

# หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์\*

กิตติศักดิ์ ปรกติ\*\*

## 1. ความเบื้องต้น

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์ (Die Lehre vom “Straten dinglichen Vertrag” : Abstract Real Contract) เป็นสถาบันทางกฎหมายในกฎหมายลักษณะทรัพย์ของเยอรมัน และนับเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะสำหรับกฎหมายแพ่งเยอรมัน แม้ว่าหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์นี้จะมีได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่และทั่วถึงในบรรดาประเทศต่าง ๆ ในตระกูลกฎหมายเยอรมันก็ตาม หลักกฎหมายนี้ก็นับเป็นหลักที่ได้รับความสนใจจากวงการนิติบัญญัติ วงการตำรา และวงการศาลในประเทศเหล่านี้เป็นอย่างสูง

\* เรื่อง “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์” นี้ แปลถอดความมาจากตอนหนึ่งในหนังสือ Konrad Zweigert/Hein Kotz : Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I, Tübingen 1971 หนังสือเล่มนี้ได้มีผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษแล้วคือ Tony Weir : An Introduction to Comparative Law, Vol.1, 1977 ซึ่งเป็นหนังสือที่อาจารย์ผู้บรรยายวิชาซีวิลลอว์ ชั้นปริญญาโทในคณะนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ คือ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ แนะนำให้นักศึกษาในวิชานี้อ่านประกอบการศึกษามาตั้งแต่ พ.ศ. 2523 ผู้แปลหยิบยกเอาความบทนี้มาแปลเผยแพร่ก็เพื่อช่วยในการทำความเข้าใจแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลักษณะเด่นของกฎหมายแพ่งเยอรมันอันเป็นต้นตอสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กับเป็นเครื่องเปรียบเทียบเพื่อทำความเข้าใจกฎหมายลักษณะทรัพย์ของไทยให้ลึกซึ้งกว้างขวางขึ้นต่อไป อนึ่ง หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์นี้ได้รับความสนใจจากนักนิติศาสตร์ไทยบางท่านมานานแล้ว ดังเช่นที่ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวไว้ในหนังสือกฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ 1 (พ.ศ. 2516) ของท่าน โดยท่านเป็นผู้บัญญัติศัพท์คำว่า “นิติกรรมลอย (Abstraktes Rechtsgesch a ft) เอาไว้ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ แม้จะไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนิติกรรมลอยโดยตรง แต่ก็ได้อธิบายความคิดอันเป็นรากฐานสำคัญของเรื่องนี้ไว้ในบทความเรื่อง “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน” ในหนังสือดุลพินิจ เมื่อปี 2511 ดร. รงพล เจริญพันธุ์ ก็ได้กล่าวถึงนิติกรรมลอยเอาไว้ในหนังสือ กฎหมายแพ่ง – หลักทั่วไป (พ.ศ. 2520) การนำเสนอบทความเรื่องนี้ขึ้นมาอีกก็ด้วยหวังว่าจะมีส่วนช่วยขยายแนวคิดที่มีผู้เสนอไว้แล้วให้มีรายละเอียดเพิ่มเติมขึ้น สำหรับช่วยในการไต่ตรองทำความเข้าใจเรื่องทำนองเดียวกันในกฎหมายไทยต่อไปเท่านั้น

\*\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หลักกฎหมายดังกล่าวยังเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าข้อโต้แย้งต่าง ๆ ในทางกฎหมายซึ่งยังดำรงอยู่ในกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ในตระกูลกฎหมายเยอรมันทุกวันนี้มีส่วนที่เป็นผลมาจากหลักคำสอนทางกฎหมายของพวกนักกฎหมายโรมัน สมัยใหม่ หรือที่เรียกกันว่า พวก Pandektist อย่างเห็นได้ชัด หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สินนี้ยังแสดงให้เห็นถึงนิสัยของนักกฎหมายเยอรมันที่ชอบแยกแยะวิเคราะห์ เพื่อสกัดเอาข้อความคิดที่เป็นแก่นแกนกลางของเหตุการณ์ต่าง ๆ ในชีวิตประจำวันออกมา และยิ่งไปกว่านั้นหลักกฎหมายเรื่องนี้ยังแสดงให้เห็นถึงความกระหายในการแก้ปัญหาทางทฤษฎีอันเป็นแบบฉบับของกฎหมายเยอรมันซึ่งเพิ่งจะคลายตัวลงไปบ้างในรอบสิบปีที่ผ่านมา

คำอธิบายต่อไปนี้จะเขียนขึ้นเพื่อผู้อ่านที่ไม่คุ้นเคยกับหลักกฎหมายของตระกูลกฎหมายเยอรมัน ด้วยเหตุนี้จึงมุ่งจะอธิบายแต่เพียงแก่หลักพื้นฐานของหลักกฎหมายนี้เท่านั้น

## 2. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยในกฎหมายเยอรมัน

### 2.1 ความคิดพื้นฐาน

ระบบกฎหมายต่าง ๆ ของโลกมีหลักกฎหมายที่ใช้อธิบายปัญหาว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้ตกลงซื้อขายกันจะผ่านมือ ไปยังผู้ซื้อเมื่อใดแตกต่างกันออกไป

ตามกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายตระกูลโรมันและในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์) นั้น มีหลักอยู่ว่า ผู้ซื้อย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปทันทีที่สัญญาซื้อขายสำเร็จลง

ในประเทศอื่น ๆ ยังมีข้อกำหนดเพิ่มขึ้นอีกประการหนึ่ง กล่าวคือนอกจากมีสัญญาซื้อขายแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันจะโอนไปยังผู้ซื้อก็ต่อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ซื้อ หรือได้กระทำการอื่นใดที่มีผลเท่ากับการส่งมอบแก่ผู้ซื้อแล้ว

ในบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศเยอรมัน ยังมีข้อกำหนดที่เป็นพิเศษยิ่งขึ้นไปอีก คือนอกจากการส่งมอบหรือการกระทำที่มีผลเทียบเท่าการส่งมอบแล้ว ยังจะต้องมีการตกลงระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเป็นพิเศษด้วย ทั้งนี้โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องตกลงให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อด้วย ข้อตกลงชนิดนี้มีชื่อเรียกในตระกูลกฎหมายเยอรมันว่า “สัญญาทางทรัพย์สิน – dinglicher Vertrag” หรือ “การตกลงทางทรัพย์สิน – dingliche Einigung” ควรเข้าใจด้วยว่าสัญญาทางทรัพย์สินนี้แตกต่างจากสัญญาทางหนี้ที่คู่กรณีกระทำขึ้นเมื่อตกลงทำสัญญาซื้อขายกันในข้อสำคัญทีเดียว กล่าวคือ ในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายเยอรมันนั้นผู้ขายเพียงแต่ผูกพันตนที่จะโอนทรัพย์สินที่ตกลงซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนในสัญญาทางทรัพย์สินนั้นผู้ขายตกลงโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อคือผู้ขายปฏิบัติตามภาระหน้าที่ทำไว้โดยผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อ ให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นต่อไป นอกจากการยอมรับความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาทางทรัพย์สิน ดังว่ามานี้แล้ว ถ้าหากระบบกฎหมายใดยังถือหลักต่อไปอีกขั้นหนึ่งว่า ความมีผล

ของสัญญาซื้อขายกับความมีผลของสัญญาทางทรัพย์สินนั้นแยกเป็นอิสระจากกัน ดังนั้นก็เรียกว่าระบบกฎหมายนั้นถือหลักกฎหมายที่เรียกกันว่า “สัญญาลอยทางทรัพย์สิน – abstrakter dinglicher Vertrag” อันได้แก่กรณีของกฎหมายเยอรมันนั่นเอง

โดยนัยแห่งหลักกฎหมายว่าด้วย “สัญญาลอยทางทรัพย์สิน” นั้น เมื่อผู้ซื้อได้ทำสัญญา “ทางทรัพย์สิน” กับผู้ขายคือตกลงโอนกรรมสิทธิ์ และได้รับมอบทรัพย์สินที่ซื้อกันนั้นจากผู้ขายแล้ว ผู้ซื้อย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ถึงแม้ว่าสัญญาซื้อขายนั้นจะตกเป็นโมฆะมาแต่แรกหรือสิ้นผลไปเพราะถูกบอกล้างไปภายหลัง หรือสัญญาซื้อขายนั้นไม่มีผลเพราะเหตุหนึ่งเหตุใดก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่าข้อตกลงทางทรัพย์สินนั้นเป็นข้อตกลงที่ “ลอย” (abstrakt) หรือปราศจากสัญญาซื้อขายที่เป็นมูลเหตุของสัญญาทางทรัพย์สิน กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนกันโดยสัญญาทางทรัพย์สินนั้นย่อมจะโอนไปยังผู้ซื้อแล้วตั้งแต่ตกลงโอนและส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า สัญญาซื้อขายไม่มีผลหรือมีผลมาแต่ต้นแล้วมาเสียไปภายหลังอย่างไรก็ดีแม้ในกรณีที่ผู้ซื้อจะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แต่การได้กรรมสิทธิ์นี้ก็เป็นการได้มาโดยสัญญาที่ไม่มีผล เรียกได้ว่าเป็นการได้มาโดยปราศจากเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย (sine causa) ด้วยเหตุนี้เขาจึงไม่ควรมิตินทรีย์ที่จะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เป็นของตัวเองตลอดไป และต้องมีหน้าที่คืนทรัพย์สินแก่ผู้ขายในฐานะที่การได้กรรมสิทธิ์มานั้นเป็น “ลาภมิควรได้” อันเป็นกรณีตามมาตรา 812 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้นหลักที่ว่านี้มิได้ใช้เฉพาะเรื่องซื้อขายเท่านั้น แต่ยังใช้กับกรณีสัญญาให้ แลกเปลี่ยน หรือการโอนทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้เพื่อประกันการกู้ยืม หรือการโอนทรัพย์สินแก่ทรัพย์สินเพื่อจัดการทรัพย์สินด้วย ควรเข้าใจด้วยว่าในกรณีทั้งหลายเหล่านี้มีนิติกรรมที่แตกต่างกัน 2 ประเภทมาเกี่ยวข้องกันอยู่ กล่าวคือ “นิติกรรมที่เป็นมูล” หรือ “นิติกรรมที่เป็นเหตุ” อันได้แก่สัญญาทางหนี้เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาให้ สัญญาค้ำประกัน หรือสัญญาตั้งทรัสต์ เหล่านี้ประเภทหนึ่ง กับอีกประเภทหนึ่งคือ “นิติกรรมที่ทำให้สัญญาสำเร็จผล” หรือ “นิติกรรมที่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้” อันได้แก่การโอนทรัพย์สินให้สำเร็จล่วงไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นมูล ที่นี้ถ้าหากปรากฏว่านิติกรรมที่เป็นมูลนั้นตกเป็นโมฆะ นิติกรรมอีกประเภทหนึ่ง คือ “นิติกรรมที่ทำให้สัญญาสำเร็จผล” ก็อาจมีผลสมบูรณ์ได้ เพราะนิติกรรมประเภทหลังนี้ เป็นนิติกรรมลอยแยกจากนิติกรรมที่เป็นมูลและด้วยเหตุนี้ผู้ซื้อหรือผู้รับให้หรือเจ้าหนี้ผู้รับสัญญาค้ำประกัน หรือทรัสต์ผู้รับโอนทรัพย์สินก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนมาโดยปริบูรณ์

หลักว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สินนี้ไม่เพียงแต่จะใช้กับการโอนทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นสิ่งหาหรืออสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หากแต่ยังใช้กับเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องอีกด้วย ในกรณีเช่นว่านี้หากนิติกรรมอันเป็นมูลของการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นต้นว่า สัญญาซื้อขาย สัญญาตัวแทน หรือสัญญาค้ำประกันจะบกพร่องไปด้วยเหตุประการใดก็ตาม ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องก็ยังได้สิทธิในสิทธิเรียกร้องซึ่งได้รับโอนมาอยู่ดี นอกจากนี้หลักสัญญาลอยทางทรัพย์สินยังใช้ได้แก่กรณีการก่อทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของผู้อื่น อาทิเช่น การก่อสิทธิจำนองอีกด้วย ในกรณีเช่นนี้กฎหมายเยอรมันถือว่าสัญญาประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน (อันเป็นสัญญาทางหนี้) กับสัญญาก่อให้เกิดสิทธิจำนองอันเป็นสัญญาทางทรัพย์สินนั้นแยกเป็นอิสระจากกัน

## 2.2 กำเนิดของหลักสัญญาลอยทางทรัพย์สิน

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สินนี้เพิ่งจะมีผู้พัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 19 ในสมัยที่ยังมีการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายอยู่ในเยอรมัน หลักกฎหมายที่เยอรมันนับถือกันทั่วไปในหมู่นักนิติศาสตร์โรมันยุคใหม่ก่อนที่จะมีการยอมรับหลักสัญญาลอยนั้นมีอยู่ว่า การโอนทรัพย์สินใด ๆ จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ข้อ คือหนึ่ง ต้องมีนิติกรรมที่สมบูรณ์ (titulus) และสอง ต้องมีการส่งมอบ (modus)

ที่ว่าต้องมีนิติกรรมที่สมบูรณ์ (titulus) หมายความว่านิติกรรมที่ก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาให้ ฯลฯ นั้นจะต้องเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ และที่ว่าต้องมีการส่งมอบ (modus) ก็หมายความว่าต้องมีการโอนทรัพย์สินโดยส่งมอบทรัพย์สิน (traditio) กันจริงๆ หรือได้มีการกระทำอื่นใดที่มีค่าเทียบเท่ากับการส่งมอบแล้ว

นักกฎหมายที่ถือหลักดังว่านี้ย่อมจะไม่คอยคิดถึงว่าการส่งมอบด้วยเจตนาโอนทรัพย์สินนั้น อันที่จริงแล้วมีเนื้อหาเป็น “สัญญา” อย่างหนึ่ง และที่สำคัญคือเป็น สัญญาทางทรัพย์สิน ตามหลักที่ถือกันมาแต่ดั้งเดิมนั้น ถ้าหากนิติสัมพันธ์ที่เป็นเหตุให้เกิดการโอนทรัพย์สินนั้นไม่สมบูรณ์ ผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นย่อมไม่มีทางได้กรรมสิทธิ์แม้ว่าจะได้รับมอบทรัพย์สินไว้ในครอบครองแล้วก็ตาม ในสมัยนั้นมีประมวลกฎหมายถึง 2 ฉบับที่ยอมรับทฤษฎีที่ว่า การโอนทรัพย์สินจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีนิติกรรมที่สมบูรณ์และมีการส่งมอบ (titulus et modus acquirendi) กล่าวคือประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซียซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1811 (มาตรา 380, 493 และต่อๆ ไป)

ความคิดเรื่องนิติกรรมลอยนี้เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่สำคัญ และเป็นหลักกฎหมายที่มีผลกว้างขวางอย่างยิ่งซึ่งนักนิติศาสตร์คนสำคัญของเยอรมันคือ Savigny ได้พัฒนาขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ในระหว่างที่เขาเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย เขาตั้งต้นจากความคิดที่ว่า การส่งมอบทรัพย์สินโดยมีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายหรือตามสัญญาอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สินนั้น แท้ที่จริงแล้วมิได้เป็นแต่เพียงการกระทำทางข้อเท็จจริงเพื่อให้สัญญาสำเร็จผลลงไปตามนั้น แต่ว่าการส่งมอบนั้นเองมีเนื้อหาเป็นสัญญาพิเศษเป็น สัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เดียว

ในหนังสือว่าด้วย “ระบบกฎหมายโรมันในปัจจุบัน (System des heutigen Romischen Rechts) เล่ม 3 ฉบับปี 1840 หน้า 312 เป็นต้นไป ซึ่ง Savigny ได้เขียนขึ้นนั้น เขาได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

“สัญญาในกฎหมายเอกชนนั้นมีอยู่หลายชนิดหลายประเภทแตกต่างกันออกไป และสัญญาเป็นสิ่งที่ซับซ้อนและดำรงอยู่ทั่วไปมากที่สุดทุกหนทุกแห่งในกฎหมายเอกชน ....เราจะพบสัญญาชนิดต่าง ๆ ได้ในกฎหมายทุกลักษณะ และในบรรดากฎหมายลักษณะต่าง ๆ นั้นสัญญาก็ยังเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งประการแรก ในกฎหมายลักษณะนี้ สัญญาก็เป็นมูลหนี้ที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่ง สัญญาที่เหมือนเช่นนี้ เราเรียกได้ว่าเป็นสัญญาทางหนี้.....ในประการต่อมาในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน สัญญาก็มีบทบาทกว้างขวางพอ ๆ

กัน การส่งมอบทรัพย์สินด้วยเจตนาโอนกรรมสิทธิ์นั้นถือได้ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ทั้งนี้เพราะองค์ประกอบทั้งหลายของลักษณะสัญญาปรากฏอยู่ในการส่งมอบเช่นนั้นอย่างครบถ้วน การส่งมอบเพื่อโอนกรรมสิทธิ์นั้นประกอบด้วยการแสดงเจตนาของกลุ่มทั้งสองฝ่าย โดยวัตถุประสงค์แห่งการแสดงเจตนา ก็คือการโอนไป ซึ่งการครอบครองและกรรมสิทธิ์...และแม้ว่าการแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้การส่งมอบเพื่อโอนกรรมสิทธิ์นั้นมีผลสมบูรณ์ เพราะนอกจากการแสดงเจตนาแล้วยังจะต้องมีการได้ครอบครองไปจริงๆ เสียก่อน คือ ต้องมีการกระทำที่แสดงออกมายกนอกร เพื่อให้เห็นถึงการได้มาซึ่งการครอบครองจริงๆ เสียก่อนก็ตาม เหตุข้อนี้ก็ยังไมอาจเปลี่ยนข้อเท็จจริงที่ว่า สัญญาเป็นรากฐานที่สำคัญของการส่งมอบเช่นว่านี้ได้...แต่ที่ว่าแม้กรณีเหล่านี้จะเป็นเรื่องสำคัญและเกิดขึ้นบ่อย ๆ ก็ตาม ลักษณะที่เป็นสัญญาของการส่งมอบ เพื่อโอนกรรมสิทธิ์นี้ก็มักจะถูกมองข้ามไปเสียเลย ๆ เหตุทั้งนี้ก็เพราะตามปกตินั้นคนทั่วไปหาได้คิดแยกสัญญาที่ว่านี้ออกจากสัญญาทางหนี้ซึ่งเป็นที่มาของการส่งมอบ และดำเนินควบคู่กันไปกับ การส่งมอบแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากมีการซื้อขายบ้านกันสักหลัง ใคร ๆ ย่อมคำนึงอยู่ว่าสัญญาทางหนี้ ซึ่งก็เป็นความคิดที่ชอบอยู่ แต่ก็จะลืมไปเสียว่าการโอนบ้านหลังนั้นตามผลของสัญญาทางหนี้แท้จริงก็เป็นสัญญาอีกอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาซื้อขายบ้านที่เดียว”

เมื่อได้อธิบายไว้ดังนี้แล้ว Savigny ก็ยังก้าวต่อไปอีกชั้นหนึ่ง โดยอ้างต่อไปว่าความสมบูรณ์ และผลของสัญญาทางทรัพย์สินจะต้องเป็นอิสระแยกออกจากนิติกรรมที่เป็นมูล ยกตัวอย่าง เช่น ถ้าหากในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโอนส่งมอบทรัพย์สิน โดยถือว่าเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตาม สัญญาซื้อขายนั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้รับมอบทรัพย์สินไว้รับไว้โดย สำคัญผิดว่าเป็นการให้ ดังนั้นต้องถือว่า ความสำคัญผิดของกลุ่มทั้งสองฝ่ายไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสัญญาทางทรัพย์สินที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายกระทำไปโดยมีเจตนาต้องตรงกัน และดังนั้นจึงไม่ทำให้การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วนั้นพลอยเสียไปด้วย กล่าวได้ว่า “การโอนกรรมสิทธิ์โดยส่งมอบอันเป็นผลมาจากความสำคัญผิดในมูลเหตุแห่งการ โอนย่อมเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์” อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ผู้โอนซึ่งต้องเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปเพราะการส่งมอบก็ยังมีสิทธิเรียกให้ผู้รับโอน โอนทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาให้ผู้โอนใหม่ได้ ทั้งนี้โดยใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักลากมิควรได้ (condictio) เกี่ยวกับเรื่องข้างต้นนี้โปรดดูเทียบกับคำอธิบายของ Savigny, IV (1841) 156 ff.; Felgentrager; Brandt, 66 ff.

