

ข้อกำหนดและบทบัญญัติ เรื่อง นิตินกรรมอำพราง

๑.๑ วัตถุประสงค์ของกรณีในการทำนิตินกรรมอำพราง

ในทางปฏิบัติปรากฏว่ากรณีหรือคู่สัญญานิยมทำนิตินกรรมอำพรางอยู่เสมอ ทั้งนี้ โดยมีความมุ่งหมายต่าง ๆ กันหลายประการ อาทิเช่น

๑. เพื่อลวงว่าได้ทำนิตินกรรมอย่างหนึ่งขึ้น คือการทำนิตินกรรมอันหนึ่งขึ้น โดยมีใตมุงหวังให้มีผลจริงจัง แต่ทำขึ้นเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อว่าตนประสงค์จะผูกพันหรือปฏิบัติตามข้อความในนิตินกรรมนั้น นิตินกรรมเปิดเผยที่ทำขึ้นดังกล่าวถือเป็นการลวงอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น ลูกหนี้คนหนึ่ง เพื่อมิให้เจ้าหนี้ทรัพย์ของตน จึงทำสัญญาขายทรัพย์สินนี้ให้แก่เพื่อนที่ร่วมมือควย โดยทำเป็นนิตินกรรมเปิดเผยและได้ทำสัญญาฉบับหนึ่งกับตัวเองอีกฉบับหนึ่งว่า ความจริงแล้วนิตินกรรมที่เปิดเผยนั้นเป็นเพียงนิตินกรรมลวง มิได้มีการโอนขายทรัพย์สินแก่กันเลย

๒. เพื่อปิดบังประเภทของนิตินกรรมที่แท้จริง คือการทำนิตินกรรมที่มีความประสงค์จะทำข้อตกลงอันหนึ่ง แต่ไม่ต้องการให้นิตินกรรมนั้นเป็นข้อตกลงแบบบุคคลอื่น กรณีจึงได้ทำนิตินกรรมเปิดเผยอีกอันหนึ่ง อำพรางนิตินกรรมที่แท้จริงนั้นไว้ ตัวอย่างเช่น คำต้องการยกที่ดินแปลงหนึ่งให้แก่แดง แต่เกรงว่าเจ้าหนี้ของตนจะหาว่าเป็นการสมยอมกันโกงเจ้าหนี้ จึงได้อุบายทำเป็นสัญญาซื้อขายที่ดินแปลงนั้น ซึ่งแท้ที่จริงคำและแดงประสงค์จะผูกพันกันตามสัญญาให้

๓. เพื่อปิดบังตัวบุคคลผู้เป็นกรณีแท้จริง คือกรณีที่ทำนิตินกรรมโดยใช้นามแฝง นามสมมติในการทำนิตินกรรม^๑ หรือในเรื่องตัวแทนค่างและตัวแทนซึ่งมิได้เปิดเผยชื่อตัวการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๘๐๖ ตลอดจนเรื่องตัวแทนเจ็ด

^๑กร. เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิตินกรรมและหนี้, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, พ.ศ. ๒๔๘๓), หน้า ๖๘

ตัวอย่างเช่น ก. ทำสัญญากับ ข. แคว่ว่าได้ทำสัญญาลับกันไว้ว่าให้ ข. เป็นแต่เพียงตัวหุ่นเชิดของ ค. ที่จริงให้ถือเป็นนิติกรรมที่ผูกพันระหว่าง ก. กับ ค.

๔. เพื่อปิดบังเงื่อนไขหรือขอความบางประการของนิติกรรมที่แท้จริงไว้ คือการที่บุคคลใดปิดบังตัวนิติกรรมที่แท้จริงไว้ทั้งหมด เพียงแต่ปิดบังขอความบางส่วนหรือเงื่อนไขบางประการไว้ ที่ทำกันเป็นส่วนมากได้แก่การปกปิดราคาซื้อขายที่แท้จริงของสัญญาซื้อขาย เช่น ทำสัญญาซื้อขายที่เปิดเผย ระบุราคาทรัพย์สินที่ซื้อขายให้สูงกว่าราคาตกลงกันในสัญญาลับอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งต้องการบังค้ำกันจริง

๑.๒ ความจำเป็นที่ต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องนิติกรรมอำพราง

การที่บุคคลหนึ่งทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งนั้น มักก่อให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นเสมอ ทั้งในระหว่างกรณีเองและต่อบุคคลภายนอก ตลอดจนระหว่างบุคคลภายนอกที่มีผลประโยชน์ขัดกัน อันเนื่องมาจากเกิดขัดแย้งในการกล่าวอ้างนิติกรรมต่าง ๆ กัน กล่าวคือ สำหรับตัวนิติกรรมอำพรางซึ่งบุคคลผู้ทำขึ้นเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนประสงค์จะผูกพันตามข้อตกลงที่ปรากฏในนิติกรรมนั้นก็อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างกรณีขึ้นเอง เช่นต่อมาภายหลังกรณีฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องให้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงในนิติกรรมอำพรางนั้น ตัวอย่างเช่น คำอยากอวดแก่คนทั่วไปว่าตนเป็นคนมั่งมี ขนาดมีเงินให้คนกู้เป็นแสน จึงได้ไปปรึกษากับแดงและตกลงร่วมมือกันให้แดงทำสัญญาว่าไถ่เงินจากคำสองแสนบาท และทั้งคู่ได้ทำสัญญาลับอีกฉบับหนึ่ง ระบุว่าความจริงมีได้เป็นการกู้เงินตามที่ไถ่ทำสัญญาไว้แต่ประการใด สัญญาฉบับนั้นทำขึ้นเพียงเพื่อให้คำเอาไปแสดงแก่คนทั้งหลายว่าคำเป็นคนร่ำรวย มีเงินให้คนกู้คราวละมาก ๆ ต่อมาภายหลังคำทำพิษกดขี่มาฟ้องเรียกเงินกู้สองแสนบาทพร้อมทั้งดอกเบี้ยจากแดง โดยอ้างสัญญาที่ไถ่ทำกันไว้ นั้น เช่นนี้เกิดเป็นปัญหาว่าแดงจะทำประการใด

หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกก็เช่นกัน การที่บุคคลหนึ่งทำนิติกรรมอำพรางขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมอีกอันหนึ่ง อาจทำให้บุคคลภายนอกซึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องกับโดยหลงเชื่อตามนิติกรรมอำพรางที่ปรากฏต้องได้รับความเสียหาย ทั้งนี้บุคคลภายนอกจึงควรที่จะได้รับความคุ้มครองป้องกันสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำขายรถยนต์ของตนให้แดง โดยสมรู้กันเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของคำมายึดรถยนต์ไป โดยทำสัญญาลับระหว่าง

กันว่า ความจริงมีให้ถือเป็นการซื้อขาย รถยนต์ยังคงเป็นของคำอยู่ ต่อมาแดงเกิด
 ขาดแคลนเงิน จึงเอารถยนต์คันนั้นไปขายให้กับขาวซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยขาวไม่รู้ว่า
 การซื้อขายรถยนต์ระหว่างคำกับแดงเป็นนิติกรรมอำพราง เมื่อคำรู้เขาจึงเรียกรถยนต์คัน
 จากขาว โดยอ้างว่าการซื้อขายรถยนต์ระหว่างตนกับแดงเป็นนิติกรรมอำพราง แแดงจึง
 ไม่มีสิทธินำรถยนต์ซึ่งยังคงเป็นของคำอยู่ไปขายต่อให้แก่อื่น กรณีเช่นนี้ขาวซึ่งเป็นบุคคล
 ภายนอกจะได้รับความคุ้มครองสิทธิประการใด

ดังนั้น การมีบทบัญญัติของกฎหมายวางหลักในเรื่องนิติกรรมอำพรางจึงเป็นสิ่ง
 จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้กรณีที่ทำนิติกรรมอำพรางล่อโก่งกันเองประการหนึ่ง และเพื่อ
 ป้องกันมิให้บุคคลภายนอกต้องเสียหายจากการที่กรณีทำนิติกรรมอำพรางกันอีกประการหนึ่ง
 นั่นคือจำต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยผลของนิติกรรมทั้งสองนั้น (คือนิติกรรมอำพรางและนิติกรรม
 ที่ถูกอำพราง) ทั้งในความสัมพันธ์ระหว่างกรณีด้วยกันและความสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอก
 ตลอดจนความเกี่ยวพันในระหว่างบุคคลภายนอกหลายฝ่ายที่มีผลประโยชน์ขัดกันอีกด้วย

๑.๓ ประวัติความเป็นมาและบทบัญญัติเรื่องนิติกรรมอำพรางในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ

ก. หลักกฎหมายโรมัน

ไม่ปรากฏว่านักกฎหมายโรมันคำนึงถึงอันตรายนั่นเองมาจากมีการแสดง
 เจตนาฉ้อโกงและการทำนิติกรรมอำพราง เพราะกฎหมายโรมันถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของ
 การแสดงเจตนา (Theorie de la liberte de la volonte) กล่าวคือให้ถือ
 ตามเจตนาที่แท้จริงของกรณีเป็นสำคัญ จึงยอมให้กล่าวอ้างและบังคับกันตามนิติกรรมที่
 ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงนิติกรรมที่เปิดเผยซึ่งเกิดจาก
 เจตนาฉ้อโกงนั้นเลย หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักที่ Modestin ได้วางไว้ในกฎหมายฉบับที่ ๕๔
 และในประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน (Code de Justinien) ฉบับที่ ๒
 ซึ่งได้ตั้งข้อสมมติไว้ว่า ในกรณีที่สามข้อสั่งหาวิมทรพียแต่ได้แสดงให้เห็นว่าเป็นการซื้อ
 เพื่อภริยาของตน ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วเขาเป็นผู้ซื้อที่แท้จริง เช่นนี้กฎหมายดังกล่าวให้
 ถือว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นของสาม ซึ่งทำให้เจาหนของสามมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น

เจ้าหน้าที่ของกริยาหามีสิทธิไม่^๒

ข. หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ในชั้นแรกหลักกฎหมายของฝรั่งเศสสมัยก่อนการปฏิวัติ โดยยอมรับหลักการของกฎหมายโรมันที่ให้ถือตามนิติกรรมที่ทำขึ้นตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี และใ้ใช้หลักนี้เรื่อยมาจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๗ จึงได้เกิดปฏิกริยาต่อต้านหลักกฎหมายโรมันดังกล่าวซึ่งกว้างเกินไป คือได้มีคำพิพากษาของศาลกรุงปารีส (Parlement de Paris) ๒ ฉบับ ในเดือนพฤษภาคมและเดือนธันวาคม ค.ศ. ๑๖๓๓ ตัดสินว่า "นิติกรรมที่แท้จริงซึ่งเรียกว่านิติกรรมที่ถูกอำพราง (Contre-Lettre) นั้นไม่อาจนำมาใช้บังคับบุคคลภายนอก" คำพิพากษามรดกฐานที่ตัดสินไว้เช่นนี้ถือเป็นทฤษฎีที่ผู้ร่างกฎหมายยอมรับ และได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๒๑ และจากหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้พยายามค้นหา ปรากฏว่าคำพิพากษาทั้งสองของศาลกรุงปารีสนี้ นับเป็นหลักฐานชั้นสำคัญที่เก่าแก่ที่สุดเท่าที่ค้นหามาได้^๓ ซึ่งเท่ากับเป็นการขยายหลักเดิมในทฤษฎีของกฎหมายโรมันนั่นเอง เป็นที่น่าสังเกตว่าหลักกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้เกิดขึ้นจากฝ่ายตุลาการโดยผลของคำพิพากษาทั้งสองข้างต้น ซึ่งในที่สุดฝ่ายนิติบัญญัติได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๒๑ ซึ่งเป็นมาตราเดียวที่กล่าวถึงผลของนิติกรรมที่ถูกอำพรางและมีใ้ให้ความกระจ่างนัก แมแต่บทนิยามในเรื่องนิติกรรมอำพรางก็ไม่ปรากฏ โดยบัญญัติไว้แต่เพียงว่า "นิติกรรมที่ถูกอำพรางมีผลผูกพันเฉพาะในระหว่างคู่สัญญา นิติกรรมที่ถูกอำพรางไม่มีผลใ้บังคับบุคคลภายนอก"

จึงสรุปได้ว่า ในบรรดานิติกรรมลับ (นิติกรรมที่ถูกอำพราง) ทั้งหมด ซึ่งแต่เดิมหลักกฎหมายโรมันยอมรับว่ามีผลใ้บังคับใ้ได้โดยสมบูรณ์นั้น ต่อมาตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ ๑๗

^๒ Etienne Bartin, Théorie des Contre-Lettres, (Paris : Université de France., 1885) p. 86

^๓ Ibid., p. 87

นักกฎหมายฝรั่งเศสโดยคำพิพากษาบรรทัดฐานไควางหลักเพิ่มเติมว่า นิติกรรมที่ถูก
อำพรางยอมไม่มีผลใช้บังคับต่อบุคคลภายนอก

ก. หลักกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนำเรื่องนิติกรรมอำพรางมาบัญญัติไว้ใน
มาตรา ๑๑๓ ซึ่งอยู่ในหมวดการแสดงเจตนา (Wille) ของลักษณะนิติกรรม
(Rechtsgeschäft) บรรพ ๑ ว่าควยหลักทั่วไป โดยในวรรคแรกกล่าวถึงผลของการ
แสดงเจตนาลวง (Scheingeschäft) และวรรคสองกล่าวถึงเรื่องนิติกรรมอำพราง
ซึ่งกรณีทำนิติกรรมขึ้นสองอัน อันหนึ่งเรียกวานิติกรรมลวง (Scheingeschäft หรือ
Simulierte Geschäft) ทำขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมอีกอันหนึ่ง เรียกว่า นิติกรรมที่ถูกปกปิด
(Verdeckte Geschäft) และเป็นที่น่าสังเกตเช่นกันว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
บัญญัติถึงเรื่องนิติกรรมอำพรางไว้ในมาตรา ๑๑๓ เพียงมาตราเดียว ความว่า

: ถ้าการแสดงเจตนาลวงใดกระทำโดยสมรู้กันกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งว่าเป็น
เพียงการลวง การแสดงเจตนาลวงนั้นยอมเป็นโมฆะ
ถ้านิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาลวงทำขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมที่
แท้จริง ให้บังคับตามบทบัญญัติของนิติกรรมที่ถูกปกปิดนั้น^๔

อุทาหรณ์ : ถ้าเจตนาอันแท้จริงในการก่อหนี้เป็นเจตนาที่จะให้จำนอง เพื่อ
เป็นประกันการกู้เงิน แต่ได้ทำขึ้นในรูปของสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด เช่นนี้ ในระหว่าง
การตีพิมพ์บังคับอย่างการจำนอง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต
มิให้เสียหายจากผลของโมฆะกรรมกรณีมีการแสดงเจตนาลวง ดังเช่นในมาตรา ๑๓๖ (๓)
และมาตรา ๓๓๓ มาตรา ๘๐๕ บุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหายอันเนื่องมาจาก
เจตนาลวง ย่อมมีสิทธิไต่รับค่าเสียหายภายใต้บทบัญญัติเรื่องละเมิด (มาตรา ๒๔๙)^๕

^๔ The German Civil Code, (Translated and Annotated by Chung Hui Wang; London : Stevens and Sons, 1907), p. 26

^๕ Ernest J. Schuster, The Principles of German Civil Law, (London : Oxford at the Clarendon Press., 1907), p. 93

ง. หลักกฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีบัญญัติถึงเรื่องนิตินิกรรมอำพราง (La Simulazione) ไว้เป็นหมวดหนึ่งต่างหาก คือตั้งแต่มาตรา ๑๔๑๔ ถึงมาตรา ๑๔๑๗ โดยมาตรา ๑๔๑๔

๒ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๔ บัญญัติว่า "สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่ออำพราง (Simulato) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับในระหว่างกรณี

ถ้ากรณีมีเจตนาแท้จริงในการทำสัญญานับหนึ่งให้แตกต่างไปจากสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่ออำพราง สัญญาที่ถูกอำพราง (Dissimulato) ย่อมมีผลใช้บังคับในระหว่างกรณี ถ้าได้ทำขึ้นภายใต้เงื่อนไขและแบบที่กฎหมายกำหนดไว้"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๕ บัญญัติว่า "ในเรื่องนิตินิกรรมอำพรางนั้น คู่สัญญาและทายาทของคู่สัญญา ตลอดจนเจ้าหนี้ของผู้โอนซึ่งเป็นคู่สัญญาในนิตินิกรรมอำพราง ไม่อาจยกเรื่องนิตินิกรรมอำพรางนั้นขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกซึ่งได้สิทธิตามที่ปรากฏโดยเปิดเผยมาโดยสุจริต และจดทะเบียนสิทธิไต่ถามนั้นแล้ว ทั้งนี้ภายใต้บังคับบทบัญญัติเรื่อง ผลของการจดทะเบียนตามคำร้องขอทางศาลเกี่ยวกับนิตินิกรรมอำพรางนั้นในมาตรา

๒๖๕๒ (๔)

บุคคลภายนอกอาจร้องขอต่อศาล เพื่อแสดงว่านิตินิกรรมระหว่างคู่สัญญาเป็นนิตินิกรรมอำพราง ในเมื่อนิตินิกรรมอำพรางนั้นทำให้คนเสื่อมสิทธิ"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๖ บัญญัติว่า "กรณีไม่อาจยกผลของการทำ นิตินิกรรมอำพรางขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ซึ่งได้ดำเนินการบังคับคดีโดยสุจริตต่อทรัพย์สินซึ่งเป็น วัตถุแห่งนิตินิกรรมอำพรางไว้แล้ว

เจ้าหนี้ของผู้โอนทรัพย์สินในนิตินิกรรมอำพรางอาจขอให้แสดงว่านิตินิกรรมนั้นเป็น นิตินิกรรมอำพราง หากการนั้นทำให้คนเสื่อมสิทธิ และในกรณีที่มีข้อโต้แย้งกับเจ้าหนี้มือเปล่า ของผู้รับโอน เจ้าหนี้มือเปล่าของผู้รับโอนย่อมมีสิทธิดีกว่า ถ้าการเป็นเจ้าหนี้ของตนมีมา ก่อนการทำนิตินิกรรมอำพราง"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๗ บัญญัติว่า "การนำสืบโดยพยานบุคคลยอมทำได้ โดยไม่มีข้อจำกัด หากเป็นการนำสืบของเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอก หรือเป็นการนำสืบเพื่อ ทักล้างนิตินิกรรมอำพราง แมว่าคู่สัญญาจะเป็นฝ่ายนำสืบก็ตาม"



บัญญัติถึงผลในเรื่องนิติกรรมอำพรางระหว่างคู่กรณี มาตรา ๑๔๑๕ บัญญัติถึงผลในเรื่องนิติกรรมอำพรางต่อบุคคลภายนอก มาตรา ๑๔๑๖ บัญญัติถึงความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ และ มาตรา ๑๔๑๗ บัญญัติถึงการนำสืบพยานในเรื่องนิติกรรมอำพราง เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายอิตาลีได้ให้ความกระจ่างชัดในเรื่องนิติกรรมอำพรางอย่างยิ่ง โดยนำมาบัญญัติไว้เป็นหมวดหมู่ในประมวลกฎหมายแพ่งนั่นเอง นับเป็นการที่ช่วยจัดปัญหาที่ยากและการตีความในเรื่องนี้ได้มาก ผิดกับกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ซึ่งกล่าวถึงนิติกรรมอำพรางในบทบัญญัติของกฎหมายเพียงมาตราเดียว และไม่อาจให้ความกระจ่างชัดอย่างเพียงพอ คงปล่อยให้ให้นักกฎหมายตีความกันเอง ทำให้เกิดความไม่ลงรอยกันได้ง่าย

ตามหลักกฎหมายอิตาลี นิติกรรมอำพรางคือการที่คู่กรณีทำนิติกรรมอันหนึ่งให้ปรากฏ เพื่อปิดบังนิติกรรมอีกอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นจากเจตนาที่แท้จริง เช่น ทำเป็นสัญญาซื้อขายที่เปิดเผย ระบุราคาในสัญญานั้นต่ำกว่าความเป็นจริงที่กำหนดไว้ในสัญญาลับ เพื่อจะได้เสียค่าธรรมเนียมลดลง เป็นต้น

นิติกรรมอำพรางแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท^๗

๑) นิติกรรมอำพรางชนิดที่เรียกว่า *simulazione assoluta* คือการที่คู่กรณีทำเป็นดวงว่ามีนิติกรรมอันหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่ไม่ต้องการให้มีนิติกรรมนั้นเลย ตัวอย่างเช่น ลูกหนึ่งทำนิติกรรมอำพรางโอนทรัพย์สินของตนให้คนอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงการยึดทรัพย์ของเจ้าหน้าที่ ทั้ง ๆ ที่ความจริงมิได้ต้องการให้มีการโอนระหว่างกันจริง ๆ เลย

๒) นิติกรรมอำพรางชนิดที่เรียกว่า *simulazione relativa* คือการที่คู่กรณีประสงค์ให้มีนิติกรรมอีกอันหนึ่ง แตกต่างจากนิติกรรมที่ปรากฏ ตัวอย่างเช่น สามีภริยาประสงค์จะหลีกเลี่ยงข้อห้ามของกฎหมายที่มีให้ทำสัญญาให้ทรัพย์สินกันในระหว่างคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๙๘๖^๘ จึงทำเป็นสัญญาขายอำพรางสัญญาให้ หรือกรณี

๗ Andrea Torrente, Manuale di Diritto Privato, (Milano : Dott. A. Giuffrè Editore., 1962), p. 140

^๘ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๙๘๖ บัญญัติว่า "สามีภริยาไม่อาจยกทรัพย์สินให้แก่กัน ในขณะที่ยังเป็นคู่สมรสกันอยู่ เว้นแต่การให้ตามธรรมเนียมประเพณี"

ที่ระบราคาไว้ในสัญญาซื้อขายที่ปรากฏต่ำกว่าความเป็นจริง เพื่อหลีกเลี่ยงค่าธรรมเนียม
เช่นนี้ สัญญาขายที่แท้จริงย่อมมีอยู่ เป็นแต่กรณีที่กำหนดราคาในนิติกรรมที่เปิดเผยต่ำกว่า
ราคาที่แท้จริง เท่ากับเป็นการอำพรางราคาที่แท้จริงในนิติกรรมฉบับนั้นเอง

จ. หลักกฎหมายบราซิล

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลบัญญัติเรื่องนิติกรรมอำพรางไว้ในลักษณะนิติกรรม
มาตรา ๑๐๒ ถึง ๑๐๕ โดยมาตรา ๑๐๒ และ ๑๐๓ บัญญัติถึงบทนิยามและหลักเกณฑ์ใน

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๒ บัญญัติว่า "การอำพรางยอมเกิดขึ้นในกรณี
ดังนี้

๑) เมื่อมีการสร้างทำเป็นให้หรือโอนไปซึ่งสิทธิแก่ผู้อื่นฝ่ายหนึ่ง แต่ความจริง
แล้วเขามีได้มีเจตนาจะให้หรือโอนเช่นนั้นจริง ๆ

๒) เมื่อมีการแสดงเจตนาหรือยอมรับเงื่อนไข ตลอดจนข้อความใด ๆ อัน
ไม่เป็นความจริง

๓) เมื่อสัญญาที่สร้างขึ้นไกลงวันที่ย้อนหลังหรือล่วงหน้า"

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๓ บัญญัติว่า "กรณีการอำพรางตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตราก่อนจะไม่เสียไป หากมิได้มีเจตนาทำให้บุคคลภายนอกเสียหายหรือมุ่งฝ่าฝืนต่อ
บทบัญญัติของกฎหมาย"

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๔ บัญญัติว่า "ถ้ากรณีมีเจตนาทำให้บุคคลภายนอก
เสียหาย หรือมุ่งฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย คู่กรณีดังกล่าวไม่อาจกล่าวอ้างหรือ
ฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมอำพราง ทั้งในระหว่างคู่กรณีด้วยกันเองและคู่กรณี
ต่อบุคคลภายนอก"

ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๕ บัญญัติว่า "บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย
จากการที่คู่กรณีทำนิติกรรมอำพราง หรือพนักงานของรัฐอาจกล่าวอ้างถึงความเป็นโมฆะ
ของนิติกรรมอำพรางขึ้นในชั้นคู่กรณีได้เสมอ"

เรื่องนิติกรรมอำพราง มาตรา ๑๐๔ บัญญัติถึงผลของการทำนิติกรรมอำพรางในระหว่าง
 คู่กรณีและต่อบุคคลภายนอก มาตรา ๑๐๕ กล่าวถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ได้รับความ
 เสียหายอันเนื่องมาจากนิติกรรมอำพราง นอกจากนั้นได้กำหนดอายุความฟ้องร้องคดี
 เรื่องนิติกรรมอำพรางไว้ในมาตรา ๑๓๘^{๑๐} และบัญญัติถึงสิทธิในการยกเรื่องนิติกรรม
 อำพรางขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไว้ในมาตรา ๑๐๓๒ อีกด้วย^{๑๑}

น. หลักกฎหมายญี่ปุ่น

มีบทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาดวงในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา ๘๔
 ความว่า

"การแสดงเจตนาดวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมเป็นโมฆะ
 ความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนาดวงตามที่มีบัญญัติในวรรคก่อนนั้นยอม
 ไม่อาจนำมาใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้"^{๑๒}

^{๑๐} ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๓๘ บัญญัติว่า "อายุความฟ้องร้องเพื่อให้ศาลสั่ง
 เพิกถอนนิติกรรมอำพราง คือ ๔ ปี นับตั้งแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมนั้น"

^{๑๑} ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๓๒ "ลูกหนี้ยอมมีสิทธิคัดค้านต่อผู้รับโอนและ
 ผู้รับโอนด้วยข้อต่อสู้ซึ่ง เขามีอยู่ในเวลาที่เขาได้ทราบถึงการโอนนั้น แต่ลูกหนี้ไม่อาจ
 คัดค้านผู้รับโอนซึ่งทำการโดยสุจริตรับโอนทรัพย์สินจากนิติกรรมอำพรางของผู้โอน"

^{๑๒} The Ministry of Justice & The Code Translation Committee,
The Civil Code of Japan, (Tokyo : Eibun - Horei - Sha, Inc.,
 1966), p. 17

ข. หลักกฎหมายจีน

มีบทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาดวงและนิติกรรมอำพรางในประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๘๗ ความว่า

"การแสดงเจตนาดวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมเป็นโมฆะ แต่ความเป็นโมฆะดังกล่าวไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

ถ้าการแสดงเจตนาดวงทำขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมอีกอันหนึ่ง ให้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมที่ถูกลบปิดนั้น"^{๑๓}

ช. หลักกฎหมายเกาหลี

มีบทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาดวงในประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี มาตรา ๑๐๘ ความว่า

"การแสดงเจตนาดวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมตกเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนาดวงตามที่บัญญัติในวรรคก่อนนั้นยอมไม่อาจนำมาไต่ถามบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้"^{๑๔}

ฅ. หลักกฎหมายอังกฤษ

แมกฎหมายอังกฤษจะมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางไว้โดยตรง เพราะอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี หรือ Common Law ซึ่งมีได้บัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของประมวลกฎหมาย (Code) ดังเช่นประเทศในกลุ่มกฎหมายโรมัน (Roman Law)^{๑๕} ก็ตาม แต่โดยอาศัยหลักจากกฎหมาย ลักษณะสัญญา (Law of Contract) ยอมรับมาเทียบเคียงวินิจฉัยเรื่องนิติกรรมอำพรางได้คงเดียวกัน

^{๑๓}

A Compilation of The Laws of The Republic of China, Volume I (Taipei : 1967), p. 68

^{๑๔}

Laws of The Republic of Korea, (Translated and published by The Korean Legal Center; Seoul : 1966), p. 269

^{๑๕}

ดร. อภุช มงคลนาวิณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), พระนคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๔), หน้า ๑๑, ๓๔

กฎหมายลักษณะสัญญาของอังกฤษมีหลักการ เกี่ยวกับ เรื่องการแสดงเจตนา ดังนี้^{๑๖}

๑. การแสดงเจตนาที่ปรากฏออกมาภายนอก

ถ้าบุคคลใดแสดงเจตนาโดยพฤติการณ์ซึ่งเห็นได้ชัดว่า เขามีเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่ง บุคคลผู้นั้นย่อมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต ว่าตนมิได้มีเจตนาดังที่ใดแสดงให้ปรากฏนั้น

[Pickard v. Sears (837), 6 Ad. & El. 469;
Sullivan v. Constable (1932), 48 T.L.R. 369 C.A.]

