บทที่ 2

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาจะซื้อจะขาย

ซื้อขายเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมาตั้งแต่ในอดีต และเป็นสัญญาที่มีการใช้มากที่สุดสัญญาหนึ่ง เริ่มจากการแลกเปลี่ยนสิ่งของกันจนมาเป็นการซื้อขายใช้เงินตราแลกเปลี่ยนสินค้า และพัฒนาการซื้อขายมากขึ้น การพิจารณาถึงสัญญาจะซื้อจะขายจึงควรพิจารณาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาซื้อขายประกอบด้วย โดยรากฐานของระบบกฎหมายล้วนมีที่มาจากกฎหมายโรมัน จึงต้องศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์โรมันแล้วจึงพิจารณาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของไทยตามลำดับ

1. ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์โรมัน

ด้วยเหตุที่กฎหมายโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญาซื้อขายของโรมัน (emptio consensu) เป็นนิติกรรมอันเป็นพื้นฐานของการพาณิชย์ในปัจจุบัน จึงควรที่จะศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายสัญญาซื้อขายของโรมันเพื่อให้เข้าใจถึงหลักพื้นฐานของสัญญาซื้อขายในปัจจุบันมากขึ้น

ในสังคมโรมันการซื้อขาย (venditio) มิได้มีสัญญากัน เพราะคู่กรณีดำเนินการจ่ายเงิน (อาจจะเป็นโลหะ) และส่งมอบสินค้าพร้อมกันโดยพิธีการที่เรียกว่า mancipitio[1] โดยใช้ทอง

[1] mancipitio เป็นการส่งมอบต่อหน้าสาธารณชนตามกรรมวิธีพิเศษ ปกติเป็นการส่งมอบทรัพย์หลังจากการซื้อขายเป็นเงินสด มีพยาน 5 คน กับคนถือตาชั่ง (libripens) และทองสัมฤทธิ์ ผู้รับมอบจะจับทรัพย์ด้วยมือข้างหนึ่ง และทองสัมฤทธิ์ด้วยมืออีกข้างหนึ่ง และประกาศดังนี้ **“**ข้าพเจ้าขอประกาศว่าทรัพย์นี้ (เช่น ทาส) เป็นของข้าพเจ้าตามสิทธิของคนโรมัน และขอให้ทรัพย์นี้ได้ถูกซื้อโดยทองสัมฤทธิ์ก้อนนี้และตาชั่งนี้**”** แล้วผู้รับมอบทรัพย์จะเคาะตาชั่งด้วยทองสัมฤทธิ์ซึ่งเขาจะมอบให้กับผู้ส่งมอบ เป็นพิธีที่ใช้สำหรับคนโรมันโดยเฉพาะ ผู้ที่ร่วมพิธีทุกคนต้องเป็นราษฎรโรมันทั้งหมด. ศึกษาเพิ่มเติมจาก ประชุม โฉมฉาย,วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เดือนตุลา,2548):44.

สัมฤทธิ์และตาชั่งอันเป็นพิธีการที่ใช้กับทรัพย์ที่ส่งมอบยาก คือ res mancipi[2] และการชั่งโลหะเป็นเพียงสัญลักษณ์เท่านั้น จึงอาจมีกรณีที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ไปโดยยังมิได้รับสิ่งของตอบแทนทันที ส่วนทรัพย์ทั่วไปซึ่งไม่ต้องมีพิธีในการส่งมอบพิเศษ (res nec mancipi) จึงเป็นการซื้อขายโดยเงินสดเสมอ[3]

แต่เดิมกฎหมายสัญญาของโรมันเกิดจากจารีตประเพณีในรูปของคำถามและคำตอบซึ่งได้กำหนดแบบไว้ เรียกว่า stipulatio คือฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามว่าท่านให้คำมั่นเช่นนั้นเช่นนี้ใช่ไหม (spondesne) อีกฝ่ายหนึ่งตอบว่าใช่ ข้าพเจ้าให้คำมั่นเช่นนั้น (spondeo) เมื่อตอบโดยถูกต้องตามแบบเกิดเป็นสัญญาผูกพันโดยวาจา (VERBIS) มีผลใช้บังคับเพราะทำตามแบบที่ถูกต้อง stipulatio นี้เป็นการเริ่มต้นหนี้ที่เกิดจากคำมั่น (promissory debt) อันพัฒนาต่อไปจนเป็นสัญญาต่างตอบแทน ส่วนหนี้ที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์ (RE) เป็นสัญญาอันมีความผูกพันเกี่ยวกับทรัพย์ (RES) เป็นหนี้อันแท้จริง(real debt) เมื่อฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์ไปก็มีหนี้ต้องนำทรัพย์มาคืน เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ เช่น ยืมใช้สิ้นเปลือง (mutuum) ,ยืมใช้คงรูป (commodatum)[4] ดังนั้นในระยะแรกของกฎหมายโรมัน ก่อนการส่งมอบทรัพย์และชำระราคา คู่กรณีจึงยังไม่มีความผูกพันกัน และแม้หลังจากส่งมอบและชำระราคากันแล้ว ก็ไม่มีอะไรให้ดำเนินการอีก โดยที่

---

[2] ในกฎหมายโรมันมีการแบ่งทรัพย์สินออกเป็น 1) res mancipi เป็นทรัพย์ที่จะโอนกันได้โดยอาศัยพิธีกรรมพิเศษ เพราะเป็นทรัพย์ที่สำคัญทางเศรษฐกิจ การส่งมอบจึงต้องมีพิธีพิเศษเพื่อให้มหาชนทั่วไปทราบว่าเปลี่ยนผู้มีกรรมสิทธิ์แล้ว ทรัพย์เหล่านี้ประกอบด้วย ทาส สัตว์พาหนะและสัตว์เลี้ยงสำคัญ 4 อย่าง (วัว,ม้า,ลา,ล่อ) ที่ดินในโรมและภาระจำยอมเหนือที่ดินนั้น สัตว์ที่เป็นประโยชน์อื่น เช่น ช้าง และ อูฐ 2) res nec mancipi เป็นทรัพย์ที่ส่งมอบแก่กันได้โดยไม่ต้องมีวิธียุ่งยาก คือการยื่นให้ หรือหยิบยื่นส่งให้ (traditio).ศึกษาเพิ่มเติมจาก ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548),:42-44.

[3] ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, เล่ม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546),:156-159.

[4] ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548),:77-78.

stipulatio กับหนี้ที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์ (re) เกิดจากสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) ก่อให้เกิดสิทธิกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและหน้าที่กับอีกฝ่ายหนึ่ง ต่อมาจึงเกิดหลัก นิติกรรมระหว่างบุคคลสองฝ่ายขึ้นมาเช่นการซื้อขายหรือการจ้าง เป็นสัญญาสองฝ่าย (bilateral contract) ก่อให้เกิดหนี้ซึ่งกันและกัน คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ตามกฎหมายโรมัน สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ (ius in personam) กับอีกบุคคลหนึ่ง เพราะฉะนั้น สาระสำคัญของสัญญาก็คือ การก่อให้เกิดหนี้อันสามารถใช้บังคับตามกฎหมายได้ คือคู่สัญญาต้องมีเจตนาจะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ (เจตนาก่อหนี้ตามกฎหมาย) โดยทำสัญญากันด้วยใจสมัคร มิได้มีการใช้กำลังบังคับข่มขู่หรือกลฉ้อฉล คู่สัญญาต้องมีความสามารถในการทำสัญญาโดยสมบูรณ์ และวัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องชอบด้วยกฎหมายและศีลธรรม กฎหมายสัญญาของโรมันเป็นเอกเทศสัญญา (law of contracts) มากกว่ากฎหมายสัญญา (contract) ทั่ว ๆ ไป[5]

ในที่สุดจึงมีสัญญาที่เกิดจากการแสดงเจตนาตรงกัน (consensual contracts) ทั้งสองฝ่ายมีหนี้ต่อกันกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทน (consensu) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ (formless;informal) สัญญาต่างตอบแทน มีลักษณะพิเศษคือ เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยความยินยอมกัน (nudo unsensu) ความยินยอมอย่างเดียวเพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญา และ หลักสุจริต (bona fides) มีบทบาทสำคัญมากในสัญญาต่างตอบแทน และคู่สัญญาไม่ต้องมาทำพิธีการพิเศษโดยคู่สัญญาต้องปรากฏตัวพร้อมกันเหมือนในสัญญาโดยวาจา (stipulatio) จึงสามารถทำสัญญากันระยะทางไกล (inter absentes) หรือโดยจดหมายได้ สัญญาต่างตอบแทนในสมัยยุคทองมี 4 อย่าง คือ สัญญาซื้อขาย (emptio venditio),เช่าทรัพย์สินหรือจ้าง (location conductio), หุ้นส่วน (societas) และตัวแทน (mandatum)[6] และที่สัญญาทั้งสี่เหล่านี้เรียกว่าเป็น consensual contracts เพราะไม่ต้องทำเป็นหนังสือ คู่สัญญาไม่ต้องมาปรากฏตัว ไม่ต้องส่งมอบ อาศัยเพียงความยินยอม (consent) ของคู่สัญญาก็เพียงพอแล้ว[7] The consensual contracts นี้ถูกพัฒนาจากความจำเป็นจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจของ Roman ในยุค the middle Republic ดังจะเห็นได้จากมีการหลั่งไหลของชาวต่างชาติเข้ามาในโรม ในช่วงต้นของศตวรรษที่ 2

---

[5] ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, น. 166-167.

[6] เรื่องเดียวกัน, น. 209-210.

[7] Andrew Borkowski and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law,Third Edition(Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 261.

ก่อนคริสตกาล (The second century BC) เศรษฐกิจของโรมเติบโตอย่างรวดเร็ว เริ่มมีสิ่งของหลายชนิดและมีความซับซ้อนมากขึ้น จึงเกิดการพัฒนาสัญญาซื้อขายโดยแยกออกจากแบบพิธีและประเพณีโบราณ สัญญาซื้อขายจึงไม่มีแบบพิธี สิ่งที่จำเป็นสำหรับสัญญาซื้อขายคือ ข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ขายและราคา[8]

1.ข้อตกลงของเจตนา (consensus) อาจทำด้วยวาจา (orally) ทำเป็นหนังสือ (in writing) ก็ได้ ในทางปฏิบัติมักมีการให้ arra (earnest money) เพื่อยืนยันถึงข้อตกลงโดยฝ่ายผู้ซื้อเป็นผู้ให้แก่ผู้ขาย arra ที่ให้อาจเป็นเงินหรือสิ่งของมีค่า เช่นแหวน ก็ได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีการให้ arra กัน แต่การให้ arra จะเป็นพยานหลักฐานของสัญญาซื้อขายเป็นการพิสูจน์ถึงเจตนาที่จะทำสัญญาจริง ๆ (proof of serious intent)

2.ทรัพย์สินที่ซื้อขาย (The thing sold) สามารถซื้อขายทรัพย์สินอะไรก็ได้ ที่ซึ่งผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ ครอบครอง หรือสามารถฟ้องร้องได้ (sue for) แต่ไม่สามารถซื้อขายทรัพย์สินนอกพาณิชย์ หลักทั่วไปคือ ทรัพย์สินทุกชนิดทั้งที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง ก็ได้ (both corporeal and incorporeal) สามารถซื้อขายได้ ถ้าไม่ใช่ทรัพย์นอกพาณิชย์ (excluded from commercium) แต่มีข้อยกเว้นบางประการ เช่น ทรัพย์ที่มีข้อกำหนดห้ามซื้อขาย (Prohibited things) ทรัพย์ซึ่งเป็นของผู้ซื้ออยู่แล้ว (Thiings belonging to the purchaser) ทรัพย์ของบุคคลอื่น (Res aliena หรือ another ‘s property) ทรัพย์ซึ่งไม่มีตัวตน (Non-existent things) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างระหว่างสัญญาซึ่งหยุดความมีตัวตนก่อนสัญญาจะทำขึ้น (เช่น ทรัพย์สินที่เน่าเปื่อย (purished things)) ซึ่งการซื้อขายทรัพย์สินที่สูญสลายไปก่อนทำสัญญา สัญญาซื้อขายทรัพย์นั้นเป็นโมฆะ กับทรัพย์สินซึ่งจะมีตัวตนขึ้นภายหลังทำสัญญา (เช่น ทรัพย์สินในอนาคต (future things))[9]

กรณีการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต (Future things) เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมีศักยภาพที่จะเกิดขึ้นได้ สัญญาซื้อขายทรัพย์นี้สามารถทำได้ (valid) และเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปว่า ไม่สามารถมีสัญญาซื้อขายได้ถ้ายังไม่มีทรัพย์ที่จะขาย (there could not be a sale if there was no thing to be sold) การขายความเป็นไปได้ของผลิตผลทางเกษตรกรรม เช่น ข้าว

---

[8] Ibid., pp. 261-263.

[9] Ibid., pp. 264.

สาลีในปีหน้า เป็นต้น เป็นการทำกันทั่วไป ซึ่งกฎหมายยอมรับให้ทำได้ ซึ่งสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตแยกเป็น 2 ประเภทด้วยกันคือ[10]

a. emptio rei speratae เป็นการขายทรัพย์สินที่คาดหมายว่าจะได้ (expected thing) มีลักษณะเป็น ซื้อขายมีเงื่อนไข (a condition sale) คือการซื้อขายที่มีเงื่อนไขว่าทรัพย์นั้นจะมีขึ้นในอนาคตถ้าไม่เกิดมีขึ้น ก็ไม่มีหนี้

b. emptio spei เป็นการขาย “โอกาส” (chance) เป็นสัญญาเสร็จเด็ดขาด (an absolute) ถ้าผู้ซื้อ ซื้อ “โอกาส” เขาก็จะได้รับความเสี่ยงว่าทรัพย์นั้นอาจไม่เกิดมีขึ้นและต้องชำระราคาตามที่ตกลงไม่ว่าทรัพย์นั้นจะเกิดหรือไม่ก็ตาม

3.ราคา (The Price) ข้อตกลงเรื่องราคาก็เป็นสิ่งสำคัญในสัญญาซื้อขาย (There is no sale without a price) โดยราคาต้องเป็นเงิน ซึ่งเป็นหลักที่มีอยู่ในช่วงยุคคลาสสิค เพราะผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่และความรับผิดในสัญญาซื้อขายที่แตกต่างกัน ดังนั้นจะเป็นการยากที่จะรู้ว่าใครเป็นผู้ซื้อถ้าราคาไม่ใช่เงิน ซึ่งเงินต้องเป็นจำนวนแน่นอน หรือสามารถคำนวณได้ หากคู่สัญญาไม่ตกลงกันเรื่องราคา สัญญาจะเป็นโมฆะ

สัญญาซื้อขาย (EMPTIO VENDITIO) คือสัญญาที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันเป็นสัญญาต่างตอบแทน (consensu) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือผู้ขาย (venditor) ผูกพันตนเองในการที่จะจัดหาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือผู้ซื้อ (emptor) ซึ่งการครอบครองทรัพย์สินโดยสันติสุขและถาวร โดยมีการใช้ราคาทรัพย์สินเป็นเงิน[11]

สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นในขณะที่คู่สัญญาตกลงกันได้ในเรื่องทรัพย์สินที่จะซื้อขาย และราคาโดยมีเจตนาที่จะก่อหนี้ต่อกันและกัน หนี้ทั้งสองฝ่ายจึงเกิดขึ้น การเกิดขึ้นของสัญญาย่อมเป็นอิสระจากการปฏิบัติตามสัญญา[12] ดังนั้นสัญญาซื้อขาย (emptio venditio) จึงหมายถึงสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือผู้ขาย (venditor) ผูกพันตนเองในการที่จะจัดการให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือผู้ซื้อ (emptor) ซึ่งการครอบครองทรัพย์สินโดยสันติสุขและถาวร (possession

---

[10] Ibid.

[11] เพิ่งอ้าง, น. 216.

[12] ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, น. 142.

paisible et durable) โดยมีการใช้ราคาทรัพย์สินเป็นเงิน[13] และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ผู้ขายมีพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา และผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาตามที่ตกลงกัน[14]

อย่างไรก็ตาม สัญญาซื้อขายก่อให้เกิดเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์นั้นยังต้องทำตามแบบพิธี โดยที่คนโรมันมีวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (dominium) ในทรัพย์สินดังนี้

1. ORIGINAL MODES เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยตนเอง ไม่ต้องอ้างผู้อื่น เช่น การครอบครองปรปักษ์ (USUCAPIO)

2. DERIVATIVE MODES เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยรับมอบจากผู้อื่น สามารถแบ่งออกได้เป็น[15]

- IURE CIVILE เช่น MANCIPATIO และ IN IURE CESSIO
- IURE GENTIUM เช่น TRADITIO

---

[13] ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, น. 216.

[14] ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, น. 159.

[15] IURE CIVILE เป็นกฎหมายเอกชนโรมันซึ่งใช้เฉพาะกับพลเมืองโรมันเท่านั้น

IN IURE CESSIO เป็นการส่งมอบโดยกระทำต่อหน้า praetor ผู้รับมอบและผู้ส่งมอบทรัพย์ปรากฏต่อหน้า praetor ผู้รับมอบทรัพย์จับทรัพย์ที่จะส่งมอบกันแล้วประกาศกรรมสิทธิ์เหมือนใน mancipatio praetor จะถามผู้ส่งมอบว่าเขาอ้างกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกันหรือไม่ ผู้ส่งมอบจะนิ่งเฉยเสีย หรือตอบว่า “ไม่” praetor จึงตัดสินหรือชี้ขาดให้ทรัพย์ตกเป็นของผู้รับมอบ

IURE GENTIUM เป็นกฎหมายโรมันที่ใช้กับนิติสัมพันธ์ที่มีคนต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง

TRADITIO เป็นการหยิบยื่นส่งให้ แต่บางกรณี ลักษณะของทรัพย์ทำให้การยื่นส่งให้เฉย ๆ เป็นไปไม่ได้ทางกายภาพ กฎหมายโรมันจึงยอมให้การกระทำต่อไปนี้ถือเป็นการหยิบยื่นส่งให้ 1) TRADITIO BREVI MANU (การส่งมอบด้วยมือสั้น) คือผู้รับมอบทรัพย์ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่แล้ว แต่ไม่ได้ครอบครองในฐานะเจ้าของ ต่อมาจึงได้ครอบครองในฐานะเจ้าของ 2) TRADITIO LONGA MANU (การส่งมอบด้วยมือยาว) ใช้ในกรณีเหลือวิสัยที่จะนำทรัพย์ไปยื่นให้แก่ผู้รับมอบ เช่น อสังหาริมทรัพย์ ไม่สามารถส่งให้ด้วยมือได้ จึงพาผู้รับมอบขึ้นไปบนหอคอยเพื่อชี้ให้เห็นบริเวณที่ดินทั้งหมด 3) CONSTITUTUM POSSESSORIUM (สัญญาว่าด้วยการครอบครอง) เป็นการกระทำที่ถือเสมือนการส่งมอบความครอบครองให้ เช่น ก. ขายที่ดินแก่ ข. แต่ ก. ยังอยู่ในที่ดินนั้นต่อไปในฐานะผู้เช่า ถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปยัง ข. แล้ว แม้ ข. จะไม่ได้รับทรัพย์ไป ศึกษาเพิ่มเติมจากประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, น. 48-49.

การได้กรรมสิทธิ์นี้ขึ้นอยู่กับการส่งมอบ (conveyance) อันแยกออกจากนิติกรรม เพราะกฎหมายโรมันมีหลักว่า ทรัพยสิทธิ (iura in rem) มีผลกระทบต่อทุกคน จึงไม่ควรก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่เปิดเผย ส่วน บุคคลสิทธิ (iura in personam) จะก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่เปิดเผยก็ได้ ดังนั้น การส่งมอบที่ให้คนจำนวนมากเห็นก็เพื่อให้เป็นที่รู้กันทั่วไป ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นได้เปลี่ยนมือแล้ว ซึ่งการซื้อขายก็เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยรับมอบจากผู้อื่น การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจึงขึ้นอยู่กับการส่งมอบเช่นกัน[16]

ดังนั้น สัญญาซื้อขาย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะยังไม่ผ่านมือไปยังผู้ซื้อจนกว่า จะได้มีการส่งมอบโดยถูกต้องแล้ว เพราะกฎหมายโรมันได้แยกสัญญาออกจากการส่งมอบโดยเด็ดขาด[17] แต่สัญญาซื้อขายก็มิได้เป็นสัญญาเบื้องต้นของการโอนกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขาย ซึ่งต้องการทำสัญญาผูกพันกันไว้ขั้นหนึ่งก่อน หรือ สัญญาจะซื้อจะขายนั้นไม่อาจทำให้มีผลผูกพันตามกฎหมายได้ หากไม่ทำในรูปแบบของแบบพิธีที่เกิดจากการเปล่งวาจา หรือ stipulation[18] ทั้งนี้ เพราะในสมัยโรมันไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียว แต่เป็นกฎหมายเอกเทศสัญญา (LAW OF SPECIFIC CONTRACTS) ดังนั้น ลำพังเพียงแต่คู่กรณีสองฝ่ายมีความเห็นตรงกัน จึงไม่ก่อให้เกิดเป็นสัญญา สัญญาจะเกิดได้ต้องทำตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ต่างจากในปัจจุบันซึ่งคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่หากคู่สัญญาต้องการทำนิติกรรมบางอย่างนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ อาจจะใช้ stipulatio ได้ โดยทำ stipulatio พร้อมกัน 2 อัน โดยที่ในอันแรกผู้ซื้ออาจสัญญาที่จะชำระราคา ส่วนในอีกอันหนึ่ง ผู้ขายให้คำมั่นที่จะส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ ก็จะมีสัญญาฝ่ายเดียว 2 ฉบับ ซึ่งทำให้ฝ่ายผู้ซื้อสามารถเรียกร้องให้ส่งมอบทรัพย์ได้ทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีการชำระราคาสินค้า ซึ่งเป็นการยุ่งยากและใช้ได้เฉพาะบางเรื่องที่ง่าย ๆ เท่านั้น[19]

---

[16] ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, น. 48-62.

[17] เรื่องเดียวกัน, น. 86.

[18] จำปี โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, , พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548),:66.

[19] ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, น. 78-79.

2. ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายไทย

เนื่องจากสัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ซึ่งหมายถึง การแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ในลักษณะของคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกัน เพื่อที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ[20] ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติถึงสัญญาจะซื้อจะขายไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 456 วรรคสอง จึงควรศึกษาถึงประวัติศาสตร์ของสัญญาจะซื้อจะขายของไทยเพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะและความหมายของสัญญาดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ในระยะก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และระยะที่จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

2.1 สัญญาจะซื้อจะขายในระยะก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในสมัยโบราณ สัญญาไม่ค่อยมีความสำคัญดังเช่นในปัจจุบัน เนื่องมาจากเหตุผลในระเบียบทางเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือครอบครัวหนึ่งหรือหมู่คณะหนึ่งผลิตได้เกือบเท่าที่จำเป็นเพื่อการทรงชีพของสมาชิกแห่งครอบครัวหรือหมู่คณะนั้น ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับหมู่คณะอื่นจึงมีน้อย ความผูกพันทางสัญญาปรากฏขึ้นชั้นแรกในรูปของการเป็นทาส หรือการอยู่ใต้บังคับบัญชา เสมือนผู้เป็นประมุขปกครองคนในบังคับ บิดาปกครองบุตร สามีปกครองภรรยา ความเข้าใจในเรื่องสัญญาตามบทกฎหมายเก่าจึงแตกต่างจากปัจจุบัน ในปัจจุบัน สัญญาคือข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย แต่สัญญาในกฎหมายเก่ามิได้เกิดขึ้นจากการตกลงของเจตนา ยังไม่ยอมรับว่าบุคคลหนึ่งอาจที่จะต้องผูกพันโดยเพียงแต่ให้คำรับรองกับคนอื่นเท่านั้น บุคคลหนึ่งจึงไม่อาจมีความผูกพัน(พันธะ)ต่อบุคคลอื่นนอกจาก 2 กรณีต่อไปนี้คือ[21]

1) สัญญาตามแบบพิธี บุคคลหนึ่งอาจต้องผูกพันต่อบุคคลอื่นโดยการปฏิบัติให้สำเร็จตามแบบพิธีอันจำกัดไว้ตามจารีตประเพณี เช่น แสดงกิริยาบางประการ หรือ ให้ถ้อยคำรับรอง

---

[20] จำปี โสตถิพันธุ์,คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ,น.23

[21] ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), เล่ม 2:160-165.

บางอย่าง ผู้เป็นฝ่ายที่เข้ามาผูกพันซึ่งกันและกันจึงมิใช่โดยการแสดงเจตนาของตน แต่โดยการปฏิบัติตามแบบพิธีที่ต้องการ

การถือตามแบบ เป็นทางที่กำหนดความยินยอมของผู้เป็นฝ่ายให้แน่นอนขึ้น เพราะการผูกพันโดยสัญญาดูประหนึ่งเป็นเหตุการณ์พิเศษ และค่อนข้างจะไปนอกทางของระเบียบชุมชนสมัยนั้น ชุมชนสมัยโบราณจึงสร้างการผูกพันระหว่างกันขึ้นให้เป็นแบบพิธี[22]

สัญญาตามแบบพิธี จะเป็นผลก็ต่อเมื่อได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร[23] การทำตามแบบพิธีเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา หากมิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตกเป็นโมฆะ[24]จะมาฟ้องร้องกันมิได้ การทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงเป็นสิ่งบังคับ เป็นสิ่งสำคัญที่ก่อให้เกิดหนี้ มิใช่เป็นเพียงสิ่งที่พิสูจน์ถึงความเป็นหนี้ เช่น สัญญากู้ใด ๆ ที่กระทำขึ้นสำหรับจำนวนเงินตั้งแต่ตำลึงหนึ่งขึ้นไป จะต้องมีกรมธรรม์[25]แกงไดเป็นสำคัญ[26] หรือ สัญญาฝากสินค้าไปขาย ต้องทำเป็นหนังสือต่อหน้าพยาน มิฉะนั้นเจ้าของสินค้าไม่สามารถฟ้องร้องผู้รับฝากได้[27]

สัญญาตามแบบพิธี หรือ สัญญาลายลักษณ์อักษรจึงได้แก่ สัญญากู้ สัญญาขายคนลงเป็นทาส สัญญาค้ำประกัน สัญญาบนบาน สัญญาฝากสินค้าให้ขาย สัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์ และสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

2) ทรัพยสัญญา (contract real) บุคคลหนึ่งอาจต้องผูกพันต่อบุคคลอื่น เพราะเหตุว่าบุคคลนั้นได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตน แต่มิได้มีเจตนาสละกรรมสิทธิ์และบังคับให้ส่งคืนทรัพย์นั้นภายหลังชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือให้ หรือกระทำสิ่งอื่นเพื่อเป็นการตอบแทน ความผูกพันจึงเกิดขึ้น

---

[22] เพิ่งอ้าง, น. 164.

[23] เพิ่งอ้าง, น. 176.

[24] เพิ่งอ้าง, น. 207.

[25] “กรมธรรม์” ใช้เรียกหนังสือที่ใช้ในสัญญากู้ สัญญาขายคนลงเป็นทาส และสัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์ น่าเชื่อว่า หมายถึง หนังสือซึ่งตกอยู่ในแบบพิเศษ เช่น ต้องกระทำต่อหน้าตุลาการหรือเจ้าหน้าที่โดยเป็นผู้ต้องพิสูจน์ความจริงแท้ของสัญญา

ส่วน “หนังสือ” หรือ “เอกสาร” เช่นที่ใช้ในเรื่องสัญญาค้ำประกันไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องทำเป็นแบบพิเศษ

[26] เพิ่งอ้าง, น. 177-178.

[27]เพิ่งอ้าง, น. 209.

เพราะการส่งมอบทรัพย์ ผู้ใดที่ยึดถือทรัพย์ของผู้อื่นไว้ย่อมเป็นธรรมดาที่จะต้องส่งคืน หรือกระทำสิ่งใดซึ่งตนรับรองไว้เป็นการตอบแทน มิฉะนั้น เท่ากับว่าผู้นั้นเอาทรัพย์ของเขาไว้โดยไม่มีสิทธิ

ทรัพยสัญญา เช่น สัญญายืม ซื้อขาย เข้าหุ้นส่วน ฝาก เช่าทรัพย์ จ้างแรงงาน แลกเปลี่ยน จำนำ ฯลฯ สัญญาเหล่านี้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อบุคคลฝ่ายหนึ่งได้มอบสิ่งของให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หากไม่มีการส่งมอบย่อมไม่มีความผูกพันแต่อย่างใด เช่น การซื้อขายในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะไม่สมบูรณ์จนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตนเสร็จแล้ว คือผู้ขายได้ส่งมอบสิ่งของหรือ ผู้ซื้อได้ชำระราคา หากเพียงแต่ตกลงกันเท่านั้นข้อตกลงนั้นก็เป็นอันไร้ผล จึงอาจถือได้ว่าทรัพยสัญญานั้น ไม่มีสัญญาใดที่เกิดขึ้นจากความตกลงของเจตนา แต่เกิดจากการส่งมอบสิ่งของให้อีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์ซึ่งเกิดจากทรัพยสัญญามีลักษณะเหนือทรัพย์ จึงต่างจากสัญญากู้หรือสัญญาขายคน ที่เป็นความผูกพันเหนือตัวบุคคล[28]

เมื่อกล่าวเฉพาะถึงสัญญาซื้อขาย กฎหมายเก่าของไทยการซื้อขายมิได้เกิดขึ้นจากการตกลงของเจตนาเท่านั้น สัญญาซื้อขายจะสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้เป็นฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่ออีกฝ่ายแล้ว ความตกลงของเจตนาไม่สามารถสร้างความผูกพันซึ่งจะนำมาฟ้องร้องต่อศาลได้ การที่ผู้ซื้อต้องชำระราคาเป็นเพราะได้รับเอาทรัพย์สินไว้ ส่วนผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เพราะได้รับราคาสิ่งของไว้ มิใช่เพราะมีความผูกพันตามข้อตกลง สัญญาซื้อขายจึงไม่เกิดขึ้นหากผู้ซื้อมิได้รับมอบสิ่งของไว้ หรือผู้ขายมิได้รับชำระราคาไว้[29]

สรุปได้ว่า ในระยะก่อนจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาเกิดขึ้นจากสิ่งอื่นมิใช่เกิดโดยความตกลงของเจตนา กล่าวคือ สัญญาตามแบบพิธีจะเกิดเป็นสัญญาต่อเมื่อได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (เพราะเกิดจากการที่ลูกหนี้ต้องตกอยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของเจ้าหนี้) ส่วนทรัพยสัญญา สัญญาเกิดขึ้นจากการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบทรัพย์ให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งไว้(ความผูกพันจึงเกิดจากการที่ตนได้ยึดถือทรัพย์ของผู้อื่นไว้)

ดังนั้น ลำพังแต่การแสดงเจตนาทำสัญญาซื้อขายกัน ยังไม่ก่อให้เกิดหนี้ หากมิได้มีการส่งมอบทรัพย์อย่างใดให้แก่กันไว้[30]สัญญาจะซื้อจะขายซึ่งเป็นความผูกพันกันโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา จึงไม่อาจจะมีได้ในระยะก่อนจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้

---

[28] เพิ่งอ้าง, น. 171-172.

[29] เพิ่งอ้าง, น. 233.

[30] จำปี โสตถิพันธุ์, <u>คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้</u>, น. 70.

2.2 สัญญาจะซื้อจะขายในระยะที่มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การซื้อขายในประเทศไทย ได้มีวิวัฒนาการจากการซื้อขายที่เป็นทรัพยสัญญา ที่ให้ความสำคัญกับการส่งมอบทรัพย์ จนมามีการยอมรับถึงหน้าที่ความผูกพันต่อกันโดยความตกลงของเจตนาระหว่างกันเท่านั้น แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยังมิได้ปฏิบัติการชำระหนี้ของตนก็ตาม[31]ได้มีการนำหลักกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี และฮอลันดามาเป็นโครงรูปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขายนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 453[32]กล่าวคือ สัญญาเกิดโดยความตกลงเท่านั้น (Solo Consensu) ไม่ต้องมีพิธีอะไรอีก กรรมสิทธิ์ผ่านมือทันที ต่างจากกฎหมายโรมัน เยอรมัน และญี่ปุ่น ซึ่งสัญญาซื้อขายเป็นแต่เพียงสัญญาจะโอนกรรมสิทธิ์[33]

ในระยะที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะซื้อขาย จึงมีการนำเรื่องสัญญาจะซื้อจะขายขึ้นพิจารณา เพราะมีปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายที่ดิน ซึ่งคู่สัญญาว่าจะซื้อขายที่ดินนั้นเป็นสัญญาเบื้องต้นก่อนแล้วจะทำการซื้อขายให้สำเร็จบริบูรณ์ต่อไป แต่ขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาจะซื้อจะขาย คงมีบัญญัติไว้แต่เฉพาะสัญญาซื้อขาย (มาตรา 453) ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเปลี่ยนมือไปยังผู้ซื้อเมื่อทำสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ (มาตรา 458)[34]ผู้ร่างกฎหมายมีความเห็นว่า สัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง อยู่ในลักษณะสัญญา บรรพ 1 และ 2 แล้ว มีผลบังคับดังเช่นสัญญาทั่วไป โดยลูกหนี้ในสัญญาจะซื้อจะขายต้องมาทำการซื้อขายเด็ดขาด (ให้เจ้าหนี้) เพียงแต่ ผู้ร่างกฎหมายเข้าใจว่าสัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาที่ผูกพันฝ่ายเดียว (Unilateral Contract) ส่วนซื้อขายเด็ดขาดนั้นเป็นสัญญาที่ผูกพันทั้งสองฝ่าย เพราะกรรมสิทธิ์ได้โอนไปแล้ว แต่สัญญาจะซื้อจะขายนั้นกรรมสิทธิ์ยังไม่โอน จึงฟ้องร้องบังคับได้เฉพาะให้มาทำสัญญาซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์กัน[35]จึงไม่จำเป็นต้องตั้งคำนิยามของสัญญาจะซื้อจะขายให้ซ้ำกับหลักทั่วไปอีก[36]

นอกจากนี้ ยังมีการพิจารณาถึงวัตถุของสัญญาซื้อขายว่าควรมีบทบัญญัติห้ามขายของของคนอื่นหรือไม่ เพราะสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นโดยความตกลงเท่านั้น และกรรมสิทธิ์จะเปลี่ยน

---

[31]ร. แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, น. 232.

[32] รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 2 มิถุนายน 2467 น.1212

[33]รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 29 พฤษภาคม 2467 น.1202

[34]รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 21 พฤษภาคม 2467 น.1179-1180

[35] รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 22 พฤษภาคม 2467 น.1186

[36]รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 29 พฤษภาคม 2467 น.1207

มือทันที แต่ผู้ร่างกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายประเพณีของไทยมีว่า ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน อยู่แล้ว ถ้าจะขายของของคนอื่นจึงเป็นได้แต่สัญญาจะซื้อจะขาย ถ้าผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ให้ผู้ซื้อไม่ได้ ก็ต้องรับผิดฐานไม่ชำระหนี้ จึงไม่จำต้องบัญญัติห้ามไว้[37]

อนึ่ง เรื่องการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาจะซื้อจะขาย ผู้ร่างกฎหมายมีความเห็นกันว่า สัญญาจะซื้อจะขายนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอน จะต้องฟ้องร้องให้บังคับ (Specific Performance) ให้ทำสัญญาซื้อขายโอนกรรมสิทธิ์และถ้าเป็นที่ดินจะต้องไปทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน[38]และถ้าจะให้ที่ดินเป็นทรัพย์สินพิเศษประเภทหนึ่ง จะทำอะไรต้องเป็นเอกสารทั้งนั้น ผิดกับทรัพย์สินประเภทอื่น ก็ควรจดลงไว้ให้หมด ไม่ควรเปิดโอกาสให้เอาบททั่วไปในลักษณะ “หนี้” มาใช้บังคับ หรือมาแปล[39]จนท้ายที่สุด ได้มีการเสนอร่างมาตรา 456 ว่าสัญญาจะซื้อจะขายทรัพย์ตามที่บัญญัติในมาตรานี้ต้องให้มีเอกสาร หรือมีการวางเงินกันให้แน่นอน[40]จึงได้มีบทบัญญัติเรื่องหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาจะซื้อจะขายไว้ในมาตรา 456 วรรคสอง

จากการศึกษาถึงเหตุผลในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะซื้อขายแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าแม้จะไม่มีบทบัญญัติเรื่องสัญญาจะซื้อจะขายไว้ในอดีต แต่ในทางปฏิบัติก็มีการทำสัญญาจะซื้อจะขายอยู่แล้ว และกฎหมายก็ยอมรับให้ทำได้ ผู้ร่างกฎหมายจึงพยายามบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เพื่อมิให้เกิดปัญหาในภายหลัง แต่สุดท้ายก็มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาจะซื้อจะขายไว้ คงปล่อยให้ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักสัญญาทั่วไป มีบัญญัติไว้แต่เพียงหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีในสัญญาจะซื้อจะขายทรัพย์สินชนิดพิเศษไว้เท่านั้น ทำให้เข้าใจลักษณะของสัญญาจะซื้อจะขายได้ชัดเจนขึ้นว่า สัญญาจะซื้อจะขายนั้นเป็นสัญญาที่ยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์โดยมีความผูกพันที่ต้องมาทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดกัน จึงเกิดผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ขึ้น มีความผูกพันกันตามหลักของสัญญาทั่วไป สามารถตกลงจะซื้อ

---

[37]เพิ่งอ้าง, น. 1202-1203.

[38] พระยาจินดาภิรมย์ฯ ในรายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 22 พฤษภาคม 2467 น.1186

[39] หลวงสารสาสน์ประพันธ์ ในรายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 2 มิถุนายน 2467 น.1213-1214

[40] พระยามานวราชเสวี ในรายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 29 พฤษภาคม 2467 น.1203

จะขายทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายกันได้ทุกประเภท เพียงแต่ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็นทรัพย์สินชนิดพิเศษตามมาตรา 456 จะต้องไปทำการซื้อขายต่อหน้าเจ้าพนักงาน หากทำเป็นสัญญาจะซื้อจะขายก็ต้องมีหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีตามมาตรา 456 วรรคสอง นั่นเอง