

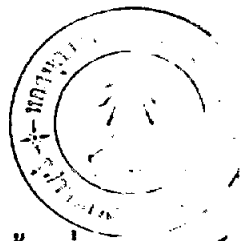
เปรียบเทียบสัญญาขายฝากกับลักษณะสัญญาอื่น

ไต่ถ้อยถึงลักษณะสำคัญของสัญญาขายฝาก ตามมาตรา 491 ไว้ข้างต้นแล้วเพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจลักษณะของสัญญาขายฝากได้ดียิ่งขึ้น จึงใคร่เปรียบเทียบลักษณะสัญญาขายฝากกับสัญญาอื่นว่ามีลักษณะแตกต่างหรือคล้ายคลึงกันอย่างไรบ้าง โดยพิจารณาเปรียบเทียบเฉพาะสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงหรือสัญญาที่ยังมีความเข้าใจสับสนกันเท่านั้น คือ

4.1 สัญญาขายฝากกับสัญญาจำนำ

จากการศึกษาประวัติความเป็นมา และวิวัฒนาการของกฎหมายขายฝาก ทำให้เห็นได้ชัดว่าสัญญาขายฝากและสัญญาจำนำตามกฎหมายเก่าก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 นั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ทั้งสัญญาขายฝากและจำนำต่างเป็นสัญญาประกันการชำระหนี้ โดยผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ เงินก็ให้แก่เจ้าของเงินซึ่งเป็นเจ้าหนี้ครอบครองไว้โดยกรรมสิทธิ์ยังคงอยู่กับเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาทรัพย์สินที่ขายฝากหรือที่จำนำจะหลุดเป็นสิทธิของผู้ซื้อฝากหรือผู้รับจำนำ กำหนดเวลาใดตอนนี้ คือส่วนที่แตกต่างกันของสัญญาขายฝากกับสัญญาจำนำ คือ สัญญาขายฝาก ผู้ขายฝากต้องไถ่ทรัพย์สินคืนภายในกำหนดเวลาตามสัญญาหรืออย่างช้าไม่เกิน 10 ปี มิฉะนั้นจะไถ่ไม่ได้ ส่วนสัญญาจำนำผู้จำนำต้องไถ่ทรัพย์สินที่จำนำคืนภายในกำหนดเวลาตามสัญญาและภายใน 3 ปี มิฉะนั้นจะไถ่ไม่ได้ และทรัพย์สินนั้นจะหลุดเป็นสิทธิของผู้ซื้อฝากหรือผู้รับจำนำ

เมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 แล้ว หลักเกณฑ์ของสัญญาขายฝากได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกฎหมายได้แยกให้เห็นว่า สัญญาขายฝากมีลักษณะแตกต่างกับสัญญาจำนำตามหลักกฎหมายปัจจุบันนี้ถือว่า สัญญาจำนำเป็นสัญญาประกันอย่างหนึ่ง ส่วนสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่งซึ่งไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประกันแต่อย่างใด แต่ก็คงบางส่วนที่คล้ายคลึงกัน คือ ในกรณีสัญญาขายฝากตกลงมีการส่งมอบทรัพย์สิน ผู้ขายฝากต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝาก



ให้แก่มูลนิธิผู้ฝาก ตามหลักในมาตรา 461 และผู้จำหน่ายก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่าย ตามมาตรา 747 ซึ่งถ้าหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับจำหน่ายแล้วไม่เป็นการจำหน่าย นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 503/2504 ธนาคารอุตสาหกรรม โจทก์ นางผาด กับพวกจำเลย และอีกประการคือ ทั้งผู้ขายฝากและผู้จำหน่ายต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น

ความแตกต่างระหว่างสัญญาขายฝากกับสัญญาจำหน่าย อาจแยกเป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้

1. ขายฝากเป็นสัญญาที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากเป็นของผู้ซื้อฝาก ตามหลักของสัญญาซื้อขายทั่วไป เพียงแต่ผู้ขายอาจมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ ทรบาคิดที่ผู้ขายฝากยังไม่ใช้สิทธิไถ่ผู้ซื้อฝากก็ยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินนั้นอยู่ และสามารถจำหน่ายจ่ายโอน หรือก่อภาระติดพันใด ๆ ได้ตามหลักแห่งกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1336 แต่อาจอยู่ภายใต้ข้อตกลงจำกัดสิทธิ ตามมาตรา 493

แต่การจำหน่ายเป็นสัญญาที่ผู้จำหน่ายเพียงแต่ส่งมอบทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับจำหน่าย เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของตนหรือบุคคลอื่นเท่านั้น คือ มีลักษณะเป็นสัญญาประกัน ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคงอยู่กับผู้จำหน่ายเช่นเดิม ดังนั้น ผู้รับจำหน่ายจึงไม่ได้มีกรรมสิทธิ์และไม่สามารถจะจำหน่ายจ่ายโอน หรือก่อภาระติดพันในทรัพย์สินซึ่งรับจำหน่ายไว้ได้ อีกทั้งผู้รับจำหน่ายซึ่งยึดถือทรัพย์สินที่จำหน่ายอยู่ยังต้องมีหน้าที่รักษาทรัพย์สินนั้นด้วย

2. ทรัพย์สินที่ขายฝากอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ เพียงแต่การขายฝากอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 456 วรรคแรก จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ส่วนทรัพย์สินที่จะจำหน่ายได้นั้น เฉพาะแต่สังหาริมทรัพย์เท่านั้น และไม่ต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด¹ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติบังคับไว้แม้จะเป็นการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์

¹ ทรัพย์สินที่ผู้จำหน่ายส่งมอบให้แก่ผู้รับจำหน่ายยึดถือเป็นหลักฐานอยู่แล้ว ผู้รับจำหน่ายย่อมบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินนั้นได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล

ประเภทที่ถ้าจะขายฝากต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนก็ทำต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแต่อย่างใดไม่

3. ขายฝากเป็นสัญญาที่สำเร็จได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องพึ่งสัญญาอื่น อันเป็นสัญญาประธาน และเนื่องจากสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่ง จึงไม่มีการเรียกคอกเบี้ยต่อกัน อันจะต้องคอกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกคอกเบี้ยเกินอัตรา

พ.ศ. 2475

ส่วนการจำนำเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่จะต้องอาศัยสัญญาอื่น เช่น สัญญากู้ยืมอันเป็นสัญญาประธานสัญญาจำนำจึงมีลักษณะเป็นสัญญาประกัน และทรัพย์สินที่จำนำจะเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้ กับทั้งค่าอุปกรณ์อันได้แก่คอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนำ ค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาทรัพย์สินซึ่งจำนำ และค่าสินไหมทดแทนเพื่อความปลอดภัยอันเกิดจากความชำรุด บกพร่องแห่งทรัพย์สินจำนำ ซึ่งไม่เห็นประจักษ์ จึงเห็นได้ว่าเมื่อสัญญากู้ยืมอันต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติห้ามเรียกคอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มิฉะนั้น คอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดย่อมเป็นโมฆะแล้ว ทรัพย์สินที่จำนำย่อมไม่เป็นประกันคอกเบี้ยในส่วนที่โมฆะนั้นด้วย

4. ผู้ซื้อฝากจะไต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากโดยเด็ดขาดและทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ภายใต้บังคับการใช้สิทธิไถ่ของผู้ขายฝากอีกต่อไป ถ้าผู้ขายฝากไม่ใช้สิทธิไถ่ภายในกำหนดเวลาตามสัญญา หรือตามกฎหมายมาตรา 494 โดยผู้ซื้อฝากไม่ต้องดำเนินการใด ๆ อีกทั้งสิ้น เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากนั้นตกเป็นของผู้ซื้อฝากนับแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาขายฝากแล้ว และผู้ขายฝากคงรับผิดชอบเฉพาะเพียง เท่าที่ทรัพย์สินที่ส่งมอบแก่ผู้ซื้อฝากเท่านั้น

ส่วนการจำนำ ผู้จำนำไม่ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำแต่ประการใด ฉะนั้น เมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญาหากปรากฏว่าผู้จำนำไม่นำเงินมาชำระหนี้เพื่อเป็นการไถ่ถอนจำนำแล้ว ผู้รับจำนำจะยึดเอาทรัพย์สินนั้นหลุดเป็นสิทธิของตนทันทีไม่ได้ จะต้องดำเนินการบังคับจำนำเสียก่อน ตามมาตรา 764 ซึ่งผู้รับจำนำจะต้องนำทรัพย์สิน-

สินนั้นออกขายทอดตลาด โดยไม่ต้องฟ้องศาล แต่จะนำมาขายอย่างธรรมดาไม่ได้¹ และเมื่อผู้รับจำนำบังคับจำนำแล้วได้รับการชำระหนี้ไม่ครบตามจำนวนที่เป็นหนี้กันอยู่ ผู้จำนำยังต้องรับผิดชอบต่อการชำระหนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่ ซึ่งเป็นกรรับผิดตามมูลหนี้เดิม ทั้งนี้ เพราะสัญญาจำนำไ้ระงับสิ้นไปแล้วตามมาตรา 769 (2)²

4.2 สัญญาขายฝากกับสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่มีวิวัฒนาการมาจากสัญญาจำนำที่ดินตามประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ซึ่งเป็นสัญญาที่ประชาชนรู้และนิยมทำกันมากอย่างหนึ่ง สัญญาจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายแตกต่างกับการจำนำที่ดินตามกฎหมายเก่า เพราะจำนำซึ่งเป็นที่มาของจำนองนี้จะมีเฉพาะการจำนำที่ดินเท่านั้น การจำนำที่ดินเป็นวิธีปฏิบัติใหม่ที่นิยมกันมากในสมัยตอนปลายสมัยรัชกาลที่ 4 ต่อเนื่องตอนต้นรัชสมัยรัชกาลที่ 5 คือ การที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดินส่งมอบเฉพาะหนังสือสำคัญที่ดินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของเงินยืมถือเพื่อประกันการชำระหนี้ ต่อมารัชกาลที่ 5 จึงได้ประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 เป็นการรับรองลักษณะสัญญาจำนำที่ดินแบบนี้ จึงทำให้ลักษณะของการขายฝากที่ดินและจำนำที่ดินแตกต่างกัน ครั้นต่อมาการจำนำที่ดินมีปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติและการพิจารณาคดีของศาล และเพื่อเป็นการให้เหมาะสม สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจ จึงได้มีการแก้ไขบทบัญญัติจำนำโดยบัญญัติการจำนองขึ้นมาไว้บังคับเฉพาะการจำนำที่ดิน จึงทำให้ไม่มีการจำนำอสังหาริมทรัพย์อีกต่อไป

การจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ยังคงลักษณะของสัญญาเช่นเดียว

1. ถ้าผู้จำนำต้องการให้ขายอย่างธรรมดาก็ได้ เพราะผู้จำนำยังเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่ แต่ทั้งนี้ผู้รับจำนำจะต้องเห็นชอบและยินยอมด้วย