### 2.3 เหตุผลสนับสนุนและข้อโต้แย้งหลักสัญญาลอยทางทรัพย์สิน

อะไรเป็นแรงจูงใจที่ทำให้ Savigny พัฒนาทฤษฎีนี้ขึ้น และเพราะเหตุใดหลักที่ว่านี้จึงได้รับการยอมรับทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ทั้งจากนักคิดนักเขียนทางนิติศาสตร์และจากศาลในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปในเวลาต่อมา เหล่านี้ยังเป็นเรื่องที่ไม่กระจ่างลงไป (โปรดดู Brandt, S. 111 ff.)

ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้หลักเรื่องนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางก็คือ ทฤษฎีใหม่นี้ช่วยให้สามารถแยกข้อแตกต่างระหว่าง สัญญาทางหนี้และความผูกพันอันเป็นผลจากสัญญาทางหนี้ ออกจากปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์ คือแยกออกจากปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนไปเพราะผลของการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ และด้วยกรแยกเรื่องความผูกพันทางหนี้ออกจากเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์นี้เอง ที่ทำให้เราสามารถแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ออกจากกันได้อย่างชัดเจน และการแบ่งแยกที่ชัดเจนเช่นนี้แหละที่เป็นเครื่องดึงดูดใจพวกนักกฎหมายชั้นนำในสมัยนั้น ที่เรียกกันว่า พวก Pandektist อันเป็นพวกนิยมอะไร ๆ ที่เป็นระบบระเบียบเป็นทุนอยู่แล้ว ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งก็อาจจะเป็นเพราะว่าหลักนิติกรรมลายนี้นี้ช่วยคุ้มครองความแน่นอนในเชิงการค้าพาณิชย์ ในสมัยก่อนหน้านั้นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันอยู่ไม่ได้มีหลักรับรองการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต ดังนั้นผู้รับโอนจึงต้องเป็นฝ่ายสอบสวนทวนความเอาเองว่าตัวผู้โอนได้สิทธิเหนือทรัพย์สินที่โอนนั้นมาโดยบริบูรณ์หรือไม่ประการใด คราวนี้พอมีการนำหลักนิติกรรมลายนี้นี้มาใช้ ผู้รับโอนก็ไม่จำเป็นต้องสืบหาหลักฐานเช่นที่กล่าวมาจากผู้โอนอีกต่อไป เพราะตัวผู้โอนนั้นจะอย่างไรก็อาจเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นได้ ถึงแม้ว่านิติกรรมที่เป็นมูลแห่งการได้ทรัพย์สินนั้นมาจะไม่สมบูรณ์ก็ตาม อันที่จริงในปัจจุบันนี้เมื่อมีการใช้หลักคุ้มครองการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริตแล้ว ความแน่นอนในเชิงการค้าพาณิชย์ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองด้วยหลักข้อนี้แล้ว แต่บางทีผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอาจจะมองไม่เห็นจุดนี้ก็เป็นได้ ดังนั้น เราจึงไม่มีความจำเป็นที่จะยึดหลักนิติกรรมลายนี้นี้เอาไว้ เพราะเหตุว่าหลักข้อนี้จะช่วยในการคุ้มครองการค้าพาณิชย์อีกต่อไป

อนึ่ง มีข้อควรสังเกตว่าทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมลายนี้นี้เคยเข้าไปมีอิทธิพลอยู่ในกฎหมายแพ่งออสเตรียอยู่พักหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่เป็นที่รู้ดีกันอยู่ว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียได้ตกลงใจรับเอาหลักว่าการโอนทรัพย์สินต้องประกอบด้วย นิติกรรมที่สมบูรณ์และต้องมีการส่งมอบ (titulus et modus acquirendi) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่รับกันมาแต่ดั้งเดิมมาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ทว่าบรรดานักนิติศาสตร์พวก Pandektist จำนวนมาก โดยเฉพาะ Unger (อาจารย์ใหญ่แห่งเวียนนาในช่วงกลางศตวรรษที่ 19) ต่างก็พากันสนับสนุนเชิดชูหลักสัญญาลายนี้นี้ขึ้นมา (โปรดเทียบ RAPPAPORT, S. 405) อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้ก็กลับมากลับมาเป็นที่ยอมรับกันอีกครั้งว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาหรืออสังหาริมทรัพย์ย่อมจะไม่มีผล ถ้าหากการโอนนั้นเป็นการโอนโดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย หรือถ้านิติกรรมอันเป็นมูลแห่งการโอนนั้นไม่สมบูรณ์ (โปรดดู EHRENZWEIZ, System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts, I. 2 (2. Aufl., 1957) 180, 234; KLANG, Kommentar zum ABGB II (2. Aufl 1950) ม. 424 Anm. I, ม. 424 Anm.I)

ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในสมัยนั้นต่างพากันเห็นพ้องต้องกันว่า นอกจากจะรับเอาหลักสัญญาลายนี้นี้ไปใช้กับการโอนสังหาหรืออสังหาริมทรัพย์แล้ว หลักข้อนี้ยังจะต้องใช้กับการโอนสิทธิเรียกร้องอีกด้วย การยืนยันความคิดดังนี้นั้นนับว่าตั้งอยู่บนฐานแห่งความคิดทางทฤษฎีแท้ ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเมื่อมีการแยกกฎหมายลักษณะหนี้กับกฎหมายลักษณะทรัพย์ออกจากกันอย่างเด็ดขาดแล้วก็จำเป็นต้องแยกนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลกับนิติกรรมทางทรัพย์ อันเป็นนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินออกจากกันด้วย ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กล่าวไว้ในหนังสืออธิบายเจตนารมณ์ของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตอนหนึ่งว่า

“ในประมวลกฎหมายฉบับเก่า ๆ เช่น กฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะหนี้ กับบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะทรัพย์ มักจะอยู่อย่างปะปนผสมผสานกันจนสับสนไปหมด วิธีการเช่นนั้นย่อมเป็นอุปสรรคแก่การแยกข้อความคิดที่แตกต่างกันออกจากกัน และยิ่งก่อความยุ่งยากให้แก่การที่จะหยั่งไถ้ถึงแก่นของปัญหาหรือแก่นแห่งความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ในแต่ละเรื่องแต่ละกรณี ทั้งยังจะก่อความสับสนให้แก่การใช้กฎหมายให้ต้องแก่กรณีทั้งปวงอีกโสดหนึ่งด้วย” (Motiv III (1896) 1)

ในบรรดาเหตุผลต่าง ๆ ที่มีการยกขึ้นมาสนับสนุนบทบัญญัติที่ร่างขึ้นใหม่นี้ นอกจากการให้เหตุผลสนับสนุนในแง่ทฤษฎีแล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลสนับสนุนในแง่ประโยชน์ทางปฏิบัติ หรือทางนิตินโยบายแต่ประการใด ส่วนในบรรดาคำวิพากษ์วิจารณ์คัดค้านโต้แย้ง ทฤษฎีนี้ก็มีข้อคัดค้านที่สำคัญข้อหนึ่งว่า ทฤษฎีสัญญาลายนี้นัดต่อความรู้สึกนึกคิดตามธรรมดาในชีวิตจริง นั่นคือการแบ่งเหตุการณ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งคนส่วนใหญ่เข้าใจว่าเป็นเรื่อง ๆ เดียวออกเป็นส่วน ๆ แยกต่างหากจากกันไปเลยนั้นเป็นเรื่องไม่ถูกต้อง ดังจะเห็นได้จากที่ Otto von GIERKE ได้เขียนวิจารณ์เอาไว้ตอนหนึ่งว่า

“ในแง่เนื้อหาแล้ว นับได้ว่าเรื่องนี้เป็นเสมือนการข่มขืนชีวิตจริงด้วยทฤษฎีแท้ ๆ ในประมวลกฎหมายนี้ ประโยคแต่ละประโยคเต็มไปด้วยกลิ่นอายของอรรถาธิบายเชิงวิชาการ และด้วยเหตุทั้งหลายเหล่านี้แหละที่มาบังคับให้เราต้องแยกธาตุ การโอนสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาที่สุดเรื่องหนึ่งออกมาเป็นกระบวนการทางกฎหมายย่อย ๆ ที่ไม่ขึ้นต่อกันถึง 3 กระบวนการ ใครก็ตามที่เดินเข้าไปในร้านค้าสักแห่งแล้วซื้อถุงมือสักคู่โดยหากจ่ายเงินเดี๋ยวนั้นแล้วก็รับถุงมือไปเดี๋ยวนั้น เขาคงจะต้องรู้ไว้ด้วยว่ามีกระบวนการทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วถึง 3 ตอน ตอนแรกก็คือมีการทำสัญญาผูกพันกันในทางหนี้ขึ้น แล้วความสัมพันธ์ทางหนี้ที่เกิดขึ้นนี้ก็จะบังผลเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญา ตอนที่สองก็คือได้มีการทำสัญญาทางทรัพย์สินเมื่อทำการโอนกรรมสิทธิ์ถุงมือนั้น และสัญญาทางทรัพย์สินนี้เป็นสัญญาที่แยกเป็นอิสระจากสัญญาทางหนี้ที่เป็นมูลอย่างสิ้นเชิง และในที่สุดนอกจากนิติกรรม 2 อันดังกล่าวข้างต้นนี้แล้ว ก็ยังมีการส่งมอบทรัพย์ ซึ่งแม้จะเรียกได้ว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมาย แต่ก็ไม่นับว่าเป็นนิติกรรม ความคิดเช่นว่านี้ล้วนแต่เป็นเรื่องที่ผูกกันขึ้นมาเหมือนกับเรื่องนิยายแท้ ๆ การสร้างทฤษฎีขึ้นมาว่า มีสัญญาสองสัญญาที่แยกเป็นอิสระจากกันเกิดขึ้นทั้ง ๆ ที่แท้จริงแล้วมันก็เป็นแต่เพียงเรื่องของการมอญนิติกรรมอันเดียวจากแง่มุมที่แตกต่างกันเท่านั้นเช่นนี้ นับได้ว่าไม่เพียงแต่เป็นการนำเอาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง ๆ มามองอย่างกลับหัวกลับหางเท่านั้น การใช้วิธีคิดที่เป็นแบบแผนอย่างเกินส่วนเช่นนี้ยังจะก่อผลเสียให้แก่กฎหมายด้วย” (v. GIERKE : Der Entwurf eines burgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889) 336)

อย่างไรก็ตาม ข้อวิพากษ์วิจารณ์เหล่านี้ ก็ไม่สามารถขัดขวางการรับทฤษฎี “สัญญาลายนทางทรัพย์สิน” มาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ ดังจะเห็นอยู่ว่ามีบทบัญญัติหลายบทหลายมาตราที่อาศัย

ทฤษฎีนี้เป็นฐาน ดังความในมาตรา 929 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นนอกจากจะต้องมีการส่งมอบหรือการกระทำที่มีค่าเทียบเท่าการส่งมอบแล้ว ผู้โอนและผู้รับโอนยังจะต้อง “ตกลงกันให้กรรมสิทธิ์นั้นโอนเปลี่ยนมือไป” อีกด้วย หลักการอันเดียวกันนี้ยังใช้กับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีข้อปลีกย่อยแตกต่างกันเล็กน้อย คือข้อตกลงทางทรัพย์สินที่ให้กรรมสิทธิ์โอนไปนั้นแทนที่จะเรียกว่า การตกลงโอน (Einigung) ก็ไปพลไปเรียกเสียว่า การให้เข้าสวามสิทธิ์ (Auflassung) และแทนที่จะต้องส่งมอบก็มีการจดทะเบียนสิทธิมาแทน (มาตรา 873 และ มาตรา 925 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) อนึ่งหลักที่ว่าสัญญาทางทรัพย์สิน “ลอย” คือมีความสมบูรณ์แยกเป็นอิสระจากความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่เป็นมูลแห่งนั้นนั้น แม้จะเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในคำพิพากษาและในหมู่นักวิชาการในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาตามถ้อยคำในตัวบททั้งหลายในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้วก็จะพบว่าไม่มีบทบัญญัติใด ๆ รับรองหลักสัญญาลอยไว้โดยตรงเลย ถ้าจะมีการรับก็เพียงแต่รับทางอ้อมเท่านั้น โดยทั่วไปมักจะอ้างกันว่าบทบัญญัติที่ขึ้นต้นหลักสัญญาลอยทางทรัพย์สินได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 817 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตามมาตรานี้ หากผู้ใดได้โอนทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาตามสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ เช่นสัญญานั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือขัดต่อกฎหมายก็ดี กรณีนี้ผู้โอนทรัพย์สินนั้นย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่โอนไปกลับคืนมาตามหลักกฎหมายที่ได้จากบทบัญญัตินี้เราจึงอาจสรุปได้ว่า ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมายได้ย่อมเป็นผู้ที่ถูกถือว่าได้เสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปแล้ว นั่นคือข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นข้อตกลงทางทรัพย์สินนั้นย่อมจะมีผลสมบูรณ์ ทั้ง ๆ ที่นิติกรรมที่เป็นมูลของข้อตกลงนั้นจะตกเป็นโมฆะไปแล้วก็ตาม

## 2.4 ผลของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน

ผลในทางปฏิบัติที่ติดตามมาจากการใช้สองกรณีผู้โอนย่อมได้รับทรัพย์สินที่เจาได้โอนไปนั้นกลับคืนมา ตัวอย่างเช่น ผู้ขายเครื่องจักรย่อมเรียกเครื่องจักรที่ตนได้ขายและส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อไปแล้วนั้นกลับคืนมาได้ถ้าเครื่องจักรเครื่องนั้นยังอยู่ในครอบครองของผู้ซื้อในขณะที่เรียกคืน

อย่างไรก็ดี โดยมากนั้นผู้ใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมายได้ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมักจะอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าผู้ที่ใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนโดยอ้างหลักกรรมสิทธิ์ เช่น ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไปตามสัญญาซึ่งขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมายได้มีส่วนผิดอยู่ด้วยแล้ว เขาก็อาจถูกตัดสินสิทธิเรียกทรัพย์สินคืน เพราะเหตุที่เขาเป็นผู้กระทำการชั่วร้ายอันเป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี (in pari turpitudine melior est causa possidentis) ตามมาตรา 817 ป. แห่งเยอรมัน แต่ถ้าหากในกรณีนี้ผู้โอนมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้แล้ว ละก็ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ในเยอรมัน นั่นก็เป็นอันว่าไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่จะมาตัดสินสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนของเขาได้ อย่างไรก็ดีมีข้อหนึ่งคือว่าการที่บทบัญญัติมาตรา 817 ป. แห่งเยอรมันมาตั้งอยู่เฉพาะในหมวดว่าด้วยกฎหมายได้ นั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนัก อันที่จริงความคิดอันเป็นฐานของมาตรานี้น่าจะมีผลบังคับคลุมไปถึงการใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้ยังมีข้อแตกต่างระหว่างการใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมาย



ได้ (condictio) กับกรเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ (vindictio) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอีก คือเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเรียกคืนดอกผลและกำไรจากผู้รับ โอนซึ่งได้ถือเอาดอกผลและกำไรจากทรัพย์สินซึ่งตนได้รับไว้โดยสุจริต ทั้งการใช้สิทธิเรียกร้องตามหลักว่าด้วยลาภมิควรได้นั้นยังมีช่องให้ฝ่ายที่ต้องคืนทรัพย์สินชดเชยต่อผู้ว่าตนมีหน้าที่คืนทรัพย์สินเพียงเท่าที่ยังเป็นลาภอยู่กับตนเท่านั้น ในขณะที่ข้อต่อสู้ดังกล่าวไม่อาจยกขึ้นยืนผู้เรียกทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ และตามแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันนั้นเฉพาะกรณีการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้แก่กรณี ซึ่งต่างฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกทรัพย์สินเท่าที่อาจจะคืนกันเฉพาะส่วนที่เป็นลาภส่วนเกินได้ เรียกกันว่า Saldo theorie หรือทฤษฎีผลลัพท์ส่วนเกิน อย่างไรก็ตามมีข้อสงสัยอย่างยิ่งว่าการใช้หลักเกณฑ์ที่ต่างกันแก่กรณีเรียกทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้และแก่กรณีเรียกทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์นั้นจะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผลแล้วหรือ (โปรดดู CAEMMERER, S. 764 ff.) อย่างไรก็ตามก็ตีปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างที่กล่าวนี้ก็อาจเกิดขึ้นได้ยากมากในทางปฏิบัติ

ผลในทางปฏิบัติอันเกิดจากหลักสัญญาซื้อขายนี้ ที่สำคัญจริง ๆ เห็นจะได้แก่กรณีที่ผู้ซื้อซึ่งได้รับโอนทรัพย์สินมาตามสัญญาซื้อขายซึ่งตกเป็นโมฆะนั้นกลายเป็นบุคคลล้มละลายขึ้นมา หรือเมื่อเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งของผู้รับ โอนได้ขอให้ศาลสั่งยึดทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อนำมาบังคับชำระหนี้ในกรณีเหล่านี้ผู้รับ โอนนั้นได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รับโอนมาแล้ว แม้ว่าสัญญาอันเป็นมูลของการโอนเช่นสัญญาซื้อขายจะไม่สมบูรณ์ก็ตาม และโดยที่สิทธิเรียกทรัพย์สินของผู้ขายหรือผู้โอนในกรณีนี้เป็นแต่เพียงสิทธิเรียกร้องทางหนี้ ดังนั้นผู้ขายหรือผู้โอนย่อมไม่สามารถใช้สิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินนั้นจากกองทรัพย์สินของผู้ล้มละลายได้ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายของเยอรมัน และย่อมไม่อาจร้องขจัดทรัพย์สินได้แย้งการยึดทรัพย์สินนี้ได้ตามมาตรา 771 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน ส่วนในระบบกฎหมายของประเทศอื่นที่มีได้รับหลักสัญญาซื้อขายนั้น จะมีข้อยุติสำหรับปัญหาข้างต้นนี้ต่างออกไปเพราะในระบบกฎหมายอื่น ๆ นั้นการที่สัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ย่อมจะมีผลทำให้การโอนกรรมสิทธิ์เสียไปด้วย ผู้ขายจึงยังมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ โดยหลักแล้วผู้ทรงกรรมสิทธิ์ย่อมอ้างกรรมสิทธิ์ของตนขึ้นโต้แย้งสิทธิของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายและเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้

## 2.5 ขอบเขตของหลักสัญญาซื้อขายทางทรัพย์สิน

อนึ่ง ในระบบกฎหมายเยอรมันเองก็ได้มีการพัฒนาคิดแปลงกฎเกณฑ์และกลวิธีต่าง ๆ มาปรับใช้เพื่อบรรเทาความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยสัญญาซื้อขายนี้อยู่เหมือนกัน มีอยู่หลายคดีที่ศาลสูงของเยอรมันวางแนวคำพิพากษารับรอง ในบางกรณีความบกพร่องของนิติกรรมก็เป็นมูล อาจส่งผลให้สัญญาทางทรัพย์สินพลอยเสียไปด้วยได้ กรณีแรกได้แก่กรณีที่นิติกรรมที่เป็นมูลนั้นถูกบอกล้างภายหลัง เพราะเหตุที่นิติกรรมนั้นเป็นกลล้อฉล (มาตรา 123 ป.แพ่งเยอรมัน) ในกรณีนี้ศาลสูงเยอรมันถือว่านิติกรรมที่ทำให้สัญญาสำเร็จลุล่วงไปหรือสัญญาทางทรัพย์สิน อันมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นย่อมเกิดขึ้นเพราะผลแห่งการใช้กลล้อฉลเช่นกัน และดังนั้นนิติกรรมโอนทรัพย์สินนั้นย่อมถูกบอกล้างพร้อมกับนิติกรรมที่เป็นมูล จะเห็นได้จากตัวอย่างในคำพิพากษาคดีหนึ่งดังต่อไปนี้

“การแยกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมสองประเภทในประมวลกฎหมายแพ่งนั้นเป็นการแยกแยะที่ชอบด้วยเหตุผล นิติกรรมประเภทหนึ่งคือนิติกรรมอันเป็นมูลเหตุหรือนิติกรรมทางหนึ่งอันเป็นตัวก่อความผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยการโอนทรัพย์สินแก่กัน ส่วนนิติกรรมอีกประเภทหนึ่งคือนิติกรรมลอยทางทรัพย์สินซึ่งคู่กรณีก่อขึ้นในการปฏิบัติการชำระหนี้แก่กัน นิติกรรมทางทรัพย์สินนี้ย่อมมีผลแยกเป็นอิสระจากนิติกรรมทางหนึ่ง อันเป็นมูลเหตุแห่งนิติกรรมทางทรัพย์สิน.....แต่นั้นก็มีได้หมายความว่าความบกพร่องของเจตนาในนิติกรรมอันเป็นมูลนั้นจะไม่อาจล่วงไปมีผลต่อนิติกรรมที่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ได้แต่อย่างใด....ในกรณีที่ผู้ซื้อใช้กลฉ้อฉลลงให้ผู้ขายทำสัญญาซื้อขาย (มาตรา 123 ป.แพ่งเยอรมัน) นั้น โดยทั่วไปเจตนาของผู้ซื้อย่อมมิได้มุ่งเพียงแต่การได้มาซึ่งสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายปฏิบัติตามความผูกพันทางหนี้เท่านั้น แต่ย่อมมุ่งต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นโดยตรง เจตนาอันมุ่งประสงค์เช่นนี้ของฝ่ายผู้ซื้อย่อมควบคุมอยู่กับความบกพร่องแห่งเจตนาของฝ่ายผู้ถูกฉ้อฉล โดยนัยนี้สัญญาซื้อขายอันเป็นนิติกรรมทางหนึ่งและนิติกรรมโอนทรัพย์สินเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นสัญญาทางทรัพย์สิน จึงต่างเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการใช้กลฉ้อฉลด้วยกัน กรณีที่การใช้กลฉ้อฉลจะไม่มีผลกระทบถึงนิติกรรมทางทรัพย์สินนั้นจะเป็นไปได้ก็เฉพาะในกรณีพิเศษจริง ๆ เท่านั้น และจนทุกวันนี้ก็ยังไม่เห็นมีกรณีเช่นนี้ปรากฏให้เห็นสักคราว ในเมื่อไม่ปรากฏว่าเป็นกรณีเช่นนี้แล้ว การบอกล้างโมฆียกรรมเพราะเหตุกลฉ้อฉลย่อมส่งผลให้นิติกรรมโอนทรัพย์สินอันเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินนี้ย่อมถูกบอกล้างไปด้วยเลย” (RGZ 70, 55, 57f.)

ในกรณีที่มีการบอกล้างสัญญาที่กระทำขึ้นโดยเหตุสำคัญผิด (ตามมาตรา 119 ป.แพ่งเยอรมัน) กรณีก็อาจเป็นเช่นเดียวกับกรณีกลฉ้อฉลได้ ดังจะเห็นได้จากที่ศาลสูงเยอรมันกล่าวไว้ในคำพิพากษาคดีหนึ่งว่า “หากนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุและนิติกรรมทางทรัพย์สินที่ทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปนั้นเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาอันเดียวกันและการแสดงเจตนาอันนั้น อาจถูกบอกล้างได้เพราะเหตุสำคัญผิดแล้ว กรณีเช่นนี้ นิติกรรมที่เป็นมูลเหตุและนิติกรรมทางทรัพย์สินอันเป็นนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น อาจถูกบอกล้างให้เสียไปด้วยกันได้ (RGZ 66, 385, 390) และถ้าหากนิติกรรมที่เป็นมูลนั้นตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อศีลธรรมอันดี (ตามมาตรา 138 ป.แพ่งเยอรมัน) แล้ว ศาลก็มักไม่ใช้หลักนิติกรรมลอย และมักจะตัดสินให้นิติกรรมอันทำให้วัตถุที่ประสงค์แห่งนิติกรรมที่เป็นมูลสำเร็จลุล่วงไปนั้นพลอยเสียไปตามนิติกรรมที่เป็นมูลด้วย ผลทำนองเดียวกันนี้ยังมีแก่กรณีทำนิติกรรมโดยฝ่าฝืนมาตรา 138 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย ตามมาตราที่ว่านี้ หากมีการเอาผิดเอาเปรียบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากในการทำนิติกรรม ไม่ว่าจะโดยอาศัยสภาพจำเป็นอย่างยิ่งหรืออาศัยความโง่เขลาเบาปัญญา หรืออาศัยความขาดประสบการณ์ของฝ่ายนั้นก็คือนิติกรรมทางหนี้ที่ได้ก่อขึ้นในลักษณะเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ทั้งนิติกรรมทางทรัพย์สินที่ตามมา คือนิติกรรมโอนทรัพย์สินหรือประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้ทำกันไว้ ก็ย่อมพลอยตกเป็นโมฆะไปด้วย ในที่สุดแม้ในกรณีที่การอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นจะอาศัยเหตุอื่นใดนอกจากเรื่องความได้เปรียบต่อผู้อ่อนประสบการณ์ ผู้เบาปัญญา หรือผู้ตกอยู่ในสภาพจำเป็นอย่างยิ่งก็ดี ศาลเยอรมันก็ยังได้วางแนวคำพิพากษาไว้ในลักษณะที่ถือว่าทั้งนิติกรรมอันเป็นมูลและนิติกรรมทางทรัพย์สินเสียไปด้วยกันเหมือนกัน คือในกรณีที่ศาลเห็นว่า เหตุแห่งความเสียไปแห่งนิติกรรมอันเป็นมูลนั้น ย่อมล่วงไปถึงตัวนิติกรรมทางทรัพย์สินด้วย ตัวอย่างทำนองนี้ได้แก่กรณีลูกหนี้ยอมโอน

ทรัพย์ของตนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อให้ถือเป็นการประกันการชำระหนี้มากและอยู่ภายใต้เงื่อนไขอันเคร่งครัดมากจนถึงขนาดทำให้ลูกขาดสภาพคล่องในทางการค้าจนเกิดเหตุ ในกรณีเช่นนี้ ศาลมักจะวินิจฉัยให้สัญญาค้ำประกัน (สัญญาทางหนี้) รวมตลอดไปจนถึงการโอนทรัพย์เป็นประกัน (สัญญาทางทรัพย์) ตกเป็นโมฆะไปด้วยกัน ตามมาตรา 138 ป.แพ่งเยอรมัน (สำหรับตัวอย่างทำนองนี้ ขอให้ดูจากคำพิพากษาศาลสูงเยอรมันต่อไปนี้ (RGZ 57, 95; RG Gruch. 57, 916; BGH NJW 1952, 1169, 1170)

คดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งได้แก่ กรณีตามคำพิพากษาคดีแพ่งของศาลเยอรมันอีกคดีหนึ่ง (RGZ 145, 152) ในคดีนี้ปรากฏว่าสามีภริยาคนหนึ่งทำสัญญา “จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู” โดยสามีสัญญาจะโอนอสังหาริมทรัพย์แก่ภริยา หากภริยาตกลงขึ้นฟ้องขอหย่าขาดจากสามี ปรากฏว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ปฏิบัติตามสัญญานี้เป็นที่เรียบร้อย คือฝ่ายหญิงได้ทำการหย่าจากชาย และฝ่ายชายก็ได้โอนทรัพย์ให้แก่ฝ่ายหญิง ต่อมาปรากฏว่าคู่สัญญาคู่นี้เกิดพิพาทกันด้วยเหตุอื่นแต่เกิดเป็นประเด็นขึ้นมา หญิงฝ่ายได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์รายนี้แล้วหรือยัง ผลที่สุดศาลตัดสินว่า ฝ่ายหญิงไม่ได้กรรมสิทธิ์และศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า แม้ศาลสูงจะได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ว่าโดยทั่วไป หากนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนทรัพย์นั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี นิติกรรมนั้นก็ไม่ส่งผลให้นิติกรรมที่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่นั้นพลอยตกเป็นโมฆะไปด้วย เพราะนิติกรรมอย่างหลังนี้ย่อมเป็นนิติกรรมลอย แต่ทว่าศาลก็รับว่า หลักข้างต้นนี้มีข้อยกเว้นโดยเฉพาะในคดีที่ตัวสัญญาทางทรัพย์อันเป็นนิติกรรมลอยนั้นเองเป็นวัตถุประสงค์ของการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้น หรือว่าการขัดต่อศีลธรรมนั้นดำรงอยู่ในตัวสัญญาทางทรัพย์นั่นเอง (RGZ 145, 153f.) และในคดีที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้เอง ที่ศาลเยอรมันถือว่าจัดเป็นคดีที่เข้าข่าย “ข้อยกเว้นของหลักนิติกรรมลอย”

ในเยอรมันได้มีความพยายามหาหนทางที่เป็นไปได้ในแง่ทฤษฎีเพื่อมาจำกัดขอบเขตของหลักนิติกรรมลอยนี้อย่างไม่หยุดหย่อน ในกรณีนี้ได้มีการกล่าวขำขันอยู่เสมอว่านิติกรรมลอยนั้นเป็น “นิติกรรม” ชนิดหนึ่ง และจากนั้นก็อธิบายต่อไปว่า บทบัญญัติต่าง ๆ ที่บังคับแก่เรื่องนิติกรรมในบรรพว่าด้วยหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือตั้งแต่มาตรา 104 - 185 ป.แพ่งเยอรมัน ก็ย่อมจะใช้บังคับกับสัญญาทางทรัพย์ ซึ่งเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งนั่นด้วย และโดยที่มีหลักอยู่ในมาตรา 139 ป.แพ่งเยอรมันว่า “ในกรณีเป็นที่สงสัย หากปรากฏว่าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ ท่านว่านิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะด้วยกันทั้งสิ้น” ดังนั้นจึงมีการอ้างว่า ถ้าหากคู่กรณีตั้งใจให้นิติกรรมที่เป็นมูลกับนิติกรรมที่ทำการนั้นให้เป็นผลสำเร็จ (อันเป็นนิติกรรมลอย) นั้น เป็นนิติกรรมอันหนึ่งอันเดียวกัน ก็จะส่งผลให้ความเป็นโมฆะของนิติกรรมที่เป็นมูลนั้นครอบคลุมไปถึงนิติกรรมที่ติดตามมาด้วย หรือมีการยกขึ้นมาอ้างว่า ตามมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น นิติกรรมอาจจะก่อตั้งโดยให้นิติกรรมนั้นมีผลหรือสิ้นผลไปเมื่อเงื่อนไขสำเร็จลงก็ได้ (คือเงื่อนไขบังคับก่อนและเงื่อนไขบังคับหลัง) จากหลักข้อนี้ก็มีการอ้างต่อไปว่า คู่กรณีในสัญญาทางทรัพย์นั้น โดยทั่วไปย่อมจะทำสัญญากันโดยมีเจตนาให้สัญญาทางทรัพย์นั้นมีผลต่อเมื่อนิติกรรมที่เป็นมูลมีผลสมบูรณ์แล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็มีการกล่าวอ้างทำนองนี้จะว่าไปแล้วก็ล้วนแต่เป็นเรื่องของการออกอุบายกันอย่างสุม่เสี่ยง นักนิติศาสตร์ทั้งหลายจึงยังลงรอยกันไม่ได้ว่า เมื่อใดจึงจะถือได้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีเจตนาตกลงกันโดยมีเงื่อนไขเช่นว่านี้ นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาของศาลรับรองอุบายสำหรับการตีความทำนองนี้แต่ประการใด

### 3. หลักสัญญาลอยในกฎหมายสวิส

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยนี้ยังเป็นเรื่องถกเถียงกันในวงการศาลและในวงตำราอย่างกว้างขวางในประเทศสวิส ต่อไปจะขอแยกกล่าวถึงเรื่องนี้ออกเป็นเรื่องของอสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ และเรื่องสิทธิเรียกร้อง เป็นกรณี ๆ ไป

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้วางบทบัญญัติกำหนดเป็นข้อยุติไว้ กล่าวคือตามมาตรา 656 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสนั้นมีหลักอยู่ว่า การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องจดทะเบียนการได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นต่อเจ้าพนักงาน และในกรณีที่การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นไปโดยมิชอบ บุคคลภายนอกผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นไปโดยเชื่อในความถูกต้องแห่งทะเบียนสิทธินั้น โดยสุจริตย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย (มาตรา 973 ป.แพ่งสวิส) ส่วนผู้รับโอนโดยไม่สุจริตย่อมไม่อาจอ้างการจดทะเบียนสิทธิเช่นนั้นได้ในกรณีนี้มาตรา 974 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสบัญญัติไว้ว่า

“หากการจดทะเบียนการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์เป็นไปโดยมิชอบ บุคคลภายนอกผู้รู้หรือควรได้รู้ถึงการอันมิชอบนั้นย่อมไม่อาจยกการจดทะเบียนทรัพย์สินเช่นนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้ การจดทะเบียนสิทธิโดยมิชอบได้แก่การจดทะเบียนสิทธิซึ่งได้กระทำโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ หรือเนื่องมาจากนิติกรรมที่ไม่มีผล”

ตามความในมาตรา 974 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสนี้ เราย่อมเห็นได้ว่า หากนิติกรรมอันเป็นมูลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์นั้นไม่สมบูรณ์ การโอนกรรมสิทธิ์นั้นก็พลอยไม่สมบูรณ์ไปด้วย ถ้าสมมติให้ผู้รับโอนได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยการจดทะเบียนสิทธิ ทั้ง ๆ ที่นิติกรรมที่เป็นมูลแห่งการโอนนั้นจะไม่สมบูรณ์ กรณีก็จะเป็นว่า หากผู้รับโอนนั้นโอนคืนที่ได้มาแก่บุคคลภายนอกต่อไป เขาก็ได้โอนไปในฐานะผู้ทรงกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นจะต้องไปคำนึงถึงความสุจริตของบุคคลภายนอกอีก (ซึ่งก็จะเป็นกรณีที่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องการได้มาซึ่งทรัพย์สินตามมาตรา 974 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส) ด้วยเหตุนี้จึงรับกันในประเทศสวิสว่า หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยนี้ไม่ใช้ในเรื่องการโอนทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์

ส่วนในแง่การโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น กรณีมิได้เป็นเช่นเดียวกัน ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสยังเปิดช่องให้คิดต่อไปได้อีก คือมาตรา 714 มีบัญญัติว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องมีการโอนการครอบครองในทรัพย์สินไปยังผู้รับโอน” ปัญหาที่ตามมาก็คือ ปัญหาว่า นอกจากการมอบการครอบครองแล้ว จะต้องมีการ “การตกลงทางทรัพย์สิน” กันด้วยหรือไม่ และมีปัญหาว่า ข้อตกลงทางทรัพย์สินนี้เป็นสิ่งที่ “ลอย” หรือ “ปราศจากเหตุ” ด้วยหรือไม่ เรื่องนี้ EUGEN HUBER ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และอยู่ใกล้ขีดวงการณ์ที่ได้แย้งปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายเยอรมันก็ได้ตั้งใจเป็นปมปัญหาไว้ให้ถกเถียงกันได้

อย่างเห็นได้ชัดตามความคิดของ EUGEN HUBER นั้น เขาเห็นว่ากรณีที่เป็นปัญหาเหล่านี้ย่อมมีลักษณะ ผิดแผกแตกต่างกันไปได้ตามแต่สภาพแวดล้อมและข้อเท็จจริง ตามส่วนได้ส่วนเสียของผู้เกี่ยวข้อง และตาม เจตนาของคู่กรณี ด้วยเหตุนี้จึงไม่ควรที่จะบัญญัติกฎหมายในลักษณะกำหนดกฎเกณฑ์ตายตัวลงไปทางหนึ่ง ทางใด (โปรดดู MAX RUMELIN, Eugen Huber (1923)51) หลังจากได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมาย แห่งสวิสแล้ว นักวิชาการนิติศาสตร์ทั้งหลายของสวิสก็ได้ถกเถียงปัญหาเรื่องนี้กันอย่างเอาเรื่องเอาจัง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในที่สุดก็ยังไม่มียุติที่ลงรอยกันได้ (โปรดเทียบจากหนังสือของ HAAB / SIMONIUS, Zurcher Komm. Zum ZGB IV, 1848, S. 650 ff.) อนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายนี้ไม่ค่อยจะมีเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ หรือให้ศาลต้องวินิจฉัยบ่อยนัก เท่าที่เป็นมานั้นคำพิพากษาของศาลในสมัยก่อน ๆ มามักจะนิยมให้หลักสัญญา ซื้อขายโดยอาศัยประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ฉบับปี ค.ศ. 1881 เป็นเกณฑ์ (โปรดดูคำพิพากษาของศาลแห่งสห พันธรัฐสาธารณรัฐสวิสเซอร์แลนด์ BGE 34 II 809, 812 ; 43 III 619) แต่ในคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ สำคัญฉบับหนึ่งเมื่อปี ค.ศ. 1929 ศาลแห่งสหพันธรัฐฯ ซึ่งเป็นศาลสูงได้อธิบายเหตุผลในการนำเอาหลักซึ่งตรง กันข้ามกับหลักสัญญาซื้อขายมาปรับใช้กับเรื่องนี้เอาไว้โดยพิสดาร (BGE 55 II 302)

คดีนี้ฝ่ายโจทก์ได้ซื้อบ้านพร้อมอู่ซ่อมรถและโกดังเก็บสินค้าจากเจ้าของอู่ซ่อมรถแห่งหนึ่ง หลัง จากโจทก์ได้ย้ายเข้าไปอยู่ในบ้านและกำลังที่จะรับมอบโกดังมาใช้งานต่อไปนั้น โจทก์ก็ได้แจ้งต่อผู้ขายว่า สัญญาซื้อขายนี้โจทก์ถือว่าไม่สมบูรณ์ เพราะเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยกลฉ้อฉล และขอเรียกเงินที่จ่ายไปกลับคืน ปรากฏว่าหลังจากนั้นไม่นานผู้ขายก็ตกเป็นบุคคลล้มละลาย จึงเกิดพิพาทกันระหว่างฝ่ายโจทก์กับกรรมการเจ้า หนี้ของผู้ล้มละลายในประเด็นว่าใครเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในโกดังเก็บสินค้านี้ ในขณะที่ลูกหนี้ตกเป็นบุคคล ล้มละลาย ถ้าหากผู้ขายยังมีกรรมสิทธิ์อยู่ ทรัพย์นั้นย่อมต้องตกเป็นทรัพย์ที่จะนำมาเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทั่วไปได้ แต่หากโจทก์ได้กรรมสิทธิ์ในโกดังรายนี้ไปแล้ว โจทก์ก็มีสิทธิเอาโกดังออกขายและเก็บเงินไว้เป็นของตัวเอง ไปได้ ศาลแห่งสหพันธรัฐฯ ได้สรุปพยานหลักฐานว่าตามพฤติการณ์ในคดีนี้ ไม่ปรากฏว่าคู่กรณีทั้งสองได้ตกลง โอนกรรมสิทธิ์ในโกดังแก่กันหลังจากที่ได้ทำสัญญาซื้อขายแล้ว และด้วยเหตุนี้โจทก์จึงไม่ได้กรรมสิทธิ์ ในโกดังนั้น อย่างไรก็ดีศาลได้วางข้อพิจารณาประกอบการวินิจฉัยปัญหานี้ไว้ด้วยว่า แม้ในกรณีที่คู่กรณีได้ตกลง โอนทรัพย์แก่กันแล้ว ศาลก็ยังจะยกฟ้องอยู่ดี ทั้งนี้โดยศาลได้พยายามให้บรรดาธิบายอย่างละเอียดว่าเหตุใด ศาลจึงไม่ใช้หลักสัญญาซื้อขาย และเหตุผลก็คือสัญญาซื้อขายนั้นเสียไปเพราะกลฉ้อฉล และเมื่อนิติกรรมที่เป็น มูลไร่ผลเสียแล้ว กรรมสิทธิ์ย่อมไม่โอนไปยังฝ่ายโจทก์เลย (ตรงนี้ควรสังเกตด้วยว่า หากคดีทำนองนี้มาเกิด ขึ้นในเยอรมัน ศาลเยอรมันก็คงตัดสินไปในทำนองเดียวกัน แม้ว่าศาลเยอรมันจะยึดหลักสัญญาซื้อขายก็ตาม ทั้งนี้เพราะโดยทั่วไปแล้วข้อตกลงทางทรัพย์ที่สร้างขึ้นโดยมีเจตนาฉ้อฉลย่อมเป็นสัญญาที่มีความบกพร่อง และย่อม เสียไปเมื่อมีการบอกล้างสัญญาอันเป็นมูล (โปรดดู CAEM MERER, S.695, 698 f. : STREBEL / ZIEGLER Raibels Z 4 (1930( 842 ff.) ในเวลาต่อมาศาลแห่งสหพันธรัฐฯ ได้หันมายึดถือความเหินอย่างหลัง นี้เป็นบรรทัดฐานอย่างเห็นได้ชัด (โปรดดู BGE 64 III 183, 189; 67 II 149, 160 f; 78 II 210 f.; 84 III 141, 154)

ส่วนในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น กรณีก็แตกต่างออกไปอีก สำหรับปัญหาเรื่องนี้ปรากฏว่า ผู้ร่างประมวลกฎหมายแห่งสวิสได้ละเอาไว้ให้ได้เถียงกันได้อีกเช่นกัน แม้มาตรา 165 แห่งประมวลกฎหมาย ลักษณะหนี้ของสวิส จะได้บัญญัติแสดงความแตกต่างระหว่าง “ความผูกพันทางหนี้ในอันที่จะทำการโอน

สิทธิเรียกร้องกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง” เอาไว้อย่างแจ่มชัด คือสัญญาที่อันเป็นมูลของการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นอาจทำขึ้นโดยไม่ต้องมีแบบ แต่ตัวสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ แต่ทว่าประมวลกฎหมายก็มีได้อธิบายไว้ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นนิติกรรมที่ลอบหรือปราศจากเหตุ หรือแยกเป็นอิสระจากนิติกรรมที่เป็นมูลหรือไม่ กรณีศาลแห่งสหพันธ์ ฯ ของสวิสได้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักสัญญาลอบเป็นเกณฑ์ ต่างจากการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการโอนสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่อาศัยหลักสัญญาลอบ

ตามคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ ฯ ของสวิส (BGE 67 II 123) ปรากฏว่าจำนวนในคดีนี้ได้ตกลงให้โจทก์กู้เงินและโจทก์ก็ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่มีต่อบุคคลภายนอกแก่จำเลย เพื่อเป็นการประกันเงินกู้รายนี้ ต่อมาปรากฏว่าสัญญาที่รายนี้เป็นโมฆะ และเกิดปัญหาขึ้นมาว่าการโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำกันไว้นั้นจะยังมีผลสมบูรณ์อยู่ต่อไปหรือไม่ เพราะหากการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นไม่ได้รับผลกระทบจากความเสียหายของสัญญาแล้ว ฝ่ายจำเลยก็จะได้รับเงินก้อนที่ลูกหนี้ของโจทก์วางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า การโอนสิทธิเรียกร้องย่อมมีผลสมบูรณ์โดยกล่าวว่า “การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นนิติกรรมแบบหนึ่งและเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ในตัวเอง คือการโอนสิทธิเรียกร้องย่อมมีผลแก่นิติกรรมที่เป็นมูลของการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะเสียหายหรือการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะเป็นไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมายก็ตาม” อย่างไรก็ตามก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาอาจตกลงกันขจัด “ลักษณะที่ลอบหรือปราศจากเหตุของการโอนสิทธิเรียกร้อง” นั่นก็ได้ ทั้งนี้โดยคู่สัญญาอาจตกลงโอนสิทธิเรียกร้องกันโดยอาศัยความมีผลของนิติกรรมที่เป็นมูลเป็นเงื่อนไข (BGE 67 II 123) แม้กระนั้นก็ตาม กรณีที่ศาลจะยอมรับว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นไปโดยมีเงื่อนไขนั้นเป็นไปได้น้อยมาก ดังที่ศาลได้เคยกล่าวไว้ว่า “จะต้องปรากฏว่า คู่สัญญามีเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะให้การตกเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือความเสียหายของสัญญานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเรียกร้องด้วย” ในคำพิพากษาของศาลในระยะหลัง ๆ มา นี้ เริ่มมีการแสดงเป็นนัยว่าศาลไม่ปรารถนาจะเดินตามแบบแผนความคิดดั้งเดิมอีกต่อไป กล่าวคือกำลังมีเสียงเรียกร้องให้มีการทบทวนปัญหาหลักการสำคัญของหลักการโอนสิทธิเรียกร้องเสียหายใหม่ (BGE 84 II 356) ในเรื่องนี้โปรดดู STAEHLIN, ZSR 78 (1959) 506, และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง MOECKE, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips (1962) ด้วยเหตุนี้เองจึงดูเหมือนจะเป็นไปได้ว่า สักวันหนึ่งระบบกฎหมายสวิสอาจจะเลิกใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอบไปทั้งสายเลยก็ได้ กล่าวคือไม่ใช่หลักสัญญาลอบ ไม่ว่าในเรื่อง การโอนสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ หรือแม้ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องด้วย

#### 4. บทสรุป

หลักกฎหมายว่าด้วย “สัญญาลอบทางทรัพย์” และข้อโต้แย้งถกเถียงต่าง ๆ นานาที่เนื่องมาจากหลักเรื่องนี้ย่อมเป็นเครื่องแสดงให้เห็นได้ว่า นักนิติศาสตร์ในตระกูลกฎหมายเยอรมันนั้นมีนิสัยชอบนำเอาเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่อย่างมากมายหลากหลายในชีวิตประจำวันและมีนัยเชิงกฎหมายมาใคร่ครวญ ไตร่ตรอง

แล้วสรุปวางหลักโดยสกัดเป็นข้อความคิดทางกฎหมาย (Rechtsbegriffe) และรูปแบบต่าง ๆ ทางกฎหมาย (Rechtsfiguren) ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมและเป็นสิ่งที่ไกลเกินกว่าที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ จะได้คาดคิด หรือคำนึงถึงตามปกติได้ เป็นที่เห็นได้ว่า การแยกแยะความแตกต่างในทางความคิดระหว่าง “สัญญาซื้อขาย” (ซึ่งบุคคลเพียงแต่ผูกพันตนที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปตามพันธูทางหนึ่ง) กับ “การปฏิบัติการชำระหนี้” (ซึ่งบุคคลกระทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายตามที่ได้ผูกพันตนไว้) นี้ นับว่าเป็นการแบ่งแยกที่มีเหตุผลลึกซึ้งยิ่ง ประโยชน์ของการแบ่งแยกข้อแตกต่างเรื่องนี้จะเห็นได้ง่ายขึ้น ในกรณีที่เกิดขึ้นของสัญญาและการปฏิบัติการชำระหนี้มิได้สำเร็จลงในเวลาเดียวกัน แต่เกิดขึ้นในเวลาห่างกัน อย่างไรก็ตามแม้ว่าการแยกความแตกต่างระหว่าง “นิติกรรมทางหนึ่ง” และ “การปฏิบัติการชำระหนี้” นี้จะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผลของเรื่อง แต่การแบ่งเช่นนี้ก็ยังคงเป็นคนละเรื่องกับการคิดเลขต่อไปอีก 2 ชั้น กล่าวคือการถือว่าการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของนิติกรรมชนิดพิเศษอีกนิติกรรมหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าเป็น “สัญญาทางทรัพย์สิน” แล้วจากนั้นยังมีกรณีอื่นยื่นต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่า สัญญาทางทรัพย์สินนี้ปราศจากเหตุหรือลอยแยกจากสัญญาทางหนึ่งหรือที่ว่าสัญญาทางทรัพย์สินย่อมมีผลสมบูรณ์และไม่ถูกกระทบกระเทือนเลย แม้ว่านิติกรรมทางหนึ่งจะไม่มีผลความคิดสองตอนหลังนี้เป็นคนละเรื่องกับความคิดตอนแรก อนึ่ง แม้ว่าการตีความในทางทฤษฎีเหล่านี้จะมิได้ดำรงอยู่ในความรู้สึกนึกคิดจริง ๆ ของคู่กรณีและเป็นเหตุให้เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ “ต่างจากเรื่องในชีวิตจริง” ก็ตาม ถ้าหากทฤษฎีเหล่านี้เป็นเครื่องช่วยนำเราไปสู่ข้อยุติที่เหมาะสมเป็นธรรมในทางปฏิบัติแล้ว เราก็ควรจะยอมรับนับถือเอาไว้ แต่ทว่าในทางปฏิบัติกรณีหาได้เป็นเช่นนั้นเสมอไปไม่เท่าที่ปรากฏให้เห็นอยู่ในทางปฏิบัติ นั้น มีอยู่บ่อยครั้งที่ศาลละเลยไม่ใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยนี้ไปเสียเลย ๆ ในกรณีเหล่านี้ผู้พิพากษามักจะอาศัยหลักกฎหมายต่าง ๆ อย่างอื่นที่มีอยู่มาใช้เป็นเครื่องอธิบายความชอบธรรมของข้อวินิจฉัยที่ตนเห็นจะต้องแก่กรณีนั้น ๆ ได้เสมอ ถึงตรงนี้เราจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยรวมทั้งหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่มีผู้พัฒนาขึ้นมาตีตรอนหลักกฎหมายนี้ขึ้น ไม่เพียงแต่จะเป็นหลักที่ผิดแปลกไปจากความรู้สึกนึกคิดตามปกติของคนธรรมดาเท่านั้น แต่ทว่าอันที่จริงแล้วหลักกฎหมายดังกล่าว ยังมีฐานะเป็นรองจากหลักแห่งการซึ่งตรงส่วนได้ส่วนเสียของคู่กรณี อันเป็นหลักพื้นฐานของการตัดสินใจตัดสินคดีทั้งปวงอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ด้านที่น่าพิจารณาของหลัก “สัญญาลอยทางทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของความคิดทางกฎหมายในตระกูลเยอรมันนั้น อยู่ที่ความมุ่งหมายที่จะนำหลักกฎหมายนี้ไปใช้ปรับแก้กรณีทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันให้ได้อย่างครอบคลุมในหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน มิใช่อะไรนั้นเราอาจจะตั้งต้นจากกรณีที่คู่กรณีในสัญญาซื้อขายได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา คือได้มีการโอนทรัพย์สินหรือชำระราคาให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยได้มีการตกลงกันในทางทรัพย์สิน ถือตกลงยอมให้สิทธิเหนือทรัพย์สินโอนไปยังกันและกันแล้ว หากต่อมาปรากฏว่าสัญญาซื้อขายอันเป็นมูลของการโอนทรัพย์สินนั้นไม่สมบูรณ์ ไม่ว่าจะเพราะตกเป็นโมฆะด้วยเหตุที่นิติกรรมนั้นไม่ถูกต้องตามแบบ หรือต้องห้ามโดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือขัดต่อศีลธรรมอันดี หรือด้วยเหตุที่คู่กรณีมิได้มีเจตนาต้องตรงกัน หรือสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ (เพราะเหตุสำคัญผิดล่อลวง หรือข่มขู่) และถูกบอกล้างไปภายหลัง ในกรณีเหล่านี้ย่อมมีปัญหาตามมาว่า คู่กรณีฝ่ายที่ได้โอนทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งไปแล้วนั้นจะมีสิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งคืนทรัพย์สินที่ตนได้โอนไปนั้นกลับมาได้ โดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องใด ตามหลักกว่าด้วย “สัญญาลอยทาง

ทรัพย์นั้นกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือในทรัพย์สินที่โอนกันย่อมจะโอนไปยังคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งนับตั้งแต่เวลาส่งมอบแล้ว แม้ว่าสัญญาซื้อขายนั้นจะไม่สมบูรณ์ก็ตาม และดังนั้นผู้โอนย่อมไม่อาจอ้างหลักกรรมสิทธิ์มาเป็นฐานในการเรียกทรัพย์คืนได้ต่อไป ด้วยเหตุนี้ผู้โอนจึงได้แต่เรียกให้ผู้รับโอนคืนทรัพย์ โดยอาศัยหลักว่าผู้รับโอนได้ทรัพย์นั้นไป โดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย คือได้ทรัพย์ไปในฐานะเป็นลาภมิควรได้ และผู้รับโอนซึ่งได้ทรัพย์มาโดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ย่อมจะต้องคืนทรัพย์นั้นแก่ผู้โอน ด้วยเหตุนี้หลักสัญญาซื้อขายจึงนำไปสู่ข้อสรุปว่าสิทธิเรียกให้ผู้รับโอนคืนทรัพย์สินที่ได้รับโอนไปตามสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ย่อมไม่ใช่สิทธิเรียกร้องทางทรัพย์ ไม่ใช่การเรียกทรัพย์คืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 985 ป. แห่งเยอรมัน เพราะสิทธิเหนือทรัพย์ของผู้โอนได้สิ้นสุดลงแล้วโดยการโอนทรัพย์ ผู้โอนเช่นว่านี้จึงมีแต่สิทธิเรียกร้องทางหนี้ต่อผู้รับโอน ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้รับโอนคืนทรัพย์แก่ตนตามหลักว่าด้วยลาภมิควรได้ (มาตรา 812 ๑ ป. แห่งเยอรมัน) เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างข้างต้นนี้ก็หาได้มีความหมายสำคัญยิ่งใหญ่อย่างที่ผู้ได้ขียนได้ฟังแนวความคิดเรื่องนี้ใหม่ ๆ อาจจะยอมรับนับถือในทันทีแต่ประการใด ทั้งนี้ก็เพราะว่าในระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่รู้จักหลักสัญญาลอยนั้น แม้จะถือว่ากรณีที่สัญญาทางหนีนั้นเป็นมูลแห่งการโอนทรัพย์ตกเป็นโมฆะหรือเสียไปเพราะถูกบอกล้างภายหลังจะส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่โอนกันไม่ผ่านมือไปยังผู้รับโอนเลยก็ตาม การเรียกทรัพย์คืนในระบบกฎหมายเหล่านี้ก็เชื่อว่าจะทำให้ โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์เสมอไปไม่ การเรียกทรัพย์คืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ ในระบบกฎหมายเหล่านี้จะทำให้เฉพาะในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งโอนกันไปในนั้นยังอยู่ในสภาพที่สามารถแยกออกจากกองทรัพย์สินของผู้รับโอนได้อย่างชัดเจนเท่านั้น ในบรรดาคดีส่วนใหญ่อันเป็นคดีที่มีความหมายอย่างยิ่งในทางปฏิบัตินั้นกรณีกลับกลายเป็นตรงกันข้าม เช่นในกรณีที่ได้มีการชำระเงินหรือได้รับมีการส่งมอบทรัพย์เป็นประเภท หรือสังกะทรัพย์แก่กันแล้วดังนี้ โดยทั่วไปแล้วระบบกฎหมายที่ไม่ได้ถือหลักสัญญาลอยทางทรัพย์ ก็ยอมให้ผู้โอนเรียกทรัพย์คืนได้โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องทางหนี้เท่านั้น ทั้งนี้ก็เพราะเงินที่ชำระกันไปแล้วย่อมคลุกเคล้าเข้ากับเงินสดหรือเงินในบัญชีของผู้รับโอนหรือทรัพย์สินที่เป็นสังกะทรัพย์ ก็มักจะปะปนเข้ากับกองทรัพย์สินของผู้รับโอนไปแล้ว และกองทรัพย์สินของผู้รับโอนนั้นเล่าก็มักจะมีปริมาณเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมโดยการมีทรัพย์สินมาเพิ่มพูนมากขึ้น หรือมีการจำหน่ายโอนต่อไปอยู่เสมอ นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้รับโอนได้โอนทรัพย์นั้นต่อไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็ถือหลักทำนองเดียวกันนี้ กล่าวคือในระบบกฎหมายทุกระบบ ไม่ว่าจะเป็แบบที่ถือหลักสัญญาลอยหรือไม่ ต่างก็ถือหลักว่าการเรียกทรัพย์คืนจะทำได้โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องทางหนี้เท่านั้น

อนึ่ง หลักดังกล่าวข้างต้นนี้ก็ใช้ได้ในระบบคอมมอนลอว์โดยมีข้อจำกัด ทั้งนี้เพราะในระบบคอมมอนลอว์นั้นมีแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานอยู่ว่าภายใต้เงื่อนไขบางประการนั้น ผู้รับโอนย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์ในลักษณะของผู้จัดการทรัพย์ (trustee) เพื่อประโยชน์ของผู้โอนเท่านั้น ในกรณีเหล่านี้ผู้โอนย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์คืนโดยอาศัยสิทธิทางทรัพย์ของตนได้ และสิทธิเรียกทรัพย์คืนโดยอาศัยสิทธิเหนือทรัพย์เช่นนี้ นอกจากจะครอบคลุมถึงสิทธิเรียกตัวทรัพย์ที่โอนกันไปแล้วกลับมา สิทธิดังกล่าวยังคลุมไปถึงสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ได้มาแทนที่ทรัพย์นั้นให้แก่ผู้โอนในฐานะช่วงสิทธิหรือช่วงทรัพย์อีกด้วย (หลักดังกล่าวนี้ในคอมมอนลอว์เรียกว่า Doctrine of Tracing)



อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ถ้าหากทรัพย์สินที่โอนไปนั้นยังอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้รับโอนและทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่แยกออกจากกองทรัพย์สินของผู้รับโอนได้โดยง่าย ผลทางปฏิบัติจากการเรียกทรัพย์สินก็ไม่แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าผู้โอนจะเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยหลักเรื่องลามิกควรได้ (condictio) ตามมาตรา 812 ๑ ป.แพ่งเยอรมัน หรือเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ (vindictio) ตามมาตรา 985 ป.แพ่งเยอรมัน กล่าวคือในทั้งขอบเขตอันกว้างขวาง ตามหลักกฎหมายนี้ กรณีทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ก็ดี การโอนสิทธิเรียกร้องทั้งหลายทั้งปวงก็ดี หรือการก่อสิทธิจำนอง รวมทั้งการก่อทรัพย์สินอื่น ๆ เหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำในแง่กฎหมายที่จัดอยู่ในประเภทเดียวกันทั้งสิ้น กล่าวคือล้วนแต่เป็นการตกลงทำสัญญาทางทรัพย์สิน ยิ่งไปกว่านั้นหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สินยังถือต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่า โดยหลักแล้วสัญญาลอยยอมไม่เสียไปหรือได้รับผลกระทบจากเหตุที่นิติกรรมที่เป็นมูลเสียไป และสัญญาลอยยอมมีผล ทั้งนี้ไม่ว่านิติกรรมที่เป็นมูลนั้นจะเสียไปเพราะเหตุสำคัญผิดหรือกลล่อนฉลาด หรือเสียไปเพราะขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตามจะไม่จำเป็นต้องตรงกันหรือเพราะนิติกรรมอันเป็นมูลนั้นไม่ได้ทำตามแบบ และท้ายที่สุดหลักสัญญาลอยยอมให้ใช้ได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่า นิติกรรมที่เป็นมูลของสัญญาทางทรัพย์สินนั้นจะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาให้ เป็นสัญญาค้ำประกันหรือข้อตกลงตั้งทรัพย์สินก็ตาม หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยยอมทางทรัพย์สินนี้ มีขอบเขตการปรับใช้ที่กว้างขวางครอบคลุมและมีผลกระทบต่อกรณีต่าง ๆ อย่างมากมายมหาศาล โทพาร์ ขนาดที่นักกฎหมายตระกูลแองโกล – อเมริกัน คงจะปฏิเสธที่จะแสดงความเห็นคล้อยหรือค้าน หรือแม้แต่จะร่วมวงอภิปรายถกเถียงในเรื่องนี้ทีเดียว เพราะท่านเหล่านั้นคงจะเห็นว่าหลักกฎหมายเรื่องนี้เป็นเรื่องความคิดประหลาดเกินกว่าที่จะคาดคิดถึงตามปกติ สำหรับนักกฎหมายแองโกล – อเมริกันนั้น ปัญหาที่ว่า “ผู้ซื้อสังหาริมทรัพย์จะได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หรือไม่ ถ้าสัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะเพราะเหตุสำคัญผิด” กับปัญหาที่ว่า “การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อค้ำประกันการชำระหนี้จะมีผลสมบูรณ์หรือไม่ ถ้าการทำสัญญาค้ำประกันนั้นไม่เป็นไปตามแบบและตกเป็นโมฆะ” สองปัญหานี้เป็นปัญหาคนละเรื่องที่อยู่ห่างไกลกันคนละโลกทีเดียว นักกฎหมายแองโกล – อเมริกันคงจะต้องรู้สึกแปลกใจอย่างยิ่ง ถ้าหากได้ทราบว่าในเยอรมันได้มีการพัฒนาทฤษฎีข้อหนึ่งเพื่อนำหลักข้อเดิวนี้นี้มาปรับใช้แก้ปัญหาทั้งสองเรื่องนี้อย่างครอบคลุม ในทางกลับกันนักกฎหมายเยอรมันอาจกล่าวว่าแม้ข้อความคิดทางกฎหมายที่สกัดได้มาจากการคิดอย่างเป็นนามธรรมจะเป็นสิ่งที่เข้าใจได้ยาก และห่างไกลจากความรู้สึกนึกคิดตามปกติก็ตาม แต่การนำเอาข้อความคิดที่สกัดอย่างถึงแก่นแล้วนี้มาใช้ก็จะช่วยให้เราสามารถวางหลักเกณฑ์ทางนิติศาสตร์ให้ครอบคลุมเหตุการณ์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในชีวิตประจำวันซึ่งมีอยู่อย่างมากมายหลายหลากได้เป็นอย่างดี ทั้งยังมีส่วนช่วยจัดระบบกฎหมายให้เป็นระบบระเบียบและง่ายต่อการทำความเข้าใจยิ่งขึ้น ในที่สุดเราอาจกล่าวได้ว่านิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งสองระบบ คือ กฎหมายตระกูลแองโกล – อเมริกัน และของตระกูลเยอรมันต่างก็มีข้อดีและข้อเสียอยู่ด้วยกัน แต่ทว่าในข้อดีนั้นเองก็ย่อมจะมีข้อบกพร่องแฝงอยู่ด้วยเช่นกัน

