

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่เกี่ยวข้องกับการได้กรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรม มีรายละเอียดอยู่ในเรื่อง นิติกรรม, สัญญา, ซื้อขาย, แลกเปลี่ยน, ให้ และทรัพย์สิน บทบัญญัติที่สำคัญที่จะนำมากล่าวในที่นี้ เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการได้กรรมสิทธิ์เท่านั้น

มาตรา 112 อันว่านิติกรรมนั้นได้แก่การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

มาตรา 453 อันว่าซื้อขายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย

มาตรา 456 การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ใช้ ทานว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

อนึ่งสัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใด ๆ ด้งว่ามานี้ก็ดี ถ้ามีนในการซื้อขายทรัพย์สิน เช่นว่านนี้ก็ดี ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบสำคัญ หรือใควางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว ทานว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ทานให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาหารอยบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย

มาตรา 458 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่เมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน

มาตรา 459 ถ้าสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขบังคับไว้ ทานว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการจะใดเป็นไปตามเงื่อนไข หรือถึงกำหนดเงื่อนไขเวลานั้น

มาตรา 460 ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดตกลงไว้แน่นอนนั้น ทานว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะใดหมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อ

ใบง้าวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว

ในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังจะตองนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านวางกรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นใดทำแล้ว

มาตรา 518 อันว่าแลกเปลี่ยนนั้น คือ สัญญาซึ่งคู่กรณีต่างโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่กันและกัน

มาตรา 521 อันว่าให้ั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนาหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น

มาตรา 1299 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการไต่มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่น เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะใดทำเป็นหนังสือและโจทกะเป็นการไต่มาที่พนักงานเจ้าหน้าที่ (...)

### กฎหมายโรมัน

ตามหลักกฎหมายโรมันโบราณ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีพิธีการพิเศษซึ่งมีผลทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปโดยสมบูรณ์เป็นอิสระจากสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ทำไว้ กระบวนการดังกล่าวแบ่งออกเป็น

1. Mancipatio
2. In jure cessio (L'abandon devant le magistrat)
3. Traditio

กระบวนการสองวิธีแรกมีความสมบูรณ์ในตัวที่ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปโดยไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุที่ประสงค์ (Causa) ที่แท้จริงของคู่สัญญาในการทำสัญญา ซึ่งตามกฎหมายปัจจุบันถือว่าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญามีความสำคัญมากต่อการทำสัญญา ส่วนกระบวนการสุดท้ายใดแก่การ " โอนการครอบครองให้ผู้รับโอน "

กระบวนการสองวิธีแรกมีความยุ่งยาก และในทางปฏิบัติต่อ ๆ มาเป็นเรื่องที่ถือว่าล้าสมัย จึงยังนิยมวิธีการสุดท้าย แต่เพียงวิธีเดียว คือ " Traditio " แต่ในที่สุดก็ค่อย ๆ มีแนวโน้มมาทางทฤษฎี Transfert consensuel ดังที่กฎหมายฝรั่งเศสยึดถืออยู่ในปัจจุบัน เพราะวิธีการ Traditio ต้องประกอบไปด้วยกระบวนการสองครั้ง คือ ประการแรกต้องมีการทำสัญญาและต้องตามด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งไม่เกี่ยวกับการทำสัญญา ซึ่งทำให้ยุ่งยาก แมว่าในส่วนที่เป็นประโยชน์จะมีอยู่บ้าง คือ การโอนกรรมสิทธิ์เป็นกระบวนการที่มีพิธีการทำให้การโอนกรรมสิทธิ์นั้นเป็นที่รู้กันทั่วไป ไม่เฉพาะแต่เพียง

คู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังคงรวมไปถึงบุคคลภายนอกด้วย<sup>1</sup>

วิธีการ Mancipatio, in jure cessio โดยยกเลิกไปแล้วในสมัย Justinian (...) in jure cessio ในทางปฏิบัติเป็นการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจถูกยกเลิก วัตถุประสงค์เดิมนี้ ก่อนสมัย Justinian ก็คือ Mancipatio ถูกยกเลิกใช้กับกฎหมาย ทรัพย์สินในขณะ Justinian ยกเลิกข้อยกเว้นระหว่าง Res Mancipi กับ Res nec Mancipi แต่สิ่งนั้นบางที่ไม่มีอะไรมากไปกว่าการยอมรับในทางปฏิบัติ แมว่ากฎหมายใน สมัยโบราณเป็นเรื่องการคาดการณ์ล่วงหน้า ซึ่งเป็นเรื่องวิธีใช้มาตรการ และเหตุการณ์ที่ ห่างไกลกันมาก ปรากฏว่ามีหลักฐานมากมายว่าในสมัยนี้ผู้รับหรือผู้ซื้อทรัพย์สิน Res Mancipi ได้รับโดยวิธี Mancipatio.

วิธีการโอนที่ยังคงเหลืออยู่ในสมัย Justinian คือ Traditio ซึ่งเป็นการ โอนอย่างง่าย ๆ อาศัยหลัก Justa cause (just title) เป็นมูลฐานในการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ เพราะว่าการส่งมอบนั้นเป็นการกระทำที่ไม่คอยมีความหมายว่า เจตนากระทำอะไร การกระทำจะมีความหมายนั้นเนื่องจากพฤติการณ์ที่ใดกระทำ ถ้าบุคคลใดมอบ แหวนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเพื่อเป็นการซื้อขายกัน ดังนี้เป็นการมอบกรรมสิทธิ์ ถ้าบุคคลใด มอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเพื่อประกันหนี้ (Pignus) กรณีนี้เป็นการมอบการครอบ ครอง และในกรณีที่มอบทรัพย์สินเพื่อการเช่า ก็เพียงมอบให้เพื่อการทำประโยชน์จากทรัพย์สิน นั้น ผลของ Traditio ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ (Cause) วัตถุประสงค์ในที่นี้หมายถึง วัตถุประสงค์ที่จะให้บรรลุผลด้วยวิธีการ Traditio ในกรณีที่ขายแหวนวัตถุประสงค์ของ Traditio ก็ให้บรรลุผลเป็นการซื้อขายกัน วัตถุประสงค์อื่น ๆ เพื่อการให้กรรมสิทธิ์ เปลี่ยนมือไปก็คือการจ่ายราคาตามหนี้ที่ผูกพันกันอยู่, การกระทำที่เรียกว่า Mutuum คือ การกระทำที่ไม่ขัดแย้ง (เช่นให้ยืมเงินที่ไม่หวังจะได้รับการชดเชยคืน), การกระทำให้เกิด ผลเป็นการให้ เป็นต้น (...) ไม่เป็นการเพียงพอที่ผู้รับได้มีเจตนาว่าร่วมกันที่จะให้กรรม สิทธิ์เปลี่ยนมือไป แต่จะต้องมีความต้องการในส่วนลึกในใจตรงกันในวัตถุประสงค์ให้เกิด ผลเช่นนั้น ตัวอย่างเช่น บุคคลใดใดส่งมอบเงินจำนวนหนึ่งด้วยเจตนาว่าร่วมกันจะให้ เป็น การยืม และผู้รับรับไปด้วยความเชื่อว่าเป็นการให้ ทั้งสองคนนี้ความจริงมีความต้องการที่ จะให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไป แต่ทั้งสองคนนี้มีใจไม่ซื่อสัตย์กันไว้ เช่นนั้น ดังนี้ Traditio จะมีผลแต่เพียงการโอนการครอบครองเท่านั้น ดังกล่าวนี้อาจเห็นว่ามันเปลี่ยนแปลงไปได้ และเป็นการพอผัน ฉะนั้น หลักกฎหมายสมัยนี้จึงจะทำให้มีปัญหาโต้เถียงกันอีกมาก ดังนั้น พอถึงสมัย Justinian ย่อมจะต้องไม่เป็นดังนั้น, หลักเกณฑ์ตอนหลังนี้จึงตรงข้ามกัน เพียงแต่มีเจตนาว่าร่วมกันในการที่จะให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือเป็นการเพียงพอแล้ว วัตถุประสงค์เป็นแต่เพียงวิธีหนึ่งที่จะอาจจะมีเจตนา นั้น จึงมีผู้วิจารณ์ว่า Traditio เป็นหลักเกณฑ์ ที่ไม่แน่นอน เพราะองค์ประกอบของ Traditio ไม่เพียงแต่วัตถุประสงค์ที่ปรากฏออก

<sup>1</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน "คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส" (กรุงเทพมหานคร (ม.ป.ท.) 2520 หน้า 9.

มาจากนอกเท่านั้น ยังต้องประกอบด้วย การส่งมอบด้วยเจตนาที่จะให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือ  
 ด้วย Mancipatio และ In jure cessio ก็เป็นการเพี้ยนเช่นเดียวกัน หลักของ  
 Traditio เป็นหลักกฎหมายในปัจจุบันที่ถือว่า การโอนกับสัญญาเป็นอันละอ้งกัน (...)

### กฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษ แบ่งการโอนเป็นสองชนิด คือ " Voluntary transfer "   
 เป็นการโอนกรรมสิทธิ์โดยความยินยอมของเจ้าของเดิม ซึ่งเป็นการโอนตามความหมาย  
 ในเรื่องการได้กรรมสิทธิ์โดยนิติกรรมนี้ การโอนอีกชนิดหนึ่งคือการโอน " Involuntary  
 transfer " เป็นการโอนโดยเจ้าของเดิมไม่สมัครใจ ซึ่งจะไม่กล่าวในที่นี้

สิ่งที่มีทรัพย์ ( Choses in possession ) สามารถจะโอนกันได้โดยวิธีการ  
 ดังนี้

1. ส่งมอบการครอบครองด้วยเจตนาโอนกรรมสิทธิ์
2. โดยกรรมธรรม์ ( Deed )
3. การซื้อขาย
4. การแลกเปลี่ยน ซึ่งเป็นการใช้หลักของการซื้อขาย ได้แก่คดี CF.Cochrane  
 V.Moor (1890) และคดี Australian Insurance Co. V.Fandall (1869)

ทรัพย์บางชนิดที่จะต้องทำการโอนกันด้วยวิธีพิเศษ

1. เรือสินค้าจะโอนกันได้โดยวิธีการสลักหลังเอกสารและส่งมอบเอกสารต่อกัน
2. British ship และหุ้นส่วนเกี่ยวกับทรัพย์ดังกล่าว รวมทั้งการจำนอง จะ  
 ต้องทำตามแบบและจดทะเบียน
3. การให้ยืมเงิน, หรือทรัพย์ที่สูญเสียง่าย กรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อมีข้อผูก  
 พันว่าจะไม่เอากลับคืน (คดี South Australian Insurance Co. V. Randell  
 (1869))<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law. (London :  
 Oxford University Press, 1962), pp.116 - 118

<sup>2</sup>R.H.Kersley, Goddeve's Modern Law of personal Property.  
 9 th ed., (London : Sweet & Maxwell Lid., 1949), pp.91 - 92



อสังหาริมทรัพย์ (ที่ดิน) ฎหมายอังกฤษถือหลักสัญญาแยกกับการส่งมอบ ซึ่งการปฏิบัติการทั้งสองอย่างเกิดขึ้นในเวลาเกือบพร้อมกัน แต่สิ่งที่เห็นได้ชัดก็คือ ที่ดินไม่สามารถจะส่งมอบได้ นอกจากการโอนเท่านั้น ที่เป็นสิ่งที่ปรากฏออกมาภายนอกว่าได้มีการเปลี่ยนมือผู้ถือทรัพย์สินไป ซึ่งแยกออกได้ดังนี้

ก. การโอนที่ดินที่มีทะเบียน ฎกรณ์สามารถพิสูจน์ความมีสิทธิว่ามีสิทธิสมบูรณ์ หรือหรือไม่ จากทะเบียนซึ่งปรากฏอยู่ที่สำนักงานจดทะเบียนที่ดิน