2. การฟ้องเรียกหนี้ที่ยังขาดชำระอยู่ตามมูลหนี้เดิมนั้นขึ้นอยู่กับว่าหนี้เดิมนั้นมีกฎหมายบังคับให้มีหลักฐานหรือไม่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 200/2496 นางทองพูน โจทก์ นายเต็ก กับพวก จำเลย

กับตามกฎหมายเก่า คือ เจ้าของที่ดินคงส่งมอบเฉพาะหนังสือสำคัญที่ดินให้แก่เจ้าหนี้ยึดถือไว้ เป็นประกันการชำระหนี้ อย่างไรก็ตามก็ปรากฏว่าสัญญาขายฝากและสัญญาจำนองมีลักษณะใกล้เคียงกัน จนบางครั้งทำให้มีความเข้าใจกันคลาดเคลื่อนและทำสัญญาสับสนอันอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับนิติกรรมอำพรางได้ สำหรับข้อเปรียบเทียบลักษณะแตกต่างของสัญญาขายฝากกับสัญญาจำนองนั้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะสัญญาจำนอง เพราะได้กล่าวถึงสัญญาขายฝากไว้แล้วในตอนเปรียบเทียบสัญญาจำนอง

1. จำนอง เป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีเคลื่อนไหวไปยังผู้รับจำนองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่กับผู้จำนอง ผู้จำนองเพียงแต่เอาทรัพย์สินไปตราไว้กับผู้รับจำนอง เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ ตามมาตรา 702 ผู้รับจำนองจึงไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอน หรือก่อภาระติดพันทรัพย์สินได้อย่างกับผู้ซื้อฝาก

2. จำนอง เป็นสัญญาอุปกรณซึ่งต้องอาศัยสัญญาอื่น เช่น กุ๋ยม เป็นสัญญาประธาน จำนองจึงมีลักษณะเป็นสัญญาประกันการชำระหนี้ และทรัพย์สินซึ่งจำนองจะเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้ กับทั้งอุปกรณอื่นได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ และค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง ดังนั้น เมื่อสัญญากุ๋มอันเป็นสัญญาประธานต้องตกอยู่ในบังคับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 โดยดอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่ากฎหมายกำหนด ย่อมเป็นโมฆะทรัพย์สินซึ่งจำนองยอมไม่เป็นที่ประกันดอกเบี้ยส่วนที่เป็นโมฆะนั้นด้วย

3. ทรัพย์สินที่จำนองต้อง เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์บางประเภท ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 703 กับต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 714

4. ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง

5. ผู้รับจำนองจะยึดเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุด เป็นสิทธิของตนทันทีที่ผู้จำนองไม่ไถ่จำนองภายในกำหนดเวลาไม่ได้ ต้องดำเนินการบังคับจำนองเท่านั้น ซึ่งวิธีการบังคับจำนองต้องปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยการฟ้องคดี ขอให้ศาลสั่งยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง ตามมาตรา 728 หรือขอให้ทรัพย์สินนั้นหลุด เป็นสิทธิของตน ตามมาตรา 729 ซึ่งในกรณีหลังนี้จะทำให้ผู้รับจำนองได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น

4.3 สัญญาขายฝากกับสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง

กล่าวหาว่า "เงื่อนไข" มีบัญญัติไว้ในมาตรา 144 ว่า "ข้อความใดอันบังคับไว้ให้นิติกรรมเป็นผลต่อเมื่อมีเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งขึ้นในอนาคตและไม่แน่นอน ข้อความเช่นนั้นท่านเรียกว่าเงื่อนไข"

และตามมาตรา 145 ใ้บัญญัติว่าเงื่อนไขมี 2 ประเภท คือ

1. เงื่อนไขบังคับก่อน หมายความว่า นิติกรรมหรือสัญญานั้นจะเป็นผลต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว
2. เงื่อนไขบังคับหลัง หมายความว่า นิติกรรมหรือสัญญานั้นจะสิ้นผลในเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

เงื่อนไขขอย้อนนำมาใช้กับการซื้อขายได้ทุกขณะ และสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขจะเห็นได้ชัดว่าได้มีนิติกรรมสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เพราะถ้าหากนิติกรรมสัญญาไม่เกิดขึ้นจะเอาหลักอะไรมาผูกพันบังคับกันระหว่างคู่กรณี¹

สำหรับสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับหลังนั้น ขอมเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงทำกันเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว ตามมาตรา 453 แต่มีเงื่อนไขบังคับหลังไว้ว่าหากเงื่อนไขใดที่ตกลงกันสำเร็จแล้ว คู่สัญญาจะปฏิบัติต่อกันตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ผู้ขายเดิมจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายไปนั้นกลับคืน จึงเป็นการทำให้การซื้อขายเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่งโดยผู้ขายเดิมมีสิทธิ์ซื้อทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ซื้อเดิม ลักษณะของสัญญาซื้อขายดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะที่คล้ายกับการขายฝาก เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้ขายอีกครั้งหนึ่ง เพียงแต่ว่าการขายฝากมีบัญญัติบังคับไว้เป็นลักษณะที่แน่นอนแจ้งชัด ฉะนั้น จึงมีข้อแตกต่างกันระหว่างการขายฝากกับซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับในเรื่องของผลที่จะเกิดขึ้นภายหลังที่กรรมสิทธิ์ได้กลับคืนสู่เจ้าของเดิม ส่วนอื่น ๆ นั้นจะคล้ายกันเพราะสัญญาขายฝากก็คือ สัญญาซื้อขายชนิดหนึ่งย่อมมีลักษณะที่คล้ายกัน แต่ส่วนที่แตกต่างมีดังนี้ คือ

¹ ประพนธ์ ศาศตะมาน และ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, หน้า 101.

1. การกีดกันซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากสู่ผู้ขายฝากหรือไม่นั้นเป็นการกระทำของผู้ขายฝากเองที่จะใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินภายในกำหนดเวลาใด ซึ่งจะมีกำหนดเวลาแน่นอน

แต่สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับดังนั้นขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ฉะนั้น กำหนดเวลาที่ผู้ขายเดิมจะไถ่กรรมสิทธิ์ก็ขึ้นตามที่ตกลงกันนั้นจึงไม่แน่นอน อาจจะช้าหรือเร็วก็ได้

2. ผู้ขายฝากเมื่อใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากภายในกำหนดเวลาได้แล้ว ทรัพย์สินนั้นถือเสมือนว่าไม่เคยตกเป็นของผู้ซื้อฝาก จึงเป็นผลให้ผู้ขายฝากยอมได้รับทรัพย์สินคืนโดยปลอดจากสิทธิใด ๆ เหมือนทรัพย์สินที่ผู้ซื้อฝาก หายาท หรือผู้รับโอนได้ก่อให้เกิดขึ้นก่อนที่ผู้ขายฝากจะใช้สิทธิไถ่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 492 และ 502 วรรคแรก เว้นแต่กรณีตามมาตรา 502 วรรคท้าย ซึ่งก็ไม่เป็นผลร้ายแก่ผู้ขายฝากเพราะผู้ขายฝากยังมีโอกาสโต้แย้งได้

แต่กรณีซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง ถือว่าระหว่างที่สัญญาซื้อขายยังใช้บังคับอยู่นั้นกรรมสิทธิ์เป็นของผู้ซื้อ เมื่อเงื่อนไขสำเร็จแล้วจะเป็นผลให้ผู้ขายเดิมไถ่กรรมสิทธิ์กลับคืนโดยการซื้อหรือประการใดก็ได้ ฉะนั้น ตราบใดที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จผู้ซื้อเดิมมีอำนาจจัดการกับทรัพย์สินได้เต็มที่ตามหลักแห่งกรรมสิทธิ์ เมื่อผู้ขายเดิมรับโอนทรัพย์สินกลับคืน จึงต้องรับไปในสภาพสภาวะปัจจุบัน เสมือนเป็นการซื้อขายใหม่ แต่เป็นการซื้อขายตามเงื่อนไขบังคับหลังที่คู่สัญญาตกลงกัน คือ ผู้ขายเดิมอาจจะต้องรับทรัพย์สินในขณะที่มีภาวะติดพันใด ๆ ก็ได้ ซึ่งเป็นการเสียเปรียบแก่ผู้ขายเดิม ทั้งนี้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ จึงต้องบังคับตามเจตนาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเพียงที่ไม่ชักต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.4 สัญญาขายฝากและปัญหาที่เกี่ยวข้อง เนื่องกับนิติกรรมอำพราง

ไต่กล่าวมาแล้วว่า สัญญาขายฝากนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังผู้ซื้อฝาก โดยมีข้อตกลงกันว่า ให้ผู้ขายฝากมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากนั้นคืนได้ จึงทำให้สัญญาขายฝากมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาซื้อขายธรรมดา ดังจะเห็นได้เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 453 กับมาตรา 491 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กล่าวคือ มาตรา 453 บัญญัติไว้ว่า "อันว่าชื่อชายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย" ส่วนมาตรา 491 บัญญัติไว้ว่า "อันว่าชายฝากนั้น คือ สัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อโดยมีข้อตกลงกันว่า ผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้" ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายธรรมดาตามมาตรา 453 นั้นเป็นสัญญาที่มีข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์และใช้ราคาทรัพย์สินที่ซื้อขายเท่านั้น ส่วนในมาตรา 491 สัญญาขายฝากเป็นสัญญาที่มีข้อตกลง โอนกรรมสิทธิ์และใช้ราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย ประกอบกับข้อตกลงให้ผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินที่ซื้อขายคืนได้ อันถือได้ว่าเป็นลักษณะที่สำคัญของสัญญาขายฝากที่ทำให้สัญญาขายฝากมีรูปลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาซื้อขายธรรมดา หรือสัญญาอื่น ๆ

เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาขายฝากแล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญาขายฝากทรัพย์สินมีลักษณะที่ไม่ใช่สัญญาประกันอย่างเช่น จำนอง จำนำ แต่ทรัพย์สินที่ขายฝากกันก็เป็นเสมือนหลักประกันที่ดีที่สุด คือจำนองหรือบุริมสิทธิอื่น ๆ เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนไปเป็นของผู้ซื้อฝาก หรือผู้มีหน้าที่รับไถ่เป็นการชั่วคราวหรืออาจตลอดไป ถ้าหากผู้ขายฝาก หรือผู้มีสิทธิไถ่ไม่ไถ่ทรัพย์สินนั้นคืน ในระหว่างที่ยังไม่ได้ไถ่ถอน ผู้ไถ่หน้าที่รับไถ่อาจเอาทรัพย์สินไปจำหน่ายจ่ายโอน หรือนำไปประกันหรือก่อให้เกิดสิทธิอย่างใด ๆเหนือทรัพย์สินนั้นก็ได้ ในทางปฏิบัติสัญญาขายฝากมีรากฐานเกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินกัน โดยลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินของตนมามอบไว้กับเจ้าหนี้ โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้เป็นประกันหนี้เงินกู้ยืมนั้น โดยทำเป็นรูปของสัญญาขายฝากไว้ เพราะได้ประโยชน์นี้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายเจ้าหนี้หรือผู้ซื้อฝากมีสิทธิใช้สอย และไถ่ถอนผลจากทรัพย์สินที่ขายฝากในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่ยังคงผูกพันตามข้อตกลงที่จะให้ผู้ขายฝากไถ่คืนในกำหนดเวลาหนึ่ง¹ ทั้งเป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อฝากอย่างมากในความหวังที่จะได้รับชำระหนี้ด้วยการไถ่คืน มิฉะนั้นก็ได้

¹ วิริยะ เกิดศิริ, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2511), หน้า 43.

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากไว้ อันถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้แทนอย่างหนึ่ง ส่วนฝ่ายลูกหนี้ หรือผู้ขายฝากนั้น สัญญาขายฝากย่อมเป็นประโยชน์ในกรณีที่ชักข้องการเงินก็จะได้เงินจำนวนหนึ่งอันเป็นราคาขายฝากทรัพย์สินไปใช้ และมีโอกาสที่จะหาเงินมาไถ่คืนได้ภายในกำหนด และได้ทรัพย์สินที่ขายฝากไว้กลับคืนไปเป็นของตนอีก ด้วยแนวความเข้าใจและการปฏิบัติระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้เกิดความรู้สึกที่ว่า สัญญาขายฝากมีลักษณะเป็นสัญญาประกันอย่างหนึ่ง

เนื่องจากประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญาขายฝากของลูกหนี้มีอยู่ดังกล่าวยังข้างต้นแม้ว่าฝ่ายลูกหนี้ หรือผู้ขายฝากมักจะเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบอยู่เสมอ แต่ผู้ขายฝากก็จำเป็นต้องนำเอาทรัพย์สินของตนมาขายฝากไว้กับเจ้าหนี้ เพราะมิฉะนั้นก็จะไม่ได้เงินไปบรรเทาความจำเป็น หรือความเดือดร้อนของตน สัญญาขายฝากจึงเป็นที่นิยมทำกันมากทั้งในอดีตและในปัจจุบันนี้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีการใช้เล่ห์เหลี่ยมต่าง ๆ นานา ในระหว่างลูกหนี้จนเกิดเป็นคดีฟ้องร้องยังศาลอย่างมากมาย ซึ่งอาจเป็นด้วยสาเหตุหลายประการ แต่ส่วนมากที่เกิดเป็นคดีพิพาทกันก็เพราะเหตุที่ทรัพย์สินที่ขายฝากมีราคาสูงขึ้น ฝ่ายผู้ซื้อฝากก็อยากจะได้เป็นกรรมสิทธิ์ของตนตลอดไป ฝ่ายผู้ขายฝากก็ยังหวงแหนทรัพย์สินของตนและต้องการไถ่กลับคืนมา จึงเกิดการฟ้องร้องเป็นคดีกันขึ้น และทางฝ่ายต่างก็อ้างข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนขึ้นต่อสู้คดี ซึ่งข้อเท็จจริงอันหนึ่งที่ฝ่ายผู้ขายฝาก หรือฝ่ายลูกหนี้มักจะกล่าวอ้างในกรณีเมื่อพ้นกำหนดเวลาไถ่คืนซึ่งทรัพย์สินที่ขายฝากก็คือ การทำสัญญาขายฝากนั้นเป็นเพียงเพื่อจะอำพรางข้อตกลงอีกอันหนึ่งซึ่งเกิดจากเจตนาอันแท้จริง เช่น กล่าวอ้างว่าทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญากู้ยืมเงิน หรือ ทำสัญญาขายฝากเพื่ออำพรางสัญญาจำนอง ส่วนฝ่ายผู้ซื้อฝากหรือเจ้าหนี้ก็มักจะกล่าวอ้างว่า สัญญาขายฝากเกิดจากเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา มิได้มีการอำพรางข้อตกลงอย่างอื่นอย่างใดไว้ และถ้าเป็นกรณีที่ผู้ขายฝากขอไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากภายในกำหนดเวลาได้ ผู้ซื้อฝากมักจะกล่าวอ้างว่าสัญญาขายฝากเป็นเพียงเจตนาลวงได้ทำขึ้นเพื่อจะอำพรางข้อตกลงอันแท้จริงอย่างอื่น เช่น สัญญาให้หรือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ได้โอนมาผู้ซื้อฝากโดยเด็ดขาดแล้ว เป็นต้น

ด้วยสาเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงได้เกิดปัญหาเกี่ยวเนื่องกันระหว่างสัญญาขายฝาก

กับสัญญาอย่างอื่นซึ่งผู้กรณีอ้างว่า ได้มีการทำสัญญาขายฝากอำพรางเอาไว้ ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่าน เรียกว่า "สัญญาซ่อนสัญญาขายฝาก"¹ เพราะโดยปกติเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงที่จะทำสัญญาขายฝากกันมาแต่แรก และหากได้ไปจดทะเบียนสัญญาขายฝากนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมายสมควรเจตนาแล้วก็ไม่ปัญหาอย่างไร แต่ที่เกิบบัญหาขึ้นมอม ๆ ก็เพราะว่าคู่สัญญาตกลงกันไว้อย่างหนึ่ง ครั้นถึงเวลาไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กลับไปจดทะเบียนในรูปของสัญญาอีกอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ อาจสืบเนื่องมาจากสาเหตุหลายประการ เช่น ต้องการจะหลีกเลี่ยงค่าฤชาธรรมเนียม หลีกเลี่ยงกฎหมายที่ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือเพื่อความสะดวกในการที่ผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้นำทรัพย์สินนั้นไปทำนิติกรรมอย่างอื่นได้ และแม้แต่บางกรณีอาจจะเป็นเพราะผู้กรณีเคยปฏิบัติกันมาแต่ก่อนอย่างหนึ่ง และด้วยความไว้วางใจต่อกันจึงยินยอมตกลงกันทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่ง เป็นการ เปิดเผยเพื่อจะลวงบุคคลหนึ่งบุคคลใด และในบางครั้งอาจจะเป็นเพราะความเขลาของผู้เป็นลูกหนี้ที่ไม่รูกรกฎหมายรวมทั้งอาจสับสนในการตัดสินใจ จึงได้ตกลงใจทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่งลงไปทั้ง ๆ ที่ไม่มีเจตนาอันแท้จริงที่จะทำนิติกรรมนั้น ทั้งนี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมอำพรางเมื่อเกิดปัญหา ดังกล่าวนี้นั้นแล้วจำเป็นต้องนำบทบัญญัติลักษณะนิติกรรมในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องนิติกรรมอำพรางมาพิจารณาประกอบด้วย เพื่อจักได้วินิจฉัยถึงผลบังคับของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวว่ากฎหมายประสงค์จะให้นิติกรรมใดมีผลบังคับได้แก่ไหน เพียงใด ซึ่งทำให้มีปัญหากว้างโยงไปถึง เรื่องการสืบพยานหลักฐานอันเป็นบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอีกด้วย

ก่อนที่จะได้วินิจฉัยถึงผลทางกฎหมายสำหรับปัญหาดังกล่าวข้างต้น สมควรที่จะได้กล่าวโดยย่อถึงลักษณะของกฎหมายเรื่อง "นิติกรรมอำพราง" เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาและวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้อย่างถูกต้องใกล้เคียงที่สุด

4.4.1 หลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมอำพราง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรค 2 บัญญัติว่า "ถ้านิติกรรมอันหนึ่งทำด้วยเจตนาจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งไซ้ ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติ

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52.

ของกฎหมายอันว่าด้วยนิติกรรมอำพราง" จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่า เมื่อบุคคลสองฝ่ายตกลงกันทำนิติกรรมอันหนึ่ง แต่ไม่แสดงเจตนาออกเช่นนั้น แสร้งทำเป็นนิติกรรมอีกอันหนึ่งเพื่ออำพรางเจตนาอันแท้จริงที่เขาทั้งสองต้องการจะผูกสัมพันธ์กัน กฎหมายจึงให้บังคับตามเจตนาอันแท้จริงที่เขาทั้งสองมีความประสงค์จะผูกสัมพันธ์กันนั้น เพราะเมื่อนิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่ง นิติกรรมอันแรกย่อมเป็นการแสดงเจตนาหลงควยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น ฉะนั้นนิติกรรมอันแรกที่ปรากฏออกมาย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลังที่ถูกอำพรางไว้โดยนิติกรรมอันแรกนั้นต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันที่ถูกอำพรางไว้ตามผลของมาตรา 118 วรรค 2 ส่วนปัญหาที่ว่านิติกรรมอันที่ถูกอำพรางไว้จะมีผลสมบูรณ์หรือไม่ เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับนิติกรรมอันที่ถูกอำพรางนั้น

ดังนี้ จึงเป็นที่เห็นได้ว่าลักษณะที่สำคัญของนิติกรรมที่อำพรางอันเป็นนิติกรรมที่เปิดเผย กับนิติกรรมที่ถูกอำพรางอันเป็นนิติกรรมที่ปกปิด ตามมาตรา 118 วรรค 2 นี้ อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น ฝืนยกรรณซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด หรือนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เช่น การปลดหนี้หรืออาจเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เช่น สัญญาต่าง ๆ ก็ได้

นอกจากนั้นคู่กรณีในนิติกรรมทั้งสอง คือ นิติกรรมที่อำพรางและนิติกรรมที่ถูกอำพราง นั้นจะต้องเป็นคู่กรณีเดียวกัน และอาจจะทำนิติกรรมทั้งสองขึ้นอย่างไรก็ได้ ขอเพียงให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการเป็นนิติกรรมชนิดนั้น ๆ ครบถ้วนเท่านั้นจึงไม่มีข้อจำกัดว่านิติกรรมทั้งสองจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป แต่ส่วนมากในทางปฏิบัติคู่กรณีมักจะทำนิติกรรมที่ถูกอำพรางขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอ ทั้งนี้ เพื่อเป็นพยานหลักฐานในเมื่อจะต้องนำสืบพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั่นเอง ¹

ลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งของนิติกรรมทั้งสองในเรื่องนิติกรรมอำพรางอัน

¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "นิติกรรมอำพราง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), หน้า 24-26

อาจนำมาใช้เป็นเครื่องบ่งชี้ว่านิติกรรมทั้งสองเป็นนิติกรรมอำพรางหรือไม่ ก็คือ ช่วงเวลาในการทำนิติกรรมทั้งสอง กล่าวคือ ที่จะถือว่าเป็นนิติกรรมอำพรางตามมาตรา 118 วรรค 2 หรือไม่นั้น นิติกรรมที่ถูกอำพรางจะต้องทำขึ้นก่อน หรือหลังนิติกรรมที่อำพราง

