

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน
: ศึกษากรณีสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์



นางสาวสุดารัตน์ ภัทราอนุรักษ์กุล

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS RELATING TO FORM AND REGISTRATION
: A CASE STUDY ON THE SALE OF IMMOVABLE PROPERTY CONTRACT



Miss Sudarat Phattranurukul

ศูนย์วิทยทรัพยากร

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chulalongkorn University

Academic Year 2008

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน
: ศึกษากรณีสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

โดย

นางสาวสุภารัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล

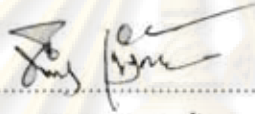
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ์ ไตติพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็น
ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต



คณบดีคณะนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



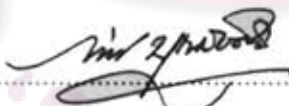
ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ สำเริง เมฆเกรียงไกร)



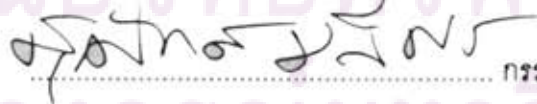
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ์ ไตติพันธุ์)



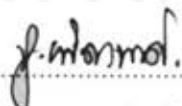
กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ กนิช บุญยั้งชีวิต)



กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)



กรรมการ

(อาจารย์ ดร. จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์)

สุภารัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล : ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน: ศึกษากรณีสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (LEGAL PROBLEMS RELATING TO FORM AND REGISTRATION : A CASE STUDY ON THE SALE OF IMMOVABLE PROPERTY CONTRACT) อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ. ดร. ศนันท์ภรณ์ โสภิตพันธ์, 174 หน้า.

อสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้นการก่อตั้งหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิสำหรับทรัพย์สินประเภทนี้จึงมีความสำคัญมาก โดยเฉพาะในส่วนของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แต่ละประเทศได้กำหนดบทกฎหมายที่แสดงออกถึงความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ไว้แตกต่างกัน เมื่อศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยการแยกตามแนวคิดในเรื่องสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน ทำให้ทราบถึงระบบแบบแห่งนิติกรรม ระบบการจดทะเบียนโฆษณา การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ อันส่งผลให้มีการแบ่งแยกระหว่างความสมบูรณ์ของสัญญาและการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ออกจากกันอย่างชัดเจน แต่สำหรับประเทศไทย ได้บัญญัติให้การทำตามแบบซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามมาตรา 456 วรรคแรก กับการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรกอยู่ในขั้นตอนเดียวกัน และจากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายพบว่า ระบบแบบแห่งนิติกรรมตามบรรพ 3 มีที่มาจากทฤษฎีสัญญาเดี่ยว และระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 มีที่มาจากทฤษฎีสัญญาคู่ จึงเกิดเป็นประเด็นที่ผู้วิจัยต้องการพิสูจน์ว่าผลของการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนไว้ด้วยกันบนพื้นฐานทฤษฎีที่แตกต่างกัน ก่อให้เกิดปัญหาใดบ้างในการทำความเข้าใจ การปรับใช้กฎหมาย รวมถึงการวิเคราะห์ลักษณะและความเป็นไปได้ในการตีความหากมีการแยกระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน

ผู้ศึกษารูปได้ว่า การเชื่อมโยงระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ไว้ในขั้นตอนเดียวกันก่อให้เกิดความขัดแย้งในการปรับใช้กฎหมายว่า การเกิดทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการได้มาโดยการทำนิติกรรมหรือการได้มาโดยผลของการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ ความไม่สอดคล้องกันระหว่างความเป็นโมฆะและความไม่บริบูรณ์ ความจำเป็นในการปรับใช้คำว่า "ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้และกฎหมายอื่น" ซึ่งจากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศ ประวัติศาสตร์กฎหมายและคำพิพากษาของศาลฎีกา ทำให้ทราบว่ามาตรา 456 วรรคแรก มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นแบบแห่งนิติกรรมและผลของการทำตามแบบก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย ส่วนมาตรา 1299 วรรคแรกมีความมุ่งหมายเพื่อการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้เสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ โดยการแยกระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน ระบบแบบแห่งนิติกรรมเป็นเรื่องการแสดงความผูกพันระหว่างคู่กรณีและเพิ่มเติมให้มีระบบคนกลางในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่เข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่กรณีในการทำสัญญา ส่วนระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ดิน เพื่อโฆษณาสิทธิของตนและสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้ด้วย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....*อรุณี โสภิตพันธ์*
ปีการศึกษา.....2551.....ลายมือชื่อ อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....*อ. โสภิตพันธ์*

4886289134 : MAJOR LAWS

KEYWORD : CONTRACT / FORM / REGISTRATION / IMMOVABLE PROPERTY / SALE AGREEMENT

SUDARAT PHATTRANURUKKUL: (LEGAL PROBLEMS RELATING TO FORM AND REGISTRATION : A CASE STUDY ON THE SALE OF IMMOVABLE PROPERTY CONTRACT).

ADVISOR : ASSOC. PROF. SANUNKORN SOTTIBADHU, 174 pp.

In the contexts of society and economy, immovable property has played such significant roles that full attention be devoted to creation and modification of the rights therein, and notably to one of the cornerstone transactions – ‘sale of immovable property’. Due to the variation of states’ legal provisions e.g. France’s and Germany’s, the discrepancy in relationship between form and registration of a sale of immovable property contract occurs. In spite of the difference, distinguishing a contract’s obligation aspect from its property one has led to the conceptual study of form, registration and recordation, and acquisition of ownership – which finally resulted in the conclusion that both the validity and the registration of a contract are conceptually distinctly separable from each other. In the case of Thai provisions, however, the registration of ownership according to Section 1299 is to be achieved in the exact same procedure as and becomes a mandatory requisite condition affecting the valid making of a sale of immovable property contract according to Section 456. Complicated enough, historical legal researches reveals that the former provision, belonging to Book IV of the Civil and Commercial Code, was the fruit of the ‘dual-contract theory’ while the latter, allocated in Book III, arose out of the ‘single-contract theory’. Such coupling of the form and the registration systems based on deviating root explanations has necessitated further studies on related legal problems e.g. comprehension and implementation of the current provisions, and, interestingly, analytical interpretation of the provisions in the likely scenario of decoupling.

In light of the research, the coupling has raised the following problems: (1) creation of real right – whether the right is a result of the registered contract or the registration of ownership; (2) discrepancy between the concepts of ‘voidness’ and ‘incompleteness’; (3) implementation of the phrase ‘Subject to the provision of this Code or other laws’. The study on foreign provisions, legal history and domestic Supreme Court decisions show that each of the two provisions has its own unique merit. In other words, while paragraph one of Section 456 aims at weaving a contract’s form and validity together – where the latter requires the former as its major prerequisite by which the legitimate transfer of ownership will be enabled, paragraph one of Section 1299 is objectively a tailor-made provision providing conditions of complete holding of real right irrespective of the contract’s validity. As a result, it is suggested that the Code, certainly including the two provisions, be amended by way of decoupling the form and the registration systems. Conclusively, the form system should restrict itself to the ambit of contractual validity and the relationship between the parties, where an intermediary, acting as a competent official, is responsible for assisting in the parties’ compliance with the form procedure as well as their concern over legal benefit in focus. Regardless of the contractual relation, the registration system should be confined only to the purpose of advertising one’s real right to the public, through a registration with a land official, and basing the advertisement as a legitimate ground against and over a third party.

Field of Study :LAWS.....Student’s Signature.....Sudarat Phattranurukkul

Academic Year :2008.....Advisor’s Signature.....P. Sotthibandhu

กิตติกรรมประกาศ

ความสำเร็จจากการศึกษาในระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มิใช่เพียงเพราะความสามารถของนักศึกษาเพียงลำพัง และก็มิใช่เพียงเพื่อให้สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรเท่านั้น ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี ด้วยความกรุณา ความเอื้อเฟื้อ มิตรไมตรีจิตที่ดีงามและความอุตสาหะของบุคคลผู้มีส่วนช่วยเหลือหลายฝ่าย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์อันประกอบด้วย ท่านรองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์กนิช บุญยัษฐิติ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี และท่านอาจารย์ ดร. จุณวิทย์ ซิลิดาพงศ์ ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านได้ให้ข้อมูล คำชี้แนะประเด็นปัญหา พร้อมทั้งข้อคิดเห็นทางกฎหมาย เพื่อปรับปรุงเนื้อหาและแนวทางแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากขึ้นอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง

ขอกราบขอบพระคุณต่อบุคคลผู้มีส่วนสำคัญแห่งความสำเร็จครั้งนี้ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และได้ให้ความรู้ คำปรึกษาแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อเสนอแนะ และแนวคิดทางวิชาการอย่างเป็นระบบ ทำให้ผู้เขียนสามารถเห็นภาพที่ชัดเจนและสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการจัดทำ แก้ไข และปรับปรุงวิทยานิพนธ์นี้มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณกัลยาณมิตรของผู้เขียนทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจกันมาโดยตลอด ขอขอบคุณ คุณปิยะฉัตร ศักดิ์ศรีเวชกุล ผู้ช่วยเหลือ กระตุ้นเตือนและเป็นแรงใจต่อผู้เขียนอย่างสม่ำเสมอด้วยความปรารถนาดี คุณนันทน์นันทน์ วรวงศ์วรรณ คุณศกุนา เก้านพรัตน์ ที่คอยรับฟังปัญหาของผู้เขียนและเป็นกำลังใจให้แก้กันตลอดช่วงระยะเวลาในการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ ขอขอบคุณคุณ สุมาลี ใจวที่ให้ความรู้ต่อผู้เขียน และความกระจำจืดชื่นในประเด็นปัญหาต่างๆ คุณเมธัส อนันต์ศิริวงศ์ ที่ช่วยเหลือในการแปลบทคัดย่อฉบับภาษาอังกฤษ และเป็นผู้ออกร่างสร้างประเด็นปัญหา ข้อถกเถียง ตลอดจนแนวคิดอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน คุณอาร์ท สิงห์ชูวงศ์ และเพื่อนๆ ชั้นปริญญาโทสาขากฎหมายเอกชน และธุรกิจที่คอยให้ความช่วยเหลือและไต่ถามถึงการจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมาเสมอ และสิ่งที่สำคัญในการศึกษาครั้งนี้คงไม่อาจดำเนินการได้โดยราบรื่น หากปราศจากความเอื้อเฟื้อจากกรมสรรพากร ที่ได้ให้ออกโอกาสผู้เขียนในการศึกษาและค้นคว้าหาข้อมูลในการศึกษาในระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต ขอขอบคุณผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานทุกท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณกรศิริ มีกุล คุณอริษฐาน บุญยประสพ และคุณผกา มาศ ศรัณยวงศ์ ที่คอยช่วยเหลือผู้เขียนในทุกด้าน

ขอขอบคุณ คุณปกรณ์ ยิ่งวรการ ที่คอยให้คำปรึกษา คำแนะนำและช่วยเหลือผู้เขียนเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้มาโดยตลอด

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณต่อบิดา มารดา น้องแก้วและน้องเมย์ บุคคลผู้เป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน ที่ให้การสนับสนุนในการศึกษา ให้ความรัก ความห่วงใย และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมาจนสำเร็จการศึกษา รวมทั้งขอขอบคุณผู้มีพระคุณท่านอื่นๆ ที่ผู้เขียนไม่อาจจะเอ่ยนามได้ทั้งหมด หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ใดๆ ต่อผู้ที่สนใจศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบแทนพระคุณต่อบิดา มารดา คณาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งตำรา เจ้าของผลงานและผู้เผยแพร่ข้อมูลทางวิชาการต่างๆ ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เป็นฐานในการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีความบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับมา ณ โอกาสนี้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 ระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายไทย.....	6
2.1 ระบบแบบ.....	6
2.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายไทย.....	6
2.1.1.1 ความเป็นมา.....	6
2.1.1.2 ความหมายและประเภทของแบบ.....	9
2.1.1.3 วัตถุประสงค์ของแบบ.....	12
2.1.1.4 ทรัพย์สินที่ต้องทำตามแบบ.....	13
2.1.2 ลักษณะแบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.....	18
2.1.2.1 ความเป็นมาเรื่องแบบตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.....	18
ก. ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3.....	18
ข. ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3.....	19
2.1.2.2 สำคัญตามมาตรา 456 วรรคแรก.....	26
2.1.2.3 ผลของการทำตามแบบ.....	31
2.1.2.4 ผลของการไม่ทำตามแบบ.....	35

	หน้า
2.2 ระบบทะเบียน.....	38
2.2.1 ระบบทะเบียนที่ดิน.....	38
2.2.1.1 ความหมายและสาระสำคัญของทะเบียนที่ดิน.....	38
2.2.1.2 หลักทั่วไปของระบบทะเบียนที่ดิน.....	40
2.2.1.3 หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการจดทะเบียนที่ดิน.....	44
2.2.2 ระบบทะเบียนที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	47
2.2.2.1 ความเป็นมาของระบบทะเบียนที่ดิน.....	47
ก. ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4.....	47
ข. ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4.....	51
2.2.2.2 สาระสำคัญของระบบทะเบียนสิทธิและนิติกรรม มาตรา 1299 วรรคแรก.....	62
2.2.3 ระบบทะเบียนที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน.....	66
2.2.3.1 ความนำ.....	66
ก. ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายที่ดิน.....	66
ข. ยุคภายหลังประมวลกฎหมายที่ดิน.....	67
2.2.3.2 ระบบทะเบียนที่ดินของไทย.....	69
ก. หลักการสำคัญของระบบทะเบียนที่ดินของไทย.....	70
ข. ระบบทะเบียนที่ดินไทยเปรียบเทียบกับ ระบบทะเบียนแบบทอร์เรนส์.....	70
2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายไทย.....	73
บทที่ 3 ระบบแบบและระบบทะเบียนที่ดินตามกฎหมายต่างประเทศ.....	79
3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์สมัยโรมัน.....	79
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	84
3.2.1 ระบบแบบของประเทศฝรั่งเศส.....	84
3.2.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	84
3.2.1.2 ความหมายและแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	86
3.2.1.3 ผลของการทำตามแบบ.....	89
3.2.1.4 วิธีการทำตามแบบในกฎหมายฝรั่งเศส.....	91

3.2.2 ระบบทะเบียนของประเทศฝรั่งเศส.....	93
3.2.2.1 ระบบทะเบียนที่ดินตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	93
3.2.2.2 ผลการจดทะเบียน.....	95
3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	97
3.3.1 ระบบแบบของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	97
3.3.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB).....	97
3.3.1.2 ความหมายและแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB).....	100
3.3.1.3 ผลการทำตามแบบ.....	102
3.3.1.4 วิธีการทำตามแบบตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB).....	103
3.3.2 ระบบทะเบียนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	106
3.3.2.1 ระบบทะเบียนที่ดินตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB).....	106
3.3.2.2 ผลการจดทะเบียน.....	108
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบแบบและระบบทะเบียน ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	113
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการไม่แยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน.....	113
4.1.1 ปัญหาการตีความกรณีการไม่แยกระบบแบบและระบบทะเบียน.....	114
4.1.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างความเป็นโมฆะ และความไม่บริสุทธิ์.....	116
4.1.3 ความจำเป็นในการบังคับใช้วรรคต้นแห่งมาตรา 1299 คำว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”.....	118
4.2 วิเคราะห์ปัญหาการแยกระบบแบบ และระบบทะเบียนออกจากกัน.....	120
4.2.1 เปรียบเทียบระบบแบบ ในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	120
4.2.2 เปรียบเทียบระบบทะเบียนในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	125

4.3 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน.....	127
4.3.1 ผลกระทบทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับคูกรณี.....	127
4.3.2 ผลกระทบทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก.....	130
4.3.3 หน่วยงานทางกฎหมายที่เกี่ยวกับระบบแบบและระบบทะเบียน.....	132
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	142
5.1 บทสรุป.....	142
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	145
5.2.1 เสนอให้มีการนำระบบคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารี.....	145
5.2.2 เสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	146
รายการอ้างอิง.....	155
ภาคผนวก.....	166
ภาคผนวก ก	167
ภาคผนวก ข	169
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	174



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญตาราง

ตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบรายละเอียดของความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน ในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	137
ตารางที่ 2 การวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายก่อนและหลังการแก้ไขกฎหมาย.....	152



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการทำนิติกรรมสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายได้ให้ความสำคัญโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะคุ้มครองคู่สัญญารวมทั้งบุคคลภายนอก เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์ที่มีความสำคัญกับชีวิตมนุษย์ เป็นที่อยู่อาศัยของประชาชนและเป็นทรัพย์ที่มีมูลค่าสูง ดังนั้นกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการโอน การเปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ จึงได้กำหนดให้การซื้อขายจะต้องกระทำตามแบบ เพื่อให้คู่สัญญามีโอกาสไตร่ตรองในการเข้าทำสัญญาและกำหนดให้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาในเรื่องนี้ต้องมีหลักฐานที่แน่นอนโดยการก่อตั้งระบบทะเบียนขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกให้ทราบว่าผู้ใดเป็นเจ้าของทรัพย์ที่แท้จริง รวมทั้งคู่สัญญาจะได้เข้าทำนิติกรรมกับผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ถูกต้องด้วย

ในเรื่องการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยเฉพาะในเรื่องการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นมีบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนของเรื่องระบบแบบและระบบทะเบียน คือ

1. มาตรา 456 วรรคแรก เป็นเรื่องของแบบนิติกรรมในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมจึงสมบูรณ์ หากไม่ทำตามแบบนิติกรรมก็จะตกเป็นโมฆะและจะไม่ผูกพันคู่สัญญาด้วย

2. มาตรา 1299 วรรคแรก เป็นเรื่องการจดทะเบียนทรัพย์สิน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการโฆษณา (Publicity Principle) อันเป็นการควบคุมในทางเปิดเผย¹ ได้มีการวางหลักในการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินโดยการจดทะเบียน ดังนั้น จึงกำหนดให้การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกเพื่อจะได้ทราบถึงการเคลื่อนไหวของทรัพย์ที่ได้มีไว้ในระบบทะเบียนอย่างถูกต้อง หากมิได้ทำตามที่กำหนดในมาตรา 1299 วรรคแรกนั้น มีผลให้ไม่บริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สิน กล่าวคือมีผลบังคับได้ในฐานะบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณี แต่ไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้

¹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 134

บทบัญญัติในสองส่วนข้างต้นนี้ ทำให้เห็นได้ว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญาซื้อขายกันตามมาตรา 456 วรรคแรก แล้วจึงต้องมาจดทะเบียนการได้มาซึ่งทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรก อีกด้วย ซึ่งประเด็นดังกล่าวยังคงเป็นที่สับสนกันอยู่มากเนื่องจากมาตรา 456 วรรคแรก บังคับว่าการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ และมาตรา 458 บัญญัติว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ทำสัญญาซื้อขายกัน แต่มาตรา 1299 วรรคแรกกลับบัญญัติให้มีผลว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่บริบูรณ์ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้นเพื่อให้เข้าใจในเรื่องความแตกต่างและความสัมพันธ์ของความสมบูรณ์ และความบริบูรณ์ของการได้มาโดยนิติกรรม จึงจำเป็นต้องศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ก่อนว่ามีความเป็นมาอย่างไร และมีผลอย่างไรบ้าง

การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์โดยผลของสัญญานั้น มีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ตามระบบหรือแนวความคิดทางกฎหมาย ประเทศไทยนั้นมีพื้นฐานทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดินตามแม่บทที่ลอกเลียนมาจากหลายประเทศ และจากการศึกษาทฤษฎีและประวัติศาสตร์ทางกฎหมายแล้ว พบว่า บทบัญญัติในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคแรก นั้น ส่วนหนึ่งมีต้นร่างมาจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบทฤษฎีสัญญาเดี่ยว โดยถือหลักการสำคัญว่า การแสดงเจตนามีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์และไม่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย กล่าวคือการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกับความสมบูรณ์ของสัญญา ในขณะที่บรรพ 4 ตามมาตรา 1299 วรรคแรก นั้น มีต้นร่างส่วนหนึ่งมาจากประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบทฤษฎีสัญญาคู่ กล่าวคือถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาและหนี้ สัญญาเป็นนิติกรรมที่ก่อผลทางหนี้เท่านั้นคือการก่อตั้งบุคคลสิทธิขึ้นระหว่างคู่กรณี ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปสมบูรณ์ เมื่อทำสัญญาอีกอันหนึ่ง เรียกว่าสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ด้วย แต่ในทางปฏิบัติ การบัญญัติบทกฎหมายทั้งคู่ไม่สอดคล้องกัน เนื่องจากกฎหมายไทยได้กำหนดให้การทำตามแบบ (การจดทะเบียน) เป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์แห่งสัญญาตามมาตรา 456 วรรคแรกก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 458 ซึ่งเป็นผลจากการที่ประเทศไทยยึดถือตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยว แต่ได้นำแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ตามทฤษฎีสัญญาคู่มากำหนดเป็นแบบการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินด้วยการจดทะเบียนสิทธิตามมาตรา 1299 วรรคแรก ดังนี้ หากจะตีความว่ามาตรา 1299 วรรคแรกเป็นแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ ก็จะขัดกับทฤษฎีสัญญาเดี่ยวที่การโอนกรรมสิทธิ์เป็นผลของทางหนี้ตามสัญญาซื้อขาย และหากจะแยกแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากไปก็เท่ากับว่าสัญญาซื้อขาย ไม่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ย่อมขัดต่อมาตรา 458 แม้ทางทฤษฎี

แบบแห่งนิติกรรมกับแบบการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินด้วยการจดทะเบียนสิทธิ เป็นคนละเรื่องกัน แต่ในทางปฏิบัติ กรณีการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่แบบแห่งนิติกรรม ตามมาตรา 456 วรรคแรก มีฐานะเดียวกับแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน ตามมาตรา 1299 วรรคแรก

ดังนั้นจึงจำเป็นต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งประเทศทั้งคู่ต่างเป็นต้นร่างแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยประเทศไทยคัดลอกแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสที่ว่า การแสดงเจตนามีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์ และคัดลอกแนวคิดเรื่องการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินด้วยการจดทะเบียนสิทธิมาจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเกิดเป็นประเด็นที่น่าสนใจ ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างแห่งระบบกฎหมายของประเทศทั้งคู่และประเทศไทย ในส่วนเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรม โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ระบบแบบแห่งนิติกรรม การโอนกรรมสิทธิ์ และระบบทะเบียนกรรมสิทธิ์ ซึ่งแต่ละประเทศต่างมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไป รวมถึงทำการศึกษาค้นคว้าทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการบัญญัติกฎหมาย เพื่อให้สามารถเข้าใจและตีความการปรับใช้ด้วยบทกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างตัวบทกฎหมายได้อย่างถูกต้องด้วย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1 เพื่อศึกษาถึงหลักพื้นฐาน ร่างประมวลกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับระบบแบบว่ามีวัตถุประสงค์ แนวคิดและเหตุผลของหลักเกณฑ์แห่งการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยเฉพาะในส่วนสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

2 เพื่อศึกษาถึงหลักพื้นฐาน ร่างประมวลกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับระบบทะเบียนว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับศึกษาถึงความหมายและสาระสำคัญของระบบทะเบียนที่ดินด้วย

3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนว่าวางอยู่บนหลักการใด รวมทั้งกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งเป็นแม่บทของกฎหมายในการนำมาบัญญัติกฎหมายของไทยในลักษณะเปรียบเทียบ เพื่อหาข้อสรุปของปัญหาและแนวทางแก้ไข

ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาทางทฤษฎีกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาเรื่องระบบแบบและระบบทะเบียนที่ดินในไทย โดยมุ่งเน้นที่จะทำการศึกษาในเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ในระบบแบบและระบบทะเบียนของกฎหมายไทย โดยจะเริ่มต้นทำการศึกษาถึงภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ตลอดจนเหตุผลและที่มาของร่างมาตรา 456 วรรคแรก มาตรา 1299 วรรคแรก และประมวลกฎหมายที่ดินที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาและแนวทางปฏิบัติในปัจจุบัน และจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยระบบแบบและระบบทะเบียน โดยใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย

สมมติฐาน

ในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคแรก กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งจะส่งผลให้กรรมสิทธิ์ อันเป็นทรัพย์สินรูปแบบหนึ่งในสัญญาซื้อขายตกเป็นของผู้ซื้อ จึงมีลักษณะเป็นทั้งระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนโฆษณาอยู่ด้วยกัน ในขณะที่บทบัญญัติ มาตรา 1299 วรรคแรก มีลักษณะเป็นระบบทะเบียนโฆษณาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในกรณีอื่นๆ ที่มีใช้การซื้อขายจึงจำเป็นต้องทำการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างทะเบียนที่เป็นแบบแห่งนิติกรรม และการโฆษณา เพื่อเสนอให้แก่ไขบทบัญญัติแห่งมาตรา 1299 ให้ครอบคลุมถึงสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ด้วย

วิธีการศึกษา

การดำเนินการวิจัยเพื่อเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย วิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายและค้นคว้าจากบทความเอกสาร วิทยานิพนธ์ หนังสือ แหล่งข้อมูลทาง Internet ทั้งของไทยและกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเรียบเรียงศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขให้เหมาะสม

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของกฎหมาย แนวคิดในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับระบบแบบและระบบทะเบียน อันจะอำนวยความสะดวกต่อความเข้าใจและการตีความ

2. เพื่อความเข้าใจถึงการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับตัวบทกฎหมายของต่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับระบบแบบและระบบทะเบียนว่ามีอยู่อย่างไร

3. เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตัวบทกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อหาข้อสรุปของปัญหาเกี่ยวกับเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหา



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายไทย

2.1 ระบบแบบ

2.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายไทย

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำนิติกรรมได้โดยอิสระ ผู้กระทำการนิติกรรมมีอิสระในการแสดงเจตนาโดยเสรีไม่ต้องคำนึงถึงรูปแบบ รวมถึงการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญาสามารถที่จะทำ ความตกลงกันโดยทางวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยหลักทั่วไปนิติกรรมส่วนใหญ่ ไม่ต้องทำตามแบบ แต่ในการทำนิติกรรมบางประเภทที่มีความสำคัญหรือเกี่ยวกับหลักฐาน เอกสารมหาชนที่รัฐจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองและควบคุมต่อประชาชน เพื่อให้เข้ากับระเบียบ ของสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงต้องบังคับให้ทำตามแบบที่กำหนด ถ้าไม่ทำตกเป็นโมฆะนั้น อันเป็นข้อยกเว้นหลักเรื่องเสรีภาพในทางแบบ¹ แบบจึงถือเป็นองค์ความสมบูรณ์ของนิติกรรม เป็นพิธีการที่กฎหมายบังคับให้ผู้แสดงเจตนาออกต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฉะนั้น นิติกรรมใดที่กฎหมายได้กำหนดแบบที่จะต้องทำโดยชัดแจ้งแล้ว การแสดงเจตนาแต่เพียงอย่างเดียว หากอาจเพียงพอไม่ เพราะหากไม่ทำตามแบบแล้วนิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะเสียเปล่าได้

2.1.1.1 ความเป็นมา

ในอดีต สมัยโรมัน กฎหมายให้ความสำคัญกับแบบพิธีเป็นอย่างมากตาม ลัทธิรูปแบบนิยม (formalismo)² เพราะในสมัยนั้นยังไม่ค่อยยอมรับกันว่า นิติกรรมย่อมสมบูรณ์ เมื่อมีการแสดงเจตนา แต่จะต้องมีแบบตามพิธีด้วย เนื่องจากเจตนาเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น จึงต้องมี สิ่งอื่นแสดงออกมาเป็นพยานหลักฐาน³ ให้ทราบกัน จึงเห็นได้ว่า แบบมีความสำคัญมากกว่า เจตนาหรือเนื้อหาของกรกระทำ ต่อมาความเคร่งครัดของแบบลดลง มีการเปิดรับแนวความคิด

¹ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบาย ในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), หน้า 85

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 77

³ จีต เศรษฐบุตตร แก้วไขเพิ่มเติมโดยนายจิตติ ดิงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติ กรรมและสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 35

ของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เน้นสาระสำคัญในเรื่องเจตนาของคู่สัญญาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁴

สำหรับประเทศไทย ในสมัยสุโขทัย กฎหมายในสมัยนี้มิได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมไว้อย่างชัดเจน แต่อาจมีการกำหนดให้การทำสัญญาต้องทำตามแบบพิธีต่างๆ ในสมัยนั้นก็ได้ อันมิใช่ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมอยู่ดี ดังนั้น การทำนิติกรรมสัญญาในสมัยก่อนมีผลสมบูรณ์ได้ โดยไม่ต้องคำนึงเรื่องแบบแห่งนิติกรรมแต่อย่างใด จนกระทั่งในสมัยกรุงศรีอยุธยากฎหมายเริ่มมีการบัญญัติให้นิติกรรมสัญญาต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม โดยสัญญาที่เห็นเด่นชัดในสมัยนั้น ได้แก่ สัญญากู้ตามกฎหมายลักษณะกู้หนี้ตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2188 ซึ่งกำหนดให้สัญญากู้ต้องมีกรรมกรรมแก่ใดเป็นสำคัญ⁵ นอกจากนี้ยังมีสัญญาขายคนลงเป็นทาส สัญญาค้าประกัน เป็นต้น ส่วนสัญญาอื่นๆ มีบัญญัติไว้แต่ไม่บริบูรณ์⁶ อนึ่ง ในการวิจัยเรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นมีความคาบเกี่ยวกับสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เนื่องจากหลักกฎหมายส่วนใหญ่ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นั้นได้มีการคัดลอกกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับด้วย

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายให้บุคคลผู้เป็นคู่สัญญามีอิสระในการแสดงเจตนา โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องแบบแห่งนิติกรรมอย่างใดก็ดี กฎหมายในสมัยนี้มีบทบังคับให้บุคคลต้องดำเนินการตามแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งพอจะกล่าวได้ว่ามีอยู่ 2 ชนิดคือ (1) ทำเป็นหนังสือ (2) ทำเป็นกรรมกรรม โดยแบ่งตามประเภทของสัญญา กล่าวคือ

ก. สัญญาธรรมดา ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาประเภทใดชนิดใด จะทำด้วยปากเปล่า หรือเขียนข้อความเป็นตัวหนังสือก็ตาม ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำกรรมกรรมแล้วหมา เป็นสัญญาธรรมดาทั้งสิ้น โดยสัญญาธรรมดาบางเรื่องที่กฎหมายต้องการให้ปรากฏข้อความเป็นตัวหนังสือและจะต้องลงชื่อฝ่ายผู้ที่เป็นจำเลยในทำหนังสือนั้น เช่น สัญญาค้าประกัน การกู้หนี้

⁴ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบาย ในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 78

⁵ ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 53.

⁶ ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 2.

ยืมสินตั้งแต่ 4 บาทขึ้นไป การซื้อขายและเช่าเรือ เรือคน โจร การให้โดยเสนหา เช่า แลกเปลี่ยนที่ดิน โฉนดเก่า⁷

ข. กรรมธรรม เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดวิธีการให้ทำกรรมธรรมไว้และต้องทำให้ถูกต้องด้วย หากทำไม่ถูกต้อง กฎหมายถือว่าไม่เป็นสัญญาเลย ซึ่งสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นกรรมธรรมนั้น เช่น สัญญาขายที่ดิน สัญญาจำนำหรือขายฝากที่ดิน ทั้งโฉนดเก่าและใหม่ สัญญาเช่าให้โดยเสนหาหรือแลกเปลี่ยนที่ดินโฉนดใหม่ สัญญาเช่าที่ดิน เป็นต้น

อนึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าแบบแห่งนิติกรรมในอดีตมีลักษณะคล้ายบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมในปัจจุบัน แต่ผลการไม่ทำตามแบบนี้ไม่ถึงขนาดที่เป็นโมฆะ แต่เป็นเรื่องที่นิติกรรมนั้นไม่มีผลบังคับมากกว่า⁸

เมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น ในปีพ.ศ. 2468 ภายหลังจากที่ได้มีการตรวจชำระใหม่แล้ว ได้มีการบัญญัติเรื่องแบบแห่งนิติกรรมไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรม หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 115* ที่บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ” เหตุที่บัญญัติไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ก็เพื่อให้มีผลบังคับใช้กับนิติกรรมทั้งหลายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด แม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติถึงผลบังคับของการมิได้ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรมไว้ก็ตาม แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลบังคับของการมิได้ทำตามแบบไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายในสมัยนี้แบ่งแยกข้อกำหนดแห่งนิติกรรมระหว่างบทบัญญัติที่ให้สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือกับแบบแห่งนิติกรรมไว้ อย่างชัดเจน ประกอบกับมีความเห็นของนักกฎหมายบางท่าน ที่เห็นว่าแบบแห่งนิติกรรมนั้น รวมถึงสิ่งที่มีใช้แบบแห่งนิติกรรมแต่มีลักษณะคล้ายแบบแห่งนิติกรรมที่เรียกว่าหลักฐาน

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ ประดิษฐ์พิจารณการ, หลวง, คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา (พระนคร: โรงพิมพ์กองละหุโทษ, 2454), หน้า 50-51

⁸ จุฬิตดา จุลละบุษปะ, “แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 13.

* ปัจจุบันคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

เป็นหนังสือด้วย โดยอธิบายว่า แบบมี 2 ชนิด คือ (1) แบบเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมประการหนึ่ง และ (2) แบบเพื่อการพิสูจน์อีกประการหนึ่งหรือเรียกว่าแบบเพื่อการฟ้องร้องคดีก็ได้⁹ โดยกฎหมายต้องการให้มีเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการยืนยันข้อเท็จจริง¹⁰

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าวิวัฒนาการทางกฎหมายของไทย ในส่วนของแบบแห่งนิติกรรมได้เริ่มมีการบัญญัติขึ้นตามความเจริญของสังคม ประกอบกับความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลในแต่ละยุคสมัย กฎหมายเริ่มเล็งเห็นถึงความสำคัญและคุณประโยชน์ในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม จึงได้มีการบัญญัติขึ้นมาเพื่อบังคับใช้และพัฒนาให้เหมาะสมกับกาลสมัย จนกระทั่งได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว แบบแห่งนิติกรรมก็มีความเด่นชัดมากขึ้น จนใช้มาถึงปัจจุบันนี้

2.1.1.2 ความหมายและประเภทของแบบ

แบบแห่งนิติกรรม มีแนวความคิดของนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายและชนิดของแบบแห่งนิติกรรมไว้ อาทิ

อาจารย์บันโน สุขทรรชนี¹¹ ได้ให้ความหมายว่า “แบบแห่งนิติกรรม” ว่าเป็นองค์ความสมบูรณ์ที่ก่อให้เกิดนิติกรรม เป็นพิธีการที่กฎหมายบังคับให้ผู้แสดงเจตนาออกต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถึงผู้แสดงเจตนาไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติ แต่ไม่ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถือว่านิติกรรมนั้นกระทำขึ้นผิดแบบเป็นโมฆะ ไม่เกิดเป็นนิติกรรม โดยได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรม ออกเป็น 4 ชนิดคือ

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
3. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ
4. แบบอื่นๆ

⁹ ประเสริฐ สุภมาตรา, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2489 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (โรงพิมพ์ :มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2899), หน้า 172.

¹⁰ วีระพงษ์ ไพศาลธนวัฒน์, “สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 19.

¹¹ บันโน สุขทรรชนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 75.

ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน¹² ได้ให้ความหมายว่า “แบบแห่งนิติกรรม” คือวิธีการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติเป็นพิเศษจากการแสดงเจตนาธรรมดาทั่วไป ในกรณีใดที่กฎหมายต้องการให้นิติกรรมใดต้องทำตามแบบกฎหมายก็จะบัญญัติไว้เป็นพิเศษ โดยได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรม ออกเป็น 3 ประเภท คือ

1. ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. ทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง
3. แบบอื่นๆ ตามแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ¹³ ได้ให้ความหมายว่า “แบบแห่งนิติกรรม” คือวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเพื่อเป็นหลักบังคับให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามเป็นพิเศษนอกเหนือจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไป โดยผลของการบังคับให้กระทำตามวิธีการนั้น ถ้าผู้กระทำนิติกรรมไม่ว่าจะปฏิบัติไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติตามยอมทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยได้จำแนกแบบแห่งนิติกรรม ออกเป็น 4 ประเภท คือ

1. ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
2. ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
3. ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่
4. ต้องทำเป็นหนังสือโดยไม่ต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

จากแนวความเห็นข้างต้นอาจประมวลผลได้ว่า “แบบแห่งนิติกรรม” อาจแบ่งได้เป็น 2 ความหมายกว้างๆ คือ

(1) แบบในความหมายทั่วไป หมายถึงวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมต่างๆ ทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามหลักอิสระในเรื่องแบบ คือผู้ทำนิติกรรมสามารถจะทำนิติกรรมโดยวิธีใดก็ได้

¹² อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 105-106

¹³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 4 (ฉบับปรับปรุงใหม่), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 204.

ก็สามารถที่จะมีผลทางกฎหมายได้ตามที่ผู้ทำนิติกรรมประสงค์ ไม่ว่าจะแสดงเจตนาด้วยวาจา กิริยาหรืออาการหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม¹⁴

(2) แบบในความหมายเฉพาะ หมายถึง วิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่ กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก. แบบที่ถือว่าเป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะ วิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนี้แล้ว ถ้าไม่ทำแล้วจะมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 152¹⁵

ชนิดของแบบในประเภทนี้ได้แก่

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หมายความว่านิติกรรมนั้นต้องทำให้ถูกต้องตามแบบทั้งสองอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องทำนิติกรรมเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งกฎหมายจะกำหนดไว้ใช้ กับนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิด พิเศษ (ป.พ.พ. มาตรา 456 วรรคแรก) การขายฝากอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ (มาตรา 491 และมาตรา 456 วรรคแรก) การให้อสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ (มาตรา 525 และมาตรา 456 วรรคแรก)

2. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง กล่าวคือการทำเป็นหนังสือ สัญญาและลงลายมือชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ได้แก่ กรณีของสัญญาเช่าซื้อ (ป.พ.พ. มาตรา 572)

3. กรณีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดว่า ถ้าไม่ทำตามวิธีการที่บังคับไว้แล้ว นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ เช่น พันัยกรรมธรรมดา ตามมาตรา 1656 พันัยกรรมเขียนเอง ตาม มาตรา 1657 พันัยกรรมเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 พันัยกรรมเอกสารลับตามมาตรา 1660 หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดสำหรับพันัยกรรมในแต่ละประเภท พันัยกรรมนั้นจะ ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1705

¹⁴ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบาย ในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 78.

¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1-2 พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2525), หน้า 179.

ข. แบบที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ แต่ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าจะเป็นการ
โมฆะหรือไม่

ชนิดของแบบในประเภทนี้ ได้แก่¹⁶

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นกรณีที่กฎหมายให้
ความสำคัญในแง่ที่ควรมีพยานบุคคลอันน่าเชื่อถือได้มาควบคุมในขณะทำนิติกรรมนั้น จึงได้
กำหนดให้ทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่หากจำเป็นต้องจดทะเบียนแต่อย่างใดไม่¹⁷ ได้แก่
คำคัดค้านตัวแลกเงิน ตามมาตรา 960-962

2. แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้
บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือด้วย เพียงแต่บังคับให้ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่ง
โดยมากมักเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ การจดทะเบียนตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ (มาตรา 1064)
การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/27) การสมรส (มาตรา 1457-1458) การ
หย่า (มาตรา 1515) การจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วน (มาตรา 1015 และ 1017)

3. แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาให้โดยเสนาหา (มาตรา 523) สัญญา
ยืมใช้คงรูป (มาตรา 641) สัญญาซื้อขายสิ่งเปลี่ยนแปลง (มาตรา 650) สัญญาฝากทรัพย์สิน (มาตรา 657)
สัญญาจำนำ (มาตรา 747) สัญญาเก็บของในคลังสินค้า (มาตรา 771) เป็นต้น

2.1.1.3 วัตถุประสงค์ของแบบ

การที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมขึ้นนั้น ก็เพื่อให้เข้ากับระเบียบของสังคม
กล่าวคือ สังคมหรือส่วนรวมเห็นประโยชน์ในการกำหนดแบบขึ้น ดังนั้นเหตุผลแห่งการกำหนด
แบบประเภทนี้ จึงได้แก่

- (1) เพื่อให้ผู้แสดงเจตนารับผิดชอบต่อความยินยอมที่ตนได้แสดงออกไป
- (2) เพื่อเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทั่วไปได้รู้ว่า ได้มีการทำนิติกรรมนั้นๆ ขึ้นด้วย
การที่กฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนนิติกรรมนั้นๆ ต่อเจ้าหน้าที่ ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย
สามารถเข้าตรวจสอบได้
- (3) เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาพิพากษาคดี

¹⁶ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบาย
ในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวของ, หน้า 83-84.

¹⁷ ไชยยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 201

- (4) เพื่อความสะดวกในการโอนสิทธิอันเกิดจากนิติกรรมนั้นๆ
- (5) เพื่อความสะดวกในการควบคุมการเก็บภาษีอากร

2.1.1.4 ทรัพย์สินที่ต้องทำตามแบบ

ทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพของมนุษย์ หรือต่อเศรษฐกิจของประเทศ อันมีลักษณะเป็นเศรษฐกิจทรัพย์สินที่สำคัญ กฎหมายจึงจำต้องบังคับให้ทำตามแบบแห่งนิติกรรมโดยให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ถึงจะมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากประเภทของนิติกรรมสัญญาและทรัพย์สินที่ต้องทำตามแบบได้ ดังนี้

1. การทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์
2. การทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
3. การทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับแพ
4. การทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับสัตว์พาหนะ

ในที่นี้ผู้เขียนจะขอทำการศึกษาเฉพาะกรณีอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และเพื่อความเข้าใจอันดี จึงขออธิบายถึงประเภทและความหมายของอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายบังคับให้จดทะเบียน กล่าวคือ

อสังหาริมทรัพย์ ตามป.พ.พ.มาตรา 139 ได้แยกพิจารณาว่า อสังหาริมทรัพย์นั้น หมายความรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย โดยแยกพิจารณาได้ 4 ประการ คือ

(1) ที่ดิน ควรแบ่งความหมายออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

1.1 ความหมายของที่ดิน ในด้านรัฐ คืออาณาเขตที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐ ได้แก่ ที่ดินที่วัดได้ตามแนวกว้างยาวของโลก และรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง ทะเลสาบ เกาะ ทะเลอาณาเขต ส่วนพื้นที่ซึ่งอยู่เหนือพื้นพื้นดินและใต้พื้นดิน ถือเป็นแดนกรรมสิทธิ์

1.2 ความหมายของที่ดิน ในด้านเอกชน ได้แก่ พื้นดินซึ่งอยู่ภายในอาณาเขตของรัฐที่สามารถวัดได้ตามแนวกว้างยาว และทางราชการสามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้ได้ ส่วนพื้นที่ซึ่งอยู่เหนือพื้นพื้นดินและใต้พื้นดิน ซึ่งถือเป็นแดนกรรมสิทธิ์ เอกชนเป็นเจ้าของสิทธิภายในบังคับกฎหมายอื่น

ดังนั้นเมื่อบุคคลใดเข้าทำนิติกรรมสัญญาซื้อขายที่ดิน จะต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นการซื้อขายย่อมตกเป็นโมฆะตามกฎหมาย

(2) ทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดิน อันถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์นั้น¹⁸ ได้แก่

2.1 ทรัพย์ที่เกิดขึ้นหรือติดอยู่กับที่ดินโดยธรรมชาติ มีลักษณะเป็นการถาวร ได้แก่ ไม้ยืนต้น ส่วนใหญ่คือพันธุ์ไม้ที่มีอายุกว่า 3 ปี ถือเป็นไม้ยืนต้นทั้งสิ้น* แต่ไม่ล้มลุกและ รั้วชาติ แม้จะติดอยู่กับที่ดินโดยธรรมชาติแต่ไม่มีลักษณะเป็นการติดอยู่ถาวร ไม่เป็น อสังหาริมทรัพย์แต่เป็นสังหาริมทรัพย์ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 140

2.2 ทรัพย์ที่บุคคลนำไปติดตรึงตรากับที่ดิน โดยลักษณะของสิ่งนั้นเองเป็น ที่เห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่ติดตรึงตรากับที่ดิน ซึ่งถือเป็นหลักในเรื่องส่วนควบของทรัพย์ โดยถือเป็น หลักที่ว่าส่วนควบของทรัพย์ที่เป็นประธานย่อมมีสภาพเป็นอยู่อย่างเดียวกับทรัพย์ประธาน เมื่อที่ดินเป็นทรัพย์ประธาน ดังนั้นอะไรที่ปลูกปักอยู่บนที่ดินย่อมมีสภาพเป็นอยู่อย่างเดียวกับที่ดิน คือตกไปเป็นที่ดินด้วย เช่น บ้านที่ปลูกอยู่บนที่ดินในลักษณะตรึงตราถาวรนับได้เป็นส่วนซึ่ง โดยสภาพเป็นสาระสำคัญและไม่อาจแยกออกจากกันได้ นอกจากทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือ ทำให้ทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงสภาพไป บ้านจึงเป็นส่วนควบของที่ดิน ผู้ซื้อที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ ในบ้านด้วย**

โดยลักษณะของการติดอยู่กับที่ดินที่มีลักษณะถาวรนี้ ต้องเป็นกรณีที่เป็น การปลูกปักสิ่งนั้นๆ ลงไปในที่ดินด้วยความประสงค์จะไม่มีกรรื้อถอนกันไป อนึ่ง ในส่วนเจตนาของ

¹⁸ ประมุข สุวรรณนคร. แก๊ซเพิ่มเติม โดยพัฒน์ เนียมบุญขจร และบุญทรง พุกษาพงษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2550), หน้า 18-26.

* คำพิพากษาฎีกาที่ 372/2498 ต้นพลุเป็นไม้ยืนต้น ฉะนั้นต้นพลุจึงเป็นอสังหาริมทรัพย์

** คำพิพากษาฎีกาที่ 802/2544 บ้านที่ปลูกอยู่บนที่ดินในลักษณะตรึงตราถาวรนับได้ว่าเป็นส่วนซึ่งโดยสภาพเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์นั้นและไม่อาจแยกออกจากกันได้ นอกจากจะทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือทำให้ทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป บ้านจึงเป็นส่วนควบของที่ดิน ผู้ซื้อที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในบ้านซึ่งเป็นส่วนควบนั้นด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144

ผู้ที่นำทรัพย์มาติดตึ่งตราบนที่ดินนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนาของผู้ที่นำทรัพย์มาติด แต่ให้พิจารณาจากสภาพของทรัพย์นั้นเป็นหลัก หากสภาพทรัพย์มีลักษณะติดตึ่งตราถาวรกับที่ดินแล้วย่อมเป็นอสังหาริมทรัพย์แม้เจตนาให้ติดตึ่งตราชั่วคราวก็ตาม แต่ถ้าโดยสภาพทรัพย์ไม่ติดตึ่งตราถาวรก็ไม่ใช่เป็นอสังหาริมทรัพย์ อย่างไรก็ตามก็ดี เจตนาดังกล่าวนั้นอาจนำมาพิจารณาในช่วงที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ได้ หากคู่กรณีหรือคู่สัญญาเจตนาให้การโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์นั้นในลักษณะที่พ้นจากสภาพเป็นทรัพย์ติดกับที่ดิน ทรัพย์นั้นก็มิใช่อสังหาริมทรัพย์อีกต่อไป เช่น การซื้อเรือนเพื่อรื้อไปปลูกที่อื่น และรื้อทำนองเดียวกันนี้ย่อมใช้กับทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรโดยธรรมชาติด้วย อาทิ ไม้ยืนต้น หากมีการซื้อไม้ยืนต้นเช่นต้นส้มเพื่อนำมาไปปลูกที่อื่น หรือการซื้อขายโดยคู่สัญญามีเจตนาที่จะซื้อในลักษณะที่ผลไม้นั้นได้ปลดออกจากต้นแล้วผลของส้ม ต้องถือเป็นการซื้อขายอย่างสังหาริมทรัพย์ การซื้อขายผลไม้ที่ติดอยู่กับต้นเจตนาของการซื้อขายอยู่ที่ผลไม้นั้นในสภาพที่หลุดจากต้น การซื้อขายเช่นนี้จึงเป็นการซื้อขายสังหาริมทรัพย์* ดังนั้นจึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานที่ดิน นิติกรรมให้ยืมสมบุญณ** นอกจากนี้ยังรวมถึงทรัพย์ที่ติดตึ่งตราโดยลักษณะถาวรกับทรัพย์ที่ติดที่ดินนั้นอีกทอดหนึ่งด้วย¹⁹

* คำพิพากษาฎีกาที่ 9/2505 ตกลงซื้อขายผลลำไยในสวนขณะลำไยกำลังออกดอก โดยชำระราคากันบางส่วนแล้วและให้ผู้ซื้อเป็นผู้ครอบครองดูแลรักษาต้นลำไยเองผลได้เสียเป็นผู้ซื้อ ถ้าเกิดผลเสียหายอย่างไร ผู้ขายไม่ต้องคืนเงินถ้าได้ผลมากก็เป็นของผู้ซื้อฝ่ายเดียวเป็นการเสี่ยงโชคโดยคำนวณจากดอกลำไยและสุดแต่ดินฟ้าอากาศจะอำนวยให้ดังนี้ ถือว่าคู่สัญญาได้ตกลงซื้อขายกันแน่นอนแล้ว โดยคำนวณราคาจากดอกลำไยเป็นหลัก ต่อมาถ้าต้นลำไยถูกพายุพัดหักหมดผู้ซื้อจะเรียกเงินคืนจากผู้ขายไม่ได้

** คำพิพากษาฎีกาที่ 3702/2535 การซื้อขายบ้าน โดยตกลงรื้อบ้านไป เป็นการซื้อขายอย่างสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 456 ไม่เป็นโมฆะ แม้จะไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคแรก ไม่สมบุญณในฐานะทรัพย์สิทธิที่จะใช้ยืมบุคคลภายนอกได้ทั่วไปแต่ก็เป็นบุคคลสิทธิใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา.

¹⁹ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, หน้า 18-26

(3) ทรัพย์ซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน คือทรัพย์ที่เป็นส่วนรวม หรือประกอบเป็นพื้นดิน เช่น แม่น้ำ ลำคลอง แร่ธาตุ กววดทราย ซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติ หรือซึ่งมนุษย์นำมารวมไว้กับที่ดินจนกลายเป็นส่วนของพื้นดินตามธรรมชาติ เช่นทรายหรือดินจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของพื้นดินเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่รวมถึงสังหาริมทรัพย์ที่ซ่อนฝังหรือตกหล่นหมกดินทรายอยู่ เพราะทรัพย์เหล่านี้มิได้ประกอบเป็นพื้นดินตามธรรมชาติแต่มนุษย์นำไปฝังหรือทิ้งไว้

ทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน ถ้าแยกจากพื้นดินโดยการขุดขนไปย้อมขาดลักษณะที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินกลายเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น กววดทราย แร่ธาตุที่ขุดขึ้นมาขาย โดยเจตนาแยกไปจากที่ดินย้อมเป็นการซื้อสังหาริมทรัพย์²⁰ ดังนั้นความมุ่งหมายของกฎหมายที่บัญญัติให้ทรัพย์ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินเป็นอสังหาริมทรัพย์นั้น เพื่อเป็นการตัดปัญหาความยุ่งยากในการโอนกรรมสิทธิ์ ในกรณีที่มีการซื้อขายที่ดินแต่คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเกี่ยวกับทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินไว้ เพราะหากมิได้ประกอบเป็นทรัพย์อันเดียวกับที่ดินแล้ว ผู้ขายย่อมมีสิทธิขนย้ายออกไปได้ และคู่กรณีหรือคู่สัญญาอาจตกลงยกเว้นหลักทั่วไปในส่วนที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์นี้กลายเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ โดยถือเป็นสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์

(4) ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นเป็นสิทธิอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งสิทธิเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายอย่างหนึ่ง แม้จะไม่มีตัวตนแต่หากถือเอาได้และอาจมีราคาก็เป็นทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินนี้ยังแบ่งประเภทออกไปได้อีกเป็นได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ โดยสามารถแยกการพิจารณาสิทธิอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เป็น 2 ทาง ดังนี้

1. สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยตรง แบ่งออกเป็น 2 นัย คือ²¹

ก. เกี่ยวกับที่ดินเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นบริวารของกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่บุคคลจะพึงมีในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งแห่งกรรมสิทธิ์นั่นเอง หรือในฐานะที่แยกออกมาทรงไว้ต่างหากจากกรรมสิทธิ์ ได้แก่กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิใช้สอยและได้ซึ่งดอกผล สิทธิที่จะจำหน่าย จ่าย หรือโอน สิทธิที่จะติดตามเอาคืนจากผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ สิทธิขัดขวางมิให้ผู้ใดมาเกี่ยวข้องกับทรัพย์โดยมิชอบเกี่ยวกับที่ดิน สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิตาม ป.พ.พ. มาตรา 1336

²⁰ บัญญัติ สุขีวะ ปรับปรุงโดยไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ : ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 16-17.

²¹ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, หน้า 23-26.

ข. เกี่ยวกับที่ดินโดยที่เป็นสิทธิที่มาจากตัดตรอนกรรมสิทธิ์ สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่แยกไปจากกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเหมือนกัน เกิดขึ้นด้วยนิติกรรมสัญญาบ้าง ด้วยอำนาจของกฎหมายบ้าง และมีผลเป็นว่าสิทธิเหล่านี้ผู้อื่นนอกจากตัวเจ้าของกรรมสิทธิ์จะเป็นผู้ทรงไว้และสิทธิที่จะมาจำกัดตัดตรอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของนั่นเอง ได้แก่ ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิจำนอง เป็นต้น โดยสิทธิเหล่านี้ก็ถือเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับที่ดิน แต่มีที่มาจากจำกัดตัดตรอนกรรมสิทธิ์ นับเป็นอสังหาริมทรัพย์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 139

2. สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยอ้อม คือ สิทธิที่ความจริงมิได้เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดิน หากแต่เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเหนือที่ดินนั้นอีกทีหนึ่ง กล่าวคือเป็นสิทธิที่มาเกี่ยวพันเป็นลูกโซ่ห่วงโซ่ใดห่วงหนึ่งในสายโซ่แห่งกรรมสิทธิ์ จึงต้องถือว่าสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสายโซ่กรรมสิทธิ์ด้วย ซึ่งสิทธิที่ว่ามานี้กฎหมายถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วย เช่น บ้านที่ปลูกบนที่ดินเป็นอสังหาริมทรัพย์ หากเจ้าของบ้านนำบ้านไปจำนอง สิทธิจำนองบ้านก็ถือเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับที่ดินด้วย เพราะสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งต่อเนื่องไปถึงที่ดิน เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์โดยอ้อมนั่นเอง

มีข้อสังเกตว่า เรื่องหุ้นส่วนต่างๆ เกี่ยวกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ หากใช้อสังหาริมทรัพย์ไม่ ดังนั้น หากมีการขายหุ้นส่วนเกี่ยวกับที่ดินหรือโรงสี จึงไม่ถือเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์ที่จำต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่* รวมไปถึงหุ้นส่วนหรือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ที่เกี่ยวกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ด้วย เพราะหุ้นเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง เมื่อมีการขายหุ้นจึงต้องถือว่าเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์ แม้การโอนหุ้นนั้นจะไม่สมบูรณ์ แต่อาจจะได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นนั้นโดยการครอบครองปรปักษ์ได้**

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 316/2491 ตามฟ้องการโอนขายหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งมีทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ถือเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์ ทำเป็นหนังสือกันเองก็ใช้ได้

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2487 เดิมโจทก์ถือหุ้นชนิดระบุชื่อในบริษัทจำกัด จำเลยที่ 1 โจทก์ได้แจ้งการโอนหุ้นของตนให้แก่ร้อยตำรวจเอกประดิษฐ์ ได้มีการแก้ทะเบียนผู้ถือหุ้นให้ร้อยตำรวจเอกประดิษฐ์เป็นผู้ถือหุ้นดังกล่าวนั้น ต่อมาร้อยตำรวจเอกประดิษฐ์ตาย โจทก์จึงฟ้องบริษัทเป็นจำเลยที่ 1 และฟ้องมารดาของร้อยตำรวจเอกประดิษฐ์เป็นจำเลยที่ 2 ขอให้ศาลแสดงว่าการโอนหุ้นเป็นโมฆะให้แก้ทะเบียนผู้ถือหุ้นให้โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นแทน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การโอนหุ้นดังกล่าวทำไม่ถูกต้องตามมาตรา 1129 วรรคสอง กล่าวคือ ไม่ได้มีการลงชื่อผู้รับโอน แม้จะมีการ

จึงสามารถสรุปได้ว่า อสังหาริมทรัพย์นั้น หมายความรวมถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับ อสังหาริมทรัพย์ด้วย เพราะที่ดินเป็นอสังหาริมทรัพย์ สิ่งที่ดินก็เป็นที่ดินก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ สิ่งที ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ ฉะนั้นสิทธิใดๆ อันมีสิ่งเหล่านั้นเป็นวัตถุประสงค์แห่ง สิทธิหรือมีสิทธิอันเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์เหล่านั้นเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ก็ย่อมถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วย และหากมีการทำนิติกรรมเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ก็ต้องทำตามแบบที่กฎหมาย กำหนดไว้ด้วย

2.1.2 ลักษณะแบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

2.1.2.1 ความเป็นมาเรื่องแบบตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

(ก) ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

ในอดีต สัญญาซื้อขายตามกฎหมายเก่าของไทยนั้น ความผูกพัน ระหว่างคู่สัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจากความตกลงของเจตนาร่วมกันระหว่างคู่สัญญาหรืออาจกล่าวได้ว่าลำพังเจตนาของคู่สัญญาเพียงอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายในการทำ สัญญาได้ ความผูกพันตามสัญญาซื้อขายอันเป็นทรัพย์สินสัญญา²² นั้น จะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่ง โดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้วบังคับให้อีกฝ่าย หนึ่งส่งคืนหรือให้หรือกระทำการสิ่งอื่นเป็นการตอบแทน หากฝ่ายใดมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ก็ไม่ อาจบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามหน้าที่นั้นได้เช่นกัน จึงเห็นได้ว่า การเกิดสัญญาในอดีต มีลักษณะตรงกันข้ามกับการเกิดสัญญาซื้อขายในปัจจุบันที่ยึดถือความตกลงร่วมกันของคู่สัญญา ในการให้เกิดผลตามเจตนา

สำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือที่ดินนั้นก็ยังไม่เป็นที่ แพร่หลาย ประกอบกับระบอบการปกครองแบบสมมุติเทพ พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดิน แต่เพียงผู้เดียว แม้กฎหมายเก่า * มิได้ห้ามซื้อขายที่ดิน แต่เกือบจะไม่มีราษฎรผู้ใดจะทำสัญญา ซื้อขายต่อกันเลย เนื่องจากหากราษฎรผู้ใดต้องการที่ดินจะต้องทูลขอพระราชทานหรือซื้อจาก พระมหากษัตริย์โดยตรง จึงเห็นได้ว่า การซื้อขายที่ดินนั้นเป็นไปได้ยาก ราษฎรเป็นเพียง ผู้ครอบครองที่ดินเท่านั้น และจะอ้างสิทธิของตนยันต่อพระมหากษัตริย์ไม่ได้ สิทธิของผู้ถือที่ดินจึง ถูกจำกัด ทำให้ขยายตัวได้น้อย และมีได้มีการกล่าวถึงเรื่องแบบแห่งนิติกรรมในการซื้อขายที่ดิน

แก้ทะเบียนผู้ถือหุ้แล้วก็ใช้ไม่ได้ มาตรา 1141 เป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานว่าทะเบียนถูกต้องไม่ใช่ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด

²² ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, หน้า 233

* พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 52 54 และ 62

แต่อย่างไรก็ตาม จนกระทั่งในสมัยรัชกาลที่ 4 ได้มีการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมสัญญาขึ้น เนื่องจากที่ดินมีราคาสูง การซื้อขายจึงเป็นเหตุให้เกิดคดีความมากขึ้น จึงได้มีการออกประกาศเรื่องจำหน่ายและขายฝากที่ดิน ปีชกาล จ.ศ. 1228 (พ.ศ. 2409) และปีเถาะ จ.ศ. 1229 (พ.ศ. 2410)²³ บัญญัติว่าการซื้อขายจะเด็ดขาดได้ต่อเมื่อเจ้าของเดิมได้มอบโฉนดตราแดง* ให้แก่ผู้ซื้อ ประกาศทั้งสองฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดใหม่ที่น่าสนใจคือการยึดถือหนังสือสำคัญเป็นเครื่องแสดงกรรมสิทธิ์ แต่ต่อมาสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ได้มีการออกพระราชบัญญัติการขายฝากและการจำหน่ายที่ดิน ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2440) ยกเลิกประกาศทั้งสองฉบับข้างต้น ทำให้การซื้อขายต้องกลับมาปฏิบัติตามแบบเดิม คือทำหนังสือสัญญาซื้อขายที่ดินต่อหน้ากรมการอำเภอ โดยกรมการอำเภอต้องไปดูรังวัดเขตให้แน่ใจว่าถูกต้องก่อนจึงจะทำสัญญาได้ และต่อมารัฐบาลได้ออกแบบพิมพ์ให้อำเภอใช้ในการซื้อขายที่ดิน การซื้อขายที่ดินจะต้องทำด้วยแบบพิมพ์นั้น มิฉะนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ จนกระทั่งในปีพ.ศ. 2452 (ร.ศ. 127) ได้มีการออกพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 โดยกำหนดให้การทำสัญญาซื้อขายที่ดินที่ได้มีการออกโฉนดที่ดินตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 แล้ว ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องนำโฉนดที่ดินไปให้เจ้าพนักงานทะเบียนทำหนังสือสัญญาซื้อขาย ณ หอทะเบียนที่ดิน โดยทำสัญญาซื้อขายเป็นสองฉบับ ฉบับหนึ่งให้ผู้ซื้อเก็บไว้ อีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่หอทะเบียน** จะเห็นได้ว่ากฎหมายในสมัยรัตนโกสินทร์นี้ ได้มีการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมขึ้นไว้อย่างชัดเจน โดยในส่วนของกรซื้อขายที่ดินนั้นถ้าไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว มีผลเป็นโมฆะและกรรมสิทธิ์ก็ไม่โอนไปยังผู้ซื้อด้วย

(ข) ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3

ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 3 นั้น ได้มีการนำเอาแนวความคิดของประเทศทางตะวันตกมาทำการศึกษาทั้งระบบกฎหมาย Common Law เช่นประเทศอังกฤษ และระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน แต่ในที่สุดคณะกรรมการได้อาศัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า (The sale of Goods Act, 1893)

²³ ร. แล่งกาตี, คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2483 กฎหมายที่ดิน, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2491), หน้า 351

* ตราแดงหรือโฉนดตราแดง เป็นหนังสือสำคัญที่ออกให้แก่ผู้ที่จับจองที่ดินที่ได้ทำการแผ้วถางเสร็จโดยกรมฯ จะส่งข้าหลวงและเสนาออกไปกำหนดเนื้อที่นา เก็บภาษีที่นาพร้อมเจ้าพนักงานท้องที่และออกหนังสือสำคัญที่เรียกว่าตราแดงไว้เป็นหลักฐาน

** พ.ร.บ. ออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 มาตรา 42 และมาตรา 43

ของประเทศอังกฤษเป็นแม่บทสำคัญ²⁴ การศึกษาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การยกร่าง มาตรา 456 นั้น จำเป็นต้องศึกษาถึงแนวความคิด ที่มาของกฎหมายลักษณะซื้อขาย หลักการที่ เกี่ยวข้อง รวมไปถึงความสำเร็จบริบูรณ์และการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ดังนั้น ผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอข้อถกเถียงของคณะกรรมการร่างกฎหมาย มาเสนอโดยตัดตอนเฉพาะตอน ที่เกี่ยวกับปัญหาที่ทำการศึกษาอยู่ ดังนี้

จากการตรวจสอบรายงานการประชุมของคณะกรรมการร่าง กฎหมายในส่วนการเสนอร่างกฎหมายลักษณะซื้อขาย พบว่าจากบันทึกการตรวจแก้ร่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ผู้จัดบันทึกคือ พระยามานวราชเสวี²⁵ ความว่า

มาตรา 453 มีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า “Sale is a contract whereby a person, called the seller, agree to transfer to another, called the buyer, the ownership of property, and the buyer agree to pay to the seller a price for it” แสดงให้เห็นว่า ซื้อขายเป็นข้อตกลงจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ แต่มาตรา 458 กำหนดว่า “กรรมสิทธิ์ แห่งทรัพย์สินโอนไปยังผู้ซื้อ เมื่อได้ทำสัญญากันแล้ว” ความในสองมาตราจึงขัดกัน นอกจากนี้ ยังขัดกับหลักกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในเวลานี้ กับทั้งขัดต่อหลักกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสอีกด้วย และต้นร่างที่พิมพ์ไว้ก่อนก็หามีความเช่นนี้ไม่ปรากฏในร่างที่พิมพ์เมื่อ ค.ศ. 1910 มีความว่า “Sale is contract whereby a person called the seller transfers to another person called the buyer the ownership of a property, and the buyer agrees to pay to the seller a price for it” ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและไม่ขัดต่อบทมาตราในลักษณะซื้อขาย”

การทำสัญญาซื้อขายที่ดินตามที่เป็นอยู่เวลานี้ ย่อมมีสัญญา เบื้องต้น ซึ่งคู่สัญญาตกลงว่า จะซื้อที่ดินนั้นก่อน แล้วต้องไปทำสัญญาซื้อขายต่อหน้า เจ้าพนักงานในภายหลังจึงจะเป็นการซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์²⁶

ในประมวลนี้มีบทบัญญัติไว้แต่เฉพาะสัญญาซื้อขาย (มาตรา 453) ซึ่งทำให้กรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินเปลี่ยนมือไปยังผู้ซื้อ เมื่อทำสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ (มาตรา 458) แต่ในส่วนสัญญาจะซื้อจะขายในขั้นแรก ห้ามมีบัญญัติไว้ไม่ การจะเป็นว่าเมื่อออกประมวลนี้แล้ว ในเรื่องสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่ทำกันเป็นอันมาทุกวันนี้จะไม่มีบทกฎหมายเฉพาะเลย และ

²⁴ สุณีย์ มัลลิกะมาลย์และคนอื่นๆ, วิวัฒนาการกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาคสารบัญญัตินิติ :รายงานผลการวิจัย, (กรุงเทพฯ : จุฬาร, 2525), หน้า 167

²⁵ รายงานการประชุมร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2467

²⁶ รายงานการประชุมร่างกฎหมาย เล่ม 1 พ.ศ. 2467, หน้า 1189

น่าจะเกิดความลำบากขึ้นต่อภายหลัง ดังเช่น ในคดีอำแดงใหม่ โจทก์ นายน้อย อำแดงอ๋า จำเลย ในฎีกาที่ 226/118 ฎีกาบางเรื่อง เล่ม 1 หน้า 165

เรื่องจะซื้อจะขายนั้น เป็นสัญญาซื้อขายเมื่อใด ถ้าเกิดอันตรายเสียหาย ใครรับผิดชอบ ข้อสำคัญคือ สัญญาจะซื้อจะขายนั้น มัดแต่คู่สัญญาจะซื้อจะขายเท่านั้น ส่วนสัญญาซื้อขายเด็ดขาดเป็นสัญญาบริบูรณ์ผูกพันสองฝ่าย บังคับได้ทั้งผู้ซื้อให้รับของไป และผู้ขายให้ส่งมอบ (ฎีกาที่ 226/118) เพราะกรรมสิทธิ์โอนไปแล้ว ส่วนสัญญาจะซื้อจะขาย กรรมสิทธิ์ยังไม่โอน ต้องฟ้องร้องให้บังคับ (Specific Performance) ให้ทำสัญญาซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์ ถ้าเป็นที่ดินต้องไปทำต่อเจ้าพนักงาน

ต่อมาได้มีข้อถกเถียงของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่น่าสนใจตามรายงานการประชุมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ลงวันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2467²⁷

นายเรเน กาลโซ เสนอว่า สัญญาซื้อขายควรมีบทพิเศษว่า สัญญาซื้อขายของที่มีคนอื่นเป็นเจ้าของต้องห้ามเป็นโมฆะ สัญญาอ้างว่า หลักกฎหมายแพ่งตามรูปของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เดินตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส อิตาลี และฮอลันดา กล่าวคือ สัญญาเกิดโดยความตกลง (Solo Consensu) การซื้อขายเกิดเด็ดขาดเมื่อตกลง ไม่มีพิธีอะไรอีก กรรมสิทธิ์ผ่านมือทันที บุคคลอาจขายของที่มีไซ้ของตัวเองได้โดยทำความตกลงนั้น ไม่เหมือนกฎหมายโรมันหรือญี่ปุ่นซึ่งสัญญาซื้อขายเป็นแต่เพียงสัญญาจะโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งผู้ขายอาจจะตกลงไปพยายามเอามาโอนต่อภายหลัง ถ้าไม่มีห้ามอาจเกิดปัญหา

พระยามานวราชเสวี เสนอว่า “ตามกฎหมายไทยมีหลักเรื่องผู้รับโอน ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ถ้าพบของคนที่ตนไม่มีสิทธิ ก็ให้กรรมสิทธิ์แก่ผู้ซื้อไม่ได้....”

พระยาเทพวิฑูร ว่า มาตรา 284-287 บัญญัติเรื่องผลแห่งหนี้ ป้องกันเรื่องสัญญาให้เกี่ยวข้องกับคนอื่น ถ้าขายของที่ไม่ไซ้ของตนต้องถือว่าผู้ซื้อไม่มีกรรมสิทธิ์ เพราะผู้โอนไม่มีกรรมสิทธิ์จะโอนให้ เป็นซื้อขายไม่ได้เอง

หลวงสารสาสน์ประพันธ์ กล่าวว่า กฎหมายฝรั่งเศส (ค.ศ.1804) ตั้งหลักห้ามการขายของคนอื่น เพราะต้องการตัดหลักกฎหมายโรมันที่ประเพณีกฎหมายฝรั่งเศสบางมณฑลใช้ตามโรมัน (มณฑลฝ่ายใต้) ให้มีการส่งมอบของ traditio สัญญาซื้อขายเป็นแต่จะโอนกรรมสิทธิ์ต่อภายหลัง กรรมสิทธิ์ยังไม่ผ่านมือในเวลาตกลงกัน บทลักษณะซื้อขาย (ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1138, 1583) บัญญัติให้การซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์ทันที จึงจำเป็นต้องมีบทห้ามพิเศษกันการเถียงว่า ซื้อขายนั้นเป็นแต่จะโอนกรรมสิทธิ์ กฎหมายอิตาลีเลียนกับฮอลันดา

²⁷ รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 29 พฤษภาคม 2467, หน้า 1202

ทำตามกฎหมายฝรั่งเศสทั้งนั้น ประเทศอิตาลีเลียนแบบโครงสร้างของฝรั่งเศสเพราะดีกว่ากฎหมาย
ประเทศโรมัน ประเทศฮอลันดาเคยเป็นเมืองขึ้นของฝรั่งเศสใช้กฎหมายฝรั่งเศสมาก่อนเหมือนกัน

ในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี ค.ศ.1910 และร่างที่
ตรวจแก้นี้มีบทอื่น ๆ ตามหลัก Consensu Contract (มาตรา 458) แต่มาตรา 453 นั้น
ตามหลักเยอรมันขัดกัน²⁸ จึงต้องแก้ตามรูปฝรั่งเศส เวลานี้กรรมสิทธิ์ผ่านมือทันทีเวลาสัญญา
เด็ดขาด (Planiol, Vol. II No. 1415)..."

มาตรา 453 ตั้งหลักว่าถ้าเป็นการซื้อขาย กรรมสิทธิ์ผ่านมือ ในเมื่อ
ตกลงกันในเรื่องของ และราคา ข้อสัญญาของซื้อขายคือ เมื่อใดกรรมสิทธิ์ผ่านมือกัน ถ้าเด็ดขาด
ตกลงกันแน่นอนเรื่องราคาแล้ว การซื้อขายเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1138
และ 1583 แล้วตั้งอีกหลักต่อมาว่าซื้อขายจะเป็นเพียงจะซื้อขายตามกฎหมายเรื่องซื้อขายของ
อังกฤษกับเยอรมัน จะขัดกับมาตราต่อไป ในลักษณะนี้ให้ทำได้ตามโครงสร้างกฎหมายฝรั่งเศส
ถ้าคู่สัญญาจะตกลงเป็นอย่างอื่น เช่น ยังไม่ให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือ เช่น ตกลงเพียงจะขายให้เท่านั้น
ไม่ใช่ซื้อขายอยู่นั่นเอง ไม่จำเป็นต้องมีบทพิเศษ ใช้ลักษณะสัญญาครอบงำอธิบายพอแล้ว

จากข้อถกเถียงของคณะกรรมการร่างกฎหมายที่น่าเสนอไว้ข้างต้นนี้
ผู้เขียนต้องการนำเสนอให้เห็นว่า ในการร่างมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ของไทยนั้น กรรมการร่างกฎหมายได้แสดงเจตนาที่จะยึดถือระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส
ดังที่ปรากฏในต้นร่างมาตรา 453²⁹ ที่ใช้คำว่า "Sale is contract whereby a person called the
seller transfers to another person called the buyer...." ซึ่งมีข้อน่าสังเกตอยู่ประการหนึ่งคือ
ใช้คำว่า "โอนกรรมสิทธิ์" มิได้ใช้คำว่า "จะโอนกรรมสิทธิ์หรือจะส่งมอบ" เหมือนประเทศเยอรมัน

²⁸ โปรดดูประกอบบันทึกตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

²⁹ มาตรา 453 ได้นำแบบอย่างมาจากมาตรา 1582 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส
มาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 555 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น
ข้อมูลจากพระยามานวราชเสวี, อุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 ฉบับ
กรมร่างกฎหมาย เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี, (กรุงเทพมหานคร: มปป.,
มปป)

หรือญี่ปุ่น* เพราะที่มาหลักของมาตรา 453 นั้น ได้ลอกเลียนถ้อยคำหรือหลักเกณฑ์มาจาก มาตรา 1582³⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้นคือความตกลง ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งจำต้องส่งมอบทรัพย์สินและอีกฝ่ายหนึ่งต้องชำระราคา” ประกอบกับมาตรา 1583** ที่บัญญัติว่า “การซื้อขายเป็นอันสมบูรณ์ระหว่างคู่สัญญาและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ย่อม ตกเป็นของผู้ซื้อ ตั้งแต่ขายและผู้ซื้อได้ตกลงในเรื่องทรัพย์สินและราคา แม้ว่าทรัพย์สินจะยังไม่ได้ ส่งมอบ หรือยังไม่ได้ชำระราคาก็ตาม” เมื่อนำถ้อยคำจากบทบัญญัติของต่างประเทศมาประกอบ กัน จึงเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสบัญญัติเรื่องการซื้อขายให้ต้องมีการส่งมอบ แต่ได้บัญญัติการโอน กรรมสิทธิ์ไว้โดยชัดแจ้งตามมาตรา 1583 ดังนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายของไทย จึงต้องเดินตามกฎหมายฝรั่งเศสอันเป็นแม่บทที่ลอกเลียนมา³¹ กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีตกลงกัน ถูกต้องตามมาตรา 453 นี้เมื่อใด สัญญาซื้อขายก็เกิดขึ้นแล้วและกรรมสิทธิ์โอนไปที่ที่สัญญา เสร็จสมบูรณ์ตามมาตรา 458

อนึ่ง การใช้ถ้อยคำตามร่างบทบัญญัติในมาตรา 453 458 และ มาตรา 455 ต่างใช้ถ้อยคำเดียวกันคือ “Contract of sale”³² ซึ่งเราได้ทำความเข้าใจมาแล้วว่า สัญญาซื้อขายตามความหมายของมาตรา 453 และ 458 มีความหมายเดียวกับสัญญาซื้อขาย ของฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาประกอบต้นร่างบทบัญญัติมาตรา 455*** มีข้อน่าสังเกตถึงคำว่า

* กฎหมายลักษณะซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 433 นิยามเรื่องซื้อ ขายว่า “....a thing is bound to deliver and the thing to purchase and to transfer ownership....” และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 555 นิยามเรื่องซื้อขายว่า “ ...one of the parties agrees to transfer a property...” ซึ่งหมายความว่า เป็นข้อตกลงจะโอนทรัพย์สิน และราคา

³⁰ คัดจากคำแปลของ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน จากอุกฤษ มงคลนาวิน. “กฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส ว่าด้วยเรื่อง “ซื้อขาย”, บทบัญญัติ 28, 4 (2514) :816-837

** มาตรา 458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้นำแบบอย่างมาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1583

³¹ กฤตยชญ์ ศิริเขต, “การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520) หน้า 131

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

*** Draft Civil and Commercial Code, Book III, Section 455 “The time of the completion of the contract of sale is referred to hereafter as the time of sale”

“...the completion of the contract of sale...” ซึ่งหมายถึงทำให้สำเร็จบริบูรณ์ หรือทำให้เสร็จสิ้นลงนั้น ย่อมหมายถึงได้ทำสัญญาซื้อขายกันบริบูรณ์แล้วตามมาตรา 453 นั้นเอง ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายที่ประสงค์จะใช้มาตรา 455 อธิบายมาตรา 458³³ ซึ่งเป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายตามมาตรา 453 ว่าหมายถึงสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเท่านั้น มิได้ใช้ตามแบบสัญญาซื้อขายของประเทศอังกฤษ ที่ใช้คำว่า “Contract of sale” เช่นกัน แต่มีความหมายรวมถึงสัญญาจะซื้อจะขายด้วย³⁴

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 455 นั้นผู้ร่างยังมีความประสงค์อีกประการหนึ่งที่จะอธิบายรวมไปถึงผลการบังคับใช้มาตรา 456 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งจากต้นร่างมาตรา 456 พบว่า ได้นำแนวทางมาจากประเทศอังกฤษ หากแต่ตามหลักของกฎหมายอังกฤษนั้น ไม่มีเรื่องแบบของสัญญาซื้อขายมีเพียงหลักฐานในการฟ้องร้องซึ่งรวมถึงสัญญาจะซื้อขายด้วย ดังนั้นจะนำหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมาอธิบายไม่ได้ ประกอบกับหลักการซื้อขายและการโอนกรรมสิทธิ์นั้น ประเทศไทยได้ลอกเลียนมาจากประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาตามแนวทางของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังนั้น สัญญาซื้อขายของไทย จึงต้องแยกระหว่างแบบของสัญญาซื้อขายและหลักฐานในการฟ้องร้องออกจากกัน ผู้ร่างจึงบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรก ใช้แก่สัญญาซื้อขายซึ่งถือเป็นแบบแห่งนิติกรรม แต่หลักฐานในการฟ้องร้องใช้แก่สัญญาจะซื้อขายหรือค้ำประกันหรือสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรค 3 และเพื่อความลดปัญหาในการตีความบังคับใช้มาตรา 456 จึงต้องบัญญัติมาตรา 455 นำไว้ก่อน เพื่อให้เข้าใจได้ว่า แบบสัญญาตามมาตรา 456 วรรคแรกนั้นใช้แก่สัญญาซื้อขายเท่านั้น จึงปรากฏตามร่างมาตรา 456 วรรคแรกที่ใช้คำว่า “Sale” โดยถือเป็นคำเดียวกับคำว่า “Contract of sale” ตามถ้อยคำมาตรา 453 ทั้งนี้เป็นผลมาจากบทบัญญัติมาตรา 455 นั้นเอง *

³³ สำเนารายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, 5 มีนาคม 2468

³⁴ สมนึก พานิช, “สัญญาจะซื้อขาย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 45

* มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า หากเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย หรือสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไข และใช้แก่ทรัพย์บางประเภทนอกจากที่ปรากฏในมาตรา 456 วรรคแรก ต้นร่างบทบัญญัติมาตรา 456 วรรค 2 และ 3 ใช้คำว่า “agree to sell” ไม่ใช่ “Contract of sale” จึงเห็นได้ว่ามีความหมายต่างกัน

จากการศึกษาต้นร่างมาตรา 456 มีข้อน่าสังเกตอีกประการที่ผู้เขียน
 ขอนำเสนอกล่าวคือ มาตรา 456 นั้นมีที่มาจากกฎหมายซื้อขายของประเทศอังกฤษ
 (Sale of Goods Act, 1893) ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้เฉพาะการซื้อขายทรัพย์สินประเภท
 สินค้าหรือสิ่งหาปริมาณเท่านั้น ส่วนการซื้อขายทรัพย์สินประเภทอื่น เช่น ที่ดินหรือ
 อสังหาริมทรัพย์อื่น ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายอื่น เช่นพระราชบัญญัติทรัพย์สิน ค.ศ.1925
 (Law of property Act, 1925) พระราชบัญญัติว่าด้วยการฉ้อฉล ค.ศ. 1688 (Statute of Frauds,
 1677) แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินประเภทต่างๆ ไว้
 ในมาตรา 456 เพียงมาตราเดียวจำนวนสามวรรค เฉพาะวรรคแรกเป็นเรื่องของแบบ สองวรรค
 หลังเป็นเรื่องของหลักฐานในการฟ้องร้องคดี ซึ่งการบัญญัติในเรื่องแบบ (การจดทะเบียน) นั้น
 เมื่อพิจารณาประกอบที่มาของมาตรา 456 จะเห็นได้ว่า ความคิดเรื่องการจดทะเบียนหรือแบบใน
 วรรคแรกไม่ได้ลอกเลียนมาจากที่ใด แต่บัญญัติจากหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ก่อนการใช้ประมวล
 กฎหมายนั่นเอง คือหลักเกณฑ์เรื่องการจดทะเบียนที่ดิน การจดทะเบียนเรือและการจดทะเบียน
 สัตว์พาหนะตามกฎหมายพิเศษสามฉบับที่มีอยู่ก่อน เมื่อจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พณิชย์ก็นำหลักที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายดังกล่าว มาใส่ไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เป็น
 เครื่องบังคับ จึงเห็นได้ว่าหลักการจดทะเบียนที่เกิดขึ้นดังกล่าว เนื่องจากผู้ร่างเล็งเห็น
 ความสำคัญของทรัพย์สินประเภทดังกล่าว เพื่อประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมายมหาชน
 และขณะเดียวกันเพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญา จึงสร้างหลักการจดทะเบียนให้เป็นองค์ความสมบูรณ์
 ทางแพ่งด้วย จึงได้ผสมผสานหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 456 วรรคแรกนั่นเอง³⁵

จึงพอสรุปได้ว่า สัญญาซื้อขายของไทยนั้น คณะกรรมการร่าง
 กฎหมายมีเจตนารมณ์อันชัดแจ้งที่จะยึดถือตามระบบเดียวกับประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส
 แต่หลักของสัญญาซื้อขายและการโอนกรรมสิทธิ์ ยึดถือตามหลักสัญญาซื้อขายของประเทศ
 ฝรั่งเศส จึงได้บัญญัติต้นร่างในส่วนของ การโอนกรรมสิทธิ์ให้ใช้ระบบสัญญาเดี่ยว (Solo
 Consensu) กล่าวคือ สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาซึ่งสมบูรณ์ด้วยความยินยอม แม้จะไม่มี
 ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย สัญญาก็เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาขอมทำสัญญาระหว่างคู่กรณี
 ก่อนให้เกิดผลของสัญญาขึ้นทันที เมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นสำเร็จบริบูรณ์ มีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไป

³⁵ วิษณุ เครืองาม, “การจดทะเบียนสัญญาซื้อขายทรัพย์สินบางชนิดพิจารณาในทาง
 กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และประวัติศาสตร์กฎหมาย,” วารสารกฎหมาย 13, 2 (มีนาคม
 2533) : 32-49

ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นผลของสัญญา มิใช่หนี้ที่เกิดจากสัญญาตามหลักทฤษฎีสัญญาเดี่ยว (Solo Consensu) ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.2.3

2.1.2.2 สาระสำคัญตามมาตรา 456 วรรคแรก

สัญญาซื้อขายถือเป็นเอกเทศสัญญาและเป็นสัญญาต่างตอบแทน อีกทั้งยังเป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ดังนั้นในการซื้อขายทรัพย์สินบางประเภทที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพของมนุษย์อันควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ทำให้กฎหมายต้องเข้ามาจัดระเบียบการซื้อขายโดยการกำหนดแบบในการซื้อขายทรัพย์สินประเภทนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 456 วรรคแรกว่า “การซื้อขอยอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพ และสัตว์พาหนะด้วย”

จากบทบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรกดังกล่าว มีประเด็นที่ขอแยกการพิจารณาเพื่อความเข้าใจได้ดังนี้

(ก) เมื่อพิจารณาประกอบมาตรา 453 และมาตรา 455* ทำให้เข้าใจได้ว่าแบบแห่งสัญญาซื้อขายตามมาตรา 456 วรรคแรก “การซื้อขอยอสังหาริมทรัพย์” หมายถึงสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดหรือสำเร็จบริบูรณ์นั่นเอง³⁶ ดังนั้นเมื่อคู่กรณีแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันแล้ว สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นตามมาตรา 453 แล้วจึงมาพิจารณาหาในเรื่องแบบอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องเข้าลักษณะซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเสียก่อน จึงจะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และหากไม่ทำตามแบบย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152

จึงเห็นได้ว่า มาตรา 456 วรรคแรกเท่านั้น ที่บัญญัติถึงแบบแห่งนิติกรรมเฉพาะสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดในทรัพย์สินบางประเภทที่มีความสำคัญ ส่วนมาตรา 456

* มาตรา 455 บัญญัติว่า “เมื่อกล่าวต่อไปเบื้องหน้าถึงเวลาซื้อขาย ท่านหมายความว่า เวลาซึ่งสัญญาซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์”

³⁶ ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 14 (แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 79.

วรรค 2 และวรรค 3 ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม แต่เป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการเพื่อการฟ้องร้อง และใช้เฉพาะสัญญาจะซื้อจะขาย คำมั่นจะซื้อจะขายในทรัพย์สินบางอย่างเท่านั้น

(ข) เมื่อพิจารณาประกอบมาตรา 458 สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นและกรรมสิทธิ์โอนไปตามมาตรา 458 แต่หากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคแรกแล้ว จำต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย หากไม่ทำตามแบบดังกล่าว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมไม่มีทางโอนไปได้ เพราะการซื้อขายตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไปแล้ว จึงมีประเด็นที่น่าสนใจในส่วนของแบบแห่งนิติกรรมนั้นจะถือเป็นเครื่องกำหนดว่ากรรมสิทธิ์โอนไปหรือไม่นั้น มีแนวความคิดเห็นของนักกฎหมายเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก เห็นว่า แบบแห่งนิติกรรมและเจตนาของคู่กรณีในการทำนิติกรรมนั้น เป็นคนละเรื่อง คนละขั้นตอน กฎหมายกำหนดแบบไว้อย่างไร หรือว่าหนีตามนิติกรรมจะบริบูรณ์เมื่อใด เป็นเรื่องคู่กรณีต้องทำให้เป็นตามแบบที่กำหนดไว้ หรือให้หนีบริบูรณ์ด้วยความสมัครใจของตนเอง เพราะการกำหนดแบบเป็นขั้นๆ ก็เพื่อการตัดสินใจโดยอิสระ ศาลจะบังคับให้ทำตามแบบไม่ได้* การเอาเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไปปะปนกับการแสดงเจตนาของคู่กรณีจึงเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน³⁷ การโอนกรรมสิทธิ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทำสัญญาซื้อขายกันแล้ว ตามมาตรา 458 เป็นเพียงขั้นตอนของข้อตกลงจากผลของการเกิดสัญญาเท่านั้น แต่มิได้หมายความว่าถ้าไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันแล้ว ก็ไม่เป็นสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาซื้อขายย่อมไม่เกิดขึ้น³⁸ ดังนั้น การทำตามแบบแห่งนิติกรรม ตามมาตรา 152 หากเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดไม่ แต่เป็นกรณีที่สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นสมบูรณ์แล้วเสียก่อน จึงจะต้องมีการเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ หากไม่ใช่หรือเพียงสัญญาจะซื้อจะขาย ก็ไม่ต้องทำตามแบบดังกล่าว

* ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ตามหมายเหตุท้ายบันทึกคำพิพากษาฎีกาที่ 698/2522

³⁷ ไพจิตร ปุณฺณพินฺธุ, การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง, (กรุงเทพฯ :วิญญูชน, 2544), หน้า 9

³⁸ ไพจิตร ปุณฺณพินฺธุ, “ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคต หรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้,” ตุลพาห 48,2 (พ.ค.-ส.ค. 2544) : 15-38

แนวทางที่สอง เห็นว่า การโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นได้โดยอาศัยเจตนาของคู่กรณี และกฎหมายอนุญาตให้โอนไปได้ต่อเมื่อสัญญาเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือไม่ตกเป็นโมฆะ เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งรวมถึงในเรื่องแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งถือเป็นข้อแม้ทางกฎหมายข้อหนึ่งว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปหรือไม่³⁹ ดังนั้นเมื่อคู่กรณีมีเจตนาที่จะทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนไปทันทีเมื่อทำสัญญาสมบูรณ์ตามมาตรา 458* การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นเรื่องของกฎหมายที่กำหนดให้ทำตามแบบและต้องมีเจตนาของคู่กรณีร่วมกันด้วย

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีของสัญญาซื้อขายนั้น ต้องแยกความคิดออกเป็นเรื่องของเจตนา กรรมสิทธิ์และแบบ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายสมบูรณ์เมื่อทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดส่งผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปตามหลักของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม แต่หากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด มิได้หมายความว่าสัญญาซื้อขายมิได้เกิดขึ้น เพียงแต่ในสายตากฎหมายผลของการไม่ทำตามแบบตกเป็นโมฆะเสมือนหนึ่งว่าสัญญาซื้อขายนั้นเสียเปล่าและไม่ก่อผลใดๆ เลยมาตั้งแต่ขณะทำสัญญาซื้อขายกัน

(ค) เมื่อพิจารณาควบทามตรา 456 วรรคแรก ที่กฎหมายบัญญัติให้การซื้อขายทรัพย์สินบางประเภทที่มีความสำคัญเช่นอสังหาริมทรัพย์ ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งกรณีดังกล่าวได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวทางปฏิบัติโดยยึดถือเจตนาของคู่กรณีในการทำตามแบบมาเป็นตัวแยกกระหว่างสัญญาจะซื้อจะขายและสัญญา

³⁹ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10. (แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2549) หน้า 175

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1700/2527 เมื่อโจทก์จำเลยทำหนังสือสัญญาซื้อขายที่พิพาทและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว การซื้อขายย่อมเด็ดขาด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อในทันทีเมื่อได้ทำสัญญากัน ตามมาตรา 458 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3601/2528 สัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างโจทก์และจำเลยได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่และกรรมสิทธิ์ในที่ดินซื้อขายโอนไปยังจำเลยแล้ว แต่หากจำเลยยังชำระค่าที่ดินไม่ครบถ้วนเป็นเรื่องที่จำเลยไม่ชำระหนี้ โจทก์มีสิทธิเพียงกำหนดเวลาตามสมควรให้จำเลยชำระหนี้ หากจำเลยไม่ชำระ โจทก์ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 และเมื่อเลิกสัญญาแล้ว โจทก์จึงมีสิทธิเรียกที่ดินคืนจากจำเลยตามมาตรา 391

ซื้อขายเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ การพิจารณาเจตนาของคู่กรณีขณะทำสัญญาว่าประสงค์จะเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในภายหลังหรือไม่ หากไม่มีเจตนาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด มีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะ แต่หากมีเจตนาดังกล่าวก็เป็นสัญญาจะซื้อขาย* ด้วยความเคารพ กรณีแนวทางตามคำพิพากษาของศาลนั้น ได้มีการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยเรื่องเจตนาการทำตามแบบแห่งนิติกรรมมาเป็นจุดที่ความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดและสัญญาจะซื้อขาย ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวการวินิจฉัยเช่นนี้และเห็นว่าผลของการไม่ทำตามแบบไม่ควรจะเป็นจุดที่ความต่างระหว่างสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดและสัญญาจะซื้อขายได้

กรณีที่สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ เพราะไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ถือว่าสัญญาซื้อขายเสียเปล่า ไม่มีผลบังคับใช้ได้ ดังนั้นคู่กรณีจะมาฟ้องร้องบังคับให้ทำตามแบบไม่ได้** เพราะไม่มีฐานทางกฎหมายในการฟ้องร้องบังคับคดีได้⁴⁰ ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่เป็นโมฆะ เพราะไม่ทำตามแบบ อาจสมบูรณ์ในฐานะเป็น

* คำพิพากษาฎีกาที่ 6289/2549 “ข้อความในหนังสือสัญญาซื้อขาย แม้จะระบุว่าผู้ขายได้รับชำระค่ามัดจำเป็นเงินจำนวนหนึ่งและยอมให้ผู้ซื้อชำระราคาที่เหลือภายใน 1 ปี พร้อมกับการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายก็ตาม แต่ก็ไม่มีข้อความตอนใดที่แสดงให้เห็นเจตนาของคู่สัญญาว่าหากผู้ซื้อชำระราคาครบถ้วนแล้ว ผู้ซื้อและผู้ขายจะไปทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในภายหลังต่อไป หนังสือสัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเมื่อมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดจึงตกเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 456 วรรคแรก โจทก์จึงไม่อาจนำหนังสือสัญญาซื้อขายมาฟ้องบังคับให้จำเลยในฐานะผู้จัดการมรดกโอนที่ดินพิพาทได้”

** คำพิพากษาฎีกาที่ 3641/2546 “สัญญาซื้อขายที่พิพาทปรากฏว่า ไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นเจตนาโจทก์และจำเลยว่าจะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในภายหลัง จึงเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด เมื่อไม่ทำตามแบบตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 456 วรรคแรก....”

⁴⁰ ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 96

สัญญาจะซื้อจะขาย โดยอาศัยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 174* ได้หรือไม่ มีความเห็นของ นักกฎหมายเป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก⁴¹ เห็นว่าไม่น่าจะทำได้ เนื่องจากหากยอมให้ทำได้แล้ว เท่ากับยอมให้สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่เป็นโมฆะ บังคับกันได้โดยผ่านสัญญาซื้อขาย ประกอบกับความแตกต่างของวัตถุประสงค์ระหว่างสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดอันเป็นการก่อให้เกิดผลของสัญญาซื้อขาย ในขณะที่สัญญาจะซื้อจะขายเพียงมีผลผูกพันว่าจะมาทำสัญญาเท่านั้น จึงไม่อาจที่จะสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่สัญญารู้ว่าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ แล้วคงตั้งใจแต่แรกให้สมบูรณ์เป็นสัญญาจะซื้อจะขาย อย่างไรก็ตาม หากเป็นการทำสัญญาซื้อขายที่ตกเป็นโมฆะนั้น หากเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งผู้ขายได้ส่งมอบการครอบครองแก่ผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้ออาจได้กรรมสิทธิ์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม กล่าวคือด้วยการครอบครองปรปักษ์นั่นเอง

แนวทางที่สอง⁴² เห็นว่าทำได้ กล่าวคือ เมื่อสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มิได้ทำตามแบบยอมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 456 แม้จะมีการชำระหนี้บางส่วนแล้ว ก็มีใช้ว่าสัญญาซื้อขายอันเป็นโมฆะนั้นจะสมบูรณ์บังคับกันได้ในฐานะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายเสมอไป จำต้องพึงเจตนาของคู่กรณีว่าได้แสดงเจตนาไว้ข้างต้นหรือไม่ ถ้าได้แสดงเจตนาเป็นสัญญาซื้อขายเท่านั้น ไม่ได้ตั้งใจให้สมบูรณ์อย่างเป็นทางการเลย ก็ยอมบังคับกันในฐานะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายไม่ได้ แต่หากได้แสดงเจตนาไว้ว่าให้สมบูรณ์อย่างเป็นทางการจะขายก็ยอมจะบังคับกันได้ตามเจตนาของคู่กรณี หรือหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาพากันไปจดทะเบียนการซื้อขาย แต่ยังมีทันได้จดทะเบียนให้สำเร็จเสร็จสิ้นไป อยู่ระหว่างดำเนินการจดทะเบียนและในที่สุดไม่มีการจดทะเบียนซื้อขาย กรณีนี้น่าจะถือได้ว่าสมบูรณ์โดยเข้าแบบนิติกรรมอย่างอื่นคือสัญญาจะซื้อจะขาย

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 174 บัญญัติว่า "การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะของนิติกรรมอย่างอื่นที่ไม่เป็นโมฆะ ให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้ตั้งใจมาแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่น ซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น"

⁴¹ ศนันทภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 96-97

⁴² วิชาญ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 136

จากความคิดเห็นดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นแรก เนื่องจากการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญานั้นเป็นเรื่องที่นำสืบพิสูจน์ได้ค่อนข้างจะยาก ประกอบกับสัญญาจะซื้อจะขายมีลักษณะเป็นสัญญาเบื้องต้น ที่ให้คู่สัญญาผูกพันกันเพื่อจะมาทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ซึ่งหากการแสดงเจตนาว่าให้สมบูรณ์เป็นสัญญาจะซื้อจะขายเมื่อไม่ทำตามแบบก็ไม่ตกเป็นโมฆะตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงไม่จำเป็นต้องมาอาศัยบทมาตรา 174 ในการบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี

(ง) แบบของสัญญาซื้อขาย ตามมาตรา 456 วรรคแรก กฎหมายกำหนดสิ่งที่ต้องกระทำ 2 ประการคือ

1. ต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งมาตรา 456 มิได้กำหนดว่าทำเป็นหนังสืออย่างไร แต่เป็นที่เข้าใจกันในหมู่ของนักกฎหมายว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร คือจะต้องมีการลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย

2. จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่กฎหมายที่ดิน* ซึ่งมีลักษณะเดียวกับแบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา 1299 ด้วย

จึงสรุปได้ว่า สัญญาซื้อขายของไทยเป็นสัญญาต่างตอบแทนก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกันถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว

2.1.2.3 ผลของการทำตามแบบ

(ก) ผลทางหนี้

เมื่อทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างถูกต้องมีผลให้สัญญาซื้อขายนั้นสมบูรณ์และใช้บังคับได้ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ แต่เนื่องจากกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องนามธรรม ดังนั้น แม้กรรมสิทธิ์จะโอนไปแล้ว ก็ไม่ได้หมายความว่า ผู้ซื้อในฐานะเจ้ากรรมสิทธิ์จะสามารถใช้อำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ได้ในทันที เพราะผู้ซื้ออาจยังมิได้รับมอบทรัพย์สินไปไว้ในครอบครอง จึงก่อให้เกิดผลทางหนี้ขึ้นระหว่างคู่กรณี ดังนี้

* ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 71 “ให้พนักงานที่ดินเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในเขตท้องที่สำนักงานที่ดินจังหวัดหรือสำนักงานที่ดินสาขานั้นด้วย”

(1) ผลทางหนี้ของผู้ขาย กล่าวคือ หนี้หรือหน้าที่หลักของผู้ขายที่มีต่อผู้ซื้อ คือการโอนการครอบครองหรือการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อ โดยวิธีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นต้องเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นไปอยู่ใน "เงื้อมมือ" ของผู้ซื้อ ซึ่งคำว่า "เงื้อมมือ" (at the disposal) หมายถึงการกระทำใดๆ ก็ตาม เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองหรือดูแลรักษาของผู้ซื้อ และผู้ซื้อสามารถใช้สิทธิครอบครองได้โดยสะดวก ตามมาตรา 461 และ 462 โดยลักษณะของการส่งมอบต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ รัฐบาลแห่งการส่งมอบ และเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อได้เข้าครอบครองจริงๆ ด้วย หากใช้เพียงแต่จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แล้วก็ถือว่าผู้รับโอนเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เดียวโดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินกันอีกไม่

สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์แม้จะเป็นหนี้หรือหน้าที่อีกประการหนึ่งของผู้ขาย แต่การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องทางกฎหมายมิใช่อาศัยเจตนาของคู่กรณี โอนกันเมื่อไรเป็นเรื่องความประสงค์ของสัญญา แต่โอนกันอย่างไรเป็นเรื่องของกฎหมาย⁴³ ดังนั้น ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมิได้กำหนดให้การโอนกรรมสิทธิ์เป็นหนี้ของผู้ขาย⁴⁴ ซึ่งแม้กฎหมายจะไม่เขียนไว้ชัดแจ้งว่าผู้ขายมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ แต่ก็ได้มีการบัญญัติไว้ในส่วนของความรับผิดในการโอนสิทธิ อันเป็นผลสะท้อนของสัญญาหรือผลโดยอ้อมของสัญญาซื้อขาย⁴⁵ หากผู้ขายไม่อาจจัดให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ เพราะถูกโต้แย้งสิทธิจากบุคคลภายนอก ผู้ขายก็ต้องรับผิดเพราะการโอนสิทธินั้น เนื่องจากความรับผิดในการโอนสิทธินั้นเป็นหน้าที่และความรับผิดของผู้ขายประการหนึ่ง นอกจากนี้ผู้ขายยังมีหน้าที่ต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ขายด้วย

(2) ผลทางหนี้ของผู้ซื้อ กล่าวคือ หนี้หรือหน้าที่ของผู้ซื้อนั้นเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 486 โดยให้ผู้ซื้อมีหนี้หรือหน้าที่ 3 ประการ

2.1 ต้องรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อ เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อที่จะรับมอบทรัพย์สินหรือรับมอบการครอบครองนั้น ก็เพราะกฎหมายเกรงว่าหากผู้ซื้อได้ตกลงซื้อทรัพย์สินแล้วไม่สนใจที่รับมอบทรัพย์สินไว้ในครอบครอง อันเป็นการสร้างความลำบากแก่ผู้ขายที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้นเมื่อกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้แน่นอนแล้ว ผู้ซื้อก็จะปฏิเสธไม่ยอมรับมอบทรัพย์สินไม่ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 486 หากผู้ซื้อปฏิเสธโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายแล้ว ผู้ซื้อก็ต้องรับผิดในค่าสินไหมทดแทน และอาจต้องรับผิดตามป.พ.พ. มาตรา 470 และ 471 ด้วย

⁴³ วิชาญ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 174-175.

⁴⁴ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 147.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

2.2 ต้องชำระราคา เป็นลักษณะของสัญญาซื้อขายที่กำหนดให้ ต้องมีการ "ตกลงให้ผู้ชำระราคา" เพราะหากไม่มีการตกลงในเรื่องนี้แล้ว สัญญาที่ทำอาจไม่ใช่ เรื่องการซื้อขาย เมื่อผู้ซื้อรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายแล้ว ก็ต้องชำระราคาเป็นค่าตอบแทน ในการ ชำระราคานั้น ผู้ซื้อต้องชำระราคาทั้งหมด จะชำระบางส่วนโดยผู้ขายไม่ยินยอมไม่ได้ เพราะ มิฉะนั้นผู้ขายอาจใช้สิทธิยึดหน่วงได้⁴⁶ โดยการชำระราคาในปัจจุบัน ไม่ต้องเป็นการชำระราคา เป็นเงินสดเหมือนดังในอดีตเสมอไป เพราะการชำระราคาอาจทำได้ด้วยการออกเช็คชำระราคาก็ได้⁴⁷ โดยการตกลงเรื่องราคานั้นให้เป็นตามที่กำหนดไว้ในป.พ.มาตรา 487-490

2.3 ต้องเสียค่าขนส่งตามมาตรา 464 โดยหนี้ในการชำระ ค่าขนส่งนั้น เป็นเรื่องของความตกลงระหว่างคู่สัญญาโดยอาจตกลงให้ผู้ขายเป็นผู้ออกก็ได้ แต่หากมิได้กำหนดเรื่องการชำระค่าขนส่งกันไว้ กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้ ได้รับประโยชน์เป็นผู้ชำระค่าขนส่งนั้น

(ข) ผลทางทรัพย์สิน

ผลทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขาย คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่ ทำสัญญาซื้อขายเสร็จสมบูรณ์ โดยหลักเกิดเมื่อผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เมื่อ เป็นทรัพย์สินที่มีตัวตนและเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งด้วย

การโอนกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับสังคมมนุษย์ ซึ่งกฎหมายของ ทุกประเทศจะมีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะในเรื่องของ สัญญา ดังนั้นเพื่อความเข้าใจถึงหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้เขียน จึงขออธิบายทฤษฎีระบบกรรมสิทธิ์⁴⁸ ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎี กล่าวคือ

(1) ทฤษฎีระบบสัญญาเดี่ยว หรือ Solo consensu เป็นระบบที่ถือ เจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ อาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบที่ใช้ความสมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญานั้นๆ เป็นเครื่องกำหนดเวลาของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน⁴⁹ เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญา เสร็จสิ้นยอมก่อให้เกิดผลทุกอย่างทั้งผลทางหนี้และผลทางทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ก็โอนไปทันทีทันใด

⁴⁶ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 221.

⁴⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 170.

⁴⁸ สมนึก พานิช, "สัญญาจะซื้อขาย," หน้า 24-25.

⁴⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, "เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน หน่วยที่ 1-8," พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สุโขทัยธรรมาธิราช , 2542) หน้า 104.

การส่งมอบจึงเป็นเพียงหน้าที่ของคู่สัญญาเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงอันเป็นเครื่องกำหนดเวลาการโอนทรัพย์สินในทรัพย์สิน กล่าวคือ สัญญาซื้อขายมีเพียงแต่ก่อให้เกิดหนี้ในระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่ยังมีผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปพร้อมกับความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย ระบบนี้จึงเป็นระบบที่รวมบ่อเกิดแห่งหนี้เข้ากับมูลเหตุของการโอนทรัพย์สิน หากนิติกรรมสมบูรณ์ ทรัพย์สินก็โอนไปทันที ประเทศที่ยึดถือระบบนี้ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ อิตาลี เป็นต้น

(2) ทฤษฎีระบบสัญญาคู่ เป็นระบบที่แยกสัญญาออกเป็นสองสัญญา กล่าวคือสัญญาทางหนี้ และสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งความมีผลของสัญญาทางทรัพย์สิน มีลักษณะเป็น "นิติกรรมลอย" คือมีผลสมบูรณ์ หรือบกพร่องอยู่ในตัวมันเอง ออกจากความมีผลของสัญญาทางหนี้⁵⁰ อันเป็นการแบ่งแยกเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์กับเรื่องหนี้ออกจากกัน ตามหลักกฎหมายโรมันเรื่อง traditio ซึ่งถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาและหนี้ ดังนั้น สัญญาทางหนี้จึงมีผลเพียงก่อตั้งบุคคลสิทธิ์ขึ้นในระหว่างบุคคลเท่านั้น กรรมสิทธิ์จะโอนไปต่อเมื่อได้มาทำสัญญาทางทรัพย์สิน โดยคู่สัญญาต้องทำตามแบบพิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งได้แก่ การแสดงเจตนาโอนและการส่งมอบทรัพย์สิน การตกลงและจดทะเบียนสิทธิในอสังหาริมทรัพย์นั้น ประเทศที่ยึดถือระบบนี้ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

อนึ่ง ในส่วนทฤษฎีการโอนกรรมสิทธิ์นั้น มีแนวความเห็นของนักกฎหมายไทยอธิบายหลักแห่งทฤษฎีดังกล่าวแตกต่างกัน ดังนี้

1. ความเห็นของท่านศาสตราจารย์วิชญ์ เครื่องาม⁵¹ เห็นว่า หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในระบบกฎหมายต่างๆ แบ่งออกเป็นระบบสัญญาเดี่ยวและระบบสองสัญญา โดยกล่าวว่าระบบที่การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา โดยพิจารณาจากเจตนาเพียงอย่างเดียว เช่นในระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสเป็นระบบสัญญาเดี่ยว แต่หากการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาและหนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ทำโดยการส่งมอบ เพราะมีการแยกนิติกรรมทางหนี้อันเป็นมูลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ และนิติกรรมทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน เช่นประเทศเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งถือหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยส่งมอบเป็นระบบสัญญาคู่

⁵⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทรัพย์สิน," วารสารนิติศาสตร์ 19, 2 (มิถุนายน 2532) : 78-102

⁵¹ วิชาญ เครื่องาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 173

2. ความเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ⁵² เห็นว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในประเทศที่ถือหลักกรรมสิทธิ์โอนโดยการส่งมอบนั้น ถือว่ากรรมสิทธิ์ยอมโอนสำเร็จไปโดยสัญญาโอนเพียงสัญญาเดียว ไม่ใช่สองสัญญา กล่าวคือ สัญญาโอนกรรมสิทธิ์นั้นมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือเจตนาโอนส่วนหนึ่ง กับการส่งมอบอีกส่วนหนึ่ง ประกอบกันเป็นสัญญาโอนเพียงสัญญาเดียว

จากทฤษฎีดังกล่าว เมื่อพิจารณาหลักการโอนกรรมสิทธิ์ของประเทศไทยแล้ว มีความเห็นของนักกฎหมายที่พิจารณาว่าตัวบทของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็อาจจะทำให้เข้าใจไปได้สองทาง นัยแรกว่าประเทศไทยเป็นระบบทฤษฎีสัญญาเดียว อีกนัยหนึ่งก็ว่าเป็นระบบผสมระหว่างทฤษฎีทั้งคู่ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาโดยละเอียดต่อไป

2.1.2.4 ผลของการไม่ทำตามแบบ

(ก) ผลทางหนี้

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ทำตามแบบ คือมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ ถือว่านิติกรรมนั้นมิได้มีขึ้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นยังคงเป็นของผู้ขาย หากผู้ขายได้รับชำระราคาบางส่วนไปแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้ชำระส่วนที่ขาดอยู่อีก สำหรับส่วนที่ได้รับไว้แล้ว ผู้ซื้อสามารถเรียกคืนได้ในฐานะลามิควรได้ ตามป.พ.พ. มาตรา 406-419 กล่าวคือผู้ขายไม่มีสิทธิยึดหน่วงราคาที่ได้รับไว้แล้ว และต้องคืนให้แก่กันและกัน⁵³

(ข) ผลทางทรัพย์สิน

ในการทำสัญญาซื้อขายนั้น ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สิน คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่ทำสัญญาซื้อขาย แต่เนื่องจากป.พ.พ. มาตรา 456 วรรคแรกเป็นบทยกเว้นของตามป.พ.พ. มาตรา 458 ดังนั้นการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องทำตามแบบเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งหากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว

⁵² กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษ และไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 23-24

⁵³ จุฬิธา จุลละบุษปะ, “แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย,” หน้า 34

มีผลให้นิติกรรมการซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ และกฎหมายกำหนดผลของการได้ซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรมไว้ว่า การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ย่อมไม่บริบูรณ์ ดังนั้น คำว่า “ไม่บริบูรณ์” นี้ ต่างกับคำว่า “โมฆะ หรือ ไม่สมบูรณ์” เพื่อความเข้าใจถึงความแตกต่างในผลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ จึงต้องทำความเข้าใจความหมายของความแตกต่างนั้น กล่าวคือ

“โมฆะ” หมายความว่า เสียเปล่า ไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมาย ไม่มีอะไรเหลือบังคับกันได้ ส่วนไม่สมบูรณ์นั้นแปลว่ายังไม่อาจถือหรือบังคับกันได้ตามสิทธินั้น

หรือ “ไม่บริบูรณ์”⁵⁴ หมายความว่า ยังไม่อาจถือหรือบังคับกันได้ตามทรัพย์สินนั้นๆ เท่านั้น แต่การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นหาเสียไปไม่ กล่าวคือไม่บริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สิน ไม่อาจใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกได้ แต่ยังมีผลบังคับได้ระหว่างคู่สัญญาในฐานะบุคคลสิทธิ

ผลทางทรัพย์สินของความไม่บริบูรณ์และความเป็นโมฆะนั้น แตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ “ไม่บริบูรณ์” นั้น กิจกรรมที่ทำแล้วไม่เสีย เป็นแต่ไม่เกิดผลตามกฎหมาย ถ้าได้ทำให้ครบบริบูรณ์ สิ่งที่ทำมาแล้วก็มีผลตามกฎหมาย แต่สิ่งที่เป็น “โมฆะ” นั้นเสียเปล่าทั้งหมด ไม่อาจทำต่อเติมในภายหลังให้สมบูรณ์ได้⁵⁵ มีข้อน่าสังเกตบางประการถึงคำว่า “ไม่สมบูรณ์” หมายความว่า กรณีที่มีความผิดปกติบางอย่างในการก่อนนิติกรรม ซึ่งความผิดปกตินี้ทำให้กฎหมายไม่ยอมรับให้นิติกรรมดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายเลย เช่น โมฆะกรรม หรือยอมรับให้มีผลทางกฎหมายเพียงชั่วคราว จนกว่าจะถูกบอกล้าง เช่น โมฆียะกรรม ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดปกตินั้นว่ามากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ดี “ความไม่สมบูรณ์” นี้ จะต้องพิจารณาแยกออกจาก “ความไม่บริบูรณ์” ของนิติกรรมด้วย แม้ว่าในความหมายโดยทั่วไปนิติกรรมที่ไม่บริบูรณ์จะถูกจัดไว้ในนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ก็ตาม⁵⁶

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอประเด็นที่จำต้องพิจารณาถึงคำว่า “ไม่บริบูรณ์” ซึ่งเป็นคำของกฎหมายอันมีความหมายในการบังคับใช้ในแต่ละนิติกรรมไม่เป็นไป

⁵⁴ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 72.

⁵⁵ บรรณานิกการ, “ชื่อและความหมายของนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์”, บทบัณฑิตย 14,1 (มีนาคม 2485) : 124-129

⁵⁶ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบาย ในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 142

ในทิศทางเดียวกัน เช่น ตามป.พ.พ. มาตรา 641 และมาตรา 650 กล่าวคือสัญญาซื้อขายมอบบริบูรณ์ เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นกฎหมายไม่ได้ใช้คำว่า “สมบูรณ์” ดังนั้น สัญญาซื้อขายที่ขาดการส่งมอบ จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นโมฆะ* อันแตกต่างจากนิติกรรมตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นเรื่องเดียวกับแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 ที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน อันถือเป็นเรื่องแบบแห่งนิติกรรมโดยแท้ หากไม่ทำตกเป็นโมฆะ กฎหมายก็ใช้คำว่า “บริบูรณ์” เหมือนกัน จึงเห็นได้ว่าผลความไม่บริบูรณ์ แห่งนิติกรรมตามสัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนั้นแตกต่างกัน การบังคับใช้คำตามกฎหมาย จึงยังมีความสับสนกันอยู่⁵⁷ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดแบบเอาไว้ ไม่ว่าจะทำนิติกรรมนั้นประการใดก็ย่อมมีผลสมบูรณ์ โดยกรณีนี้ได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาวางแนวทาง ปฏิบัติไว้ เช่น การเอาที่ดินเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาหุ้นส่วน หรือการเอามาตีใช้หนี้** นิติกรรมเหล่านี้อาจทำได้ด้วยวาจาก็ได้ แต่จะให้มีผลสมบูรณ์ในฐานะทรัพย์สินที่ซื้อขายกันแก่บุคคล ทั่วไป ก็ต้องดำเนินการในเรื่องการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิตามบรรพ 4 ให้ครบถ้วน เสียก่อน

ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่า นิติกรรมที่เป็นโมฆะ เป็นนิติกรรมที่สูญเปล่า ไม่ก่อผลใดๆ ทางกฎหมาย สิ่งที่ได้ปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่นั้น ถ้าเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน

* มีข้อสงสัยเกี่ยวกับประการเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน จะถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ กรณีนี้มีนักกฎหมายแสดงความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ ฝ่ายแรก ศ. ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร เห็นว่า “สัญญาซื้อขายที่ขาดการส่งมอบทรัพย์สินเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152” ฝ่ายที่สอง ศ. ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช เห็นว่า “การส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม หากเป็นแบบแห่งสัญญาไม่ควรจัดว่าอยู่ในชั้นการแสดงเจตนาเท่านั้น”

⁵⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ศ. จิตติ ติงศัทพ์และ ผศ. สุธีร์ ศุภนิตย์, ความรู้เบื้องต้นแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 4

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2519 การโอนกรรมสิทธิ์ตึกพิพาทตีใช้หนี้ไม่สมบูรณ์ เพราะมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ก็ไม่เป็นโมฆะ จำเลยโอนกรรมสิทธิ์ตึกพิพาทรวมทั้งสิทธิการเช่าที่ดินให้โจทก์ เป็นการแสดงเจตนาโอนการครอบครองให้โจทก์แล้ว จำเลยอยู่ในตึกพิพาทต่อมาก็โดยอาศัยสิทธิของโจทก์ โจทก์มีบุคคลสิทธิที่จะบังคับให้จำเลยออกไปจากตึกพิพาทที่โจทก์มีสิทธิครอบครองได้ โจทก์มีอำนาจฟ้อง

สิ่งใดโดยการรับชำระหนี้หรือโดยประการใด ย่อมถือเป็นการได้มาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมาย ผู้ชำระหนี้ไปแล้วสามารถเรียกคืนฐานลามิควรได้ นอกจากนี้ยังใช้บังคับถึงบุคคลภายนอกผู้ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะด้วย ส่วนนิติกรรมที่ไม่บริบูรณ์นั้นเป็นนิติกรรมที่ยังไม่บังเกิดผลตามกฎหมาย จึงยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ใดๆ จนกว่าจะได้ทำสิ่งที่ขาดนั้นให้บริบูรณ์ จึงจะถือว่านิติกรรมนั้นๆ มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

2.2 ระบบทะเบียน

2.2.1 ระบบทะเบียนที่ดิน

2.2.1.1 ความหมายและสาระสำคัญของทะเบียนที่ดิน

ทะเบียน ตามความหมายของราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า บัญชีจดลักษณะจำนวนคน จำนวนสัตว์ หรือจำนวนสิ่งของ ตลอดจนกิจการงานต่างๆ ที่รัฐบาลตั้งไว้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับประชาชนพลเมือง

ที่ดิน ตามความหมายของราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า พื้นแผ่นดินหรือพื้นดิน พื้นดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึงภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย

อนึ่ง คำว่า “ทะเบียนที่ดิน” ไม่มีคำจำกัดไว้ในราชบัณฑิตยสถาน แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า พบคำว่าทะเบียนที่ดิน ใน ป.พ.พ. มาตรา 1373 อันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า ผู้มีชื่อในทางทะเบียน(ที่ดิน) เป็นผู้มียุติครอบครอง ซึ่งเดิมศาลฎีกาได้วางแนววินิจฉัยชี้แจงให้ใช้เฉพาะที่ดินที่มีโฉนดเท่านั้น* แต่ปัจจุบันการตีความข้อสันนิษฐานมาตรา 1373 นั้น ทะเบียนที่ดิน หมายความว่ารวมถึง หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3, น.ส.3ก) ด้วย**

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3287/2532 จำเลยเป็นผู้มียุติครอบครองที่ดินพิพาท ระหว่างที่จำเลยไม่อยู่ ต. ขอดอกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ทับที่ดินของจำเลย โดยจำเลยมิได้ยินยอมด้วย ต. ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครองตามกฎหมาย การที่ ต. นำที่ดินพิพาทมาขายให้ ส.แล้ว ส. โอนขายที่ดินพิพาทซึ่งตนไม่มีสิทธิครอบครองให้แก่โจทก์ต่อ แม้จะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม โจทก์ก็ไม่ได้สิทธิครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย โจทก์อ้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 มาใช้บังคับไม่ได้.

** คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3565/2538 ที่พิพาทซึ่งจำเลยครอบครองอยู่เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินตามน.ส.3ก.ที่โจทก์มีชื่อเป็นผู้มียุติครอบครองต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่ง

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์⁵⁸ เห็นว่า ทะเบียนที่ดิน หมายถึง การบันทึกหลักฐานทางราชการเกี่ยวกับที่ดินทุกประเภทที่การบันทึกนั้นมีข้อความแสดงให้เห็นว่า ผู้ถือหนังสือเป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย

คุณวัณณะ โนนคู่เขตโขง⁵⁹ เห็นว่า ทะเบียนที่ดิน หมายถึง บัญชีจด ลักษณะของที่ดิน ซึ่งได้แก่ทะเบียนหนังสือสำคัญ เช่น ทะเบียนการครอบครองที่ดิน หนังสือสัญญาขายที่ดิน และทะเบียนหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิอันได้แก่โฉนดที่ดิน

ดังนั้นคำว่า "ทะเบียนที่ดิน" ในความเข้าใจของผู้เขียน หมายความว่า การจดบันทึกคุณสมบัติอย่างเป็นทางการของสิทธิในการถือครองที่ดินทุกประเภท ผ่านทางเอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน ที่เรียกว่า โฉนดที่ดิน หรือหนังสือสำคัญอื่นๆ เช่น หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3, น.ส.3 ก) ส.ค.1 เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ถือเอกสารสิทธิดังกล่าว เป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย และทำให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงสิทธิและสภาพทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินแปลงดังกล่าวด้วย

ลักษณะสำคัญของ "ทะเบียนที่ดิน" ควรจะมีองค์ประกอบสำคัญ⁶⁰ ดังต่อไปนี้

- (1) สามารถตรวจสอบที่ตั้งแนวเขตที่ดิน และเนื้อที่ดินได้ เพื่อที่จะได้ทราบว่า ที่ดิน แต่ละแปลงตั้งอยู่ที่ใด มีแนวเขตอย่างไร และเนื้อที่เท่าใด
- (2) เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน
- (3) แสดงรายการทรัพย์สินที่จำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ หรือภาระผูกพันอันติดไปกับที่ดิน

และพยานิชย์มาตรา 1373 ว่า โจทก์ซึ่งมีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง ข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงที่ดินที่น.ส.3 หรือน.ส.3ก. ด้วย

⁵⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเกี่ยวกับการเกษตร, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชุมนุมสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย, 2528), หน้า 15

⁵⁹ วัณณะ โนนคู่เขตโขง, "คำบรรยายเรื่องทะเบียนที่ดิน," วารสารที่ดิน 23, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2520) : 75

⁶⁰ สนธิชัย จันทร์พานิช "ปัญหาการบังคับใช้ ป.พ.พ. มาตรา 1299 กับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2542), หน้า 26-27

นอกจากนี้ระบบที่ดินที่ดีควรมีลักษณะสำคัญอื่นๆ ด้วย เช่น ความมั่นคง (Security) ความเรียบง่าย (Simplicity) ความถูกต้อง (Accuracy) ความฉับไว (Expedition) ความประหยัด (Cheapness) ความเหมาะสมกับสภาพทั่วไป (Suitability) และความสมบูรณ์ของระบบการบันทึก (Completeness of the record)⁶¹ ด้วย และสาระสำคัญที่พึงขาดเสียมิได้ คือให้ความเป็นเจ้าของสิทธิตามทะเบียนที่ดิน อันเป็นหลักฐานมั่นคงและไม่สูญเสียชีวิตหรือไม่อาจจะลบล้างสิทธิได้ (Indefeasible Right) และให้เป็นพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังได้ โดยไม่ต้องนำสืบด้วย (Conclusive Evidence)⁶² อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ทะเบียนที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินยอมรับคือ โฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำประโยชน์ นอกจากนี้ โฉนดที่ดินนั้นได้รับการยอมรับให้เป็นทะเบียนที่ดินตาม ป.พ.พ. ด้วย

2.2.1.2 หลักทั่วไปของระบบทะเบียนที่ดิน

ระบบทะเบียนที่ดินที่นิยมในปัจจุบันมีอยู่ 2 ระบบ คือ⁶³

(ก) ระบบการจดทะเบียนหนังสือกรรมกรรม (Registration of Deeds)

1. ความหมายของดีด (Deed)

Deed คือ สัญญา สารตรา หรือตราสารที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นเอกสารทางกฎหมายที่สำคัญที่ใช้ในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในที่ดิน การทำดีดนี้ คู่กรณีจะจัดทำขึ้นกันเอง ซึ่งตามปกติผู้โอนจะเป็นผู้ทำโดยลงลายมือชื่อ ประทับตราและส่งมอบให้ผู้รับโอน ดังนั้นตามรูปศัพท์ Registration of deeds ก็คือ ระบบการจดทะเบียนเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน⁶⁴

2. หลักการสำคัญของระบบการจดทะเบียนกรรมกรรม (Registration of Deeds)

2.1 การจดทะเบียนนั้น มีไว้เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมหนังสือสัญญาต่างๆ ที่ได้ทำกันไว้เพื่อให้ผู้ที่ซื้อที่ดิน ผู้รับจ้าง หรือผู้อื่นที่มาเกี่ยวข้องกับเจ้าของที่ดิน

⁶¹ วสันต์ กิจบำรุง “ระบบทะเบียนที่ดิน,” วารสารที่ดิน 31, 2 (มีนาคม-เมษายน 2828) :3-4

⁶² กรมที่ดิน, 100 ปี กรมที่ดิน, (กรุงเทพฯ ; กรมฯ, 2543), หน้า 111.

⁶³ สุภา สง่าไพบูลย์ “ระบบทะเบียนที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารที่ดิน 48, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2545) :29-30

⁶⁴ วสันต์ กิจบำรุง, การปรับปรุงระบบทะเบียนที่ดินและการให้บริการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., ม.ป.ป), หน้า 6

ได้มาตรวจสอบ กันเองว่ามีใครทำผิด โอนที่ดินแปลงใด ให้ใคร หรือที่ดินนั้นทำถูกต้อง หรือผู้นั้นมี สิทธิขายหรือไม่เท่านั้น⁶⁵ การซื้อขายที่ดินจะมีผลบังคับและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้โอนได้ ทำผิดและส่งมอบที่ดินให้กับผู้รับโอน กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้ซื้อทันที แต่ไม่ใช่เกิดจากการนำที่ดิน ไปจดทะเบียน เพราะระบบนี้การได้กรรมสิทธิ์ขึ้นอยู่กับการทำผิดโดยตรง และการจดทะเบียนจะ ไม่มีผลบังคับหากผิดที่ทำนั้นไม่ถูกต้องหรือเป็นโมฆะ⁶⁶ ทะเบียนดังกล่าวจึงมิได้มีไว้เพื่อแสดงหรือ รับรองว่าใครเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในที่ดิน แต่จะเป็นการบันทึกความจริงที่ว่าได้มีการทำ เอกสารสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ดังนั้นการจดทะเบียน Deed จึงมิใช่การจดทะเบียน ทรัพย์สิน

2.2 เมื่อจดทะเบียนแล้ว กฎหมายจะบัญญัติผลของการจดทะเบียนไว้แบบใดแบบหนึ่งในสามแบบ คือ แบบที่หนึ่ง กำหนดให้ ดิด (Deed) ที่จดทะเบียนแล้ว ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลได้ แบบที่สอง กำหนดให้ ดิด (Deed) ที่ไม่ได้นำมาจดทะเบียน ไม่มี ผลบังคับ ส่วนแบบที่สามกำหนดให้ดิด (Deed) ที่จดทะเบียนแล้วมีสิทธิดีกว่าดิดที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือนำมาจดทะเบียนทีหลัง ทั้งนี้ ไม่คำนึงว่าดิดใดจะทำขึ้นก่อนกัน⁶⁷

2.3 การจดทะเบียนในระบบดิด เป็นการนำสัญญามาจดในสมุด อีกล่มหนึ่งที่เจ้าหน้าที่จัดไว้ให้ สมุดเล่มนี้เรียกว่า “ทะเบียน” ในการจัดทำทะเบียนดังกล่าว จะให้ความสำคัญต่อชื่อคู่สัญญามากกว่าตัวแปลงที่ดินและการจัดเก็บเอกสารก็ไม่ได้แยกเป็น รายแปลง ทำให้ยากต่อการตรวจสอบเรื่องราวเกี่ยวกับที่ดิน ระบบทะเบียนแบบนี้จึงมีประโยชน์ แค่ช่วยป้องกันไม่ให้มีการทำสัญญากันแบบลับๆ และช่วยอำนวยความสะดวกในการตรวจสอบ สัญญา ข้อเท็จจริงอื่นๆ ต่อไปเท่านั้น แต่ในทางทฤษฎีแล้วจะพิจารณาเฉพาะทะเบียนที่ดิน เพียงอย่างเดียวไม่ได้ จึงมีการคิดค้นระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ หรือระบบทอร์เรนส์ขึ้น

⁶⁵ วสันต์ กิจบำรุง, “ระบบทะเบียนที่ดิน,” :11-12

⁶⁶ วีระศักดิ์ วิไลสงคราม “ปัญหากฎหมายในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน ในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย), หน้า 36

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-14

(ข) ระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ (Registration of Title) หรือระบบทอร์เรนส์ (Torrens System)

1 ความหมายของหนังสือแสดงสิทธิ (Title) และความเป็นมาของระบบทอร์เรนส์ (Torrens System)

Title หมายถึง กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ ตามรูปศัพท์ Registration of Title จึงหมายถึง การจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ระบบทอร์เรนส์นี้ ได้รับการคิดค้นในปี ค.ศ. 1855 โดย Sir Robert Richard Torrens ได้ทำการคิดระบบทะเบียนแบบใหม่ขึ้นมา เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ที่พบในระบบดีด (Deed) ดังนั้นในระบบ ทอร์เรนส์ (Torrens System) นั้นจึงถือว่าทะเบียนที่ดินที่นายทะเบียนสร้างขึ้นนั้น ใช้สำหรับเป็นหลักฐานในการแสดงสิทธิต่างๆ ในที่ดิน (register alone proves titles) กล่าวคือ ถ้าในทะเบียนแสดงว่า ผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินนั้นก็ให้ถือว่า ผู้นั้นมีสิทธิตามที่ปรากฏในทะเบียนโดยเด็ดขาด ผู้อื่นจะนำสืบหักล้างเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เว้นแต่มีการขอลด

2. หลักการสำคัญของระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ (Registration of Title) หรือระบบ ทอร์เรนส์ (Torrens System)

2.1 ในการจัดทำทะเบียนที่ดิน ถือว่าทะเบียนที่ดินเป็นหลักในการแสดงออกซึ่งสิทธิในที่ดิน ที่ดินแปลงหนึ่งจะมีทะเบียนที่ดินของตนเองโดยเฉพาะ ซึ่งในทะเบียนที่ดินจะแสดงสาระสำคัญ 3 ประการคือ ส่วนที่หนึ่งเป็นส่วนที่แสดงว่า ที่ดินนั้นอยู่ที่ใด มีเนื้อที่และแนวเขตเท่าใด ซึ่งจะต้องมีการรังวัดและกำหนดตำแหน่งที่ดินแล้ว ปกติจะจำลองรูปแบบแผนที่ที่ดินไว้ในทะเบียน และหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย ส่วนที่สอง จะเป็นการบอกชื่อผู้มีสิทธิในที่ดิน และที่อยู่เอาไว้ด้วย และส่วนที่สามจะเป็นส่วนที่แสดงสิทธิหรือภาระต่างๆ ที่ติดไปกับที่ดิน เช่นการจำนอง จำนอง เช่า เป็นต้น ดังนั้น ในการจดทะเบียนในระบบนี้ ถือว่าเป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินโดยตรงไม่ใช่เป็นเพียงแต่การจดทะเบียนตัวหนังสือสัญญาที่ทำให้ได้สิทธิในที่ดินอย่างในระบบดีด (Deed) ซึ่งระบบทอร์เรนส์ (Torrens System) นั้น จะต้องมีการทำหนังสือสัญญา และนำมาจดทะเบียนด้วยเหมือนกัน แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการจดทะเบียนสัญญา และนำรายการลงในทะเบียนที่ดินนั้นเป็นการจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง⁶⁸

⁶⁸ วสันต์ กิจบำรุง, “ระบบทะเบียนที่ดิน,” : 22-24.

2.2 การก่อตั้งสิทธิในที่ดินหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน จะต้องจดบันทึกลงในทะเบียนที่ดินก่อน จึงมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับบุคคลทั่วไปได้ ถือได้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์มีผลเมื่อนายทะเบียนทำการจดทะเบียน ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์เกิดจากการกระทำของนายทะเบียนไม่ใช่เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน เพราะแม้คู่สัญญาตกลงจะทำสัญญากันแล้ว แต่นายทะเบียนไม่จดทะเบียนให้ สัญญาก็ไม่มีผลบังคับ ถือเป็นหลักการสำคัญ เพราะจะทำให้ทะเบียนแสดงถึงสถานะทางกฎหมายของที่ดินแปลงหนึ่งๆ ได้ตรงกับสภาพความเป็นจริง⁶⁹

2.3 ลักษณะเด่นของระบบการจดทะเบียนนี้ คือกฎหมายจะรับรองว่า ทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์เกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด ผู้ใดจะกล่าวอ้างลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนไว้ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ตามหลัก"การเพิกถอนไม่ได้"(Indefeasibility of Title) เว้นแต่มีข้ออ้างที่สามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อลบล้างทะเบียนได้ ดังนั้น ผู้มีชื่อในที่ดินจึงมีสิทธิโดยเด็ดขาด นอกจากนี้ ยังมีบทเพื่อคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินที่มีชื่อในทางทะเบียนหรือผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน รวมทั้งคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย รัฐจึงได้จัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) สำหรับเยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการใช้ระบบทะเบียน รวมทั้งนำระบบทนายความ (Solicitor) มาช่วยตรวจสอบความถูกต้องของสัญญาด้วย⁷⁰

อนึ่ง จากการศึกษาาระบบการจดทะเบียนดังกล่าว ทำให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างระบบแบบดีด (Registration of deeds) กับระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ (Registration of title) ในหลักการสำคัญกล่าวคือ ระบบดีด (Registration of deeds) นั้น จะเป็นการจดทะเบียนเอกสารหรือสัญญาที่ใช้ในการก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน สิทธิที่ได้มานั้นขึ้นอยู่กับว่าทำสัญญากันถูกต้องหรือไม่เท่านั้น เพียงแต่การจดทะเบียนก่อให้เกิดผลทางกฎหมายให้สามารถอ้างทะเบียนนั้นเป็นพยานในศาลได้ จึงไม่ใช่การจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง แต่ระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ (Registration of title) นี้จะเป็นการจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง ดังนั้น แม้สัญญาที่ทำกันไว้หรือสิทธิของผู้โอนมีข้อบกพร่องก็ตาม และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร หากผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน เมื่อจดทะเบียนแล้วก็กลายเป็นว่าข้อบกพร่องนั้นได้รับการแก้ไข โดยการจดทะเบียนได้สิทธิโดยตรงไม่ใช่เกิดจากการทำสัญญากันอีกต่อไป นอกจากนี้ระบบดังกล่าว ยังมีบทกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ได้รับความเสียหาย

⁶⁹ สัตยชัย ศรีศักดิ์ดา, "คนกลางในการซื้อขายที่ดิน," หน้า 48.

⁷⁰ วัฒนะ โนนคู่เขตโขง, "ระบบทอร์เรนส์," วารสารที่ดิน 23, 2 (มีนาคม-เมษายน 2520) :11-17

จากการใช้ระบบทะเบียน โดยมีการจัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) อีกด้วย ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าระบบการจดทะเบียนสิทธิทั้งสองระบบข้างต้น มีลักษณะและวิธีการบางประการทำนองเดียวกับระบบการจดทะเบียนของไทย เมื่อศึกษาระบบการจดทะเบียนของกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าระบบการจดทะเบียนของไทยมีลักษณะผสมระหว่างระบบแบบดีด (Registration of deeds) กับระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิ (Registration of title) ซึ่งท่านอาจารย์ศิริ เกวลินสฤกษ์⁷¹ เรียกระบบการจดทะเบียนแบบนี้ว่า “การจดทะเบียนระบบเทอร์เรนส์แบบไทยๆ” ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อที่ 2.2.3.2

2.2.1.3 หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการจดทะเบียนที่ดิน⁷²

(ก) ความหมายของการจดทะเบียนที่ดิน

การจดทะเบียนที่ดิน คือการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายที่ดิน ได้ทำการจดทะเบียนที่ดินซึ่งผู้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินและได้มาตามกฎหมายแล้ว นำเข้าทำการรังวัดจดลงในแผนที่ระวาง โดยมีระยะเวลาและแผนที่ต้นร่างของที่ดินแปลงนั้น ตามหลักและวิธีการของวิชาการของวิชารังวัดทำแผนที่ ซึ่งมีการจดทะเบียน มีเลขแผนที่ระวาง และเลขแปลงที่ดินในระวาง

การจดทะเบียนที่ดินไม่ว่าจะเป็นการรังวัดออกโฉนดที่ดิน โดยกระบวนการที่ทางราชการบังคับ ที่เรียกกันว่าเดินสำรวจทั้งตำบล ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 58 หรือโดยสมัครใจมายื่นคำขอรังวัดออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะราย ตามมาตรา 59 ประกอบด้วยการจดทะเบียน 3 ส่วน คือ

(1) การจดทะเบียนตัวทรัพย์สิน ในกรณีที่ดินคือ การทำการรังวัดแปลงที่ดินที่ในแผนที่ระวางนำลงในแผนที่ระวางนั้น โดยเก็บระยะและแผนที่ต้นร่างที่ทำการรังวัดประจำแปลงที่ให้เลขที่ดินในแผนที่ระวาง และตำบลปกครองท้องที่ไว้เป็นหลักฐาน เพื่อการตรวจสอบ

⁷¹ ศิริ เกวลินสฤกษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน พร้อมมกฎกระทรวง และระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2537), หน้า 157

⁷² อมรา สาขากร, “การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 36-38

(2) การจดทะเบียนเจ้าของทรัพย์สินในกรณีที่ดิน ก็ต้องเป็นบุคคลที่ได้ที่ดินนั้นมาตามกฎหมายที่ดินแล้ว และครอบครองทำประโยชน์อยู่ ได้เป็นผู้นำทำการรังวัด โดยจดชื่อตัว ชื่อสกุล อายุ สัญชาติ บิดามารดา ตำบลที่อยู่ปัจจุบัน และความสามารถที่จะถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย

(3) การจดทะเบียนภาระอันติดอยู่กับทรัพย์สิน ซึ่งในขณะทำการรังวัดออกโฉนดที่ดิน หรือนำที่ดินมาจดทะเบียนครั้งแรก อาจมีภาระจำยอมทรัพย์สินติดอยู่ก่อนแล้วก็ได้ ก็ต้องระบุให้ปรากฏในทางทะเบียนสำหรับที่ดินแปลงนั้นด้วย เพราะระบบทะเบียนที่ดินเป็นสิ่งที่ต้องเปิดเผยให้ประชาชนรู้

(ข) ลักษณะของการจดทะเบียน

การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จะกล่าวถึงมีลักษณะดังนี้

(1) การจดทะเบียนสิทธิ หมายถึง สิทธิที่เป็นสิ่งสืบเนื่องมาจากผลของกฎหมาย กล่าวคือเป็นสิทธิที่บุคคลมีอยู่หรือได้มาเพราะกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น สิทธิในการรับมรดก ตามป.พ.พ. มาตรา 1599 การครอบครองปรบักษ์ ตามป.พ.พ. มาตรา 1382 เป็นต้น

(2) การจดทะเบียนนิติกรรม หมายถึง การกระทำของบุคคลที่มีกฎหมายรับรองให้กระทำอันก่อผลผูกพันขึ้นระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นโดยการก่อ โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิก็ตาม เช่น การซื้อขาย การให้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนสิทธิหรือนิติกรรมก็ตาม จะต้องเป็นการจดทะเบียนเฉพาะที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(ค) ขั้นตอนการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม* มีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ขั้นตอนการยื่นคำขอ โดยผู้ขอหรือคู่กรณีจะต้องยื่นคำขอพร้อมส่งโฉนดที่ดิน หรือหลักฐานอย่างอื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในขณะที่ยื่นคำขอ ซึ่งกรณีดังกล่าวในการร้องขอจดทะเบียนนั้น จะต้องใช้แบบพิมพ์ ท.ด.1 ซึ่งเป็นแบบคำขอสำหรับจด

* รายละเอียดโปรดดู <http://www.dol.go.th/lo/smt/article/article9.htm>

ทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้เป็นหลักฐานขั้นต้นในการพิจารณาและดำเนินการจดทะเบียนต่อไป

(2) ขั้นตอนการสอบสวน กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะทำการสอบสวน สิทธิ ความสามารถ และความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม ข้อกำหนดสิทธิในที่ดินและการค้าที่ดิน หรือ การการหลีกเลี่ยงกฎหมาย รวมทั้งทุนทรัพย์ที่ขอจดทะเบียน และรวมถึงการตรวจสอบสารบบ ที่ดินและหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ตรวจอาัยต์ ตรวจบัญชีการเวนคืนด้วย

(3) ขั้นตอนการตรวจสภาพที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์ที่มาขอจดทะเบียน ซึ่งการตรวจสภาพนี้มักจะกระทำเฉพาะที่ดินที่ไม่มีโฉนด หรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น ที่อยู่บนที่ดินนั้น

(4) ขั้นตอนการประกาศ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม บางประเภทจำเป็นต้องมีการประกาศเสียก่อน ทั้งนี้เพราะมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับที่ดินดังกล่าว ได้ทราบว่ามีบุคคลมาขอดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เกี่ยวกับที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้โอกาสที่จะยื่นคำขอโต้แย้งคัดค้านและพนักงาน เจ้าหน้าที่จะได้พิจารณาเพื่อความเป็นธรรมต่อไป

(5) ขั้นตอนการจัดสัญญาหรือบันทึกข้อตกลง หากเป็นการ จดทะเบียนเกี่ยวกับนิติกรรม ก็ต้องมีการจัดทำสัญญาหรือบันทึกข้อตกลง โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็จะทำสัญญาหรือบันทึกข้อตกลงให้และให้คู่กรณีและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐานด้วย ซึ่งเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่รับคำขอนั้นก็จะส่งเรื่องทั้งหมดรวมทั้งโฉนดที่ดิน ใบไต่สวนหรือ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ฉบับเจ้าของที่ดิน และเงินค่าธรรมเนียม ค่าภาษีเงินได้ฯ ค่า อากรแสดมภ์ และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไปให้เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ดำเนินการจดทะเบียนให้ โดยบันทึกลงในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินไว้ทั้งสองฉบับ คือฉบับ สำนักงานที่ดินกับฉบับเจ้าของที่ดินให้ตรงกัน

(6) ขั้นตอนตรวจสอบก่อนจดทะเบียน เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้จดทะเบียนได้รับคำขอที่ถูกส่งไปให้แล้วก็จะตรวจสอบหลักฐานต่าง ๆ อีกครั้งหนึ่งเพื่อความ ถูกต้อง เช่นตรวจว่ามีอาัยต์ ยึด หรือเหตุอื่น ๆ หรือไม่ หากมีข้อขัดข้อง เช่น ที่ดินถูก ยึด หรืออาัยต์ ก็ไม่อาจจดทะเบียนให้ได้ แต่ถ้าไม่มีข้อขัดข้อง พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะ จดทะเบียนให้ไปพร้อมกับลงลายมือชื่อและประทับตราประจำตำแหน่งเสร็จแล้ว ก็จะส่งโฉนด ที่ดิน ใบไต่สวน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หนังสือสัญญา และใบเสร็จรับเงินฉบับที่จะต้อง มอบให้ผู้ขอกลับคืนมายังพนักงานเจ้าหน้าที่รับคำขอและส่งเรื่องไปคืนแก่เจ้าของผู้ขอต่อไป

(ง) วัตถุประสงค์ของระบบทะเบียน

การที่กฎหมายกำหนดระบบทะเบียนไว้ นั่น เพื่อเป็นการแสดงถึงสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลเกี่ยวกับสิ่งที่บันทึกได้ โดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายเป็นผู้จัดทำและดูแลรักษา โดยมุ่งเน้นถึงความคุ้มครองแก่ประชาชน เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ดังนั้นเหตุผลแห่งการกำหนดระบบทะเบียนนั้น จึงได้แก่

- (1) เพื่อประโยชน์ในการแสดงสิทธิความเป็นเจ้าของ และให้สาธารณชนสามารถตรวจสอบความถูกต้องของผู้มีสิทธิได้
- (2) เพื่อประโยชน์ของรัฐในการควบคุมทรัพย์สินที่มีความสำคัญ เช่น ที่ดิน เครื่องจักร เป็นต้น ให้มีการแสดงออกซึ่งสิทธิเพื่อเป็นหลักฐานในการยืนยันและพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้
- (3) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาทางการค้าการพาณิชย์
- (4) เพื่อเป็นหลักฐานในการจัดเก็บภาษีอากร และการเก็บรวบรวมสถิติของราษฎรเพื่อประโยชน์ในการจัดบริการทางสังคม และพัฒนาประเทศ

2.2.2 ระบบทะเบียนที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.2.1 ความเป็นมาของระบบทะเบียน

(ก) ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4

วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน นับตั้งแต่ครั้งโบราณกาลนั้น การแสดงออกซึ่งสิทธิในที่ดินจะแสดงออกด้วยการครอบครอง ต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องสิทธิในที่ดินขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรปรากฏขึ้น ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยตราเป็นกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 35 42 และ 43⁷³ ซึ่งมีข้อความดังนี้

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 35 “ถ้าผู้ใดโก่นสร้างเล็กรั้งที่ไร่นา เรือกสวนนั้น ให้ไปบอกแก่เสนา นายระวาง นายอากร ไปดูที่ไร่นา เรือกสวนที่โก่นสร้างนั้นให้รู้มาก แลน้อย ให้เสนา นายระวาง นายอากรเขียนโฉนดให้ไว้แก่ผู้เล็กรั้งโก่นสร้างนั้น...”

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 42 “ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพพระมหานครศรีอยุธยา มหาดีลกภพนพรัตนราชธานีบุรีรมย์ เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลาย ผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่จะเป็นที่ราษฎรหาได้ไม่...”

⁷³ ศักดิ์ ไทยวัฒน์, “การจัดการระบบการถือที่ดิน,” อุลพาห 11, 6 (มิถุนายน 2507) : 6-20.

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 43 “ถ้าที่นอกเมืองหลวง อันเป็นแคว้น แคว้นกรุงศรีอยุธยา ไซ้ที่ราษฎร อย่าให้ซื้อขายกัน อย่าละไว้ให้เป็นทำเลเปล่า แลให้นายบ้าน นายอำเภอ ร้อยแขวง และนายอกรจัดคนเข้าอยู่ในที่นั้น...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ทำให้ทราบว่า ที่ดินทั้งสิ้นเป็นของ พระมหากษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว ราษฎรผู้เข้าทำประโยชน์เป็นแต่เพียงอาศัยพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ หากราษฎรผู้ใดประสงค์จะได้ที่ดินไปทำประโยชน์ต้องบอกเสนานายระวาง นายอกรให้ออกตรวจสภาพที่ดินจะไถ่นิสร้างเล็กร้างยกขึ้นเป็นไร่นาสวนก่อน ซึ่งเจ้าหน้าที่ในการ นั้นจะเขียนใบอนุญาตที่เรียกว่า “โฉนด”^{*} ให้ผู้ขอยึดถือเป็นสำคัญ จึงมีข้อสงสัยเกิดได้ว่า กฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยายังไม่มีแนวความคิดเรื่องระบบทะเบียนที่ดินที่จะใช้เป็นหลักฐาน แห่งกรรมสิทธิ์ การออกโฉนดเป็นเพียงเอกสารที่ทางราชการออกให้แก่เจ้าของที่ดินเพื่อเป็นการ เรียกเก็บภาษีอากรเท่านั้น⁷⁴

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นนั้น ถือเป็นช่วงริเริ่มของการพัฒนา ระบบที่ดิน ทั้งทางด้านการออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์และการจดทะเบียนที่ดิน โดยในสมัยนี้ได้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินให้เป็นหลักฐานแล้ว แต่หนังสือที่ออกให้นี้ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ ในทางทะเบียนที่ดิน แต่ออกให้เพื่อความสะดวกในการที่เจ้าพนักงานจะเก็บภาษีอากรเช่นเดียวกับ สมัยกรุงศรีอยุธยา หนังสือสำคัญดังกล่าวมีอยู่ 4 ชนิด ได้แก่ โฉนดสวน โฉนดป่า โฉนดตราแดง โฉนดสำคัญสำหรับที่บ้าน แต่ครั้นเมื่อช่วงพ.ศ. 2444 ถึง พ.ศ. 2497 ประเทศไทยได้มีนโยบายที่จะเปิดรับอารยธรรมของชาติตะวันตกเข้ามา ดังนั้นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) จึงทรงได้นำวิธีการของประเทศที่เจริญแล้วมาใช้บังคับ และได้มีพระบรมราชโองการ สำหรับการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินเพื่อจัดทำทะเบียนขึ้นเป็นหลักฐาน โดยทรงมี พระราชดำริที่จะจัดระบบที่ดินในประเทศไทยเสียใหม่ จึงจัดทำหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ใน ที่ดินตามแบบของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเรียกระบบนี้ว่า ระบบทอร์เรนส์ (Torrens System) และได้มีพระบรมราชโองการสำหรับการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินเพื่อจัดทำทะเบียนขึ้นเป็น หลักฐานเมื่อวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2544 มีการประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 เพื่อวาง ระเบียบเกี่ยวกับการออกโฉนดว่า “เป็นหนังสือพิมพ์แบบหลวง บอกชื่อแลตำแหน่งเจ้าพนักงาน

^{*} คำว่า “โฉนด” ภาษาเขมร แปลว่า หนังสือ ดังนั้น มีข้อสงสัยเกิดว่า “โฉนด” ในสมัย อยุธยา จึงมิใช่หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์สำหรับที่ดิน

⁷⁴ ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 326.

ออกโฉนด ซึ่งวงศ์ตระกูล ที่อยู่ผู้รับโฉนด ตำแหน่งแห่งที่ดิน แลขนาดที่ดินที่ซึ่งจุดเขตทั้งสี่ทิศ และจำลองรูปแผนที่ดินแปลงสำคัญในการแก้ทะเบียนที่ดินแปลงนั้นต่อไปในภายหน้าด้วย โดยโฉนดที่ออกให้แก่เจ้าของที่ดินตามพระราชบัญญัตินี้ ที่ดินอยู่ในเขตเมืองใด ต้องประทับตราตำแหน่งผู้บัญชาการเมืองนั้น นายอำเภอผู้ปกครองท้องที่ซึ่งที่ดินแปลงนั้นอยู่ในนั้น แลเจ้าพนักงานเกษตรราชการได้เซ็นชื่อประทับตรา จึงเป็นโฉนดอันได้ทำโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷⁵ และได้มีการจัดตั้งหอทะเบียนที่ดินขึ้นรวมถึงการวางกฎข้อบังคับในการโอนและแก้ทะเบียนด้วย จึงเห็นได้ว่า หนังสือสำคัญใหม่นี้ต้องลงหมายเลขหลักเขตและเนื้อที่ให้ครบถ้วน โดยมีแผนที่ครบถ้วนไม่รูล้ำที่ของผู้อื่นติดอยู่ด้วย และต้องทำหนังสือดังกล่าวไว้เป็น 2 ฉบับไว้ให้แก่เจ้าของฉบับหนึ่งอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่ตั้งขึ้นโดยเฉพาะ เรียกว่าหอทะเบียน การโอนก็จำเป็นต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงานหอทะเบียน และสลักหนังสือเป็น 2 ฉบับ จึงสมบูรณ์⁷⁶ สำหรับการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนที่ดินนั้น กฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรราชการ ฉบับลงวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2444 (ร.ศ.120) ได้กำหนดวิธีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนที่ดินไว้ 2 ประเภท⁷⁷ คือ

(1) ประเภทโอนทะเบียน หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ซึ่งขาดจากเดิมตามกฎหมาย ได้แก่ ขาย ให้ และรับมรดก เป็นต้น

(2) ประเภทแก้ทะเบียน หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ซึ่งไม่ขาดจากเดิม ได้แก่ จำนำ ขายฝาก และเช่า เป็นต้น

วิธีการเปลี่ยนแปลงแก้ทะเบียนทั้งสองประเภทนี้มีหลักสำคัญคือ ต้องแก้ทะเบียนในโฉนดทั้งสองฉบับเจ้าของที่ดินและฉบับหอทะเบียน ทั้งแก้ไขในสารบัญชารายชื่อ กับสารบัญชที่ดินด้วย

ต่อมาในช่วงปลายปี พ.ศ. 2451 รัชกาลที่ 5 ทรงเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการจัดให้เอกชนถือครองที่ดินมีอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ และมีการออกหนังสือสำคัญเกี่ยวกับที่ดินให้แก่ราษฎรหลายประเภท ประกอบกับต้องการให้มีการออกหนังสือสำคัญดังกล่าวให้เป็นแบบเดียวกันทั้งประเทศ จึงได้มีการรวบรวมบรรดากฎหมายที่กระจัดกระจายให้เป็น

⁷⁵ ภูธร ภูมะธน และสมชาย หลั่งหมอยา, “การจัดระเบียบการออกโฉนดที่ดินแบบใหม่ตามประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.120 (2544) และแก้ไขเพิ่มเติมเป็นพระราชบัญญัติที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451)”, สะพานรวมบทความทางประวัติศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 1), แผนกประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,พ.ศ. 2520, หน้า 206

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 334-335

⁷⁷ กรมที่ดิน, 100 ปี กรมที่ดิน, หน้า 113

หมวดหมู่ชัดเจน โดยมีได้ยกกว้างขึ้นใหม่แล้วตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 โดยมีมาตรา 39 เป็นมาตราหลักในการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของในที่ดิน รวมถึง การเปลี่ยนวิธีการแสดงออกจากการครอบครองมาเป็นการแสดงออกโดยทางทะเบียน กล่าวคือ กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนลงในโฉนดที่ดินด้วย

มาตรา 39 บัญญัติว่า “ผู้ได้รับประโยชน์เกี่ยวข้อด้วยเรื่องที่ดินซึ่ง ได้รับโฉนดตามพระราชบัญญัตินี้ คือโดยการซื้อขาย ให้ปัน แลกเปลี่ยน รับมรดก เช่าถือ จำนำ หรือถ้อยถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับแล้ว จึงเป็นอันได้กระทำการนั้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย มิฉะนั้นอย่าให้ถือว่าได้ให้อำนาจอย่างไรแก่ กันเป็นอันขาด เว้นไว้แต่ในการเช่าถืออันมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี จึงไม่จำต้องแก้ทะเบียน”

สาระสำคัญของมาตรา 39 นี้ ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิในที่ดิน โดยทะเบียนอย่างเคร่งครัด และใช้อย่างกว้างขวางกับการเปลี่ยนแปลงในทุกๆกรณี เช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เป็นต้น รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงใดๆ ซึ่งสิทธิในที่ดินในกรณีอื่นๆ ก็ต้องมีการ จดทะเบียนด้วย มิฉะนั้นต้องถือว่าไม่ได้ให้อำนาจอย่างใด⁷⁸ อย่างไรก็ดี แม้หลักการตาม มาตรา 39 จะถือเป็นหลักการทางทะเบียนที่ดี แต่ก็มีข้อบกพร่องที่สำคัญ 2 ประการ⁷⁹ กล่าวคือ

(1) การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 39 หมายถึง การได้มา ทุกประเภทซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนก่อนจึงจะได้กรรมสิทธิ์ ซึ่งไม่สอดคล้องกับความจริง เนื่องจากการได้มาโดยผลของกฎหมาย ถือว่าการได้มานั้นสมบูรณ์ทันที เช่น สิทธิของทายาท ผู้รับมรดก (ตามมาตรา 1599) หรือโดยพินัยกรรม (มาตรา 1603) เป็นสิทธิตามกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน ผู้ได้มาก็ได้กรรมสิทธิ์แต่ไม่สามารถโอนให้กับบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่ จะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน

(2) กรณีบุคคลภายนอกได้อสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว บุคคลดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้จะได้รับการแก้ไขภายหลังการร่างมาตรา 1299

จึงเห็นได้ว่า ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นั้น ถือเป็นยุคแห่งการเริ่มต้นของ การมีระบบทะเบียนของไทย ซึ่งในสมัยดังกล่าวไม่มีปัญหาเรื่องที่ดินไม่มีกรรมสิทธิ์ เพราะที่ดินที่

⁷⁸ วิรัช ไตรพิทยากุล “บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 14.

⁷⁹ สนธิชัย จันทร์พานิช, “ปัญหาการบังคับใช้ป.พ.พ. มาตรา 1299 กับที่ดินที่มีหนังสือ รับรองการทำประโยชน์”, หน้า 69

ราษฎรเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่แล้ว เพียงแต่เปลี่ยนแปลงลักษณะการแสดงออกจากหลักการครอบครองมาเป็นหลักทะเบียน ซึ่งมีข้อน่าสังเกตว่า มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 เป็นมาตราหลักในการแสดงออกซึ่งสิทธิในที่ดินทางทะเบียน กล่าวคือกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนลงในโฉนดที่ดินด้วย และมาตรา 39 ยังถือว่าเป็นมาตราที่มีอิทธิพลต่อการร่างมาตรา 1299 ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาในลำดับถัดไป

(ข) ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4

ในช่วงแรกของการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 นั้น เดิมคณะกรรมการร่างกฎหมายชาวต่างประเทศเป็นผู้ร่างเป็นฉบับภาษาอังกฤษแล้ว คณะกรรมการชาวไทยจึงได้มาทำการตรวจชำระ และปรับปรุงแก้ไขอีกครั้ง ดังนั้น ต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 จึงแบ่งเป็น 2 ช่วง ดังนี้

1. การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ.2462 (ปี ค.ศ. 1919)

1.1 การเสนอร่างกฎหมายลักษณะทรัพย์

ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์นั้น คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายชาวต่างประเทศได้ทำการเสนอร่าง Draft Civil and Commercial Code Book IV : Law on Thing ต่อที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมาย โดยได้ทำการยกร่างหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไว้ 2 ประการ คือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยผลของหนี้ (มาตรา 20) และโดยผลของกฎหมาย (มาตรา 21) แห่งร่างกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2462 ไว้ดังนี้

มาตรา 20 * “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยผลของหนี้ย่อมบริบูรณ์ด้วยการจดทะเบียนสิทธิของเขาลงในทะเบียนที่ดินเท่านั้น

(อ้างมาตรา 656 วรรค 1 และมาตรา 657 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส)

* Section 20 –The acquisition of ownership on immovable by the effect of obligations is complete only by registration of the right of the owner in the land register (S. 656, 1 st para, 657)

มาตรา 21^{**} ในส่วนของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้มาโดยผลของกฎหมาย โดยการครอบครอง หรือโดยทางมรดก กรรมสิทธิ์ย่อมผ่านมือเมื่อเขาได้ปฏิบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แม้จะยังไม่ได้จดทะเบียนก็ตาม แต่เขาไม่อาจยกเอาสิทธินั้นขึ้นยันต่อบุคคลภายนอก หรือโอนสิทธินั้นต่อไป จนกว่าจะได้มีการจดทะเบียนแล้ว”

(อ้างมาตรา 176, 177 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น มาตรา 656 วรรค 2 657 และ 662 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส)

โดยหลักการตามมาตรา 20 และ 21 นั้น มีทำนองเดียวกับ มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ในส่วนของหลักการแสดงออกซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยทางทะเบียน แต่มาตรา 20 และมาตรา 21 ได้พัฒนาหลักการก้าวขึ้นมาอีกระดับหนึ่ง กล่าวคือ มาตรา 20 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาโดยผลของหนี้ ซึ่งถ้าไม่จดทะเบียนแล้ว การได้มานั้นจะไม่บริบูรณ์ ส่วนมาตรา 21 ว่าด้วยการได้มาโดยทางอื่นที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถ้าไม่มีการจดทะเบียนแล้วเพียงแต่จะเอาการได้มานั้นยกขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกไม่ได้ ในขณะที่มาตรา 39 ถือเอาการได้มาโดยทุกกรณีหากไม่จดทะเบียนในทะเบียนแล้วไม่มีสิทธิใดๆ เกิดขึ้นต่อกันทั้งสิ้น⁸⁰ อย่างไรก็ตาม ร่างบทบัญญัติมาตรา 20 และมาตรา 21 ยังไม่ครอบคลุมปัญหาทุกกรณี กล่าวคือหากบุคคลภายนอกได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยเสียค่าตอบแทน และโดยสุจริตจากผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินแล้วจะสามารถยกต่อสู้กับเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ได้มาโดยผลของกฎหมายได้หรือไม่ และกรณีดังกล่าวได้เป็นการตั้งข้อสังเกตไว้ในท้ายร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย*

^{**} Section 21- As regard immovables which are acquired by the effect of the law, by way of occupation or by way of inheritance the right of ownership develops, even before the registration, upon the acquirer, when he has complied with the conditions required by law. But he cannot set up his right against third persons or dispose or dispose of it until registration has been made”

⁸⁰ วิรัช ไตรพิทยากุล, “บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน”, หน้า 18-19.

* รายละเอียดโปรดดู Draft Civil and Commercial Code. Book on Thing. AC 13/4., p.215-225

1.2 ข้อท้วงติงและความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย

จากร่างเดิมที่คณะกรรมการชาวต่างประเทศได้ร่างพิมพ์ไว้ เมื่อปี พ.ศ. 2462 คณะกรรมการร่างกฎหมายได้พิจารณาถ้อยคำสำนวนและหลักกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง โดยได้มีการประชุมร่วมกันระหว่างกรรมการชาวไทยและชาวต่างประเทศ ซึ่งปรากฏตามรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายกรรมการร่างกฎหมาย แผนกประมวลกฎหมาย และบันทึกการประชุม เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2470⁸¹ ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ นาย ชาลส์ เลเว็ก ได้ส่งร่างมาตรา 20 ต่อที่ประชุม โดยบัญญัติมาตรา 20 ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 656

คณะกรรมการไทย โดยพระยาจินดาภิรมย์ ฯ เห็นว่า มาตรา 20 ควรร่างให้ชัดเจนกว่านี้ และไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงลักษณะของทรัพย์สิน ควรกล่าวเป็นกลางๆ เช่นเดียวกับร่างมาตรา 456 บรรพ 3 จึงได้ร่างมาตรา 20 ขึ้นใหม่ดังนี้

มาตรา 20 “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งนี้ ย่อมบริบูรณ์ด้วยการจดทะเบียนสิทธิลงในทะเบียนที่ดินเท่านั้น เมื่อนิติกรรมอันได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่ ในบังคับแห่งบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง”*

ความเห็นของกรรมการไทย ในส่วนการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันมีขึ้นโดยมูลแห่งนี้ จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าพนักงาน ความในมาตรานี้มีอยู่ในบรรพ 3 ซึ่งบางทีกินความถึงนายทะเบียนหรือนายอำเภอคนใดคนหนึ่งแล้วแต่พฤติการณ์เป็นเรื่องๆ นอกจากนี้ ความตามมาตรา 20 ใหม่สามารถตีความหมายให้รวมถึงมาตรา 21 และมาตรา 22 ได้ กล่าวคือ การได้กรรมสิทธิ์โดยวิธีหักล้างทางพง โดยผลแห่งกฎหมาย โดยทางมรดก หรือโดยการเข้าปกครองครบกำหนดเวลา (ครอบครองปรปักษ์) ก็ดี

⁸¹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม-สคก.3/8 (ไมโครฟิล์ม) เรื่อง รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ลงวันที่ 20 พฤษภาคม พุทธศักราช 2470

* Section 20. – “The acquisition of ownership of immovables by the effect of obligation is complete only when the juristic act creating the obligation is made in writing and registered by the competent official in accordance with the laws relating thereto”

แม้มาตรา 21 และ 22 มิได้กล่าวไว้โดยชัดเจน แต่มีข้อความแสดงไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องมีแบบเป็นลายลักษณ์อักษรในการโอนกรรมสิทธิ์จากเจ้าของเดิมไปยังผู้ถือกรรมสิทธิ์คนใหม่ แต่ก็สามารถเทียบเคียงกลับกัน โดยใช้ตามนัยมาตรา 20 ใหม่ได้ และมุ่งหมายที่จะใช้มาตรา 21 ให้สิทธิแก่บุคคลผู้ที่ปกครองยึดถือที่ดินเกิน 10 ปี เป็นผู้มีสิทธิดีกว่าเจ้าของ

แต่กรรมการชาวต่างประเทศ โดยนายอาร์ กียอง และนายเรเน กาโซ ได้ท้วงติงว่า จะเป็นการขัดแย้งในตัว เพราะการจดทะเบียนถือเป็นหลักฐานสำคัญในการแสดงกรรมสิทธิ์ต่อบุคคลภายนอก รวมไปถึงปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่สามนั้น

คณะกรรมการชาวไทยจึงได้เถียงประเด็นดังกล่าวว่า หากบุคคลที่สามได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ที่ดินก่อนผู้ปกครองที่ได้สิทธิไว้ นั้น เห็นว่าควรคุ้มครองบุคคลที่สามให้มีสิทธิดีกว่าผู้ปกครองทรัพย์ที่อยู่ครบกำหนดโดยมีสิทธิแต่เปลือเรือ กฎหมายฉบับที่ออกบังคับใช้นี้บังคับใช้ได้เฉพาะในพระราชอาณาจักรเฉพาะตำบลที่มีนายทะเบียนที่ดิน ส่วนตำบลอื่นๆ จำต้องอนุโลมตามวิธีการปฏิบัติ โดยถือเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลต้องวินิจฉัยตามพฤติการณ์แห่งคดี”

จากข้อความในบันทึกดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในการประชุมของกรรมการร่างกฎหมายชาวไทยและชาวต่างประเทศ ต่างถกเถียงกันในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่ว่าการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางใด ไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยผลทางหนี้ ผลทางกฎหมาย หรือโดยวิธีอื่นใดก็ตาม การคุ้มครองกรรมสิทธิ์เหนืออสังหาริมทรัพย์เป็นไปโดยระบบการจดทะเบียน

ผลที่สุด ในปีพ.ศ. 2471 คณะกรรมการร่างกฎหมายได้ทำการตรวจพิจารณาครั้งที่ 2 โดยทำการแก้ไข ตัดออกและเพิ่มเติมหลักกฎหมายจากร่างเดิมของคณะกรรมการชาวต่างประเทศ โดยมีมาตรารวมทั้งสิ้น 137 มาตรา ซึ่งมาตรา 20 และ 21 ได้กลายมาเป็นมาตรา 2 และมาตรา 3 ดังนี้

มาตรา 2 (มาตรา 1 ทวิ) “ภายในบังคับแห่งข้อยกเว้นทั้งหลาย อันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือบทกฎหมายอื่น ท่านว่าการถือเอาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวเนื่องกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่สำเร็จบริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมอันได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว

ผู้ได้ทรัพย์สินชอบที่จะจดทะเบียนสิทธิของตนได้ และกรณีที่ได้มาโดยการโอนแล้วจะเรียกให้ผู้โอนทำการจดทะเบียนในทางที่จะเป็นคุณแก่ตนได้”

บทบัญญัติมาตรา 2 นี้ ได้มีความเห็นของกรรมการที่ขอเสนอว่า “เมื่ออ่านมาตรา 2 ร่วมกับมาตรา 1 ตริ* ฟังได้ว่าเราประสงค์ที่จะให้การโอนซึ่งไม่ได้จดทะเบียนนั้นใช้ได้ในระวางกันเอง คือยังยอมให้มีผลอยู่บ้าง ซึ่งนัยยะนี้เหมือนจะขัดกับการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 ซึ่งบัญญัติว่า “การซื้อขายซึ่งไม่จดทะเบียนเป็นโมฆะ” คือใช้ไม่ได้เสียเลย หนทางที่จะไม่ให้ขัดกันก็ต้องแก้ถ้อยคำที่ใช้มาตรา 456 แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ได้นำขึ้นกราบบังคมทูลแล้ว** เหตุฉะนั้นจึงเสนอให้บัญญัติมาตรา 1 ทวิใหม่คือใช้คำว่า unless otherwise provided แทนคำว่า Subject to exceptions provided เพราะเหตุว่ามาตรา 456 ไม่ใช่ exception” โดยเปลี่ยนมาตรา 2 (มาตรา 1 ทวิ)⁸² ดังนี้

มาตรา 2 (มาตรา 1 ทวิ) “ถ้ามิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในประมวลกฎหมายนี้ ท่านว่าการถือเอาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ไม่สำเร็จบริบูรณ์ จนกระทั่งนิติกรรมอันได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นจะทำได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว”

มาตรา 3 (มาตรา 1 ตริ) “สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังไม่ได้จดทะเบียนนั้น จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้มาโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิแล้วไม่ได้

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้ามีข้อพิพาท ท่านว่าสิทธิของผู้รับโอนโดยมีค่าตอบแทนยอมเป็นผลสำเร็จเหนือสิทธิของผู้รับโอน โดยไม่มีค่าตอบแทน แต่ถ้าผู้รับโอนโดย

* มาตรา 1 ตริ “อันว่าทรัพย์สินนั้น จะเกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทั้งหลายของประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายทั้งหลายอื่น”

** มีข้อนำสังเกตบางประการที่ผู้เขียนขอเสนอว่า ความขัดแย้งแห่งบทบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรก และมาตรา 1 ตริ (มาตรา 1299 วรรคแรกในปัจจุบัน) นั้น เป็นเรื่องที่คณะกรรมการร่างกฎหมายต่างเห็นถึงความขัดแย้งในตัวบททั้งสอง แต่เนื่องจากกรณีนี้เป็นเรื่องของการบัญญัติกฎหมายเรื่องเดียวกัน แต่ต่างคราวต่างวาระกัน จึงใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่แท้จริงแล้วเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรา 456 วรรคแรกและมาตรา 1299 วรรคแรก ต่างมีนัยที่จะบังคับให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

⁸² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สดก. 1/74 (ไมโครฟิล์ม) เรื่อง ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4, (กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2474)

“ไม่มีค่าตอบแทนกลับโอนสิทธินั้นต่อไปให้แก่บุคคลภายนอก รับไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน และบุคคลภายนอกนั้น ได้จดทะเบียนการโอนแล้ว สิทธิของผู้นั้นย่อมได้ผลสำเร็จ”

บทบัญญัติมาตรา 3 นี้ ได้มีความเห็นของกรรมการที่ขอเสนอว่า ในส่วนของวรรค 2 เห็นว่าไม่น่าจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ถ้าบุคคลซื้อที่ดินโดยที่มีโฉนดแผนที่แล้ว เวลาไปทำสัญญาซื้อขายเจ้าพนักงานก็ต้องบอกให้ผู้ขายจัดการโอนกรรมสิทธิ์เสียก่อน มิฉะนั้นคงไม่ทำการแก้ไขเบี่ยงให้ อนึ่งหากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจริง ก็ไม่ควรที่จะยอมให้ผู้ได้อสังหาริมทรัพย์โดยมีค่าแลกเปลี่ยนได้สิทธิดีกว่าผู้ที่ได้เปล่าๆ ควรจะพิจารณาถึงความสุจริตเท่านั้นก็พอ จึงควรพิจารณาใหม่ว่า บทบัญญัติที่มีอยู่แล้วโดยตัววรรค 2 นี้ ออกจะพอเพียงแก่การบังคับคดีหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะกรรมการตรวจชำระประมวลกฎหมาย ในช่วงหลังได้ตรวจชำระร่างกฎหมายอีกครั้งโดยเรียงลำดับเลขมาตราใหม่ เพื่อให้บรรพ 4 รับเลขมาตราในบรรพ 3 ซึ่งกรรมการร่างกฎหมายได้ประชุมตรวจพิจารณาร่างบรรพ 4 นี้ อีกครั้งในต้นเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2472

2. การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2472 (ปี ค.ศ.1929)

ภายหลังยกร่างกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2462 ได้มีการตรวจชำระร่างกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง โดยนำปัญหาที่ตั้งข้อสังเกตท้ายมาตรา 20 และมาตรา 21 ดังกล่าวมาพิจารณาและได้ทำการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยบัญญัติให้เป็นร่างมาตรา 1299 และมาตรา 1300 ใหม่ ดังนี้

2.1 การตรวจแก้ไขร่าง มาตรา 1299

มาตรา 1299* “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่ นิติกรรมทำเพื่อได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอัน

* Section 1299- Subject to exceptions provided in this code or other laws, no acquisition of immovable property or of real right appertaining to immovable property is complete unless the juristic act by which it is acquired, if any, is made in writing and registered before the competent official.

เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าว่ามี จะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

ผู้ได้มามีสิทธิที่จะขอจดทะเบียนของตน และถ้าได้มาโดยการโอนไซ้ จะเรียกให้ผู้โอนทำการจดทะเบียนให้แก่ตนก็ได้”

มาตรา 1300 ** “สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไซ้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังไม่ได้จดทะเบียนนั้น จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้มาโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิแล้วไม่ได้

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้ามีข้อพิพาท ท่านว่าสิทธิของผู้รับโอนโดยมีค่าตอบแทน ย่อมได้ผลสำเร็จเหนือสิทธิของผู้รับโอน โดยไม่มีค่าตอบแทน แต่ถ้าผู้รับโอนโดยไม่มีค่าตอบแทนกลับโอนสิทธินั้นต่อไปให้แก่บุคคลภายนอก รับไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน และบุคคลภายนอกนั้น ได้จดทะเบียนการโอนแล้ว สิทธิของผู้นั้นย่อมได้ผลสำเร็จ

จากร่างบทบัญญัติมาตรา 1299 และมาตรา 1300 จะเห็นได้ว่าลักษณะทำนองเดียวกับการตรวจแก้ไขร่างประมวลกฎหมายในปี 2471 และมีข้อน่าสังเกตว่า ข้อความคิดว่าด้วยการแยกแยะผลของการได้มาที่ไม่จดทะเบียนตามวิธีการได้มา ตามที่ปรากฏในมาตรา 20 และ 21 ของร่างกฎหมายฉบับปี พ.ศ. 2462 ได้ถูกตัดออกไป แม้มาตรา 1299 ของร่างใหม่นี้ จะมีถ้อยคำโน้มเอียงที่จะใช้กับการได้มาโดยนิติกรรม แต่ก็มีได้บังคับเจาะจงอย่างชัดแจ้ง ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในทางทะเบียนว่ากรณีที่เป็นการได้มาโดยไม่จดทะเบียนไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยทางใด จะต้องใช้มาตรา 1299 หรือมาตรา 1300

ดังนั้น ผลจากความไม่ชัดเจนที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้มีการหยิบยกบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์โดยทางทะเบียน

** Section 1300 -“As long as the acquisitions right has not been registered, it cannot be set up against a third person who has in good faith acquired and registered his right.