ข. การโอนที่ดินที่ไม่ได้จดทะเบียน จะโคกลาวเป็น 5 หัวข้อด้วยกันคือ

1. เกี่ยวกับสัญญา (The contract) สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือซึ่งแตกต่างจากสัญญาอื่น ๆ ดังนี้ ประการที่ 1 สัญญาซื้อขายที่ดินจะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่ง คือ เปิดเผย (Open) หรือตามแบบ (Formal) สัญญาเปิดเผย จะต้องมีเริ่มด้วยการซื้อขาย จะเป็นภาระกระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องแสดงออกซึ่งสิทธิที่มีอยู่ ส่วนสัญญาตามแบบ (Formal) เป็นสัญญาที่จะต้องประกอบด้วยรายละเอียด (Particulars) ซึ่งเป็นการบรรยายรายละเอียดในทรัพย์สิน เงื่อนไขพิเศษ (Special condition) ซึ่งเป็นการบรรยายรายละเอียดในการซื้อขายที่มีปัญหา และเงื่อนไขทั่วไป (General condition) เป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปในการที่จะเลือกใช้แบบฟอร์มต่าง ๆ อย่างใดอย่างหนึ่ง แบบฟอร์มของ General condition ที่กำหนดโดย Law society และโดย Law society ของท้องถิ่นนั้น และบางทีก็เรียกกันทั่วไปว่า " National condition of sale " Statutory condition of sale นำมาใช้กับสัญญาโดยเปิดเผยและสัญญาตามแบบด้วย นอกจากจะตกลงเป็นอย่างอื่น ข้อสังเกตคือแม้ว่าสัญญาโดยเปิดเผยตามทฤษฎีแล้วมีความสำคัญมากกว่าแต่ในทางปฏิบัติอาจเกิดขึ้นไม่มากนัก ประการที่ 2 ตามปกติผู้ซื้อจะต้องมีการจ่ายเงินวางไวลิบเปอร์ เช่นตก่อน เพื่อว่าจะได้เขาทำสัญญากันจนสำเร็จเป็นการซื้อขาย ประการที่ 3 ผู้ขายจะต้องเป็น Trustee ของที่ดิน ตามที่ผู้ซื้อต้องการ เพื่อว่าจะได้ไม่ทำทรัพย์สินไปขายให้กับบุคคลที่สาม ประการที่ 4 หากมีการเสี่ยงอันเกิดจากไฟไหม้ตกเป็นพิบัติแก่ผู้ซื้อ ประการที่ 5 สัญญาซื้อขายที่ดินส่วนใหญ่มีหลักเกณฑ์พิเศษไปจากสัญญาอื่น ไม่เพียงแต่ในเรื่องความเสี่ยงเท่านั้น ยังมีหลักเกณฑ์พิเศษในเรื่องอำนาจบังคับ ในคดี Bain V. Fothergill (1874) เกี่ยวด้วยเรื่องความเสี่ยง ถ้าปรากฏว่าผู้ขายไม่สามารถจะทำการขายได้ โดยเหตุมาจากข้อเสียในเรื่องสิทธิของตนเอง ผู้ซื้อนอกจากจะเรียกเงินที่วางไว้คืน (ถ้ามี) ยังเรียกค่าเสียหายใด ๆ ที่ได้จ่ายไปเพื่อจะได้เขาทำการซื้อขายนี้ หลักเกณฑ์นี้ได้ทำขึ้นเนื่องจากเป็นความยากลำบากในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินเป็นอย่างยิ่ง

2. หลักเกณฑ์ระหว่างสัญญาและการโอน ในระหว่างเวลาที่ทำสัญญาเสร็จเรียบร้อยแล้ว ถึงการโอนผู้ขายจะต้องทำให้ผู้ซื้อพอใจถึงสิทธิของผู้ขายที่มีอยู่ ขอเท็จจริงที่จะทำ

ให้รู้ว่าผู้ขายมีสิทธิ อาจเป็นเงื่อนไขในการซื้อขาย หรือถ้าเป็นสัญญาเปิดเผย ผู้ขายจะต้องสามารถพิสูจน์ที่มาแห่งสิทธิของตนได้อย่างน้อยก็มีอายุ 15 ปี ที่มีสิทธิเป็นผู้ขายได้อย่างน้อยสามารถแสดงเอกสารใดวาระขณะโอนอายุสิบห้าปี การแสดงสิทธิดังกล่าวผู้ขายจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง การแสดงวิวัฒนาการแห่งสิทธิผู้ขายนี้ใช้เวลาพอสมควร อาจแสดงด้วยเอกสารคำอธิบาย, บัญชีเอกสาร, ยอนหลังถึงวันใดมา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จะต้องส่งมอบให้ผู้ซื้อเพื่อตรวจตราที่มาของเอกสารภายในระยะเวลาตามปกติสิบสี่วัน และผู้ขายอาจให้แสดงรูปถ่ายทรัพย์สิน เพื่อให้ผู้ซื้อตกลงซื้อขายด้วย จนเป็นที่พอใจผู้ซื้อ เกี่ยวกับสิทธิของผู้ขายจนกว่าผู้ซื้อจะหายสงสัย ทั่วไปผู้ซื้ออาจไปสำรวจสิทธิยังสำนักงานจดทะเบียนที่ดินว่าได้มีการจดทะเบียนใด ๆ หรือไม่ หรือหากไม่ใดทำการสำรวจดังกล่าวอาจรับที่ดินภายใต้เงื่อนไขใด ซึ่งตามปกติขั้นตอนนี้จะดำเนินการโดยทนายความของคู่กรณี

ค. การโอน ( The conveyance ) ขั้นตอนในการโอนจะต้องมีหัวข้อสำคัญดังนี้

1. ลงวันที่โอน
2. ชื่อของคู่สัญญา
3. การบรรยายรายละเอียด ( Recital ) เช่น สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ฯลฯ
4. การแสดงหลักฐาน ( Testatum ) คือข้อความที่แสดงว่าราคาเป็นที่ตกลงยอมรับกันทั้งสองฝ่าย และโดยชำระราคาแล้ว โดยใช้ถ้อยคำว่า " Now this deed witnesseth " หรือถ้อยคำอื่นทำนองเดียวกัน

5. สถานที่ที่ผู้ขายเป็นเจ้าของที่สมบูรณ์
6. พื้นที่ดิน ( Parcels ) คำบรรยายรายละเอียดเกี่ยวกับพื้นที่ดิน
7. ผลประโยชน์อื่น ๆ นอกเหนือออกไปที่จะโอนกัน
8. ข้อตกลงต่าง ๆ ที่ทำกัน
9. พิธีกรรมที่ทำไว้เกี่ยวกับที่ดิน

ง. ความสมบูรณ์ ( Completion ) เมื่อกรณีต่าง ๆ การตรวจสอบเรียบร้อยแล้ว สิ่งที่เหลือจะเป็นการโอน คือ การลงชื่อผู้ขายและจะต้องบันทึกชื่อสำคัญดังนี้ คือ ประการแรก ไม่มีบุคคลที่สามมีสิทธิเกี่ยวข้องกับ ประการที่สอง ไม่มีการปิดการกระทำใด ๆ ประการที่สาม มีการส่งมอบเอกสารใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน

จ. ภาระของที่ดิน ( Land charge ) ผู้ซื้อจะต้องตรวจดูที่สำนักงานจดทะเบียนภาระของที่ดิน ( Land charge register ) ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าดาเป็นภาระของที่ดินที่จดทะเบียนไว้แล้ว เช่น ใ้เช่าถนนหรือทางจำเป็น ดังนั้นผู้ซื้อต้องยอมรับเอา

การให้ที่มีสองชนิด คือ การให้ขณะมีชีวิต ( Inter vivos ) และการให้ซึ่งมีเงื่อนไขรับเมื่อตาย ( Donations Mortis causa ) การให้ทรัพย์สิน ( Personal property ) จะต้องมีเจตนาของผู้ให้ว่าจะให้ ( Give ) และส่งมอบ ( Delivery )

ทรัพย์สินแก่ผู้รับ (... ) ถ้าสัญญาว่าจะให้จะบังคับกับกันได้ นอกจากจะส่งมอบแล้ว หรือถ้าผู้ให้  
ประกาศจะเป็นผู้ดูแลแทนผู้รับการโอนในท้องส่งมอบ (... )<sup>1</sup>  
หลัก Consensual ตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นหลักที่ต้องการความตกลงยินยอม  
ระหว่างคู่กรณีในกรณีที่เป็นการซื้อขาย ผู้ขายต้องตกลงที่จะให้มีการโอนไปยังทรัพย์สินและผู้  
ผู้ซื้อตกลงยอมรับเอาทรัพย์สิน (... ) สำหรับการให้ไม่จำเป็นต้องมีความยินยอมจากผู้รับ (... )<sup>1</sup>

### กฎหมายอารยเนตินา

ประมวลกฎหมายอารยเนตินาบัญญัติไว้ในหัวข้อว่า Tradition which  
transfers ownership บัญญัติไว้ 3 มาตรา คือ

มาตรา 2635 ในกรณีที่มีการโอนโดยประเพณีที่โอนการครอบครองอาจ  
เป็นเหตุให้โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินที่ส่งมอบกัน กรณีดังกล่าวจะต้องกระทำโดยเจ้า  
ของผู้สามารถโอนสิทธิได้ และบุคคลผู้รับต้องเป็นผู้สามารถจะใดทรัพย์สินได้

(Article 2635 In order that tradition whereby possession is  
transferred may cause the acquisition of the ownership of the thing  
delivered, it must be made by an owner who has the capacity to  
alienate, and the person who receives it must be capable of  
acquiring.)

มาตรา 2636 การโอนโดยประเพณีนี้ จะต้องมียุทธินี้ที่จะโอนกรรมสิทธิ์ได้  
(Article 2636 The tradition must be under a title sufficient to  
transfer ownership.)

มาตรา 2637 สิทธิที่จะสามารถโอนโดยประเพณีได้แก่บรรดาสหสิทธิ์ที่เป็น  
ของบุคคลผู้กระทำการโอนนั้น<sup>2</sup> (Article 2637 The only rights transferable  
by tradition are those which belong to the person who makes it.)

<sup>1</sup> Philip S. James, Introduction to English Law. 9<sup>th</sup> ed.,  
(London : Butterworths, 1976), pp.371 - 377, 392

<sup>2</sup> Frank L. Joannini, tr., The Argentine Civil Code. Translated  
by Frank L. Joannini. Boston : The Boston Book Co., 1917), pp.402

กฎหมายสวีต

มาตรา 657 เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน มาตรา 714 ถึง มาตรา 717 เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังนี้

มาตรา 657 สัญญาโอนกรรมสิทธิ์ของจดทะเบียนเปิดเผยการจำหน่ายเมื่อตาย ( Mortis Causa ) และสัญญาถอนสมรสจะคงทำตามแบบที่กฎหมายในเรื่องมรดกและทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยากำหนดไว้ ( Article 657 The contract for transfer of ownership requires the public authentication to be binding, The disposition mortis causa and contract of marriage require the prescribed forms of the law of inheritance and of marital property. )

มาตรา 714 การเปลี่ยนการครอบครองไปสู่เจ้าของคนใหม่ย่อมมีความจำเป็นในการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ( Article 714 Change of possession to the new owner is requisite in a transfer of ownership in movables. )

บุคคลใดโดยสุจริตยอมรับการโอนสังหาริมทรัพย์มาเป็นของตนย่อมได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แม้ว่าผู้ขายจะไม่มีสิทธิในการโอนทรัพย์สินนั้น ตามหลักกฎหมายแห่งการครอบครอง การครอบครองของเขาย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ( Whoever in good faith accepts the transfer of a movable thing to him becomes its owner, even if the vendor has no right of alienation therein, as soon as according to the rules of possession, his possession of the thing is protected. )

มาตรา 715 การสงวนไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ได้โอนไปยังเจ้าของคนใหม่ ย่อมมีผลเพียงแต่เมื่อจดทะเบียนซึ่งได้กระทำโดยพนักงานเจ้าหน้าที่และเก็บรักษาไว้ ณ สำนักงานจดทะเบียนที่เป็นภูมิลำเนาของเจ้าของนั้น ( Article 715 The reservation of ownership in a movable thing, transferred to the new owner, is effective only when it has been entered in a public register kept by the execution officials at the then residence of such owner. )

การสงวนกรรมสิทธิ์ในการซื้อขายเกี่ยวกับสัตว์พาหนะ ไม่อาจจะกระทำได้ ( In the traffic in cattle, a reservation of ownership is not allowed. )

มาตรา 716 วัตถุที่โอนโดยสงวนกรรมสิทธิ์เจ้าของเดิมจะสามารถเรียกร้องคืนด้วยสินราคาให้โดยที่สัตว์พาหนะนั้นได้ไปอยู่ในครอบครองของคนอื่นเป็นการสมควรและค่าเสียหาย



(Article 716 Objects transferred with reservation of ownership can be demanded back by the owner only upon condition that he return the payments made by his transferee, with deduction of a reasonable interest and compensation for use.)

มาตรา 717 ถ้าผลแห่งเงื่อนไขพิเศษตามกฎหมายเป็นเหตุให้ทรัพย์สินนั้นยังอยู่ในความครอบครองของผู้ขาย การโอนกรรมสิทธิ์ย่อมไม่มีผลที่จะยกขึ้นต่อผู้บุคคลที่สาม ถ้ายังมีเหตุให้เสียหายหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการค้ำประกันโดยเฉพาะ (Article 717 If in consequence of any special legal condition the thing remains with the vendor, the transfer of ownership is ineffective as against third persons, if their disadvantage or a violation of the provisions as to " fist " pledge (Faustpfand) is contemplated.)

ผู้พิพากษาจะอนริษาคได้<sup>1</sup> ( Judge acts herein according to his judgment.)

#### กฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายเยอรมันบัญญัติการโอนอสังหาริมทรัพย์ไว้ในมาตรา 925 ส่วนการโอนอสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่มาตรา 929 ถึง 936

มาตรา 925 ความตกลงของผู้ขายและผู้ซื้อที่มีความจำเป็นเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินภายใต้บทบังคับมาตรา 873 คู่กรณีจะต้องประกาศก่อนจดทะเบียน ณ สำนักจดทะเบียนที่ดิน ( The Land Registry ) ตามที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอ ( Article 925 The agreement of vendor and purchaser (transfer, Auflassung), necessary for transfer of ownership of a piece of land under @ 873 must be declared by the parties before the Registrar of the Land Registry in the presence of each other.)

การโอนที่กระทำอย่างมีเงื่อนไขหรือภายใต้ข้อกำหนดแห่งเวลาโดยอโมละ ( Such conveyance (Auflassung) made conditionally, or subject to any stipulation as to time is void.)

<sup>1</sup>Robert P. Shick, tr., The Swiss Civil Code. Translated by Robert P. Shick Boston: The Boston Book Co., 1915. pp. 115

มาตรา 929 การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ เจ้าของจะต้องส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ ความตกลงวางกรรมสิทธิ์จะคงโอนไปในกรณีที่ผู้ซื้อทรัพย์สินใด เขาครอบครองทรัพย์สินแล้ว ความตกลงโอนกรรมสิทธิ์ย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว (Article 929 For the transfer of ownership of movable thing, it is necessary that the owner delivers it to the purchaser and that both agree that the ownership be transferred, If the purchaser already possesses the thing, the agreement as to the transfer of the ownership is sufficient.)

มาตรา 930 ในกรณีที่เจ้าของได้ครอบครองทรัพย์สิน ความตกลงระหว่างเจ้าของ และผู้ซื้อเกี่ยวกับ สิทธิสัมพันธ์ซึ่งกันและกันของผู้ซื้อได้ครอบครองทรัพย์สินโดยปริยาย อาจถือว่าการส่งมอบแล้ว (Article 930 If the owner is in the possession of the thing, an agreement between him and the purchaser as to their legal relation, whereby the purchaser obtains the indirect possession, may be substituted for the delivery.)

มาตรา 931 ถ้าบุคคลที่สามเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน การส่งมอบย่อมกระทำได้โดยเจ้าของได้โอนสิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ (Article 931 If a third person is in possession of the thing, the delivery may be made good by the owner through cession of the claim for delivery to the purchaser.)

มาตรา 932 โดยการขายตามมาตรา 929 ผู้ซื้อย่อมเป็นเจ้าของแม้ว่าทรัพย์สินนั้นมิใช่ เป็นของผู้ขาย นอกจากผู้ซื้อมิได้กระทำการโดยสุจริตขณะทำการซื้อขาย ตามบทบัญญัติทาง ความผู้ซื้อย่อมได้กรรมสิทธิ์ในกรณีตามมาตรา 929 บรรด 2 ย่อมใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ผู้ซื้อ ได้การครอบครองแทนผู้ขายแล้ว (Article 932 By reason of a sale under 929, the purchaser becomes the owner, through the thing does not belong to the seller, unless he is not in good faith at the time when under these provisions he would acquire the ownership. In the case of 929, sentence 2, this is applicable only when the purchaser had obtained the possession for the seller. (Veraeusserer)

ผู้ซื้อย่อมไม่สุจริตถ้าได้รู้หรือในกรณีไม่รู้โดยปราศจากความระมัดระวังตามสมควร ว่าทรัพย์สินนั้นมิใช่เป็นของผู้ขาย (The purchaser is not in good faith, if he

knows, or, in consequence of gross carelessness does not know, that the thing does not belong to the seller.)

มาตรา ๑๓๓ ถ้าทรัพย์สินนั้นถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา ๑๓๐ มิใช่เป็นของผู้ขาย ผู้ซื้อยอมเป็นเจ้าของ ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ส่งมอบโดยผู้ขาย นอกจากขณะนั้นเขาเป็นผู้ไม่สุจริต (Article ๑๓๓ If a thing sold as assumed in @ ๑๓๐ does not belong to the seller, the buyer becomes the owner, if the thing is delivered to him by the seller, unless at the time, he is not in good faith.)

มาตรา ๑๓๔ ถ้าทรัพย์สินนั้นถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา ๑๓๑ มิใช่เป็นของผู้ขาย ถ้าผู้ขายมิใช่เป็นผู้ครอบครองด้วยตนเอง ผู้ซื้อยอมเป็นเจ้าของโดยการโอนสิทธิการเรียกร้อง หรือโดยการไต่รับการครอบครองทรัพย์สินจากบุคคลที่สาม นอกจากผู้ซื้อจะไม่สุจริตในขณะโอน หรือในขณะที่ได้เขาครอบครอง (Article ๑๓๔ If a thing sold as assumed in @ ๑๓๑ does not belong to the seller, the buyer, if the seller is the indirect possessor of the thing, becomes the owner upon the cession of the claim, or upon obtaining possession of the thing from the third party unless he is not in good faith at the time of the cession, or at the time of obtaining possession.)

มาตรา ๑๓๕ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามที่บัญญัติในมาตรา ๑๓๒ - ๑๓๔ จะไม่เกิดขึ้นได้ ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ขโมยมาจากเจ้าของหรือทรัพย์สินนั้นได้หายหรือได้สูญหายไป กรรมสิทธิ์เช่นเดียวกันนี้ไปกับกรรมสิทธิ์ที่เจ้าของเป็นเจ้าของบุคคลผู้ใดครอบครองด้วยตนเอง และถ้าผู้ครอบครองได้ทำทรัพย์สินหายไประหว่างนั้น (Article ๑๓๕ The acquisition of ownership by reason of ๑๓๒- ๑๓๔ does not occur, if the thing is stolen from the owner, or has been lost or has disappeared. The same is the case, if the owner was only indirect possessor, and if the possessor has lost the thing.)

บทบัญญัติที่ไม่ใช้กับกรณีที่เป็นเงินตราหรือเอกสารสิทธิ์ที่ระบุให้ชำระแก่ผู้ถือหรือทรัพย์สินที่ขายทอดตลาด (These provisions do not apply to money or paper payable to bearer, or to things, which are sold at public auction.)

มาตรา ๑๓๖ ถ้าทรัพย์สินที่ขายตกอยู่ในภาระแห่งสิทธิใดของบุคคลที่สาม สิทธินั้นย่อมสิ้นไปโดยการไต่กรรมสิทธิ์ ในกรณีตามที่บัญญัติใน มาตรา ๑๒๙-วรรค ๒ กรณีนี้ไม่เฉพาะ

กรณีที่ผู้ซื้อได้รับการครอบครองจากผู้ขาย ถ้าการขายใดดำเนินไปตามบทบัญญัติมาตรา 930 หรือในกรณีที่ทรัพย์สินที่ขายเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 931 ผู้ขายไม่ได้ออกเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเอง สิทธิของบุคคลที่สามย่อมจะไม่ระงับไปจนกว่าผู้ซื้อจะได้เข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น (Article 936 If a thing sold is burdened with the right of a third person, the right is extinguished by the acquisition of ownership. In the case of @ 929, sentence 2, this applies only if the buyer had obtained the possession from the seller. If the sale is made as stated in @ 930 or if the thing sold, as stated in @ 931, was not in the indirect possession of the seller, the right of the third party is not extinguished until the buyer obtains the possession of the thing through the sale.)

สิทธิของบุคคลที่สามย่อมไม่ถูกจำกัด ถ้าผู้ซื้อ, ในเวลาที่ซื้อ, ตามกรณีที่บัญญัติไว้ในวรรค 1 ไม่เป็นผู้สุจริตต่อสิทธิของตน (The right of the third party is not barred, if the buyer at the time, which under paragraph 1 controls, is not in good faith respecting the right.)

ถ้าเป็นกรณีตามมาตรา 931 สิทธิเป็นของบุคคลที่สามในการครอบครองทรัพย์สินนั้นยังไม่หมดลงแม้ว่าผู้ซื้อจะสุจริต<sup>1</sup> (If in the case of @ 931, the right belongs to a third party in possession, it does not become extinct even as to the buyer in good faith.)

### กฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติในเรื่องการซื้อขายไว้ในมาตรา 1583 เรื่องการให้ในมาตรา 938 ดังนี้

มาตรา 1583 สัญญาซื้อขายย่อมสมบูรณ์ระหว่างคู่สัญญา และกรรมสิทธิ์ย่อมตกเป็นของผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ใดตกลงกันในเรื่องทรัพย์สินนั้นและราคา แมว่ายังมีใครส่งมอบทรัพย์สินและยังไม่ได้ชำระราคาก็ตาม (Article 1583 Elle est parfaite entre les

<sup>1</sup>Evncst J. Schuster, The Principles of German Civil Law.  
(London: Stevens & Sons Ltd., 1907), pp. 232.



parties, et la propriété est acquise de droit de l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé")

มาตรา 938 การให้ (ผู้รับ) ยอมรับเอาแล้วยอมสมบูรณ์โดยอาศัยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่เพียงอย่างเดียว และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้แก่จะเปลี่ยนไปกับผู้รับโดยไม่จำต้องดำเนินการอย่างอื่น<sup>1</sup> (Article 938 " La donation dument acceptee sera parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnes sera transferee au donataire, sans qu'il scit bescin d'une autre tradition")

#### ความหมายของการโอนกรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรม

การโอนซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรม ท่านอาจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ อธิบายว่า " โฉนดการที่ผู้โอนเขาโอนให้มาโดยนิติกรรมทำกับผู้โอนนั้น (...) นิติกรรมเหล่านี้ต้องเป็นนิติกรรมซึ่งทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน (...) มิใช่นิติกรรมที่ทำให้ได้มาซึ่งบุคคลสิทธิ์ (...)"<sup>2</sup> ในกฎหมายโรมันเรียกว่าหลัก Traditio ซึ่งเป็นเหตุให้ประเทศต่าง ๆ เช่น อาร์เจนตินา, ชิลี, สเปน เรียกการโอนซึ่งกรรมสิทธิ์โดยวิธี Traditio

#### ความหมายของ Tradition

Tradition หมายถึงการส่งมอบโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นวิธีการโอนซึ่งกรรมสิทธิ์มาโดยสืบทอดสิทธิ์ รวมตลอดกระทั่งการโอนซึ่งทรัพย์สินอื่น ๆ ด้วย โดยอำนาจที่บุคคลผู้โอนมีอยู่โอนไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยวิธีการ Just title ผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่ายมีเจตนาตรงกัน และมีสิทธิที่จะทำการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์นั้น การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์

<sup>1</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน " คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยว่าด้วยกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส " หน้า 8

<sup>2</sup> สัญญา ธรรมศักดิ์ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2484) หน้า 66

ประสงค์จะให้มีการส่งมอบและประสงค์จะให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลผู้รับโอน<sup>1</sup>

ก. ความมุ่งหมายของ Tradition (ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส)

(หลักกฎหมายอังกฤษ) กรรมสิทธิ์อาจเปลี่ยนมือไปเพียงแต่ด้วยความยินยอม (Consent) เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เพียงแต่คำสัญญากรรมสิทธิ์ก็เปลี่ยนมือไปแล้ว ไม่มีความจำเป็นจะต้องให้มีการส่งมอบ แต่ประมวลกฎหมายฟิลิปปินส์ เยอรมัน, สวิส, กฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นหลักของ Tradition การส่งมอบไม่เพียงแต่เป็นสิ่งจำเป็นในการได้ถือเอาประโยชน์เหนือทรัพย์สิน แต่ยังเป็นเครื่องชี้ถึงการที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนอันเป็นต้นกำเนิดแห่งสิทธิที่แท้จริงด้วย การส่งมอบจะทำอย่างไรนั้นตามแต่กฎหมายจะกำหนดวิธีการไว้ ซึ่งจะชี้ให้เห็นการเปลี่ยนมือของกรรมสิทธิ์จากผู้โอนไปยังผู้รับโอน ดังนั้น การส่งมอบจึงเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์

ข. ชนิดของ Tradition แบ่งได้ดังนี้

1. Real tradition เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งโดยตรงในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ถ้าเป็นกรณีสังหาริมทรัพย์โดยวิธีใดหรือวิธีหนึ่งหรือการกระทำการเข้าครอบครองของผู้รับโอนด้วยความยินยอมและข้อเสนอของผู้โอน เช่น การเข้าไปในทรัพย์สิน (อสังหาริมทรัพย์) นั้น เข้าถือเอาดอกผล, หรือโดยวิธีการเปิดประตูเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นต้น การกระทำดังกล่าวที่เรียกโดยทั่ว ๆ ไปว่าเข้าครอบครอง

2. Constructive tradition ได้แก่การส่งมอบที่ไม่สามารถกระทำโดยวิธีปกติได้ นอกจากจะกระทำโดยการหมายเอา (Sign) หรือการกระทำใด ๆ เป็นเครื่องชี้ถึงการส่งมอบ ซึ่งมีวิธีการต่าง ๆ ดังนี้คือ (1) Tradicion simbolica โดย การส่งมอบสัญลักษณ์ใด ๆ เช่น การส่งมอบกุญแจให้ หรือการส่งมอบสิทธิแห่งการเข้า

<sup>1</sup> Arturo M. Tolentino, Commentaries and Jurisprudence on The Civil Code of Philippines. Vol.2, (Manila: Acme Publisher Co., 1963), pp.394 - 397

- (2) Tradicion Longa Manu โดยการส่งมอบโดยวิธีอื่นให้ผู้รับโอนเห็นทรัพย์สินนั้น (3) Tradicion Brevis Manu ได้แก่กรณีผู้ครอบครองทรัพย์สินได้ครอบครองภายใต้สิทธิบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ภายหลังจากการโอนการครอบครองทรัพย์สินบุคคลนั้นก็เข้าครอบครองต่อไป ภายใต้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และครอบครองต่อไป เช่นอย่างเจ้าของ (4) Tradicion Constitutum Possessorium ได้แก่กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินโอนทรัพย์สินนั้น แต่เข้าครอบครองต่อมาโดยอาศัยสิทธิอื่นแตกต่างออกไปจากเดิม

3. Quasi - Tradition ได้แก่การส่งมอบทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง อาจโดยวิธีผู้รับโอนเข้าใช้สิทธิเหนือทรัพย์สิน

4. Tradition by Operation of Law ได้แก่การส่งมอบที่ไม่ได้ระบุไว้แล้วในทุกกรณีก่อน ๆ และเป็นการส่งมอบที่มีผลโดยอำนาจของกฎหมาย<sup>1</sup>

#### หลักเกณฑ์การโอนโดยการแยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอนกรรมสิทธิ์

เนื่องจากประมวลกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาที่แยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งท่านอาจารย์ หยุค แสงอุทัย อธิบายดังนี้

ประมวลแห่งเยอรมันได้แยกสัญญาซื้อขายกับการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน ได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ซื้อของไม่ใช่เพียงแต่ต้องการใช้และจำหน่ายของชั่วคราวเท่านั้น เขาต้องการจะใช่ของเป็นการถาวร กล่าวคือ ต้องการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แห่งของนั้น โดยเหตุนี้กฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ผู้ขาย 2 ประการ คือ

- 1) มอบการครอบครองของ
- 2) โอนกรรมสิทธิ์เหนือของ เพียงแต่ส่งมอบการครอบครองอย่างเดียวไม่พอ ต้องโอนกรรมสิทธิ์ด้วย

เรื่องโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ต้องถือองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

- 1) ส่งมอบทรัพย์สิน และ
- 2) ตกลงกันโอนกรรมสิทธิ์ผ่านมือ (มาตรา 929)

<sup>1</sup>Arturo M. Tolentine, Commentaries and Jurisprudence on The Civil Code of Philippines. Vol.2, pp.394 - 397

การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นไม่ใช่เป็นเรื่องของสัญญาซื้อขาย แต่เป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน และผู้ถือกรรมสิทธิ์ไป แม้ว่าสัญญาซื้อขายเองจะปรากฏภายหลังว่าเป็นโมฆะ หรือถูกบอกกลางโมฆะกรรม แต่ทั้งนี้มิชอบยกเว้นในกรณีที่เหตุโมฆะกรรมหรือโมฆะกรรมคลุมถึงสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินด้วย เช่น การซื้อขายของที่มีการส่งมอบของและราคาทันที พร้อมกับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน ดังกล่าว เช่น ก. บมช. ข. ให้ขายของให้แก่ ข. ทั้งนี้ สัญญาซื้อขายและสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเกิดขึ้นด้วยการขมูญฉะนั้น ผู้ถือจึงบอกกลางโมฆะกรรมทั้งสัญญาในทางลักษณะหนี้และสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินได้ ในกรณีที่สัญญาซื้อขายและสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินแยกออกจากกันได้ เช่น ก. หลอกหลวง ข. ให้ขายของให้ ก. ต่อมาอีกสองวัน ก. จึงได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินโอนของให้ ข. ก. บอกกลางโมฆะกรรมใดแต่เฉพาะสัญญาซื้อขาย ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินสมบูรณ์ เพราะไม่เกี่ยวกับการหลอกหลวงแต่อย่างใด โดยเหตุนี้ ข. จึงยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อมาอยู่ ก. จึงต้องเรียกทรัพย์สินคืนจาก ข. ในฐานะลาภมิควรได้

ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ มีองค์ประกอบดังนี้

1) ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เปลี่ยนมือ ( Auflassung ) อันเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน โดยต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด และ

2) จดทะเบียนในทะเบียนที่ดิน ( Grundbuch )

ความสมบูรณ์ของสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินอันเป็นอิสระจากสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ คือ ถ้าเขาองค์ประกอบสองประการ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นยอมผ่านมือไม่ว่าสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ในทางลักษณะหนี้จะสมบูรณ์หรือไม่ เพราะกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นยอมผ่านมือไปตามสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน คือ ถ้ามีความตกลงโอนกรรมสิทธิ์ผ่านมือ และมีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือไป

เหตุผลที่ประมวลแพ่งเยอรมันถือว่ากรรมสิทธิ์ผ่านมือต่อเมื่อมีการส่งมอบสำหรับสังหาริมทรัพย์ หรือมีการจดทะเบียนในเมื่อคู่สัญญาตกลงโอนกรรมสิทธิ์ผ่านมือ (ในกรณีสังหาริมทรัพย์) ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการโฆษณาโดยเปิดเผย การที่ผู้ขายทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ให้ผู้อื่นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในทางลักษณะหนี้ โฉกกล่าวมาแล้วว่า สัญญาในทางลักษณะหนี้กับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินอาจทำพร้อมกันหรือสัญญาในทางลักษณะหนี้กับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินอาจทำพร้อมกัน หรือสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินจะทำขึ้นภายหลังก็ได้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเยอรมันไม่ตรงกับความรู้สึกนึกคิดของคนที่ทั่วไปที่ในกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อเราไปซื้อของเรารับของมาและมอบเงินให้เขา เราก็นึกว่าเป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียว คือ สัญญาซื้อขาย ความจริงมีสัญญาถึง 3 สัญญา คือ

- 1) สัญญาในทางลักษณะหนี้เป็นเหตุให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินและผู้ซื้อส่งมอบราคา
- 2) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน โดยผู้ขายตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายโอนไปยัง



ผู้ซื้อพร้อมกับโคส่งมอบทรัพย์สิน

3) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินโดยผู้ขายตกลงให้กรรมสิทธิ์ในเงินโอนไปยังผู้ขายพร้อมกับโคส่งมอบเงินให้ แต่ในกรณีที่มีการส่งมอบของที่ขายใหม่แก่ผู้ซื้อในเวลาภายหลังที่โคทำสัญญาซื้อขายกันแล้ว กนธรรมคาส่าจะถือเอาใจความที่สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเพราะส่งมอบของและชำระราคากันในภายหลัง และผู้ซื้อโคกรรมสิทธิ์ในของมาในขณะที่โคได้รับของ และผู้ขายโคกรรมสิทธิ์ในเงินเวลาโครับเงิน

เหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินกับสัญญาในทางลักษณะหนี้ก็คือทำให้เราสามารถพิจารณาสัญญาซื้อขายตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญาในทางลักษณะหนี้ได้โดยเฉพาะ ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเราก็นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมจำหน่าย (Verfügung - Sgeschäft.) มาใช้โดยเฉพาะ ผู้ขายย่อมสามารถทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีนั้นแม้กรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือ แต่สัญญาซื้อขายก็สมบูรณ์ ในทางที่คล้ายกันนี้สัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ บุคคลสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินสมบูรณ์ผู้ซื้อโคกรรมสิทธิ์ในของ และถ้ามีการขายต่อมาผู้ซื้อโคได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ซื้อไม่ตรงไปคำนี้จึงว่าผู้ขายใหม่แก่ตนโคกรรมสิทธิ์มาโดยสัญญาซื้อขายในทางลักษณะหนี้ที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้เห็นไปจากหลักการคุ้มครองการค้ายของประชาชน ส่วนสัญญาซื้อขายนั้นย่อมมีความสำคัญระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย สำหรับบุคคลภายนอกนั้น การรับซื้อต่อมาหรือการรับจำหน่ายของต่อมาย่อมขึ้นอยู่กับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินที่โอนกรรมสิทธิ์ในนั้นสมบูรณ์หรือไม่ การใช้กฎหมายในกรณีนี้จึงง่ายขึ้น

ผลของการแยกสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินออกจากสัญญาในทางลักษณะหนี้ดังนี้ก็คือในกรณีที่ผู้ขายทำสัญญาซื้อขายของอย่างเดียวกัน แก่บุคคลสองคนทีละคน ผู้ซื้อคนใดโคทำอะไรสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินก่อนผู้ซื้อนั้นก็โคกรรมสิทธิ์ เช่น ก.ขายมาให้ ข. ต่อมา ก.ขายมาตัวเดียวกันให้ ค. แต่โคโอนกรรมสิทธิ์ในมาตัวนั้นให้แก่ ค. โคกรรมสิทธิ์ในมาตัวนั้นทั้ง ๆ ที่ ค.ทราบวา ก.โคขายมาตัวนั้นให้แก่ ข. กอนขายให้แก่ตน และ ข.โคแก่เพียงเรียกค่าเสียหายจาก ก. ในฐานผิดสัญญาซื้อขายเท่านั้น นอกจากนี้ในขณะที่ยังไม่ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินกับผู้ขาย เจาหนี้ของผู้ขายย่อมมีคทรัพย์สินที่ขายโค เพราะยังอยู่ในกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย สำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ซื้อมีทางป้องกันผลเสียดังกล่าวโค โดยการนำสิทธิ์เรียกร้องให้โอนกรรมสิทธิ์ไปจดทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียนที่ดิน (ม. 883) ซึ่งเป็นการทำให้สิทธิ์ของผู้ซื้อมั่นคง การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์หลังจากการจดทะเบียนยอมไม่สมบูรณ์เท่าที่จะทำให้สิทธิ์ของผู้ซื้อเสียไป หรือถูกกระทบกระเทือน การจดทะเบียนหมายเหตุไว้จึงทำให้สิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิในทางลักษณะหนี้ที่ผู้ซื้อมีต่อผู้ขายเปลี่ยนเป็นสิทธิในทางลักษณะทรัพย์สินไป โดยสิทธิ์ดังกล่าวผู้ซื้อใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกโค แต่ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หาวิธีคุ้มครองผู้ซื้อดังกล่าวไม่ ในกรณีที่ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ผู้ซื้อจะคุ้มครองสิทธิของตนโคได้โดยให้ผู้ขายทำสัญญาในทางทรัพย์สินโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ตนเสีย ซึ่งอาจทำโคแม้ผู้ขายจะยังไม่โคมอบการครอบครองทรัพย์สินโดย

การทำสัญญาให้ผู้ขายยืมหรือรับฝากทรัพย์สินนั้นไว้ (ดู มาตรา 868 และ มาตรา 930) ถ้าผู้ซื้อไม่กระทำการดังกล่าว แม้ผู้ซื้อจะไต่ถามราคาทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ยังไม่มีทางคุ้มครองสิทธิของตน

การแยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินกับสัญญาในทางลักษณะหนี้ ก็ทำให้ผู้ขายเองเสียประโยชน์เหมือนกัน ถ้าปรากฏภายหลังว่าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ หรือถูกบอกกลางโมฆะจะไม่คลุมถึงสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ย่อมผานมือไปยังผู้ซื้อ ผู้ขายต้องไต่ถามราคาที่ได้รับไปแล้วแก่ผู้ซื้อในฐานะลูกหนี้ได้ และมีสิทธิเรียกทรัพย์สินและเรียกให้ออกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกลับคืนในฐานะลูกหนี้ได้ ถ้าผู้ซื้อไม่สามารถจะส่งทรัพย์สินใดก็ได้แต่เรียกราคาทรัพย์สิน (มาตรา 818 วรรค 2) และถ้าผู้ซื้อออกรรมสิทธิ์ให้บุคคลภายนอกเสียแล้วก็เรียกทรัพย์สินคืนไม่ได้

วิธีผู้ขายจะป้องกันการเสียเปรียบเนื่องจากทรัพย์สินที่ขายตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อทั้ง ๆ ที่สัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ ก็คือ ทำสัญญาออกรรมสิทธิ์โดยมีเงื่อนไขว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปต่อเมื่อสัญญาซื้อขายตามลักษณะหนี้สมบูรณ์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายตามประมวลแห่งเยอรมันนั้นแยกสัญญาในทางลักษณะหนี้กับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินออกจากกัน ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศ แม้กฎหมายเยอรมันเองก็เพิ่งจะแยกออกในศตวรรษที่ 19 นี้เอง ในสมัยที่ใช้กฎหมายทั่วไป " Gemeines Recht " ซึ่งเดิมได้ใช้หลัก " สัญญาซื้อขายกับสัญญาออกรรมสิทธิ์ " เป็นสัญญาอันหนึ่งอันเดียวกัน ( Einheit von Kaufvertrag und Uebereignung ) หลักที่ว่าสัญญาซื้อขายกับสัญญาออกรรมสิทธิ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้ ประเทศไทยได้นำมาใช้และหมายความว่าความตกลงกันที่จะให้กรรมสิทธิ์ผานมือนี้ได้อยู่ในสัญญาซื้อขายที่เดียว ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินอีก หลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ( Einheitsprinzip ) นี้ ยังแยกออกได้ 2 ประการ กล่าวคือ การผานมือแห่งกรรมสิทธิ์ยอมเกิดขึ้นโดยอาศัยเหตุที่มีสัญญาซื้อขายโดยเฉพาะ ( Reines Vertragsprinzip ) ประการหนึ่ง หรืออาศัยเหตุแห่งสัญญาซื้อขาย ประกอบกับการปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะ อย่างยิ่งการส่งมอบอีกประการหนึ่ง คือ เอาหลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมาผสมกับหลักการส่งมอบ ( Verbindung von Einheitsprinzip und Uebergabsgrundsatz ) อีกประการหนึ่ง สำหรับกฎหมายที่ใช้หลักประการแรก คือ หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โค้ดแกกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายที่ลอกแบบประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศสและกฎหมายของประเทศสแกนดิเนเวีย และสำหรับการซื้อขายสิ่งหาริมทรัพย์ กฎหมายอังกฤษก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน หลักการส่งมอบผสมกับสัญญาซื้อขายมีในกฎหมายทั่วไปของมลรัฐปรัสเซีย ค.ศ. 1795 ตาม ป.พ.ฝรั่งเศส มาตรา 1138 นั้นแห่งการให้ เช่น สัญญาซื้อขาย แยกเปลี่ยน

ให้เพียงที่ผู้ที่เกี่ยวข้องมีเจตนาตรงกันก็ทำให้จำหนึ่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และมาตรา 1563 ได้กำหนดว่าสัญญาซื้อขายยอมเกิดขึ้น และกรรมสิทธิ์ผ่านมือมายังผู้ซื้อทันทีที่คู่สัญญาตกลงกัน เรื่องของและราคา แม้ว่าจะยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน และยังไม่มีการชำระราคา สัญญาซื้อขายเท่านั้นที่ไ้ทำให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป โดยเหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จึงไม่พูดถึงการโอนกรรมสิทธิ์อีก คือ ใครเคยสัญญาว่าผู้ขายมีหน้าที่ที่จะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ โดยไม่ใ้บุคคลภายนอกมีสิทธิที่จะกระทบกระเทือนการครอบครองทรัพย์สินและจำต้องรับผิดชอบในการชำระคบกพร่องเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ได้มีคำรากฎหมายฝรั่งเศสบางเล่มถือว่าหน้าที่ของผูขายในการจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์นั้น กฎหมายใดกำหนดไว้โดยปริยาย และโดยเหตุนี้ในการขายทรัพย์สินตามประเภท ฯลฯ ผู้ขายจึงต้องแบ่งแยกทรัพย์สินให้เจาะจงลงไปเพื่อให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์และความรับผิดชอบในอันที่ผู้ซื้อได้ทรัพย์สินไปโดยปราศจากการกระทบกระเทือน สิทธิก็ถือว่าเกิดจากหน้าที่ที่จะจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์นี้เอง สำหรับผู้เขียนตำราที่มีทัศนะดังกล่าว จึงถือว่าสัญญาซื้อขายมีนิติกรรมสองนิติกรรม คือ นิติกรรมในทางหน้าที่

( Verpflichtrngsgeschaef ) กับนิติกรรมในทางจำหน่ายจ่ายโอน (Verfuegungsgeschaft ) กล่าวคือ ผู้ขายมีหน้าที่ที่จะโอนกรรมสิทธิ์และได้กระทำหน้าที่นี้โดยสัญญาซื้อขายนั่นเอง ผลของการใช้หลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ตรงกับกฎหมายไทยก็คือ ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ทันทีที่ได้มีการทำสัญญาซื้อขาย เว้นแต่สัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามประเภทซึ่งผู้ขายจะตอง ชั่ง ตวง วัด แยกทรัพย์สินออก ชั่งเมื่อได้กระทำดังกล่าว ผู้ซื้อก็ไ้กรรมสิทธิ์ไป และโดยเหตุนี้ผู้ซื้อจึงได้รับความคุ้มครองในทางลักษณะทรัพย์สิน โดยเจาหนของผู้ขายจะมายึดทรัพย์สินนั้นไม่ได้ แต่ถาผู้ขายขายทรัพย์สินนี้อีกครั้งหนึ่ง ตามกฎหมายฝรั่งเศส ป.พ.มาตรา 1141 ผู้ซื้อคนที่ 2 ได้กรรมสิทธิ์ถาเขาได้ครอบครองทรัพย์สินก่อนผู้ซื้อคนที่ 1

สำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าถือหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เมื่อได้มีการจดทะเบียนสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อก็ไ้กรรมสิทธิ์โดยผู้ขายจะส่งวนกรรมสิทธิ์ไม่ได้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสอันตราขายเช่นทรัพย์สินถูกทำลายไปเป็นของผู้ซื้อ เพราะสัญญาซื้อขายเสร็จบริบูรณ์แม้จะยังไม่ทันใดส่งมอบ (ดู ป.พ.มาตรา 1138 วรรคสอง) ทั้งนี้ เพราะถือว่าผู้ใดเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้นั้นก็ตองรับอันตราขายไป ( Res perit domino ) ทำให้ผู้ซื้อตองชำระราคาแม้ทรัพย์สินจะถูกทำลายหรือสูญหายไป แต่ถาหากสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะก็ดีหรือโดยเหตุที่ผู้ซื้อไม่ชำระราคา ผู้ขายขอให้ศาลสั่งเลิกสัญญาเสียตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1654 ก็ดี ในกรณีโมฆะกรรม กรรมสิทธิ์ก็คงอยู่ในมือผู้ขาย หรือในกรณีศาลสั่งให้เลิกสัญญา กรรมสิทธิ์ก็กลับมายังผู้ขาย ผู้ขายก็เรียกทรัพย์สินที่ขายจากบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกจะไ้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เพราะไ้รับมาโดยสุจริต (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2279).



ส่วนกฎหมายทั่วไปของปรัสเซีย (ซึ่งเป็นมรดกของเยอรมัน) ( Prussische Allgemeine Landrecht ) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน คือ ไซหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับหลักส่งมอบ Uebergabegrundsatz สัญญาซื้อขายนั้นถือว่าเป็นหลักกรรมสิทธิ์ ( Title ) ส่วนการส่งมอบเป็นแกวี่ ( Modus ) โอนกรรมสิทธิ์ คือ ต้องมีหลักกรรมสิทธิ์และวิธีโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ผู้ซื้อจึงจะโอนกรรมสิทธิ์ เพียงแต่ทำสัญญาซื้อขายกันผู้ซื้อใดแต่สิทธิที่จะรอดอย ( Anwartschaft ) คือ มีสิทธิที่จะเรียกเอาทรัพย์สิน ( Jus ad rem ) เท่านั้น แต่ตามกฎหมายทั่วไปของปรัสเซีย ผู้ซื้อที่มีสิทธิดังกล่าวต่อบุคคลภายนอกที่ไม่สุจริต แต่ถ้ายังไม่ได้อำนาจกรรมสิทธิ์ถึงเป็นของผู้ขาย และถ้าผู้ขายล้มละลายระหว่างนี้ทรัพย์สินก็ต้องตกอยู่ในกองล้มละลาย แต่ถ้าผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็โอนกรรมสิทธิ์ แต่ถึงแม้ว่าจะมีการส่งมอบ แต่ถ้าสัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ ผู้ซื้อก็ไม่โอนกรรมสิทธิ์<sup>1</sup>

หลักการโอนโดยไม่แยกสัญญาซื้อขายออกจากการโอนกรรมสิทธิ์

เป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศส, อังกฤษ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งเรียกว่า " Sclo - Consensu " มีดังนี้

การโอนกรรมสิทธิ์ยังคงถือหลัก Sclo - Consensu ดังกล่าวมาแล้วอาจมีกรณีน่าสงสัยในเรื่องสัญญาซื้อขายอยู่บ้าง เพราะสัญญาซื้อขายโดยเฉพาะสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือ และต้องจดทะเบียนการโอนด้วย ( La publication de l alienation ) จึงอาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าในสัญญาซื้อขายนั้น กรรมสิทธิ์ยังไม่เปลี่ยนมือตราแต่ที่ซึ่งไม่ได้นำเนนการตามแบบ

แต่ความเป็นจริงแล้ว การที่กฎหมายบัญญัติให้สัญญาซื้อขายในกรณีนี้ต้องทำเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนนั้นก็เพื่อไว้ไขยันต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น แต่ในระหว่างที่สัญญาแล้วการซื้อขายมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ทันที เพราะได้มีการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้วและแม้ว่าสัญญาจะยังไม่ทำขึ้นเป็นหนังสือก็ตาม

หลักกฎหมาย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า โดยหลักการแล้ว ตั้งแต่คู่สัญญาใดแสดงเจตนาตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาแล้วถือว่ากรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือแล้ว

ขอยกเว้น อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ขอยกเว้นบางประการคือ

<sup>1</sup>หยุด แสงอุทัย " คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยว่าด้วยกฎหมายแพ่งเยอรมัน " (กรุงเทพมหานคร, (ม.ป.ท.), 2518) หน้า 41 - 45



1. โดยผลการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีสิทธิที่จะทำความตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปในเวลาอื่น ซึ่งไม่ใช่เวลาที่ทำความตกลงซื้อขายกัน ทั้งนี้เพราะหลักการโอน solo consensu ไม่ใช่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้นคู่สัญญาอาจทำความตกลงกัน เช่น ให้กรรมสิทธิ์โอนไปภายหลังที่ผู้ซื้อได้เช่าครอบครองทรัพย์สินนั้นสมบูรณ์แล้ว หรือต่อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาแล้วก็ทำได้

2. โดยผลของสภาพแห่งทรัพย์สินนั่นเอง กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ( Choses de genre ) เพราะยังจะต้องนับ ชั่ง ตวง วัด ก่อน ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจึงจะยังไม่โอนจนกว่ามีการนับ ชั่ง ตวง หรือวัดแล้ว ซึ่งโดยทางปฏิบัติแล้ว การโอนกรรมสิทธิ์จะเลื่อนไปในขณะที่มีการส่งมอบ

3. โดยสภาพทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษ กล่าวคือ การซื้อขายทรัพย์สินบางประเภท เพียงแต่การแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอ เพราะมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานเสียก่อน สัญญาจึงจะสมบูรณ์ เช่น ในการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่ถูกจัดให้เป็นโบราณวัตถุ เป็นคนจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี หรือในกรณีการขายที่ดินที่จัดสรรเป็นแปลง ๆ จะต้องได้รับอนุญาตจากทางจังหวัด เป็นต้น

หลักการโอน Solo consensu มีผลระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ตามความเป็นจริงแล้วหลักการในประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่อง Solo consensu ได้คำนึงถึงหลักกฎหมายเดิมมากเกินไป แต่คำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกน้อยกว่า เพราะตามความเป็นธรรมแล้ว ควรจะให้บุคคลภายนอกได้วางรู้ถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างคู่สัญญาด้วย เพราะกรรมสิทธิ์สามารถโอนต่อบุคคลทั่วไปได้ ดังนั้น จึงได้มีการวางหลักเพิ่มเติมให้มีแบบพิธีของการแสดงเจตนา ซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถวางรู้ได้ จึงจะให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลภายนอกได้มาก จึงมีหลักกฎหมายบัญญัติไว้เป็น 2 วิธี คือ

1. ในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนสังหาริมทรัพย์มีรูปร่าง การที่ไม่มีภาระจดทะเบียนหรือมีแบบพิธีให้บุคคลภายนอกได้รู้ไม่สู้มีปัญหามากนัก เพราะในสายตาของบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็คือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นนั่นเอง และได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองไว้แล้ว โดย มาตรา 2279 และหลักการนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายโรมัน Traditio ซึ่งคือหลัก Romise de la chose ต่อผู้รับโอนอยู่แล้วและไม่ทำให้บุคคลภายนอกเสียเปรียบแต่ประการใด

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จะนำเอาหลักเรื่องสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับไม่ได้ จึงได้มีการบัญญัติแบบในเรื่องการจดทะเบียนขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่ง ในเรื่องการไต่และการโอนโดยมีคำตอบแทน ซึ่งเรียกกระบวนนี้ว่า " Le regime de la publicite fonciere "

อย่างไรก็ตามหลักเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ของกฎหมายฝรั่งเศสยังคงถือหลัก sclo consensu เสมอ ส่วนการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการกระทำตามแบบพิธี คือ ต้องมีการจดทะเบียนเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น อันที่จริงไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าว แต่เป็นเพียงข้อยกจำกัดในการใช้หลักการดังกล่าวเท่านั้น<sup>1</sup>

ข้อดีและข้อเสียของการแยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินและทางลักษณะหนี้ มีดังนี้

ระบบของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินกับสัญญาในทางลักษณะหนี้ นั้น ผู้เขียนตำราไม่เห็นด้วยในข้อดังต่อไปนี้

1. ไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแยกสัญญาออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินกับสัญญาในทางลักษณะหนี้ และโดยเฉพาะไม่เห็นด้วยที่ให้มีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน
2. ไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแยกสัญญาโดยการใช้สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเป็นนิติกรรมลอย ( Abstraktes Geschaef )
3. ไม่เห็นด้วยกับหลักที่ว่ากรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือต่อเมื่อมีการส่งมอบ

เราต้องยอมรับเป็นความจริงว่า การแยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะหนี้และสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินนั้น คนธรรมดาสามัญย่อมไม่รู้สึกว่าเป็นเช่นนั้น แต่ผู้เขียนตำราที่เห็นชอบด้วยกับหลักการแยกออกเป็นสองสัญญาเห็นว่า แม้สัญญาจะไม่ได้สำนึกความมีสองสัญญา แต่เขาเห็นว่าไม่สำคัญที่ความสำนึกดังกล่าว แต่สำคัญที่ว่าในสัญญานั้นเองมีความหมายอยู่แล้วว่ามีสองสัญญา เช่น ในกรณีซื้อขายที่ส่งมอบทันที สัญญามักจะคิดถึงการโอนกรรมสิทธิ์มากกว่าการส่งมอบ แต่ในกรณีที่ทำสัญญาซื้อขายไปแล้วและส่งมอบกันทีหลัง สัญญาก็เห็นได้ชัดว่าจะได้มีการโอนกรรมสิทธิ์กันภายหลัง และในการทำสัญญาซื้อขายนั้นเองอาจเป็นได้ว่าสัญญาทำสัญญาซื้อขายและตกลงกันในเรื่องที่จะโอนกรรมสิทธิ์เสร็จแล้ว โดยไม่ต้องตกลงกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ผ่านมือนี้ อีก เมื่อใดส่งมอบทรัพย์สินเมื่อใดกรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือเมื่อนั้น อย่างไรก็ตามผู้เขียนตำราฝ่ายที่เห็นด้วยว่าควรมีทั้งสัญญาในทางลักษณะหนี้และสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเห็นว่า ถ้ามีทางตกลงดังกล่าว การที่จะวินิจฉัยว่าหลักแบ่งแยกออกเป็นสองสัญญาดีหรือไม่ ควรพิจารณาในแง่ผลแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการแบ่งแยกนั้น

การใช้หลักสัญญาซื้อขายล้วน ๆ ตามกฎหมายฝรั่งเศสและตามกฎหมายไทยนั้นมีข้อดีในแง่ที่ว่า ถ้าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะหรือมีการเลิกสัญญา เพราะผู้ซื้อผิดนัดไม่ชำระราคา ทำให้ผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ย้าย แม้ว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเยอรมัน ผู้ขายจะมีแต่สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะหนี้ คือ เรียกทรัพย์สินจากผู้ซื้อเท่านั้น ตามกฎหมายฝรั่งเศสยอมเป็นประโยชน์แก่ผู้ขาย เพราะอันตรายในการที่ทรัพย์สินถูก

<sup>1</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน " คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส " หน้า 10 - 12

ทำลายโดยบังเอิญตกเป็นของผู้ซื้อ โดยตวงคำนึงว่าได้มีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นหรือไม่ และผู้ซื้อ  
ยังไม่ได้อำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินนั้น แต่ในกรณีซื้อขายทรัพย์สินเป็นประเภท ย่อมจะเกิดความ  
ยุ่งยากในข้อหากรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเมื่อใด เพราะผู้ขายจำต้องแบ่งแยกทรัพย์สินออกเพื่อให้  
เจาะจงเป็นทรัพย์สินที่ขายเสียก่อน แบ่งแยกแล้วกรรมสิทธิ์จึงจะผ่านมือ

นอกจากนี้ระบบกฎหมายที่ถือว่ากรรมสิทธิ์ได้ผ่านมือไป โดยไม่มีการส่งมอบนั้นไม่ได้  
คำนึงถึงว่าการครอบครองทรัพย์สินเป็นสัญลักษณ์ภายนอกของการที่กรรมสิทธิ์ผ่านมือ ตาม  
กฎหมายเยอรมันนั้น อย่างน้อยผู้ซื้อที่เห็นผู้ขายครอบครองทรัพย์สินอยู่ย่อมไว้วางใจได้ว่าผู้ขาย  
เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (ดูประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 932) ฉะนั้นการให้  
กรรมสิทธิ์ผ่านมือเมื่อมีการโอนการครอบครอง (สำหรับกรณีปกติ) จึงควรจะต้อง  
และสมเหตุสมผลมากกว่า

นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสยังคุ้มครองผู้ซื้อตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ต่างกันก็คือใครได้  
ทรัพย์สินไปครอบครองก่อนก็ไ้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถ้าหากผู้ใดครอบครองทรัพย์สินก่อนนั้นสุจริตมี  
ขอควรสงเคราะห์ว่าในกรณีที่ทรัพย์สินจะตกอยู่ในความครอบครองเสียก่อน จึงจะถือว่าตกอยู่ใน  
กองทรัพย์สินของผู้ซื้ออย่างเด็ดขาด และเจาหนี้ของผู้ขายจะมายึดทรัพย์สินนั้นไม่ได้ กรณีเช่นนี้  
ตรงกับความคิดของคณาจารย์สามัญทั่วไป เพราะการครอบครองทรัพย์สินได้แสดงให้เห็น  
อำนาจอันแท้จริงของเจ้าของทรัพย์สินนั้น การใดกรรมสิทธิ์โดยมิได้มีการครอบครองทรัพย์สินจึง  
ทำให้กรรมสิทธิ์ตกอยู่ในภยันตราย กล่าวคืออาจสูญเสียกรรมสิทธิ์ไปเพราะบุคคลภายนอกสุจริต  
ส่วนอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง เพราะได้มีการจดทะเบียนไว้แล้ว จึงจะมิมีการ  
ส่งมอบก็ไม่ว่าสำคัญ ฉะนั้นถ้าพิจารณาจากแง่ความต้องการของธุรกิจต่อกันแล้ว การส่งมอบ  
ทรัพย์สินจึงเป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับกรณีที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป จริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน  
ก็มีข้อยกเว้นเหมือนกัน คือ มีวิธีแทนการส่งมอบได้ เช่น ตกลงในมือผู้ขายเป็นผู้รับฝากหรือผู้ยืม  
ทรัพย์สินนั้น ซึ่งก็ไม่ใช่วิธีที่ดีที่สุดสำหรับคุ้มครองการติดต่อในทางธุรกิจ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ใช้หลักแยกเป็นสัญญาสองสัญญาแม่สัญญาในทางลักษณะ  
หนึ่งจะเป็นโมฆะ แต่กรรมสิทธิ์ก็ตกเป็นของผู้ซื้อ แต่ก็อาจป้องกันข้อเสียอันนี้โดยการแก้ไข  
กฎหมายให้สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินขึ้นต่อสัญญาในทางลักษณะหนึ่ง โดยยึดหลักว่าจำเป็นที่จะ  
ต้องแยกสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินที่สมบูรณ์ก่อนเมื่อสัญญาในทางลักษณะหนึ่งสมบูรณ์

ข้ออ้างที่ว่า การแยกออกเป็นสัญญาในทางลักษณะหนึ่งกับสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินทำ  
ให้มีการคุ้มครองการติดต่อในทางธุรกิจนั้น ในปัจจุบันนี้ก็ไม่สู้จำเป็น เพราะที่อ้างว่าคุ้มครอง  
การติดต่อในทางธุรกิจนั้นก็เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับโอนทรัพย์สินนั้นคือถ้า  
บุคคลภายนอกหรือผู้ที่โอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอกได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินก็ไ้กรรม  
สิทธิ์ไป แม่สัญญาในทางลักษณะหนึ่งจะเป็นโมฆะ แต่บทบัญญัติในลักษณะทรัพย์สินเองก็ได้คุ้มครอง  
ไว้แล้ว ก็คือการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ถ้าได้จดทะเบียนไว้หรือการโอนกรรมสิทธิ์  
ในสังหาริมทรัพย์ที่มีการส่งมอบ (ดู ป.พ.มาตรา 892, 932) ให้ถือว่าเป็นการผูกมัด



## กฎหมาย

ฉะนั้น ผู้เขียนตำรากฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่า ถ้าจะเลิกไปหลักแบ่งแยกก็อาจทำได้ แต่ต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา คือ จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หรือมีการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ ถ้าแก้ไขกฎหมายได้เช่นนี้ก็จะมีสัญญาซื้อขายแต่สัญญาเดี่ยว และในการทำสัญญาซื้อขาย ผู้ขายก็สัญญาว่าจะจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ (ในเมื่อมีการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนการโอนอสังหาริมทรัพย์) ถ้าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะกรรมสิทธิ์ก็จะไม่เปลี่ยนมือไป แต่บุคคลภายนอกที่สุจริตที่รับโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ซื้อไปก็ได้รับ ความคุ้มครอง จนกระทั่งจะได้มีการจดทะเบียนหรือส่งมอบ ผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกร้องให้มอบการครอบครองและโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น<sup>1</sup>

ฉะนั้น จะเห็นว่าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือย่อมเป็นการเหมาะสมแล้ว

### การจดทะเบียนสาธารณะ ( Public Registration )

ในระบบกฎหมายทรัพย์สินเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปให้มีการจดทะเบียนสิทธิเหนือทรัพย์สินสิ่งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อความมุ่งหมายสองประการ คือ " เป็น การคุ้มครองบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง คือ เพื่อเป็นการ สดวกและเสียค่าใช้จ่ายน้อยในการตรวจสอบสิทธิในทรัพย์สินที่จดทะเบียนนั้น เช่นมีการจดทะเบียนผู้ซื้อไว้ เป็นต้น "<sup>2</sup>

1. ชนิดของการจดทะเบียนสาธารณะ การจดทะเบียนสาธารณะแบ่งได้ 2 ชนิด ดังนี้

การจดทะเบียนสิทธิ ( Registration of Title ) เป็นการจดทะเบียนเพื่อใช้ ต่อการดำเนินกิจการในทางทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นที่มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินนั้น ( In rem ) เพื่อเป็นหลักประกันอำนาจหรือ สิทธิที่มีเหนือทรัพย์สินนั้นตามกฎหมาย ว่าบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนนั้นมีสิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียว

<sup>1</sup> ใหญ่ค แสงอุทัย, " คำสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ว่าด้วยกฎหมายแพ่งเยอรมัน " หน้า 45 - 47

<sup>2</sup> F. H. Lowson, Introduction to The Law of Property. (Oxford : Oxford At the Clarendon Press, 1958), pp.56



ที่เรียกกันว่า Adversus Omnes หรือเรียกว่า Torens System ซึ่งเป็นชื่อของรัฐบุรุษชาวออสเตรเลียคือ Sir Robert Torrens และมีอิทธิพลเหนือกฎหมายเยอรมันและในกฎหมายอังกฤษบางแห่ง อีกชนิดหนึ่งคือ การจดทะเบียนการกระทำ (Registration of Deeds) เป็นการจดทะเบียนเกี่ยวกับการโอนต่าง ๆ ซึ่งเป็นการจดทะเบียนเพื่อให้ผู้โอนอ้างสิทธิใด ๆ เมื่อทรัพย์สินนั้นอีก<sup>1</sup>

ตามหลักกฎหมายอังกฤษได้มีการจดทะเบียนเพิ่มขึ้นอีกชนิดหนึ่งคือ การจดทะเบียนบูริมลิตี (Registration of Incumbrances) บุคคลใดมีสิทธิเรียกร้องเหนือที่ดินเพื่อให้บูริมลิตีมีผลแน่นอน จะต้องนำความไปจดทะเบียนสิทธิเรียกร้องของตน (...) ความมุ่งหมายก็เพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินสามารถรู้ได้โดยง่ายว่ามีบูริมลิตีอยู่หรือไม่ (...)<sup>2</sup>

2. ทรัพย์สินที่จะต้องจดทะเบียนสาธารณะ เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการจดทะเบียนสาธารณะกระทำทั้งในอสังหาริมทรัพย์รวมทั้งทรัพย์สินสิทธิ์อื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์และในสังหาริมทรัพย์เช่น เรือ, แพ สัตว์พาหนะ เป็นต้น ปรากฏตามตำรากฎหมายฝรั่งเศสว่า

ในสมัยปฏิวัติฝรั่งเศสได้มีการจดทะเบียนเรือจนกระทั่งถึงสมัยใช้ประมวลกฎหมายฝรั่งเศสมีการจดทะเบียนการโอนอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยอาศัยพระราชบัญญัติที่ออกในปี 1955 แต่ในสมัยปัจจุบันนี้ได้มีการออกกฎหมายให้จดทะเบียนในสังหาริมทรัพย์บางประเภทเพื่อความมุ่งหมายในการเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (...) <sup>3</sup> ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 กำหนดให้จดทะเบียนในอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินเหนือสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 1302 กำหนดให้จดทะเบียนสังหาริมทรัพย์ด้วย คือ เรือ กำนันหรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพและสัตว์พาหนะ

ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ผืนดินทุกแห่งอาจจดทะเบียนสาธารณะต่อ Grundbuch

<sup>1</sup> F.H.Lawson, Amos and Walton's Introduction to French Law.  
pp.106

<sup>2</sup> R.E.Megarry, A Manual of The Law of Real Property. 3 rd ed.  
(London : Stevens & Sons Ltd., 1962), pp.574

<sup>3</sup> F.H.Lawson, Introduction to The Law of Property. pp.109

ซึ่งหลักนี้เป็นหลักแห่งหน้าที่จะต้องจดทะเบียน (Buchungszwang) แต่มีได้หมายความว่า จะต้องจดทะเบียนที่ดินทุกแห่ง จุดแต่เพียงกรณีที่ค่าความผันแปรดินจะเกิดความยุ่งยากขึ้นเท่านั้น (...) และมีข้อยกเว้นที่ไม่ต้องจดทะเบียนสองประเภทคือ ในกรณีที่ที่ดินแปลงเล็กไม่มีค่าที่เจาะของตั้งใจจะจัดไว้ให้เป็นที่ดินที่ติดต่อกัน อีกประเภทหนึ่งเป็นกรณีที่ เป็นทรัพย์สินของ Bund, Lander, ทรัพย์สินของเทศบาล, ทรัพย์สินของสมาคม, ทรัพย์สินของศาสนา, ที่วัด, โรงเรียน, ทางน้ำ, ทางสาธารณะ, ที่ดินที่ใช้สำหรับการรถไฟ, แต่ทรัพย์สินประเภทหลังนี้หากไม่จดทะเบียนจะโอนให้แก่ผู้อื่นไม่ได้<sup>1</sup>

3. ผลบังคับของกฎหมายในการจดทะเบียนสาธารณะ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1299 กำหนดไว้กรณีการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ไม่บริบูรณ์ ถ้านิติกรรมการได้มานั้นมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่และในวรรคสองของมาตราดังกล่าวกำหนดกรณีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม หากยังมีได้จดทะเบียนจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมิได้ และยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วมิได้ ซึ่งคำว่าไม่บริบูรณ์นั้น ท่านอาจารย์ บัญญัติ สุชีวะ อธิบายไว้ดังนี้

คำว่าไม่บริบูรณ์ต่างกับโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ เพราะโมฆะหรือไม่สมบูรณ์นั้นหมายความว่าไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย ไม่มีอะไรเหลือบังคับกันใด เช่นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ยอมเป็นโมฆะถือว่าไม่มีสัญญาซื้อขายต่อกัน ผู้ซื้อจะขอให้ผู้ขายโอนทรัพย์สินในก็มิได้ ผู้ขายจะเรียกร้องราคาทรัพย์สินก็มิได้ หรือเช่นการสมรสตามมาตรา 1449 ถือว่าจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ฉะนั้น ถ้าไม่จดทะเบียนสมรสก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภรรยากัน แต่คำว่าไม่บริบูรณ์หมายความว่ายังไม่อาจถือหรือบังคับกันใดตามทรัพย์สินอื่น ๆ เท่านั้น แต่การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นหาเสียเปล่าไปไม่ ยังมีผลบังคับกันในระหว่างคู่สัญญาในฐานะเป็นบุคคลสิทธิใด ถึงแม้จะขายให้แก่บุคคลภายนอกในฐานะเป็นทรัพย์สินก็มิได้ก็ตาม<sup>2</sup> แนวคำพิพากษาศาลฎีกามีดังนี้

<sup>1</sup>E.J.Cohn, Manual of German Law. (N.Y.Oceana Publications Inc., 1968), pp.192

<sup>2</sup>บัญญัติ สุชีวะ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2514) หน้า 71



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2493 ฎีกาเงินแล้วภายหลังลูกหนี้ยอมยกที่ส่วนให้  
แก่ผู้ดูแลการชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 321 ในกรณีเช่นนี้แม่  
จะยังมีได้จดทะเบียนให้สมบูรณ์ และยังไม่ครบครองไม่ถึง 10 ปี ก็ทำให้เป็นการยึดถือครอบ  
ครองโดยปราศจากสิทธิไม่ ลูกหนี้จะใช้สิทธิตามมาตรา 1336 ติดตามเรียกที่ส่วนนั้น  
คืนมิได้ เพราะสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของผู้นั้นจะกระทำได้อันบุคคลผู้ไม่มีอำนาจ  
ยึดถือเท่านั้น "ซึ่งคำว่า สมบูรณ์ น่าจะเป็น บริบูรณ์ ตามมาตรา 1299"<sup>1</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 367/2495 โจทก์จำเลยตกลงกันตามคำเปรียบเทียบของ  
คณะกรรมการอำเภอ ซึ่งมีความว่า " ให้จำเลยอยู่ในที่พิพาทเรื่อยไป แต่จะยกที่ดินให้ใคร  
มิได้ ส่วนพืชผลก็อาศัยการแบ่งกันเก็บกินไป ดังนั้นยอมแสดงให้เห็นเจตนาของคู่ความว่าให้  
จำเลยมีสิทธิอาศัยอยู่ในที่พิพาทเรื่อยไปจนตลอดชีวิตนั้นเอง และการยอมให้อาศัยเช่นนี้แม่  
จะมีได้จดทะเบียนก็ใช้ยื่นกันเองได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 914/2503 จำเลยขายที่ดินมีโฉนดให้โจทก์และจำเลยตกลง  
จะทำถนนในที่ดินของจำเลยให้โจทก์เดินไปสู่ถนนหลวงได้ หากจำเลยไม่ยอมทำตามที่ตกลง  
โจทก์ฟ้องบังคับตามสัญญาได้ จำเลยจะอ้างว่าไม่บริบูรณ์ เพราะมีได้จดทะเบียนตาม มาตรา  
1299 มิได้ เพราะโจทก์ฟ้องขอปฏิบัติตามสัญญามิใช่กรณีโจทก์ฟ้องและอ้างว่ามีสิทธิทางเดิน  
อยู่แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2507 การที่โจทก์จำเลยตกลงให้โจทก์ออกทุนขยาย  
ทางพิพาทให้กว้างเพื่อใช้ร่วมกัน แต่ข้อสัญญาตกลงนี้ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่  
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 นั้น ย่อมไม่ทำให้โจทก์ได้ทรัพย์สิน  
เป็นการระจำยอมแต่การไม่จดทะเบียนดังกล่าวมิทำให้สัญญานั้นโมฆะแต่อย่างใด ก็เป็น  
เพียงไม่บริบูรณ์เท่านั้น โดยเหตุนี้สัญญา ข้างโจทก์จำเลยจึงมีผลก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ  
เรียกร้องบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ฉะนั้นโดยอาศัยสัญญาดังกล่าว โจทก์มีอำนาจฟ้องห้าม

จำเลยมิให้ขัดขวางในอันที่โจทก์จะใช้ทางพิพาทตามข้อตกลงในสัญญาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 655/2508 สัญญาที่มีข้อตกลงว่าฝ่ายเจ้าของที่ดินเป็นผู้ออก  
ทุนทรัพย์ซื้อพืชผลไม้ต่าง ๆ ให้อีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายออกแรงทำการปลูกสร้างลงในที่ดินและ  
บำรุงรักษา เมื่อเป็นผลซื้อขายได้มาก็แบ่งครึ่งเท่า ๆ กันจนตลอดชีวิตทั้งสองฝ่ายเช่นเป็น  
สัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง แต่เมื่อไม่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินก็ก่อให้เกิดเพียงบุคคล  
สิทธิผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น จะใช้ยื่นบุคคลภายนอกผู้ซื้อที่ดินนั้นไม่ได้ แม้ว่าผู้ซื้อจะได้  
ทราบว่ามีข้อตกลง เช่นนั้นอยู่ก็ตาม ในเมื่อผู้ซื้อมิได้ยินยอมปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นด้วย

ส่วนผลบังคับตามมาตรา 1299 วรรคสอง กรณีการได้มาทางอื่นนอกจากนิติกรรม  
นอกจากจะใช้ยื่นกันระหว่างคู่กรณีแล้ว ผู้รับโอนจะนำไปเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้และ  
และจะใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริตและได้จดทะเบียน  
สิทธิโดยสุจริตไม่ได้

คำร่างกฎหมายฝรั่ง เสด็จอธิบายถึงผลบังคับตามกฎหมายในประมวลกฎหมายฝรั่ง เสด็จ  
ไว้ดังนี้

ผลบังคับโดยทั่วไป ๆ ไป หากผู้ใดมิได้จดทะเบียนหรือจดทะเบียนซื้อขายอสังหาริมทรัพย์  
ฝ่ายตรงข้าม ซึ่งได้จดทะเบียนก่อน (...) ในกรณีที่ผู้รับการโอนมิได้จดทะเบียนการโอนจะ  
ถูกยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้จากบุคคลที่มีส่วนได้เสีย แต่จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียอันสามารถจด  
ทะเบียนได้และได้จดทะเบียนแล้วด้วย ในกรณีการซื้อขายที่มีได้จดทะเบียนเป็นการสม  
บูรณ์ไม่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ยังสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทายาทของผู้ขาย, ผู้รับมรดกของ  
ผู้ขายและการเข้าอันมีระยะเวลาสั้น ขอเท็จจริงที่ผู้ซื้อหรือผู้รับจำนองใคร่รู้แล้วว่ามี การ โอน  
โดยมิได้จดทะเบียนอยู่แล้ว ไม่เพียงพอที่จะเรียกร้องให้จดทะเบียนก่อนได้ นอกจากนี้  
สุจริตอันเกิดจากการสมคบกันฉ้อฉลระหว่างผู้ให้และผู้รับและได้จดทะเบียนก่อน การกระทำ  
ดังกล่าวยอมไม่ได้รับประโยชน์กรณีจดทะเบียนก่อน แม้ว่าผู้ซื้อหรือผู้รับจำนองจะไม่จดทะเบียน  
การเสียสิทธิดังกล่าวยอมไม่ขยายไปถึงบุคคลภายนอกหรือผู้สืบสิทธิจากการซื้อขาย  
อันไม่มีการชำระราคา แต่บุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำโดยสุจริต สำหรับกรณีเป็นการโอน  
โดยสมัครใจหรือการให้และมิได้จดทะเบียน ย่อมมีผลกว้างกว่าการโอนโดยมีค่าตอบแทน  
หรือโดยคำพิพากษา หลักนี้มีว่าการให้มิได้จดทะเบียนไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้จำหน  
ของผู้ให้ ซึ่งเสียหลักประกันไป หรือไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลใดผู้ซึ่งละ



อสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยหนี้กรรมลักษณะเฉพาะ<sup>1</sup>

คำรากฎหมายเยอรมันอธิบายถึงผลบังคับตามกฎหมายในประมวลกฎหมาย  
เยอรมันโดยแบ่งออกเป็นผลบังคับอันเป็นข้อสันนิษฐานของสิทธิและการขอจดทะเบียนสิทธิ  
ก่อน

ผลบังคับอันเป็นข้อสันนิษฐานของสิทธิ ซึ่งเป็นการสันนิษฐานถ้อยแถลงของหลักการ  
ครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่สันนิษฐานว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ ในการจดทะเบียนสิทธิใน  
อสังหาริมทรัพย์ให้ข้อสันนิษฐานในความสมบูรณ์แห่งสิทธิและการถือสิทธิของบุคคลที่มีชื่อใน  
ทะเบียน เมื่อใดก็ตามที่ถอนชื่อออกจากทะเบียนก็ย่อมสันนิษฐานว่าสิทธิที่เคยมีอยู่เช่นนั้นหมด  
ไปแล้ว ส่วนผลบังคับในการขอจดทะเบียนสิทธิก่อนนั้น ในระหว่างผู้ที่เรียกร้องให้จดทะเบียน  
ทั้งหลายที่ขอจดทะเบียน ณ สำนักจดทะเบียนแห่งเดียวกัน ย่อมเป็นไปตามคำสั่งที่สั่งให้จด  
ทะเบียน หากเป็นกรณีผู้ที่เรียกร้องให้จดทะเบียนทั้งหลายโดยขอให้จดทะเบียนยังสำนักจด  
ทะเบียนต่างแห่งกันผู้ใดขอก่อนผู้นั้นมีสิทธิ ถ้าเป็นกรณีที่ถอนชื่อวันเดียวกันย่อมเป็นไปตามลำดับ  
ที่ปรากฏตามพยานหลักฐาน

การจดทะเบียนก่อนอาจถูกเปลี่ยนแปลงโดยข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่ถูกลงกันในภายหลังก็ได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจมีการตกลงกันระหว่างผู้ขอจดทะเบียนด้วยกันก็ได้ว่าผู้ใดควรจดทะเบียนก่อน และผู้ใดควรจะไม่จดทะเบียน และการเปลี่ยนแปลงนี้จะนำไปจดทะเบียน ถ้าสิทธิที่จะบอกปิดไปเป็นสิทธิเกี่ยวกับภาระที่ดินต่าง ๆ หรือภาระที่ดินในที่ดิน หรือภาระที่ดินต่อภาระชำระเป็นรายปี ผู้รับจำนองจะก่อให้เกิดคำยินยอมควาย หรือกรณีที่กระทบกระเทือนต่อบุคคลภายนอกบุคคลนั้นจะก่อให้เกิดคำยินยอมควาย ในกรณีที่เป็นการถือสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ในการให้จดทะเบียนก่อนนั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจให้จดทะเบียนไปก่อนภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ ก็ได้<sup>2</sup>

ผลบังคับในการจะขอให้จดทะเบียนก่อนนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 1300 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้แต่เพียงว่าบุคคลที่จะขอจดทะเบียนก่อนได้แก่บุคคลที่จะเสียเปรียบจากการจดทะเบียนนั้น แต่เป็นการวางไว้กว้าง ๆ เพื่อให้ศาล

<sup>1</sup>F.H.Lawson, Introduction to The Law of Property. (Oxford : Oxford At the Clarendon Press, 1958), pp.107 - 108

<sup>2</sup>Ernst J.Schuster, The Principles of German Civil Law. (London : Stevens&Sons Ltd.? 1907), pp.382

ไปที่ความเองว่าบุคคลใดบ้างมีสิทธิตามมาตรา นี้ ก็นับว่าเป็นการเพียงพอแล้ว

ผลบังคับตามกฎหมายอังกฤษ ตาม Law property act.1925 (กำหนดไว้ว่า) การจดทะเบียนอยู่ภายใต้บังคับ Land charge act, 1925 กำหนดไว้ว่า บุคคลใดที่มี ส่วนใดเสียเกี่ยวกับที่ดินไม่ว่ากรรมใด ให้นำไปจดทะเบียน (...) โดยทั่ว ๆ ไปการจดทะเบียนนี้ป้องกันมิให้บุคคลใดเข้ามาเรียกร้องในนามผู้ขายนอกจากจะจดทะเบียนแล้ว (...)

ผลของการไม่จดทะเบียน โดยทั่วไป การใดหากมีความเกี่ยวข้องที่จะต้องไปจดทะเบียน ถ้าไม่ได้นำไปจดทะเบียนแล้วจะไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ผู้ซื้อเพื่อเรียกร้องในตำแหน่งที่ดินได้ (...)<sup>1</sup>

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าผลบังคับตามกฎหมายนั้นหากไม่จดทะเบียนไว้ถูกต้องตามกฎหมายแล้วย่อมทำให้ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ที่มีชื่อทางทะเบียนได้ ซึ่งหลักกฎหมายตามประมวลแห่งและพาณิชย์ของไทยน่าจะเพียงพอแล้ว

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>1</sup> Ernest J. Schuster, The Principles of German Civil Law.