๒. ขอบเขตของการแสดงเจตนา

ไม่เป็นการจำเป็นว่า การแสดงเจตนาต้องแสดงโดยตรงต่อคู่กรณี ความสำคัญอยู่ที่ว่า ต้องแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดถึงวัตถุที่ประสงค์ต่อบุคคลผู้เป็นฝ่ายในสัญญานั้น

๓. เจตนาที่แท้จริง

นิติกรรมหรือสัญญาใดซึ่งแสดงให้ปรากฏถึงเจตนาว่าคู่กรณีมีความประสงค์จะผูกพันตามกิจการลักษณะหนึ่ง แต่ความจริงแล้วคู่กรณีประสงค์จะผูกพันตามกิจการอีกลักษณะหนึ่ง กรณีเช่นนี้จะคงบังคับตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี หากยังบังคับตามลักษณะกิจการที่ปรากฏในนิติกรรมหรือสัญญาที่เปิดเผยไม่

หลักข้างต้นมักปรากฏในกรณีของการจำนอง เพราะโดยปกติคู่กรณีมักจะไม่เปิดเผยสภาพอันแท้จริงของนิติกรรมที่ตนทำขึ้น เว้นแต่มีวัตถุที่ประสงค์เพื่อการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อาจสันนิษฐานได้ว่า สิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต และต้องเสียหายจากนิติกรรมลวงที่ปรากฏ ย่อมได้รับความคุ้มครอง

๔. เจตนาลวง

การแสดงเจตนาซึ่งคู่กรณีไม่ต้องการให้มีผลบังคับกันตามกฎหมาย ย่อมไม่อาจบังคับกันได้ ในระหว่างคู่กรณีซึ่งใคร่ถึงขอความจริงนั้น (ว่าเป็นเพียงเจตนาลวง)

๑๖
Jenks' English Civil Law, (4th ed.; London : Love & Malcomson Co., 1947), pp. 21 - 22

[Weeks v. Tybald (1605), 1 Rolle Abr. 6.;
Gurthing v. Lynn (1831), 2 B.Ad. 232]

กล่าวโดยสรุป หลักกฎหมายอังกฤษถือหลักเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดย
เหตุผลว่า คู่กรณีมิได้มีเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญาที่เปิดเผย แต่ต้องการบังคับกันตามสัญญา
ที่แท้จริงอีกอันหนึ่ง ดังนั้น จึงอนุญาตให้หน้าพยานหลักฐานมายืนยันถึงความมีอยู่ของสัญญาที่
แท้จริงนี้ได้ แม้ว่าจะเป็นกรณีที่สัญญาที่เปิดเผยนั้นได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

[Bowes v. Foster 2 H & N . 779]

๑.๔ บทบัญญัติเรื่องนิติกรรมอำพรางในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากเรื่องนิติกรรมอำพรางเป็นผลสืบเนื่องมาจากมีการแสดงเจตนาดวง
คู่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้บัญญัติเรื่องนิติกรรมอำพรางไว้ในวรรคสอง
ของมาตรา ๑๑๘ ต่อจากวรรคแรกซึ่งบัญญัติถึงการแสดงเจตนาดวงโดยตรงในเรื่องผล
ระหว่างคู่กรณีและผลต่อบุคคลภายนอก

การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘ ซึ่งอยู่ในบรรพ ๑
ว่าด้วยหลักทั่วไปนี้ ได้ยกร่างเป็นภาษาอังกฤษขึ้นก่อนแล้วจึงจัดแปลเป็นภาษาไทย

Section 118 : The declaration of intention made with
the connivance of the other party which is fictitious is void;
but its invalidity can not be set up against third persons
injured by the fictitious declaration of intention and acting
in good faith

If a juristic act is intended to conceal another juristic
act, the provisions of law relating to the concealed act shall
apply.

คำแปลภาษาไทยของกรมร่างกฎหมายมีดังนี้

มาตรา ๑๑๔ : การแสดงเจตนาลงด้วยสมรภูมิต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ท่านว่าเป็น
โมฆะ แต่ขอไม่สมรภูมิต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต
และต้องเสียหายแก่การแสดงเจตนาลงนั้น

ถ้านิติกรรมอันหนึ่ง ทำด้วยเจตนาจะทำนิติกรรมอีกอันหนึ่ง
ไซ้ ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายอันว่าด้วยนิติกรรมอำพราง

อุทาหรณ์^{๑๓}

๑. - ก. ต้องการจะเป็นผู้จัดการธนาคารแห่งหนึ่งในกรุงเทพฯ แต่ไม่มีทรัพย์สิน
พอที่จะวางเป็นประกันในการเข้าจัดการนั้น ก. สมรภูมิต่อ ข. ทำสัญญาขึ้นฉบับหนึ่ง ซึ่ง
ข. ลงชื่อยกที่ดินของตนให้ ก. จึงเป็นเจ้าของที่แทน ข. แต่เพียงในนามเท่านั้น สัญญานี้
เป็นสัญญาลวง จึงเป็นโมฆะ

สมมติว่า ก. บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต และเชื่อว่าที่ดินแปลงนั้นเป็น
ทรัพย์สินของ ก. จริง จึงให้ ก. ยืมเงินไป โดย ก. จำนองที่รายนั้นให้ไว้ ข. จะอ้างว่า
สัญญานั้นเสียเปล่าเพราะเหตุว่า ก. ไม่ใช่เจ้าของที่อันแท้จริงนั้นหาได้ไม่

๒. - ก. ได้ทำสัญญากับ ข. ซึ่งตกลงกันว่า ก. ใ้ขายฝากนาฬิกาไว้แก่ ข.
เป็นเงิน ๓๐๐ บาท แต่ ข. ยังคงครอบครองนาฬิกาเรือนนั้นอยู่ และจะเสียดอกเบี้ยให้
ร้อยละหนึ่งต่อเดือน ในเงิน ๓๐๐ บาท จนกว่าจะชำระเงินคืนให้ ข. เป็นที่เห็นได้ชัดว่า
ที่เรียกว่าขายฝากนี้ได้กระทำเพื่อเป็นประกันการชำระเงินคืน ซึ่ง ก. ให้ยืมไปเท่านั้น สัญญา
ระหว่าง ก. และ ข. นั้นจะถือว่าเป็นสัญญาขายฝากมิได้ เมื่อมีข้อโต้เถียงขึ้นก็ให้ถือว่า
เป็นสัญญาจำนำ คือ ก. ยังคงเป็นเจ้าของนาฬิกา และทั้งเป็นผู้จำนำด้วยในขณะเดียวกัน

^{๑๓} กรมร่างกฎหมาย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พหุศักราช ๒๔๖๔ บรรพ ๑
และ ๒ กบอูทาหรณ์ (จัดพิมพ์ขึ้นใหม่โดยเนติบัณฑิตยสภา; พระนคร : โรงพิมพ์
ไทยพิทยา, ๒๕๐๒), หน้า ๘๑

๑.๕ ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๔

ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๔ นั้น กรมร่างกฎหมาย
ได้อ้างอิงกฎหมายและตำรากฎหมายดังต่อไปนี้ คือ

- ๑. ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา ๕๔
- ๒. หนังสือ The Principles of German Civil Law เรียบเรียง
โดย Ernest J. Schuster, . ก.ศ. 1907 ขอ ๕๔ หน้า ๕๓
- ๓. ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๑๓
- ๔. หนังสือ Jenks' English Civil Law ขอ ๓๔
- ๕. ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา ๑๐๕

๑.๖ หลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมอำพราง

กรณีที่จะถือว่าเป็นเรื่องนิติกรรมอำพรางได้นั้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์
ดังต่อไปนี้

- ๑. คู่กรณีทำนิติกรรมขึ้นสองอัน ซึ่งมีข้อความแตกต่างกัน
- ๒. นิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นโดยเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แต่เกิดขึ้นจากการ
แสดงเจตนาดวง โดยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีเพื่อปิดบังนิติกรรมอีกอันหนึ่ง
- ๓. นิติกรรมอีกอันหนึ่งหรือนิติกรรมที่ถูกปกปิดเป็นนิติกรรมที่ทำขึ้นตามเจตนาที่
แท้จริงของคู่กรณี แต่สงวนไว้เป็นความลับ รุกันเฉพาะระหว่างคู่กรณี เท่านั้น

๑.๖.๑ คู่กรณีทำนิติกรรมขึ้นสองอันซึ่งมีข้อความแตกต่างกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๔
วรรคสอง ซึ่งมีบัญญัติว่า "กรณีนิติกรรมอันหนึ่งทำด้วยเจตนาจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งไว้
ทานให้บังคัมคามบทบัญญัติของกฎหมายว่าควยนิติกรรมอำพราง" แสดงถึงเรื่องนิติกรรม
อำพรางนี้คู่กรณีทำนิติกรรมขึ้นสองอันซ้อนกัน โดยเห็นได้จากกรณีที่กฎหมายบัญญัติถึง
"นิติกรรม" สองอัน อันหนึ่งอำพรางอีกอันหนึ่ง แม้ในต้นฉบับภาษาอังกฤษของกรมร่าง-
กฎหมาย มาตรา ๑๑๔ วรรคสองนี้ใช้คำว่า "juristic act" ทั้งสองอัน และ
ยอมเป็นที่แน่นอนว่านิติกรรมทั้งสองอันนั้นยอมมีข้อความที่แตกต่างกัน ไม่ว่าทั้งหมดหรือ

บางส่วน ทั้งนี้เพราะคุณกรณีทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นเพียงเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งเท่านั้น

นักนิติศาสตร์มีความเห็นตรงกันว่า ในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้น ต้องมีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสองครั้ง^{๑๘} และเกิดนิติกรรมขึ้นสองอัน หมายความว่า คุณกรณีแสดงเจตนาสองอย่างในมูลกรณีเดียวกันหรือในทรัพย์สินรายเดียวกัน โดยทำนิติกรรมตามกฎหมายไว้สองอัน อันหนึ่งทำตามกฎหมายไว้หลอก ๆ อีกอันหนึ่งทำตามกฎหมายกันจริง ๆ^{๑๙} นอกจากนั้นในระหว่างนิติกรรมสองอันนี้จะต้องมีนิติกรรมที่ตีโต้บังคับกันได้โดยอันหนึ่งเสมอไป กล่าวคือ เมื่อพิสดารความนิติกรรมอันหนึ่งก็โต้บังคับกันได้ นิติกรรมอีกอันหนึ่งก็ต้องเสียไป โต้บังคับกันไม่ได้ในตัว หรือเมื่ออันหนึ่งเสียไปโต้บังคับไม่ได้ อีกอันหนึ่งก็ต้องเสียและโต้บังคับกันไม่ได้ จะตีควยกันและโต้บังคับกันได้ทั้งสองนิติกรรมไม่ได้ หรือจะเสียไปควยกัน โต้บังคับกันไม่ได้เลยทั้งสองนิติกรรมก็ไม่ได้เหมือนกัน ถ้าปรากฏว่านิติกรรมทั้งสองตีและโต้บังคับได้ทั้งสองนิติกรรมหรือปรากฏว่านิติกรรมทั้งสองเสียและโต้บังคับกันไม่ได้ทั้งสองนิติกรรม ผลักจะเป็นว่าในสองกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง

อนึ่ง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๓๔/๒๕๐๕ ซึ่งตัดสินโดยที่ประชุมใหญ่ คดีระหว่างนางสาวสมบัติ ชจรบุญ โจทก์ นายฟู สาลิตุล จำเลย ก็ได้วางหลักในเรื่องนิติกรรมอำพราง ตามมาตรา ๑๑๘ วรรคสองไว้ว่า หมายถึงการที่บุคคลสองฝ่ายตกลงทำนิติกรรมอันหนึ่ง แต่ไม่ใคร่แสดงเจตนาออกมาเช่นนั้น แสร้งทำเป็นนิติกรรมอีกอันหนึ่งเพื่ออำพรางนิติกรรมที่เขาแสดงเจตนาอันแท้จริงผูกพันกันขึ้น ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันถึงหลักเกณฑ์ข้อนี้ในบทบัญญัติของมาตรา ๑๑๘ ให้แน่ชัดยิ่งขึ้น

^{๑๘} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม ๑ พ.ศ. ๒๔๗๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕, (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน, ๒๕๐๕), หน้า ๘๗

^{๑๙} วินัย ทองลงยา, "เรื่องนิติกรรมอำพราง" กฎหมาย, (๑๔ : ๕ : ๒๕๑๐), หน้า ๑๑

ส่วนหลักกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส แม้จะมีได้บัญญัติรายละเอียดในเรื่องนี้ไว้โดยตรงก็ตาม แต่บรรดานักนิติศาสตร์ทั้งหลายต่างลงความเห็น (ยอมรับ) ว่า ลักษณะหนึ่งของนิติกรรมอำพรางก็คือต้องมีสัญญาสองฉบับอันมีข้อความแตกต่างกัน โดยได้วางเงื่อนไขข้อกำหนดข้อหนึ่งในเรื่องนิติกรรมอำพรางว่า จะต้องเกิดจากการที่คู่กรณีทำนิติกรรมสองอัน ซึ่งมีข้อความแตกต่างกัน โดยถือว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีซึ่งต้องการบังคับกันตามนั้น และให้มีผลลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงข้อความที่แท้จริงในนิติกรรมอำพรางที่เปิดเผย^{๒๐}

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๔ วรรคสอง บัญญัติว่า "ถ้าคู่กรณีมีเจตนาแท้จริงในการทำสัญญาฉบับหนึ่งให้แตกต่างไปจากสัญญาที่ทำขึ้นเพื่ออำพราง สัญญาที่ถูกอำพรางย่อมมีผลใช้บังคับในระหว่างคู่กรณี..." แสดงว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้ คู่กรณีต้องทำนิติกรรมขึ้นสองอัน มีข้อความแตกต่างกัน และหลักเกณฑ์เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ไม่ว่าหลักกฎหมายของประเทศใด

๑.๖.๒ นิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นโดยเปิดเผย แต่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีเพื่อปิดบังนิติกรรมอีกอันหนึ่ง

นิติกรรมนี้เองที่เราเรียกว่า "นิติกรรมอำพราง" หรือ "นิติกรรมที่อำพราง" ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า The Simulated Juristic Act หรือ Acte Simulé ในภาษาฝรั่งเศส, Simulato ในภาษาอิตาลี และ Scheingeschäft ในภาษาเยอรมัน แต่ถ้ามองในแง่สภาพการณ์อยู่ของนิติกรรมอำพรางนี้ เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อบุคคลทั่วไป ดังนั้นเราจึงเรียกนิติกรรมนี้ว่า "นิติกรรมที่เปิดเผย" (Acte Apparent) หรือ "นิติกรรมที่ปรากฏ" (Acte Ostensible) กว

อนึ่ง เพราะเหตุว่านิติกรรมอำพรางเกิดขึ้นจากเจตนาลวงของคู่กรณี จึงมักมีผู้เรียกนิติกรรมนี้อีกอย่างหนึ่งว่า "นิติกรรมลวง"

เนื่องจากในเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้ เจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีต้องแตกต่างจากข้อความในนิติกรรมที่เปิดเผย ดังนั้นนิติกรรมที่เปิดเผยจึงเป็นแต่เพียงนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมที่แท้จริง หลักเกณฑ์ข้อนี้มีความสำคัญที่สุดและจำเป็นอย่างยิ่งในเรื่องนิติกรรมอำพราง ทั้งนี้เพราะถ้าหากคู่กรณีใดมีเจตนาที่จะปกปิดส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของนิติกรรมที่เปิดเผยแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพรางอย่างแน่นอน ตัวอย่างเช่น การที่คู่สัญญาใดทำสัญญาฉบับที่สองขึ้นมาเพื่อตีความหรืออธิบายข้อความที่คลุมเครือในสัญญาฉบับแรกให้กระจ่างชัด เช่นนี้ แม้จะปรากฏว่าคู่กรณีใดทำนิติกรรมขึ้นสองอันก็ตาม แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง

๑.๖.๓ นิติกรรมอีกอันหนึ่งหรือนิติกรรมที่ถูกปกปิดเป็นนิติกรรมที่สร้างขึ้นตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี แต่สงวนไว้เป็นความลับ ภูกันเฉพาะระหว่างคู่กรณีเท่านั้น

นิติกรรมนี้เป็นนิติกรรมที่คู่กรณีมีเจตนาผูกพันหรือมีนิติสัมพันธ์ต่อกันอย่างแท้จริง ซึ่งเรียกว่า "นิติกรรมที่ถูกอำพราง" หรือ "นิติกรรมที่ถูกปกปิด" ตรงกับภาษาอังกฤษว่า The Concealed Juristic act หรือ Acte Dissimulé ในภาษาฝรั่งเศส, Dissimulato ในภาษาอิตาลี และ Verdeckte Geschäft หรือ Dissimulierte Geschäft ในภาษาเยอรมัน และเนื่องจากโดยสภาพของนิติกรรมที่ถูกอำพรางซึ่งคู่กรณีสงวนไว้เป็นความลับนั่นเอง จึงมักเรียกกันว่า "นิติกรรมลับ" (Acte Secret) กว

อนึ่ง เพราะเหตุว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยเจตนาที่จะให้ผูกพันกันอย่างแท้จริง จึงมีผู้เรียกกันอีกอย่างหนึ่งว่า "นิติกรรมที่แท้จริง" (Acte Réel หรือ Acte Véritable)

สิ่งสำคัญอีกอย่างหนึ่งที่ไม่อาจจะขาดได้สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมอำพราง ก็คือนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะต้องเป็นความลับ หมายความว่า คู่กรณีทำนิติกรรมที่ต้องการให้ผูกพันกันอย่างแท้จริงโดยสงวนไว้เป็นความลับภายในนิติกรรมที่เปิดเผย และนิติกรรมที่ต้องการให้ผูกพันกันอย่างแท้จริงนี้จะเป็นที่รู้กันก็แต่เฉพาะในระหว่างคู่กรณีที่ทำนิติกรรมเท่านั้น

๑.๓ ลักษณะของนิติกรรมอำพรางและนิติกรรมที่ถูกอำพราง

๑.๓.๑ นิติกรรมทั้งสอง เป็นนิติกรรมสองฝ่าย

โดยหลักแล้วนิติกรรมอำพรางและนิติกรรมที่ถูกอำพรางต้องมีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่าย และส่วนมากที่ทำกันมักทำในรูปของสัญญา แต่ก็ไม่อาจจะจำกัดลงไปได้ว่า จะมีขึ้นใดเฉพาะกรณีของสัญญาเท่านั้น เพราะนิติกรรมนั้นมิใช่จะมีแต่เพียงสัญญาชนิดเดียวเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๒ บัญญัติว่า "อันว่านิติกรรมนั้นใดแก่ การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ" หมายความว่า นิติกรรมคือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคล ได้มีการแสดงเจตนาออกมาโดยมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในกฎหมาย คือการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งได้แก่การก่อสิทธิ เปลี่ยนแปลงสิทธิ โอนสิทธิ หรือระงับสิทธินั้นเอง ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า สัญญาเป็นนิติกรรม แต่นิติกรรมไม่จำกัดได้แก่สัญญา ความจริงสัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องมีคำเสนอและคำสนองรับคำเสนอนั้น^{๒๑}

อุทาหรณ์ การทำนิติกรรมอำพรางในรูปของสัญญา เช่น เชี่ยวไคทำสัญญาขายเรือลำหนึ่งให้ชาว แต่มีสัญญาลับในระหว่างบุคคลทั้งสองว่า เชี่ยวไคขายเรือลำนั้นไปให้ เช่นนี้ สัญญาขายเรือเป็นนิติกรรมอำพราง ทำขึ้นเพื่อปกปิดสัญญาลับ

๑.๓.๒ นิติกรรมอำพรางอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

ปกตินิติกรรมฝ่ายเดียวใดแก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแยกออกได้เป็น ๒ ชนิด คือ

ก. นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด คือเมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาก็เป็นนิติกรรมทันที และเป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำนิติกรรม

^{๒๑} ดร.ประกอบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (พระนคร : โรงพิมพ์มงคลการพิมพ์, ๒๕๐๘), หน้า ๑๑, ๑๘

ฝ่ายเดียวโดยแท้ ไม่ต้องมีบุคคลอื่นมารับการแสดงเจตนา^{๒๒} เช่น พิธีกรรมการตั้ง
มูลนิธิ และคำเสนอ เป็นต้น

ข. นิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา คือการแสดงเจตนา
นั้นจะมีผลเป็นนิติกรรมได้จะต้องกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น การปลดหนี้ (มาตรา
๓๔๐) การหักกลบบทหนี้ (มาตรา ๓๔๒) และการเลิกสัญญา (มาตรา ๓๔๖) เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับนิติกรรมอำพรางนั้นอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดซึ่ง
ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาได้

อุทาหรณ์ คำต้องการจะหลอกลวงบุคคลภายนอกที่จะซื้อบ้านของคนที่ซึ่งมี
แดงเช่าอยู่ จึงได้ทำเป็นบอกเลิกสัญญาเช่าบ้านแดง แต่ความจริงแล้วคำใดตกลงกับ
แดงว่า การบอกเลิกสัญญาเป็นนิติกรรมฉ้อโกง สัญญาเช่าเดิมยังคงมีผลอยู่ต่อไป

หลักกฎหมายเยอรมัน

พิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๑๗ วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า
"ถ้าการแสดงเจตนาฉ้อโกงกระทำโดยสมรู้กันกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งว่าเป็นเพียงการฉ้อ
การแสดงเจตนาฉ้อโกงนั้นยอมเป็นโมฆะ" เห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เจาะเฉพาะนิติกรรมซึ่ง
ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา และนิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งเลิกสัญญา จึงไม่ใช่แก่นนิติกรรมซึ่ง
ไม่มีผู้รับการแสดงเจตนา และการแสดงเจตนาต่อเจ้าพนักงาน เช่น การรับรองความ
เป็นบิดา หรือการปฏิเสธการรับมรดกต่อเจ้าพนักงาน เป็นต้น^{๒๓} แต่ในทางตรงกันข้าม
หากเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลธรรมดาซึ่งได้ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานในกิจการที่มีแบบ

^{๒๒} ดร. จิต เสริมบุษกร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม ๑, (พระนคร :
โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๒), หน้า ๒๐๕

^{๒๓} ดร. หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ชั้นปริญญาโททาง
นิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๕๑๒), หน้า ๔

พิธีการว่าตอกระทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน เช่น การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน
เป็นต้น ย่อมถือว่าอยู่ในขอบเขตของมาตรา ๑๑๗^{๒๔}

หลักกฎหมายอิตาลี

กฎหมายอิตาลีก็ไ้วางหลักไว้เช่นเดียวกันว่านิติกรรมทั้งสองต้องเป็นนิติกรรม
ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป^{๒๕}

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๔ วรรคท้าย โฆษยาย
หลักดังกล่าวออกไปโดยบัญญัติว่า "บทบัญญัติดังกล่าวข้างตน (เรื่องนิติกรรมอำพราง)
ให้ใช้ได้กับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งมุ่งต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่แน่นอน ซึ่งได้ตกลงทำขึ้น
ระหว่างผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนา"

โดยเหตุนี้ สำหรับนิติกรรมอำพรางจึงอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผู้รับการ
แสดงเจตนาได้ควย แต่ไม่หมายรวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่มีผู้รับการแสดงเจตนา
(นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด) เช่น พันิชกรรม เป็นต้น

หลักกฎหมายฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๒๑ จะ
เห็นได้ว่า ผู้บัญญัติกฎหมายมุ่งถึงเรื่องนิติกรรมอำพรางเฉพาะในรูปของการทำเป็นสัญญา
แต่เพียงประการเดียว ข้อพิสูจนในเรื่องนี้ก็คือบทบัญญัติดังกล่าวไว้คำว่า "คู่สัญญา"
(parties contractantes) ดังนั้น เรื่องนิติกรรมอำพรางตามกฎหมายฝรั่งเศส
จึงมีขอบเขตแคบ เพราะมุ่งถึงนิติกรรมสองฝ่าย คือสัญญาเท่านั้น ไม่หมายรวมถึง

๒๔

Dr. Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, (Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1966), p. 252

๒๕

Andrea Torrente, op.cit., p. 140

กรณีนิติกรรมฝ่ายเดียวควาย กัง เช่นหลักกฎหมายเยอรมัน^{๒๖}

หลักกฎหมายจีน

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งจีน มาตรา ๘๗ วรรคแรก นิติกรรม
อำพรางซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาดวงอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการ
แสดงเจตนา เช่นนิติกรรมปลดหนี้ แต่ไม่หมายรวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่มีผู้รับการ
แสดงเจตนา เช่นพินัยกรรม^{๒๗} เป็นต้น

๑.๗.๓ กรณีในนิติกรรมทั้งสอง

ยอมเป็นที่แน่ชัดว่า นิติกรรมอำพรางและนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะต้อง
ทำขึ้นโดยบุคคลซึ่งเป็นกรณีเดียวกัน ทั้งนี้พิจารณาได้จากความเกี่ยวโยงระหว่างกันของ
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๔ วรรคแรก และวรรคสอง กล่าวคือ ใน
มาตรา ๑๑๔ วรรคแรก กล่าวถึงผลของการที่กรณีทำนิติกรรมดวง (นิติกรรมที่เกิดขึ้น
จากการแสดงเจตนาดวงโดยสมบูรณ์ระหว่างกรณี) ทั้งผลในระหว่างกรณีและผลต่อ
บุคคลภายนอก ต่อมาในมาตรา ๑๑๔ วรรคสองนั้นเองก็ได้บัญญัติถึงการที่กรณีทำนิติกรรม
ดวงขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งในระหว่างกรณีให้บังคับกันไปตามนิติกรรมที่
ถูกอำพราง ซึ่งแสดงว่าเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้ถือเป็นการแสดงเจตนาดวงอย่างหนึ่ง
เกิดจากการที่กรณีแสดงเจตนาดวงโดยวิธีทำนิติกรรมซ้อนกันไว้สองอัน อันหนึ่งเรียกว่า
นิติกรรมอำพราง อีกอันหนึ่งเรียกว่านิติกรรมที่ถูกอำพราง และกรณีในนิติกรรมทั้งสอง
เป็นกรณีคู่เดียวกัน

๒๖

Dr. Alfred Rieg, Le Role de la Volonté dans L'Acte Juridique
En Droit Civil Français et Allemand, (Paris : Libraire
Générale de Droit et de Jurisprudence., 1961), p. 497

๒๗

หงซิงซุน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งจีน บรรพ ๑, (ไทเป : สำนักพิมพ์ซันหมิน,
๑๙๖๘), หน้า ๓๗๘

ตัวอย่าง มากมีลูกชาย ๒ คน ซ้อมกับมึง มากต้องการจะยกที่ดินแปลงหนึ่ง ให้แก่มึง แต่เกรงว่ามึงลูกคนโตซึ่งไม่ใคร่บ่จะเสียใจ มากกับมึงจึงสมรู้กันทำเป็น นิติกรรมซื้อขายที่ดินแปลงนั้น แต่ได้ทำนิติกรรมอีกอันหนึ่งว่าความจริงเป็นการให้โดยเสนหา ไม่ได้มีการชำระเงินกันจริงจัง ก็นั้นนิติกรรมซื้อขายเป็นนิติกรรมอำพราง และนิติกรรมให้ เป็นนิติกรรมที่ถูกอำพราง โดยมีมากและมึงเป็นคู่กรณีในนิติกรรมทั้งสองนั้น

หลักกฎหมายเยอรมันในข้อนี้พิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๑๑๗ ซึ่งมีความใกล้เคียงกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย มาตรา ๑๑๘ สรุปได้เช่นเดียวกันว่า คู่กรณีในนิติกรรมทั้งสองคือนิติกรรมดวง (Simulierte Geschäft) และนิติกรรมที่ถูกปกปิด (Verdeckte Geschäft) ย่อมเป็นคู่กรณีคู่เดียวกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๔๑๔ วรรคแรกและวรรคสอง บัญญัติว่า "สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่ออำพราง (Simulato) ย่อมไม่มีผลบังคับในระหว่างคู่กรณี ถ้าคู่กรณีมีเจตนาแท้จริงในการทำสัญญามับหนึ่งให้แตกต่างไปจากสัญญาที่สร้างขึ้น เพื่ออำพราง สัญญาที่ถูกอำพราง (Dissimulato) ย่อมมีผลใช้บังคับในระหว่าง คู่กรณี..."

จึงเห็นได้ว่า คู่กรณีในนิติกรรมทั้งสองเป็นคู่กรณีคู่เดียวกัน

ส่วนหลักกฎหมายฝรั่งเศส แม้ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ข้อนี้ในบทบัญญัติของประมวล กฎหมายแพ่งก็ตาม แต่นักนิติศาสตร์เฝ้าสังเกตเห็นว่า องค์ประกอบสำคัญของหนึ่งในเรื่อง นิติกรรมอำพรางก็คือ คู่กรณีในนิติกรรมที่เปิดเผยและนิติกรรมลับจะต้อง เป็นบุคคลซึ่งเป็น คู่กรณีคู่เดียวกัน^{๒๔}

๑.๗.๔ นิติกรรมทั้งสองจำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่

พิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘ วรรคสอง จะเห็นได้ว่า นิติกรรมทั้งสองจะทำขึ้นอย่างไรก็ได้ ขอแต่เพียงให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการเป็นนิติกรรมชนิดนั้น ๆ ครบถ้วนเท่านั้น จึงไม่มีข้อจำกัดว่า นิติกรรมทั้งสองจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป เพราะนิติกรรมโดยเฉพาะในเรื่องสัญญาโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาตรงกันของคู่กรณีเป็นสำคัญ และไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำเป็นหนังสือเสมอไป

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคู่กรณีส่วนมากมักทำนิติกรรมที่ถูกอำพราง (นิติกรรมลับ) ขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักฐานและพยานมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างและขอให้บังคับตามนิติกรรมอำพราง (นิติกรรมที่เปิดเผย) เพราะสำหรับนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นหากมิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากได้เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น เช่น หากจะต้องมีการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของนิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้น ผู้กล่าวอ้างจะต้องนำพยานบุคคลมาสืบเป็นตน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการทำเป็นลายลักษณ์อักษรอาจเป็นสิ่งจำเป็นอยู่บ้างสำหรับกรณีของนิติกรรมที่ถูกอำพราง ทั้งนี้เพื่อขจัดความยุ่งยากเมื่อจะต้อนำสืบถึงความมีอยู่ของนิติกรรมดังกล่าว

๑.๗.๕ นิติกรรมทั้งสองทำขึ้นในเวลาใด

ปัญหานี้จะหาคำตอบได้จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘ วรรคสอง นั้นเอง ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้านิติกรรมอันหนึ่งทำด้วยเจตนาจะทำนิติกรรมอีกอันหนึ่ง..." จึงยอมตีความได้ว่า ในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้น คู่กรณีแสดงเจตนาทำนิติกรรมสองครั้ง ครั้งหลังเพื่อปิดบังอำพรางครั้งแรก^{๒๕} หมายความว่า คู่กรณีทำนิติกรรมที่ต้องการให้มีผลบังคับระหว่างกันขึ้นก่อนแล้วจึงทำนิติกรรมอีกอันหนึ่งขึ้นเพื่อปิดบังอำพรางนิติกรรมอันแรกนั้น นั่นคือนิติกรรมที่ถูกอำพราง หรือนิติกรรมลับ ซึ่งเป็นนิติกรรมที่มีผลบังคับระหว่างคู่กรณี ย่อมทำขึ้นก่อนนิติกรรมอำพราง

อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวเป็นผลอันเนื่องมาจากการตีความตามบทบัญญัติ มาตรา ๑๑๘ โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติแล้วนิติกรรมทั้งสองมักทำขึ้นพร้อมกันหรือใน ช่วงเวลาเดียวกัน จนแทบจะกล่าวได้ว่าคู่สัญญาที่ทำนิติกรรมอำพรางนั้นร่างและเซ็นสัญญา ทั้งสองฉบับ (สัญญาที่เปิดเผยและสัญญาลับ) ควบปากกาคำเดียวกัน^{๓๐}

นักนิติศาสตร์ฝรั่ง เสด็จมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า นิติกรรมที่ถูกอำพราง (la contre lettre) จะต้องทำขึ้นก่อนหรือในช่วงเวลา เดียวกับนิติกรรมอำพรางหรือนิติกรรมที่เปิดเผย (l'acte apparent) นิติกรรมที่ ทำขึ้นภายหลังย่อมไม่ใช่นิติกรรมที่ถูกอำพราง^{๓๑} ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่านิติกรรมที่ ถูกอำพรางอาจทำขึ้นภายหลังนิติกรรมที่เปิดเผยได้ ถ้าหากในขณะที่ทำนิติกรรมอันแรก ขึ้นนั้น คู่กรณีใดตกลงกันว่านิติกรรมนั้นเป็นแต่เพียงนิติกรรมลวง ส่วนนิติกรรมที่แท้จริงนั้น จะทำขึ้นอีกอันหนึ่งในภายหลัง เช่นนี้แม้หลายเดือนต่อมาคู่กรณีจึงได้ทำนิติกรรมดังกล่าวนั้น ขึ้น ก็ยังถือได้ว่านิติกรรมอันหลังนั้นเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพราง แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าหากในขณะที่ทำนิติกรรมอันแรก คู่กรณีมีเจตนาจะบังคับกันตามที่ใดแสดงให้ปรากฏนั้น โดยมีใ้ตกลงถึงนิติกรรมอื่นใดอีกเลย เช่นนี้ หากต่อมาภายหลังคู่กรณีทำนิติกรรม อีกอันหนึ่งเพื่อแก้ไขหรือลบล้างผลของนิติกรรมอันแรก ย่อมไม่อาจถือได้ว่านิติกรรม อันหลังเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพราง^{๓๒}

^{๓๐} Dr. Alfred Rieg, op.cit., p. 499

^{๓๑} Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome Deuxième, (Paris : Editions Montchrestien, 1962), p. 742

^{๓๒} Dr. Alfred Rieg, loc.cit.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายแรก กล่าวคือ ควรถือโดยเคร่งครัดว่า นิติกรรมที่ถูกอำพรางจะต้องทำขึ้นก่อนหรือในช่วงเวลาเกี่ยวกับนิติกรรมอำพราง

๑.๘ กรณีที่ไม่ใช่เป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง

๑.๘.๑ กรณีที่ในชั้นแรกกรณีตกลงกันอย่างหนึ่ง แต่ในที่สุดเวลาเข้าทำนิติกรรม กลับตกลงกันอีกอย่างหนึ่ง โดยต้องการให้ขอตกลงอย่างหลังนี้มีผลบังคับกันจริง ๆ กรณีเช่นนี้ไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง

มีคดีจำนวนมากที่คู่ความอ้างว่าเป็นการแสดงเจตนาดวงหรือเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง แต่ศาลฟังขอเท็จจริงว่าไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง แต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีมีเจตนาแท้จริงที่จะผูกพันกันตามที่แสดงเจตนาออกมานั้นจริง ๆ ก็ต้องบังคับตามที่ตกลงกันนั้น เพราะกรณีที่เข้าทำนิติกรรมขึ้นโดยมิได้มีเจตนาจะปกปิดนิติกรรมอันใดอันหนึ่งเลย แต่เป็นเรื่องที่เต็มตั้งใจจะทำนิติกรรมเพื่อหวังผลอย่างหนึ่ง แต่เมื่อถึงเวลาทำนิติกรรม เกิดเห็นว่าหลักฐานจะไม่มั่นคงหรือเกิดความไม่ไว้วางใจกันขึ้น จึงได้ตกลงทำนิติกรรมเป็นรูปใหม่ เพื่อผูกมัดคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้มั่นคง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกหากจะต้องมีการฟ้องร้องบังคับคดีกันในภายหลัง เช่นนี้เป็นเรื่องที่คู่กรณีเปลี่ยนเจตนาเต็มเสียแล้ว กล่าวคือ คู่กรณีมีเจตนาผูกพันกันตามนิติกรรมที่ทำขึ้นใหม่อย่างแท้จริงเพียงอันเดียว มิได้มีการปกปิดหรืออำพรางนิติกรรมอันใด จึงไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง

กรณีดังกล่าวมีปัญหามาสู่ศาลมาก และศาลฎีกาก็ได้พิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังหลักการข้างต้น ซึ่งจะได้นำคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านั้นมาแสดงเป็นตัวอย่างเพื่อความกระจ่างในข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังต่อไปนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๘๘/๒๔๙๙ ระหว่างนายปลื้ม ศิริสวัสดิ์ โจทก์ นายเอี่ยมสุข กับพวก จำเลย

คดีได้ความว่า เกมโจทก์จำเลยตกลงกันว่า จำเลยจะจำหน่ายที่สวนรายพิพาทนี้กับโจทก์ เป็นเงิน ๓,๙๕๐ บาท โดยจะคิกคอกเบี้ยร้อยละ ๒ ต่อเดือน แต่โดยที่อัตราดอกเบี้ยเกินกว่ากำหนดในกฎหมาย โจทก์จำเลยจึงตกลงเปลี่ยนทำเป็นสัญญาขายฝาก

โดยมีกำหนดไถ่ถอนกลับคืนกันใน ๖ ปี แล้วให้จำเลยเช่าโดยคิดค่าเช่าเดือนละ ๗๕ บาท ซึ่งเท่ากับร้อยละ ๒ ของตนเงินนั้นเอง โดยการเช่านี้ก็ทำรวมอยู่ในตอนท้ายแห่งสัญญาขายฝากนั่นเอง บัดนี้จำเลยผิดสัญญา โจทก์จึงฟ้องขอให้จำเลยโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินและเรียกค่าเช่าที่ค้างรวม ๕๐ เดือน

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า โจทก์จำเลยหาได้ตั้งใจทำสัญญาขายฝากแก่กันไม่ แต่เจตนาทำสัญญาจำนองกัน คดีเป็นนิติกรรมอำพราง ความมีสิทธินำพยานบุคคลมาสืบได้ เห็นว่าต้องบังคับตามลักษณะจำนอง จึงพิพากษาให้จำเลยชำระตนเงินและดอกเบี้ยให้โจทก์

ศาลฎีกาเห็นว่า แม้เดิมโจทก์จำเลยตั้งใจทำสัญญาจำนองกัน แต่ได้เปลี่ยนความตั้งใจมาสมัครใจทำกันเป็นสัญญาขายฝาก ซึ่งมีผลตามกฎหมายเท่ากับการขายขาด เว้นแต่จำเลยจะซื้อคืนภายในกำหนดตามสัญญา เห็นว่าการขายฝากนี้ได้กระทำกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจะยกเอาความตั้งใจเดิมมาลบล้างสัญญานี้หาได้ไม่ จำเลยจำต้องปฏิบัติตามสัญญาขายฝาก...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๗/๒๔๔๐ ระหว่างนางกีว แซ่กวย โจทก์
นางจรัส กาญจนมุสิก จำเลย นางฉิ้น ผ่องชัคทรัพย์

คู่สัญญาตั้งใจจะกู้เงินและให้ที่ดินเป็นประกัน แต่เมื่อไปที่หอทะเบียนที่ดินได้ตกลงทำเป็นสัญญาขายฝาก จึงนี้ไม่เรียกว่าเป็นนิติกรรมอำพราง เป็นแต่เพียงว่าเดิมคู่กรณีหวังผลอย่างหนึ่ง ภายหลังมาตกลงกันใหม่อีกอย่างหนึ่งเท่านั้น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๕๕/๒๔๕๑ ระหว่างนายสีนวน ประทุมศรี โจทก์
นายสี มณีชูต จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ได้ทำสัญญาจำนองที่ดินไว้กับจำเลย ๑ แปลง เป็นเงิน ๓๐๐ บาท ตามสัญญาว่าจำนองกัน ๕ ปี พ้นกำหนด ๕ ปี โจทก์ไถ่ถอนได้ แต่ต้องไถ่ ๕๐๐ บาท พ้นกำหนด ๕ ปีแล้วโจทก์ไปขอไถ่ จำเลยไม่ยอมให้ไถ่และไม่ยอมรับเงิน จึงขอให้บังคับจำเลยรับเงิน ๕๐๐ บาท และคืนที่นาให้โจทก์

จำเลยให้การว่า เมื่อประมาณ ๑๕ ปีมานี้ โจทก์จำเลยได้แสดงเจตนาจะซื้อขายนาพิพาท เป็นเงิน ๓๐๐ บาท แต่ก้ำนนั้นว่าทำหนังสือสัญญาซื้อขายให้ไม่ได้ ถ้า

ทำเป็นสัญญาจำนองทำได้ จึงได้ทำสัญญาจำนองกัน และจำเลยยื่นคำให้การเพิ่มเติมว่า การที่จำนองเป็นเจตนาอำพราง เจตนาแท้จริงที่ตั้งใจคือซื้อขายกัน

ศาลชั้นต้นฟังว่า โจทก์จำเลยได้ซื้อขายนาฬิกาพิพาทกัน ถึงข้อตกลงของจำเลย สัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องเป็นนิติกรรมอำพราง พิพาทขายยกฟ้อง

ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้จำเลยรับเงินและคืนนาฬิกาให้โจทก์

จำเลยฎีกาว่าสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องเป็นนิติกรรมอำพราง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้เดิมโจทก์จำเลยตั้งใจกันทำสัญญาซื้อขายนาฬิกาที่ตาม แต่เมื่อไปถึงกานั้น ๆ ว่าทำให้ไม่ได้ ทำให้แค่สัญญาจำนอง แล้วโจทก์จำเลยก็เปลี่ยนความตั้งใจเดิม มาสมัครใจทำสัญญาตามที่โจทก์นำมาฟ้องจำเลย จำเลยจะยกเอาความตั้งใจเดิมมาลดล้างสัญญา ซึ่งโจทก์จำเลยทำกันโดยตกลงกันใหม่หาได้ไม่ รูปคดีฟังไม่ได้ว่าสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องจำเลยเป็นนิติกรรมอำพราง พิพาทขาย

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๖/๒๕๐๐ ระหว่างนายสวิง รัสมิทัต โจทก์

นางลัดดา จันทะเทมีย กับพวก จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ ๑ โดยความยินยอมของจำเลยที่ ๒ ผู้เป็นสามี ได้เช่าที่ดินโฉนดที่ ๔๖๖๕ จากโจทก์ มีกำหนด ๑ ปี ค่าเช่าเดือนละ ๑,๒๕๐ บาท จำเลยผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าเป็นเงิน ๑๙,๕๐๐ บาท โจทก์ทวงถามแล้ว จำเลยไม่ชำระ จึงขอให้ศาลบังคับจำเลยชำระค่าเช่าพร้อมดอกเบี้ย

จำเลยให้การต่อสู้ว่า ไม่ได้เช่าที่ดินของโจทก์ สัญญาเช่าเป็นนิติกรรมอำพราง ไม่มีผลบังคับ ความจริงจำเลยได้กู้เงินโจทก์เอาที่พิพาทเป็นประกัน ในการนี้โจทก์ให้จำเลยทำนิติกรรมเป็นสัญญาขายฝาก และกำหนดคืนได้เป็นดอกเบี้ยเงินกู้อยู่ละ ๒ บาท ๕๐ สตางค์ ต่อเดือน ให้จำเลยทำสัญญาเช่าเพื่อหลีกเลี่ยงการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา เมื่อที่พิพาทตกเป็นของโจทก์แล้ว จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในสินไถ่ซึ่งกำหนดเป็นดอกเบี้ยและได้ทำสัญญาเช่าไว้ เพราะที่พิพาทเป็นที่ว่างเปล่า จำเลยไม่เคยเข้าอยู่ใช้เป็นประโยชน์เลย

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยต่อกันว่า ที่ดินที่เช่าเป็นที่ว่างเปล่า ไม่มีอาคาร จำเลยไม่เคยเข้าไปใช้ประโยชน์ สัญญาเช่าไม่มีการปฏิบัติต่อกัน การกำหนด

ค่าเช่าเพื่อเพิ่มเติมจำนวนสินได้ให้มากขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาขายฝาก สัญญาเช่า
เป็นนิติกรรมอำพราง เป็นโมฆะ ใหญ่พอ

ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า จำเลยที่ ๑ ได้ทำสัญญาขายฝากที่ดินของจำเลย
ไว้กับโจทก์ และได้ทำสัญญาเช่าที่ดินรายปีจากโจทก์ไว้ด้วยความสมัครใจ ตาม
กฎหมายโจทก์มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินรายนี้แล้ว มีเงื่อนไขอยู่เพียงว่าได้คืนได้เท่านั้น โจทก์
จึงมีสิทธิให้เช่าได้

การที่จำเลยเช่าที่ดินจากโจทก์เมื่อได้ขายฝากที่ดินแก่โจทก์แล้ว จึงเป็น
สัญญาเช่าตามความเป็นจริง หากนิติกรรมอำพรางคอกเบี้ยเงินกู้ไม่ เพราะไม่มีการ
กู้เงินกัน แม้เกมจำเลยชกโดยเอาที่ดินเป็นประกัน แต่เมื่อโจทก์ไม่ยอม จำเลยได้ตกลง
ทำสัญญาขายฝากที่ดินกัน และจำเลยยอมรับว่าโจทก์ได้กรรมสิทธิ์ที่ดินตามสัญญาขายฝาก
เงินที่จำเลยรับไปจากโจทก์ต้องถือว่าเป็นราคาที่ดินขายฝาก ไม่ใช่เงินกู้ และไม่มี
คอกเบี้ยเงินกู้ที่จะต้องจ่ายให้แก่กัน

ส่วนค่าเช่านั้น จะกำหนดลงกันเท่าใดก็ได้ตามใจสมัคร ไม่มีกฎหมายจำกัด
อัตราค่าเช่าที่จะบังคับกันได้ แม้ผู้เช่าจะไม่ไต่ทำประโยชน์ในที่ดินที่เขาไม่ใช่เหตุที่ต้อง
เสียค่าเช่า จำเลยจึงต้องชำระค่าเช่าที่ค้างพร้อมด้วยคอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๘ ครึ่ง
ต่อปี ให้โจทก์

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ บรรณาธิการหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา
ประจำพุทธศักราช ๒๕๐๐ ได้ทำบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า
... การที่กรณีมีความประสงค์ในเบื้องต้นอย่างหนึ่ง แต่ในที่สุดได้ทำสัญญากัน
อีกอย่างหนึ่งนั้น ถ้าตามเจตนาแท้จริงเป็นการผูกมัดกันจริงตามเจตนาที่แสดงออกแล้ว
ก็เป็นสัญญาที่ก่อขึ้นจริงตามนั้น ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง เพราะเขาไม่ต้องการผูกพันกัน
ตามความประสงค์เดิม แต่หากต้องการผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออก เขาจึงไม่ทำ
นิติกรรมตามเจตนาเดิม แต่ทำสัญญากันตามที่แสดงออกนั้น ดังเช่นคดีนี้ ซึ่งแม้เกม
จะต้องการกู้เงินกันก็จริง แต่ผู้ใหญ่ไม่พอใจในหลักฐานแต่เพียงสัญญากู้มอบบ้านไว้เป็น
ประกัน ซึ่งหาใช่ประกันที่มีประโยชน์แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใดไม่ จึงตกลงทำสัญญาเป็น
ขายฝากในที่สุด ถึงนี้ยอมเห็นได้ว่าเจตนาที่แท้จริงเป็นการขายฝาก การกู้เงิน

เพราะไม่มีเงินจะใช้ เป็นแถมลดหย่อนภาษีเงินอันนำมาสู่การทำสัญญาขายฝากเท่านั้น เขาไม่ได้อำพรางผู้ใด แต่กองการบังคับกันจริง ๆ อย่างขายฝาก แม่จะคิดค่าเช่า ซึ่งคำนวณเป็นอัตราดอกเบี้ยเกินร้อยละ ๑๕ ต่อปี ก็ไม่เป็นการทวงถามอย่างไร แต่ต่างก็ยังคงการผูกพันกันอยู่กันเงิน หากเลี้ยงทำเป็นสัญญาขายฝากเพื่อคิดดอกเบี้ยเกินอัตรา ก็เป็นการมิชอบ ทั้งนี้ยอมแล้วแต่ขอเท็จจริงที่จะพึงเป็นยุติไปในทางใด ...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๘/๒๕๐๒ ระหว่าง นางอาจิต ชัยประภา โจทก์ นายทองดี อิศรกุล จำเลย

โจทก์ฟ้องตั้งประเด็นว่า โจทก์กู้เงินจำเลย แต่ทำนิติกรรมอำพราง เป็นสัญญาขายฝากที่ดิน มีกำหนด ๑ ปี ครั้นต่อมาถึงกำหนด ๑ ปี โจทก์ได้เจรจากับจำเลย ขอเปลี่ยนสัญญาใหม่ หรือขยายเวลาต่อไป หรือว่าจะให้ชำระหนี้ภายในกำหนดสัญญา จำเลยได้ขอมายผิดผ่อนเรื่อยมาจนพ้น ๑ ปีแล้ว จำเลยอ้างว่าเวลาใดตอนที่คืนหมดสิ้นแล้ว เป็นการทุจริตต่อโจทก์ และใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงขอให้จำเลยรับเงินที่กู้แล้วโอนที่ดินคืนโจทก์ ทั้งนี้แม้ศาลจะวินิจฉัยว่า โจทก์จำเลยทำสัญญาขายฝากกันจริง ๆ ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง แต่เมื่อทางพิจารณาคดีเห็นว่า โจทก์ใช้สิทธิโดยทรัพย์สินที่ขายฝากก่อนพ้นกำหนดเวลาใดตอนสัญญาขายฝากแล้ว ศาลก็หยิบยกมาพิพากษาให้จำเลยรับชำระเงิน และโอนที่ดินคืนแก่โจทก์ได้

อาจารย์ยล อิศรกุล บรรณาธิการหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา ประจำ พุทธศักราช ๒๕๐๒ ได้ทำบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า

... การที่โจทก์ไปขอกู้เงินจากจำเลย แต่จำเลยไม่ยินยอมที่จะให้กู้ เว้นแต่จะเอาที่ดินมาขายฝากแก่จำเลย ซึ่งโจทก์จำต้องยินยอมเอาที่ดินมาขายฝากแก่จำเลยนั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องนิติกรรมอำพรางแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องที่โจทก์ (จำต้อง) เปลี่ยนเจตนาเดิมที่จะกู้มาเป็นทำสัญญาขายฝากตามที่จำเลยเรียกร้อง เพื่อให้ได้เงินมาตามที่ต้องการเท่านั้น นิติกรรมขายฝากจึงเป็นนิติกรรมที่แท้จริง และต้องบังคับกันตามลักษณะขายฝาก...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๔/๒๕๐๓ ระหว่าง นายใจ ศิริกุล โจทก์

นายเสริม ทรธา จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า นายสมบุรณ์ การอรุณ ทำหนังสือสัญญาและรับเงินของโจทก์ไป ๔,๐๐๐ บาท จำเลยทำสัญญาค้ำประกันเงินกู้นายนี้ นายสมบุรณ์ไม่เคยชำระเงินต้นและดอกเบี้ยให้โจทก์ และต่อมานายสมบุรณ์ถึงแก่กรรม โดยไม่มีทรัพย์สินอะไรเป็นมรดกไว้ ทรัพย์สินที่นายสมบุรณ์แสดงไว้ในสัญญา โจทก์ทราบในภายหลังว่า นายสมบุรณ์โกซายและสละสิทธิครอบครองให้คนอื่นไปนานแล้ว จึงฟ้องให้จำเลยชำระเงินต้นและดอกเบี้ย

จำเลยให้การว่า โจทก์ทำหนังสือสัญญาค้ำประกันคังของจริง โดยเกินนายสมบุรณ์ตายป่วย ไม่มีเงินรักษาพยาบาล จึงขายบ้านหนึ่งหลังให้โจทก์ เนื่องจากมีที่ดินที่ปลูกบ้านรวมอยู่ด้วย ซึ่งจะต้องทำนิติกรรมซื้อขายกันที่อำเภอ แต่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องการจะมาทำการซื้อขายกันต่อหน้าเจ้าพนักงาน ผู้ซื้อเกรงผู้ขายจะคืนคำ จึงเพทมายทำเป็นหนังสือสัญญาเงินให้ตายเงินโจทก์ไป ๔,๐๐๐ บาท และให้จำเลยเป็นผู้ค้ำประกัน ไม่ใช่เรื่องเงินกันจริง ๆ เป็นนิติกรรมอำพราง โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องศาลชั้นต้นงดสืบพยาน และวินิจฉัยว่า สัญญากรายนี้ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง

จำเลยต้องรับผิดชอบ

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า การที่จะให้จำเลยนำสืบหักล้างว่าหนี้ ๔,๐๐๐ บาท มิได้มีอยู่เลย มิใช่เป็นการนำสืบแก้ไขเอกสารแต่อย่างใด คำกล่าวอ้างของจำเลยเรื่องนิติกรรมอำพรางจะสมเหตุผลหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง จึงพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ศาลชั้นต้นสืบพยานต่อไปจนสิ้นกระแสความ

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยให้การต่อสู้คดีว่า ผู้ซื้อผู้ขายไม่ต้องการมาทำสัญญาซื้อขายต่อหน้าเจ้าหน้าที ผู้ซื้อคือโจทก์เกรงว่าผู้ขายจะกลับถอยคืนคำ ผู้ซื้อให้ผู้ขายทำเป็นสัญญา จำเลยเป็นผู้ค้ำประกัน ทั้งนี้เป็นเรื่องสัญญาเปลี่ยนความประสงค์ ไม่ต้องการทำสัญญาซื้อขาย แต่ให้ทำเป็นสัญญา สัญญาซื้อขายจึงเป็นอันไม่มี ไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘๘/๒๕๐๔ ระหว่าง นางชั้นแก้ว จันโทกุล โดย นายทองดี สรวงสุวรรณ ผู้รับมอบอำนาจ โจทก์ นางทองเรียม อัครถาวร จำเลย คดีนี้จำเลยให้การว่า โจทก์ได้ขายฝากที่ดินไว้กับจำเลยจริงตามฟ้อง แต่เจตนาอันแท้จริง โจทก์ขอกู้เงินจำเลย ๒,๕๐๐ บาท ให้ที่ดินเป็นหลักค้ำประกัน จึงได้ทำเป็นสัญญาขายฝากกันไว้เป็นนิติกรรมอำพราง...

ศาลฎีกาเห็นว่า เรื่องนิติกรรมนั้น จำเลยว่าโจทก์ขอกู้เงินและให้ที่ดิน เป็นประกันเงินกู้ก่อน แล้วจึงตกลงไปทำสัญญาขายฝากกัน เพื่อให้การประกันมีผลตามกฎหมาย ดังนั้นหาใช่นิติกรรมอำพรางไม่ เพราะนิติกรรมระหว่างโจทก์จำเลยมีแต่ขายฝาก เพียงนิติกรรมเดียว การขอกู้เงินเป็นเพียงการพูดจากัน อันเป็นเหตุนำไปให้ทำสัญญาขายฝากเท่านั้น...

๑.๘.๒ กรณีที่ทำนิติกรรมอันหลังขึ้นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในนิติกรรมอันแรก

คดีที่ไดกล่าวมาแล้วว่า กรณีที่จะเป็นเรื่องนิติกรรมอำพรางใดนั้น จะต้องพิจารณาเจตนาของคู่กรณีในขณะที่นิติกรรมทั้งสองเป็นสำคัญ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่นิติกรรม คู่กรณีมิได้มีเจตนาทำนิติกรรมที่เปิดเผยอันหนึ่งขึ้นเพื่อปิดบังอำพรางนิติกรรมลับอีกอันหนึ่งซึ่งต้องการบังคับกันจริงย่อมไม่ถือว่าเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง ดังนั้น การที่คู่กรณีใดทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นโดยเปิดเผย แล้วต่อมาคู่กรณีนั้นได้ตกลงทำนิติกรรมอีกอันหนึ่งเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขหรือข้อความในนิติกรรมอันแรก จึงไม่ถือว่าเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง นิติกรรมที่สร้างขึ้นภายหลังหาใช่นิติกรรมที่ถุกอำพราง ซึ่งคู่กรณีประสงค์จะสงวนเป็นความลับไม่ หากแต่เป็นนิติกรรมอันใหม่ที่คู่กรณีประสงค์จะผูกพันกันอย่างแท้จริง และโดยเปิดเผยเช่นกัน

ตัวอย่าง เช่น แดงทำสัญญาเช่าบ้านขาวในราคาเดือนละ ๒,๐๐๐ บาท ต่อมาขาวส่งสารแดง จึงลดค่าเช่าให้ โดยทั้งสองตกลงทำเป็นสัญญาเช่าขึ้นใหม่ กำหนดค่าเช่าบ้านเพียงเดือนละ ๑,๐๐๐ บาท

จากหลักข้างต้นอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า แมคู่กรณีจะทำนิติกรรมขึ้นสองอัน แต่หาในขณะที่ทำนิติกรรมทั้งสองนั้น คู่กรณีทำขึ้นด้วยความสมัครใจ ประสงค์จะผูกพันกันตามนิติกรรมนั้น ๆ โดยมีได้มีเจตนาดวงเข้ามาเกี่ยวข้องของควยแล้ว กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง

สรุปได้ว่า แม้อุกรณีจะได้อำนาจนิติกรรมชั้นสองอัน หากปราศจากเสียซึ่งเจตนาดวง
ในนิติกรรมใดนิติกรรมหนึ่งแล้ว กรณีดังกล่าวหาใช่เรื่องนิติกรรมอำพรางไม่ เพราะ
กรณีทำนิติกรรมชั้น ๒ ครั้ง โดยมีได้มีเจตนาให้นิติกรรมอันหนึ่งอำพรางนิติกรรม
อีกอันหนึ่ง

๑.๘.๓ กรณีของนิติกรรมไว้วางใจ

นิติกรรมไว้วางใจ (Fiduziarische Geschäft หรือ
Treuhandsgeschäft) เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายจีน
ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการทำนิติกรรมอำพรางมาก จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจและควร
แก่การศึกษา เพราะกรณีเช่นนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายไทยเรา แม้เราจะได้นำ
หลักเรื่องการแสดงเจตนาและนิติกรรมตามหลักกฎหมายเยอรมันมาใช้เป็นส่วนมากก็ตาม
ถึงนั้น จึงขอกล่าวถึงหลักของนิติกรรมไว้วางใจตามกฎหมายเยอรมัน เพื่อ
ความเข้าใจโดยย่อ

นิติกรรมไว้วางใจ (Treuhandsgeschäft) เกิดขึ้นโดยกรณีฝ่ายหนึ่ง
เรียกว่า "ผู้ให้ความไว้วางใจ" (Treugeber) โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่ง
ให้แก่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า "ผู้รับความไว้วางใจ" (Treuhandler) เพื่อ
ถือไว้คอยความไว้วางใจ^{๓๓} คือทำให้ฐานะในทางกฎหมายของผู้รับความไว้วางใจ
เมื่อถูกจากภายนอกแสดงว่าเขาเป็นผู้ใดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แต่ในความสัมพันธ์ระหว่าง
กรณี ยังคงผูกพันภายในขอบเขตตามความมุ่งหมายในทางเศรษฐกิจนั้น^{๓๔}

^{๓๓}

ดร. หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับประมวลกฎหมาย
ของนานาประเทศชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์, (พิมพ์โรเนียว : ๒๕๑๓), หน้า ๖๐

^{๓๔}

Dr. Heinrich Lehmann, op.cit., p. 253

ความหมายในทางเศรษฐกิจของนิติกรรมไว้วางใจ ก็คือ

๑. ผู้ให้ความไว้วางใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ผู้รับความไว้วางใจ เพื่อให้ผู้รับความไว้วางใจได้รับหลักประกันในฐานะทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก ตัวอย่าง เช่น ก. โอนกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ให้ ข. เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ถ้าจากภายนอกจะเห็นได้ว่า ข. เป็นเจ้าของรถยนต์ แต่ในความสัมพันธ์ภายในระหว่างคู่กรณี ข. เป็นเพียงเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันเท่านั้นเกี่ยวกับเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนำเป็นประกัน (ในประเทศเยอรมัน การโอนกรรมสิทธิ์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เป็นกรณีที่สำคัญที่สุดในทางปฏิบัติ และที่มีความสำคัญก็เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งนั้น การจำนำโดยมิได้ส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำให้เจ้าหนี้อยู่ ย่อมเป็นไปไม่ได้)

๒. ผู้ให้ความไว้วางใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ผู้รับความไว้วางใจ เพื่อให้มีอำนาจในการจัดการจัดการทรัพย์สิน ตัวอย่าง เช่น ก. จะเดินทางไปต่างประเทศเป็นเวลานาน จึงโอนที่ดินให้ ข. เพื่อให้ ข. จัดการ และถ้ามีโอกาสขายได้ราคาดีกว่าที่ข. คิดนั้นจัดสรรและขายเป็นแปลง ๆ พิจารณาจากความสัมพันธ์ภายนอก ข. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนั้น แต่ในความสัมพันธ์ภายใน ข. เป็นแต่ผู้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินเท่านั้น

ฐานะในทางกฎหมายของผู้ได้รับความไว้วางใจ มีดังนี้

(๑) ในความสัมพันธ์ภายในกับผู้ให้ความไว้วางใจ ผู้รับความไว้วางใจ มีหน้าที่ที่จะใช้ฐานะในทางกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับประโยชน์แท้จริงของนิติกรรม ตัวอย่าง ในกรณีที่ผู้ให้ความไว้วางใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับความไว้วางใจ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และมีบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินนั้นไป ผู้ให้ความไว้วางใจก็เรียกทรัพย์สินคืนได้ในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ คือต่อผู้ให้ความไว้วางใจ ผู้รับความไว้วางใจยอมมีสิทธิและหน้าที่อย่างเดียวกับเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินจำนำไว้เท่านั้น และต่อบุคคลภายนอก เขายอมมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่เขาได้รับกรรมสิทธิ์มาเป็นแต่เขามีหน้าที่ต่อผู้รับความไว้วางใจที่จะจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้ให้ความไว้วางใจ

(๒) บรรดาการจำหน่ายซึ่งผู้รับความไว้วางใจได้กระทำไปฝ่าฝืนกับหน้าที่ซึ่งผู้ให้ความไว้วางใจมอบให้ยอมสมบูรณ์ เป็นแต่ทำให้ผู้รับความไว้วางใจต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ให้ความไว้วางใจ

ตัวอย่าง ๑) ก. โอนรถยนต์ให้ ข. เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อมา ข. ได้โอนกรรมสิทธิ์รถยนต์ต่อให้แก่ ค. ทั้ง ๆ ที่ปรากฏว่าสิทธิเรียกร้องที่ประสงค์จะให้หลักประกันไม่ได้เกิดขึ้น หรือสิทธิเรียกร้องยังไม่ถึงกำหนดเวลา ค. ซึ่งเป็นผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในรถยนต์จาก ข. ยอมได้รับกรรมสิทธิ์ เป็นแต่ ข. จะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้แก่ ก. เพราะได้ปฏิบัติผิดหน้าที่

ตัวอย่าง ๒) ข. ซึ่งเป็นผู้รับความไว้วางใจ รับโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินจาก ก. ได้โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นให้แก่ ค. โดยมีได้มีการแบ่งจัดสรรออกเป็นแปลง การโอนให้ ค. ยอมสมบูรณ์ แต่ ข. ยอมต้องรับผิดชอบต่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่ ก. เพราะได้ปฏิบัติผิดหน้าที่

(๓) เจาหนี้ของผู้ได้รับความไว้วางใจไม่มีสิทธิยึดทรัพย์ผู้ได้รับความไว้วางใจได้รับโอนกรรมสิทธิ์มา เพราะกรณีที่เกี่ยวข้องกับเจาหนี้นั้น ผู้ได้รับความไว้วางใจเป็นแต่เพียง "ผู้ถือกรรมสิทธิ์เป็นพินัย" เท่านั้น ความมุ่งหมายทางเศรษฐกิจของถือว่าผู้ให้ความไว้วางใจยังคงเป็น "ผู้ถือกรรมสิทธิ์" อยู่ ซอยกเว้นมีในกรณีที่ผู้รับความไว้วางใจมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ให้ความไว้วางใจ และเจาหนี้ต้องการยึดสิทธิเรียกร้องอันนี้เท่านั้น

ตัวอย่าง เช่น ข. ซึ่งเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย ก. ผู้ให้ความไว้วางใจยอมขอให้แยกที่ดินของตนออกจากกองทรัพย์สินของ ข. ได้

กฎหมายแพ่งเงิน ซึ่งได้นำหลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาและนิติกรรมของกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้เป็นส่วนใหญ่ก็กล่าวถึง "นิติกรรมไว้วางใจ" ไว้โดยแยกออกเป็น ๒ ความมุ่งหมายทางเศรษฐกิจเช่นกัน คือ^{๓๕}

^{๓๕} หงซิงซุน, เรื่องเกม, หน้า ๓๗๖

(๑) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับความไว้วางใจ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ เพื่อเป็นประกันหนี้ และให้ผู้รับความไว้วางใจนั้นได้ใช้กรรมสิทธิ์ภายในขอบเขตแห่งการ ค้ำประกัน ซึ่งเรียกว่า "นิติกรรมไว้วางใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้เป็นประกันหนี้"

(๒) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับความไว้วางใจ เพื่อให้จัดการ ทรัพย์สิน โดยให้ผู้รับความไว้วางใจได้ใช้กรรมสิทธิ์ภายในขอบเขตของการจัดการทรัพย์สิน นั้น ซึ่งเรียกว่า "นิติกรรมไว้วางใจโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้จัดการ"

กรณีเช่นนี้ เมื่อกล่าวถึงในค่านความสัมพันธ์ภายนอก ผู้ได้รับความไว้วางใจ มีสิทธิแท้จริงในการจัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ แต่ในค่านความสัมพันธ์ภายใน ผู้ได้รับความไว้วางใจมีหน้าที่ที่จะใช้สิทธินั้นภายในขอบเขตของความมุ่งหมายในทาง เศรษฐกิจ หากผู้ได้รับความไว้วางใจได้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ของตน เช่นจำหน่ายทรัพย์สิน ที่เป็นประกันหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่อไปยังบุคคลภายนอก การนั้นย่อมมีผลบริบูรณ์ แม้บุคคลภายนอกนั้นจะไม่สุจริตก็ตาม ผู้ให้ความไว้วางใจมีสิทธิเพียงที่จะเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการทำผิดพลาคนี้จากผู้ได้รับความไว้วางใจเท่านั้น

นิติกรรมไว้วางใจต่างจากนิติกรรมอำพราง

นิติกรรมไว้วางใจนั้นแก่นิติกรรมจะใดทำเกินไปกว่าความมุ่งหมายในทาง เศรษฐกิจก็ตาม แต่ก็เป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นจากเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี คือมีเจตนา โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กันจริง ๆ มิได้มีการแสดงเจตนาดวงเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือทำเป็นนิติกรรม ๒ อัน นิติกรรมเปิดเผยอันหนึ่ง นิติกรรมลับอีกอันหนึ่ง แต่ประการใด คู่กรณีคงทำนิติกรรมขึ้นเพียงอันเดียวซึ่งเรียกว่านิติกรรมไว้วางใจ อันมีความมุ่งหมาย เฉพาะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเท่านั้น

๑๘๘.๘ กรณีอื่น ๆ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอำพราง

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๑๘/๒๔๔๕ ระหว่าง นายพุท แซ่เตี้ย โจทก์
นายเซงพง แซ่ทวน จำเลย

ผู้ขอเรียกค่าไยืมเงินมาชำระเรียกค่าไปบางส่วน แต่ได้ให้ผู้ไยืมเป็น เจ้าของในทะเบียนเพื่อประกันเงินกู้ แต่ไม่มีหนังสือกู้ และได้ทำเป็นสัญญาเช่า เพื่อ หลีกเลี้ยงเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ทั้งนี้ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๕/๒๔๘๕ ระหว่างนายสารบาคคาน ปิมะหมัก โจทก์
นายภูเค็น ภูมดา จำเลย

จำเลยจะรับค่า ๖ พันของโจทก์ไปขาย โจทก์ไม่เชื่อ จึงให้จำเลยทำสัญญา
กู้ให้ไว้ คั้งนี้พฤติการณ์เป็นเรื่องกู้ยืมโดยรับสิ่งของแทนเงิน ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง เพราะ
พฤติการณ์ไม่มีเจตนาทำสัญญานี้ขึ้นเพื่อลวงผู้ใดเลย...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๕/๒๔๘๓ ระหว่างนายแถม แจ่มจันทร์ โจทก์
นายพวง ขำแก้ว จำเลย

ตามคำให้การจำเลยเห็นได้ว่า เหตุที่ทำสัญญานี้ขึ้นก็เนื่องจากโจทก์ออกเงิน
ซื้อเบ็ดให้จำเลยเลี้ยง ตกลงแบ่งผลประโยชน์กัน ตีราคาเบ็ดเท่าจำนวนเงินที่วางไว้ใน
สัญญา เพื่อป้องกันมิให้จำเลยโกง โจทก์จึงให้ทำเป็นสัญญาไว้ คั้งนี้เป็นที่เห็นได้ว่า
จำเลยยอมตนเข้ามาผูกพันตามสัญญาด้วยความสมัครใจ เนื่องจากมีมูลหนี้ต่อกันมาก่อนแล้ว
จึงมาตกลงทำสัญญาเงินนี้ หาใช่เกิดจากการแสดงเจตนาลวง หรือเป็นนิติกรรมอำพราง
ไม่...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๖-๔๐๗/๒๔๘๔ ระหว่างนายโต๊ะ ไกรภูมิ โจทก์
นายหมา ทรัพย์ยั้ง จำเลย

โจทก์ตกลงให้จำเลยใส่ชื่อเป็นผู้ซื้อที่นาในสัญญาและทะเบียนสิทธิทางอำเภอ
ไปพลางก่อน หากโจทก์มีเงินมาชำระให้จำเลยเมื่อใด จำเลยยอมโอนคืนที่นา ๒ แปลง
ที่จำเลยซื้อไว้ให้โจทก์ กรณีเช่นนี้ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง เพราะเป็นเรื่องที่โจทก์และ
จำเลยตกลงกันไว้เช่นนั้นจริง ๆ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๓/๒๔๘๕ ระหว่างนางสาวบุญสม โจทก์
นายยุยฮั่ว แดกถล จำเลย

คดีใดก็ตามที่ จำเลยได้ทำหนังสือสัญญาขายฝากเรือนและห้องแถวที่พิพาท
ไว้กับโจทก์ ตกลงจะไถคืนภายในกำหนด ๓ เดือน ทำสัญญากันต่อกรมการอำเภอ
โจทก์ได้มอบให้นางสง่าทำสัญญาแทน ต่อมาโจทก์ตกลงทำสัญญายึดเวลาการไถถอนต่อไปอีก
๓ เดือน เมื่อทำสัญญาขายฝากแล้ว จำเลยเป็นฝ่ายครอบครองทรัพย์สินพิพาทตลอดมา

โดยมิได้ทำสัญญาเช่าต่อกัน จำเลยยอมเสียดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ชายฝากนั้นแก่โจทก์ตลอดมา เมื่อครบกำหนดแล้วจำเลยไม่ได้ถอนคืนและไม่ยอมออกจากโรงเรือนและห้องแถว จึงขอให้ศาลบังคับขับไล่จำเลยและบริวาร

จำเลยต่อสู้ว่า สัญญาชายฝากเป็นนิติกรรมอำพราง เพราะความจริงเป็นการจำนองโดยจำเลยเสียดอกเบี้ยเงินที่ชายฝากให้โจทก์และมีการยืมเวลาไปอีก

๓ เดือน การทำสัญญาชายฝากทำกันที่อำเภอ ไม่ทำต่อเจ้าพนักงานที่ดิน สัญญาจึงเป็นโมฆะ

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่โจทก์จำเลยทำสัญญายืมเวลาไปอีก ๓ เดือนนั้น เป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งต่างหาก มิได้ทำให้สัญญาชายฝากเดิมเสียไป และสัญญาชายฝากเรือนกับห้องแถวนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นไม่ใช่ที่ดิน นายอำเภอหรือผู้แทนเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จึงทำสัญญาให้ไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม พ.ศ. ๒๔๘๖ และแก้ไขฉบับที่ ๒ พ.ศ. ๒๔๙๒

เมื่อสัญญาชายฝากชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพียงแต่เมื่อชายฝากแล้ว โจทก์มิได้เข้าครอบครอง แต่ให้จำเลยครอบครองต่อมาโดยจำเลยเสียดอกเบี้ยให้ในจำนวนเงินชายฝาก โดยมิได้มีสัญญาเช่าต่อกันนั้น หากกลับกลายเป็นสัญญาจำนองหรือเป็นนิติกรรมอำพรางการจำนองไปไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยได้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๕/๒๕๐๐ ระหว่าง นายหม่อม โลกะสุทธิ โจทก์ นายสรศักดิ์ สุกจิตร จำเลย

จำเลยจดทะเบียนชายฝากที่ดินแก่โจทก์ แม้จะมีข้อตกลงต่อกันจะชำระดอกเบี้ยในเงินที่โจทก์ชำระให้จำเลย ก็ไม่ใช่นิติกรรมอำพราง ไม่เป็นการกู้เงินไปได้ ข้อต่อสู้ที่ว่าโจทก์รับเงินและดอกเบี้ยแล้ว มีผลเพียงว่าชำระสินไถ่แล้วเท่านั้น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๔๘/๒๕๐๕ ระหว่าง นางจำเนียร บุณยรัตนพันธ์ โจทก์ นางรำริน อภิวัฒน์ จำเลย

โจทก์จำเลยทำสัญญาชายฝากเรือนพิพาท โดยจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย ในขณะที่ทำสัญญาชายฝาก จำเลยมิได้ตกลงกับโจทก์ในเรื่องจำนองแต่อย่างใด นิติกรรมจำนองที่จำเลยทำจึงไม่มีอยู่เลย สัญญาชายฝากจึงไม่เป็นนิติกรรมอำพรางนิติกรรมจำนอง...ฯ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๒/๒๕๑๑ (ประชุมใหญ่) ระหว่าง นายเน่ง
แปลงนาม ในฐานะผู้จัดการมรดกนายฉันท์ แปลงนาม โดยนายจรูญ พงษ์สุทธิรักษ์
ผู้รับมอบอำนาจ โจทก์ ธนาคารแห่งประเทศไทย สาขากรุงเทพฯ จำเลย

ทำสัญญาจะขายที่ดินไห้คนต่างดาว แล้วผู้จะขายทำสัญญาจำนองที่ดินนั้น
ต่อคนต่างดาว และคนต่างดาวทำสัญญาเช่าที่ดินนั้นจากผู้จะขาย ทั้งนี้ สัญญาจำนองและ
สัญญาเช่า ย่อมมีบังคับต่อกันได้ ไม่เป็นโมฆะ และไม่เป็นนิติกรรมอำพราง

อาจารย์บัญญัติ สุธวัระ บรรณาธิการหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา ประจำ
พุทธศักราช ๒๕๑๑ โฉกทำบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า "... สัญญาจำนอง
และสัญญาเช่านี้มีโคอำพรางสัญญาจะซื้อขายแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นสัญญาที่คู่กรณีมีเจตนา
จะให้ใ้บังคับกันใ้ในระหว่างที่สัญญาจะซื้อขายยังไม่สำเร็จเป็นสัญญาซื้อขายสมบูรณ์เท่านั้น"

๑.๕ กรณีพิพาทศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง

มีคำพิพากษาศาลฎีกาไม่น้อยที่วางบรรทัดฐานว่าคดีใดเป็นเรื่องนิติกรรมอำพราง
ซึ่งจะได้นำมาเสนอไว้ต่อไปนี้คือ :

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๐๓/๒๕๑๕ ระหว่าง นายหวากแห่ง โจทก์

นายหวากและ (บังคับอังกฤษ) จำเลย

คดีนี้ไ้ความว่า จำเลยจ้างโจทก์ชักลากไม้ขนอนสักในป่าสงไห้จำเลยที่
ลำนน้ำเมย โจทก์ไ้ชักลากไม้ขนอนสักสงไห้จำเลยที่น้ำแม่ละเมา โดยจำเลยยอมรับไม้
เหล่านั้นที่แม่ละเมา จำเลยไ้จ่ายเงินล่วงหน้าให้โจทก์ไป ๑๒,๑๕๐ รูเปี้ย กับกา
ภาคหลวง จำเลยไ้รับไม้ไปแล้ว โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินค่างางที่ค้างอยจากจำเลย
ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาต่อกัน ให้จำเลยใช้เงินที่ค้างแกโจทก์

๓๐,๕๐๔ บาท ๕๕ สตางค์

ศาลฎีกาตัดสินยืนตาม โดยวินิจฉัยว่า การที่จำเลยยอมรับไม้ที่น้ำแม่ละเมา
และไ้รับเสร็จเด็ดขาดไปแล้วยอมเป็นการยอมรับชำระหนี้ข่างอื่นแทน ตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๒๑ ส่วนเรื่องเงินราย ๑๒,๑๕๐ รูเปี้ย ที่จำเลย
จ่ายเป็นเงินล่วงหน้าแกโจทก์นั้น ปรากฏใ้รับเงินรายนี้ไ้เขียนเป็นหนังสือไว้

จึงต้องถือว่าคุณกรณีมีเจตนาจะจ่ายเงินล่วงหน้า แต่เมื่อรับเงินนั้น เขียนอำพรางไว้ในใบรับว่า จึงเป็นนิติกรรมอำพราง ตามมาตรา ๑๑๘ วรรคสอง ศาลต้องบังคับตามเจตนาแท้จริง ถือเป็นการจ่ายเงินล่วงหน้า เห็นว่าเงินล่วงหน้ารายนี้กับเงินค่าภาคหลวงที่จำเลยจ่ายให้โจทก์ไป จำเลยจะเรียกดอกเบี้ยค้ำยไม่ได้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔๓/๒๔๘๕ ระหว่าง นายทริฎ โสภโนทร โจทก์
นายโอง สุวรรณทัต จำเลย

โจทก์ฟ้อง เรียกเงินกู้จากจำเลยพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามสัญญาทนายโอง
จำเลยต่อสู้ว่า ความจริงโจทก์จำเลยเขาหุ้นส่วนกันแสดงละคร สัญญา
เป็นนิติกรรมอำพราง

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาต่อกันให้ยกฟ้องโจทก์
โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาฟังว่า เมื่อจำเลยได้รับพระราชทานอภัยโทษแล้ว จำเลยประกอบอาชีพทางทำหนังสือพิมพ์ ทำงานละคร ในการทำงานละคร จำเลยเป็นผู้ออกความคิดและจัดการงาน มีนายทุนเป็นผู้จ่ายเงิน ผลกำไรแบ่ง ๓ ส่วน นายทุนได้ ๑ ส่วน ผู้กำกับการแสดงละครได้ ๑ ส่วน จำเลยได้ ๑ ส่วน โจทก์ในคดีนี้เป็นนายทุน จำนวนเงินที่โจทก์จะมอบให้จำเลยไปซื้อหาและใช้จ่ายในการแสดงละครนั้น โจทก์ให้จำเลยทำหนังสือสัญญาโจทก์ โดยทำเป็นสัญญาไว้ก่อนแล้วจ่ายเงินเป็นระยะตามความต้องการในภายหลัง ทั้งนี้ทำตามคำแนะนำของนายความ เพื่อให้จำเลยเอาเงินไปใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดการแสดงละครจริง ๆ และเพื่อป้องกันเจ้าหน้าที่อื่น ถ้าหากจำเลยจะไปก่อให้เกิดขึ้นมิให้มาฟ้องร้องโจทก์ในฐานะเป็นหุ้นส่วน ทั้งนี้สัญญาดังกล่าวจึงเป็นนิติกรรมอำพราง ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘ พินาศ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗๖-๘๗๗/๒๔๘๖ ระหว่าง นางทิพวรรณ กลุณณวัฒน์
โจทก์ นางสาวสวัสดิ์ เลาหะจินดา จำเลย

โจทก์ต้องการโอนโฉนดที่ดินรวม ๔ โฉนด ให้แก่จำเลยในทางยกให้ แต่การยกให้กันนั้น หอทะเบียนคิดค่าธรรมเนียมมากกว่าการขาย โจทก์จึงเล็งมาทำเป็นขายที่ดินให้จำเลยเป็นเงินโฉนดละ ๑๐๐ บาท แต่หาใครรับราคากันไม่ ดังนั้นรูปคดีเข้าลักษณะนิติกรรมอำพราง คือนิติกรรมโอนขายโฉนดที่ดินเป็นนิติกรรมอำพรางทำขึ้นเพื่อปกปิดการยกให้ ต้องบังคับตามเจตนาที่แท้จริงคือการยกให้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๖๘/๒๔๘๗ ระหว่าง นายนาก จันทรพุทธ โจทก์ นายสวัสดิ์ ทิพย์ประชาบาล จำเลย

เจตนาแลกเปลี่ยนที่นากัน แต่ทำสัญญาจะขายนาให้กันตามที่เจ้าหน้าที่แนะนำ เพื่อสะดวกในการโอน และเพื่อเสียค่าธรรมเนียมถูกต้อง เป็นนิติกรรมอำพราง ต้องบังคับตามสัญญาแลกเปลี่ยน ซึ่งเป็นเจตนาแท้จริง

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๗๐/๒๔๘๗ ระหว่าง นางสาวลมัย ตั้งตรงจิตต์ โจทก์ นายจาเนตร (ธม รงคะกาญจนะ) และนางสรวย รงคะกาญจนะ จำเลย

โจทก์ทำสัญญาเช่าห้องชั้นสามริมถนนราชดำเนินกลางจากสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ เกือบ ๑๓ บาท มีข้อตกลงกันว่าเพื่ออยู่อาศัยเอง หากเอาสถานที่เช่าทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดไปโอนหรือให้เช่าช่วง หรือยอมให้ผู้อื่นเช่าอยู่แทน โดยเด็ดขาด โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ถือว่าผิดสัญญา

โจทก์ให้จำเลยเช่าช่วงเกือบ ๕๐ บาท แต่เพื่อป้องกันมิให้ทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ถือเป็นข้อผิดสัญญาในการให้เช่าช่วง จึงให้จำเลยทำหนังสือสัญญาอาศัยอำพรางไว้ ดังนั้นสัญญาอาศัยเป็นนิติกรรมอำพรางการเช่าช่วง...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๒/๒๔๘๘ ระหว่าง นายอะ สาดี้ โจทก์ นายผล บรรเดลงลอย จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินโฉนดเลขที่ ๘ ตำบลสวนหลวง อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร เนื้อที่ ๒๐ ไร่ ต่อมาโจทก์ได้โอนขายให้จำเลย ๑๗ ไร่ ส่วนที่เหลือ ๓ ไร่ โจทก์ได้ฝากไว้ โดยยังไม่ได้แบ่งแยกโฉนด และไร้ชื่อจำเลยเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนไปก่อน เพราะการแบ่งแยกโฉนดในตอนนั้นลำบาก เนื่องจากโจทก์ยังไม่พร้อม ภายหลังปรากฏว่าจำเลยไม่ยอมให้โจทก์แยกโฉนดส่วน ๓ ไร่

คดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่า ตามฟ้องกล่าวไว้ชัดแจ้งแล้ว ถึงเรื่องฝากและเรื่องขาย คือคู่กรณีมีเจตนาขายจริง ๑๗ ไร่ อีก ๓ ไร่ โจทก์ฝากไว้ในชื่อของจำเลยก่อน ความจริงโจทก์จำเลยมีความประสงค์จะผูกพันในเรื่องที่ดินส่วนที่เหลือ ๓ ไร่ ว่าเป็นนิติกรรมฝาก แต่เนื่องจากไม่ต้องการเปิดเผยเรื่องนี้แก่เจ้าหน้าที่ จึงได้ทำเป็นนิติกรรมโอนขายรวมไปกับส่วนที่ขายจริง ๑๗ ไร่ด้วย กรณีดังกล่าวเป็นนิติกรรมอำพราง ทำขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมฝาก

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๕/๒๔๘๘ ระหว่าง นายคำ อยู่พูนันต์ โจทก์ นายเชย แพงไทร จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์กู้เงิน ฮ. ฮ. ให้โจทก์ทำสัญญาเป็นชายที่ดินให้ ฮ. ตกลงกันว่า โจทก์ใช้เงินกู้คืนแล้ว ฮ. โอนที่ดินคืนให้ ทั้งนี้สัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์ กับ ฮ. เป็นนิติกรรมอำพราง ความจริงเป็นเรื่องที่โจทก์กู้เงิน ฮ. ...

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๘๖/๒๕๐๖ ระหว่าง นางประคัม กาจสงคราม โจทก์ นายมิตร ภูมิรัตน์ กับพวก จำเลย

โจทก์กู้เงินจำเลย แต่จำเลยเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา จึงได้ยื่นทำเป็นสัญญาขายฝากที่ดิน ขอให้จริงฟังได้ว่าจำเลยได้รับดอกเบี้ยจากโจทก์และก่อนที่จะทำสัญญาขายฝากก็ดี ขณะทำสัญญาก็ดี หรือภายหลังก็ดี โจทก์และจำเลยมิได้ผูกพันกันตามสัญญาขายฝาก เพราะยอมให้ดอกเบี้ยเกินกำหนดระยะเวลาในสัญญา ความจริงเป็นเรื่องที่จำเลยต้องการเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด จึงได้ยื่นทำเป็นขายฝาก โดยจำเลยสัญญาจะไม่เอาที่ดินหลุดเป็นสิทธิ ทั้งนี้สัญญาขายฝากเป็นนิติกรรมอำพราง ทำขึ้นเพื่อปกปิดการจำนอง...