เรื่องนี้ความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ เห็นว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางจะต้องทำก่อน หรือในช่วงเวลาเดียวกับนิติกรรมที่อำพราง¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วย เพราะหากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 118 วรรค 2 ประกอบกับแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วจะเห็นว่า ถ้าหากนิติกรรมที่ผู้กรณอ้างว่าทำขึ้นอำพรางนิติกรรมที่แท้จริงอีกอันหนึ่งได้ทำขึ้นก่อนนิติกรรมที่อ้างว่าถูกอำพรางแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากรณีมิใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1366-1367/2514 ระหว่างนางกิมมิ่ง ชื่นไฉนเมือง โจทก์ นางประยูร - กาญจนจินดา จำเลย วินิจฉัยว่า "การขายฝากที่ดินรายนี้ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือและจดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2506 แต่เอกสารหมายเลข 1 โจทก์ เพิ่งทำขึ้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2507 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังที่จดทะเบียนการขายฝากกันไว้ถึง 6 เดือนเศษ จะถือว่านิติกรรมขายฝากเป็นนิติกรรมอำพราง (สัญญากู้เงิน) ดังข้อฎีกาของจำเลยหาได้ไม่ เพราะการขายฝากได้กระทำสมบูรณ์ในรูปแบบของการขายฝากอย่างครบถ้วนแล้ว เอกสารหมายเลข 1 เป็นเพียงการแสดงเจตนาของโจทก์ในภายหลังว่าจะไม่เอาที่ดินหลุดเป็นสิทธิ โดยอนุญาตให้นายสายผู้ขายฝากทำการก่อสร้างในที่ดินที่ขายฝากได้ ส่วนดอกเบี้ยก็เป็นเรื่องผลประโยชน์ตอบแทนที่โจทก์จะต้องคิดเอาจากนายสายเป็นธรรมดา แต่ก็มีได้กำหนดว่าจะคิดกันแน่นอนอย่างไร จะต้องมาตกลงกันอีกในภายหลัง พลตุลาการเห็นนี้จะถือว่ากรณีมีเจตนาจะทำสัญญากู้ยืมกันมาแต่แรกหาได้ไม่ สัญญาขายฝากจึงมิใช่นิติกรรมอำพรางดังที่จำเลยฎีกา"

นิติกรรมอำพรางนั้นโดยปกติผู้กรณทำขึ้น โดยมีเจตนาที่จะปกปิดนิติกรรมอันใดอันหนึ่งที่เขาประสงค์จะกระทำกันจริง ๆ โดยวิธีทำนิติกรรมขึ้นอีกอันหนึ่งอำพรางไว้เสีย นิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยเปิดเผยเพื่อจะปกปิดนิติกรรมที่แท้จริงนี้จึง เป็นนิติกรรมหลอก ๆ ที่ผู้กรณต่างรู้กันดีว่าเขาไม่ประสงค์จะให้บังคับกันใดจริงจริง ระหว่างผู้กรณนิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-28.

โมฆะ คือ เขาหลักเจตนาดวงตามมาตรา 118 วรรค 1 นั้นเอง แต่การอุปเรื่องเป็นว่า คุกรณีเขาทำนิติกรรมกันไว้อย่างหนึ่ง แต่โดยเห็นว่าหลักฐานไม่มั่นคง หรือเพราะความขัดของไม้สะควก จึงตกลงทำนิติกรรมรูปแบบใหม่ที่มีผลเป็นทำนองเดียวกันเพื่อเป็นหลักฐานผูกมัดกันใหม่มั่นคงยิ่งขึ้น สะควกในการที่จะฟ้องร้องว่ากล่าวกันในภายหลัง เช่นนี้แล้วยอมเป็นเรื่องที่คุกรณีมีเจตนาที่จะให้ผูกพันกันจริง ๆ ตามนิติกรรมที่ทำขึ้นใหม่นี้¹

การที่คุกรณีมีความประสงค์ในเบื้องต้นอย่างหนึ่ง แต่ในที่สุดได้ทำสัญญากันอีกอย่างหนึ่งนั้น ถ้าตามเจตนาแท้จริงเป็นการผูกมัดกันจริงตามเจตนาที่แสดงออกแล้ว ก็เป็นสัญญาที่ก่อขึ้นจริงตามนั้น ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง เพราะเขาไม่ต้องการผูกมัดกันตามความประสงค์เดิม แต่หากต้องการผูกมัดกันตามเจตนาที่แสดงออก เขาจึงไม่ทำนิติกรรมตามเจตนาเดิม แต่ทำสัญญากันตามที่แสดงออกนั้น นัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 606/2500 ระหว่างนางสวิง รัศมิทัต โจทก์ นางลัดดา จันทเกษมีย์ กับพวก จำเลย ซึ่งแม้แต่เดิมคุกรณีจะต้องการกู้เงินกันจริงก็ตาม แต่ผู้ให้กู้ไม่พอใจในหลักฐานที่เพียงแค่มอบบ้านไว้ เป็นประกันสัญญากู้เงิน ซึ่งหาใช่ประกันที่มีประโยชน์แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใดไม่ จึงตกลงทำสัญญาเป็นชายฝาก ในที่สุด คังนี้ยอมเห็นได้ว่า เจตนาที่แท้จริงเป็นการชายฝาก การกู้เงินเพราะไม่มีเงิน จะใช้เป็นเหตุผลเหตุอยากได้เงิน อันนำมาสู่สัญญาชายฝากเท่านั้น เขาไม่ได้อำพรางผู้ใด แต่ต้องการบังคับกันจริง ๆ อย่างชายฝาก²

ดังนั้น ลักษณะของนิติกรรมอำพรางโดยสรุป คือ มีนิติกรรมเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคุกรณีเดียวกันสองครั้ง ครั้งแรกเป็นการแสดงเจตนาอันแท้จริงของคุกรณี ซึ่งประสงค์จะผูกพันกันตามนั้น ส่วนการแสดงเจตนาครั้งที่สองคุกรณีประสงค์จะทำขึ้นเพื่ออำพรางหรือปกปิดการแสดงเจตนาในครั้งแรก จึงแตกต่างกับกรณีที่คุกรณีประสงค์จะทำนิติกรรมอย่าง

¹ ประกอบ หุตะสิงห์, "หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 799/2493" คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2493, หน้า 810-813.

² จิตต ติงศภัทิย์, "หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 606/2500," คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2500, หน้า 537.

หนึ่งในครั้งแรก แต่เห็นว่าเกิดความไม่สะดวก หรือว่าไม่มีความไว้วางใจต่อกัน หรือเห็นว่า มีหลักฐานไม่มั่นคง จึงได้เปลี่ยนเจตนาไปทำนิติกรรมอีกอันหนึ่งแล้ว นิติกรรมที่ทำขึ้นจึงทำให้ นิติกรรมอำพรางแต่อย่างใดไม่ และยิ่งหากกรณีใดทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นแล้ว ต่อมาได้ทำ นิติกรรมอีกอันหนึ่งขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลง แกไขนิติกรรมที่ทำขึ้นในครั้งแรกแล้ว นิติกรรมที่ทำครั้งที่ สองก็ทำให้นิติกรรมอำพรางแต่อย่างใดไม่ ฉะนั้น จึงสมควรจะพิจารณาถึงเจตนาของกรณี ให้ลองแต่เสียก่อนว่า กรณีมีความประสงค์อย่างไรในการทำนิติกรรมนั้น หากข้อเท็จจริงได้ ความว่าการแสดงเจตนาของกรณีมิใช่ของด้วยลักษณะนิติกรรมอำพรางแล้ว ผลบังคับก็ของ เป็นไปตามนิติกรรมที่กรณีแสดงออกอย่างเปิดเผยนั้น แต่ถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่ากรณี แสดงเจตนาออกมาอย่างหนึ่ง แต่ประพฤติปฏิบัติต่อกันอีกอย่างหนึ่งซึ่งกรณีมีเจตนาจะผูกพัน กันเช่นนั้นแล้ว กรณีก็ต้องด้วยลักษณะของนิติกรรมอำพรางซึ่งผลในกฎหมายเป็นว่าต้องบังคับ กันตามนิติกรรมอันแท้จริงซึ่งถูกปกปิดเอาไว้นั่นเอง

4.4.2 ปัญหาที่เกี่ยวข้องเนื่องระหว่างสัญญาขายฝากกับเรื่องนิติกรรมอำ-

พราง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าในทางปฏิบัติสัญญาขายฝากส่วน-
มากมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาเงินซึ่งทางฝ่ายผู้ให้กู้ต้องการให้มีหลักประกันที่มั่นคงอาจเป็น
เพราะว่าผู้ให้กู้ต้องการให้เกิดความสะดวกในการที่ไม่ต้องไปบังคับเอาทรัพย์อื่นเพื่อชำระ
หนี้อีกครั้งหนึ่ง หากผู้ไม่ยอมชำระหนี้แก่ตน นอกจากนั้นยังสามารถกำหนดสินใจเอาไว้ดวง
หน้าโดยคิดคำนวณดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดผนวกกับเงินต้นเอาไว้อีกด้วย โดยถือ
หลักว่าสัญญาขายฝากไม่ใช่สัญญาประกัน จึงไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องห้ามเรียกดอกเบี้ย
เกินอัตรา ในขณะที่เดียวกันทางฝ่ายผู้กู้ก็สะดวกในการไม่ต้องคอยหาเงินมาชำระดอกเบี้ยเงิน
กู้เป็นรายเดือน และมีโอกาสได้ทรัพย์สินของตนคืนได้ภายในเวลากำหนด อย่างไรก็ตาม แม้
ว่าในตอนแรกกรณีอาจไม่มีเจตนาที่จะทำเป็นสัญญาขายฝาก แต่อาจด้วยความไว้วางใจอีก
ฝ่ายหนึ่งหรืออาจเป็นเพราะความไม่รู้อีกกฎหมายในเรื่องขายฝากอย่างแท้จริง หรืออาจเป็น
เพราะการหลอกลวงของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งรู้หลักกฎหมายขายฝากและต้องการจะได้ทรัพย์สินที่จะ
ขายฝาก กรณีอีกฝ่ายใดทำเป็นสัญญาขายฝากให้ปรากฏออกมาอย่างเปิดเผยเป็นที่รู้แก่

สาธารณชนโดยทั่วไป ส่วนการประพฤติกฎปฏิบัติยังคงดำเนินกันเป็นนิติกรรมอีกอย่างหนึ่งตามที่เคยปฏิบัติกันมาตามปกติ เช่น อาจเป็นเรื่องการกู้ยืมเงิน เป็นต้น หรือปัญหาอาจเกิดจากกรณีที่ใคร่ทำสัญญาขายฝากกันจริง แต่เมื่อทรัพย์สินนั้นมีราคาสูงขึ้นและได้วางพันทันกำหนดระยะเวลาใดหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจต้องการไถ่ทรัพย์สินนั้นเป็นของตน จึงได้ยกเรื่องนิติกรรมอำพรางขึ้นมากล่าวอ้างว่า สัญญาขายฝากนั้นเป็นนิติกรรมอำพรางสัญญาการกู้ยืมเงินที่มีหลักทรัพย์ประกัน จึงทำให้เกิดกรณีพิพาทกันในศาลมากมายเป็นเหตุให้ศาลต้องหยิบยกหลักเกณฑ์เรื่องนิติกรรมอำพรางขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงของคดีก่อนว่า กรณีนี้มีเจตนาที่แท้จริงที่หานิติกรรมใดเพื่อจะไต่บังค้ำบังให้กรณีปฏิบัติต่อกันตามเจตนาอันแท้จริงนั้น

ในเรื่องนี้จะได้แยกหัวข้อพิจารณาออกเป็น 2 ข้อ คือ

- ก. ทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญากู้ยืมเงิน
- ข. ทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญาจำนอง

ก. สัญญาขายฝากอำพรางสัญญากู้ยืมเงิน

ในความเป็นจริงที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไป บุคคลที่ไม่ใคร่รู้กฎหมายมักจะนำทรัพย์สินของตนมอบไว้กับเจ้าหนี้เงินกู้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้นั้น ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวตามกฎหมายเรียกว่า "สัญญาจำนำ" สำหรับสังหาริมทรัพย์ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ก็เรียกว่า "สัญญาจำนอง" แต่ในทางปฏิบัติกรณีทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้นั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ที่ดินแล้ว ส่วนมากยังคงยึดถือและปฏิบัติต่อกันตามประเพณีเดิมในเรื่องจำนำและขายฝากตามกฎหมายเก่าก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือชาวบ้านมักนิยมเช่าหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน เช่น โฉนด น.ส.3 หรือ ส.ก.1 มอบไว้กับเจ้าหนี้ผู้เป็นเจ้าของเงิน เพื่อเป็นประกันการกู้ยืมเงินโดยเจ้าของที่ดินยังคงครอบครองที่ดินของตนอยู่สามารถทำประโยชน์ในที่ดินได้ เพียงแต่ส่งดอกเบี้ยตามที่ตกลงกันเท่านั้น การทำสัญญาดังกล่าวก็มีได้ไปจดทะเบียนจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย เมื่อมีการคดโกง เป็นต้นว่าลูกหนี้ได้ไปแจ้งต่อเจ้าพนักงานที่ดินว่า หนังสือสำคัญสำหรับที่ดินของตนได้หายไปขอทำหนังสือสำคัญใหม่ ซึ่งเมื่อเจ้าพนักงานที่ดินได้ออกใบแทนของหนังสือสำคัญดังกล่าวให้แก่ลูกหนี้ใหม่ ลูกหนี้ก็จะนำไปจดทะเบียน

ตามมาตรา 702 วรรคแรก และจำนองนั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย มิฉะนั้นสัญญาจำนองเป็นโมฆะ ตามมาตรา 703 และมาตรา 714 ทั้งนี้ เมื่อมีการทำสัญญาขายฝากทรัพย์สินอำพรางสัญญาจำนอง โดยเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่ต้องจดทะเบียนแล้ว จึงเกิดปัญหาว่า จะบังคับกันตามสัญญาจำนองซึ่งถูกอำพรางนั้นได้เพียงใด เพราะตามหลักสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ แต่สัญญาจำนองดังกล่าวมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากคู่กรณีได้ทำสัญญาอื่นปกปิดเอาไว้ จึงทำให้เกิดความสงสัยว่าจะนำเอาบทบัญญัติ ในเรื่องนิติกรรมอำพรางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคสอง มาใช้บังคับในกรณีนี้ได้เพียงใด

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้มีความเห็นแยกออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า ถ้าทำนิติกรรมขายฝากอำพรางนิติกรรมจำนอง จะถือว่าการที่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในฐานะเป็นสัญญาขายฝาก เป็นการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในฐานะเป็นสัญญาจำนองซึ่งถูกอำพรางไว้ไม่ได้ เพราะแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรค 2 จะได้บัญญัติให้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายอันว่าด้วยนิติกรรมอำพราง หรือนิติกรรมอันที่ถูกอำพรางก็ตาม แต่นิติกรรมอันที่ถูกอำพรางไว้นั้นนอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ความสมบูรณ์ของนิติกรรมโดยทั่วไปซึ่งบางตำราเรียกว่า "หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อความภายในของนิติกรรม" ¹ แล้วหลักเกณฑ์เกี่ยวกับแบบของนิติกรรม หรือที่เรียกว่า "หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกรอบพิธีภายนอกของนิติกรรม" ² จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบังคับไว้ด้วย ซึ่งความเห็นของฝ่ายนี้ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยสนับสนุนเป็นแนวเดียวกันอยู่หลายเรื่อง เช่น :-

¹ จีค เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (พระนคร ; แสงทองการพิมพ์, 2513), หน้า 163

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 164.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2505 ระหว่าง น.ส. สมบุญ ขจรบุญ โจทก์ นางฟู - สาลิตุล จำเลย ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า "กรณีปรากฏในคดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นเรื่องที่จำเลยต้องการเงินจากโจทก์ โจทก์จะจ่ายเงินให้จำเลยก็ต่อเมื่อจำเลยทำนิติกรรมเป็นสัญญาขายฝากที่ดินพิพาทไว้กับโจทก์ จำเลยจึงได้ไปทำหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทเป็นสัญญาขายฝากโดยถูกต้องตามกฎหมาย จำเลยให้การโต้แย้งฟ้องโจทก์ที่อ้างสัญญาขายฝากก็เพียงว่า พฤติการณ์ระหว่างโจทก์จำเลยตกลงและปฏิบัติต่อกันเป็นลักษณะจำนองเท่านั้น อันว่าจำนองนั้นคือ การที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ หากได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปตั้ง เช่นสัญญาขายฝากไม่ ก็เมื่อจำเลยได้แสดงเจตนาตกลงกับโจทก์ และจดทะเบียนแสดงเจตนาขึ้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยเต็มใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของจำเลยไปให้โจทก์เป็นการขายฝากแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่า จะมากลี้บคำอ้างเอาแต่ฝ่ายเดียวว่าพฤติการณ์เป็นจำนองโดยจำเลย และโจทก์ไม่มีเจตนาจะโอนและรับโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทกันนั้น ย่อมฟังไม่ได้ นิติกรรมอำพรางนั้นย่อมต้องมีนิติกรรมซึ่งไขบงคับได้ทั้งสองอัน แต่กรณีทำเป็นนิติกรรมอันหนึ่งอำพรางนิติกรรมอันแท้จริงไว้ในเรื่องนี้นิติกรรมที่จำเลยอ้างว่าเป็นสัญญาจำนองนั้นหาไม่เลย เพราะสัญญาจำนองนั้นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 714 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิฉะนั้นจะเป็นการตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หาได้ไม่ ศาลฎีกาจึงเห็นว่า กรณีนี้นิติกรรมคงมีอยู่แต่อันเดียว คือนิติกรรมขายฝากที่โจทก์จำเลยจดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเอกสารมหาชน จำเลยได้ทำหนังสือแสดงปรากฏชัดว่า จำเลยได้โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทไปยังโจทก์ในการขายฝากนั้นแล้วจำเลยจะขอสืบพยานว่า ไม่ได้โอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นการขอนำสืบเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสารนั้นต้องห้ามตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง"

นอกจากนั้นศาลฎีกายังได้วินิจฉัยไว้เฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับนิติกรรมอันถูกอำพรางไว้ว่า "นิติกรรมที่ถูกอำพรางที่ท่านให้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรค 2 จะต้องเป็นนิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในกรณีที่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ต่อกรทำให้ถูกต้องจึงจะบังคับได้ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1783/2492 ระหว่าง พระศรีภักดี โจทก์ พระอรชรฉวีมลบัณฑิต จำเลย แต่

การจำนองที่ดินถ้าจำเลยว่าได้ตกลงกันนั้นหาได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ จึงไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย"

ส่วนฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า ในกรณีที่ปรากฏว่าเป็นการทำนิติกรรมขึ้นสองอันโดยให้นิติกรรมอันหนึ่ง ซึ่งเปิดเผยอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งซึ่งคู่กรณีประสงค์จะปกปิดไว้ ถ้านิติกรรมอันที่เปิดเผยได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ย่อมมีผลทำให้นิติกรรมที่ถูกอำพรางมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ แม้นิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม¹ เพราะในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้นจะต้องมีนิติกรรมอยู่สองอัน คือ นิติกรรมที่แสดงออกโดยเปิดเผยซึ่งคู่กรณีสมคบกันทำลวงเอาไว้ กับนิติกรรมที่ปกปิดซ่อนเร้นไว้ซึ่งคู่กรณีเจตนาใช้บังคับกันอย่างแท้จริง ดังนั้น ในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้นจะมีนิติกรรมที่ใช้บังคับได้ทั้งสองอันด้วยกันนั้นจะเป็นไปไม่ได้ เพราะอย่างน้อยนิติกรรมอันหนึ่งต้องขาดเจตนาอันแท้จริงที่จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ถ้าจะสมบูรณ์ก็ควรสมบูรณ์เพียงอันเดียว² คือ นิติกรรมที่ถูกปกปิดไว้ตามนัยแห่งมาตรา 118 วรรค 2 นอกจากนั้นการที่ศาลฎีกามีความเห็นว่าการโอนที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์นิติกรรมอันที่ถูกปกปิดอำพรางอยู่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนด้วย มิฉะนั้นก็ใช้บังคับกันไม่ได้ นั้น ความเห็นดังนี้ย่อมขัดกับหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมอำพราง เพราะหากต้องให้จดทะเบียนทั้งสองอัน คือ ทั้งนิติกรรมอันที่ทำโดยเจตนาลวงที่เปิดเผย และอันที่ถูกอำพรางปกปิดแล้ว การจดทะเบียนเป็นเอกสารมหาชนโดยเปิดเผยก็หมายความว่า ต้องเปิดเผยทั้งสองอัน ก็เลยไม่มีนิติกรรมอันไหนอำพรางอันไหน การขอจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินในคราวเดียว เป็นนิติกรรมสองอย่าง เจ้าพนักงานที่ดินที่ไหน

¹ เรื่องเดียวกัน.

² ประมุข สวัสดิ์มงคล, "คำพิพากษาศาลฎีกาและหมายเหตุ," บทบัณฑิตย 21 (เมษายน 2506) : 487.

จะทำให้ จึงเป็นเรื่องเป็นไปไม่ได้¹ อีกทั้งการที่ศาลฎีกาแปลความว่านิติกรรมทั้งที่แท้จริง และที่แสดงออกหลอก ๆ จะต้องใช้บังคับได้ทั้งสองอัน กล่าวคือ ถ้าเป็นนิติกรรมที่ต้องทำตาม แบบ เช่น ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนก่อนพนักงานเจ้าหน้าที่นิติกรรมอำพรางนั้น ก็จะต้อง ทำให้ถูกแบบด้วยจึงจะมีผลใช้บังคับได้เกรงว่าจะเป็นการแปลความที่เคร่งครัดเกินไป จะทำ ให้นำหลักนิติกรรมอำพรางตามมาตรา 118 วรรค 2 มาใช้กับนิติกรรมที่มีแบบไม่ได้เลยอีก ด้วย เพราะเมื่อทำตามแบบย่อมต้องเปิดเผยออกอยู่ในตัวจะเรียกว่าอำพรางได้อย่างไร ตัวอย่างเช่น ทำนิติกรรมซื้อขายที่ดินเพื่อปกปิดนิติกรรมการให้ ถ้าระหว่างคู่กรณีจะขอบังคับ ตามบทบัญญัติว่าด้วยการให้ก็คงจะบังคับไม่ได้เพราะไม่มีการจดทะเบียนการให้ หรือถ้าจะ จดทะเบียนการให้ก่อนพนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะเรียกว่าอำพรางการให้ได้อย่างไร ครั้นจะจดทะเบียน ทั้งการซื้อขายและการให้เพื่อให้ถูกแบบทั้งสองนิติกรรมก็ย่อมเป็นไปไม่ได้อีก ท่านอง ด้ยวกันข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2505 ข้างต้นที่โจทก์จำเลยจะจดทะเบียน ทั้งการจำนองและการขายฝากที่ดินยอมไม่ได้ ถ้าได้จดทะเบียนนิติกรรมขายฝากไว้ อย่างหนึ่งแล้วย่อมจะอำพรางในนิติกรรมจำนอง อีกอย่างหนึ่งไม่ได้เป็นอันขาด ถ้าถือหลัก ตามศาลฎีกาว่าไว้ดังกล่าวมตรา 118 วรรคสอง ย่อมไม่มีผลเลยสำหรับนิติกรรมที่ต้องการ แบบทั้งสอง อันจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นไม่ต้องการแบบเท่านั้น ซึ่ง กฎหมายมาตรานี้คงจะไม่มุ่งหมายไปไกลถึงเพียงนั้น อย่างน้อยเราก็ต้องเคารพต่อเจตนา อันแท้จริงของคู่กรณี ถ้าความจริงเป็นเรื่องจำนอง แม้ไม่ได้จดทะเบียนจำนองแต่ก็ได้จดทะเบียนขายฝากอันเป็นนิติกรรมที่ทำขึ้นล่วงหน้าไว้แล้ว จึงน่าจะสืบเป็นเรื่องจำนองไปได้ ท่านอง ด้ยวกันจดทะเบียนซื้อขายที่ดินแต่ศาลยังพิพากษาเป็นการยกให้ได้ไม่เป็นโมฆะ คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 976-977/2496 ระหว่างนางทิพวรรณ กฤษณมัทธนะ โจทก์ น.ส.สวัสดิ์ เลา- หะจินดา จำเลย ทั้งกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องบังคับระหว่างคู่กรณีด้วยกันเองเท่านั้น ซึ่งต่าง รู้ที่ความจริงเป็นอย่างไรรู้แล้ว ไม่กระทบกระเทือนถึงบุคคลภายนอกอันได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 118 วรรคแรก อยู่แล้ว

¹ วิริยะ เกิดศิริ, นิติกรรมสัญญาและหนี้ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 62.

สำหรับความเห็นฝ่ายหลังนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุนอยู่หลายเรื่อง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 976-977/2496 โจทก์จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์เป็นประเภทขายอำพรางการให้ การยกให้หาเป็นโมฆะไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1269/2497 ระหว่างนายนาถ จันทร์พุทธ โจทก์ นายสวัสดิ์ทิพย์ประชาบาล จำเลย ทำสัญญาซื้อขายที่ดินเพื่ออำพรางข้อตกลงแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกัน ต้องบังคับตามสัญญาแลกเปลี่ยน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273-274/2501 ระหว่างนายเล็ก วงศ์ภักดี โจทก์ นายกาญจน์ สัจพันธ์ จำเลย วินิจฉัยว่าถ้าสัญญาขายฝากที่ทำต่อเจ้าพนักงานเป็นนิติกรรมอำพรางการจำนองจริงคงโจทก์กล่าวสัญญาขายฝากก็เป็นโมฆะเสียเปล่าใช้บังคับไม่ได้ แต่มิได้วินิจฉัยว่าสัญญาจำนองที่ถูกอำพรางอยู่นั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่เพียงใด เพราะศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ทั้งสองฝ่ายเสียก่อนศาลฎีกาจึงย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลชั้นต้นสืบพยานทั้งสองฝ่ายแล้วพิพากษาใหม่

ในเรื่องเช่นเดียวกันนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2508 ระหว่างนายมีชัย จาวลา กับพวก โจทก์ นายเมืองใจ ชัยนิลพันธ์ จำเลย วินิจฉัยโดยมติที่ประชุมใหญ่ว่าในกรณีนี้จำเลยต่อสู้ว่าสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมอำพราง เป็นการกล่าวอ้างว่าสัญญาขายฝากเกิดจากเจตนาลวงของคู่กรณี โดยคู่กรณีมีเจตนาที่แท้จริงจะทำสัญญาจำนองกัน หากเป็นความจริงคงจำเลยอ้างสัญญาขายฝากยอมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118" และได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า "ส่วนเมื่อจำเลยนำสืบฟังได้ว่า สัญญาขายฝากเกิดจากเจตนาลวงเป็นโมฆะแล้วจะบังคับตามสัญญาจำนองตามเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีได้เพียงใดหรือไม่ ในเมื่อสัญญาจำนองมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยในอันบังคับต่อไป"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1145/2508 ระหว่างสืบตำรวจตรีมาโนช อารักษ์ โจทก์ นายเกื้อ เต็มประทีป จำเลย วินิจฉัยไว้ว่า "เมื่อนิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่ง นิติกรรมอันแรกยอมเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น นิติกรรมอันแรกที่ปรากฏออกมานั้นยอมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลังที่ถูกอำ-

พร่างไว้โดยนิติกรรมอันแรกนั้นต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันที่ถูก
 อำพร่างไว้ตามมาตรา 118 วรรคสอง ซึ่งจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่เพียงใดก็แล้วแต่บทบัญญัติ
 ของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันหลังนี้ แต่ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมอันหลังนี้
 ก็ไม่ทำให้นิติกรรมอันแรกที่เป็นโมฆะไปตามมาตรา 118 วรรคแรก นั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้
 แต่ประการใด เจตนาดวงที่แสดงออกมาด้วยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่ว่าจะ
 จะมีนิติกรรมอีกอันหนึ่งถูกปกปิดไว้ หรือไม่ก็ตาม"

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองข้างต้นนั้นยังมีได้วินิจฉัยให้กระจ่างชัดลงไปว่า เมื่อทำ
 สัญญาขายฝากอำพร่างสัญญาจำนองไว้และสัญญาขายฝากซึ่งได้จดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้า-
 หน้าที่ตกเป็นโมฆะแล้ว สัญญาจำนองที่ถูกอำพร่างไว้และมีได้จดทะเบียนต่อหน้าพนักงานเจ้า-
 หน้าที่จะไต่บังคับได้หรือไม่เพียงใด

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2239/2517 ระหว่างนายประสิทธิ์
 เนาววิรัตน์ กับพวก โจทก์ นายสกุล สำเร็จ จำเลย วินิจฉัยไว้ว่า "การที่นิติกรรมอันหนึ่ง
 ทำขึ้นเพื่ออำพร่างนิติกรรมอีกอันหนึ่ง นิติกรรมอันแรกคือสัญญาขายฝากยอมเป็นการแสดง
 เจตนาดวงด้วยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น นิติกรรม
 อันแรกที่ปรากฏออกมานั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลัง คือ สัญญาจำนองที่ถูกอำพร่างไว้โดยนิติกรรมอันแรก
 นั้น ต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันที่ถูกอำพร่างไว้ตามมาตรา 118
 วรรคสอง เมื่อโจทก์จำเลยมีเจตนาทำสัญญาจำนองกันแล้ว แต่การจำนองไม่ได้จดทะเบียน
 ทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง เป็นเพียงการกู้เงินที่โจทก์
 กู้จากจำเลยและให้ที่ดินแก่จำเลยยึดถือไว้เป็นประกัน และยอมถือได้ว่าเอกสารการขายฝาก
 ที่โจทก์จำเลยทำไว้ ณ สำนักงานที่ดินจังหวัดบุรีรัมย์ เป็นนิติกรรมสัญญากู้เงินที่กลายเป็นลาย
 สลักฉ้อฉลระหว่างโจทก์จำเลยนั้น ฉะนั้น เมื่อโจทก์ฟ้องขอเอาเงินมาถลอนที่พิพาทก็เท่ากับ
 โจทก์ขอชำระหนี้เงินกู้ จำเลยก็มีหน้าที่รับชำระและคืนที่พิพาทที่เป็นประกันนั้นให้โจทก์ไป"

จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกายังไม่ยอมรับรองว่า ถ้านิติกรรมที่เปิดเผยทำถูกต้องตาม
 แบบแล้ว นิติกรรมที่ปกปิดไว้แม้มิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบก็ไต่บังคับได้ เพราะศาลฎีกาวินิจ-
 ฉัยว่า "เมื่อโจทก์จำเลยมีเจตนาทำสัญญาจำนอง (ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ปกปิดไว้) กันแล้ว แต่

การจำนองไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง" อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาก็ยังวินิจฉัยต่อไปอีกโดยถือว่าเอกสารการขายฝากที่โจทก์จำเลยจดทะเบียนไว้ โดยเปิดเผย ณ สำนักงานที่ดิน เป็นนิติกรรมการกู้เงินที่ทำได้เป็นลายลักษณ์อักษร ระหว่าง คู่กรณี และถือว่านิติกรรมที่คู่กรณีปกปิดไว้เป็นเพียงการกู้เงินกันโดยให้ที่ดินแก่ผู้ให้กู้ยืมถือไว้ เป็นประกันซึ่งเป็นการเลี้ยงที่จะใช้บังคับสัญญา มาตรการ 118 วรรค 2 มาบังคับแก่คดีแต่กลับไป นำมาตรา 136 มาใช้บังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2506 ระหว่างนางประดับ กาจสงคราม โจทก์ นายมิตร ภูมิรัตน์ กับพวก จำเลย ซึ่งศาลอุทธรณ์ในคดีนั้นได้วินิจฉัย ไว้ว่า "โจทก์ทำสัญญาขายฝากที่พิพาทไว้กับจำเลยที่ 1 เป็นการอำพรางการจำนอง เมื่อ โจทก์จำเลยที่ 1 มีเจตนาทำสัญญาจำนองกันแล้ว แต่การจำนองไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้อง ตามกฎหมายจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 136 บัญญัติว่าการใดเป็นโมฆกรรมแต่เข้าแบบเป็นนิติกรรมอย่างอื่น โมฆกรรมนั้นท่านว่าย่อม เป็นอันสมบูรณ์โดยฐานเป็นนิติกรรมอย่างอื่นนั้น ฯลฯ นิติกรรมอย่างอื่นดังกล่าวนี้จึงเป็นการกู้ เงินที่โจทก์กู้จากจำเลยที่ 1 และให้ที่ดินแก่จำเลยที่ 1 ยืมถือไว้เป็นประกัน และยอมถือได้ว่า เอกสารการขายฝากที่โจทก์และจำเลยที่ 1 ทำไว้ ณ หอทะเบียนที่ดินเป็นนิติกรรมสัญญากู้เงิน ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 นั้น"

อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลฎีกามีได้วินิจฉัยถึงเรื่องที่ว่าสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรม อำพรางสัญญาจำนองเพราะโจทก์มิได้กล่าวมาในฟ้องเช่นนั้น คำวินิจฉัยของศาลฎีกาจึงเป็นไป ในทำนองว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้โดยปราศจากสงสัยว่าก่อนทำสัญญาขายฝากก็ดี ขณะทำ สัญญาขายฝากก็ดี หรือภายหลังที่ทำสัญญาขายฝากก็ดี โจทก์และจำเลยที่ 1 ไม่มีเจตนาจะ ผูกพันกันตามสัญญาขายฝากนั้น เป็นเรื่องที่ว่าจำเลยที่ 1 ต้องการคอกเบี้ยเท่านั้น แต่คอกเบี้ย เกินอัตราในกฎหมายจึงเลี้ยงทำเป็นขายฝากโดยจำเลยที่ 1 สัญญาจะไม่เอาที่ดินหลุดเป็นสิทธิ นิติกรรมขายฝากนี้จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก หรือแม้แต่โจทก์ไม่มีเจตนาจะผูกพันตามสัญญาขายฝากนี้แต่ฝ่ายเดียวก็ดี ถ้าจำเลยที่ 1 ได้รู้ถึง เจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของโจทก์ การขายฝากก็เป็นโมฆะเช่นเดียวกันตามมาตรา 117 จึง เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวไม่เป็นบรรทัดฐานต่อมาจนกระทั่งศาลฎีกา

ได้นำมาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2239/2517 ที่กล่าวข้างต้น และปัจจุบันนี้ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวนี้แต่ประการใด จึงต้องรอฟังแนววินิจฉัยของศาลฎีกาต่อไปว่าจะวางหลักในเรื่องนี้สอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สองหรือไม่

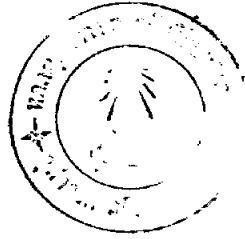
สำหรับผู้เขียนนั้น เห็นด้วยกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สองที่ว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่าคู่กรณีทำนิติกรรมขายฝากโดยเจตนาจะอำพรางนิติกรรมจำนองแล้ว เมื่อนิติกรรมการจำนองจะมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม แต่หากว่านิติกรรมการขายฝากได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยถูกต้องแล้ว นิติกรรมการจำนองที่ถูกอำพรางไว้ย่อมมีใช้บังคับกันได้ในระหว่างคู่กรณี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 118 วรรค 2 ทั้งนี้เพราะมีหลักในเรื่องนิติกรรมอำพรางอยู่ว่า สำหรับคู่กรณีในนิติกรรมทั้งสองนั้นต้องบังคับตามเจตนาอันแท้จริงของเขาคือนิติกรรมอันที่ถูกอำพรางเอาไว้ และถ้าจะเคร่งครัดว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางไว้จะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ มิฉะนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 115 ด้วยแล้ว ตามเหตุผลจะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวย่อมไม่มีทางจะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีได้เลย จึงขัดกับหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางอย่างเห็นได้ชัด ผลจึงมีว่ากรณีนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบจะไม่มีโอกาสได้ใช้บทบัญญัติมาตรา 118 วรรค 2 เรื่องนิติกรรมอำพรางเลย ถ้าจะใช้บังคับก็ต้องเลี่ยงไปยกเอา มาตรา 136 มาใช้บังคับซึ่งที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2239/2517 ซึ่งหาใช่เป็นการบังคับตามเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีไม่ ฉะนั้น ในกรณีแบบของสัญญาจำนองซึ่งเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่นั้น มีปัญหาที่จะต้องพิจารณา แม้ว่าศาลฎีกาในคดีดังกล่าวจะมีได้ยกมาตรา 115 มาใช้บังคับอันจะทำให้สัญญาจำนองที่เป็นนิติกรรมที่ถูกอำพรางหรือนิติกรรมที่ปกปิดไว้เป็นโมฆะไปก็ตาม โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า "เมื่อโจทก์จำเลยมีเจตนาทำสัญญาจำนองกันแล้ว แต่การจำนองไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง" ซึ่งแสดงว่าศาลฎีกาได้พิจารณากรณีที่มาตรา 714 บัญญัติว่าสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นมิใช่ "แบบ" ตาม

ความหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 115 โดยศาลฎีกากล่าวว่า "จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง" เพราะถ้าศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นแบบของสัญญาจำนองแล้ว สัญญาจำนองที่มีได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 714 บังคับไว้แล้ว ย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไปตามมาตรา 115 อย่างแน่นอน ซึ่งถ้าพิจารณาตามมาตรา 714 จะเห็นว่ากฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพราะใช้คำว่า "ต้อง" ฉะนั้น ถ้าพิจารณาตามนี้แล้วสัญญาจำนองดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามหลักในมาตรา 115

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้ากรณีถือว่าสัญญาขายฝากอำพรางสัญญาจำนองอันเป็นเรื่องนิติกรรมอำพรางแล้วต้องบังคับตามมาตรา 118 อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบของนิติกรรมอันที่เจตนาจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งแล้ว แม้นิติกรรมอันหลังซึ่งถูกอำพรางไว้คู่กรณีจะมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบ นิติกรรมอันหลังนี้ย่อมใช้บังคับกันได้ในระหว่างคู่กรณี ดังนั้น กรณีที่ได้จดทะเบียนนิติกรรมการขายฝากอำพรางนิติกรรมการจำนองเอาไว้ น่าจะถือว่าได้จดทะเบียนการจำนองเอาไว้โดยถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องจำนองแล้ว เพราะการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยเปิดเผยในตอนที่ทำสัญญาขายฝากย่อมไม่เสียไป คงเป็นโมฆะเสียเปล่าไปเฉพาะข้อตกลงในเรื่องขายฝากอันเกิดจากเจตนาลวงของคู่กรณี เป็นเหตุทำให้คู่กรณีกลับสู่ฐานะเดิมกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจึงยังคงอยู่กับผู้ขายฝาก และเงินค่าขายฝากนั้นถือได้ว่าผู้ขายฝากได้ยื่นไปจากผู้ซื้อฝาก ส่วนข้อตกลงในเรื่องจำนองอันเป็นเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีย่อมใช้บังคับกันได้ตามมาตรา 118 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 135 และมาตรา 136 และข้อตกลงการจำนองดังกล่าวได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายในเรื่องจำนองบังคับไว้แล้ว เพราะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้แล้วในตอนที่ยื่นขายฝากดังกล่าวมาแล้วนั่นเอง

ตามความเห็นของผู้เขียนดังกล่าวข้างต้นซึ่งอนุโลมให้ถือว่า แบบของสัญญาขายฝากซึ่งได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่เป็นนิติกรรมอำพรางอันเป็นโมฆะนั้น เป็นแบบของสัญญาจำนองอันเป็นเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี กล่าวคือ ถือว่าการจำนองได้ทำถูกต้องตามแบบของกฎหมายแล้วเช่นกัน ปัญหาที่มีว่าจะขัดกับหลักกฎหมายลักษณะจำนองหรือไม่

เห็นว่าสัญญาจำนองนั้นตามกฎหมายกำหนดโดยเฉพาะว่า ต้องระบุทรัพย์สินซึ่งจำ-



นอง หรือต้องมีจำนวนเงินระบุไว้ตามมาตรา 704 และ 708 เป็นต้น แตกต่างกับสัญญาขายฝาก เนื่องจากกฎหมายขายฝากไม่มีพันธสัญญาในลักษณะเช่นสัญญาจำนองดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การอนุโลมถือเอาแบบของสัญญาขายฝากเป็นแบบของสัญญาจำนองจึงไม่น่าจะขัดกับกฎหมายลักษณะจำนองแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่ว่าหากพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นยุติว่าสัญญาจำนองเป็นนิติกรรมที่แท้จริงที่คู่กรณีมีเจตนาให้มีผลผูกพันบังคับกัน ส่วนสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมที่อำพราง ย่อมถือได้ว่าคู่กรณีได้แสดงเจตนาออกมาโดยมุ่งประสงค์จะให้ผูกพันตามสัญญาจำนองนั่นเอง ฉะนั้น ทรัพย์สินที่ขายฝากก็คือ ทรัพย์สินที่จำนองตามมาตรา 704 ส่วนราคาขายฝากหรือสินไถ่ก็คือ จำนวนเงินที่จำนองตามมาตรา 708 นั่นเอง ทั้งนี้ ลักษณะของสัญญาจำนองจึงสมบูรณ์ตามกฎหมาย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในกรณีนิติกรรมการขายฝากตกเป็นโมฆะ เพราะเกิดขึ้นจากเจตนาฉ้อฉลของคู่กรณีที่จะอำพรางนิติกรรมการกู้ยืมเงินก็ดี หรือเพื่อประสงค์ที่จะอำพรางนิติกรรมการจำนองก็ดี ในระหว่างคู่กรณีด้วยกันแล้วยอมจะอ้างเอาสัญญาขายฝากที่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มาบังคับกันได้ เพราะถือว่าเอกสารสัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมสัญญากู้เงินที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมอบที่ดินให้ยึดถือไว้เป็นประกัน คำพิพากษาฎีกาที่ 1552/2506 ระหว่างนางประดับ กาจสงคราม โจทก์ นายมิตร ภูมิรัตน์ กับพวก จำเลย หรือฎีกาที่ 2403/2520 ระหว่างนายบุญ ยูประพัฒน์ โจทก์ นายบุญชูป - คำรงค์ผล จำเลย หรือฎีกาที่ 108/2516 ระหว่างนายกลีบ สนิทมาจโร โจทก์ นายโชติ - เทศพิทักษ์ กับพวก จำเลย และเมื่ออ้างเอาเอกสารสัญญาขายฝากที่จดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นหลักฐานสัญญากู้ยืมเงินที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมอบที่ดินให้ยึดถือไว้เป็นประกันได้แล้ว คู่กรณียอมอ้างเอาเอกสารการขายฝากที่จดทะเบียนไว้โดยเปิดเผยมาบังคับได้ในฐานะเป็นสัญญาจำนอง เพราะข้อตกลงจำนองดังกล่าวเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี และเป็นข้อตกลงที่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่กรณีได้เจตนาจะให้ข้อตกลงจำนองที่สมบูรณ์นั้นแยกออกจากข้อตกลงขายฝากซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้ และเนื่องจากข้อตกลงการขายฝากเป็นโมฆะกรรมเพราะเกิดจากเจตนาฉ้อฉลของคู่กรณี แต่เอกสารสัญญาขายฝากซึ่งคู่กรณีได้จดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นคู่กรณีรู้อยู่แล้วว่าไม่สมบูรณ์ แต่ได้ตั้งใจจะให้สมบูรณ์เป็นสัญญาจำนอง ดังนั้น เอกสารสัญญาขายฝากดังกล่าว

จึงเข้าแบบเป็นนิติกรรมสัญญาจำนองซึ่งคู่กรณีสามารถอ้างแย้งกันได้ด้วย

4.4.3 ปัญหาเรื่องการนำสืบ

ปัญหานี้ เกี่ยวโยงไปถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ซึ่งห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในเมื่อมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง และคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร แต่มีข้อยกเว้น บัญญัติไว้ในตอนท้ายของมาตรา 94 นั้น ให้สิทธิคู่ความในอันที่จะกล่าวอ้างและนำพยานบุคคล มาสืบประกอบข้ออ้างว่า พยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็นเอกสารปลอม หรือไม่ถูกต้องทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหน้อย่างอื่นที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่สมบูรณ์ หรือคู่ความอีก ฝ่ายหนึ่งตีความหมายผิด ซึ่งในกรณีที่มีการทำนิติกรรมสัญญาขายฝากอำพรางนิติกรรมสัญญา กู้ยืมเงินหรือสัญญาจำนองแล้ว คู่กรณีจะนำพยานบุคคลเข้าสืบหักล้างพยานเอกสารสัญญาขาย ฝากนั้นได้หรือไม่เพียงใด จำเป็นต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 มาพิจารณาประกอบด้วยจึงจะตอบปัญหาดังกล่าวข้างต้นได้

เกี่ยวกับเรื่องการนำสืบโดยพยานบุคคลในเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้ อาจมีผู้เข้าใจ ไขว้เขวว่าเป็นการนำพยานบุคคลมาสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร ซึ่งต้องห้าม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 และอ้างคำพิพากษาฎีกาบางฉบับสนับสนุน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1014/2485 ระหว่างนายทุก แซ่เตีย โจทก์ นายเซ่งพง - แซ่หาน จำเลย ที่ 1783/2493 ระหว่างพระศรีภักดิ์ โจทก์ พระอรรณวมลพันธ์พิชัย จำ- เลย เป็นต้น แต่ถาพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า การที่ศาลฎีกา พิพากษามีให้นำพยานบุคคลมาสืบในคดีนั้น โดยอ้างว่าเป็นการนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อ ความในเอกสารต้องห้ามมิให้นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 ก็เพราะปรากฏข้อเท็จจริงตามรูปคดีว่า คดีดังกล่าวไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพรางตามที่คู่กรณี ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ หรือคดีนั้นศาลเห็นว่าถึงให้สืบไปก็ไม่ได้ประโยชน์เนื่องจากไม่มีทางชนะคดี เพราะนิติกรรมที่คู่กรณีต้องการให้มีผลใช้บังคับโดยอ้างว่าเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นไม่อาจ มีผลใช้บังคับได้ เพราะเหตุว่ามีใ้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้แน่ชัดว่าคู่กรณีมีเจตนาทำนิติกรรมการ

ขายฝากเพื่ออำพรางการกู้ยืมเงินหรือนิติกรรมการจำนองแล้ว นิติกรรมการขายฝากที่ทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่าใช้บังคับไม่ได้ เพราะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาหลงในระหว่างคู่กรณี เหตุนี้การนำสืบพยานตามข้ออ้างของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งว่าสัญญาขายฝากเป็นโมฆะ จึงมิใช่เป็นการนำสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารสัญญาขายฝากนั้นแต่อย่างใด แต่เป็นการนำสืบทำลายข้อความในเอกสารว่า สัญญาที่ระบุในเอกสารนั้นไม่ถูกต้องสมบูรณ์ตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 วรรค 2 ซึ่งไม่ห้ามการที่คู่กรณีจะนำสืบพยานบุคคลตามข้ออ้างของตน

สรุป

ที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักในทางทฤษฎีนั้นสัญญาขายฝากสามารถแยกออกจากสัญญากู้ยืมเงินได้โดยเด็ดขาด การขายฝากมีลักษณะที่ไม่ใช่เป็นสัญญาประกันการกู้ยืมเงินโดยมีหลักทรัพย์แต่อย่างใด กล่าวคือ สัญญาขายฝากมีลักษณะเป็นเอกสารต่างหากจากสัญญาอื่น ๆ เพราะสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากตกไปยังผู้ซื้อฝาก ประกอบข้อตกลงให้ผู้ขายฝากมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ส่วนสัญญากู้ยืมเงินนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาใช้เงินไปสิ่งซึ่งผู้ให้ยืมส่งมอบเงินให้แก่ผู้ยืม โดยผู้ยืมตกลงว่าจะคืนเงินที่ยืมนั้นให้แก่ผู้ให้ยืมในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจจะมีการคิดดอกเบี้ยกันหรือไม่ก็ได้แล้วแต่จะตกลงกัน ดังนี้ สัญญาขายฝากจึงแยกต่างหากโดยเด็ดขาดจากสัญญากู้ยืมเงิน

แต่ในทางปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายเรื่องการขายฝากในประเทศไทยได้เกิดขึ้นมาช้านานแล้ว และแต่เดิมสัญญาขายฝากนั้นสืบเนื่องมาจากสัญญากู้ยืมเงินโดยผู้ยืมนำทรัพย์สินของตนมาส่งมอบให้แก่ผู้ให้ยืมเพื่อเป็นประกันเงินกู้ ดังนั้น บุคคลโดยทั่วไปจึงยังคงเข้าใจว่าสัญญาขายฝากเป็นสัญญาประกันประเภทหนึ่ง และด้วยความเข้าใจดังกล่าวนี้เอง สัญญาขายฝากจึงมีมูลฐานสืบเนื่องมาจากสัญญากู้ยืมเงินโดยมีทรัพย์สินซึ่งขายฝากเป็นประกันการกู้เงิน สาเหตุที่โดยทั่วไปมักจะทำสัญญาขายฝากทรัพย์สินเป็นประกันเงินกู้ ก็เพราะว่าสัญญาขายฝากให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่าสัญญาจำนอง หรือสัญญาเงินยืมธรรมดา เช่น ผู้ให้กู้สามารถเสี่ยงการเรียกดอกเบี้ยเงินกู้เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดได้โดยคิดรวมไว้ในสินได้

และมีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนอย่างแน่นอน เพราะผู้กู้ส่วนใหญ่ยังคงหวงแหนทรัพย์สินของตน หรือไม่ก็ยังมีโอกาสได้ทรัพย์สินซึ่งขายฝากเป็นกรรมสิทธิ์ของตนตลอดไป หากผู้กู้ไม่ไถ่ทรัพย์สินคืนภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ เป็นต้น ส่วนผู้กู้นั้นแม้ว่าส่วนใหญ่จะตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ผู้ใหญ่แต่เมื่อความจำเป็นต้องใช้จ่ายเงินบังคับให้จำต้องกู้เงิน เมื่อผู้ใหญ่ประสงค์จะทำสัญญาขายฝากทรัพย์สินเป็นประกันเงินกู้ ผู้กู้ก็ต้องยอมซึ่งอย่างน้อยสัญญาขายฝากก็ยังมีประโยชน์ต่อผู้กู้บ้าง เพราะมีโอกาสได้ทรัพย์สินของตนกลับคืนและไม่ต้องคอยส่งดอกเบี้ย แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้กู้ยังสับสนในผลบังคับของกฎหมายในเรื่องขายฝากในปัจจุบัน และยังคงประพฤติปฏิบัติต่อกันเหมือนสัญญาจำนำในสมัยก่อน กล่าวคือผู้กู้ตกลงทำสัญญากู้เงินกันโดยผู้ให้นำหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไปมอบให้ผู้ใหญ่ แต่มีใ้ส่งมอบการครอบครองที่ดินให้แก่ผู้ให้กู้แต่อย่างใด ผู้กู้ยังคงครอบครองที่ดินและทำประโยชน์ในที่ดินนั้นอยู่โดยส่งดอกเบี้ยเป็นคร่าว ๆ แต่ต่อ ๆ มาเจ้าหน้าที่ผู้ให้กู้เกิดความไม่ไว้วางใจผู้กู้ จึงให้ผู้กู้จดทะเบียนขายฝากที่ดินไว้เป็นประกันการกู้เงิน โดยยังคงประพฤติปฏิบัติต่อกันเหมือนเดิมอย่างเช่น จำนำ หรือ จำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบางรายอาจไม่สับสนในผลบังคับของกฎหมาย แต่ด้วยความไว้นื้อเชื่อใจจึงทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญาจำนองที่ดิน ดังนี้ จึงเกิดปัญหาเกี่ยวเนื่องกันระหว่างสัญญาขายฝากกับเรื่องนิติกรรมอำพราง และมีคดีฟ้องร้องกันอยู่เนือง ๆ ซึ่งทำให้มีปัญหาวางจะบังคับตามสัญญาอันไหน ทั้งผลบังคับของกฎหมายเป็นอย่างไร นอกจากนั้นยังมีปัญหาโยงไปถึงเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานอีกด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ได้วินิจฉัยเป็นลำดับมาแล้วแต่ต้น

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหากเกิดปัญหาเกี่ยวเนื่องระหว่างสัญญาขายฝากและเรื่องนิติกรรมอำพรางแล้ว กรณีต้องไขข้อสงสัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรค 2 มาใช้บังคับโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ต้องถือว่าสัญญาขายฝากเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ เพราะเกิดจากการแสดงเจตนาฉ้อฉลของคู่กรณี และต้องบังคับตามสัญญาที่แท้หรือสัญญาจำนองซึ่งถูกอำพรางไว้ เพราะเป็นการบังคับตามเจตนาอันแท้จริงระหว่างคู่กรณี และเมื่อกรณีได้ความว่าเป็นนิติกรรมอำพรางแล้ว การนำพยานบุคคลมาสืบหักล้างสัญญาขายฝากที่ได้จดทะเบียนโดยเปิดเผยยอมทำได้ ไม่ถือว่าเป็นการสืบเปลี่ยนแปลงแก้ไขเอกสารแต่

อย่างไร เพราะเป็นการนำสืบว่าสัญญาที่ปรากฏอยู่ในเอกสารสัญญาขายผากนั้นไม่สมบูรณ์อันเป็นข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั่นเอง



ศูนย์วิทยพัชร์พยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย