค้ำประกันว่าจะให้⁶¹ หมายความว่า ทรัพย์สินที่จะมีมาในภายหน้าหรือทรัพย์สินในอนาคต (zukünftige Sache; chose future) ซึ่งหมายถึง ทรัพย์สินที่ยังไม่มีตัวอยู่เสมอหรือมีตัวอยู่ก็จริง แต่ผู้ให้ยังมีได้ทำหรือยังมีได้จัดหามา⁶² ก็ยอมทำสัญญาจะให้กันไว้ ทั้งนี้ สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาที่เสร็จเด็ดขาดเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังผู้รับการให้ ส่วนสัญญาให้อันเป็นสัญญาเบื้องต้นเป็นแต่ทำให้เกิดหนี้ที่จะไปโอนกรรมสิทธิ์อีกชั้นหนึ่งเท่านั้น คู่กรณีมีเจตนาที่จะทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดกันอีกทีหนึ่ง สัญญาจะให้จึงเป็นการทำสัญญาเบื้องต้นก่อนที่จะทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาด แต่ว่าการทำสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดนี้ โดยหลักไม่จำเป็นต้องทำสัญญาให้อันเป็นสัญญาเบื้องต้นมาก่อนเสมอไป อาจทำสัญญาให้ที่สำเร็จบริบูรณ์กันทีเดียวเลยก็ได้

จึงกล่าวได้ว่า เฉพาะการให้ค้ำประกันว่าจะให้หรือการทำสัญญาจะให้เท่านั้นที่อาจจะก่อหนี้ได้⁶³ กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาเบื้องต้นอย่างประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่มิได้หมายความว่า จะทำสัญญาเบื้องต้น

⁶¹การบังคับตามสัญญาให้นั้นเป็นเรื่องยาก ฉะนั้น เพื่อให้แน่ใจว่า ผู้จะให้ได้ตรงต่อไว้ดีแล้ว ในระบบกฎหมาย civil law จึงกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือต่อ Notary (Notar; Notaire; Notario; 公証人) เพื่อยืนยัน ค้ำประกันว่าจะให้หากมิใช่ข้อตกลงทางธุรกิจแล้ว เมื่อไม่มีข้อตกลงที่ทำเป็นหนังสือจะใช้บังคับมิได้; voy. Terré, François, *Introduction générale au droit*, (Paris : Précis Dalloz, 1991), n° 295; ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการพัฒนา Notary ในประเทศไทย คุรุยละเอียดในเรื่องนี้ได้ที่ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพ “โนตารีปับลิก” ในประเทศไทย*, (กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2548).

⁶²ไพจิตร ปุญญพันธ์ และประพนธ์ ศาตะมาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น.14.

⁶³ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.383 เชิงอรรถที่ 19; ทั้งนี้ คำรับรองของบุคคลหนึ่งที่ว่า หากลูกหนี้ปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ แล้วบุคคลนั้นยอมรับก็ผูกมัดตนเอง เนื่องจากคำรับรองนี้ก็คือ สัญญานั้นเอง และตามหลักกฎหมายแพ่งที่ได้ยอมรับระบบที่มีนิติกรรม ความสำคัญอยู่ที่ว่า ผู้กระทำการนิติกรรมเจตนาจะให้นิติกรรมนั้นมีผลในกฎหมายผูกมัดตน มิได้ถือหลักที่ว่า สัญญาต้องมี consideration เหมือนเช่นสยามก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีนี้ย่อมไม่เป็นที่สงสัยที่ว่า บุคคลข้างต้นมุ่งหมายจะให้คำรับรองนั้นผูกมัดตน และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็มีความมุ่งหมายที่จะให้คำรับรองนี้ผูกมัดผู้ให้คำรับรองเช่นเดียวกัน และแม้ในขณะที่ให้คำรับรองนั้นผู้ให้คำรับรองจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบแต่ฝ่ายเดียวกันก็ไม่เป็นข้อสำคัญเหมือนกัน เมื่อปรากฏว่า มีเจตนาจะให้ผลผูกมัด อีกนัยหนึ่ง มีเจตนาให้ฟ้องร้องกันได้แล้วความผูกพันย่อมจะต้องบังเกิดขึ้นตามเจตนา; ดู หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา, จตุรนต์ ธีระวัฒน์ (บรรณาธิการ)*, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.125-126.

อย่างที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปได้บัญญัติ หรือจะมีมิได้ คงทำกันและบังคับตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของลักษณะนิติกรรมสัญญา⁶⁴ แม้ไม่มีบทกฎหมายทั่วไปให้สิทธิไว้โดยชัดแจ้งอย่างที่บัญญัติไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปก็ตาม อาจทำสัญญาเบื้องต้นในรูปสัญญาต่าง ๆ กันได้โดยทั่วไปอันเป็นสัญญาธรรมดาหรือสัญญาไม่มีชื่อ (Innominatkontrakt; unbenannter Vertrag; contrat innommé) เช่น สัญญาจะให้ สัญญาจะยืมใช้สิ่งเปลือง ฯลฯ แต่ก็ไม่จำเป็นต้องทำสัญญาเบื้องต้นกันเสมอไป โดยทำสัญญาที่มีชื่อสัญญาเบื้องต้น แต่เป็นสัญญาเสร็จเด็ดขาดกันเลยทีเดียวก็ได้ อนึ่ง หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเบื้องต้นเป็นกรณีที่ใช้แก่สัญญาเบื้องต้นตามกฎหมายที่ทำกันได้ทั่วไป มิใช่จำกัดแต่เพียงเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นการเฉพาะ ที่ว่ามานี้ ต้องระวังและอย่าลืมนำ หากจะทำกันแล้ว ก็ต้องทำในรูปของสัญญาเบื้องต้นเท่านั้น คือ สัญญาที่จะทำสัญญากันในภายหลังอีกฉบับหนึ่ง จึงจะเรียกว่า สัญญาเบื้องต้น และยอมใช้บังคับกันได้ตามหลักสัญญาและมูลหนี้อันเกิดจากสัญญาโดยทั่วไป มิใช่ไปบังคับกันตามสัญญาที่จะทำกันในภายหลังนั้น และยอมจะบังคับกันตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นในภายหลังมิได้อยู่ในตัว กล่าวคือ มิใช่บังคับตามเอกเทศสัญญาลักษณะให้หรือลักษณะยืมใช้สิ่งเปลืองข้างต้น

จึงควรระลึกว่า สัญญาจะให้หนี้ ผู้จะให้อาจตกลงให้ทรัพย์สินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ เพราะผู้จะให้มิหน้าที่แต่เพียงที่จะจัดให้กรรมสิทธิ์ได้โอนมายังผู้จะรับการให้ในขนาดเท่านั้น ฉะนั้น สัญญาดังที่ว่ามานี้ ย่อมมิใช่สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 สัญญาข้างต้นที่คู่สัญญาทำขึ้นจึงเป็นสัญญาจะให้

และที่สำคัญก็คือ สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนหาที่เสร็จเด็ดขาดนั้น ไม่มีกฎหมายบังคับให้นำบทบัญญัติทั้งหลายหรือแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดในกฎหมายลักษณะซื้อขายมาใช้ถึงลักษณะให้ด้วย อย่างทำนองเดียวกันกับสัญญาแลกเปลี่ยนแต่อย่างใด จึงย่อมนำบทบัญญัติลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับมิได้ เช่นนี้ จึงเป็นปัญหาด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ ฉะนั้น หากในอนาคตประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปตามที่ว่ามานี้ ก็จะมีคำตอบอย่างชัดเจนและสอดคล้องกับหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปจำนวนมากว่า ผู้รับการให้จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ

นอกจากนี้ ตามทรรศนะส่วนตัวของข้าพเจ้าวิเคราะห์ได้ว่า บทบัญญัติลักษณะให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 523 และบทบัญญัติลักษณะหมั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง ได้ใช้คำว่า “สมบูรณ์” (valid) เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นก่อปรกกับเจตนาเสนอและสนองที่ต้องตรงกัน กรณีที่ครบเป็นองค์ประกอบของนิติกรรมทำให้เกิดสัญญาให้และสัญญาหมั้นขึ้น โดยที่สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶⁴ไพจิตร ปุญญพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18*, น.64-66.

ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 นั้นเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์สินมิใช่นิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ ทำนองเดียวกันกับสัญญาหมั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ซึ่งเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคล มิใช่นิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ก็เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติทั้ง 2 มาตราดังกล่าวจึงใช้ถ้อยคำเหมือนกันว่า “สมบูรณ์” เมื่อส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา กอปรกับบทบัญญัติแห่งลักษณะหมั้นในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง คำพิพากษาศาลฎีกาและนัยกฎหมายไทยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายลักษณะครอบครัวเห็นพ้องต้องกันเกี่ยวกับตัวบทดังกล่าวในปัจจุบันว่า หากฝ่ายชายมิได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง ย่อมไม่ถือเป็นการหมั้น มิได้มีทรรศนะไปในทางที่ว่า การหมั้นตกเป็นโมฆะด้วยการอ้างว่า การส่งมอบของหมั้นเป็น “แบบ” แต่อย่างไร

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติลักษณะยืมใช้สลับเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคสอง กลับใช้คำว่า “บริบูรณ์” (complete) จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้น กอปรกับเจตนาเสนอและสนองที่ต้องตรงกันกรณีครบเป็นองค์ประกอบของนิติกรรม ทำให้เกิดสัญญา ยืมใช้สลับเปลืองขึ้น โดยที่สัญญา ยืมใช้สลับเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 เป็นนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้ เมื่อสัญญานี้เกิดขึ้นทำให้ผู้ให้ยืมซึ่งเป็นผู้ส่งมอบทรัพย์สินเกิดมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ตามสัญญา ยืมใช้สลับเปลือง ส่วนผู้ยืมซึ่งเป็นผู้รับมอบสังหาริมทรัพย์เกิดมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญา ยืมใช้สลับเปลือง ด้วยเหตุนี้ การใช้คำกรณีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นองค์ประกอบของนิติกรรม จึงมีความแตกต่างกันระหว่างการให้และการหมั้นกับการยืมใช้สลับเปลือง ทั้งนี้ หากเป็นการ “มองในแง่ดี”

อนึ่ง ไม่ควรแก่การเทียบเท่ากับคำว่า “บริบูรณ์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง เนื่องจากมาตรานี้เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มิใช่กรณีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ โดยทั่วไป อีกทั้งการวิเคราะห์ข้างต้นเป็นการกล่าวในบริบทของสัญญาตามบรรพว่าด้วยเอกเทศสัญญา และสัญญาตามบรรพว่าด้วยครอบครัว แต่การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง มิใช่บทบัญญัติลักษณะเอกเทศสัญญาแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่รับจดทะเบียนเป็นการกระทำในทางปกครอง มิใช่ “นิติกรรม” เนื่องจากเป็นการกระทำของรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐต่อราษฎร ในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร โดยที่องค์ประกอบของนิติกรรมประการแรก คือ การต้องแสดงเจตนาในทางแพ่ง⁶⁵

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.37; และดูรายละเอียดเกี่ยวกับโมโนทัศน์ ความหมาย และประเภทของคำสั่งทางปกครองได้ที่ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554), น.119-159.

นอกจากนี้ ไม่ควรไปเทียบกับคำว่า “ไม่สมบูรณ์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1656 มาตรา 1657 มาตรา 1658 และมาตรา 1660 เนื่องจากมาตราเหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในบรรพ 6 มรดก ลักษณะ 3 พันัยกรรม หมวด 2 แบบพันัยกรรม โดยที่พันัยกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มิใช่สัญญาซึ่งเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย อีกทั้งพันัยกรรมเป็นนิติกรรมตามกฎหมายลักษณะมรดก มิใช่สัญญาทางหนี้และมีใช้สัญญาทางทรัพย์สินอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า พันัยกรรมหรือข้อกำหนดพันัยกรรมนั้น หากได้ทำขึ้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1656 มาตรา 1657 มาตรา 1658 และมาตรา 1660 ข้างต้น ย่อมตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1705⁶⁶

ในท้ายที่สุด กรณีสัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนาหาที่เสร็จเด็ดขาด นอกจากมีคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกัน กอปรกับการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นองค์ประกอบของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 แล้วบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้มืองค์ประกอบทางกฎหมายเพิ่มเติมอีกด้วย ดังเช่นผู้ใช้อำนาจปกครองเอาทรัพย์สินของผู้เยาว์ไปให้โดยเสนาหา โดยที่มิใช่กรณีเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะ เพื่อการสังคมหรือตามหน้าที่ธรรมจรรยาซึ่งพอสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์แต่อย่างใด หรือกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองรับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสนาหา อันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ เช่นนี้ จักต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ซึ่งบัญญัติว่า

“นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้
เว้นแต่ศาลจะอนุญาต . . .

(8) ให้โดยเสนาหา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะ
เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์

(9) รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสนาหา”⁶⁷

จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ว่า จะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว เช่นนี้ เมื่อพิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายของกฎหมายแล้วเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งให้นิติกรรมเกิดขึ้นเมื่อครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน

⁶⁶ดูรายละเอียดในเรื่องแบบของพันัยกรรมได้ที่ พันัย ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.326-344.

⁶⁷แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 107 ตอนที่ 187 น.24-25 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 26 กันยายน 2533

การได้รับอนุญาตจากศาลจึงนับเป็นเงื่อนไขทางกฎหมาย มิใช่เงื่อนไขแห่งนิติกรรม ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) นั้น จะกำหนดให้การได้รับอนุญาตจากศาลเป็นเงื่อนไขหรือไม่กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เลยก็ตาม การได้รับอนุญาตจากศาลก็ยังคงเป็นองค์ประกอบที่จักทำให้การข้างต้นมีผลหรือไม่มีผลอยู่ดี และโดยที่เป็นองค์ประกอบแห่งนิติกรรมนั่นเอง คู่กรณีจึงไม่อาจทำสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) กันเองโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล เพราะหากตกลงกันให้มีการฝ่าฝืนดังเช่นที่วานี้ กรณีย่อมมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 ฉะนั้น สัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจทำการแทนผู้เยาว์ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ซึ่งอาจเรียกได้ว่า เป็นนิติกรรมที่ต้องได้รับความยินยอม ทั้งนี้ ผู้อนุบาลซึ่งมีควมสามารถในการอยู่ในความอนุบาลนั้น ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 โดยอนุโลมด้วย⁶⁸ อนึ่ง ความสามารถ (capacity) ของบุคคล หมายความถึง สภาพที่เขาจะมีหรือใช้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายได้เพียงใด ความสามารถนี้แบ่งออกเป็นความสามารถในการมีสิทธิและหน้าที่ (Rechtsfähigkeit; capacité de jouissance) กับความสามารถในการใช้สิทธิ (capacité d'exercice) แต่การใช้สิทธินั้นมิกฎหมายจำกัดไว้หลายประการตามความจำเป็น อีกนัยหนึ่ง ความสามารถกระทำการที่มีผลตามกฎหมาย (Handlungsfähigkeit) เช่น ความสามารถในการทำนิติกรรม (Geschäftsfähigkeit) ความสามารถในการทำละเมิด (Deliktsfähigkeit) ฯลฯ

ตามหลักกฎหมายแพ่งผู้เยาว์มีผู้ช่วยในการดำรงชีพ โดยปกติก็ได้แก่ บิดามารดาโดยกำเนิด อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาทั้ง 2 คน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1566 บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นผู้ปกครองนั้น เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ เป็นผู้ทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1571 หรือให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการที่ผู้เยาว์ทำนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 โดยที่กิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ผู้แทนโดยชอบธรรมต้องขออนุญาตศาลอีกชั้นหนึ่งจึงจะทำหรือยินยอมให้ผู้เยาว์ทำได้⁶⁹ ด้วยเหตุที่ผู้เยาว์เป็นบุคคลที่หย่อนความสามารถในการจัดกิจการและทรัพย์สินของตน เช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

⁶⁸กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล : บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น.124, 126.

⁶⁹จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.47.

มาตรา 1569 และมาตรา 1571 จึงได้กำหนดให้บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมมีอำนาจจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการบางอย่างที่สำคัญ เช่น กรณีการให้โดยเสน่หา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะ เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสมควรแก่ฐานะานุรูปของผู้เยาว์ และกรณีการรับการให้โดยเสน่หา ที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา ฯลฯ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน หากบิดามารดากระทำการดังเช่นที่ว่่านี้ไปเพียงลำพังโดยมิได้รับอนุญาตจากศาล เช่นนี้ กรณีดังกล่าวก็ไม่ผูกพันบุตรผู้เยาว์ โดยการกระทำที่เกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ซึ่งได้ห้ามไว้นี้ บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองจะป่วยเบี่ยงไม่มาขออนุญาตจากศาล โดยใช้วิธีให้ความยินยอมให้บุตรผู้เยาว์ทำนิติกรรมนั้นด้วยตนเอง กรณีดังที่กล่าวมานี้ก็ไม่มีผลผูกพันบุตรผู้เยาว์เช่นเดียวกัน และกรณีนี้มีใช้โมฆียะกรรม⁷⁰ เพราะหากยอมรับการหลีกเลี่ยงกฎหมายเช่นว่่านี้แล้วศาลยุติธรรมก็ไม่สามารถปกป้องคุ้มครองดูแลผู้เยาว์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อที่น่าสังเกตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ตอนต้น ซึ่งบัญญัติว่า “นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต . . .” เพียงผิวเผินน่าจะหมายความถึง เฉพาะตัวผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ดังกล่าว คงอาจจะไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีดังกล่าวที่ผู้เยาว์เป็นผู้กระทำเอง ซึ่งอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 และมาตรา 21 คงมุ่งเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินและกิจการที่สำคัญบางอย่างของผู้เยาว์ จึงควรตีความไปในทำนองเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เยาว์ตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายมากกว่า และการที่ผู้ใช้อำนาจปกครองยินยอมอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรม ก็เท่ากับใช้อำนาจปกครองเข้าทำนิติกรรมนั่นเอง โดยทางอ้อม⁷¹ นอกจากนี้ มีข้อที่น่าคิดต่อไปว่า การกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) หากผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำ

⁷⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4984/2537 (สำนักงานศาลยุติธรรม) เล่ม 11 น.93-98; ทั้งนี้ ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช ได้มีทรรศนะเห็นพ้องด้วย ปรากฏตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เช่นเดียวกัน

⁷¹ห้สวุฒิ วิจิตวิริยกุล และจิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2516 (มธ.) น.610-611.

ไปโดยมิได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ผลของการที่ทำโดยมิได้รับอนุญาตจากศาลตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นอย่างไร ทว่าถัดไปอีกมาตราหนึ่ง คือ มาตรา 1575 บัญญัติว่า “ถ้าในกิจการใด ประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือประโยชน์ของคู่สมรสหรือบุตรของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับ ประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงทำกิจการนั้นได้ มิฉะนั้น เป็นโมฆะ”⁷² ประกาศคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนไม่น้อยที่วินิจฉัยว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 โดยมิได้ขออนุญาตจากศาล สัญญา ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ⁷³ ไม่ผูกพันผู้เยาว์กับเป็นโมฆะนั้นต่างกันไกล ตามปรกติควรเข้าใจว่า การกระทำของผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นแต่ทำโดยปราศจากอำนาจ หาใช่ตกเป็นโมฆะไม่⁷⁴ จึงควรระวัง ในการใช้คำว่า “โมฆะ” ในเรื่องนี้ หากอ้างเหตุความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งคงจะอาศัยประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 แต่ต้องคิดต่อไปว่า กิจการระหว่างบุคคลภายนอก กับผู้เยาว์นั้นอันหนึ่ง ส่วนอำนาจกระทำแทนระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้เยาว์นั้นเป็นอีกอันหนึ่ง เช่นเดียวกันกับกิจการระหว่างบุคคลภายนอกกับตัวแทนที่ทำแทนตัวการนั้นอันหนึ่ง กับสัญญาตัวแทน ระหว่างตัวการกับตัวแทนนั้นเป็นอีกอันหนึ่ง เหตุที่ผู้ปกครองไม่มีอำนาจนั้นหาใช่วัตถุประสงค์ของกิจการ ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองทำกับบุคคลภายนอก อันอยู่ในความหมายของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 ที่ว่า วัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนแต่ประการใดไม่ ตัวอย่างเช่น ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้ โดยเสนอหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) เห็นได้ว่า การให้โดยเสนหาคือกิจการระหว่างผู้ให้กับผู้รับการให้ ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาให้โดยเสนหา หาได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ประการใดไม่ ทว่าเป็นที่แน่นอนว่า การที่เข้าไปขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 นั้นไม่ผูกพันผู้เยาว์⁷⁵ การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไปกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) โดยมิได้ขออนุญาตจากศาลก่อน กรณีเป็นการกระทำ โดยปราศจากอำนาจ มิใช่โมฆะ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ตกเป็นโมฆะ จะบังคับให้ผู้เยาว์โอนทรัพย์สิน

⁷²ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 93 ตอนที่ 129 น.65 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 15 ตุลาคม 2519

⁷³ดูรายละเอียดได้ที่ ลัชมน วิริยะงามวงศ์, “ปัญหาผลทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับ ทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), น.55-89, 182-204.

⁷⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6838/2555 (สำนักงานศาลยุติธรรม) เล่ม 11 น.32-34.

⁷⁵จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602/2519 (เนติ.) น.835-836.

ดังกล่าวให้มีได้ ทั้งนี้ อาจารย์ผู้บรรยายวิชากฎหมายลักษณะครอบครัว ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ได้มีทรรศนะเห็นพ้องด้วยกับนักกฎหมายส่วนใหญ่⁷⁶ กล่าวคือ หากบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองฝ่าฝืนทำการดั่งที่ระบุตามมาตรา 1574 ไปโดยมิได้รับอนุญาตจากศาล นิติกรรมนั้นไม่ผูกพันผู้เยาว์ เพราะนับว่า เป็นนิติกรรมที่ได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจ แต่นิติกรรมดังกล่าวไม่เป็นโมฆะหรือโมฆียะแต่อย่างใด⁷⁷ อนึ่ง ในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่รับการให้โดยเสน่หาโดยมิได้รับอนุญาตจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (9) ตอนท้ายการไม่รับนั้นไม่มีผล ผู้เยาว์ยังมีสิทธิรับการให้นั้นได้⁷⁸ ซึ่งกรณีรับการให้โดยเสน่หา นั้น ผู้เยาว์ได้สิทธิโดยไม่มีเงื่อนไขให้ทำการใดหรือไม่มีการผูกพันอย่างใด กรณีจึงเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว เช่นนี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมอีก ในกรณีนี้กฎหมายจึงยอมให้ผู้เยาว์ทำการดั่งกล่าวนั้น

⁷⁶กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น.106-107; เข็มชัย ชูติวงศ์ และบรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), น.69; จี๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา*, จิตติ ตึงศภัทัย และดารารพร ธีระวัฒน์ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.64-65; ชาติชาย อัครวิบูลย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.553; ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2562), น.98, 106; เพชรา จารุสกุล, “ความสับสนของการใช้คำในกฎหมาย (3) : ‘ไม่ผูกพัน’ ‘หลุดพ้น’,” *วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมมาธิราช*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 25, น.7, 10 (มิถุนายน 2556); ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น.417; รัชฎา เอกบุตร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว : บิดามารดาและบุตร*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555), น.133; ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.57-60; เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมรดก*, (พระนคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น.329; อนุเมติ ใจสมุทร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล*, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515), น.214; อังคนาวดี ปิ่นแก้ว, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น.213-214.

⁷⁷ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายกฎหมายครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), น.713.

⁷⁸เพ็ญอ่าง, น.726; รัชฎา เอกบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.144.

ได้เองโดยอิสระ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 22⁷⁹ นอกจากนี้ ในกรณี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) จักต้องไม่ลืมว่า สัญญาให้หนี้ ผู้รับการให้ ต้องยอมรับเอาทรัพย์สินที่ให้ กอปรกับส่งมอบสังหาริมทรัพย์ จึงจะเกิดสัญญาให้ เพราะสัญญาให้เป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย มิใช่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ทว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว มิใช่สัญญาต่างตอบแทน

ยิ่งไปกว่านั้น ขนาดผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ยังไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ ทั้งที่ผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจในการทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ และมีอำนาจในการให้ความยินยอม แก่ผู้เยาว์เพื่อทำนิติกรรม เช่นนี้ จะเป็นไปได้อย่างไรที่การดังกล่าวหากได้กระทำลงโดยตัวผู้เยาว์เอง โดยมีได้รับอนุญาตจากศาล จะมีผลเพียงโมฆียะอันมีผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง ทรรศนะที่ว่า ผู้เยาว์กระทำการดังกล่าวแล้วตกเป็นโมฆียะ จึงเป็นทรรศนะที่มีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายที่วิปริตวิปลาส (argumentum ad absurdum) ถึงแม้ว่าผู้แทนโดยชอบธรรมจะให้ความยินยอมผู้เยาว์ก็ไม่มีความสามารถ ในการกระทำการดังกล่าวได้ เพราะผู้แทนโดยชอบธรรมเองก็ไม่มีอำนาจทำได้โดยพลการ เมื่อตนเอง ไม่มีอำนาจทำด้วยตนเองแล้วจะเอาอำนาจที่ไหนไปยินยอมให้ผู้เยาว์ทำการนั้นได้อีก จึงเห็นได้ว่า หากเป็นการกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ไม่ว่าผู้เยาว์จะทำโดยพลการหรือโดยผู้แทนโดยชอบธรรมยินยอม ก็ตาม ไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์

พึงสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) บัญญัติ อยู่ในบรรพ 5 ครอบครั้ว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ซึ่งใช้ถ้อยคำในภาษาอังกฤษว่า “Chapter II Rights and Duties of Parent and Child” โดยที่ชื่อ หมวดนี้ถูกบัญญัติขึ้นตั้งแต่มีพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พุทธศักราช 2477⁸⁰ และต่อมายังคงชื่อเดิมนี้อีกตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519⁸¹ ซึ่งปัจจุบันก็ยังคงชื่อหมวด เช่นนี้ โดยมีได้มีการแก้ไขแม้แต่ตัวอักษรเดียว ในการนี้ เมื่อพิจารณาชื่อหมวดที่มาตรา 1574 ปรากฏอยู่ จะเห็นได้ว่า มีเจตนารมณ์มุ่งหมายถึง สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา รวมไปถึงสิทธิและหน้าที่ของบุตร อีกด้วย อันเนื่องมาจากชื่อหมวดดังกล่าวใช้นั้นใช้ถ้อยคำว่า สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา “และ” บุตร มิได้ใช้ถ้อยคำว่า สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา “ต่อ” บุตรแต่อย่างใด กรณีจึงมิใช่เป็นแค่หมวดที่ว่าด้วย

⁷⁹กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น.82-83; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.384.

⁸⁰ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52 น.509 วันที่ 29 พฤษภาคม 2478

⁸¹ราชกิจจานุเบกษา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72*, น.59.

สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เช่นนี้ เป็นการตีความกฎหมายตามระบบหรือโครงสร้าง (systematische oder strukturelle Auslegung) ในการค้นหาความหมายของบทกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาความหมายของถ้อยคำแล้ว การพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมายที่ผู้ตีความต้องการไขความว่า อยู่ในหมวดใดหรือส่วนใดของกฎหมาย และกฎหมายนั้นจัดอยู่ในสาขาใด กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วก็คือ การพิจารณาดำแหน่งแห่งที่ของบทกฎหมายนั้นในระบบกฎหมายทั้งนี้ ในการจัดระบบรูปแบบโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกได้เป็น “บรรพ” “ลักษณะ” “หมวด” “ส่วน” ซึ่งในการจัดระบบรูปแบบโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ย่อมมีวัตถุประสงค์ของการจัดระบบรูปแบบโครงสร้างของประมวลกฎหมายดังกล่าวเช่นนั้น⁸² ฉะนั้น เมื่อใช้อำนาจปกครองถูกจำกัดอำนาจในการใช้สิทธิเพื่อกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) เช่นนี้ ด้วยเหตุผลของเรื่อง (Natur der Sache) ผู้ใช้อำนาจปกครองจึงถูกจำกัดอำนาจในการให้ความยินยอมบุตรผู้เยาว์กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ด้วยเช่นกัน อนึ่ง ความสามารถในการใช้นั้นเป็นการรับรองให้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง ส่วนในเรื่องอำนาจ (pouvoir) นั้นเป็นการรับรองให้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของผู้อื่น มิใช่สิทธิและหน้าที่ของตนเอง⁸³

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในเชิงโครงสร้างจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 ครอบคลุมนั้นเป็นบทกฎหมายเฉพาะ ส่วนบทบัญญัติแห่งบรรพ 1 หลักทั่วไป นั้นเป็นบทกฎหมายทั่วไป โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยึดถือโครงสร้างตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้นำบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลและบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวไปรวมอยู่ในบรรพ 1 ที่เดียวกันดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ฉะนั้น การกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ซึ่งอยู่ในบรรพ 5 จึงต้องพิจารณาก่อนความสามารถในการใช้สิทธิของผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 ถึงมาตรา 27 ซึ่งอยู่ในบรรพ 1 อันเป็นกรณีข้อเท็จจริงสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายดังกล่าว

⁸²ดู มานิตย์ วงศ์เสรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.68-69; วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.274-275.

⁸³จิต เศรษฐบุตร, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น.104; “. . . แยก ‘อำนาจ’ ออกจาก ‘สิทธิ’ ซึ่งตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปหาได้แยกแยะไว้ไม่ . . .” ดู หยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), น.215-216.

มีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ โดยที่บทกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้อยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ให้พิจารณาว่า บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะ และให้ถือหลักว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogat legi generali)⁸⁴

กรณีปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องนี้จึงต้องวินิจฉัยด้วยการใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น (argumentum a fortiori)⁸⁵ จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งทีเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus)⁸⁶ กล่าวคือ ในการที่กฎหมายบัญญัติกรณีที่มีน้ำหนักมากไว้ ก็เท่ากับได้บัญญัติถึงกรณีที่มีน้ำหนักน้อยกว่าไว้ด้วย⁸⁷ โดยพิจารณาว่า ขนาดผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจในการทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ได้ ตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1571 และกฎหมายยังกำหนดให้มีอำนาจในการให้ความยินยอมผู้เยาว์ทำนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 ประกอบกับมาตรา 1569 แต่ทว่ากรณีการกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ผู้ใช้อำนาจปกครองกลับจำต้องได้รับอนุญาตจากศาล สำมะหาอะไรกับบุตรผู้เยาว์ที่จะมีความสามารถในการใช้สิทธิกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ได้เองเล่า ฉะนั้น ด้วยการใช้อำนาจโดยให้เหตุผลแบบดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้เข้าใจได้ว่า ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมมิใช่สาระสำคัญที่จะมีผลทางกฎหมายในกรณีที่ผู้เยาว์กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) เพราะไม่ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองจะให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์หรือไม่ก็ตาม กรณียังจำต้องได้รับอนุญาตจากศาลตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 บัญญัติ

ยิ่งไปกว่านั้น หากเห็นไปว่า ควรพิจารณาแต่เพียงเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 ในกรณีที่ผู้เยาว์ได้กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) เช่นนี้ จะมีปัญหาสำคัญว่า ก่อนหรือขณะกระทำการดังกล่าวจักต้องได้รับความยินยอมของใคร ก็ในเมื่อขนาดตัวผู้แทนโดยชอบธรรมเองจะกระทำในเรื่องดังกล่าวยังจำต้องได้รับอนุญาตจากศาลตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) บัญญัติไว้ แล้วผู้แทนโดยชอบธรรมจะมีอำนาจจะอะไรไปให้ความยินยอม

⁸⁴ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 11*, น.595; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.279.

⁸⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพ็ญอ้าง*, น.291-292.

⁸⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.291.

⁸⁷ Klang, Heinrich Adalbert, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 4 Bände (Wien : Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1933), Band I : S.129.

แก่ผู้เยาว์ให้สามารถกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) อีกทั้งหากพิจารณาในห้วงเวลาหลังจากที่ผู้เยาว์กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) เช่นนี้ ใครกันเล่าจะเป็นผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรม ใครจะเป็นผู้มีสิทธิให้สัตยาบัน เพราะขนาดผู้แทนโดยชอบธรรมยังจำต้องได้รับอนุญาตจากศาลแล้วจะมีอำนาจจะไปบอกล้างหรือให้สัตยาบันในสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) หรือจะไปยืนยันว่า หลักกฎหมายเรื่องนี้กำหนดให้สามารถทำสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ก่อนแล้วจึงขออนุญาตต่อศาลได้ในภายหลัง การตีความเช่นนี้จะกลับกลายเป็นการยื่นกรณาวา การได้รับอนุญาตจากศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 เป็นเสมือนการให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ทั้งที่ศาลมิใช่ผู้ใช้อำนาจปกครอง ศาลไม่อาจเป็นคู่กรณีทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ได้เลย

ตามบทกฎหมายทั่วไปนิติกรรมใดที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน อันเป็นการที่มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล นิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 ประกอบกับมาตรา 153⁸⁸ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1703 ซึ่งเป็นบทกฎหมายเฉพาะว่าด้วยพินัยกรรมได้บัญญัติว่า “*พินัยกรรมซึ่งบุคคลที่มีอายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ทำขึ้นนั้นเป็นโมฆะ*”⁸⁹ อันเป็นนิติกรรมที่มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคลเช่นกัน แต่บรรพ 6 ได้กำหนดให้เป็นโมฆะ มิใช่เป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 ประกอบกับมาตรา 153 แต่อย่างใด ฉะนั้น จึงมิใช่เรื่องแปลกประหลาดอะไรเลยกับกรณีบทบัญญัติแห่งบรรพ 5 อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะเช่นกัน ซึ่งหากผู้เยาว์ได้กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) โดยมีได้รับอนุญาตจากศาล อันเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิกระทำการดังกล่าวด้วยตนเองโดยลำพัง เช่นนี้ จึงไม่ตกเป็นโมฆียะ เป็นแต่ไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์

จึงกล่าวได้ว่า การกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนาหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ผู้เยาว์จะทำโดยได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21 อันเป็นหลักทั่วไปนั้น

⁸⁸อันเป็นไปตามหลักในสุภาชิตกฎหมายที่ว่า “ผู้เยาว์ไม่อาจตกลงหรือยินยอมในเรื่องทรัพย์สินต้องรองจนบรรลุนิติภาวะ” (minor ante tempus agere non potest in casu proprietatis, nec etiam convenire; differetur usque aetatem); พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 9, น.101.

⁸⁹ราชกิจจานุเบกษา, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 57, น.576.

หาเพียงพอไม่ ยังจำเป็นต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ตอนต้น คือ ได้รับอนุญาตจากศาลอีกด้วย อันเป็นข้อยกเว้นแห่งหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 21⁹⁰ พึงสังเกตว่า การกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนหาเฉพาะกรณีตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ห้ามไว้ แม้บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง จะยินยอมให้บุตรผู้เยาว์กระทำการนั้นด้วยตนเอง ก็ไม่มีผลผูกพันบุตรผู้เยาว์ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของผู้เยาว์มิให้บิดามารดาหลีกเลี่ยงไม่มาขออนุญาตจากศาลโดยวิธีให้ความยินยอมให้บุตรผู้เยาว์ไปกระทำการนั้นด้วยตนเอง

ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสนหาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) โดยมีได้รับอนุญาตจากศาล การอนุญาตนี้มีใช้แบบ จึงไม่ทำให้กิจการที่ยังมิได้รับอนุญาตเป็นโมฆะ เรียกกันได้แต่เพียงว่า ไม่สมบูรณ์ มิใช่เป็นโมฆะเสียเปล่า เป็นแต่ยังมีบางสิ่งที่ขาดไป สิ่งที่ขาดไปนั้นมีขึ้นครบถ้วนเมื่อใด กิจการตั้งแต่ต้นมาก็เป็นสมบูรณ์ตลอดไป นี่เป็นข้อที่ใครขอทำความเข้าใจให้กระจ่าง ณ ที่นี้ว่า ไม่สมบูรณ์นั้นอาจมิใช่โมฆะก็ได้ ดังเช่นในกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (1) กล่าวคือ สัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ เพราะยังมีได้รับอนุญาตจากศาล มิได้หมายความว่า เป็นโมฆะเสียเปล่าดูจไม่มีอะไรเกิดขึ้น ไม่ต้องทำสัญญาซื้อขายกันใหม่โดยขอรับอนุญาตจึงจะสมบูรณ์ สัญญาเก่ามิได้สูญหายไปไหน นำเอาสัญญาเก่าที่ไม่สมบูรณ์ไปขออนุญาตจากศาลเมื่อใด การที่ศาลอนุญาตก็ทำให้การขายสมบูรณ์ขึ้นมาได้ในทันทีที่มีการอนุญาตของศาล⁹¹ ข้อนี้ไม่ต้องคำนึงว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสุจริตหรือไม่ แม้จะสุจริตก็มิได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด เป็นเรื่องของกฎหมายคุ้มครองผู้เยาว์ มิใช่คุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต⁹² อนึ่ง คำว่า “สุจริต” (Treu und Glauben; bonne foi; buona fede) ดังกล่าวไว้ในความหมายในแง่ที่ว่า คู่กรณีที่เกี่ยวข้องรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย (Tatbestand) หรือไม่ได้โดยคำว่า “สุจริต” ในความหมายเช่นนี้จึงมีความหมายแคบ (เฉพาะกรณีในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง) เป็นกรณีเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีในข้อเท็จจริงที่มีความหมายในทางกฎหมายบางประการนับว่าเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง หรือในอีกแง่หนึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักสุจริตในทางอัตวิสัย (Treu und Glauben im subjektiven Sinne) ซึ่งหมายถึง ความไม่รู้ว่า ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันเป็นสภาพส่วนตัวของผู้กระทำเองและเกี่ยวกับเงื่อนไขทางจิตใจของผู้กระทำเท่านั้น⁹³ ฉะนั้น การฝ่าฝืน

⁹⁰จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, เล่ม 1 : น.74.

⁹¹จิตติ ดิงศภัทย์, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3169/2524* (เนติ.) น.2264.

⁹²จิตติ ดิงศภัทย์, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 314-315/2519* (เนติ.) น.157.

⁹³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 540/2490 (เนติ.) น.667-673 “การรับโอนโดยสุจริตหรือไม่สุจริต ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ย่อมแตกต่างกับความหมายของคำว่า ไม่ทุจริต

กระทำเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาเฉพาะกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (8) และ (9) ให้ผลว่า การนั้นไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ ซึ่งเปรียบเสมือนการกระทำโดยไม่มีอำนาจ ไม่ต้องพิจารณาถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

เมื่อพิจารณาในบริบทของสัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสน่หาที่เสร็จเด็ดขาด เห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 บัญญัติแต่เพียงวัตถุประสงค์ของสัญญาให้เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ของตน แต่มีบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการโอนว่า จักต้องกระทำอย่างไร เช่นเดียวกับมาตรา 523 ซึ่งกำหนดแต่เพียงองค์ประกอบของสัญญาให้จักต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่ให้มีนั้น กรณีมีแต่เพียงเจตนาเสนอและสนอง มิได้มีการส่งมอบทรัพย์ที่ให้ ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 กรณีจึงเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะให้มีได้กำหนดชัดว่า ผู้รับการให้จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร ปรากฏแต่เพียงการอธิบายขึ้นมาลอย ๆ ไปในทางที่ว่าสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ นั้น ตกมาเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับการให้ตั้งแต่ขณะที่การให้นั้นสมบูรณ์⁹⁴ อีกนัยหนึ่ง เมื่อส่งมอบแล้วผู้รับการให้ก็ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ นั้น แต่ทว่าไม่สามารถอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีถ้อยคำปรากฏอย่างชัดเจนเชิงประจักษ์ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน ซึ่งมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไว้ชัดเจน

หรือทุจริตตามกฎหมายลักษณะอาญาเป็นคนละอย่าง กล่าวคือ คำว่า โดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หมายแต่เพียงว่า มิได้รู้เท่าถึงการที่ไม่มีสิทธิหรือความบกพร่องแห่งสิทธิในทรัพย์สินนั้น แต่ประการใดเลย ส่วนความทุจริตตามกฎหมายลักษณะอาญานั้น หมายความว่าเพียงการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายและเกิดเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย” ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.87-88; Bianca, Cesare Massimo, *supra note 38*, Volume III : p.166ss.

⁹⁴ตัวอย่างเช่น ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” นิติสารสิน, แผนกสามัญ, เล่ม 2, ปีที่ 5, น.107 (พฤษภาคม 2475); ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), น.696; โปยม เลขยานนท์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2502), น.97.

ฉะนั้น หากในอนาคตประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เช่นนี้ จึงสามารถยืนยันทั้งในเชิงหลักการและในเชิงตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนาหาที่เสร็จเด็ดขาดนั้น กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปเมื่อมีการส่งมอบและการส่งมอบจะมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ก็ต่อเมื่อมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์ควบคู่กันไปด้วย จึงจะทำให้กล่าวได้อย่างชัดเจนเชิงประจักษ์ว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์โดยเสนาหาที่เสร็จเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 521 ประกอบกับมาตรา 523 คำว่า “ส่งมอบ” (deliver) ในกรณีดังเช่นที่วามานี้ มิใช่การชำระหนี้ (performance) และมีได้เป็นการฝากเอาไว้ (deposit) มิได้เป็นการกระทำส่วนหนึ่งจากแบบของนิติกรรมแต่อย่างใด ผู้รับการให้ก็มีเจ้าหนี้ แต่ทว่าเป็นผู้รับโอนที่ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ ซึ่งจักต้องมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องนี้โดยระบุให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร

4.2 สัญญาจ้างทำของ

เมื่อผู้ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเริ่มต้นเรียนรู้ทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา ตัวอย่างอุทธรณ์ในการนำเสนอเพื่อประกอบความเข้าใจในตัวบทและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมักจะออกมาในลักษณะสัญญาซื้อขาย ต่อมาเมื่อถึงส่วนเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยหนี้หลักทั่วไปหรือผลแห่งหนี้ ก็เป็นไปในทำนองเดียวกันเพียงแต่อธิบายเนื้อหาโดยละเอียดแยกคายมากยิ่งขึ้น นำเสนอตัวอย่างอุทธรณ์ประเด็นปัญหาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้หลายกรณีจากสัญญาซื้อขายด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาหลักกฎหมายแพ่งของไทยจึงถูกผูกขาดทางความคิดอยู่แต่กับหลัก solo consensus กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ณ ที่นี้ข้าพเจ้าจึงขอแนะนำหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาจ้างทำของอันเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดในการแสดงถึงหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของในบริบทที่เกี่ยวข้องนี้ จำต้องมีทั้งนี้กระทำการและหนี้ส่งมอบทรัพย์ โดยหนี้กระทำการเป็นหนี้ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของทุกกรณีจะขาดไปมิได้ ด้วยสภาพการณ์ดังกล่าว การโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่สามารถเป็นไปตามหลัก solo consensus ให้เหมือนดังเช่นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพราะเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องตรงกันแล้ว ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง ด้วยเหตุนี้ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จากผู้รับจ้างยังมีได้โอนไปทันทีที่สัญญาจ้างทำของเกิด อีกนัยหนึ่ง เมื่อสัญญาจ้างทำของเกิดขึ้น ด้วยผลแห่งสัญญา ณ ขณะนั้น ผู้ว่าจ้างยังมีได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นผลแห่งความสำเร็จของการที่จ้างทำนั้นแต่อย่างใด ทั้งนี้ เน้นกล่าวในบริบทที่ผู้รับจ้างเป็นเจ้าของสัมภาระ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการแบ่งแยกบทบัญญัติเอกเทศสัญญาลักษณะจ้างทำของและลักษณะเช่าทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในทางตรงกันข้าม ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดไว้ที่เดียวว่า สัญญาเช่า (contrat de louage) มีอยู่ 2 ชนิด⁹⁵ อันได้แก่ สัญญาเช่าทรัพย์สิน (louage des choses) และสัญญาจ้างทำของ (louage d'ouvrage) แต่เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในเอกเทศสัญญาสัญญาเช่าแบ่งเป็น 4 ชนิด คือ เช่าทรัพย์สิน (hire of property) จ้างแรงงาน (hire of service) จ้างทำของ (hire of work) และรับขน (carriage) พึงสังเกตว่า เมื่อกล่าวถึงสัญญาเช่า ต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยร่างเป็นภาษาอังกฤษโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศส (เช่น René Guyon หรือพิชาญบุคลย (พ.ศ. 2419-2506) ฯลฯ) ใช้คำว่า “hire” ทั้งสิ้น (เว้นคำว่า carriage) คำว่า “hire” เป็นคำกลางมีความหมายว่า เช่าหรือจ้าง หากเป็นสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินแล้วคำแปลใช้คำว่า “เช่าทรัพย์สิน” คือ “hire of property” สัญญาเช่าซื้อก็ใช้คำว่า “hire-purchase” ในสัญญาเช่า ผู้ให้เช่าใช้คำว่า “letter” ผู้เช่าใช้คำว่า “hirer” หากเกี่ยวกับบุคคลแล้วใช้คำว่า “จ้าง” คือ “จ้างแรงงาน” “จ้างทำของ” คำว่า “hire” ในทางธุรกิจปัจจุบันไม่เป็นที่นิยมกัน หากเป็นกรณีการเช่าทรัพย์สินแล้ว ใช้คำว่า “lease” ผู้ให้เช่าใช้คำว่า “lessor” ผู้เช่าใช้คำว่า “lessee” ส่วนค่าเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและธุรกิจใช้คำว่า “rent” อนึ่ง ศาสตราจารย์พิเศษ⁹⁶ ดร.จิต เศรษฐบุตร (พ.ศ. 2449-2538) ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า “ในกฎหมายฝรั่งเศส เช่าทรัพย์สิน จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน เป็นสัญญาเช่า”⁹⁷ ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถหาอะไรที่เป็นลักษณะเดียวกันมาผนวกรวมเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน อย่างไรก็ตามในทางประวัติศาสตร์กฎหมายก็พอจะกล่าวได้ว่า มีที่มาจากที่เดียวกัน กล่าวคือ

⁹⁵Code civil des Français. Article 1708; Baudry-Lacantinerie, Gabriel, Précis de droit civil, 11^e édition, 3 Tomes (Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1913), Tome II : n° 898, p.579.

⁹⁶มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 2 พฤษภาคม 2515 เป็นต้นไป ตามคำสั่งกองบัญชาการคณะปฏิวัติที่ 179/2515 เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2515; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 82 น.3 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 26 พฤษภาคม 2515

⁹⁷จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493), น.2; อนึ่ง นักกฎหมายฝรั่งเศสในห้วงเวลาหลังจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีผลใช้บังคับไปแล้วร่วมศตวรรษ จึงได้ยอมจำนนรับว่า เช่าทรัพย์สิน จ้างแรงงาน และจ้างทำของนั้น ต่างมีลักษณะพิเศษ โดยเฉพาะไปเสียแล้ว; voy. Josserand, Étienne Louis, Cours de droit civil positif français, 3^e édition, 3 Tomes (Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939), Tome II : n° 1175, p.694.

เป็นสัญญาเช่า เรียกว่า “contrat de louage” หรือ “location” ตามภาษาฝรั่งเศส และ “locatio” ตามภาษาละติน ความข้อนี้อาจทำให้เข้าใจได้บ้างว่า เพราะเหตุใดต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้ศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “hire of property” หมายถึง เช่าทรัพย์สิน “hire of service” หมายถึง จ้างแรงงาน “hire of work” หมายถึง จ้างทำของ ส่วนรับขนนั้นเนื่องจากเป็นพัฒนาการของจ้างแรงงาน อีกทั้งไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่นนี้ จึงจนด้วยเกล้าต้องไปอาศัยคำศัพท์จากประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันใช้คำว่า “carriage” (Frachtgeschäft) โดยปราศจากการใช้คำว่า “hire” ส่วนสัญญาเช่าซื้อแม้ไม่มีในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่เมื่อสยามบรรจุลงในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งกรรมการร่างกฎหมายบางคนซึ่งฝักใฝ่กับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แม้จะรู้ตัวว่า กำลังร่างประมวลกฎหมายตามแบบอย่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ตาม เช่นนี้ จึงใช้คำว่า “hire-purchase” หมายถึง เช่าซื้อ

นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ปรากฏในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 4 ตั้งแต่มาตรา 537 ถึงมาตรา 571 ทว่าบทบัญญัติว่าด้วย จ้างทำของมิได้อยู่ในลักษณะ 4 แต่อย่างใด กลับไปปรากฏเป็นลักษณะ 7 ตั้งแต่มาตรา 587 ถึงมาตรา 607 โดยมีได้มีบทบัญญัติต่อเนื่องหรือเกี่ยวพันกับเช่าทรัพย์สินเลยแม้แต่น้อย และที่สำคัญก็คือ ไม่ปรากฏ นักกฎหมายไทยผู้คุ้นชินกับกฎหมายฝรั่งเศสแม้แต่คนเดียวเลยที่จะยืนยันว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ลักษณะจ้างทำของเป็น 1 ในกฎหมายลักษณะเช่า ดังเช่นที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1708 ข้างต้น ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่า ในระยะแรกที่มีการร่างประมวลกฎหมายของสยามนั้นจะเห็นว่า แนวโน้มมุ่งจะเลียนแบบปรัชญาของฝรั่งเศส แต่หลังจากนั้น รูปแบบการร่างประมวลกฎหมายของสยามเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเป็นแบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ใช้รูปแบบตามนี้ แต่แยกบรรพว่าด้วยเอกเทศสัญญา ออกจากบรรพว่าด้วยหนี้ เพราะฉะนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงมี 6 บรรพ เนื่องจากเหตุผลข้อจำกัดทางด้านเวลา งบประมาณค่าใช้จ่ายในการดำเนินการหากมีการแยกกฎหมายพาณิชย์ออกไปเป็นประมวลกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง และข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาเพราะกฎหมายพาณิชย์ที่ทันสมัยในภาคพื้นยุโรปหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมมีเทคโนโลยีที่ก้าวหน้ากว่าสยามในห้วงเวลาเดียวกันเป็นอย่างยิ่ง กรณีจึงอาจถือได้ว่า เป็นประเด็นที่มีความต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเพียงเล็กน้อย เมื่อเป็นเช่นนี้จึงพิจารณาได้ว่า สิ่งสำคัญที่สุดก็คือ ต้องเพียรพยายามเข้าใจถึงปรัชญาความคิด และวิชาการที่มาจากเยอรมันเสียก่อน ในการนี้ ดร.รองพล เจริญพันธุ์⁹⁸ (พ.ศ. 2490-2554)

⁹⁸PhD (magna cum laude) จากมหาวิทยาลัย Monash โดยได้ทำวิทยานิพนธ์เกี่ยวกับ วัฒนาการของกฎหมายเยอรมัน ถึงขนาดที่ ดร.วรวิทย์ กนิษฐะเสน ผู้สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัย

อดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เคยบรรยายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป และวิชานิติปรัชญาในห้วง พ.ศ. 2517-2520 ได้แสดงทรรศนะไว้อย่างแข็งกร้าวว่า

อย่างไรก็ตาม เราต้องจำใส่ใจว่าในด้านปรัชญาและโครงสร้าง เราใช้ระบบของเยอรมันมา ดังนั้น วิชาการ ปรัชญา และโครงสร้าง จึงเป็นแบบฉบับของเยอรมันโดยแท้ บรรพ 3 ว่าด้วย เอกเทศสัญญา ซึ่งมีอิทธิพลของระบบอื่นจะมาทำให้ประมวลเราเสียระบบนั้นดูไม่ควร ผู้ร่างดูจะเบาความในเรื่องนี้มากไม่คิดว่าระบบมันขัดกันอยู่ แต่เราจะต้องเข้าใจมัน และต้องไม่พยายามใช้กฎหมายให้ขัดกับหัวใจและพื้นฐานของระบบกฎหมายแพ่งของเรา ซึ่งมาจากเยอรมัน ซึ่งได้รับอิทธิพลทางวิชาการมาจากกฎหมายโรมันอีกทอดหนึ่ง⁹⁹

ในส่วนของอิทธิพลทางวิชาการของนักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ศาสตราจารย์พิเศษ¹⁰⁰ ร้อยตำรวจโท¹⁰¹ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (พ.ศ. 2470-2562) ได้แสดงทรรศนะอย่างตรงไปตรงมาเกี่ยวกับอิทธิพลของนักกฎหมายไทยที่ดำเนินการสอนตามอย่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยสอดคล้องไปในทางประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนี้

ในการจัดทำหลักสูตรของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แรกเริ่มได้จัดหลักสูตรตามแบบอย่างของประเทศฝรั่งเศส โดยมีได้คำนึงถึงการแบ่งแยกหมวดหมู่ของกฎหมายแพ่ง

Bonn สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อดีตเอกอัครราชทูตประจำกระทรวงและอดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เคยปากชมว่า “อาจารย์รองพล เพิ่งสำเร็จ PhD ทางกฎหมายจากออสเตรเลีย เขียนวิทยานิพนธ์ที่มาหลายร้อยหน้า หลายตอนเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิวัฒนาการของกฎหมายเยอรมัน ผมได้อ่านบางส่วนด้วยความประทับใจเพราะอาจารย์รองพลจะทราบเรื่องความเป็นมาของกฎหมายเยอรมันดีกว่าผมมาก” ดู วรวิทย์ กนิษฐะเสน, “คำไว้อาลัย,” ใน ปรีดี เกษมทรัพย์ คนสามวัฒนธรรม บิดาแห่งนิติปรัชญาไทย, ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ณ เมรุหลวงหน้าพลับพลาอิศริยาภรณ์ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 3 มีนาคม 2562, น.119.

⁹⁹รองพล เจริญพันธุ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป The Allgemeiner Teil, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น.41.

¹⁰⁰มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษในภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 13 มีนาคม 2535 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ ลงวันที่ 25 มีนาคม 2535; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 44 น.3864 วันที่ 2 เมษายน 2535

¹⁰¹ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 39 ง น.24 วันที่ 24 พฤษภาคม 2561

ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ใช้อยู่ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส¹⁰²

กอปรกับศาสตราจารย์พิเศษ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทรรศนะเกี่ยวกับการแบ่งแยกบทบัญญัติว่าด้วยหนี้และบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยออกจากกันอย่างเด็ดขาด ซึ่งปรากฏในบทความทางวิชาการกฎหมายตั้งแต่ พ.ศ. 2485 ดังนี้

การที่เอาเรื่องทรัพย์กับเรื่องหนี้ไปปะปนกันทำให้เข้าใจผิดไปว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องผลของสัญญาตามลักษณะหนี้ ซึ่งที่จริงไม่ใช่เช่นนั้น ผลของสัญญาตามลักษณะหนี้เป็นแต่ทำให้คู่กรณีต้องจัดการส่งมอบทรัพย์และจัดการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน แต่ปัญหาที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์ได้เปลี่ยนมือไปโดยแท้จริงหรือไม่ วิธีการโอนกรรมสิทธิ์เป็นอย่างไรเป็นเรื่องทรัพย์ . . .

โดยเหตุนี้ในการศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องแยกเรื่องทรัพย์และเรื่องหนี้ให้ออกจากกันโดยเด็ดขาดไม่ควรจะทำให้ความคิดของเราปะปนกันโดยอาศัยเหตุที่กฎหมายของเราบัญญัติไว้ในที่เดียวกัน¹⁰³

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจ้างทำของที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นการที่จ้างทำนั้นตั้งอยู่บนฐานของหลักความเป็นประจักษ์ (Abstraktionsprinzip) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกล่าวคือ แม้สัญญาจ้างทำของเกิดเมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว (consensus ad idem) แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะโอนไปเมื่อใดอย่างไรนั้นเป็นเรื่องในทางทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นจะตกไปยังผู้ว่าจ้างก็ต่อเมื่อได้มีนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิเกิดขึ้น โดยแบ่งแยกออกจากนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพัน เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์ที่จ้างทำโดยประสงค์ให้มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น อีกทั้งยังมีการส่งมอบสินจ้างเกิดขึ้นอีกนิติกรรมหนึ่งด้วย ทั้งนี้ กรณีมิได้เป็นไปตามหลักความเป็นเงื่อนไข (Konditionsprinzip)¹⁰⁴ ซึ่งเมื่อสัญญาเกิดจากคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามสัญญานั้นจะตกไปยังผู้รับโอนทันทีแต่อย่างใด

¹⁰²ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.ก; “คำสอนของครูไทยไม่ค่อยมี ที่มีก็ไม่แตกฉานนัก จึงต้องอาศัยตำราฝรั่งเศส โดยเฉพาะของ Planiol ซึ่งปู่ไม่สันทัดในภาษาฝรั่งเศส” เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ชีวลีขิต, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.57.

¹⁰³หยุด แสงอุทัย, “การได้ทรัพย์สิทธิในสังหาริมทรัพย์,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 10, ปีที่ 15, น.32-33 (ตุลาคม 2485).

¹⁰⁴Vgl. Ferid, Murad, Das französische Zivilrecht, 2 Bände (Frankfurt am Main : Alfred Metzner Verlag, 1971), Band II : Randnummer 3 A 6, S.879; ในกรณีสัญญาจ้างทำของ

เมื่อพิจารณาพิเคราะห์บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 7 จ้างทำของ ซึ่งมีจำนวนบทกฎหมายทั้งสิ้น 21 มาตรา จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาจ้างทำของและการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยผู้ว่าจ้างมิใช่เพียงแต่ต้องการใช้และการจำหน่ายทรัพย์สินชั่วคราวเท่านั้น ยังต้องการจะใช้ทรัพย์สินเป็นการถาวร กล่าวคือ ต้องการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ด้วยเหตุนี้ เจตนารมณ์แห่งกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ผู้รับจ้าง 2 ประการ คือ

- (1) มอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์อันเป็นผลสำเร็จแห่งการงานที่จ้างทำ
- (2) โอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ เพียงแต่ส่งมอบการครอบครองอย่างเดียวไม่พอ ต้องโอนกรรมสิทธิ์ด้วย

เรื่องโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ส่งมอบทรัพย์สิน และตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือ ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์มิใช่เป็นเรื่องของสัญญาจ้างทำของ แต่เป็นสัญญาทางทรัพย์สินและผู้ว่าจ้างก็ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ถึงแม้ว่าสัญญาจ้างทำของเองจะปรากฏในภายหลังว่า ตกเป็นโมฆะ หรือถูกบอกล้างโมฆียะกรรม เช่น ก. หลอกหลวงโดยจ้าง ข. ให้ทำทรัพย์สินให้แก่ ก. ต่อมาอีก 2 วัน ข. ผู้รับจ้างจึงได้ทำสัญญาทางทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่ ก. ผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ ข. ผู้รับจ้างบอกล้างโมฆียะกรรมได้แต่เฉพาะสัญญาจ้างทำของ ส่วนสัญญาทางทรัพย์สินสมบูรณ์เพราะไม่เกี่ยวกับการหลอกหลวงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ก. จึงยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับโอนมาอยู่ ข. จึงต้องเรียกทรัพย์สินคืนจาก ก. ในฐานลาภมิควรได้

เหตุผลที่ถือว่า กรรมสิทธิ์ผ่านมือต่อเมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการโฆษณาโดยเปิดเผย การที่ผู้รับจ้างทำสัญญาทางทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาทางหนี้ จะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินไม่ตรงกันกับความรู้สึคนึกคิดของคนทั่วไปที่ไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือ เมื่อผู้ว่าจ้างไปจ้างผู้รับจ้างให้ทำทรัพย์สินผู้ว่าจ้างรับทรัพย์สินมาและมอบเงินอันเป็นสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง เช่นนี้ ก็อาจนึกไปเองได้ว่า เป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียว คือ สัญญาจ้างทำของ แต่ทว่าในความเป็นจริงมีสัญญาถึง 3 สัญญา คือ

- (1) สัญญาทางหนี้เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างส่งมอบทรัพย์สินและผู้ว่าจ้างส่งมอบสินจ้าง
- (2) สัญญาทางทรัพย์สิน โดยผู้รับจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จ้างทำนั้นโอนไปยังผู้ว่าจ้างพร้อมกันกับได้ส่งมอบทรัพย์สิน

จะเห็นได้ว่า ผู้ว่าจ้างซึ่งได้รับสังหาริมทรัพย์มาได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้รับจ้างส่งมอบให้ถึงแม้ว่าสัญญาจ้างทำของนั้นจะตกเป็นโมฆะก็ตาม ในการนี้ ผู้ว่าจ้างย่อมมีสิทธิอันสมบูรณ์ที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลอื่นต่อไปได้ โดยบุคคลที่ได้รับโอนไปได้กรรมสิทธิ์อย่างสมบูรณ์ในทรัพย์สินนั้น; ดู หุตุต แสงอุทัย, *เพ็ญอวัจ*, น.29-30; และดู หุตุต แสงอุทัย, *อวัจแล้ว* *เชิงอรรถที่ 83*, น.258, 261.

(3) สัญญาทางทรัพย์สิน โดยผู้ว่าจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสินจ้างโอนไปยังผู้รับจ้างพร้อมกันกับได้ส่งมอบสินจ้างให้ เมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จ้างทำให้แก่ผู้ว่าจ้างในเวลาภายหลังที่ได้ทำสัญญาจ้างทำของกันแล้ว คนธรรมดาสามัญก็พอเข้าใจได้ว่า มีสัญญาทางทรัพย์สิน เนื่องจากปรากฏการส่งมอบทรัพย์สิน และการชำระสินจ้างกันในภายหลัง กอปรกับผู้ว่าจ้างได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ขณะที่ได้รับทรัพย์สิน ส่วนผู้รับจ้างก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสินจ้างเมื่อได้รับสินจ้าง

เหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกสัญญาทางทรัพย์สินและสัญญาทางหนี้ออกจากกันก็คือ ทำให้สามารถพิจารณาสัญญาจ้างทำของตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางหนี้ได้โดยเฉพาะ ส่วนสัญญาทางทรัพย์สินก็นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิมาใช้โดยเฉพาะ ในการนี้ผู้รับจ้างย่อมสามารถทำสัญญาจ้างทำของกรณีสังหาริมทรัพย์ที่ตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือแต่สัญญาจ้างทำของก็สมบูรณ์ ในทางกลับกัน แม้สัญญาจ้างทำของไม่สมบูรณ์ แต่หากสัญญาทางทรัพย์สินสมบูรณ์ เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น และหากมีการขายต่อมา ผู้ซื้อที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ว่าจ้างก็ไม่จำเป็นต้องไปคำนึงว่า ผู้ขายให้แก่ตนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาจ้างทำของในทางลักษณะหนี้ที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการคุ้มครองการพาณิชย์ของประชาชน ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นย่อมมีความสำคัญระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างสำหรับบุคคลภายนอกนั้นการรับซื้อหรือการรับจำนำทรัพย์สินต่อมาย่อมขึ้นอยู่กับว่า สัญญาทางทรัพย์สินที่โอนกรรมสิทธิ์ให้สมบูรณ์หรือไม่ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ก้ำก๋ายตายมากขึ้น

ผลของการแบ่งแยกสัญญาทางทรัพย์สินและสัญญาทางหนี้ออกจากกัน ในกรณีที่ผู้รับจ้างทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์อย่างเดียวกันแก่บุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกในฐานะผู้ซื้อได้ทำสัญญาทางทรัพย์สินก่อน ผู้ซื้อผู้นั้นก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับกรณีบุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้การครอบครองโดยสุจริต
ท่านมิให้ใช้มาตรานี้บังคับถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งระบุไว้ในมาตราก่อนและในเรื่องทรัพย์สินหลาย กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิด”¹⁰⁵

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายสำหรับการวินิจฉัยว่า บุคคลใดมีสิทธิดีที่สุดสุดในกรณีบุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้นำวรรคหนึ่งมาใช้บังคับ ข้อเท็จจริงที่จะปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง

¹⁰⁵ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 47 น.446-447 วันที่ 18 มีนาคม 2473

ต้องเป็นกรณีที่ “...บุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน...”¹⁰⁶ หมายความว่า กรณีมีบุคคลหลายรายกล่าวอ้างสิทธิในสังหาริมทรัพย์อย่างเดียวกัน โดยต่างฝ่ายต่างอ้างฐานหรือหลักกรรมสิทธิ์ว่า ฝ่ายตนมีสิทธิในทรัพย์นั้น อีกนัยหนึ่ง เป็นกรณีเกี่ยวกับการแย่งสังหาริมทรัพย์ โดยต่างฝ่ายต่างอ้างหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน

กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง ซึ่งมีให้นำหลักในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับนั้น เป็นกรณีที่บุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน โดยที่สังหาริมทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด บุคคลที่ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ แม้จะได้รับโอนมาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และได้ครอบครองโดยสุจริต ก็ไม่อาจอ้างว่า ตนมีสิทธิที่ดีที่สุดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ได้แต่อย่างใด ทว่ากรณีเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง ทั้งนี้ เมื่อศึกษาที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹⁰⁶ จะเห็นได้ว่า ทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง มีความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เฉพาะทรัพย์ที่ถูกพรากจากเจ้าของทรัพย์โดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฯลฯ ฉะนั้น กรณีที่เจ้าของทรัพย์ส่งมอบการครอบครองให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยสมัครใจแล้วต่อมาบุคคลนั้นยกยอกทรัพย์ดังกล่าวออกไปโอนจนทำให้ทรัพย์นั้นตกไปอยู่ในการครอบครองของผู้อื่น เช่นนี้ ไม่อาจถือว่าเป็นกรณีสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด กรณีนี้จึงต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง¹⁰⁷ นอกจากนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 มีที่มาจากหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้ซื้อทรัพย์โดยสุจริตในสังคมที่เต็มไปด้วยการค้าพาณิชย์ จึงจำเป็นต้องวางหลักกฎหมายที่สนับสนุนความไว้วางใจของบุคคลผู้สุจริต แต่การบัญญัติมาตรานี้กลับปรากฏว่า ถ้อยคำลายลักษณ์อักษรในตัวบทไม่ตรงกันกับหลักกฎหมายของประเทศที่ไปรับมา¹⁰⁸ ซึ่งใช้ถ้อยคำชัดเจนว่า

¹⁰⁶Bürgerliches Gesetzbuch. § 932 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

¹⁰⁷กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ปัญหาการเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน ตามมาตรา 1303 ป.พ.พ.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น.87-110; จิตติ ดิงศรัทีย, “ได้ทรัพย์จากผู้ไม่มีสิทธิโอน,” บทบัญญัติ, ตอนที่ 4, เล่ม 27, น.858-859 (2513); จิตติ ดิงศรัทีย, “บุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 9, น.46 (มีนาคม 2520); วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.252-256; และดู “Rechtsanalogie” ได้ที่ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102, น.82; vgl. Prokati, Kittisak, *supra* note 5, S.73-86.

¹⁰⁸วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, เพ็ญอ้าง, น.256.

เป็นทรัพย์สินที่ถูกลักมาจากผู้มิกรรมสิทธิ์ (wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden)¹⁰⁹ กล่าวโดยสรุป ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งอยู่ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 4 ฉะนั้น ในกรณีที่บุคคลผู้ได้มาซึ่งการครอบครองสังหาริมทรัพย์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนมิได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง เพราะเหตุว่า ข้อเท็จจริง เช่น ต้องด้วยกรณีสังหาริมทรัพย์ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง ผู้นั้นอาจจะได้รับความคุ้มครองในพฤติการณ์พิเศษตามบทกฎหมายเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1329 ถึงมาตรา 1332 หากปรากฏว่า ได้มีพฤติการณ์พิเศษเช่นนั้นเกิดขึ้น¹¹⁰

ผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของในกรณีที่ใช้สัมภาระของผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ สัมภาระที่ผู้รับจ้างได้รับมอบมาจากผู้ว่าจ้างนั้น ผู้รับจ้างยึดถือแทนในฐานะผู้ครอบครองแทน กล่าวคือ ผู้รับจ้างยึดถือแทนโดยยอมรับอำนาจเหนือทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างตามข้อตกลงโดยตรง ในขณะที่เดียวกัน ผู้รับจ้างก็ยึดถือเพื่อตนด้วย อีกนัยหนึ่ง ผู้รับจ้างดังกล่าวมีการครอบครองโดยตรง ส่วนผู้ว่าจ้างมีการครอบครองโดยปริยายหรือโดยอ้อม (mittelbarer Besitz)¹¹¹ กอปรกับการครอบครองนี้เป็นการครอบครองโดยชอบ เนื่องจากกรณีนี้ผู้รับจ้างได้รับโอนการครอบครองจากผู้มีการครอบครองโดยชอบตามสัญญาจ้างทำของ โดยผู้ว่าจ้างนำสัมภาระของตนมาส่งมอบเพื่อให้ผู้รับจ้างได้ทำการงานตามที่ได้ตกลงกันจนสำเร็จ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 587 ด้วยเหตุนี้ หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทนได้นำทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างไปขายให้แก่บุคคลภายนอก โดยที่ผู้รับจ้างเองสำคัญผิดไปว่า สังหาริมทรัพย์ดังกล่าวเป็นของตน เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้รับโอนสังหาริมทรัพย์มาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และได้ครอบครองทรัพย์สินโดยสุจริตแล้ว ย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยผลแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม¹¹² มิใช่สิทธิสืบต่อ ทั้งนี้ มิได้เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในกรณีดังกล่าว หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทน ได้เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นโดยไม่สุจริต กรณีจึงเป็นการยกยอกทรัพย์สิน เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้การครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน

¹⁰⁹Bürgerliches Gesetzbuch. § 935 (1)

¹¹⁰Vgl. Prokati, Kittisak, “Rezeption des deutschen Sachenrechts in Thailand bezüglich der Eigentumsübertragung und des gutgläubigen Erwerbs an beweglichen Sachen,” *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, Herausgegeben von Shin, Yu-Cheol, Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3 (Seoul : Bobmunsu, 2013), S.258ff.

¹¹¹Bürgerliches Gesetzbuch. § 868 Mittelbarer Besitz

¹¹²ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102*, น.97; อย่างไรก็ตามก็ดี นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่กลับมีทรรศนะว่า เป็นสิทธิสืบต่อ; vgl. Prokati, Kittisak, *supra note 5*, S.60.

ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยผลแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม¹¹³ มิใช่สิทธิสืบต่อเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมิใช่กรณีทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคสอง แต่อย่างใด

เช่นนี้ จึงเห็นได้ว่า หากนักกฎหมายไทยยึดมั่นถือน้อยอย่างหลับลัษิตาโดยผูกขาด ในหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาที่จะอาศัยเจตนาตกลงโอนทรัพย์แก่กัน เพียงลำพังประการเดียว กรณีจะเป็นปัญหาต่อไปว่า เมื่อได้โอนทรัพย์ไปแล้วหากมีบุคคลภายนอกผู้สุจริต มาซื้อทรัพย์นั้นจากผู้โอน บุคคลภายนอกผู้สุจริตจะมีทางได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือไม่ กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อทำการโอนรายหลังนั้นผู้โอนเป็นผู้มิได้มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอีกต่อไป เพราะก่อนหน้านี้ ผู้โอนได้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอนรายแรกแล้วหากพิจารณาไปตามหลัก solo consensu อย่างเถรตรง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ออกจากกัน แม้กฎหมายเยอรมันเอง ก็เพิ่งจะแบ่งแยกออกจากกันในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในสมัยที่ใช้กฎหมายทั่วไปซึ่งเดิมได้ใช้หลักสัญญาซื้อขายและสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาอันหนึ่งอันเดียวกัน (Einheit von Kaufvertrag und Übereignung)¹¹⁴ อย่างไรก็ดี แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาทางทรัพย์และสัญญาทางหนี้ออกจากกัน แต่อาจมีการไม่เห็นพ้องด้วยกับหลักที่ให้มีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาทางทรัพย์และสัญญาทางหนี้ โดยเฉพาะยังไม่เห็นพ้องด้วยการให้มีสัญญาทางทรัพย์ และไม่เห็นพ้องด้วยกับหลักที่ว่า กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือต่อเมื่อมีการส่งมอบ ทั้งนี้ ต้องยอมรับความเป็นจริงว่า การแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ออกจากกันนั้น คนธรรมดาสามัญย่อมมิได้ตระหนักว่าเป็นเช่นนั้น แต่ถึงแม้คู่สัญญาจะมีได้สำนึกว่ามี 2 สัญญา การไม่สำนึกดังกล่าวนี้ก็มิได้สำคัญในเชิงหลักการแต่อย่างใด ความสำคัญอยู่ที่ในสัญญานั้นเองมีความหมายอยู่แล้วว่า มี 2 สัญญา เมื่อทำสัญญาจ้างทำของไปแล้ว และจะส่งมอบทรัพย์กันในภายหลัง คู่สัญญาก็เห็นได้ชัดว่า จะได้มีการโอนกรรมสิทธิ์กันในภายหลัง ทั้งนี้ ในการทำสัญญาจ้างทำของดังเช่นได้มีข้อตกลงกันนั้น อาจเป็นไปได้ว่า คู่สัญญาทำสัญญาจ้างทำของและตกลงกันสำเร็จบริบูรณ์แล้วในเรื่องที่จะโอนกรรมสิทธิ์ โดยมีพิกัดข้อตกลงกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ผ่านมือนี้อีก เช่นนี้ หากได้ส่งมอบทรัพย์เมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือไปเมื่อนั้น นอกจากนี้ ระบบกฎหมายที่ถือว่า กรรมสิทธิ์ได้ผ่านมือไปแล้วจะยังมีได้ส่งมอบทรัพย์นั้น ปราศจากการค้ำประกันว่า การครอบครองทรัพย์เป็นสัญลักษณ์ภายนอกแห่งการที่กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป ทว่าอย่างน้อยผู้ว่าจ้างที่เห็นผู้รับจ้างครอบครอง

¹¹³ เติ้งอว้าง; และดูเนื้อหาเชิงมนทัศน์ได้ที่ หยุด แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น.259-260.

¹¹⁴ Vgl. Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 9. Auflage, 2 Bände (München :

ทรัพย์อยู่ยอมไม่วางใจได้ว่า ผู้รับจ้างเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ดังกล่าว ฉะนั้น การให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเมื่อมีการโอนการครอบครอง ในกรณีปรกติทั่วไปจึงควรจะนับว่า ถูกต้องและสมเหตุสมผลมากกว่า มีข้อพิงสังเกตว่า ในกรณีที่ทรัพย์จะต้องอยู่ในครอบครองเสียก่อนจึงจะนับว่า ตกอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างอย่างเด็ดขาด และเจ้าหน้าที่ของผู้รับจ้างจะมายึดทรัพย์ดังกล่าวมิได้นั้น ตรงกันกับความคิดของคนธรรมดาสามัญทั่วไป เนื่องจากการครอบครองสังหาริมทรัพย์ได้แสดงให้เห็นอำนาจอันแท้จริงของเจ้าของทรัพย์นั้น การได้กรรมสิทธิ์โดยมิได้มีการครอบครองทรัพย์จึงทำให้กรรมสิทธิ์ตกอยู่ในภยันตราย กล่าวคือ อาจสูญเสียกรรมสิทธิ์ไปเพราะบุคคลภายนอกผู้สุจริต ฉะนั้น หากพิจารณาจากแง่ความต้องการของการค้าพาณิชย์แล้ว การส่งมอบทรัพย์เป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับกรณีที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป จริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ มีวิธีแทนการส่งมอบได้ เช่น ตกกลงให้ผู้รับจ้างเป็นผู้รับฝากหรือยืมทรัพย์นั้น ทว่ามีวิธีที่ดีที่สุดสำหรับคุ้มครองการติดต่อในทางธุรกิจ

ในการพิจารณาปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาจ้างทำของนั้น นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะเริ่มพิจารณาปัญหานี้โดยตั้งต้นจากหลักว่าด้วยความสมบูรณ์เด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ อีกทั้งอ้างภาษิตกฎหมายที่ว่า “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” เป็นสรณะ กอปรกับหลักความเสียงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ ด้วยเหตุนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่สร้างขึ้นใหม่ และการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์จากผู้ไม่มีสิทธิ เหล่านี้จึงเป็นไปได้เพียงแต่ข้อยกเว้นปลีกย่อยเท่านั้น โดยนักกฎหมายไทยพยายามยกเอียงที่จะไม่อธิบายถึงประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ในบริบทกฎหมายลักษณะจ้างทำของ หรืออาจถึงขนาดปฏิเสธการอธิบายหลักกฎหมายข้างต้นออกไปโดยใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนมาหักล้าง หากกล่าวในทางตำรา ก็จะพบว่า ตำราอธิบายกฎหมายต่างประเทศซึ่งนักกฎหมายไทยสามารถใช้เป็นเครื่องมือทำความเข้าใจกฎหมายให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปได้นั้น นอกจากภาษาอังกฤษเป็นส่วนใหญ่แล้วคงจะหนีไม่พ้นภาษาฝรั่งเศส ซึ่งสังเกตได้ว่า มีผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากฝรั่งเศสมาแล้วหลายคนตั้งแต่ก่อนที่สยามจะใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 เมื่อ พ.ศ. 2468 เสียด้วยซ้ำไป แต่ทว่าปรากฏชาวสยามผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายเยอรมันคนแรกเมื่อ พ.ศ. 2478 ซึ่งมีการดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วนทั้ง 6 บรรพแล้ว จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่คำอธิบายในทางตำรากฎหมายฝรั่งเศสย่อมจะยิ่งทำให้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยที่เริ่มมีกระแสแนวความคิดไปทางระบบ civil law ในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และการโอนภาระความเสียงภัยตกเป็นพับไปตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และส่งผลให้นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับกฎหมายฝรั่งเศสรู้สึกอึดอัดที่จะปรับใช้หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ด้วยการส่งมอบ และหลักภาระความเสียงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองทรัพย์อันเป็นแนวของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะเห็นได้จากตำรากฎหมายลักษณะจ้างทำของที่สำคัญในระยะหลังมานี้ ซึ่งจำนวนมากมิได้กล่าวถึงหรืออธิบายหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบ ถึงแม้ว่าโดยที่มาและโดยสภาพ

ของสัญญาจ้างทำของกรณีดังกล่าวจะถูกจำกัดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อนึ่ง มีการอธิบายอย่างอาจหาญโดยฟันธงไปว่า หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จ้างทำตามสัญญาจ้างทำของนั้นโอนไปด้วยการส่งมอบ แต่ทว่าอมพะนำมิได้ชี้แจงเลยว่า กรณีเช่นนี้ปรากฏสัญญาโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังจากการทำสัญญาจ้างทำของอันเป็นสัญญาทางหนี้ ยิ่งไปกว่านั้น กลับจะตีความบทบัญญัติว่าด้วยการโอนความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 603 และมาตรา 604 ใพลีให้ไปตกเป็นพับแก่เจ้าของทรัพย์สิน โดยมีได้กล่าวถึงหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองแม้แต่น้อย เช่นนี้ จึงกลับกลายเป็นว่า คำอธิบายถูกเพิกเฉยในทางกฎหมายเปรียบเทียบ ปราศจากการพิจารณาพิจารณากฎหมายเปรียบเทียบในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหาอย่างแท้จริง ทั้งที่หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบและหลักภาระความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิสและประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิสซึ่งมีการบัญญัติออกเป็น 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ภาษาฝรั่งเศส และภาษาอิตาลี อันเป็นเหตุทำให้เกิดความสะดวกง่ายดายแก่นักกฎหมายไทยผู้คุ้นชินกับภาษาฝรั่งเศส (หรือภาษาอิตาลี) ในการเข้าถึงหลักการทางทฤษฎีของระบบกฎหมาย civil law ตระกูล Germanist (Pandectist) ยิ่งขึ้นไปด้วย ทว่าองค์ความรู้กระแสหลัก (mainstream) ยังคงดักดานเอาแต่คลังโคล้กับวาทกรรมทางกฎหมาย “เสนอ-สนอง ต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” โดยเป็นปฏิกิริยาอย่างรุนแรงต่อหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบ นอกจากนี้ ก็ยังผูกขาดความคิดอยู่กับหลัก “ความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ” อย่างหลับลูบลับตา โดยเป็นปฏิกิริยาต่อหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองอีกเช่นเดียวกัน

การแบ่งแยกสัญญาออกเป็น 2 สัญญา ทำให้การใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีทำได้ง่ายขึ้น เพราะสามารถแยกปรับบทกฎหมายใช้ได้ถูกต้องว่า เรื่องใดเป็นเรื่องของทรัพย์สิน เรื่องใดเป็นเรื่องของหนี้ ด้วยเหตุที่แยกกฎหมายบังคับใช้แก่กรณีโดยถูกต้อง ฉะนั้น เมื่อเกิดปัญหาความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ ก็จะทำให้พิจารณาว่า จะต้องใช้กฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีได้โดยง่าย เพราะหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้แบ่งแยกหลักในการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้แก่เรื่องของหนี้และเรื่องของทรัพย์สิน ต่างกันอยู่แล้ว อีกทั้งการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตซึ่งไม่รู้ถึงความบกพร่องในสัญญาทางหนี้มีอยู่เพียงใด แต่หากสัญญาทางทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีเดิมสมบูรณ์ ผู้รับโอนยอมโอนสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลภายนอกได้โดยสมบูรณ์ โดยนับว่า เขาได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์แล้ว ไม่ขัดกับหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะผู้โอนในกรณีหลังนั้นก็มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบริบูรณ์แล้ว นอกจากนี้ ยังทำให้คู่กรณีมีโอกาสยับยั้งซึ่งใจไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีโมฆะกรรมอันเกิดแต่กลฉ้อฉล ช่มชู้ หรือสำคัญผิด เพราะมีห้วงเวลาคั่นกลางในกรณีที่มิได้โอนกรรมสิทธิ์ไปทันทีที่ทำสัญญาทางหนี้

และอีกประการหนึ่ง ข้าพเจ้าขอเตือนในเรื่องที่สำคัญว่า ในปัจจุบันนักศึกษาวิชากฎหมาย หรือผู้ที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่แทบจะมิได้ศึกษาค้นคว้าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยจากราชกิจจานุเบกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะจำทำของ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเลยแม้แต่น้อย ทุกถ้อยคำยังมีผลใช้บังคับมาโดยตลอด ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2472 ส่วนใหญ่จึงมักพิจารณาตัวบทจากประมวลกฎหมายที่ถูกจัดพิมพ์ โดยสำนักพิมพ์ต่าง ๆ หรือจากเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อย่างไรก็ตาม เมื่อข้าพเจ้า ได้ตรวจสอบแล้วกลับพบว่า ถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 603 วรรคหนึ่ง มีข้อความปรากฏในบางแฟ้มข้อมูล (file) จากเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

“ถ้าผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และการที่จ้างทำนั้นพังทลายหรือบุบสลายลง ก่อนได้ส่งมอบกันถูกต้องไซ้ ท่านว่าความวินาศอันนั้นตกเป็นพับแก่ผู้ว่าจ้าง หากความวินาศนั้นมิได้เป็นเพราะการกระทำของผู้รับจ้าง”¹¹⁵

ทั้งที่ถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 603 วรรคหนึ่ง ที่ถูกต้องซึ่งปรากฏตามราชกิจจานุเบกษากลับมีถ้อยคำว่า

“ถ้าผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และการที่จ้างทำนั้นพังทลายหรือบุบสลายลง ก่อนได้ส่งมอบกันถูกต้องไซ้ ท่านว่าความวินาศอันนั้นตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้าง หากความวินาศนั้นมิได้เป็นเพราะการกระทำของผู้ว่าจ้าง”¹¹⁶

ใช้แต่เพียงเท่านั้น ความผิดพลาด 2 จุดนี้ ยังได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยที่ถูกจัดพิมพ์โดยสุพจน์ ภูมามะชัย ตีพิมพ์ร่วมกันกับประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ. 2557 ราคา 275 บาท และอีกฉบับหนึ่งถูกจัดพิมพ์โดยบุญร่วม เทียมจันทร์ และศรีธัญญา วิชชาธรรม ซึ่งไม่ปรากฏปีที่พิมพ์ แต่มีการจัดจำหน่ายตั้งแต่เดือนตุลาคม พ.ศ. 2562 และต่อมาได้ตีพิมพ์ร่วมกัน กับประมวลกฎหมายอาญา ราคา 559 บาท ทว่ายังคงความผิดพลาด 2 จุดข้างต้นไว้เช่นเดิม นอกจากนี้ ยังปรากฏฉบับที่มีการแปลเป็นภาษาจีนร่วมด้วยซึ่งจัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์สุทรไพศาลเมื่อ พ.ศ. 2561 ราคา 1,000 บาท ทั้งนี้ ข้าพเจ้าคาดว่า กรณีนี้อาจจะเป็นการคัดลอกตัวบทมาจากแฟ้มข้อมูลในเว็บไซต์ ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้าก็ได้ตรวจสอบประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยที่วางจำหน่ายโดยผู้จัดพิมพ์รายอื่น เช่น กมล สนธิเกษตรริน, คณะวิชาการ

¹¹⁵คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน, “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” สืบค้น เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=491279&ext=htm>; และ คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน, “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=567412&ext=htm>

¹¹⁶ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 น.43 วันที่ 1 มกราคม 2471

The Justice Group, ฉัตรทากรูป, ธิติพล ศรีประทักษ์, ฝ่ายวิชาการ สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิชัย นิลทองคำ, รัฐวิชัย อนันตวิทยานนท์ และนราธิป ใจน้อย, วิภรณ์ รักษาปวงชน และวิมาน กฤตพลวิมาน, สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์, สมยศ เชื้อไทย, สัก กอแสงเรือง ฯลฯ ปรากฏว่า มิได้มีถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 603 วรรคหนึ่ง ผิดพลาดดังที่วามาแต่อย่างใด ฉะนั้น จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่นักศึกษานิติศาสตร์จักต้องคัดกรองเลือกสรรประมวลกฎหมายที่จัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ต่าง ๆ อย่างพิถีพิถัน ด้วยการตรวจสอบความถูกต้องของตัวบทกฎหมาย มิใช่มีก่ง่าย สักแต่ว่าชื่อเพียงเพราะสนองความอยากในแง่ความสวยงามหรือความสะดวกในการพกพาเป็นสำคัญ

4.3 สัญญาใช้สินเปลือง

สัญญาใช้สินเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีลักษณะเป็นสัญญาที่หนี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (obligationes re contractae) ตามกฎหมายโรมัน เช่นนี้ ปัญหาในปัจจุบันจึงมีเพียงว่า การทำสัญญาจะให้ยืมหรือค้ำประกันจะให้ยืมนั้นผูกพันกันและบังคับกันได้หรือไม่เพียงใด ปัญหานี้เกิดจากจุดต่างทางความคิดประการสำคัญ คือ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยโดยหลักการรากฐานในทางสัญญาให้ความสำคัญแก่กระบวนการก่อให้เกิดสัญญา จึงมักจะคิดว่าเมื่อคู่กรณีเพียงแต่มีคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสัญญาที่ผูกพันกันเสมอไป ในทุกกรณี ถึงแม้จะเป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงยอมรับสัญญาจะซื้อจะขาย และในทางปฏิบัติก็ยอมรับสัญญาจะให้เช่า แต่ทว่าเมื่อเป็นกรณีสัญญายืมกลับขัดข้องด้วยเหตุที่ลักษณะของสัญญายืมจะบริบูรณ์ก็ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม หากเพียงแต่ทำสัญญาจะให้ยืมไว้จะบังคับให้ผู้จะให้ยืมส่งมอบมิได้ เช่นนี้ จะทำสัญญาจะให้ยืมไปเพื่อการใด อย่างไรก็ดี ในกฎหมายโรมันยอมรับสัญญาจะให้ยืมได้ในรูปแบบของสัญญาฝ่ายเดียวที่เกิดจากการเปล่งวาจาซึ่งก่อนี้ได้ (stipulatio)¹¹⁷ แต่หากผู้จะให้ยืมไม่ปฏิบัติตามนี้ ด้วยการส่งมอบสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืม ผู้จะยืมก็ไม่อาจอาศัยสัญญาจะให้ยืมฟ้องบังคับให้ผู้จะให้ยืมส่งมอบสังหาริมทรัพย์ตามสัญญา ได้แต่อาศัยสัญญาจะให้ยืมฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากผู้จะให้ยืมเท่านั้น¹¹⁸ จึงเห็นได้ว่า ความสำคัญของกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาไม่มีชื่อมิได้ผูกพันอยู่ที่แบบแต่ผูกพันด้วยเจตนา ฉะนั้น เพียงคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันก็อาจก่อความผูกพันสัญญาจะให้ยืมจึงควรทำได้ด้วยการแสดงเจตนาเสนอและสนองต้องตรงกันอันก่อความผูกพัน แต่เป็นกรณี

¹¹⁷Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, (Cape Town : Juta, 1992), p.154.

¹¹⁸Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14^o edizione (Napoli : Jovene, 1984), p.306.

ที่บังคับให้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์มิได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับ¹¹⁹ ผู้จะยืมจึงได้แต่ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ผู้จะให้ยืมไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะให้ยืมเท่านั้น และตามกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ยอมรับให้คู่กรณีแห่งสัญญาสามารถตกลงจะทำสัญญาในสัญญาใดซึ่งสามารถผูกพันกันได้ สัญญาลักษณะนี้เรียกว่า “Vorvertrag” เช่น ก. ให้คำมั่นว่า จะให้ ข. ยืมเงินของตน ข้อตกลงนี้บังคับได้แม้จะปรากฏว่า สัญญาขีมนี้อาจเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม¹²⁰ ฉะนั้น เมื่อตกลงให้ยืมแต่ยังมีได้โอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปให้แก่กัน เรียกได้เพียงว่าเป็นสัญญาจะให้ยืมหรือคำมั่นจะให้ยืมเท่านั้น¹²¹ นอกจากนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสโดยมากเห็นว่าสัญญาจะให้ยืมหรือคำมั่นจะให้ยืมนั้น น่าจะเป็นสัญญาที่สมบูรณ์บังคับฟ้องร้องกันได้ เพราะสัญญาจะให้ยืมหรือคำมั่นจะให้ยืมนี้เป็นสัญญาอีกชนิดหนึ่ง¹²² มิใช่สัญญาขีมนิ มิใช่เอกเทศสัญญาแต่อย่างใด คงอยู่ในหลักทั่วไปอันกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 2 สัญญาเช่นนี้จึงไม่จำเป็นต้องสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินอย่างสัญญาขีมนิ แต่จะสมบูรณ์โดยแสดงเจตนาตกลงกันเท่านั้น ก็เมื่อคู่สัญญาต่างได้ตกลงกันว่า ฝ่ายหนึ่งจะให้อีกฝ่ายหนึ่งยืมทรัพย์สิน เช่นนี้ ข้อตกลงดังกล่าวก็น่าจะเป็นสัญญาหรือนิติกรรมอันหนึ่งที่ใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ตามนัยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 149

ความสับสนในปัจจุบันซึ่งปรากฏขึ้นกรณีสัญญาที่หนี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน มีสัญญาขีมนิใช้สิ้นเปลืองเป็นอาทิ หากผู้ให้ยืมยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาขีมนิใช้สิ้นเปลือง เช่นนี้ตามหลักการแล้วควรมีทรรศนะว่า เป็นการที่สัญญาดังกล่าวไม่เกิดมีขึ้น หรือเป็นการที่สัญญาเกิดแล้วแต่ไม่บริบูรณ์และหากส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นเมื่อใดก็บริบูรณ์เมื่อนั้น หรือเป็นการที่สัญญาตกเป็นโมฆะเนื่องจากมิได้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งถือไปว่า มิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ อย่างไรก็ตาม พิจารณาตามกฎหมายโรมันจะเห็นได้ว่า สัญญาที่หนี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินที่มีมาจากกฎหมายโรมัน สัญญาขีมนิใช้สิ้นเปลืองซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม

¹¹⁹ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.204.

¹²⁰Cohn, Ernst Joseph, *Manual of German Law*, 2 volumes (New York : Oceana, 1968), Volume I : pp.113-114.

¹²¹สุปิน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประณีประยอมยอมความ การพินันและขั้นต่อ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : ม.ป.พ., 2515), น.4.

¹²²จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์, จิตติ ติงศกัทธิย์ และสุธีร์ ศุภนิตย์ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.4-5.

โดยใช้คำว่า “dare” ซึ่งในสมัยโรมันหมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์¹²³ แต่ทว่าในปัจจุบันหมายถึง การส่งมอบ และพร้อมกันกับการส่งมอบที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยนี้มีความยินยอมประกอบอยู่ด้วย ส่วนกฎหมายโรมันกลับมิได้ให้ความสำคัญแก่ความยินยอมในการก่อให้เกิดสัญญา ดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ชุดความคิดว่าด้วยสัญญาที่นี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินตามกฎหมายโรมัน จึงอยู่ที่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการก่อหนี้ตามสัญญาประเภทนี้หรือเรียกว่า การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการก่อให้เกิดสัญญานั้นเอง อย่างไรก็ตาม ในวงวิชาการกฎหมายแพ่งของไทยกลับให้ความสำคัญแก่ความยินยอม อันหมายถึง คำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันก่อให้เกิดสัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการนำเอาความคิดเช่นนี้ มาใช้แก่กรณีสัญญาที่นี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน ทำให้เกิดความเข้าใจที่แตกต่างกัน ทั้งที่นักกฎหมายไทย ผู้เขียนคำอธิบายกฎหมายลักษณะยืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงหลายท่านก็ได้สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากระบบกฎหมาย civil law ในประเทศเดียวกันด้วยซ้ำไป อนึ่ง หากทำความเข้าใจเกี่ยวกับสัญญาที่นี้เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินข้างต้นตามกฎหมายโรมันอันเป็นที่มาแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ให้ยืม ยังมิได้ส่งมอบทรัพย์สิน สัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงยังไม่เกิดขึ้น จึงไม่อาจนำผลแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงมาใช้บังคับได้¹²⁴ อีกนัยหนึ่ง ถ้าฟังแต่ความยินยอมหรือการแสดงเจตนาของคู่กรณี เพียงเท่านั้น ยังไม่พอที่จะก่อให้เกิดสัญญาเหล่านี้ขึ้นได้¹²⁵ ยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือความรับผิดชอบ

¹²³การส่งมอบทรัพย์สินเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ภาษาลาตินเรียกว่า “dare” ส่วนการส่งมอบทรัพย์สินในกรณีอื่น ๆ ที่มีใจเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ถูกจัดรวมอยู่ในวัตถุแห่งหนี้ที่เป็นการกระทำการ (facere) ที่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงการกระทำการในทางข้อเท็จจริงเพื่อการชำระหนี้; see Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, (Oxford : Clarendon Press, 1996), pp.1-33; Giorgianni, Michele, *Corso di diritto civile, L'obbligazione* (Roma : Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma, 1974), p.83ss.

¹²⁴ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.206-207.

¹²⁵ไกรสร บารมีอวยชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.212-213; ดูปลาตร์, หลุยส์ [Duplatre, Louis], “คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส (ภาค 2),” *นิติสารสิน*, แผนกสามัญ, เล่ม 5, ปีที่ 5, น.415 (สิงหาคม 2475); เทพพิฑูร พหุลศรุตชาติ (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.12 เชิงอรรถที่ 31 ซึ่งเป็นพรรณนาของบรรณาธิการ มิใช่พรรณนาของผู้เขียน; ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น.631; ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, ตอนที่ 2 : น.17, 25; ประภาช วณิกเกียรติ, *คำสอนชั้นปริญญาตรี คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ผูกทรัพย์สิน, เก็บของในคลังสินค้า*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2496), น.14; ประเสริฐมนูกิจ (ประเสริฐศิริสัมพันธ์), หลวง, *คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ผูกทรัพย์สิน, เก็บของในคลังสินค้า, ปรานีประนอม, การพินันและขั้นต่อ*, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง,

(liable; responsible; fault; attribute; fail) ตามกฎหมายลักษณะยืมใช้สิ่งเปลี่ยน¹²⁶ เพราะองค์ประกอบแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาข้างขาดอยู่ โดยคำว่า “บริบูรณ์” ในกฎหมายลักษณะยืมใช้สิ่งเปลี่ยนกับคำว่า “สมบูรณ์” มิได้แตกต่างกันในแง่ที่ว่า เมื่อใดที่มีการส่งมอบสิ่งหรือทรัพย์สินร่วมกัน เมื่อนั้นสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนก็บริบูรณ์ครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่เดียวกัน ก็สมบูรณ์ผูกพันกันตามกฎหมายลักษณะยืมใช้สิ่งเปลี่ยน¹²⁷ หากมีการส่งมอบทรัพย์สินเมื่อใด ก็จักสมบูรณ์เป็นสัญญาที่ถูกต้องได้ แต่หากถือไปว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นแบบของนิติกรรม เมื่อไม่ส่งมอบทรัพย์สิน นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ แม้จะมีการส่งมอบทรัพย์สินในภายหลัง ก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นได้ ฉะนั้น การส่งมอบทรัพย์สินจึงมิใช่แบบของนิติกรรม ยิ่งไปกว่านั้น การส่งมอบในกรณีสัญญากู้ยืมเงิน หากถือเป็นแบบของนิติกรรม ย่อมไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะต้องบัญญัติให้มีหลักฐานเป็นหนังสือซ้ำซ้อนอีก เพราะจะกลายเป็นว่า ในนิติกรรมเดียวกฎหมายต้องการทั้งแบบและหลักฐาน¹²⁸ ด้วยเหตุนี้ วาทกรรมทางกฎหมายที่ยึดถือกันเป็นสรณะว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” ซึ่งเลื่องลือมากในวงการกฎหมายของไทยนั้น ไม่อาจใช้ได้โดยสิ้นเชิงแก่บทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สิ่งเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอีกนัยหนึ่ง ถึงแม้ว่าคำเสนอและคำสนองจักต้องตรงกันแล้วก็ตาม หากมิได้มีการส่งมอบสิ่งหรือทรัพย์สิน

2477), น.1; วิเศษจรรยาภักษ์ (บุญรอด จุลเนตร), หลวง, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ฝากทรัพย์สิน, เก็บของในคลังสินค้า, ปราณิประนอม, การพินันและขั้นต่อ, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493), น.3; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, อธิบายศัพท์นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.47; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.104 *เชิงอรรถที่ 12*; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 34*, น.393, 402; สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.362; สุธีร์ ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน, จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.12; มีการให้เหตุผลที่ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า “ควรจัดว่าอยู่ในชั้นแสดงเจตนา คือ กฎหมายถือว่า หากผู้ให้ยืมมิได้ส่งมอบ ยังถือมิได้ว่าเรามีเจตนาบริบูรณ์จะให้ยืม” ดู เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, เล่ม 1 : น.118-119.

¹²⁶ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.196; สุปิน พูลพัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 121*, น.3, 26, 35; และดู จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2843/2525 (เนติ.) น.2028-2037; หยุต แสงอุทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2496 (เนติ.) น.41-42.

¹²⁷กมล สนิษเกตริน, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืมและฝากทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2527), น.2-3, 21, 29; จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “การส่งมอบเป็นแบบของสัญญากู้หรือไม่,” ใน *นิติสาร : รพี*, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531), น.157-160.

¹²⁸ศักดิ์ สอนองชาติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.87.

ชนิดที่ใช้เปลี่ยนไปอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้วไซ้ ด้วยพฤติการณ์เช่นนี้ สัญญาย่อมใช้สิ้นเปลืองยังไม่เกิดมีขึ้น อีกฝ่ายหนึ่งก็มิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา และเมื่อสัญญาย่อมใช้สิ้นเปลืองยังไม่เกิดมีขึ้น คู่กรณีก็ยังมีหนี้ที่จำต้องชำระ เนื่องจากสัญญาเป็นมูลหนี้ประเภทหนึ่ง ในเมื่อสัญญายังไม่เกิดมีขึ้น หนี้ที่จำต้องชำระอันเกิดจากสัญญาย่อมใช้สิ้นเปลืองซึ่งเป็นสัญญาทางหนี้ย่อมไม่มีเช่นเดียวกัน

สิ่งที่ให้ยืมใช้สิ้นเปลืองได้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 กำหนดว่า ได้แก่ ทรัพย์สิน และคำว่า “ทรัพย์สิน” ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 138 อธิบายว่า “. . . หมายความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”¹²⁹ เช่นนี้ หากกล่าวตามศัพท์ในบทบัญญัติแห่งมาตราข้างต้น ย่อมจะเข้าใจไปได้ว่า สิ่งใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ จะเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ก็ล้วนแล้วแต่จะให้ยืมใช้สิ้นเปลืองได้กระมัง ซึ่งในปัจจุบันนักกฎหมายผู้เขียนคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ลักษณะยืมใช้สิ้นเปลืองที่เป็นผู้ค้นชินกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้มีการใช้คำอธิบายและหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาบ่งการบทยุติว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองของไทยเสมือนหนึ่งว่าแทบจะทุกตารางนิ้ว แต่ทว่าหลักการชั้นรากฐานที่สำคัญดังเช่นในเรื่องวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้หรือไม่ ณ ที่นี้ นักกฎหมายไทยผู้เขียนคำอธิบายในปัจจุบันกลับมีอาการหมกเม็ดปิดปากเงียบ มิได้ชูคอสลอนว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น วัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองได้ และยังมีได้วิพากษ์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งใช้ถ้อยคำในประเด็นนี้ว่า “ทรัพย์สิน” เป็นไปอย่างไม่มีหลักการและทฤษฎีทางกฎหมายแพ่งมาสนับสนุนให้นักแน่นเพียงพอ อีกทั้งหากมีการอ้างไปว่า ในเมื่อบทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ก็จำต้องใช้ไปตามตัวอักษรเท่านั้น โดยมิได้วิพากษ์รวมทั้งไม่นำเสนอหลักการและทฤษฎีว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองในประเด็นนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเป็นที่คุ้นเคยในวงการวิชาการนิติศาสตร์ไทยแต่อย่างใด จึงทำให้นักศึกษาวิชากฎหมายผู้เริ่มทำความรู้จักกับบทกฎหมายของไทยว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองตีความเอาเองว่า ในเมื่อผู้เขียนคำอธิบายได้พึงพิงบทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาโดยตลอด เช่นนี้ จึงคาดเดาตีความเอาเองว่า บทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สิ้นเปลืองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็คงจะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในเรื่องนี้ทั้งด้านตรรกะหลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายแพ่งด้วยกระมัง แต่ทว่าความจริงกลับเป็นตรงกันข้าม อีกทั้งยังตบตา

¹²⁹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 42 น.30 วันที่ 8 เมษายน 2535; อนึ่ง ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายโรมันและภาษาละตินระบุว่า “ในภาษาไทยเรามาแยกเป็นสองคำคือ คำว่า ทรัพย์สินกับทรัพย์สิน ละตินอันเป็นต้นตอไม่ได้แยกเช่นนั้น แต่ความจริงก็ไม่ทราบว่าต้นตอของไทยมาจากที่ใด เป็นเรื่องที่แปลกมาก” ดู ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.504.

แปลบทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สลับเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยสลับไปใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” (property; biens) ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังกล่าว กลับใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” (things; choses) อันเป็นวัตถุมีรูปร่างต่างหากเล่า คงมีเพียงหลวงธรรมานุวุฒิกร¹³⁰ (ประวัติ ปัตตพงศ์; พ.ศ. 2445-2515) และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร ที่นำเสนอบ้าง เล็กน้อยว่า บทบัญญัติว่าด้วยยืมแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” มิใช่ “ทรัพย์สิน” ตามอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย¹³¹ แต่ทว่ามีได้วิพากษ์การใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในบทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สลับเปลี่ยนแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่า มีตรรกะ หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายแพ่งลักษณะทรัพย์สินตามระบบกฎหมาย civil law มาสนับสนุนอย่างหนักแน่น เพียงพอหรือไม่อย่างไร¹³²

ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายแพ่งตามระบบกฎหมาย civil law จะเห็นได้ว่า วัตถุแห่งสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยน หมายถึง ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น¹³³ วัตถุไม่มีรูปร่าง (immaterielles Gut; bien immatériel) ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนได้ ทั้งนี้ เพราะสัญญา ยืมนั้นได้เคยกล่าวแล้วว่า จะบริบูรณ์ได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งหากว่าโดยสภาพแล้ว วัตถุไม่มีรูปร่าง

¹³⁰ดู ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ข้าราชการ กราบถวายบังคมลาออกจากบรรดาศักดิ์; ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 33 เล่ม 59 น.1342 วันที่ 19 พฤษภาคม 2485

¹³¹ดู จี๊ด เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 122*, น.13; และดู ธรรมานุวุฒิกร (ประวัติ ปัตตพงศ์), หลวง, *คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ฝากทรัพย์สิน, เก็บของในคลังสินค้า, ประณีประยอม, การพินัยและขั้นต่อ*, (พจนน : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487), น.3; แม้กระทั่งงานวิจัยเสริมหลักสูตรเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะยืมใช้สลับเปลี่ยน โดยเปรียบเทียบระหว่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ก็มีได้วิพากษ์วิจารณ์ประเด็นนี้แม้แต่น้อย คือ สุธีร์ ศุภินิตย์, *สัญญายืมและฝากทรัพย์สินว่าด้วยกฎหมายไทยและญี่ปุ่น*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการ ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541).

¹³²ดู พรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, “ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), น.171-181; ทั้งนี้ ผู้เขียนได้เสนอ ให้มีการตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไปในทางเดียวกัน โดยให้หมายถึง คำว่า “ทรัพย์สิน” ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างให้เป็นเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญา ที่สามารถทำสัญญาและผูกพันกันได้ในลักษณะของสัญญาทางแพ่งที่เป็นสัญญาไม่มีชื่อ

¹³³Nicholas, John Kieran Barry Moylan, *An Introduction to Roman Law*, (Oxford : Clarendon Press, 1975), p.167.

ยอมส่งมอบตามที่เป็นจริงมิได้ และแม้แต่การส่งมอบโดยปริยายก็ไม่อาจทำได้¹³⁴ เพราะเป็นของที่จับต้องมองเห็นมิได้ ดังที่กล่าวมานี้ เป็นเหตุผลในทางวิชาการนิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นเหตุผลตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของระบบกฎหมาย civil law จึงกล่าวได้ว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งอาจมีการอ้างว่า วัตถุไม่มีรูปร่างก็สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ก็นั้น จะเห็นได้ว่า นอกจากจะไม่สามารถนำเอาวัตถุไม่มีรูปร่างมาส่งมอบตามที่เป็นจริงให้แก่ผู้ยืมได้ กอปรกับไม่อาจอธิบายในเชิงประจักษ์ได้ว่า วัตถุไม่มีรูปร่างจะใช้ไปสัปดาห์ได้อย่างไรแล้ว ยิ่งบ่งบอกถึงความตื่นเขินในหลักกฎหมายแพ่ง civil law ว่าด้วยกรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินเหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเท่านั้น รวมไปถึงหลักการส่งมอบตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สลับเปลี่ยนในระบบกฎหมาย civil law ไม่ว่าจะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เป็นอาทิ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ทรัพย์สินเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่จะให้ยืมใช้สลับเปลี่ยนได้ ทั้งนี้ เนื่องจากบรรดาประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าวใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” (Sachen¹³⁵; choses¹³⁶; cose¹³⁷; 物¹³⁸) มิได้ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เฉกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด ฉะนั้น การตีความเพื่อให้วัตถุไม่มีรูปร่างอาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ก็นั้น นอกจากจะเป็นการอุดริแหวกแนววิปลาศคลาดเคลื่อนไปจากหลักกฎหมายแพ่งอันเป็นที่มาของไทย ซึ่งล้วนแต่เป็นบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายในระบบกฎหมาย civil law ทั้งยังเป็นการเพิกเฉยไม่ยึดถือหลักกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีเหนือทรัพย์สินเป็นวัตถุมีรูปร่างมิใช่วัตถุไม่มีรูปร่าง ยิ่งไปกว่านั้น ยังก่อให้เกิด

¹³⁴ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 122*, น.13; ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” *นิติสาส์น*, เล่ม 7, ปีที่ 2, น.321 (ตุลาคม 2472); วิเทศจรยารักษ์ (บุญรอด จุลเนตร์), หลวง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125*, น.3; สุปิน พูลพัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 121*, น.5.

¹³⁵ Bürgerliches Gesetzbuch. § 607 Vertragstypische Pflichten beim Sachdarlehensvertrag; อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแยกบทบัญญัติว่าด้วยกู้ยืมเงินออกจากหมวด 7 ว่าด้วยสัญญา ยืมทรัพย์สินหรือยืมใช้สลับเปลี่ยน (Titel 7 Sachdarlehensvertrag) เป็นอีกหมวดหนึ่งก็คือ หมวด 3 ว่าด้วยสัญญากู้ยืมเงิน การช่วยเหลือทางการเงินและสัญญาผ่อนชำระระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค (Titel 3 Darlehensvertrag; Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher)

¹³⁶ Code civil des Français. Article 1892

¹³⁷ Codice delle obbligazioni svizzero. Articolo 312

¹³⁸ 日本民法典 第五百八十七条

ความย้อนแย้งอันแสดงให้เห็นถึงการไม่ทราบความต้นลึกหนาบางในหลักว่าด้วยการส่งมอบตามกฎหมาย ลักษณะทรัพย์สินของระบบกฎหมาย civil law และที่สำคัญที่สุดก็คือ ผู้ยึดตามสัญญาใช้สินเปลื้อง จะคืนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งให้สินนั้น ได้อย่างไรกันเล่า และในทางวิทยาศาสตร์นั้น วัตถุไม่มีรูปร่างปรากฏว่า มีปริมาตรด้วยกระนั้นหรือ ทั้งนี้ ขอความกรุณาอย่าตะแบงไปดึงเอาแก๊สมาย่างเพื่อตีคลุมรวมกันกับทรัพย์สินทางปัญญาว่า ทั้ง 2 อย่างนี้ เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างเหมือนกัน เช่นนี้ ยิ่งบ่งชี้ถึงความบกพร่องในหลักการทางกฎหมายแพ่งลักษณะทรัพย์สิน กอปรกับหลักการในทางฟิสิกส์และเคมี เนื่องจากวัตถุมีรูปร่างตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทย มาตรา 137 มิได้ขึ้นอยู่กับสถานะ (state of matter; Aggregatzustand) ของวัตถุดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นของแข็ง (solid) ของเหลว (liquid) แก๊ส (gas) หรือพลาสมา (plasma) ก็ตาม ส่วนพลังงานไฟฟ้ามิใช่ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 137¹³⁹ เนื่องจาก ในทางวิทยาศาสตร์กายภาพสาขาฟิสิกส์นั้น พลังงานไฟฟ้ามิใช่สิ่งที่มีรูปร่าง เป็นแต่เพียงพลังงาน (energy)¹⁴⁰ ดังเช่นพลังงานรังสีอาทิตย์ (solar energy)¹⁴¹ เป็นอาทิ ยิ่งไปกว่านั้น เป็นที่รู้กันดีว่า กระแสไฟฟ้ามิได้เกิดจากปริมาณหรืออิเล็กตรอนไหลเลื่อนไป อันที่จริงไฟฟ้า (electricity) คือ รูปหนึ่งของงาน (work) ซึ่งเป็นพลังงานที่เคลื่อนที่ข้ามขอบเขตระบบ (system boundary)¹⁴² ไฟฟ้านั้น เกิดจากการที่อะตอมแต่ละอะตอมถ่ายทอดความต่างศักย์ทางพลังงานไฟฟ้าออกไปยังอะตอมข้างเคียง ต่อกันไปเรื่อย ๆ เกิดพลังงานไหลหมุนเนื่องเป็นกระแสไฟฟ้าขึ้น ทั้งอะตอมและอิเล็กตรอน มิได้เคลื่อนที่ไปตามกระแสไฟที่ไหลไปด้วย เช่นนี้ การจะอธิบายไปว่า กระแสไฟฟ้าจัดเป็นทรัพย์สิน

¹³⁹คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, 3 เล่ม กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), เล่ม 3 : น.58-59; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 34*, น.366; และดู สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา, 4 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), เล่ม 4 : น.294-299 อนึ่ง จากการตรวจสอบคาดว่า การตีพิมพ์ในครั้งนี้เป็นฉบับตีพิมพ์ ครั้งสุดท้ายก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรมเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2526; หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.279-280, 286; vgl. Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte*, 21. Auflage (München : C.H.Beck, 2019), § 2 I ff.

¹⁴⁰ดูรายละเอียดได้ที่ ราชบัณฑิตยสถาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, เล่ม 20 : น.12939-12948.

¹⁴¹ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรมศัพท์เทอร์โมไดนามิกส์*, (กรุงเทพมหานคร : ด้านสุทธา การพิมพ์, 2548), น.143; และดู เสริม จันทรฉาย, *รังสีอาทิตย์*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นครปฐม : หน่วยวิจัย พลังงานแสงอาทิตย์ ภาควิชาฟิสิกส์ คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2560), น.7.

¹⁴²ราชบัณฑิตยสถาน, *เพ็ງอ้าง*, น.51, 149.

อันเป็นวัตถุมีรูปร่างเพราะปรับได้ว่า เป็นปริมาณที่มีขนาดเล็กมากจนมองไม่เห็นด้วยตาเปล่า
จึงฟังขึ้นได้ยากยิ่ง¹⁴³ กล่าวโดยสรุป ทรัพย์ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
ซึ่งหมายความว่า วัตถุมีรูปร่างนั้นต้องมีรูปร่างจับต้องได้ (der Körper im physikalischen Sinne)
เช่นนี้ กระแสไฟฟ้าซึ่งมิได้มีลักษณะที่เป็นรูปร่างได้ด้วยตนเอง จึงมิใช่ทรัพย์ที่อาจจะถือครองได้แต่อย่างใด
อนึ่ง แม้จะนับว่า แก๊สเป็นวัตถุมีรูปร่างก็ตาม แต่กระแสไฟฟ้าต่างกับแก๊สเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เนื่องจาก
แก๊สเป็นสสาร (Substanz) แต่กระแสไฟฟ้ามิใช่สสาร¹⁴⁴

ข้าพเจ้าจึงสงสัยอย่างยิ่ง หากมีผู้ยืนยันว่า อาจทำสัญญาใช้สิ่งเปลี่ยนวัตถุไม่มีรูปร่างได้นั้น
โปรดชี้แจงให้เห็นในเชิงประจักษ์ทั้งทางวิทยาศาสตร์และทางนิติศาสตร์ด้วยว่า วัตถุไม่มีรูปร่างชนิดใดใช้เปลี่ยนไป
มีลักษณะอย่างไร วัตถุไม่มีรูปร่างชนิดใดโดยปรกติอาจใช้วัตถุไม่มีรูปร่างอื่นอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกัน
มีปริมาณเท่ากันแทนได้มีลักษณะอย่างไร และวัตถุไม่มีรูปร่างชนิดไม่อาจใช้วัตถุไม่มีรูปร่างอื่นที่เป็นประเภท
และชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้มีลักษณะอย่างไร วัตถุไม่มีรูปร่างดังที่กล่าวมานี้ได้แก่อะไรบ้าง เช่นนี้
หากพิสูจนในเชิงประจักษ์มิได้ แล้วเหตุไฉนกันเล่า ถึงได้กล้ายืนยันให้นำเอาวัตถุไม่มีรูปร่างมาเป็นวัตถุ
แห่งสัญญาใช้สิ่งเปลี่ยน

ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สิ่งเปลี่ยนนั้น จะมีจะเป็นได้ก็แต่จำเพาะสังหาริมทรัพย์
ทรัพย์ที่ได้ชื่อว่า เป็นสังหาริมทรัพย์จะเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สิ่งเปลี่ยนสิ่งใดไม่ได้ เจตนากรมแห่งกฎหมาย
ไม่ประสงค์ให้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ ก็เพราะเป็นที่เห็นได้โดยชัดเจนแล้วว่า อสังหาริมทรัพย์มีที่ดิน
เป็นอาทิ ไม่อาจจะใช้แทนกันได้เลยทีเดียว¹⁴⁵ เพราะที่ดินแต่ละแห่งแต่ละแปลงนั้นมีลักษณะพิเศษ

¹⁴³กิตติศักดิ์ ปรกติ, “กฎหมายกับพัฒนาการของสังคมไทย : จากลัทธิกระแสไฟฟ้ามาสู่ลัทธิสัญญา
โทรศัพท,” ไทยคดีศึกษา, ฉบับที่ 2, ปีที่ 2, น.44 (เมษายน-กันยายน 2548); มีการให้เหตุผลสนับสนุน
พรรณนะไฟฟ้ามิใช่ทรัพย์อันเป็นวัตถุมีรูปร่างถึงขนาดที่ว่า “เป็นพลังงานย่อมไม่มีรูปร่าง คล้ายกับแรงงาน
ของคนหรือสัตว์ ซึ่งต้นกำเนิดของไฟฟ้าหรือแรงงานดังกล่าวต่างหากที่มีรูปร่าง เปรียบเสมือนเงาบ้าน
เงามีได้มีตัวตนอยู่จริง แต่บ้านซึ่งเป็นต้นกำเนิดของเงานั้นต่างหากที่มีรูปร่าง แสง เสียงหรือสีก็เช่นกัน”
ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 17
(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.332-333.

¹⁴⁴Reichsgericht [RG], 01.05.1899 - 739/99, Entscheidungen des Reichsgerichts
in Strafsachen [RGSt] 32, S.165-191.

¹⁴⁵ขุน ศรียาภัย, คำสอนชั้นปริญญาตรี หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล ทรัพย์
นิติกรรม หน้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น.55;
อนึ่ง จากการตรวจสอบคาดว่า การตีพิมพ์ในครั้งนี้เป็นฉบับตีพิมพ์ครั้งสุดท้าย ก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรม
เมื่อวันอังคารที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2523; และดู ประดิษฐ์มูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, อ้างแล้ว

โดยเฉพาะอยู่เสมอ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพและลักษณะของอสังหาริมทรัพย์แล้ว จะเห็นได้ว่า อสังหาริมทรัพย์มีทรัพย์สินที่ interchangeable ได้ จึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคหนึ่ง ได้แต่อย่างใด เนื่องจากทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาอสังหาริมทรัพย์นั้น มีลักษณะสำคัญอยู่ที่ว่า interchangeable ได้ การใช้แทนกันได้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ใช้ถ้อยคำว่า “. . . และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น” ฉะนั้น ทรัพย์สินชนิดนี้จึงมีลักษณะในตัวของมันเอง โดยไม่ต้องอาศัยเจตนาของบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องว่าจะทำให้เป็นทรัพย์สินที่ interchangeable ได้ดังกล่าวหรือไม่¹⁴⁶ กล่าวคือ เช่นเดียวกันกับเรื่องอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ลักษณะของทรัพย์สินที่ interchangeable ได้นั้นจะถือเอาได้ตามเกณฑ์ที่บุคคลย่อมประพฤติกกันโดยปกติทั่ว ๆ ไป มีใช้ที่บางคนจะตกลงถือกันเป็นอย่างอื่น

ความสำคัญของการใช้แทนได้นั้นอยู่ที่การชำระหนี้ตามสัญญาอสังหาริมทรัพย์ใช้สิ่งเปลี่ยน กล่าวคือ เมื่อผู้ยืมเป็นลูกหนี้ในอันที่จะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันไปให้ผู้ให้ยืมได้เสมอ กฎหมายจึงนับว่าเป็นการชำระหนี้ที่สมบูรณ์ถูกต้องแล้ว¹⁴⁷ ทั้งนี้ ในทางภาษา อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยปกติอาจใช้ของอื่นอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ เรียกว่า สังคมทรัพย์¹⁴⁸ เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่น่าจะเอากำหนด interchangeable ได้หรือมีได้ซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นปริมาณ อนึ่ง ในเรื่องทรัพย์สินที่ interchangeable ได้ อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาอสังหาริมทรัพย์ใช้สิ่งเปลี่ยนนี้ กำหนดไว้เพื่อใช้พิจารณาในเวลาชำระหนี้ให้รู้ว่า เมื่อใดเป็นการชำระหนี้โดยถูกต้องแล้ว ตัวอย่างเช่น สัญญาอสังหาริมทรัพย์ใช้สิ่งเปลี่ยนน้ำตาลทราย ก็รู้ว่า น้ำตาลทรายเป็นทรัพย์สินที่ interchangeable ได้ ฉะนั้น ผู้ยืมในฐานะลูกหนี้อาจเอาน้ำตาลทรายใด ๆ ที่เป็นประเภทเดียวกัน ชนิดเดียวกัน และปริมาณเท่ากันมาชำระหนี้ตามสัญญาอสังหาริมทรัพย์ใช้สิ่งเปลี่ยนดังกล่าวได้โดยชอบ กฎหมายจำกัด

เชิงอรรถที่ 134, น.329; กรณีที่บทกฎหมายนั้นได้รับการตราขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่กว้างเกินไป และครอบคลุมข้อเท็จจริงซึ่งเห็นได้โดยสภาพว่า ระบบกฎหมายไม่อาจยอมให้ตัวบทดังกล่าวครอบคลุมข้อเท็จจริงนั้น จึงต้องลดรูปถ้อยคำนั้นลง กล่าวคือ ใช้กฎหมายไปในทิศทางที่ขัดกับถ้อยคำ แต่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของตัวบทกฎหมาย (ratio legis) เพื่อมิให้เกิดผลประหลาด; ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำนำ,” ใน หยุต แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.5.

¹⁴⁶จูน ศรียาภักย์, เพ็งอ่าว, น.56.

¹⁴⁷ประสาธตศุภินิติ (ประมุข สุวรรณศร), หลวง, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น.40-41; อนึ่ง การตีพิมพ์ในครั้งนี้เป็นฉบับตีพิมพ์ครั้งสุดท้าย ก่อนที่ผู้เขียนจะถึงแก่อนิจกรรมเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2524

¹⁴⁸ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพมหานคร : ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), น.1198.

ไว้เพียงเท่านี้ ฉะนั้น อย่าเข้าใจเลยไปว่า หากหนี้ที่จะต้องชำระเป็นสิ่งของ ลูกหนี้จะชำระด้วยเงินตราก็ได้¹⁴⁹ ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ลูกหนี้หามีสิทธิกระทำเช่นนั้นไม่ นอกจากจะตกลงกันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ที่เรียกว่า เป็นทรัพย์สินที่ไ้แทนกันได้นั้น หมายความว่าเฉพาะทรัพย์สินที่อาจใช้ทรัพย์สินที่เป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันมาชำระหนี้แทนได้เท่านั้น มิใช่ว่าสักแต่ว่า เป็นทรัพย์สินที่ไ้แทนกันได้แล้ว จะเปลี่ยนประเภทชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่ไ้แทนกันได้ที่เห็นได้ง่ายก็มีเงินตราเป็นอาทิ ฉะนั้น หากบุคคลหนึ่งมีหนี้เงินจำนวน 100 บาท บุคคลนั้นจะส่งเหรียญกษาปณ์หรือธนบัตรอันใดฉบับใดไปชำระให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้ เรียกว่า เป็นทรัพย์สินที่โดยปรกติอาจใช้ของอันอื่นเป็นประเภทและชนิดเดียวกัน มีปริมาณเท่ากันแทนได้ กล่าวได้ว่า ทรัพย์สินที่ไ้แทนกันได้ที่กฎหมายกำหนดการใช้แทนกันไว้เป็นพิเศษ คือ เงินตรา มีพระราชบัญญัติกำหนดขีดชั้นชนิดและปริมาณไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือ เป็นทำนองว่า เมื่อเป็นเงินตราอันถือว่า เป็นทรัพย์สินประเภทเดียวกันแล้ว การที่จะวินิจฉัยว่า เป็นชนิดเดียวกันและปริมาณเท่ากันหรือไม่ตามเรื่องทรัพย์สินที่ไ้แทนกันได้ เป็นอันไม่ต้องพิจารณา คือ ว่าตามธรรมดาแล้ว ชนิดของเงินตรา กษาปณ์ เวลาจะใช้คืนจะเอาธนบัตรใบละ 20 บาท มาชำระก็ได้ เจ้าหนี้จะอ้างว่า เป็นทรัพย์สินคนละชนิด คือ ยืมเหรียญกษาปณ์ แต่ไม่ยอมรับธนบัตรอันเป็นกระดาษนั้นหาได้ไม่ กฎหมายให้ถือว่า เป็นชนิดเดียวกันและปริมาณเท่ากัน เพียงแต่เมื่อการชำระหนี้ได้เป็นไปตามจำนวนหน่วยมาตราของเงินตรา คือ นับเป็นบาทเป็นสตางค์ได้ครบเท่ากันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นอยู่ก็เพียงว่า เหรียญกษาปณ์ บางชนิดหากใช้ชำระหนี้กันมีปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เจ้าหนี้อาจปฏิเสธไม่ยอมรับก็ได้ ดังนี้

(1) เหรียญกษาปณ์ราคา 25 สตางค์ หรือ 50 สตางค์ เป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย คราวละไม่เกินจำนวน 10 บาท¹⁵⁰

(2) เหรียญกษาปณ์ราคา 1 บาท เป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายคราวละไม่เกินจำนวน 500 บาท¹⁵¹

(3) เหรียญกษาปณ์ราคา 2 บาท เป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายคราวละไม่เกินจำนวน 500 บาท¹⁵²

¹⁴⁹ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 320; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 42 น.97-98 วันที่ 11 พฤศจิกายน 2468

¹⁵⁰ข้อ 2 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2506) ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 80 ตอนที่ 117 น.746 วันที่ 3 ธันวาคม 2506

¹⁵¹ข้อ 1 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2506) ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501; *เพ็ญอ้าง*.

¹⁵²ข้อ 2 แห่งกฎกระทรวง กำหนดจำนวนเงินที่ให้เหรียญกษาปณ์ราคาสองบาทเป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย พ.ศ. 2548; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนที่ 81 ก น.25 วันที่ 15 กันยายน 2548

(4) เหรียญกษาปณ์ราคา 5 บาท เป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายคราวละไม่เกินจำนวน 500 บาท¹⁵³

(5) เหรียญกษาปณ์ราคา 10 บาท เป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายคราวละไม่เกินจำนวน 1,000 บาท¹⁵⁴

ทั้งนี้ สิทธิปฏิเสธ (Einrede; exceptio) เป็นสิทธิที่ตรงกันข้ามกับสิทธิเรียกร้อง¹⁵⁵ เนื่องจากสิทธิเรียกร้องเป็นสิทธิในทางปฏิฐาน (positiv) ที่จะเรียกให้บุคคลอื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำ แต่สิทธิปฏิเสธเป็นสิทธิที่จะได้ตอบโดยการปฏิเสธไม่ทำตามที่เรียกร้อง เช่น สิทธิปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ที่สิทธิเรียกร้องขาดอายุความแล้ว หรือสิทธิปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ฯลฯ

และโดยนัยของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคหนึ่ง พึงพิจารณาได้ว่า ทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปนั้น จักต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง เพราะเหตุว่า วัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่เสียภาวะเสื่อมสลายไปในการใช้¹⁵⁶ และต้องเป็นสิ่งหาปริมาณที่แน่นอน เช่นเดียวกับเรื่องทรัพย์สินที่ใช้แทนกันได้ อสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าชนิดใด ๆ ไม่อาจเป็นทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปได้ ในทางภาษาสังหาริมทรัพย์ซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสียภาวะเสื่อมสลายไปในทันทีเพราะการใช้นั้น หรือซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไป เรียกว่า โภคทรัพย์¹⁵⁷ ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ เป็นทรัพย์สินซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสียภาวะเสื่อมสลายไปในทันทีเพราะการใช้นั้น หรือทรัพย์สินซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไปในลักษณะที่เสียภาวะเพราะการใช้

ทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสียภาวะเสื่อมสลายไปในทันทีเพราะการใช้นั้น กล่าวคือ ทรัพย์สินที่เสียภาวะเพราะการใช้ ซึ่งจะเห็นความหมายได้ว่า ทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปในลักษณะนี้ ได้แก่ ทรัพย์สินที่จะต้องเสียไปสูญไปไร้คุณสมบัติไป เพราะอาการที่ใช้ทรัพย์สินนั้น เช่น ข้าว น้ำมัน ฟืน ถ่าน สบู่ ฯลฯ และมีได้หมายความเฉพาะแต่สิ่งที่จะรับประทานได้เป็นอาหาร หรือประกอบในการกินอยู่ ที่เรียกว่า เครื่องอุปโภคบริโภคเท่านั้นไม่ ทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปยังหมายรวมไปถึงของอื่นใดอีกด้วย ซึ่งเมื่อใช้ไปจะต้องเสียภาวะแล้ว ก็ย่อมเป็นทรัพย์สินที่ใช้ไปสิ้นไปเสมอ เช่น ดอกไม้ไฟ ดินปืน ฟิล์ม

¹⁵³ข้อ 3 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 53 (พ.ศ. 2523) ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 97 ตอนที่ 93 น.92 วันที่ 17 มิถุนายน 2523

¹⁵⁴ข้อ 2 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 100 (พ.ศ. 2533) ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 107 ตอนที่ 246 น.516 วันที่ 11 ธันวาคม 2533

¹⁵⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102*, น.96; สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.157.

¹⁵⁶ประติษฐ์มธุธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134*, น.335.

¹⁵⁷ราชบัณฑิตยสถาน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 148*, น.874.

ที่ใช้แก่กล้องโพลารอยด์ (instant film) ฯลฯ อย่างไรก็ตาม การเสื่อมสลายไปในทันทีนั้น มิได้หมายความว่า จะเป็นในทันทีที่จะใช้ของนั้นอย่างดินปืนหรือฟิล์มเสมอไป หมายความว่า แค่เพียงว่า หากมีการเสียหาย เสื่อมสลายไปในเวลาอันใกล้ชิดติดต่อกันกับการใช้เพราะการใช้นั้นแล้ว ก็ปรับเข้ากับทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไป ทั้งนี้ มีความหมายเพื่อให้ตรงกันข้ามกับการเสียหายที่เสื่อมสลายที่เป็นไปตามธรรมดาของสังขาร คือ ชาติผสมทั้งหลาย ความจริงของสิ่งของแทบทุกอย่าง เช่น โต้ะ แก้ว อี้ พรม รถยนต์ แม้ที่สุดจนปราสาท ราชวัง ฯลฯ เมื่อใช้ไปในที่สุด ก็จะต้องเสื่อมสลายไปทั้งสิ้น แต่ทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปหาได้หมายถึง ทรัพย์เหล่านั้นไม่¹⁵⁸

ในส่วนของทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปที่มีลักษณะเป็นทรัพย์ซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไป ในลักษณะที่เสียหายเพราะการใช้ ดังเช่นน้ำมันเบนซิน 1 บาร์เรล ใช้เป็นเชื้อเพลิงในการขับเคลื่อน รถยนต์เป็นระยะทางได้นับพันกิโลเมตร ก็ได้ชื่อว่า เสียหายเสื่อมสลายไปในทันทีเพราะการใช้นั้นได้ นอกจากนี้ อาจหมายถึง ทรัพย์ที่การใช้ทรัพย์นั้นจะต้องสิ้นเปลืองหมดไปจากเจ้าของเช่นเดียวกันกับเงินตรา อีกประการหนึ่งอาจหมายถึง ทรัพย์ที่เมื่อใช้แล้วจะต้องทิ้งไป ไม่อยู่ในความต้องการของเจ้าของต่อไปอีก แม้ทรัพย์นั้นจะไม่เสื่อมสลาย แต่ก็เป็นการสิ้นเปลืองขาดตอนไปจากผู้ใช่ แต่ทรัพย์ชนิดนี้อาจจะพออนุมาน ให้เข้าอยู่ในทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปในลักษณะที่เสียหายเพราะการใช้ เช่น ของที่เขาทำให้ใช้แล้ว ต้องทิ้งหลายอย่าง มีหลอดกระดาษสำหรับดูดน้ำ ไม้จิ้มฟัน สำลีทำแผล กระดาษชำระ (ทิชชู) เป็นอาทิ ทั้งนี้ สิ้นเปลืองหมดไปไม่ได้หมายถึง การที่ทรัพย์นั้นหมดสิ้นสูญหายไปจากความเป็นอยู่ของทรัพย์นั้น อย่างเดียวกันกับเสียหายเสื่อมสลาย หากแต่หมายถึง การที่สิ้นเปลืองหมดไปจากความยึดถือของคุณคนหนึ่ง ๆ คือ การที่ใช้นั้นเป็นอาการที่จะต้องจำหน่ายไปจากอำนาจของผู้เป็นเจ้าของ แม้ตัวทรัพย์นั้น จะยังคงรูปอยู่ดังเดิม มิได้บอบสลายเสียหายไปอย่างไรก็ตาม เช่น เงินตรา การใช้เงินนั้นมีได้เอาเงิน ไปต้มไปฝนหรือไปปิดประดับ แต่ได้ใช้เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับความต้องการของมนุษย์ เพราะเงิน เป็นหน่วยเครื่องหมายของกำลังงาน กำลังปัญญาของบุคคลที่บุคคลทำมาหาได้ แม้ในทางทฤษฎี เศรษฐศาสตร์จะถือว่า เงินเป็นสิ่งที่มีความเท่าเทียมกันกับสินค้าทั้งหลายอื่นก็ดี แต่ความจริงนั้นตัวธนบัตร หรือตัวเหรียญกษาปณ์หาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับสนองความต้องการของมนุษย์โดยตรงไม่ ทว่าจะต้อง เอาธนบัตรหรือตัวเหรียญกษาปณ์นั้นไปใช้แลกเปลี่ยนกับสิ่งของหรือกำลังงานที่ต้องการอีกทีหนึ่ง

อนึ่ง ทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปคล้ายกันกับทรัพย์ที่ใช้แทนกันได้ และโดยมากสิ่งใดเป็นทรัพย์ ชนิดใช้ไปสิ้นไปแล้ว ก็มักจะเป็นทรัพย์ที่ใช้แทนกันได้ด้วย เช่น ข้าวสาร ถ่าน น้ำมัน ฟืน และเงินตรา ฯลฯ แต่เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่า ทรัพย์ที่ใช้แทนกันได้ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปเสมอไป เช่น กระเบื้องมุงหลังคา ไม้ระแนง เป็นทรัพย์ที่ใช้แทนกันได้ แต่หาเป็นทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปไม่¹⁵⁹

¹⁵⁸สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* 8, ตอนที่ 2 : น.286-287.

¹⁵⁹ขุน ศรียาภย, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* 145, น.59.

เพราะการใช้กระเบื้องเอาไปมุงหลังคาหรือเอาไม้ระแนงไปทำรั้วกล้วยไม้ ไม่เป็นการทำให้กระเบื้องหรือไม้ระแนงนั้นเสียภาวะเสื่อมสลายไปหรือสิ้นเปลืองหมดไปแต่ประการใด

พึงสังเกตว่า การพิจารณาแบ่งประเภททรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่ใช้แทนกันได้นั้น ก็เพื่อให้มีผลในกฎหมายลักษณะหนี้ คือ เมื่อใดจับกันได้ว่า ผู้ยืมในฐานะลูกหนี้ได้ชำระหนี้แล้วโดยถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือ ตามสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองนั้นเป็นการที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดที่ใช้ไปสิ้นไป ผู้ยืมในฐานะลูกหนี้จะเอาทรัพย์สินที่มีประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันมาส่งมอบให้แก่ผู้ให้ยืมในฐานะเจ้าหนี้ ก็เป็นการชำระหนี้โดยถูกต้องสมบูรณ์แล้ว แต่เรื่องทรัพย์สินชนิดที่ใช้ไปสิ้นไปเป็นการพิจารณาเพื่อต้องการผลในทางกฎหมายลักษณะทรัพย์สินโดยตรง คือ เพื่อที่จะให้รู้ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นตกอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายใด ผลที่ปรากฏชัดก็คือ ในเอกเทศสัญญาลักษณะผู้ยืมใช้สินเปลืองซึ่งจะเห็นได้ว่าการยืมทรัพย์สินชนิดที่ใช้ไปสิ้นไปตามสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองนั้น ผู้ให้ยืมมีการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้ยืมสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองเป็นผลบริบูรณ์เมื่อส่งมอบสังหาริมทรัพย์ชนิดที่ใช้ไปสิ้นไปนั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคหนึ่ง มีถ้อยคำเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองซึ่งบัญญัติว่า “. . . ผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดที่ใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณที่กำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม . . .” แต่มิได้บัญญัติว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งบริบท ณ ที่นี้ คือ กรณีสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ผู้ยืมจักได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวเมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 650 วรรคสอง ก็บัญญัติแต่เพียงว่า “สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” กล่าวคือ หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลือง เช่นนี้ สัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองก็มิได้เกิดขึ้น คงปรากฏแต่เพียงคำเสนอและคำสนองเท่านั้น จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติแม้แต่ตัวอักษรเดียวที่ระบุอย่างชัดเจนว่า ผู้ยืมจักได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร อีกนัยหนึ่ง ไม่ปรากฏบทบัญญัติในทำนองที่ว่า เมื่อทำสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองแล้วให้ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ยืมเมื่อใด กรณีก็ต่างกับสัญญาหมั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคสอง ดังจะได้กล่าวไว้ในภายหลัง นอกจากนี้ กรณีก็ไม่อาจเทียบเคียงสัญญาซื้อขายได้ เพราะสัญญาซื้อขายนั้นการส่งมอบเป็นเพียงการชำระหนี้ มิใช่สัญญาซื้อขายจักบริบูรณ์ก็ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายแต่อย่างใด เช่นนี้ บทบัญญัติว่าด้วยซื้อขายจึงมิใช่บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในการที่จะนำมาใช้เทียบเคียงกับกรณีผู้ยืมใช้สินเปลือง และที่สำคัญที่สุดคือ กระบวนการคิดวิเคราะห์ที่จะเทียบเคียงดังเช่นที่ว่ามานี้ มิใช่ชนิดวิธีที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ยอมรับกัน เนื่องจากบรรดาประมวลกฎหมายแพ่งต่าง ๆ นั้นได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา มิใช่เป็นไปดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งมีแต่เพียงบทบัญญัติลักษณะซื้อขายที่มีบทกฎหมายเฉพาะอย่างชัดเจนว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาซื้อขายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากไม่ยอมรับว่า เป็นข้อบกพร่อง ก็คงจะเป็นกรณีที่ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยล้ำยุคจนถึงขนาดประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ได้ชำระสะสางแล้วเสร็จในห้วงเวลาหลังจากสยามประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังมีบ้างอาจที่จะกล้าลอกเลียนแบบเอาเป็นเยี่ยงอย่างไปใช้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งของตนแต่อย่างใด

สัญญาซื้อขายสินค้าเปลืองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 650 วรรคหนึ่ง ใช้ถ้อยคำว่า “. . . โอนกรรมสิทธิ์ . . . ให้ไปแก่ผู้ซื้อ . . .” หากผู้ให้ยืมมิใช่เจ้าของทรัพย์ ก็ไม่มีสิทธิที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ไปยังผู้ยืม ในกรณีที่ขณะทำสัญญาผู้ให้ยืมมิใช่เจ้าของทรัพย์ แต่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ได้รับรองในการกระทำของผู้ให้ยืม จนทำให้สัญญาซื้อขายสมบูรณ์ ผู้ยืมซึ่งได้ประโยชน์ตามสัญญาไปแล้วจะปฏิเสธว่า ผู้ให้ยืมไม่มีอำนาจฟ้องได้¹⁶⁰ การที่ผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืมนั้น อาจจะช่วยการส่งมอบตามที่แท้จริง หรือด้วยการส่งมอบโดยปริยายซึ่งมีทั้งกรณีการยกการครอบครองแก่กัน เนื่องจากผู้ยืมในฐานะผู้รับโอนเป็นผู้ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่แล้ว กรณีมีการตกลงให้ผู้ให้ยืมครอบครองทรัพย์ดังกล่าวแทนผู้ยืม และกรณีการโอนสิทธิเรียกทรัพย์คืนไปยังผู้ยืมในฐานะผู้รับโอน เช่นนี้ จึงมิได้ตีความการส่งมอบครบครัดถึงขนาดที่ว่า ทำสัญญาซื้อขายสินค้าเปลืองกันเมื่อใด จักต้องหยิบยื่นส่งมอบตามที่แท้จริงให้ทรัพย์อยู่ในเงื้อมมือของผู้ยืมโดยสิ้นเชิงทันที แม้หยิบยื่นในภายหลังก็ไม่ทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าเปลืองเสียไป¹⁶¹ เพราะที่สำคัญก็คือ ต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ หากไม่มีการส่งมอบ จึงจะเป็นปัญหาที่ทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าเปลืองนั้นไม่บริบูรณ์ ทรรศนะในทำนองนี้เป็นที่ยึดถือแม้กระทั่งผู้บรรยายกฎหมายลักษณะยืม ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในปัจจุบันก็มีทรรศนะว่า ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ที่ให้ยืม สัญญาไม่ตกเป็นโมฆะ แต่ยังใช้มิได้ ยังไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา เมื่อใดก็ตามที่มีการส่งมอบทรัพย์ที่ให้ยืม สัญญาก็จะครบถ้วนบริบูรณ์ คู่สัญญาจึงจะมีสิทธิและหน้าที่ตามที่ระบุในสัญญาและกฎหมาย¹⁶² กอปรกับมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินยืนยันทรรศนะ

¹⁶⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 754/2523 (เนติ.) น.413-414; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16/2534 (เนติ.) น.191-192.

¹⁶¹นนทวัชร์ (สมศักดิ์) นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะยืม-ฝากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.25, 35-36, 100-103, 124-125; ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม ฝากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), น.67; สุธีร์ ศุภนิตย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125, น.12.

¹⁶²ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), น.10-11, 21; และดู ประสิทธิ์ เอกบุตร และจิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2346/2519, ใน “ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 9, น.144-151 (ธันวาคม 2520).

ดังกล่าวมาเนิ่นนานหลายทศวรรษแล้วว่า สัญญากู้ยืมเงินนั้น การที่ผู้ยืมมิได้รับเงินไปในวันทำสัญญา มิได้หมายความว่า สัญญาดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์¹⁶³ เมื่อผู้ยืมรับว่า ผู้ให้ยืมได้จ่ายเงินให้ผู้ยืม รับไปภายหลังจากวันทำสัญญากู้ยืมเงิน 1 วัน ก็ต้องนับว่า ผู้ยืมได้รับเงินจากผู้ให้ยืมไปตามสัญญากู้ยืมเงิน สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวจึงบริบูรณ์ตามกฎหมาย¹⁶⁴ จึงกล่าวได้ว่า สัญญากู้ยืมเงินมากกว่า 2,000 บาท ขึ้นไปนั้น ต้องมีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ แต่ทว่าการรับมอบเงินซึ่งจะทำให้สัญญากู้ยืมบริบูรณ์นั้น ที่จริงเป็นเหตุการณ์ข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันแยกออกได้ต่างหากจากข้อตกลงหรือการแสดงเจตนา กู้ยืมนั่นเอง หากมีเพียงคำเสนอและคำสนองแต่ไม่มีการส่งมอบเงิน การกู้ยืมนั้นก็ยังไม่บริบูรณ์ ต่อเมื่อใด ได้ส่งมอบเงินที่ยืม จะส่งพร้อมหรือก่อนหรือหลังจากแสดงเจตนาตกลงกัน การกู้ยืมก็บริบูรณ์¹⁶⁵

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ผู้ให้ยืมได้สังหาริมทรัพย์มาโดยการครอบครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้ให้ยืมเป็นผู้เช่าทรัพย์สินนั้น แต่โดยสุจริตกลับหลงลืมจึงทำสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนกับผู้ยืมและส่งมอบ ทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ยืม หรือแม้กระทั่งผู้ให้ยืมยกยอกทรัพย์สินนั้นแล้วมาทำสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนกับผู้ยืม และส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ยืม เช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักการแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นที่มาส่วนมากในเรื่องทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นกรณีที่ผู้ยืมได้มา ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งกฎหมาย เพราะผู้ยืมในฐานะผู้รับโอนโดยสุจริตได้ครอบครอง ทรัพย์สินนั้นโดยสุจริตจากผู้ให้ยืมในฐานะผู้โอน โดยที่สังหาริมทรัพย์ในกรณีนี้ผู้ให้ยืมได้มาโดยการครอบครอง ที่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ได้ทรัพย์สินมาจากการลักแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ออกจะล้ำหน้า (offside) เกินไปจากประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมันอันเป็นที่มาของบทบัญญัติแห่งมาตรานี้¹⁶⁶ โดยบัญญัติเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการที่บุคคลนั้น มีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ โดยได้การครอบครองโดยสุจริตแล้ว ยังต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยเสียค่าตอบแทน อีกด้วย เช่นนี้ กรณีประเด็นปัญหาข้างต้น ผู้ยืมจึงไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผล แห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ทั้งที่หากบัญญัติ ให้สอดคล้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กรณีก็จะทำให้ผู้ยืมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งกฎหมาย อันทำให้บุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของเดิมได้สูญเสียกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินนั้นไป ซึ่งจะนำไปในทิศทางที่สอดคล้องกับสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเป็นประเภทหนึ่งแห่งสัญญา

¹⁶³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 246/2485 (เนติ.) น.60-64.

¹⁶⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2044/2526 (เนติ.) น.1285-1289.

¹⁶⁵จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 507/2500 (เนติ.) น.352.

¹⁶⁶จิตติ ดิงศภัทย์, “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สินสิทธิ (ตอนที่ 1),” บทบัญญัติ, ตอนที่ 3, เล่ม 39, น.260 (กันยายน 2525); จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 107*, น.42, 45-46.

ยืมใช้สิ่งเปลืองอันมีเงินเป็นวัตถุแห่งสัญญา กล่าวคือ สิทธิของผู้ยืมในฐานะผู้ได้เงินตรามาโดยสุจริตนั้น ไม่เสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่า เงินนั้นมีใช้ของผู้ให้ยืมซึ่งได้ออนให้มา ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1331 มิได้ใช้หลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” แต่อย่างไร

นอกจากนี้ ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองอาจเป็นทรัพย์ในอนาคต กล่าวคือ ถึงแม้ว่าในช่วงเวลาที่คำเสนอและคำสนองเพื่อที่จะทำสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองได้ต้องตรงกันแล้วก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้บังคับให้ผู้ให้ยืมจำต้องส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองทันที ณ วินาทีที่คำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแต่อย่างใด ฉะนั้น ในช่วงเวลาที่คำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว ผู้ให้ยืมอาจจะยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองก็ได้ หรือคู่กรณีต่างก็ได้ทราบร่วมกันแล้วว่า สหกรณทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองจะเกิดขึ้นในเวลาภายหลังจากที่คำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้วก็ได้ เช่น ตกผลทำสัญญายืมใช้สิ่งเปลือง ดอกผลของทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็ดอกผลธรรมดาหรือดอกผลนิตินัย โดยที่ดอกผลนั้นจะเกิดขึ้นหรือได้มาในอนาคต เช่นนี้ หากต่อมาผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์ตามสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองให้แก่ผู้ยืม กรณีย่อมเป็นการครบองค์ประกอบทำให้สัญญายืมใช้สิ่งเปลืองเกิดขึ้น สิทธิและหน้าที่ตามสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองอันเป็นมูลหนี้ประเภทหนึ่งย่อมเกิดขึ้นตามมาด้วย กอปรกับผู้ยืมก็ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เฉพาะในส่วนของสัญญากู้ยืมเงิน แม้ว่าคู่กรณีได้แสดงเจตนาเสนอและสนองที่ตรงกันแล้วก็ตาม ถึงขนาดที่ผู้ให้กู้ยืมได้ส่งมอบเงินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาไปยังผู้กู้ยืมแล้ว แต่หากเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองแสดงเจตนาต่อบุคคลอื่นในการให้กู้ยืมเงินที่เป็นของผู้เยาว์ เช่นนี้ จึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) ซึ่งบัญญัติว่า

“นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำได้
เว้นแต่ศาลจะอนุญาต . . .

(7) ให้กู้ยืมเงิน”¹⁶⁷

กล่าวคือ การให้กู้ยืมเงินซึ่งเป็นของผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจทำการแทนผู้เยาว์ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) โดยให้กู้ยืมเงินของผู้เยาว์ทำการให้กู้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว เช่นนี้ เมื่อพิเคราะห์ตัวอักษรควบคู่กันกับเจตนารมณ์ของบทกฎหมาย (l'esprit des lois) แล้วย่อมเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งให้นิติกรรมเกิดขึ้นเมื่อครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จึงต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน การได้รับอนุญาตจากศาลจึงนับเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายมิใช่เงื่อนไขแห่งนิติกรรม ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่านิติกรรมการให้กู้ยืมจะกำหนดให้การได้รับอนุญาตจากศาล

¹⁶⁷ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67, น.24.

เป็นเงื่อนไขหรือไม่กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เลยก็ตาม การได้รับอนุญาตจากศาลก็ยังคงเป็นองค์ประกอบที่จะทำให้นิติกรรมนั้นมีผลหรือไม่มีผลอยู่ดี และโดยที่เป็นองค์ประกอบแห่งนิติกรรม คู่กรณีจึงไม่อาจตกลงให้กู้ยืมกันโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล เพราะหากฝ่าฝืนตกลงกันเช่นนั้น กรณีเป็นสัญญากู้ยืมที่มีวัตถุประสงค์¹⁶⁸ เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ตอนต้น บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องขออนุญาตศาล แต่หาได้บัญญัติผลแห่งการฝ่าฝืนไว้แต่อย่างใดไม่ จึงต้องหวนกลับไปพิจารณาบทบัญญัติในบรรพ 1 ประกอบ อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 152 คือ คำอนุญาตของศาลนี้จะถือว่า เป็นแบบหรือไม่ ซึ่งในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมอาจแบ่งออกเป็น 3 ชนิด ได้แก่ (1) ทำเป็นหนังสือ (2) ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (3) จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ฉะนั้น คำอนุญาตของศาลนี้จึงไม่ถือว่า เป็นแบบเมื่อขาดไปก็ไม่ตกเป็นโมฆะ¹⁶⁹ อีกบทบัญญัติหนึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 โดยการตีความว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (ordre public) อันเป็นบทกฎหมายบังคับตายตัว (ius cogens) หรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 เป็นบทกฎหมายบังคับตายตัวอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแน่นอน แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่ง

¹⁶⁸ดูรายละเอียดในเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติกรรมได้ที่ วีรวัฒน์ จันทโชติ, “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), น.120-123; โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สนับสนุนทรรศนะที่ว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรมก็คือ เนื้อหาแห่งความผูกพันตามนิติกรรมนั่นเอง อันเป็นการเสนอแนวคำอธิบายแบบตระกูล Pandectist หรือแบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ได้แย้งคำอธิบายแบบตระกูล Romanist หรือแบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีนั่นเอง อนึ่ง หลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ละออกจากการยึดถือว่านิติกรรมจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีมูลหรือมีวัตถุประสงค์ที่ชอบ (iusta causa) อันมีที่มาจากกฎหมายโรมันและใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้หันมาอาศัยเจตนาผูกพันอย่างจริงจัง (ernsthafte Absicht) เป็นฐานที่ตั้งของนิติกรรมสัญญาแทนและเป็นที่ยอมรับต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20

¹⁶⁹จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1837/2523 (เนติ.) น.1267; สมศักดิ์ จันทรา และจิตติ ดิงศภัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.278.

และพาณิชย์ของไทย มาตรา 150 ดังกล่าวบัญญัติเฉพาะวัตถุประสงค์ของนิติกรรม มิใช่เรื่องวิธีทำนิติกรรม ที่ต้องขออนุญาตศาลแต่อย่างใด ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 151 ก็สืบมาจากมาตรา 150 เช่นเดียวกัน

ในเรื่องอำนาจของผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองด้วยการให้กู้ยืมเงินว่า จะผูกมัดบุตรผู้เยาว์เพียงใด บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองทำการให้กู้ยืมเงิน ในกรณี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) เป็นบทบัญญัติตัดสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด (interpretatio restrictiva)¹⁷⁰ ต้องไม่พยายามตีความขยายความบทกฎหมายดังกล่าว (singularia non sunt extendenda) และไม่สมควรนำบทกฎหมายนั้นไปใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (argumentum a simile) อย่างเด็ดขาด¹⁷¹ ทั้งนี้ ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้พิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) เห็นว่า ในตัวบทใช้คำว่า “ให้กู้ยืมเงิน” เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งแล้วว่า ห้ามแต่ผู้ปกครองไปให้กู้ยืมเงินแทนผู้เยาว์อย่างเดียวกันที่ต้องขออนุญาตศาลก่อน จะแปลเลยไปถึงการที่ผู้ปกครองกู้ยืมเงินแทนผู้เยาว์ก็ต้องขออนุญาตด้วยแล้ว การแปลนั้นย่อมเป็นการขัดกับตัวบท¹⁷² หลังจากนั้น ก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยยืนยันตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) มิได้ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองไปกู้ยืมเงินแทนผู้เยาว์ มารดาผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรผู้เยาว์ กู้ยืมเงินแทนผู้เยาว์มาใช้เพื่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์ การกู้ยืมนั้นผูกพันผู้เยาว์ ผู้เยาว์ต้องรับผิดชอบผู้ให้กู้ยืม เพราะอำนาจปกครองนั้นรวมทั้งการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย แต่ให้จัดการทรัพย์สินด้วยความระมัดระวัง เช่นวิญญูชนจะพึงกระทำ¹⁷³

¹⁷⁰ หยุต แสงอุทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816-817/2494 (เนติ.) น.714.

¹⁷¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.276-277.

¹⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 927/2485 (เนติ.) น.263 อนึ่ง ไม่ปรากฏกฎหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แต่อย่างใด แม้กระทั่งโดยศาสตราจารย์พิเศษจิตติ ติงศภักดิ์ ผู้เป็นบรรณาธิการในการจัดพิมพ์ก็ตาม; และดูรายละเอียดได้ที่ ประภาศน์ อวยชัย, *ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2536), เล่ม 1 : น.273-281.

¹⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2496 (เนติ.) น.903-907 อนึ่ง ไม่ปรากฏกฎหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แต่อย่างใด แม้กระทั่งโดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ประกอบ หุตะสิงห์ (พ.ศ. 2454-2537) ผู้เป็นบรรณาธิการในการจัดพิมพ์ก็ตาม

ส่วนกรณีที่ผู้เยาว์ให้กู้ยืมเงิน ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์นั้นหาไม่อำนาจทำสัญญาดังกล่าวแทนผู้เยาว์โดยลำพังตนเองไม่ ต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ สัญญากู้ยืมเงินโดยมีผู้เยาว์เป็นผู้ให้กู้ เป็นสัญญาที่ใช้บังคับมิได้ตามกฎหมาย¹⁷⁴ สัญญากู้ยืมเงินในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่ผูกพันผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 (7) ทั้งนี้ การที่สัญญานั้นไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ก็เพราะมิได้รับอนุญาตจากศาล และการที่มีกฎหมายไว้เช่นนั้นก็เพื่อทรัพย์สินของผู้เยาว์อนึ่ง บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ระหว่างมาตรา 24 กับมาตรา 1574 จะใช้ไปด้วยกันได้อย่างไรนั้น หากว่าตามลายลักษณ์อักษรแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 24 เป็นบทกฎหมายยกเว้น (ius singulare) ซึ่งผู้เยาว์ไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมในการทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการสมแก่นานารูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร ฉะนั้นเมื่อไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว กรณีก็คงไม่น่าจะอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องขออนุญาตศาลก่อนที่จะทำนิติกรรมที่ระบุไว้ มีการให้กู้ยืมเงินเป็นอาทิ อย่างไรก็ตาม การแปลกฎหมายเช่นนี้ อาจมิได้ผลสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์จะควบคุมการจำหน่ายทรัพย์สินที่สำคัญของผู้เยาว์ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองจะทำแทนผู้เยาว์มิได้จนกว่าจะได้รับอนุญาตจากศาล ในการนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองก็ให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์จำหน่ายเองมิได้เหมือนกัน เช่นนี้ ผู้เยาว์เองก็ย่อมจำหน่ายมิได้ แม้จะเป็นการสมแก่นานารูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรก็ตาม เพราะเป็นกิจการสำคัญที่จะต้องให้ศาลพิจารณาอนุญาตเสียก่อน¹⁷⁵ ส่วนการนำเงินของผู้เยาว์ไปฝากธนาคาร ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถกระทำได้ เพราะมิใช่เรื่องการให้ธนาคารกู้ยืมเงิน กฎหมายห้ามเฉพาะการให้กู้ยืมเงิน¹⁷⁶ อีกทั้งการเอาทรัพย์สินอื่นของผู้เยาว์ไปให้ยืมนั้นก็ไม่ต้องห้าม ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะการให้ยืมใช้คงรูปหรือการให้ยืมใช้สิ้นเปลือง และหมายรวมไปถึงการฝากทรัพย์สินด้วย ถึงแม้ว่าการฝากทรัพย์สินดังกล่าวอาจจะต้องเสียค่าตอบแทนแก่ผู้รับฝากก็ตาม¹⁷⁷

¹⁷⁴หยุด แสงอุทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1617/2494 (เนติ.) น.1312-1313; ทำให้เข้าใจได้ว่า ผลของการที่ผู้เยาว์กระทำการอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนโดยฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1574 สัญญาข้างต้นไม่ผูกพันผู้เยาว์ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ใช้บังคับมิได้ตามกฎหมาย

¹⁷⁵จิตติ ดิงศรัทิตย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 856-857/2497 (เนติ.) น.830.

¹⁷⁶ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.568; รัชฎา เอกบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.143.

¹⁷⁷ชาติชาย อัครวิบูลย์, *เพ็งอ้าว*, น.569.

ณ ที่นี้ จึงกล่าวได้ชัดเจนว่า บทบัญญัติว่าด้วยยืมใช้สั้เปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยระบุลงไปว่า ลักษณะของสัญญายืมใช้สั้เปลี่ยนแปลงต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา มีแต่เพียงกล่าวอ้างกันเองว่า ผู้ยืมนั้นเล่ายอมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์กรณีสัญญายืมใช้สั้เปลี่ยนแปลงด้วยการส่งมอบทรัพย์ที่ให้อืม โดยไม่อาจสำแดงตัวบทกฎหมาย ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปกลับบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเรื่องดังกล่าว ฉะนั้นหากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ ในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาตามบริบทของสัญญายืมใช้สั้เปลี่ยนแปลงก็จะเห็นได้ว่า ในแง่ของกฎหมายลักษณะหนี้ เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและทำคำสนองที่ต้องตรงกัน กอปรกับผู้ให้อืมส่งมอบทรัพย์ที่ให้อืมแล้ว เช่นนี้ จึงครบองค์ประกอบของนิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ และด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ ผู้ให้อืมจึงอยู่ในฐานะเจ้าหนี้และผู้ยืมก็อยู่ในฐานะลูกหนี้ตามสัญญายืมใช้สั้เปลี่ยนแปลง ผู้ให้อืมในฐานะเจ้าหนี้อืมมีสิทธิจะเรียกให้ผู้ยืมในฐานะลูกหนี้ชำระหนี้ด้วยการคืนทรัพย์เป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์ซึ่งให้อืมนั้น ส่วนในแง่ของกฎหมายลักษณะทรัพย์ หากมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เมื่อผู้ให้อืมในฐานะผู้โอนได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ชนิดใช้ไปสั้ไปนั้นเป็นปริมาณที่กำหนดให้ไปแก่ผู้ยืมในฐานะผู้รับโอน ผู้ยืมย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นโดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เช่นนี้ กรณีจึงเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์ เว้นแต่จะเป็นกรณีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยกฎหมาย ฉะนั้น ดังที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า เป็นการพิจารณาที่ครบถ้วนกระบวนความสอดคล้องทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงโครงสร้างของหลักกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมาย civil law ตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างร้กัดี กรอบคิดติดยึดฝังแน่น (fixed mindset)¹⁷⁸ อันเป็นชุดความคิดซึ่งบงการทำให้เชิงมนทัศน์ของนักกฎหมายไทยบางกลุ่มให้อืมรับโดยคุณธิ์ในวาทกรรมทางกฎหมายที่ว่า “เสนอ-สนองต้องตรงกันสัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” อย่างสิ้นเชิง กอปรกับการขาดแคลนองค์ความรู้ด้านกฎหมายลักษณะทรัพย์ตามระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด จึงส่งผลทำให้ความคิดและความเชื่อของนักกฎหมายไทยกลุ่มนี้ยึดติดจนยากที่จะเปลี่ยนแปลง

¹⁷⁸ดูรายละเอียดได้ที่ ราชบัณฑิตยสภา, สำนักงาน, พจนานุกรมศัพท์ศึกษาศาสตร์ร่วมสมัยฉบับราชบัณฑิตยสภา, (กรุงเทพมหานคร : เจ็ยฮั้ว, 2558), น.347-349.

4.4 สัญญาหมั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยรับรองการหมั้นให้อยู่ในรูปของสัญญาอย่างหนึ่ง¹⁷⁹ ทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอันเป็นที่มาส่วนใหญ่ของบทบัญญัติเกี่ยวกับการหมั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย¹⁸⁰ กล่าวคือ การหมั้นเป็นสัญญาพิเศษต่างกับสัญญาทางหนี้ที่มีหนี้เกี่ยวพันอยู่กับการส่งมอบทรัพย์สินหรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จึงกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้นที่มีหลักการใกล้เคียงกับการหมั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นอย่างมาก¹⁸¹ ทั้งนี้ สัญญาหมั้นของไทยมิได้ยึดถือตามอย่างฝรั่งเศส ซึ่งเห็นว่า การหมั้นเป็นเพียงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างหนึ่งที่ไม่ได้มีผลเป็นพิเศษแต่อย่างใด ในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้น หากมีความเสียหายจากการหมั้นระหว่างคู่หมั้น จะต้องพิจารณาค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิด¹⁸²

มีการให้ทรรศนะว่า สัญญาหมั้นอันเป็นข้อตกลงว่า จะทำสัญญาสมรสนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง (contrat synallagmatique)¹⁸³ ซึ่งอาจเป็นการพิจารณาบริบทในแง่ที่ว่า เมื่อหญิงรับมอบของหมั้นจากฝ่ายชายย่อมเป็นการแสดงออกที่ถือได้ว่า หญิงนั้นตกลงผูกพันและยินยอมที่จะทำการสมรสกับชายคู่หมั้นในเวลาภายหน้า มิใช่เป็นเรื่องที่เฉพาะชายคู่หมั้นแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นในการที่จะทำการสมรสกับหญิงคู่หมั้นในเวลาภายหน้า จึงกล่าวได้ว่า สัญญาหมั้นบังคับและผูกพันคู่หมั้นทั้ง 2 ฝ่าย

¹⁷⁹สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยาย ป.พ.พ. บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2517), น.12; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะครอบครัว : รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกา, ไพโรจน์ กัมพูสิริ (บรรณาธิการ), (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.6; อนุวัติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยสัญญา, (พระนคร : แพร่พิทยา, 2514), น.10.

¹⁸⁰ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น.12, 29; vgl. Bürgerliches Gesetzbuch. Buch 4 Familienrecht. Abschnitt 1 Bürgerliche Ehe. Titel 1 Verlöbniß. §§ 1297 bis 1302

¹⁸¹ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “สถานะของหญิงคู่หมั้นอันจะล่วงละเมิดมิได้,” ใน รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.21.

¹⁸²Code civil des Français. Livre III Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Titre III Des sources d'obligations. Sous-titre II La responsabilité extracontractuelle. Chapitre Ier La responsabilité extracontractuelle en général. Article 1240

¹⁸³ไพโรจน์ กัมพูสิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น.27.

สัญญาหมั้นเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคลจากบุคคลที่เป็นอิสระ กลายมาเป็นบุคคลที่มีคู่หมั้นนั้น นอกเหนือไปจากชายและหญิงจักมีเจตนาผูกพันกันในฐานะคู่หมั้นแล้ว ยังจำต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักฐานว่า จะทำสัญญาสมรสกับหญิงนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง เช่นนี้ สัญญาหมั้นจึงมิใช่กิจกรรมในทางทรัพย์สิน (property transaction) แต่เป็นการสอดประสาน ความรักเข้าด้วยกัน (union of love)¹⁸⁴ กล่าวได้ว่า สัญญาจะทำการสมรสนั้น เป็นนิติกรรมที่คู่กรณี ตกลงผูกพันกันในเรื่องเฉพาะตัวโดยแท้ ตามกฎหมายมีผลผูกพันในรูปของสัญญาหมั้นซึ่งจะต้องมีของหมั้น จึงจะทำให้สัญญาหมั้นสมบูรณ์ ในการนี้ คู่กรณีแม้มีเจตนาจะผูกพันกันว่า จะทำการสมรสในอนาคตก็ตาม แต่หากมิได้มีการส่งมอบของหมั้น เช่นนี้ นิติกรรมย่อมไม่สมบูรณ์เป็นสัญญาหมั้น และไม่มีผลบังคับ แม้คู่กรณีจะได้ทำสัญญาสมรสกันแล้ว

อนึ่ง นิติกรรมบางประเภทเป็นนิติกรรมชนิดพิเศษที่กฎหมายกำหนดผลและหลักเกณฑ์ เอาไว้โดยเฉพาะซึ่งต่างกับหลักทั่วไป หากพิจารณาจะเห็นได้ว่า กฎหมายรับรองให้มีผลทางกฎหมาย ตามเจตนาประสงค์ต่อผลของผู้ทำนิติกรรมเป็นสำคัญ การนั้นย่อมเป็นนิติกรรมและย่อมต้องนำเอา หลักเกณฑ์ว่าด้วยนิติกรรมไปปรับใช้แก่กรณี เพียงแต่ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องที่กฎหมาย มุ่งให้ใช้แก่กรณีนั้น ๆ อีกด้วย ตามหลักที่ว่า “บทกฎหมายเฉพาะย่อมมาก่อนบทกฎหมายทั่วไป” มิใช่กรณี ที่จะกล่าวไปได้ว่า การหมั้นมิใช่นิติกรรมแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากการหมั้นเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิด นิติสัมพันธ์ทางครอบครัว เป็นนิติกรรมก่อตั้งสถานะของบุคคลและยอมนำเอาหลักกฎหมายว่าด้วย การแสดงเจตนาไปปรับใช้แก่การพิจารณานิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ เพียงแต่จักต้องคำนึง ถึงหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องในทางกฎหมายลักษณะครอบครัวประกอบด้วย

เมื่อพิจารณาตามวิชาการนิติศาสตร์ สิทธิเรียกร้อง (Anspruch)¹⁸⁵ เป็นสิทธิที่ตรงกันข้าม กับสิทธิมีอำนาจเหนือ (Herrschaftsrecht) เพราะผู้มีสิทธิเรียกร้องได้แต่ต้องเรียกร้องให้คู่กรณี ที่เป็นผู้มีหน้าที่กระทำตามหน้าที่หรืองดเว้นกระทำเท่านั้น โดยเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือสิทธิ กับผู้มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง สิทธิเรียกร้องนี้ผู้ทรงสิทธิจะไปบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิโดยพลการมิได้ เมื่อคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสิทธิเรียกร้อง ผู้ทรงสิทธิต้องไปร้องขอให้ศาลบังคับให้ อนึ่ง สิทธิเรียกร้อง กับสิทธิทางหนี้มิใช่เป็นสิ่งเดียวกันหรือเหมือนกันตามที่เข้าใจกัน ทั้งนี้ สิทธิทางหนี้ คือ สิทธิที่เกิดขึ้น จากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายว่าด้วยหนี้ ซึ่งจักต้องมีเจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่งและลูกหนี้ อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายเจ้าหนี้ มีสิทธิซึ่งเรียกว่า สิทธิทางหนี้ ซึ่งจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ หรือเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้

¹⁸⁴ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 77, น.104.

¹⁸⁵ Vgl. Schwab, Dieter und Löhnig, Martin, *Einführung in das Zivilrecht*, 20. Auflage (Heidelberg : C.F. Müller, 2016), S.197-240.

หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ก็ใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน สิทธิดังกล่าวก็เรียกว่า สิทธิทางหนี้ เช่นเดียวกัน ฟังสังเกตว่า โดยปรกติแล้วนิติสัมพันธ์ทางหนี้จักก่อให้เกิดสิทธิที่เรียกว่า สิทธิเรียกร้อง¹⁸⁶ คือ สิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ สิทธิทางหนี้นอกจากเป็นเจ้าของหนี้ มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการแล้วยังมีสิทธิอื่น ๆ อีก เช่น สิทธิกำหนดวันชำระหนี้ในหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนก็ถือว่าเป็นสิทธิทางหนี้อย่างหนึ่งเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สิทธิเรียกร้องไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิทางหนี้หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้เสมอไป เพราะสิทธิเรียกร้องอาจเกิดจากความสัมพันธ์ทางอื่นก็ได้ เช่น ความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวอันเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสถานะของบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติรับรองไว้โดยเฉพาะ มิใช่สิทธิที่เกิดจากหนี้¹⁸⁷ มีสิทธิระหว่างสามีกับภรรยา สิทธิตามสัญญาหมั้นหรือสัญญาสินสอดระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิง เป็นอาทิ นอกจากนี้ สิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสถานะดังเช่นสถานะตามบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัวดังที่กล่าวมาข้างต้น เป็นสิทธิที่ไต่ถามได้แต่เฉพาะต่อคนบางคนเท่านั้น ไม่อาจใช้สิทธิของตน ยกขึ้นต่อสู้คนทุกคนได้แต่อย่างใด สิทธินี้จึงเป็นสิทธิสัมพัทธ์หรือสิทธิสัมพัทธ์ (relatives Recht)¹⁸⁸ มิใช่สิทธิเด็ดขาด (absolutes Recht) ที่จะไต่ถามขึ้นต่อสู้ได้กับคนอื่น ๆ ทุกคนทั้งโลก

เพราะฉะนั้น สิทธิทางหนี้จึงเป็นเพียงสิทธิประเภทหนึ่งที่เกิดสิทธิเรียกร้องเท่านั้น แต่สิทธิเรียกร้องไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิทางหนี้เสมอไป ทั้งนี้ สิทธิเรียกร้องมักจะมีสิทธิอื่นเป็นมูลกรณี ที่ปรากฏอยู่แต่เดิม เมื่อสิทธิตามมูลกรณีนั้นถูกละเมิด จึงก่อให้เกิดเป็นสิทธิเรียกร้องขึ้น เช่น การที่คู่หมั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมทำสัญญาสมรสโดยไม่มีเหตุอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย กอปรกับการไม่ทำสัญญาสมรสดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนี้ ย่อมเป็นการผิดสัญญาหมั้น อีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่หมั้นฝ่ายที่ผิดสัญญารับผิดใช้ค่าทดแทนซึ่งเรียกว่า เป็นสิทธิเรียกร้อง แต่เป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสิทธิสถานะตามบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัว มิใช่เป็นเรื่องสิทธิทางหนี้

¹⁸⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 194 บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้”; ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 149, น.57; Bürgerliches Gesetzbuch. § 241 (1) “Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.”

¹⁸⁷ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40, น.17; ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102, น.95-96; สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, น.145-146; สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 155, น.157.

¹⁸⁸Vgl. Schwab, Dieter und Löhnig, Martin, *supra* note 185, S.187-193.

จึงกล่าวได้ว่า สัญญาหมั้นมิใช่นิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ แต่เป็นสัญญาพิเศษ ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว เพราะกฎหมายกำหนดให้สัญญาหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาล บังคับให้ทำสัญญาสมรสได้ หากมีข้อตกลงกันไว้ว่า จะให้เบี้ยปรับในเมื่อผิดสัญญาหมั้น เช่นนี้ ข้อตกลง ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ¹⁸⁹ หากมีการผิดสัญญาหมั้นถึงแม้จะเรียกค่าทดแทนกันได้ กรณีก็เป็นไปภายใต้ ดุลพินิจของศาล มิใช่กรณีที่คู่กรณีอาจตกลงผูกพันกันในเรื่องค่าทดแทนให้มีผลผูกพันได้ตามใจสมัคร แต่อย่างใด¹⁹⁰ ด้วยเหตุนี้ จึงควรทำความเข้าใจไว้ด้วยว่า มีนิติกรรมทางหนี้และนิติกรรมทางครอบครัว ที่มีลักษณะแตกต่างกัน อีกทั้งยังมีหลักเกณฑ์รายละเอียดแตกต่างกันไป เพียงแต่พึงเข้าใจในเบื้องต้นว่า บทกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมนั้นเป็นบทกฎหมายทั่วไปซึ่งปรับใช้ได้ทั้งในนิติสัมพันธ์ทางหนี้ ทางทรัพย์ ทางครอบครัว และทางมรดก ดังเช่นการจะพิจารณาว่า สัญญาหมั้นเกิดขึ้นหรือมีเหตุให้เสื่อมเสียไป หรือไม่ ย่อมไม่อาจอาศัยหลักเกณฑ์ในกฎหมายลักษณะครอบครัวแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณา จากหลักเบื้องต้นในกฎหมายลักษณะนิติกรรมที่ว่า คู่กรณีแสดงเจตนาทำสัญญาหมั้นโดยสมัครใจ ต้องตรงกันหรือไม่ ครบเงื่อนไขความมีผลหรือมีเหตุให้เจตนาเสื่อมเสียไปเพราะสำคัญผิด กลฉ้อฉล ช่มชู้หรือไม่ กอปรกับหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัวตามแต่กรณี

ในส่วนทรัพย์สินอันจะเป็นของหมั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ ประกอบกัน คือ¹⁹¹ (1) เป็นทรัพย์สินที่ฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนให้แก่หญิง (2) เจตนาที่ส่งมอบหรือโอนให้แก่ หญิงนั้นก็เพื่อเป็นหลักฐานว่า จะสมรสกับหญิงนั้น อันเป็นลักษณะของของหมั้น อนึ่ง การส่งมอบ ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาหมั้นมิใช่การปฏิบัติการชำระหนี้ของฝ่ายชาย แต่เป็นสิ่งที่กำหนดทั้ง การโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน และเมื่อถ้อยคำตามบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง ในส่วนที่ว่า “. . . ส่งมอบ หรือโอนทรัพย์สิน . . .” ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพและลักษณะของทรัพย์สินนั้น ๆ ว่า จะกระทำได้โดยทางใด กรณีสังหาริมทรัพย์นั้น การส่งมอบการครอบครองให้กันย่อมแสดงให้เห็นว่า เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ ไปด้วยในตัว กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นของหมั้นตกแก่หญิงทันทีที่ฝ่ายชายส่งมอบ¹⁹²

¹⁸⁹ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1438; ราชกิจจานุเบกษา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 72*, น.11.

¹⁹⁰ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1440; ราชกิจจานุเบกษา, *เพิ่งอ้าง*, น.11-12.

¹⁹¹สมชัย ฑีฆาอุตมากร, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับสมบูรณ์*, (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, 2554), น.37.

¹⁹²ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น.76; ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.55, 56, 69; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “การหมั้นตามบรรพ 5 ปี 2533,” ใน *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.86.

แต่การกล่าวอย่างชัดเจนเยี่ยงนี้ มิได้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตราใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่มีบทกฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนว่า หญิงคู่หมั้นได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ กรณีสัญญาหมั้นด้วยการส่งมอบ แม้กระทั่งบรรพว่าด้วยทรัพย์ก็ได้ปรากฏบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาแต่อย่างใด ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อันเป็นที่มาสำคัญของการร่างบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กลับมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ส่วนถ้อยคำ ซึ่งปรากฏตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ที่ว่า “. . . เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น” เช่นนี้ ของหมั้นจึงมิใช่แบบพิธีของสัญญาหมั้น หากแต่เป็นองค์สมบูรณ์¹⁹³ ที่หากไม่มีการส่งมอบหรือโอนของหมั้นให้แก่หญิงย่อมไม่เป็นสัญญาหมั้น อนึ่ง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์แก่หญิงคู่หมั้นเป็นของหมั้นได้¹⁹⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินสิทธิ (dingliche Rechte) ซึ่งมีเหนือวัตถุมีรูปร่าง อันเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (Vermögensrecht) อย่างหนึ่ง และในส่วนของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิงทันทีเมื่อได้มีการหมั้น ฉะนั้น ฝ่ายชายจึงต้องส่งมอบหรือโอนของหมั้นให้แก่หญิงทันที เพื่อให้หญิงคู่หมั้นได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างสมบูรณ์เมื่อทำสัญญาหมั้น เป็นการตัดปัญหาที่อาจจะเกิดแก่ทรัพย์ที่เป็นของหมั้นก่อนการสมรส เช่น ของหมั้นสูญหาย เสียหาย หรือถูกจำหน่ายใช้สอยหมดไป ฯลฯ เนื่องจากหลังการหมั้นจนถึงเวลาสมรสจะเกิดปัญหาว่า ฝ่ายชาย หรือหญิงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในของหมั้น โดยกฎหมายให้หญิงคู่หมั้นซึ่งครอบครองสังหาริมทรัพย์ ได้เป็นเจ้าของของหมั้นที่ตนเองครอบครองอยู่ เช่นนี้ หากจะมีการใช้ประโยชน์จากของหมั้นหรือมีดอกผลจากของหมั้นก็ไม่มีปัญหา หรือแม้ของหมั้นจะสูญหายหรือถูกจำหน่ายไปและเกิดกรณีจะต้องคืนของหมั้นแก่ฝ่ายชาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วย ลากมิควรรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งเป็นไปในการทำงานเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹⁹⁵

ของหมั้นไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์ของชายคู่หมั้น จะเป็นทรัพย์ของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือเป็นทรัพย์ของบุคคลภายนอกที่มีใช้บิดามารดาและผู้ปกครองก็ได้ หากบุคคลดังกล่าวยินยอมให้ฝ่ายชาย นำทรัพย์นั้นมาใช้แก่การส่งมอบตามสัญญาหมั้น โดยที่ทรัพย์ดังกล่าวยอมตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่หญิงทันทีที่มีการส่งมอบตามสัญญาหมั้น อย่างไรก็ดี การนำสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นมาส่งมอบเป็นของหมั้น

¹⁹³ชาติชาย อัครวิบูลย์, *เพ็งอ้าง*, น.78; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *เพ็งอ้าง*, น.86.

¹⁹⁴ชาติชาย อัครวิบูลย์, *เพ็งอ้าง*, น.79.

¹⁹⁵ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.50; vgl. Bürgerliches Gesetzbuch. Buch 4

Familienrecht. Abschnitt 1 Bürgerliche Ehe. Titel 1 Verlöbniß. § 1301 Rückgabe der Geschenke

โดยที่เจ้าของทรัพย์สินไม่ยินยอมหรือไม่รู้เห็น เช่นนี้ ห้างหุ้นส่วนย่อมมิได้สิทธิในของเหล่านั้น เจ้าของมีสิทธิติดตามและเอาคืนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 แต่หากของเหล่านั้นเป็นเงินตราและห้างหุ้นส่วนรับไว้โดยสุจริตแล้ว เช่นนี้ เจ้าของเงินตรานั้นไม่อาจติดตามและเอาคืนได้ เนื่องจากสิทธิของห้างหุ้นส่วนที่ได้เงินตราดังกล่าวมาโดยสุจริตไม่เสียไป¹⁹⁶ ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมีใช้ของฝ่ายชายซึ่งได้ออนให้มาก็ตาม ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1331 ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน มิใช่บทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัว จึงเห็นได้ว่า ประเด็นที่ห้างหุ้นส่วนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นของเหล่านั้นตามสัญญาเหล่านั้นนั้น มิใช่พิจารณาแต่เพียงบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัวเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น การใช้และการตีความกฎหมายที่จะพิจารณาบทบัญญัติแห่งบรรพหนึ่งอย่างหลักลับหลัตา โดยไม่ยึดต่อบทบัญญัติแห่งบรรพอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ย่อมเป็นการใช้และการตีความกฎหมายในกรณีที่เกิดขึ้นวิธีอย่างร้ายแรง ฉะนั้น การหาคำตอบเกี่ยวกับประเด็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาหุ้นส่วนที่มุ่งพินิจพิเคราะห์แต่เพียงบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัว โดยหลงสำคัญผิดไปว่าบรรพดังกล่าวเป็นคำตอบปรับใช้แก่ทุกบรรพกรณีแห่งสัญญาหุ้นส่วน ไม่แยแสต่อบทบัญญัติแห่งบรรพอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยหลักทั่วไปและบรรพว่าด้วยทรัพย์สิน พฤติการณ์เช่นนี้ย่อมเป็นความสะเพร่าสิ้นดีในทางวิชาการนิติศาสตร์ของระบบกฎหมาย civil law อย่างหาที่เปรียบมิได้

นอกจากนี้ หากชายคู่หุ้นส่วนเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาส่งมอบตามสัญญาหุ้นส่วน โดยที่เจ้าของสังหาริมทรัพย์นั้นได้ให้ชายคู่หุ้นส่วนยึดไปเป็นของหุ้นส่วนเพียงชั่วคราว กอปรกับห้างหุ้นส่วนก็สุจริตไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่นนี้ ของหุ้นส่วนย่อมตกเป็นของห้างหุ้นส่วน ผู้มีกรรมสิทธิ์เดิมในทรัพย์สินข้างต้นไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินจากห้างหุ้นส่วน จึงกล่าวได้ว่า เมื่อเจ้าของสังหาริมทรัพย์ยินยอมให้ชายเอาทรัพย์สินนั้นไปส่งมอบให้แก่ห้างตามสัญญาหุ้นส่วน ย่อมแสดงว่า เจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวยินยอมที่จะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ห้างหุ้นส่วนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹⁹⁷ อนึ่ง หากเป็นทรัพย์สินของบิดามารดาฝ่ายชายเองนำไปหุ้นส่วนโดยลืมหรือไม่ทราบว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นของตน เช่นนี้ ทรัพย์สินอันเป็นของหุ้นส่วนดังกล่าวย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ห้างหุ้นส่วนเช่นกัน บิดามารดาฝ่ายชายไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สิน¹⁹⁸

¹⁹⁶ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.57; *ดูรายละเอียดได้ที่* จิตติ ดิงศภักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 166*, น.269-270.

¹⁹⁷รัฐสภา เอกบุต, *คำอธิบายกฎหมายครอบครัว : การหุ้นส่วน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555), น.19.

¹⁹⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1198/2492 (เนติ.) น.768-778.

คำว่า “ส่งมอบ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง จำต้องพิจารณาตามหลักการและทฤษฎีของระบบกฎหมาย civil law ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาในเชิงโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กอปรกับพิจารณาในเชิงเนื้อหาทั้งบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินและบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้น ก็สอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่นนี้ เมื่อพิจารณาในประเด็นคำว่า “ส่งมอบ” จึงกล่าวได้ว่า กรณีอาจเป็นไปได้ทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบโดยตรงให้สังหาริมทรัพย์ที่ส่งมอบตกอยู่ในเงื้อมมือของหญิงในฐานะผู้รับมอบ ทั้งนี้ จำต้องให้ความสำคัญแก่การพิจารณาที่ฝ่ายชายในฐานะผู้โอนว่า มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่จะส่งมอบให้แก่หญิงตามสัญญาหมั้นหรือไม่ หากชายลักสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นแล้วส่งมอบเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เช่นนี้ แม้ทั้งชายและหญิงมีเจตนาจะทำสัญญาหมั้น แต่ทว่าสังหาริมทรัพย์ที่ได้ส่งมอบกันนั้นเป็นกรณีที่ชายพรากมาจากความครอบครองของบุคคลภายนอกโดยผิดกฎหมาย ชายย่อมไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ชายมีแต่เพียงการครอบครองและเป็นการครอบครองที่มิชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้ แม้หญิงได้แสดงเจตนารับมอบทรัพย์สินโดยสุจริตก็ตาม หญิงก็มิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เนื่องจากชายผู้โอนมิใช่เจ้าของสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว อีกทั้งเจ้าของทรัพย์สินนั้นก็มิได้รู้เห็นยินยอมด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่ชายลักสังหาริมทรัพย์มาจากบุคคลภายนอกผู้ไม่มีกรรมสิทธิ์

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ชายได้ทรัพย์สินมาโดยการครอบครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นชายเป็นผู้เช่าทรัพย์สินนั้น แต่โดยสุจริตกลับหลงลืมจึงส่งมอบเป็นของหมั้นแก่หญิง หรือแม้กระทั่งชายยกยอกทรัพย์สินนั้นมาส่งมอบเป็นของหมั้นแก่หญิง เช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักการแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นที่มาส่วนมากทั้งในเรื่องหมั้นและเรื่องทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นกรณีที่หญิงได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งกฎหมาย เนื่องจากหญิงผู้รับโอนโดยสุจริตได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยสุจริตจากชายผู้โอน โดยที่สังหาริมทรัพย์ในกรณีนี้ชายได้มาโดยการครอบครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ได้ทรัพย์สินมาจากการลักแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ปราบกฏถ้อยคำออกจะล้าหน้าเกินเลยไปจากบรรดาประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ โดยบัญญัติเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการที่บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ โดยได้รับโอนและครอบครองโดยสุจริตแล้ว ยังต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยเสียค่าตอบแทนอีกด้วย เช่นนี้ กรณีประเด็นปัญหาข้างต้น หญิงจึงไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ทั้งที่หากบัญญัติให้สอดคล้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กรณีก็จะทำให้หญิงได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งกฎหมาย อันทำให้บุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของเดิมได้สูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไป ทว่าเจ้าของเดิมอาจดำเนินคดีต่อศาลทั้งทางอาญาและทางแพ่งแก่ชายคู่หมั้นซึ่งเป็นผู้ลักทรัพย์สินดังกล่าวได้

นอกจากนี้ การส่งมอบของหมั้นอาจเป็นกรณีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบโดยปริยาย ไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยยกการครอบครองให้แก่หญิง หรือการโอนกรรมสิทธิ์โดยขาย ครอบครองแทน อีกทั้งยังมีการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบโดยปริยายที่โอนสิทธิเรียกทรัพย์สินอีกด้วย ฉะนั้น ในกรณีที่แต่เดิมนั้นจะมีการทำสัญญาหมั้น ชายมีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยที่หญิง ยึดถือแทนในฐานะผู้ช่วยการครอบครองดังเช่นลูกจ้างเป็นอาทิ อันเป็นกรณีการยึดถือทรัพย์สินภายใต้ อำนาจบังคับบัญชาของชายในฐานะนายจ้าง โดยลูกจ้างไม่มีเจตนายึดถือเพื่อตน เช่นนี้ เมื่อชายและหญิง ทำสัญญาหมั้น การส่งมอบตามที่เป็นจริงย่อมไม่มีความจำเป็น เมื่อคู่หมั้นทั้ง 2 ฝ่ายแสดงเจตนาโอน และเจตนารับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่กันแล้ว หญิงคู่หมั้นย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น โดยสัญญาด้วยการส่งมอบโดยปริยาย นอกจากนี้ หากหญิงยึดถือทรัพย์สินแทนในฐานะผู้ครอบครองแทน อันเป็นการยึดถือแทนโดยยอมรับอำนาจเหนือทรัพย์สินของชายตามข้อตกลงโดยตรงหรือโดยปริยาย ในขณะที่เดียวกันหญิงก็ยึดถือเพื่อตนด้วย เช่น ผู้เช่า ผู้ยืม ผู้รับฝากทรัพย์สิน ฯลฯ ในการนี้ การส่งมอบ ตามที่เป็นจริงย่อมไม่มีความจำเป็นเช่นกัน เมื่อคู่หมั้นทั้ง 2 ฝ่าย แสดงเจตนาโอนและเจตนารับโอนกรรมสิทธิ์ แก่กันแล้ว หญิงคู่หมั้นย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นโดยสัญญาด้วยการส่งมอบโดยปริยาย

ในทางตรงกันข้าม หากแต่เดิมนั้นจะมีการทำสัญญาหมั้น หญิงมีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยที่ชายยึดถือแทนในฐานะผู้ช่วยการครอบครอง เช่นนี้ การที่ชายและหญิงแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาหมั้น โดยที่ชายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่หญิงตามสัญญาหมั้นแต่อย่างใด ย่อมไม่สมบูรณ์เป็นสัญญาหมั้น และไม่มีผลบังคับ นอกจากนี้ หากชายยึดถือแทนในฐานะผู้ครอบครองแทน โดยที่หญิงซึ่งมีกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินนั้นอยู่แล้วเป็นผู้ครอบครองโดยอ้อม ในการนี้ การที่ชายและหญิงแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาหมั้น โดยที่ชายส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว จึงเป็นเพียงการคืนทรัพย์สินให้แก่หญิงในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เช่นกัน มิใช่กรณีการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินให้แก่หญิงตามสัญญาหมั้นแต่อย่างใด เนื่องจากทรัพย์สินที่ฝ่ายชายคืน ให้แก่หญิงดังกล่าวเป็นทรัพย์สินของหญิงทั้งสิ้น หญิงมีกรรมสิทธิ์อันเป็นสิทธิบริบูรณ์ที่สุดในบรรดาสิทธิที่มีอยู่ เหนือทรัพย์สินนั้นอยู่แล้วซึ่งเรียกว่า สิทธิในความเป็นเจ้าของ (Beherrschungsrecht) กรณีจึงไม่สมบูรณ์ เป็นสัญญาหมั้นและไม่ผลบังคับ ทั้งนี้ ทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงหากชายนำมาส่งมอบให้แก่หญิง ไม่ถือเป็นของหมั้น¹⁹⁹ เพราะขาดสาระัตถะที่ว่าด้วยการให้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักฐานว่า ชายจะทำสัญญา สมรสกับหญิง อนึ่ง กรณีนี้ได้หมายถึง ทรัพย์สินที่เคยเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงมาก่อนแล้วภายหลังทรัพย์สินนั้น ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่บุคคลอื่น

¹⁹⁹ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.75-76; พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, *หลักกฎหมายครอบครัว*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น.33-34.

จึงเห็นได้ว่า ทั้งหลักการในเรื่องสัญญาหมั้นและในเรื่องการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ล้วนแล้วแต่อ้างอิงอาศัยหลักการตามกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญยิ่งของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยทั้ง 2 เรื่องนี้ ฉะนั้น เพื่อให้การใช้และการตีความเป็นระบบระเบียบดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นที่มาทั้งในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงสมควรแก่การมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ เพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติเสมือนหนึ่งกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรป

4.5 สัญญาสินสอด

สัญญาสินสอดนั้นคู่กรณีแสดงเจตนาทำกันก่อนสมรส²⁰⁰ คล้ายสัญญาหมั้น ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าคงมีเพียงรองศาสตราจารย์ ดร.รัศมิ์ เอกบุตร ที่ยืนยันการใช้ถ้อยคำว่า “สัญญาสินสอด” อย่างชัดเจนที่สุด²⁰¹

²⁰⁰ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.65; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น.59; รัศมิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น.36.

²⁰¹รัศมิ์ เอกบุตร, *เพิ่งอ้าง*, น.28-29; อนึ่ง นักกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่คุ้นชินกับกฎหมายฝรั่งเศส จนอาจเป็นเหตุทำให้กฎหมายฝรั่งเศสมีอิทธิพลอย่างมากต่อการอธิบายกฎหมายลักษณะครอบครัวของไทย เช่น ดร.ทองเปลว ชลภูมิ (พ.ศ. 2455-2492) ผู้เขียนคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในห้วงเวลาที่สยามเพิ่งมีการประกาศใช้บทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัว ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เสริม วินิจฉัยกุล (พ.ศ. 2450-2528) ผู้ทำคหุณีพนธ์เกี่ยวกับครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อมร จันทรมบูรณม์ อดีตผู้สอนชั้นปริญญาโทในวิชาที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะครอบครัว ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน ผู้ทำคหุณีพนธ์เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหญิงมีสามี และศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายลักษณะครอบครัวซึ่งได้ทำคหุณีพนธ์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะครอบครัวว่าด้วยการหย่า ฯลฯ ในทางตรงกันข้าม นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับกฎหมายแพ่งเยอรมันคงมีแต่เพียงศาสตราจารย์พิเศษ ดร.หยุด แสงอุทัย ผู้เขียนหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะครอบครัว และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ผู้ทำคหุณีพนธ์ว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินของคู่สมรสไทย ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้วิชาการนิติศาสตร์ของไทยวนเวียนอยู่แต่หลักการและทฤษฎีกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จนอาจจะถึงขั้นถูกรอกรบงำและผูกขาดอยู่แต่เพียงองค์ความรู้ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเกือบจะละเลยหลักการและทฤษฎีกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งในความเป็นจริงได้มีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยทั้งในเชิงโครงสร้างและในเชิงเนื้อหาพอสมควร

คงจะเป็นเพราะได้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายแห่งสเปน จึงมิได้ยึดติดผูกขาดอยู่กับระบบความคิดตามกฎหมายแห่งฝรั่งเศสแต่อย่างใด ในการนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักการว่าด้วยสัญญาอันเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ลักษณะ 4 นิติกรรมปรากฏอยู่ในบรรพ 1 หลักทั่วไป มิได้บัญญัติไว้ในบรรพ 2 นั้น ฉะนั้น มิใช่ทุกนิติกรรมทุกนิติกรรมจะเป็นสัญญาทางหนี้ทั้งสิ้น มิใช่ทุกนิติกรรมทุกนิติกรรมจะก่อให้เกิดหนี้²⁰² ในทางตรงกันข้าม กลับมีนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมิใช่สัญญาและมีได้เป็นประเภทหนึ่งของมูลหนี้ เช่น พันัยกรรม การให้สัตยาบันหรือการบอกล้าง โหมฆียะกรรม และการสละกรรมสิทธิ์ ฯลฯ นอกจากนี้ ก็ปรากฏนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิซึ่งมิใช่ทุกนิติกรรมที่ก่อความผูกพันทางหนี้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ การโอนสิทธิเรียกร้อง และการปลดหนี้เป็นอาทิ ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีนิติกรรมที่มิใช่ทุกนิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้และมีใช่ทุกนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์ แต่เป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคล เช่น สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด ฯลฯ พึงสังเกตว่า การผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธินั้น อาจจะเป็นสิทธิสถานะตามบทบัญญัติแห่งบรรพว่าด้วยครอบครัวอันเป็นสิทธิที่มิใช่ทางทรัพย์สินก็ได้ หรืออาจจะเป็นทรัพย์สิน สิทธิเสมือนทรัพย์สิน สิทธิในสิ่งที่ไม่มียุโรป และสิทธิทางหนี้ซึ่งล้วนแต่เป็นสิทธิทางทรัพย์สินก็ได้ โดยมีได้คับแคบเพียงการผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิทางทรัพย์สินเท่านั้นแต่อย่างใด อนึ่ง ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้มีความเด่นชัดในบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมเมื่อเทียบกับหลักการว่าด้วยนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่นนี้ จึงต้องมีการเน้นย้ำให้ตระหนักถึงความเข้าใจในเชิงหลักการขั้นรากฐานว่า ทุกสัญญาเป็นนิติกรรมทั้งสิ้น แต่ใช้ว่าทุกนิติกรรมจะเป็นสัญญาเสมอไปแต่อย่างใด นิติกรรมฝ่ายเดียวมิใช่สัญญา ยิ่งไปกว่านั้น สัญญามีใช่จะเป็นได้แต่เพียงสัญญาทางหนี้เท่านั้น²⁰³ หากแต่อาจจะเป็นสัญญาทางทรัพย์ หรือสัญญาที่ปรากฏตามบรรพว่าด้วยครอบครัว เช่น สัญญาหมั้น สัญญาสินสอด สัญญาสมรส ฯลฯ อีกนัยหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติเรื่องนิติกรรมไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไปในบรรพ 1 หลักทั่วไป ในการนี้ จึงอาจนำไปใช้แก่สัญญาตามลักษณะหนี้ สัญญาตามลักษณะทรัพย์ สัญญาตามลักษณะครอบครัว เช่น สัญญาหมั้น สัญญาสมรส สัญญาถอนสมรส ฯลฯ หรือสัญญาลักษณะมรดกก็ได้ ทั้งนี้ ในเรื่องครอบครัวตามบรรพ 5 และเรื่องมรดกตามบรรพ 6 ก็มีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาบางลักษณะไว้เป็นพิเศษ²⁰⁴

²⁰²ไพจิตร ปุญญพันธ์, การใช้กฎหมายกับปัญหาในทางปฏิบัติที่ได้จากประสบการณ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น.59, 69.

²⁰³Bianca, Cesare Massimo, *supra note 38*, Volume IV : p.13.

²⁰⁴หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.217, 221.

จริงอยู่แม้จะเห็นได้ว่า การให้สินสอดนั้นเป็นการตอบแทนค่าน้ำนม แต่การบังคับกัน ก็คงมิใช่เรื่องของสัญญาต่างตอบแทน ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคสาม บัญญัติให้ฝ่ายชายเรียกคืนได้หากไม่มีการทำสัญญาสมรส ก็มีได้แสดงว่า สัญญาสมรสที่เกิดขึ้น เป็นหนี้ตอบแทน หากแต่เรียกได้เพราะฝ่ายหญิงไม่มีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย ฉะนั้น การให้สินสอด จึงมิได้จำกัดเคร่งครัดว่า จะต้องให้ไว้ก่อนสมรสหรือไม่ การตกลงจะให้สินสอดย่อมมีผลบังคับได้อยู่ในตัว และคงถือว่า ข้อตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง²⁰⁵ ทั้งนี้ การที่ฝ่ายชายได้ให้สินสอดนั้นจักต้อง เป็นการให้สินสอดอย่างแท้จริง มิใช่เสแสร้งหรือจัดฉากว่า มีการให้สินสอดกัน และต้องสันนิษฐานไว้ว่า ทรัพย์ที่ส่งมอบให้กันในลักษณะเป็นสินสอดนั้นเป็นสินสอดทั้งหมด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า มีการตกลงกัน ไว้ก่อนว่า ทรัพย์บางส่วนมิใช่สินสอด²⁰⁶ จึงพิจารณาได้ว่า ในส่วนชั้นหมากนั้น เป็นชั้นใส่หมากพลูเป็นต้น ซึ่งเชิญไปพร้อมกันกับของอื่น ๆ ในพิธีหมั้นหรือแต่งงาน เป็นเครื่องค้ำับผู้ปกครองฝ่ายหญิง²⁰⁷ ฉะนั้น หากชั้นหมากดังกล่าวเป็นทรัพย์ซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ชั้นหมากในกรณีเช่นนี้ก็ถือเป็นสินสอดตามกฎหมาย นอกจากนี้ ในส่วนผ้าไหว้ซึ่งเป็นผ้าที่ฝ่ายชายนำไปให้แก่ญาติผู้ใหญ่ของฝ่ายหญิง เพื่อเป็นการเคารพ ในเวลาแต่งงาน ทั้งนี้ ปัจจุบันหมายถึง ผ้าที่บ่าวสาวนำไปแสดงความเคารพแก่บิดามารดาหรือญาติผู้ใหญ่ ของทั้ง 2 ฝ่าย²⁰⁸ ฉะนั้น หากกรณีเป็นผ้าไหว้ที่ฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครอง ฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ผ้าไหว้ในกรณีเช่นนี้ก็ถือเป็นสินสอดตามกฎหมาย หนึ่ง ในส่วนของรับไหว้ซึ่งเป็นสิ่งของที่มอบให้แก่คู่บ่าวสาวเมื่อมาไหว้หลังพิธีแต่งงาน มักเป็นแก้วแหวน เงินทอง²⁰⁹ จะเห็นได้ว่า ของรับไหว้มิใช่ทรัพย์ที่ฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่า จะสมรสกับหญิงนั้น อีกทั้งมิใช่ทรัพย์ที่ฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรสแต่อย่างใด ฉะนั้น ของรับไหว้ จึงมิใช่ทั้งของหมั้นและสินสอด ทว่าเป็นกรณีให้ในการสมรส ซึ่งผู้ให้จะถอนคืนการให้เพราะเหตุฉุกเฉินมิได้ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 535 (4) อนุวรรคที่ 4 อาจมีกรณีที่จำต้อง คืนทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 406 วรรคสอง ตอนต้น

²⁰⁵ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น.84.

²⁰⁶รัฐภา เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น.33-34.

²⁰⁷ราชบัณฑิตยสถาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 148*, น.184.

²⁰⁸เพ็งอ้าง, น.779.

²⁰⁹เพ็งอ้าง, น.180.

ในส่วนตัวทรัพย์ที่เป็นสินสอดนั้นจะส่งมอบให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี ไม่ว่าจะก่อนทำสัญญาหมั้น ขณะทำสัญญาหมั้น ขณะทำสัญญาสมรส หรือแม้กระทั่งภายหลังจากที่มีการทำสัญญาสมรสไปแล้วก็ได้ เป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญาสินสอดในการที่จะให้ฝ่ายชายส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาสินสอด กรณีจึงมีสิทธิเรียกสินสอดได้²¹⁰ ไม่จำเป็นต้องส่งมอบในขณะที่ตกลงให้สินสอด เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติว่า ทรัพย์อันเป็นสินสอดย่อมตกเป็นสิทธิแก่ฝ่ายหญิงตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาสินสอดแต่อย่างใด ทั้งไม่จำเป็นต้องส่งมอบสินสอดขณะทำสัญญาหมั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ถือว่า สินสอดเป็นสาระสำคัญของสัญญาหมั้น ซึ่งต่างกับของหมั้นอันจักต้องส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงในขณะที่ทำสัญญาหมั้น คือ ก่อนทำสัญญาสมรส กอปรกับทรัพย์อันเป็นของหมั้นย่อมตกเป็นสิทธิแก่หญิงเมื่อได้ทำสัญญาหมั้นอีกด้วย นอกจากนี้ ในการตกลงจะส่งมอบทรัพย์ตามสัญญาสินสอด กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ เพียงตกลงด้วยวาจาก็ใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการตกลงให้สินสอดกันภายหลังทำสัญญาสมรส เช่น สมรสกันแล้วจึงกล่าวถึงสินสอดโดยมิได้มีการตกลงกันมาก่อน และมีการส่งมอบทรัพย์ให้แก่ฝ่ายหญิงไป เช่นนี้ ทรัพย์ที่ส่งมอบไปในกรณีดังกล่าวไม่นับว่า เป็นสินสอดตามกฎหมาย ทว่าเป็นการให้โดยเสน่หา

ด้วยเหตุที่สัญญาสินสอดมีที่มาจากประเพณีของไทยและปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง สัญญาสินสอดจึงมิใช่สัญญาที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งในภาคพื้นยุโรป ฉะนั้น กรณีจึงยากลำบากเมื่อนำสัญญาสินสอดมาพิจารณาตามหลักการและทฤษฎีกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมาย civil law ดังนี้

สัญญาสินสอดในกรณีที่มีข้อตกลงให้ฝ่ายชายส่งมอบทรัพย์ที่เป็นสินสอดในขณะที่ทำสัญญาสินสอดกัน เช่นนี้ กรณีเป็นสัญญาให้โดยเสน่หาที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง เพื่อเป็นการตอบแทนการที่หญิงยินยอมจะทำสัญญาสมรสด้วยกันในเวลาภายหน้า แต่ทว่ามิใช่สัญญาต่างตอบแทน เพราะสัญญาสมรสมิใช่นิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายชายจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องทางหนี้เพื่อบังคับให้หญิงทำสัญญาสมรสกับชายได้แต่อย่างใด และหากในภายหน้าตัวหญิงเองได้ทำสัญญาสมรสกับชายตามที่มีการตกลงกัน พฤติการณ์เช่นนี้ ก็มีใ้การชำระหนี้อีกด้วย ทั้งชายและหญิงจึงมิได้อยู่ในฐานะเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน กล่าวได้ว่า กรณีที่มีการส่งมอบสินสอดในขณะที่ทำสัญญาสินสอด คู่สัญญาย่อมไม่มีหนี้ระหว่างกัน จึงเป็นแต่เพียงนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์ มิใช่นิติกรรมก่อความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ อย่างไรก็ตาม สัญญาสินสอดในกรณีที่เป็นการก่อความผูกพัน ปรากฏในลักษณะที่ฝ่ายชายมิได้ส่งมอบทรัพย์ มีกรณีทรัพย์ในอนาคตเป็นอาทิ ในขณะที่มีการตกลงให้สินสอด เช่นนี้ ลักษณะดังกล่าวจึงเป็นไปในทางค้ำประกันให้สินสอดหรือสัญญาจะให้สินสอดอันเป็นกรณีนิติสัมพันธ์ทางหนี้ หลังจากนั้น ต่อมาเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์อันเป็นสินสอด

²¹⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6385/2551 (สำนักงานศาลยุติธรรม) เล่ม 12 น.78-82.

กรณีเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิอีกนิติกรรมหนึ่งแยกออกจากคำมั่นจะให้สินสอดหรือสัญญาจะให้สินสอด ฟังสังเกตว่า การตกลงให้สินสอดอาจเป็นทรัพย์สินในอนาคตหรือเป็นของผู้อื่นก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติให้การส่งมอบทรัพย์สินเป็นองค์สมบูรณ์แห่งสัญญาสินสอด กอปรกับกฎหมายมิได้บัญญัติให้ทรัพย์สินเป็นสินสอดจกต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ฝ่ายหญิงทันทีที่มีการแสดงเจตนาตกลงให้ทรัพย์สินเป็นสินสอดกันแต่อย่างใด

ในส่วนคำมั่นจะให้สินสอดนั้นเป็นสัญญา เกิดจากการแสดงเจตนาของฝ่ายชายฝ่ายเดียว ที่มุ่งก่อความผูกพันหรือก่อให้เกิดสัญญาขึ้นภายใต้เงื่อนไขหรือข้อกำหนด คือ เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมที่จะทำสัญญาสมรสกับชายในเวลาภายหลัง ด้วยเหตุนี้ เป็นแต่ฝ่ายชายในฐานะผู้จะให้สินสอดผูกพันตนเองฝ่ายเดียวเมื่อได้ทำคำมั่นสำเร็จลง อีกฝ่ายหนึ่งเป็นแต่ผู้รับคำมั่น และผู้รับคำมั่นย่อมมีสิทธิตามคำมั่นโดยไม่ต้องแสดงเจตนาผูกพันด้วยแต่อย่างใด อีกนัยหนึ่ง คำมั่นจะให้สินสอดก็คือ สัญญาระหว่างคู่สัญญา เป็นแต่สัญญาที่ผูกพันฝ่ายชายในฐานะผู้ให้ฝ่ายเดียวที่จกต้องให้ ในการที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาที่จะรับการให้ตามคำมั่นนั้น และในการที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาด้วยการรับมอบทรัพย์สินเป็นสินสอด ก็เกิดสัญญาสินสอดที่เสร็จเด็ดขาด ฟังสังเกตว่า คำมั่นนั้นไม่จำเป็นต้องมีในเรื่องจะให้สินสอดเท่านั้น อาจเป็นคำมั่นในเรื่องอื่น เช่น จะซื้อจะขาย แลกเปลี่ยน หรือเช่าทรัพย์สิน ฯลฯ²¹¹ ฉะนั้น คำมั่นจึงต่างกับคำเสนอตรงที่คำเสนอเป็นเพียงการแสดงเจตนา คำเสนอจึงมิใช่นิติกรรม²¹² คำเสนอจะก่อให้เกิดสัญญา

²¹¹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : กรมสรรพสามิต, 2515), น.380; หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.221; และดู อักษราทร จุฬารัตน, “สัญญา : หลีกทั่วไป,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, หน่วยที่ 9-15, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545), น.201; อนึ่ง หลักกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปมิได้คำนึงถึง consideration แต่ถือเอาเจตนาของคู่กรณีที่จะ “มุ่งโดยตรงต่อการผูกพันสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล” เป็นเกณฑ์ที่ทำให้เกิดความผูกมัด กล่าวคือ หากมีเจตนาของคู่กรณีจะให้เกิดความผูกพันในกฎหมาย ก็ฟ้องร้องขอให้บังคับกันได้ตามหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา (théorie de l'autonomie de la volonté) ดู หยุต แสงอุทัย, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2496* (เนติ.) น.329; ทั้งนี้ ดูรายละเอียดในเรื่อง “consideration” ได้ที่ พินัย ณ นคร, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งตอบแทน,” ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง*, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552), หน่วยที่ 6.

²¹² ดูรายละเอียดได้ที่ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ผลของคำเสนอ-สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 24, น.69-86 (มีนาคม 2537); ดาราพร ธีระวัฒน์, “การก่อให้เกิดสัญญาและการบังคับของสัญญา : การตีความสัญญา,” ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง*, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552),

ก็ต่อเมื่อมีคำสนองจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสนองรับคำเสนอนั้น แต่ทว่าคำมั่นไม่ต้องการแสดงเจตนาสนองหรือบอกกล่าวสนอง คำมั่นก็เกิดขึ้นแล้ว และหากมีการกระทำสำเร็จตามเงื่อนไขที่ตั้งไว้ในคำมั่น เช่นนี้ คู่กรณีในคำมั่นย่อมมีสิทธิตามคำมั่นดังกล่าวนั้น อนึ่ง สิทธิตามคำมั่นเป็นสิทธิที่มักตั้งอยู่บนหลักอันเนื่องมาจากการให้คำมั่นระหว่างกันหรือมีข้อตกลงกันไว้ก่อนในการก่อตั้งสิทธิเช่นนั้น ทั้งนี้ โดยนิตินัย คำมั่นจะให้สินสอดจึงเป็นสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรสด้วยอันเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน กล่าวคือ เมื่อหญิงได้ยอมที่จะทำสัญญาสมรสกับชายในเวลาภายหลัง สัญญาย่อมมีผลและฝ่ายชายในฐานะผู้ให้คำมั่นย่อมผูกพันต้องส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นสินสอดตามที่ได้ให้คำมั่นไว้ อย่างไรก็ตาม หากมีการอ้างว่า คำมั่นจะให้สินสอดเป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียว มิใช่สัญญาฝ่ายเดียว เช่นนี้ ย่อมเป็นการยากแก่ตัวผู้อ้างเองที่จะยืนยันได้ว่า มีความผูกพันหรือนิติสัมพันธ์ทาง “หนี้” เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายชายในฐานะผู้ให้คำมั่นกับฝ่ายหญิงในฐานะผู้รับคำมั่นแล้ว และเมื่อไม่มี “หนี้” การใช้สิทธิเรียกร้องในการฟ้องร้องบังคับตามคำมั่นอาจจะไม่สามารถทำได้ในระบบกฎหมายไทย ณ ปัจจุบัน

ส่วนสัญญาจะให้สินสอดเป็นสัญญาก่อนสัญญาหรือสัญญาจะทำสัญญา (Vorvertrag; pactum de contrahendo) กล่าวคือ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาเดียวกันได้สัญญาว่า จะไปทำสัญญาใหญ่ (Hauptvertrag) กันในเวลาต่อไป²¹³ เช่นนี้ สัญญาจะให้สินสอด ได้แก่ สัญญาซึ่งคู่สัญญาตกลงจะไปทำสัญญาให้สินสอดในเวลาภายหลัง ฉะนั้น ความมุ่งหมายของสัญญาจะให้สินสอดก็คือ คู่สัญญาอยากผูกมัดกันและกันเพื่อจะไปทำสัญญาสินสอดที่เสร็จเด็ดขาดในเวลาภายหลัง โดยคู่สัญญาเองยังไม่พร้อมที่จะทำสัญญาสินสอดที่เสร็จเด็ดขาดในขณะปัจจุบัน ยังไม่มีเงินเพื่อซื้อทรัพย์สินที่จะนำมาส่งมอบเป็นสินสอด กอปรกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้กำหนดแบบสัญญาจะให้สินสอด จะเห็นได้ว่า สัญญาจะให้สินสอดเป็นนิติกรรมก่อนความผูกพันหรือสัญญาทางหนี้ และต่อมาเมื่อฝ่ายชายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมที่จะทำสัญญาสมรสกับชายในเวลาภายหลัง เช่นนี้ กรณีเป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์อื่นเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือสัญญาทางทรัพย์สิน ทั้งนี้ ตามหลักการจึงมีการแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญา

หน่วยที่ 5; หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.34; อักษราทร จุฬารัตน, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.117; Lange, Heinrich, *BGB Allgemeiner Teil*, 15. Auflage (München : C.H.Beck, 1974), S.36 IV 3; Torrente, Andrea e Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, 11° edizione (Milano : Giuffrè, 1981), p.499.

²¹³ศันนท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.336-337; หยุต แสงอุทัย, *เพ็งอ้าง*, น.218-220.

ทางทรัพย์สินออกจากกัน อนึ่ง หากฝ่ายชายไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะให้สินสอดด้วยการไม่ส่งมอบทรัพย์สินฝ่ายหญิงในฐานะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมฟ้องเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินได้

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้กำหนดว่า สินสอดตกเป็นสิทธิแก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงเมื่อใด ทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรปมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยเหตุนี้ จึงอธิบายกันโดยถือวิสาสะมิได้อ้างอิงตัวบทกฎหมายใดทั้งสิ้นที่ชัดเจนว่า ทรัพย์สินที่เป็นสินสอดย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงไปแล้วตั้งแต่ขณะเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่กัน²¹⁴ โดยไม่ต้องคำนึงว่า หญิงจักได้ทำสัญญาสมรสกับชายแล้วหรือไม่ก็ตาม ฉะนั้น การคืนสินสอดจึงไม่อาจใช้สิทธิติดตามและเอาคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 จักต้องนำบทบัญญัติในเรื่องลามิควรรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1437 วรรคสี่ ในการนี้ พึงสังเกตว่า การคืนทรัพย์สินฐานลามิควรรได้นั้น ลามิควรรได้เป็นมูลหนี้ประเภทหนึ่ง ผู้เรียกคืนมีสิทธิเรียกร้องทางหนี้ มิได้มีทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นสินสอดอย่างไรก็ดี สิทธิเรียกร้องไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิทางหนี้หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้เสมอไป ด้วยเหตุที่สิทธิเรียกร้องอาจเกิดจากความสัมพันธ์ทางอื่นก็ได้ ดังความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เช่น สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ ก็เป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสิทธิที่เรียกว่า กรรมสิทธิ์ โดยมีใช้สิทธิมีอำนาจเหนือแต่อย่างใด ทั้งนี้ นักกฎหมายไทยผู้เชี่ยวชาญประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งในด้านกฎหมายลักษณะทรัพย์สินและกฎหมายลักษณะหนี้ต่างก็มีทรรศนะที่เห็นพ้องกัน²¹⁵ ฉะนั้น การเข้าใจไปว่า สิทธิทุกประการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1336 มีอาการการใช้สิทธิเป็นสิทธิมีอำนาจเหนือทั้งสิ้น ปราศจากอาการการใช้สิทธิเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์มิใช่เรื่องหนี้ นั้น เป็นชุดความคิดที่ไร้ความลึกซึ้งทางหลักการและทฤษฎีกฎหมายแพ่งในระบบกฎหมาย civil law

²¹⁴ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 76, น.84-85; ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 77, น.69; รัชฎา เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 197, น.37.

²¹⁵ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 40, น.17; ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 102, น.95-96; ไพจิตร บุญญพันธุ์, *ประมวลบันทึกหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกา พร้อมด้วยดุลินดี*, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2546), น.445-447; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 2, น.23, 126-127; สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 29, น.145-146; สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 155, น.156-157; โสภณ รัตนากร, “การฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนมีอายุความหรือไม่,” *อุลพาห*, เล่ม 1, ปีที่ 42, น.15-31 (มกราคม-มีนาคม 2538).

เพราะฉะนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงควรมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ให้เสมอกันกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรป เพื่อที่อย่างน้อยที่สุด ณ เรื่องสัญญาสินสอด ในประเด็นเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาก็จะมีบทกฎหมายทั่วไปยืนยันชัดเจนว่า สินสอดที่ฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิงนั้น กรรมสิทธิ์ได้ตกไปยังผู้รับตั้งแต่เวลาที่ส่งมอบไปแล้ว ซึ่งเป็นการให้เป็นของขวัญเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมที่จะทำสัญญาสมรสกับชาย²¹⁶ เช่นนี้ ฝ่ายชายในฐานะผู้โอนก็จะมีได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ส่งมอบไปแล้วนั้นอีกต่อไป หากมีการผิดสัญญาเรื่องสินสอด ฝ่ายชายต้องใช้สิทธิฟ้องทางแพ่งเรียกสินสอดคืน ไม่มีสิทธิฉกฉวยเอาทรัพย์ที่เป็นสินสอดคืนโดยพลการ หากมีการลักทรัพย์ดังกล่าวโดยฉกฉวยเอาซึ่งหน้า มีความผิดฐานวิงวาททรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 336 วรรคหนึ่ง²¹⁷

ณ ที่นี้ จากการวิเคราะห์สัญญาให้ สัญญาจ้างทำของ สัญญายืมใช้สลับ สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด ทำให้เห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติถึงวิธีที่กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะเปลี่ยนมือจากบุคคลหนึ่งมายังอีกบุคคลหนึ่งอันเนื่องมาจากนิติกรรมไว้โดยทั่ว ๆ ไป เหมือนเช่นกฎหมายภาคพื้นยุโรปโดยมาก ดังที่ได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 4 มิได้บัญญัติถึงการที่กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เปลี่ยนมือโดยผลแห่งกฎหมายเท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 195 วรรคสอง และมาตรา 370 วรรคสอง ก็เป็นแต่เพียงบัญญัติให้ทรัพย์เป็นวัตถุแห่งหนี้ และความรับผิดชอบระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้น มิได้มีผลกระทบกระทั่งกรรมสิทธิ์ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติทั่วไปถึงวิธีที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือมายังอีกบุคคลหนึ่งเนื่องจากนิติกรรม ทำให้เกิดมีกรณีช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้น ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากสัญญาให้ สัญญาจ้างทำของ สัญญา ยืมใช้สลับ สัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด ดังที่เพิ่งได้วิเคราะห์แล้วในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ตัวอย่างที่เห็นได้ง่าย ๆ อีกก็คือ กรณีผู้ซื้อชำระราคาให้แก่ผู้ขาย กรณีผู้เช่าชำระเงินค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่า กรณีนายจ้างชำระเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง กรณีผู้กู้ชำระเงินกู้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ และอีกหลายกรณีในทำนองนี้ เงินที่ชำระหนี้จะตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ข้างต้นตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตราใด ยิ่งไปกว่านั้น หากการชำระหนี้ดังกล่าวปรากฏมี “เงินทอน” อันเป็นเงินส่วนที่เกินไปจากหนี้ที่ผู้ขาย ผู้ให้เช่า นายจ้าง ผู้ให้กู้ และอีกหลายกรณีในทำนองนี้ จำต้องจ่ายกลับคืนให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนี้ เงินทอนดังกล่าวจะตกเป็นของผู้ซื้อ ผู้เช่า ลูกจ้าง ผู้กู้

²¹⁶ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.66.

²¹⁷คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7868/2560 (เนติ.) น.2516-2520.

และอีกหลายกรณีในทำนองนี้ ตั้งแต่เมื่อใดและด้วยวิธีการอย่างไร โดยเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตราใด นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่ได้รับชำระหนี้แล้วมีการจัดทำ “ใบเสร็จรับเงิน” ซึ่งก็คือ หลักฐานเป็นหนังสือเพื่อแสดงการชำระหนี้ของลูกหนี้โดยให้ไว้แก่ลูกหนี้ กรณีก็เป็นปัญหาเช่นเดียวกันว่า ลูกหนี้จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในตัวแผ่นกระดาษที่เป็นใบเสร็จรับเงินดังกล่าวตั้งแต่เมื่อใด และด้วยวิธีการอย่างไร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตราใด เช่นนี้ ในกฎหมายต่างประเทศมีคำตอบโดยการนำบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา มาปรับใช้แก่กรณีเพื่อวินิจฉัยให้เป็นไปตามหลักการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ แต่ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไว้แต่อย่างใด เพราะฉะนั้น จากที่ได้วิเคราะห์ ณ บทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงเห็นสมควรแก่การบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในบรรพว่าด้วยทรัพย์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน แต่ก็มีระบบแตกต่างกันในบางเรื่อง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นกฎหมายผสม คือ หลายมาตราที่นำมาจากกฎหมายสวิสและฝรั่งเศส ทั้งที่เทียบเคียงมาจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นเป็นส่วนมาก ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนำกฎหมายจากหลายประเทศมาปนเปกันนี้เอง การอธิบายบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงยากมาก¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้จัดทำขึ้นในคราวเดียวและประกาศใช้พร้อมกันทั้ง 6 บรรพแต่อย่างใด ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจัดทำขึ้นในห้วงเวลาที่แตกต่างกัน ซึ่งท้ายที่สุดได้ส่งผลต่อปัญหาความเป็นระบบหลายประการ ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในแต่ละบรรพ ผู้ร่างกฎหมายได้ร่างด้วยความวิริยะอุตสาหะ เพราะต้องศึกษาประมวลกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ในห้วงเวลาที่สยามยังมีผู้รู้กฎหมายและภาษาต่างประเทศไม่มากมายเท่าใดนัก ทั้งยังต้องร่างให้สอดคล้องกับประเพณีและวัฒนธรรมของสยามในเวลานั้นด้วย กอปรกับการจัดทำประมวลกฎหมายจำต้องมีความสอดคล้องกลมกลืนมีเนื้อความที่สอดคล้องโดยมิให้ขัดแย้งกัน ลำพังเพียงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพให้สอดคล้องประสานเป็นเนื้อเดียวกันก็ยากเย็นแสนเข็ญมากพอแล้ว เพราะเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพนั้นมีจำนวนมาก แต่เวลาที่ใช้ในการจัดทำมีเพียงเล็กน้อยค่อนข้างจำกัดอย่างยิ่ง เพราะมีปัญหาทางการเมืองเป็นกรอบกำหนด เช่นนี้ เมื่อทยอยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจนครบถ้วนแล้ว โอกาสที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละบรรพจะสอดคล้องประสานให้เป็นระบบเดียวกันอย่างไรก็ดีก็ยิ่งทวีความยากลำบากอีกมหาศาล

¹หยุด แสงอุทัย, “การได้ทรัพย์สินสิทธิในสังหาริมทรัพย์,” นิติสาส์น, แผนกสามัญ, เล่ม 10, ปีที่ 15, น.23, 32 (ตุลาคม 2485); “จะเห็นว่าผู้ร่างเอกเทศสัญญาโดยเฉพาะเรื่องซื้อขายไม่เข้าใจโครงสร้างของประมวลและหลักนิติกรรมลอย เพราะฉะนั้น เรื่องซื้อขายที่เป็นเอกเทศสัญญา จึงนำเอาหลักการซื้อขายในฝรั่งเศส และเรื่องซื้อขายสินค้าของอังกฤษมาใช้ ตามหลักนี้ เหตุแห่งการโอนพอเพียงที่จะโอนกรรมสิทธิ์แล้ว (มาตรา 458 ของไทย) อันนี้จะเห็นว่าขัดต่อโครงสร้างของประมวลแพ่ง” ดู รองพล เจริญพันธุ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป The Allgemeiner Teil, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์ การพิมพ์, 2520), น.72-73.

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์พิเศษ² โสภณ รัตนากร (พ.ศ. 2474-2561) อดีตประธานศาลฎีกา และอดีตกรรมการกฤษฎีกา ได้เขียนบทความซึ่งมีใจความกระตั้นเตือนนักศึกษาวิชานิติศาสตร์ ดังนี้

กฎหมายของเรามีได้มีประวัติศาสตร์ใกล้เคียงกับระบบใดเลย เพราะเรามีได้พัฒนา
กฎหมายของเราขึ้นมาเอง เราลอกแบบกฎหมายของต่างประเทศมา . . .

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราเดินตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
ซึ่งเป็นซีวิลลอว์เป็นส่วนใหญ . . .

บางกรณีเราก็ตีความหลักกฎหมายที่เอามาใช้แตกต่างไปจากที่เจ้าของเดิมใช้ก็มี
ทั้งนี้เพราะการตีความกฎหมายย่อมคำนึงถึงประวัติศาสตร์และประเพณีซึ่งเป็นที่มา
ของกฎหมายด้วย แต่เราไปลอกกฎหมายของเขามา เราไม่มีประวัติศาสตร์หรือประเพณี
อันเป็นที่มาของกฎหมาย และผู้ใช้กฎหมายก็ไม่ได้สนใจถึงประวัติศาสตร์หรือประเพณี
ดั้งเดิมของกฎหมายนั้น³

กอปรกับเมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา
ตามกฎหมายลักษณะซื้อขายนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยถือตามประมวลกฎหมาย
แพ่งฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาขึ้น เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ของไทยถือหลักเรื่องนิติกรรมและสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เมื่อพิจารณาลึกลงไปถึง
รากฐานของสัญญาที่มีผลให้กรรมสิทธิ์โอนแล้วอาจเกิดปัญหาขัดแย้งได้ ในทำนองว่า ถือเหตุตามกฎหมาย
ในระบบหนึ่ง แต่ทว่ากลับถือผลตามกฎหมายในอีกระบบหนึ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น
ยึดถือระบบการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
กฎหมายในหลายประเทศจึงนับว่า การส่งมอบและการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเกิดพร้อมกัน หากไม่ส่งมอบ
ก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ อนึ่ง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของ
ทรัพย์นั้น ความเป็นเจ้าของทรัพย์ต่างกับตัวทรัพย์เอง ความเป็นเจ้าของทรัพย์เป็นนามธรรม มองไม่เห็น
จับต้องมิได้ แต่ตัวทรัพย์เป็นรูปธรรม โปรดสังเกตว่า หากเป็นกรณีตัวทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ของไทย บรรพ 3 ใช้คำว่า “ส่งมอบ” แต่หากเป็นกรณีความเป็นเจ้าของทรัพย์ใช้คำว่า
“โอน” เพราะความเป็นเจ้าของทรัพย์เป็นนามธรรมหยิบยื่นกันมิได้ การส่งมอบจึงเป็นเรื่องของรูปธรรม

²มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์พิเศษ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 17 มกราคม 2525 เป็นต้นไป ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งศาสตราจารย์พิเศษ
ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2525; ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอนที่ 17 น.5 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 5
กุมภาพันธ์ 2525

³โสภณ รัตนากร, “ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์,” อุลพาท, เล่ม 2,
ปีที่ 62, น.2, 3, 9 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558).

เช่นเดียวกันกับตัวทรัพย์ ทั้งนี้ คำว่า “ส่งมอบทรัพย์” อาจทำให้เข้าใจผิดคิดเห็นเป็นว่า หมายความว่าถึงเรื่องหยิบยื่นส่งมอบของ (traditio) ซึ่งเป็นการกระทำควรรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “ทำการ” อาจปนเป็นเรื่องเดียวกันไป ภาษาอังกฤษคำแปลก็ใช้คำว่า “delivery” มีความหมายต่างกับความหมายของคำว่า “to give” หรือ “to transfer” ซึ่งตรงกันกับภาษาละติน “dare” ภาษาฝรั่งเศส “donner” ที่หมายความว่าถึง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ และการส่งมอบเป็นเงาตามตัว ในกรณี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 3 (ฉบับ พ.ศ. 2467) มาตรา 453 ตามร่างเดิมกำหนดให้ถือการส่งมอบเป็นเกณฑ์ คล้ายประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 433⁴ และกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ต้องมี traditio ประกอบด้วยจึงจักเป็นการเด็ดขาด ปราบกฎข้อความทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁵ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าบรรพ 3 ที่ใช้อยู่เวลานี้ มาตรา 453 มีหลักการคล้ายกันกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งถือเอาความตกลงเป็นใหญ่ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ขายนั้นยอมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน โดยไม่ต้องรอการส่งมอบทรัพย์ที่ซื้อขายให้แก่กัน แต่ก็มีเพียงเอกเทศสัญญา ลักษณะซื้อขายรวมไปถึงลักษณะแลกเปลี่ยนที่ใช้ตามโดยอนุโลมเท่านั้น ในทางตรงกันข้าม การส่งมอบกลับเป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวกับความเด็ดขาดของสัญญาอีกหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาให้ สัญญา ยืม ใช้สัณเปลี่ยน รวมไปถึงสัญญาหมั้น และสัญญาสินสอด ฯลฯ

ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่น อันมิใช่สัญญาซื้อขาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งสัญญาลักษณะอื่น ๆ ดังเช่นสัญญาจ้างทำของ เป็นอาทิ จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตั้งอยู่บนฐานของความประจักษ์ชัดในทางรูปธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ แม้สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว แต่ทว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปเมื่อใดอย่างไรนั้นเป็นเรื่องในทางทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นจะตกไปยังผู้ว่าจ้างก็ต่อเมื่อได้มีนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิเกิดขึ้น โดยแบ่งแยกออกจากนิติกรรมก่อให้เกิดความผูกพัน เมื่อได้มีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จ้างทำโดยประสงค์ให้มีการ

⁴Schuster, Ernest Joseph, *The Principles of German Civil Law*, (Oxford : Clarendon Press, 1907), pp.209-236; Bürgerliches Gesetzbuch. § 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

⁵สารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร), พระ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา), 3 ตอน (พระนคร : ตงฮั่วมิ่งป้อ, 2467), ตอนที่ 3 : น.366-368; และพึงทราบว่า สาเหตุที่พระสารสาสน์ประพันธ์มีข้อมูลเกี่ยวกับต้นร่าง เนื่องจากในห้วงเวลาตั้งแต่ พ.ศ. 2469 ได้รับราชการในตำแหน่งเลขานุการกรมร่างกฎหมาย และต่อมามีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้เป็นกรรมการประจำกรมร่างกฎหมาย ตามประกาศตั้งกรรมการกรมร่างกฎหมาย ลงวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2475 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 น.313 วันที่ 28 สิงหาคม 2475) เพราะฉะนั้น จึงไม่มีเหตุผลอันใดเลยที่จะทำให้ข้าพเจ้าสงสัยเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือในข้อมูลดังกล่าวของพระสารสาสน์ประพันธ์

โอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น อีกทั้งยังมีการส่งมอบสินจ้างเกิดขึ้นอีกนิติกรรมหนึ่งด้วย ทั้งนี้ กรณีนี้ได้เป็นไปตามหลักความเป็นเงื่อนไขซึ่งเมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญานั้นจะตกไปยังผู้รับโอนทันทีแต่อย่างใด ข้อนี้ควรเป็นบทกฎหมายทั่วไป หมายความว่า กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ไม่อาจโอนไปยังผู้รับโอนตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาทางหนึ่ ดังเช่นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 458 หากแต่ต้องมีข้อตกลง โอนกรรมสิทธิ์และการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับโอนอีกด้วย

โดยการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้แบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์สินให้ออกจากกันอย่างเด็ดขาด เช่น ไประบุถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในบทบัญญัติสำหรับลักษณะหนึ่ ดังเช่นในเรื่องสัญญาซื้อขายนั้น มีเรื่องกรณีนิติบัญญัติเพราะบรรพ 4 ประกาศใช้บังคับหลังจากบรรพ 3 อีกทั้งสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาในชีวิตประจำวัน ฉะนั้น เมื่อประกาศใช้บรรพ 3 จึงมีบทบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวด้วย ทำให้ความคิดของนักศึกษากฎหมายไทยไม่ชัดเจน ผลร้ายจึงเกิดขึ้นในเมื่อทำความเข้าใจพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้จักต้องแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด การนำเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ไปปะปนกันทำให้เข้าใจผิดไปว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องผลแห่งสัญญาตามลักษณะหนึ่ ซึ่งอันที่จริงมิใช่เช่นนั้น ผลแห่งสัญญาตามลักษณะหนึ่เป็นแต่ทำให้คู่กรณีต้องจัดการส่งมอบทรัพย์สินและจัดการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน แต่ปัญหาที่ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้เปลี่ยนมือไปโดยแท้จริงหรือไม่และวิธีการโอนกรรมสิทธิ์เป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องทรัพย์สิน ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญากับกฎหมายที่ใช้บังคับเรื่องทรัพย์สินย่อมแตกต่างกัน⁶ ด้วยเหตุนี้ในการศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องแบ่งแยกเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ให้ออกจากกันอย่างเด็ดขาด มิบังควรจะทำให้ความคิดปะปนกันโดยอาศัยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ลักษณะซื้อขายได้บัญญัติเรื่องทั้งสองไว้ ณ ที่เดียวกัน

⁶ดูรายละเอียดได้ที่ สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา), (พระนคร : สยามพาณิชย์การ, 2482), น.261-265, 278-287; สายหยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.113-114; “ก็เป็นที่น่าหนักใจ ปกติพื้นฐานความคิดของคนไทยไม่ค่อยสนใจวิชาการลึกซึ้ง แต่กลับมองตัวบทกฎหมายที่ปรากฏแก่สายตาเป็นสำคัญ นอกจากนั้นความคิดของคนส่วนใหญ่เป็นแบบปัจเจกชนนิยมเสียมากกว่า เมื่อการสอนกฎหมายในประเทศไทยแต่เดิมน่าสอนตรงกับความคิดของคนไทยแบบนี้อยู่แล้ว คือสอนตัวบทกับฎีกา คนไทยเราจึงเปลี่ยนนิสัยและความเชื่อยาก” ดู รongพล เจริญพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.21.

5.2 ข้อเสนอแนะและอุปสรรค

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นใหม่หลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส ประกาศใช้แล้ว ฉะนั้น จึงน่าเชื่อว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยคงจะดำเนินตามหลักกฎหมายทั้งสองยิ่งกว่าจะดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเก่ากว่า นอกจากนี้ การจัดโครงสร้าง “บรรพ” “ลักษณะ” “หมวด” “ส่วน” แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยิ่งกว่าใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในการนี้ ข้าพเจ้าจึงมีทรรศนะว่า บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามกฎหมายไทย ควรยึดระบบที่ตั้งอยู่บนหลักการโอนด้วยการส่งมอบ โดยถือเอาการส่งมอบการครอบครองเป็นการกระทำตามสัญญาทางทรัพย์ แต่คงมีข้อยกเว้นเมื่อมีบทกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เกิดขึ้นเมื่อใด ก็เป็นไปตามบทกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ ดังเช่นซื้อขายและแลกเปลี่ยน อนึ่ง หลักการแสดงออกโดยแจ้งชัดด้วยการส่งมอบนี้ แม้จะมีผู้เห็นว่า เป็นหลักโบราณเพราะเคยใช้กันมาในกฎหมายโรมันก็ตาม แต่ก็เป็่วิถีทางเดียวที่จะคุ้มครองทั้งคู่กรณีและบุคคลภายนอก โดยทำให้บุคคลทุกคนมีทางที่จะรู้ได้ว่า กรรมสิทธิ์ตกอยู่กับใคร โดยมีข้อสันนิษฐานในกฎหมายเป็นเบื้องต้นว่า ผู้ครอบครองย่อมมีกรรมสิทธิ์ เพราะต้องได้รับมาซึ่งการครอบครองอันเป็นเหตุให้กรรมสิทธิ์โอน อันเป็นการพิจารณากฎหมายและใช้กฎหมายที่ตรงกันกับความคิดของประชาชนทั่วไปที่ว่า การยึดถือครอบครองเป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์ย่อมถูกสันนิษฐานว่า เป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์นั้น

เพราะฉะนั้น จึงเห็นสมควรแก่การบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 1303/1 “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น แต่หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม นอกจากนี้ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอก”

ถอดความเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Subject to the provisions of this Code, a transfer of any real right appertaining to a movable thing should, as a general rule, take effect only upon its delivery. However, in the case where the transferee has been in possession of the movable thing, the transfer takes effect as from the time of the parties’ agreement

to such transfer. But, where the transferor remains in possession of the movable thing, the transferor and the transferee may, in place of making the delivery for the purpose of transferring ownership, make an agreement which causes the transferee to acquire indirect possession. In addition, where the movable thing in question is possessed by a third party, the transferor may, in place of its delivery, transfer ownership by transferring to the transferee a claim of such movable thing against such third party.”

เพราะฉะนั้น ดังที่ได้พิจารณากันมาแล้วว่า ประมวลกฎหมายระบบ civil law ในตระกูล Germanist (Pandectist) ซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกัน ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาร์เจนตินา เป็นอาทิ ล้วนแล้วแต่มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยมีแนวความคิดตามหลักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ หันไปยอมรับหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลแห่งเจตนา ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายแพ่งที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติยิ่งกว่า นักกฎหมายไทยเยี่ยงนี้จักปรากฏซึ่งฉันทาคติอุปกับโมหาคติเพื่ออุ้มชูหลัก “เสนอ-สนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน” ราวกับว่าเป็นบทกฎหมายทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซ้ำร้ายยังเป็นอุปสรรคอย่างแข็งกร้าวต่อการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปที่จะให้เป็นไปตามหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาด้วยการส่งมอบ

จึงกล่าวได้ว่า หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยการส่งมอบอันเป็นการได้มาโดยนิติกรรม กอปรกับหลักการแบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ออกจากกัน อย่างเด็ดขาด ส่วนการได้มาโดยสุจริตจากผู้ไม่มีสิทธิโอน เป็นการได้มาโดยผลแห่งกฎหมาย มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความมั่นคงทางพาณิชย์โดยเฉพาะ ในกรณีนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยการส่งมอบ เป็นหลักการที่สอดคล้องกับบทกฎหมายทั่วไปดังที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งเยอรมัน สวิส สเปน ไต้หวัน กรีซ เกาหลีใต้ เนเธอร์แลนด์ บราซิล และอาร์เจนตินา ฯลฯ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีอิทธิพลในการร่างบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งทางตรงและทางอ้อม ฉะนั้น หากจะมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปดังเช่นข้อเสนอแนะของข้าพเจ้า ก็จะเป็นการสอดคล้องกับบรรดาประมวลกฎหมายแพ่งต่าง ๆ และตรงตามรากฐานของหลักกฎหมายไม่เป็นประมวลกฎหมายที่ผิดกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอื่น ๆ โดดเดี่ยว “พันทาง” อยู่แต่ผู้เดียว

และที่สำคัญที่สุดก็คือ ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาโดยบรรพตลาการเมื่อกว่า 8 ทศวรรษมาแล้ว ซึ่งได้วินิจฉัยเป็นปทัสถานว่า ลูกหนีนำเงินมาชำระแก่เจ้าหนี้ เมื่อลูกหนี้ได้นำเงินเสร็จกองให้แล้ว และยังได้ลงลายมือชื่อสลักหลังสัญญาระบุว่า ได้ชำระเงินแล้ว กอปรกับลูกหนี้ยังได้กล่าวอีกด้วยว่า เงินนี้หมดเรื่องของฉันแล้ว จะมาทวงฉันอีกมิได้ เช่นนี้ ย่อมแสดงว่า ลูกหนี้ได้นำเอาการส่งมอบนั้น

สมบูรณ์แล้ว อีกทั้งเจ้าหนี้ก็รับว่า ได้รับมอบเงินแล้วเช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้น เมื่อมีบุคคลภายนอกได้แย่งชิงเอาเงินดังกล่าวไป โดยใช้มีดเป็นศาสตราวุธขู่ให้เจ้าหนี้เอากลับคืน จึงเป็นการชิงทรัพย์เจ้าหนี้หาใช่ชิงทรัพย์ลูกหนี้ไม่ เพราะนับว่า ได้ส่งมอบและรับมอบเงินกันแล้ว⁷ จึงเห็นได้ว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยปราศจากการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงจำต้องสร้างแนวคำวินิจฉัยกำหนดให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายด้วยการส่งมอบ ฉะนั้น เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับนานาอารยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตระกูลที่มีการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะหนี้และกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด กอปรกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นและคำอธิบายในสรรพตำราของบรรดานักกฎหมายไทย ดังที่ได้นำเสนอมาแล้ว จึงสมควรอย่างยิ่งที่จักต้องมีหลักการอ้างอิงเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ด้วยการส่งมอบ ปรากฏไว้ในบรรพว่าด้วยทรัพย์แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่า หากไม่มีการชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ใด ๆ เลย ในประเด็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย อันทำให้เกิดมีกรณีช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นอย่างแน่นอน

⁷คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1194/2482 (ธรรมสาร) เล่ม 23 น.1813-1818.

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

กมล สนิทเกษตริน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยจ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน.

พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2537.

_____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืมและฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร :
นิติบรรณการ, 2527.

กร ชัยธีระสุเวท. ประวัติศาสตร์เยอรมนี ฉบับกระชับ. กรุงเทพมหานคร : ศยาม, 2562.

กำชัย ทองหล่อ. หลักภาษาไทย. กรุงเทพมหานคร : รวมสาส์น, 2550.

กิตติวัฒน์ จันท์แจ่มใส. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยการประสานกฎหมาย : ภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติเกี่ยวกับ
กฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2556.

_____. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.

_____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะบุคคล : บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 10.
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563.

_____. หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ. ปัญหาการติดตามเงินคืนตามหลักกรรมสิทธิ์. งานวิชาการรำลึก ปาฐกถานิติศาสตร์
ธรรมศาสตร์ ชุด ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

_____. สิทธิยึดหน่วง : บุคคลสิทธิหรือทรัพย์สิน? งานวิชาการรำลึก ปาฐกถานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์
ชุด ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2560.

กীরติ บุญเจือ. ตรรกวิทยาและตรรกวิทยาสัญลักษณ์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ขุน ศรียาภัย. คำสอนชั้นปริญญาตรี หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล ทรัพย์ นิติกรรม หนี้.
พิมพ์ครั้งที่ 3. พระนคร : คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

- เข็มชัย ชูติวงศ์ และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. 3 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน. ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2534.
- คณิต ณ นคร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน ตัวแทนค้าต่าง นายหน้า
จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2559.
- จำนงค์ ทองประเสริฐ. ตรรกศาสตร์ ศิลปะแห่งการนิยามความหมายและการให้เหตุผล. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2548.
- จิต เศรษฐบุตร. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482.
- _____ . ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ
และรับขน. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493.
- _____ . ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผากทรัพย์สิน. จิตติ ดิงศภัทย์
และสุธีร์ ศุภนิตย์ (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- _____ . คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้. 2 เล่ม. พระนคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2512.
- _____ . คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผากทรัพย์สิน เก็บของในคลังสินค้า ประณีประยอม
การพินันและขันต่อ. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492.
- _____ . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. จิตติ ดิงศภัทย์ และดาราวพร ธีระวัฒน์
(บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2530.
- _____ . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา. ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์
(บรรณาธิการ). กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

- จิตร ภูมิศักดิ์. ความเป็นมาของคำสยาม, ไทย ลาว และขอม และลักษณะทางสังคมของชื่อชนชาติ ฉบับสมบูรณ์ พร้อมข้อเท็จจริงว่าด้วยชนชาติขอม. กรุงเทพมหานคร : ไทยควอลิตี้บุ๊คส์, 2562.
- _____. ศัพท์สันนิษฐานและอักษรวิจิตร. วิชัย นภารัศมี (บรรณาธิการ). กรุงเทพมหานคร : ไฟาเดียวกัน, 2548.
- จินดา บุญอาคม. คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงาน, จ้างทำของ. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.
- จิรประภา อัครบวร. 5 ทศวรรษ การพัฒนาคนเกาหลีใต้. กรุงเทพมหานคร : กรณการพิมพ์, 2559.
- จุมพล แดงสกุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย : กฎหมาย วิชานิติศาสตร์ และนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- เจริญ ไชยคุปต์. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและหนี้โดยย่อ. พระนคร : ชวนพิมพ์, 2508.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ญี่ปุ่นกับมหาเอเซียบูรพา. กรุงเทพมหานคร : สร้างสรรค์, 2548.
- _____. ประวัติศาสตร์จีน ค.ศ. 1900-1949. กรุงเทพมหานคร : สร้างสรรค์, 2561.
- ฉันทวัฒน์ วรทัต. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. สารนารูเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศ และของไทย. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- เชื้อ คงคากุล. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์, เช่าซื้อ, จ้างแรงงาน, จ้างทำของ, รับขน. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2494.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- _____. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร. ภาษากับการเมือง/ความเป็นการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิชา, 2556.
- ดาราดพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- _____. “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา : การตีความสัญญา.” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง. หน่วยที่ 5. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.

- เดือน บุนนาค. คำสอนกฎหมายฝรั่งเศส. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2476.
- _____. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2489.
- ตำรา กระทรวงธรรมการ, กรม. ปทานุกรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : กรมตำรา กระทรวงธรรมการ, 2470.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2562.
- _____. สังคมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563.
- เทพวิฑูรพุดสรตบตี (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. 5 ตอน.
พระนคร : ปอพง, 2477.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องมาตรา ว่าด้วยนิติกรรม ระยะเวลา อายุความ
กำชัย จงจักรพันธ์ (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ
ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ไทร, เรียว [平 良]. เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง กฎหมายสัญญาและซื้อขายของญี่ปุ่น. แปลโดย
พิเชษฐ เมลาพันธ์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- ธงชัย วินิจจะกุล. นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม : ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย.
ปาฐกถาพิเศษ ป่วย อึ้งภากรณ์ ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : Way, 2563.
- _____. ออกนอกขนบประวัติศาสตร์ไทย : ว่าด้วยประวัติศาสตร์นอกขนบและวิถีวิทยาทางเลือก.
นนทบุรี : ฟ้าเดียวกัน, 2562.
- ธเนศ วงศ์ยานนาวา. การสร้างความสมเหตุสมผล (ของใคร ?). กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ธรรมบุญญตนิกร (ประวัติ ปัตตพงศ์), หลวง. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม.
ฝากทรัพย์, เก็บของในคลังสินค้า, ประณีประนอม, การพินันและขั้นต่อ. พระนคร : มหาวิทยาลัย
วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. ภาษากฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทระเสน. คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะจ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับขน.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- _____. หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะยืม-ฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

- นววรรณ พันธุ์เมธา. คลังคำ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์, 2559.
- _____ . ไวยากรณ์ไทย. บรมราชกุมารีอักษรานุกรักษ์ ลำดับที่ 5. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร :
โครงการเผยแพร่ผลงานวิชาการ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะ. อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย.
 กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2523.
- นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สาขาวิชา. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1.
 หน่วยที่ 9-15. พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545.
- _____ . เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. 2 เล่ม.
 นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544.
- นิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ภาควิชา.
บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557.
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. ปากไก่และใบเรือ. พิมพ์ครั้งที่ 4. นนทบุรี : ฟ้าเดียวกัน, 2555.
- โนะดะ, โยะมิยูกิ [野田良之]. กฎหมายญี่ปุ่น การศึกษาเปรียบเทียบทางสังคม-วัฒนธรรม. แปลโดย
พิเชษฐ เมลาณนท์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์. ไพโรจน์ วายุภาพ (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 17.
 กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- ประกอบ หุตะสิงห์. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.
 กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2518.
- ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอนโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 6.
 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
 ธรรมศาสตร์, 2558.
- _____ . ภาษาละตินสำหรับนิติศาสตร์และสังคมศึกษา. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- _____ . วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- _____ . หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง. บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทากรณและคำแนะนำ
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2. 2 ตอน. พระนคร : นิติสาส์น, 2473.
- ประภาศน์ อวยชัย. ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรม
ราชูปถัมภ์, 2536.

- ประภาช วนิกเกียรติ. คำสอนชั้นปริญญาตรี คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ฝากทรัพย์, เก็บของในคลังสินค้า. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2496.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- _____. หลักกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- ประสพสุขุมนิติ (ประมุข สุวรรณศรี), หลวง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2520.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 7 จ้างทำของ. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2475.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2554.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2562.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ประเสริฐมนูกิจ (ประเสริฐ ศิริสัมพันธ์), หลวง. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม, ฝากทรัพย์, เก็บของในคลังสินค้า, ปรานีประนอม, การพินันและขั้นตอน. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477.
- ประเสริฐศุภมาตรา (จรรยา จันทรสุมบุรณ์), ขุน. หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499.
- ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- _____. นิติปรัชญา. กิตติศักดิ์ ปกติ (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- ปัญญา ถนอมรอด. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำนำ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2559.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะยืม ฝากทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.

- _____ . คำอธิบาย ยืม ผากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2562.
- _____ . ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2562.
- พรพรรณ ทองตัน. โทคิชิ มาซาโอะ ที่ปรึกษากฎหมายกระทรวงยุติธรรมของสยามในสมัยรัชกาลที่ 5. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2558.
- พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา. หลักกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2543.
- พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร. กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ 1. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526.
- _____ . ภาษีตามกฎหมายลาติน-ไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2554.
- พิชาญ บุลง [Guyon, René Charles]. พิชาญอนุสรณ์. พระนคร : สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2506.
- พินัย ณ นคร. กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2561.
- _____ . คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2558.
- พิพัฒน์ พสุธารชาติ. คราสและควินิน : รื้อ-สร้าง ‘ปากไก่และใบเรือ’ ของ นิธิ เอียวศรีวงศ์. กรุงเทพมหานคร : ภาพพิมพ์, 2560.
- พิรุณา ดิงศภัทัย (บรรณาธิการ). การใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : กองทุน ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- โพยม เลขยานนท์. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 3. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2502.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. การใช้กฎหมายกับปัญหาในทางปฏิบัติที่ได้จากประสบการณ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2549.
- _____ . การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546.
- _____ . เกร็ดตามหลักกฎหมายแพ่งที่มีสาระสำคัญ. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2556.
- _____ . บันทึกการตรวจสอบคุณภาพต้นฉบับประเภทตำรา : ยืมและฝากทรัพย์. บันทึกการตรวจสอบ ในการประเมินผลงานทางวิชาการเพื่อพิจารณากำหนดตำแหน่งทางวิชาการ ทบวงมหาวิทยาลัย : หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและคำอธิบายกฎหมายลักษณะชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้ และบันทึก การตรวจสอบในการประเมินผลงานทางวิชาการ : คำอธิบายกฎหมายลักษณะชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2552.
- _____ . ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2548.
- _____ . ประมวลบันทึกหมายเหตุคำพิพากษาฎีกา พร้อมด้วยดุลินิติ. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2546.
- _____ . หนี้ตามสัญญาให้โดยเสน่หา. พิมพ์ครั้งที่ 3. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2555.
- _____ . “สัญญาโอนกรรมสิทธิ์.” ใน นิติสาร : รพี. น.150-152. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531.

- ไพจิตร ปุญญพันธ์ และประพนธ์ ศาตะมาน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครวั. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- _____. ย่อหลักกฎหมายครอบครวั. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- _____. รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครวั. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ และรศ.ดร. เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยครอบครวั. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ วายภาพ. การเขียนคำพิพากษากับภาษาเขียน. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2563.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- ภูมินทร์ บุตรอินทร์. การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- มนูภาณวิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน), พระ. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย, แลกเปลี่ยน, ให้. พระนคร : สยามพณิชยการ, 2480.
- _____. คำอธิบายเช่าทรัพย์, เช่าซื้อ, จ้างแรงงาน, จ้างทำของ, รับขน. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2490.
- มานะ พิทยาภรณ์. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : พับลิคิสนเนสพริ้นท์, 2532.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- มุนินทร์ พงศาปาน. ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- ยาตาเบ, ยาสูกิจิ [矢 田 部 保 吉]. การปฏิวัติและการเปลี่ยนแปลงในประเทศสยาม : บันทึกของทูตญี่ปุ่น ผู้เห็นเหตุการณ์ปฏิวัติ 2475. แปลโดย มูราซึมา, เออิจิ [村 嶋 英 治] และนครินทร์ เมฆไตรรัตน์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2562.
- รองพล เจริญพันธ์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป The Allgemeiner Teil. กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.

- _____ . นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.
- _____ . รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายกฎหมายครอบครัว : การหมั้น. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555.
- _____ . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว : บิดามารดาและบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2555.
- _____ . ถาม-ตอบ กฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2561.
- _____ . ราชบัณฑิตยสถาน (ราชบัณฑิตยสภา). กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2550.
- _____ . พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพมหานคร : ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556.
- _____ . พจนานุกรมโบราณศัพท์ ฉบับราชบัณฑิตยสภา. นนทบุรี : ซี.ซี.นอลลิติจลิคส์, 2563.
- _____ . พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2556.
- _____ . พจนานุกรมศัพท์เฮอร์โมไดนามิกส์. กรุงเทพมหานคร : ด้านสุทธาการพิมพ์, 2548.
- _____ . พจนานุกรมศัพท์ศึกษาศาสตร์ร่วมสมัย ฉบับราชบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร : เจียฮั่ว, 2558.
- _____ . ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สหมิตรพริ้นติ้ง, 2557.
- _____ . สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. 30 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : สหมิตรพริ้นติ้ง, 2544.
- _____ . หลักเกณฑ์การใช้เครื่องหมายวรรคตอนและเครื่องหมายอื่น ๆ หลักเกณฑ์การเว้นวรรค หลักเกณฑ์การเขียนคำย่อ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, 2551.
- _____ . ลิขิต ธีรเวคิน. การพัฒนาของประเทศญี่ปุ่น. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัย คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- _____ . แลงการ์ด, โรแบร์ต [Lingat, Robert]. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิภลย์ พงศ์พินิตานนท์ (บรรณาธิการ). กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- _____ . วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554.
- _____ . คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- _____ . ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2561.
- _____ . วิจิตรมาตรา (สง่า กาญจนาคพันธุ์), ชุน. ส่วนวนไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทย-ญี่ปุ่น). 2543.
- _____ . วิชา มหาคุณ. การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- _____ . วิฑูรธรรมพินิจ (ไต่ะ อัมระนันท์), พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พระนคร : สยามบรรณกิจ, ม.ป.ป.

- วิเทศจรรยาภักษ์ (บุญรอด จุลเนตร์), หลวง. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ยืม, ฝากทรัพย์, เก็บของในคลังสินค้า, ประาณีประนอม, การพะนัันและขันต่อ. พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493.
- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2562.
- วิริยะ (บุญเรือน) เกิดศิริ. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 2. พิมพ์ครั้งที่ 3. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517.
- _____. นิติกรรม สัญญา และหนี้. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- ศันนัทกรณ์ โสทธิพันธ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- _____. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- _____. คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- _____. ถาม-ตอบนิติกรรม-สัญญา (มุลหนี่ 1). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- _____. อธิบายศัพท์นิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- ศรีธรรมาธิเบศ (พระยาจินดาภิรมย์; จิตร ณ สงขลา), เจ้าพระยา, เทพวิฑูรพหุลศรุตชาติ (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา และ มานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 มีทั้งตัวบท คำอธิบาย และอุทาหรณ์. พระนคร : โสภณพิพรตมธนากร, 2467.
- ศรีราชา วงศารยางกูร (เจริญพานิช). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- ศรีสุนทรโวหาร (น้อย อาจารยางกูร), พระยา. ภาษาไทย. 3 เล่ม. พระนคร : แพร์พิทยา, 2514.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2557.
- สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. ความรู้กฎหมายทั่วไป กฎหมายในชีวิตประจำวัน. พิมพ์ครั้งที่ 3. ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- สมจิตร ทองศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- สมชัย ฑิฆาอุตมากร. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, 2554.

- สมทบ สุวรรณสุทธิ. คำสอนชั้นปริญญาตรี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พระนคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.
- สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- _____. หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา. 4 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.
- สมาทานหิตะคดี (ไป๋ โปรคูปต์; โป-ระ สมาทาน), ขุน. พจนานุกรมกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549.
- สอาด นาวิเจริญ. คำบรรยาย ป.พ.พ. บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2517.
- สฤษดิ์ สัจจวานิช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ
จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 2. ธนบุรี : นิติบรรณการ, 2512.
- สารนัยประสาสน์ (ธัญญา ณ สงขลา), หลวง. พัฒนาการการศึกษากฎหมายในประเทศไทย. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499.
- สารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร), พระ. คำสอนชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์
พิศดาร (หนี้). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา). 3 ตอน. พระนคร : ตงฮั่วมิ่งป้อ, 2467.
- สุชาชัย ยิ้มประเสริฐ. กาลครั้งหนึ่งของโปรตุเกส : ประวัติศาสตร์โปรตุเกสจากจักรวรรดิทางทะเลสู่สาธารณรัฐ
ประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561.
- สุธินันท์ พงศ์ไพบูลย์. หลักภาษาไทย. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2544.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์.
จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2558.
- _____. “จ้างทำของ.” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 1. หน่วยที่ 8-15. น.227-262.
นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2547.
- _____. ระบบกฎหมายเกาหลี. กรุงเทพมหานคร : สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2530.
- _____. สัญญายืมและฝากทรัพย์ว่าด้วยกฎหมายไทยและญี่ปุ่น. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา
และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- สุนีย์ มัลลิกะมาลย์. วิทยาการวิจัยทางนิติศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2555.
- สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี. 5 ภาค. กรุงเทพมหานคร :
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

- สุปิ่น พูลพัฒน์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน
จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2527.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า
ประนีประนอมยอมความ การพินันและขั้นตอน. พิมพ์ครั้งที่ 3. นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี :
ม.ป.พ., 2515.
- สุรศักดิ์ มณีศร. “อำนาจของผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง.” ใน ที่ระลึก 60 ปี พิธีใหญ่ ใจหาญ. น.143-149.
กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และกรรณิกา จรรย์แสง (บรรณาธิการ). ร. แล่งกาด กับไทยศึกษา. กรุงเทพมหานคร :
ศูนย์ข้อมูลเพื่อการค้นคว้าวิจัยฝรั่งเศส-ไทยศึกษา, 2548.
- สุวิทย์ นิ่มน้อย. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้. พิมพ์ครั้งที่ 6.
กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายสมัยอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- _____. คำสอนว่าด้วยเช่าทรัพย์-เช่าซื้อ-จ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับขน-ยืม-ฝากทรัพย์-เก็บของ
ในคลังสินค้า. ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2476.
- _____. ชีวลิขิต. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมฤตก. พระนคร : จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2508.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. มุรินทร์ พงศاپาน (บรรณาธิการ).
พิมพ์ครั้งที่ 4. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- _____. อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร :
เนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- เสริม จันทร์ฉาย. รังสีอาทิตย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. นครปฐม : หน่วยวิจัยพลังงานแสงอาทิตย์ ภาควิชาฟิสิกส์
คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2560.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้. นครหลวง
กรุงเทพมหานครบุรี : กรมสรรพสามิต, 2515.
- _____. เอกเทศสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499.
- เสาวนีย์ อัสวโรจรณ์. คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2562.
- โสภณ รัตนานกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 11.
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556.

- โสร้งจ้ หงศ์ลตารมภ์. ตรรกวิทยาสัญลักษณ์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- _____. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา. จตุรนต์ ธีระวัฒน์ (บรรณาธิการ). กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- _____. กฎหมายลักษณะครอบครัว : รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา. ไพโรจน์ กัมพูสิริ (บรรณาธิการ). กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- _____. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- _____. การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา). พระนคร : สยามพณิชยการ, 2482.
- _____. การศึกษาวិชากฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : ประกายพริก, 2546.
- _____. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- _____. คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- _____. คำอธิบายกฎหมายแพ่งเยอรมัน. พระนคร : แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513.
- _____. ช่องว่างแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- _____. แนวคำถามคำตอบนิติกรรมและสัญญา ตามคำบรรยายของ ดร.ประกอบ หุตะสิงห์. พระนคร : นำเชียการพิมพ์, 2514.
- _____. แนวคำถามคำตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยนและให้. นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : นำเชียการพิมพ์, 2515.
- _____. แนวคำถามคำตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ ตามคำบรรยายของศาสตราจารย์กำธรพันธุ์ลาภ. นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : นำเชียการพิมพ์, 2515.
- หยุด แสงอุทัย และเสริม วินิจฉัยกุล. กฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศชั้นปริญญาโท. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- อนุมัติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล. นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยสัญญา. พระนคร : แพร์พิทยา, 2514.
- อักษราทร จุฬารัตน. การใช้และการตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2553.

- _____ . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- อังคณาดี ปิ่นแก้ว. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- อับดุลฮาгим วันแอะเลาะ. ตรรกศาสตร์อิสลาม. นนทบุรี : สมาคมคุรุสัมพันธ์อิสลามแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2563.
- อาทิตยทิพอาภา, พระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้า. ประวัติศาสตร์สมัยการปฏิวัติฝรั่งเศสและสมัยนโปเลียน โบนาปาร์ต. พระนคร : เจตนาผล, 2477.
- อานนท์ มาเม้า. กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- _____ . กรรมสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- อาร์ม ตั้งนิรันดร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557.
- อิสมาแอ อาลี. อุศุลฟิกฮฺ. พิมพ์ครั้งที่ 2. ปัตตานี : มิตรภาพ, 2552.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. คำอธิบายกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส. พระนคร : แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513.
- _____ . ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล). พระนคร : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2514.
- อุปกิตศิลปสาร (นิ่ม กาญจนาชีวะ), พระยา. ไวยาภาษาไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : แม็โปสพ, 2548.
- _____ . ปราชญ์หลักภาษาไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : แม็โปสพ, 2548.
- _____ . หลักภาษาไทย : อักษรวิธี วจีวิภาค วากยสัมพันธ์ ฉันทลักษณ์. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2548.
- เอญูต์, อองรี [Eygout, Henri]. ธรรมศาสตร์ (ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป). แปลโดย เสริม วินิจฉัยกุล. พระนคร : นิติสาส์น, 2477.

บทความวารสาร

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. “กฎหมายกับพัฒนาการของสังคมไทย : จากลัทธิกระแสไฟฟ้ามาสู่สัญลักษณ์โทรศัพท์.” ไทยคดีศึกษา. ฉบับที่ 2. ปีที่ 2. (เมษายน-กันยายน 2548) : 36-54.

- _____ . “บันทึกการเสวนาการปฏิรูประบบการศึกษากฎหมาย จากมุมมองของเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 31. (มีนาคม 2544) : 1-30.
- _____ . “ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส : ความเป็นมาและลักษณะที่น่าสนใจบางประการ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 16. (กันยายน 2529) : 83-99.
- _____ . “ประวัติศาสตร์การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 42. (ธันวาคม 2556) : 674-707.
- _____ . “ผลของคำเสนอ-สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 24. (มีนาคม 2537) : 69-86.
- _____ . “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 19. (มิถุนายน 2532) : 78-102.
- เชมภูมิ (ประณีต) ภูมิถาวร. “ความเป็นมาของการบันทึกหมายเหตุวิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาในประเทศไทย.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 44. (มีนาคม 2558) : 175-214.
- จิต เศรษฐบุตร. “การศึกษากฎหมายในฝรั่งเศส.” นิติสาส์น. เล่ม 1. ปีที่ 19. (มกราคม-มีนาคม 2491) : 11-21.
- _____ . “หลักเบื้องต้นแห่งการตีความตัวบทกฎหมายตามกฎหมายฝรั่งเศส.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 7. เล่ม 11. (2482) : 1200-1206.
- จิตติ ดิงศักดิ์. “การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 11. (มีนาคม 2524) : 1-36.
- _____ . “คำจำกัดความการวิจัยทางนิติศาสตร์.” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 8. (กุมภาพันธ์ 2527) : 14-30.
- _____ . “ได้ทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิโอน.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 4. เล่ม 27. (2513) : 839-862.
- _____ . “บุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 9. (มีนาคม 2520) : 40-47.
- _____ . “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน (ตอนที่ 1).” บทบัญญัติ. ตอนที่ 3. เล่ม 39. (กันยายน 2525) : 253-271.
- _____ . “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน (ตอนที่ 2).” บทบัญญัติ. ตอนที่ 4. เล่ม 39. (ธันวาคม 2525) : 401-419.
- _____ . “ส่งมอบทรัพย์สินผิด ปัญหาทางอาญา.” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์. ฉบับพิเศษ. รวมบทความทางวิชาการ อนุสรณ์ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย. (2523) : 240-250.
- ฉันทิชย์ โสคติพันธ์. “Corpus iuris และการพัฒนาของวิชานิติศาสตร์ในยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 21. (ธันวาคม 2534) : 537-548.

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. “หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ.” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์. ฉบับพิเศษ. รวมบทความทางวิชาการ อนุสรณ์ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย. (2523) : 73-133.
- ดูปลาตร์, หลุยส์ [Duplatre, Louis]. “คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส (ภาค 2).” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 5. ปีที่ 5. (สิงหาคม 2475) : 414-420.
- เดือน บุนนาค. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 11. ปีที่ 8. (กุมภาพันธ์ 2478) : 928-935.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 5. ปีที่ 9. (สิงหาคม 2479) : 463-470.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 6. ปีที่ 9. (กันยายน 2479) : 541-548.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 7. ปีที่ 9. (ตุลาคม 2479) : 629-636.
- ทวี ฤกษ์จำนง. “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 1. เล่ม 20. (มกราคม 2505) : 86-104.
- _____. “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 4. เล่ม 20. (ตุลาคม 2505) : 867-892.
- _____. “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 4. เล่ม 21. (ตุลาคม 2506) : 983-1003.
- ชนกฤต วรณัชชากุล (ชนกร วรปรัชญากุล). “การร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในสมัยนโปเลียน โบนาปาร์ต.” จลนिति. ฉบับที่ 1. ปีที่ 3. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2549) : 33-40.
- ประกอบ หุตะสิงห์. “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 7. เล่ม 11. (2482) : 1207-1230.
- ประชุม โฉมฉาย. “ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับวิธีการและการแก้ปัญหาในการเขียนสารนิพนธ์และวิทยานิพนธ์.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 28. (มีนาคม 2541) : 167-180.
- _____. “ประวัติศาสตร์กฎหมายในทางทฤษฎีและการปฏิบัติ : ประสบการณ์ของไทยในมุมมองแองโกล แซกซอน.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 12. (มกราคม-มิถุนายน 2562) : 7-22.
- ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง. “การเรียนกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสโดยย่อ.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 11. เล่ม 4. (มิถุนายน 2469) : 660-677.
- _____. “เก็ดประมวลกฎหมาย เรื่อง พระเจ้าโนโปเลออง (นโปเลียน) กับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 1. ปีที่ 6. (เมษายน 2476) : 58-68.

- _____ . “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” นิติสาส์น. เล่ม 7. ปีที่ 2. (ตุลาคม 2472) : 315-338.
- _____ . “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” นิติสาส์น. เล่ม 12. ปีที่ 2. (มีนาคม 2472) : 636-667.
- _____ . “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 10. ปีที่ 3. (มกราคม 2473) : 613-644.
- _____ . “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 2. ปีที่ 5. (พฤษภาคม 2475) : 106-116.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน.” อุลพาท. เล่ม 1. ปีที่ 15. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511) : 53-59.
- ปวริศร เลิศธรรมเทวี. “นิติวิธีว่าด้วยการตีความ : หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎี และแนวปฏิบัติ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 46. (กันยายน 2560) : 727-748.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. “การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 2. เล่ม 27. (2513) : 441-467.
- พิชาญ บุลง [Guyon, René Charles]. “การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม.” แปลโดย วิษณุ วรัญญู. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 23. (มีนาคม 2536) : 97-129.
- พินัย ณ นคร. “การจัดการศึกษากฎหมายของไทย และแนวทางในการปรับปรุงแก้ไข.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 31. (มีนาคม 2544) : 31-45.
- เพชร จารุสกุล. “ความสับสนของการใช้คำในกฎหมาย (3) : ‘ไม่ผูกพัน’ ‘หลุดพ้น’.” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. ฉบับที่ 1. ปีที่ 25. (มิถุนายน 2556) : 2-12.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. “คำมั่นสัญญา (ตอน 3 - การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบ).” อุลพาท. เล่ม 1. ปีที่ 56. (มกราคม-เมษายน 2552) : 21-33.
- _____ . “คำมั่นสัญญา (ตอน 6 - การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่).” อุลพาท. เล่ม 2. ปีที่ 56. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552) : 11-18.
- _____ . “คำมั่นสัญญา (ตอน 7 - การฟ้องบังคับให้ส่งมอบกรณีสัญญาไม่สมบูรณ์หรือบริบูรณ์).” อุลพาท. เล่ม 2. ปีที่ 56. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552) : 19-22.
- _____ . “จดหมายเปิดผนึกถึงศาสตราจารย์นิรนาม.” อุลพาท. เล่ม 2. ปีที่ 57. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2553) : 162-205.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. “การใช้และการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 42. (ธันวาคม 2556) : 667-673.
- ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล. “การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายญี่ปุ่น.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 9. (2520) : 120-122.

- มาร์แชล, โวล์ฟกัง ไพรแอร์ ฟอน [Marschall, Wolfgang Freiherr von]. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย.” แปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 26. (มีนาคม 2539) : 122-141.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับมโนภาพหรือข้อความคิดและการนิยามในทางนิติศาสตร์.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 34. (กันยายน 2547) : 368-378.
- วิชฌู เครื่องงาม. “การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย.” วารสารราชบัณฑิตยสถาน. ฉบับที่ 4. ปีที่ 27. (ตุลาคม-ธันวาคม 2545) : 969-982.
- ศรินทร์กรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. “กฎหมายเปรียบเทียบ : พื้นฐานความคิด.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 25. (ธันวาคม 2538) : 664-683.
- _____. “การแยกกฎหมายพาณิชย์ออกจากกฎหมายแพ่ง.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 36. (ธันวาคม 2550) : 781-802.
- สอาด นาวีเจริญ. “ชื่อและความหมายของนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ประกอบ.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 1. เล่ม 14. (มีนาคม 2485) : 124-130.
- สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 4. ปีที่ 5. (กรกฎาคม 2475) : 271-282.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 5. ปีที่ 5. (สิงหาคม 2475) : 351-366.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 6. ปีที่ 5. (กันยายน 2475) : 484-490.
- _____. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 9. ปีที่ 5. (ธันวาคม 2475) : 802-819.
- _____. “หัวข้อคำอธิบายหลักกฎหมาย ‘หนี้และนิติกรรม’.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 4. ปีที่ 6. (กรกฎาคม 2476) : 220-241.
- โสภณ รัตนกร. “การฟ้องเรียกทรัพย์สินมีอายุความหรือไม่.” ตุลพาห. เล่ม 1. ปีที่ 42. (มกราคม-มีนาคม 2538) : 15-31.
- _____. “ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์.” ตุลพาห. เล่ม 2. ปีที่ 62. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558) : 1-11.
- หยุด แสงอุทัย. “การได้ทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 10. ปีที่ 15. (ตุลาคม 2485) : 21-33.
- _____. “การโอนสิทธิเรียกร้อง.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 12. ปีที่ 13. (มีนาคม 2484) : 1531-1538.
- _____. “ความคิดในทางกฎหมาย.” นิติสาส์น. แผนกสามัญ. เล่ม 2. ปีที่ 13. (พฤษภาคม 2483) : 203-222.

_____ . “ตำรากฎหมายในประเทศไทย.” นิติศาสตร์. เล่ม 4. ปีที่ 18. (ตุลาคม-ธันวาคม 2490) : 1001-1084.

_____ . “ปัญหาการแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 15. (กันยายน 2528) : 169-180.

อานนท์ มาเม้า. “ข้อสังเกตระหว่างกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : กรณีศึกษาบันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ว่าด้วยข้อกังวลต่อการเรียนการสอนกฎหมายในสยาม.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 42. (ธันวาคม 2556) : 775-797.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วย ‘ซื้อขาย’.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 4. เล่ม 28. (2514) : 816-837.

_____ . “กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส.” บทบัญญัติ. ตอนที่ 3. เล่ม 29. (2515) : 578-613.

Störig, Hans Joachim [ชเตอร์ริก, ฮันส์ โยอาคิม]. “ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19.” แปลโดย วรวิทย์ กนิษฐะเสน. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 9. (มิถุนายน 2520) : 48-83.

วิทยานิพนธ์

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ปัญหาการเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน ตามมาตรา 1303 ป.พ.พ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

ไกรสร บารมีอวยชัย. “แบบแห่งนิติกรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

โจว, สี่เหมย [周喜梅]. “ปัญหาเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินโดยการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขาย.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

ทิวานนท์ อุทัย. “เงื่อนไขความเป็นผลแห่งนิติกรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

ธิดา สุทธิวรชัย. “การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

ธีราพร ดิษยาธิคม. “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

นวรรตน์ ตระกูลพรายงาม. “ปัญหาผลของโมฆะกรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

นิติ ผดุงชัย, นาวาอากาศตรี. “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.

บุษยมาศ มุ่งสันติ. “ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

- พรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์. “ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.
- พรรคดี ผกากรอง. “การจัดร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสยาม : พ.ศ. 2451-2478.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2538.
- พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. “การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต แผนกวิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.
- พิรดา ศรีพรหม, พันตำรวจตรีหญิง. “ปัญหาการใช้กำลังบังคับเพื่อเอาคืนสิ่งหาทรัพย์สินที่เจ้าของส่งมอบให้บุคคลอื่นครอบครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ลักษณ วิริยะงามวงศ์. “ปัญหาผลทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- วรินเศรษฐ์ สุขประเสริฐ. “สถานะสินสอดตามกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- วีรวัฒน์ จันทโชติ. “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.
- ศิวะพร อาสนศักดิ์. “การเรียกสิ่งหาทรัพย์สินเนื่องจากนิติกรรมตกเป็นโมฆะ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- ศุภัททิยะ ศุภางคเสน. “สัญญาเืม : ศึกษาในเชิงทฤษฎี.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- อิตติะ, จุงโซ [徐 甲 眞 三]. “การรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกในประเทศญี่ปุ่น : ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

BOOKS

- Alpa, Piero Guido and Zeno-Zencovich, Vincenzo. Italian Private Law. The University of Texas at Austin Studies in Foreign and Transnational Law. Oxon : Routledge-Cavendish, 2007.
- Al-Suyuti, Jalal al-Din [جلال الدين السيوطي]. Ibn Taymiyya against the Greek Logicians. Translated by Hallaq, Wael. New York : Oxford University Press, 2001.
- Ancel, François et Fauvarque-Cosson, Bénédicté. Le nouveau droit des contrats. Paris : LGDJ, 2019.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo. Istituzioni di diritto romano. 14° edizione. Napoli : Jovene, 1984.
- Augusto, Eduardo Agostinho Arruda. Registro de Imóveis, Retificação de Registro e Georreferenciamento : Fundamento e Prática. São Paulo : Saraiva, 2013.

- Bar, Christian von and Clive, Eric. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition. 6 volumes. New York : Oxford University Press, 2010.
- Bar, Christian von et al. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. Munich : sellier. european law publishers GmbH, 2009.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel. Précis de droit civil. 11^e édition. 3 Tomes. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1913.
- Becker, Joseph Ernest de. Annotated Civil Code of Japan. 4 volumes. District of Columbia : University Publications of America, 1979.
- _____. The Principles and Practice of the Civil Code of Japan. London : Butterworth, 1921.
- Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. 7 volumi. Milano : Giuffrè, 1993.
- Bueres, Alberto José. Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. 2 Tomos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Hammurabi, 2014.
- Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. 2^a edición. 6 Tomos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2016.
- Cartwright, John and Whittaker, Simon (editors). The Code Napoléon Rewritten : French Contract Law after the 2016 Reforms. Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law Volume 25. Oregon : Hart, 2017.
- Chomchai, Prachoom. Gleanings of Thai Private Law in a Roman and Anglo-Saxon Setting : A Preliminary Exercise in Legal History and Comparative Law. Bangkok : The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials of the Faculty of Law, Thammasat University, 2015.
- Cohn, Ernst Joseph. Manual of German Law. 2 volumes. New York : Oceana, 1968.
- Colin, Ambroise Victor-Charles et Capitant, Henri-Lucien. Précis de droit civil. 7^e édition. 3 Tomes. Paris : Dalloz, 1939.
- Dalhuisen, Jan Hendrik. Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law. 5th edition. 3 volumes. Oxford : Hart, 2013.
- David, René and Brierley, John Elmes Campbell. Major Legal Systems in the World Today. 3rd edition. London : Stevens & Sons, 1985.
- Dawson, John Philip. The Oracles of the Law. New York : William S. Hein, 1986.

- Erp, Sjeff van and Akkermans, Bram. Cases, Materials and Text on Property Law, Oxford : Hart, 2012.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte et Wicker, Guillaume (éditeurs). La réforme du droit français des contrats. Droit comparé et européen Volume 31. Paris : Société de législation comparée, 2019.
- Fenet, Pierre-Antoine. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. 15 Tomes. Paris : Videcoq, 1856.
- Ferid, Murad. Das französische Zivilrecht. 2 Bände. Frankfurt am Main : Alfred Metzner Verlag, 1971.
- Franzoni, Massimo. Degli effetti del contratto. 2^o edizione. 2 volumi. Milano : Giuffrè, 2013.
- Friedrich, Carl Joachim. "The Ideological and Philosophical Background." in Schwartz, Bernard (editor). The Code Napoleon and the Common-Law World. pp.1-18. New York : New York University Press, 1956.
- Füller, Jens Thomas. Eigenständiges Sachenrecht?. Tübingen : Mohr Siebeck, 2006.
- Giorgianni, Michele. Corso di diritto civile. L'obbligazione. Roma : Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma, 1974.
- Giudice, Federico del e Beltrani, Sergio. Nuovo dizionario giuridico romano. Napoli : Simone, 1992.
- Gmür, Rudolf. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Bern : Stämpfli, 1965.
- Grotius, Hugo. De iure belli ac pacis. libri tres. New Jersey : The Lawbook Exchange, 2008.
- Heck, Philipp Nicolai von. Grundriß des Sachenrechts. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.
- Houtcieff, Dimitri. Droit des contrats. 4^e édition. Région de Bruxelles-Capitale : Bruylant, 2018.
- Hyland, Richard. Gifts : A Study in Comparative Law. New York : Oxford University Press, 2009.
- Josserand, Étienne Louis. Cours de droit civil positif français. 3^e édition. 3 Tomes. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- Kischel, Uwe. Rechtsvergleichung. München : C.H.Beck, 2015.
- Klang, Heinrich Adalbert. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 4 Bände. Wien : Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1933.
- Larenz, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. 9. Auflage. 2 Bände. München : C.H.Beck, 1968.
- Larroumet, Christian. Droit civil. 5 Tomes. Paris : Economica, 1984.
- Lasarte Álvarez, Carlos. Principios de Derecho civil. 10^a edición. 7 Tomos. Madrid : Marcial Pons, 2010.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. 14 Tomos. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Lucarelli, Francesco. Diritti civili e istituti privatistici. Padova : Cedam, 1983.
- Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent. Droit des contrats spéciaux. 10^e édition. Paris : LGDJ, 2018.
- Mehren, Arthur Taylor von. The Civil Law System. New Jersey : Prentice Hall, 1957.
- Merryman, John Henry. The Civil Law Tradition. California : Stanford University Press, 1969.
- Montholon, Charles-Tristan de. Récits de la captivité de l'empereur Napoléon à Sainte-Hélène. 2 Tomes. Paris : Paulin, 1847.
- Nicholas, John Kieran Barry Moylan. An Introduction to Roman Law. Oxford : Clarendon Press, 1975.
- Oda, Hiroshi. Japanese Law. 3rd edition. New York : Oxford University Press, 2012.
- Peres, Tatiana Bonatti. Opção de compra. 2.^a edição. Paraná : Thoth, 2019.
- Planiol, Marcel Ferdinand. Traité élémentaire de droit civil. 11^e édition. 3 Tomes. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931.
- Plessis, Paul du. Borkowski's Textbook on Roman Law. 5th edition. Oxford : University Press, 2015.
- Plessis, Paul du et al. The Oxford Handbook of Roman Law and Society. Oxford : University Press, 2020.
- Pound, Nathan Roscoe. Jurisprudence. 5 volumes. Saint Paul : West, 1959.
- Prosser, William Lloyd. Handbook of the Law of Torts. 2nd edition. Saint Paul : West, 1955.
- Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard (editors). The Oxford Handbook of Comparative Law. 2nd edition. Oxford : University Press, 2019.
- Rengier, Rudolf. Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte. 21. Auflage. München : C.H.Beck, 2019.
- Rümelin, Max Friedrich Gustav. Eugen Huber, Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1923. Tübingen : J.C.B. Mohr, 1923.
- Ruperto, Cesare. La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina. 33 volumi. Milano : Giuffrè, 2011.
- Sacco, Rodolfo. "A Comparative Analysis : The Contractual Transfer of Ownership of Movable Property." in Bussani, Mauro and Werro, Franz (editors). European Private Law : A Handbook. 2 volumes. Volume I. pp.89-128. Berne : Stämpfli, 2009.
- Sandhikshetrin, Kamol. The Civil and Commercial Code. Books I-VI and Glossary. 9th edition. Bangkok : Nitibannagarn, 2008.
- Sanfilippo, Cesare. Istituzioni di diritto romano. 10^o edizione. Soveria Mannelli : Rubbettino, 2002.

- Savigny, Friedrich Carl von. System des heutigen römischen Rechts. 8 Bände. Berlin : Bei Veit und Comp., 1840.
- Schuster, Ernest Joseph. The Principles of German Civil Law. Oxford : Clarendon Press, 1907.
- Schwab, Dieter und Löhnig, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 20. Auflage. Heidelberg : C.F. Müller, 2016.
- Scyboz, Georges et Gauthier, Jean. Code civil suisse et Code des obligations. 10^e édition. Lausanne : Librairie Payot, 1967.
- Shin, Yu-Cheol (Herausgeber). Rezeption europäischer Rechte in Ostasien. Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3. Seoul : Bobmunsa, 2013.
- Stein, Peter Gonville. Roman Law in European History. Cambridge : University Press, 2013.
- Terré, François. Introduction générale au droit. Paris : Précis Dalloz, 1991.
- Torrente, Andrea e Schlesinger, Piero. Manuale di diritto privato. 11^o edizione. Milano : Giuffrè, 1981.
- Vliet, Lars van. "Transfer of property inter vivos." in Graziadei, Michele and Smith, Lionel (editors). Comparative Property Law : Global Perspectives. pp.150-170. Cheltenham : Edward Elgar, 2017.
- Wellenhofer, Marina. Sachenrecht. 34. Auflage. München : C.H.Beck, 2019.
- Wieacker, Franz. A History of Private Law in Europe. Translated by Weir, Tony. Oxford : Clarendon Press, 1995.
- _____. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Auflage. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Windscheid, Bernhard Joseph Hubert. Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage. 3 Bände. Frankfurt am Main : Rütten & Loening, 1900.
- Zimmermann, Reinhard. The Law of Obligations. Oxford : Clarendon Press, 1996.
- Zweigert, Konrad and Kötz, Hein. An Introduction to Comparative Law. Translated by Weir, Tony. 3rd edition. Oxford : Clarendon Press, 2011.
- Αγαλλοπούλου, Πηνελόπη. Βασικές Έννοιες Αστικού Δικαίου. Δ΄ Έκδοση. Αθήνα : Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016.**
- 梁慧星. 民法总论. 第五版. 北京 : 法律出版社, 2017。
- 申卫星. 民法学. 第二版. 北京 : 北京大学出版社, 2017。
- _____. 物权法原理. 第二版. 北京 : 中国人民大学出版社, 2016。
- 王利明. 物权法. 北京 : 中国人民大学出版社, 2015。

ARTICLES

- Benson, Peter. "Contract as a Transfer of Ownership." William and Mary Law Review. Number 5. Volume 48. (April 2007) : 1673-1731.
- Dutertre, Patrick. "La réforme du droit des contrats." Thammasat Law Journal. Number 3. Volume 45. (September 2016) : 827-846.
- Harding, Andrew James et al. "Asian Legal Studies." Thammasat Law Journal. Number 3. Volume 43. (September 2014) : 475-497.
- Kohler, Josef. "Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch." Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes. Band V. (1913) : 1ff.
- Spiermann, Ole. "Judge Wang Chung-hui at the Permanent Court of International Justice." Chinese Journal of International Law. Number 1. Volume 5. (2006) : 115-128.
- Stein, Peter Gonville. "Judge and Jurist in the Civil Law : A Historical Interpretation." Louisiana Law Review. Number 2. Volume 46. (November 1985) : 241-257.
- Tamura, Shiori. "The Thai Civil Law on non-performance in a comparative, structural view – from the Past into its Future." Thammasat Law Journal. Number 4. Volume 42. (December 2013) : 897-925.
- 田村志緒理. "1925年タイ民商法典における日本民法継受の態様." アジア法研究. 2010年度秋季研究総会シンポジウム報告・要旨. 115-134頁. アジア法学会, 2011。

THESES

- Bhumithavara, Pranit (Khemapoom). "Le droit de la responsabilité civile et les accidents survenus dans les magasins." Thèse de doctorat en droit privé. Université Robert Schuman (Strasbourg III), 1989.
- Kasemsup, Preedee. "Das thailändische eheliche Güterrecht." Doktor der Rechte. Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1967.
- Khopuangklang, Korrasut. "A Critical Analysis of Promise in Scots Law and Thai Law." Doctor of Philosophy. University of Edinburgh, 2016.

- Maneesorn, Surasak. “Die Gehilfenhaftung nach deutschem und thailändischem Recht.” Doktor der Rechte. Rechtswissenschaft. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1997.
- Nanakorn, Pinai. “The General Rule for the Control of Unfair Terms in Contracts : Justifications and Operational Contents.” Doctor of Philosophy. Faculty of Law. University of Bristol, 1996.
- Nipithakul, Thapanan. “Les sources du droit et du pouvoir politique au travers des anciens textes thaïlandais.” Thèse de doctorat en histoire du droit. Université des Sciences sociales (Toulouse I), 2007.
- Pongsapan, Munin. “The Reception of Foreign Private Law in Thailand in 1925 : a Case Study of Specific Performance.” Doctor of Philosophy. University of Edinburgh, 2013.
- Prokati, Kittisak. “Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht.” Magister iuris comparativi (magna cum laude). Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987.
- Sangoudhai, Saiyut (Yut). “Die Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche im internationalen Privatrecht.” Doktor juris utriusque (magna cum laude). Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin (Humboldt-Universität zu Berlin), 1936.
- Techakumphu (Thirawat), Daraporn. “L’interprétation du contrat en droit français et en droit thaïlandais.” Thèse de doctorat en droit privé. Université Aix-Marseille III, 1981.
- Vinicchayakoul, Serm. “L’organisation de la famille d’après le nouveau code civil et commercial siamois.” Docteur en droit de l’Université de Paris, 1939.
- Worapunyaanun, Somkiat. “La publicité foncière en Thaïlande.” Thèse de doctorat en droit privé. Université Robert Schuman (Strasbourg III), 1993.
- チャンタチョテ・ピラバット. “ファクタリング取引における債権譲渡の研究：新種契約と現行規定の適用可能性に関する検討例。” 博士(法学). 慶應義塾大学, 1996。

ประวัติผู้เขียน

| | |
|-----------------|---|
| ชื่อ | นายโอมาร์มุกตาร์ นำ |
| วุฒิการศึกษา | ปีการศึกษา 2556: นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| ทุนการศึกษา | พ.ศ. 2555: มูลนิธิมีชัย-คุณหญิงอัมพร ฤชุพันธุ์ |
| ผลงานทางวิชาการ | |
| | โอมาร์มุกตาร์ นำ. “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563. |
| ประสบการณ์ทำงาน | พ.ศ. 2560-2562: นิติกรกลุ่มงานวินัยและพิทักษ์ระบบคุณธรรม ฝ่ายเลขานุการ อ.ก.พ. กระทรวงยุติธรรม |