

ความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาขายฝาก

ตามที่ได้ศึกษาประวัติความเป็นมากฎหมายขายฝาก จะเห็นได้ว่าก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 นั้น สัญญาขายฝากเป็นสัญญาประกันอย่างหนึ่งทำนองเดียวกับสัญญาจำนำ สัญญาจำนอง¹ เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากยังคงอยู่กับผู้ขายฝาก ผู้ซื้อฝากเพียงมีสิทธิที่จะครอบครองและจะได้รับผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินที่ซื้อฝากจนกว่าผู้ขายจะไถทรัพย์สิน ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาขายฝาก นั้นหมายความว่าผู้ขายฝากไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อฝาก เพียงแต่ส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้ซื้อฝากและผู้ขายฝากมีสิทธิเรียกการครอบครองทรัพย์สินที่ขายฝากคืนเมื่อได้นำเงินมาชำระเพื่อเป็นการไถภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ตกลงหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ถ้าผู้ขายฝากไม่ไถทรัพย์สินภายในกำหนดเวลาไถแล้วกรรมสิทธิ์จึงจะหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อฝาก ฉะนั้น คราบไถที่ทรัพย์สินยังไม่หลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อฝาก ผู้ซื้อฝากไม่สามารถเอาทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่ไปจำหน่ายจ่ายโอนแก่บุคคลใดได้

ในปัจจุบันสัญญาขายฝากมีบทบัญญัติกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ตั้งแต่มาตรา 491 ถึงมาตรา 502 ในลักษณะชื่อขาย ว่าด้วยการซื้อขายเฉพาะบางอย่าง ซึ่งมีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาคือ เป็นสัญญาเฉพาะอย่างหรือสัญญาที่มีชื่อเรียกเฉพาะและมีบทบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้เป็นลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากหลักของสัญญาทั่ว ๆ ไป ดังนั้น นอกจากสัญญาขายฝากจะต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายขายฝากซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะแล้ว สัญญาขายฝากยังต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปในเรื่องนิติกรรมและสัญญาด้วย

¹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 1.

3.1 ความหมายของสัญญาขายฝาก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 ได้บัญญัติความหมายและลักษณะสำคัญของสัญญาขายฝากไว้ว่า "อันว่าการขายฝาก คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไม่ทรัพย์สินนั้นคืนได้"

ตามบทบัญญัติมาตรา 491 นี้ มีนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายถึงความหมายของสัญญาขายฝากไว้ ซึ่งผู้เขียนใครจะนำมากล่าวไว้เพื่อการศึกษาครั้งนี้

ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาศตะมาน อธิบายว่า "เมื่อพิเคราะห์ความในตัวของดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า สัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขบังคับหลังว่า ผู้ซื้อให้สิทธิแก่ผู้ขายไถถอนทรัพย์สินซึ่งขายฝากนั้นคืนได้ภายในกำหนดเวลาสุดแท้แต่จะตกลงกัน เมื่อผู้ขายไถถอนคืนแล้ว กรรมสิทธิ์ก็จะเปลี่ยนมือกลับมาเป็นของผู้ขายฝากตามเดิม"¹

นายโพยม เลขยานนท์ อธิบายว่า "ขายฝากเป็นสัญญาซึ่งผู้ซื้อฝากรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจากผู้ขาย โดยมีเงื่อนไขบังคับหลังว่า เมื่อผู้ขายฝากเอาเงินมาได้ทรัพย์สินที่ขายฝากคืนแล้ว กรรมสิทธิ์ก็จะเปลี่ยนมือจากผู้ซื้อฝากกลับมาเป็นของผู้ขายฝากตามเดิม"²

นายพรชัย สุนทรพันธุ์ อธิบายว่า "การขายฝาก คือ สัญญาซื้อขายชนิดหนึ่งซึ่งผู้ซื้อฝาก (ผู้รับซื้อฝาก) รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจากผู้ขายฝาก โดยมีเงื่อนไขบังคับหลังว่า เมื่อผู้ขายฝากนำเงินมาไถทรัพย์สินที่ขายฝากคืนตามกำหนดเวลาที่จะได้กำหนดไว้ในสัญญาขายฝาก หรือกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจะเปลี่ยนมือจากผู้ซื้อฝากกลับมาเป็นของผู้ขายฝากตามเดิม"³

¹ ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาศตะมาน, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย (ชนบุรี: โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2506), หน้า 104.

² โพยม เลขยานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), หน้า 64.

³ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: ชิสโกการพิมพ์, 2518), หน้า 1(ก).

นายไพจิตร ปุญญพันธ์ อธิบายว่า "สัญญาขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่งซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากได้โอนไปยังผู้ซื้อ แต่มีข้อตกลงกันว่า ผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากคืนได้คั้น ฉะนั้น จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประกัน แต่เป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนคือ ราคา"⁴

พิจารณาคำอธิบายความหมายสัญญาขายฝากของนักกฎหมายหลายท่านดังกล่าว เห็นได้ว่านักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่าสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับว่า เมื่อผู้ขายฝากนำเงินมาไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝากคืนแล้ว จะถือว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจะกลับคืนเป็นของผู้ขายฝากตามเดิม ซึ่งหมายความว่าเมื่อเงื่อนไขบังคับหลังเป็นผลสำเร็จแล้วจะทำให้สัญญาขายฝากที่เกิดขึ้นเป็นอันสิ้นสุด

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาขายฝากนั้น คือ สัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงว่าผู้ขายมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินที่ขายคืนได้ เพราะการไถ่ถอน การขายฝากนั้น ผู้ขายฝากจำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาที่จะขอไถ่ถอนอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งแตกต่างกับสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับหลังซึ่งคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาอีกเลยเพียงแต่รอให้เงื่อนไขที่กำหนดไว้สำเร็จลงเท่านั้น ฉะนั้น สัญญาขายฝากจึงไม่ใช่สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง ซึ่งเมื่อเงื่อนไขเป็นผลสำเร็จกรรมสิทธิ์จะกลับคืนเป็นของผู้ขายฝาก ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ที่กล่าวมาข้างต้น

3.2 ลักษณะสำคัญของสัญญาขายฝาก

พิจารณาตามมาตรา 491 มีบทบัญญัติกำหนดลักษณะของสัญญาขายฝากไว้ซึ่งได้แก่สัญญาที่มีลักษณะสำคัญ ดังนี้

3.2.1 เป็นสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อฝาก

สัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่ง ฉะนั้น ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าสามารถนำบทบัญญัติกฎหมายลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับในสัญญาขายฝากได้ในกรณีที่ไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายขายฝากบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เช่น กรณีการทำสัญญาขายฝากทรัพย์สินตาม

⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยขายฝาก, หน้า 4.

มาตรา 456 วรรคแรก และการนำบทบัญญัติกฎหมายลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับนั้นย่อมนำมาใช้บังคับได้ แม้ว่าจะไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายขายฝากให้นำมาใช้บังคับได้ก็ตาม ฉะนั้น บทบัญญัติว่าด้วยบทเบ็ดเสร็จทั่วไป การโอนกรรมสิทธิ์ การส่งมอบ ความรับผิดเพื่อชำระคบกพร่อง ความรับผิดในการรอนสิทธิ ขอสัญญาว่าไม่ต้องรับผิด และหน้าที่ของผู้ซื้อ จึงนำมาใช้บังคับกับเรื่องขายฝากได้

และนอกจากสัญญาขายฝากซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายขายฝากและลักษณะซื้อขายซึ่งเป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะแล้ว สัญญาขายฝากยังต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่ว ๆ ไปในเรื่องนิติกรรมและสัญญาอีกด้วย คือ การทำสัญญาขายฝากจะต้องปรากฏว่าคุณสัญญา มีความสามารถตามกฎหมาย การแสดงเจตนาไม่บกพร่อง วัตถุประสงค์ไม่เป็นการพ้นวิสัย หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงในการทำสัญญาขายฝากแต่ละครั้ง

เมื่อกฎหมายบัญญัติว่าสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่ง ผู้ขายฝากต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อฝาก และผู้ซื้อฝากตกลงจะชำระราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายฝากสัญญาขายฝากจึงเป็นสัญญาลักษณะทางตอบแทน

ก. ผู้ขายฝากต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่ขายฝาก

เมื่อสัญญาขายฝากเป็นสัญญาซึ่งจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อฝาก ตามมาตรา 1336 ซึ่งเป็นบทบัญญัติสำคัญในเรื่องหลักแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ บัญญัติว่า "ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย" เป็นการวางหลักว่า ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินของตนได้

จากหลักกฎหมายในเรื่องกรรมสิทธิ์ดังกล่าวนี้ ย่อมเป็นที่ยืนยันว่าผู้ขายฝากต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจึงจะมีอำนาจนำทรัพย์สินมาโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อฝากตามสัญญาขายฝากได้

หากสัญญาขายฝากซึ่งผู้ขายฝากมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้ซื้อฝากจะไม่ได้กรรมสิทธิ์เพราะเมื่อผู้ขายฝากไม่มีกรรมสิทธิ์แล้ว การโอนกรรมสิทธิ์ย่อมมีขึ้นไม่ได้ เช่น กรณีผู้เช่าซื้อนำทรัพย์สินที่ตนเช่าซื้อมาทำสัญญาขายฝาก ผู้ซื้อฝากย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 650/2513 ระหว่างบริษัทโอซากาโคโซ (ประเทศไทย) จำกัด โจทก์ นายถวัลย์ พงษ์พิศิษฐ์กุล ผู้ร้อง นายอำนาจ การเจริญดี จำเลย อีกทั้งผู้ซื้อฝากจะยกเอาสัญญาขายฝากขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงไม่ได้ แมว่าผู้ซื้อฝากจะรับซื้อฝากโดยสุจริตเพราะความไม่ทราบถึงข้อบกพร่องในเรื่องสิทธิของผู้ทำสัญญาขายฝาก หรือการต้องเสียค่าตอบแทน ก็ทำให้ผู้ซื้อฝากได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รับซื้อฝากนั้นไม่ เข้าสูภาษิตกกฎหมายที่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน"

ในบางกรณี ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ไม่สามารถ หรือไม่มีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินของตนไปขายฝากได้เสมอไป เพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์อาจหมดสิทธิหรือถูกจำกัดสิทธิหรืออำนาจในการจัดการทรัพย์สินของตนก็ได้ เช่น ศาลมีคำพิพากษาให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อกำเนินการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ดังนี้ ลูกหนี้ยอมไม่มีสิทธินำทรัพย์สินไปขายฝากกับบุคคลใดก็ได้ ถ้าหากฝ่าฝืนสัญญาขายฝากยอมตกเป็นโมฆะ แมว่าสัญญานั้นจะทำกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2044/2514 ระหว่าง นายนพดล เฉลียวศักดิ์ โจทก์ นายเจ๊ะยอ หนะยิดาโอะ กับพวก จำเลย

ข. แบบของสัญญาขายฝาก

ตามประกาศจํานำแลขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ข้อ 1 บัญญัติเฉพาะแบบของการขายฝากที่ดินไว้ว่าต้องทำหนังสือสัญญาเป็นกรมธรรม์ และทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามข้อบังคับของกฎหมายเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นการขายฝาก ส่วนการขายฝากทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ยอมหมายความว่า สัญญาขายฝากทรัพย์สินโดยทั่วไปยกเว้นที่ดินและทรัพย์สินตามข้อ 7 ไม่มีแบบ คือ เมื่อผู้ขายฝากและผู้ซื้อฝากมีเจตนาตรงกันที่จะทำสัญญาขายฝาก สัญญาขายฝากย่อมเกิดขึ้น ผู้ขายฝากต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากให้แก่ผู้ซื้อฝาก ผู้ซื้อฝากก็ต้องชำระราคา ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจะหลุดไปยังผู้ซื้อฝากก็ต่อเมื่อผู้ขายฝากไม่ได้ภายในกำหนดเวลาใดเท่านั้น

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าตามกฎหมายเกาสัญญาขายฝากไม่มีแบบ ยกเว้นเฉพาะการ
ขายฝากที่ดินและทรัพย์สินตามขอ 7 แห่งประกาศจําแนกขายฝากที่ดิน ร.ศ.118 เท่านั้น

เมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 แล้วพิจารณาตามมาตรา 491
ซึ่งเป็นแบบทของกฎหมายลักษณะขายฝากเห็นได้ว่า ตามมาตรา 491 บัญญัติว่าสัญญาขายฝาก
คือสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่ง ฉะนั้น แบบของสัญญาขายฝากย่อมเป็นไปตามกฎหมายลักษณะซื้อขาย
ในส่วนขอแบบสัญญาซื้อขายค้วย ซึ่งลักษณะของสัญญาซื้อขายอันจ้คว่าเป็นนิติกรรมสองฝ่าย
ซึ่งเกิดขึ้นโดยอาศัยเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เมื่อมีการเสนอสนองตรงตามความประสงค์
ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้วก็เกิดเป็นสัญญาซื้อขายทันที โดยผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน
และผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระราคา แต่ถึงค้งกล่าวนี้โดยหลักแล้วมิใช่สาระสำคัญของความสมบูรณ์
แห่งสัญญาซื้อขาย แม้ในเรืองแบบของสัญญาซื้อขายก็มีสาระสำคัญของความสมบูรณ์แห่ง
สัญญาซื้อขายเช่นเดียวกัน¹

แต่ในบางกรณีกฎหมายจําต้องจัดระเบียบของการซื้อขายไว้ โดยกำหนดว่าการ
ซื้อขายทรัพย์สินบางอย่างจะต้องมีแบบ (FORM) โดยถือหลักสำคัญในการครองชีพและหลัก
เศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้รัดกุมไม่ยุ่งยากอีกทั้งเป็นหลักฐานมั่นคงแน่นอนประกอบ
กับคู่สัญญาจะได้มีโอกาสยับยั้งซึ่งใจว่าควรทำสัญญานั้นให้ตลอดหรือไม่เพียงใด เป็นการเปิด
โอกาสให้มีการไตร่ตรองได้พอสมควร

ค้วยเหตุผลค้งกล่าว กฎหมายจึงได้กำหนดให้การซื้อขายทรัพย์สินบางประเภท
ต้องทำแบบค้งจะเห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 456 ซึ่งบัญญัติ "การซื้อขายอสังหาริม-
ทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธี
นี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มี
ระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะค้วย" การที่กฎหมายบัญญัติว่าการซื้อ
ขายทรัพย์สินบางประเภทจะต้องทำตามแบบ จะต้องพึงเข้าใจว่า "แบบ" เป็นเรืองมาที่ค้ง

¹ วิษณุ เกรืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าค้วยเอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขาย
แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2521), หน้า 91.

สัญญา สัญญาเกิดขึ้นแล้วโดยอาศัยคำเสนอคำสนองตรงกันของคู่สัญญาเท่านั้น หลังจากนั้นจึงค่อยมาพิจารณาเงื่อนไขในเรื่องแบบอีกชั้นหนึ่ง¹ ถ้าหากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วก็เป็นโมฆะ ไม่ได้หมายความว่าสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นเลย

ดังนั้น ย่อมกล่าวได้ว่าสัญญาขายฝากซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องแบบไว้โดยเฉพาะ นอกจากบัญญัติว่าเป็นสัญญาซื้อขายชนิดหนึ่ง โดยหลักแล้วสัญญาขายฝากจึงไม่มีแบบ คือเพียงแต่ผู้ขายฝากผู้ซื้อฝากแสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองตรงกันสัญญาขายฝากก็เกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่การขายฝากทรัพย์สินบางประเภทที่มาตรา 456 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่าต้องทำตามแบบ มิฉะนั้น สัญญาขายฝากที่เกิดขึ้นจะเป็นโมฆะ จึงกล่าวได้ว่ากรขายฝากทรัพย์สินบางประเภทที่ต้องทำตามแบบเป็นข้อยกเว้น

สำหรับกรณีสัญญาขายฝากต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น พิจารณาได้ดังนี้

1. ประเภทของสัญญาขายฝากที่ต้องทำตามแบบ

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรกจะเห็นได้ว่าแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้นเป็นแบบของสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์ หรือสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ซึ่งหมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเสร็จสิ้นในทุกเรื่องแล้วและคู่สัญญาตกลงกันว่าไม่ต้องมีการทำอะไรเพิ่มเติมต่อไปอีก แม้แต่ในเรื่องการทำตามแบบของกฎหมาย² ฉะนั้น สัญญาขายฝากที่สำเร็จบริบูรณ์หรือเสร็จเด็ดขาดเท่านั้นที่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 456 วรรคแรก ไม่ใช่แบบของสัญญาจะขายฝากหรือค้ำประกันแต่อย่างใด

2. ประเภทของทรัพย์สินที่ขายฝากซึ่งต้องทำตามแบบ

โดยอนุโลมนำกฎหมายลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับการขายฝากทรัพย์สินต่อไปนี้ กฎหมายได้บัญญัติว่าต้องทำตามแบบ คือ

1. เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

2. เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

2.1 อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 100 บัญญัติว่า "อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น อนึ่ง คำว่าอสังหาริมทรัพย์ หมายความว่ารวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย"

ฉะนั้น อสังหาริมทรัพย์จึงได้แก่

(1) ที่ดิน บทนิยามคำว่า "ที่ดิน" ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมาย ที่ดินบัญญัติว่า "หมายความว่าพื้นดินทั่วไป และให้หมายความถึงภูเขา ห้วยหนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย"

(2) ทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดิน หมายความว่าถึงของที่ติดตรึงตราอยู่กับที่ดินมีสภาพเป็นของถาวร เช่น คี๊ก โรงเรือน และยังหมายความว่าถึงทรัพย์ที่เกิดขึ้นหรือติดอยู่กับที่ดินเองตามธรรมชาติ เช่น ต้นไม้

(3) ทรัพย์ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน หมายความว่าถึงวัตถุต่าง ๆ บรรดาที่จะพึงเห็นได้ว่ามีอยู่ในที่ดิน รวมทั้งดินเอง เช่น แร่ต่าง ๆ ซึ่งเกิดหรือมีอยู่ตามธรรมชาติ ส่วนทรัพย์อื่น ๆ ที่ตกลงหรือมีผู้นำมากองบนพื้นดิน ย่อมไม่เป็นทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน แต่จะเป็นสังหาริมทรัพย์เสมอ

(4) สิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน สิทธิอาจเป็นทรัพย์สินได้ ตามมาตรา 99 เพราะถือว่าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ และสิทธิเป็นแต่เพียงกฎหมายสมมติขึ้น สิทธิที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ได้แก่ กรรมสิทธิ์ในที่ดิน สิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ การจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน การคิดปันในอสังหาริมทรัพย์ สิทธิจำนอง

2.2 เรือกำปั่น หมายความว่าตลอดถึงเรือทุกอย่างที่เดินเฉพาะด้วยเครื่องจักรกลหรือด้วยใบและไม้ได้ใช้กรร เขียง แจว หรือพาย ตามมาตรา 3 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ.2456

2.3 เรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป หมายถึงเรือที่ไม่มีเครื่องจักรกลเป็นกำลังเดินแต่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป

2.4 เรือกลไฟ หมายความว่าตลอดถึงเรือทุกอย่างที่เดินด้วยเครื่องจักร และจะใช้ใบด้วยหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความตลอดถึงเรือกำปั่นยนต์ด้วย ตามมาตรา 3 วรรคแรก

แห่งพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456

2.5 เรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป เรือยนต์นั้นหมายความตลอดถึงเรือยนต์ทุกอย่างที่มีขนาดต่ำกว่าสามสิบตันที่ช่วยให้เดินด้วยเครื่องจักร ซึ่งมีได้อาศัยกำลังเดินจากส้อม ตามมาตรา 3 วรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 แต่เฉพาะเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไปที่ต้องจดทะเบียน

2.6 แพ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456
แพมี 2 ประเภทคือ

- (1) แพที่หมายถึงแพไม้ซุง แพไม้ไผ่ ไม้รวก และไม้อื่น ๆ
- (2) แพคนอยู่ ซึ่งหมายความตลอดถึงเรือทุกอย่างที่ปลูกอยู่บนแพไม้ไผ่ ไม้รวก หรือบนเรือนหุ่น และลอยอยู่ในแม่น้ำหรือลำคลอง

คำว่า "แพ" ตามมาตรา 456 หมายความถึงแพที่เป็นที่อยู่อาศัยของคน (Floating house) ไม่กินความถึงแพไม้ซุง หรืออื่น ๆ

2.7 สัตว์พาหนะ หมายความถึงสัตว์ที่ใช้ในการขับขี่ อาก เข็น และบรรทุก ตามมาตรา 4 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 ซึ่งได้แก่ ช้าง ม้า โค กระบือ แต่สัตว์เหล่านี้ต้องได้ทำตัวรูปพรรณแล้ว ถ้าไม่ได้ทำตัวรูปพรรณเอาไว้ก็ไม่ถือว่าเป็นสัตว์พาหนะตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้

3. พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจดทะเบียน

เมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการขายฝากทรัพย์สินบางประเภทจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมจะต้องมีพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการตามแบบซึ่งกำหนด ซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

3.1 อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน บัญญัติว่า "ให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่อไปนี้ เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(1) เจ้าพนักงานที่ดินหรือผู้ทำการแทน สำหรับที่ดินในเขตที่มีสำนักงานที่ดินจังหวัดหรือสำนักงานที่ดินสาขาและเฉพาะที่ดินที่มีโฉนดที่ดินหรือที่มีใบไต่สวน หรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นในที่ดินดังกล่าวนั้นรวมกับที่ดิน

(2) นายอำเภอหรือผู้ทำการแทน ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอหรือผู้แทน สำหรับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นในท้องที่อำเภอหรือกิ่งอำเภอนั้น สำหรับกรณีอื่นนอกจากระบุไว้ใน (1)

พิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 71 การขายฝากอสังหาริมทรัพย์แต่ละประเภทผู้มีอำนาจจดทะเบียนสัญญาขายฝาก แยกเป็นดังนี้ คือ

1. เจ้าพนักงานที่ดินหรือผู้ทำการแทน เป็นผู้มีอำนาจจดทะเบียนสัญญาขายฝาก
 - ก. สัญญาขายฝากที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน
 - ข. สัญญาขายฝากที่ดินที่มีใบไต่สวน
 - ค. สัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์อื่นที่รวมกับที่ดินที่มีโฉนดที่ดินหรือใบไต่สวน เช่น การขายฝากบ้านพร้อมที่ดินมีโฉนดที่ดิน
2. นายอำเภอหรือผู้ทำการแทน ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอหรือผู้ทำการแทน เป็นผู้มีอำนาจจดทะเบียนสัญญาขายฝาก
 - ก. สัญญาขายฝากที่ดินที่ไม่มีโฉนดที่ดิน และใบไต่สวน
 - ข. อสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ เช่น บ้าน ตึกแถว
- 3.2 เรือ บรรดาเรือต่าง ๆ ทั้งหลายที่ระบุดำเนินการตามตรา 456 วรรคแรก การขายฝากต้องทำสัญญาขายฝากต่อนายอำเภอ และขอเปลี่ยนชื่อเจ้าของเรือต่อกรมเจ้าท่า ตามมาตรา 132 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 และมาตรา 145 แห่งพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456
- 3.3 แพ การขายฝากต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายอำเภอ ตามมาตรา 132 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457

3.4 สัตว์พาหนะ การขายฝากต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนก่อนนาย-
อำเภอรหรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ.2482 แต่งตั้งให้มี
อำนาจจดทะเบียนความมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้น

โดยสรุป กล่าวได้ว่าสัญญาขายฝากไม่มีแบบแต่การที่สัญญาขายฝากทรัพย์สิน
ประเภทต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเป็นเพียงข้อยกเว้น
การพิจารณาความสมบูรณ์แห่งสัญญาขายฝากนั้นพิจารณาจากคำเสนอสนองของคู่สัญญา หากเป็น
การขายฝากทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติบังคับว่าต้องทำตามแบบแล้ว จะต้อง
พิจารณาพิจารณาว่าสัญญาขายฝากทรัพย์สินนั้น ๆ ได้ทำตามแบบหรือไม่ ส่วนการขายฝาก
ทรัพย์สินอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายบัญญัติบังคับว่าต้องทำตามแบบเมื่อสัญญาขายฝากเกิดขึ้นก็
เป็นอันว่าสมบูรณ์ไม่ต้องพิจารณาในเรื่องแบบของสัญญาอีก

4. ผลของสัญญาขายฝากซึ่งไม่ทำตามแบบ

โดยอนุโลมกฎหมายลักษณะซื้อขายตามบทบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรก ผลจึง
เป็นว่าสัญญาขายฝากทรัพย์สินที่ระบุไว้จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
มิฉะนั้นเป็นโมฆะ นิติกรรมยอมเสียเปล่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะยกขึ้นกล่าวอ้าง
ก็ได้ตามมาตรา 133 และไม้อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ตามมาตรา 134¹ เมื่อเป็นโมฆะ
กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังเป็นของผู้ขายฝากอยู่ มิได้โอนไปยังผู้ซื้อฝากแต่อย่างใด

ในกรณีที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากให้แก่ผู้ซื้อฝาก อันถือว่าเป็นการชำระหนี้
ตามสัญญาขายฝากนั้น โดยหลักกฎหมายที่ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของ
ตนคืนได้ ดังนั้น ในกรณีที่การขายฝากทรัพย์สินมิได้ทำตามแบบและสัญญาตกเป็นโมฆะนั้น ผู้
ขายฝากยอมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ซื้อฝากโดยอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าวได้

¹ ประพนธ์ ศาคะมาน และไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 5 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์,
2515), หน้า 82.

แต่สำหรับเงินที่เป็นราคาขายฝากซึ่งผู้ซื้อฝากได้ชำระให้แก่ผู้ขายฝากเพื่อเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาขายฝากนั้น ผู้ซื้อฝากจะเรียกเงินจำนวนนั้นคืนโดยอาศัยหลักกฎหมาย เช่นเดียวกับกรณีผู้ขายฝากยอมไม่ได้ ทั้งนี้โดยเหตุที่ว่า "เงิน" เป็นสิ่งสมมุติซึ่งอาจใช้เงินจำนวนเดียวกันแทนกันได้ และเงินเป็นสิ่งที่เมื่อชำระหนี้และได้ส่งมอบแล้วกรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังผู้รับ สะทวักแก่ผู้ที่ได้รับเงินไว้จะใช้จ่ายหรือจ่ายโอนไป¹ เมื่อผู้ซื้อฝากไม่อาจติดตามเรียกเงินคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์แล้ว ดังนี้ ย่อมไม่เป็นกรรมแก่ผู้ซื้อฝาก และในขณะเดียวกัน ย่อมถือได้ว่าผู้ขายฝากได้รับเงินที่เป็นราคาขายฝากจากผู้ซื้อฝากโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นทางให้ผู้ซื้อฝากเสียเปรียบ ผู้ซื้อฝากจึงมีสิทธิเรียกเงินคืนจากผู้ขายฝากได้ในฐานลวมกรรมได้ ตามมาตรา 406 และผู้ขายฝากพึงต้องคืนเงินตามหลักลวมกรรมได้นั้นภายใต้บทบัญญัติมาตรา 412

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 679/2488 ระหว่างนายสอาด สาโหด โจทก์ นายทีด ยายี จำเลย

"สัญญาขายฝากที่ดินที่ตนทำกันเองยอมเป็นโมฆะ
ทำสัญญาขายฝากที่ดินกันเอง แล้วมอบที่ดินให้ผู้รับซึ่งครอบครองที่ดินนั้น แม้จะครอบครองมาเกิน 10 ปี ผู้ครอบครองก็อ้างอายุความการปกครองทางปรปักษ์ไม่ได้"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 352/2492 ระหว่างนางทองพรม เพ็ลวรัตน์ โจทก์
นางบุญเรือง จำเลย

"ทำสัญญาขายที่ดินกันเองมีข้อสัญญาว่าให้ไถถอนได้ในภายหลังนั้น เป็นข้อสัญญาทำนองให้ไถถอนคืน เช่นสัญญาขายฝาก เมื่อไม่ได้ทำเป็นสัญญาขายฝากโดยถูกต้อง ก็ยอมเป็นโมฆะ ฉะนั้น ผู้ขายฝากจะฟ้องเรียกคืนที่ดินโดยอาศัยข้อสัญญานั้นไม่ได้"

¹ วิมลศิริ ชำนาญเวช และประสิทธิ์ ไชวโกลกุล คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่งและลวมกรรมได้ พิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เอกสารค่าเช่า)

การขายทรัพย์สินไปโดยมีข้อสัญญาให้ได้ออนได้นั้น มีบทบัญญัติเรื่องขายฝากไว้ จึงแสดงว่าจะทำโดยประการอื่นไม่ได้ ฉะนั้น ถ้าทำไม่ถูกต้องเป็นสัญญาขายฝาก ข้อสัญญานั้นก็ขัดกับกฎหมาย"

คำพิพากษาฎีกาที่ 1008/2510 ระหว่างนายสุเวียง ศรีสุข โจทก์ นายอวม ธรรมทอง จำเลย

"การขายฝากอสังหาริมทรัพย์ เมื่อไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมเป็นโมฆะ

จำเลยรับเงินค่าขายฝากอสังหาริมทรัพย์ไปจากโจทก์ เมื่อการขายฝากเป็นโมฆะ โจทก์ได้คืนที่ดินให้แก่จำเลยแล้ว จำเลยต้องคืนเงินให้โจทก์ตามมาตรา 406 เพราะเป็นการรับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และทำให้โจทก์เสียเปรียบ"

การขายฝากทรัพย์สินตามประเภทที่กฎหมายระบุว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ ข้อสัญญาจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่สำหรับทรัพย์สินอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำตามแบบ ถ้าหากข้อสัญญาทำสัญญาขายฝากเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ไม่ทำให้สัญญาขายฝากนั้นเสียไปยังคงมีผลเป็นสัญญาขายฝากที่สมบูรณ์อยู่¹

สำหรับสัญญาขายฝากที่เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ถ้าปรากฏว่าไปเข้าแบบหรือลักษณะของนิติกรรมอื่น เช่น สัญญา กู้ยืม ก็สมบูรณ์ในฐานะที่เป็นนิติกรรมประเภทหลัง หากฟังสันนิษฐานได้ว่าคู่กรณีคงจะได้ตั้งใจให้สมบูรณ์เช่นนั้น ถ้ารู้ขึ้นว่านิติกรรมที่ประสงค์จะทำนั้นไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 136 ฉะนั้น

¹ นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 614-615/2514 ระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัดเลิศวิสัย พาณิชย์ โจทก์ ห้างหุ้นส่วนจำกัดลอนคอนกการกับพวก จำเลย นายถวิล ถวิลเคิมทรัพย์ ผู้รองซัดทรัพย์ ซึ่งการขายฝากโรงงานน้ำตาลอันได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รวมถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นเครื่องอุปกรณ์ของโรงงานน้ำตาลด้วย.

จึงบังคับตามสัญญาที่ยืมได้ นับคำพิพากษาฎีกาที่ 108/2516 (ประชุมใหญ่) ระหว่างนายกลับ สนิทมัจโร โจทก์ นายโชติ เทศพิทักษ์ กับพวก จำเลย

ค. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อฝาก

ถ้อยคำดังกล่าวนี้บทบัญญัติในมาตรา 491 และเป็นถ้อยคำที่แสดงว่าเมื่อสัญญาขายฝากเกิดขึ้นตามบทบัญญัติมาตรา 453 แล้ว คือเมื่อผู้ขายฝากและผู้ซื้อฝากแสดงเจตนาตรงกันสัญญาขายฝากยอมเกิดขึ้น กรรมสิทธิ์จะตกไปยังผู้ซื้อฝาก ซึ่งเป็นตามหลักปกติตามมาตรา 458 แต่อาจมีในบางกรณีที่เกิดสัญญาขายฝากเสร็จเด็ดขาดแล้วแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อฝาก อันได้แก่กรณีสัญญาขายฝากที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา หมายความว่าในสัญญาขายฝากเสร็จเด็ดขาดแล้วทั้งกรณีที่ไต่ทำตามแบบหรือไม่ต้องทำตามแบบ คู่สัญญาอาจจะตกลงกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นเป็นการประวิงมิให้กรรมสิทธิ์โอนจากผู้ขายฝากไปยังผู้ซื้อฝาก ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่อาจโอนทันทีตั้งแต่ขณะเมื่อไต่ทำสัญญาขายฝากกันตามมาตรา 458 จนกว่าเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลานั้นจะบรรลุผลกรรมสิทธิ์จึงจะโอนตกเป็นของผู้ซื้อฝาก ถ้าหากในสัญญาขายฝากมีข้อความระบุเป็นคั้งว่านั้นยอมหมายความว่า แม้จะเป็นสัญญาขายฝากเสร็จเด็ดขาดหรือบริบูรณ์แล้ว ก็มีได้หมายความว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจะโอนไปยังผู้ซื้อฝาก

ส่วนกรณีการขายฝากที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะเป็นเพียงกรณีความสมบูรณ์ของสัญญาเพราะเมื่อเป็นโมฆะ ถือว่าสัญญาขายฝากที่เกิดขึ้นนั้นเป็นอันเสียเปล่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจึงไม่อาจโอนไปยังผู้ซื้อฝากได้

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลักษณะขายฝากในปัจจุบันซึ่งถือว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากตกไปยังผู้ซื้อฝากนับแต่ขณะไต่ทำสัญญาขายฝาก แตกต่างกับตามกฎหมายเก่าซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อฝากก็ต่อเมื่อผู้ขายฝากไม่ใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินภายในกำหนดเวลาใด

อย่างไรก็ตาม แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากจะโอนไปยังผู้ซื้อฝากแล้วทรัพย์สินที่ขายฝากอาจจะยังไม่มี การส่งมอบแก่กันก็ได้ เพราะการส่งมอบทรัพย์สินเป็นกรณีการชำระหนี้ของผู้ขายฝากที่จะต้องปฏิบัติ ซึ่งคู่สัญญาอาจจะตกลงกันไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากเลยก็ได้ โดยให้ผู้ขายฝากครอบครองทรัพย์สินนั้นในฐานะครอบครองแทน อาจจะเป็นการ

ครอบครองตามสัญญาเช่าหรือกรณีอื่น ๆ ก็ได้ เพราะผู้ซื้อฝากอาจคิดว่าตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เพียงชั่วคราวหรือผู้ขายฝากมีความคิดหวังจะไถ่คืนกลับมาเป็นของตนได้อีก และเมื่อมีการไถ่คืนก็เพียงแต่โอนกรรมสิทธิ์กลับคืนเท่านั้น ซึ่งกรณีการที่ผู้ขายฝากต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากให้แก่ผู้ซื้อฝากครอบครองนี้ ตามกฎหมายเก่าถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาขายฝาก เพราะถ้าผู้ซื้อฝากมิได้ครอบครองทรัพย์สินที่ขายฝากแล้ว สัญญาที่คู่สัญญากระทำต่อกันจะมีใช้สัญญาขายฝาก

ในกรณีกลับกัน แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อฝาก แต่ผู้ขายฝากอาจจะส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อฝากแล้วก็ได้ จึงเห็นได้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์และการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายฝากไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันเสมอไป

ตามที่บทบัญญัติมาตรา 491 บัญญัติว่า "กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ" อาจจะทำให้เข้าใจไขว้เขวไปว่า ถ้าหากกรรมสิทธิ์ยังไม่โอนตกเป็นของผู้ซื้อฝากแล้ว จะทำให้สัญญาขายฝากที่เกิดขึ้นแล้วกลายเป็นสัญญาอื่นไป ความจริงเป็นแต่เพียงบทบัญญัติที่เน้นให้เข้าใจว่า เมื่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากโอนไปยังผู้ซื้อฝากแล้วสิทธิไถ่ของผู้ขายฝากตามข้อตกลงให้ผู้ขายฝากอาจไถ่ทรัพย์สินจะเกิดขึ้น เพราะถ้ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อฝากก็เป็นสัญญาจะขายฝากหรือสัญญาขายฝากมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขข้อตกลงให้ผู้ขายฝากอาจไถ่ทรัพย์สินได้ก็ยังเป็นเพียงข้อตกลง สิทธิไถ่ยังไม่เกิดขึ้นสิทธิไถ่จะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นสัญญาขายฝากสำเร็จบริบูรณ์หรือเงื่อนไข หรือเงื่อนไขนั้นได้บรรลุ¹ ซึ่งมีผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อฝากแล้วตามมาตรา 491 นั้นเอง

เมื่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากโอนไปยังผู้ซื้อฝากแล้ว ผลก็คือ ผู้ขายฝากย่อมไม่เ้าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป ผู้ขายฝากย่อมไม่มีอำนาจจะจำหน่าย

¹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยขายฝาก,

จ่ายโอนหรือกอภาระเหนือทรัพย์สินนั้นได้¹ หากผู้ขายฝากกระทำการใด ๆ ต่อทรัพย์สินที่ตนไม่มีกรรมสิทธิ์ ผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์แม้ว่าจะรับโอนไว้โดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนก็ตาม และไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้กับผู้ซื้อฝากได้ นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 476/2506 ระหว่างนายมนตรี พัวไกรเวสย์ กับพวก โจทก์ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฟ้าเกียง จำเลย

แต่อย่างไรก็ดี ผู้ขายฝากซึ่งไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝาก แต่ผู้ขายฝากยังมีโอกาสและความหวังที่จะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกลับคืนได้อีกเมื่อได้ใช้สิทธิไถ่ตามข้อตกลงแห่งสัญญาขายฝาก ซึ่งจะทำให้ผู้ขายฝากกลับมาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามเดิม ฉะนั้นในระหว่างการขายฝากแม้ผู้ขายฝากจะไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากนั้นแล้วก็ตาม ผู้ขายฝากอาจทำสัญญาจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ในลักษณะสัญญาจะซื้อจะขาย ซึ่งเป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อ ส่วนผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาจะซื้อจะขายศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยคดีไว้เป็นบรรทัดฐานดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 294/2492 ระหว่างนางกิมฉิ่ง มรกต โจทก์ นายเลี้ยว แซ่แต้ กับพวก จำเลย

ที่ดินซึ่งขายฝากผู้อื่นไว้ ผู้ขายยอมทำสัญญาจะขายที่ดินนั้นให้แก่ผู้อื่นได้ ทำสัญญาจะขายที่ดินที่ขายฝากไว้ แม้ต่อมาที่ดินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อฝากแล้ว ผู้ซื้อฝากโอนให้ผู้ขายฝากใหม่ ผู้ทำสัญญาจะขายที่ดินยังคงต้องผูกพันตามสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ผู้ซื้อฟ้องให้บังคับผู้ขาย โอนที่ดินตามสัญญาจะซื้อจะขาย เมื่อปรากฏว่าเป็นที่ดินซึ่งผู้ขายฝากผู้อื่นไว้ ก็ยอมถือว่าสภาพแห่งนั้นไม่เปิดช่องให้ศาลบังคับเช่นนั้นได้ และไม่เปิดช่องที่จะบังคับให้ผู้ขายไปจัดการไถ่ถอนแล้วโอนให้ผู้ซื้อ

¹ ถ้าผู้ขายฝากยื่นคำขอทำสัญญาในประเภทอื่น ๆ กับบุคคลภายนอก กรมที่ดินมีคำสั่งที่ 4/2477 ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2477 ว่า "ห้ามมิให้เจ้าพนักงานรับจดทะเบียนให้"

ที่คืนตามสัญญาจะซื้อจะขายได้ขายฝากผู้อื่นไว้ เมื่อผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อจะฟ้องขอให้บังคับผู้โอนโอนขายให้ตามสัญญาไม่ได้ ได้แต่เรียกร้องในทางอื่น เช่น ฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ขายทำการไถถอนการขายฝากผู้รับซื้อฝากแทนผู้ขายได้"

3.2.2 ทรัพย์สินที่ขายฝากต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ในการซื้อขายทรัพย์สินอาจกำหนดกันไว้แต่เพียงประเภท ซึ่งถ้าตามสภาพของสัญญาซื้อขายหรือเจตนาของคู่กรณีไม่อาจกำหนดได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะพึงเป็นชนิดอย่างใด ผู้ขายก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดปานกลาง และเมื่อผู้ขายได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำ เพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการ หรือได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่ขายจะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของผู้ซื้อ ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักทั่วไปแห่งการชำระหนี้ตามมาตรา 195 และบทกฎหมายลักษณะซื้อขายไม่มีตัวบทจำกัดไว้ว่าต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือไม่ ทั้งนี้ จะพิจารณาได้จากมาตรา 460

แต่สำหรับการขายฝากตามบทบัญญัติมาตรา 491 มีความตอนท้ายว่า "...ผู้ขายอาจได้ทรัพย์สินนั้นคืนได้" จึงเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติโดยแจ้งชัดว่าทรัพย์สินที่ขายฝากต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง¹ ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินที่ได้ระบุตัวทรัพย์สินไว้แน่นอนซึ่งโดยสภาพจะเอาทรัพย์สินอย่างอื่นมาแทนที่ไม่ได้ หรือเป็นทรัพย์สินที่คู่สัญญามีเจตนาไม่ต้องการจะเอาทรัพย์สินอื่นมาแทนที่

นอกจากมาตรา 491 จะบัญญัติว่าทรัพย์สินที่ขายฝากต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ยังมีบทบัญญัติคำว่า "ทรัพย์สิน" ซึ่งไม่จำกัดว่าจะเป็นอย่างหรือสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่มีความหมายถึงทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เช่น ที่ดิน บ้าน โทรทัศน์ ลิขสิทธิ์ สิทธิครอบครองเป็นต้น ยอมรับมาขายฝากกันได้ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

ว่าทรัพย์สินทุกประเภทจะขายฝากกันได้เสมอไป เช่น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ตามมาตรา 106 ได้แก่ทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถจะถือเอาได้ และทรัพย์สินซึ่งไม่โอนให้แก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า เป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจอยู่ในบังคับแห่งทรัพย์สินสิทธิของเอกชนได้ เช่น ลม สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายห้ามจำหน่ายจ่ายโอน

นอกจากนี้ข้อสังเกตสำหรับสังกมะทรัพย์และ โภคยทรัพย์¹ ที่อาจเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งนำมาขายฝากกันได้ ซึ่งในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาถึงเจตนาในการก่อให้เกิดหนี้ของคู่สัญญา กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาตกลงกันหรือมีพฤติการณ์แสดงว่าผู้ขายมีสิทธิไถ่สังกมะทรัพย์หรือ โภคยทรัพย์นั้นคืนได้ ก็เป็นการขายฝากซึ่งถ้าหากทรัพย์สินนั้นถูกทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียไปเพราะความผิดของผู้ซื้อ ผู้ซื้อของชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ขายฝาก ตามมาตรา 501

แต่ถ้าคู่สัญญาตกลงกันให้ผู้ขายมีสิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนได้ แต่ขณะเดียวกันมีข้อตกลงหรือพฤติการณ์ที่แสดงว่าผู้ซื้อไม่มีสิทธิทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียได้ เช่นนี้ไม่ใช่เป็นการขายฝาก แต่เป็นการซื้อขายธรรมดา เพราะเมื่อผู้ซื้อสามารถทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียซึ่งทรัพย์สินนั้นคืนแล้ว เมื่อผู้ขายฝากใช้สิทธิไถ่ จะเอาทรัพย์สินอะไรมาคืนแก่กัน² เช่น ก. ต้องการนำตาลทรายขาวไปทำขนม มาขอซื้อจาก ข. ข. มีน้ำตาลทรายขาวแต่ต้องการเก็บไว้เป็นตัวอย่าง แต่ยินยอมขายให้แก่ ก. โดยขอไถ่คืน เช่นนี้เป็นการซื้อขายตามธรรมดา มิใช่การขายฝาก เพราะเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการเอาไปทำขนม และ ข. ก็ทราบดีจึงไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาตามมาตรา 501 ในภายหลัง

¹ สังกมะทรัพย์เป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยปกติอาจใช้ของอื่นอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ ฉะนั้น ทรัพย์สินใดจะเป็นสังกมะทรัพย์มิได้อยู่ที่เจตนาความตกลงของคู่กรณีคงอยู่ที่ลักษณะสภาพของมัน

ส่วน โภคยทรัพย์เป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสียภาวะเสื่อมสลายไปในทันทีเพราะการใช้นั้นหรือซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไปคือต้องพิจารณาถึงลักษณะที่เป็นอยู่ในขณะหนึ่งตามประโยชน์ที่จะใช้

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 25 - 26.

3.2.3 มีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไถทรัพย์สินที่ขายฝากคืนได้

นอกจากองค์ประกอบที่ว่าเป็นสัญญาซื้อขายและทรัพย์สินที่ขายฝาก ต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาขายฝาก คือ ต้องมีข้อตกลง (agreement) ว่าผู้ขายอาจไถทรัพย์สินนั้นคืนได้รวมอยู่ด้วย จึงจะทำให้สัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาขายฝาก ประการสำคัญข้อตกลงดังกล่าวนี้จะต้องมีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ขายฝากและผู้ซื้อฝากที่ตกลงผูกพันกันว่าผู้ซื้อฝากยอมให้ผู้ขายฝากมีสิทธิไถทรัพย์สินคืนได้ มิใช่เป็นแต่เพียงคำมั่นของผู้ซื้อว่าจะให้ผู้ขายได้ไถได้ เพราะคำมั่นไม่ใช่ข้อตกลงซึ่งเป็นเจตนาของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย แต่คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ซื้อเท่านั้น¹

คำว่า "ไถ" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2493 หมายความว่า ถอน หรือ คืน

ฉะนั้น ในสัญญาขายฝากนอกจากจะใช้คำว่า "ไถ" แล้วอาจจะใช้คำอื่นซึ่งมีความหมายในลักษณะทำนองเดียวกันแทนได้² อันจะมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากกลับคืนมาเป็นของผู้ขายฝากตามเดิมอีกเมื่อผู้ขายฝากได้ปฏิบัติตามความคังกล่าวนั้นแล้ว เช่น คำว่าซื้อคืน ซื้อกลับมา คังนั้น ในสัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงท้ายสัญญาว่าถ้าผู้ขายต้องการจะซื้อคืน ผู้ซื้อจะยอมขายให้ เช่นนี้ถือว่าเป็นการขายฝาก นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 594/2486 ระหว่างนายทอง บุญจันทร์ โจทก์ นายเอี้ยวกิม แซ่เฮง จำเลย

สำหรับข้อตกลงที่ว่าผู้ขายอาจไถทรัพย์สินนั้นคืนได้ คู่สัญญาจะต้องตกลงกันขณะทำสัญญาซื้อขายเท่านั้น จึงจะเป็นสัญญาขายฝาก หากเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นภายหลังทำสัญญาซื้อขาย ข้อตกลงนั้นจะแยกจากสัญญาซื้อขายโดยเด็ดขาด จึงไม่ทำให้สัญญาซื้อขายคังกล่าวเป็นสัญญาขายฝาก แต่ข้อตกลงที่ทำกันภายหลังทำสัญญาซื้อขายนี้ไม่ว่าจะอยู่ในระหว่างสัญญา

¹ ขณะทำสัญญาซื้อขายกัน ถ้ามีคำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินคืน ไม่ทำให้เป็นสัญญาขายฝาก เพราะคำมั่นมิใช่ข้อตกลง

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

ชายฝากหรือที่คืนหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อฝากแล้ว นายคำพิพากษาฎีกาที่ 384/2488 ระหว่าง นางบุษ สังข์ของ โจทก์ นายเซ่งหอง ประกอบบัญชี จำเลย จะถือว่าเป็นคำมั่นจะขายหรือ สัญญาจะซื้อจะขายก็ได้ ซึ่งมีผลให้ผู้ชายอาจบังคับให้ผู้ซื้อปฏิบัติตามก็ได้ ส่วนการจะบังคับ ได้เพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาตามมาตรา 456 วรรคสอง คือ คำมั่นหรือสัญญาจะซื้อจะขาย มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ นายคำพิพากษา ฎีกาที่ 170/2497 ระหว่างนายสุขุม ประเสริฐศักดิ์ กุศลชด โจทก์ นายเอี่ยม กุศลชด จำเลย หรือใคว่างประจำ หรือใคว่าระหนึบงส่วนหรือไม

ส่วนคำว่า "อาจ" หมายความว่า การได้ทรัพย์สินที่ชายฝากจะมีขึ้นหรือไม่ก็ได้ ไม่สำคัญ เพราะเมื่อมีข้อตกลงได้คืนกันแล้วยอมเป็นสิทธิของผู้ชายฝากที่จะใช้สิทธิได้ทรัพย์สิน นั้น¹ แม้ว่าในที่สุดผู้ชายฝากจะไม่ใช้สิทธิได้คืนก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อตกลงให้ได้ทรัพย์สิน คืนนั้นเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ตรงกัน แต่ปรากฏว่าผู้ชายฝากกลับไม่ จำเป็นต้องผูกพันในข้อตกลงและต้องใช้สิทธิได้เสมอไป เฉพาะแต่ผู้ซื้อฝากเท่านั้นที่จะต้อง ผูกพันในข้อตกลงนี้ว่าเมื่อผู้ชายฝากใช้สิทธิได้ทรัพย์สินที่ชายฝากคืนภายในกำหนดเวลาได้ ผู้ซื้อฝากต้องยินยอมให้ได้ หากผู้ซื้อฝากไม่ยินยอมถือว่าผู้ซื้อฝากผิดสัญญาชายฝาก ผู้ชายฝาก ยอมผ่อนบังคับผู้ซื้อฝากให้รับได้และเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาได้

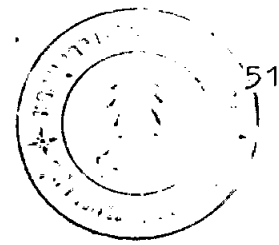
หากพิจารณาตามมาตรา 491 อาจจะทำให้เข้าใจว่าเฉพาะผู้ชายฝากและผู้ ซื้อฝากเท่านั้นที่มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่ชายฝากและมีหน้าที่รับได้ บุคคลอื่นไม่สามารถใช้สิทธิ คังกล่าวได้สำหรับผู้มีสิทธิได้และผู้มีหน้าที่รับได้จะเป็นบุคคลใดนั้นจะกล่าวในบทต่อไป

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจการจำหน่ายทรัพย์สินที่ชายฝาก

3.3.1 ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 493

มาตรา 493 บัญญัติว่า "ในการขายฝาก คู่สัญญาจะตกลงกันไม่ ให้ผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งชายฝากก็ได้ ถ้าและผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นฝ่าฝืนสัญญาไซ้"

¹ เรื่องเดียวกัน.



ก็ต้องรับผิดชอบผู้ขายในความเสี่ยงภัยใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น”

จากการศึกษาถึงที่มาของกฎหมายลักษณะขายฝากนั้นปรากฏว่าในการประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมายได้พิจารณาว่ากฎหมายขายฝากนอกจากจะพิจารณาเสาะแสวงและรวบรวมบทบัญญัติหรือประกาศเกี่ยวกับกฎหมายขายฝากของไทยที่ประกาศใช้แต่เดิมโดยพิจารณานำเอาเฉพาะส่วนที่สามารถจะนำมาบังคับใช้เพื่อความเหมาะสมกับสังคมไทยที่มีการเปลี่ยนแปลงแล้ว คณะกรรมการร่างกฎหมายยังได้พิจารณานำเอาหลักกฎหมายขายฝากและคำราค่าอธิบายกฎหมายขายฝากของต่างประเทศมาเป็นหลักสำคัญในการพิจารณายกร่างควย อาทิ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และญี่ปุ่น คำอธิบายกฎหมายของนักกฎหมายชื่อพลานีออล (Planio1) เป็นต้น ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายขายฝากของไทยนับแต่มาตรา 491 ถึงมาตรา 502 จะมีที่มาที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น มาตรา 491 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอิตาลี ส่วนมาตรา 494 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เยอรมัน และกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 50 ของไทย แต่สำหรับมาตรา 493 เมื่อได้พิจารณาศึกษาแล้วปรากฏว่าคณะกรรมการร่างกฎหมายได้พิจารณายกร่างขึ้นโดยมิได้อ้างอิงหรือนำแนวทางมาจากหลักกฎหมายของประเทศใดเลย กล่าวคือ คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีความเห็นพ้องต้องกันในที่ประชุมว่าสมควรจะบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ขายฝากบ้าง มาตรา 493 จึงได้ปรากฏรวมอยู่ในกฎหมายควย

3.3.2 เจตนารมณ์ของมาตรา 493

ในสังคมที่มนุษย์มีความเป็นอยู่ร่วมกันและต้องการความสงบเรียบร้อยภายในสังคมย่อมจะต้องมีกฎหรือข้อบังคับที่เรียกว่า "กฎหมาย" เพื่อเป็นหลักให้มนุษย์ทุกคนซึ่งรวมกันอยู่ในสังคมได้เคารพและปฏิบัติตามกฎหมายแต่ละฉบับหรือแต่ละมาตราที่ประกาศใช้บังคับยอมบัญญัติขึ้นโดยมีความมุ่งหมายซึ่งเรียกว่า "เจตนารมณ์" ในลักษณะหนึ่งลักษณะใดทั้งสิ้น มาตรา 493 ก็เช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งมีความมุ่งหมายที่อาจจะค้นพบได้โดยพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติในมาตรานั้น ๆ

มาตรา 493 นั้นเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองและรักษานโยบายให้แก่ผู้ขายฝาก ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นฝ่ายที่ตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบก็ได้ เพราะฉะนั้นผู้ขายฝากอาจพึงเล็งถึงคุณสมบัติของผู้ซื้อโดยเฉพาะ กฎหมายจึงอนุญาตให้คู่สัญญาขายฝากตกลงกันเกี่ยวกับอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินของผู้ซื้อฝากได้ โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งรับซื้อฝากไว้ในระหว่างที่ยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลาได้ การที่คู่สัญญามีการตกลงในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมก่อให้เกิดผลในลักษณะเป็นการคุ้มครองและให้ประโยชน์แก่ผู้ขายฝากเสมือนตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังนี้ คือ

1. ทำให้ผู้ขายฝากมีสิทธิเรียกและได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่ผู้ขายฝากได้รับอันเกิดจากการฝ่าฝืนข้อตกลงเรื่องการจำหน่ายทรัพย์สินของผู้ซื้อฝาก

การขายฝากทรัพย์สินโดยหลักกฎหมายขายฝากผู้ซื้อฝากซึ่งรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ขายฝากย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รับซื้อฝากไว้และมีอำนาจจัดการทรัพย์สินนั้นได้ตามหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้การจัดการทรัพย์สินอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ขายฝากผู้ซื้อฝากก็ไม่ต้องรับผิดชอบผู้ขายฝากในเรื่องผิดสัญญาขายฝากแต่อย่างใด เพราะความรับผิดชอบเรื่องผิดสัญญาขายฝากของผู้ซื้อฝากนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ขายฝากได้ใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนแต่ผู้ซื้อฝากไม่ยอมรับการไถ่หรือไม่ยอมให้ไถ่เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามอาจมีในบางกรณีที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันในการขายฝากว่าในระหว่างที่ยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลาได้ไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อมีข้อตกลงดังกล่าวแล้วย่อมจะก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบแก่ผู้ซื้อฝาก กล่าวคือ ผู้ซื้อฝากต้องไม่จำหน่ายทรัพย์สินซึ่งรับซื้อฝากไว้ หากผู้ซื้อฝากจำหน่ายไปถือว่าผู้ซื้อฝากฝ่าฝืนข้อตกลง ทำให้ผู้ขายฝากมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ซื้อฝากฐานผิดข้อตกลงได้

2. เป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีสิทธิไถ่ตามสัญญาขายฝากในการใช้สิทธิไถ่คืนกรณีผู้ซื้อฝากปฏิบัติตามข้อตกลงด้วยการไม่จำหน่ายทรัพย์สินในระหว่างการขายฝากเมื่อผู้มีสิทธิไถ่ต้องการใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนบุคคลนั้นย่อมสามารถใช้สิทธิไถ่ต่อผู้ซื้อฝากได้โดย

ไม่ต้องประสมปัญหาความยุ่งยากในการพิจารณาว่าต้องใช้สิทธิใดต่อบุคคลใดหรือการใช้สิทธิใดต่อผู้มีหน้าที่รับไถ่นั้น ๆ เป็นการถูกต้องหรือไม่

3.3.3 ข้อตกลงไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินที่ขายฝาก

ก. การตกลงไม่ให้จำหน่ายทรัพย์สินของคู่สัญญาขายฝาก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการขายฝากทรัพย์สินเป็นสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายฝากได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายฝากให้เป็นของผู้ซื้อฝากโดยผู้ขายฝากเพียงแต่มีสิทธิไถคืนภายในกำหนดระยะเวลาไถเท่านั้น ดังนั้น ในระหว่างการขายฝาก ผู้ซื้อฝากในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมจำหน่ายหรือก่อภาระติดพันใด ๆ เหนือทรัพย์สินนั้นได้ โดยผู้ขายฝากหาสิทธิขัดขวางหรือคัดค้านได้ไม่

แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อฝากในการจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากนั้น ตามมาตรา 493 ได้บัญญัติเปิดโอกาสให้คู่สัญญาขายฝากเลือกว่าในระหว่างการขายฝากคู่สัญญาจะตกลงกันกำหนดข้อสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหนึ่งอย่างหนึ่งนอกเหนือจากนี้เดิมอันเมื่ออยู่แล้วตามสัญญาขายฝากหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ คู่สัญญาอาจตกลงกันทำข้อสัญญาว่า "ไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินที่ขายฝาก" เมื่อมีข้อตกลงกันดังกล่าวเกิดขึ้นแล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งข้อสัญญาดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการงดเว้นกระทำการ คือ เมื่อการขายฝากทรัพย์สินเกิดขึ้นแล้วผู้ซื้อฝากมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้โดยคงเว้นไม่จำหน่ายทรัพย์สินซึ่งตนรับซื้อฝากไว้ ข้อตกลงดังกล่าวนี้จึงเป็นสัญญาประเภทที่ไม่มีประโยชน์ต่างตอบแทน ผู้ขายฝากเป็นเจ้าหนี้ฝ่ายเดียวที่จะเรียกให้ผู้ซื้อฝากปฏิบัติตามชำระหนี้ได้โดยตนเองไม่เป็นลูกหนี้ด้วย

ข. ลักษณะข้อตกลงไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินที่ขายฝาก

ลุ่มพังกัฒพิจวณาคความในมาตรา 493 จะเห็นวามบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติแต่เพียงว่าคู่สัญญาอาจตกลงกำหนดไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินได้เท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงข้อสัญญาที่คู่สัญญาจะตกลงกันเพื่อให้มีผลบังคับได้ตามมาตรา 493 ว่าควรจะตกลงกันเช่นไรหรือให้มีลักษณะอย่างไร แต่เมื่อพิจารณามาตรา 493 ประกอบกับมาตราอื่น ๆ ในกฎหมายขายฝากแล้วสามารถแยกลักษณะของข้อตกลงได้ดังนี้

2.1 ข้อตกลงดังกล่าวนี้คู่สัญญาชายฝากจะตกลงกันขณะทำสัญญา หรือเมื่อไ้ทำสัญญาชายฝากแล้วก็ได้และยอมมีผลบังคับได้เช่นกัน เพราะมาตรา 493 ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีนี้ไว้ ย่อมถือว่าคู่สัญญาจะตกลงกันเมื่อใดของระยะเวลาที่สัญญาชายฝากยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ก็ได้และอีกประการหนึ่ง ลักษณะของสัญญาชายฝากนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าจะต้องมีข้อสัญญาอื่นใดอีกนอกจากจะมีการโอนกรรมสิทธิ์และมีข้อตกลงให้ใดคืน ก็เป็นสัญญาชายฝากแล้ว ฉะนั้น ข้อตกลงตามมาตรา 493 จึงมิใช่ข้อตกลงที่จะต้องมีในสัญญาชายฝากเสมอไป ขณะทำสัญญาชายฝากอาจจะไม่มีข้อตกลงดังกล่าวนี้ แต่อาจจะมีการตกลงกันในภายหลังก็ได้และไม่ทำให้สัญญาชายฝากที่มีอยู่แต่เดิมเสียไปแต่อย่างใด

2.2 ถ้าเป็นการขายฝากทรัพย์สินประเภทที่ไม่ต้องทำตามแบบแล้ว ข้อตกลงตามมาตรา 493 คู่สัญญาจะตกลงกันด้วยปากเปล่าก็ได้ เพราะตามกฎหมายสัญญาขายฝากทรัพย์สินชนิดนี้ไม่ต้องทำตามแบบอยู่แล้ว ข้อตกลงด้วยปากเปล่าย่อมมีผลบังคับได้ แต่ถ้าเป็นการตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินประเภทที่การขายฝากต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยเช่นกัน จึงจะมีผลใช้บังคับได้

ในเรื่องเกี่ยวกับลักษณะข้อสัญญาตามมาตรา 493 อันเกี่ยวข้องกับข้อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเมื่อทำการขายฝากแล้วจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ในทางปฏิบัติของกรมที่ดินซึ่งเป็นส่วนราชการที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดินมีเจตนาและวัตถุประสงค์ให้การปฏิบัติงานมีส่วนสอดคล้องและเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 493 ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายสัมฤทธิ์ผลและในขณะเดียวกันเพื่อป้องกันปัญหาหรือข้อยุ่งยากอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่อันอาจเกิดขึ้นได้ กรมที่ดินจึงได้วางระเบียบการปฏิบัติงานโดยการออกคำสั่งที่ 6/2484 เรื่องวิธีการจดทะเบียนประเภทขายฝากที่ดิน ฉบับที่ 3 สั่ง ณ วันที่ 29 ตุลาคม 2484 ซึ่งมีความตอนหนึ่งว่า "ในการนี้ต้องสอบคู่สัญญาด้วยว่าใดตกลงกันให้หรือไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายกรรมสิทธิ์ที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์บนที่ดินที่ขายฝากด้วย" ฉะนั้น ในการขายฝากอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและ

นิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน ขณะจดทะเบียนการขายฝากพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้อง
สอบถามคู่สัญญาขายฝากเกี่ยวกับข้อตกลงตามมาตรา 493 ทุกครั้งไปว่าคู่สัญญามีเจตนา
อย่างไรเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ให้คู่สัญญากระทำได้นั้น ดังนั้น ลักษณะข้อตกลงตามมาตรา 493
จึงปรากฏโดยแจ้งชัดว่าในระหว่างการขายฝากผู้ซื้อฝากถูกจำกัดสิทธิในการจำหน่ายโดย
ข้อสัญญาตามมาตรา 493 หรือไม่และถือเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์
นั้นด้วย ทั้งนี้ กรมที่ดินได้มีคำสั่งให้ใช้แบบพิมพ์ที่เป็นแบบหนังสือสัญญาขายฝากซึ่งมีข้อสัญญา
เกี่ยวกับมาตรา 493 ไว้โดยแจ้งชัด คือ คำสั่งที่ 1422/2497 เรื่องระเบียบการจค-
ทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในหน้าที่นายอำเภอหรือผู้ทำการแทนและ
ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ พ.ศ.2497 ความว่า

“ ข้อ 4 ให้ยกเลิกแบบพิมพ์ ป.ค.31,ป.ค.32,ป.ค.33,ป.ค.36,ป.ค.38,
ป.ค.41,ม.ท.ค.40 และให้ใช้แบบพิมพ์ที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่ดังต่อไปนี้

-
- (6) ท.อ. 6 หนังสือสัญญาขายฝาก
-
- ข้อ 8

(2) หนังสือสัญญาจะต้องทำตามแบบของทางราชการ โดยกรอกรายการตาม
ระเบียบหรือคำอธิบายวิธีใช้แบบพิมพ์ที่ได้อ้างไว้”

ศูนย์วิจัยกฎหมายสุขภาพ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แบบสัญญาขายฝาก
(ท.อ.6)
กรุฑ
หนังสือสัญญาขายฝาก

.....
.....
.....

.....
.....
.....

หนังสือสัญญานี้จัดทำเมื่อวันที่ เดือน พุทธศักราช.....

ณ ที่ว่าการ จังหวัด

ระหว่าง ผู้ชายฝาก อายุ ปี สัญชาติ...
.....

บุตร อยู่ที่บ้าน เลขที่ หมู่ที่

ตำบล อำเภอ จังหวัด

กับ ผู้รับซื้อฝาก อายุ ปี สัญชาติ

บุตร อยู่ที่บ้าน เลขที่ หมู่ที่

ตำบล อำเภอ จังหวัด

ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงสัญญากันดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้ชายฝากได้ตกลงขายฝาก ซึ่งกล่าวข้างบนนี้แก่ผู้รับซื้อ
ฝากมีกำหนด ปี นับแต่วันทำสัญญานี้ เป็นเงิน บาท (เงิน
.....) และผู้ชายฝากได้รับเงินจากผู้รับซื้อฝากเป็นการเสร็จแล้ว

ข้อ 2. ในการขายฝากนี้ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกัน ให้ ผู้รับซื้อฝากจำหน่าย
ทรัพย์สินที่ขายฝากได้ ไม่ให้

ข้อ 3.

.....
.....

หนังสือสัญญา¹ได้ทำเป็นสามฉบับมีข้อความตรงกัน สำหรับที่ว่าการอำเภอ หรือกิ่งอำเภอหนึ่งฉบับ ¹ ผู้ชายฝากและผู้รับซื้อฝากถือไว้ฝ่ายละหนึ่งฉบับ (ฉบับนี้สำหรับ

ทั้งสองฝ่ายไต่ทราบและเข้าใจข้อความในหนังสือสัญญานี้ตลอดแล้ว จึงลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือไว้เป็นสำคัญ

(ลงลายมือชื่อผู้ชายฝาก)

(ลงลายมือชื่อผู้รับซื้อฝาก)

(ลงลายมือชื่อพยาน)

(ลงลายมือชื่อพยาน)

ลงชื่อ พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม
ตำแหน่ง

ประทับตราประจำตำแหน่งเป็นสำคัญ

..... ผู้เขียน

..... ผู้ตรวจ

ค. สิทธิของผู้ซื้อฝากในการจำหน่ายทรัพย์สินเมื่อมีข้อสัญญาห้ามจำหน่าย

ตามมาตรา 493

เมื่อคู่สัญญาได้เลือกทำข้อสัญญาที่ว่าไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สิน

¹ ในกรณีการขายฝากทรัพย์สินประเภทที่ต้องจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดิน จังหวัดฯ ดังระบุไว้ในหน้า 39 นั้น สัญญาอีกหนึ่งฉบับจะเปลี่ยนเป็นเก็บไว้ ณ สำนักงานที่ดินจังหวัดฯ แทน.

ซึ่งขายฝากตามมาตรา 493 แล้ว ผู้ซื้อฝากต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว คือ ต้องไม่จำหน่ายทรัพย์สินนั้น และลักษณะแห่งหนี้ที่ผู้ซื้อฝากต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนี้ คือ การรงควนไม่จำหน่ายทรัพย์สินที่รับซื้อฝากไว้ จึงทำให้ผู้รับซื้อฝากเข้าใจว่าตนจะจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งรับซื้อฝากไว้ไม่ได้ เกิดขาดและคิดว่าข้อตกลงนี้ตนเป็นฝ่ายที่ต้องผูกพันตามข้อตกลงแต่ฝ่ายเดียว ด้วยความเข้าใจดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ซื้อฝากที่มีฐานะได้เปรียบในการต่อรองดีกว่าในสัญญาขายฝาก ประกอบกับมาตรา 493 เป็นบทบัญญัติที่ให้สัญญาเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ ดังนั้น ผู้ซื้อฝากมักจะไม่ยินยอมเลือกทำข้อสัญญานี้กับผู้ขายฝาก ซึ่งมีผลทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ประสบผลสำเร็จตามเป้าหมายที่วางไว้

สิ่งที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือ หากในสัญญาขายฝากมีข้อตกลงไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินที่ขายฝากแล้วมีปัญหาวาข้อตกลงนี้จะมีผลบังคับกับผู้ซื้อฝากมากน้อยเพียงใด

ในข้อนี้เห็นว่าแม้จะมีข้อตกลงมิให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากก็ตาม ผู้ซื้อฝากก็ยังคงมีอำนาจที่จะจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า

1. ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินได้โดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ ซึ่งสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันเป็นเพียงข้อตกลงที่เกิดขึ้นด้วยเจตนาที่มุ่งประสงค์เพียงก่อให้เกิดหนี้ขึ้นตามกฎหมายในลักษณะจำกัดสิทธิเท่านั้น จึงเป็นบุคคลสิทธิและไม่กระทบกระเทือนถึงอำนาจการจำหน่ายของเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นทรัพย์สินและหากพิจารณามาตรา 493 ท่อนท้ายแล้วจะเห็นได้ว่าความบทบัญญัตินี้มียืนยันว่าผู้ซื้อฝากยังมีอำนาจที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่ซื้อฝากมาได้ เพราะบัญญัติไว้ความว่า "ถ้าและผู้ซื้อจำหน่ายทรัพย์สินนั้น"

2. มาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน บัญญัติว่า
"เมื่อปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่านิติกรรมที่คู่กรณีนำมาขอจดทะเบียนนั้นเป็นโมฆะกรรม พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องจดทะเบียนให้
หากนิติกรรมที่คู่กรณีนำมาขอจดทะเบียนนั้นปรากฏว่าเป็นโมฆะกรรมให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับจดทะเบียนในเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่อาจเสียหายยืนยันให้จัด"

การที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาและสอบสวนความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั้น เป็นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 7 พ.ศ. 2497 ข้อ 2 ความว่า "ก่อนทำการจดทะเบียนให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย คือ (1) สิทธิและความสามารถของบุคคลรวมตลอดถึงความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"

หากผลการพิจารณาสอบสวนโดยใช้ดุลยพินิจตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายปรากฏว่านิติกรรมสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะรับจดทะเบียนให้ตามความประสงค์ของผู้ยื่นคำขอ แต่ถ้านิติกรรมเป็นโมฆะหรือโมฆียะ กฎหมายที่คิดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะดำเนินการตามมาตรา 73 ได้ คือ ไม่รับจดทะเบียนสำหรับนิติกรรมที่เป็นโมฆะ หรือ กรณีที่เป็นโมฆียะ พนักงานเจ้าหน้าที่จะจดทะเบียนให้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายยืนยันให้จดทะเบียนเท่านั้น

เมื่อพิจารณามาตรา 493 ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติตอนใดกำหนดว่านิติกรรมการจำหน่ายที่ผู้ซื้อฝากไต่ฝ้าฝั้นจำหน่ายไปนั้นมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะ จึงเห็นได้ว่านิติกรรมการจำหน่ายนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย หากผู้ซื้อฝากยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือกฎหมายอื่นแล้ว - พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมต้องจดทะเบียนการจำหน่ายนั้นโดยไม่มีอำนาจยับยั้งตามมาตรา 73 แต่ประการใด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในสัญญาขายฝากที่มีข้อตกลงไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากนั้น ข้อตกลงดังกล่าวหาจะมีผลบังคับมิให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้แต่อย่างใดไม่ กล่าวคือ แม้จะมีข้อตกลงดังกล่าวกันแล้วก็ตาม หากผู้ซื้อฝากมีความประสงค์จะจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากนี้ให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ซื้อฝากย่อมสามารถจำหน่ายได้และบุคคลภายนอก ผู้รับโอนนั้นย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งขายฝากนั้นเช่นเดียวกับผู้ซื้อฝาก

ง. ความรับผิดชอบของผู้ซื้อฝาก

กรณีที่คู่สัญญามีข้อตกลงในสัญญาขายฝากไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากนั้น ตามมาตรา 493 ได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ซื้อฝากที่จะมีต่อผู้ขายฝากในการปฏิบัติที่ฝ่าฝืนข้อตกลง ดังนี้

1. ต้องมีการจำหน่ายทรัพย์สิน

การพิจารณาว่าผู้ซื้อฝากจะมีความรับผิดชอบหรือไม่นั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาว่าผู้ซื้อฝากได้จัดการทรัพย์สินซึ่งขายฝากในลักษณะเป็นการจำหน่ายหรือไม่ อันจะถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญา หากการจัดการนั้นไม่เรียกว่าเป็นการจำหน่ายแล้ว ย่อมไม่ถือว่าผู้ซื้อฝากได้ฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นแต่อย่างใด

ฉะนั้น ปัญหาจึงมีว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 493 ดังกล่าวนี้นี้ ควรจะมีความหมายในลักษณะใด เนื่องจากเป็นหลักวินิจฉัยว่าได้มีการฝ่าฝืนข้อตกลงหรือไม่

คำว่า "จำหน่าย" แปลความตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 หมายความว่า "จ่าย แจก เอา"

ส่วนคำว่า "จำหน่าย" ตามลักษณะกฎหมายเมื่อพิจารณามาตรา 1336 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์นั้น มีนัยกฎหมายหลายท่านให้คำอธิบายลักษณะความหมายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า "จำหน่ายมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งการใช้อำนาจจำหน่าย หมายถึงการกระทำใด ๆ ของเจ้าของที่เปลี่ยนภาวะของทรัพย์สินให้สูญภาวะไป ทำลายเสีย โอนกรรมสิทธิ์นั้น แบ่งแยกสิทธิหรืออย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งได้แก่การซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ยืม ใ้เช่า ปล่อยให้ จำนำ จำนอง"¹

นายไพจิตร ปุณฺณพันธ์ อธิบายว่า "คำว่า "จำหน่าย" ตามความหมายในมาตรา 1336 จึงอยู่ในความหมายอย่างกว้างขวาง หมายถึงการทำลาย เปลี่ยนแปลง ใ้ให้สูญสิ้นไปหรือแบ่งแยกสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งในกรรมสิทธิ์นั้นไปด้วย"²

¹ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2520), หน้า 342-343

² ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยขายฝาก, หน้า 46.

เมื่อพิจารณาความหมายคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 1336 ดังกล่าวข้างต้น นั้นแล้ว มีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์ต่อไปว่าคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 493 สมควรจะมี ความหมายเช่นเดียวกับคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 1336 หรือไม่

ปัญหาข้อนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการจะแปลคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 493 ให้มีความหมายในทำนองเดียวกับมาตรา 1336 หรือไม่นั้น ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณา ประกอบกันระหว่างลักษณะของมาตรา 1336 กับลักษณะสัญญาขายฝากและบทบัญญัติทั้งหมด ควบคู่กันไปด้วย กล่าวคือ มาตรา 1336 เป็นกฎหมายแม่บทสำคัญอันเกี่ยวกับอำนาจของ เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่วางหลักกว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ย่อมมีอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินได้ ตาม ลักษณะความหมายข้างต้นนั้น หากจะแปลความมาตรา 493 ให้มีความหมายดังกล่าวข้าง ต้นแล้ว ผลจะปรากฏว่าเป็นการแปลความซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 493 เอง รวมทั้งมาตราอื่น ๆ ของกฎหมายขายฝาก กล่าวคือมาตรา 501 ได้บัญญัติถึงการทำให้ ลายไว้เป็นกรณีพิเศษแยกต่างหากจากคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 493 ซึ่งกฎหมายแต่ ละมาตรากำหนดลักษณะมูลเหตุอันเป็นบ่อเกิดแห่งความรับผิดชอบไว้แตกต่างกันว่าผู้ซื้อฝากจะมี ความรับผิดชอบตามมาตรา 493 ต่อเมื่อคู่สัญญาซื้อขายตกลงตามกฎหมายบัญญัติ แต่สำหรับความรับ ผิดตามมาตรา 501 นั้น คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงต่อกันไว้แต่อย่างใด

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ไม่สมควรจะแปลความหมายคำว่า "จำหน่าย" ตาม มาตรา 493 ให้มีลักษณะเป็นไปในทำนองเดียวกับคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 1336 คือ หากแปลความให้เป็นไปในทำนองเดียวกันแล้ว จะเป็นการทำให้ลักษณะสำคัญของสัญญา ขายฝากที่เป็นสัญญาซื้อขาย และมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายฝากอาจไถทรัพย์สินนั้นคืนได้เป็นอัน เสียเปล่าไป ไม่สมเจตนารมณ์ของผู้ขายฝาก เพราะแปลความคำว่า "จำหน่าย" ว่าหมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ การทำลายเปลี่ยนแปลงภาวะ หรือทำให้ทรัพย์สินสูญสิ้นไป เช่นเดียวกับ ความหมายในมาตรา 1336 แล้วผู้มีสิทธิไถจะใช้สิทธิไถเอาทรัพย์สินอะไรคืนได้ เพราะ ทรัพย์สินซึ่งขายฝากถูกทำลายหรือเปลี่ยนแปลงภาวะไปแล้ว สิทธิที่จะไถทรัพย์สินคืนของผู้มี สิทธิไถย่อมตกเป็นอันไร้ผล

ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำว่า "จำหน่าย" ตามมาตรา 493 ควรมีความหมายถึงเฉพาะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลุดไปจากผู้ซื้อฝากเท่านั้น ไม่ว่าจะกระทำโดยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ไม่ควรแปลความหมายให้รวมถึงการทำลาย การเปลี่ยนสภาพ หรือการทำให้ทรัพย์สินสูญสิ้นไปโดยประการอื่นอย่างเดียวกับมาตรา 1336¹ หากในระหว่างการขายฝากซึ่งมีข้อสัญญาตามมาตรา 493 แล้วผู้ซื้อฝากได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งขายฝากยอมให้หลุดไปจากผู้ซื้อฝากแล้วจึงจะถือว่าผู้ซื้อฝากฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าวนี้

เอื้อง จะเห็นได้ว่าความหมายคำว่า "จำหน่าย" ย่อมไม่หมายความรวมถึงกรณีการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมาย เช่น การตกทอดทางมรดก หรือกรณีที่ทรัพย์สินหลุดไปจากผู้ซื้อฝากอันมิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ซื้อฝาก เป็นต้นว่า ทรัพย์สินถูกฉกหรือเจ้าหน้าที่ยึดทรัพย์ เพื่อชำระหนี้

2. มีความเสียหายอันเนื่องจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่ขายฝาก

ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความรับผิดชอบทางสัญญาอันจะบังคับเอาแก่บุคคลผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นมีอยู่ 2 ประการ คือกรณีไม่ชำระหนี้โดยจะโทษดูหนี้ได้ และกรณีไม่ชำระหนี้ยังผลให้เจ้าหนี้เสียหาย

ความรับผิดชอบของผู้ซื้อฝากตามมาตรา 493 จะมีขึ้นเมื่อผู้ซื้อฝากซึ่งจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งรับซื้อฝากอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ขายฝาก หมายความว่า ความรับผิดชอบของผู้ซื้อฝากต้องมีความสัมพันธ์แห่งเหตุและผล คือความสัมพันธ์ระหว่างการจำหน่ายและความเสียหาย กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ขายฝากนั้นต้องเป็นผลอันเนื่องมาจากการจำหน่ายทรัพย์สินเท่านั้น ผู้ซื้อฝากจึงจะต้องรับผิดชอบผู้ขายฝาก

¹ สำหรับความเห็นในทำนองเดียวกันซึ่งอธิบายไว้อย่างละเอียดดู
ไพจิตร ปุญญพันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

หากผู้ซื้อฝากฝากเงินข้อสัญญาจำหน่ายทรัพย์สินนั้น แต่ผู้ขายฝากมิได้รับความเสียหายแก่ระการใด
ผู้ซื้อฝากหากต้องรับผิดชอบ

ความรับผิดชอบของผู้ซื้อฝากอันเกิดจากข้อสัญญาตามมาตรา 493 นี้ไม่จำเป็นต้อง
เป็นกรณีที่ผู้ขายฝากได้ใช้สิทธิไถ่ถอนก่อนเท่านั้น¹ ทั้งนี้ โดยพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา
493 จะเห็นได้ว่าความบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าผู้ขายฝากต้องใช้สิทธิไถ่ถอนเท่านั้นจึงจะ
มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ซื้อฝากรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น กฎหมายเพียงแต่พิจารณาว่าเมื่อ
ผู้ซื้อฝากได้จำหน่ายทรัพย์สินอันเป็นการฝากเงินข้อสัญญานั้นและได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่
ผู้ขายฝากหรือไม่ ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ซื้อฝากต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น
ความในมาตรา 493 ใช้คำว่า "ความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากการจำหน่าย" ผู้ขายฝาก
มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่าความเสียหายตามปกติซึ่งอาจเกิด
มีขึ้นอันเนื่องจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ดังตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ขายฝากต้องเสียค่าใช้จ่าย
เพิ่มมากขึ้นในการที่จะใช้สิทธิไถ่ทรัพย์สินต่อบุคคลผู้รับโอนทรัพย์สิน ซึ่งถือว่าเป็นความเสียหาย
ประเภทที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้ หรือ กรณีที่ผู้ขายฝากใช้สิทธิไถ่แล้วความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น
ได้ เช่น การทำให้ผู้ขายฝากขาดประโยชน์ซึ่งควรจะได้รับจากทรัพย์สินที่ขายฝากซึ่งถ้าหาก
ผู้ซื้อฝากไม่จำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปเสียก่อนแล้ว ผู้ขายฝากย่อมจะได้รับประโยชน์นั้นเป็นต้น

จ. ผลเกี่ยวกับผู้รับโอนทรัพย์สิน

ตามหลักกฎหมาย นิติกรรมนั้นบุคคลต้องทำขึ้นด้วยใจสมัครและมุ่งที่
จะผูกพันตามนิติกรรมที่ทำขึ้นนั้นกฎหมายจึงบังคับให้ตามความประสงค์ของผู้กระทำกล่าวคือ
ผู้กระทำย่อมถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามนิติกรรมที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นในเรื่อง
สัญญาอีกเช่นกัน หลักทั่วไปของเรื่องสัญญาจึงมีอยู่ว่า "สัญญาก่อผลผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น"
หากมีผลผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกไม่

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

ดังนั้น กรณีที่คู่สัญญาขายฝากตกลงกันมีให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งขายฝากยอมถือว่าเป็นข้อสัญญาที่มีผลผูกพันหรือมีหนี้บังคับกันระหว่างผู้ซื้อฝากและผู้ขายฝากเท่านั้น ข้อสัญญาดังกล่าวนั้นหาผูกพันถึงบุคคลภายนอกไม่ และประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 493 ไม่มีผลบังคับไว้โดยตรงที่ใหญ่ขายฝากในอันจะเรียกทรัพย์สินซึ่งขายฝากที่ผู้ซื้อฝากจำหน่ายโดยฝ่าฝืนข้อสัญญานั้นคืนจากบุคคลภายนอกซึ่งรับโอนทรัพย์สินนั้นไว้โดยรู้หรือไม่รู้ถึงข้อตกลงนั้นหรือไม่ก็ตาม จึงกล่าวได้ว่าข้อจำกัดตามมาตรา 493 เป็นเพียงข้อตกลงที่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะบังคับกันระหว่างคู่สัญญา หากมีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับโอนทรัพย์สินไม่¹ ดังนั้นผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยเด็ดขาด ส่วนผู้รับโอนทรัพย์สินจะต้องตกอยู่ในบังคับแห่งสิทธิใดคืนหรือไม่ เป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาตามมาตรา 498(2) ทางหาก

3.4 สัญญาจะขายฝาก

3.4.1 สัญญาจะ

คำว่า "สัญญาจะ" มีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางมาตราหรือบางลักษณะ อาทิเช่น สัญญาจะซื้อจะขายตามมาตรา 456 วรรค 2 ส่วนกฎหมายลักษณะอื่น ๆ เช่น จำนอง จำนำ หรือค้ำประกันนั้น ไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะซื้อขาย ให้ หรือแลกเปลี่ยนแต่อย่างใด จึงมีข้อข้องใจกันอยู่ว่าลักษณะสัญญาดังกล่าวนี้นี้จะมีสัญญาจะใดหรือไม่

3.4.2 สัญญาจะขายฝาก

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 491 ถึงมาตรา 502 อันเป็นกฎหมายขายฝากแล้ว จะเห็นได้ว่าเกิดปัญหาโต้แย้งกันว่าสัญญาจะขายฝากมีได้ตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งนักนิติศาสตร์ต่างก็มีความเห็นที่แตกต่างกันแยกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาจะขายฝากมีได้ตามกฎหมาย โดยให้เหตุผลสนับสนุนดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญาลักษณะ 1 ชื่อขาย
วางหมวกไว้ดังนี้ หมวด 1 สภาพและหลักสำคัญของสัญญาซื้อขาย แบ่งออกเป็น ส่วนที่ 1 บท
เบ็ดเสร็จทั่วไป ฯลฯ หมวด 4 การซื้อขายเฉพาะบางอย่าง แบ่งออกเป็น ส่วนที่ 1 ขายฝาก
 ฯลฯ ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไป มีมาตรา 456 วรรค 2 บัญญัติถึงสัญญาจะขายหรือจะซื้อสังหา-
กริมทรัพย์ว่าจะต้องมีหลักฐานอย่างไร จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ การขายฝากในหมวด 4
เป็นสัญญาซื้อขายอย่างหนึ่ง เพียงแต่มีข้อสัญญาให้ผู้ขายได้คืนได้ ขายฝากจึงมิใช่เอกเทศ
สัญญาอื่นนอกไปจากสัญญาซื้อขาย เพราะถ้าเป็นเช่นนั้น คงจะบัญญัติให้เป็นอีกลักษณะหนึ่ง
ต่างหาก ก่อนลักษณะ 2 แยกเปลี่ยน เมื่อเห็นว่าขายฝากคือสัญญาซื้อขายนั่นเอง ก็ต้องตก
อยู่ในบังคับของบทเบ็ดเสร็จทั่วไป (ในกรณีนี้ คือ มาตรา 456 วรรค 2 ด้วย) สัญญาจะซื้อจะขาย
ฝากจึงมีขึ้นโดยมาตรา 456 วรรค 2 นั้นเอง ถ้าแปลงว่านิติกรรมจะซื้อจะขายฝากมีได้
บัญญัติไว้ในที่ใดให้มีได้ จึงมีไม่ได้ ฉะนั้นแล้วในหมวด 4 ส่วนที่ 1 ขายฝากไม่มีบัญญัติไว้เลย
ว่าขายฝากอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่เหตุ
ใดการขายฝากที่ดินที่ทำกันอยู่จึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
คำตอบก็คือ ปฏิบัติตามมาตรา 456 วรรคแรก ก็เมื่อนำเอามาตรา 456 วรรคแรกมา
ใช้บังคับแก่การขายฝาก เหตุใดจึงไม่นำเอามาตรา 456 วรรค 2 มาใช้บังคับแก่การ
ขายฝากด้วย¹

2. นอกจากนี้นักกฎหมายบางท่านในฝ่ายนี้ให้เหตุผลในอีกทางหนึ่ง โดยอนุโลม
ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาทางแพ่งว่าคู่สัญญาในเอกเทศสัญญาบางลักษณะ เช่น
เช่าทรัพย์สิน การแสดงเจตนาจะเช่าหรือจะให้เช่านั้น เมื่อทั้งสองฝ่ายตกลงกันแล้วก็ย่อมมีขึ้น
ได้ คือเกิดผลเป็นสัญญาเช่าขึ้น สรุปแล้วสัญญาจะทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งจะมีขึ้นได้หรือ
ไม่นั้น ต้องยึดเอาความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นหลัก มิใช่จะถือเพราะมีหรือไม่มีกฎหมาย

¹ วิกรม เมลาพันธ์, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2506",
คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2506, หน้า 624-629

บัญญัติไว้ให้มีไต่เท่านั้น¹

สำหรับความเห็นฝ่ายนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีสนับสนุนไว้ในคำพิพากษฎีกาที่ - 405/2498 ระหว่างนายแส แสงสาร โจอ๊ก นายดิน ปรามพาล กับพวก จำเลย โดยวินิจฉัยว่า "การแปลงหนี้เงินกู้เป็นสัญญาจะขายฝากสามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย"

ในกรณีเดียวกันยังมีคำพิพากษฎีกาที่ 1075/2507 ระหว่างนายองอาจ แซ่ตั้ง โจอ๊ก นางยี เขียนประเสริฐ จำเลย วินิจฉัยว่า "สัญญาที่โจทก์ฟ้องมีข้อความระบุไว้ชัดแจ้งแต่ชื่อของสัญญาตลอดจนขอสัญญาทุกขอว่าเป็นสัญญาจะขายฝาก เพียงแต่ไม่มีข้อกำหนดว่าจะไปทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อใดเท่านั้นเอง ข้อนี้ยังไม่อาจถือเป็นข้อสำคัญถึงกับจะให้แปลเจตนาของคู่กรณีว่าตั้งใจจะให้เป็นสัญญาขายฝาก เพราะตามสัญญาข้อ 3 ใ้ระบุไว้ว่าค่าธรรมเนียมต่าง ๆ หากจะเกิดขึ้นผู้รับซื้อฝากต้องออกเอง ซึ่งแสดงถึงเจตนาของคู่กรณีว่ามีไต่มีเจตนาจะทำสัญญาขายฝาก หากแต่ต้องการให้เป็นเพียงสัญญาจะขายฝาก ซึ่งจะต้องไต่มีการทำหนังสือและจดทะเบียนให้ถูกต้องอีกครั้งหนึ่งจึงมีการกำหนดหน้าที่ของไต่ที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมไว้ การกำหนดเวลาไต่ถอนไว้ในสัญญาค้วยก็เพื่อให้แน่นอนว่าถ้าไต่ทำหนังสือและจดทะเบียนถูกต้องแล้วกำหนดเวลาไต่ถอนคืนต้องเป็นไปตามนั้น เหตุดังกล่าวกรณีจึงเป็นสัญญาจะขายฝาก"

ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาจะขายฝากมีไม่ไต่ตามกฎหมาย โดยให้เหตุผลสนับสนุนดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 บัญญัติว่า การขายฝากเป็นเอกเทศสัญญา คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายฝากอาจไต่ทรัพย์สินนั้นคืนได้ นิติกรรมที่เข้าลักษณะนี้จึงจะเป็นการขายฝาก ส่วนนิติกรรมจะซื้อจะขายฝากมิได้มีบัญญัติไว้ในที่ใดให้มีไต่ ไม่เหมือนสัญญาจะซื้อจะขายตามมาตรา 456 วรรค 2 สัญญาจะให้ตามมาตรา 526

¹ เรื่องเดียวกัน.

ในเหตุผลที่ว่า หากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรับรองให้มีสัญญาะที่มีผลบังคับได้แล้ว นั้น สัญญาจะในลักษณะนั้น ๆ ย่อมมีขึ้นไม่ได้ นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2521 ซึ่งวินิจฉัยสนับสนุนเหตุผลดังกล่าวว่า "สัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรับรองดังสัญญาจะซื้อจะขายที่มีผลบังคับได้"

2. หากปล่อยให้ สัญญาจะขายฝากขึ้นได้ตามกฎหมายแล้ว จะปรากฏว่าการ บังคับตามสัญญาก็จะไม่ได้ผล กล่าวคือ ถ้าผู้จะขายฝากเกิดกลับใจไม่อยากจะขายฝากขึ้นมา แม้จะถูกบังคับให้ทำสัญญาขายฝากขึ้นจริง ๆ แล้ว ผู้ขายฝากก็ใช้สิทธิไถ่คืนเสียในทันที หลังจากนั้น ซึ่งผู้ซื้อฝากต้องยอมรับได้ เชนนี้ก็ไม่มีประโยชน์ที่จะยอมให้สัญญาจะขายฝากมี ขึ้นได้¹

สำหรับความเห็นฝ่ายนี้ มีคำพิพากษาฎีกาที่ 366/2506 ระหว่างนายสัน เลิศไพฑูรย์ โจทก์ นายออก มหาศษบัญญัติ จำเลย วินิจฉัยคดีสนับสนุนอยู่ว่าสัญญาจะขาย ฝากมีขึ้นไม่ได้ตามกฎหมาย

ส่วนผู้เขียนนั้นเห็นด้วยกับแนวความคิดและเหตุผลสนับสนุนของนักนิติศาสตร์ ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาจะขายฝากมีขึ้นได้ตามกฎหมาย

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ เรื่องเดียวกัน