However, in case of conflict, the right of the transferee for value shall prevail as against the gratuitous transferee, provided that, if the latter has retransferred the right to third person in good faith and for value and that person has had the transfer registered, the right of such person shall prevail”

ขึ้นมาพิจารณาใหม่ ซึ่งปรากฏตามบันทึก เรื่องผลการจดทะเบียนในกรณีการได้มาซึ่ง อสังหาริมทรัพย์ ในการประชุมฯ ดังต่อไปนี้

เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2472⁸³ โดยคณะกรรมการชาว ต่างประเทศได้พิจารณาถึงปัญหาในเรื่องการจดทะเบียน ในส่วนของการได้มาหรือการโอน อสังหาริมทรัพย์ และผลของการจดทะเบียน โดยการตั้งเป็นข้อสังเกตและข้อเสนอแนะที่น่าสนใจ ดังนี้

“ ตามกฎหมายว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์นั้น เห็นว่าการได้มาซึ่ง ทรัพย์สินอาจจะมีได้ 2 ทาง กล่าวคือ

(1) กรณีการได้มาโดยนิติกรรมสัญญา ซึ่งมีบัญญัติอย่าง ชัดแจ้งในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ซื้อขาย มาตรา 456 แลกเปลี่ยน มาตรา 519 ให้ มาตรา 525) วางหลักว่า ทรัพย์ย่อมไม่โอนไปตราบเท่าที่นิติกรรมนั้นไม่ได้จดทะเบียน ซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 วิธีกรรมนี้สอดคล้องกันและถือเป็นยุติแล้ว ยังผลให้ไม่มีข้อพิพาทระหว่างบุคคลผู้กล่าวอ้างสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย การที่มีบุคคลเพียง คนเดียวที่จะสามารถจดทะเบียนและมีสิทธิกล่าวอ้างถึงกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินอย่างอื่นจาก การนั้น เพราะคนอื่น ๆ ย่อมไม่อาจได้จดทะเบียนหรือ จดทะเบียนภายหลังโดยสำคัญผิด นิติกรรม ที่เขาทำนั้นย่อมไม่มีอยู่และไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ

(2) หากเป็นการได้มาโดยทางอื่นแล้ว การได้มาย่อมบริบูรณ์ ทันที แต่การจดทะเบียนยังคงเป็นสิ่งที่จำเป็นในการที่เจ้าของทรัพย์จะเข้าเกี่ยวข้องกับสิทธิใน โอนทรัพย์นั้นหรือยกสิทธิในนั้น ขึ้นยันต่อบุคคลภายนอก เช่นทายาทโดยธรรมย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์ ของเจ้ามรดกทันทีที่เจ้ามรดกตาย แต่ต้องจดทะเบียนการโอนเสียก่อนจึงจะสามารถเข้าจัดการ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นได้ ซึ่งวิธีกรรมนี้แท้ที่จริงแล้วก็คือ หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดย ทางอื่นนอกจากนิติกรรมนั่นเอง

ในที่สุดคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายชาวต่างประเทศ ต่างเห็น พ้องว่าหลักการของเรื่องดังกล่าวข้างต้นเป็นเรื่องที่เป็นปัจจุบันและเหมาะสมแล้ว โดยเห็นว่าควร แก้ไขมาตรา 1299 เพื่อที่จะแสดงหลักการดังกล่าวได้อย่างชัดเจน

⁸³ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สดก. 1/78 (ไมโครฟิล์ม) เรื่อง ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4, (กรุงเทพฯ :หอจดหมายเหตุ, 2474)

มาตรา 1299 ควรใช้กับการได้มาโดยนิติกรรมเท่านั้น (และต้องไม่มีคำว่า “ถ้ามี” ดังที่ปรากฏในฉบับปัจจุบัน) ซึ่งเป็นการถูกต้องที่จะกล่าวว่า “การได้มานั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่ นิติกรรมทำเพื่อได้มานั้นจะได้ทำหนังสือจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ” เช่นนี้จะเป็นเพียงการยืนยันตามนโยบายที่ได้กำหนดไว้แล้วในการซื้อขาย มาตรา 456 แลกเปลี่ยน มาตรา 519 ให้ มาตรา 525 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดินเพียงเท่าที่เกี่ยวกับสัญญาเหล่านั้น การย้ำเช่นนี้ไม่เป็นเรื่องที่น่าตำหนิ เพราะหลักทั่วไปนี้จะไปปรากฏอยู่ในตอนต้นของบรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์ อนึ่งมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการที่มาตรา 1299 ไม่ได้กล่าวถึงข้อพิพาทของผู้ได้มาหรือผู้ที่จะได้มาสองฝ่ายนั้นเป็นการชอบแล้ว ทั้งนี้ เพราะหลักการที่ว่า การโอนสมบูรณ์โดยการจดทะเบียนเท่านั้นจะไม่ยอมให้มีใครอื่นที่จะจดทะเบียนได้ นอกจากผู้รับโอนและเจ้าของเท่านั้น

เนื่องจากประเทศไทยได้ร่างบทบัญญัติมาตรา 1299 เติมนตามแบบทส่วนหนึ่งที่ลอกเลียนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศสวิสแล้วพบว่า ถือเป็นเรื่องการจดทะเบียนเป็นเรื่องสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่าต้องสุจริตหรือไม่สุจริต ซึ่งการถือเอาการจดทะเบียนเป็นใหญ่ นั้นเป็นผลดีสำหรับประเทศที่มีสำนักทะเบียน ทั้งนี้เพราะก่อให้เกิดความมั่นคงสมบูรณ์แก่บุคคลผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินอย่างอื่นในที่ดิน โดยถือเอาทะเบียนเป็นเด็ดขาด จะได้เถียงหักล้างเป็นอย่างอื่นไม่ได้ แต่หากมีความผิดพลาดหรือความบกพร่องเกิดขึ้น ทำให้กรรมสิทธิ์นั้นไม่มีอยู่หรือนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะหลักของประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 973 และ 974 โดยเฉพาะส่วนที่บัญญัติว่า “บุคคลใดได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ หรือทรัพย์สินในที่ดินโดยสุจริตโดยเชื่อถือตามรายการในทะเบียน สิทธิของเขาย่อมได้รับความคุ้มครอง” ผลของการถือหลักการนี้คือ ในกรณีที่มีการเพิกถอนรายการในทะเบียน ผู้รับโอนโดยสุจริตจากบุคคลผู้มีชื่อเป็นเจ้าของในทะเบียนแต่ถูกเพิกถอนไปภายหลัง ยังคงเป็นเจ้าของและได้รับการคุ้มครอง เช่นนี้เป็นการไม่ให้มีการพิพาทหรือเพิกถอนให้กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ได้มาโดยสุจริต ซึ่งจะเป็นผู้มีสิทธิอย่างมั่นคงปลอดภัยด้วยผลของการจดทะเบียน ณ สำนักทะเบียนที่ดิน

2.2 ข้อสงสัยเกิดบางประการเกี่ยวกับ มาตรา 1299

เมื่อได้ตรวจชำระประมวลกฎหมายแล้วเสร็จลง ก่อนที่จะมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ได้ส่งร่างประมวลกฎหมายไปยังหน่วยงานต่างๆ เพื่อร่วมพิจารณา หากมีความสงสัยหรือข้อสงสัยเสนอแนะประการใด จะได้นำเสนอต่อกรมร่างกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนขอเสนอคำถามในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 1299 ดังนี้

รายงานการประชุมกรรมการองคมนตรี ครั้งที่ 2/2473 เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ.2473⁸⁴ ดังนี้

พระยาเทพวิฑูรช ได้ตอบข้อสงสัย กรณีคำว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” นั้น เหตุที่ผู้ร่างบัญญัติเช่นนี้ ก็เพราะภายหน้าอาจมีกฎหมายบังคับขึ้นเป็นพิเศษในบางเรื่องว่าไม่ต้องจดทะเบียน หากไม่บัญญัติเช่นนี้แล้ว อาจมีผู้เข้าใจผิดคิดว่ามาตรานี้ยกเลิกกฎหมายบางบท เช่นกฎหมายมรดกบทที่ 49 ในเรื่องการทำพินัยกรรมไม่ได้อยู่ในบังคับแห่งมาตรานี้ แต่เป็นกฎหมายอื่นซึ่งเป็นข้อยกเว้นของมาตราดังกล่าว

รายงานการประชุมกรรมการองคมนตรี ครั้งที่ 3/2473 เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ.2473⁸⁵ และครั้งที่ 4/2473 เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2473ดังนี้

พระยาพิชัยญาติ ได้เสนอญัตติ ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 1299 อ่านแล้วเข้าใจได้หลายทาง โดยเฉพาะคำว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งการตอบคำถามของพระยาเทพวิฑูรช ในรายงานการประชุมกรรมการองคมนตรี ครั้งที่ 2/2473ฯ ได้ตอบในความหมายว่า หากมีข้อยกเว้นในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นว่าไม่ต้องจดทะเบียนก็ต้องถือตามนั้น ซึ่งพระยาพิชัยญาติ ได้เสนอให้อ่านว่า “เว้นแต่ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ก็เข้าใจอย่างเดียวกัน คำชี้แจงและคำตอบของคำถามนี้ผิดตรงกันข้าม ประกอบกับมาตรา 1299 เมื่ออ่านติดต่อกับมาตราอื่น เช่น มาตรา 1403 กับมาตรา 1338 เป็นต้น เมื่อพิจารณาร่วมกันกับคำอธิบายของผู้แทนกรมร่างกฎหมาย และอ่านสำเนาคำอธิบายโปลีซีร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เข้าใจได้ว่า มาตรา 1299 นั้นต้องจดทะเบียนทั้งหมดและรวมถึงกฎหมายอื่นๆ จะว่าอย่างไรก็ต้องจดทะเบียน ทำให้เกิดความสงสัยว่านิติกรรมอย่างใดต้องจดทะเบียน อย่างใดไม่ต้องจดทะเบียน ขอให้กรมร่างกฎหมายบัญญัติให้ชัดเจน เพราะข้อความที่กล่าวไว้ในกฎหมายบรรพนี้ กล่าวไว้ 2 อย่าง คือ

(1) ให้ดูทะเบียน (คุณลักษณะอาศัย มาตรา 1403 และหมวด
แดนกรรมสิทธิ์ และการใช้กรรมสิทธิ์ มาตรา 1338 วรรค 2)

⁸⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สดก. 1/80 (ไมโครฟิล์ม) เรื่อง ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4, (กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2474)

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน

(2) กล่าวไว้เฉยๆ คือไม่ได้กล่าวว่าต้องจดทะเบียนหรือไม่ต้องจดทะเบียน

ซึ่งเมื่อก่อนเช่นนี้อาจเข้าใจได้หลายทาง และหากอยู่บังคับให้ต้องจดทะเบียน ตามมาตรา 1299 แล้ว เช่นมาตรา 1403 และมาตรา 1338 วรรค 2 เหตุใดจึงบัญญัติให้ต้องจดทะเบียนอีก จึงควรบัญญัติให้ชัดแจ้ง แต่เนื่องจากพฤติของพระยาพิชัยญาติฯ ตกไป เพราะที่ประชุมลงมติไม่รับบัญญัติดังกล่าวไว้พิจารณา

อย่างไรก็ตามได้มีความเห็นเจ้าหน้าที่กรมร่างกฎหมาย ตอบกรรมการองคมนตรี เรื่องร่างประมวลกฎหมายแพ่งฯ บรรพ 4 ในส่วนปัญหาแห่งมาตรา 1299 ว่านิติกรรมใดต้องจดทะเบียน อย่างไรไม่ต้องจดทะเบียน เมื่ออ่านติดต่อกับมาตราอื่น เช่น มาตรา 1403 และมาตรา 1338 วรรค 2 โดยชี้แจงว่า มาตรา 1299 บัญญัติให้จดทะเบียน แต่นิติกรรมอันทำให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สิน (Real right) อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ :ซึ่งต่างกับเรื่องบุคคลสิทธิ (Personal Right) และข้อจำกัดสิทธิโดยกฎหมาย (Restriction imposed by law) หากเข้าใจ หลักกฎหมายเรื่อง Juristic act ว่าอะไรเป็นนิติกรรม และรู้จักลักษณะของทรัพย์สิน (Real right) แล้วจะเข้าใจมาตรา 1338 และมาตรา 1413 ได้ ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งความมุ่งหมายของคำว่า” ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ให้ใช้กับทรัพย์สินที่เกิดโดยอาศัยอำนาจของพระราชกำหนดกฎหมายโดยตรง กล่าวคือ ถ้ามิได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้ว บุคคลจะก่อตั้งขึ้นไม่ได้ คล้ายในเรื่องนิติบุคคล โปรดดูมาตรา 68 โดยกล่าวว่า ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น เป็นศัพท์ที่ใช้กันในต่างประเทศ และเห็นว่าไม่เป็นการเข้าใจผิดกัน จึงยังคงร่างมาตรา 1299 ตามร่างเดิมของกรมร่างกฎหมาย

จากกรณีดังกล่าว แม้จะมีแนวทางคำตอบของเจ้าหน้าที่กรมร่างกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 1299 ก็ตาม แต่ก็เป็นการตอบในแนวทางกว้างๆ มิได้ระบุชัดเจนว่านิติกรรมอย่างไรไม่ต้องจดทะเบียน อย่างไรไม่ต้องจดทะเบียน ซึ่งมีข้อสงสัยเกิดความมุ่งหมายของเจ้าหน้าที่กรมร่างกฎหมายที่ให้ความสำคัญต่อความเข้าใจเรื่องของนิติกรรม และทรัพย์สิน ซึ่งหากพิจารณาร่างกฎหมายในบรรพ 4 นั้น จะเห็นได้ชัดว่า คณะกรรมการร่างกฎหมาย ต่างมุ่งเน้นถึงการแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ต้องแสดงออกโดยทางทะเบียน จึงเกิดปัญหาที่ناسนใจว่า กฎหมายให้ความสำคัญต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมระหว่างคู่กรณี และหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์แล้ว กฎหมายยังกำหนดวิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์โดยการจดทะเบียน เพื่อให้สามารถต่อสู้นักบุคคลภายนอกได้ด้วย แต่หากนิติกรรมดังกล่าวไม่สมบูรณ์แล้ว เหตุใดกฎหมายกำหนดให้การได้มาซึ่ง

อสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ แต่ยังคงใช้บังคับระหว่างคู่กรณีได้อีก ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ และศึกษาต่อไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว กรณีการได้มาโดยนิติกรรมนั้น โดยทั่วไป เป็นการตกลงรับรู้เฉพาะระหว่างบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ดังนั้นการแสดงออกเพื่อให้บุคคลทั่วไป ได้รับรู้ถึงการได้มาโดยวิธีนี้จำเป็นต้องมีการแสดงออกทางทะเบียน หากไม่มีการจดทะเบียนแล้ว ต้องถือว่าการได้มานั้นไม่บริบูรณ์ ดังนั้นการแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์นั้นจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก และขณะเดียวกันการจดทะเบียนเพื่อแสดงออกซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ ต้องรักษารายการในทะเบียนให้ถูกต้องและเป็นจริงเสมอ จึงได้กำหนดให้ผู้ได้มาโดยวิธีนี้จดทะเบียน มิฉะนั้นจะเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมิได้ และจะยกเอาการได้มาขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอก ก็ไม่ได้ด้วย⁸⁶ สำหรับการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม กฎหมายถือว่าการได้มาโดยวิธีการนี้มีผลสมบูรณ์ในตัวเอง แม้จะยังมีได้จดทะเบียนก็ตาม ดังนั้นเมื่อคณะกรรมการเห็นพ้องตรงกัน จึงได้บัญญัติให้มาตรา 1299 วรรค 1 เป็นเรื่องการได้มาโดยนิติกรรม หากไม่จดทะเบียนแล้ว การได้มานั้นย่อมไม่บริบูรณ์ และวรรค 2 เป็นเรื่องการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม หากไม่จดทะเบียนแล้วจะเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และจะยกขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกผู้สุจริต เสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตไม่ได้ และประกาศใช้ ป.พ.พ. บรรพ 4 เมื่อปี พ.ศ. 2475*

2.2.2.2 สาระสำคัญของระบบทะเบียนสิทธิและนิติกรรมมาตรา 1299 วรรคแรก

หลักการตามมาตรา 1299 เป็นหลักที่พัฒนามาจากมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 ซึ่งเป็นหลักที่ดัดแปลงมาจากระบบทอร์เรนส์ที่ใช้อยู่ในประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมัน และสวีตเซอร์แลนด์ โดยกำหนดให้มาตรา 1299 ใช้เฉพาะกับการได้มาโดยนิติกรรมเท่านั้น เพื่อเป็นการยืนยันตามนโยบายที่กำหนดไว้แล้วตาม มาตรา 456 (ซื้อขาย) มาตรา 519 (แลกเปลี่ยน) มาตรา 525 (ให้) และหากพิจารณาถึงต้นร่างของ มาตรา 1299 แล้ว จะพบว่ามีรากฐานมาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวีต มาตรา 656 วรรค 1 และ

⁸⁶ วิรัช ไตรพิทยากุล , “บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน”, หน้า 25-28

* โปรดดูรายละเอียด สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, “อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกต่อ กฎหมายลักษณะทรัพย์” หน้า 30-36

657 กฎหมายเยอรมัน มาตรา 873 และกฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 175* ซึ่งต่างก็ใช้ระบบกฎหมายตามหลักทฤษฎีสัญญาคู่ กล่าวคือการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาและหนี้ เป็นระบบกฎหมายที่แยกสัญญาทางหนึ่งออกจากสัญญาทางทรัพย์สินโดยเด็ดขาด และอาจถือได้ว่า มาตรา 1299 เป็นวิวัฒนาการทางกฎหมายที่มีการแบ่งแยกความผูกพันอย่างเป็นทางการทรัพย์สินกับบุคคล สิทธิออกให้เห็นเด่นชัด⁸⁷

หลักการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรมตามมาตรา 1299 วรรคแรก ถือเป็นหลักเรื่องระบบทะเบียนกล่าวอีกนัยหนึ่งก็เป็นหลักการโฆษณา อันเป็นการควบคุมใน ทางเปิดเผย (Publicity Principle) ซึ่งพอจะเรียกหลักกฎหมายในเรื่องนี้ว่าเป็นหลักเรื่องการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน⁸⁸ ในอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อให้คนทั้งหลายได้รู้แจ้งถึงทรัพย์สินนั้นว่ามีอยู่ จึงต้องมีวิธีการแสดงออกโดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย

หากผู้รับโอนยังมีได้ดำเนินการดังกล่าว การได้มานั้นจะไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินที่จะยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอก ถึงแม้ว่าบุคคลภายนอกผู้ได้รับโอนทรัพย์สินต่อมาจะไม่สุจริต และไม่เสียค่าตอบแทนก็ตาม ดังนั้น กรณีนี้การได้มาอสังหาริมทรัพย์นั้นสมบูรณ์ในลักษณะเป็นบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณีเท่านั้น กรณีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ

(ก) ประเด็นการตีความคำว่า “ความไม่บริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สิน” นั้น มีความเห็นของนักกฎหมายเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก⁸⁹ คำว่า “ไม่บริบูรณ์” หมายถึงยังไม่อาจถือหรือบังคับกันได้ตามทรัพย์สินนั้นๆ เท่านั้น

* รายละเอียดโปรดดู Draft Civil and Commercial Code Book IV, Property Title I, p.3184

⁸⁷ สุณีัย มัลลิมัลย์และคนอื่นๆ, “วิวัฒนาการกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาคกฎหมายสารบัญญัติ : รายงานผลการวิจัย”, หน้า 167

⁸⁸ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 101

⁸⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 72

แนวทางที่สอง⁹⁰ “ไม่บริบูรณ์” หมายถึงไม่ครบถ้วนขาดสาระสำคัญไป จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่รับรู้ว่าผู้ได้มานั้นเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน จะอ้างทรัพย์สินนั้นๆ ยันกับใคร ไม่ได้

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น มีประเด็นที่น่าสังเกตว่า ความไม่บริบูรณ์นั้น หมายความว่า ทรัพย์สินนั้นเกิดขึ้นแล้ว แต่จะยกขึ้นกล่าวอ้างต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ หรือ ทรัพย์สินนี้ไม่เกิดขึ้นเลย ซึ่งประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจะทำการศึกษาต่อไป

(ข) ประเด็นเรื่องผู้รับโอนที่ได้ทรัพย์สินมานั้น ต้องได้ทรัพย์สินมาจาก ผู้มีอำนาจในการโอนทรัพย์สินด้วย ดังนี้แม้บุคคลภายนอกจะสุจริต และเสียค่าตอบแทน แต่หากรับ โอนมาจากผู้ไม่มีอำนาจโอนแล้ว บุคคลภายนอกก็ไม่อาจมีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่แท้จริง ตาม “หลัก ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”^{*} ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ ไม่ปรากฏอยู่ในมาตราใดโดยเฉพาะเจาะจง หากเป็นเพียงสุภาษิตกฎหมาย ซึ่งบางกรณีศาลเองนำหลักและข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวมาปรับใช้^{**} การนำมาปรับใช้ดังกล่าวถูกต้องตามนิติวิธีหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ด้วยความเคารพต่อ คำพิพากษาของศาล กรณีนี้เมื่อประเทศไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้นเมื่อมีกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรบังคับใช้ไว้โดยเฉพาะแล้ว การที่หยิบยกหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาปรับใช้เป็นบทกฎหมายหลักในการตัดสินคดีนั้น โดยหาอาจจะกล่าวอ้างได้ว่า

⁹⁰ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะ ทรัพย์สิน, หน้า 147

^{*} หลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” หมายความว่า ถ้าผู้โอนไม่มีสิทธิ หรือไม่อยู่ในฐานะ จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ใดแล้ว ผู้ที่รับโอนทรัพย์สินนั้นไว้ย่อมไม่มีทางได้กรรมสิทธิ์ เพราะเมื่อผู้โอนไม่มีสิทธิแล้ว ผู้รับโอนจะมีสิทธิดีไปกว่าผู้โอนย่อมไม่ได้

^{**} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6522/2537 โจทก์มีคำขอเพียงให้ศาลพิพากษาเพิกถอน สัญญาซื้อขายที่พิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ครั้งหนึ่งให้แก่โจทก์มิได้ขอให้บังคับ จำเลยที่ 2 ถึง ที่ 4 ส่งมอบการครอบครองที่พิพาทให้แก่โจทก์ที่ศาลพิพากษาให้จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ส่งมอบการครอบครองที่พิพาทให้แก่โจทก์ จึงเป็นการเกินคำขอ โจทก์และจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของที่ พิพาทร่วมกัน ในส่วนที่เป็นของโจทก์หากโจทก์ไม่ยินยอมจำเลยที่ 1 ก็ไม่มีสิทธิจะนำไปจำหน่าย จ่ายโอนให้แก่บุคคลใดได้ เมื่อจำเลยที่ 1 นำที่พิพาทส่วนที่เป็นของโจทก์ไปจำหน่ายแม้จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 จะซื้อโดยสุจริตและได้จดทะเบียนโดยสุจริตก็หาได้สิทธิอย่างใดไม่เพราะผู้รับโอนไม่มี สิทธิดีกว่าผู้โอน

ได้นำหลักและข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวมาจากมาตราใดเฉพาะแล้ว⁹¹ จึงไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ กรณีนี้ น่าจะไม่ถูกต้อง

(ค) ในการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 1299 นั้น การปรับบทกฎหมายดังกล่าว จะใช้ให้เป็นการขัดหรือแย้งหรือทำลายหลักกฎหมายในบทมาตราอื่นๆ ไม่ได้ ทั้งนี้รวมทั้งหลักสุจริต ตามมาตรา 5 ด้วย⁹² แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล* การปรับใช้หลักสุจริตในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น มีลักษณะเป็นหลักสุจริตในทางอ้อม⁹³ หมายถึงความไม่รู้ว่าตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันเป็นสภาพส่วนตัวของผู้กระทำเองและเกี่ยวกับเงื่อนไขทางจิตใจของผู้กระทำเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วศาลมักจะไม่นำไปปรับใช้หลักสุจริตเท่าที่ควร หรือแม้จะมีการใช้หลักสุจริต ก็ใช้เพียงเรื่องของ "รู้" หรือ "ไม่รู้" เกี่ยวกับการทำนิติกรรมนั้นๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น จึงมีลักษณะเป็นการตีความอย่างแคบ ดังนั้น การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับมาตรา 1299 นั้น ควรจะมีไว้เพื่อเป็นการกำหนดลักษณะเป็นการทั่วไป ในความสัมพันธ์กับสถานการณ์ที่แท้จริง ในลักษณะของหลักสุจริตในทางภาวะวิสัย ซึ่งเป็นหลักข้อตรงในความประพฤติ มาใช้บังคับจะเหมาะสม และอำนวยความสะดวกกรรมแก่บุคคลภายนอกได้มากขึ้นด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้เขียนจะทำการศึกษาต่อไป

⁹¹ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 52.

⁹² จรัญ ภัคดีธนากุล, "ขอคิดอีกครั้งในบางประเด็นของผู้ได้สิทธิอันเกี่ยวกับ อสังหาริมทรัพย์โดยไม่บริบูรณ์", รพี 41 คณะกรรมการเนติบัณฑิตสยามที่ 50, 2541 :75-80

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5542/2548 ที่ดินพิพาทเป็นของโจทก์ การที่ ก. ขอออกโฉนดที่ดินเลขที่ 5283 โดยรวมที่ดินพิพาทด้วย โดยที่โจทก์มิได้รู้เห็นยินยอมด้วยแต่อย่างใด การออกโฉนดที่ดินทับที่ดินพิพาทของโจทก์ดังกล่าว เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยผู้รับโอนที่ดินพิพาทโดยไม่สุจริตไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาท แม้จำเลยผู้มีชื่อในโฉนดที่ดินดังกล่าวไม่มีหน้าที่ไปจดทะเบียนโอนที่ดินพิพาทแก่โจทก์ เพราะจำเลยไม่ใช่คู่สัญญากับโจทก์ก็ตาม แต่เมื่อการออกโฉนดเฉพาะส่วนที่ทับที่ดินพิพาทของโจทก์เป็นการออกโดยไม่ชอบ ทำให้ที่ดินเฉพาะส่วนที่ดินพิพาทของโจทก์ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายในโฉนดที่ดินจำเลยอีกต่อไป ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนเสียได้ ไม่ถือว่าเป็นการพิพากษาเกินไปกว่าคำฟ้อง

⁹³ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, หลักความสำคัญผิด, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 53-54

2.2.3 ระบบทะเบียนที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

2.2.3.1 ความนำ

(ก) ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายที่ดิน

บ่อเกิดของระบบทะเบียนไทยมีลักษณะทำนองเดียวกับที่กล่าวในข้อ 2.2.2.1 โดยเริ่มมีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับที่ดินอย่างจริงจังในช่วงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) โดยทรงมีพระราชดำริจะจัดเอาระเบียบที่ดินใหม่เข้ามาในประเทศไทย ตามแบบกฎหมายทอร์เรนต์ โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่ดินซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ที่ถือว่าโฉนดเป็นเอกสารหลักฐานที่ออกให้เพื่อประโยชน์ด้านภาษีอากรมาเป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การแสดงออกซึ่งทรัพย์สินในที่ดินของประเทศไทยจึงเริ่มจากการใช้ระบบโฉนดแผนที่ตามระบบทอร์เรนต์ (Torrens) อันมีที่มาจากประเทศออสเตรเลีย ซึ่งการทำทะเบียนในระบบนี้มี ความมุ่งหมายที่จะทำเป็นหลักฐานในการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินของบุคคลให้รู้ได้ง่ายและสะดวกกว่าการที่ไม่มีหลักฐานยึดถือไว้เป็นคู่มือเสียเลย⁹⁴ ดังนั้น ในสมัยนี้จึงได้มีการริเริ่มปรับปรุงการออกโฉนดที่ดิน โดยนำหลักการจดทะเบียนแบบทอร์เรนต์ของประเทศออสเตรเลียมาทำการดัดแปลงให้เหมาะกับการนำมาใช้ในประเทศไทย โดยอาศัยสติปัญญาความคิดของพระยาประชาชีพบริหารบาลเป็นหลัก ดึงเห็นได้จากเสด็จ ในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงกล่าวไว้เป็นหลักฐานว่า “วิธีจดทะเบียนที่ดินของเรานี้เป็นวิธีคิดขึ้นเองในเมืองไทยกว่าครึ่ง ซึ่งฝรั่งผู้ชำนาญในเมืองนอกยังเห็นว่ามูลสำหรับทิ้งได้”^{*} และในเวลาต่อมาได้มีการประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 เพื่อวางระเบียบเกี่ยวกับการออกโฉนด (ในสมัยนั้น เรียกว่าโฉนดแผนที่) จัดการเรื่องการจัดทะเบียนที่ดินวางกฎข้อบังคับในการโอนและการแก้ทะเบียนที่ดินด้วย⁹⁵ ถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้บุคคลได้

⁹⁴ ศักดิ์ ไทยวัฒน์, บทความกฎหมายที่ดิน เกี่ยวกับปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ พ.พิทยาการ, 2526), หน้า 48-49

^{*} หนังสือกราบทูลพระกรุณาของเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการ ชี้แจงวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2459

⁹⁵ ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายประมวลที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 179

กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ตามที่ปรากฏในข้อ 14 ของประกาศฉบับดังกล่าว* แต่เนื่องจากการออกโฉนดแผนที่ให้แก่ราษฎรเต็มไปด้วยความล่าช้า จึงได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินเสียใหม่ เป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นการนำระบบทะเบียนที่ดินมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน ถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกในเรื่องการจัดทำทะเบียนที่ดินที่ออกโฉนด อันเป็นการแสดงกรรมสิทธิ์ให้กับเอกชน⁹⁶

ครั้นเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ด้วยเอกเทศสัญญา ซึ่งบัญญัติให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งขายฝาก ให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงมีประกาศว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่ในเรื่องการจดทะเบียนนิติกรรม ทรัพย์สิทธิและนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลงวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2473 ต่อมาเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ก็ได้มีการแก้ไขประกาศว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่ในเรื่องการจดทะเบียนนิติกรรม ทรัพย์สิทธิและนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2486⁹⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่า ภายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายครั้ง ในที่สุดได้นำหลักทะเบียนมาบัญญัติเป็นมาตรา 1299 ใช้กับที่ดินที่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือโฉนดที่ดินเท่านั้น โดยการบัญญัติกฎหมายต่างๆอันเกี่ยวกับที่ดินให้สอดคล้องกับการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

(ข) ยุคภายหลังมีประมวลกฎหมายที่ดิน

ในปี พ.ศ. 2497 กรมที่ดินได้ทำการยกร่างประมวลกฎหมายที่ดินขึ้นเนื่องจากบทกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินนั้นกระจัดกระจายตามพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายต่างๆ อันทำให้ยากต่อการปฏิบัติงานและการศึกษา** จึงได้ทำประมวลรวบรวมกฎหมายต่างๆนั้นมาปรับปรุงใหม่ให้มีข้อความชัดเจน จัดแบ่งเป็นหมวดหมู่ให้มีระเบียบ และข้อความสอดคล้องอ้างอิงเชื่อมโยงทำวความถึงกันและกันในแต่ละมาตรา โดยการยกเลิกกฎหมายเก่าทั้งหมด

*ข้อ 14 ของประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.120 “ที่วางอันมีอยู่ในจังหวัดท้องที่ซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ ถ้าผู้ใดจะขอถือที่ดินซึ่งวางนั้นต่อเมื่อผู้นั้นได้รับโฉนดอย่างนี้แล้วจึงมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นตามกฎหมาย”

⁹⁶ อมรา สาขากร, “การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์”, หน้า 11.

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 12-14 และโปรดดูกรมที่ดิน, 100ปี กรมที่ดิน, หน้า111-130

**ประมวลกฎหมายที่ดิน เริ่มใช้บังคับวันที่ 1 ธันวาคม 2497 โปรดดูมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

และกฎหมายที่ดินซึ่งประกาศใช้ใหม่นี้มีลักษณะพิเศษคือการแยกตัวประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งบัญญัติเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับที่ดินล้วนๆ ออกจากพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน เนื่องจากจักได้ไม่ต้องคำนึงถึงวันที่บังคับผู้รักษาการตามกฎหมายและเป็นการตัดเรื่องบทเฉพาะกาล ออกจากตัวประมวลกฎหมายนั้น⁹⁸

การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 กำหนดลักษณะที่ดินที่ต้องจดทะเบียน เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไว้ใน มาตรา 4 ทวิ “นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ การโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในที่ดิน ซึ่งมีโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่” ประกอบกับ ได้มีการแก้ไขการจดทะเบียนเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 โดยกำหนดให้การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นที่ดินมีโฉนด หรือที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือที่ดินประเภทอื่นไม่ว่าจะมีหนังสือแสดงสิทธิหรือไม่ ต้องมาจดที่หอทะเบียนทั้งหมด ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าวต้องมาจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย กล่าวคือพนักงานที่ดิน ตามมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่มีบทเฉพาะกาลว่า ยังไม่ใช้หมดทุกท้องที่ ท้องที่ใดไม่ต้องการให้นายอำเภอ หรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอจดทะเบียน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะประกาศยกเลิกในราชกิจจานุเบกษาเป็นท้องที่ๆ ไป⁹⁹

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายที่ดิน ยังได้บัญญัติหลักการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินในที่ดินทางทะเบียนไว้ในมาตรา 3 เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ประกอบกับมาตรา 61 เกี่ยวกับหลักการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินในที่ดินโดยทางทะเบียนตามกฎหมาย ซึ่งมีใช้หลักฐานที่แสดงถึงสิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด สามารถยกเลิกเพิกถอนได้ตามมาตรา 61 แต่ปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2543 โดยมีเนื้อหาสรุปได้ว่าหลักการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายที่ดินยอมรับเกี่ยวกับหลักฐานทางทะเบียน จึงยังไม่ถือเป็นหลักฐานแสดงทรัพย์สินโดย

⁹⁸ วัลลภ นาคบัว, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 47.

⁹⁹ สนธิชัย จันทพานิช, “ปัญหาการบังคับใช้ป.พ.พ. มาตรา 1299 กับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์”, หน้า 75.

เด็ดขาด แต่สามารถถูกเพิกถอนหรือแก้ไขได้ หากพิสูจน์ได้ว่าการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวกระทำโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถร้องขอให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้¹⁰⁰

2.2.3.2 ระบบทะเบียนที่ดินของไทย

เมื่อพิจารณาระบบทะเบียนที่ดินของไทยแล้ว จะพบว่ารูปแบบและหลักการของระบบทะเบียนที่ดิน เป็นระบบการจดทะเบียนแบบผสมระหว่างระบบการจดทะเบียนหนังสือกรรมกรรม (Registration of deeds) และระบบการจดทะเบียนหนังสือแสดงสิทธิหรือการจดทะเบียนแบบทอร์เรนส์ (Registration of Title) ทั้งนี้เนื่องมาจากเมื่อพิจารณาร่างกฎหมายแล้วจะพบว่าจุดมุ่งหมายของผู้ร่างในการนำระบบทะเบียนมาใช้บังคับมิได้เป็นการคัดลอกมา แต่ผู้ร่างนำหลักทะเบียนของต่างประเทศมาดัดแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทย¹⁰¹ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบระบบทอร์เรนส์ตามระบบทะเบียนของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียแล้ว ปรากฏว่ามีความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนว่า ระบบทอร์เรนส์ของประเทศออสเตรเลียจะถือระบบทะเบียนอย่างเคร่งครัด ในขณะที่ระบบทอร์เรนส์ของไทยทะเบียนอาจถูกเพิกถอนได้โดยอธิบดีกรมที่ดิน หรือผู้ว่าราชการจังหวัด หรือศาล จึงเรียกระบบนี้ว่าระบบทอร์เรนส์แบบไทยๆ¹⁰² เพื่อความเข้าใจอันดีจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการของระบบทะเบียนที่ดินไทย ความแตกต่างจากระบบทะเบียนแบบทอร์เรนส์ รวมไปถึงผลการบังคับใช้กฎหมายที่ดินที่มีผลกระทบจากความแตกต่างดังกล่าว

¹⁰⁰ สราวุธ ไกรลาศศิริ, “สิทธิครอบครองที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายที่ดิน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) หน้า 38

¹⁰¹ วิษณุ วรัญญู (ผู้แปล) “การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงเทพฯ” (ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535) หน้า 8-9

¹⁰² ศิริ เกวลินสุษดี, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน พร้อมกฎกระทรวงฯ และระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, หน้า 157

ก หลักการสำคัญของระบบทะเบียนที่ดินของไทย¹⁰³

(1) จัดทำทะเบียนที่ดินเป็นรายแปลงโดยยึดตัวที่ดิน (เลขที่ดิน) เป็นหลักในการจัดทำทะเบียนที่ดิน ไม่ยึดตัวชื่อคู่สัญญาเป็นหลักในการทำทะเบียน

(2) ในการออกโฉนดที่ดินต้องมีการรังวัดแผนที่ เพื่อแสดงตำแหน่งที่ดินในระวางแผนที่ หรือระวางรูปถ่ายทางอากาศ มีการระบุเจ้าของสิทธิในที่ดินและสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวกับที่ดินไว้ในทะเบียนที่ดินหรือโฉนดที่ดิน

(3) การโอนสิทธิหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ต้องจดทะเบียนจึงมีผลบังคับตามกฎหมาย หรือสามารถเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนที่ดินได้

(4) ผู้ที่จดทะเบียนของตนในโฉนดที่ดินโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ยังไม่ถือว่าได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้โดยเด็ดขาด หากการทำสัญญาไม่ถูกต้อง หรือผู้โอนไม่มีสิทธิจริง หรือมีสิทธิบกพร่อง ผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนก็อาจถูกฟ้องเพิกถอนสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรืออาจถูกเพิกถอนรายการจดทะเบียนตาม ป.ที่ดิน มาตรา 61

(5) ไม่มีการจัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม แต่เจ้าพนักงานที่ดินต้องเป็นผู้รับผิดชอบในฐานะผู้กระทำละเมิดจดทะเบียนไปโดยพลาด และกรมที่ดินต้องรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ด้วย

(6) พนักงานเจ้าหน้าที่ ทำหน้าที่ในกระบวนการจดทะเบียนสิทธิ ทั้งกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม การจัดทำสัญญาหรือบันทึกข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา การสอบสวนความสามารถของคู่กรณี การตรวจพิสูจน์บุคคลว่าเป็นคู่สัญญาที่แท้จริงหรือไม่ รวมไปถึงมีอำนาจปฏิเสธไม่จดทะเบียน หากนิติกรรมนั้นเป็นโมฆะหรือมีกฎหมายบัญญัติห้ามจดทะเบียนโดยชัดแจ้ง

(7) สัญญาและเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนจะต้องเก็บรักษาไว้ เพื่อนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลและพิสูจน์ หรือหักล้างการจดทะเบียนใดๆ ได้

ข ระบบทะเบียนที่ดินไทยเปรียบเทียบกับระบบทะเบียนแบบทอร์เรนส์

ระบบทะเบียนที่ดินไทย มีลักษณะการทำทะเบียนเป็นรายแปลง มีการรังวัด กำหนดตำแหน่งที่ดินลงในระวางแผนที่ ที่มีความละเอียดได้มาตรฐาน ในการทำทะเบียนยึดตัวที่ดินเป็นหลักไม่ใช่ยึดตัวคู่กรณี โดยถือว่าทะเบียนหรือโฉนดที่ดินเป็นตัวกำหนด

¹⁰³ สัจชัย ศรีศักดิ์ดา, “คนกลางในการซื้อขายที่ดิน”, หน้า 52-56

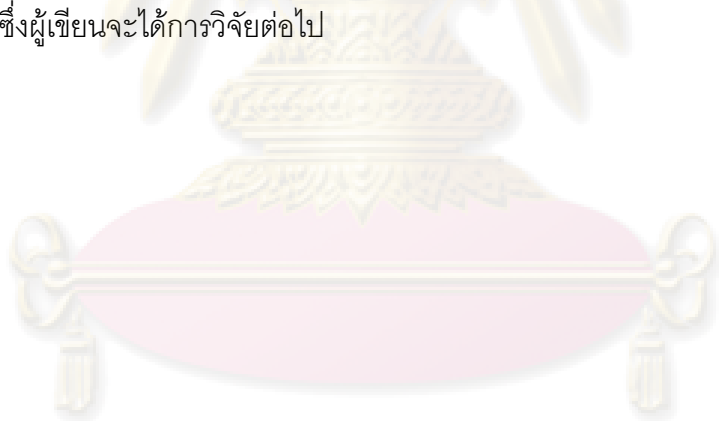
สิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเป็นเจ้าของสิทธิในที่ดินในทะเบียน ซึ่งเป็นลักษณะและหลักการเดียวกับระบบทะเบียนแบบทอร์เรนส์ แต่อย่างไรก็ดี มีความต่างในเรื่องผลทางกฎหมาย ในเรื่องความเด็ดขาดของระบบทะเบียน กล่าวคือ ประเทศไทยไม่ถือว่าทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานเด็ดขาดในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดิน* เนื่องจากประเทศไทยถือหลักการ “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”** ทำให้สิทธิของผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน แม้จดทะเบียนสิทธิของตนแล้ว

* คำพิพากษาฎีกาที่ 944/2546 แม้ที่ดินพิพาทจะมีการออกโฉนดที่ดินเป็นชื่อของจำเลยก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าจำเลยมีสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทเท่านั้น การนำสืบเพื่อพิสูจน์ว่าที่ดินพิพาทเป็นของผู้ใดและการออกโฉนดที่ดินพิพาทชอบหรือไม่ ไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องมีเอกสารมาแสดง อีกทั้งมิใช่การนำสืบเพิ่มเติม ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในโฉนดที่ดินพิพาท จึงสามารถนำสืบพยานบุคคลได้ว่าโฉนดที่ดินพิพาทออกโดยชอบหรือไม่ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ.พ. มาตรา 94 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโฉนดที่ดินพิพาทของจำเลยออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้โจทก์จะมีได้ขอให้ศาลเพิกถอน ศาลก็ชอบที่จะพิพากษาให้เพิกถอนโฉนดที่ดินดังกล่าวได้ คำพิพากษาที่ให้เพิกถอนโฉนดที่ดินพิพาท มิใช่เป็นการบังคับผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นบุคคลภายนอก แต่เป็นการบังคับเฉพาะคู่ความในคดีนี้เท่านั้น ศาลจึงมีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนโฉนดที่ดินได้ และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2081/2550 วินิจฉัยว่า คำว่า บุคคลภายนอกที่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่าตาม ป.วิ.พ. มาตรา 145 วรรคสอง (2) หมายถึงบุคคลทั่วไปนอกคดีที่จะยกขึ้นพิสูจน์ต่อผู้ได้ว่าตนมีสิทธิในที่ดินดีกว่าผู้ครอบครอง ไม่ได้ความหมายเฉพาะเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมซึ่งมีชื่อในโฉนดเท่านั้นที่จะมีอำนาจพิสูจน์ว่าตนมีสิทธิในที่ดินดีกว่าผู้ครอบครอง

** ดูตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 6544/2537 วินิจฉัยว่า โจทก์มีคำขอเพียงให้ศาลพิพากษาเพิกถอนสัญญาซื้อขายที่พิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ครั้งหนึ่งให้แก่โจทก์มิได้ขอให้บังคับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ส่งมอบการครอบครองที่พิพาทให้แก่โจทก์ที่ศาลพิพากษาให้จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ส่งมอบการครอบครองที่พิพาทให้แก่โจทก์ จึงเป็นการเกินคำขอ โจทก์และจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของที่พิพาทร่วมกัน ในส่วนที่เป็นของโจทก์หากโจทก์ไม่ยินยอมจำเลยที่ 1 ก็ไม่มีสิทธิจะนำไปจำหน่ายจ่ายโอนให้แก่บุคคลใดได้ เมื่อจำเลยที่ 1 นำที่พิพาทส่วนที่เป็นของโจทก์ไปจำหน่ายแม้จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 จะซื้อโดยสุจริตและได้จดทะเบียนโดยสุจริตก็หาได้สิทธิอย่างใดไม่เพราะผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

ก็อาจจะสูญเสียสิทธิของตนได้ เนื่องจากสิทธิของผู้รับโอนขึ้นอยู่กับความถูกต้องในการทำสัญญา ช่วงก่อนๆ ทั้งหมด อันมีลักษณะทำนองเดียวกับการจดทะเบียนในระบบการจดทะเบียนหนังสือกรรมกรรม (Registration of deeds) ประกอบกับไม่มีมาตรการให้ความคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินด้วย

จากความแตกต่างนี้เอง ทำให้พบว่า การบังคับใช้ระบบทอร์เรนส์แบบไทยๆ นั้น แม้เจ้าของทรัพย์สินจะเป็นผู้ชื่ออยู่ในโฉนดที่ดิน แต่ก็ไม่ได้แสดงว่าจะเป็นหลักฐานในการนำสืบโต้แย้งหักล้างไม่ได้ แต่กฎหมายให้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเท่านั้น โดยข้อสันนิษฐานนี้จะนำไปตามกฎหมายลักษณะพยาน แต่สำหรับระบบทะเบียนทอร์เรนส์นั้นถือว่าทะเบียนที่ดินมีความสำคัญ โฉนดที่ดินมีความมั่นคงโดยปราศจากการโต้แย้งสิทธิ และให้ผู้จดทะเบียนสิทธิของตนลงในทะเบียนที่ดินได้สิทธิของตนตามที่จดทะเบียนไว้ โดยพ้นจากการนำสืบหักล้างหรือกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่น ทำให้เห็นได้ว่า ระบบทะเบียนของไทยนั้น ความมั่นคงทางทะเบียนไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองคู่สัญญาและผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ทำให้เกิดเป็นประเด็นที่น่าสนใจทางกฎหมายในแง่การคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินเดิมก่อนที่มีการจดทะเบียนโอนกับผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน จะมีมาตรการทางกฎหมายใด ในการคุ้มครองผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดิน อันเนื่องจากการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้การวิจัยต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาแล้วพบว่า แนวความคิดเรื่องระบบแบบแห่งสัญญาซื้อขายตาม ป.พ.พ. มาตรา 456 วรรคแรกนั้น มีพื้นฐานของระบบสัญญาเดี่ยว และการจดทะเบียนทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรก เป็นแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ตามระบบสัญญาคู่ เมื่อนำมาปรับใช้กับมาตรา 456 วรรคแรก อันมีพื้นฐานของระบบสัญญาเดี่ยวแล้ว จะเห็นได้ว่า แบบของการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกับแบบของสัญญา กล่าวคือเมื่อสัญญาเกิดขึ้นตามกฎหมายแล้ว กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปทันทีตามหลักสัญญาเดี่ยวแห่งมาตรา 456 วรรคแรก ส่วนแบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรกเป็นอีกเรื่องหนึ่ง แบบแห่งนิติกรรมจึงเป็นเรื่องบังคับระหว่างคู่สัญญา แต่แบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินเป็นเรื่องบังคับแก่บุคคลทั่วไป¹⁰⁴ ทำให้ดูคล้ายกับว่า การทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต้องทำกันถึง 2 ครั้ง ครั้งแรกเป็นเรื่องของการโอนสัญญา ครั้งหลังเป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นเมื่อทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องตามแบบก็จะเป็นการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องตามรูปแบบได้โดยอัตโนมัติ เท่ากับว่าทำนิติกรรมกันครั้งเดียวมีผลเป็นทั้งการทำสัญญาและการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย¹⁰⁵ และเนื่องจากกฎหมายต้องการจะคุ้มครองทั้งคู่กรณีและบุคคลภายนอก เพื่อจะเป็นการแสดงออกให้คนทั่วไปได้รู้ถึงสิทธิที่จะใช้ยื่นแก่คู่กรณีผู้ทำนิติกรรมนั้น จึงได้มีการกำหนดมาตรการในการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินของการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ด้วยการจดทะเบียน หรือเรียกว่าหลักการโฆษณา อันเป็นการควบคุมโดยเปิดเผย (Publicity principle) การแสดงออกโดยการจดทะเบียนตาม ป.พ.พ. จึงมี 2 ฐานะ กล่าวคือ การจดทะเบียนตามบรรพ 3 (มาตรา 456) เป็นการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ อันเป็นการก่อสัญญาที่มีผลให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งหากไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมการได้มานั้นไม่สมบูรณ์ และการจดทะเบียนตามบรรพ 4 (มาตรา 1299) เป็นการจดทะเบียนโฆษณา อันเป็นการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในทรัพย์สินนั้น ซึ่งกรณีนี้ได้มีนักกฎหมายหลายท่านแสดงความคิดเห็นที่น่าสนใจในส่วนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนไว้ดังนี้

¹⁰⁴ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 134

¹⁰⁵ ไสภณ รัตนากร, “ทรัพย์สิน-บุคคลสิทธิ,” วารสารนิติศาสตร์ 16,3 (กันยายน 2529) :

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายไว้ว่า “หลักการตามมาตรา 1299 ถึง 1303 ถ้าเป็นปัญหาระหว่างคู่กรณีที่เป็นฝ่ายโอน เปลี่ยนแปลง หรือทำให้ระงับสิ้นไปซึ่งทรัพย์สินนั้นกันเอง ความบริบูรณ์จะอาศัยคำพิงแต่การแสดงเจตนาหรืออย่างไร เพราะเมื่อเป็นเรื่องที่ทำกันขึ้นเองรู้อยู่แก่ใจแล้ว ฝ่ายใดจะหลงเข้าใจผิดไปไม่ได้ ไม่ควรอยู่ในความมุ่งหมายของเรื่องที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอก แต่เมื่อพิเคราะห์ดูบทบัญญัติในบรรพ 3 แล้ว จะเห็นได้ว่าในหลักเรื่องความบริบูรณ์แห่งการได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้น ใช้บังคับตลอดไปถึงคู่กรณีระหว่างกันเองด้วย... ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับฐานะระหว่างคู่กรณีกันเอง ต้องบังคับตามบรรพ 3 แต่ถ้าเกี่ยวกับบุคคลภายนอก ความบริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สินทั้งหลายควรตกอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปที่ตั้งที่บัญญัติไว้ในบรรพ 4”¹⁰⁶

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายไว้ว่า “มาตรา 1299 วรรคแรกนี้ มุ่งแต่เพียงว่า การได้มา ซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์เท่านั้น มิได้คำนึงถึงเรื่องแบบแห่งนิติกรรมเป็นเหตุให้มีการได้มา ฉะนั้น การที่จะดูว่านิติกรรมใดเป็นโมฆะหรือไม่ เพราะไม่ทำตามแบบ จึงไม่ควรวินิจฉัยเอาตามมาตรา 1299 วรรคแรกนี้ หากจะต้องไปวิเคราะห์ดูตามกรณีแห่งนิติกรรมนี้ เช่นในเรื่องซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ฯลฯ ฉะนั้น การโอน หรือการก่อตั้งสิทธิบางอย่างระหว่างบุคคลนั้น แม้สิทธินั้นจะเกี่ยวกับทรัพย์สิน นิติกรรมที่โอนหรือก่อตั้งสิทธิจะกลายเป็นโมฆะไปเฉพาะเหตุที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้นหาได้ไม่ มาตรา 1299 วรรคแรกบังคับแต่เพียงว่ามีให้ผู้ทรงสิทธิอ้างได้ว่าตนมีทรัพย์สินเท่านั้น ฉะนั้นระหว่างคู่สัญญากันเองบังคับกันได้ตามหลักสัญญาธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลสิทธิระหว่างบุคคลเฉพาะตัวเท่านั้น”¹⁰⁷

คุณสรารักษ์ สุวรรณศรี เห็นว่า “แบบนิติกรรม เป็นพิธีการที่กฎหมายกำหนด บังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม หากไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนี้ ส่วนแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน เป็นพิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ เพื่อให้รู้ว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินในทรัพย์ แบบนิติกรรมกับแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน จึงไม่ใช่เรื่องเดียวกัน เพียงแต่ในกรณีของการซื้อขาย

¹⁰⁶ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ หน้า 139-144

¹⁰⁷ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, หน้า 103

แลกเปลี่ยน ให้ ที่ดินนั้นแบบนิติกรรม (ป.พ.พ. มาตรา 456, 419, 425) บังเอิญเป็นอย่างเดียวกับแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน (ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคแรก)¹⁰⁸

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เห็นว่า “การพิจารณามาตรา มาตรา 456 วรรคแรก กับมาตรา 1299 วรรคแรก ต้องใช้หลักสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินเข้ามาพิจารณา การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์เท่านั้น มิได้คำนึงถึงแบบแห่งนิติกรรมอันเป็นเหตุแห่งการได้มา คำว่า การได้มา คงหมายถึงนิติกรรมหรือสัญญาทางทรัพย์สิน ส่วน นิติกรรมเป็นเหตุให้มีการได้มา คงหมายถึงนิติกรรมหรือสัญญาทางหนี้”

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายอีกหลายท่าน¹⁰⁹ ที่ได้วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 456 วรรคแรก กับมาตรา 1299 วรรคแรก โดยพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) กล่าวคือความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขาย ตามมาตรา 456 วรรคแรก ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาทางหนี้ นั้น ย่อมแยกออกจากความสมบูรณ์ของสัญญาทางทรัพย์สิน ตาม 1299 วรรคแรก กล่าวคือ การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพียงครั้งเดียวก่อนผล 2 ประการตามกฎหมายลักษณะหนี้และลักษณะทรัพย์สินไปพร้อมกัน โดยมีได้แยกการกระทำเป็น 2 ครั้งแต่ประการใดแต่ในทางทฤษฎีสามารถแยกการพิจารณาได้เป็นคนละตอน

จากแนวความคิดเห็นของนักกฎหมายข้างต้น จึงเห็นได้ว่า นักกฎหมายส่วนใหญ่จะกล่าววาทบัญญัติมาตรา 456 วรรคแรกและมาตรา 1299 วรรคแรก เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาแยกออกจากกัน แต่ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องเดียวกัน โดยอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 456 วรรคแรกเป็นเรื่องของแบบแห่งนิติกรรม หรือการจดทะเบียนนิติกรรมอันมีผลผูกพันระหว่างคู่กรณี (บุคคลสิทธิ) แต่มาตรา 1299 วรรคแรก เป็นเรื่องของแบบการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน หรือการจดทะเบียนทรัพย์สิน ซึ่งมีผลต่อบุคคลภายนอก (ทรัพย์สิน) และหากพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ที่แบ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาทางหนี้ (มาตรา 456 วรรคแรก)

¹⁰⁸ สรรักษ์ สุวรรณศรี, “ที่ดินมือเปล่า ซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์” ฎพี 46 ,

คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 55, 2546 : 86

¹⁰⁹ หยุด แสงอุทัย “ปัญหาการแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 15, 3 (กันยายน 2528) :168-180, มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ :

สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 120 และจุฬิตดา จุลละบุษปะ, “แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย,” หน้า 30

กับสัญญาทางทรัพย์สิน (มาตรา 1299 วรรคแรก) แล้วทำให้เห็นเด่นชัดว่า ความสมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญาแยกออกจากความสมบูรณ์ในเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ระบบกฎหมายไทยนั้นยึดถือหลักความสมบูรณ์ของสัญญาทางหนี้เป็นเรื่องเดียวกับความสมบูรณ์ของสัญญาทางทรัพย์สิน จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนสนใจใคร่จะศึกษาถึงความสัมพันธ์ของบทบัญญัติแห่งมาตรา 456 วรรคแรกกับมาตรา 1299 วรรคแรกว่า แม้ทางทฤษฎีจะสามารถแบ่งแยกแบบแห่งนิติกรรมและแบบแห่งการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินออกจากกันได้ก็ตาม แต่ทางปฏิบัติยังคงปนเปกันอยู่เป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด เพราะการก่อตั้งทรัพย์สินได้นั้น นิติกรรมต้องทำถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรมและแบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน กล่าวคือ การทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือและจดทะเบียนก็ย่อมมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาและบุคคลที่สามด้วย เหตุใดจึงเป็นเช่นนี้ แนวความคิดเบื้องหลังบทบัญญัติทั้งคู่ การอ้างอิงแนวทางการศึกษาตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ในส่วนของทฤษฎีสัญญาคู่ในการอธิบายถึงความแตกต่างของบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งๆที่ระบบกฎหมายไทยยึดถือแนวทางการศึกษาตามกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งใช้ทฤษฎีสัญญาเดี่ยว ปัญหาความสมบูรณ์ของการทำสัญญาโอนทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อใดการได้มานั้น จะสมบูรณ์ และกรณีใดการได้มานั้นจึงเป็นเพียงไม่บริบูรณ์ ผลระหว่างคู่กรณีและบุคคลภายนอกด้วย รวมไปถึงผลกระทบต่อระบบทะเบียนตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้นจะมีความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนแห่งป.พ.พ.และประมวลกฎหมายที่ดินอย่างไร

นอกจากนี้ ยังมีอีกหนึ่งประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติในวรรคต้นแห่งมาตรา 1299 วรรคแรก ว่า“ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งหมายความว่า บทบัญญัติตามมาตรา 1299 วรรคแรก จะไปใช้ให้ชัดหรือแย้งหรือทำลายหลักในบทมาตราอื่นๆ ไม่ได้ก็ตาม บทบัญญัติข้างต้นนั้นมิได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าให้หมายความถึงนิติกรรมประเภทใดบ้าง แต่หากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลแล้วจะพบว่า การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรมนั้น มีการนำมาปรับบทแก่นิติกรรมต่างๆ ซึ่งอาจพอสรุปได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- (1) กรณีการเข้าซื้อที่ดินเมื่อผู้เช่าชำระค่าเช่าซื้อครบถ้วนแล้ว *
- (2) กรณีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางพินัยกรรม **
- (3) กรณีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ***

* คำพิพากษาฎีกาที่ 903/2536 การที่ ช. เข้าซื้อที่พิพาทและชำระค่าเช่าซื้อครบถ้วนก่อนบวชเป็นพระภิกษุ แต่ผู้ให้เช่าซื้อโอนที่พิพาทให้ ช. ขณะบวชเป็นพระภิกษุนั้น ต้องถือว่า ช. ได้ที่พิพาทมาแล้วก่อนบวช เพราะการจดทะเบียนการได้มาภายหลังเป็นเพียงทำให้การได้มาสมบูรณ์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคหนึ่งเท่านั้น แม้ ช. จะถึงแก่กรรมในระหว่างที่อยู่ในสมณเพศที่พิพาทก็ไม่ตกเป็นสมบัติของวัดตามมาตรา 1623

** มีข้อสงสัยเกิดบางประการเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางพินัยกรรม ซึ่งปัจจุบันคำพิพากษาของศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยไว้ 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวที่หนึ่ง เห็นว่า การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยพินัยกรรมนั้นเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากรนติกรรม เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3875/2533 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4886/2541

แนวที่สอง เห็นว่า การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยพินัยกรรมนั้น เป็นการได้มาโดยทางนติกรรม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 667/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1840/2514

ประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางพินัยกรรมนั้น เหตุที่ผู้รับพินัยกรรมจะได้รับทรัพย์สินรดนั้นต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย โดยไม่ต้องจดทะเบียนการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ จึงต้องอยู่ในบังคับตามกฎหมายว่าด้วยมรดก อันถือเป็นการได้มาโดยผลของกฎหมายหรือเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากรนติกรรม ตามมาตรา 1299 วรรคสอง ดังนั้นหากผู้รับพินัยกรรมไม่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงสิทธิของตนทางทะเบียนแล้ว ย่อมไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกผู้ได้มาโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วไม่ได้

*** คำพิพากษาฎีกาที่ 6787/2539 โจทก์จำเลยจดทะเบียนหย่า ตามบันทึกทำทะเบียนหย่า จำเลยยอมให้โจทก์และบุตรมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันในบ้านเพื่ออยู่อาศัยตลอดชีวิต เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาารมณให้บุตรเป็นเจ้าของโรงเรือนที่ตั้งอยู่บนที่ดินของจำเลย อันเป็นการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1401 การที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยฟ้องขับไล่บุตรในคดีแพ่งอีกคดีหนึ่ง โจทก์ในฐานะ

(4) กรณีการโอนอสังหาริมทรัพย์ใช้หนี้*

(5) กรณีเกี่ยวกับสิทธิภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือ ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดไว้ในบรรพ 4 แห่ง ป.พ.พ.**

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว จะพบว่าเนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติแบบไว้โดยเฉพาะ ศาลจึงต้องนำการกระทำดังกล่าวมาปรับเข้ากับหลักใน มาตรา 1299 วรรคแรก ซึ่งเป็นเรื่องของการตีความลักษณะการกระทำว่าเป็นการได้มาโดยทาง นิติกรรมหรือไม่ เท่านั้น แต่หากมีบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดแบบไว้โดยเฉพาะแล้ว เช่น ซื้อขาย ตามมาตรา 456 การแลกเปลี่ยน ตามมาตรา 519 การให้ ตามมาตรา 525 เป็นต้น ต้องเป็นไป ตามลักษณะเฉพาะของนิติกรรมนั้นๆ จึงเป็นประเด็นที่ผู้เขียนสนใจศึกษาว่า ความไม่ชัดเจนในกา ตีความบังคับใช้ความในวรรคต้น แห่งมาตรา 1299 วรรคแรก รวมถึงความสำคัญในการปรับใช้ กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาต่อไป

คู่สัญญายอมใช้บุคคลสิทธิดังกล่าวฟ้องบังคับให้จำเลยจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินหรือที่คู่กรณี ใช้ถ้อยคำว่าสิทธิอาศัยในสัญญาอันเป็นทรัพย์สินให้บริบูรณ์ได้

* คำพิพากษาฎีกาที่ 4892/2542 ป. มารดาโจทก์ได้ยกที่ดินพิพาทที่ใช้หนี้เงินกู้ให้แก่ จำเลย และขณะที่ ป. ยกที่ดินพิพาทที่ใช้หนี้เงินกู้ให้แก่จำเลย โดยโจทก์และบุตรของ ป. ได้รู้เห็น ยินยอมด้วย แม้การยกที่ดินพิพาทที่ใช้หนี้จะไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 ทำให้การได้มาไม่บริบูรณ์ก็ตาม แต่หาเป็นโมฆะเสียเปล่าไม่ การยกที่ดินพิพาทที่ใช้ หนี้ยังคงใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา ทายาทหรือผู้สืบสิทธิของคู่สัญญาในฐานะเป็นบุคคลสิทธิ โจทก์ซึ่งรู้เห็นยินยอมด้วยในการยกที่ดินพิพาทที่ใช้หนี้ให้แก่จำเลยและเป็นผู้สืบสิทธิจาก ป. จึงไม่ มีสิทธิฟ้องขับไล่จำเลยออกจากที่พิพาท

** คำพิพากษาฎีกาที่ 6653/2542 โจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน พิพาทโดยมีข้อตกลงว่า จำเลยที่ 1 ยอมให้โจทก์ใช้ที่ดินพิพาทเป็นทางออกสู่ทางหลวงได้ตลอดไป แต่ไม่มีการจดทะเบียนข้อตกลงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการที่โจทก์ได้มาโดยนิติกรรมซึ่ง ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่บริบูรณ์ ตามมาตรา 1299 วรรคแรก เมื่อจำเลยที่ 2 ซื้อ ที่ดินพิพาทจากจำเลยที่ 1 และได้จดทะเบียนสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ไม่ว่าจะจำเลยที่ 2 จะรู้ ถึงข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 หรือไม่ก็ตาม จำเลยที่ 2 ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาท ตามป.พ.พ. มาตรา 1336 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมการซื้อขายระหว่าง จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2

บทที่ 3

ระบบแบบและระบบทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์สมัยโรมัน

กฎหมายโรมันได้วางรากฐานแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกทรัพย์สินและบุคคลสิทธิออกจากกันโดยเด็ดขาด การกระทำที่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิมีผลต่อคู่กรณีเท่านั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับการก่อให้เกิดทรัพย์สิน ที่มีผลใช้บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไปได้ทั่วโลก ดังนั้นจึงต้องมีการแสดงออกโดยเปิดเผย ซึ่งแนวคิดของการแยกทรัพย์สินและบุคคลสิทธินั้น ปรากฏให้เห็นเด่นชัดในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญาและการโอนกรรมสิทธิ์ สัญญาก่อให้เกิดบุคคลสิทธิแต่ไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็โดยวิธีการโอนทรัพย์สิน (Conveyance) เท่านั้น

นอกจากนั้น แนวคิดของกฎหมายโรมันที่มีผูกพันต่อการทำตามแบบเป็นอย่างมาก จนอาจเรียกได้ว่ายึดติดกับรูปแบบอย่างเคร่งครัดที่สุด นิติกรรมต่างๆ ล้วนต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดถึงจะสมบูรณ์ กล่าวคือ

ก. การเกิดหนี้ตามสัญญา ในสมัยโรมันความสำคัญของสัญญาอยู่ที่ "หนี้" ที่ก่อให้เกิดสัญญานั้นๆ และวิธีการทำสัญญาต้องทำตามแบบเท่านั้น จึงก่อผลทางกฎหมายแบบของการก่อหนี้ก็คือ การทำ stipulatio มีลักษณะเป็นแบบที่ก่อความผูกพันด้วยการเปล่งวาจา เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือผู้ที่คาดว่าจะเป็นเจ้าของหนี้ (Promisee/Creditor) เป็นฝ่ายตั้งคำถามขึ้นก่อนว่า ท่านสัญญาโดยตั้งใจมั่นจะให้เงินจำนวนหนึ่งหรือม้าของท่านแก่ข้าพเจ้าใช่หรือไม่? (Spondesne?) และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้ที่คาดว่าจะเป็นผู้หนี้ (Promisor/Debtor) ว่าจะกล่าวว่า ข้าพเจ้าสัญญาโดยตั้งใจมั่น (Spondeo.) ซึ่งผลของการทำ Stipulatio ก่อให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันโดยคำพูด (Verbis) มีผลใช้บังคับตามกฎหมายได้เพราะทำถูกต้องตามแบบ (Form) ไม่ใช่เพราะความตกลงของคู่กรณี (agreement) แบบจึงถือเป็นเงื่อนไขอันจำเป็นและเพียงพอที่จะทำให้เกิดหนี้ได้¹ หรืออาจกล่าวได้ว่า การทำ stipulatio เป็นแบบพิธีที่มีความสำคัญต่อการสร้างคุณลักษณะของการเกิดเป็นสัญญาที่มีผลบังคับตามกฎหมายในระบบสัญญาของโรมัน

¹ Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, (Oxford: Clarendon, 1962)

ข. การโอนทรัพย์สิน (Conveyance) ในกฎหมายโรมันกำหนดให้การโอนทรัพย์สินต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการคือ (1) การโอน (2) การส่งมอบ (3) การสละกรรมสิทธิ์ ซึ่งจะต้องมีเจตนาสละกรรมสิทธิ์ เรียกว่า *animus tranferendi domini*² ถ้ามีองค์ประกอบครบถ้วนการโอนจึงสมบูรณ์ ซึ่งแบบของการโอนทรัพย์สินนั้น ได้แก่

(1) แบบการโอนที่ต้องใช้ตราขัง (Mancipatio) เป็นแบบที่ใช้สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์เฉพาะทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพในสมัยนั้น (*res mancipi*) ลักษณะของแบบ Mancipatio คือ การโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ซึ่งแบบพิธีการนี้จะต้องประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ประจำตราขัง (Libripens) และพยานอย่างน้อยห้าคน ซึ่งต้องเป็นพลเมืองโรมันที่บรรลุนิติภาวะแล้ว เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ต้องการโอนและรับโอนทรัพย์สินมาอยู่ต่อหน้ากันพร้อมกับพยานและเจ้าหน้าที่แล้ว ผู้รับโอนก็จะโยนทองแดงลงบนตราขังตามมูลค่าของทรัพย์สิน จากนั้นเจ้าหน้าที่ประจำตราขังจะทำการขังแล้วก็จะส่งมอบทองแดงให้กับผู้โอนทรัพย์สิน ผู้โอนทรัพย์สินก็จะส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับโอน เป็นอันเสร็จแบบพิธี ในทางปฏิบัติ การกระทำดังกล่าวมักเกิดขึ้นภายหลังมีการซื้อขายเงินสดกันแล้วและถือว่าการทำตามแบบนี้ส่งผลให้ผู้รับโอนได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นด้วย³ จึงเห็นได้ว่า แบบประเภทนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์สินต่อหน้าสาธารณชน ต่อมาเมื่อมีการใช้เงินที่เป็นเหรียญ แบบดังกล่าวยังคงใช้ต่อไป แต่การขังกลายเป็นเพียงสัญลักษณ์เท่านั้น

(2) แบบที่เกิดในศาล (In iure cessio) เป็นแบบที่ใช้สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสิ่งหนึ่ง (*res mancipi and res nac mancipi*) หรือก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิอื่นๆ เช่น การจำยอม สิทธิเก็บกิน เป็นต้น ลักษณะของแบบพิธีนี้จะต้องทำการส่งมอบต่อหน้าไพอตอร์ (praetor) โดยผู้รับโอนจะจับทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้วประกาศกรรมสิทธิ์ของตน ไพอตอร์ (praetor) จะถามผู้โอนว่าท่านจะอ้างกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสิ่งนี้หรือไม่ ซึ่งผู้โอนมักจะนิ่งเสียหรือตอบว่า “ไม่” แล้ว ไพอตอร์ (praetor) จะชี้ขาดตัดสินให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของผู้รับโอน เป็นอันเสร็จพิธีแบบ

² รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520) หน้า 71-73

³ Andrew Borkowski, Textbook on Roman Law, Second Edition, (London : Blackstone press Limited, 1994), p 200-201

ในกรณีนี้อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการแสวงฟ้อง⁴ เพราะความจริงคู่กรณีไม่มีข้อพิพาทต่อกัน แต่ต่างพากันมาศาลแล้วดำเนินการคล้ายกับมีข้อพิพาทต่อกัน

(3) การโอนแบบ traditio เป็นแบบการโอนกรรมสิทธิ์ที่ไม่ต้องมีแบบพิธีใดๆ เพียงแต่มีการส่งมอบทรัพย์สินสมบูรณ์ ซึ่งเมื่ออาณาจักรโรมันขยายกว้างใหญ่ไพศาลขึ้น ทำให้การทำตามแบบดังกล่าวไม่เหมาะสมต่อสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป แบบพิธีที่เคร่งครัดจึงค่อยๆ เสื่อมลงและได้มีการปรับปรุงรูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ให้สะดวกขึ้น เพื่อให้เหมาะสมการพาณิชย์ คือ การโอนแบบ traditio อันเป็นแบบที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบและเหตุแห่งการโอนต้องสมบูรณ์ด้วย จึงเป็นนิติกรรมที่ผูกพันอยู่กับเหตุโดยอาศัยหลัก Ex Justa Causa (Just title) เป็นมูลฐานในการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ กล่าวคือวิธีการโอน traditio นี้เป็นแบบที่ทำขึ้นเพื่อชำระหนี้ตามเหตุแห่งการโอน (สัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้) ที่ก่อให้เกิดเฉพาะหนี้เท่านั้น เมื่อคู่กรณีตกลงทำการโอนโดยวิธี traditio แล้วก็จะมีผลเพียงการส่งมอบการครอบครองเท่านั้น ซึ่งลักษณะการโอนที่เกิดขึ้นมาจึงเป็นนิติกรรมที่ลอยแยกออกมาอีกอันหนึ่ง ต่อมาได้พัฒนาการโอนแบบ traditio ให้มีความสะดวกมากขึ้น โดยให้มีเพียงแต่เจตนาาร่วมกันในการที่จะให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือเป็นการเพียงพอแล้ว วัตถุประสงค์เป็นเพียงวิธีการในการอ้างเจตนาเท่านั้น

ชนิดของ traditio⁵ ประกอบด้วย

1. การส่งมอบมือสั้น (traditio brevi manu) เป็นกรณีที่ผู้รับมอบทรัพย์สินครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่แล้วแต่ไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินในฐานะเจ้าของ แต่ต่อมาได้ครอบครองในฐานะเจ้าของ เช่น ใ้ ไข่ ยืมหนังสือ ต่อมา ใ้ ตกลงขายหนังสือให้ ไข่ เช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบให้อีกถือว่าการส่งมอบมือสั้นแล้ว

2. การส่งมอบมือยาว (traditio longa manu) หมายถึงการส่งมอบทรัพย์สินที่เหลือวิสัยจะทำการส่งมอบให้แก่ผู้รับมอบได้ อาจจะเป็นทรัพย์สินจำพวกอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดใหญ่ๆ ที่ไม่อาจทำการส่งมอบได้ ดังนั้นเวลาที่ส่งมอบโดยวิธีนี้จึงใช้วิธีการแจ้งให้ทราบและต้องอยู่ในสายตาของผู้รับมอบด้วย ต่อมาได้มีการผ่อนปรนการโอนทรัพย์สิน โดยการให้

⁴ จำปี ไสตติพันธ์, "กฎหมายนิติกรรมโรมัน," เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายโรมันเบื้องต้น ชุดที่ 2 ประจำปีภาคฤดูร้อน/2527, หน้า 56

⁵ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน, (โครงการตำราและเอกสารเปรียบเทียบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 106-109

ส่งมอบบุญแก่บ้านแก่ผู้รับมอบได้อันถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงการส่งมอบทรัพย์สินมาเป็นการส่งมอบสัญลักษณ์

3. การส่งมอบการครอบครอง (Constitutum possessorium) เป็นการกระทำเสมือนการส่งมอบการครอบครองให้ มีลักษณะตรงกันข้ามกับการส่งมอบมือสั้น (traditio brevi manu) ที่มีทรัพย์สินอยู่กับตัว ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้โอนตกลงกับผู้รับโอนว่าให้ยึดถือทรัพย์สินไว้ในสถานะอื่น เช่น การขายฝาก ผู้โอนอาจยึดถือการครอบครองไว้ในฐานะผู้เช่า ทั้งที่ตัวทรัพย์สินได้โอนไปยังผู้รับซื้อฝากแล้ว

4. การส่งมอบเอกสารการโอนสิทธิ (traditio per cartam) เป็นวิธีการโอนที่มีการพัฒนามากขึ้น โดยผู้โอนไม่ต้องพิจารณาถึงตัวทรัพย์สิน เพียงแต่ส่งมอบเอกสารการโอนให้ผู้รับโอนก็เพียงพอแล้ว⁶ หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการส่งมอบหรือหยิบยื่นให้แบบสมมติ (traditio ficta หรือ Constructive delivery) อันเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการส่งมอบเอกสารสิทธิการโอนที่ดินแทนการส่งมอบที่ดินเช่นที่ปรากฏในการส่งมอบด้วยมือยาว (traditio longa manu)

กล่าวโดยสรุปแล้วกฎหมายโรมันมีการแบ่งแยกเรื่องของหนี้ตามสัญญาออกจากการโอนกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาด และเพื่อความเข้าใจอันดีจึงขอยกตัวอย่างจากสัญญาซื้อขายอันเป็นสัญญาขั้นพื้นฐานและเป็นสัญญาที่ทำให้เห็นชัดเจนถึงการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมการซื้อขายและการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายดังนี้

ในสมัยโรมันโบราณ สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นจากแนวคิดตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายจารีตประเพณีของโรมัน เป็นรูปแบบการซื้อขายเงินสด กล่าวคือเป็นการตกลงแลกเปลี่ยนกันระหว่างทรัพย์สิน (สินค้า) กับการชำระราคา แต่การซื้อขายนดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการโอนไม่ว่าสินค้าหรือราคา จะก่อแต่เพียงความผูกพันเท่านั้น ซึ่งความผูกพันนี้อาจทำอยู่ในรูปของการทำ stipulatio ดังนั้นเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะก่อให้เกิดสัญญาซื้อขาย จึงเป็นเพียงความผูกพันในฐานะบุคคลสิทธิเท่านั้น สัญญาซื้อขายไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินใดๆ แก่ผู้ซื้อจนกว่าจะทำตามแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งจะมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปโดยสมบูรณ์เป็นอิสระจากสัญญาที่คู่กรณีได้ทำไว้ และแบบแห่งการโอนกรรมสิทธิ์นั้น อาจแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขายได้คือ

(1) res nec mancipi เป็นทรัพย์สินที่ส่งมอบได้ไม่ยาก จึงใช้วิธีส่งมอบให้แก่กันได้

(2) res mancipi เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เช่นทาส สัตว์พาหนะ สัตว์เลี้ยงสำคัญ ที่ดินในโรม และภาระจำยอมเหนือที่ดินในโรม เป็นต้น ดังนั้นการโอนทรัพย์สินประเภทนี้จึงต้องมีแบบพิธีการโอนกรรมสิทธิ์เป็นพิเศษ

⁶ รongพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 69

การทำสัญญาซื้อขายที่ดินในโรมจะต้องมีแบบพิธีพิเศษในการโอนกรรมสิทธิ์ ได้แก่ แบบการโอนที่ต้องใช้ตราขัง (Mancipatio) หรือแบบที่เกิดในศาล (In iure cessio) ซึ่งหากมิได้ทำตามแบบดังกล่าว จะไม่ถือว่ามีกรรมสิทธิ์เกิดขึ้น ส่วนที่ดินที่อยู่นอกโรม จะต้องใช้วิธีการโอนแบบส่งมอบ (Traditio) โดยผู้โอน จะต้องมีการครอบครอง (Possessio) ซึ่งการยื่นให้หรือส่งมอบไปยังผู้รับโอนจึงถือว่าการโอนมีผลสมบูรณ์

ในยุคแรกของการซื้อขายนั้น การก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในการทำสัญญาทำได้เฉพาะพลเมืองโรมันเท่านั้น ต่อมาในยุคคลาสสิก ด้วยเหตุที่อาณาจักรโรมันกว้างใหญ่มากขึ้น ทำให้การซื้อขายไม่อาจทำได้เฉพาะพลเมืองโรมัน จึงมีการขยายขอบเขตการทำสัญญาซื้อขายกับคนต่างชาติมากขึ้น ดังนั้นสัญญาซื้อขายในยุคนี้ จึงเปลี่ยนรูปแบบไปเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมโดยแท้ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลง (Consensual contract) ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินและผู้ซื้อต้องชำระราคา โดยมีพื้นฐานมาจากการตกลงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น ไม่ต้องการรูปแบบหรือพยาน และไม่ต้องการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่ประการใด สัญญาซื้อขายจึงสมบูรณ์ด้วยความยินยอมซึ่งก่อเฉพาะผลทางหนี้ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์จะต้องทำตามแบบพิธีอีกครั้ง

ต่อมาในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน สัญญาซื้อขายยังคงก่อผลทางหนี้เช่นเดิม โดยการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายเป็นไปตามความสัมพันธ์ของการทำสัญญา (relations contractuelles) และได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติของจัสติเนียน ในปี ค.ศ. 528⁷ เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานทางกฎหมายในกรณีที่มีการตกลงทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือ กล่าวคือ หากคู่กรณีตกลงทำสัญญาซื้อขายโดยไม่ทำเป็นหนังสือ เป็นสัญญาอันเกิดจากการแสดงเจตนาต้องตรงกัน (consensu) อันเป็นการให้ความสำคัญต่อการมีผลในการเกิดหนี้ ซึ่งโดยทั่วไปเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบแน่นอน แต่ต่อมาภายหลังอาจมีการทำข้อตกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือได้ (Literis) เพื่อประโยชน์ในการเป็นพยานหลักฐานและเพื่อให้ความมีผลทางหนี้เกิดขึ้นอย่างแน่นอน⁸ สัญญาซื้อขายที่เป็นหนังสือนี้ย่อมต้องเป็นไปตามแบบที่พระราชบัญญัติกำหนด จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการกำหนดกฎหมายให้มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่หากคู่กรณีตกลงเรื่องทรัพย์สินและราคาแล้ว ก็เป็นอันว่าสัญญาซื้อขายนั้นเด็ดขาดแล้ว

⁷ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (โครงการตำราและเอกสารเปรียบเทียบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 151-152

⁸ Zimmermann Reinhard, The Law of obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Cape Town : Juta Co., 1992), pp 82-94

สำหรับแบบการโอนทรัพย์สินนั้น เนื่องจากความเจริญทางการค้าพาณิชย์ทำให้แบบการโอนกรรมสิทธิ์ Mancipatio และ in iure cessio ซึ่งมีความยุ่งยากในขั้นตอนปฏิบัติและลำสมัยได้ถูกยกเลิกไป วิธีการโอนที่ยังคงเหลือใช้ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน คือ Traditio โดยถือว่าการส่งมอบไม่เพียงแต่เป็นสิ่งจำเป็นในการถือเอาประโยชน์เหนือทรัพย์สิน แต่ยังเป็นเครื่องชี้ถึงการที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน ดังนั้นการส่งมอบจึงเป็นเกณฑ์การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ โดยต่อมาได้มีการพัฒนาเป็นการส่งมอบหรือหยิบยื่นแบบสมมุติ traditio ficta หรือ constructive delivery และได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการส่งมอบเอกสารโอนสิทธิในที่ดินแทนการส่งมอบที่ดินเฉกเช่นในอดีต วิธีการนี้เรียกว่า traditio per cartam⁹ อันเป็นการหยิบยื่นให้โดยมอบเอกสารการโอนสิทธิให้ ในขณะที่เดียวกันก็เริ่มมีการจดทะเบียนการโอนสิทธิที่ดินกับทางราชการ (insinuation apud acta) อันเป็นที่มาของระบบทะเบียนการจดทะเบียนสิทธิลงในโฉนดที่ดินในปัจจุบัน

จากวิวัฒนาการของกฎหมายโรมันที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าการก่อให้เกิดทรัพย์สินจะมีข้อตกลงเพียงอย่างเดียวไม่พอ แม้จะเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีกันเอง แต่จะต้องมีแบบพิธีประกอบเข้าไปด้วย พิธีการในสมัยนั้นคือ การส่งมอบ กล่าวคือ แม้จะมีข้อตกลงในการซื้อขายทรัพย์สินก็ตาม ทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าจะส่งมอบ ไม่ว่าจะประสงค์จะขายทรัพย์สินหรืออสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เนื่องจากในสมัยนั้นยังไม่มีทางจดทะเบียนนั่นเอง และผลของการแบ่งแยกนิติกรรมการซื้อขาย(บุคคลสิทธิ) ออกจากการโอนกรรมสิทธิ์ (ทรัพย์สิน) นี้เอง ถือเป็นต้นแบบของทฤษฎีสัญญาคู่ในประเทศเยอรมันนั่นเอง

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

3.2.1 ระบบแบบของประเทศฝรั่งเศส

3.2.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายฝรั่งเศส

การทำสัญญาในประเทศฝรั่งเศส โดยหลักแล้วคู่กรณีมีอิสระเต็มที่ในการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยถือตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา กล่าวคือ สัญญาเกิดจากความตกลงระหว่างคู่กรณีที่จะตกลงใจผูกพันกัน สัญญาก็สมบูรณ์โดยไม่ต้องมีแบบพิธีใดๆ

⁹ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 108

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในสัญญาบางประเภท กฎหมายให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีลักษณะเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

(ก) แบบเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามแบบ ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Solemn Act โดยทำเป็น Authentic instrument กล่าวคือการทำเป็นหนังสือต่อเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจในการจัดทำเอกสารนั้นและถือเป็นแบบที่เป็นองค์ความสมบูรณ์ของนิติกรรมด้วย¹⁰ ซึ่งทางปฏิบัติมักจะกระทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีมิฉะนั้น นิติกรรมไม่สมบูรณ์ เช่น การรับรองบุตร การให้ การทำพินัยกรรม การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การจำนอง เป็นต้น

(ข) แบบเพื่อการพิสูจน์ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในการฟ้องร้องบังคับคดี ดังนั้นกรณีนี้จึงไม่ถือเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม กล่าวอีกนัยยะหนึ่งกรณีดังกล่าวมิใช่แบบแห่งนิติกรรม แต่มีลักษณะของหลักฐานเป็นหนังสือที่มีเพื่อนำมาใช้อ้างอิงในการฟ้องร้องคดีเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายต้องการตัดพยานบุคคลไม่ให้นำสืบ โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ใน มาตรา 1341¹¹ ซึ่งบัญญัติว่า “การทำเอกสารสิทธิต่อหน้าโนตารีหรือมีการลงลายมือชื่อคู่สัญญาจะต้องกระทำในกิจการซึ่งมีมูลค่าเกินกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (decree) มิฉะนั้นห้ามนำพยานบุคคลมานำสืบเพื่อพิสูจน์การกระทำที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือนั้น” กล่าวคือ กิจการใดซึ่งมีมูลค่ามากกว่า 5,000 ฟรังก์ ต้องมีการทำหนังสือสัญญาระหว่างคู่กรณีหรือมีเอกสารรับรองโดยโนตารี ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสมีความมุ่งหมายที่จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนผู้ทำนิติกรรม เพื่อให้มีหลักประกันที่แน่นอนในการทำสัญญาที่มีมูลค่าสูง และเพื่อเป็นการจำกัดไม่ให้

¹⁰ **มาตรา 1317** An authentic instrument is one which has been received by public officers empowered to draw up such instruments at the place where the instrument was written and with the requisite formalities.

¹¹ **มาตรา 1341** An instrument before notaires or under private signature must be executed in all matters exceeding a sum or value fixed by decree, even for voluntary deposits, and no proof by witness is allowed against or beyond the contents of instruments, or as to what is alleged to have been said before, at the time of, or after the instruments, although it is a question of a lesser sum or value.

ใช้พยานบุคคลในการนำสืบ ดังนั้นการบัญญัติมาตรา 1341 ขึ้นมาก็เพื่อเป็นการรองรับการพิสูจน์หลักฐานให้มีคุณค่าในการรับฟังได้ อันถือเป็นการคุ้มครองทางอ้อมต่อคู่กรณีด้วย¹²

มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับแบบเพื่อการพิสูจน์หรือการทำหลักฐานเป็นหนังสือ ความมีอยู่ของสัญญาดังกล่าวแตกต่างหากจากการทำเป็นหนังสือเพื่อการพิสูจน์¹³ กล่าวคือ ผลของการไม่มีหลักฐานดังกล่าว สัญญาที่ทำกันไว้สมบูรณ์ทุกประการเพียงแต่ไม่อาจฟ้องบังคับหรือยกต่อสู้คดีได้เท่านั้น (Nullity of written proof)¹⁴ เช่น สัญญาก่อตั้งหรือโอนทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดเวลา 12 ปีขึ้นไป เป็นต้น

3.2.1.2 ความหมายและแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฝรั่งเศส

ก. ความหมายของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 1582 ถึง มาตรา 1701 โดยมีมาตราหลักที่สำคัญคือ

มาตรา 1582¹⁵ บัญญัติว่า อันว่าซื้อขายนั้นคือความตกลงซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งผูกพันตนที่จะส่งมอบ (livrer) ทรัพย์สินและอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระราคาเพื่อทรัพย์สินนั้น

ความตกลงดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงหรือทำเป็นหนังสือลงชื่อคู่สัญญาสองฝ่าย

มาตรา 1583¹⁶ บัญญัติว่า การซื้อขายเป็นอันสมบูรณ์ระหว่างคู่สัญญาและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมตกเป็นของผู้ซื้อ ตั้งแต่ผู้ขายและผู้ซื้อได้ตกลงกันในเรื่องทรัพย์สินและราคา แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะยังไม่ได้ส่งมอบ หรือชำระราคาก็ตาม

¹² Zweingert, Konrad and Kotz ,Hein. An Introduction to Comparative Law.

(Oxford : Clarendon Press,1998), pp 50-51

¹³ Mercel Planiol, Treatise on the Civil Law. Vol .II, Part I, Translated from Traitoe Elementair de Droit Civil, By the Louisiana State Law Insitute (Louisiana, 1959), pp.798-799

¹⁴ Ibid, pp. 86-87

¹⁵ **มาตรา 1582** A sale is an agreement by which one person binds himself to deliver a thing, and another to pay for it.

It may be made by an authentic instrument or by an instrument under private signature.

สัญญาซื้อขายตามกฎหมายฝรั่งเศส คือสัญญาซึ่งประกอบด้วยคู่กรณีสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายโดยมีทรัพย์สินและราคาเป็นวัตถุของสัญญาและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายยอมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันเรื่องทรัพย์สินและราคาแล้ว ส่วนการส่งมอบและชำระราคาเป็นเรื่องการชำระหนี้ตามสัญญา¹⁷ สัญญาซื้อขายนี้อยู่บนพื้นฐานของหลักในเรื่องการแสดงเจตนาของผู้ซื้อและผู้ขายเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป โดยเงื่อนไขเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้น¹⁸ ประกอบด้วยความยินยอมของคู่สัญญา ความสามารถของคู่สัญญา วัตถุประสงค์ที่แน่นอนในการก่อสัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะความยินยอมของคู่กรณีที่ผู้ผูกพันตนนั้นเป็นสาระสำคัญของการแสดงเจตนา เพราะเมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาต้องตรงกันในเรื่องทรัพย์สินและราคาแล้ว เกิดเป็นสัญญาและมีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปทันที ซึ่งความยินยอมเช่นนี้รวมถึงการทราบตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายและจำนวนราคาที่ต้องชำระกันด้วย ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินและราคาถือเป็นวัตถุของสัญญา ดังนั้นมาตรา 1582 จึงใช้คำว่า *Livrer* คือ “ส่งมอบ” มิได้ใช้คำว่า “โอนไป” เพราะหลักของฝรั่งเศสกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปทันทีที่ตกลงทำสัญญากันเสร็จสิ้นแล้วตามมาตรา 1583 การโอนกรรมสิทธิ์จึงเกิดขึ้นตามความสมบูรณ์ของสัญญา

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งคือ สัญญาซื้อขายนั้น ผู้ขายจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ทำการซื้อขาย เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะที่ได้ทำสัญญาซื้อขายแล้ว เพราะฉะนั้นถ้าผู้ขายได้ขายทรัพย์สินซึ่งเป็นของบุคคลอื่นให้แก่ผู้ซื้อ จึงเห็นได้ชัดว่าผู้ขายน่าจะไม่สามารถที่จะทำให้ผู้ซื้อได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอย่างแท้จริง ดังนั้นการซื้อขาย

¹⁶ มาตรา 1583 It is complete between the parties, and ownership is acquired as of right by the buyer with respect to the seller, as soon as the thing and the price have been agreed upon, although the thing has not yet been delivered or the price paid.

¹⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน, “กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วยซื้อขาย”, บทบัญญัติ 28, 4 (2514) : 816-832

¹⁸ มาตรา 1108 Four requisites are essential for the validity of an agreement:

The consent of the party who binds himself;

His capacity to contract;

A definite object which forms the subject-matter of the undertaking;

A lawful cause in the obligation.

ดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1599¹⁹ อันเป็นการวางหลักการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น

กล่าวโดยสรุป สัญญาซื้อขายตามความหมายของกฎหมายฝรั่งเศส คือ สัญญาที่มีการตกลงโอนทรัพย์สินเพื่อแลกกับราคา สัญญาจะมีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาหรือไม่ก็ได้ โดยหากเป็นสัญญาซื้อขายตามมาตรา 1582 แล้ว มีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปทันที เว้นแต่จะกำหนดเงื่อนไขกันไว้เป็นอย่างอื่น

ข. แบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

โดยหลักการทำสัญญาซื้อขายนั้นไม่จำเป็นต้องมีแบบ กล่าวคือเพียงทำสัญญาตกลงกันด้วยวาจาก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ต่อการฟ้องร้องบังคับคดี กฎหมายได้บัญญัติบังคับให้สัญญาซื้อขายต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 1582 วรรค 2 “กรณีดังกล่าวจะใช้บังคับได้เมื่อได้มีการทำเป็นหนังสือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงหรือได้ทำเป็นหนังสือลงชื่อคู่กรณี” ซึ่งลักษณะของการทำเป็นหนังสือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงนั้น (Authentic Instruments) เป็นไปตาม มาตรา 1317 และ มาตรา 1318²⁰ กล่าวคือการทำหนังสือต่อหน้าโนตารี (notaire) เพื่อให้หนังสือดังกล่าวกลายเป็นเอกสารสิทธิที่มีกฎหมายรับรองว่าเป็นเอกสารที่ถูกต้องและแท้จริงอันสามารถนำสืบพิสูจน์ได้ ซึ่งผลของการทำตามแบบในลักษณะนี้เพื่อยืนยันความมีอยู่ของสัญญาและถือเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเพื่อการพิสูจน์ในคดีด้วย เพราะหากแบบดังกล่าวมีข้อบกพร่องหรือกระทำโดยเจ้าพนักงานที่ไม่มีอำนาจแล้วจะทำให้เอกสารสิทธิดังกล่าวไม่ได้รับการยืนยันความถูกต้องแท้จริงส่งผลให้คู่สัญญาไม่สามารถนำเอกสารดังกล่าวมาใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีได้

ในประเทศฝรั่งเศส การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนจะใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการโอนทรัพย์สินทางสัญญา แต่กฎหมายแห่งฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติเรื่องการจดทะเบียนการซื้อขาย

¹⁹ **มาตรา 1599** The sale of a thing belonging to another is void: it may give rise to damages where the buyer did not know that the thing belonged to another.

²⁰ **มาตรา 1318** An instrument which is not authentic because of the lack of power or incapacity of the officer, or of a defect in form, has the value of a private instrument, if it was signed by the parties.

อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึงได้ออกกฎหมายเพื่อวางหลักการจดทะเบียนโฆษณา (Publication fonciere) ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตจะได้รับความรู้โดยเปิดเผยถึงการจดทะเบียนสิทธิดังกล่าว ผลของการไม่จดทะเบียนก็ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ เพียงแต่จะยกต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้เท่านั้น

มีข้อน่าสังเกตว่าสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายอาจสมบูรณ์ด้วยเจตนาของคู่สัญญาก็ตาม แต่จะฟ้องร้องบังคับกันได้ต้องมีหลักฐานในการพิสูจน์หนี้สิน เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักฐานในการฟ้องร้องกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการจดทะเบียนโฆษณา (Publication fonciere) อันเป็นเรื่องระหว่างบุคคลภายนอกและคู่สัญญาที่เป็นการประกาศสิทธิของตนต่อสาธารณชน กฎหมายจึงกำหนดการโฆษณาขึ้นมาเพื่อคุ้มครองผู้สุจริตนั่นเอง จึงเห็นได้ว่าการแยกแยะระหว่างแบบเพื่อการพิสูจน์ออกจากกรจดทะเบียนโฆษณาอย่างเด็ดขาด แม้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำต่อหน้าโนตารีและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่เสมอก็ตาม เพราะกฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้การจดทะเบียนเพื่อใช้ยันต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น หากมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณีไม่

3.2.1.3 ผลของการทำตามแบบ

ทฤษฎีความตกลงทำสัญญามีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันที (Solo Consensu) เป็นหนึ่งหลักการของทฤษฎีระบบสัญญาเดี่ยว ตามแนวความคิดของประมวลแห่งฝรั่งเศส ดังนั้น เจตนาของคู่สัญญาจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ ความยินยอมต้องตรงกันส่งผลถึงการโอนกรรมสิทธิ์ได้ตามมาตรา 1138

มาตรา 1138²¹ ซึ่งบัญญัติว่า หน้าที่จะส่งมอบทรัพย์สินสมบูรณ์ได้ โดยเพียงแต่การแสดงเจตนาของคู่สัญญา

ศูนย์วิทยทฤษฎยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²¹ มาตรา 1138 An obligation of delivering a thing is complete by the sole consent of the contracting parties.

It makes the creditor the owner and places the thing at his risks from the time when it should have been delivered, although the handing over has not been made, unless the debtor has been given notice to deliver; in which case, the thing remains at the risk of the latter.

กรณีนี้ (ผู้ซื้อ) เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องรับผิดชอบต่อความเสี่ยงภัยตั้งแต่เวลาที่ได้มีการตกลงกันแม้ว่าจะยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม แต่ถ้าการไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ เพราะความผิดของลูกหนี้ (ผู้ขาย) ท่านว่าลูกหนี้ (ผู้ขาย) เป็นผู้รับภาระความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินนั้น”

ตามบทบัญญัติมาตรา 1138 แสดงให้เห็นว่าการส่งมอบย่อมมีในขณะที่มีการกำหนดตัวทรัพย์สินระหว่างคู่กรณี เว้นแต่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หน้าที่ต้องส่งมอบทำให้เจ้าหนี้ (ผู้ซื้อ) เป็นเจ้าของตั้งแต่ขณะที่ทรัพย์สินอาจจะส่งมอบได้ โดยถือว่าการแสดงเจตนาตกลงกันระหว่างคู่กรณีเป็นเหตุให้เกิดหนี้ตามสัญญา และหนี้นั้นก็คือการส่งมอบซึ่งทำให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือในขณะที่ทรัพย์สินอาจจะส่งมอบได้แม้จะไม่ได้มีการส่งมอบก็ตาม ดังนั้นสัญญาซื้อขายไม่เพียงแต่จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นในระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่ยังมีผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปพร้อมกับความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย

หลัก Solo Consensu ถือว่าสัญญาซื้อขายกับสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กล่าวคือเมื่อมีความตกลงกันที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปอยู่ในสัญญาซื้อขายพร้อมกันทีเดียว โดยไม่ต้องมีการสัญญาทางทรัพย์สินอีก หลักการเป็นอันหนึ่งอันเดียวนั้น แยกออกได้เป็น 2 ประการคือ การกระทำทางหน้าที่ โดยผู้ขายมีหน้าที่ที่จะโอนกรรมสิทธิ์และได้กระทำหน้าที่ให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือโดยอาศัยเหตุที่มีสัญญาซื้อขายโดยเฉพาหรืออาศัยเหตุแห่งสัญญาซื้อขาย อีกประการหนึ่งคือการจำหน่ายจ่ายโอน ถือตามหลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมาผสมผสานกับหลักการส่งมอบ ตามมาตรา 1583 ซึ่งกำหนดให้สัญญาซื้อขายย่อมเกิดขึ้น และกรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อทันทีที่คู่สัญญาตกลงกันเรื่องทรัพย์สิน (สินค้า) และราคา แม้ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินและไม่ได้มีการชำระราคา สัญญาซื้อขายเท่านั้นที่ทำให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป

สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนโฆษณาการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองต่อบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายฝรั่งเศสยังคงยืนยันว่าเรื่องการจดทะเบียนโฆษณาไม่ใช่ข้อยกเว้นหลัก Solo consensu²² โดยอ้างว่าหลักการจดทะเบียนโฆษณาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องพันกับบุคคลภายนอกเท่านั้น แต่ในระหว่างคู่สัญญาแล้วต้องเป็นไปตามหลัก Solo consensu เสมอ คือแสดงเจตนาตรงกันในการทำสัญญามีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วย

²² พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, “ การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา, ” บทบัญญัติ 27,2 (พฤษภาคม 2513) :448-451

3.2.1.4 วิธีการทำตามแบบในกฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำต่อหน้าโนตารี (Notarial act) ถือเป็นกรกระทำตามแบบโดยทำเป็นแบบเพื่อการพิสูจน์หลักฐานที่ได้รับการรับรองจากโนตารี กล่าวคือเป็นการทำนิติกรรมโดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับรองนั่นเอง²³ ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงก็เพื่อคุ้มครองประชาชนผู้ทำนิติกรรมให้ได้รับความเป็นธรรมและผ่านการตรวจสอบว่าได้ทำด้วยความเข้าใจและเต็มใจ เพื่อเป็นหลักประกันความแน่นอน ข้อความในเอกสารที่โนตารีจัดทำและรับรองนี้ถือเป็นพยานหลักฐานที่รับรองถึงความถูกต้องแท้จริงแห่งการทำนิติกรรมนั้น และเป็นสันนิษฐานเด็ดขาด มีค่าพิเศษในทางพยานหลักฐานที่ศาลต้องรับฟัง

กระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากลักษณะของสัญญาที่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ไปในทันทีที่ตกลงเรื่องทรัพย์สินและราคาเรียบร้อยแล้ว การส่งมอบเป็นเพียงหนี้หรือหน้าที่ที่เกิดจากการซื้อขาย ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นโดยผลของสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาซื้อขายทรัพย์สินมีตัวตนแน่นอน และมีการระบุไว้เรียบร้อยแล้ว หนี้ที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ก็หมดไปในทันทีที่สัญญาสมบูรณ์ เหลือเพียงการส่งมอบการครอบครอง ทั้งนี้เพราะความสมบูรณ์ของสัญญาส่งผลทางกฎหมายให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปในทันทีอยู่แล้ว ดังนั้น คู่สัญญาจึงมักจะทำเป็นความตกลงเบื้องต้นในการทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งอาจจะเป็นในลักษณะของ Compromis de Vente* หรือ Promesse de vente** แต่ความตกลงเบื้องต้นนี้เป็นเพียงร่างสัญญาขึ้นมาเพื่อเตรียมในการทำสัญญาซื้อขาย อันมีลักษณะทำนองเดียวกับสัญญาที่จะซื้อขายเพื่อให้คู่สัญญาตกลงกันเรื่องทรัพย์สินที่จะซื้อขายและราคาเรียบร้อยแล้ว

²³ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพ “โนตารีปับลิก” ในประเทศไทย, (นนทบุรี : โครงการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับวิชาชีพโนตารีปับลิก สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรมร่วมกับสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 205

* Compromis de Vente มีลักษณะเป็นการทำความตกลงเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญาที่จะทำความตกลงกันเพื่อความแน่นอนของสัญญา โดยใน compromis นี้คู่สัญญาจะกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไข ตัวทรัพย์สินและราคาเรียบร้อยแล้ว เพียงแต่ระบุเพิ่มเติมว่า สัญญาจะเด็ดขาดต่อเมื่อทำตามแบบที่ตกลงกัน

** Promesse de Vente มีลักษณะเป็นคำมั่นจะซื้อขาย อาจทำขึ้นในรูปของคำมั่นฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายก็ได้

สัญญาซื้อขายจะเสร็จเด็ดขาดส่งผลให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อคู่สัญญาทำตามแบบ กล่าวคือ การทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารี (notaire) ซึ่งทางปฏิบัติโนตารี (notaire) จะเข้ามาจัดการเกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ให้ตั้งแต่การทำสัญญาตลอดไปจนถึงการจดทะเบียนการโฆษณาสิทธิ ดังนี้

- (1) ตรวจสอบว่าคู่สัญญาเป็นตัวจริง และตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารต่างๆ
- (2) ตรวจสอบว่าคู่สัญญามีความสามารถในการทำนิติกรรมนั้น
- (3) ตรวจสอบหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ในที่ดิน เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ขายเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินจริง
- (4) ยื่นคำขอตรวจสอบต่อ Bureau des Hypotheques ว่ามีข้อห้ามหรือข้อจำกัด สิทธิไม่ให้นำการขายหรือไม่ หากมีข้อจำกัดก็ต้องแน่ใจว่าเงินที่ได้จากการขายสามารถชำระให้แก่ เจ้าหนี้ได้หมด
- (5) ตรวจสอบข้อมูลด้านการรังวัด หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินและข้อมูลต่างๆ ที่มี อยู่ในผลการตรวจสอบหลักฐานทะเบียนที่ดิน
- (6) ยื่นคำขอต่อราชการบริการส่วนท้องถิ่น เพื่อขอทราบระเบียบข้อบังคับ เกี่ยวกับการใช้ที่ดิน การผังเมือง และการพัฒนาที่ดิน
- (7) แจ้งให้ผู้มีสิทธิที่จะซื้อที่ดินนั้นก่อนผู้อื่นทราบ เพื่อให้ผู้นั้นใช้สิทธิที่ซื้อ เสียก่อน ถ้าผู้มีสิทธิที่จะซื้อที่ดินนั้นก่อนผู้อื่น ไม่ซื้อภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงต้องดำเนิน เรื่องต่อผู้ว่าจ้างต้องการต่อไป
- (8) เป็นผู้จัดเก็บภาษีอากรจากคู่สัญญาและนำส่งกรมสรรพากร โดยต้องนำ สัญญาไปจดทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนภาษีอากร (Bureau de l'enregistrement)
- (9) ถ้ารับเงินแทนคู่สัญญา จะต้องนำไปฝากไว้กับCasse des Depotet Consignations หรือ The Credit Agricole
- (10) ตรวจสอบว่า ข้อตกลงในสัญญาสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย
- (11) จัดเตรียมสัญญาและส่งสัญญาไปจดทะเบียนต่อสำนักงานจดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมที่เรียกว่า Bureau des hypotheques (The Deed and Mortgages Registry) เมื่อสำนักงานดังกล่าวจดทะเบียนแล้วจะส่งมาให้โนตารี (notaire) จัดเก็บและโนตารี(notaire) จะส่งหนังสือแสดงความเป็นเจ้าของสิทธิ (Titre de propriete) พร้อมรายละเอียดค่าใช้จ่ายและ ค่าภาษีอากรที่จ่ายไปให้ด้วย

จึงเห็นได้ว่า โนตารี (notaire) เข้ามามีบทบาทในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ขั้นสุดท้าย (The acte authentique de vente) จะลงนามกันที่สำนักงานโนตารี²⁴ ส่งผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อ ดังนั้นภายใต้ความรับผิดชอบของโนตารี (notaire) เองนี้ จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายผูกขาดในการจัดทำหรือรับรองนิติกรรมที่กฎหมายเห็นว่ามีความสำคัญ การที่โนตารีเข้าไปตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารสัญญาและหลักฐานที่นำมาใช้ในการจดทะเบียนโดยโนตารีรับรองความถูกต้องแท้จริงนั้น เป็นการช่วยทำให้ระบบการจดทะเบียนมีหลักประกันความถูกต้องที่ดียิ่งขึ้นด้วย

3.2.2 ระบบทะเบียนของประเทศฝรั่งเศส

3.2.2.1 ระบบทะเบียนที่ดินตามกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบทะเบียนของประเทศฝรั่งเศส เป็นที่รู้จักกันในนาม Publication fonciere ซึ่งมีลักษณะเป็นการจดทะเบียนโฆษณาการทำนิติกรรมต่างๆ ที่ต้องแสดงออกต่อสาธารณชน ตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียน ปี ค.ศ.1855 อันเป็นระบบการจดทะเบียนนิติกรรม (Register of instrument or Registration of Deed)²⁵ ซึ่งต่างจากระบบการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ (Register of Title) ของเยอรมัน

ระบบการจดทะเบียนนิติกรรมในประเทศฝรั่งเศส (Register of instrument or Registration of Deed) เป็นระบบการจดทะเบียนเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน กล่าวคือ เป็นการจดบันทึกทะเบียนสาธารณะ เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับที่ดิน โดยการจัดทำและเก็บรักษาทะเบียนที่ดินนั้น จะเรียงลำดับการจดทะเบียนแต่ละแปลง ทะเบียนนี้จึงเป็นทะเบียนประจำที่ดินแปลงนั้นๆ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินในที่ดินก็ต้องจดลงไว้ในทะเบียนสำหรับที่ดินแปลงนั้น ซึ่งเดิมประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการสำรวจรังวัดและจัดทำทะเบียนที่ดินสำหรับทุกแปลง หากแต่เป็นการจัดทำทะเบียนบันทึกการสัญญาที่บุคคลทำขึ้นเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับที่ดิน

²⁴ Christian Dadomo and Susan Farran, French Substantive law : Key elements, (Sweet & Maxwell, 1997), pp.108-109

²⁵ Ryan, K.W., An Introduction to the Civil Law, (London: Sweet & Maxwell, 1982), pp. 173-174

ในการเก็บรักษาจึงให้ความสำคัญต่อชื่อคู่สัญญามากกว่าตัวแปลงที่ดิน ดังนั้นทะเบียนดังกล่าวจึงเรียงตามรายชื่อของบุคคลที่นำสัญญาจดทะเบียนและการจัดเก็บเอกสารก็ไม่ได้แยกเป็นรายแปลง ดังนั้น หากมีผู้ประสงค์จะซื้อที่ดินต้องการทราบว่าที่ดินแปลงนั้นใครเป็นเจ้าของ มีการจำนองหรือภาระติดพันใดๆ หรือไม่ จะต้องทำการไต่รายชื่อตั้งแต่ผู้ถือกรรมสิทธิ์คนแรกถึงปัจจุบันอันเป็นการยุ่งยาก ซึ่งระบบทะเบียนตามกฎหมาย ปี ค.ศ. 1855 นี้ไม่สามารถประกันสิทธิของผู้โอนว่ายังมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนั้นอยู่เลยหรือไม่²⁶ ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงออกกฎหมายใหม่มาเพื่อปรับปรุงระบบทะเบียนตาม Decree of 4 January and 14 October 1955 ซึ่งส่งผลทางกฎหมายเกี่ยวกับระบบการจดทะเบียนการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนี้

(1) การกำหนดให้มีทะเบียนที่ดิน (Land book) โดยการรังวัดแบบ cadastre ทั่วทั้งประเทศแล้วทำทะเบียนที่ดินแบบใหม่ เป็นระบบการบันทึกเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยอิงตามแผนผังของที่ดินแต่ละแปลง

(2) ระบบทะเบียนที่ดินจะมีการระบุรายชื่อของเจ้าของที่ดินแต่ละคน รวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ด้วย (Proprietorship register) โดย Decree ปี ค.ศ. 1955 กำหนดให้มีบัตรดัชนี (fichier) 2 ประเภท คือ บัตรดัชนีที่เรียงลำดับตัวอักษรตามชื่อเจ้าของทรัพย์สิน (fichier personnel) และบัตรดัชนีที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินตามถิ่นที่อยู่ (fichier parcellaire or fichier d'immeubles)²⁷ ผลจากการจัดทำบัตรดัชนีทั้งคู่ สามารถนำมาใช้อ้างอิงในการค้นหาที่ดินแต่ละแปลงประกอบชื่อคู่สัญญา และจัดให้มีการรังวัดทำแผนที่ที่ดินที่มีมาตรฐานสำหรับที่ดินแต่ละแปลงโดยมีเลขที่ดินกำกับ เพื่อไม่ให้ซ้ำกับที่ดินแปลงอื่นๆ ด้วย

(3) การโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินต้องมาทำการจดทะเบียน ณ สำนักงานจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (Bureau des hypothèques) ซึ่งเป็นองค์กรในการรับจดทะเบียนการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินทั้งหมด โดยจะทำการตรวจสอบรายชื่อทั้งหมดเพื่อความชัดเจนในรายละเอียดของที่ดินแต่ละแปลง และจะทำการประกาศโฆษณาสิทธิการจดทะเบียนที่ดินด้วย อย่างไรก็ตาม สำนักงานดังกล่าวไม่มีหน้าที่ในการรับประกันทางกฎหมายถึงความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมที่นำมาจดทะเบียนสิทธิ ดังนั้นหากมีการจดทะเบียนสิทธิที่เกิดขึ้นจากความฉ้อโกงของคู่สัญญา สำนักงานจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (Bureau des hypothèques) มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับการ

²⁶ Amos, Maurice Shenldon, Walton, Frederick Parker., Lawson, Frederick Henry, Amos and Walton's Introduction to French Law, 3 rd. edition (Oxford : Clarendon Press, 1967) p.106

²⁷ Ibid., p 109

จดทะเบียนสิทธิได้ โดยคู่สัญญาต้องไปดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลก่อน จึงสามารถนำคำพิพากษามาเป็นผลบังคับให้ทำการจดทะเบียนสิทธิได้

3.2.2.2 ผลการจดทะเบียน

ระบบการจดทะเบียนโฆษณา (Publication fonciere) เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำการจดทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ของการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นเมื่อมีการทำสัญญาโอนอสังหาริมทรัพย์โดยไม่จดทะเบียน ผู้รับโอนก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น แต่สิทธิของผู้ได้มาโดยสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียนมีข้ออ่อนด้อยไม่อาจยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้ ซึ่งจะก่อผลทางกฎหมาย อันอาจแยกการพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์โดยผ่านทางสัญญาซื้อขายที่ดิน หากไม่จดทะเบียนโฆษณาการโอน ผู้ซื้อสามารถเป็นเจ้าของที่ดินนั้น และสามารถอ้างสิทธิในที่ดินดังกล่าวแก่บุคคลทั่วไปได้ แต่จะไม่สามารถยกเอาสิทธิในที่ดินนั้นขึ้นต่อสู้ยันบุคคลภายนอกผู้ซึ่งได้สิทธิเหนือที่ดินแปลงเดียวกันและได้จดทะเบียนการโอนแล้ว ดังนั้นหากในระหว่างผู้ได้มาโดยการทำสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียนด้วยกันแล้ว บุคคลผู้ทำสัญญารับโอนก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่า แต่ถ้ามีบุคคลใดได้จดทะเบียนสิทธิของตนก่อนผู้ได้มาอีกคนหนึ่งแล้ว ผู้นั้นย่อมมีสิทธิดีกว่า ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ใดเป็นผู้ทำสัญญารับโอนก่อนหรือได้เข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นก่อนกัน²⁸

(2) ระบบการจดทะเบียนโฆษณานี้ ถือเป็นเรื่องความสมัครใจของคู่สัญญา²⁹ ในการจดทะเบียนเพื่อประกาศการโอนกรรมสิทธิ์แก่สาธารณชน หากไม่ทำการจดทะเบียนมีผลให้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ต่อบุคคลที่สามได้ แต่ไม่มีผลกระทบระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน เพราะตามมาตรา 1138 นั้น ความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาเพียงพอต่อการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารี (Notaire act) ก็เป็นเรื่องการทำสัญญาที่มีผลเพื่อการบันทึกถึงความถูกต้องแท้จริงแห่งนิติกรรมเท่านั้น ความสมบูรณ์ของสัญญาจึงเป็นคุณละกรณีกับการจดทะเบียนโฆษณา

(3) ระบบการจดทะเบียนโฆษณานี้ เป็นเพียงเครื่องมือของการจดทะเบียนเพื่อประกาศให้สาธารณชนรับรู้ แต่มิได้เป็นการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นการโฆษณาดังกล่าวจึงมิได้รับประกันสิทธิของผู้ซื้อในการยกต่อสู้ถึงความบกพร่องในกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย เว้นแต่

²⁸ Mercel Planiol, Treatise on the Civil Law. Vol .I. Part II., pp.550-554

²⁹ Dyson, Henry., French Property and Inheritance Law ; principles and practice, (Oxford : Oxford University Press, 2003), pp 19-23

จะเป็นกรณีที่สิทธิของผู้ซื้อคนหลังนั้นได้มาจากการฉ้อฉลที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อคนหลังกับผู้ขายในการหลอกลวงผู้ซื้อคนแรก กรณีนี้ผู้ซื้อคนแรกจึงเป็นผู้มีสิทธิดีกว่า

(4) ผลกระทบจากการไม่จดทะเบียนโฆษณา นั้น พิจารณาได้จากวันที่ที่ต้องจดทะเบียน (Date of registration)³⁰ ซึ่งถือว่ามีความสำคัญเพราะเหตุที่การจดทะเบียนโฆษณาจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาและจดทะเบียน ณ สำนักงานจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (Bureau des hypothèques) แล้วเท่านั้น ดังนั้นสิทธิในการยกขึ้นต่อผู้ต่อบุคคลที่สามจึงเกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ได้มีการจดทะเบียนแล้ว จะเห็นได้จากในหลายคดีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างคู่สัญญาหรือผู้ได้รับผลประโยชน์จากการได้รับโอนกรรมสิทธิ์ที่ต้องสูญเสียสิทธิดังกล่าวไป เพราะว่าบุคคลที่สามซึ่งได้รับการโอนทางสัญญาและจดทะเบียนสิทธิโดยถูกต้องในวันที่ก่อนคู่สัญญาดังเดิมจะทำการจดทะเบียน ดังนั้นผู้ได้จดทะเบียนสิทธิก่อนจึงเป็นผู้ที่มีสิทธิดีกว่าผู้อื่น (requested registration first)³¹

มีข้อน่าสังเกตว่า การจดทะเบียนโฆษณานั้น เป็นเรื่องของการแสดงออกโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน จึงต้องมีการโฆษณาประกาศสิทธิต่อบุคคลโดยทั่วไป การจดทะเบียนโฆษณาบัญญัติขึ้นเพื่อรับประกันกรรมสิทธิ์ในความสมบูรณ์ของการโอนทรัพย์สินโดยทางสัญญาซึ่งทางปฏิบัติ กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ขึ้นอยู่การปฏิบัติงานของโนตารี (notaire) ที่จะเป็นผู้จัดการความถูกต้องแท้จริงแห่งสัญญาและจัดทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (deed of conveyance) การตรวจสอบสถานภาพของอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงเป็นเจ้าของพนักงานในการจัดการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย จึงแสดงให้เห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งแยกเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาออกจากการจดทะเบียนโฆษณา การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาที่ต้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย เพียงแต่เรื่องการจดทะเบียนนั้นมิได้มีผลสมบูรณ์ที่จะสามารถแยกเป็นข้อต่อผู้ต่อบุคคลที่สามได้เท่านั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁰ John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker; with contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland and Sylvia Hargreaves, Principles of French Law, (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp 289-290

³¹ Available Form : http://www.unece.org/hlm/wpla/publications/wpla_inv2_p1.pdf
<2008, Aug 31>

3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สถาบันทางกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีลักษณะเฉพาะสำหรับกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นการแบ่งแยกสัญญาทางทรัพย์กับสัญญาทางหนี้ออกจากกัน กล่าวคือ สัญญาทางทรัพย์เป็นสัญญาโอนสิทธิอันเป็นคนละเรื่องกับสัญญาทางหนี้ที่ก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างกันเท่านั้น สัญญาทางทรัพย์มิได้มุ่งโดยตรงต่อการก่อให้เกิดความผูกพัน แต่มุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์ จึงเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาทางหนี้กับสัญญาทางทรัพย์ต่างกันอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น จึงควรทำความเข้าใจถึงหลักเบื้องต้นของสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์โดยพอสรุปได้ดังนี้

สัญญาทางหนี้ (obligation agreement) เป็นสัญญาที่เป็นมูลเหตุทำให้เกิดความผูกพันทางหนี้โดยตัวของสัญญาเองนี้ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์โดยตรง มีผลแต่เพียงก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ กล่าวคือ ขอให้ลูกหนี้กระทำการงดเว้นกระทำการหรือ ส่งมอบทรัพย์

สัญญาทางทรัพย์ (real agreement or real contract) เป็นสัญญาที่มีผลก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินโดยตรง คือมีผลทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โอนเปลี่ยนมือได้

ผลของการแยกสัญญาทางทรัพย์ออกจากสัญญาทางหนี้จึงก่อให้เกิดการแยกกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกฎหมายลักษณะหนี้อย่างชัดเจน และทำให้ความคิดเรื่องสิทธิเรียกร้อง (บุคคลสิทธิ) กับสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์ (ทรัพย์สิทธิ) แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจนขึ้น อันจะเป็นรากฐานในการทำความเข้าใจถึงระบบแบบและระบบทะเบียนต่อไป

3.3.1 ระบบแบบของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.3.1.1 ความนำเรื่องแบบตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

ปัจจุบันประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสมัยใหม่ได้มียึดถือตามหลักความตกลงร่วมกัน (Comensualism) กล่าวคือ สัญญาไม่มีแบบ เว้นแต่กฎหมายกำหนดแบบไว้ และแม้กำหนดแบบไว้ก็ตามก็สามารถที่จะตกลงกันเองได้ โดยหลีกเลี่ยงวิธีการสร้างแบบมาตรฐาน สำหรับแบบตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ได้มีการบัญญัติเป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมไว้โดยเฉพาะ ตามมาตรา 125 ที่บัญญัติให้การทำนิติกรรมต้อง

ทำตามแบบ มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ³² ซึ่งแบบที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นไปตามประเภทของแต่ละนิติกรรมนั้นๆ แบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

(ก) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ (Writing Form) เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ แบบในลักษณะนี้กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ ทางปฏิบัติคู่สัญญาจะต้องลงลายมือชื่อ แต่หากไม่สามารถลงลายมือได้ อาจจะมีทำตราประทับแทนและให้เจ้าหน้าที่โนตารีรับรองความถูกต้องก็ได้³³

(ข) แบบการรับรองโดยทางราชการ (Public attestation) เป็นกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นจะต้องมีการรับรองโดยทางราชการ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการยืนยันความแน่นอนในการแสดงเจตนา แบบลักษณะนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ และลายมือชื่อของผู้แสดงเจตนาโดยต้องมีรับรองจากเจ้าหน้าที่โนตารี³⁴ อันเป็นการโฆษณาการแสดงเจตนาเพื่อยืนยันว่าได้มีการเอกสารต่อกันระหว่างคู่สัญญานั้นแล้ว

³² B.G.B. 125 A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction is also results in voidness.

³³ B.G.B.126 (1) If the written form is prescribed by law, the document must be signed by the issuer with his name in his own hand, or by his notarially certified mark.

(2) In the case of a contract, the signatures of the parties must be made on the same document. If several counterparts of the contract are drawn up, it suffices if each party signs the document intended for the other party.

(3) The written form may be replaced by the electronic form, unless otherwise provided by statute.

(4) Notarial recording replaces the written form.

³⁴ B.G.B.129(1) If the official certification of a declaration is prescribed by law, the declaration must be drawn up in writing and the signature of the declarant be certified by a notary. If the declaration is signed by the issuer making his mark, the certification of the mark provided for in section 126 (1) is necessary and sufficient.

(ค) แบบที่ต้องมีเจ้าหน้าที่โนตารียืนยันความถูกต้องแท้จริง (Notarial authentication) เป็นแบบที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริงจากเจ้าหน้าที่โนตารี³⁵ ซึ่งบางกรณีการที่เจ้าหน้าที่โนตารีรับรองความถูกต้องแท้จริงแล้วอาจใช้แทนที่การรับรองโดยทางราชการก็ได้³⁶ ดังนั้นแบบลักษณะนี้จะเคร่งครัดมากกว่าแบบประเภทอื่นๆ เพราะนอกจากเพื่อยืนยันการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้ว นิติกรรมที่ต้องทำตามแบบดังกล่าวต่างเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญ ดังนั้นก่อนที่มีการกำหนดนี้ในการทำนิติกรรมประเภทนั้นๆ กฎหมายจึงประสงค์จะให้คู่สัญญาได้ไตร่ตรองและได้รับคำแนะนำทางกฎหมายจากเจ้าหน้าที่โนตารี เพื่อการทำตามแบบลักษณะนี้เอกสารดังกล่าวจะได้รับการยืนยันถึงความถูกต้องชัดเจนและไม่คลุมเครือด้วย³⁷ เช่น การให้ (มาตรา 581) การทำสัญญาซื้อขายที่ดิน (มาตรา 311 b)

จากบทบัญญัติข้างต้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายได้กำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้โดยมุ่งหมายคุ้มครองคู่สัญญาและบุคคลภายนอกให้คำนึงถึงความสำคัญของการแสดงเจตนา และหากเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญแล้วก็ต้องมีการรับรองจากเจ้าหน้าที่โนตารี ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันเจตนาของคู่สัญญาและยืนยันถึงความถูกต้องแท้จริงแห่งนิติกรรมที่เจ้าหน้าที่โนตารีได้รับรองด้วย อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้ให้ความสำคัญต่อหลักสุจริต (Good faith) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและมีผลเป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติต่างตอบแทนในความเชื่อถือไว้ใจกันต่อความต้องการหรือผลประโยชน์ของผู้อื่น ดังนั้นหลักสุจริตนี้จึงเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งระบบ³⁸ คู่กรณีจะต้องปฏิบัติกรรณการซื่อสัตย์ต่อกันด้วยความสุจริต เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการทำสัญญานั้นอย่างแท้จริง หากมีการฝ่าฝืนไม่ทำตามแบบส่งผลให้สัญญาที่ทำต่อกันนั้นไม่สมบูรณ์ เนื่องจากเป็นการทำลายนโยบายเรื่องแบบที่มุ่งคุ้มครองต่อคู่กรณีแล้ว กฎหมายได้กำหนดความรับผิดของคู่กรณีไว้ในหลักความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) ในการเรียกร้องให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายที่ได้รับ

³⁵ B.G.B. 128 If the notarial recording of a contract is prescribed by law, it suffices if first the offer and later the acceptance of the offer is recorded by a notary.

³⁶ B.G.B.129(2) The notarial recording of the declaration replaces the official certification.

³⁷ Markesinis, Basil S., Unberath, Hannes, Angus Johnston., The German law of contract : a comparative treatise, (Oxford : Hart Pub., 2006), pp. 81-86

³⁸ Cohn, Ernest Joseph, Manual of German Law, Volume 1, 2nd. Edition (London : The British Institute of International and Comparative Law, 1968), p. 97

ความเสียหายจากการกระทำข้างต้นในลักษณะการเยียวยาประโยชน์ที่ไม่ควรเสียไป (negative interest)³⁹ กล่าวคือการได้รับค่าใช้จ่าที่ได้อัปไปหรือและค่าสูญเสียอื่นๆ ที่ได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในการทำสัญญา

3.3.1.2 ความหมายและแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

ก. ความหมายของสัญญาซื้อขาย

ในปัจจุบันนี้ หนีตามกฎหมายซื้อขายของกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code) ได้มีการปรับปรุงแก้ไขโดยร่างพระราชบัญญัติกฎหมายหนี้ (The Law of Obligations Reform Act) ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 โดยบทบัญญัติเรื่องซื้อขายไว้ในมาตรา 433⁴⁰ ซึ่งอธิบายความหมายของสัญญาซื้อขายดังนี้

(1) โดยอำนาจของสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ โดยที่ทรัพย์สินนั้นต้องปราศจากความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ

(2) ผู้ซื้อ มีหน้าที่ชำระราคาให้แก่ผู้ขายและรับมอบทรัพย์สินที่ตกลงซื้อ

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาทางหนึ่งชนิดหนึ่ง⁴¹ โดยกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) วางหลักว่าสัญญาซื้อขายย่อมประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่าย คือฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขาย โดยผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินและโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้ซื้อ และผู้ซื้อ มีหน้าที่รับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันและชำระราคาทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ขาย จึงเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายไม่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันทีเป็นแต่เพียงสร้างความผูกพันทางหนี้เท่านั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายเกิดขึ้นอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาตามสัญญาทางทรัพย์สิน โดยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น

³⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า 86-87

⁴⁰ B.G.B.433

(1) By means of the purchase agreement the seller of a thing is bound to deliver the thing to the buyer and to convey title to the thing to the buyer. The seller must convey the thing to the buyer free from defects of quality and title.

(2) The buyer is bound to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased.

⁴¹ Ernest J. Schuster, The Principle of German Civil Law, (Oxford : The Clarendon Press, 1907), p.139.

ผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และทั้งสองฝ่ายตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปด้วย ตามมาตรา 929⁴²

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 433 ประกอบมาตรา 929 แล้ว ทำให้เห็นได้ว่า รูปแบบของสัญญาซื้อขายตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แบ่งสัญญาซื้อขายออกเป็น สองสัญญา กล่าวคือแบ่งแยกเป็นสัญญาทางหนึ่งกับสัญญาทางทรัพย์สิน ดังนั้นเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายขึ้น สัญญาฉบับแรกก่อให้เกิดบุคคลสิทธิอันเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่กรณี ที่เรียกว่า “สัญญาทางหนึ่ง” ซึ่งไม่มีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเลย กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อได้ทำ สัญญาฉบับหลังที่เรียกว่า “สัญญาทางทรัพย์สิน” ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภทนี้เป็นอิสระจากกัน หรือ ที่เรียกว่า หลักของสัญญาลอยทางทรัพย์สิน (abstract contract) ซึ่งหลักการนี้ใช้บังคับทั้งสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ด้วย โดยรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อ 3.3.1.3 ต่อไป

ข. แบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

กฎหมายเยอรมันกำหนดให้การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือได้รับกรรมสิทธิ์ต้องผ่านการรับรองความ ถูกต้องจากเจ้าหน้าที่ในตารีก่อน ตามมาตรา 311 b⁴³ แต่หากมิได้ทำการรับรองดังกล่าว จะมีผล ใช้บังคับได้ ถ้ามีการส่งมอบและเข้าครอบครองที่ดินและจดทะเบียนโดยถูกต้องแล้ว แต่ถ้าทำ

⁴² B.G.B. 929 For the transfer of ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of ownership suffices.

⁴³ B.G.B.311 b

(1) A contract whereby the one party obliges himself to transfer or acquire ownership of a plot of land must be authenticated by a notary. A contract not concluded in that form becomes valid in its entirety, if declaration of conveyance and registration in the land register are made.

(2) A contract whereby one party binds himself to transfer his entire future assets or a fractional part of his future assets or to charge them with a usufruct is void.

(3) A contract whereby one party binds himself to transfer his entire present assets or a fractional part of his present assets or to charge them with a usufruct must be authenticated by a notary.

สัญญาที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ในอนาคต ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน สัญญานั้นจะเป็นโมฆะ

เมื่อพิจารณามาตรา 311b จึงเห็นได้ว่า แบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นถือเป็นแบบแห่งสัญญาทางหนี้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดของการแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ของกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ได้กำหนดให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ย่อมได้กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อได้ทำสัญญาทางทรัพย์ คือมีการจดทะเบียนการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นแม้จะทำสัญญาตามแบบที่กำหนดไว้ตามมาตรา 311 b ต่อหน้าเจ้าพนักงานโนตารีก็ตาม ก็เป็นเพียงการทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดเท่านั้น หากยังไม่มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์แก่กันทางทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) ผู้ซื้อก็ยังไม่ได้กรรมสิทธิ์อยู่ตราบนั้น⁴⁴

3.3.1.3 ผลการทำตามแบบ

ทฤษฎีการโอนกรรมสิทธิ์ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) นั้น เป็นระบบทฤษฎีสัญญาคู่ ซึ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ ตามหลักของสัญญาลอยทางทรัพย์ (abstract contract) ความมีอยู่ของสัญญาทางหนี้ (สัญญาซื้อขาย) กับความมีอยู่ของสัญญาทางทรัพย์ (การโอนกรรมสิทธิ์) ต่างเป็นอิสระจากกัน กล่าวคือ สัญญาซื้อขายก่อนผลทางหนี้เท่านั้นการโอนกรรมสิทธิ์เกิดเมื่อผู้ซื้อทำสัญญาทางทรัพย์นั้น แม้ว่าสัญญาซื้อขายนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือถูกบอกล้างหรือสัญญาซื้อขายไม่มีผลด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม ข้อตกลงทางทรัพย์เป็นอิสระคือเป็นข้อตกลงที่ลอยหรือแยกออกจากสัญญาซื้อขายที่เป็นมูลเหตุแห่งสัญญาทางทรัพย์ อาจกล่าวได้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นโอนไปตั้งแต่ทำสัญญาทางทรัพย์ โดยไม่คำนึงว่าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาทางหนี้จะไม่มีผลแต่ต้นหรือเสียในภายหลัง แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ไปตามสัญญาทางทรัพย์ แต่ก็เป็นมาได้มาโดยปราศจากมูลเหตุอันอ้างได้ตามกฎหมาย จึงก่อให้เกิดหนี้ในลักษณะกึ่งสัญญา (quasi-contractual) ให้สิทธิผู้ซื้อที่จะเรียกร้องความเสียหายได้ ภายใต้หลักเรื่องลาภมิควรได้⁴⁵

⁴⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, “เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง วิชาชีพโนตารีพับลิก ในระบบกฎหมายต่างๆ” (โครงการวิจัยเรื่องแนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพโนตารีพับลิกในประเทศไทย, 2547), หน้า 54

⁴⁵ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, Introduction to German law, (Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005), p.230

ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมัน จึงมีลักษณะพิเศษอย่างน้อย 3 ประการคือ⁴⁶

(1) นิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินซึ่งถือเป็นนิติกรรมที่แยกเป็นอิสระจากนิติกรรมทางหนี้ ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันในการโอนกรรมสิทธิ์

(2) นิติกรรมการโอนกรรมสิทธิ์เป็นนิติกรรมลอย กล่าวคือมีผลเป็นอิสระแยกต่างหากจากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์

(3) การโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์กันและมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้น (หลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยส่งมอบ)

เหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกันนั้นก็คือ ในสัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาทางหนี้ซึ่งแยกออกจากสัญญาทางทรัพย์สินที่เป็นบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมการจำหน่าย (Verfuegungsgeschaef) อย่างชัดเจน กรณีนี้ผู้ขายย่อมสามารถทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือแต่สัญญาซื้อขายก็สมบูรณ์ ในทางกลับกันกรณีสัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ผู้ซื้อก็ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถ้ามีการขายต่อมาผู้ที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ซื้อไม่ต้องคำนึงว่าผู้ขายให้แก่ตนได้กรรมสิทธิ์มาโดยสัญญาซื้อขายในลักษณะหนี้ที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการคุ้มครองการค้าของประชาชน⁴⁷ สัญญาซื้อขายมีความสำคัญระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายสำหรับบุคคลภายนอกย่อมเป็นเรื่องของสัญญาทางทรัพย์สินที่ต้องพิจารณาเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์กรณีนี้การใช้กฎหมายทำให้มองเห็นภาพชัดเจนและง่ายต่อการปรับใช้ด้วย

3.3.1.4 วิธีการทำตามแบบตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

จากแนวคิดของการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินนั้น แบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ จึงต้องแยกออกเป็น 2 ประการ คือ

⁴⁶ กิตติศักดิ์ ปรกิตติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริตเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน อังกฤษและไทย, หน้า 20

⁴⁷ หยุด แสงอุทัย, “ปัญหาการแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, หน้า 173

(ก) แบบของสัญญาทางหนี้

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบไว้ ตามมาตรา 311b ให้การทำสัญญาซื้อขายดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือได้รับ กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริงจากเจ้าพนักงานโนตารี จึงมีผลสมบูรณ์ (valid)

(ข) แบบของสัญญาทางทรัพย์

ระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การทำสัญญาซื้อขายเพียงลำพังนั้นก่อเพียง ผลทางหนี้เท่านั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายไปยังผู้ซื้อ จะเกิดขึ้นเมื่อมีการทำสัญญา ทางทรัพย์ให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยสัญญาทางทรัพย์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ บัญญัติไว้ในมาตรา 925⁴⁸ ว่า

(1) ความตกลงระหว่างผู้โอนกรรมสิทธิ์และผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ มีความ จำเป็นเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 873 คู่กรณีจะต้องประกาศให้ เป็นที่รู้กันทั้งสองฝ่ายต่อหน้าตัวแทนของคู่กรณีสองฝ่าย เมื่อโนตารีได้รับการประกาศการโอน ทรัพย์สิน บางทีอาจเป็นความตกลงต่อหน้าศาล หรือตามแผนการล้มละลายที่สิ้นสุดและได้รับการ ยืนยัน

(2) การโอนที่กระทำอย่างมีเงื่อนไขหรือภายใต้ข้อกำหนดแห่งเวลาใด ย่อมไม่มีผลบังคับได้

ดังนั้น การทำสัญญาทางทรัพย์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ นั้น จะต้องมีการจดทะเบียนเพราะรัฐมีนโยบายที่ต้องการความแน่นอนจึงกำหนดให้ต้องทำตาม

⁴⁸ B.G.B.925

(1) The agreement between the alienor and the acquirer (declaration of conveyance) necessary for the transfer of ownership of a plot of land under section 873 must be declared in the presence of both parties before a competent agency. Any notary is competent to receive the declaration of conveyance, notwithstanding the competence of other agencies. A declaration of conveyance may also be made in an in-court settlement or in an insolvency plan that has been finally and non-appealably confirmed.

(2) A declaration of conveyance that is made subject to a condition or a stipulation as to time is ineffective.

แบบโดยเคร่งครัด การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายเยอรมัน ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบคือ⁴⁹

1. มีข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์และตกลงจะไปจดทะเบียน กับมีการส่งมอบกันโดยแท้จริง (Einigung) ตามมาตรา 873⁵⁰ และมาตรา 874⁵¹ และต้องนำข้อตกลงนี้ไปจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินด้วย (the registration of the change in title in the Land Register)

2. ข้อตกลงทางทรัพย์สิน (Auflassung) ต้องให้เจ้าหน้าที่ในตารี่ลงนามและประกาศถึงข้อตกลงนั้น ณ สำนักงานที่ดิน เพื่อทำการจดทะเบียนลงในทะเบียนที่ดิน(Grundbuch) หากฝ่าฝืนไม่ทำการจดทะเบียนดังกล่าว ข้อตกลงทางทรัพย์สินนั้นไม่มีผลบังคับตามกฎหมายและผู้ที่ได้รับมอบอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย

เห็นได้ว่า ตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) นั้น กำหนดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการแสดงเจตนาสละกรรมสิทธิ์และจดทะเบียนประกอบกัน กรรมสิทธิ์จึงจะโอนไปยังผู้ซื้อทันทีที่จดทะเบียน อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนเพียงอย่างเดียว

⁴⁹ Nigel G. Foster, Satish sule, German legal system & Law, (Oxford : Oxford University Press, 2002), pp.448.

⁵⁰ B.G.B.873

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other party on the occurrence of the change in title and the registration of the change in title in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other party an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Act.

⁵¹ B.G.B. 874 On the registration of a right, which encumbers a plot of land, reference may be made, for a more detailed description of the content of the right, to the approval of registration, to the extent that the law does not provide otherwise.

โดยปราศจากการแสดงเจตนาการโอนกรรมสิทธิ์นั้นทำให้สัญญาทางทรัพย์สินไม่สมบูรณ์ ดังนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจึงต้องครบถ้วนทั้งสองประการ จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้

มีข้อน่าสังเกตว่า ด้วยบทมาตรา 873 ใช้คำว่า “การตกลง” หรือ “ข้อตกลง” (Einigung) โดยหลีกเลี่ยงคำว่า “สัญญา” ทั้งนี้ ก็เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนกับสัญญาทางหนี้ตนเอง⁵² ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายบัญญัติให้ต้องมี จดทะเบียนทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิ์ในทะเบียนที่ดิน

ดังนั้น เมื่อทำสัญญาซื้อขายแล้ว แต่ก่อนที่กรรมสิทธิ์จะมีการโอนทางทะเบียน ฝ่ายผู้ขายย่อมต้องการหลักประกันต่อไปว่าจะมีการชำระราคาซื้อขายตามที่ตกลงในสัญญาในทางกลับกันผู้ซื้อก็ย่อมต้องการหลักประกันว่าหากมีการชำระราคาซื้อขายกันแล้วจะ ไม่มีการโอนที่ดินที่ซื้อขายกันไปยังบุคคลภายนอก หรือที่ดินตกอยู่ภายใต้ทรัพย์สินหรือภาระผูกพันใดๆ อันเป็นโทษแก่ผู้ซื้อได้อีก ถือเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่โนตารีจึงต้องใส่ใจในการระวางพฤติการณ์ทั้งปวงที่เกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต่อหน้าตนไม่ให้มีเหตุอันนำไปสู่ปัญหาหรือข้อขัดข้องในการชำระราคาหรือโอนกรรมสิทธิ์ในเวลาข้างหน้าได้ จึงเห็นได้ว่าสัญญาทางหนี้ที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องผ่านการรับรองความถูกต้องแท้จริงจากเจ้าพนักงานโนตารีเช่นเดียวกัน

3.3.2 ระบบทะเบียนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.3.2.1 ระบบทะเบียนที่ดินตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

กฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนที่ดินที่แน่นอน (มาตรา 873) ซึ่งบังคับให้การแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ต้องกระทำโดยการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงมีการสร้างระบบทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนของเยอรมัน

การจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินของเยอรมัน ต้องเป็นไปตาม Grundbuchordnung (GBO) ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับการทะเบียนที่ดิน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้ศาลในแต่ละท้องถิ่น (Amtgericht) เป็นนายทะเบียนการจดทะเบียนให้แบ่งเป็นเขต โดยตัวทะเบียนที่ดินหรือโฉนดที่ดินจะต้องระบุเขตอำนาจศาลไว้ด้วยการเก็บรักษาเอกสารต่างๆ เกี่ยวกับที่ดิน ศาลจะเป็นผู้เก็บรักษาไว้ และการจดทะเบียนที่ดิน

⁵² ปรีดี เกษมทรัพย์, “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน”, คุณพินิจ, หน้า 56

ทุกประเภทต้องทำสำเนาเก็บไว้ที่ศาลด้วย เมื่อมีการจดทะเบียนคลาดเคลื่อน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงให้อำนาจศาลเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับการเพิกถอนทางทะเบียนด้วย ปัจจุบันเมื่อประเทศเยอรมันได้มีการกระจายอำนาจการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมไปสู่ระดับอำเภอ จึงได้มีการมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ (registrars) จดทะเบียนที่ดิน อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา (judges) ของเยอรมันยังคงมีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบกระบวนการจดทะเบียนที่ดินอยู่นั่นเอง⁵³

ระบบทะเบียนที่ดินของเยอรมัน (Grundbuch) เป็นการจดทะเบียนสิทธิ (Register of Title) ซึ่งหมายถึงการแสดงฐานะทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ดินโดยจัดทำทะเบียนที่ดินอิงตามที่ดินแต่ละแปลงโดยการสำรวจจริงวัด เพื่อให้ทราบถึงตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินแต่ละแปลง ดังนั้นสารบบทะเบียนที่ดินของเยอรมัน จึงประกอบด้วยส่วนสำคัญ 3 ส่วนคือ⁵⁴

ส่วนที่หนึ่ง แสดงตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินซึ่งเป็นรายการที่แน่นอน

ส่วนที่สอง แสดงชื่อผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และรายการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในลำดับต่อไป

ส่วนที่สาม แสดงรายการทรัพย์สินที่เกี่ยวกับที่ดิน เช่น การจำนอง หรือการจำยอม เป็นต้น

มีข้อน่าสังเกตว่า การจัดทำระบบทะเบียนที่ดินของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นการจัดทำทะเบียนโดยลำดับที่ดินแต่ละแปลงและแสดงสิทธิต่างๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้น ซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องจดลงในทะเบียน เรียกว่าเป็นการจดทะเบียนสิทธิ และเพื่อให้ทะเบียนที่ดินสามารถแสดงสิทธิที่ถูกต้อง กรณีมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิในที่ดินจึงต้องมีการจดทะเบียน มิฉะนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ไม่สมบูรณ์

⁵³ Available Form :

<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/Real%20Property%20Law%20Project/Germany.PDF> <2008, Aug 31>

⁵⁴ Nobert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, German private and commercial law : an introduction, Translated by Tony Weir (Oxford : Clarendon Press, 1982.) pp 177-182.

3.3.2.2 ผลการจดทะเบียน

เมื่อมีการจดทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) แล้ว ผู้ที่จดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินจะมีสิทธิตามหลักการพื้นฐาน 3 ประการ⁵⁵ คือ

(ก) หลักจดทะเบียนสิทธิ (The registration principle) จากแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับหลักทฤษฎีสัญญาคู่ สัญญาซื้อขายก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่กรณี เป็นสัญญาทางหนี้ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อมาทำสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งในส่วนของ การโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น สัญญาทางหนี้ (มาตรา 311b) และสัญญาทางทรัพย์สิน (มาตรา 925) ไม่เพียงพอ กฎหมายบังคับให้ต้องมีการจดทะเบียนลงในทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) ด้วย (มาตรา 873) มีข้อน่าสังเกตว่า กรรมสิทธิ์ในที่ดินก็โอนไปโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อจดทะเบียนนั้นเฉพาะการโอนทางสัญญาเท่านั้น และผลการจดทะเบียนที่ดินนี้ก่อให้เกิดการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วย

(ข) หลักพยานหลักฐาน (The evidence principle) เป็นหลักที่ปรากฏในมาตรา 891⁵⁶ ซึ่งบัญญัติว่า

(1) หากบุคคลใดได้จดทะเบียนสิทธิของตนแล้ว ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้มีสิทธิ

(2) หากสิทธิที่เคยได้รับการจดทะเบียนนั้นถูกลบลงไป ให้สันนิษฐานว่าสิทธินั้นไม่มีอยู่แล้ว

จากบทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาได้ว่าเมื่อได้จดทะเบียนสิทธิในที่ดินแล้ว ผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน ซึ่งการจดทะเบียนนี้ก่อให้เกิดการนำสืบพิสูจน์ถึงสิทธิของความเป็นอยู่และสถานะของบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดิน ทำให้หลักการเปิดเผยต่อสาธารณชนทางทะเบียนมีความมั่นคงน่าเชื่อถือ อย่างไรก็ดี ข้อสันนิษฐานนี้ไม่เด็ดขาด สามารถนำสืบหักล้างได้ เช่น ก. มีชื่อปรากฏในทะเบียนที่ดิน เป็นเจ้าของที่ดินต้องการฟ้องขับไล่ ข. ซึ่งครอบครองที่ดิน กรณีนี้ ก. ไม่ต้องพิสูจน์ว่าตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่เป็นหน้าที่ของ ข. ที่จะต้องพิสูจน์เพื่อหักล้างทะเบียนที่ดินว่า ก. ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์

⁵⁵ R.W. Ryan, An Introduction to the Civil Law, pp. 174-175

⁵⁶ B.G.B.891

(1) If a right has been entered in the Land Register for a person, it is presumed that the person is entitled to this right.

(2) If a right entered in the Land Register is deleted, it is presumed that the right does not exist.

(ค) หลักสุจริตของสาธารณชน (The principle of public faith) เป็นหลักที่มีความสำคัญที่ส่งเสริมให้เห็นเด่นชัดถึงวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนเพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชน โดยสาระสำคัญปรากฏตามมาตรา 892⁵⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

(1) เพื่อประโยชน์ของบุคคลผู้ได้สิทธิในที่ดินหรือสิทธิเหนือดังกล่าวโดยทางนิติกรรม ให้ถือว่ารายการในทะเบียนถูกต้อง เว้นแต่จะมีการจดทะเบียนโต้แย้งความถูกต้องหรือผู้ได้มาได้รู้ถึงความไม่ถูกต้องนั้น หากผู้มีสิทธิถูกจำกัดสิทธิการได้มาโดยการจดทะเบียนที่ดินนั้น ข้อจำกัดสิทธินั้นยกต่อสู้ได้เฉพาะผู้ได้มาเท่านั้น ถ้ากรณีดังกล่าวปรากฏจากการจดทะเบียนที่ดินหรือผู้ได้มาผู้รู้ถึงความไม่ถูกต้องนั้น

จากบทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาได้ว่า เมื่อมีบุคคลทำนิติกรรมสัญญาให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดิน และได้จดทะเบียนสิทธิแล้ว แม้ปรากฏต่อมาว่าการจดทะเบียนที่ดินนั้นไม่ถูกต้อง เช่น ผู้มีชื่อเป็นเจ้าของที่ดิน ไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริง สิทธิของผู้ได้มานั้นไม่เสียไปหากเป็นผู้ที่ได้มาโดยสุจริต กล่าวคือไม่รู้ถึงความไม่ถูกต้องของรายการในทะเบียนที่ดิน แม้ความไม่รู้จะเกิดโดยความประมาทก็ตาม⁵⁸

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากหลักการขั้นพื้นฐานข้างต้น จะพบว่า กฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญและความเชื่อถือทางทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) เป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง การจดทะเบียนที่ดินนั้น แม้จะเป็นการจดทะเบียนโดยบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถและมีการดูแลตรวจสอบเพียงใด ก็มีโอกาสที่จะเกิดความผิดพลาดได้ ดังนั้น กฎหมายเยอรมันจึงบัญญัติมาตรการพิเศษขึ้นมาเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายจากการจดทะเบียนสิทธิ ดังนี้

⁵⁷ B.G.B. 892

(1) In favour of the person who acquires a right in a plot of land or a right in such a right by legal transaction, the contents of the Land Register are presumed to be correct, unless an objection to the accuracy is registered or the inaccuracy is known to the acquirer. If the person entitled is restricted in favour of a particular person in his disposition of a right entered in the Land Register, the restriction is effective as against the acquirer only if it is apparent from the Land Register or known to the acquirer

⁵⁸ Cohn, Ernest Joseph, Manual of German Law, p. 188.

1) มาตรการจดทะเบียนโต้แย้งสิทธิ (Protest Notice or Widerspruch) เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีสิทธิในที่ดินแท้จริง แต่เนื่องจากมีความผิดพลาดในการจดทะเบียนสิทธิในที่ดิน กฎหมายจึงบัญญัติให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียมาร้องขอต่อนายทะเบียนแก้ไขรายการในทะเบียนให้ถูกต้องตรงกับความจริงได้ (มาตรา 894 และมาตรา 899⁵⁹) ซึ่งเมื่อมีข้อโต้แย้งสิทธิแล้ว นายทะเบียนจะทำการแก้ไขรายการให้ถูกต้องได้ต่อเมื่อบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนที่ได้รับการโต้แย้งนั้นให้ความยินยอม (consent) แต่หากผู้มีชื่อดังกล่าวไม่ให้ความยินยอมแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียต้องร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษายินยอมให้แก้ไขทะเบียนได้ และขณะอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ผู้มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอคำสั่งชั่วคราวต่อศาลเพื่อจดแจ้งลงในทะเบียนที่ดินได้ ซึ่งก็คือมาตรการจดทะเบียนโต้แย้งสิทธิ (Protest Notice or Widerspruch) นั้นเอง หากผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินได้อินที่ดินไปให้แก่บุคคลภายนอกผู้สุจริตภายหลังมีการจดแจ้งมาตรการดังกล่าวแล้ว ต่อมาศาลได้มีคำพิพากษาให้แก้ไขรายการในทะเบียนที่ดินให้ถูกต้อง บุคคลภายนอกก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองแม้จะเป็นผู้สุจริตก็ตาม⁶⁰

2) มาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice or Vormerkung) เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามสัญญาทางหนี้ ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคิดของสัญญาลอยทรัพย์แล้ว จะพบว่าผลของการแยกความสมบูรณ์ของสัญญาทางหนี้และ

⁵⁹ B.G.B.894 If the contents of the Land Register are not consistent with the actual legal position with regard to a right in the plot of land, a right in such a right or a restriction of disposition of the kind set out in section 892 (1), the person whose right is not registered or not correctly registered or is disadvantaged by the registration of an encumbrance or restriction that does not exist may require approval of the correction of the Land Register from the person whose right is affected by the correction.

B.G.B. 899

(1) In the cases in section 894, an objection challenging the accuracy of the Land Register may be registered.

(2) The registration is made on the basis of an interim injunction or on the basis of consent from the person whose right is affected by the correction of the Land Register. For the issuing of the interim injunction it is not necessary for prima facie evidence to be presented of an endangerment of the right of the person objecting.

⁶⁰ Cohn, Ernest Joseph, Manual of German Law, p.198

สัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน ทำให้ผู้มีสิทธิตามสัญญาทางนี้มีโอกาสเสี่ยงต่อความเปลี่ยนแปลงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่จดทะเบียน⁶¹ ในกรณีที่มีการทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินอย่างเดียวกันแก่บุคคลซ้อนกันสองคน กล่าวคือ ในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เมื่อเจ้าของที่ดินทำสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อคนแรกแต่ยังไม่จดทะเบียนโอนที่ดิน ผู้ซื้อคนแรกมีเพียงสิทธิตามสัญญาทางหนังสือที่ฟ้องเรียกร้องความเสียหาย หากเจ้าของที่ดินนำที่ดินไปโอนขายให้แก่ผู้ซื้อคนที่สองและจดทะเบียนสิทธิโอนที่ดินแล้ว ผู้ซื้อคนที่สองเป็นผู้มีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อคนแรกที่มีเพียงสิทธิเรียกร้องฐานผิดสัญญาเท่านั้น

ดังนั้น กฎหมายเยอรมันจึงได้วางมาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice or Vormerkung) (มาตรา 883)⁶² เพื่อสงวนสิทธิของบุคคลผู้มีสิทธิตามสัญญาทางหนังสือให้เป็นผู้อยู่ในฐานะจดทะเบียนได้อยู่ก่อน กล่าวคือ เมื่อมีสัญญาทางหนังสือระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ซื้อคนแรกแล้ว หากคู่สัญญาตกลงมาทำการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice or Vormerkung) ลงในทะเบียนที่ดินก่อนนายทะเบียนแล้ว แม้เจ้าของที่ดินจะโอนที่ดินให้แก่ผู้ซื้อคนที่สองซึ่งเป็นผู้สุจริตก็ตาม ผู้ซื้อคนแรกย่อมมีสิทธิที่จะเพิกถอนชื่อผู้ซื้อคนที่สองออกจากรายการในทะเบียนได้

⁶¹ Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, (The Hague, Netherland : Kluwer Law International, 1996), p 237.

⁶² B.G.B. 883

(1) To secure a claim to the grant or cancellation of a right in a plot of land or in a right encumbering the plot of land or to the alteration of the content or the priority of such a right, a priority notice may be entered in the Land Register. The registration of a priority notice is also admissible to secure a future or a conditional claim.

(2) A disposition that is made, after the registration of the priority notice, of the plot of land or of the right, is ineffective to the extent that it would defeat or adversely affect the claim. This also applies if the disposition is made by way of compulsory execution or enforcement of an attachment order or by the insolvency administrator.

(3) The priority of the right to the grant of which the claim relates is determined according to the registration of the priority notice.

มีข้อนำสังเกตเกี่ยวกับมาตรการพิเศษทั้งสองว่า การจดทะเบียนโต้แย้งสิทธิ (Protest Notice or Widerspruch) และมาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice or Vormerkung) ไม่เป็นการจำกัดสิทธิเจ้าของที่ดินในการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ แต่หากมีการจดทะเบียนมาตรการดังกล่าวลงในทะเบียนที่ดินแปลงใดแล้วหากมีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อไปแก่บุคคลผู้ได้ใช้สิทธิตามมาตรการพิเศษที่กฎหมายบังคับย่อมได้รับความคุ้มครองการจดทะเบียนครั้งหลังนี้ย่อมไม่สมบูรณ์ (invalid)



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบแบบและระบบทะเบียน ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาเรื่องระบบแบบและระบบทะเบียนที่กล่าวมาแล้ว พบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และการจดทะเบียนทรัพย์สินนั้น แต่ละประเทศมีแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งรากฐานจากแนวคิดส่วนใหญ่ในประเทศของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) นั้น ต่างมีต้นแบบแห่งแนวความคิดมาจากกฎหมายโรมันที่มีการแบ่งแยกการก่อให้เกิดสัญญาและการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกันอย่างเด็ดขาด เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายไทยแล้วทำให้พบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ผู้ร่างกฎหมายก็ได้มีการลอกเลียนแนวคิดทำนองเดียวกับกฎหมายโรมันมาบัญญัติไว้เช่นกัน แต่มีความแตกต่างในเรื่องเกี่ยวกับหนี้ตามสัญญาและการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ มิได้วางหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์แห่งบรรพ 4 ที่มีต้นร่างจากทฤษฎีสัญญาคู่ แต่กลับบัญญัติการโอนกรรมสิทธิ์ไว้ในบรรพ 3 ในส่วนของหนี้ตามกฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญา โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายซึ่งมีต้นร่างจากแนวความคิดจากทฤษฎีสัญญาเดี่ยว ทำให้การบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บนพื้นฐานแห่งทฤษฎีทั้งสองนั้นสร้างความขัดแย้งกันเองและเพื่อให้เห็นถึงความขัดแย้งในการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างในตัวของกฎหมายฉบับเดียวกัน การวิจัยนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ถึงสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่แสดงออกให้เห็นถึงความสัมพันธ์จากการปรับใช้ทฤษฎีทั้งคู่และผลพวงจากการผสมผสานระบบแบบตามสัญญาและระบบทะเบียนทรัพย์สินไว้ด้วยกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการไม่แยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ได้มีการบัญญัติเรื่องแบบของสัญญาซื้อขายรวมทั้งบทบังคับที่ชัดเจนในบรรพ 3 ปีพุทธศักราช 2471 ซึ่งได้วางหลักการเรื่องแบบของสัญญาซื้อขายไว้ในมาตรา 456 แม้ต้นร่างแห่งมาตราดังกล่าวจะมีที่มาจากกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่เฉพาะตามวรรคแรกแห่งมาตรา 456 เรื่องแบบ (การจดทะเบียน) นั้นไม่ได้ลอกเลียนแบบมาจากที่ใด แต่บัญญัติจากหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ก่อนใช้ประมวลกฎหมายนี้ เนื่องจากผู้ร่างเห็นความสำคัญของอสังหาริมทรัพย์ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมายมหาชนและขณะเดียวกันเพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญา จึงได้สร้างหลักการจดทะเบียนให้เป็นองค์ความสมบูรณ์ทางแพ่งด้วย นับเป็นการผสมผสานหลักดังกล่าวบัญญัติไว้ใน

มาตรา 456 วรรคแรกนี้ ผลจากแนวความคิดนี้เองแสดงให้เห็นว่า แบบของสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายมุ่งบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ และมาตรา 458 บัญญัติว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะทำสัญญาซื้อขายกัน เมื่อมีการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว ก็ถือเป็นการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องตามรูปแบบได้โดยอัตโนมัติ ตามมาตรา 1299 วรรคแรกด้วย ทำให้ดูคล้ายกับว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต้องทำกัน 2 ครั้ง โดยครั้งแรกเป็นเรื่องของสัญญา ครั้งหลังเป็นเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ทางปฏิบัติทำตามแบบเพียงครั้งเดียวก็มิผลทั้งเป็นการทำสัญญาและการโอนกรรมสิทธิ์แล้ว¹ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกันนั่นเอง จึงก่อให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาคือ

4.1.1 ปัญหาการตีความกรณีการไม่แยกระบบแบบและระบบทะเบียน

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของไทยนั้น ระบบแบบแห่งสัญญาซื้อขาย ตามมาตรา 456 วรรคแรกและระบบทะเบียนการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรกนั้นรวมอยู่ในฐานะเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาจากต้นร่างแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วพบว่าสัญญาซื้อขายของไทยนั้นยึดถือระบบสัญญาเดี่ยว กล่าวคือสัญญาเกิดขึ้นมีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปทันทีตามมาตรา 458 แต่หากเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคแรก จำต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดคือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ทำตกเป็นโมฆะ หมายความว่ามาตรา 456 วรรคแรก สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว เพียงแต่ไม่ทำตามแบบย่อมตกเป็นโมฆะ โดยแท้จริงแล้วมีสัญญาต่อกัน แต่กฎหมายบัญญัติให้เสียเปล่าไม่มีผลตามกฎหมายที่จะบังคับกันได้² จึงเท่ากับว่าตราบโดที่ยังไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว กรรมสิทธิ์ก็ยังไม่โอนไป³

¹ โสภณ รัตนากร, “ทรัพย์สิน-บุคคลสิทธิ”, วารสารนิติศาสตร์, หน้า 10

² ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, หน้า 2.

³ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 136.

กรณีนี้แบบแห่งนิติกรรมจะถือเป็นเครื่องกำหนดการโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรต้องแยกความคิดออกเป็นเรื่องของเจตนา กรรมสิทธิ์ และแบบแห่งนิติกรรม กล่าวคือแบบของสัญญาซื้อขายตามมาตรา 456 วรรคแรกนี้เป็นเรื่องของแบบแห่งนิติกรรม มิใช่แบบของการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งหากไม่ทำตามแบบนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องของกฎหมายและเจตนาของคู่กรณีร่วมกัน ถ้ากฎหมายเปิดทางให้โอนกรรมสิทธิ์กันได้เช่นที่มาตรา 458 อนุญาตให้โอนกรรมสิทธิ์กันได้ตั้งแต่ขณะเมื่อทำสัญญาเสร็จสมบูรณ์ แต่ถ้ากฎหมายยังไม่เปิดช่องให้โอนกรรมสิทธิ์เพราะต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมเช่นการซื้อขายที่ดินแล้ว แม้คู่กรณีมีเจตนาจะให้โอนกรรมสิทธิ์กันเลย ก็ไม่สามารถโอนกันได้ ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์จะโอนไปได้ก็โดยอาศัยเจตนาของคู่กรณีและกฎหมายอนุญาต ซึ่งกฎหมายจะให้โอนไปได้ต่อเมื่อสัญญาเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือไม่ตกเป็นโมฆะเพราะเหตุใดเหตุหนึ่งรวมถึงในเรื่องของแบบแห่งนิติกรรมด้วย

อย่างไรก็ดี การทำถูกต้องตามแบบแล้ว ไม่ได้หมายความว่า จะทำให้กรรมสิทธิ์โอนเสมอไป เพียงแต่การโอนกรรมสิทธิ์มาเกิดขึ้นตรงกับตอนที่ทำสัญญากันถูกต้องตามแบบโดยบทบัญญัติของมาตรา 458 นี้เท่านั้น⁴ ดังนั้นผลของการไม่ทำตามแบบ มิได้หมายความว่า สัญญาซื้อขายมิได้เกิดขึ้นเพียงแต่ผลความเป็นโมฆะ ทำให้สัญญาซื้อขายเสียเปล่าไปแล้ว การโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการที่สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นและสิ้นไปเพราะเหตุของการไม่ทำตามแบบ (จดทะเบียน) เนื่องจากความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายไม่มีผลผูกพันกับการทำตามแบบ (จดทะเบียน) แต่น่าจะขึ้นการแสดงเจตนาผูกพันกันระหว่างคู่กรณีส่งผลให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมากกว่า

ส่วนมาตรา 1299 วรรคแรกนั้น พบว่ามีต้นร่างมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กฎหมายแพ่งสวิส และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งต่างยึดถือระบบการโอนกรรมสิทธิ์ตามทฤษฎีสัญญาคู่ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบลักษณะของสัญญาซื้อขายไทยตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยวแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นเมื่อสัญญาสมบูรณ์ก่อนผลทางหนี้และผลทางทรัพย์พร้อมกัน หรือจะกล่าวอีกความหมายหนึ่งตามทฤษฎีสัญญาคู่ว่า กรรมสิทธิ์โอนไปโดยสมบูรณ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องสัญญาทางทรัพย์ จึงเท่ากับว่า ได้มีการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิทธิโดยสมบูรณ์ไปในตัว

⁴ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์ุ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย, หน้า 69

เห็นได้ว่า กฎหมายไทยได้นำเอาแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ตามระบบทฤษฎีสัญญาคู่มาเป็นแบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิตามมาตรา 1299 วรรคแรก ในขณะที่แบบของการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายตามมาตรา 458 เกิดขึ้นพร้อมกับแบบของสัญญาที่สมบูรณ์ตามมาตรา 456 วรรคแรกนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีนั้น แบบของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิเป็นคนละเรื่องกับแบบการโอนกรรมสิทธิ์ เพราะการโอนกรรมสิทธิ์รวมอยู่ในแบบของสัญญาแล้ว ถ้าจะตีความว่ามาตรา 1299 วรรคแรกเป็นแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ (แบบที่ทำให้กรรมสิทธิ์โอนไป) ก็จะขัดกับระบบของการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของหนี้ เพราะประเทศไทยยึดถือระบบทฤษฎีสัญญาเดี่ยว และหากมีการแยกแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ออกไปก็เท่ากับว่าสัญญาซื้อขายไม่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันที ก็เป็นการขัดต่อมาตรา 458 ด้วย

ซึ่งประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าประเทศไทยมิได้มีการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน มาตรา 456 วรรคแรกมุ่งบัญญัติแบบของสัญญา แต่มาตรา 1299 วรรคแรก มุ่งบัญญัติถึงการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิอันที่จริงเป็นคนละเรื่อง จึงต้องแยกระหว่างระบบแบบของสัญญากับระบบทะเบียนการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิออกจากกัน ดังนี้ไม่ควรนำมาตรา 1299 วรรคแรกมาอธิบายปะปนกับแบบของสัญญา และควรแยกเรื่องของการจดทะเบียนสิทธิเป็นเรื่องเกี่ยวกับการยกขึ้นต่อผู้ต่อบุคคลภายนอกมากกว่าจะเชื่อมโยงการจดทะเบียนสิทธิกับแบบแห่งนิติกรรมไว้ด้วยกัน ตามมาตรา 456 วรรคแรกเหมือนในปัจจุบัน

4.1.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างความเป็น “โมฆะ” และความ “ไม่บริบูรณ์”

ผลจากการที่ประเทศไทยนำระบบแบบแห่งนิติกรรมมารวมเข้ากับระบบทะเบียนการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิ ทำให้การบัญญัติมาตรา 1299 วรรคแรก จะใช้คำว่า “โมฆะ” แทนคำว่า “ไม่บริบูรณ์” ก็จะไม่เหมาะสม เพราะจะก่อให้เกิดความสับสนถึงความหมายของคำว่า “โมฆะ” ได้ ซึ่งจุดประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นมุ่งที่จะบัญญัติมาตรา 1299 วรรคแรกเป็นเรื่องของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิ มิได้มุ่งจะบัญญัติถึงเรื่อง

แบบแห่งนิติกรรมแต่อย่างใด* ดังนั้นคำว่า “โมฆะ” จึงใช้กับนิติกรรมสัญญาเท่านั้น เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยรวมเรื่องแบบแห่งนิติกรรมกับทะเบียนการแสดงออกซึ่งการทวงทรัพย์สิทธิไว้ด้วยกัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการทำความเข้าใจมาตรา 1299 วรรคแรก จึงใช้คำว่า “ไม่บริบูรณ์” คือการแสดงออกซึ่งการทวงทรัพย์สิทธินั้นไม่บริบูรณ์นั่นเอง ส่วนนิติกรรมที่อยู่เบื้องหลังหลักการทวงทรัพย์สิทธินั้นย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 456 วรรคแรก กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ ยิ่งทำให้เห็นชัดว่าระบบแบบแห่งนิติกรรมและระบบทะเบียนสิทธิเป็นคนละเรื่องกัน

อนึ่ง การตีความคำว่า “ไม่บริบูรณ์” ตามมาตรา 1299 วรรคแรกนั้น สามารถตีความได้ 2 ความหมาย กล่าวคือความหมายแรกหมายความว่า การแสดงออกซึ่งการทวงทรัพย์สิทธินั้นไม่บริบูรณ์ คือ ทรัพย์สิทธิไม่เกิดขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับความเป็นโมฆะตามมาตรา 456 วรรคแรก แต่จะเป็นการขัดกับทฤษฎีสัญญาเดี่ยวที่ประเทศไทยยึดถือและขัดต่อมาตรา 458 ที่ว่ากรรมสิทธิ์โอนไปเมื่อทำสัญญาซื้อขายเสร็จสมบูรณ์ แต่หากตีความในความหมายที่สองว่า ทรัพย์สิทธิเกิดขึ้นเพียงแต่ไม่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ ก็จะเป็นการขัดกับหลักการแสดงออกซึ่งการทวงทรัพย์สิทธิที่ต้องการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้เมื่อทรัพย์สิทธิเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมสามารถยกต่อสู้ต่อบุคคลทั้งหลายโดยทั่วไปได้

ซึ่งปัญหาการตีความดังกล่าวยังมีปรากฏในนิติกรรมตามสัญญาเยี่ยมทรัพย์ แห่งป.พ.พ.มาตรา 641 และมาตรา 650 ที่บัญญัติว่า สัญญาเยี่ยมย่อมบริบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์ กฎหมายหาใช้คำว่าสมบูรณ์ไม่ แม้สัญญาเยี่ยมทรัพย์ที่ขาดการส่งมอบจะไม่ถือว่าสัญญาเป็นโมฆะก็ตาม แต่โดยลักษณะเฉพาะของสัญญาเยี่ยมยนั้น หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์ที่เยี่ยมก็จะ

* โปรดดูร่างรายงานการประชุม วันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2470 ประกอบกับบันทึกความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมาย ในปี พ.ศ. 2471 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการร่างกฎหมายได้เล็งเห็นถึงความขัดกันระหว่างมาตรา 456 วรรคแรก และมาตรา 1299 วรรคแรก แต่การจะแก้ไขถ้อยคำไม่ให้ขัดกันไม่อาจจะกระทำได้ เนื่องจากการเสนอร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ได้นำขึ้นกราบบังคมทูลและประกาศใช้เมื่อปี 2471 ส่วนร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 นั้นได้มีการประกาศใช้เมื่อปี 2475 จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายเรื่องเดียวกันต่างคราวกันไว้ต่างแห่งกัน ทำให้เกิดเป็นปัญหาการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่แตกต่างกัน

ไม่บริบูรณ์⁵ ดังนั้นจะถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายที่สมบูรณ์มีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายหรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากคำว่า “ไม่บริบูรณ์” นั้นมีความหมายที่สามารถตีความได้สืบสน โดยสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายทรัพย์ คือจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์ประกอบกับการแสดงเจตนาเสมอ จึงถือเป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์ที่มีผลบริบูรณ์ หากขาดสาระสำคัญสิ่งใดไป ก็ย่อมไม่เกิดผลใดๆตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในส่วนของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาเฉพาะในส่วนสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และเห็นว่าควรจะมีการปรับปรุงแก้ไขด้วยบทกฎหมายมาตรา 1299 วรรคแรก โดยการยกเลิกคำว่า “ไม่บริบูรณ์” เสียและแก้ไขเป็นว่า “การแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินนั้น ต้องทำการจดทะเบียน มิฉะนั้นไม่สามารถยกขึ้นต่อผู้ต่อบุคคลภายนอกได้” เพื่อให้สามารถตีความและใช้บังคับกฎหมายได้อย่างถูกต้องและชัดเจนยิ่งขึ้น

4.1.3 ความจำเป็นในการบังคับใช้วรรคต้นแห่งมาตรา 1299 คำว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

คำว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” หมายความว่า การได้มาโดยนิติกรรมบางอย่างซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หากกฎหมายใดบัญญัติไว้แตกต่างจากมาตรา 1299 วรรคแรกนั้นก็ให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นๆ เช่น การซื้อขายตามมาตรา 456 การแลกเปลี่ยน มาตรา 519 การให้ตามมาตรา 525 เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมตกเป็นโมฆะ ฉะนั้นการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในกรณีนี้ตกเป็นโมฆะ จะอ้างความไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรกมิได้เพราะมาตรา 1299 วรรคแรกเป็นเพียงบทบัญญัติทั่วไปที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง ป.พ.พ. ส่วนอื่นๆ ด้วย เมื่อพิจารณาตามต้นร่างกฎหมายพบว่า ผู้ร่างมีความประสงค์ในการร่างมาตรา 1299⁶ ขึ้นมาเพื่อยืนยันตามนโยบายที่กำหนดไว้ในเรื่องการซื้อขายตามมาตรา 456 การแลกเปลี่ยนตามมาตรา 519 การให้ตามมาตรา 525 ซึ่งโดยหลักการของมาตรา 1299 ถือว่าการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรมสัญญาในทุกกรณีต้องบังคับให้มีการแสดงออกซึ่งการได้มาโดยการจดทะเบียน เนื่องจากทรัพย์สินเป็นสิทธิที่จะใช้ยืนยันแก่

⁵ สุธีร์ ศุภนิติย์ แก้ไขปรับปรุงโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 12

⁶ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ลงวันที่ 30 ธันวาคม 2472

บุคคลทั้งหลายทั่วไปได้ แต่เพื่อให้เห็นชัดเจนว่าตนมีสิทธิในทรัพย์สินนั้น จึงต้องมีวิธีการในการแสดงออกที่ชัดเจนกล่าวคือ การบังคับให้จดทะเบียนสิทธิ

มีข้อสงสัยเกิด ในส่วนความเกี่ยวพันระหว่างบทบัญญัติแห่งมาตรา 456 วรรคแรกและมาตรา 1299 วรรคแรกว่า การจดทะเบียนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มี 2 ฐานะ คือ การจดทะเบียนนิติกรรมตามบรรพ 3 หากไม่ทำตามการได้มานั้นไม่สมบูรณ์และการจดทะเบียนทรัพย์สินตามบรรพ 4 หากไม่ทำตามการได้มานั้นไม่บริบูรณ์ แต่ทางปฏิบัติการจดทะเบียนทั้งสองฐานนี้รวมอยู่เป็นอันเดียวกันไม่ได้แยกออกจากกัน และเพื่อที่จะอธิบายว่าเมื่อใดการได้มานั้นไม่สมบูรณ์ และกรณีใดการได้มานั้นไม่บริบูรณ์จึงต้องนำวรรคต้นแห่งมาตรา 1299 มาอธิบายความแทน

ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อไม่ให้ความตามบทบัญญัติทั้งคู่ขัดแย้งกัน จึงจำต้องบัญญัติให้มาตรา 1299 วรรคแรกเป็นเรื่องบททั่วไป และให้มาตรา 456 วรรคแรกเป็นบทกฎหมายเฉพาะในการบังคับใช้ตามรูปแบบแห่งนิติกรรมตามประเภทสัญญาต่างๆ แต่ตามหลักการแห่งมาตรา 1299 วรรคแรกความมุ่งหมายที่แท้จริงเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นเพื่อแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยทางนิติกรรมเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาล ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรมตามมาตรา 1299 วรรคแรก เช่น กรณีการโอนทรัพย์สินนี้ใช้หนี้ การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางพินัยกรรม ทางการประนีประนอมยอมความ หรือเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่กำหนดไว้ในบรรพ 4 ในเรื่องภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ซึ่งนิติกรรมต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการที่ศาลวินิจฉัยลักษณะของการกระทำว่าเป็นการได้มาโดยทางนิติกรรมหรือไม่เท่านั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยทางนิติกรรมแล้ว กฎหมายบังคับให้จดทะเบียนสิทธิทั้งสิ้น

ดังนั้น หากมีการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน โดยการบัญญัติให้ระบบแบบตามบรรพ 3 เป็นเรื่องที่มีมุ่งหมายเฉพาะความสมบูรณ์ของสัญญาเท่านั้น ส่วนระบบทะเบียนตามบรรพ 4 ก็เป็นเรื่องที่มีมุ่งหมายจะอธิบายเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์แยกต่างหากจากกัน ฉะนั้น บทบัญญัติที่ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ก็ย่อมไม่มีความจำเป็นในการใช้บังคับอีกต่อไป กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่เป็นการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรม กฎหมายบังคับให้ต้องแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในทรัพย์สินนั้นโดยการจดทะเบียนสิทธินั่นเอง

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน

4.2.1 เปรียบเทียบระบบแบบ ในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

อสังหาริมทรัพย์ถือเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตและต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาให้ความคุ้มครองและกำกับดูแลเป็นพิเศษ ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงกำหนดให้มาตรา 456 วรรคแรกต้องทำตามแบบ กล่าวคือ การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยการหลักการจดทะเบียนนั้นมีลักษณะเป็นแบบการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรกด้วย เพราะกฎหมายต้องการจะยกเอาหลักการจดทะเบียนเพื่อประโยชน์มหาชนมาผูกเข้ากับประโยชน์ในทางเอกชนหรือทางแพ่ง⁷ เหตุผลของการกำหนดให้ทรัพย์สินประเภทนี้เป็นการกระทำตามแบบที่ยากขึ้นก็เพื่อให้คู่สัญญาได้ไตร่ตรองก่อนเข้าผูกพันทำสัญญานั้น แต่หากสัญญาซื้อขายที่ไม่ได้ทำตามแบบย่อมตกเป็นโมฆะ อันทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาตกเป็นอันไร้ผลโดยปริยาย

ประเด็นข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ได้มาโดยนิติกรรมนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกรรมสิทธิ์ แต่ควรจะขึ้นอยู่กับการที่สามารถบังคับการได้มาในตนนิติกรรมนั่นเอง ดังนั้นผลความสมบูรณ์ของสัญญาจึงมีความสำคัญต่อการส่งผลให้นำสัญญาไปจดทะเบียนก่อให้เกิดมีทรัพย์สินตามมาตรา 456 ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามหลักทฤษฎีสัญญาเดี่ยวที่ประเทศไทยยึดถือแล้ว พบว่าผลของการทำตามแบบที่ถูกต้อง ทำให้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นไม่ตกเป็นโมฆะ การโอนกรรมสิทธิ์จึงเกิดขึ้นเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดโดยสมบูรณ์แล้ว จึงเห็นได้ว่า แบบแห่งนิติกรรมซึ่งเป็นหนี้ตามสัญญาซื้อขายมีความสัมพันธ์กับการโอนกรรมสิทธิ์ทางทรัพย์สิน และการทำตามแบบ (จดทะเบียน) ถือเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ในการทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งก่อให้เกิดผลการโอนกรรมสิทธิ์เมื่อสัญญาสมบูรณ์ ตามมาตรา 458 ดังนั้น ผลการตามแบบโดยเฉพาะการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงเป็นการก่อให้เกิดการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์นั้น ตามมาตรา 1299 วรรคแรก

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นระบบที่ไม่แยกสัญญาทางหนี้ ออกจากสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน และถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก กล่าวคือ เมื่อมีการแสดงเจตนาผูกพันกัน สัญญาซื้อขายเกิดขึ้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

⁷ วิชาญ เครืองาม, “การจดทะเบียนสัญญาซื้อขายทรัพย์สินบางชนิด พิจารณาในทางกฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และประวัติศาสตร์กฎหมาย,” วารสารกฎหมาย, หน้า 42

ยอมโอนไปยังผู้รับโอนทันที ส่วนผลของการทำตามแบบต่อหน้าโนตารีมีไว้เพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยวที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกับความสมบูรณ์ของสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นแบบของการโอนกรรมสิทธิ์ ส่วนการจดทะเบียนเป็นบทบัญญัติพิเศษเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกเท่านั้น เพื่อแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ดังนั้นการจดทะเบียนโฆษณา (Publication fonciere) ของประเทศฝรั่งเศส ใช้เฉพาะส่วนที่เกี่ยวพันบุคคลภายนอกเท่านั้น แต่ในระหว่างคู่กรณีเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน (Solo consensu) จึงเห็นได้ว่าแม้การโอนกรรมสิทธิ์จะเกี่ยวพันกับสัญญาและหนี้ก็ตาม แต่ผลการไม่ให้โนตารีเข้าจัดทำนิติกรรมการซื้อขาย หรือไม่ได้ไปจดทะเบียนโฆษณาก็ตาม ก็ยังถือว่าสมบูรณ์เป็นสัญญาซื้อขายแล้ว

กล่าวโดยสรุปคือ การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรม โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายของประเทศฝรั่งเศส ถือเอาเจตนาเป็นสิ่งสำคัญในการโอนกรรมสิทธิ์⁸ ดังนั้นความตกลงในการทำสัญญาซื้อขายมีผลก่อให้เกิดทรัพย์สินและบุคคลสิทธิขึ้นพร้อมกันเพียงแต่ทรัพย์สินนั้นไม่เด็ดขาดที่จะยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้จนกว่าจะได้มีการจดทะเบียนโฆษณาสิทธินั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกผู้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตนั่นเอง

กรณีประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรมทำนองเดียวกับประเทศไทย มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) นั้น เป็นระบบที่มีการแยกระหว่างสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสัญญาทางหนี้ซึ่งก่อผลเป็นบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณีเท่านั้น หากต้องการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินต้องมีข้อตกลงโอนทรัพย์สินประกอบแบบพิธี (การจดทะเบียนสิทธิ) ที่เรียกว่าสัญญาทางทรัพย์ ซึ่งผลของความสมบูรณ์ระหว่างสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์นั้นแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ดังนั้น การไม่จดทะเบียนอาจไม่สมบูรณ์เป็นข้อตกลงโอนทรัพย์สิน แต่อาจมีผลผูกพันในฐานะบุคคลสิทธิได้

กล่าวโดยสรุปว่า ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้ยึดถือตามหลักทฤษฎีสัญญาคู่ที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นคนละเรื่องกับสัญญาและหนี้ ดังนั้นการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แม้ในระหว่างคู่กรณีตกลงกันทำตามแบบต่อหน้าเจ้าหน้าที่โนตารีก็ตาม

⁸ โปรดดู F.C.C. มาตรา 1138 และมาตรา 1583

ก็ไม่ถือว่าได้ทรัพย์สินสิทธิไปตามนิติกรรมแต่อย่างใด ทรัพย์สินสิทธิจะเกิดเมื่อมีการจดทะเบียนสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของทั้งสองประเทศข้างต้น เห็นได้ว่าการเกิดทรัพย์สินสิทธิที่จะให้กรรมสิทธิ์โอนไปนั้นแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี โดยตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยวที่ประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสยึดถือกันนั้น ทรัพย์สินสิทธิสมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนาของคู่กรณี ความตกลงทำสัญญาซื้อขายจึงมีผลเป็นการก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิพร้อมกัน ทำให้เกิดความสะดวกต่อการปฏิบัติและง่ายต่อการทำความเข้าใจด้วย แต่การที่ประเทศไทยได้เชื่อมโยงการทำตามแบบแห่งสัญญาซื้อขายเข้ากับการจดทะเบียนสิทธิ การแสดงเจตนายังไม่อาจก่อผลให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์จนกว่าจะมีการทำตามแบบครบถ้วน กล่าวอีกความหมายหนึ่งได้ว่าการได้มาซึ่งทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของไทยนั้น ต้องทำการจดทะเบียนทำนองเดียวกับทฤษฎีสัญญาคู่แห่งเยอรมัน แต่ประเทศไทยมิได้แบ่งแยกเป็นสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินแต่อย่างใด จึงก่อให้เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจว่า การเกิดทรัพย์สินสิทธิตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการได้มาโดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือเป็นการได้มาได้มาโดยผลการจดทะเบียนสิทธิ

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ที่เป็นแบบนี้เพราะเบื้องหลังต้นร่างแห่งบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญาและลักษณะทรัพย์สินนั้น มีที่มาจากทฤษฎีที่แตกต่างกันนำมาใช้ด้วยกันจึงเกิดความสับสนและอาจทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการปรับใช้กฎหมายได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากต้นร่างนั้นบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้ทราบว่ามาตรา 456 วรรคแรก มุ่งเรื่องของแบบแห่งนิติกรรมคือ การก่อให้เกิดเป็นสัญญา แม้จะมีได้มุ่งต่อการโอนกรรมสิทธิ์โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อผลความสมบูรณ์ของสัญญาย่อมส่งผลตามกฎหมายให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 458 ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าวควรขึ้นอยู่กับเจตนาและการสามารถบังคับให้การได้มาโดยตัวสัญญานั้นถูกต้อง ซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับจดทะเบียนทรัพย์สินแต่อย่างใด ส่วนมาตรา 1299 วรรคแรกนั้นมุ่งเรื่องของการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนเท่านั้น ทำให้เห็นได้ว่าระบบแบบเป็นเรื่องที่แยกออกจากระบบทะเบียนเพียงแต่ผลของการไม่ทำตามแบบ ทำให้ผลของการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ไม่สมบูรณ์

ดังนั้น จึงควรแยกให้ระบบแบบเป็นเรื่องของสัญญาก่อผลในระหว่างคู่กรณี เป็นบุคคลสิทธิและก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สินนั้นด้วย ส่วนการจดทะเบียนเป็นเรื่องของการโฆษณาสิทธิเพื่อให้สามารถยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้เท่านั้น ถือได้ว่าเป็นไปตามระบบการ

โอนกรรมสิทธิ์ตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยวซึ่งจะสะดวกและก่อให้เกิดความคล่องตัวในทางการค้ามากกว่าการปฏิบัติตามการโอนกรรมสิทธิ์ในระบบทฤษฎีสัญญาคู่

สำหรับผลของการไม่ทำตามแบบ (จดทะเบียน) ของไทยนั้น แม้มีการทำสัญญาเป็นหนังสืออย่างเดียวโดยไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากชำระราคาเรียบร้อยแล้ว ก็ถือเป็นการซื้อขายสำเร็จบริบูรณ์⁹ เมื่อไม่ทำตามแบบ สัญญาซื้อขายย่อมตกเป็นโมฆะ คือไม่ก่อผลใดๆเลยตั้งแต่ทำสัญญาไม่ว่าคู่สัญญาจะรู้หรือไม่ก็ตามก็หามีความสำคัญไม่ เพราะความเป็นโมฆะเกิดโดยอัตโนมัติ เมื่อสัญญาซื้อขายที่ทำนั้นกฎหมายไม่ยอมรับแต่อย่างใด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมไม่โอนไปด้วย ถือได้ว่าไม่ก่อเกิดการมีทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิใดๆ ทั้งสิ้น เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกันแล้ว พบว่าสัญญาทางหนี้ ซึ่งเป็นมูลเหตุแห่งหนี้ตามสัญญาซื้อขายนั้น ได้กำหนดให้ระบบแบบเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ของสัญญา ส่วนการจดทะเบียนนั้นแตกต่างกันไปโดยการจดทะเบียนในประเทศฝรั่งเศสเป็นเรื่องของการยกขึ้นต่อผู้ต่อบุคคลภายนอก แต่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ให้ความสำคัญต่อระบบทะเบียนเป็นอย่างมาก เพราะผลแห่งการจดทะเบียนสิทธิเท่านั้น จึงก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สินตามสัญญาทางทรัพย์สิน

ข้อน่าสังเกตเกี่ยวกับความแตกต่างในประการสำคัญคือเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศข้างต้นแล้ว พบว่าผลของการไม่จดทะเบียน เป็นเรื่องที่แยกต่างหากจากมูลเหตุแห่งหนี้ตามสัญญา ดังนั้น เมื่อทำสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นย่อมมีผลสมบูรณ์ คู่กรณีสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อกันได้ในฐานะบุคคลสิทธิเสมอ ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่การจดทะเบียนเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ในการทำสัญญาซื้อขาย หากไม่ทำตามย่อมตกเป็นเป็นโมฆะเสียเปล่า หรือกล่าวอีกทางได้ว่า หากสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาทางหนี้ไม่สมบูรณ์แล้ว ส่งผลให้การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ไม่สมบูรณ์ด้วย

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมาคือ เนื่องจากผลของความเด็ดขาดจากการทำตามแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 456 วรรคแรกนั้น ทำให้คู่กรณีมักทำสัญญาผูกพันกันในเรื่องต้น ในลักษณะของสัญญาจะซื้อจะขาย จนในที่สุดได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามมาตรา 456 วรรคแรก จะถือว่าเป็นการได้มาโดยนิติกรรม อันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1299 วรรคแรกหรือไม่

⁹ บัญญัติ สุชีวะ, “การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย,” วารสารกฎหมาย, หน้า 66

ผู้เขียนมีความเห็นว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาจะซื้อจะขายนั้น เป็นเรื่องของสัญญาเบื้องต้นที่จะไปทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดกันในอนาคต โดยผลของการทำสัญญาจะซื้อจะขายก่อนผลทางนี้เท่านั้นไม่ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์แต่อย่างใดอันต่างจากสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่มีผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ได้ ดังนั้นสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ จึงไม่ใช่นิติกรรมที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1299 วรรคแรกแต่อย่างใด และด้วยความเคารพการที่ศาลตีความโดยอาศัยเจตนาจะทำตามแบบ (จดทะเบียน) มาเป็นจุดชี้ความต่างระหว่างสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดและสัญญาจะซื้อจะขายนั้น¹⁰ โดยหากคู่กรณีไม่มีเจตนาจะไปจดทะเบียนเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด แต่หากคู่กรณีมีเจตนาจะไปจดทะเบียนกันในภายหลังเป็นสัญญาจะซื้อจะขายในการก่อบุคคลสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่กรณีนั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งเพราะเหตุที่ว่าแบบที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นเรื่องที่ทำให้คู่กรณีสามารถไตร่ตรองและเปลี่ยนใจไม่เข้ารับเอาสัญญานั้นได้ ไม่ควรบังคับให้มีการโอนกรรมสิทธิ์กัน เมื่อมีผลผูกพันตามคำมั่นจะทำสัญญาหรือสัญญาจะซื้อจะขายแล้ว อาจให้มีผลเป็นเรื่องการชดเชยค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแทน ประกอบกับการแสดงเจตนาจะไปจดทะเบียนนั้นมิใช่วัตถุประสงค์ของสัญญาจะซื้อจะขายเหมือนเช่นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดด้วย การที่ศาลตัดสินดังกล่าวทำให้แบบตามมาตรา 456 วรรคแรกเกือบจะไม่มี ความหมายใดๆ เลย อย่างไรก็ดี จึงไม่ควรเปิดโอกาสให้คู่กรณีเปลี่ยนใจไม่เข้ารับเอาสัญญานั้น เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา¹¹ เนื่องจากการเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถเปลี่ยนใจไม่เข้ารับสัญญานั้น อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เช่น นายแดงต้องการซื้อที่ดินจากนายดำเพื่อปลูกบ้านพักอาศัย ในราคา 10 ล้านบาท โดยมีกำหนดจะไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันที่ 30 พฤศจิกายน 2551 แต่เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 นายขาวได้ติดต่อขอซื้อที่ดินแปลงเดียวกันจากนายดำ เพื่อไปสร้างคอมโดมิเนียมในราคา 50 ล้านบาท เมื่อครบกำหนด 30 พฤศจิกายน 2551 หากเปิดโอกาสให้นายดำซึ่งเป็นผู้ขายมีสิทธิในการเลือกทำสัญญาต่อบุคคลผู้ให้ผลประโยชน์สูงสุด โดยไม่คำนึงถึงสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา ย่อมทำให้นายแดงซึ่งเป็นผู้ซื้อเป็นฝ่ายเสียเปรียบและไม่ได้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่ หรือหากเป็นกรณีการซื้อขายบ้านจัดสรรที่มีข้อตกลงว่า เมื่อผู้ซื้อได้ชำระเงินตามที่ตกลงกันไว้ครบถ้วนแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์

¹⁰ โปรดดูตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 144/2549 และที่ 3255/2545

¹¹ เรื่องวลี ทองนึม , “สัญญาเบื้องต้น : ศึกษากรณีสัญญาจะซื้อจะขาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 107

ทรัพย์ดังกล่าว ณ สำนักงานที่ดิน เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์ที่มีราคาสูง ในขณะที่คนชำระจึงมีข้อตกลงในการหน่วงกรรมสิทธิ์ไว้จนกว่าจะชำระราคาครบถ้วน กรณีนี้เมื่อมีการชำระราคาครบถ้วนแล้ว หากผู้ขายเกิดเปลี่ยนใจไม่โอนกรรมสิทธิ์นั้น กล่าวคือ ไม่ดำเนินการทำตามแบบตามมาตรา 456 วรรคแรก ถ้าทำการบังคับกันไม่ได้ก็จะเป็นธรรมกับผู้ซื้อที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย ดังนั้น หากมีการชำระราคาเกือบเต็มมูลค่าที่จะทำการซื้อขายแล้ว จึงควรมีการบังคับให้ผู้ขายทำการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์ที่มีความสำคัญสำหรับการดำรงชีพ¹²

4.2.2 เปรียบเทียบระบบทะเบียนในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ลักษณะการจดทะเบียนสิทธิของทะเบียนที่ดินไทยนั้น เป็นระบบแบบทอริเรนส์ (registration of title) ซึ่งเป็นการจดทะเบียนตัวสิทธิในทรัพย์ อันเป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินและถือเป็นการจดทะเบียนแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรก และประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 4 ทวิ ซึ่งการจดทะเบียนนี้ถือเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคแรกด้วย จึงเห็นได้ว่า แบบแห่งนิติกรรมและการจดทะเบียนทรัพย์สินรวมอยู่ในขั้นตอนเดียวกัน ส่งผลให้การเกิดทรัพย์สินเกี่ยวพันกับการทำตามแบบแห่งนิติกรรมด้วย อย่างไรก็ตาม ทะเบียนที่ดินของไทยไม่ใช่ลักษณะเด็ดขาด เนื่องจากสิทธิของผู้โอนขึ้นอยู่กับความถูกต้องของการทำสัญญาของคู่กรณีและไม่มีมาตรการคุ้มครองสิทธิในที่ดินตามกฎหมายด้วย

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) นั้นเป็นระบบทอริเรนส์ (registration of title) ทำนองเดียวกับประเทศไทย แต่มีผลดีในด้านที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้สร้างให้ระบบทะเบียนมีความมั่นคงและได้รับความเชื่อถือเป็นอย่างมาก กล่าวคือการก่อตั้งสิทธิในที่ดินหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับที่ดินต้องทำการจดทะเบียนในที่ดินเท่านั้น นับเป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินโดยแท้ โดยถือทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด เมื่อมีการจดทะเบียนของนายทะเบียนลงในทะเบียนที่ดินแล้ว ก็ถือว่าผู้ที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนได้สิทธิตามที่ทะเบียนที่ดินนั้นแสดง ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แม้รายการทะเบียนที่ดินจะเกิดจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือเกิดจากความผิดพลาดก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากระบบทะเบียนที่ดินของไทยนั้นที่มี

¹² จุฬิธา จุลละบุษปะ, “แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย,”

ข้อด้วยตรงที่ทะเบียนที่ดินไม่ใช่หลักฐานเด็ดขาด ผู้ที่จดทะเบียนของตนในโฉนดที่ดินโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทน ยังไม่ถือว่าได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้โดยเด็ดขาด หากการทำสัญญาไม่ถูกต้องหรือผู้โอนไม่มีสิทธิจริงหรือมีสิทธิบกพร่อง ผู้รับโอนที่สุจริตหรือเสียค่าตอบแทนก็อาจถูกฟ้องเพิกถอนสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรืออาจถูกเพิกถอนรายการจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ได้

กรณีของประเทศฝรั่งเศส เป็นระบบการจดทะเบียนหนังสือกรรมธรรม์ (registration of deed) ซึ่งเป็นการจดทะเบียนสัญญาโนตารี (Notaire) จะเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงแห่งสัญญานั้น ส่วนการจดทะเบียนเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกเท่านั้น ก่อให้เกิดข้อเสียในด้านของการจดทะเบียนไม่ใช่หลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด เนื่องจากไม่ใช่การจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินเหมือนประเทศไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เป็นการจดทะเบียนตัวนิติกรรมสัญญา เพื่อใช้ต่อสู้กับผู้รับโอนคนอื่น ๆ ที่ทำเพียงสัญญาแต่ไม่จดทะเบียน หรือจดทะเบียนแต่จดทะเบียนผิดที่หลัง ดังนั้นระหว่างผู้ทำสัญญาที่ไม่จดทะเบียน ผู้ทำสัญญาก่อนมีสิทธิดีกว่า แต่หากบุคคลใดได้จดทะเบียนสิทธิของตนแล้วเป็นผู้มีสิทธิดีที่สุด ดังนั้นระบบการจดทะเบียนโฆษณาจึงเป็นเพียงเครื่องมือการจดทะเบียนให้สาธารณชนรับรู้เท่านั้น แต่ไม่สามารถรับประกันสิทธิผู้ซื้อในการยกข้อต่อสู้ความบกพร่องแห่งกรรมสิทธิ์ของผู้ขายได้ เว้นแต่เกิดจากการคบคิดฉ้อฉลกัน

ผู้เขียนเห็นว่า ระบบการจดทะเบียนนั้น เป็นเรื่องที่ถูกประเทศต่างให้ความสำคัญ โดยต้องมีการทำสัญญาเพื่อก่อผลทางหนี้และจดทะเบียนในลักษณะทรัพย์สินเพื่อประกาศสิทธิของตนให้บุคคลโดยทั่วไปได้รับรู้ แต่ความต่างที่เห็นได้ชัดคือ การจดทะเบียนดังกล่าว จะถือเป็นการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากประเทศฝรั่งเศสแล้วพบว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายก่อผลให้เกิดทรัพย์สินและบุคคลสิทธิพร้อมกัน ส่วนการจดทะเบียนเป็นเรื่องการจดทะเบียนโฆษณาสิทธิของตนเพื่อยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอก ซึ่งต่างจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ถือว่าสัญญาทางหนีก่อผลผูกพันคู่กรณีในฐานะบุคคลสิทธิเท่านั้น ส่วนการทรงทรัพย์สินจะเกิดขึ้นเมื่อทำการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

นอกจากนี้ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีกลไกป้องกันสิทธิในทะเบียนที่ดินโดยเด็ดขาดกล่าวคือข้อสันนิษฐานให้ผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน¹³ ทำให้หลักการเปิดเผยต่อสาธารณชนมีความน่าเชื่อถือ และตัดปัญหาการกล่าวอ้างแบบเลื่อนลอย

¹³ โปรดดู B.G.B มาตรา 891

ไร้เหตุผลในการเข้าสู่กระบวนการข้อพิพาทด้วย และเพื่อเป็นการเสริมต่อหลักการเปิดเผยต่อสาธารณชน กฎหมายยังมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิของผู้ที่จดทะเบียนสิทธิในที่ดินโดยเสียค่าตอบแทนและสุจริต ไม่ให้เสียสิทธิของตนไปเพราะความไม่ถูกต้องของรายการทะเบียนที่ดินนั้น ตามหลักสุจริตของสาธารณชน¹⁴ นับเป็นการยกเลิกหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ในขณะที่ประเทศไทยยังคงใช้หลักการนี้อยู่ ทำให้ทะเบียนที่ดินไม่มีลักษณะเด็ดขาด หากมีการทำสัญญาคลาดเคลื่อนหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายแล้วสามารถร้องขอให้เพิกถอนหรือแก้ไขทะเบียนที่ดินได้ตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ได้ นอกจากนี้ ผลของการนำระบบการจดทะเบียนไปเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ของสัญญานั้น บ่อยครั้งที่พบว่าคู่กรณีจะใจเล็งเลียงการเสียภาษีโดยการทำสัญญาระหว่างกัน หรือมีการฉ้อฉลจากการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงควรมีการปรับปรุงระบบการจดทะเบียนสิทธิของไทยให้มีความมั่นคงและน่าเชื่อถือว่าสิทธิของผู้ได้มาซึ่งทะเบียนที่ดินจะได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง

4.3 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน

4.3.1 ผลกระทบทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณี

เมื่อพิจารณากระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของไทยตามมาตรา 456 วรรคแรกนั้น ขั้นตอนที่มีความสำคัญคือการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐคือกรมที่ดิน ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าว ถือเป็น การแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ทำนิติกรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่ยังไม่ได้ทำการจดทะเบียนสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น นายไก่อผู้ขาย ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินให้นายนกไปแล้ว ต่อมากลับไปขายที่ดินให้นายเปิดและจดทะเบียนสิทธิโอนไป กรณีนี้นายนกจะถือว่าเป็นผู้มีสิทธิของจดทะเบียนสิทธิ หากมีการซื้อขายทรัพย์สินซ้อนกันนั้น ผู้ซื้อคนแรกจะมีมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างไร และจะถือเป็นบุคคลผู้อยู่ในฐานะที่จะให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้ก่อนตามมาตรา 1300 ได้หรือไม่

หากพิจารณาตามกฎหมายไทยในประเด็นดังกล่าวนี้ การทำสัญญาระหว่างนายไก่อและนายนก เป็นเพียงสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาจะซื้อจะขายนั้นไม่ใช่การโอนกรรมสิทธิ์อันจะก่อให้เกิดทรัพย์สินแต่อย่างใด สัญญานี้จึงเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่นายนกจะใช้สิทธิเรียกร้องให้นายไก่อปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาแก่ตนเท่านั้น แต่ไม่มีทรัพย์สินใดๆที่จะไปบังคับหรือเพิกถอนทะเบียนต่อนายเปิดได้ นายนกจึงไม่ใช่ผู้อยู่ในฐานะอันจดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อนตามมาตรา 1300 แต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมาย

¹⁴ โปรดดู B.G.B มาตรา 892

ฝรั่งเศสที่ยึดถือหลักการแสดงเจตนาเป็นสำคัญแล้ว กรณีข้างต้นสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกันระหว่างนายไก่อและนายนก ดังนั้นจึงก่อผลผูกพันระหว่างกันเองทั้งในฐานะทรัพย์สินและบุคคลสิทธิ แต่จะไปผูกพันหรือใช้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกไม่ได้จนกว่าจะได้จดทะเบียนโฆษณาสิทธิในที่ดินนั้น ดังนั้นแม้นายนกจะมีทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายก็ตาม แต่เมื่อไม่จดทะเบียนแล้วก็จะนำไปใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกเช่นนายเปิดไม่ได้ เว้นแต่มีการคบคิดกันฉ้อฉลระหว่างนายไก่อและนายเปิด นายนกจึงสามารถร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนได้ มีข้อน่าสังเกตว่ากฎหมายไทยนั้นหากเป็นการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรมตามมาตรา 1299 วรรคแรกแล้ว ต้องจดทะเบียนเท่านั้นจึงจะสมบูรณ์เป็นทรัพย์สิน หากไม่จดทะเบียนคงมีเพียงแต่บุคคลสิทธิเท่านั้น ทำให้ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 1300 ในการเพิกถอนการจดทะเบียนสิทธิได้แต่อย่างใด ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายไทยเคร่งครัดกว่ากฎหมายฝรั่งเศสมาก¹⁵

แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) พบว่ามีมาตรพิเศษที่คุ้มครองคู่กรณีและสามารถใช้ในการแก้ไขปัญหากรณีข้างต้นได้ กล่าวคือ การซื้อขายที่ดินระหว่างนายไก่อและนายนกนั้น หากทำตามแบบต่อหน้าในตารี่แล้ว เป็นสัญญาทางหนังสือมีใช้บังคับเป็นบุคคลสิทธิระหว่างกันได้ เมื่อยังไม่ทำการจดทะเบียนสิทธิตามสัญญาทางทรัพย์สิน ถือว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังนายนกผู้ซื้อแต่อย่างใด สัญญาซื้อขายดังกล่าวไม่บริบูรณ์ ดังนั้นกฎหมายจึงสร้างหลักการจดทะเบียนสิทธิของบุคคลผู้มีสิทธิตามสัญญาทางหนังสือ (สัญญาซื้อขาย) ให้อยู่ฐานะจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน เรียกว่ามาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice)¹⁶ ถือเป็นกรณำเอาบุคคลสิทธิไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ดินอันทำให้ได้รับความคุ้มครองให้มีฐานะดีกว่าผู้อื่น และถือเป็นกรณำเปิดเผยสิทธิของตนต่อบุคคลภายนอกทางอ้อมให้ได้รับทราบว่ามีกรณำจดทะเบียนสิทธิไว้แล้วด้วย ดังนั้นหากนายนกได้ไปจดทะเบียนสิทธิของตนต่อเจ้าพนักงานที่ดินแล้ว ถือว่าเป็นการบังคับให้ต้องนำสัญญาซื้อขาย (สัญญาทางหนังสือ) ไปทำการจดทะเบียนสิทธิกันในภายหลัง ซึ่งการจดทะเบียนนี้ไม่ใช่การจดทะเบียนทรัพย์สินแต่อย่างใด แต่หากมีการฝ่าฝืนก็สามารถฟ้องร้องให้ศาลบังคับตามสัญญาได้ นอกจากนี้ยังมีมาตรการจดทะเบียนโต้แย้งสิทธิ (Protest Notice)¹⁷ ซึ่งคุ้มครองบุคคลผู้มีสิทธิในที่ดินที่แท้จริงให้มีสิทธิ

¹⁵ จิตติ ดิงศภิฑิย์, “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน (ตอน 1)”, บทบัญญัติ, หน้า 255

¹⁶ โปรดดู B.G.B มาตรา 883

¹⁷ โปรดดู B.G.B มาตรา 894 และ 899

เรียกร้องในการแก้ไขทะเบียนที่เกิดจากความผิดพลาดในการจดทะเบียนสิทธิในที่ดินนั้นให้มีความถูกต้องแท้จริงได้

จากประเด็นดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นมาตรการที่สามารถป้องกันการซื้อขายทรัพย์สินซ้อนกันได้ทางหนึ่ง โดยให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ซื้อคนแรกซึ่งเป็นผู้มีบุคคลสิทธิสามารถแจ้งสงวนสิทธิของตนต่อนายทะเบียนที่ดินให้รับรองสิทธิของตนไว้ก่อนได้ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับสิทธิของบุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อนตามมาตรา 1300 ของไทย

การพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็นผู้อยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อนตามมาตรา 1300 หรือไม่ หากพิจารณาโดยเอาเรื่องการมีทรัพย์สินมาเป็นเครื่องกำหนดแล้ว จะพบว่า ในประเด็นของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของไทย สัญญาก่อตั้งทั้งทรัพย์สินและบุคคลสิทธิพร้อมกันอยู่แล้ว ผู้ซื้อจึงควรจะเป็นผู้อยู่ในฐานะอันจดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อน ตามมาตรา 1300 แต่เหตุที่ไม่บัญญัติเรื่องการนำสืบไว้จึงทำให้ตีความเช่นนั้นไม่ได้ เพราะจะขัดกับมาตรา 456 วรรคแรก กล่าวคือ มาตรา 456 วรรคแรกเป็นเรื่องการทำตามแบบ สาระสำคัญของสัญญา หากไม่ทำตามแบบสัญญาไม่เกิดขึ้น เมื่อยังไม่เกิดสัญญาขึ้น ผู้ซื้อคนแรกจะไปอาศัยสิทธิตามมาตรา 1300 ขอให้เพิกถอนไม่ได้ เพราะคำว่า “บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อน” คือ ผู้ที่ทรงทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นโดยปริยายก็เท่ากับว่ามาตรา 1300 ไม่อาจจะใช้ได้สำหรับผู้ได้มาโดยนิติกรรมซึ่งจะไม่มีทรัพย์สินจนกว่าจะได้จดทะเบียนแล้ว

ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ที่เป็นเช่นนี้เพราะประเทศไทยเชื่อมโยงความสมบูรณ์ของแบบแห่งนิติกรรมกับการจดทะเบียนสิทธิไว้ในขั้นตอนเดียวกัน ดังนั้นหากมีการเสนอแนวทางแก้ไขบทกฎหมายให้ควรแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน กล่าวคือ กำหนดให้มาตรา 456 วรรคแรกเป็นแค่ระบบแบบ ไม่ต้องคำนึงถึงการจดทะเบียนสิทธิและมาตรา 1299 วรรคแรกเป็นเรื่องระบบทะเบียนเป็นการโฆษณาสิทธิ ดังนั้นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นทำถูกต้องตามแบบแล้วกรรมสิทธิ์ย่อมโอนไป แต่การยกข้อต่อสู้เป็นเรื่องของระบบทะเบียนสิทธิ ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวส่งผลให้สัญญาก่อตั้งทั้งทรัพย์สินและบุคคลสิทธิพร้อมกันและผู้ซื้อคนแรกจึงควรจะเป็นบุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อนตามมาตรา 1300 อย่างไรก็ตาม กรณีนี้มีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ หากการรับโอนทรัพย์สินต่อมานั้นเป็นการโอนโดยมีค่าตอบแทนและผู้รับโอนกระทำการโดยสุจริตแล้ว ห้ามมิให้เพิกถอนการจดทะเบียนนั้น กล่าวได้อีกทางหนึ่งว่า สิทธิของผู้ซื้อแรกที่จะอยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อนที่จะสามารถเพิกถอนการจดทะเบียนสิทธิของผู้ซื้อคนที่สองได้ต่อเมื่อผู้ซื้อคนที่สองได้รับโอนทรัพย์สินไปโดย

ไม่มีคำตอบแทนหรือไม่สุจริตเท่านั้น ดังนั้นทางป้องกันของผู้ซื้อคนแรกจึงควรมีมาตรการเหมือนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice) เพื่อเป็นการประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบและสามารถตรวจดูภาวะผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย ถือเป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อและบุคคลภายนอกด้วย

4.3.2 ผลกระทบทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก

ระบบการจดทะเบียนนั้น เป็นวิธีการเพื่อแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์เพื่อเปิดเผยให้แก่บุคคลภายนอกโดยทั่วไปได้รับรู้และแต่ละประเทศต่างตระหนักถึงความสำคัญของอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จึงได้กำหนดรูปแบบของการทำธุรกรรมเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมไว้แตกต่างกันออกไป สำหรับประเทศไทยนั้นข้อบกพร่องเกี่ยวกับระบบทะเบียนที่ดินที่เป็นเรื่องสำคัญคือ ระบบทะเบียนที่ดินของไทยนั้นไม่ถือว่าเอกสารที่ได้จดทะเบียนนั้นเป็นพยานหลักฐานที่สมบูรณ์เด็ดขาด กล่าวคือกรณีที่มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการโอนสิทธิใดๆ ในขั้นตอนของการรับโอนสิทธิในช่วงก่อนๆ หรือผู้โอนหรือเจ้าของเดิมนั้นได้รับสิทธิมาโดยไม่ถูกต้อง กรณีนี้แม้ผู้รับโอนจะเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ตาม ก็สามารถถูกเพิกถอนสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรืออาจถูกเพิกถอนรายการจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ได้ด้วย เนื่องจากการบังคับใช้หลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” อย่างเคร่งครัด

การใช้สิทธิเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 นั้น หากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการเพิกถอนหรือแก้ไขทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ไม่ถือเป็นการละเมิดผู้มีสิทธิในที่ดินแต่อย่างใด เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย¹⁸ อย่างไรก็ดี เมื่อมีการออกเอกสารสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายและมีการโอนต่อไปเป็นทอดๆ แก่ผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน ผลกระทบจากการเพิกถอนหรือแก้ไขทะเบียน ที่คลาดเคลื่อนดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้มีชื่อในทะเบียนคนหลังสุดนี้ ซึ่งนอกจากจะสูญเสียสิทธิในที่ดินตามหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” เพราะถือว่า แม้จะเป็นผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินก็ตาม แต่เมื่อได้รับโอนมาจากผู้โอนที่ไม่มีกรรมสิทธิ์แล้ว ย่อมไม่ได้รับสิทธินั้น หนทางเยียวยาแก้ไขในเรื่องนี้ ทางปฏิบัติมักจะเป็นการใช้สิทธิทางศาล

¹⁸ รัชชชัย บุญแก้ววรรณ , “การเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับบัณฑิตศึกษา (มิถุนายน 2550) : 134-150.

เรียกร้องให้ผู้โอนรับผิดชอบในฐานะการรอนสิทธิ หรือเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องรับผิดชอบตาม พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า กรมที่ดินในฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในการจัดทำทะเบียนที่ดินให้กับราษฎรและเมื่อมีการออกทะเบียนที่ดิน (โฉนดที่ดิน) โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับทั้งระบบ ดังนั้นเพื่อรักษาความไว้วางใจต่อประชาชนต่อเอกสารสิทธิในที่ดิน กรมที่ดินควรจะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่เกิดการออกเอกสารสิทธิที่คลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อบรรเทาผลเสียหายแก่ผู้รับโอน ที่สุจริตทางหนึ่งด้วย

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือตามหลักการที่สืบทอดกันมาว่า ผู้ใดได้ทรัพย์สินใดมาโดยได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยสุจริตย่อมได้กรรมสิทธิ์ หลักข้อนี้เป็นต้นตอของหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริตในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบัน ดังนั้นผู้รับโอนทรัพย์สินโดยสุจริตย่อมได้กรรมสิทธิ์แม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินจะไม่มีสิทธิโอนก็ตาม¹⁹ เว้นแต่เป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นถูกพรากจากเจ้าของทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอม ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์บนฐานแห่งความเชื่อถือต่อหลักการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินโดยสุจริตย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย และเป็นเหตุให้ผู้รับโอนโดยสุจริตได้กรรมสิทธิ์จึงเห็นได้ว่ากฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและ ในกรณีที่บุคคลทำนิติกรรมสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินและได้จดทะเบียนสิทธิแล้ว หากปรากฏว่าการจดทะเบียนสิทธินั้นไม่ถูกต้อง เพราะผู้มีชื่อไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริง สิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริตย่อมไม่เสียไป ตามหลักสุจริตของสาธารณชน (The principle of public faith)²⁰

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบทะเบียนที่ดินไทยควรได้รับการพัฒนาโดยการสร้างบุคลากรผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านการรังวัดและออกโฉนดที่ดิน การใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยเพื่อให้การออกโฉนดที่ดินหรือเอกสารสิทธิต่างๆ นั้นมีความถูกต้องและแม่นยำมากขึ้น และควรสร้างมาตรการขึ้นมาเยียวยาเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต โดยเมื่อพิจารณาแนวทางคำพิพากษาของศาล ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์นั้น พบว่า ในหลายกรณีที่ศาลมีการปรับใช้หลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” ซึ่งเป็นเพียงสุภาษิตกฎหมาย

¹⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษ และไทย, หน้า 66

²⁰ โปรดดู B.G.B มาตรา 891 และมาตรา 892

ที่ถือกันว่าผู้รับโอนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็เฉพาะจากผู้มีสิทธิโอนเท่านั้น หากผู้โอนไม่มีสิทธิกรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจโอนไปยังผู้รับโอนได้ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏอยู่ในมาตราใดมาตราหนึ่ง เฉพาะเจาะจง และเนื่องจากประเทศไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย เมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว การหยิบยกหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ย่อมไม่ถูกต้องต่อนิติวิธี ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักการให้ความคุ้มครองการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริตแล้ว ทำให้เห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของไทยได้อธิบายและปรับใช้หลักสุจริตอย่างคับแคบในฐานะเป็นข้อยกเว้นซึ่งต้องตีความและปรับใช้อย่างจำกัด ซึ่งก่อผลให้เกิดการจำกัดความคุ้มครองอันพึงมีแก่ผู้สุจริต และนำไปสู่ความขัดกันในระบบกฎหมายด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อระบบกฎหมายของไทยได้วางมาตรการเกี่ยวกับหลักสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแล้ว ดังนั้นกฎหมายไทยจึงควรยึดถือหลักการคุ้มครองผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการปรับใช้ โดยยึดถือตามหลักความชอบธรรมในการโอนยิ่งกว่าความมีสิทธิของผู้โอน²¹ กล่าวคือแม้ผู้โอนเป็นผู้ไม่มีสิทธิโอน แต่กฎหมายรับรองความชอบธรรมของผู้รับโอนเป็นสำคัญ ดังนั้น เมื่อผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ดี การเชื่อว่าบุคคลใดสุจริตหรือไม่เป็นอำนาจหรือดุลพินิจของศาลในการพิจารณา

4.3.3 บทบัญญัติตามกฎหมายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบแบบและระบบทะเบียน

เมื่อพิจารณาจากสภาพปัญหาการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เช่น กรณีที่ผู้ซื้อถูกเอาเปรียบจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปของผู้ขายซึ่งโดยมากมักจะเป็นผู้ประกอบการที่มีความได้เปรียบทางเศรษฐกิจและอาศัยช่องว่างของกฎหมายกำหนดรูปแบบของสัญญาในลักษณะเอื้อผลประโยชน์ทางธุรกิจของตน ทำให้คู่กรณีต้องตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงตามสัญญานั้น ซึ่งโดยมากผู้ซื้อมักจะตกเป็นเป็นผู้เสียเปรียบจากข้อตกลงในสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมนั้น ปัญหาการหลอกลวงและฉ้อโกงระหว่างคู่กรณี ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในขั้นตอนของการทำสัญญาจะซื้อจะขายหรือผ่อนชำระราคาที่ดิน ปัญหาความประมาทเลินเล่อจากการทำสัญญาซื้อขาย ในการที่คู่กรณีมักจะเข้าทำสัญญากันเองโดยขาดความรู้ความชำนาญ หรือมิได้ใช้ความละเอียดรอบคอบในการทำสัญญาและมีเหตุความผิดพลาดเกิดขึ้น ทำให้ต้องมีการฟ้องร้อง

²¹ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษ และไทย, หน้า 113

บังคับคดีต่อศาล จากสภาพข้อเท็จจริงและปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น ทำให้มีผู้เสียหายจำนวนมาก ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามาช่วยเหลือหรือสร้างมาตรการขึ้นมาแก้ไขปัญหา แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ ในกฎหมายของไทย เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือแม้แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายที่ดิน ที่เป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็ตาม ซึ่งมาตรการ ต่างๆ ตามบทบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ล้วนเป็นบัญญัติมาตรการที่กำหนดขึ้นมาเพื่อแก้ไขเยียวยา ปัญหาในลักษณะแก้ไขเยียวยากล่าวคือ ต้องรอให้เกิดปัญหาหรือมีความเสียหายเกิดขึ้นก่อน คู่สัญญาจึงอ้างสิทธิตามกฎหมายเพื่อดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดีตามกฎหมายได้ และเป็น ที่ทราบกันดีว่า การนำคดีขึ้นสู่ศาลนั้นย่อมเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก อีกทั้ง ไม่แน่นอนว่าการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจะคุ้มค่ากับความเสียหายที่ได้รับหรือไม่

ซึ่งจากการศึกษาผลการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกันของ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสแล้ว พบว่า กฎหมายทั้งสองประเทศสร้าง กลไกในลักษณะที่เป็นองค์กรขึ้นมาควบคุมและกำกับดูแลจัดการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ใน ระบบแบบและระบบทะเบียนให้เป็นอิสระจากกัน กล่าวคือ ในส่วนระบบแบบภาระหน้าที่หลักเป็น ของเจ้าพนักงานโนตารี เป็นผู้ตรวจสอบดูแลความถูกต้องของเอกสารและหลักฐานที่ใช้ในการจดทะเบียนว่าต้องมีความถูกต้องแท้จริงและการรับรองเอกสารสิทธินั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรมสัญญาก็ถือว่าอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานโนตารี เท่านั้น ส่วนระบบทะเบียนจะมีหน่วยงานของรัฐซึ่งทำหน้าที่รับจดทะเบียนสิทธิรับผิดชอบเป็น การเฉพาะในการควบคุมความถูกต้องทางกฎหมายที่เกี่ยวกับทะเบียนเท่านั้น เท่ากับเป็นการ แบ่งส่วนขอบเขตความรับผิดชอบออกจากกันอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี การทำหน้าที่ตรวจสอบ สัญญาของเจ้าพนักงานโนตารีก็เป็นเสมือนกลไกสำคัญในการส่งเสริมให้การจดทะเบียนมี หลักประกันความถูกต้องที่ดีขึ้นด้วย

สำหรับประเทศไทย แบบแห่งนิติกรรมตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งทางปฏิบัติแล้ว เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินที่จะเป็นผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เป็นผู้จัดเตรียมสัญญา หรืออนุญาตให้คู่สัญญาจัดพิมพ์สัญญากันมาเอง แต่ต้องมาลงชื่อต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับระบบการจดทะเบียนในประเทศต่างๆแล้ว ยังไม่พบว่าประเทศไทยมี

กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนมีหน้าที่ทำสัญญาให้คู่สัญญาด้วย²² แม้จะเป็นมาตรการป้องกันโดยการให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้ตรวจสอบก็ตาม แต่การผลักระหน้าที่ทั้งการตรวจสอบเอกสารหลักฐานในการทำนิติกรรมสัญญาและการจดทะเบียนสิทธิซึ่งมีขั้นตอนปฏิบัติอันยุ่งยากให้ตกแก่เจ้าพนักงานที่ดินเพียงลำพังย่อมเป็นการไม่เหมาะสม และผลจากการที่ต้องให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้รับภาระหน้าที่ในการตรวจสอบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ก่อให้เกิดผลเสียในด้านของความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ แม้เจ้าพนักงานที่ดินจะใช้ความระมัดระวังเพียงใดก็ตาม ก็อาจจะเกิดความผิดพลาดได้ เช่นคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินคลาดเคลื่อนหรือการจดทะเบียนไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องดำเนินการเพิกถอนการใช้สิทธิที่ไม่ชอบนี้

ผู้เขียนเห็นว่าการผลักระหน้าที่ให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้ดูแลทั้งในส่วนของสัญญาและการจดทะเบียนในขั้นตอนเดียวเสร็จสิ้นทั้งกระบวนการนั้น มีความเสี่ยงสูงต่อการก่อให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยผิดพลาดได้ อันส่งผลให้นำไปสู่กระบวนการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาล มาตรการตามกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่ปัจจุบันยังไม่มีที่เหมาะสม หนทางแก้ไขจึงออกมาในรูปของมาตรการเชิงแก้ไขเยียวยาปัญหามากกว่า ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายในส่วน of เจ้าพนักงานโนตารีตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเป็นมาตรการเชิงป้องกันในตัว กล่าวคือกรณีที่เจ้าพนักงานโนตารีเข้ามาช่วยตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของสัญญา โดยถือว่าเอกสารต่างๆ ที่ได้รับการรับรองจากเจ้าพนักงานโนตารีมีคุณค่าเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีได้ ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงเพื่อคุ้มครองประชาชนผู้ทำนิติกรรมให้ได้รับความเป็นธรรมและผ่านการตรวจสอบว่าได้ทำด้วยเต็มใจและเข้าใจ เพื่อเป็นหลักประกันที่แน่นอนถึงความถูกต้องแท้จริง เทียบกับการปิดโอกาสในการที่จะเกิดการข้อโง่งหรือหลงกลจากการทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ดังนั้น เพื่อเป็นการบรรเทาภาระหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินไทยให้คงมีหน้าที่เพียงตรวจสอบสิทธิในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทะเบียนที่ดินเท่านั้น รัฐจึงควรที่จะสร้างหน่วยงานพิเศษองค์กรธุรกิจ หรือจัดให้มีเจ้าพนักงานในลักษณะเป็นคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารีของประเทศฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ให้มีฐานะเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ในการทำหน้าที่เพื่อการตรวจสอบพิสูจน์สิทธิ และดูแลความถูกต้องของเอกสารและหลักฐานที่ใช้ในการจดทะเบียนที่ดินนั้นให้มีความถูกต้องแท้จริงและการรับรองเอกสารสิทธิดังกล่าว ทั้งนี้ส่วนหนึ่ง

²² วสันต์ กิจบำรุง, “การขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม”, วารสารที่ดิน 40,1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2537), หน้า 15

เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้ว คู่กรณีมักจะไม่ว่าจ้างบุคคลให้ทำหน้าที่ช่วยจัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่ให้หน้าที่เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้จัดทำให้ ทำให้ประเทศไทยไม่เห็นความสำคัญของการมีระบบคนกลางเข้ามาดูแลในการทำสัญญาเท่าใด ดังนั้นการให้ความรู้ทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เพื่อช่วยคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่กรณีในการซื้อขายที่ดินจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ และเพื่อเป็นการรับประกันสิทธิและผลประโยชน์ของผู้ซื้อและผู้ขายว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาและลดปัญหาข้อพิพาทในการทำสัญญาอันต้องบังคับคดีขึ้นสู่ศาล รัฐควรกำหนดให้มีระบบคนกลางในการเข้ามาดูแลสิทธิประโยชน์ของคู่กรณี แต่เนื่องจากสภาพสังคมไทยปัจจุบันเป็นประเทศกำลังพัฒนาและประชาชนส่วนใหญ่ยังยากจนด้อยการศึกษา ไม่มีความรู้ความสามารถจะดำเนินการด้วยตนเอง หรือไม่มีกำลังไปว่าจ้างทนายความหรือที่ปรึกษา ประกอบกับความคุ้นเคยกับระบบที่ให้รัฐเข้ามาช่วยดูแลจัดการประโยชน์สาธารณะด้วย

ผู้เขียนจึงขอเสนอความเห็นให้ต้องมีกรอกกฎหมายเพื่อบังคับให้ในการทำนิติกรรมที่มีความสำคัญต้องมีพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจและหน้าที่ทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารีเป็นผู้จัดทำนิติกรรมนั้น โดยถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 152 เหตุผลที่บังคับให้เป็นเช่นนี้เนื่องจากในการทำนิติกรรมที่มีความสำคัญเช่น การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาโอนหุ้นส่วน การทำพินัยกรรม การสมรส ต่างต้องอาศัยเจ้าพนักงานและข้อมูลจากองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องในการยืนยันความมีสิทธิหรือความมีผลในนิติกรรมนั้นๆ เพื่อประโยชน์ของความน่าเชื่อถือต่อสาธารณะชนและเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ทำนิติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายด้วย โดยเจ้าพนักงานโนตารีจะทำหน้าที่ในการรับรองเจตนาของบุคคลในเบื้องต้น²³ ทั้งยังเป็นผู้ตรวจสอบในความสมบูรณ์ของนิติกรรมไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือในกรณีที่ทำนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ โดยถือว่าเจ้าพนักงานโนตารีเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการเป็นสักขีพยานเพื่อการรับรองสิทธิและนิติกรรม โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการเปลี่ยนแปลงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ โดยเจ้าพนักงานโนตารีจะต้องทำการตรวจสอบเอกสาร ตรวจสอบนิติกรรมต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิในที่ดินนั้น และทำหน้าที่ในการจัดทำหลักฐานแห่งนิติกรรมตามแบบหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และอำนาจในการรับรองลายมือชื่อ และสำเนาเอกสารหรือ

²³ จุฬารัตน์ สวัสดิ์ดิยากร, “แนวทางการจัดตั้งระบบงานโนตารีปับลิกในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 82

หลักฐานอื่นๆ โดยถือว่าเอกสารที่ได้รับการรับรองจากเจ้าพนักงานโนตารีนั้นมีคุณค่าในทาง
 พยานหลักฐานในฐานะเป็นเอกสารมหาชนด้วย²⁴ ซึ่งการกระทำเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความเป็น
 ธรรมแก่ประชาชนในการจัดทำนิติกรรมสัญญา ลดการเอาัดเอาเปรียบ ช่วยลดความเสี่ยงที่
 เจ้าพนักงานที่ดินจะถูกฟ้องร้องในกรณีที่มีการปลอมแปลงลายมือชื่อหรือเอกสารสิทธิเกี่ยวกับ
 ที่ดินนั้นและช่วยลดปัญหาข้อพิพาทต่อศาล ทำให้เกิดความคล่องตัวในการทำธุรกรรมเกี่ยวกับ
 อสังหาริมทรัพย์ได้ดียิ่งขึ้นด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพโนตารีบับลิกในประเทศไทย, หน้า 242.

ตารางที่ 1 : การเปรียบเทียบรายละเอียดของความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ระบบแบบและระบบทะเบียน	ประเทศไทย	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
1. ระบบแบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์	สัญญาซื้อขายต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 456 วรรคแรกเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามมาตรา 152 ไม่ทำตกเป็นโมฆะ	สัญญาซื้อขาย โดยมากทำเป็นหนังสือหรือทำต่อหน้าโนตารี ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1583 เพื่อประโยชน์ในการเป็นหลักฐานการฟ้องร้อง ดังนั้นสัญญาซื้อขายจึงไม่ถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมแต่อย่างใด การจดทะเบียนเป็นเรื่องโฆษณา	สัญญาซื้อขายก่อผลทางหนี้เท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องทำต่อหน้าโนตารีตามมาตรา 311b (B.G.B.) มิฉะนั้นเป็นโมฆะ คู่สัญญาจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ได้ ต้องทำสัญญาทางทรัพย์ โดยการแสดงเจตนาโอนความเป็นเจ้าของและจดทะเบียนด้วย ตาม(B.G.B.) มาตรา 873 และมาตรา 925 (B.G.B.)
2. ระบบแบบ			
2.1 ผลการทำตามแบบ	สัญญาซื้อขายเกิดขึ้น และกรรมสิทธิ์โอนทันทีตามมาตรา 458 ถือว่าสัญญาซื้อขายก่อให้เกิดการทรงทรัพย์สินและบุคคลสิทธิพร้อมกันด้วย	สัญญาเกิดขึ้นตามการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดผลการโอนกรรมสิทธิ์ทันที ถือว่าสัญญาซื้อขายก่อตั้งทั้งทรัพย์สินและบุคคลสิทธิขึ้นพร้อมกัน การทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีเพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น	สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นเมื่อทำตามแบบต่อหน้าโนตารีเท่านั้น สัญญาทางหนี้ก่อผลทางหนี้เป็นบุคคลสิทธิเท่านั้น ทรัพย์สินสิทธิเกิดเมื่อทำสัญญาทางทรัพย์ ซึ่งแยกต่างหากจากกัน

ระบบแบบและระบบทะเบียน	ประเทศไทย	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
2.2 ผลการไม่ทำตามแบบ	หากสัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆ ทั้งสิ้น	ผลการไม่ให้โนตารีเข้าจัดทำนิติกรรม การซื้อขาย เพียงแต่ฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ เท่านั้น กรณีหากมีเจตนาต้องตรงกันแล้ว ก็ยังถือว่าสมบูรณ์เป็นสัญญาซื้อขายแล้ว	ผลของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาทาง หนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน แยกออกจาก กัน เป็นอิสระจากกัน แต่หากไม่ทำเป็น หนังสือต่อหน้าโนตารีแล้ว สัญญานั้น ย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่เกี่ยวกับสัญญาทาง ทรัพย์สินแต่อย่างใด
3 ระบบทะเบียนที่ดิน	ระบบ registration of title เป็นการจด ทะเบียนตัวสิทธิในทรัพย์สิน เป็นการจด ทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งถือเป็นการจด ทะเบียนแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สิน สิทธิ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคแรกและ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ตามมาตรา 4 ทวิ	ระบบ registration of deed เป็นการ จดทะเบียนเอกสารสิทธิ ซึ่งเป็นการจด ทะเบียนตัวสัญญา ไม่ได้จดทะเบียน ทรัพย์สินสิทธิ และการจดทะเบียนมีขึ้นเพื่อ คู่สมรสบุคคลภายนอก หากไม่ทำการจด ทะเบียนมีผลเพียงไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ต่อ บุคคลภายนอกเท่านั้น	ระบบ registration of title เป็นการจด ทะเบียนตัวสิทธิในทรัพย์สิน เป็นการจด ทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ โดยยึดถือตาม หลักการจดทะเบียน (The registration principle) เป็นหลัก

ระบบแบบและระบบทะเบียน	ประเทศไทย	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
4. ผลการจดทะเบียน			
4.1 ผลการจดทะเบียนสิทธิ	<p>การจดทะเบียนเป็นเงื่อนไขแห่งแบบตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นการเกิดทรัพย์สินจึงมีความชัดเจนด้วยการจดทะเบียน มีผลประโยชน์แก่รัฐในการจัดเก็บภาษีอากร ผลประโยชน์แก่คู่สัญญาในการใช้เป็นพยานหลักฐาน</p>	<p>การจดทะเบียนเป็นเครื่องมือในการประกาศให้สาธารณชนรับรู้เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด ผลการไม่จดทะเบียนเพียงแต่ยกต่อคู่บุคคลภายนอกไม่ได้เท่านั้น ระหว่างคู่กรณียังมีหนี้ที่สามารถบังคับกันได้</p>	<p>การจดทะเบียนที่ดินของเยอรมันเป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินโดยแท้ ซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องมีการจดทะเบียนเพื่อให้ทะเบียนสามารถแสดงสิทธิที่ถูกต้องและการเปลี่ยนแปลงในที่ดิน มิฉะนั้นถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์ไม่สมบูรณ์</p>
4.2 ผลการไม่จดทะเบียนสิทธิ	<p>ผลการไม่จดทะเบียนสิทธิ ถือว่าสัญญาซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะและทรัพย์สินก็ไม่เกิดด้วย ทำให้ไม่สามารถยกขึ้นต่อคู่บุคคลใดๆได้เลย</p>	<p>ระบบการจดทะเบียนเป็นเรื่องความสมัครใจ ดังนั้นหากไม่จดทะเบียนไม่สามารถยกต่อคู่บุคคลที่สามได้ แต่ระหว่างคู่กรณียังคงใช้บังคับได้ ความสมบูรณ์ของสัญญาเป็นคนละกรณีกับการจดทะเบียน</p>	<p>ผลการไม่จดทะเบียนถือว่าทรัพย์สินไม่เกิดขึ้นเลย แต่ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาทางหนี้แต่อย่างใด</p>
4.3 ความมีอยู่ของทรัพย์สิน	<p>สัญญาซื้อขายต้องทำตามแบบ จึงก่อให้เกิดเป็นทรัพย์สินและบุคคลสิทธิพร้อมกัน ดังนั้นผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม และการจดทะเบียนอันเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์นั้นรวมอยู่ในขั้นตอนเดียวกัน</p>	<p>สัญญาซื้อขายก่อให้เกิดทรัพย์สินและบุคคลสิทธิ แต่กรณีนี้ทรัพย์สินไม่เด็ดขาดจนกว่าจะได้ทำการจดทะเบียนสิทธิโดยถูกต้อง</p>	<p>สัญญาซื้อขายสมบูรณ์ทั้งสัญญาทางหนี้และทางทรัพย์สิน การจดทะเบียนเป็นการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินโดยแท้จริง</p>

ระบบแบบและระบบทะเบียน	ประเทศไทย	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
<p>5. ผลกระทบต่อผู้บริโภค</p>	<p>เมื่อไม่ทำการจดทะเบียนสิทธิซึ่งถือเป็นแบบแห่งนิติกรรม สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะตามมาตรา 456 วรรคแรก ส่งผลให้ผู้ซื้อไม่สามารถอยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน ตามมาตรา 1300</p>	<p>เมื่อไม่ทำการจดทะเบียนสิทธิ สัญญาซื้อขายสมบูรณ์ในฐานะบุคคลสิทธิ ดังนั้นผู้ซื้อสามารถเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา คือ การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้</p>	<p>เมื่อไม่ทำการจดทะเบียนสิทธิ ถือว่าไม่มีทรัพย์สินแต่อย่างใด แต่สัญญาซื้อขายยังคงสมบูรณ์อยู่ โดยกฎหมายแพ่งเยอรมันมีมาตรการพิเศษคือ มาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice) ส่งผลให้ผู้ซื้อสามารถขอจดทะเบียนสิทธิของตนในฐานะบุคคลสิทธิได้ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับ ป.พ.พ. มาตรา 1300</p>
<p>6. ผลกระทบต่อบุคคลภายนอก</p>	<p>ลักษณะทะเบียนที่ดินไทยไม่มีความเด็ดขาดเกี่ยวกับการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดิน หากจดทะเบียนไม่ถูกต้องคลาดเคลื่อน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายให้อำนาจแก่อธิบดีกรมที่ดิน ผู้ว่า และศาลในการเพิกถอนหรือแก้ไขได้ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ดังนั้นจึงไม่คุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต หากได้ทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิโอนทรัพย์สินนั้น</p>	<p>ระบบทะเบียนมีไว้เพื่อเป็นเครื่องมือการประกาศให้ประชาชนทั่วไปรับทราบ แต่มิใช่การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นการจดทะเบียนจึงมีไว้เพื่อยกขึ้นต่อผู้ต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น</p>	<p>ระบบทะเบียนมีความมั่นคงและเชื่อถือได้ บุคคลผู้มีชื่อทางทะเบียนถือว่าเป็นผู้มีสิทธิ และยึดถือหลักการได้กรรมสิทธิ์มาโดยสุจริต ดังนั้นหากผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นสุจริตย่อมได้กรรมสิทธิ์ แม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินจะไม่มีสิทธิโอนก็ตาม ย่อมถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก</p>

ระบบแบบและระบบทะเบียน	ประเทศไทย	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
7. องค์การกำกับดูแลของรัฐ	เจ้าพนักงานที่ดินของกรมที่ดินเป็นผู้ดูแลทั้งในส่วนของสัญญาและการจดทะเบียนในขั้นตอนเดียวเสร็จสิ้นทั้งกระบวนการ	เจ้าพนักงานโนตารีเป็นผู้ดูแลและตรวจสอบสิทธิของผู้ซื้อและผู้ขายในส่วนของสัญญาซื้อขาย ส่วนทะเบียนที่ดินเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนที่ดิน(Conservation des hypotheques)	เจ้าพนักงานโนตารีเป็นผู้ดูแลและตรวจสอบสิทธิของผู้ซื้อและผู้ขายในส่วนของสัญญาซื้อขาย ส่วนทะเบียนที่ดินเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนที่ดิน (GBO - Grundbuchordnung)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ระบบแบบและระบบทะเบียนของประเทศไทยนั้น เป็นเรื่องที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน กล่าวคือมาตรา 456 วรรคแรก แบบของสัญญากับการโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นพร้อมกัน และการจดทะเบียนก็เป็นการโฆษณาสิทธิแห่งการทวงทรัพย์สินที่นั้น ส่วนมาตรา 1299 วรรคแรก เป็นเรื่อง การจดทะเบียนโฆษณาการทวงทรัพย์สินเช่นกัน แต่ไม่รวมสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทำให้ เห็นได้ว่ามาตรา 456 วรรคแรกเป็นการจดทะเบียนนิติกรรม ส่วนมาตรา 1299 วรรคแรกเป็นการ จดทะเบียนทรัพย์สิน แม้ทางทฤษฎีจะสามารถแบ่งแยกกันได้ก็ตาม แต่ทางปฏิบัติยังปะปนกันอยู่

จากการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียนในประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ปรากฏว่าระบบแบบของประเทศฝรั่งเศส เป็นระบบ ที่ไม่แยกสัญญาทางหนึ่งและสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน เมื่อมีการทำตามแบบตามสัญญา ทางหนึ่งสมบูรณ์แล้ว ก็ถือว่าสัญญาทางทรัพย์สินยอมสมบูรณ์ด้วย โดยถือเจตนาเป็นผลของการ ได้มาซึ่งการทวงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ส่วนการจดทะเบียนเป็นเรื่องการโฆษณาสิทธิ เท่านั้น ซึ่งต่างจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีการแยกระหว่างระบบแบบตามสัญญา ทางหนึ่งและระบบทะเบียนตามสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยถือว่าการได้มาซึ่ง อสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรมนั้น จะต้องทำการจดทะเบียนสิทธิเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์นั้น

เมื่อพิจารณาระบบแบบและระบบทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ ประเทศไทย ตามมาตรา 456 มาตรา 458 และมาตรา 1299 แล้ว จะเห็นได้ว่าอยู่บนพื้นฐานของ การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่มีแนวคิดของการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน แต่ผลของระบบแบบตามสัญญาทางหนึ่งนั้นไม่พวกรอกจากผลของระบบทะเบียนตามสัญญา ทางทรัพย์สิน โดยให้ความสำคัญกับการจดทะเบียนสิทธิและการจดทะเบียนสิทธินั้นจะต้องมาจาก สัญญาทางหนึ่งที่สมบูรณ์ด้วย ดังนั้นจึงก่อปัญหาการทำความเข้าใจและปรับใช้กฎหมายที่ เชื่อมโยงระบบแบบและระบบทะเบียนไว้ด้วยกันว่า การเกิดทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ เป็นการได้มาโดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือการได้มาโดยผลของการ จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ ผลความไม่สอดคล้องกันระหว่างความเป็นโมฆะ ตามมาตรา 456 วรรคแรก และความไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรก รวมถึงการใช้คำว่า”ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” เพื่อไม่ให้บทบัญญัติทั้งคู่ขัดแย้งกันด้วย

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายที่ดินที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีประสิทธิภาพเพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี และบุคคลภายนอกหรือไม่ บทกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้การทำสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยความมุ่งหมายของการจดทะเบียนนั้นมีไว้เพื่อการประกาศโฆษณาต่อประชาชนทั่วไปว่า อสังหาริมทรัพย์นั้นๆ เวลานั้นเป็นของใคร เพื่อคุ้มครองบุคคลทั้งหลายที่อาจเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินและเพื่อประโยชน์ต่อการตรวจสอบสถานะและความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นก็ตาม แต่ก็ยังคงพบปัญหาจากการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของการทำนิติกรรมใดๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่นกรณีที่เกิดจากการทำสัญญาเอาอสังหาริมทรัพย์ไปจำนองหรือเช่า โดยมากมักเป็น ผู้ประกอบธุรกิจจะได้มีการนำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ในการซื้อขายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตน ทำให้คู่กรณีต้องตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงนั้น และแน่นอนว่าผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์มักจะเป็นผู้เสียเปรียบจากข้อตกลงในสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม รวมไปถึงปัญหาเกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือหลอกลวง ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์หรือได้รับกรรมสิทธิ์ที่บกพร่องจากอสังหาริมทรัพย์ที่ตนซื้อ หรือทำให้ผู้ขายไม่ได้รับเงินค่าราคาอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น แม้ผลของการไม่จดทะเบียนสิทธิจะทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะก็ตาม แต่ระบบการจดทะเบียนที่ดินของไทยก็ไม่ถือเป็นทะเบียนที่ดิน อันเป็นหลักฐานเด็ดขาดในการพิสูจน์สิทธิในที่ดิน กล่าวคือ แม้ผู้ซื้อซึ่งสุจริตและเสียค่าตอบแทน จะได้จดทะเบียนของตนตามกฎหมาย แต่หากปรากฏว่ามีการทำสัญญาที่ไม่สมบูรณ์แล้วก็อาจถูกเพิกถอนสิทธิในภายหลังได้ อันเป็นความเสี่ยงของผู้ซื้อที่อาจถูกเจ้าของที่แท้จริงติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืนและผลกระทบจากการเพิกถอนสิทธิ ทำให้คู่กรณีต้องสูญเสียสิทธิของตนไป โดยไม่มีกฎหมายคุ้มครองอย่างแท้จริง ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาศึกษาเพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่จะเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่กรณีให้ได้รับความเป็นธรรมจากการก่อให้เกิดสัญญา และปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้องครบถ้วน เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไปด้วย

ผลจากการศึกษาและวิจัยจากหลักกฎหมายต่างประเทศ ต้นร่างแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา พบว่าสาเหตุของความสับสนดังกล่าว เนื่องมาจากต้นร่างแห่งบทบัญญัติตามมาตรา 456 และมาตรา 458 ตามกฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญา มีที่มาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสตามทฤษฎีสัญญาเดี่ยวและต้นร่างบทบัญญัติมาตรา 1299 ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน มีที่มาจากระบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตามทฤษฎีสัญญาคู่ จึงก่อให้เกิดความขัดแย้งในการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับเดียวกัน

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน โดยการกำหนดให้มาตรา 456 วรรคแรกเป็นระบบแบบแห่งนิติกรรม ไม่ต้องคำนึงถึงการจดทะเบียนสิทธิและมาตรา 1299 วรรคแรก เป็นเรื่องของระบบทะเบียนโฆษณาสิทธิที่ใช้บังคับกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรมสัญญาในทุกกรณี โดยมุ่งประสงค์ให้มีการแสดงออกซึ่งการได้มาโดยการจดทะเบียนโฆษณา เพื่อให้ยื่นแก่บุคคลทั้งหลายได้

ทั้งนี้ จากสภาพปัญหาจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน มักเกิดจากการที่ผู้ขายหรือผู้ดำเนินโครงการอสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขาย หรือมีการนำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ในการตกลงทำสัญญาซื้อขายในลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ซื้อ ส่งผลให้ผู้ซื้อไม่ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ซื้อขายหรือได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยบกพร่อง คือมีภาระผูกพันต่างๆ เช่น ที่ดินที่ซื้อขายติดจำนอง มีภาระจำยอม เป็นต้น ซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันที่มีอยู่ล้วนเป็นมาตรการในเชิงแก้ไขเยียวยา อันจำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาลมาเพื่อฟ้องร้องบังคับคดีเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ทั้งไม่แน่นอนว่าจะคุ้มค่ากับความเสียหายที่ได้รับหรือไม่ ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดมาตรการให้มีระบบคนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่กรณี เพื่อเป็นการช่วยดูแลให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับการปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้องและเป็นธรรมด้วย

สำหรับกรณีที่มีการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อสองคนในขณะเดียวกัน หากผู้ซื้อคนแรกยังไม่มีจดทะเบียนการโอนกรรมสิทธิ์ และได้มีการขายอสังหาริมทรัพย์อันเดียวกันแก่ผู้ซื้อคนหลังผู้สุจริตและจดทะเบียนสิทธิการโอนอสังหาริมทรัพย์แล้ว ผู้ซื้อคนหลังจะได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ส่วนผู้ซื้อคนแรกคงมีสิทธิแต่เพียงเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายเท่านั้น กรณีนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อคนแรกให้อยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน ตามมาตรา 1300 จึงควรกำหนดมาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice) เพื่อเป็นการประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบและสามารถตรวจสอบดูภาระผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย ถือเป็นมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีและบุคคลภายนอกผู้สุจริตด้วย

จึงกล่าวโดยสรุปว่า เมื่อมีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยการทำสัญญาซื้อขายต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 456 วรรคแรก สัญญาซื้อขายจึงเกิดขึ้นและส่งผลให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 458 ซึ่งไม่เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิแต่อย่างใด แม้จะถือว่ากรรมสิทธิ์โอนโดยผลของการแสดงเจตนาก็ตาม คงบังคับใช้ได้เฉพาะระหว่างคู่กรณีเท่านั้น สำหรับบุคคลภายนอกแล้วยังไม่มีผลแต่อย่างใดจนกว่าจะได้จดทะเบียนโฆษณาสิทธินั้น การจดทะเบียนโฆษณานี้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยทางนิติกรรมทุกกรณีรวมถึงสัญญาซื้อขาย

จึงต้องขอจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรก เพื่อโฆษณาสิทธิของตนและสามารถ
ใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อใช้ยื่นต่อบุคคลโดยทั่วไปได้ด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของระบบแบบตามมาตรา 456 วรรคแรกและระบบ
ทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรก พบว่าบทบัญญัติทั้งคู่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความ
การปรับใช้ตัวบทกฎหมายซึ่งไม่เอื้ออำนวยต่อการค้าและพาณิชย์ ทั้งการเยียวยาความเสียหาย
เป็นเรื่องในเชิงมาตรการแก้ไขมากกว่าจะใช้มาตรการเชิงป้องกัน ดังนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว
ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำเรื่องการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนมาใช้บังคับในประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยผู้เขียนขอเสนอแนะดังนี้

5.2.1 เสนอให้มีการนำระบบคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารี เพื่อเข้ามา
ตรวจสอบความถูกต้องของสัญญา

5.2.2 เสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้การตีความและ
ปรับใช้กฎหมายมีความชัดเจน

5.2.1 เสนอให้มีการนำระบบคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารี เพื่อ เข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของสัญญา

เมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาเป็น
สิ่งที่มีความสำคัญ ดังนั้นจึงเสนอให้มีการนำระบบคนกลางเข้ามาทำการตรวจสอบเอกสาร
ตรวจสอบสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ของผู้ขาย และเป็นคนกลางใน
การดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีในการทำสัญญาซื้อขายด้วย ถือเป็น การสร้างมาตรการ
ป้องกันทางหนึ่ง เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ซื้อในการรับมอบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่
ซื้อขายโดยปลอดภัยทุกประการ และผู้ขายจะได้รับชำระราคาทรัพย์สินนั้นด้วย

ทางปฏิบัติ เนื่องจากประเทศไทยมีเจ้าพนักงานที่ดิน ซึ่งถือเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่
ตามป.พ. มาตรา 1299 วรรคแรกประกอบประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 71 ซึ่งมีหน้าที่เป็น
ทั้งผู้รับผิดชอบสิทธิและนิติกรรม และเป็นผู้จัดเตรียมสัญญาหรืออนุญาตให้คู่สัญญาจัดพิมพ์
สัญญาмаกันเอง แล้วมาลงชื่อต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งผลจากการให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็น
ผู้รับภาระหน้าที่ในการตรวจสอบเอกสารการทำนิติกรรมและการจดทะเบียนสิทธิ ส่งผลให้คู่กรณี
ไม่นิยมว่าจ้างบุคคลให้ทำหน้าที่ช่วยจัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้ เพราะเหตุที่มี

เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้ดูแลตรวจสอบสิทธิ ประกอบกับโดยสภาพสังคมไทยปัจจุบัน ประชาชนส่วนใหญ่ยังยากจนและด้อยการศึกษา ไม่มีความรู้ความสามารถจะดำเนินการด้วยตนเอง หรือไม่มีกำลังไปว่าจ้างทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมาย และคุ้นเคยกับระบบที่ให้รัฐเข้ามาช่วยดูแลจัดการประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการผลักรากหญ้าทำให้เจ้าพนักงานที่ดินทำหน้าที่ในขั้นตอนปฏิบัติ ในลักษณะขั้นตอนเดียวเบ็ดเสร็จนั้น ย่อมก่อผลเสียในด้านความรับผิดชอบของ เจ้าพนักงานที่ดิน หากมีการออกโฉนดที่ดินหรือจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยผิดพลาดไปและอาจเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการฉ้อโกงหรือหลอกลวงผู้ซื้อจากการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวความคิดว่า ควรต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับให้ การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ต้องมีองค์กรหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาดูแลในฐานะ คนกลางเป็นผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งอาจจะมีลักษณะทำนองเดียวกับ เจ้าพนักงานโนตารีของประเทศฝรั่งเศสในฐานะเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้จัดทำ นิติกรรมสัญญา ตรวจสอบนิติกรรม เอกสารและหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสิทธิในที่ดิน รับรองว่าได้มีการดำเนินการหรือชำระหนี้ตามเอกสารแล้ว ตรวจสอบและรับรองการลงลายมือชื่อ ในเอกสารสำคัญหรือหลักฐานอื่นๆ ซึ่งเอกสารที่ได้รับการรับรองนี้มีฐานะเป็นเอกสารมหาชนด้วย

5.2.2 เสนอแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เขียนขอแบ่งแยก แนวความคิดออกเป็น 2 แนวทางหลักดังนี้

ข้อเสนอแนะที่ 1

เมื่อพิจารณาตามลักษณะสัญญาซื้อขายของประเทศไทย จึงควรยึดถือตามระบบทฤษฎี สัญญาเดี่ยวที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือเมื่อสัญญาซื้อขายสมบูรณ์ย่อมก่อให้เกิดผลการ โอนกรรมสิทธิ์ โดยยึดถือเจตนาเป็นผลของการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ส่วนการ จดทะเบียนเป็นเรื่องการโฆษณาสิทธิ เพื่อให้เป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น ฉะนั้น การ จดทะเบียนโฆษณาการโอนอสังหาริมทรัพย์ จึงไม่ใช่แบบของสัญญาซื้อขาย หากไม่ได้มีการ จดทะเบียนสิทธิ จึงไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแยกระบบ แบบและระบบทะเบียนออกจากกันดังนี้

มาตรา 456 วรรคแรก “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตามแบบ ต่อเจ้าพนักงานโนตารี ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้ง การซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย” และ

มาตรา 1299 วรรคแรก “การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะได้ทำการจดทะเบียนสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

ข้อเสนอแนะที่ 2

จากการศึกษาการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ผู้เขียนพบว่าบทกฎหมายดังกล่าวมีความชัดเจนในการแยกเรื่องของสัญญาเป็นเรื่องสัญญาทางหนี้ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์โดยวิธีการจดทะเบียนนั้นเป็นเรื่องสัญญาทางทรัพย์ ซึ่งทำให้สามารถแยกปรับบทกฎหมายใช้ได้อย่างถูกต้องตามเรื่องๆ จึงเห็นได้ว่าความสมบูรณ์ของแบบตามสัญญาซื้อขายนั้นแยกต่างหากจากการจดทะเบียนสิทธิอย่างเด็ดขาดและให้ความสำคัญกับการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากกรรมสิทธิ์ถือเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญ ดังนั้นการก่อให้เกิดทรัพย์สินต้องทำการจดทะเบียนสิทธิเท่านั้น หากไม่มีการจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลงสิทธิแล้ว ถือว่าผู้ซื้อไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวความคิดว่าควรจะมีการแก้ไขกฎหมายโดยบัญญัติระบบแบบเป็นเรื่องของสัญญาทางหนี้ และระบบทะเบียนเป็นเรื่องของสัญญาทางทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ดังนี้

มาตรา 456 วรรคแรก “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตามแบบต่อเจ้าพนักงานโนตารี ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งการซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

มาตรา 458 “กรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1299 วรรคแรก

กรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน”

มาตรา 1299 วรรคแรก “การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่สมบูรณ์เป็นทรัพย์สินสิทธิ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะได้ทำการจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

เมื่อพิจารณาข้อเสนอแนะทั้งสองแนวทางข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเสนอแนะที่ 1 เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับประเทศไทย เนื่องจากเป็นไปตามลักษณะตามสัญญาซื้อขายที่ประเทศไทยยึดถือตามระบบทฤษฎีสัญญาเดี่ยวตามแบบของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสะดวกและง่ายต่อการปฏิบัติและได้ใช้บังคับจนเป็นที่คุ้นเคยแก่ประชาชนโดยทั่วไปด้วย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ผลการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กล่าวมานั้น นับได้ว่าเป็นการสร้างระบบกฎหมายให้มีผลบังคับใช้ให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยการสร้างระบบแบบหนึ่งนิติกรรมเป็นเรื่องความสมบูรณ์ทางหนี้ ต้องทำเป็นหนังสือต่อเจ้าพนักงานโนตารี มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเป็นหลักประกันแก่คู่กรณีว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้องและเป็นธรรมด้วยกันทั้งสองฝ่าย เพราะได้ผ่านการตรวจสอบและมีการรับรองความถูกต้องแท้จริงจากเจ้าพนักงานโนตารีแล้ว ส่วนระบบการจดทะเบียนเป็นเรื่องการโฆษณาสิทธิของตนต่อบุคคลภายนอก และให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้ดูแลความถูกต้องของระบบทะเบียนที่ดินนั้น ซึ่งเป็นการแบ่งแยกหน้าที่และความรับผิดชอบกันอย่างชัดเจน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องสร้างระบบคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารีขึ้นมาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อลดปัญหาการเกิดข้อพิพาทในชั้นศาลเหมือนเช่นปัจจุบัน จึงถือเป็นการสร้างมาตรการเชิงป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้นำมาตรการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน (Priority Notice) มาใช้บังคับเมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายต่อหน้าโนตารี ตามมาตรา 456 วรรคแรกแล้ว ย่อมถือว่าผู้ซื้อเป็นผู้อยู่ในฐานะจดทะเบียนสิทธิได้ก่อน ตามมาตรา 1300 ด้วย หากยังไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนสิทธิต่อเจ้าพนักงานที่ดินได้ทันที ก็ควรให้สิทธิผู้ซื้อคนแรกที่จะไปจดทะเบียนสิทธิของตนต่อกรมที่ดินไว้ก่อน โดยการจดทะเบียนดังกล่าว ไม่ถือเป็นการจดทะเบียนโฆษณาแต่อย่างใด เพียงแต่ให้มีผลเท่ากับบุคคลทั่วไปสามารถทราบถึงสัญญาซื้อขายแล้วเท่านั้น วิธีการนี้ถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อและบุคคลภายนอกได้ทางหนึ่งด้วย

จากผลของการแก้ไขกฎหมายข้างต้น สามารถอนุมานนำไปใช้บังคับกับ นิติกรรมอื่นๆ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับสัญญาซื้อขาย เช่น สัญญาแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 519 สัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 525 สัญญาจำนองอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 714 เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างในกรณีของสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 525 ซึ่งบัญญัติว่า “การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ” จึงเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบไว้ทำนองเดียวกับสัญญาซื้อขายตามมาตรา 456 วรรคแรก ทั้งนี้เพราะว่าการให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้ไปยังผู้รับ ดังนั้นการให้ทรัพย์สินที่มีหลักฐานในทางทะเบียนจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนด้วย ดังนั้นเมื่อมีการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคแรกแล้ว จะต้องมีการทำเป็นหนังสือต่อหน้า

เจ้าพนักงานโนตารี เพื่อรับรองการใช้สิทธิเกี่ยวกับการให้ทรัพย์สินประเภทนี้ เพื่อให้เจ้าพนักงานโนตารี เป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนนิติกรรมการให้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อเจ้าพนักงานที่ดินต่อไป

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว มีผลกระทบต่อสัญญา จะซื้อจะขายหรือไม่นั้น ยกตัวอย่างเช่นในบางกรณีเกี่ยวกับการซื้อขายบ้านจัดสรรที่มีข้อตกลงให้ ผ่อนชำระเป็นงวดๆ โดยตกลงกันเป็นพิเศษระหว่างคู่สัญญาว่าผู้ขายจะจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ ต่อเมื่อผู้ซื้อชำระราคาครบถ้วนแล้ว* เพื่อเป็นการให้ความมั่นคงกับผู้ขายเองว่า หากผู้ซื้อไม่ชำระ ราคาหรือชำระไม่ครบ ผู้ขายจะไม่ได้ได้รับความเสียหายมากนัก ผลของสัญญาดังกล่าวคือ กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อในขณะที่ตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน เนื่องจากยังไม่ได้ทำการจัดทำ ตามแบบพิธีให้กรรมสิทธิ์โอนไป เมื่อผู้ซื้อชำระราคาครบถ้วนแล้ว ผู้ขายยอมผูกพันตนจะเป็น ผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ให้ตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งข้อตกลงแห่งการหน่วงกรรมสิทธิ์ที่จะทำ การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ในภายหลังนี้ ถือเป็นข้อตกลงในเบื้องต้นว่าจะมี การทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดกันต่อไป สัญญาเช่นนี้ อาจพิจารณาได้ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย หากมีการผิดสัญญาและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อาจเลือกที่จะฟ้องร้องต่อศาลโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 213 ด้วยการถือเอาคำพิพากษาแทน การแสดงเจตนา นั้น จากกรณีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจะซื้อจะขาย เป็นการก่อให้เกิดความผูกพันว่าจะมาทำสัญญาอีกฉบับหนึ่งในอนาคตที่เรียกว่าสัญญา เสร็จเด็ดขาด ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาจะซื้อจะขายจึงเกิดขึ้นเมื่อมีการทำสัญญา ซื้อขายเสร็จเด็ดขาด การทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคแรก จึงต้อง ทำตามแบบแห่งนิติกรรม หากมีการฟ้องร้องบังคับคดีและถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา ตามสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ย่อมหมายถึงการถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา โดยต้องทำเป็นหนังสือสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดต่อหน้าเจ้าพนักงานโนตารีและให้เจ้าพนักงานโน ตารีดำเนินการจดทะเบียนโฆษณาสิทธิตามคำพิพากษานั้นต่อเจ้าพนักงานที่ดิน ดังนั้น แม้มีการ

* ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2490 ทำสัญญาซื้อขายที่ดินโดยตกลงกันว่าจะ ชำระราคาครบถ้วนแล้ว จะไปทำการโอนกันนั้นเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2983/2529 แม้หัวข้อของสัญญาจะระบุว่าเป็นหนังสือสัญญาซื้อขายก็ ตามแต่ไม่มีข้อความตอนใดระบุว่าจะให้กรรมสิทธิ์ในที่พิพาทตกเป็นของโจทก์ในวันทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม กลับมีข้อความระบุว่าจะไปทำการโอนโฉนดกันเมื่อโจทก์ชำระเงินให้จำเลยหมดแล้ว แสดงว่าตราบิตที่จำเลยยังไม่ได้รับค่าที่ดินครบถ้วน ก็ยังไม่มีมีการโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่ โจทก์ การที่ตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในภายหลัง จึงมิใช่การซื้อขายเสร็จเด็ดขาด

แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ส่งผลกระทบใดๆ ทางกฎหมายต่อสัญญาซื้อขายซึ่งไม่ก่อทรัพย์สินใดๆ ตามกฎหมาย อันต่างจากสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อแล้วและย่อมก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินนั้น

อย่างไรก็ดี การรับรองให้เจ้าพนักงานโนตารีมีอำนาจเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งที่สำคัญนั้น ย่อมส่งผลให้ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับการมีเจ้าพนักงานประเภทนี้ แต่การสร้างระบบโนตารีนั้นอาจจะต้องใช้ระยะเวลาและไม่ง่ายต่อการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมาย ทั้งอาจจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายและขั้นตอนการดำเนินการที่ยุ้งยากในทางปฏิบัติด้วย แต่การกระทำเช่นนี้ ย่อมส่งผลดีในระยะยาว เพราะถือเป็นการสร้างและพัฒนาระบบกฎหมายให้เป็นในทิศทางเดียวกัน เพื่อเกิดความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิทั้งของคู่กรณีและบุคคลภายนอกได้มากยิ่งขึ้น

เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานโนตารี ดังนั้น ในเบื้องต้น จึงได้กำหนดคำว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่” ตามมาตรา 456 วรรคแรกไว้ โดยความมุ่งหมายที่จะให้เป็นเจ้าพนักงานซึ่งทำหน้าที่ทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารี และสร้างมาตรการเพิ่มขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยการกำหนดให้ต้องมีการทำสัญญาซื้อขายผ่านระบบคนกลางในการเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบสัญญาซื้อขาย ตรวจสอบเอกสารสิทธิในที่ดิน ตรวจสอบและจัดเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อจัดทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ จึงเท่ากับเป็นการปรับเปลี่ยนในเรื่องการจัดทำนิติกรรมที่มีความสำคัญให้เป็นหน้าที่ “พนักงานเจ้าหน้าที่” รวมไปถึงการดำเนินการช่วยเหลือและให้คำปรึกษาทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลการจดทะเบียนที่ดินนั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อประโยชน์ต่อการอาศัยข้อมูลจากองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องในการยืนยันความมีสิทธิและผลในนิติกรรมนั้นๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และเพื่อความสะดวกต่อการดำเนินการทำนิติกรรมนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรมที่ดินควรจัดให้มีหน่วยงานพิเศษในการตรวจสอบสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และมีการออกกฎหมายในการรับรองฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามนัยแห่งมาตรา 456 วรรคแรก ให้มีหน้าที่ทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารีในการดูแลและตรวจสอบความสมบูรณ์ของนิติกรรม รับรองการลงลายมือชื่อและสำเนาเอกสารหรือหลักฐานอื่น ให้คำปรึกษาทางกฎหมายและช่วยดำเนินการตรวจสอบความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นแก่คู่กรณี เพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยพนักงานเจ้าหน้าที่นี้เป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานพิเศษในกรมที่ดิน และเป็นหน่วยงานที่แยกต่างหากจากเรื่องการจดทะเบียนสิทธิ ซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 71 อันถือเป็นการแบ่งแยกหน้าที่และความ

รับผิดชอบเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจแก่คู่กรณีว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาที่ถูกต้องแท้จริง และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนให้สามารถตรวจสอบข้อมูลความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างแน่นอน อันเป็นการช่วยลดปัญหาข้อพิพาททางศาล ทำให้เกิดความคล่องตัวในการทำสัญญาซื้อขายด้วย

ดังนั้น เนื้อหาในส่วนนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรเสนอแนะแนวทางการแยกระบบแบบและระบบทะเบียนออกจากกัน โดยได้แก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่มีอยู่เดิมเพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางที่ผู้เขียนได้เสนอแนะไปในข้างต้น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

เดิม	ใหม่
<p>มาตรา 456 วรรคแรก</p> <p>“การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไซ้รู้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”</p>	<p>มาตรา 456 วรรคแรก</p> <p>“การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตามแบบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงการซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งการซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย</p>
<p>มาตรา 1299 วรรคแรก</p> <p>“ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่”</p>	<p>มาตรา 1299 วรรคแรก</p> <p>“การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะได้ทำการจดทะเบียนสิทธิต่อเจ้าพนักงานที่ดิน”</p>

ตารางที่ 2 : การวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายก่อนและหลังการแก้ไขกฎหมาย

ผลทางกฎหมายก่อนการแก้ไขกฎหมาย	
ผลดี	ผลเสีย
<p>1. เพื่อเปิดเผยให้บุคคลทั่วไปทราบถึงการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับข้อสังหาริมทรัพย์ อันเป็นการช่วยตรวจสอบสถานะ และความเคลื่อนไหวสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น</p>	<p>1. การกำหนดให้ระบบการจดทะเบียนเป็นแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งเป็นเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญา นั้น เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่ยุ่งยากและก่อให้เกิดความสับสนในการทำความเข้าใจ ด้วยเหตุที่ว่า การจดทะเบียนนั้นสามารถมีอยู่ได้โดยลำพังและไม่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด กล่าวคือควรถือว่าเป็นเรื่องที่มาจากเหตุคนละเหตุและนำไปสู่ผลคนละอย่างกัน ผู้ใดฝ่าฝืนไม่จดทะเบียน ควรได้รับผลร้ายคือไม่อาจอ้างสิทธิใดๆ ยันต่อรัฐได้ และไม่อาจยกต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างคู่กรณีเท่านั้น</p>
<p>2. ผลแห่งการสร้างให้การจดทะเบียนสิทธิเป็นองค์ความสมบูรณ์ของสัญญา เป็นผลดีในการบังคับให้บุคคลต้องมาติดต่อกับรัฐ และผลการไม่จดทะเบียนสิทธิ เท่ากับการที่รัฐ ปฏิเสธการรับรู้ในผลการทำนิติกรรมนั้นๆ กล่าวคือนิติกรรมดังกล่าว ตกเป็นโมฆะเสมือนไม่มีการทำกันขึ้นเลย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ต่อการควบคุมและดูแลการเปลี่ยนแปลงสถานะและการเปลี่ยนแปลงสิทธิในอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยง่าย ผ่านทางระบบทะเบียน</p>	<p>2. ผลกระทบจากการไม่ทำตามแบบ (จดทะเบียน) ส่งผลร้ายในแง่ที่ว่า สัญญาตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลในสายตาของกฎหมาย ทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตกเป็นอันไร้ผล เท่ากับสัญญาไม่อาจมีเกิดขึ้นได้ กรรมสิทธิ์จึงไม่อาจโอนไปได้ ส่งผลให้คู่กรณีไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีดังกล่าว เนื่องจากการเรียกร้องให้รับผิดชอบใดๆ ในมูลสัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากมีการได้ทรัพย์สินมาโดยการรับชำระหนี้หรือโดยประการใด ย่อมถือเป็นการได้มาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายสามารถเรียกคืนในฐานะลามิควรเท่านั้น</p>
<p>3. การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์นี้เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน ช่วยให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนมือได้อย่างคล่องตัวและอำนวยความสะดวกแก่ผู้รับโอนทรัพย์สิน</p>	<p>3. หลักการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตในประเทศไทย เป็นการบังคับให้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เป็นหลัก แม้มีการจดทะเบียนสิทธิโดยสมบูรณ์แล้ว หากปรากฏว่ามีการทำสัญญาไม่สมบูรณ์ แม้จะมีการจดทะเบียนก็ตาม ก็อาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้ อันเป็นความเสี่ยงต่อผู้รับโอนทรัพย์สินในการที่จะถูกเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงเรียกเอาทรัพย์สินกลับคืนและผลกระทบการจากถูกเพิกถอนดังกล่าว ส่งผลให้คู่กรณีต้องสูญเสียสิทธิของตนโดยที่ไม่มีบทกฎหมายคุ้มครองอย่างแท้จริง</p>

ผลทางกฎหมายก่อนการแก้ไขกฎหมาย

ผลดี	ผลเสีย
<p>4. เพื่อความสะดวกแก่รัฐ ที่จะเข้าทำการตรวจสอบความถูกต้องและอาจให้ความเป็นธรรมแก่ฝ่ายที่เสียเปรียบได้ระดับหนึ่ง เนื่องจากการจดทะเบียนจะผ่านการตรวจสอบและรับรองจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ</p>	<p>4. ในทางปฏิบัติ ประเทศไทยไม่มีเจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลในการตรวจสอบสัญญาที่แท้จริง เจ้าพนักงานที่ดินเป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่สำหรับการรับรู้การซื้อขายเท่านั้น ไม่ได้มีส่วนในการตรวจสอบหรือดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแต่อย่างใด อำนาจในการซื้อขายย่อมตกแก่เจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น การผลักรงให้เจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้รับผิดชอบทั้งขั้นตอนการทำสัญญาและการจดทะเบียน ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงสูงต่อการก่อให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยผิดพลาดได้</p>

ผลทางกฎหมายภายหลังแก้ไขกฎหมาย

ผลดี	ผลเสีย
<p>1. แบบของสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ เป็นเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญา เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพราะอาจทำเป็นเอกสารที่มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงโดยให้เจ้าพนักงานโนตารีเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงในการทำสัญญา ส่วนเจ้าพนักงานที่ดินเป็นผู้ดูแลเกี่ยวกับความถูกต้องของระบบทะเบียนที่ดิน ซึ่งเป็น การแบ่งแยกหน้าที่ความรับผิดชอบกันอย่างชัดเจน</p>	<p>1. ปัจจุบันยังไม่มีระบบโนตารีในประเทศไทย ดังนั้นผลเสียของการไม่มีผู้ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของสัญญา ทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้ซื้อว่า ตนจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ โอนที่แท้จริงหรือไม่ และผู้ขายก็อาจเกิดความเสี่ยงต่อการรับชำระเงินหรือการปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งล้วนแต่นำไปสู่การเกิดข้อพิพาทในชั้นศาล ดังนั้นจึงควรสร้างระบบโนตารี ขึ้นมาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา อันถือเป็นการสร้างมาตรการเชิงป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม การสร้างระบบโนตารีนั้นอาจจะต้องใช้ ระยะเวลาและไม่ง่ายต่อการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมาย ทั้งอาจจะก่อให้เกิด ค่าใช้จ่ายและขั้นตอนการดำเนินการที่ยุงยากในทางปฏิบัติด้วย</p>

ผลทางกฎหมายภายหลังแก้ไขกฎหมาย

ผลดี	ผลเสีย
<p>2. การสร้างระบบแบบแห่งนิติกรรมให้เป็นเรื่องของความสมบูรณ์ในทางหนี้ โดยต้องทำเป็นหนังสือต่อหน้าเจ้าพนักงานโนตารี ย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาอย่างถูกต้องและแท้จริง ส่วนการจดทะเบียนสิทธิเป็นเรื่องของการโฆษณาสิทธิต่อบุคคลภายนอก ดังนี้ หากมีการผิดสัญญาซื้อขายก็สามารถเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายฐาน ผิดสัญญาได้ ไม่ตกเป็นโมฆะเหมือนในปัจจุบัน</p>	<p>2. ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการปฏิบัติ เนื่องจากจะต้องทำสัญญาต่อหน้าโนตารีก่อนครั้งหนึ่ง แล้วจึงต้องไปจดทะเบียนสิทธิต่อหน้าเจ้าพนักงานที่ดิน เนื่องจากประเทศไทยคนยังขาดความรู้ความเข้าใจในระบบคนกลางในการเข้ามาช่วยดำเนินการตรวจสอบสัญญา เอกสาร และรับชำระเงิน แต่หากไม่มีการพัฒนาระบบกฎหมายโดยการนำระบบคนกลางเข้ามาช่วยตรวจสอบและจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ก็ย่อมเกิดปัญหาความเสี่ยงต่อผู้รับโอน จากการทำสัญญาที่บกพร่องได้ ซึ่งมาตรการปัจจุบันเป็นเชิงเยียวยาแก้ไขจากการฟ้องร้องต่อศาล การเรียกร้องค่าเสียหายมากกว่าจะเป็นมาตรการเชิงป้องกันแก้ไขโดยการสร้างระบบคนกลางทำนองเดียวกับเจ้าพนักงานโนตารีในการตรวจสอบ</p>
<p>3. เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี ในกรณีที่มีการทำหนังสือต่อหน้าโนตารี แต่ยังไม่จดทะเบียน สิทธิ ซึ่งหากมีการขายทรัพย์สินต่อไป ก็อาจจะทำให้ผู้ซื้อคนแรกไม่ได้รับความคุ้มครอง จึงเสนอมาตรการจดทะเบียนได้อยู่ก่อน โดยถือว่าผู้ซื้อคนแรกอยู่ในฐานะผู้จดทะเบียนสิทธิได้อยู่ก่อนตามมาตรา 1300 ซึ่งการจดทะเบียนนี้เป็นการประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบและสามารถตรวจสอบการผูกพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกทางหนึ่งด้วย</p>	
<p>4. เพื่อให้ระบบกฎหมายมีการบังคับใช้ให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แม้ทางปฏิบัติอาจใช้ระยะเวลาในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบก็ตาม แต่ย่อมส่งผลดีในระยะยาว เพราะถือเป็นการสร้างและพัฒนาระบบกฎหมายให้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีและบุคคลภายนอกได้มากขึ้นด้วย</p>	

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรมที่ดิน. 100 ปี กรมที่ดิน. กรุงเทพฯ; กรมที่ดิน, 2543.

กฤตยชญ์ ศิริเขต. การโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ และคณะ. แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพ “โนตารีพับลิก” ในประเทศไทย.
กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ และคณะ. เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง วิชาชีพโนตารีพับลิกในระบบ
กฎหมายต่างๆ. โครงการวิจัยเรื่องแนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพโนตารีพับลิกใน
ประเทศไทย, 2547.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดย
สุจริตเปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษและไทย. กรุงเทพมหานคร : สถาบัน
กฎหมายเปรียบเทียบและนโยบายสาธารณะ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2543.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางทรัพย์สิน. วารสารนิติศาสตร์ 19,2 (มิถุนายน
2532) : 78-102.

โกศล ไสภาคย์วิจิตร. การเปรียบเทียบกฎหมายโรมันและอังกฤษว่าด้วยลักษณะซื้อขาย. วารสาร
กฎหมาย 14,1 (มกราคม-เมษายน 2521) : 52-138.

ไกรสร บารมีอวยชัย. แบบแห่งนิติกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิต
วิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

จรัญ ภัคดีธนากุล. ขอคิดอีกครั้งในบางประเด็นของผู้ได้สิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดย
ไม่บริบูรณ์. รพี 41 คณะกรรมการเนติบัณฑิตสมัยที่ 50,2541 : 75-80.

จำปี ไสตติพันธ์. กฎหมายนิติกรรมโรมัน เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายโรมันเบื้องต้น
ชุดที่ 2 ประจำภาคฤดูร้อน /2547.

จิตติ ดิงศภัทย์. การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์. วารสารนิติศาสตร์ 11, 1 (มีนาคม 2531) :1-36.

จิตติ ดิงศภัทย์. ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน (ตอน 1) บทบัณฑิตย 39, 3 (กันยายน 2535) :253-271.

จิตติ ดิงศภัทย์. ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน (ตอน 2) บทบัณฑิตย 40, 4 (ธันวาคม 2535): 401-419.

จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยนายจิตติ ดิงศภัทย์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2528.

จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ศ. จิตติ ดิงศภัทย์และ ผศ. สุธีร์ ศุภนิตย์. ความรู้เบื้องต้นแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 3. โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

จุฬารักษ์ สวัสดิ์ดิยากร. แนวทางการจัดตั้งระบบงานในตาริปป์ลิคในประเทศไทย วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

จุฬารักษ์ จุลละบุษปะ. แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเกี่ยวกับการเกษตร. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชุมนุมสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย, 2528.

ชาญชัย แสงศักดิ์. อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพฯ (ปรับปรุงและแก้ไข). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ทวี กสิยพงศ์. แบบและหลักฐานในการซื้อขาย. บทบัณฑิตย 28, 3 (2514) : 648-661.

ธวัชชัย บุญแก้ววรรณ. การเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ ฉบับบัณฑิตศึกษา (มิถุนายน 2550) : 134-150.

นิติ ผดุงชัย. การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.

บรรณานิการ. ชื่อและความหมายของนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ประกอบ. บทบัณฑิตย 14, 1 (มีนาคม 2485) : 124-129.

บัญญัติ สุชีวะ ปรับปรุงโดยนายไพโรจน์ วายูภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายลักษณะทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2551.

บัญญัติ สุชีวะ. การโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย. วารสารกฎหมาย 2, 2 (พฤษภาคม 2519) : 58-74.

ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546.

ประชุม โฉมฉาย. วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารเปรียบเทียบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ประดิษฐพิจารณการ, หลวง. คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา. พระนคร: โรงพิมพ์กองละหุโทษ ,2454.

ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร บุญญพันธ์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 14 (แก้ไขและเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2549.

ประมุข สุวรรณศรี แก้วไข่มุกเพิ่มเติมโดยพัฒน เนียมบุญชูและบุญทรง พุกษาพงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550.

ประเสริฐ สุขมาตรา. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2489 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2899.

ปັນโน สุขทรศนีย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

ปรีดี เกษมทรัพย์. สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน. ดูเฉพาะ 15,1 มกราคม – กุมภาพันธ์ 2511) : 53-59.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของสัญญา. บทบัญญัติ 27,2 (พฤษภาคม 2513) : 441-467.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด. ดูเฉพาะ 13, 2 (กุมภาพันธ์ 2509) : 2-8.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์ในอนาคต หรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ : วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้ ดูเฉพาะ 48, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2544) : 15-38.

ภาสกร ชุมหอรุ. คำอธิบายประมวลที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536.

ภูธร ภูมะธน และสมชาย หลังหมอยา. การจัดระเบียบการออกโฉนดที่ดินแบบใหม่ ตามประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.120 (2544) และแก้ไขเพิ่มเติมเป็นพระราชบัญญัติที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451). สะพานรวมบทความทางประวัติศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 1). แผนกประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,พ.ศ. 2520 : 197-213.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. กรุงเทพฯ:
โรงพิมพ์เว็อนแก้วการพิมพ์, 2529.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน หน่วยที่ 1-8,
พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2525.

มานราชเสวี (ปลอดวิเชียร), พระยา. อุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ
1-2 ฉบับกร่างกฎหมาย เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยานวมานราชเสวี.
กรุงเทพมหานคร:มปท.,มปป.

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 5
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2526.

ร. แลงการ์ด. คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2483 กฎหมายที่ดิน. พระนคร :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2491.

รวมเรื่องร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. เล่ม 78 ในห้องสมุดสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา (เอกสารเย็บเล่ม)

รองพล เจริญพันธุ์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520

เรืองวลี ทองน่ม. สัญญาเบื้องต้น : ศึกษากรณีสัญญาจะซื้อจะขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

วสันต์ กิจบำรุง. การปรับปรุงระบบทะเบียนที่ดินและการให้บริการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิ
และนิติกรรม. กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., ม.ป.ป.

วสันต์ กิจบำรุง. ระบบทะเบียนที่ดิน. วารสารที่ดิน 31,2 (มีนาคม-เมษายน 2528) : 2-48.

วัฒน์ โนนคู่เขตโขง. ระบบทอร์เรนส์. วารสารที่ดิน 23, 2 (มีนาคม - เมษายน 2520) : 11-17.

วัลลภ นาคบัว. ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

วิรัช ไตรพิทยากุล. บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2545.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 4 มาตรา 1298-1434. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2545.

วิชณุ เครื่องงาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549.

วิชณุ เครื่องงาม. การจดทะเบียนสัญญาซื้อขายทรัพย์สินบางชนิดพิจารณาในทางกฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และประวัติศาสตร์กฎหมาย. วารสารกฎหมาย 13,2 (มีนาคม 2533) : 32-49.

วิชณุ วรรณัญญ (ผู้แปล). การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม. ห้องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

วีระพงษ์ ไพศาลธนวัฒน์. สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

วีระศักดิ์ วิไลสรการ. ปัญหากฎหมายในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์. คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนของพ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 13 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

ศันนัทกรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 4.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ศันนัทกรรณ์ โสติพันธ์. หลักความสำคัญผิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

ศักดิ์ ไทยวัฒน์. บทความกฎหมายที่ดินเกี่ยวกับการปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ พ.พิทยาคาร, 2526.

ศักดิ์ ไทยวัฒน์. การจัดการระบบการถือที่ดิน. ตุลพาห 11,6 (มิถุนายน 2507) : 6-20.

ศิริ เกวลินสฤษดิ์. คำอธิบายประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96. ห่องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มปป. มปป.

ศิริ เกวลินสฤษดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน พร้อมมกฎกระทรวงฯ และระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 2 (แก้ไขและเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: บพิธิการพิมพ์, 2532.

สนธิชัย จันท์พานิช. ปัญหาการบังคับใช้ป.พ.พ. มาตรา 1299 กับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2542.

สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. วิชาชีพพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) ในประเทศฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 19,4 (ธันวาคม 2532) : 93-110.

สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. ระบบโนแตร์ (Notaire) ในกฎหมายฝรั่งเศส. เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องวิชาชีพโนตารีพับลิก ในระบบกฎหมายต่างๆ โครงการวิจัยเรื่องแนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพโนตารีในประเทศไทย (ห่องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2547.

สมนึก พานิช. สัญญาจะซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

สมรักษ์ ไตรรักษา. กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.

สราภรณ์ สุวรรณศรี. ที่ดินมือเปล่า ซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์. รพี 46, คณะกรรมการเนติ
บัณฑิต สมัยที่ 55, 2546 : 80-89.

สราวุธ ไกรลาศศิริ. สิทธิครอบครองที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวล
กฎหมายที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

สัญญา ศรีสักดา. คนกลางในการซื้อขายที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527.

สุนีย์ มัลลิกะมาลย์และคนอื่นๆ. วิวัฒนาการกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี ภาคสารบัญญัติ :
รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้ไขปรับปรุงโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

สุพรรณิการ์ ปุณโณทก. การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยพินัยกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

สุภา สง่าไพบุลย์. ระบบทะเบียนที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกา. วารสารที่ดิน 48,6 (2545) :29-40.

เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน.
กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551.

เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1-2
พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช,
2527.

โสภณ รัตนกร. ทรัพย์สิน-บุคคลสิทธิ. วารสารนิติศาสตร์ 16,3 (กันยายน 2529) : 5-13.

หยุด แสงอุทัย. ปัญหาการแยกสัญญาทางหนี้ และสัญญาทางทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายเยอรมัน.

วารสารนิติศาสตร์ 15,3 (กันยายน 2528) : 169-180.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่อง รายงานการประชุม

กรรมการร่างกฎหมาย ลงวันที่ 20 พฤษภาคม พุทธศักราช 2470. ม-สคก 3/8

(ไมโครฟิล์ม) กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2470.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่อง ร่างประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4. สคก. 1/74 (ไมโครฟิล์ม) กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2474.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่อง ร่างประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4. สคก. 1/78 (ไมโครฟิล์ม) กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2474.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่อง ร่างประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4. สคก. 1/80 (ไมโครฟิล์ม) กรุงเทพฯ : หอจดหมายเหตุ, 2474.

อมรา สาขากร. การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

อัศวราท จุฬารัตน์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.

พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

อุกฤษ มงคลนาวิน. กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วยซื้อขาย. บทบัณฑิตย 28, 4 (2514) : 816-837.

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาษาอังกฤษ

Amos, Maurice Shenldon, Walton, Frederick Parker., Lawson, Frederick Henry. Amos and Walton's Introduction to French Law. 3 rd. edition. Oxford : Clarendon Press, 1967.

Borkowski Andrew. Textbook on Roman Law. 3rd edition. Oxford : Oxford University Press, 1994.

Christian Dadomo and Susan Farran. French Substantive law : Key elements. Sweet & Maxwell, 1997.

Cohn, E.J. Manual of German Law Vol.1. London : The Eastern Press Ltd of London and Reading, 1986.

Dyson, Henry. French Property and Inheritance Law ; principles and practice, Oxford : Oxford University Press, 2003.

Ernest Joseph Schuster. The principles of German Civil Law. Oxford : The Clarendon Press, 1907.

John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker; with contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland and Sylvia Hargreaves. Principles of French Law. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Markesinis, Basil.S ,Unberath Hannes and Johnston Angus. The German Law of Contract : A Comparative Treatise 2nd. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2006.

Nicholas Barry. An Introduction to Roman Law. Oxford : Clarendon Press, 1992.

Nicholas Barry. The French Law of Contract. 2nd edition. Oxford : Clarendon Press, 1992.

Nigel G. Foster, Satish sule. German legal system & Law. Oxford : Oxford University Press, 2002.

Norbert Horn,Hein Kotz And Hans G.Leaser. German private and Commercial Law : an Introduction. Oxford: Clarendon Press 1982.

Planiol M. Treatise on the Civil Law. Louisiana State Law Institute, 1939.

Real Property Law and Procedure in the European Union National Report Germany.

[Online]. Available From:

<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/Real%20Property%20Law%20Project/Germany.PDF> [2008, Aug 31]

Reimann ,Mathias and Zekoll, Joachim. Introduction to German Law 2nd. The Hague, The Netherland: Kluwer Law International, 2005.

Ryan, K.W. An Introduction to the Civil Law. London : Sweet & Maxwell, 1982.

Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation. [Online].

Available From:

http://www.unece.org/hlm/wpla/publications/wpla_inv2_p1.pdf [2008, Aug 31]

Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin. Introduction to German Law. The Hague, Netherland : Kluwer Law International, 1996.

Zimmerman , Reinhard. The law of Obligation Roman Foundation of The Civilian Tradition. Cape Town : Juta&Co.Ltd., 1992.

Zweingert, Konrad and Kotz ,Hein. An Introduction to Comparative Law. Oxford : Clarendon Press, 1998.



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก

THE FRENCH CIVIL CODE

Translated by Georges ROUHETTE

CHAPTER II - OF THE ESSENTIAL REQUISITES
FOR THE VALIDITY OF AGREEMENTS

Article 1108 Four requisites are essential for the validity of an agreement:

The consent of the party who binds himself;

His capacity to contract;

A definite object which forms the subject-matter of the undertaking;

A lawful *cause* in the obligation.

CHAPTER III - OF THE EFFECT OF OBLIGATIONS

Section II – Of the Obligation to Transfer

Article 1138

An obligation of delivering a thing is complete by the sole consent of the contracting parties.

It makes the creditor the owner and places the thing at his risks from the time when it should have been delivered, although the handing over has not been made, unless the debtor has been given notice to deliver; in which case, the thing remains at the risk of the latter.

CHAPTER VI - OF THE PROOF OF OBLIGATIONS AND OF PAYMENT

Section 2 - Of Authentic Instruments

Article 1317

An authentic instrument is one which has been received by public officers empowered to draw up such instruments at the place where the instrument was written and with the requisite formalities.

It may be drawn up on an electronic medium where it is established and stored in conditions fixed by decree in Conseil d'État .

Article 1318

An instrument which is not authentic because of the lack of power or incapacity of the officer, or of a defect in form, has the value of a private instrument, if it was signed by the parties.

Section II - Of Oral Evidence**Article 1341**

An instrument before *notaires* or under private signature must be executed in all matters exceeding a sum or value fixed by decree¹, even for voluntary deposits, and no proof by witness is allowed against or beyond the contents of instruments, or as to what is alleged to have been said before, at the time of, or after the instruments, although it is a question of a lesser sum or value.

All of which without prejudice to what is prescribed in the statutes relating to commerce.

¹ *D. n° 80-533 of 15 July 1980 : 5 000 F (800 €)*

TITLE VI OF SALES**CHAPTER I - OF THE NATURE AND FORM OF SALES****Article 1582**

A sale is an agreement by which one person binds himself to deliver a thing, and another to pay for it.

It may be made by an authentic instrument or by an instrument under private signature.

Article 1583

It is complete between the parties, and ownership is acquired as of right by the buyer with respect to the seller, as soon as the thing and the price have been agreed upon, although the thing has not yet been delivered or the price paid.

CHAPTER III - OF THINGS WHICH MAY BE SOLD**Article 1599**

The sale of a thing belonging to another is void: it may give rise to damages where the buyer did not know that the thing belonged to another.

ภาคผนวก ข

THE GERMAN CIVIL CODE 2002

Translated by juris GmbH – www.juris.de

Book 1 - General Part

Title 2 - Declaration of intent

Section 125 (Voidness due to a defect of form)

A legal transaction lacking the form prescribed by law is void. Lack of the form required by legal transaction also results, in case of doubt, in voidness.

Section 126 (Written form)

(1) If the written form is prescribed by law, the document must be signed by the issuer with his name in his own hand, or by his notarially certified mark.

(2) In the case of a contract, the signatures of the parties must be made on the same document. If several counterparts of the contract are drawn up, it suffices if each party signs the document intended for the other party.

(3) The written form may be replaced by the electronic form, unless otherwise provided by statute.

(4) Notarial recording replaces the written form.

Section 128 (Notarial recording)

If the notarial recording of a contract is prescribed by law, it suffices if first the offer and later the acceptance of the offer is recorded by a notary.

Section 129 (Official certification)

(1) If the official certification of a declaration is prescribed by law, the declaration must be drawn up in writing and the signature of the declarant be certified by a notary. If the declaration is signed by the issuer making his mark, the certification of the mark provided for in section 126 (1) is necessary and sufficient.

(2) The notarial recording of the declaration replaces the official certification.

Book 2 - Law of Obligations

Division 1 - Subject matter of obligations

Section 242 (Performance in good faith)

The obligor must perform in a manner consistent with good faith taking into account common usage.

Division 3 - Contractual obligations

Title 1- Creation, subject matter and cessation

Section 311b (Contracts relating to plots of land, assets and estates)

(1) A contract whereby the one party obliges himself to transfer or acquire ownership of a plot of land must be authenticated by a notary. A contract not concluded in that form becomes valid in its entirety, if declaration of conveyance and registration in the land register are made.

(2) A contract whereby one party binds himself to transfer his entire future assets or a fractional part of his future assets or to charge them with a usufruct is void.

(3) A contract whereby one party binds himself to transfer his entire present assets or a fractional part of his present assets or to charge them with a usufruct must be authenticated by a notary.

Division 8 - Particular types of obligations

Title 1 - Purchase, exchange

Section 433 (Contractually typical obligations in a purchase agreement)

(1) By means of the purchase agreement the seller of a thing is bound to deliver the thing to the buyer and to convey title to the thing to the buyer. The seller must convey the thing to the buyer free from defects of quality and title.

(2) The buyer is bound to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased.

Book 3 - Law of Property**Division 2 - General provisions on rights in land****Section 873 (Acquisition by agreement and registration)**

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other party on the occurrence of the change in title and the registration of the change in title in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other party an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Act.

Section 874 (Reference to approval of registration)

On the registration of a right, which encumbers a plot of land, reference may be made, for a more detailed description of the content of the right, to the approval of registration, to the extent that the law does not provide otherwise.

Section 883 (Requirements and effect of priority notice)

(1) To secure a claim to the grant or cancellation of a right in a plot of land or in a right encumbering the plot of land or to the alteration of the content or the priority of such a right, a priority notice may be entered in the Land Register. The registration of a priority notice is also admissible to secure a future or a conditional claim.

(2) A disposition that is made, after the registration of the priority notice, of the plot of land or of the right, is ineffective to the extent that it would defeat or adversely affect the claim. This also applies if the disposition is made by way of compulsory execution or enforcement of an attachment order or by the insolvency administrator.

(3) The priority of the right to the grant of which the claim relates is determined according to the registration of the priority notice.

Section 891 (Statutory presumption)

(1) If a right has been entered in the Land Register for a person, it is presumed that the person is entitled to this right.

(2) If a right entered in the Land Register is deleted, it is presumed that the right does not exist.

Section 892 (Presumption of accuracy of the Land Register)

(1) In favour of the person who acquires a right in a plot of land or a right in such a right by legal transaction, the contents of the Land Register are presumed to be correct, unless an objection to the accuracy is registered or the inaccuracy is known to the acquirer. If the person entitled is restricted in favour of a particular person in his disposition of a right entered in the Land Register, the restriction is effective as against the acquirer only if it is apparent from the Land Register or known to the acquirer.

(2) If registration is necessary for the acquisition of the right, the knowledge of the acquirer at the date when the application for registration is made or, if the agreement required under section 873 is reached only later, the date of agreement is conclusive.

Section 894 (Correction of the Land Register)

If the contents of the Land Register are not consistent with the actual legal position with regard to a right in the plot of land, a right in such a right or a restriction of disposition of the kind set out in section 892 (1), the person whose right is not registered or not correctly registered or is disadvantaged by the registration of an encumbrance or restriction that does not exist may require approval of the correction of the Land Register from the person whose right is affected by the correction.

Section 899 (Registration of an objection)

(1) In the cases in section 894, an objection challenging the accuracy of the Land Register may be registered.

(2) The registration is made on the basis of an interim injunction or on the basis of consent from the person whose right is affected by the correction of the Land Register. For the issuing of the interim injunction it is not necessary for prima facie evidence to be presented of an endangerment of the right of the person objecting

Division 3 - Ownership

Title 2 - Acquisition and loss of ownership of plots of land

Section 925 (Declaration of conveyance)

(1) The agreement between the alienor and the acquirer (declaration of conveyance) necessary for the transfer of ownership of a plot of land under section 873 must be declared in the presence of both parties before a competent agency. Any notary is competent to receive the declaration of conveyance, notwithstanding the competence of other agencies. A declaration of conveyance may also be made in an in-court settlement or in an insolvency plan that has been finally and non-appealably confirmed.

(2) A declaration of conveyance that is made subject to a condition or a stipulation as to time is ineffective.

Title 3 -Acquisition and loss of ownership of movable things

Subtitle 1 – Transfer

Section 929 (Agreement and delivery)

For the transfer of ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of ownership suffices.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสุดารัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล เกิดเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม พ.ศ. 2523 สำเร็จการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและมัธยมปลายจากโรงเรียนสตรีศรีสุริโยทัย จบการศึกษาในระดับปริญญาบัณฑิตจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อปี พ.ศ. 2544 และได้รับประกาศนียบัตรเนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 57 เมื่อปี พ.ศ. 2548 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2548 ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งนิติกร 6ว. สำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ กรมสรรพากร



ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย