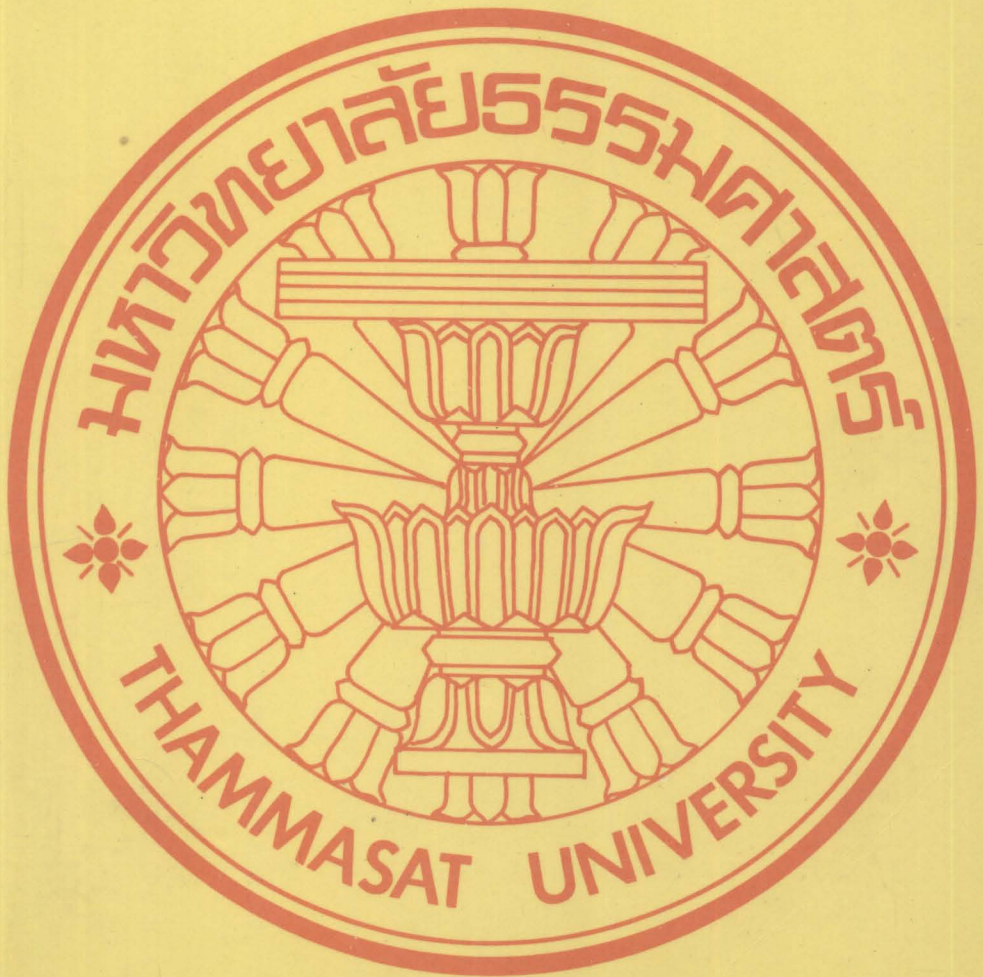


ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๒

ร. แลงกาด์



ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๒

พิมพ์ครั้งที่ ๑ (ท.ว.พ.) พ.ศ. ๒๕๒๖

จำนวนพิมพ์ ๓,๐๐๐ ฉบับ

ลิขสิทธิ์เป็นของมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

ISBN 974-07-5270-5

บริษัทสำนักพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช จำกัด

๕๕๙ ถนนไมตรีจิตต์ กรุงเทพมหานคร

เป็นผู้แทนจำหน่าย



ที่ ทม. ๐๗๐๑/๗๒๕

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓

เรื่อง อนุญาตให้พิมพ์หนังสือประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เรียน ประธานกรรมการมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

อ้างถึง หนังสือมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ที่โครงการตำรา ๐๐๑๑/
๒๕๖๓ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๖๓

ตามหนังสือมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ที่อ้างถึง ขอ
อนุญาตมหาวิทยาลัยนำหนังสือชุดประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ซึ่งแต่ง
โดย ร. แลงการ์ด และจัดพิมพ์โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน ๔ เล่ม ไปพิมพ์เพื่อ
ประโยชน์ในทางวิชาการ ความแจ้งแล้ว นั้น

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ยินดีให้ความร่วมมือ โดยอนุญาตให้มูลนิธิโครงการ
ตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ จัดพิมพ์หนังสือชุดประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฏ-
หมายเอกชน) แต่งโดย ร. แลงการ์ด ได้

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ.

ขอแสดงความนับถืออย่างสูง

(ศาสตราจารย์ ประภาศน์ อวยชัย)

อธิการบดี

สำนักงานอธิการบดี

โทร. ๒๒๒๓๘๔๔, ๒๒๒๓๘๔๖

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๒

โดย

ร. แดงภาตี



มูลนิธิโครงการตำรา
สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์
กรุงเทพมหานคร ๒๕๒๖

รายนามคณะกรรมการบริหาร
มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

นายเสน่ห์ จามริก	ประธานกรรมการ
นางเพ็ชรี สุมิตร	รองประธาน
นางสาวกุสุมา สนิทวงศ์ ณ อยุธยา	กรรมการ
นายธวัชชัย ยงกิตติกุล	กรรมการ
นางสาวสดชื่น ชัยประสาธน์	กรรมการ
นายสุเทพ สุนทรเกษม	กรรมการ
นายธนินดี เศรษฐบุตร	กรรมการ
นายสุลักษณ์ ศิวรักษ์	กรรมการ
นายวิทยา สุจิตตวรักษ์	กรรมการ
นางอารี สันหนวี	กรรมการ
นางอมรา พงศาพิชญ์	กรรมการ
นางสาวศุภลักษณ์ เลิศแก้วศรี	กรรมการ
นายเฉลิม ทองศรีพงศ์	กรรมการและที่ปรึกษากฎหมาย
นายบดินทร์ อัครวานิชย์	กรรมการและที่ปรึกษากฎหมาย
นายเกริกเกียรติ พิพัฒน์เสวีธรรม	กรรมการและற்றுญิก
นายชาญวิทย์ เกษตรศิริ	กรรมการและเลขานุการ
นายรังสรรค์ วัณะพรพันธุ์	กรรมการและผู้จัดการ

มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

เลขที่ ๔๑๓/๓๘ ถนนอรุณอมรินทร์ บางกอกน้อย กรุงเทพฯ ๑๐๗๐๐

คำแถลงของมูลนิธิโครงการตำราฯ

โครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๒๕๐๓ ด้วยความร่วมมือร่วมใจกันเองเป็นส่วนบุคคล ในหมู่ผู้มีความรักในภารกิจบริหารการศึกษาจากสถาบันต่าง ๆ เมื่อเริ่มดำเนินงาน โครงการตำราฯ มีฐานะเป็นหน่วยงานหนึ่งของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทยก่อนที่จะมีฐานะเป็นมูลนิธิเมื่อต้นปี พ.ศ. ๒๕๒๑ ทั้งนี้โดยได้รับความร่วมมือด้านทุนทรัพย์จากมูลนิธิร็อคกี้เฟลเลอร์ เพื่อใช้จ่ายในการดำเนินงานขั้นต้น เป้าหมายเบื้องต้นของมูลนิธิโครงการตำราฯ ก็คือ ส่งเสริมให้มีหนังสือตำราภาษาไทยที่มีคุณภาพดีโดยเฉพาะในทางวิชาสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ทั้งนี้เพราะต่างก็เห็นพ้องต้องกันในระยะนั้นว่า คุณภาพของหนังสือตำราภาษาไทยระดับอุดมศึกษาแขนงวิชาดังกล่าวยังไม่สูงพอ ถ้าส่งเสริมให้มีหนังสือเช่นนี้เพิ่มขึ้น ย่อมมีส่วนช่วยยกระดับมาตรฐานการศึกษาในชั้นมหาวิทยาลัยไปโดยปริยาย อีกทั้งยังอาจช่วยการสร้างสรรค์ปัญญา ความคิดริเริ่ม และความเข้าใจอันถูกต้องในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และการเมืองโดยส่วนรวม

พร้อมกันนี้มูลนิธิโครงการตำราฯ ก็มีเจตนาปรารถนั้แน่วแน่ที่จะทำหน้าที่เป็นแหล่งชุมนุมผลงานเขียนของนักวิชาการต่าง ๆ ทั้งในและนอกสถาบัน เพื่อให้ผลงานวิชาการที่มีคุณภาพได้เป็นที่รู้จักและเผยแพร่ออกไปโดยทั่วถึงทั้งในหมู่ผู้สอน ผู้เรียน และผู้สนใจงานวิชาการ การดำเนินงานของมูลนิธิโครงการตำราฯ มุ่งขยายความเข้าใจและความร่วมมือของบรรดานักวิชาการออกไปในวงกว้างยิ่ง ๆ ขึ้นด้วย ไม่ว่าจะเป็นด้านการกำหนดนโยบายสร้างตำรา การเขียน การแปล และการใช้ตำราเหล่านั้น ๆ ซึ่งจะเป็นเครื่องส่งเสริมและกระชับความสัมพันธ์อันพึงปรารถนา ตลอดจนความเข้าใจอันดีต่อกันในวงวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง

นโยบายพื้นฐานของมูลนิธิโครงการตำราฯ คือ ส่งเสริมและเร่งรัดให้มีการจัดพิมพ์หนังสือตำราทุกประเภททั้งที่เป็นงานแปลโดยตรง งานแปล-เรียบเรียง งานถอดความ งานรวบรวม งานแต่งและงานวิจัย ในช่วงแรก ๆ เราได้เน้นส่งเสริมงานแปลเป็นหลัก ขณะเดียวกันก็ได้ส่งเสริมให้มีการจัดพิมพ์ตำราประเภทอื่น ๆ ด้วย นับแต่ได้ก่อตั้งโครงการตำราฯ มาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน โดยความร่วมมืออย่างดียิ่งของนักวิชาการ

หลายสถาบัน สามารถส่งเสริม—กลั่นกรอง—ตรวจสอบ—และจัดพิมพ์หนังสือตำราภาษาไทยระดับอุดมศึกษาที่มีคุณภาพตามเป้าหมาย เจตนารมณ์ และนโยบาย ได้ครบทุกประเภทและมีเนื้อหาครอบคลุมสาขาวิชาต่างๆ ถึง ๘ สาขา ดังต่อไปนี้ คือ ๑) สาขาวิชาภูมิศาสตร์ ๒) สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ๓) สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ ๔) สาขาวิชารัฐศาสตร์ ๕) สาขาวิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา ๖) สาขาวิชาปรัชญา ๗) สาขาวิชาจิตวิทยา ๘) สาขาวิชาภาษาและวรรณคดี นอกจากนี้เรายังมีโครงการผลิตตำราสาขาวิชาอื่นๆ เพิ่มขึ้นด้วย เช่น สาขาวิชาศิลปะ ซึ่งกำลังอยู่ในขั้นดำเนินงาน และยังสามารถขยายงานให้มีการแต่งตำราเป็น “ชุด” ต่อ ซึ่งมีเนื้อหาคาบเกี่ยวระหว่างหลายสาขาวิชา เช่น “ชุดชีวิตและงาน” ของบุคคลที่น่าสนใจที่ได้จัดพิมพ์เผยแพร่ไปแล้วบ้างแล้ว

ปัจจุบันมูลนิธิโครงการตำรา ยังคงมีเจตนารมณ์อันแน่วแน่ที่จะขยายงานของเราต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง แม้ว่าจะประสบอุปสรรคนานัปการ โดยเฉพาะอุปสรรคด้านทุนรอน เพราะกิจการของเรามีใช้กิจการแสวงหาผลกำไร หากมุ่งประสงค์ให้นักศึกษาและประชาชนได้มีโอกาสซื้อหาหนังสือตำราในราคาย่อมเยาพอสมควร

คณะกรรมการทุกสาขาวิชาของมูลนิธิโครงการตำรา ยินดีน้อมรับคำแนะนำและคำวิพากษ์วิจารณ์จากผู้อ่านทุกท่าน และปรารถนาอย่างยิ่งที่จะให้ทุกท่านได้มีส่วนร่วมในมูลนิธิโครงการตำรา ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนแนะนำอยู่ห่างๆ ช่วยแต่ง แปล เรียบเรียง หรือรวบรวมตำราสาขาวิชาต่างๆ ให้เรา หรือเข้ามาช่วยบริหารงานร่วมกับเรา

ประธานกรรมการ

มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์



ร. แลงกัต

คำนำ

ร. แลกคัทกับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ชาญวิทย์ เกษตรศิริ
วิมลย์ พงศ์พินิตานนท์

ถ้าเราจะเริ่มต้นด้วยคำถามที่ว่า เมื่อไทยเข้าสู่ยุคสมัยใหม่เมื่อใด คำตอบก็คือ เมื่อเริ่มมีการปฏิรูปประเทศ การปฏิรูปนี้เริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๔ (๒๓๙๔-๒๔๑๑) และมาเห็นผลชัดเจนในสมัยรัชกาลที่ ๕ (๒๔๑๑-๒๔๕๓) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. ๒๔๓๕ การปฏิรูปดังกล่าวเป็นผลมาจากการคุกคามของลัทธิอาณานิคมจากตะวันตก โดยเฉพาะจากอังกฤษและฝรั่งเศสที่คุกคามอธิปไตยของไทย ผลของการปฏิรูปก่อให้เกิดการรวมอำนาจการปกครองที่สถาปนากษัตริย์ กับที่รัฐบาลส่วนกลางในกรุงเทพฯ อย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน

ในสมัยที่การปฏิรูปการปกครองขึ้นสู่จุดสุดยอดนั้น สมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพ (๒๔๐๕-๒๔๙๖) ทรงเป็นมันสมองสำคัญของขบวนการปฏิรูป ดังจะเห็นได้จากบทบาทของพระองค์ในการปฏิรูปการศึกษา และการดำรงตำแหน่งเสนาบดีมหาดไทยเป็นท่านแรก ในการปฏิรูปซึ่งส่วนหนึ่งหมายถึงการทำให้เมืองไทยทันสมัยตามแบบตะวันตกนั้น น่าสนใจว่ากระบวนการที่จะสร้างอนาคตมีส่วนสัมพันธ์กับการทำความเข้าใจอดีตอย่างมาก ดังนั้น ในขณะที่สมเด็จพระยาดำรงฯ ทรงพยายามวางรูปแบบบางอย่างที่เมืองไทยควรจะต้องเปลี่ยนแปลงและเป็นไป ก็ทรงสนใจความเป็นมาของเมืองไทยในอดีตอย่างลึกซึ้ง ซึ่งก็หมายความว่าทรงให้ความสนใจต่อประวัติศาสตร์อย่างมาก

เมื่อกล่าวถึงบุคคลซึ่งนำทางด้านการศึกษาของประเทศไทยเกี่ยวกับอดีต จึงเป็นสิ่งที่จะละเอียดมิได้ในการกล่าวถึงสมเด็จพระยาดำรงฯ และในขณะเดียวกันก็ละเอียดไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงชาวต่างประเทศบางท่านที่เข้ามาร่วมงานในด้านต่าง ๆ ดังเช่น ยอร์ช เซเดส์ ซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่บุกเบิกความรู้เกี่ยวกับประวัติศาสตร์ไทยสมัยใหม่

ในสมัยของการปฏิรูปนั้น รัฐบาลไทยนับตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ เป็นต้นมา ได้อาศัยความรู้และสติปัญญาของชาวต่างประเทศเป็นจำนวนมากที่จ้างเข้ามาในฐานะที่ปรึกษา ดัง

เช่นรัชกาลที่ ๔ ทรงจ้างที่ปรึกษาชาวต่างประเทศถึง ๘๐ กว่าคน ให้เข้ามาทำงานทางด้านการทหาร การทำเรือ การภาษีอากร การตำรวจ ตลอดจนการเข้ามาสอนหนังสือภาษาอังกฤษให้กับโอรสและธิดา ในสมัยรัชกาลที่ ๕ ก็ทรงดำเนินนโยบายเช่นนี้ และเพิ่มจำนวนและอำนาจของที่ปรึกษาชาวต่างประเทศขึ้นอีก ส่วนใหญ่จะทรงจ้างชาวอังกฤษให้ทำงานด้านการคลังและการศึกษา ชาวเดนมาร์กทำงานทางด้านการทหาร ชาวเยอรมันทำงานด้านไปรษณีย์และการรถไฟ ชาวอเมริกัน ชาวเบลเยียม ทำงานด้านกฎหมาย เป็นต้น (๑)

นโยบายการจ้างที่ปรึกษาชาวต่างประเทศนี้ดำเนินเรื่อยมาทั้งในรัชกาลที่ ๖ (๒๔๕๓-๒๔๖๘) และรัชกาลที่ ๗ (๒๔๖๘-๒๔๗๘) ถึงแม้จะมีจำนวนลดลงตามลำดับ ทั้งนี้เพราะบรรดาโอรสและเชื้อพระวงศ์ ตลอดจนขุนบทรหลานของขุนนางจำนวนไม่น้อยได้ไปศึกษาจากประเทศตะวันตกกลับมา

ร. แลงการ์ดเป็นผู้หนึ่งในบรรดาที่ปรึกษาทางกฎหมาย ที่ได้รับจ้างเข้ามาทำงานในเมืองไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๖ คือเข้ามาใน พ.ศ. ๒๔๖๗ อยู่เมืองไทยทั้งหมดประมาณ ๑๖ ปี กลับออกไปเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๓ ซึ่งเป็นสมัยรัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงคราม และเมืองไทยกำลังจะเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ ๒

ร. แลงการ์ดเห็นเมืองไทยในช่วงประวัติศาสตร์การเมืองที่สำคัญมาก ท่านผ่าน ๓ รัชกาล เห็นเมืองไทยตั้งแต่ยังเป็นประเทศสยาม จนเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ จนกระทั่งการก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ๒๔๗๗ ไปจนถึงการปกครองแบบรัฐบาลเผด็จการทหารบกของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ท่านอยู่ในสมัยของนโยบายลัทธิ (เชื้อ) ชาตินิยม (ต่อต้านคนจีน) ของรัฐบาล นโยบายการต่างประเทศที่ต่อต้านฝรั่งเศษและสนับสนุนญี่ปุ่น ไปจนกระทั่งการเปลี่ยนประเทศสยามให้เป็นประเทศไทย ท่านถึงได้ออกจากเมืองไทยไป

ร. แลงการ์ดเป็นที่ปรึกษาชาวต่างประเทศผู้หนึ่งในกระบวนการปฏิรูปของไทยดังกล่าว และท่านก็ทำบทบาทคล้ายๆ กับ ยอร์ช เซเดส์ ในแง่หนึ่งที่ว่า ช่วยชุบคั้นอดีตของไทยจากทางด้านเอกสารกฎหมาย ท่านเป็นผู้ตรวจสอบ กฎหมายตราสามดวง (ในนามของมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง) เป็นผู้จัดพิมพ์เอกสารชิ้นสำคัญนั้นเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๒ กฎหมายตราสามดวง ฉบับที่ท่านจัดพิมพ์นี้กลายเป็นฉบับมาตรฐานไปในที่สุด และการพิมพ์ของเรารุ่นหลังๆ ก็ใช้ต้นฉบับนี้ของท่าน

ร. แลงการ์ดเป็นชาวฝรั่งเศส เกิดที่อาร์เจนส์ ทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือของฝรั่งเศสที่ติดกับเบลเยียมและเยอรมนี เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๕ (ซึ่งตรงกับปีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ ๕) ท่านศึกษาที่ปารีสและได้ประกาศนียบัตรทางด้านภาษาตะวันออกเมื่ออายุ ๒๗ ปี พออายุได้ ๓๒ ปีใน พ.ศ. ๒๔๖๗ ท่านก็เข้ามาทำงานในฐานะที่ปรึกษาทางกฎหมายในเมืองไทย ไม่ทราบที่ท่านรู้ภาษาไทยก่อนมาเมืองไทยหรือไม่ แต่ที่แน่นอนคือเมื่อเข้ามาอยู่เมืองไทยแล้วท่านคงเชี่ยวชาญภาษาไทยมาก คงอ่านได้คล่องแคล่วจนสามารถตรวจสอบกฎหมายตราสามดวง ได้ตั้งกล่าวข้างต้น

ในช่วงที่อยู่เมืองไทยนั้น ท่านให้ความสนใจต่อสังคมไทยอย่างลึกซึ้ง ดังจะเห็นได้จากบทความภาษาฝรั่งเศสและอังกฤษเกี่ยวกับเมืองไทยมากมายมหาศาล ที่ลงพิมพ์ในวารสารของสยามสมาคม โดยเริ่มจากเรื่องพระราชประวัติทางศาสนาของรัชกาลที่ ๔ (“La vie religieuse du roi Mongkut,” J.S.S., 20, 1926)^(๒) ผลงานชิ้นสำคัญของ ร. แลงการ์ดอีกชิ้นหนึ่ง (ก่อนที่เรাজะพูดถึง ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย และกฎหมายตราสามดวง) นั่นก็คือหนังสือหนา ๓๕๕ หน้า เกี่ยวกับเรื่องทาสในกฎหมายเก่าของไทย ซึ่งพิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๔ (*L’Esclavage Privé Dans Le Vieux Droit Siamois*, Paris: Loviton, 1931) หนังสือเล่มนี้เป็นการศึกษาเรื่องทาสอย่างละเอียด ตั้งแต่กำเนิดของทาส กฎหมายเก่าเกี่ยวกับทาส จนถึงการเลิกทาสในสมัยรัชกาลที่ ๕ โดยศึกษาจากกฎหมายต่าง ๆ ที่ประกาศใน พ.ศ. ๒๔๑๗, ๒๔๔๒, ๒๔๔๘ เป็นต้น

น่าเชื่อว่าการศึกษาเกี่ยวกับระบบทาสของไทยอย่างแท้จริงนั้น ยังไม่มีใครศึกษาได้ละเอียดถี่ถ้วนเท่า ร. แลงการ์ด^(๓) และก็เป็นที่น่าเสียใจว่าหนังสือเล่มนี้ของท่านก็ยังมิได้รับการแปลเป็นภาษาไทย

ร. แลงการ์ดมิได้เป็นแต่นักปราชญ์เกี่ยวกับเรื่องเมืองไทยเท่านั้น ท่านจัดเป็นปราชญ์ระดับนานาชาติ กล่าวคือมีผลงานวิชาการหลายชิ้นเกี่ยวกับอินโดจีน มอญ พม่า และหนังสือสำคัญหนา ๓๐๕ หน้า ที่พิสูจน์ความสามารถของท่าน คือ *The Classical Law of India* ซึ่งมีมหาวิทยาลัยคอลีฟอร์เนีย เบิร์คลีย์ จัดพิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๖

เนื่องจากแลงการ์ดเป็นนักกฎหมาย และท่านก็ได้ปริญญาเอกทางกฎหมายจากปารีส เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๕ ดังนั้นท่านจึงเข้ามาทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาลไทย โดยการติดต่อผ่านสถานทูตฝรั่งเศสและกระทรวงการต่างประเทศฝรั่งเศส และท่านก็เข้ามาในช่วงที่เมืองไทยกำลังยกเลิกกฎหมายเดิม (คือ กฎหมายตราสามดวง

และกฎหมายต่าง ๆ ในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ก่อนการปฏิรูป) และกำลังยกร่างประมวลกฎหมายต่าง ๆ อยู่

สาเหตุที่ทำให้ไทยต้องมีการปฏิรูปทางกฎหมาย และร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่แทนของเดิมนั้น มีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ดังนี้ กล่าวคือ ใน พ.ศ. ๒๓๙๙ นั้น รัฐบาลของรัชกาลที่ ๔ ต้องยอมทำสนธิสัญญาไม่เสมอภาคกับอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับการคุกคามของลัทธิอาณานิคม สนธิสัญญาบาวริง (ค.ศ. ๑๘๕๕) นี้มีข้อใหญ่ใจความ ๒ ประการ คือ หนึ่ง ยกเลิกการผูกขาดการค้ากับต่างประเทศของไทยซึ่งเคยทำผ่านพระคลังสินค้า คนอังกฤษสามารถติดต่อค้าขายได้โดยเสรีตามนโยบาย “การค้าเสรี” ของอังกฤษ ภาษีขาเข้าจะเก็บได้ไม่เกิน ๓ เปอร์เซ็นต์ ยกเว้นฝิ่น โลหะทองและเงินไม่ต้องเสียภาษีขาเข้า ส่วนภาษีขาออกนั้นเก็บได้ครั้งเดียว สอง ไทยยอมให้อังกฤษมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งหมายความว่าคนในบังคับอังกฤษไม่ต้องขึ้นศาลไทย แต่ขึ้นศาลกงสุลของตนแทน

หลังจากสนธิสัญญาบาวริงที่ไม่เสมอภาคนี้แล้ว ไทยได้ลงนามในสนธิสัญญาประเภทเดียวกันกับอีกหลายประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา (ค.ศ. ๑๘๕๖), ฝรั่งเศส (๑๘๕๖), เดนมาร์ก (๑๘๕๘), โปรตุเกส (๑๘๕๙), เนเธอร์แลนด์ (๑๘๖๐), เยอรมนี (๑๘๖๒), สวีเดน (๑๘๖๘), นอร์เว (๑๘๖๘), เบลเยียม (๑๘๖๘), อิตาลี (๑๘๖๘), ออสเตรีย—ฮังการี (๑๘๖๙), สเปน (๑๘๗๐), ญี่ปุ่น (๑๘๙๘), รัสเซีย (๑๘๙๙)^(๔) ซึ่งหมายความว่าไทยต้องถูกระทบกระเทือนด้านอธิปไตยทางเศรษฐกิจและการศาลของตนอย่างยิ่ง ถึงแม้จะรักษาอธิปไตยทางการเมืองไว้ได้ก็ตาม

ข้ออ้างอันหนึ่งของการที่ต่างประเทศมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ก็คือ กฎหมายของไทยนั้นล้าหลังและป่าเถื่อน ดังนั้น เมื่อเกิดคดีขึ้น ชาวต่างประเทศก็ขึ้นศาลกงสุลของตน ทำให้ขบวนการยุติธรรมของไทยต้องตกอยู่ในภาวะที่ “สุดแสนจะทันทานได้” จึงมีการเรียกร้องอธิปไตยทางการศาลคืนโดยการเจรจาเป็นขั้น ๆ

ในสมัยรัชกาลที่ ๕ มีการชำระกฎหมายใหม่ โดยมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธาน และใน พ.ศ. ๒๔๕๑ ก็มีการประกาศ “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา”

ในการร่างกฎหมายใหม่นี้ใช้เวลานานมาก คือ นับตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๕ จนถึงรัชกาลที่ ๗ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ จึงประกาศใช้ประมวลกฎหมายต่าง ๆ ได้ค่อนข้าง สมบูรณ์ จุดหัวเดียว

หัวข้อที่สำคัญก็คือ ในสมัยรัชกาลที่ ๖ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ ๑ สหรัฐอเมริกายินยอมที่จะปรับปรุงสนธิสัญญาใหม่ แต่มีข้อแม้ว่าไทยจะต้องประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและแพ่งเสียก่อน กล่าวโดยย่อคือให้ไทยจัดการกับขบวนการยุติธรรมของตนเสียใหม่

เมื่อเป็นเช่นนี้ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ขึ้น ในสมัยรัชกาลที่ ๖ พ.ศ. ๒๔๖๖ มีการประกาศใช้ “บรรพ ๑ ว่าด้วยกฎหมายทั่วไป” และ “บรรพ ๒ ว่าด้วยลักษณะหนี้” (ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๖๘ ได้ประกาศใช้บรรพ ๑ และ ๒ ใหม่ แทนของเก่า) ครั้น พ.ศ. ๒๔๖๗ มีการประกาศใช้ “บรรพ ๓ ว่าด้วยเอกเทศสัญญา” (ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๗๒ ได้ประกาศใช้บรรพ ๓ ใหม่) ในสมัยรัชกาลที่ ๗ พ.ศ. ๒๔๗๕ ประกาศใช้ “บรรพ ๔ ว่าด้วยลักษณะทรัพย์สิน”

ครั้นสมัยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ รัฐบาลของคณะราษฎรได้ประกาศเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๗ เพื่อใช้ “บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว” กับ “บรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก” (สำหรับบรรพ ๕ นั้น ได้ประกาศใช้ของใหม่ เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๙) ในเวลาเดียวกันก็ประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา” กับ “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง” อีกด้วย

ในการร่างกฎหมายใหม่ทั้งหมดนี้ได้นำกฎหมายต่างประเทศ เช่น ของฝรั่งเศส สวิต ญี่ปุ่น เยอรมัน อิตาลี อังกฤษ อเมริกา เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ ฯลฯ มาประกอบการร่างด้วย^(๕) นอกเหนือจากการมีที่ปรึกษาชาวต่างประเทศเข้ามาช่วยดังกล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายใหม่ของไทยนั้นได้อิทธิพลจากต่างประเทศมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป และก็น่าสนใจไม่น้อยที่การร่างกฎหมายไทยครั้งนี้ใช้ภาษาอังกฤษในการร่างอยู่ด้วย และนำมาถอดเป็นภาษาไทยทีหลัง

ร. แลงการ์ดเข้ามาทำหน้าที่ที่ปรึกษาทางกฎหมายในสภาพของการเปลี่ยนแปลงช่วงนี้ คือ เข้ามาใน พ.ศ. ๒๔๖๗ เมื่อเมืองไทยได้ประกาศ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ และ ๒” ไปแล้ว ดังนั้น ร. แลงการ์ดก็อยู่มาในสมัยของการประกาศ บรรพ ๓-๖ ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา-ความแพ่ง

ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นว่า ร. แลงการ์ดเป็นนักกฎหมายสมัยใหม่ที่ให้ความสนใจต่อกฎหมายโบราณมาก ดังนั้น เมื่อเข้ามาอยู่ได้ไม่นานเท่าไรก็เริ่มศึกษากฎหมายตราสามดวง ทันที โดยทำที่ละเล็กทีละน้อย ดังจะเห็นได้จากงานของ ร. แลงการ์ด เล่มหนึ่งที่สามารถค้นมาศึกษาในการเขียนคำนำครั้งนี้ได้ คือ **Lois Siamois Code de 1805 A.D.** ซึ่งเขียนเป็นภาษาฝรั่งเศส และมีภาษาไทยประกอบอยู่ด้วย หนังสือเล่มนี้ใหญ่โตมโหฬารมาก (ขนาดสยามรัฐรายสัปดาห์) แต่หนาเพียง ๓๐ กว่าหน้า พิมพ์โดยโรงเรียนอัสสัมชัญ เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๓ และเป็นงานที่ ร. แลงการ์ดทำร่วมกับ ย. เบอร์เนย์ (ซึ่งเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายจากฝรั่งเศสเช่นกัน ในกลุ่มฝรั่งเศสเดียวกันนี้ยังมี ร. กียอง, ช. เลเวกัส และ ร. เดอะปลองตาโรส อีกด้วย (J. Berney, R. Guilan, S. Lévêques, R. De Plantarose)

ในการทำงานศึกษากฎหมายเก่าของไทยนี้ ร. แลงการ์ดทำงานละเอียดในลักษณะของคนที่นั่งแกะศิลาจารึกแบบ ยอร์ช เซเดส์ มหาจำ ทองคำวรรณ หรือ ประเสริฐ ณ นคร เป็นต้น ร. แลงการ์ดนำกฎหมายเก่าฉบับพิมพ์ครั้งต่าง ๆ เช่น ฉบับพิมพ์ของนายโหมด อมาตยกุล (พระยากระสาปน์) พ.ศ. ๒๓๙๒, ฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์ พ.ศ. ๒๔๐๖, และฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ พ.ศ. ๒๔๔๔ (แลงการ์ดใช้ตัวย่อเรียกว่าฉบับ ม, บ และ ร) นำเอา “พระอัยการเบ็ดเสร็จ” ของแต่ละฉบับมาเทียบเคียงกันอย่างละเอียด ดังนั้น จึงสามารถศึกษาได้ลึกซึ้ง และในที่สุดก็พบว่าบรรดาฉบับต่าง ๆ นั้นมีข้อผิดพลาดในการพิมพ์ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะเห็นได้ว่า ร. แลงการ์ด เริ่ม “ชำระ” กฎหมายเก่า (ซึ่งต่อมารู้จักกันในนาม กฎหมายตราสามดวง) ไปที่ละเล็กทีละน้อยตั้งแต่สมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ แล้ว

ดังนั้นเมื่อมีการตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง นายปรีดี พนมยงค์ ในตำแหน่งผู้ประศาสน์การ (ตำแหน่งผู้ประศาสน์การนี้เมื่อสิ้นสมัยของนายปรีดี พนมยงค์ แล้ว เปลี่ยนเรียกว่าอธิการบดี) ได้เชิญแลงการ์ดเป็นอาจารย์สอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยระดับปริญญาโท และนี่ก็เป็นเหตุให้ ร. แลงการ์ดได้เขียน ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (เป็นภาษาไทย) และจัดพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง (ฉบับมาตรฐาน)

กฎหมายตราสามดวง เป็นกฎหมายที่รวบรวมขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๑ เมื่อ พ.ศ. ๒๓๔๗ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นกฎหมายสำหรับขบวนการยุติธรรมของสมัยรัตนโกสินทร์ กฎ

หมายเหตุสามดวง นี้รวบรวมกฎหมายที่ตกทอดมาตั้งแต่สมัยอยุธยา ตลอดจนกฎหมายต่าง ๆ ที่ประกาศออกมากในสมัยรัชกาลที่ ๑ จากการที่ต้นฉบับหลวงมีตราราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้วประทับไว้ จึงเป็นเหตุให้เรียกกันว่า กฎหมายตราสามดวง

ก่อนหน้าที่แลงกาดจะจัดพิมพ์ใน พ.ศ. ๒๔๘๒ นั้น ได้มีการพิมพ์มาแล้วอย่างน้อย ๓ ครั้ง ครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ ๓ พ.ศ. ๒๓๙๒ นายโหมต อมาตยกุลได้คัดลอกต้นฉบับมาจัดพิมพ์ แต่ถูกทางราชสำนักยึดไปเผาเสียเกือบหมด ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะถือว่าบรรดาวิชาความรู้เป็นของศักดิ์สิทธิ์ และเป็นที่หวงห้ามอยู่ในบรรดาชนชั้นสูงผู้ปกครองก็ได้ ซึ่งนี่ก็เป็นวิธปฏิบัติของราชสำนักโบราณทั่วไป แต่ว่าอิทธิพลของความคิดสมัยใหม่ตลอดจนการเริ่มแพร่หลายของเครื่องพิมพ์ ได้ทำลายความคิดแบบเก่าลงไปได้ และในสมัยรัชกาลที่ ๔ หมอบรัดเลย์ มิชชันนารีชาวอเมริกัน ได้จัดพิมพ์ขึ้นอีกใน พ.ศ. ๒๔๐๖ เข้าใจว่าเพราะผู้พิมพ์เป็นชาวต่างประเทศ ดังนั้น ราชสำนักจึงมิได้ยึดไปเผา ในขณะที่ยัดกันความคิดแบบโบราณก็เริ่มเปลี่ยนไปบ้างแล้วในสมัยนั้น พอถึงสมัยรัชกาลที่ ๕ กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงจัดพิมพ์ขึ้นอีกเป็นครั้งที่ ๓ ใน พ.ศ. ๒๔๔๔^(๖)

นายปรีดี พนมยงค์ กล่าวว่า เนื่องจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายต่าง ๆ ใหม่ ดังนั้น กฎหมายตราสามดวง จึงมีประโยชน์ในฐานะทางประวัติศาสตร์กฎหมาย และได้ดำริที่จะให้มีการจัดพิมพ์ขึ้น ซึ่ง “ใช้จะเป็นประโยชน์แต่เฉพาะนักนิติศาสตร์เท่านั้นก็หาไม่ ยังเป็นคุณแก่นักประวัติศาสตร์...นักโบราณคดีและนักศึกษโบราณประเพณีของสยามก็เช่นกัน ย่อมได้รับประโยชน์จากบทกฎหมายต่าง ๆ ...ประโยชน์อีกข้อหนึ่งได้แก่ประโยชน์ในทางภาษาศาสตร์และวรรณคดี” อีกด้วย^(๗)

ในการจัดพิมพ์ฉบับมาตรฐานครั้งนี้ แลงกาดได้ตรวจต้นฉบับหลวงอย่างถี่ถ้วน เนื่องจากได้พบว่าบรรดาฉบับก่อนหน้านั้นมิได้รักษาดั้งฉบับเก่าไว้โดยเคร่งครัด ทั้งนี้เนื่องจากผู้จัดพิมพ์แต่ก่อนมิได้มุ่งที่จะรักษาความเป็นประวัติศาสตร์ของเอกสารนั้นไว้ ความผิดพลาดในการพิมพ์นั้นมิมาตั้งแต่ฉบับของนายโหมต อมาตยกุล และเมื่อหมอบรัดเลย์พิมพ์ก็คงความผิดพลาดนั้นไว้อีก ส่วนฉบับของกรมหลวงราชบุรีฯ ก็มีได้พิมพ์ครบถ้วนตามฉบับหลวงอีกเช่นกัน^(๘) ดังนั้น จึงถือได้ว่า กฎหมายตราสามดวง ฉบับของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นฉบับที่สมบูรณ์ที่สุดที่เรามีอยู่ในปัจจุบัน ในการพิมพ์ครั้งหลัง ๆ ขององค์การค้าของคุรุสภา (๒๕๐๕, ๒๕๑๕ และของกรมศิลปากร ๒๕๒๑) ก็ได้ยึดต้นฉบับของ ร. แลงกาดเป็นบรรทัดฐาน

การจัดพิมพ์กฎหมายตราสามดวงนี้ เป็นสิ่งยืนยันความสามารถของแลงการ์ดได้เป็นอย่างดี ทั้งในด้านการเป็นที่ยอมรับและเชื่อถือให้จัดพิมพ์กฎหมายทำให้ถูกต้อง ซึ่งผู้ที่สามารถทำงานชนิดนี้ได้ ต้องเป็นผู้มีความรู้ดี นอกจากในเรื่องกฎหมาย ประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นเรื่องทั่วไปแล้ว ผู้จัดพิมพ์ยังต้องมีความรู้ภาษาไทยอย่างแตกฉานด้วย ทั้งนี้กฎหมายตราสามดวงในฉบับหลวง เขียนโดยอักษรมุขหลายคน ต่างคนต่างเขียนคำๆ เดียวกันใช้พยัญชนะ สระ หลายรูป และภาษาในกฎหมายเก่าบางคำก็เข้าใจยาก เป็นต้น เกี่ยวกับเรื่องความรู้ภาษาไทยของแลงการ์ดนั้น คงมีความสันทัดในการอ่านและพูด (แต่อาจจะมิได้หมายถึง การเขียน ก็ได้) บางคนกล่าวว่าแลงการ์ดพูดภาษาไทยได้ตั้งแต่ก่อนมาอยู่เมืองไทย แต่บางคนก็กล่าวว่ามาหัดพูดภาษาไทยเมื่อเข้ามาทำงานในเมืองไทยแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม อาจารย์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปัจจุบันซึ่งเคยเป็นนักศึกษาปริญญาโทในสมัยนั้น แม้จะไม่รู้จักคุ้นเคยกับแลงการ์ดนัก ยืนยันว่าแลงการ์ดสามารถพูดภาษาไทยได้เป็นอย่างดี

สำหรับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย งานเขียนสำคัญที่สุดของ ร. แลงการ์ดในภาษาไทยนั้น ประกอบด้วยหนังสือ ๔ เล่ม คือ “เล่มหนึ่ง: ข้อความเบื้องต้น” “เล่มสอง: ละเมิด” “เล่มสาม: สัญญา” “เล่มสี่: กฎหมายที่ดิน” เล่มหนึ่งและเล่มสองพิมพ์ทั้งหมด ๓ ครั้ง (พ.ศ. ๒๔๗๘, ๒๔๘๒ และ ๒๔๙๑) ในการพิมพ์ครั้งแรกเล่มหนึ่งและเล่มสองพิมพ์รวมเล่มกัน เล่มสามพิมพ์ ๒ ครั้ง (๒๔๘๐ และ ๒๔๙๑) เล่มสี่พิมพ์ ๒ ครั้ง (๒๔๘๓ และ ๒๔๙๑)

ดังนั้น หนังสือทั้ง ๔ เล่มนี้ก็พิมพ์ครั้งสุดท้ายเมื่อ พ.ศ. ๒๔๙๑ โดยโรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง นายอภัย แก้วเทศ เป็นผู้พิมพ์และผู้โฆษณาในการจัดพิมพ์ครั้งหลังนี้ของมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ได้ยึดต้นฉบับพิมพ์ ๒๔๙๑ ทั้งหมด

แต่อย่างไรก็ตาม บรรณาธิการได้ตรวจแก้ไขในส่วนของ เล่มสาม: สัญญา ทั้งนี้เพราะเหตุผลดังนี้ ในการพิมพ์เล่มหนึ่ง—สอง พ.ศ. ๒๔๗๘ และเล่มสาม พ.ศ. ๒๔๘๐ นั้น พิมพ์ก่อนที่แลงการ์ดจะพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง เมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๒ ครั้นเมื่อพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง แล้ว แลงการ์ดได้แก้ไขมาตรากฎหมายในเล่มหนึ่ง—สองเสียในการพิมพ์ครั้งที่สอง ๒๔๘๒ โดยเปลี่ยนจากการอ้างมาตราตามฉบับกรมหลวงราชบุรีวามาเป็นตามฉบับธรรมศาสตร์ แต่แลงการ์ดมิได้มีเวลาแก้ไขมาตรากฎหมายที่อ้างไว้ในการ

พิมพ์เล่มสาม ซึ่งมาพิมพ์ครั้งที่สองใน พ.ศ. ๒๔๙๑ ดังนั้น ครั้งนี้บรรณาธิการจึงได้แก้ไขมาตราของเล่มสามนี้ให้ตรงกับมาตราใน กฎหมายตราสามดวง ฉบับมาตรฐานของ แลงกาด์และธรรมศาสตร์ทั้งหมด ในการพิมพ์ครั้งนี้พยายามยึดต้นฉบับ ๒๔๙๑ ไว้ จะมีแก้ไขก็ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น กับการแก้ไขคำผิดบ้างเล็กน้อย อย่างไรก็ตาม ตัวสะกด การันต์ส่วนใหญ่ก็คงไว้ตามต้นฉบับเดิม

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของแลงกาด์นี้ เป็นหนังสือที่ดีที่สุดเล่มหนึ่งเกี่ยวกับอดีตของไทย และใช้เป็นตำราเรียนชั้นปริญญาโทของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อยู่ในระหว่าง ๒๔๗๘ จนกระทั่งหลัง ๒๔๙๑ ไม่เท่าไรก็เลิกวางไป หลังจากนั้นก็มีตำราแบบนั้นขึ้นมาแทนโดยนักวิชาการของไทยเอง เช่น พระยานิติศาสตร์ไพศาล (ของทางธรรมศาสตร์) หรือของพระวรภักดีปิบูลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย) ของทางจุฬาฯ เป็นต้น แต่ถ้าเราจะพิจารณาจากเนื้อหาในส่วนที่เป็นการค้นคว้าอดีตของไทยอย่างแท้จริงแล้ว จะเห็นได้ว่างานของ ร. แลงกาด์มีความลึกซึ้ง กว้างขวาง และเป็นวิชาการอย่างยอดเยี่ยม มีลักษณะที่เป็นตำรามากกว่า “คำบรรยาย” อย่างรวบรัด ดังจะเห็นได้ว่า แม้เมื่อ จิตร ภูมิศักดิ์ ต้องการวิเคราะห์ “สังคมศักดินา” ของไทยใน โหมหน่ำศักดินาไทย (๒๕๐๐) นั้น ก็ได้อาศัยงานของแลงกาด์อย่างมาก (ถึงแม้ว่าการตีความเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินของ ร. แลงกาด์และจิตร ภูมิศักดิ์ จะแตกต่างกันด้วยปัญหาทางอุดมการณ์ก็ตาม)

หนังสือชุดนี้เมื่อพิจารณาสำนวนภาษา พบว่า เล่มหนึ่ง : ข้อความเบื้องต้น และ เล่มสอง : ละเมิด ที่พิมพ์เป็นครั้งแรก ๒๔๗๘ มีความแตกต่างจากเล่มสาม และเล่มสี่ กล่าวคือ สองเล่มแรกแลงกาด์ใช้สรรพนามแทนตัวว่า “ข้าพเจ้า” อยู่ตลอดเล่ม และเมื่อมีการแก้ไขพิมพ์เป็นครั้งที่สองนั้น ที่แก้ไขคือ ศัพท์บางคำเพื่อให้สละสลวยขึ้น เช่น ใช้คำว่า “สละ” แทน “ทิ้ง” หรือ “รับทราบให้รู้ตัว” แก้เป็น “สังวร” หรือ “ความฉงนฉงหนทาง” แก้เป็น “ความฉงนสนเท่ห์” เป็นต้น นอกจากนี้ก็เป็นคำผิดที่ตกไปและคำที่พิมพ์ผิด และที่น่าสนใจคือการแก้ไขข้อความในฉบับละเมิด โดยยังคงเนื้อหาไว้ แต่เปลี่ยนที่ของประโยคใหม่

ใน เล่มสาม : สัญญา นั้นมีชื่อผู้แปลระบุไว้คือนายเสนอ สุยะนันท์ ส่วน เล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน ไม่มีชื่อผู้แปล ในเล่มที่สี่พบคำว่า “อาจารย์ผู้สอน” ในหน้า ๕๕ และ “ท่านอาจารย์” ในหน้า ๕๖ ซึ่งหมายถึงแลงกาด์ ถ้าแลงกาด์เขียนเองก็ไม่จำเป็นต้องใช้สรรพนามนี้ ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ว่าหนังสือชุดนี้ทั้งหมด ร. แลงกาด์ เขียน

เป็นภาษาฝรั่งเศสก่อน แล้วมีคนแปลเป็นภาษาไทย และแลงการ์ดก็อาจจะตรวจสอบภาษาไทยนั้นอีกทีหนึ่ง

ร. แลงการ์ดทำงานในเมืองไทยจนถึงปี ๒๔๙๓ จึงเดินทางออกไป ในช่วงเวลาที่แลงการ์ดเดินทางออกจากประเทศไทยนี้ พอดีเกิดวิกฤตการณ์ระหว่างไทยกับฝรั่งเศส ซึ่งขยายเป็นสงครามเกี่ยวกับดินแดน เสียมเรียบ พระตะบอง ในกัมพูชา และดินแดนฝั่งขวาของแม่น้ำโขงในลาว ทำให้คนฝรั่งเศสต้องออกจากประเทศไทยไป (แต่แลงการ์ดออกไปด้วยสาเหตุนี้ด้วยหรือไม่ยังไม่ทราบชัด)

เมื่อแลงการ์ดออกไปแล้ว วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังมีหนังสือทั้ง ๔ เล่มของท่านใช้ประกอบการเรียนของนักศึกษาปริญญาโทของธรรมศาสตร์อยู่ แต่ในปี พ.ศ. ๒๔๙๒ (ภายหลังการรัฐประหาร ๒๔๙๐ ซึ่งทำให้กลุ่มทหารบกของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ขึ้นมามีอำนาจแทนกลุ่มของนายปรีดี พนมยงค์) ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักสูตรใหม่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แบ่งเป็นคณะต่างๆ ซึ่งคณะนิติศาสตร์มีพระยานิติศาสตร์ไพศาลเป็นคณบดี และเป็นอาจารย์วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยอีกด้วย ดังนั้นใน พ.ศ. ๒๔๙๔ จึงมีหนังสือ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของพระยานิติศาสตร์ไพศาลพิมพ์ขึ้นมา

หนังสือ (ในรูปคำสอน) ใหม่นี้คงใช้แทนของแลงการ์ดไปโดยปริยาย และไม่มี การพิมพ์งานของแลงการ์ดอีกหลังจากนั้น ซึ่งเป็นเรื่องน่าเสียดายอย่างยิ่ง เพราะในส่วนที่เกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของกฎหมายแล้ว ถ้าหากจะลองเปรียบเทียบต้นฉบับกันดู ก็ยังไม่มีผู้ใดค้นคว้าได้ละเอียด ลึกซึ้ง และกว้างขวางเท่ากับของ แลงการ์ดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ลักษณะงานของแลงการ์ดเป็นงานที่หนักแน่นทางวิชาการอย่างแท้จริง ไม่ฉาบฉวย มีการดูประเด็นปัญหาในมุมกว้าง วางพื้นฐานการวิเคราะห์ไว้เพื่อการค้นคว้าต่อ มีการศึกษาลักษณะของกฎหมายในแง่ของความเคลื่อนไหว มีการทำเชิงอรรถและอ้างอิงเอกสารอื่น ๆ ในขณะที่ตำรารุ่นหลังดูประหนึ่งเป็นคำบรรยายอย่างง่าย ๆ ขาดการอ้างอิง และดูจะสรุปประเด็นชนิดที่ไม่กระตุ้นให้เกิดการสืบต่อค้นคว้าอีกต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้ก็หมายความว่าการศึกษาตำรานี้ได้สะดุดหยุดลงอย่างน่าเสียดาย

หลังจาก ร. แลงการ์ดออกจากประเทศไทยไป ท่านเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายในเวียดนามระหว่าง พ.ศ. ๒๔๙๔-๒๔๙๘ และยังคงดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาทางกฎหมายให้กับรัฐบาลกัมพูชาใน พ.ศ. ๒๔๙๘ อีกด้วย

ถึงแม้ท่านจะไปอยู่เวียดนาม แต่ก็ได้ละเลยการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ยังมีงานเขียนด้านนี้ออกมาอย่างสม่ำเสมอ มีบทความที่ตีพิมพ์ที่เวียดนามที่เกี่ยวกับเมืองไทยอีก และเมื่อปี ๒๔๙๓ แลงการ์ดได้เดินทางมาบรรยายเรื่อง Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam ที่สยามสมาคมอีกด้วย ในปี ๒๕๐๔ แลงการ์ดทำงานในตำแหน่ง directeur d'études ที่ Ecole Pratique des Hautes Etudes (Section 6), Sorbonne กรุงปารีส ในช่วงหลังนี้ งานค้นคว้าและงานเขียนของท่านเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอินเดียจีนและอินเดีย งานสำคัญชิ้นหนึ่งในช่วงนี้ที่พิมพ์ออกมา คือ The Classical Law of India ตั้งที่กล่าวมาแล้ว ร. แลงการ์ดถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ ๗ พฤษภาคม ๒๕๑๕ ที่กรุงปารีส

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของ ร. แลงการ์ด ๔ เล่มนี้ เป็นงานค้นคว้าทางวิชาการที่สมบูรณ์แบบที่สุดเล่มหนึ่ง ทั้งนี้ผู้เขียนได้ค้นคว้าและตรวจสอบเอกสารเก่าอย่างละเอียดถี่ถ้วน เป็นการทํางานวิชาการจากหลักฐานขั้นต้นมากกว่าการพึ่งหลักฐานชั้นสองแต่เพียงอย่างเดียวดังที่เราเห็นในงานประเภทเดียวกันของท่าน ถ้าจะกล่าวโดยย่อ งานของแลงการ์ดชุดนี้มีจุดเด่นอยู่ ๒ ประการ คือ หนึ่ง เป็นงานทางวิชาการที่สะท้อนให้เห็นการใช้หลักฐานเอกสารเก่าอย่างมีประสิทธิภาพ การวิเคราะห์จากเอกสารเก่านี้ทำในมุมมองกว้างด้วยการวางพื้นฐานเปรียบเทียบและตัวอย่างจากสังคมอื่นๆ และเป็นการวิเคราะห์ที่เปิดทางให้มีการค้นคว้า ตั้งคำถาม และสร้างเสริมวิชาการต่อไปอีก มิได้เป็นการพูดถึงปัญหาที่มีลักษณะหยุดนิ่ง หรือทำให้เกิดการยุติตายตัวทางวิชาการแต่อย่างใด

สอง งานของแลงการ์ดเป็นพื้นฐานของการเข้าใจสังคมไทยในอดีตอย่างดี มีลักษณะของการปูพื้น เพื่อการศึกษาสังคมและเศรษฐกิจของไทย ฉะนั้นงานนี้ก็น่าจะเป็นบันไดขั้นแรกขั้นหนึ่งของนักวิชาการไทยปัจจุบัน ที่พยายามไต่หาแนวทางในการศึกษาประวัติศาสตร์สังคมและเศรษฐกิจ เพื่อหลีกเลี่ยงประวัติศาสตร์การเมือง (ประเภทคับแคบ)

ในหนังสือ เล่มหนึ่ง : ข้อความเบื้องต้น นั้น ร. แลงการ์ดได้ปูพื้นการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายโดยวางแนวทางแบบการศึกษาด้านอารยธรรม กล่าวคือ ปูพื้นอย่างกว้าง ๆ ให้เห็นประวัติความเป็นมาของกฎหมายจากสังคมเด่น ๆ ของโลก เช่น บาบิโลน อียิปต์ กรีก จีน อินเดีย และโรมัน วิธีการปูพื้นในแนวอารยธรรมเช่นนี้ เราจะพบในงานเขียนเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายในรุ่นหลัง ๆ อยู่อีกมากทีเดียว ซึ่งเป็นลักษณะของการเข้าสู่ปัญหาและการศึกษาในวงกว้าง แล้วดึงให้แคบลงมาเฉพาะสังคมใดสังคมหนึ่ง

เมื่อตีวงแคบลงมาสู่สังคมไทย แล่งกาด์ก็ทำการสำรวจหลักฐานเก่าที่มีของไทย (ในสมัยของท่าน) เช่น การศึกษาศิลาจารึกสมัยสุโขทัย จากนั้นก็พิจารณาหลักฐานทางด้านกฎหมายของอยุธยาและรัตนโกสินทร์ (กฎหมายตราสามดวง) ตลอดจนกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ ๔ และ ๕

ในด้านประวัติของกฎหมายไทยนี้ แล่งกาด์พยายามชี้ให้เห็นอิทธิพลของเขมรและมอญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีแม่บทกฎหมายที่สำคัญที่ไทยได้จากมอญ คือ พระธรรมศาสตร์ โดยชี้ว่ากฎหมายไทยนั้นไม่น่าจะได้อิทธิพลโดยตรงจากฮินดู แต่ถึงแม้อิทธิพลมอญ (ธรรมสถัตถัม หรือ ธรรมสัทธา ของมอญนี้ แล่งกาด์ใช้ตัวสะกดทั้งสองแบบปะปนกันไป ซึ่งเข้าใจว่าคงเกิดจากปัญหาคนแปลคนละคนกัน หรือไม่ก็เป็นปัญหาการพิมพ์) จะปรากฏอยู่ในไทยแต่แรกก็ตาม แต่แล่งกาด์ก็พยายามแยกความแตกต่างของพระธรรมศาสตร์ของไทย กับ ธรรมสถัตถัม (หรือธรรมสัทธา) ของมอญ

ประเด็นนี้ของ ร. แล่งกาด์น่าสนใจ กล่าวคือ ในการศึกษาเกี่ยวกับอดีตทางด้านอิทธิพลความคิดวัฒนธรรมนั้น นักวิชาการส่วนใหญ่มักมองหาบ่อเกิดของวัฒนธรรมของไทยจากอินเดีย แต่ในข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์แล้วเราจะเห็นว่า ทางเดินของอารยธรรมอินเดีย (ไม่ว่าจะเป็นศาสนา ปรัชญาการเมือง เช่น สถาบันกษัตริย์) นั้นมิได้เดินเข้าสู่สังคมไทยโดยตรง แต่เป็นการเดินผ่านเขมรและมอญ แล้วจึงมาถึงไทย น่าเสียดายที่ว่า ร. แล่งกาด์ยังมีได้สืบสาวให้ลึกกลงไปถึงอิทธิพลของลังกา ที่เป็นผู้สืบทอดวัฒนธรรมทางศาสนาและการเมืองของอินเดีย (ในยุคที่พุทธศาสนาเสื่อม) ก่อนที่ลังกาจะเผยแพร่ไปสู่มอญ พม่า ไทย เขมร (เหมือนดังที่มีผู้กล่าวว่า การทำความเข้าใจสุโขทัยให้ได้ดีนั้น ส่วนหนึ่งคือการทำที่ต้องศึกษาลังกา) แต่นี่ก็เป็นงานที่จะต้องเรียกร่องจากนักประวัติศาสตร์โดยตรง มิใช่จากนักกฎหมายอย่างแล่งกาด์

ในส่วนสุดท้ายของหนังสือเล่มหนึ่ง แล่งกาด์จบลงด้วยการแบ่งยุคสมัยของประวัติศาสตร์กฎหมายไทยออกเป็น ๔ สมัยด้วยกัน คือ สมัยอยุธยา สมัย ๓ รัชกาลแรกของรัตนโกสินทร์ (ซึ่งหมายถึงสมัยสยามเดิม) สมัยรัชกาลที่ ๔ และต้นรัชกาลที่ ๕ (ซึ่งเป็นสมัยหัวเลี้ยวหัวต่อของการเปลี่ยนจากสมัยสยามเดิมสู่การปฏิรูป) และสมัยประมวลกฎหมาย (อันเป็นสมัยที่เห็นการปฏิรูปได้ชัดเจน อันเป็นผลมาจากอิทธิพลของตะวันตก)

จะเห็นได้ว่าในแง่ของประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยนั้น ร. แลงการ์ดจะให้ความสำคัญต่อ ๓ สมัยแรกมาก เพราะนั่นถือเป็นประวัติศาสตร์ของกฎหมายในระบอบที่ท่านกำลังศึกษาอยู่ แต่เมื่อถึงสมัยสุดท้าย คือ สมัยประมวลกฎหมาย แลงการ์ดจะให้ความสำคัญต่อสมัยนี้ไว้ในงานเขียนของท่านน้อย อันอาจเนื่องจากว่าสมัยสุดท้ายนั้นเป็น “ปัจจุบัน” ของท่าน ผู้ที่ต้องการศึกษาสมัยสุดท้ายนี้ (ซึ่งกลายเป็นประวัติศาสตร์ของคนยุคปัจจุบันของเราขณะนี้) จะต้องค้นคว้าเพิ่มเติมจากงานอื่นๆ

ในประเด็นที่กล่าวไว้ว่า งานของ ร. แลงการ์ด เป็นพื้นฐานของความเข้าใจสังคมในอดีตของไทยอย่างดีนั้น จะเห็นได้ว่าในหนังสือ เล่มสอง : ละเมิด และ เล่มสาม : สัญญา (รวมทั้ง เล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน ที่จะกล่าวถึงภายหลังนั้น) จะช่วยให้เราพอสร้างภาพของสังคมในอดีตได้ เช่น ในเรื่อง “ละเมิด” ซึ่งแลงการ์ดให้ความสำคัญมากกว่า “สัญญา” นั้น ท่านชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคม จากทัศนะการมองเป็นวิวัฒนาการ กล่าวคือ ท่านชี้ให้เห็นว่าการละเมิด อันทำให้เกิดความเสียหายในสมัยศักดินาบรรพ์ ที่มีหลักของการชดใช้ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” นั้น กลายมาเป็นการที่รัฐเข้ามาจัดการเรื่องนี้อย่างไร คือ ในรูปของการปรับ (ที่เรียกว่า “สินไหม” และ “พินัย”) นั้น เป็นลักษณะเด่นมากที่เราจะเห็นได้จากสังคมอยุธยา ซึ่งสะท้อนให้เห็นอำนาจของส่วนกลางของรัฐ คือ กษัตริย์ ซึ่งมีลักษณะของการรวมอำนาจที่ศูนย์กลางของอยุธยาและรัตนโกสินทร์อย่างมากมาก่อนแล้ว

แลงการ์ดเป็นนักกฎหมายที่ให้ความสำคัญทางด้านนิติรัฐศาสตร์ (ว่าด้วยรากฐานของศัพท์) มาก ฉะนั้นท่านจึงเน้นถึงความสำคัญที่จะเข้าใจคำบางคำจากกฎหมายเก่า เช่น ละเมิด ซึ่งเป็นการละเมิดพระราชอาญา มากกว่าการละเมิดทางแพ่งที่เราเข้าใจกันในปัจจุบัน การเน้นความสำคัญด้านนี้จะช่วยให้การศึกษาสังคมอยู่ในลักษณะเคลื่อนไหวตลอดเวลา (ด้วยการเปรียบเทียบ) แทนที่จะมองสังคมในลักษณะหยุดนิ่ง โดยถือว่าคำหนึ่งนั้นมีความหมายเหมือนกันหมดทุกยุคทุกสมัย

ความสนใจด้านนี้ของแลงการ์ด ทำให้ท่านพยายามชี้ให้เห็นประเด็นเล็กน้อยบางประเด็น เช่น การชี้ว่าคำบางคำทางกฎหมาย เช่น ประมัต (ซึ่งแปลว่า “ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นสูญหาย หรือ ยักยอกทรัพย์สินของผู้อื่น”) หรือ โฉนด (ซึ่งแปลว่า “หนังสือ”) นั้นเป็นคำเขมรที่ไทยยืมมาใช้ พิจารณาอย่างเผินๆ ก็จะทำให้เห็นว่า นี้อีกดีที่ทราบรากศัพท์ แต่ทว่าพิจารณาให้ลึกกลงไปแล้ว แลงการ์ดได้แย้มให้เห็นถึงลักษณะอันหลากหลายของสังคม

ในอดีต เป็นลักษณะของสังคมในรูป “อาณาจักร” ที่มีพื้นฐานอยู่กับความหลากหลายแตกต่างกันมากกว่ารูปของสังคม “รัฐชาติ” ในสมัยใหม่ ที่พยายามผลักดันสิ่งที่เรียกว่า “เอกภาพ” ในสังคมไทย ทั้ง ๆ ที่ความเป็นจริงแล้วสังคมไทยวางพื้นฐานอยู่กับความหลากหลายแตกต่างกัน และก็อยู่กันได้มาเป็นเวลานาน มากกว่าเอกภาพหรือความเหมือนกันด้วยซ้ำไป

ในเล่มสาม : ศัญญา แลงการ์ดชี้ให้เห็นว่า ในอดีต สิ่งที่เรียกว่าสัญญาอันมีน้อยทั้งนี้เพราะสภาพของสังคมขาดการค้าขายและธุรกิจ การค้าขายขนาดใหญ่ เช่น การค้ากับต่างประเทศก็เป็นสิ่งผูกขาดโดยกษัตริย์ ดังนั้น ทางด้านกฎหมายเรื่อง “สัญญา” จึงมีอยู่เบาบาง แต่กระนั้นก็ตาม สัญญาที่มีอยู่ก็ทำให้เราทราบถึงสภาพสังคมที่เกี่ยวกับกฏการเงิน (อัตราดอกเบี้ย) การขายฝากทาส—สินค้ำ—อสังหาริมทรัพย์ (บ้านและที่ดิน) ตลอดจนการเช่า “สำเภา” ไปทำการค้ากับต่างประเทศได้

ร. แลงการ์ดทิ้งมรดกที่สำคัญทางการศึกษาอดีตไทยไว้ในหนังสือ เล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน ประเด็นว่าด้วย “ที่ดิน” นี้กลายเป็นประเด็นถกเถียงของคนรุ่นหลังนี้มาก ไม่ว่าจะมาจกทัศนคติอนุรักษนิยม เสรีนิยม สังคมนิยม หรือตลอดจนมาร์กซิสต์ ในขณะที่ที่นักคิดนักเขียนส่วนหนึ่งพากันขับประเด็น “ที่ดิน” อยู่นั้น ร. แลงการ์ดได้เปิดประเด็นนี้ไว้หลายสิบปีแล้ว และได้สรุปไว้บางประการว่า ในอดีตนั้น ที่ดินเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน ประชาชนซื้อขายกันไม่ได้ และสิทธิในที่ดินก็เบาบาง ผูกพันอยู่กับการครอบครองด้วย

ตามทัศนะของแลงการ์ด ท่านได้ตีวงกว้างในการศึกษาประเด็นที่ดินจากสังคมไทยนอกเหนือประเทศไทยไปอีก และก็พบว่าสังคมที่มีลักษณะดั้งเดิมของไทยที่ยังหลงเหลืออยู่ในลาวและตังเกี๋ยนั้น ที่ดินเป็นของประมุข ประมุขจะจัดสรรแบ่งให้ประชาชนเป็นระยะ ๆ ไป แต่เมื่อสังคมไทย (ในประเทศไทย) เข้าสู่ยุคสุโขทัยและอยุธยาแล้วนั้น การที่ประมุขเรียกที่ดินคืนแล้วแบ่งให้ใหม่เป็นระยะ ๆ ได้หมดไปแล้ว แต่ประมุข (ซึ่งตอนนี้จะเรียกว่าพระมหากษัตริย์ หรือพระเจ้าแผ่นดินก็ตาม) ยังจะยืนยันสิทธิของตนตามนิตินัย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าตั้งแต่สมัยต้นอยุธยา มา มีการประกาศยืนยันว่าที่ดินเป็นของพระมหากษัตริย์ และประชาชนก็จะซื้อขายกันไม่ได้ (ซึ่งในทางพฤตินัย เราจะเห็นอีกว่ากฎหมายเช่นนี้เป็นหมันไปตามกาลเวลา)

ความละเอียดถี่ถ้วนของแลงกาต์ ทำให้ท่านแจ่มแจ้งประเด็นของกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินต่อไปอีก คำว่า “กรรมสิทธิ์” อย่างที่เราเข้าใจกันในกรรมที่ดินในปัจจุบันนั้น หาได้เก่าแก่มากมายนักไม่ คำนี้ใช้ในความหมายสมัยใหม่ คือ ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๔๔ ในสมัยรัชกาลที่ ๕ ซึ่งมีการออก “โฉนดแผนที่” มีการรังวัดที่ดินกันอย่างแน่นอน เริ่มทำในมณฑลอยุธยา กรุงเทพฯ นครชัยศรี ฯลฯ แลงกาต์สะท้อนภาพความเปลี่ยนแปลงของคุณค่าของที่ดินอย่างชัดเจน ในเมื่อที่ดินเริ่มมีราคาขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๔ อันตรงกับ การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่ของสมัยนั้น ที่มีการเพาะปลูกข้าวจำนวนมากเพื่อส่งเป็นสินค้าส่งออกหลักของประเทศ และการกว้านซื้อที่ดิน การมีเจ้าที่ดินขนาดใหญ่ก็เริ่มจากสมัยนี้ ดังนั้น เมื่อมองย้อนกลับไป คำว่า “โฉนด” ก็มีความหมายแตกต่างกันตามเวลาและสภาพของสังคม ในชั้นต้นความหมายเก่าก็เป็นไปในแง่ของจุดประสงค์ในการเก็บภาษีที่ดินของรัฐบาล มากกว่าจะเป็นเอกสารยืนยัน “กรรมสิทธิ์” ในสมัยใหม่

ในอดีตสิทธิในที่ดิน มีลักษณะเบาบางและไม่มั่นคง และผูกพันกับการครอบครอง ซึ่งหมายความว่า ประชาชนทั่วไปมีสิทธิในที่ดินก็ต่อเมื่อตนทำกินอยู่บนที่ดินนั้น ถ้าย้ายออกไปเกินกำหนดเวลาหนึ่งก็สามารถขาดสิทธิได้ และสิทธิเหนือที่ดินนี้รัฐบาล (พระมหากษัตริย์) สามารถจะเรียกคืนเมื่อไรก็ได้ (ตังจะเห็นได้จากเรื่องที่เราเรียกว่า ธิบราชบาตร)

ร. แลงกาต์ได้ชี้ให้เห็นถึงวิวัฒนาการของที่ดินตั้งแต่ก่อนสุโขทัยและอยุธยาเรื่อยมา ดังนั้น หลักการณต่าง ๆ ที่ปรากฏในกฎหมายก็มีการเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาด้วย ถึงแม้จะมีกฎหมายของรัฐบาลห้ามการซื้อขายที่ดินในหมู่ประชาชนก็ตาม ทั้งหลักฐานต่างประเทศ (เช่น ลาลูแบร์ พ.ศ. ๒๒๓๑ ในสมัยพระนารายณ์ฯ) และหลักฐานกฎหมายไทยที่ออกมาในสมัยปลายอยุธยา ก็ชี้ให้เห็นว่ามาตรการนั้นเป็นหมันไป มีการเริ่มซื้อขายที่ดินกันบ้างแม้จะไม่มากก็ตาม แต่จะมาเห็นชัดในสมัยรัชกาลที่ ๔

นำเชื่อว่าหากเราจะให้ความสนใจต่องานชิ้นนี้ของ ร. แลงกาต์แล้ว เราก็ยังสามารถจะมีพื้นฐานของการศึกษาเข้าใจสังคมในอดีตของเราได้มากขึ้น ดังนั้น หนังสือชุดนี้ของแลงกาต์คงจะมีประโยชน์ครอบคลุมการศึกษาในรูปลักษณะใหม่หลายสาขา ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์กฎหมายตามแนวคิดศาสตร์ที่ท่านตั้งใจเขียนขึ้นมาโดยตรง หรือก้าวเลยไปสู่ประวัติศาสตร์ทั้งทางด้านสังคมและเศรษฐกิจที่เรากำลังไฝ่หากัน หรือทาง

ด้านรัฐศาสตร์ ภาษาศาสตร์ วรรณคดี หรือข้ามไปยังสาขาใหม่ๆ เช่น สังคมวิทยา มานุษยวิทยาก็ตาม ในการจัดพิมพ์ครั้งนี้ ทางมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ต้องขอขอบคุณผู้มีรายนามดังต่อไปนี้ คือ ศาสตราจารย์ วิจิตร ลุฑิตานนท์ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์, กิตติศักดิ์ ประกิต, สุนทร ชุตินทรานนท์, สุภาภรณ์ อรภัคพัฒน์ และสายชล วรรณรัตน์ ที่มีส่วนช่วยในการนำผลงานทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งกลับมาสู่มหาชนอีกครั้ง

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กันยายน ๒๕๒๔

- ๑ M.B. Hooker, **A Concise Legal History of Southeast Asia**, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 183–85; and see also Frank C. Darling, “The Evolution of Law in Thailand,” *Review of Politics*, 32: 1970, pp. 197–218; see also Walter F. Vella, **The Impact of the West on Government in Thailand**, Berkeley: University of California Press, 1955, chapter 1
- ๒ โปรดดูประวัติย่อของ ร. แลงกาต และผลงานเขียนของท่านท้ายบทนี้ ซึ่งคัดมาจาก Robert Lingat, **The Classical Law of India**, Berkeley: University of California Press, 1973, pp. 278–89.
- ๓ ลองเปรียบเทียบงานของแลงกาตชิ้นนี้กับการมองประเด็นเรื่องทาสใน พระยานิติศาสตร์ไพศาล, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. ๒๕๐๑–๐๒, พิมพ์ครั้งที่ ๖, ๒๕๐๒, หน้า ๙๑–๙๒.
- ๔ James C. Ingram, **Economic Change in Thailand 1850–1970**, Stanford: Stanford University Press, 1971, pp. 33–35.
- ๕ ดิเรก ชัยนาม, “วิวัฒนาการกฎหมายไทย,” **คุลพาน**, ๑๓ : ๑, หน้า ๗–๒๖ และ พระยานิติศาสตร์ฯ, **อึ้งแล้ว**, หน้า ๑๑๔–๓๒ ส่วนรายละเอียดของการร่างกฎหมายใหม่ทั้งหมดนั้น ควรดูจาก พัชรินทร์ เปี่ยมสมบุญธน์, “การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๑๑–๒๔๗๘,” **วิทยานิพนธ์แผนกประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, ๒๕๑๗ และในด้านประวัติศาสตร์ของกฎหมาย

อยุธยา ควรดูผลงานซึ่งไม่ผู้เป็นระบบนักของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, “กฎหมายสมัยอยุธยา,” รวมปาฐกถางานอนุสรณ์อยุธยา ๒๐๐ ปี, เล่ม ๑, องค์การคำของคุรุสภา, ๒๕๑๐, หน้า ๔๐-๕๔.

- ๖ พระยานิติศาสตร์ไพศาลกล่าวว่ ความจริงยังมีการพิมพ์อีกครั้งหนึ่งก่อนหน้าฉบับของกรมหลวงราชบุรีฯ ซึ่งหลวงดำรงธรรมสาร ผู้พิพากษาศาลอาญาจัดพิมพ์ขึ้นภายใต้ชื่อ กฎหมายเก่าใหม่ แต่มิได้กล่าวว่าพิมพ์ขึ้นเมื่อปีใด พระยานิติศาสตร์ฯ, อ้างแล้ว, หน้า ๕๔.
- ๗ “คำนำของผู้ประกาศนุกรมมหาวิทยาลัย” มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ จุดสักกราช ๑๑๖๖ ในที่ตามละมับหลวงคร ๓ ดวง, ๓ เล่ม, ๒๔๙๑-๙๒.
- ๘ ดู “คำปรารภ” ของ ร. แลงกาดี และ อ. เบอร์เนย์ ใน *Lois Siamois Code De 1805 A.D.*, Bangkok: Imprimerie de l'Assomption, 1930 และดู “คำนำของผู้ประกาศนุกรมมหาวิทยาลัย” กับ “คำนำของผู้จัดพิมพ์” ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑, อ้างแล้ว.

มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง

คำสอนชั้นปริญญาโท

พุทธศักราช ๒๔๘๐

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(กฎหมายเอกชน)

สัญญา

โดย

ร. แลงกาด์

ค็อกเตอร์กฎหมายฝรั่งเศส

คำนำ

คำสอนนี้ต่อจากคำสอนที่พิมพ์ใน พ.ศ. ๒๔๗๘ ในคำสอนนั้นข้าพเจ้าได้บรรยายข้อความทั่วไป เรื่องหลักฐานอันแสวงหาได้เพื่อศึกษากฎหมายเก่าของไทย เป็นต้น แล้วก็เริ่มบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยโดยเลือกเอาระบอบละเมิด เพราะระบอบละเมิดนี้มีตำแหน่งสำคัญในกฎหมายเก่า สำหรับป็นข้าพเจ้าจึงเห็นว่าควรบรรยายเรื่องสัญญา โดยสัญญาเป็นมูลแห่งหนึ่งอีกอย่างหนึ่ง เมื่อรวมคำสอนนี้กับคำสอนตอนก่อนจึงเป็นอันจบคำบรรยายของข้าพเจ้าในภาคว่าด้วยเรื่องนี้

เนื่องจากมหาวิทยาลัยได้เปลี่ยนแปลงระเบียบการสอนปริญญาโทใหม่ ข้าพเจ้าจึงต้องรีบส่งคำสอนนี้ไปพิมพ์และไม่มีเวลาพอที่จะตรวจคำแปลได้โดยละเอียด คำแปลที่นายเสนอ สุยะนันท์ แปลนี้ยังติดโอภาษาฝรั่งเศสจนข้าพเจ้าเองรู้สึกขัดหูขัดตาบ้าง แต่เชื่อว่าคงไม่เสียความไป นอกจากนั้นก็คงมีความคลาดเคลื่อนอยู่ เช่นในเรื่องอรรถมาตรา ประกอบ ข้าพเจ้าขออภัยแก่นักศึกษาทั้งหลาย และขอขอบใจผู้ที่จะมาถามและท้วงติงด้วย

อนึ่ง ข้าพเจ้าขอเตือนผู้อ่านดูจุดเดียวกับที่ได้เคยกล่าวไว้ในคำสอน ปี พ.ศ. ๒๔๗๘ ว่า “บรรดาความเห็นที่ข้าพเจ้ากล่าวในคำสอนนี้โดยมากก็เป็นแต่ข้อสันนิษฐาน ซึ่งข้าพเจ้าพร้อมอยู่ที่จะสละทิ้งเสียหรือแก้ไขเพิ่มเติมในเมื่อมีผู้ชี้ให้เห็นข้อสันนิษฐานอื่นที่ดีและมีน้ำหนักกว่า ฉะนั้นนักศึกษาผู้พึงใฝ่ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย อย่าได้เอาคำสอนนี้ไปโดยมิได้ใคร่ตรองให้เห็นชอบแท้แน่แก้ไขเสียก่อน ตรงกันข้าม ข้าพเจ้าใคร่ให้นักศึกษาพึงพิจารณาและออกความเห็น ได้แย้ง ซึ่ง กัน และกัน เพื่อพิสูจน์ความถูกต้องในความเห็นที่ข้าพเจ้าเขียนไว้ ถ้าหากผู้ใดมีความเห็นแย้งความเห็นของข้าพเจ้าส่วนใดแล้ว ก็ขอได้ชี้แจงให้ข้าพเจ้าทราบด้วย

“ในขณะนี้ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังมีได้มีการศึกษาค้นคว้ากันอย่างจริงจัง จนถึงกับได้ผลอันพึงพอใจ ฉะนั้นถ้าหากจะร่วมกันค้นคว้าและเมื่อได้ความรู้อย่างใดชิ้นก็นำมาโต้แย้งคัดค้านหรือสนับสนุนความเห็นของกันและกันแล้ว ในไม่ช้าก็จะได้รับผลเต็มความรู้ในวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย ซึ่งแม้จะยังถือเอาว่าเป็นความรู้ที่แน่นอน วางความเชื่อถือให้เด็ดขาดลงไปนั้นมิได้ก่อนก็ตาม แต่ก็ยังอาจเป็นความรู้ที่สามารถทำความเข้าใจไปชั่วคราวหนึ่งก่อนได้ จนกว่าจะค้นพบความรู้ที่แท้จริงและแน่นอนสืบไป.”

สารบัญ

บทที่ ๑

ข้อความทั่วไป

๑. สัญญาในกฎหมายโบราณ	๑๖๐
๒. ความเข้าใจในเรื่องหนี้ตามสัญญาในกฎหมายเก่าของไทย	๑๖๖

บทที่ ๒

เอกสารสัญญาต่าง ๆ สัญญาลายลักษณ์อักษร

๑. สัญญาคู่	๑๗๖
๑. แบบของสัญญาคู่	๑๗๗
๒. ผู้คู่หลายคน	๑๗๙
๓. ดอกเบี้ย	๑๘๒
๔. การโอนหนี้	๑๘๑
๒. สัญญาขายฝากทาส	๑๘๒
๑. แบบของสัญญาขายฝากทาส	๑๘๕
๒. ผลของสัญญาขายฝากทาสระหว่างนายเงินและผู้ขาย	๑๘๙
ก) หน้าที่ของนายเงิน ซึ่งมีต่อผู้ขาย	๑๘๙
ข) หน้าที่ของผู้ขาย ซึ่งมีต่อนายเงิน	๑๘๙
๓. สัญญาค้ำประกัน	๒๐๒
๔. สัญญาลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ	๒๐๗

สัญญาบนบาน	๒๐๘
สัญญาฝากสินค้าไปขาย	๒๐๙
สัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์	๒๑๐
สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์	๒๑๑

บทที่ ๓

เอกเทศสัญญาต่าง ๆ (ต่อ)

ทรัพย์สินสัญญา

๑. สัญญาฝาก	๒๑๑
๒. สัญญายืมและสัญญาเช่า	๒๑๕
สัญญาเช่าสำเภา	๒๑๘
สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์	๒๒๐
๓. จำนำ	๒๒๒
๔. สัญญาจ้างและวาน	๒๒๗
๕. สัญญาซื้อขาย	๒๓๑
๑. หน้าที่ของผู้ซื้อ	๒๓๔
๒. หน้าที่ของผู้ขาย	๒๓๕
ก) ความชำรุดบกพร่อง	๒๓๗
การซื้อขายทาง	๒๓๗
การซื้อขายทอง	๒๔๐
ข) การรอนสิทธิ	๒๔๒
๖. สัญญาให้	๒๔๙
๗. ทรัพย์สินสัญญาอื่น ๆ	๒๕๒
สัญญาเข้าหุ้นส่วน	๒๕๒
สัญญาพินันชนันต์	๒๕๓

บทที่ ๔

การปฏิบัติและบังคับตามสัญญา

๑. การปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสมัครใจ	๒๕๕
๒. การบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา	๒๕๖
๓. กรณีที่เจ้าหนี้บังคับลูกหนี้ไม่ได้	๒๖๑
๑. การเปลี่ยนแผ่นดิน	๒๖๑
๒. อายุความ	๒๖๑
๓. มรณกรรมของลูกหนี้	๒๖๒

บทที่ ๕

กำเนิดแห่งกฎหมายสัญญาปัจจุบัน

๑. การประดิษฐ์หลักกฎหมายสัญญา	๒๖๑
๒. สัญญาใหม่	๒๖๑

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(กฎหมายเอกชน)

สัญญา

บทที่ ๑

ข้อความทั่วไป

๑. สัญญาในกฎหมายโบราณ

๑. ในชุมชนสมัยโบราณ สัญญามีตำแหน่งไม่สำคัญดังเช่นในสมัยปัจจุบันนี้ ทั้งนี้ก็เพราะได้ว่า เนื่องมาจากเหตุผลในระเบียบทางเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ ครอบครัวหนึ่งหรือหมู่คณะหนึ่งประดิษฐ์ได้เกือบเท่าที่จำเป็นเพื่อการทรงชีพของสมาชิกแห่งครอบครัวหรือหมู่คณะนั้น บรรดาบุรุษก็สร้างบ้านเรือนขึ้นเพื่อจักได้เป็นที่พักของคนทุกคน ต่างพากันไปไล่เนื้อหรือหาปลาาร่วมกัน และนำผลที่ได้จากแรงงานของตนมารวมกันไว้ บรรดาสตรีก็มีหน้าที่ทอเครื่องนุ่งห่ม เตรียมอาหารสำหรับบริโภค เพียงแต่ทุ่งนา และสวนของหมู่คณะก็เพียงพอสำหรับเลี้ยงชีพคนทุกคน โอกาสที่สมาชิกแห่งหมู่คณะหนึ่งจะทำการเกี่ยวข้องกับสมาชิกแห่งหมู่คณะอื่นในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจย่อมมีน้อย และในเมื่อมีการเกี่ยวข้องกันขึ้น ต่างฝ่ายก็มุ่งแต่ความพอใจ ที่จะบำบัดความต้องการจะเพาะหน้า และก่อตั้งได้แต่ความสัมพันธ์ชั่วคราวระหว่างสองฝ่ายขึ้นเท่านั้น ความสัมพันธ์อันถาวรระหว่างเอกชนมีอยู่แต่ในระเบียบทางชุมชน ได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นประมุขกับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้เป็นนายกับทาส บิดามารดากับบุตร สามีกับภรรยา เป็นต้น เหตุนี้จึงอาจที่จะกล่าวอ้างโดยมีเหตุผลได้ว่า สัญญาแรกเริ่มได้กระทำขึ้นก็โดยมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะสร้างความสัมพันธ์ในระเบียบนี้ สัญญาจะนับแรกซึ่งได้มีขึ้นจึงได้แก่สัญญารับเข้าเป็นสมัคพรรคพวกของหมู่คณะ หรือของครอบครัว รับเป็นบุตรบุญธรรม สัญญาหมั้น สัญญาแต่งงาน ส่วนสัญญาในระเบียบเศรษฐกิจโดยจะเพาะซึ่งเกิดขึ้นต่อมาภายหลังนี้จะได้สรรวมรูปลักษณะและผลของสัญญาประเภทแรกนี้ เพื่อที่จะได้ผล

สมดังคาดหมาย ฉะนั้นความผูกพันทางสัญญาจึงปรากฏขึ้นในขั้นแรกภายในรูปของการเป็นทาส หรือภายในรูปของการอยู่ใต้บังคับบัญชา เสมือนผู้เป็นประมุขปกครองคนในบังคับ บิดาปกครองบุตร สามีปกครองภรรยา เราจะได้เห็นต่อไปว่าอย่างน้อยก็ในบางประการ กฎหมายไทยในสมัยโบราณได้เป็นตัวอย่างสำคัญของความคิดทำนองนี้เอง.

การเศรษฐกิจแต่โบราณตั้งได้บรรยายมานี้ ยังคงปรากฏอยู่ในเวลาปัจจุบันแต่ในหมู่พวกคนป่าเถื่อนที่ยังคงเหลือค้างอยู่ในโลกส่วนมากโดยทั่วไป การรวมขึ้นเป็นรัฐใหญ่ได้ทำลายล้างการปกครองอย่างเสรีของหมู่คณะดั้งเดิม และเปิดให้วิถีทางของมนุษย์กว้างขวางออกไป เอกชนต้องดำเนินการทรงชีพโดยลำพังตนเอง จึงจำเป็นต้องเข้าทำกิจการเฉพาะสิ่งจะเพาะอย่างขึ้น และต้องอาศัยความช่วยเหลือของผู้อื่นเพื่อจะได้รับสิ่งซึ่งตนมิได้ประดิษฐ์ขึ้นด้วยตนเอง การเข้าเกี่ยวข้องระหว่างบุคคล ได้ทวีขึ้นและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาแปลก ๆ ขึ้นทุกที แต่ตำแหน่งซึ่งกฎของความสัมพันธ์เหล่านี้ค่อย ๆ ปรากฏขึ้นในบรรดาบทกฎหมายนั้นย่อมผิดแผกกันสุดแต่ประเทศหนึ่ง ๆ ประเทศใดที่การค้าได้เจริญขึ้นแต่เนิ่น ประเทศนั้นย่อมมีกฎหมายสัญญากว้างขวางแต่เนิ่นดุจกัน เหตุนี้กรุงบาบิโลนซึ่งเป็นศูนย์กลางแห่งหนึ่งของอารยธรรมอันสำคัญของโลก จึงได้มีข้อบัญญัติอย่างละเอียดว่าด้วยสัญญามาก่อนพุทธกาลถึง ๑,๕๐๐ ปี ซึ่งยังปรากฏอยู่ในศิลาจารึกโบราณ ที่เรียกกันว่าประมวลกฎหมายพระเจ้าซัมมูราบี^(๑) ตรงกันข้ามบางประเทศแม้จะได้ขึ้นสู่ความเจริญถึงขีดสูง ก็ยังคงตกอยู่ในฐานะที่ไม่ก้าวหน้าในทางกฎหมายสัญญาเป็นเวลาช้านาน

๒. สำหรับประเทศสยามในสมัยกรุงศรีอยุธยา เราเห็นได้ว่าในบทกฎหมายเก่าที่ตกทอดมาถึงปัจจุบัน บทต่าง ๆ อันว่าด้วยสัญญามีจำนวนน้อยมาก สัญญาซึ่งได้รับความเอาใจใส่ของผู้บัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง มีแต่ ๒ ชนิดเท่านั้น คือ สัญญากู้และสัญญาขายคนเป็นทาส สัญญาอื่น ๆ มีแต่บัญญัติไว้คร่าว ๆ ไม่บริบูรณ์หรืออย่างแคบ ๆ แม้จะปรากฏว่ามีหลายชนิดก็ดี แต่ก็ยังใกล้เคียงกับชนิดของสัญญาต่าง ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน เหตุผลซึ่งอธิบายถึงความขาดแคลนของกฎหมายสัญญาในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้น เนื่องมาจากทั้งทางระเบียบทางการเศรษฐกิจและระเบียบทางการเมือง ประการแรกก็คือ ความต่ำต้อยของการค้าของเอกชนตลอด

(๑) เกี่ยวกับประมวลกฎหมายพระเจ้าซัมมูราบีนี้ ดูคำสอน พุทธศักราช ๒๔๗๗ หมายเลข ๗ (ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๑ “ข้อความเบื้องต้น”—บก. ๒๕๒๔)

สมัยนั้นและตอนต้นของสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ การค้ากับต่างประเทศกล่าวได้ว่าเกือบจะตกอยู่ในความผูกขาดของพระเจ้าแผ่นดินหรือพ่อค้าต่างประเทศทั้งหมด การค้าภายในซึ่งส่วนหนึ่งยังคงผูกขาดเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน ก็ปรากฏว่ามีอยู่แต่เพียงภายในรูปการค้าเบ็ดเตล็ด ซึ่งเป็นการค้าเงินสด หรือมีการเครดิตชั่วคราวระยะเวลาสั้น และโดยเหตุนี้จึงมีอาจให้มีปัญหากฎหมายอันยุ่งยากเกิดขึ้นได้ อีกประการหนึ่ง สถานะการเศรษฐกิจของประเทศดำเนินอยู่ในค้ำเริ่มต้นเป็นเวลาช้านาน โรงงานใหญ่ ๆ และการประกอบกรใหญ่ยังไม่ปรากฏในสมัยนั้น ส่วนงานอุตสาหกรรมก็ยังมีแต่งานของช่างไปรับจ้างที่นั่นที่นั่นคนเดียว ความต้องการของพลเมืองโดยมากเป็นไปอย่างง่ายดาย เป็นเหตุให้ประเทศอาจไม่จำเป็นต้องมีสินค้าหลายประเภท ซึ่งในเวลาปัจจุบันกลายเป็นสิ่งจำเป็นแม้แต่พลเมืองผู้หาเข้ากินค่า^(๑) ในที่สุด ลักษณะแห่งการปกครองและระเบียบการทางชุมชนเป็นเหตุอีกประการหนึ่ง และบางที่เป็นเหตุอันมีน้ำหนักมากกว่าเหตุอื่นที่ทำให้สัญญาบัตรมีตำแหน่งไม่สู้จะสำคัญในกฎหมายเก่าของไทย ในเบื้องต้น การเป็นอยู่อย่างทาสของพลเมืองส่วนมากก็เช่นเดียวกับในประเทศอื่น ทำให้เราเข้าใจได้ว่า เหตุใดสัญญาบางประเภท ซึ่งสมัยนี้เป็นที่แพร่หลายมากเช่นสัญญาจ้างแรงงานเป็นอาทิ จึงไม่สู้สำคัญนักในสมัยนั้น พวกคนงานซึ่งเป็นทาสได้กระจ่ายอยู่ตามตำแหน่งหน้าที่ของพวกคนงานรับจ้างกินเงินเดือนและเหลือช่องทางไว้อย่างแคบสำหรับบรรดาคนงานผู้มีฐานะเป็นไทย อีกประการหนึ่งเป็นที่รู้จักน้อยอยู่แล้วว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาตลอดมาจนถึงรัชกาลที่ ๕ แห่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ บรรดาพลเมืองที่มีฐานะเป็นไทยทุกคนมีหน้าที่ต้องเข้าประจำการในทะบวงการหนึ่ง และต้องอุทิศระยะเวลาหนึ่ง (เดิม ๖ เดือน ต่อมา ๔ ต่อมา ๓) สำหรับปฏิบัติหน้าที่ให้แก่ความต้องการของรัฐ งานเกณฑ์เหล่านี้เปรียบเสมือนหนึ่งการภาษีในเวลาปัจจุบัน แต่ผลของงานนี้ก็คือทำให้ชีวิตจิตใจของเอกชนเฉื่อยชาลง ผู้ถูกเกณฑ์มีเวลาว่างเพียงเล็กน้อยซึ่งเกือบจะไม่พอที่จะกระทำเพื่อบำบัดความต้องการเฉพาะหน้า ฉะนั้นความคิดที่จะปฏิบัติการประกอบการจึงมิได้มีขึ้น นอกจากนั้นเพื่อเป็นประกันให้การเกณฑ์แรงงานนี้ได้รับผลสมบูรณ์ ผู้ถูกเกณฑ์ต้องเข้าสังกัดอยู่ในหมู่คณะหนึ่งตั้งแต่เกิดมา และต้องอยู่ภายใต้อำนาจของหัวหน้าหมู่คณะนั้น ราษฎรจะไปทำงานห่างไกลแม้แต่ชั่วระยะเวลาเล็กน้อยก็ต้องรับอนุญาตจากหัวหน้ามูลนาย เนื่องจากการปราศจากซึ่งเสรีภาพ

(๑)ข้อความเหล่านี้ดูหนังสือ Du Royaume de Siam ของ La Loubère เล่ม ๑ หน้า ๒๑๖ และต่อ ๆ ไป (หมายถึง สันต์ ท. โกมลบุตร (แปล) จดหมายเหตุลาลูแบร์กับสมบูรณ, ก้าวหน้า, ๒๕๑๐, ปก. ๒๕๒๔)

นี้ พลเมืองทุกคนจึงต้องติดอยู่กับแหล่งที่ที่ตนเกิดจนตลอดชีวิต และตกอยู่ในฐานะที่ไม่อาจจะหาทางใดทำให้สภาวะตนดีขึ้นได้^(๑) จึงเป็นที่เข้าใจได้ง่ายว่า เหตุใดในสมัยกรุงศรีอยุธยา แม้จะได้มีการประกอบขึ้นเป็นรัฐใหญ่และมีความเจริญก้าวหน้าอันแท้จริงก็ตาม ความสัมพันธ์ในทางสัญญายังคงอยู่ในระดับไม่ก้าวหน้าเมื่อเทียบกับส่วนทั่วไป และทำให้เกิดมีบทบัญญัติในเรื่องนี้แต่เพียงส่วนน้อย

๓. อีกประการหนึ่ง ในบทกฎหมายเก่า ความเข้าใจในเรื่องสัญญาย่อมผิดแผกไปจากความเข้าใจที่มีอยู่ในสมัยปัจจุบัน ในทุกวันนี้ สัญญาคือข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งรับรองกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ที่ว่าข้อตกลงนี้เป็นอิสระก็เพราะเพื่อที่จะให้ได้ผลสมดังคาดหมาย ก็เพียงแต่แสดงเจตนาร่วมกันระหว่างทุกฝ่ายเท่านั้น และเมื่อยกเว้นกรณีพิเศษเสีย หากจะต้องมีแบบพิธีเช่นต้องทำเป็นหนังสือ ก็ไม่มีอะไรอื่นนอกจากเพื่อทำให้พิสูจน์ง่ายขึ้นว่า สัญญาได้มีจริงหรือเพื่อเป็นการประกาศสำหรับประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่านั้น ในที่สุดหากฝ่ายที่เป็นลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซึ่งตนรับรองไว้ ฝ่ายเจ้าหนี้ได้แต่บังคับให้ปฏิบัติโดยอาศัยอำนาจกฎหมาย หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับชดใช้ค่าเสียหายที่ได้รับจากการผิดสัญญานั้น

ลักษณะของความผูกพันทางสัญญาเหล่านี้เป็นผลเนื่องมาจากการวิวัฒนาการอันต้องใช้เวลามากหรือน้อยสุดแต่ประเทศหนึ่ง ๆ เมื่อสัญญาปรากฏอยู่ในบทกฎหมายในชั้นแรกคงมีลักษณะผิดไปกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้ และบางครั้งมีลักษณะตรงกันข้ามทีเดียว

ประการแรก สัญญาในกฎหมายเก่าหาได้มีขึ้นเพียงแต่การตกลงของเจตนาไม่ในสมัยโบราณไม่เป็นที่ยอมรับกันว่า บุคคลหนึ่งอาจที่จะต้องผูกพันโดยเพียงแต่ให้คำรับรองกับคนอื่นเท่านั้น ประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศต่าง ๆ แสดงให้เห็นว่า แต่เดิมบุคคลหนึ่งไม่อาจที่จะมีพันธะต่อบุคคลอื่น นอกจาก ๒ กรณีต่อไปนี้ คือ

๑. โดยปฏิบัติให้สำเร็จตามแบบพิธีอันจำกัดไว้ตามจารีตประเพณี เช่น แสดงกิริยาบางประการ หรือให้ถ้อยคำรับรองบางอย่าง ผู้เป็นฝ่ายที่เข้ามาผูกพันซึ่งกันและกันจึงมิใช่โดยการแสดงเจตนาของตน แต่โดยการปฏิบัติตามแบบพิธีที่ต้องการ ดังนี้จึงเรียกกันว่าสัญญาตามแบบพิธี

(๑) เพื่อทราบรายละเอียดในวิธีการนี้ให้อ่านปาฐกถาของสมเด็จพระยาตราช่าง ๆ ทรงแสดงที่สามัคยาจารย์สมาคม วันที่ ๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๐ เรื่อง ลักษณะการปกครองประเทศสยามแต่โบราณ

๒. บุคคลหนึ่งอาจต้องผูกพันต่อบุคคลอื่น เพราะเหตุว่าบุคคลนั้นได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตน แต่มิได้มีเจตนาสละกรรมสิทธิ์และบังคับให้ส่งคืนทรัพย์สินนั้นภายหลังชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือให้หรือกระทำสิ่งอื่นเพื่อเป็นการตอบแทน ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน ความผูกพันมิได้เกิดขึ้นจากคำรับรองหนึ่งใด แต่เกิดขึ้นเพราะการส่งมอบทรัพย์สิน ในคำสอนนี้จึงจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า ทรัพย์สินสัญญา (contrat réel)

ดังนี้ ตามกฎหมายโรมันดั้งเดิม สัญญาจึงเป็นสัญญาตามแบบพิธี หรือทรัพย์สินสัญญาทั้งสิ้น ต่อมาภายหลังจึงได้มีผู้นำเอาสัญญาชนิดที่อาจประกอบขึ้นด้วยความตกลงของผู้เป็นฝ่ายด้วย แต่สัญญาประเภทนี้ยังคงมีจำกัดอยู่ตามเดิม และหลักคงถือต่อไปเช่นเดิมว่า นอกจากกรณีที่อยู่ภายใต้กฎหมายแล้ว ความผูกพันใดๆ ไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยการตกลงของเจตนาเท่านั้น

๔. การถือตามแบบย่อมเป็นการให้ผลเห็นได้ชัด เพราะเป็นทางที่กำหนดความยินยอมของผู้เป็นฝ่ายให้แน่นอนขึ้น และย่อมชักจูงให้เกิดความสนใจในน้ำหนักของภาระหน้าที่ตนได้ตกลง ผลเหล่านี้เป็นข้ออธิบายว่า เหตุใดแบบจึงยังมีอยู่เป็นส่วนใหญ่ในกฎหมายปัจจุบัน แต่ในสมัยโบราณ การถือตามแบบเกิดจากความจำเป็นของจิตใจของมนุษย์ในสมัยนั้น กล่าวคือ ในทุกวันนี้เราไม่เห็นแปลกในการที่บุคคลหนึ่งเข้าผูกพันโดยสัญญาเพื่อกระทำการหนึ่งใดต่อบุคคลอื่น แต่ในสมัยก่อนนั้น ส่วนมากของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นไปโดยจารีตประเพณี และความสัมพันธ์นั้นเกี่ยวกับระเบียบทางชุมชน เช่น ในเรื่องหน้าที่ระหว่างผู้อยู่ในบังคับกับผู้เป็นนาย ภรรยา กับสามี บุตร กับบิดามารดา ฯลฯ แต่การผูกพันอันเกิดขึ้นโดยสัญญาประเภทหนึ่งเป็นเหตุการณ์พิเศษและค่อนข้างจะเป็นนอกทางของระเบียบชุมชนสมัยนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ ชุมชนสมัยโบราณจึงสร้างการผูกพันระหว่างกันขึ้นให้เป็นแบบพิธีในข้อนี้ อาจเทียบแบบซึ่งสัญญาตกอยู่ในบังคับ กับแบบซึ่งจำเป็นสำหรับการแต่งงาน การรับเป็นบุตรบุญธรรม การรับเข้าสังกัดในหมู่คณะ การประกาศเดือนศักดิ์นา ฯลฯ

ส่วนบรรดาทรัพย์สินสัญญา ความผูกพันเกิดขึ้นเนื่องมาจากเหตุที่ประกอบให้เป็นสัญญาขึ้นนั่นเอง คือ การส่งมอบสิ่งของสิ่งหนึ่ง ผู้ใดที่ยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ย่อมเป็นธรรมดาที่จะต้องส่งคืน หรือกระทำสิ่งใดซึ่งตนรับรองไว้เป็นการตอบแทน มิฉะนั้นเท่ากับว่าผู้นั้นเอาทรัพย์สินของเขาไว้โดยไม่มีสิทธิ และผูกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นพยายาทอนจะทำให้ได้รับการแก้แค้นเนื่องจากเหตุนี้ได้ ตามลักษณะของการผูกพันชนิดนี้ย่อม

เกิดขึ้นเป็นธรรมดา และเป็นที่น่าสนใจได้ง่าย นักประวัติศาสตร์กฎหมายบางท่านจึงมีความเห็นว่า ทฤษฎีสัญญาเป็นที่มาของสัญญาทุกชนิด เรื่องนี้เราจะได้เห็นในไม่ช้าว่าทฤษฎีสัญญามีตำแหน่งสำคัญในกฎหมายเก่าของไทยจริง.

๕. อีกประการหนึ่ง สัญญาในกฎหมายปัจจุบันมีผลอันกำหนดได้แน่นอน ซึ่งสุดแต่ข้อความที่ตกลงกันระหว่างผู้เป็นฝ่าย ในสมัยโบราณ ทฤษฎีสัญญาโดยทั่วไปก็เป็นเช่นเดียวกัน เพราะมีวัตถุประสงค์อยู่ที่การส่งมอบสิ่งของ ข้อผูกพันโดยปกติก็คือ การส่งคืนสิ่งของนั้น หรือปฏิบัติตามคำรับรองเพื่อเป็นการตอบแทน แต่สำหรับสัญญาตามแบบพิธีผลมิได้ชัดเจนเช่นนั้น ความผูกพันของผู้เป็นลูกหนี้มีหลายแง่สับสนกัน คือมีผลไปถึงตัวลูกหนี้เอง โดยลูกหนี้ต้องมีหน้าที่ต่อผู้เป็นเจ้าของหนี้ หน้าที่นั้นย่อมทำให้เสรีภาพของลูกหนี้เสื่อมเสียบ้าง ที่เป็นดังนั้นก็เพราะความผูกพันทางสัญญาตามแบบพิธีได้ถือเอาความผูกพันตามระเบียบของชุมชนเป็นตัวอย่าง ดังได้กล่าวมาแล้ว ข้อพิเคราะห์เหล่านี้จะได้นำมาพิจารณาอย่างละเอียดอีกทีหนึ่งในหมวดที่ ๒ ของบทนี้ เพราะเป็นข้อสำคัญเพื่อที่จะเข้าใจประวัติศาสตร์กฎหมายสัญญาของไทยได้ถนัด

๖. ในที่สุดตามกฎหมายปัจจุบัน การไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ก่อให้เกิดการร้ายอันอื่นขึ้นนอกจากเสียค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเอมาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ กฎนี้ความจริงยังเป็นของใหม่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ส่วนมาก ในสมัยโบราณ บุคคลผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำรับรองที่ได้ผูกพันตนไว้ตามจารีตประเพณีได้ชื่อว่าก่อการละเมิด และตกอยู่ภายใต้การแก้แค้นของอีกฝ่ายหนึ่ง จารีตประเพณีและกฎหมายได้เปลี่ยนจากการแก้แค้นไป ภายหลังให้เป็นการเสียค่าปรับซึ่งอัตราได้กำหนดไว้ล่วงหน้า ดังการปรับในคดีอาญาทุกวันนี้ ต่อมาภายหลังอีกนาน จึงได้แยกความผิดอาญาออกจากความผิดทางสัญญา และในการผิดสัญญาก็ให้แก่เจ้าหน้าที่ฟ้องได้ในทางแพ่งโดยเรียกค่าสินไหมทดแทน อันมุ่งจะเพาะแต่จะบำบัดความเสียหายซึ่งเกิดแต่การมิได้ปฏิบัติตามสัญญานั้น และอัตราค่าสินไหมเปลี่ยนไปตามรูปคดี อีกประการหนึ่ง แต่เดิมลูกหนี้ซึ่งไม่สามารถชำระหนี้ หรือเงินปรับซึ่งตนจะต้องเสีย ย่อมตกอยู่ภายใต้การแก้แค้นของเจ้าหน้าที่จะมาจับเอาตัวไปทุบตี ใส่โซ่ตรวนจองจำ เพื่อบังคับให้ชำระหนี้หรือเพื่อลงโทษให้หลาบจำได้ ลูกหนี้รับผิดชอบในหนี้สินไม่เพาะแต่กองทรัพย์สินของตนเท่านั้น ยังต้องรับผิดชอบด้วยเนื้อตัวร่างกายของตนเองด้วย หากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่เพียงพอ เจ้าหนี้ยังนำเอาตัวออกขายเป็นทาส เพื่อเอาเงินค่าตัวนั้นชำระหนี้ได้ ต่อมาภายหลังเมื่อความเจริญในชนบทธรรมเนียมได้ชักจูงให้ยกเลิกการเอาตัวลงเป็นทาสเพื่อชำระหนี้ ก็ยังเป็นเวลาอีกนานที่ลูก

หนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ต้องรับโทษจำคุกชั่วคราวระยะเวลาเทียบตามจำนวนหนี้ของตน เพิ่งจะมาเมื่อสมัยก่อนข้างปัจจุบันั้นเองที่ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปได้ยกเลิกวิธีนี้ในคดีแพ่งเสีย คงใช้แต่คดีอาญา หรือจะเพาะแก่หนี้สินต่อรัฐบาลประเภทเท่านั้น

๗. สรุปประมวลกฎหมายประวัติศาสตร์กฎหมายแสดงให้เห็นว่าในสมัยโบราณกฎหมายสัญญา มีลักษณะโดยทั่วไปดังนี้

๑. กฎหมายสัญญาไม่สู้จะบริบูรณ์นัก และมีตำแหน่งไม่สู้สำคัญในบรรดาบทบัญญัติ

๒. ความผูกพันมิได้เกิดขึ้นจากความตกลงของเจตนา แต่เกิดจากวัตถุภายนอกของผู้เป็นฝ่าย คือ จากแบบพิธีหรือการส่งมอบสิ่งของ สัญญาจึงเป็นสัญญาตามแบบพิธีหรือทรัพย์สินสัญญา

๓. ความผูกพันทางสัญญา อย่างน้อยสำหรับสัญญาบางประเภท ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางการเงินระหว่างผู้เป็นฝ่ายเท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่ในระเบียบชุมชนอีกด้วย

๔. การไม่ปฏิบัติตามสัญญาถือว่าเป็นการละเมิด ซึ่งทำให้ลูกหนี้ต้องเสียค่าปรับหรือได้รับโทษทางร่างกาย

๕. ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของตนด้วยร่างกายและกองทรัพย์สิน หากไม่สามารถชำระได้ ตนจะต้องถูกเอาตัวลงเป็นทาส หรือถูกจำจองจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น

เมื่อเราจะได้ศึกษากฎหมายสัญญาตามที่ปรากฏอยู่ในบทกฎหมายเก่าของไทย เราจะได้พบลักษณะเหล่านี้ทั้งหมด แต่ก่อนที่จะได้เข้าสู่วการศึกษาดังกล่าว เห็นควรจะต้องค้นคว้าถึงความคิดความเห็นซึ่งเป็นมูลเดิมแห่งความผูกพันตามสัญญาในกฎหมายเก่าของไทยเสียก่อน

๒. ความเข้าใจในเรื่องหนี้ตามสัญญาในกฎหมายเก่าของไทย

๘. ในภาษาไทยมีอยู่คำหนึ่งที่ใช้กันเพื่อหมายถึงความผูกพันตามสัญญา คือ คำว่า “หนี้” ซึ่งปรากฏอยู่ในภาษาของชนชาติไทยอื่น ๆ ด้วย ไม่เฉพาะแต่ไทยสยามเท่านั้น ในปัจจุบัน คำนี้ใช้สำหรับหมายถึงบรรดาสัญญาและบรรดากรณีที่ก่อให้เกิดหนี้โดยทั่วไปอีก ผู้ขายของเชือกได้ชื่อว่าเป็นเจ้าหนี้ เช่นเดียวกับผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหม

ทดแทนในการละเมิด แต่ในบทกฎหมายเก่าคำนี้มีได้มีความหมายกว้างขวางเช่นนี้ คำว่า “หนี้” ว่าจะเพาะแต่ในสัญญาที่เท่านั้น ในกฎหมายเก่า ไม่มีบทที่ใช้คำว่าเป็นหนี้หรือเจ้าหนี้ โดยหมายถึงความสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาอื่น ๆ เช่น ผู้รับฝาก ผู้ยืม ผู้ขาย หรือผู้ซื้อ ไม่เรียกว่าลูกหนี้เลย ความผูกพันระหว่างบุคคลเหล่านี้ไม่เรียกว่า หนี้ โดยเหตุนี้เพื่อให้เข้าใจในเรื่องความผูกพันตามสัญญาซึ่งแสดงออกโดยใช้คำว่า “หนี้” นั้น จึงควรต้องพิจารณาหาคุลักษณะของสัญญาที่เสียก่อน

ในบทกฎหมายเก่าที่ตกทอดมาถึงเรา สัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาที่ยืมในปัจจุบัน คือ เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งได้รับเงินจำนวนหนึ่ง หรือส่งกรรมทรัพย์ปริมาณหนึ่ง เช่น ข้าวจากบุคคลอื่น และมีหน้าที่ต้องส่งคืนเงินจำนวนเดียวกัน หรือข้าวปริมาณเท่ากันภายในระยะเวลาหนึ่ง แก่ผู้ที่ตนรับมา และในระหว่างนั้นจะต้องเสียดอกเบี้ยอีกด้วย แต่ถ้าเราพิจารณาหาคุลักษณะที่เกี่ยวกับสัญญาที่ตามกฎหมายเก่าโดยละเอียด เราจะเห็นว่าสัญญานี้มีลักษณะแตกต่างเป็นพิเศษโดยเฉพาะ และผิดกับสัญญาอื่น ๆ ทั้งมีผลซึ่งออกจะห่างไกลกับความเข้าใจในสมัยปัจจุบันด้วย.

๙. ในเบื้องต้น ผู้ยืมไม่จะเพาะแต่มีหน้าที่เพียงเช่นทุกวันนี้ คือ ต้องชดใช้เงินจำนวนที่ตนกู้ไปเท่านั้น ตนจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ให้กู้ ซึ่งแม้จะมีอยู่เพียงเล็กน้อยก็ยังเป็นเห็นได้ อำนาจบังคับบัญชานี้ยังมีร่องรอยปรากฏอยู่ในศัพท์ซึ่งใช้เรียกผู้ให้กู้ว่า “เจ้าหนี้” นั่นเอง โดยศัพท์นี้หมายถึงเจ้าหนี้ในสัญญาที่เท่านั้นดังกล่าวมาแล้ว ผู้ให้กู้จึงผิดกับผู้มีอำนาจตามสัญญาอื่น ๆ โดยมีฐานะเป็นเจ้าต่อผู้กู้ และผู้กู้อยู่ในฐานะเป็นลูกต่อผู้ให้กู้ การเรียกชื่อเป็นพิเศษเช่นนี้แสดงให้เห็นได้เป็นอย่างดีแล้วว่า ตามสัญญาที่กู้เงินแล้วสัญญา มิได้อยู่ในฐานะเท่ากันเหมือนเช่นเดิม สัญญาที่กู้ทำให้ผู้ให้กู้เกิดมีอำนาจขึ้นเหนือผู้กู้ อำนาจนี้ยังคงให้เอกสิทธิบางอย่างแก่เจ้าหนี้ในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาเช่นตามกฎหมายเก่า แม้ผู้ให้กู้จะไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้มีการชำระหนี้โดยพลการจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เช่นเดียวกับสัญญาอย่างอื่น ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดก็จริงอยู่ แต่เราจะเห็นว่า หากผู้ให้กู้ยืมเอาทรัพย์สินของผู้กู้ไปโดยพลการกฎหมายก็จำกัดให้เขามีความรับผิดชอบแต่ในทางแพ่ง คือ ให้สูญเสียแต่ส่วนหนึ่งของหนี้สิน และมีความรับผิดชอบเป็นพิเศษจะเพาะในกรณีที่ว่าสุดท้ายเขาบริมาสัญญาหายไป กฎหมายไม่ถือเอาเป็นการลักทรัพย์ และไม่บังคับให้การที่ยึดเอามาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นนั้นเสียผล

ทั้งหมด (ฎีกา ๓๗, ๔๐) (๑) ดังนี้ ก็มิใช่อะไรอื่นนอกจากว่า กฎหมายถือเอาเจ้าหนี้คือผู้ให้กู้ เป็นเสมือนผู้มีสิทธิในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และสิทธินี้กฎหมายห้ามแต่จะเพาะการใช้โดยพลการเท่านั้น อีกประการหนึ่ง แม้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะจับกุมตัวลูกหนี้ซึ่งไม่ชำระหนี้มาโดยพลการในเมื่อไม่มีคำพิพากษา เพื่อจำคุกหรือใส่โซ่ตรวนก็ตาม แต่ลูกหนี้ก็ต้องมีความเลื่อมใสต่อเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นเครื่องแสดงความต่างกันของฐานะ เช่นหากลูกหนี้บังเอิญไปได้เจ้าหนี้ซึ่งมีใจทรน เมื่อไม่ได้รับชำระหนี้ก็เกิดความโกรธขึ้นเช่นนี้ ตนก็จะต้องอดทนรับเอาความตึงเครียดนั้นด้วยความสงบ ถ้าตนไม่ทนฟังคำเหล่านั้นและไปด่าทอเจ้าหนี้ หรือไปทุบตีเขาเข้า เจ้าหนี้อาจที่จะกระทำแก่ตนให้สมกับความโกรธ เพราะเขาจะมีต้องถูกปรับใหม่แต่อย่างใดในคำด่าทอ หรือในการตบตีซึ่งเขาได้กระทำไปนั้น แต่ในขณะที่เดียวกันทางฝ่ายลูกหนี้จะต้องเสียสินไหมในความผิดที่ตนทำผิด (ฎีกา ๔๑) ควรสังเกตคำอธิบายเรื่องนี้ที่ผู้มีบัญญัติกฎหมายเขียนไว้ว่า “เจ้าหนี้มีหน้าที่ให้ลูกหนี้อดเอา” คือลูกหนี้จะต้องพร้อมที่จะอดทนต่อความรุนแรงที่จะได้รับจากเจ้าหนี้ที่ตนได้เลือกเองนั้น.

๑๐. ในที่สุดสัญญากู้ ตามบทกฎหมายที่ตกทอดมาถึงเรานี้เอง แสดงให้เห็นลักษณะที่คล้ายกันกับสัญญาขายคนลงเป็นทาส เรื่องทาสนี้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจัดแบ่งออกเป็น ๓ ชนิด คือ ทาสซึ่งถูกขายมาอย่างเด็ดขาด ทาสซึ่งได้ขายฝากและนายใช้จวนและทาสซึ่งได้ขายฝาก และเสียดอกเบี้ยในคำตัวของตน (ทาส ๒) และเกี่ยวแก่ทาส ๒ ชนิดหลังนี้เองที่สัญญากู้แสดงให้เห็นความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด ประการแรก สัญญากู้และสัญญาขายฝากคนเป็นทาสจำเป็นต้องมีเอกสารพิเศษ เรียกว่า สารกรมธรรม์ เป็นหลักฐาน ส่วนสัญญาอื่นไม่ปรากฏว่าต้องมีเอกสารพิเศษนี้แต่อย่างใด อีกประการหนึ่ง บทบัญญัติมีอยู่ก่อนข้างมากที่บัญญัติรวมกันไว้ระหว่างสัญญาขายคนและสัญญากู้ และแสดงให้เห็นเป็นวิธีการอันเดียวกับบางคราว คำว่า นายเงิน ใช้เรียกทั้งนายของผู้เป็นทาสและผู้ให้กู้ตามพระอัยการลักษณะฎีกา บทที่ ๒๘ ผู้ให้กู้เช่นเดียวกับผู้เป็นนายของทาส ซึ่งลูกหนี้ได้หนีไปโดยคำเลี่ยมสอนของบุคคลภายนอก หรือถูกฆ่าตาย ย่อมมีสิทธิที่จะติดตามฟ้องร้องผู้เลี่ยมสอนให้ลูกหนี้หนี หรือผู้ฆ่าลูกหนี้ และมีสิทธิได้รับเบี้ยปรับตามกฎหมาย ความจริงมีความแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยระหว่างทาสขายฝากและลูกหนี้ทั้ง ๒ ประเภท

(๑) ในคำสอนนี้เริ่มเดียวกับคำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ บทกฎหมายเก่าที่อ้างถึง ณ ที่นี้และต่อๆ ไป จะถือเอาตามกฎหมายเก่าฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ หากบทใดได้ถูกยกเลิกแล้ว และไม่อาจพบได้ในฉบับที่กล่าวนี้ นักศึกษาจะต้องค้นในฉบับพิมพ์อื่น ๆ (ในการพิมพ์ครั้งนี้ บรรณาธิการได้ตรวจแก้เลขมาตรา ให้เป็นตามกฎหมายตราสามดวง ฉบับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และกรมการเมืองทั้งหมด-ปก. ๒๕๒๔)

ย่อมมีผู้ค้าประกัน ซึ่งจะต้องเข้ารับผิดต่อผู้เช่าเป็นนายหรือเจ้านั้น หากลูกหนี้หรือทาสหนี ผู้ค้าประกันจะต้องชวนชวยหาหนทางที่จะให้ได้อัตว์คืนมา และหากเอาตัวคืนมาได้ ผู้ค้าประกันจะต้องรับผิดชำระหนี้สินนั้นแทน ความแตกต่างประการเดียวระหว่างลูกหนี้กับทาสขายฝากก็คือ ทาสขายฝากซึ่งทำงานให้แก่นายของตนไม่ต้องเสียดอกเบี้ยอีก แต่ความแตกต่างนี้ย่อมหมดไปเมื่อเป็นทาสชนิดที่ ๓ คือเป็นทาสที่ได้รับอนุญาตจากนายให้เสียดอกเบี้ยในราคาค่าตัว ทาสชนิดนี้ย่อมเป็นอิสระเช่นเดียวกับลูกหนี้สามัญ และเป็นกรยากที่จะสังเกตได้ว่าเป็นทาสหรือเป็นแต่เพียงลูกหนี้ ทาสขายฝากในประเทศสยามเดิมเป็นอย่างไรเป็นปัญหาที่ยังซับซ้อนอยู่ เราอาจสันนิษฐานได้ว่าเกิดจากสัญญากู้ โดยผู้กู้นำตัวเองหรือนำสมาชิกในครอบครัวมาเป็นมัดจำ บุคคลเหล่านี้จึงตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ให้กู้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และให้ประกันดอกเบี้ยโดยการทำงานให้ แต่ถึงกระนั้นก็ดี เราอาจสันนิษฐานได้ตรงกันข้ามว่า สัญญากู้เองเกิดจากสัญญาทาสขายฝาก โดยบุคคลผู้ถูกขายมาได้รับอนุญาตให้ชำระดอกเบี้ยในค่าตัวของตน จึงได้รับการลดหย่อนผ่อนผันจากผู้เป็นนาย อย่างไรก็ตาม ไม่เป็นที่สงสัยว่า ในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา สัญญากู้และสัญญาทาสขายฝากมีลักษณะที่เหมือนกันหลายประการ และมีมูลฐานมาจากแหล่งเดียวกัน

๑๑. อาศัยเหตุต่างๆ ที่ได้พิจารณามาแล้ว เห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติในกฎหมายเก่า และตามถ้อยคำสำนวนที่ผู้บัญญัติกฎหมายเลือกใช้ สัญญากู้มิได้มีผลเพียงแต่เป็นการก่อให้เกิดความผูกพันที่ผู้กู้จะต้องชดใช้เงินจำนวนที่ผู้มาตั้งสัญญากู้ยืม สมัยปัจจุบันแต่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในสถานะทางชุมชนขึ้นระหว่างผู้เป็นฝ่าย โดยลดฐานะของผู้กู้ให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของผู้ให้กู้ ข้อนี้เองที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา คือเป็นความผูกพันที่มีลักษณะสำคัญอยู่ที่การรวบเอาตัวและกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ภายใต้อำนาจของเจ้านั้นโดยตลอดไป เพื่อเจ้านั้นอาจเรียกร้องให้ตอบแทนบุญคุณได้ทุกเมื่อ ในสมัยโบราณและแม้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา การให้กู้มิได้เกิดขึ้นเพื่อจะประกอบกรทุกชนิดเช่นทุกวันนี้ บทกฎหมายเก่าแสดงให้เห็นเสมอว่า ผู้ที่ขอกู้เงินเป็นคนที่ตกอยู่ในฐานะคั่นแค้น หรือมีความจำเป็นที่จะต้องขอความช่วยเหลือเพื่อยังชีพตนเอง หรือครอบครัว ผู้ให้กู้ยอมช่วยผู้กู้ให้พ้นจากฐานะอันหมดหวัง ซึ่งเสมือนหนึ่งช่วยให้ผู้กู้ยังชีวิตอยู่ได้ คำว่า กู้ ยังมีความหมาย

เช่นนี้อยู่ในเวลาปัจจุบัน เมื่อเราใช้ว่า กู้เรือ กู้เมือง เป็นต้น ตามทำนองนี้เจ้าหนี้จึงเป็นผู้ที่มีบุญคุณอยู่เป็นผู้อุปถัมภ์ลูกหนี้มากกว่าอื่น สิ่งที่ลูกหนี้จะต้องทดแทนก่อนอื่นจึงเป็นความกตัญญูทดแทนที่ ซึ่งในทางปฏิบัติได้แก่การนำเงินและกองทรัพย์สินเข้าอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา สุดแต่ความปรารถนาของเจ้าหนี้ โดยการกู้เอง ลูกหนี้อยอมสละอิสระสภาพในร่างกายเข้าสู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ แม้นตนยังคงเป็นไทยอยู่ก็ตาม แต่ก็อยู่ในฐานะอันใกล้เคียงกับการเป็นทาส และฐานะนี้เองซึ่งเรียกกันว่า เป็นหนี้ เจ้าหนี้ถือเอาผู้ที่ตนได้ช่วยเหลือให้ยังชีพอยู่ได้ไว้ภายใต้บังคับบัญชาของตน และในชั้นเดิม นำเชื่อว่าเจ้าหนี้ได้ถือสิทธิโดยตรงเหนือตัวและกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และเอกสิทธิที่เจ้าหนี้ได้ครอบงำจนถึงปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาก็เป็นเสมือนร่องรอยที่เหลือมาจากสมัยโบราณนั่นเอง

๑๒. เพราะฉะนั้น ความสัมพันธ์ที่เรียกว่า หนี้ จึงมิได้อยู่ที่ความตกลงของเจตนาตั้งได้พิจารณาแล้ว แต่อยู่ที่ความรู้สึกของลูกหนี้ที่รู้สึกว่าการตนตกอยู่ในฐานะต่ำกว่าผู้ที่ตนได้ออ้อนวอนขอความช่วยเหลือมา และการที่เจ้าหนี้ให้เงินหรือสิ่งบริโภคแก่บุคคลหนึ่งซึ่งตกอยู่ในความอึดอัดก็มีได้ถือว่าเป็นสัญญา แต่เป็นการอุปถัมภ์แก่ปวงชนซึ่งแสดงความไม่เสมอภาคในระหว่าง ๒ ฝ่าย โดยการกู้เอง ลูกหนี้อยอมแสดงให้เห็นว่าตนยอมตกอยู่ใต้อำนาจของผู้ซึ่งได้ช่วยเหลือตน ดังนี้ จึงอาจถือได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ไม่เกี่ยวกับการเงินแต่อย่างใด จริงอยู่ลูกหนี้อยอมมีหน้าที่ต้องทดแทนเจ้าหนี้ในฐานะที่ตนได้รับประโยชน์ ฉะนั้น ลูกหนี้อยอมต้องคืนเงินหรือสิ่งบริโภคที่ตนกู้มาในภายหลัง แต่น่าสันนิษฐานได้ว่า ในดั้งเดิมการผิดต่อหน้าที่นั้นไม่เป็นเหตุให้นำมาฟ้องร้องต่อศาลได้ จริงอยู่หน้าที่ของลูกหนี้มีประกันมาแต่สมัยโบราณ แต่เราจะเห็นในภายหลังว่าตามกฎหมายเก่า การประกันมิได้เป็นไปในทำนองรับรองการสามารถชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่เป็นการรับรองมิให้ลูกหนี้หนีหายไปนั้น การประกันในสัญญากู้เช่นเดียวกับในสัญญาขายคน มิได้รับรองการชำระหนี้จริงจึง ผู้ค้ำประกันมีหน้าที่แต่ต้องคอยระมัดระวังมิให้ผู้เป็นลูกหนี้หนีหาย และให้คงอยู่ในอำนาจของเจ้าหนี้เรื่อย ๆ ไป เป็นแต่ต่อมาอีกนานความผูกพันของลูกหนี้จึงกำหนดชัดแจ้งขึ้น และมีขอบเขตตั้งอยู่ที่การชดใช้หนี้สิน แต่อย่างไรก็ดี ลักษณะเดิมของความผูกพันยังมีได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างเด็ดขาด ดังที่ได้แสดงให้เห็นมาแล้วข้างต้น ความวิวัฒนาการแปรของความเห็นในเรื่องหนี้ตั้งกล่าวมานี้ได้สิ้นสุดลงภายในสมัยกรุงศรีอยุธยา ความเข้าใจอย่างใหม่นี้จะได้เกิดขึ้นเนื่องจากการนิยมใช้ทรัพย์สินสัญญา ซึ่งเป็นสัญญาที่ปรากฏแต่เนิ่นนานมาแล้วเหมือนกัน ทรัพย์สินสัญญานั้นเกิดจากแนว

ความคิดต่างกับสัญญาคู่ แต่ผลของสัญญานี้ได้นำมาใช้ในเรื่องสัญญาคู่บ้างในเวลาต่อมา
ภายหลัง เราจึงควรพิจารณาทรัพย์สินสัญญาต่อไป

๑๓. นอกจากสัญญาคู่ และสัญญาทาษ บทกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาถึงรับรู้
สัญญาต่าง ๆ อีก เช่น สัญญายืม ซื้อมาย เข้าหุ้นส่วน ผาก เข้าทรัพย์สิน จ้างแรงงาน แลก
เปลี่ยน ให้ จำนำ ฯลฯ สัญญาเหล่านี้มีลักษณะอันเป็นสามัญอยู่อันหนึ่ง คือจะสมบูรณ์
ก็ต่อเมื่อ ผู้เป็นฝ่าย ๆ หนึ่ง ได้มอบสิ่งของให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากขาดการส่งมอบนี้ไซ้
อีกฝ่ายหนึ่งย่อมไม่ผูกพันแต่อย่างใด นี่เป็นข้อประจักษ์ชัดแจ้งสำหรับสัญญายืม ผาก เข้า
จำนำ เป็นที่เห็นได้ว่า ผู้ยืม ผู้รับผาก ผู้เช่า ผู้รับจำนำ ย่อมจะไม่ต้องมีหน้าที่แต่อย่างใด
ตราบเท่าที่ผู้เป็นเจ้าของสิ่งของที่ยืม ผาก เข้า หรือจำนำยังมีได้ส่งมอบให้ แต่คงเป็นเช่น
เดียวกันสำหรับทรัพย์สินสัญญาอื่น เช่นจะให้เห็นต่อไปว่า การซื้อขายในสมัยกรุงศรีอยุธยา
ย่อมจะไม่สมบูรณ์จนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตนเสร็จแล้ว คือผู้ขายได้
ส่งมอบสิ่งของ หรือผู้ซื้อได้ชำระราคา หากทั้ง ๒ ฝ่ายเพียงแต่ตกลงซื้อขายกัน แต่ต่าง
ฝ่ายยังมีได้ปฏิบัติหน้าที่ตกลง ข้อตกลงนั้นก็เป็นอันไร้ผล ดังนั้นอาจถือได้ว่า ในบรรดา
ทรัพย์สินสัญญาเหล่านี้ ไม่มีสัญญาใดที่เกิดขึ้นจากความตกลงของเจตนา แต่เกิดจากการส่ง
มอบสิ่งของจากฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง การผูกพันที่เกิดจากทรัพย์สินสัญญานี้ ค่อนข้าง
เข้าใจง่าย เพราะมีปรากฏอรรถาธิบายอยู่ในบทกฎหมายบ่อย ๆ บุคคลผู้ใดได้รับสิ่งของ
จากผู้อื่นย่อมไม่มีสิทธิอย่างใดในสิ่งของนั้น ฉะนั้นหากผู้ได้รับซัดขึ้นไม่ยอมส่งคืน ย่อม
จะถือว่าเป็นผู้ละเมิดฐานลักทรัพย์หรือประบัตสิน และย่อมจะถูกปรับใหม่ตามทับัญญัติ
ไว้สำหรับความผิดฐานนั้น ๆ หากบุคคลนี้ตกอยู่ในข้อผูกพันที่จะต้องส่งมอบสิ่งของเพื่อ
เป็นการตอบแทนกับสิ่งที่ตนได้รับ ดังเช่นในสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแลกเปลี่ยน บุคคล
นี้ย่อมจะไม่มีสิทธิในทรัพย์สินที่ตนได้รับไว้แล้ว จนกว่าตนจะได้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตนแล้ว
หากตนปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อผูกพัน ก็ย่อมได้ชื่อว่าประบัตสินท่านเหมือนกัน เมื่อตน
เก็บเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยมิชอบ ตนก็จะได้รับโทษแห่งการละเมิดนี้ คือ ตามหลักทั่วไป
จะต้องถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณของราคาทรัพย์สินที่ตนหวังจะเก็บเอาไว้โดยมิชอบนั้น

เพราะฉะนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นฝ่ายในทรัพย์สินสัญญาเหล่านี้ จึงผิดกัน
อย่างชัดแจ้งกับความสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาคู่หรือสัญญาขายคน ในทรัพย์สินสัญญา เมื่อ
ทำสัญญากันเสร็จแล้วผู้เป็นฝ่ายทั้งสองยังคงอยู่ในระดับเท่ากันในสถานะทางชุมชน ผู้มี
สิทธิเรียกเอาทรัพย์สินไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้ และไม่มีสิทธิเหนือเนื้อตัวของลูกหนี้แต่อย่างใด
ข้อผูกพันของผู้มีหน้าที่ไม่รวมถึงร่างกายของผู้หนี้ คือมิได้มีอยู่เหนือตัวบุคคลและกอง

ทรัพย์สินทั้งหมด ดังนั้นจึงไม่เรียกข้อผูกพันนี้ว่า หนี้ ข้อผูกพันมีอยู่เฉพาะในสิ่งของอันจำกัดซึ่งตนได้รับมาจากผู้อื่น และตนสัญญาว่าจะส่งคืน เพราะมิใช่เป็นของ ๆ ตน หรือตนสัญญาว่าจะส่งมอบทรัพย์สินอื่นให้เป็นการตอบแทน หากไม่ส่งตนจะได้รับชื่อว่า ยึดถือเอาทรัพย์สินท่านไว้โดยไม่มีสิทธิ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นฝ่ายในสัญญากู้หรือสัญญาขายคน เป็นความผูกพันเหนือตัวบุคคล แต่ความสัมพันธ์ซึ่งเกิดจากทรัพย์สินมีลักษณะเหนือทรัพย์สิน จึงเรียกชื่อว่า ทรัพย์สินสัญญา ข้อโต้แย้งซึ่งเกิดจากสัญญาชนิดนี้ พิสูจน์ไปในทางปัญหากรรมสิทธิ์ เช่น ทรัพย์สินที่ฝ่ายหนึ่งยึดถือไว้เป็นกรรมสิทธิ์ของฝ่ายซึ่งเรียกร้องให้ส่งคืน หรือเรียกให้ปฏิบัติหน้าที่ตอบแทนจริงหรือไม่ หากเป็นจริง ความผูกพันก็คงมีอยู่ หากไม่เป็นความจริงก็เป็นอันตกไป ดังนั้นอาจเข้าใจได้ดีถึงเหตุที่บทกฎหมายเก่าแบ่งสัญญาออกเป็น ๒ ชนิด และเราเข้าใจดีว่า ภายหลังการวิวัฒน์ผันแปรของกฎหมาย คำว่า หนี้ ได้ใช้คู่ซึ่งเป็นสัญญาที่ให้กำเนิดความผูกพันอันเรียกว่า หนี้หนี้ ในต่อมาได้ถือกันว่าเป็นแบบฉบับแห่งสัญญาทั้งหมด

๑๔. ความแตกต่างในลักษณะระหว่างสัญญากู้สัญญาขายคนฝ่ายหนึ่ง กับทรัพย์สินสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้มีแต่เพียงประการเดียว ยังมีความแตกต่างประการอื่น ๆ อีก ซึ่งล้วนเนื่องมาจากความแตกต่างอันเป็นมูลแห่งสัญญานั้นเอง

๑. ทรัพย์สินสัญญาผิดกับสัญญากู้และสัญญาขายคนในข้อที่ว่า ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ ทรัพย์สินสัญญาเกิดขึ้นจากการส่งมอบทรัพย์สินสิ่งหนึ่ง ซึ่งถือเป็นประจักษ์เหตุ มิใช่เป็นการเปลี่ยนสถานะทางชุมชนของผู้เป็นฝ่าย ซึ่งตกอยู่ในบังคับที่จะต้องทำตามแบบพิธีในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา สารกรมธรรม์เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญากู้และสัญญาขายคน และบางทีจะได้ใช้แทนพิธีซึ่งแต่เดิมจำเป็นต้องกระทำในเมื่อมีการกู้และมีการเอาตัวลงเป็นทาส เพื่อแสดงฐานะการเข้าอยู่ภายในบังคับของบุคคลหนึ่งให้บุคคลที่สามและทางการทราบก็เป็นได้

๑๕. ๒. ข้อผูกพันของลูกหนี้ ตามสัญญากู้หรือสัญญาขายคนมีระยะเวลายาวและอาจคงอยู่ได้เป็นเวลานาน ตรงกันข้าม ความผูกพันที่เกิดจากทรัพย์สินสัญญาสุดสิ้นลงโดยเร็ว ที่เป็นดังนี้ สำหรับสัญญาบางประเภทก็โดยวัตถุแห่งสัญญานั้นเองเป็นมูล เช่น สัญญาอืม ผาก ซ้อขาย แลกเปลี่ยน เข้าสังหาริมทรัพย์ และเข้าหุ้นส่วน ในสมัยกรุงศรีอยุธยา สัญญาเหล่านี้โดยปกติสิ้นสุดลงภายในระยะเวลาอันเล็กน้อย การเข้าสังหาริมทรัพย์ โดยมากเกี่ยวกับสัตว์พาหนะ เกวียน เรือ เพื่อใช้ในกิจการอันจำกัด มีการทำนา

การขนส่งเป็นต้น ต้องส่งคืนต่อเจ้าของโดยพลันหลังจากเสร็จการแล้ว เช่นเดียวกันบุคคลต่าง ๆ พวกกันเข้าหุ้นส่วนก็เพื่อประกอบการสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันจำกัด เช่น ส่งสินค้าร่วมกันไปตามทางบกหรือทางน้ำ การซื้อขายและแลกเปลี่ยนโดยมากก็กระทำกันด้วยเงินสด จึงไม่มีความผูกพันอะไรอีกที่จะเหลืออยู่ระหว่างผู้เป็นฝ่าย หากผู้ขายขายเงินซื้อก็เพียงชั่วระยะเวลาสั้น อีกประการหนึ่ง ในกรณีที่อาจจะก่อให้เกิดความผูกพันนานเวลาได้ ผู้บัญญัติกฎหมายก็จะสอดเข้าเกี่ยวข้องเพื่อตัดให้สิ้นสุดลง เช่น ในเรื่องขายฝาก จำนำ และเช่าที่ดิน หากผู้ขายฝากไม่ถ้ายคืนทรัพย์สินที่ขายฝากไป ภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกัน กรรมสิทธิ์ย่อมตกอยู่กับผู้ซื้อฝากโดยเด็ดขาด (เบ็ดเสร็จ ๘๕) ฉะนั้นเมื่อสิ้นกำหนดเวลาแล้ว ความผูกพันทางสัญญาจะระหว่างผู้เป็นฝ่ายย่อมเป็นอันหมดไป ผู้ซื้อไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาจำนวนเงินที่ตนได้จ่ายไปคืน และผู้ขายก็ไม่มีสิทธิเรียกเอากรรมสิทธิ์ในสิ่งที่ตนขายไปได้อีก การจำนำก็เป็นเช่นนี้เหมือนกัน ทรัพย์สินที่จำนำตกเป็นของเจ้าหนี้ภายหลังระยะเวลา ๓ ปี (เบ็ดเสร็จ ๘๕) การเช่าที่ดินก็เช่นเดียวกัน ผู้เช่ามีสิทธิที่จะอยู่ในที่ ๆ เช่าได้ตลอดไป หากผู้เป็นเจ้าของมิได้เรียกร้องเอาเช่าภายในระยะเวลา ๓ ปี (เบ็ดเสร็จ ๘๘) ดังนี้ นอกจากสัญญาผู้และสัญญาขายคน สัญญาอื่น ๆ มีความผูกพันกันแต่ภายในระยะเวลาสั้นทั้งนั้น มีแต่ความสัมพันธ์ที่เรียกว่าหนี้ หรือการตกอยู่ในฐานะทาสเท่านั้นที่มั่นคงและอาจที่จะยึดถือได้ตลอดไปจริงจัง ที่เป็นดังนั้นก็โดยความแตกต่างในลักษณะของสัญญาทั้ง ๒ ชนิดอีก กล่าวคือ ความไม่เสมอภาคในทางชุมชนซึ่งเกิดจากสัญญาผู้และสัญญาขายคนย่อมเป็นการที่จะยึดเวลาออกไปได้ แต่ฐานะซึ่งเกิดจากการยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นย่อมไม่คงอยู่ได้เป็นเวลานานเพราะลักษณะแห่งทรัพย์สินเหล่านั้นเอง คือเพื่อมิให้เป็นการยุ่งยากซับซ้อน จำเป็นต้องให้ทรัพย์สินส่งคืนไปยังเจ้าของภายในระยะเวลาอันสั้น หรือมิฉะนั้นก็ต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ยึดถือไว้เลย

๑๖. ๓. สัญญาทั้ง ๒ ชนิด แต่เดิมน่าจะได้ผิดกันโดยวิธีดำเนินการบังคับอีกประการหนึ่ง ในทรัพย์สินสัญญา เช่น สัญญาซื้อ ซื้อขาย ฝาก เช่า แลกเปลี่ยน ฯลฯ ผู้มีผู้ขาย ผู้ซื้อ ผู้รับฝาก ผู้เช่า ฯลฯ ซึ่งปฏิเสธสัญญา และไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สิน หรือ ไม่ยอมปฏิบัติตามการตามคำรับรองโดยยึดถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ ย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้ละเมิดฐานลักทรัพย์ หรือประบัตินิน เมื่ออยู่ในลักษณะละเมิด เห็นได้ทันทีว่า ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าสินไหมตามกฎหมายจากฝ่ายที่ละเมิดนั้น ตรงกันข้าม เมื่อเป็นสัญญาผู้ หรือ สัญญาขายคน โดยเหตุที่ลูกหนี้ หรือทาสตกอยู่ภายใต้อำนาจเจ้าหนี้หรือนายอยู่แล้ว วิธีดำเนินการบังคับตามสัญญา แต่เดิมน่าจะต้องผิดกัน เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถจะตอบแทน

บุญคุณผู้ที่ช่วยเหลือตน ก็ต้องตกอยู่ในฐานะเป็นทาสของเจ้าหนี้ และชดใช้สิ่งที่ตนไม่สามารถให้คืนได้ด้วยการงานของตน ในบทกฎหมายปลายสมัยกรุงศรีอยุธยายังมีหลักฐานที่ชัดเจนพอใช้เหลืออยู่ ที่แสดงให้เห็นว่าวิธีดำเนินการบังคับลูกหนี้ผิดแผกไปสุดแก่ประเภทของสัญญาที่ได้ทำขึ้น ได้กล่าวมาแล้วถึงการที่กฎหมายยกเว้นไม่เอาโทษแก่เจ้าหนี้ที่เข้ารับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ ข้อยกเว้นไม่ลงโทษนี้บัญญัติเฉพาะผู้เป็นเจ้าของกรรมกรรม ส่วนเจ้าหนี้ประเภทอื่นย่อมมีผิด จะได้อ่างถึงความแตกต่างอื่น ๆ ในบทต่อไป แต่ในที่นี้ควรแสดงให้ทราบว่ามีกฎหมาย ๒ มาตราที่ต่างกัน เพื่อใช้ในการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา สุดแต่จะเป็นการชดใช้ค่าสินไหมหรือการบังคับสัญญาคู่และเรียกค่าตัวของผู้เป็นทาส วิธีการบังคับทั้ง ๒ บทนี้ดูก็คล้าย ๆ กัน แต่ในตอนสุดท้ายปรากฏว่ามีความแตกต่างกัน คือ พระอัยการลักษณะกัณฑ์บทที่ ๕๐ บัญญัติว่า ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ต้องถูกขายลงเป็นทาส แต่พระอัยการลักษณะตระลาการบทที่ ๔๘ บัญญัติว่า บุคคลใดไม่สามารถเสียค่าสินไหมได้ต้องเขียนแทนการชำระหนี้ ในอัตราโทษ ๓ ถึง ๕ ที่ต่อ ๑๐๐,๐๐๐ เบี้ยที่ค้างชำระ ผู้ยืม ผู้รับฝาก ผู้ขาย ฯลฯ ซึ่งปฏิเสธไม่ยอมส่งคืนทรัพย์สินสิ่งของที่ได้รับมาหรือที่ได้ให้สัญญาไว้ ก็ได้ชื่อว่าเป็นผู้ละเมิด จึงคงถูกลงโทษเป็นพินัยสินไหม ไม่เหมือนลูกหนี้หรือทาสขายฝาก แต่ในข้อนี้ ความแตกต่างได้คลายลงมากในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยเหตุที่สัญญา ๒ ประเภทซึ่งแตกต่างกันแต่เดิมนี้ ได้ใกล้ชิดกันทุกที

๑๗. สรุปรวมความว่า สัญญาทั้งสิน แม้ในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา เกิดขึ้นจากสิ่งอื่น มิใช่ความตกลงของเจตนา ในตอนต้นมูลเหตุแห่งความผูกพันตามสัญญาเปลี่ยนไป สุดแต่ประเภทของสัญญานั้น ต้องแยกเอาสัญญาคู่และสัญญาทาสไว้ฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมักจะมีการค้าประกันรวมอยู่ด้วยเสมอไป และทรัพย์สินสัญญา เช่น สัญญายืม ชื่อ ขายเช่า ฝาก ฯลฯ อีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาคู่และสัญญาทาส รวมทั้งสัญญาค้าประกัน เกิดจากการที่ลูกหนี้ตกอยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของเจ้าหนี้ เป็นสัญญาประเภทเดียวที่สร้างความสัมพันธ์ในตัวบุคคลและที่ถาวร จึงถือว่าเป็นสัญญาที่แท้จริง ข้อผูกพันที่เกิดจากสัญญาคู่นี้เรียกว่าหนี้ ซึ่งเป็นสถานะที่ใกล้ชิดกับสถานะของทาส และโดยปกติ มักจะนำมาซึ่งฐานะทาสเสมอ ตรงกันข้ามทรัพย์สินสัญญาก่อตั้งขึ้นจากการที่ฝ่ายหนึ่งยึดถือทรัพย์สินหนึ่งซึ่งเป็นของอีกฝ่ายหนึ่ง ความผูกพันซึ่งเกิดจากสัญญาประเภทนี้ จึงมีลักษณะติดอยู่กับทรัพย์สินและใช้ได้ชั่วระยะเวลาสั้น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายหนึ่ง ไม่ให้สิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่งเหนือทรัพย์สินสมบัติ หรือเหนือตัวของฝ่ายผิดสัญญา แต่ให้สิทธิเพียงเรียกคืนทรัพย์สินที่ตนส่งมอบ

มา เมื่อฝ่ายนั้นไม่ส่งคืน ก็ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ละเมิดทันที สัญญาทั้ง ๒ ประเภทนี้จึงมีความตรงกันข้ามด้วยประการทั้งปวง

แต่ที่ว่าภายหลังต่อมา ความตรงกันข้ามนี้ค่อยคลายลงที่ละน้อย ประการหนึ่ง การกู้ได้เลิกถือกันว่า เป็นการที่ให้การปกปักรักษา และถือเอาการที่เจ้าหนี้ส่งมอบเงินจำนวนหนึ่ง หรือสิ่งบริโศคปริมาณหนึ่งเป็นความสำคัญขึ้นทุกที่ การกู้จึงกลายเป็นสภาพมาเป็นการกู้ยืมซึ่งเป็นทรัพย์สินสัญญา ดังสัญญายืมแต่เดิม ลูกหนี้ก็มีหน้าที่แต่เพียงชดใช้จำนวนเงินที่กู้ยืมมาเช่นเดียวกับผู้ยืม ผู้รับฝาก ฯลฯ มีหน้าที่ส่งคืนสิ่งที่ตนยืม รับฝาก ฯลฯ ฐานะของการที่ลูกหนี้ตกอยู่ใต้อำนาจของเจ้าหนี้ คงปรากฏแต่เพียงร่องรอย และในถ้อยคำที่ยังใช้เรียกกันมาถึงปัจจุบันนี้ ดังกล่าวมาแล้ว สถานะของลูกหนี้ดีขึ้น แต่มิได้ตัดจากการติดต่อกับสถานะคล้ายทาสแต่โบราณโดยสิ้นเชิง อนึ่งบรรดาข้อบังคับซึ่งแต่เดิมใช้แก่ทรัพย์สินสัญญาโดยฉะเพาะ เช่น การเพิ่มหนี้เป็นทวีคูณ เมื่อมีการปฏิเสธสัญญา อาจนำใช้ได้แก่สัญญาทุก และข้อบังคับในสัญญาทุกก็เปลี่ยนแปลงข้อบังคับของทรัพย์สินสัญญาบ้างบางประการ สังเกตได้เช่นผู้ฝาก ผู้ให้ยืม ผู้ขาย ฯลฯ มีสิทธิเหนือตัวและทรัพย์สินสมบัติของอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อบังคับให้ชำระหนี้ แทนที่จะมีอำนาจฉะเพาะในฐานะเป็นผู้ถูกละเมิด ซึ่งหากผู้ละเมิดไม่สามารถชำระค่าสินไหมก็ตกถูกลงโทษเสมือนเท่านั้น จึงได้โน้มน้าอมไปในทางที่จะรวมกัน และตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเดียวกัน แต่การวิวัฒน์ผันแปรนี้แม้จะได้เริ่มแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ก็ได้มาบรรลุผลลงแต่ในสมัยอันไม่ห่างไกลจากสมัยปัจจุบัน

๑๘. ด้วยเหตุนี้ ในคำสอนนี้จะได้ยึดถือการแบ่งแยกแต่เดิมไว้โดยศึกษาสัญญาที่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ (สัญญาลายลักษณ์อักษร) ในบทหนึ่ง และสัญญาที่เกิดขึ้นโดยการส่งมอบทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินสัญญาอีกบทหนึ่ง ใน ๒ บทนี้ จะศึกษาสัญญาทุกชนิดซึ่งบัญญัติอยู่ในบทกฎหมายเก่า ในเมื่อเกี่ยวกับสัญญาชนิดหนึ่งๆ จะชี้ให้เห็นโดยสังเขปถึงการแก้ไขบทบัญญัติเก่า ตั้งแต่รัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ จนถึงการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบทที่ ๓ จะพิจารณาถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญา ทั้งสัญญาลายลักษณ์อักษรและทรัพย์สินสัญญาและเช่นเดียวกับบทต้น จะชี้ให้เห็นการแก้ไขกฎหมายเดิมสืบมาจนถึงสมัยปัจจุบันนี้ ในที่สุดหากยังเหลือเวลาเพียงพอจะมีบทอภิปรายเพื่อศึกษาการกำเนิดของกฎหมายสัญญาปัจจุบัน คือการประดิษฐ์หลักกฎหมายสัญญาและการก่อกำเนิดสัญญาใหม่ ซึ่งทั้งสองประการนี้เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อสนองความต้องการของการปฏิบัติในสมัยปัจจุบัน

บทที่ ๒

เอกเทศสัญญาต่าง ๆ

สัญญาลาชลัษณ์อักษร

๑๙. พระอัยยการลักษณะกัณฑ์บทที่ ๔๖ ระบุสัญญาไว้ ๓ ชนิด ซึ่งจะเป็นผลก็ต่อเมื่อได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่สัญญากู้ สัญญาขายคนลงเป็นทาส และสัญญาค้าประกัน และที่จริงสัญญาทั้ง ๓ นี้ก็เป็นสัญญาลาชลัษณ์อักษรอันสำคัญ แต่ตามบทกฎหมายเก่ายังมีสัญญาอีก ๔ ชนิดที่อยู่ในประเภทนี้ คือ สัญญาบนบาล สัญญาฝากสินค้าให้ขาย สัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์ และสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

๑. สัญญากู้

๒๐. เราได้เห็นมาแล้วว่าแต่เดิมการกู้มิใช่เป็นสัญญากู้ยืมอันแท้จริง ลูกหนี้ซึ่งได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ให้พ้นจากความหายนะ ได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ และกลายเป็นคนของเจ้าหนี้ ในฐานะนี้ย่อมถือเสมือนลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาสุดแต่เจ้าหนี้จะเรียกใช้ในเวลาต้องการ ความผูกพันของลูกหนี้ประกอบขึ้นด้วยการรับใช้ด้วยร่างกายของลูกหนี้เอง และบางทีแต่เดิมเจ้าหนี้ไม่มีทางที่จะบังคับลูกหนี้ นอกเหนือไปจากนี้ด้วยซ้ำ

แต่เมื่อเวลาล่วงมา การใช้ทรัพย์สินสัญญาได้เจริญยิ่งขึ้น เช่น สัญญายืม สัญญาฝาก และเป็นที่ยอมรับกันไม่ช้าว่ามีความคล้ายกันอยู่ในสัญญากู้กับสัญญาเหล่านี้ ผู้กู้เช่นเดียวกับผู้ยืม หรือผู้รับฝากได้รับสิ่งของจากผู้ให้กู้ คือเงินจำนวนหนึ่งหรือสิ่งบริโภคริมาณหนึ่ง ถ้าไม่พึงเล็งถึงพฤติการณ์ที่ได้ทำให้ผู้กู้ขอความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้แล้ว ฐานะของผู้กู้ย่อมใกล้เคียงกับฐานะของผู้ยืมหรือผู้ฝากเป็นอย่างมาก เพราะเช่นเดียวกับบุคคลที่กล่าวทั้งสองนี้ ผู้กู้ได้ยึดถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ และโดยเหตุนี้ตนควรจะปลดหนี้โดยส่งคืนทรัพย์สินที่ตนยึดถือไว้นั้นได้ คือใช้จำนวนเงินหรือสิ่งบริโภคริมาณที่ตนกู้มา ฝ่ายผู้ให้กู้ก็ย่อมที่จะเรียกร้องให้ผู้กู้คืนสิ่งของที่ตนมอบให้ไปคือให้คืนเงินของตนมา ความคิดเหล่านี้เห็นได้ง่าย จึงเป็นที่ยอมรับกันไม่ช้า โดยเหตุนี้ การกู้จึงสูญไปซึ่งลักษณะเดิมและรับเอาลักษณะของทรัพย์สินสัญญาเข้าไว้ และลักษณะนี้เองที่บทบัญญัติเก่าถือเอาเป็นลักษณะสำคัญในสัญญา

๒๑. ข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาผู้ปรากฏอยู่ในบทพระอัยการลักษณะกู้หนี้ บทกฎหมายนี้ปรากฏค่าปรารภในปีชวด ๑๒๗๘ แต่ฐานะของการค้นคว้าปัจจุบันยังไม่อาจทราบว่ามีปีที่ปรากฏนั้นหมายถึงศักราชอะไร นอกจากนั้นถึงแม้ว่าเราตั้งข้อสันนิษฐานให้เป็นที่พอใจในเรื่องศักราชนี้ได้ เราก็ไม่ทราบอะไรมากไปกว่าเดิม เพราะข้อความในค่าปรารภเกี่ยวโดยจะเพาะแต่ ๘ มาตราแรกของกฎหมายลักษณะนี้ ซึ่งวางข้อบังคับสำหรับสัญญาผู้ซึ่งทำขึ้นระหว่างสมาชิกของครอบครัวหรือมิตรสหาย ส่วนมาตราอื่น ๆ มิได้มีวันเดือนปีติดอยู่ ฉะนั้นคงไม่รู้เหมือนเดิมว่ามาตราเหล่านี้ได้ตราขึ้นในสมัยไหน มีข้อที่พึงสังเกตได้ข้อหนึ่ง คือกฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ได้เรียงขึ้นเป็นอย่างดี จึงนำสันนิษฐานได้ว่า กฎหมายลักษณะกู้หนี้ได้มีการชำระสะสางมากกว่ากฎหมายอื่น ๆ และได้รวมเอาบทบัญญัติแห่งสมัยต่าง ๆ กันเข้าไว้ เพื่อความรอบคอบ ควรถือเอาเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นครั้งปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในกฎหมายเก่า สัญญาผู้เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งมอบเงินจำนวนหนึ่ง หรือสิ่งสมทรวินัย เช่น ข้าวหรือเหล้าปริมาณหนึ่งให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง และบุคคลหลังนี้ผูกพันที่จะต้องชดใช้จำนวนเงินหรือสิ่งสมทรวินัยปริมาณเดียวกัน ในเมื่อถูกเรียกร้องหรือภายในระยะเวลาหนึ่ง และในระหว่างเวลาที่ยังมิได้ชดใช้ ผู้นี้จะต้องเสียดอกเบี้ยอีกด้วย

จะได้ศึกษาโดยลำดับถึงข้อบังคับที่เกี่ยวกับ

๑. แบบของสัญญาผู้

๒. กรณีที่สัญญาประกอบขึ้นด้วยลูกหนี้หลายคน

๓. ดอกเบี้ย

๔. การโอนหนี้

๑. แบบของสัญญาผู้

ตามพระอัยการลักษณะกู้หนี้ บทที่ ๘ สัญญาผู้ใด ๆ ที่กระทำให้ขึ้นสำหรับจำนวนเงินตั้งแต่ต่ำถึงหนึ่งขึ้นไป จะต้องมีการมธรรมแก่ใจ*เป็นสำคัญ ถ้ามิได้ทำขึ้นเป็นกรรมธรรม ผู้ให้กู้จะนำมาฟ้องร้องมิได้ การทำเป็นหนังสือจึงเป็นสิ่งบังคับ มิใช่ในฐานะเป็นเครื่องพิสูจน์ แต่เป็นองค์สำคัญที่ก่อให้เกิดหนี้ทีเดียว

* แกงใจ (น.) รอยกาบาทหรือขีดเขียนซึ่งบุคคลไม่รู้หนังสือขีดเขียนลงไว้เป็นสำคัญ (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, ๒๕๑๓-ปก. ๒๕๒๔)

กรรมธรรม์คืออะไร นอกจากในสัญญาภู่ คำนี้ใช้เรียกหนังสือมุ่งจะให้สัญญาขายคนลงเป็นทาส และสัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์มีผลบังคับได้อีกด้วย สำหรับสัญญาอื่นๆ ใช้คำว่า “หนังสือ” เฉยๆ เท่านั้น แม้จะเป็นสัญญาที่ว่า การทำเป็นหนังสือนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้น เช่น สัญญาค้ำประกันเป็นต้นก็ตาม ฉะนั้นจึงน่าเชื่ออย่างยิ่งว่า แต่เดิมกรรมธรรม์หมายถึงหนังสือซึ่งตกอยู่ในแบบพิเศษ มิใช่หนังสือธรรมดา หากเป็นความจริงว่า แต่เดิมการกัมีผลเป็นการลดฐานะลูกหนี้ และทำให้ลูกหนี้ตกอยู่ใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น จะช่วยให้เข้าใจได้ดีถึงเหตุที่ทางการฝ่ายปกครองจำเป็นต้องควบคุมพฤติการณ์เหล่านี้ เพราะอาจจะเือ่นถึงอำนาจของประมุขที่มีอยู่เหนือคนของตน จึงสันนิษฐานได้ว่าแต่เดิมสัญญาที่ต้องกระทำต่อหน้าตระลาการ หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ควบคุมดูแลการสังกัดไพร่เลขในทบวง การต่างๆ ตระลาการหรือเจ้าหน้าที่ต้องพิสูจน์ความแท้จริงของสัญญา และความจำเป็นซึ่งลูกหนี้ต้องขอร้องต่อผู้มีอำนาจเพื่อช่วยให้ตนยังมีชีวิตอยู่ต่อไป ที่มาของคำว่า สารกรรมธรรม์ หรือกรรมทันทตามที่เขียนในฉะบับหลวงมาสนับสนุนข้อสันนิษฐานนี้ อย่างไรก็ตาม เราทราบจากหนังสือของลาลูแบร์^(๑) ว่าในสมัยแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ สัญญาภู่เป็นแต่เพียงหนังสือเอกชน แต่มีข้อบังคับให้ผู้เขียนต้องเป็นบุคคลภายนอก ข้อบังคับข้อนี้ลาลูแบร์กล่าวว่าเป็นข้อสำคัญ แม้ต่อมาจะได้สูญหายไปก็อาจเป็นร่องรอยชิ้นสุดท้ายของการเข้าแทรกแซงของฝ่ายปกครองในสมัยสมเด็จพระนารายณ์นั้น เราอาจเข้าใจได้ง่ายถึงเหตุที่กรรมธรรม์ได้กลายมาเป็นหนังสือเอกชนในเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กู้กับผู้กู้ได้เข้ามาใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ของผู้เป็นฝ่ายในทรัพย์สินสัญญา เมื่อสัญญาภู่มิได้มีผลสำคัญอยู่ที่การนำเอาตัวลูกหนี้เข้าอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้เสียแล้ว การควบคุมของฝ่ายปกครองย่อมไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี ตลอดมาจนถึงสมัยเมื่อเร็วๆ นี้ ยังคงเรียกหนังสือซึ่งแสดงการกัว่ากรรมธรรม์อยู่ต่อมา

กรรมธรรม์ต้องมีลายเซ็นหรือแง่ไตของลูกหนี้ ลายเซ็นนี้ลาลูแบร์กล่าวไว้ว่าโดยมากประกอบขึ้นเพียงรอยกาทะบาดเท่านั้น

แบบของกรรมธรรม์กัดูเหมือนจะมีได้เปลี่ยนแปลงไปมากนับแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยปัจจุบัน เป็นแต่ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ได้เปลี่ยนมาใช้รอยพิมพ์นิ้วมือแทนรอยกาทะบาด แต่บัดนี้เพียงแต่รอยพิมพ์นิ้วมือกลับไม่เพียงพอ ต้องมีพะยาน

(๑)

Du Royaume de Siam เล่ม ๑ หน้า ๒๗๔-๒๗๕

รับรอง ๒ คนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๙ ตราบเท่าทุกวันนี้ สัญญากู้ยังคงอยู่ในความจำเป็นที่จะต้องทำเป็นหนังสือ ในการที่ความบทที่ ๙ แห่งกฎหมายลักษณะกู้หนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ที่เรียกว่าการมธรรมกู้ ก็คือเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการกู้หนี้เอง ใจความในคำพิพากษานี้ได้เข้ามาในประมวลกฎหมายแพ่ง ฯ มาตรา ๖๕๓ ความคิดเห็นแต่เดิมที่การมธรรมเป็นหนังสือพิเศษอันใช้เฉพาะสัญญากู้จึงยังมีได้สัญญาไปโดยสิ้นเชิง

๒. ผู้กู้หลายคน

๒๒. กรณีที่สัญญากู้ได้กระทำขึ้นโดยบุคคลหลายคนในขณะเดียวกันนั้น พิจารณาได้จากบทที่ ๒๓ ถึง ๒๘ ในพระอัยยการลักษณะกู้หนี้ ซึ่งประกอบขึ้นเป็นหมวด ๆ หนึ่ง ในกฎหมายนั้น

ปัญหาซึ่งตั้งอยู่ในกรณีนั้นมีว่า ผู้กู้ร่วมเหล่านั้นจะต้องรับผิดชอบหนี้สินทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน

ชั้นแรกควรแยกกรณีซึ่งจำนวนเงินที่ผู้กู้ร่วมแต่ละคนรับไปปรากฏในการมธรรมนั้นเอง แม้จะเป็นการมธรรมจะนับเดียวกันก็ตาม เพราะในกรณีที่จริงเห็นได้ชัดว่า มีการกู้เท่ากับจำนวนผู้กู้ มิใช่เป็นการกู้ครั้งเดียวซึ่งทำขึ้นกับบุคคลหลายคน ฉะนั้น กู้หนี้บทที่ ๒๖ จึงบัญญัติไว้ว่า หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งถึงแก่กรรมลง ลูกหนี้ร่วมอื่นที่ยังคงมีชีวิตอยู่คงรับผิดชอบส่วนของตนดังที่ปรากฏในสัญญา และเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องเอาจำนวนเงินที่ลูกหนี้ผู้ถึงแก่กรรมค้างชำระนอกจากกองมรดกเท่านั้น

ปัญหายุ่งยากแก่การวินิจฉัยยิ่งขึ้น เมื่อเป็นการกู้ซึ่งรวมบุคคลหลายคนเข้าเป็นกลุ่มก้อนจริงจัง คือเมื่อได้มอบเงินจำนวนหนึ่งให้โดยมิได้แบ่งส่วนของแต่ละคนไว้ในการมธรรม

ในกรณีดังนี้ บทที่ ๒๓ บัญญัติให้เจ้าหนี้ส่งมอบจำนวนเงินจะเพาะต่อหน้าบุคคลทุกคน ซึ่งมีชื่ออยู่ในการมธรรม หรือหากบุคคลเหล่านั้นมิได้ปรากฏหน้าในขณะที่ส่งมอบจำนวนเงิน ก็ให้เจ้าหนี้แจ้งการส่งมอบแก่ผู้ที่มีได้มาในขณะนั้น ถ้าเจ้าหนี้ละเลยมิได้ปฏิบัติตามนี้ตนก็ไม่มีสิทธิเรียกเงินคืน นอกจากพวกลูกหนี้ร่วมซึ่งมาปรากฏตัวในขณะที่ส่งมอบเงินหรือที่ได้รับคำบอกกล่าว

๒๓. แต่จะวินิจฉัยอย่างไร ในเมื่อการกู้ได้กระทำขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในบทที่ ๒๓ นี้ ถ้าลูกหนี้ร่วมทุกคนปรากฏตัวในขณะที่เจ้าหนี้บังคับใช้คืนเงินก็ไม่มีปัญหาเช่นเดียวกัน เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้เพื่อรับชำระหนี้เต็มจำนวน แต่จะวินิจฉัยอย่างไรเมื่อลูกหนี้บางคนเท่านั้นปรากฏตัวอยู่ คนอื่นๆ ได้หลบหนีไปหรือถึงแก่กรรมเสียแล้ว ปัญหาที่แก้ได้โดยบทที่ ๒๕ และ ๒๗ ซึ่งเมื่อพิจารณาเหตุแต่ผืนๆ ดูเหมือนบัญญัติไว้ตรงกันข้าม บทที่ ๒๕ บังคับให้ลูกหนี้ร่วมที่ยังคงปรากฏอยู่ มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบทั้งหมด ส่วนบทที่ ๒๗ ตรงกันข้าม ลูกหนี้เหล่านี้ไม่ต้องใช้หนี้ในส่วนของผู้หนีหรือผู้ตาย แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้โดยละเอียดแล้วเห็นว่า ความจริงข้อความใน ๒ บทนี้มุ่งถึงกรณีที่แตกต่างกัน

บทที่ ๒๗ บัญญัติว่า เมื่อบุคคลหลายคนกู้เงินร่วมกัน หากลูกหนี้บางคนถึงแก่กรรมหรือหลบหนี ลูกหนี้ที่เหลืออยู่มีหน้าที่ต้องใช้ส่วนของตนทั้งต้นเงินและดอกเบี้ย แต่ไม่มีหน้าที่ต้องชำระส่วนลูกหนี้ที่หลบหนีหรือถึงแก่กรรมเสียแล้ว บทบัญญัติข้อนี้ได้ตราขึ้นเพื่อเป็นหลักทั่วไป ฉะนั้นต้องใช้บังคับโดยทั่วไป นอกจากบทที่ ๒๗ หลักนี้ยังเห็นได้ในทางอ้อมอีก ในบทที่ ๒๒ ซึ่งผู้ให้นำเอาชื่อบิดามารดามาใส่ในกรมธรรม์ก็ด้วย เพื่อรับความลดยกแห่งหนี้ของตน

บทที่ ๒๕ มุ่งถึงกรณีพิเศษ ได้แก่การที่เจ้าหนี้ได้ฟ้องร้องลูกหนี้ร่วมแล้ว หากในระหว่างพิจารณา ลูกหนี้บางคนถึงแก่กรรมลง ลูกหนี้ที่ยังมีชีวิตอยู่จะได้รับความกรุณาให้หลุดพ้นในส่วนดอกเบี้ยแต่ต้องใช้ต้นเงินจนครบ ณ ที่นี้ลูกหนี้รับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในการชำระต้นที่กู้มา แต่เป็นผลของการฟ้องร้องเองเมื่อนำคดีมาสู่ศาล เจ้าหนี้ได้ป้องกันสิทธิของตนแล้ว หากลูกหนี้ถึงแก่กรรมลงก่อนมีการฟ้องร้องย่อมต้องตกอยู่ใต้บังคับบทที่ ๒๗ เจ้าหนี้ได้แต่ฟ้องเอาดอกเบี้ยของผู้อยู่เท่านั้น บทที่ ๒๕ จึงควรถือว่าเป็นข้อยกเว้นของบทที่ ๒๗

มีข้อยกเว้นอีกข้อหนึ่ง เนื่องจากบทที่ ๒๗ บทนี้มุ่งถึงกรณีที่ผู้เป็นลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับคำยุ้งให้หลบหนีจากบุคคลที่สามหรือถูกฆ่าตาย ถ้าเจ้าหนี้ติดตามฟ้องร้องผู้ยุ้งหรือผู้ฆ่า และได้รับเบี้ยปรับ ไหมจากผู้ยุ้งหรือผู้ฆ่านั้นแล้ว ผู้เป็นลูกหนี้ร่วมอื่นๆ ต้องชำระหนี้แต่ส่วนของตนเท่านั้นซึ่งตรงกับหลักทั่วไป แต่ถ้าตัวลูกหนี้ร่วมเองเป็นผู้ฟ้องร้องและได้รับเบี้ยปรับ ลูกหนี้เหล่านี้ย่อมมีหน้าที่รับผิดชอบต่อเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ที่หลบหนีหรือถูกฆ่าตายนั้น ข้อยกเว้นนี้เข้าใจได้ง่าย คือ เจ้าหนี้ซึ่งสละเงินเบี้ยปรับอันตั้ง

อยู่แทนตัวลูกหนี้ที่หายหรือลูกหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนอื่น ย่อมเป็นการยุติธรรมที่หนี้
ส่วนของผู้ตายตกอยู่แก่ลูกหนี้ที่ยังคงปรากฏตัวอยู่

ดังนั้นจึงควรถือว่า ตามกฎหมายเก่าเว้นแต่ในกรณีที่เจ้าหนี้ดำเนินคดีฟ้องร้อง และ
ในกรณีพิเศษตามบทที่ ๒๘ ผู้เป็นลูกหนี้ร่วมไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบหนี้แทนลูกหนี้ร่วม
ที่ถึงแก่กรรมลงหรือหลบหนีไป ความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันจึงมีลักษณะดังนี้

๑. ความรับผิดชอบร่วมกันเกิดจากกรณีที่มีได้ระบุส่วนผู้ใดไว้ในหนังสือกรรม-
กรรมกู้และจำนวนเงินที่กู้ก็ส่งมอบให้แก่ลูกหนี้รวมกันไป มิต้องแสดงออกชัดเจนตั้งทุก
วันนี่ว่าเป็นลูกหนี้รวมกัน

๒. ความรับผิดชอบบรรจบไปเมื่อลูกหนี้ร่วมบางคนหลบหนี หรือถึงแก่กรรมกรรม
แต่ยังคงมีอยู่เหนือลูกหนี้ร่วมอื่น ๆ ที่ยังคงปรากฏตัวอยู่สำหรับส่วนที่เหลือของหนี้นั้น

๒๔. ตามที่เราตีความบทที่ ๒๕ และ ๒๗ ดังนี้ ไม่ตรงกับที่ในกรมหลวงราชบุรีฯ
ทรงแสดงไว้ในเชิงอรรถภายใต้บทที่ ๒๗ แสดงในกรมทรงกล่าวว่า บทที่ ๒๕ หมายถึง
สัญญาที่มีดอกเบี้ย และบทที่ ๒๗ หมายถึงสัญญาที่ไม่มีดอกเบี้ย การตีความเช่นนี้
ยากที่จะให้ผลได้ ประการแรกไม่มีเหตุใดที่ความรับผิดชอบของผู้ที่จะเปลี่ยนไป สุดแต่การ
ตกลงว่า จะเรียกร้องเอาดอกเบี้ยหรือไม่ อีกประการหนึ่งถ้อยคำที่ใช้ในบทที่ ๒๗ ก็ใช้
คำว่า กู้ ซึ่งไม่อาจที่จะอธิบายได้เป็นอย่างอื่นนอกจากยืมที่มีดอกเบี้ย และตอนท้ายของ
บทนั้นยังกล่าวถึงดอก ซึ่งผู้เป็นลูกหนี้ร่วมที่ยังอยู่จะต้องใช้พร้อมกับต้นเงิน บทที่ ๒๗
จึงมุ่งถึงการกู้โดยมีดอกเบี้ย เช่นเดียวกับบทที่ ๒๕ แต่การที่แสดงในกรมหลวงราชบุรีฯ
ได้ตีความเช่นนี้ ก็น่าจะเป็นเพื่อนำหลักการรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันที่สมบูรณ์กว่ามาใช้
ในกฎหมายไทย ดังที่ได้เป็นอยู่ในกฎหมายปัจจุบันนี้

นอกจากนั้น ศาลได้ตีความบทที่ ๒๗ ดังที่เราได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ตราบเท่าถึง
สมัยรัชกาลที่ ๕ โดยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่บุคคลหลายคนกู้เงินร่วมกัน นั้นนั้นต้องแบ่ง
ออกระหว่างลูกหนี้ผู้ยังอยู่และผู้ถึงแก่กรรมไปแล้ว แต่ในการพิจารณาคดีระหว่าง
คุณหญิงพลอย ภรรยาพระยาประภากรวงศ์ กับพระบริบูรณ์โภชการ ซึ่งความเห็นของ
ผู้พิพากษาศาลฎีกาแตกแยกกัน ปัญหานี้ได้ขึ้นสู่พระบรมราชวินิจฉัยของพระบาทสมเด็จพระ
พระปรเมนทรมหาจุฬาลงกรณ์ ในพระบรมราชวินิจฉัยลงวันที่ ๓ สิงหาคม ร.ศ. ๑๑๗
(๒๔๔๑) พระองค์ทรงแสดงว่า ตามกฎหมายลักษณะกู้หนี้ เมื่อการกู้ได้ทำขึ้นแก่บุคคล
หลายคนโดยมิได้กำหนดส่วนของผู้ใดไว้ ผู้เป็นลูกหนี้ร่วมแต่ละคนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ

จำนวนหนึ่ง^(๑) แม้พระบรมราชวินิจฉัยนี้จะมีลักษณะเป็นเพียงการตีความก็ตาม ในกาลต่อมาศาลฎีกาได้ถือเสมือนว่าเป็นการยกเลิกบทที่ ๒๗ แห่ง ลักษณะกู่หนี่ และต่อแต่นั้นมาลูกหนี่ร่วมแต่ละคนต้องรับผิดชอบต่อหนี่เต็มจำนวน แม้จะมีผู้หนึ่งผู้ใดในระหว่างพวกลูกหนี่ร่วมด้วยกันถึงแก่กรรมไปแล้วก็^(๒) คำวินิจฉัยอันนี้ ศาลฎีกาได้ถือตามต่อมาภายหลังอีกหลายครั้ง^(๓) และได้กลายเป็นกฎหมายในเวลาปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๕๗

๓. ดอกเบี้ย

๒๕. คำว่า กู้ นี้ ในสมัยกรุงศรีอยุธยาเช่นเดียวกับในสมัยนี้ หมายถึงการยืมโดยมีดอกเบี้ย ในเมื่อคู่สัญญาได้ใช้คำว่า กู้ ย่อมหมายความว่าการยืมนี้ยอมผูกพันไม่แต่ส่งคืนต้นเงินเท่านั้น แต่รวมถึงดอกเบี้ยด้วย แม้ว่าในสัญญาจะไม่กำหนดดอกเบี้ยอย่างชัดก็ตาม

แต่ทว่า คำว่า กู้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วแต่ต้น มีความหมายมาแต่เดิมเป็นอย่างอื่น ในระหว่างหมู่ชนส่วนมากที่พูดภาษาไทยนอกจากไทยสยาม คำว่ายืมโดยมีดอกเบี้ยมักใช้คำอื่นมิได้ใช้คำว่า กู้ อีกประการหนึ่ง ความผูกพันที่จะต้องเสียดอกเบี้ย ไม่เป็นผลที่เกิดจากบรรดาทรัพย์สินโดยตรง ผู้ยืมหรือผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ตนได้ยืมมาหรือรับฝากไว้เท่านั้น การที่มีหน้าที่เช่นนี้ก็เพราะทรัพย์สินนั้นมีได้เป็นของตน ถ้ามิได้มีข้อความกำหนดไว้ในสัญญา เขาย่อมไม่มีหน้าที่ผูกพันยิ่งไปกว่านั้น หากสัญญากู้มิได้มีอะไรผิดไปกว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ไม่อาจเข้าใจได้ว่า ทำไมผู้กู้จึงมีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ยนอกไปจากต้นเงินอีกด้วย แต่ได้พิจารณามาแล้วข้างต้นว่า การกู้แต่เดิมเป็นสิ่งที่มิใช่สัญญา ยืม และได้ชี้ให้เห็นว่า การกู้มีผลเป็นการลดฐานะของลูกหนี่ลงเสมือนหนึ่งเป็นทาส กล่าวคือ ลูกหนี่ต้องรับใช้แรงงานให้แก่เจ้าหนี่ทุกเมื่อในเมื่อบุคคลผู้นี้ปรารถนา ดังนั้นบางทีอาจเป็นไปได้ว่าในกาลต่อมา ลูกหนี่ไม่ได้ไปรับทำการงานให้แก่

(๑) ที่ทราบคดีเรื่องนี้ได้โดยธรรมศาสตร์สมัยเล่ม ๖ หน้า ๑๒๔ อ้างถึง ในคดีระหว่างพระบริบูรณ์โกษาการและอำแดงรั้ว ภรรยาหม้ายของหลวงสาธรรฯ ผู้เป็นหุ้นส่วน และเอาข้อความในพระบรมราชวินิจฉัยนี้มากล่าวโดยย่อ แต่พระบรมราชวินิจฉัยนี้มีได้ประกาศในราชกิจจานุ

(๒) คำพิพากษาที่ ๑๖/๑๒๐ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๑ หน้า ๔๑๓

(๓) ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๖๓/๑๒๓ และ ๔๑๔/๑๒๗ ฎีกาบางเรื่องเล่ม ๓ หน้า ๖๐๐ พร้อมทั้งเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ และเล่ม ๔ หน้า ๑๕๙.

เจ้าหน้าที่เช่นเดิม และกลับชำระเงินจำนวนหนึ่งหรือให้สิ่งบริโคคปริมาณหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่แทนนี้เองคือที่มาแห่งดอกเบี้ย จะเห็นว่าหน้าที่ชำระดอกเบี้ยเป็นอันระงับลง เมื่อลูกหนี้ทำงานให้แก่เจ้าหน้าที่ หรือมอบสิ่งของที่กำลังเกิดผลไว้ให้ เช่น สัตว์พาหนะหรือทาสเป็นประกัน การรับใช้ของลูกหนี้หรือของประกันก็เท่ากับดอกเบี้ยที่ต้องชำระ ฉะนั้น อาจถือได้ว่าการชำระดอกเบี้ยเป็นวิธีการของลูกหนี้ที่จะหลุดพ้นจากการทำงาน ซึ่งเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ตามกฎหมายและประเพณีเดิมได้ ทั้งนี้จึงเป็นเหตุที่การกู้กลายมาเป็นสัญญาซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางการเงิน ทั้งเป็นเหตุที่ความผูกพันที่ต้องชำระดอกเบี้ยคงฝังแน่นอยู่ในสัญญาอีกด้วย

๒๖. ต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึงบทบาทบัญญัติที่เกี่ยวกับดอกเบี้ย อัตราดอกเบี้ยตามประเพณีนิยมในสัญญากู้ คือ ๑ เฟื้อง ต่อ ๑ ตำลึง ใน ๑ เดือน ซึ่งเท่ากับร้อยละ ๓๗.๕๐ (กู่หนี่ ๙) อัตรานี้เป็นอัตราที่ใช้บังคับกันเมื่อผู้เป็นฝ่ายมิได้กำหนดไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่น ลาลูแบร์กล่าวไว้ว่า ในสมัยแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ มิได้มีกฎหมายห้ามอย่าให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราและเรียกกันอย่างสูงหามิจำกัดไม่ แม้จะเป็นการกระทำที่ถือกันว่าผิดศีลธรรมก็ตาม^(๑) แต่ในข้อนี้ ลักษณะกู่หนี่บทที่ ๖๘ บัญญัติว่า หากอัตราดอกเบี้ยได้ตกลงกันกำหนดสูงกว่าอัตราดอกเบี้ยตามปกติ อัตรานี้จะใช้บังคับได้แต่เพียงเดือนหนึ่งเท่านั้น ภายหลังระยะเวลานี้จะต้องลดลงให้เท่ากับอัตราหนึ่งเฟื้องต่อหนึ่งตำลึงซึ่งผิดกับข้อความที่ลาลูแบร์กล่าวไว้ หนังสือของลาลูแบร์โดยมากมีน้ำหนักน่าเชื่อเป็นหลักฐานในทางประวัติศาสตร์ได้ จึงนำสันนิษฐานว่าข้อบัญญัติบทที่ ๖๘ ซึ่งห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานี้ ได้ตราขึ้นภายหลังแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ หรืออีกนัยหนึ่ง ข้อบัญญัตินี้เลิกใช้และมีได้ถือตามในทางปฏิบัติ และที่จริงจะเห็นได้ในภายหลังว่าตลอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ คือ ในสมัยที่ข้อบัญญัติบทที่ ๖๘ นี้ยังคงเป็นกฎหมายอยู่ เจ้าหน้าที่ยังมีได้ปฏิบัติตามและเรียกเอาอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าอัตราซึ่งกำหนดไว้ตามกฎหมายเนื่อง ๆ

อัตราดอกเบี้ยอันเรียกกันตามประเพณี คือ ร้อยละ ๓๗.๕๐ นี้รู้สึกว่าเป็นอัตราที่สูงมากทีเดียว แต่จะพบอัตราดอกเบี้ยที่สูงเช่นเดียวกันนี้ในบทกฎหมายเก่าของแทบทุกประเทศ กฎหมาย ๑๒ แผ่นที่กรุงโรม กำหนดอัตราดอกเบี้ยค่นสูงที่จะเรียกได้ตามกฎหมายไว้ ๑ ส่วน ๑๒ ของต้นเงินต่อเดือน คือ ร้อยละร้อยต่อปี ในกาลต่อมาอัตราดอกเบี้ยค่นสูงได้ลดลงถึงร้อยละ ๑ ต่อเดือน คือ ร้อยละ ๑๒ ต่อปี ในประเทศอินเดียสมัย

(๑) Du Royaume de Siam เล่ม ๑ หน้า ๒๓๐-๒๓๑

โบราณ ตามมนุธรรมศาสตร์ (บรรพที่ ๘ มาตรา ๑๕๐ และ ๑๕๒) อัตราดอกเบี้ยโดยปกติเท่ากับร้อยละ ๑๕ ต่อเดือน คือร้อยละ ๑๕ ต่อปี แต่อัตรานี้อาจเพิ่มขึ้นได้ถึงร้อยละ ๕ ต่อเดือนหรือร้อยละ ๖๐ ต่อปี ในประเทศพม่าตาม Manu Kyay (หน้า ๑๐๗ กฎที่ ๗๓) อัตราดอกเบี้ยเปลี่ยนไปสุดแต่ชั้นของลูกหนี้ตั้งแต่วัยละ ๑๒ ถึง ๖๐ ต่อปี การที่อัตราดอกเบี้ยอยู่ในระดับสูงในสมัยโบราณเป็นด้วยความหายากของเงินตรา และโดยเหตุที่การเครดิตยังไม่แพร่หลายโดยยังถือว่าเป็นสิ่งผิดธรรมดาอยู่

๒๗. เนื่องจากอัตราดอกเบี้ยสูงนี้เอง ลูกหนี้ซึ่งไม่ชำระดอกเบี้ยตามระยะเวลาจึงตกอยู่ในภาวะอันหนักของดอกเบี้ยที่ทบทวีขึ้นโดยรวดเร็ว จำนวนเงินค้างชำระเพิ่มขึ้นจนลูกหนี้ไม่สามารถชำระได้ และหมดหนทางที่จะระอดตัวได้นอกจากยอมตัวลงเป็นทาส ฉะนั้นบทกฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงยอมสอดเข้าช่วยลูกหนี้โดยตราข้อบังคับเพื่อกำหนดการทบทวีของดอกเบี้ยไว้ ในพระอัยการลักษณะกัณฑ์นี้ ได้แสดงให้เห็นตั้งนี้อยู่หลายบท แม้การตีความในบทเหล่านี้ไม่ปราศจากความยุ่งยากก็ดี แต่ก็มีทางที่จะแก้ปัญหาเรื่องความขัดกันในบทกฎหมายนั้นและชี้ให้เห็นหลักทั่วไปได้ดังต่อไปนี้

บทที่ ๖๔ บัญญัติให้เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยเป็นปกติทุกเดือน หากมิได้มีการชำระดอกเบี้ยตามระยะเวลา กฎหมายจำกัดจำนวนดอกเบี้ยที่ค้างชำระไว้เป็น ๒ ประการ คือ

๑. ถ้าเจ้าหนี้ฟ้องร้องลูกหนี้ภายในระยะเวลา ๑๐ ปี มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยอย่างมากเพียง ๓ ปีเท่านั้น บทบัญญัตินี้เนื่องมาจากบทที่ ๓๕ ซึ่งศาลได้บังคับตาม จนกระทั่งถึงสมัยปัจจุบันนี้จึงได้ถือว่าถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติเรื่องกู้เงินและขายตัว จ.ศ. ๑๒๓๐ (๒๔๑๑) ซึ่งจะได้ศึกษาในภายหลัง(๑)

๒. หากเจ้าหนี้เรียกร้องให้ชำระหนี้ภายในภายหลังระยะเวลา ๑๐ ปี ไม่มีสิทธิเรียกเอาดอกเบี้ยสูงกว่าจำนวนต้นเงินที่ให้กุมมา ข้อบัญญัตินี้เนื่องมาจากบทที่ ๓๔, ๓๕ และ ๕๓ ซึ่งบัญญัติว่า “ให้เอาดอกแต่ต่อหน้า” คำว่า “แต่ต่อหน้า” นี้ไม่สู้ชัดเจน แต่เคยเข้าใจกันดังกล่าวมานี้เป็นเวลาช้านานแล้ว(๒) และที่จริงเมื่อเทียบเคียงบทบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งใช้

(๑) ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖/๒๓๐ และที่ ๖๕๐/๒๒๒ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๑ หน้า ๔๑๓-๔๑๖ และเล่ม ๒ หน้า ๕๑๒-๕๑๔

(๒) ให้ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ใต้บทที่ ๓๔ (หมายถึง กฎหมายฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ-ปก. ๒๕๒๔)

คำนี้เข้าด้วยกัน ก็เป็นการยากที่จะตีความเป็นอย่างอื่น^(๑) อีกประการหนึ่ง ข้อบัญญัติในเรื่องดอกเบ็ญที่ค้างไม่อาจเกินต้นเงินนั้น ได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดในพระราชบัญญัติ จ.ศ. ๑๒๓๐ (๒๔๑๑) และจะได้เห็นต่อไปว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้มุ่งที่จะแก้ไขกฎหมายเก่าในส่วนที่เกี่ยวกับอัตราดอกเบ็ญแต่อย่างใด จึงน่าจะถือว่าข้อบัญญัติที่นำมา กล่าวนี้เป็นแต่เพียงการแสดงบทกฎหมายเก่า มิใช่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ จึงพอที่จะชี้ให้เห็นว่าการตีความซึ่งยอมรับกันทั่ว ๆ ไปสำหรับคำ “แต่ต่อหน้า” นั้นเป็นการถูกต้อง

โดยเหตุที่บทที่ ๓๔ บัญญัติไว้สำหรับทั่ว ๆ ไป จึงน่าจะต้องใช้บังคับในกรณีที่ เจ้าหนี้ได้ฟ้องร้องเรียกให้ชำระหนี้ภายใน ๑๐ ปีด้วย เมื่อจำนวนเงินดอกเบ็ญที่ค้างภายใน ๓ ปีนั้นสูงกว่าต้นเงิน

ข้อบัญญัตินี้สรุปลงเป็นภาษิตที่ว่า “ต้นชานดอก” มูลเดิมอาจมาจากกฎหมายฮินดู ซึ่งชาวรามัญเป็นผู้นำมาใช้ในประเทศสยาม ทั้งนี้เพราะข้อบัญญัตินี้ปรากฏอยู่ทั้งในธรรมศาสตร์ฮินดูและธรรมสัทธาภิรามัญ^(๒) แต่แท้จริงข้อบัญญัตินี้แพร่ไปทั่วโลก มีปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของจีน เช่นเดียวกับในกฎหมายโรมัน^(๓) และที่จริงก็เป็นวิธีธรรมดา

(๑) นอกจาก ๓ บทที่ยกอ้างในที่นี้ คำว่า “แต่ต่อหน้า” ยังได้พบได้อีกในบทที่ ๒๘, ๓๗ และ ๓๘ ในลักษณะกึ่งหนึ่งและในพระราชกำหนดใหม่บทที่ ๒๘ แต่บทสำคัญที่ช่วยให้ความเข้าใจอย่างดี คือ กุหนิบทที่ ๓๘

(๒) ในกฎหมายฮินดูบทบัญญัตินี้ใช้บังคับโดยเคร่งครัดแก่การกู้ทองคำเท่านั้น สำหรับการกู้สิ่งอื่น ๆ จำนวนสูงสุดซึ่งกำหนดไว้สำหรับดอกเบ็ญเปลี่ยนไป สุดแต่ประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามตำราพฤทธิศบตี (๑๑, ๑๓ และ ๑๖) ในกรณีที่เป็นการกู้ผ้า หรือโลหะซึ่งมิได้อยู่ในประเภทเงินหรือทอง จำนวนดอกเบ็ญสูงสุดหยุดลงเมื่อขึ้นเป็นทวีคูณของต้นเงิน ถ้ากู้ธัญญาพืช ผลไม้ สัตว์พาหนะ ขนแกะ จำนวนดอกเบ็ญอาจขึ้นถึง ๓ เท่าของต้นเงิน ถ้ากู้ผ้าขึ้นถึง ๔ เท่า ถ้ากู้เมล็ดพันธุ์หรือน้ำตาล ๕ เท่า ฯลฯ กฎหมายรามัญและพะมายังได้ปรากฏร่องรอยของวิธีการแตกต่างกัน ตาม Manu Kyay หน้า ๘๗ บทที่ ๓๘ ข้อ ๔ และหน้า ๑๐๖ บทที่ ๗๒ จำนวนดอกเบ็ญไม่เพิ่มขึ้นอีกเมื่อสูงเท่าต้นเงิน เมื่อเป็นการกู้ทองคำ เงิน ทองแดง หรือเหล็ก แต่ถ้าเป็นข้าว ธัญญาพืชอื่น ๆ เมล็ดงา ผ้าย ดอกเบ็ญจะไม่เพิ่มขึ้นอีกต่อเมื่อได้ขึ้นถึง ๔ เท่าของต้นเงินแล้ว ส่วนในมนธรรมสัทธาภิรามัญของพระเจ้าวเรอ บัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่า ผู้ให้กู้ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาดอกเบ็ญทั้งหมดสูงกว่าจำนวนต้นเงินได้ (มาตรา ๓)

(๓) สำหรับกฎหมายจีน ดู Manuel du Droit Chinois ข้อ ๗๒๘ ซึ่ง G. Boulais ได้แปลไว้ จีนมีสภาพิตกฎหมายว่า “ลูกโตกว่าแม่ไม่ได้” ซึ่งหมายความว่า ดอกเบ็ญจะมีจำนวนมากกว่าต้นเงินย่อมไม่ได้ ในกฎหมายโรมันข้อบัญญัตินี้ตราขึ้นในราวกลางศตวรรษที่ ๘ แห่งพุทธกาล

ที่ติดขึ้นง่าย ๆ สำหรับตัดทอนเงินดอกเบียที่ติดค้างออกเสีย จึงไม่เป็นการแปลกที่พบข้อบังคับนี้อยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ

ควรสังเกตว่า กฎหมายไทยมิได้บัญญัติว่าจำนวนดอกเบียจะไม่เพิ่มขึ้นอีกในเมื่อขึ้นสูงเท่าต้นเงิน บทบัญญัติมุ่งแต่ดอกเบียที่ค้างชำระเท่านั้น ดอกเบียที่ได้ชำระกันเสร็จสิ้นไปแล้วไม่อยู่ในข่ายแห่งกฎหมายนี้ ให้ถือเอาเป็นลาภแก่นายเงิน (บทที่ ๓๔) ข้อบังคับนี้มีบทบัญญัติในกฎหมายพะม่าเช่นเดียวกัน (Manu Kyay หน้า ๑๐๖ บทที่ ๗๒) แต่กฎหมายอินเดีย บัญญัติไว้ตรงกันข้ามว่า เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิได้รับจำนวนดอกเบียสูงกว่าต้นเงินที่ได้กู้มา^(๑)

๒๘. ข้อบัญญัติที่กำหนดดอกเบียค้างนี้อาจถูกหลีกเลี่ยงได้อย่างง่ายดาย หากยอมให้เจ้าหนี้บังคับลูกหนี้ทำสาธารณธรรมขึ้นใหม่ได้ โดยรวมเอาจำนวนต้นเงินเดิมกับดอกเบียที่ค้างชำระขึ้นตั้งเป็นต้นเงินใหม่ แต่บทที่ ๓๕ ได้เฟื่องเสียงกรณีนี้ จึงบัญญัติไว้ว่า เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาดอกเบียจากต้นเงินตามกรรมธรรมใหม่ได้ คงมีสิทธิเรียกร้องเบียที่เกิดขึ้นตามกรรมธรรมเก่าเท่านั้น ฉะนั้นหากดอกเบียที่นำขึ้นทบต้นสูงเท่าจำนวนต้นเงิน เจ้าหนี้ก็หมดสิทธิที่จะเรียกร้องดอกเบียจากลูกหนี้อีก ลูกหนี้อาจจะเข้าทำการรับใช้เจ้าหนี้ได้ เพราะการรับใช้งานของลูกหนี้เป็นสิ่งที่เจ้าหนี้ชอบที่จะมีได้ตามหลักที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ถ้าเจ้าหนี้งดใช้งานลูกหนี้เสีย ก็ยังคงไม่เป็นมูลที่จะบังคับให้ชำระดอกเบียได้ เพราะเหตุว่า ต้นเงินเดิมได้ทวีขึ้นเป็น ๒ เท่าแล้ว (บทที่ ๓๖) ฉะนั้น เห็นได้ว่าการยกเอาดอกเบียขึ้นเป็นต้นเงินเป็นสิ่งต้องห้ามโดยเด็ดขาด ในเมื่อจำนวนดอกเบียสูงเท่าต้นเงิน เจ้าหนี้ต้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระเสีย หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระได้ เจ้าหนี้ก็ได้แต่บังคับให้ทำงานให้ คือกลายเป็นทาสของเจ้าหนี้

นอกจากนั้น เจ้าหนี้ไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงโดยตกลงกับลูกหนี้ทำสาธารณธรรมขึ้นอีกจะบับหนึ่ง มีจำนวนเท่ากับดอกเบียที่ค้างชำระ เพราะบทที่ ๓๘ ห้ามมิให้เจ้าหนี้อินยอมให้ลูกหนี้ทำการกู้ครั้งที่ ๒ ก่อนที่การกู้แรกจะได้ชำระเสร็จสิ้นทั้งต้นเงินและดอกเบียแล้ว ถ้าเจ้าหนี้ยังขึ้นกระทำลง สาธารณธรรมจะบับใหม่นี้จะถือว่าไร้ผล บทบัญญัตินี้มีได้มุ่งแต่จะให้บทบัญญัติข้ออื่นที่เกี่ยวกับการทำให้ดอกเบียสูญุดหยุดลง และการห้ามยกเอาดอกเบียเป็นต้นเงิน มีผลบังคับได้จริงจังเท่านั้น ยังได้ใช้ความสะดวกในการจัดการ

(๑) ดู Colebrooke "A Digest of Hindu Law" ข้อบัญญัติของโคตมที่ ๔๙ หน้า ๑๐๘

หนี้สิน ในเมื่อมีการชำระหนี้สินทั้งหลายของลูกหนี้ เพราะเจ้าหนี้แต่ละคนไม่อาจที่จะแสดงกรรมกรรมได้เกินคนละ ๑ ฉะบับ

บทกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้บัญญัติกฎหมายแต่โบราณได้ใช้ความพยายามด้วยวิธีต่าง ๆ ที่จะช่วยลูกหนี้ให้ภาระในดอกเบี้ยแบ่งเบาขึ้น แต่โดยเหตุที่ไม่ปรากฏว่ามีการลงโทษทางอาญา จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าวิธีการอันกล่าวมาแล้วจะได้ผลจริงจริงเพียงใด

๒๕. อนึ่ง มีหลายกรณีที่สำคัญากูไม่มีดอกเบี้ย หรือที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ยแต่เพียงส่วน

กรณีดังกล่าวนี้ได้แก่ สัญญากู้ที่กระทำกระหว่างญาติ เมื่อเป็นการกู้ระหว่างญาติสนิท บิดามารดา พ่อตาแม่ยาย บุตร บุตรเขย บุตรสะใภ้ พี่ น้อง ผู้ให้กู้เรียกได้แต่ต้นเงินเท่านั้น (บทที่ ๑ และ ๒) เมื่อเป็นญาติที่ห่างออกไป ข้อบัญญัติก็งดดำเนินไปตามหลักเดียวกันคือ ถ้าลูกหนี้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาถูกต้อง เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาดอกเบี้ยแต่อย่างใด แต่หากลูกหนี้ชำระหนี้โดยยาก และเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องทวงถามหลายครั้งหลายหน ลูกหนี้ต้องชำระดอกเบี้ยตามส่วน คือเศษหนึ่งส่วนสามก็ดี ครึ่งหนึ่งก็ดี เศษสองส่วนสามก็ดี สุดแต่ความสนิทของความเป็นญาติหรือสายสัมพันธ์ หากลูกหนี้ปฏิเสธหนี้ จนเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องดำเนินคดีฟ้องร้องส่วนของดอกเบี้ยที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระเพิ่มขึ้นและเปลี่ยนไปเป็นสองส่วนสามหรือสามส่วนสี่ (เพื่อความพิศดาร ดูกฎหนี้บทที่ ๓ ถึง ๖ และทนายบทที่ ๔๙ และ ๕๘)

กรณีเป็นเช่นเดียวกันเมื่อเป็นการกู้ระหว่างมิตรสหาย ดอกเบี้ยให้คิดกันแต่บางส่วนเท่านั้น คือหนึ่งส่วนสามหากลูกหนี้ชำระถูกต้องตามกำหนดเวลา และสามส่วนสี่ถ้าเจ้าหนี้จำต้องนำคดีขึ้นฟ้องร้อง (บทที่ ๗)

เมื่อสัญญากู้ได้กระทำขึ้นระหว่างมูลนายกับไพร่ซึ่งไปราชการด้วย ณ ต่างถิ่น เจ้าหนี้เรียกร้องได้แต่ต้นเงินเท่านั้น (กฎหนี้บทที่ ๖๓)

ข้อบัญญัติพิเศษเช่นนี้อธิบายได้ว่า เนื่องจากการที่เจ้าหนี้และลูกหนี้เป็นญาติหรือเพื่อนจึงยอมมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกัน แต่ข้ออธิบายอันสมเหตุผลน่าจะอยู่แนวความคิดดั้งเดิมเรื่องการกู้ คือในกรณีต่าง ๆ ที่บัญญัตินี้ เจ้าหนี้และลูกหนี้มีฐานะทางชุมชนเหลื่อมล้ำกันอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญากู้กัน โดยความเหลื่อมล้ำกันนี้ ทั้ง ๒ ฝ่าย

ยอมมีหน้าที่และความผูกพันต่อกันและกันอยู่แล้ว การกึ่งจึงมิได้เปลี่ยนแปลงสถานอันได้จัดไว้แต่เดิมเลย ดังนี้จึงถือไม่ได้ว่าทำให้ลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ด้วยเหตุฉะนั้นการกึ่งจึงมีผลเป็นเพียงทรัพย์สินสัญญา ลูกหนี้ย่อมไม่มีหน้าที่มากกว่าส่งคืนทรัพย์สินที่ตนได้รับมา

๓๐. ได้บรรยายข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๓ แล้ว ต่อไปนี้จะอธิบายให้เห็นความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับข้อบัญญัติเหล่านี้ในสมัยรัชกาลต่อมา

การเปลี่ยนแปลงได้เริ่มแต่สมัยรัชกาลที่ ๔ โดยยกเลิกมาตราอันเกี่ยวกับสัญญา กู้ที่ได้กระทำขึ้นระหว่างญาติและมิตรสหาย เนื่องจากเหตุที่สายสัมพันธ์ในทางครอบครัวไม่สู้แน่นแฟ้นเช่นในโบราณกาล ข้อบัญญัติเดิมจึงพ้นสมัยมาช้านานและกลายเป็นความหนักใจแก่ญาติผู้มั่งมีที่จะช่วยเหลือญาติที่ยากจน พระราชบัญญัติลงวันพฤหัสบดี ขึ้น ๑๕ ค่ำ เดือน ๑๒ ปีวอก โทศก (วันที่ ๑๘--๑๙ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๐๓) ได้ยกเลิกข้อความในบทที่ ๑ ถึง ๗ แห่งพระอัยยการลักษณะกึ่งหนี้เสียและบัญญัติว่า ตั้งแต่นั้นต่อไป บรรดาสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างญาติ และมิตรสหายต้องเป็นไปตามบทกฎหมายทั่วไป^(๑) แต่บทที่ ๖๓ ซึ่งเกี่ยวกับสัญญากู้ระหว่างมูลนายกับไพร่ยังคงใช้บังคับอยู่จนกระทั่งสิ้นสมัยการปกครองแผนเก่า

การแก้ไขที่สำคัญได้เป็นผลในต้นรัชกาลที่ ๕ ในปีแรกที่สมเด็จพระปรเมนทรมหาจุฬาลงกรณขึ้นเสวยราชย์นั่นเอง ได้มีประกาศฉบับหนึ่งเรื่องฎีกาอื้อสาหาช ซึ่งได้แสดงให้เห็นความประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมายในอันที่จะให้ความสะดวกแก่ลูกหนี้ ในการชำระหนี้สินโดยยอมให้ชำระแต่ต้นเงินเท่านั้นก็จะได้พ้นจากหนี้ แต่เพื่อที่จะป้องกันมิให้ลูกหนี้เข้าอุบายฉ้อโกงนายเงิน กฎหมายบังคับให้เขียนลูกหนี้ได้แทนดอกเบี้ยที่ค้างชำระในอัตรา ๓ ที่ ต่อ ๑ ตำลึง^(๒) วิธีการนี้เป็นวิธีการที่ไม่สู้จะดีนัก เพราะเสมือนถือเอาการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระดอกเบี้ยเป็นความผิดอันต้องรับโทษอาญาเสมอ^(๓) แต่

(๑) ดูประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๕ ประกาศที่ ๑๘๐ หน้า ๙๖-๙๘ ลักษณะกึ่งหนี้ หมวดที่ ๑ ถึง ๗ นี้ได้ถูกยกเลิกเป็นครั้งที่ ๒ โดยประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑

(๒) ประกาศเมื่อวันพุธ เดือน ๓ แรม ๗ ค่ำ ปีมะโรงสัมฤทธิ์ศก ตรงกับวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๔๑๑ ดูกฎหมายเก่าใหม่ เล่ม ๑ หน้า ๒๗๗-๒๗๘ หรือไกรสี หน้า ๑-๓

(๓) เรื่องนี้เมื่อพิจารณาเหตุที่ทำให้เกิดมีประกาศขึ้น ดูเหมือนจะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้ใช้บังคับต่อเมื่อลูกหนี้หรือทาสได้กล่าวหาเจ้าหนี้โดยไม่เป็นความจริงว่า เอาต้นเงินทบดอกเบี้ยเรียกหนี้สินเกินกว่าที่เป็นจริง

อย่างไรก็ดี เป็นวิธีการที่ทำให้ลูกหนี้มีโอกาสรอดจากการเป็นทาสได้

๓๑. กฎหมายที่สำคัญได้ปรากฏออกมาภายหลังมิช้า ได้แก่พระราชบัญญัติเรื่อง กู้เงินและขายตัว ลงวันศุกร์ เดือนสี่ ขึ้น ๒ ค่ำ ปีมะโรงสัมฤทธิ์ศก จุลศักราช ๑๒๓๐ ตรงกับวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๔๑๑^(๑) วัตถุประสงค์อันใหญ่ของกฎหมายนี้ได้แก่ การกำหนดอัตราค่านสูงของดอกเบี้ยไว้ซึ่งละ ๑ บาท เท่ากับร้อยละ ๑๕ ต่อปี คำปรารภแสดงเหตุผลว่า เหตุใดผู้บัญญัติกฎหมายจึงได้ตรากฎหมายขึ้น กล่าวคือ เนื่องจากการเศรษฐกิจของประเทศเจริญดีขึ้น และมีชาวต่างประเทศมาประกอบการพาณิชย์มากขึ้น พลเมืองของประเทศจึงทำมาหากินสะดวกตากว่าเดิม ทั้งปรากฏว่าเงินตรามีมากขึ้นกว่าแต่ก่อน การกู้เงินจึงกระทำได้อัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าสมัยก่อน อีกประการหนึ่งเจ้าหนี้บางคนมักจะฉวยโอกาสที่ลูกหนี้ร่อนเงินเรียกเอาดอกเบี้ยอย่างสูงเต็มที่ บางคราวเรียกถึงซึ่งละ ๕ บาท (ร้อยละ ๗๕) ลูกหนี้ซึ่งจำใจเข้าทำสัญญาอยู่ในลักษณะเช่นนี้ ก็พากันหาวิธีฉ้อเจ้าหนี้ด้วยอุบายต่าง ๆ บางทีก็หลบหนีไปเสียหรือไปอาศัยเจ้านายให้คุ้มครองหรือปฏิเสธหนี้สินเสียทีเดียว บรรดาโรงศาลก็เต็มไปด้วยคดีความชนิดนี้ วิธีการที่ได้บัญญัติขึ้นในประกาศเรื่องฎีกาอื้อสาขานี้ยังไม่เป็นการเพียงพอ ด้วยเหตุนี้ พระเจ้าแผ่นดินจึงทรงปรึกษากับลูกขุนและบัญญัติให้ลดอัตราดอกเบี้ยลงเป็นซึ่งละ ๑ บาท (ร้อยละ ๑๕) ตามคำแนะนำของลูกขุน ดังนี้บรรดาลูกหนี้จะได้มีโอกาสหาเงินมาชำระหนี้ง่ายขึ้น และย่อมจะไม่จูงใจให้คิดหาทางก่อความยุ่งยากให้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่ก่อน

พระราชบัญญัตินี้มิได้มีผลย้อนหลัง แต่ได้บัญญัติไว้ว่า บรรดาสัญญาที่ได้กระทำขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ จะเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่ได้กำหนดไว้ตามกฎหมายเก่าไม่ได้ คืออัตรา ๑ เฟื้อง ต่อ ๑ ตำลึง (ร้อยละ ๓๗.๕๐) ข้อห้ามนี้เคยมีอยู่ในกฎหมายเก่าแล้วแต่ไม่ได้ปฏิบัติตาม ส่วนบรรดาสัญญาที่ได้กระทำขึ้นภายหลังการใช้กฎหมายนี้ หากกำหนดอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ ๑๕ ก็ต้องลดลงเป็นร้อยละ ๑๕ ถ้าอัตราดอกเบี้ยในสัญญาต่ำกว่าร้อยละ ๑๕ ก็ให้เป็นไปตามที่ได้สัญญากันไว้ พระราชบัญญัตินี้มิได้ใช้บังคับแต่เฉพาะสัญญาเท่านั้น แต่รวมถึงสัญญาอื่น ๆ ที่เรียกเอาดอกเบี้ยกันอีกด้วย นอกจากการกำหนดอัตราดอกเบี้ยค่านสูงขึ้นใหม่แล้ว พระราชบัญญัตินี้มิได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเก่าในส่วนอื่น ๆ เลย เช่น ข้อบัญญัติที่ว่าดอกเบี้ยที่เกินอัตรา หากได้ชำระแก่เจ้าหนี้ไปเสร็จสิ้นแล้ว ให้ถือเป็นลาภของเจ้าหนี้นั้น ยังคงปรากฏ

(๑) กฎหมายเก่าใหม่เล่ม ๑ หน้า ๒๗๙-๒๘๔ ไกรสี หน้า ๔-๗

อยู่ในกฎหมายใหม่นี้ อีกประการหนึ่งข้อบัญญัติที่ว่าดอกเบี้ยที่ค้างชำระ หากจำนวนสูงเท่าต้นเงินแล้วก็ให้ตัดหยุดอยู่แค่นั้น ก็มีปรากฏอยู่ในกฎหมายนี้เช่นเดียวกัน และเขียนชัดเจนว่าในกฎหมายเก่า แต่หาได้เป็นข้อบัญญัติที่บัญญัติขึ้นใหม่ไม่ อนึ่ง กฎหมายยอมให้นำเอาดอกเบี้ยทบต้นได้เมื่อเจ้าหนี้ได้กำหนดดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำมาก คือ เรียกเอาเพียงครึ่งหนึ่งหรือต่ำกว่าครึ่งอัตราต้นสูงที่กฎหมายบัญญัติไว้ ในกรณีเช่นนี้ หากลูกหนี้มิได้ชำระดอกเบี้ยตลอดระยะเวลา ๑, ๒ หรือ ๓ ปี ก่อนที่จำนวนดอกเบี้ยจะสูงขึ้นเท่าต้นเงิน เจ้าหนี้อาจที่จะเอาดอกเบี้ยนี้เพิ่มเข้ากับต้นเงินโดยสลักหลังกรมธรรม์นั้น และดอกเบี้ยต่อไปก็จะคิดเอาจากจำนวนต้นเงินใหม่นี้ในอัตราที่กำหนดไว้ตามเดิม ข้อยกเว้นจากบทบัญญัติในเรื่องดอกทบต้นนี้ อธิบายได้ว่าเป็นเพราะเจ้าหนี้เรียกเอาดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำมาก

๓๒. ประกาศลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๑๑ ได้ยกเลิกพระอัยการลักษณะกัณฑ์บทที่ ๓๘ ซึ่งห้ามมิให้เจ้าหนี้ทำการกู้ใหม่ ก่อนที่จะได้ชำระการกู้ครั้งแรกทั้งต้นเงินและดอกเบี้ยแล้ว และประมาธในสมัยเดียวกันนั้นศาลฎีกาได้ถือว่า พระราชบัญญัติเรื่องกู้เงินและขายตัวปี พ.ศ. ๒๔๑๑ ได้ยกเลิกบทที่ ๓๕ ซึ่งกำหนดให้เรียกดอกเบี้ยได้แต่เพียง ๓ ปีเสีย^(๑) วิธีการต่าง ๆ ที่ผู้บัญญัติกฎหมายในสมัยก่อนได้ประดิษฐ์ขึ้นเพื่อป้องกันลูกหนี้ต่อภัยที่จะเกิดจากการพอกพูนของดอกเบี้ย ยังคงเหลืออยู่แต่ข้อบัญญัติเดิมที่กำหนดให้เรียกดอกเบี้ยได้เพียงเท่าต้นเงินเท่านั้น ข้อบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกโดยปริยายอีก เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๓ ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๘

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติกำหนดอัตราดอกเบี้ยค่นสูงได้ร้อยละ ๑๕ (มาตรา ๑๖๕๔) และห้ามมิให้เอาดอกเบี้ยทบต้นเงิน แต่ข้อห้ามนี้อาจที่จะยกเลิกเสียได้ หากผู้กรณีได้ตกลงกันเป็นหนังสือและเมื่อดอกเบี้ยได้ค้างชำระเกินกว่า ๑ ปีเป็นอย่างน้อย

ในที่สุด คงมีแต่การกำหนดอัตราค่นสูงของดอกเบี้ยไว้เท่านั้นที่เป็นวิธีที่มุ่งจะช่วยเหลือลูกหนี้มิให้ภาระแห่งหนี้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว เพื่อที่จะให้วิธีนี้เป็นผลบังคับจริงจัง พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรารลงวันที่ ๒๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๕ บัญญัติลงโทษจำหรือปรับ หรือทั้งจำและปรับแก่ผู้เรียกเอาดอกเบี้ยโดยตรงหรือโดยทางอ้อม

(๑) ฎีกาที่ ๑๖/๑๒๐ และที่ ๖๕๐/๑๒๒ ซึ่งได้เคยอ้างมาแล้ว

จากลูกหนี้ในอัตราที่สูงกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้
 เก่าได้บัญญัติไว้ได้เปลี่ยนไปเป็นการลงโทษทางอาญา
 ปราบปรามการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

การลงโทษทางแพ่งซึ่งกฎหมาย
 อันเป็นวิธีเข้มแข็งกว่า สำหรับ

๔. การโอนหนี้

๓๓. ตามพระอัยยการลักษณะกึ่งหนี้บทที่ ๕๔ และอาญาราชฎีบทที่ ๑๕ เจ้าหนี้
 โอนสารกรมธรรม์ให้แก่บุคคลที่ ๓ ได้ เมื่อผู้รับโอนฟ้องเรียกลูกหนี้ให้ชำระหนี้สินและ
 ลูกหนี้มีได้ต่อสู้ปฏิเสธหนี้นั้น ผู้รับโอนมีสิทธิเท่ากับผู้โอน แต่ถ้าลูกหนี้ปฏิเสธหนี้สิน
 เช่น ต่อสู้ว่า ได้ชำระแก่เจ้าหนี้ไปแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้รับโอนได้แต่ร้องขอให้ผู้
 โอนดำเนินคดีไปเองเท่านั้น เพื่อตัดความยุ่งยากเหล่านี้ชอบที่ผู้รับโอนจะบังคับให้ผู้โอน
 แจ้งการโอนไปให้ลูกหนี้รับทราบหรือให้ได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เสียก่อน ดังที่เป็น
 อยู่ในกฎหมายปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา ๓๐๖ และ ๓๐๘) แต่กฎหมาย
 เก่าดูเหมือนจะไม่รู้ถึงวิธีการเช่นนี้ ผู้รับโอน เพื่อป้องกันแก่ทะเลาะต่าง ๆ ได้ จึงต้องรีบ
 เร่งให้ลูกหนี้ใช้เงินเสียโดยเร็วก่อนที่ผู้โอนจะไม่ปรากฏตัวหรือหาตัวยาก หรือปราศจาก
 เสียซึ่งทรัพย์สิน

อีกประการหนึ่ง เมื่อมีผู้ฟ้องเรียกเงินกู้ตามกรมธรรม์ซึ่งไม่ปรากฏชื่อผู้ฟ้อง ศาล
 ต้องพิจารณาว่ามีการโอนกันจริงหรือไม่ หากได้ความปรากฏว่าเจ้าหนี้มิได้โอนกรมธรรม์
 ให้ และบุคคลผู้อ้างว่าได้รับโอนมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ใช้เงินให้โดยไม่มีสิทธิเช่นนี้ ต้อง
 ลงโทษเขียนบุคคลผู้อ้างนั้นด้วยหยาบ ๓๐ ที่ และปรับเป็น ๒ เท่าของจำนวนเงินที่
 ปรากฏในกรมธรรม์ เงินจำนวนนี้ครึ่งหนึ่งจะได้ส่งให้แก่เจ้าหนี้ และครึ่งหนึ่งส่งเข้าท้อง
 พระคลัง เพื่อตัดปัญหาหนี้ กฎหมายปัจจุบันบังคับให้การโอนหนี้ต้องกระทำเป็นหนังสือ
 (ประมวลแพ่งมาตรา ๓๐๖)

กฎหมายในปัจจุบันอนุญาตให้มีการโอนกันได้ในหนี้ทุกประเภท นอกจากสภาพ
 แห่งหนี้ตนเองจะไม่เปิดช่อง (ประมวลแพ่งมาตรา ๓๐๓) กฎหมายเก่าบัญญัติการโอน
 แต่ในเรื่องหนี้ที่เกิดจากสัญญาคู่ และสัญญาขายฝากทาส คือสัญญาที่ต้องทำขึ้นเป็นลาย
 ลักษณะอักษร^(๑) เรื่องนี้น่าสันนิษฐานได้ว่า หนี้อันเกิดจากสัญญาประเภทอื่นโอนกันไม่ได้

(๑) แต่ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า สารกรมธรรม์ทาสเป็นหลักทรัพย์จะเพาะตัวบุคคล เพราะ
 ฉะนั้นจะนำมาจำนำมิได้ (ฎีกาที่ ๓๓๙ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๐ (พ.ศ. ๒๔๔๔) ฎีกาบาง
 เรื่องเล่ม ๑ หน้า ๕๓๔) ตามคำพิพากษานี้ดูเหมือนว่า สารกรมธรรม์ทาสโอนกันไม่ได้ แต่คำ
 พิพากษานี้ย่อมแปลกกฎหมายตามแนวความคิดในสมัยใหม่

ในที่สุด ควรสังเกตว่ากฎหมายเก่าไม่ได้เพิ่งเล็งถึงการโอนหนี้ทางฝ่ายลูกหนี้ คือ การที่นำเอาตัวลูกหนี้คนอื่นเข้ารับภาระแทนผู้ที่ปรากฏชื่อในสารกรมธรรม์ ที่เป็นเช่นนั้นก็ เพราะในสมัยเก่า เจ้าหนี้อาจโอนอำนาจของตนให้กับบุคคลอื่นโดยไม่ต้องรับความยินยอม ของลูกหนี้ แต่ส่วนลูกหนี้ไม่อาจตั้งผู้อื่นแทนตนได้ในความผูกพัน ซึ่งตนมีต่อเจ้าหนี้ ตามกฎหมายปัจจุบัน วิธีการเช่นนี้ทำได้ แต่เจ้าหนี้ต้องยินยอมและทำสัญญากับลูกหนี้ คนใหม่ (ประมวลแพ่งมาตรา ๓๕๐)

๒. สัญญาขายฝากทาส

๓๔. สัญญาขายฝากทาส เป็นสัญญาที่แพร่หลายมากที่สุด ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ตลอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนจะมีการประกาศเลิกทาส สัญญานี้เป็นสัญญาที่รู้จักกันดีในบรรดาสัญญาเก่าๆ ทั้งนี้เป็นเพราะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องทาสนี้มากมาย และที่สำคัญก็คือบทพระอัยการทาส ตามบทกฎหมายเก่าอาจวิเคราะห์สัญญานี้ได้ว่าเป็น สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้ขาย ขายบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าเรือนเบี้ย ซึ่งเป็นสมาชิกในแห่ง ครอบครัวหรือบุคคลใดๆ ที่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ขาย ให้กับบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า นายเงิน โดยมีราคาซึ่งตามปกติเท่ากับครึ่งหนึ่งของค่าตัวบุคคลที่ถูกขาย และผู้ขายสัญญาจะชดใช้ ราคาให้แก่นายเงิน ถ้าเรือนเบี้ยหลบหนี หรือสูญหาย หรือถึงแก่กรรมลง

สัญญานี้มีลักษณะต่างๆ หลายแง่ด้วยกันรวมเข้าอยู่ คือ เป็นทั้งสัญญาซื้อขายและ สัญญาจำนำในขณะเดียวกัน แต่ทว่าจะถือเป็นสัญญาใดนั้นหาได้ไม่

ลักษณะอันคล้ายกับสัญญาซื้อขายในประการแรกก็คือ ถ้อยคำในสัญญานี้เป็น ถ้อยคำที่ใช้ในการซื้อขาย ยกเว้นจะเพาะคำว่า ผู้ซื้อ ซึ่งใช้ว่า นายเงิน แทน ประการต่อมา ก็คือ มีการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ขายไปยังนายเงินโดยอาศัยราคาจำนวนหนึ่ง แต่ส่วนที่ ต่างกับสัญญาซื้อขายก็คือ การโอนนี้ไม่บริบูรณ์หรือเด็ดขาด บุคคลผู้ที่ถูกขายมาไม่ตก อยู่ภายใต้อำนาจของผู้รับโอนทุกประการ แม้จะได้ตกอยู่ในฐานะเป็นทาส นายเงินก็ไม่มี สิทธิเหนือผู้นี้กว้างขวางเท่ากับทาสอันแท้จริง คนผู้นี้ยังเป็น “ไทยครึ่งทาสครึ่ง”^(๑) และ ถ้อยคำที่ว่ายังเป็นคนของผู้ขายอยู่^(๒) เนื่องจากการโอนนี้มิได้เป็นการเด็ดขาด ผู้ขายยังคง สงวนสิทธิที่จะไถ่บุคคลผู้เป็นเรือนเบี้ยกลับคืนมาได้ โดยชำระราคาค่าตัวคืนให้นายเงิน

(๑) ดูพัวเมียบทที่ ๔๗

(๒) ดูทาสบทที่ ๕, ๑๕ และ ๒๕

ฝ่ายนายเงินอาจบังคับให้ผู้ขายส่งเงินค่าตัวมาโดยคืนบุคคลผู้ถูกขายให้เช่นเดียวกัน อนึ่งผู้ขายมีหน้าที่ผิดกับผู้ขายในการซื้อขายธรรมดา โดยผู้ขายยังต้องรับใช้เงินค่าตัวในกรณีที่ถูกขายหลบหนีหรือถึงแก่กรรมลง ด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่าเป็นการขายฝาก มิได้ขายเด็ดขาด

อนึ่ง สัญญาขายฝากทาสมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจำนำหลายประการ การขายคนลงเป็นทาสเป็นเสมือนหนึ่งผู้ขายได้กู้เงินจากนายเงิน และมอบคนของตนคนหนึ่งไว้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ตามหลักทั่วไปในสัญญาจำนำ การใช้แรงงานของบุคคลที่จำนำไว้ก็เท่ากับการใช้ดอกเบี้ย ด้วยเหตุนี้ เมื่อเจ้าหนี้ซึ่งงานบุคคลที่ได้รับจำนำไว้จึงเรียกได้แต่ต้นเงินเท่านั้น พระอัยการลักษณะกัณฑ์บทที่ ๖๐ ซึ่งกล่าวโดยจะเพาะถึงการจำนำทาสและสัตว์ แสดงให้เห็นว่าสัญญาจำนำเช่นนี้มีผลที่สำคัญเหมือนสัญญาขายฝากทาส คือลูกหนี้ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยประการหนึ่ง และต้องชำระหนี้ทันทีเมื่อทาสหรือสัตว์ที่จำนำหนีหายหรือล้มตายลงอีกประการหนึ่ง สัญญาขายฝากทาสกับสัญญาจำนำเพื่อประกันการกู้มีความใกล้เคียงกันอย่างแน่นอน เห็นได้อีกจากการที่กฎหมายใช้คำว่า ต้นเงินและดอกเบี้ย ทั้ง ๒ แห่งและจากบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งกล่าวไว้อย่างเดียวกันในสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาส แต่อย่างไรก็ดี ยังมีความแตกต่างกันที่สำคัญในระหว่างสัญญาทั้งสองนี้ ในสัญญาจำนำทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการจำนำนี้ หากผู้จำนำมิได้ไถ่คืนภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือหากมิได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งภายในระยะเวลา ๓ ปี จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้โดยให้ถือเอาเป็นการชำระหนี้ ส่วนในสัญญาขายฝากทาสนายเงินไม่อาจที่จะได้สิทธิเด็ดขาดในตัวบุคคลผู้เป็นเรือนเบี้ย แม้การซื้อขายได้มีขึ้นนานเท่าใดก็ตาม ถึงจะเกินกำหนดเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้กำหนดไว้สำหรับการไถ่คืน ผู้ขายยังคงสงวนสิทธิ์ที่จะไถ่ทาสผู้นั้นตามราคาที่ได้ขายไป และโดยนัยเดียวกัน นายเงินยังคงสงวนไว้ซึ่งสิทธิ์ที่จะบังคับให้ผู้ขายชดใช้เงินและรับตัวทาสนั้นคืนอยู่เสมอ

สรุปได้ว่า สัญญาขายฝากทาสเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษโดยจะเพาะ มีกฎข้อบังคับและมีผลจะเพาะตัว จึงควรศึกษาต่างหากจากสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจำนำ

๓๕. มูลที่มาแต่เดิมของสัญญาขายฝากทาสนี้ยังไม่ปรากฏชัด แต่น่าสันนิษฐานว่าเป็นวิธีทำการกู้วิธีหนึ่ง ซึ่งกระทำกันในสมัยหนึ่งแต่โบราณ คือเพื่อที่จะหลุดพ้นจากความผูกพันในการที่ต้องรับใช้เจ้าหนี้ ผู้ผู้ได้ตกลงกับเจ้าหนี้ส่งสมาชิกแห่งครอบครัวคนหนึ่ง เป็นจำนำเพื่อประกันการชำระหนี้นั้น เราจะได้ศึกษาในหมวดต่อไปว่า การจำนำนี้เป็นวิธีการที่มีมาแต่โบราณ และโดยการมอบคนเข้าเป็นจำนำนี้เอง ลูกหนี้นอกจากจะไม่ต้องรับใช้แรงงานให้เจ้าหนี้แล้วยังได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระดอกเบี้ย เพราะเจ้าหนี้

ได้รับแรงงานของผู้เป็นจำนำแทนในวาระเดียวกัน การจำนำเป็นการแสดงให้บุคคลทุกคนเห็นประจักษ์ว่า ได้มีหนี้สินเกิดขึ้นโดยมีสมาชิกแห่งครอบครัวของลูกหนี้ไปปรากฏตัวอยู่ที่บ้านเจ้าหนี้ จึงเป็นเหตุที่ทำให้ลูกหนี้ปฏิเสธสัญญาเสียมิได้ และเพื่อที่จะได้หลุดพ้นจากหนี้โดยสิ้นเชิง ลูกหนี้จำเป็นต้องไถ่บุคคลที่ตนนำไปจำนำไว้กลับคืนมา วิธีการเช่นนี้จึงเป็นประโยชน์ทั้งทางฝ่ายเจ้าหนี้และทางฝ่ายลูกหนี้ เดิมทีเดียวบุคคลผู้เป็นจำนำคงตกเป็นสิทธิขาดของเจ้าหนี้ เช่นเดียวกับการจำนำสิ่งอื่น ๆ คือกตกเป็นทาสโดยเด็ดขาด หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดที่ได้ตกลงกันไว้ หรือเมื่อระยะเวลาซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ ๓ ปีได้ผ่านไป ข้อบัญญัตินี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของเขมร (ซึ่งย่อมมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเก่าของไทยอย่างแน่นอน) และได้ถูกยกเลิกไปเมื่อมหาศักราช ๑๖๑๕ (พ.ศ. ๒๒๓๖)^(๑) ทั้งนี้จะได้มีอยู่ยาวนานเหมือนกันในประเทศสยาม แต่ในระหว่างนั้น การใช้กรรมธรรม์ในการกู้ไต่เป็นที่นิยมมากขึ้น การทำกรรมธรรม์เป็นหลักฐานเช่นนี้มีผลทำให้หนี้แน่นอนและถาวร จะหนีตลอดเวลาที่เจ้าหนีถือกรรมธรรม์ไว้ บุคคลผู้จำนำอาจที่จะอยู่ในฐานะเป็นประกันก็ได้ตลอดไป โดยไม่จำเป็นต้องตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าหนี้เช่นเดิม แต่เพื่อที่จะบรรลุลูกหนี้ที่ประสงค์อันนี้ ได้จำเป็นต้องใช้วิธีอื่นช่วยนอกจากการจำนำดังนี้ ผู้เป็นฝ่ายจึงดำริทำสัญญาขึ้นขึ้นตามแบบแห่งสัญญาซื้อขาย เพราะเมื่อบุคคลคนหนึ่งถูกขายมาย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้รับซื้อตลอดไป แต่ในขณะที่เดียวกันผู้ขายรับผูกพันในสารกรรมธรรม์ว่า จะชดใช้ราคาให้แก่ผู้ซื้อในกรณีที่บุคคลผู้ถูกขายมาหลบหนีหรือถึงแก่กรรมลง ตามที่ตกลงมานี้เห็นได้ว่าหน้าที่กลับกันไปเสีย คือแทนที่บุคคลผู้ตกเป็นเรือนเบี้ยจะเป็นประกันการชำระหนี้ กลับให้ลูกหนี้เป็นผู้ค้ำประกันเรือนเบี้ยนั้น แต่นี่ก็เป็นเพียงวิธีที่จะปิดบังวิธีการที่แท้จริงซึ่งได้แก่การจำนำเท่านั้น

๓๖. ผลอันสำคัญแห่งสัญญาขายฝากทาสก็คือ ทำให้บุคคลที่เป็นไทยลดฐานะลงเป็นทาส แต่ในคำบรรยายนี้จะยังไม่กล่าวถึงเรื่องนี้โดยละเอียด จะได้ศึกษาในตอนที่ว่าด้วยฐานะของบุคคล เพราะฐานะของทาสขายฝากนั้นย่อมจะไม่เข้าใจได้ดี นอกจากจะเทียบกับฐานะของทาสชนิดอื่น ๆ ขณะนี้จะชี้ให้เห็นแต่เพียงว่าฐานะของทาสขายฝากในสมัยกรุงศรีอยุธยาแตกต่างกับฐานะของทาสธรรมดาหลายประการ ข้อแรกทาสขายฝากอาจพ้นจากความเป็นทาสได้เมื่อได้ชดใช้ค่าตัวให้แก่นายเงิน ผู้ขายทาสประเภทอื่น ๆ ไม่มีสิทธิไถ่ตัวตามกฎหมาย อีกประการหนึ่งทาสขายฝากไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของนายเงินอย่างเด็ดขาดเช่นทาสอื่น ๆ นายเงินมีอำนาจอันจำกัด เพราะทาสขายฝากยังมีส่วนเป็น

(๑) ดูคำแปลใน A. Leclère, Codes Cambodgiens เล่ม ๒ หน้า ๔๘๕

คนของผู้ชายดังกล่าวมาแล้ว จนถึงสมัยอันไม่สู้จะห่างจากสมัยเรานี้เอง ทาษทุกชนิดจึงได้มีฐานะเช่นเดียวกับทาษชายฝาก ดังที่จะได้อธิบายในบทที่ว่าด้วยการเป็นทาษ

ในบทนี้จะได้อธิบายถึงแบบของสัญญาขายฝากทาษและผลของสัญญานี้ในระหว่างผู้ชายและนายเงิน

๑. แบบของสัญญาขายฝากทาษ

๓๗. เราได้อธิบายมาแล้วว่า สัญญานี้ต้องกระทำเป็นเอกสารพิเศษซึ่งมีชื่อเรียกว่า สารกรมธรรม์ เช่นเดียวกับสัญญากู้

ในเบื้องต้นควรสังเกตว่า เพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา จำเป็นต้องมีเอกสารฉบับนี้เช่นเดียวกับในเรื่องสัญญากู้ หากบุคคลหนึ่งได้ถูกขายมาโดยมิได้ทำสารกรมธรรม์ต่อกัน บุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจของนายเงินโดยเด็ดขาด และนายเงินก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องเอากับผู้ชายแต่อย่างใด ส่วนผู้ชายก็ไม่มีสิทธิไถ่ทาษนั้นคืนนอกจากนายเงินจะอนุญาตให้เป็นพิเศษ (ทาษ บทที่ ๑๐) ถ้าไม่มีกรมธรรม์ การซื้อขายจึงเป็นการซื้อขายอย่างธรรมดา ซึ่งตามหลักमतต้องบังคับให้มีเอกสารเป็นหลักฐาน แม้วัตถุประสงค์ของการซื้อขายจะเป็นคนก็ตาม การที่ทำสารกรมธรรม์ขึ้นก็เพื่อจะรักษาความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้ชายกับนายเงิน และเพื่อแสดงว่ามี การเกิดขึ้นระหว่างผู้เป็นฝ่ายทั้งสอง ซึ่งเป็นเหตุอันแท้จริงที่ก่อให้เกิดวิธีการขึ้นในสัญญาซื้อขายที่ไม่มีกรรมธรรม์ การซื้อขายย่อมมีแต่ผลตามธรรมดา คือ เมื่อผู้ซื้อชำระราคาและผู้ขายส่งมอบผู้เป็นทาษแล้วสัญญาก็เป็นอันเสร็จสิ้นลง ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองไม่มีหน้าที่ต้องผูกพันอะไรต่อกันอีก สารกรมธรรม์จึงมิใช่เป็นแบบซึ่งต้องการเพื่อพิสูจน์ความผูกพันเท่านั้น แต่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะก่อให้เกิดความผูกพันของการขายฝากโดยเฉพะ

๓๘. เรายังไม่สามารถทราบว่าสารกรมธรรม์ทาษแต่เดิมทำตามแบบอย่างใด แต่น่าสันนิษฐานได้ว่าเป็นเอกสารพิเศษ ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับกรมธรรม์กู้ ตามข้อความที่ได้พรรณามาแล้วในหมวดก่อนที่ว่าด้วยแบบของสัญญากู้จึงจะไม่กล่าวซ้ำอีก ณ ที่นี้ พึงสังเกตว่าการเข้าแทรกแซงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในสัญญาขายฝากทาษเป็นที่เข้าใจได้ง่าย เพราะโดยผลของสัญญานี้ ทำให้บุคคลผู้เป็นไทยกลายเป็นทาษลง และย่อมเป็นเหตุให้อำนาจของมูลนายซึ่งบุคคลผู้นี้สังกัดอยู่ลดลงไปไม่มากนักน้อย ความจริงปรากฏว่าในปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา สารกรมธรรม์ทาษเป็นเอกสารฝ่ายเอกชนธรรมดาเช่นเดียวกับกรมธรรม์กู้ แต่ในสมัยนั้นมีบทกฎหมายหลาย

บทที่ตราขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะปลดปล่อยอุปสรรคซึ่งเกิดจากการสูญสิ้นของแบบพิธี ซึ่งแต่เดิมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับกรรมกรรม ลาลูแบร์กล่าวไว้ว่า เมื่อบุคคลผู้เป็นไทยตกอยู่ในความยากจนจนแก่คนั้น เขาจะต้องไปแจ้งต่อมูลนายเป็นคนแรกเพื่อขอความช่วยเหลือ และมูลนายมีเอกสิทธิที่จะรับเอาบุคคลนี้ลงเป็นทาสก่อนบุคคลอื่น^(๑) เช่นนี้ไพร่ที่อยู่ใต้สังกัดมูลนายแล้ว กลายลงเป็นทาสของมูลนายนั่นเอง จึงไม่ผู้จะมีการเปลี่ยนแปลงในอำนาจทางฝ่ายปกครองเท่าใดนัก ต่อเมื่อมูลนายไม่ร่ำรวยพอที่จะช่วยเหลือคนของตนและรับใช้หนี้สินให้ บุคคลผู้ยากจนจึงไปร้องขอต่อผู้อื่นได้ ในกรณีเช่นนี้ประมุขเจ้าสังกัดต้องสืบสวนให้แน่นอนว่า ไพร่ผู้ซึ่งชวนขายจะขายตนนั้นมีความจำเป็นบังคับอยู่แท้จริง พระราชกำหนดพระเจ้าท้ายสระบัญญัติโทษทางอาญาแก่บุคคลที่มีได้ปฏิบัติตามวิธีนี้^(๒) ดังนี้แม้กรรมกรรมทาสจะได้กลายมาเป็นเอกสารฝ่ายเอกชนก็ตาม สัญญาขายฝากทาสก็ยังคงตกอยู่ในความตรวจตราของเจ้าหน้าที่ทางฝ่ายปกครองและไม่อาจที่จะทำได้โดยอิสระระหว่างผู้เป็นฝ่าย แต่ทว่าในทางปฏิบัติการควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ได้ก่อให้เกิดผลเพียงไรยังเป็นปัญหาอยู่

๓๙. ในต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ กรรมกรรมทาสกลับตกอยู่ภายใต้แบบพิเศษอีก พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ได้มีพระบรมราชโองการให้กรรมกรรมทาสนี้กระทำต่อหน้าลูกขุน ณ ศาลหลวง หรือต่อหน้าเจ้าเมืองกรมการในหัวเมือง แต่แบบพิธีเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่นผิดไปจากแบบพิธีเดิม แบบพิธีเหล่านี้มุ่งที่จะคุ้มครองนายเงินต่อภัยแห่งการถูกรอนสิทธิ ซึ่งมีมักจะปรากฏขึ้นบ่อยๆ ในโอกาสที่มีความปั่นป่วนอันเนื่องมาจากสงครามกับพม่า ทาสซึ่งหลบหนีมาได้สมคบกับบุคคลที่สามให้นายนำไปขาย เมื่อได้รับเงินค่าตัวมาแล้วผู้ชายก็หลบหนีหน้าไป นายเงินใหม่นี้ยอมหมดหนทางที่จะไล่เบียดเบียนเงินค่าตัวได้ เมื่อนายเงินแท้จริงเรียกเอาตัวทาสคืนเพื่อที่จะกำจัดความยุ่งยากดังกล่าว จึงได้มีพระราชกำหนดให้ทำกรรมกรรมทาสต่อหน้าลูกขุนหรือเจ้าเมือง ลูกขุนหรือเจ้าเมืองต้องทำการสืบสวนและยอมทำกรรมกรรมให้ ต่อเมื่อเป็นที่แน่นอนว่าผู้ขายมีสิทธิที่จะขายทาสนั้นได้ แต่การปฏิบัติตามพระราชกำหนดนี้ได้ก่อให้เกิดความยุ่งยากขึ้นอีกในไม่ช้า จึงเมื่อปี พ.ศ. ๒๓๓๘ ได้มีพระราชกำหนดขึ้นใหม่บัญญัติว่า ไม่จำเป็นต้องทำกรรมกรรมต่อหน้าลูกขุนหรือเจ้าเมือง นอกจากนายเงินมีเหตุสงสัยการซื้อขายนั้น คือใน

(๑) Du Royaume de Siam เล่ม ๑ หน้า ๒๓๙

(๒) พระอัยการบาหนะแหก (มูลคดีวิวาท) บทที่ลงวันพฤหัสบดีแรม ๔ ค่ำ เดือน ๑๑ ปีมะโรง จอศก จุลศักราช ๑๐๘๖ ตรงกับวันที่ ๕ ตุลาคม พ.ศ. ๒๒๖๗

กรณีที่นายเงินไม่รู้จักบุคคลที่ถูกนำมาขายและตัวผู้ขายเองตลอดจนผู้ประกัน^(๑) การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเข้าเกี่ยวข้องกับในการซื้อขายจึงไม่ถือว่าเป็นการจำเป็น เพื่อความเป็นผลของสัญญาตั้งแต่บัดนั้นมา สุดแล้วแต่นายเงินจะเห็นสมควรว่า จะเลือกปฏิบัติหรือละเลยเสีย ดังนี้เมื่อประเทศสงบเรียบร้อยดีแล้ว นายเงินก็ค่อย ๆ เลิกที่จะร้องขอการเข้าเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเหตุที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมและเสียเวลาชักช้า สารกรมธรรม์จึงกลายมาเป็นเอกสารฝ่ายเอกชนดังเช่นปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาอีก

แต่ทว่าข้อขัดข้องอันเนื่องมาจากการที่กรมธรรม์มีลักษณะเป็นเอกสารฝ่ายเอกชน ไร่จะสุดสิ้นลงที่เดียวก็หาไม่ และการฟ้องร้องโต้เถียงระหว่างนายเงินกับผู้ขายและทนายยังคงมีอยู่เป็นจำนวนมาก ปัญหานี้ได้มาสุดสิ้นลงอย่างเด็ดขาดเมื่อต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ประกาศลงวันที่ ๒๒ กันยายน พ.ศ. ๒๔๑๑ ได้บัญญัติว่า สารกรมธรรม์ทนายทุกฉบับต้องทำขึ้นต่ออำเภอหรือกำนัน^(๒) อำเภอหรือกำนันจะอ่านข้อความให้แก่ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองทราบ และผู้เป็นฝ่ายจะได้ลงนามต่อหน้าอำเภอหรือกำนัน อำเภอหรือกำนันจึงจะลงนามด้วยและประทับตราเป็นสำคัญ นอกจากนั้นอำเภอหรือกำนันต้องลงทะเบียนกรมธรรม์นี้ไว้ อำเภอหรือกำนันมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายต่อผู้เป็นฝ่าย หากการซื้อขายต้องเสียไปเพราะความบกพร่องของแบบตามกฎหมาย^(๓) สารกรมธรรม์ทนายเก่าทุกฉบับจะต้องกระทำขึ้นใหม่ให้ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้โดยประกาศนี้ภายในกำหนด ๑ ปี กรมธรรม์ใดที่มีได้ประทับตราอำเภอหรือกำนันจะนำมาว่ากล่าวฟ้องร้องหาได้ไม่ ต่อมาประกาศปี พ.ศ. ๒๔๒๕ ได้ให้ความสะดวกแก่นายอำเภอหรือกำนันโดยออกแบบพิมพ์พิเศษซึ่งมีต้นขี้ให้ใช้ในการขายทนาย ถ้าไม่ใช้แบบพิมพ์นี้การขายเป็นอันไร้ผลทีเดียว^(๔) กรมธรรม์ทนายจึงกลายมาเป็นเอกสารฝ่ายเมืองอันแท้จริง และสิทธิของผู้มีนามในกรมธรรม์ก็เป็นสิทธิที่มั่นคงยากที่จะโต้แย้งได้

(๑) พระราชกำหนดใหม่ จะมีปีที่ ๑๙ วันเสาร์ ขึ้น ๑ ค่ำ เดือน ๑๐ ปีเถาะ สัปตศก จุลศักราช ๑๑๕๗ ตรงกับวันที่ ๑๕ สิงหาคม พ.ศ. ๒๓๓๘

(๒) ประกาศวันพฤหัสบดีแรม ๑๓ ค่ำ เดือน ๑๐ ปีมะเมีย โทศก จุลศักราช ๑๒๓๒ ราชกิจจานุเบกษา ปี ๑๒๓๘ หน้า ๙๘ กฎหมายไกรสีเล่ม ๑ หน้า ๒๔ ต่อมาเมื่อตำแหน่งกำนันได้มากลายเป็นตำแหน่งที่ตั้งขึ้นโดยคะแนนเสียง ก็ไม่ถือว่ากำนันเป็นเจ้าหน้าที่สำหรับทำกรมธรรม์ตั้งแต่นั้นมา

(๓) ดูตัวอย่างความรับผิดชอบในคำตัดสินของลูกขุนเมื่อวันพฤหัสบดีแรม ๑๐ ค่ำ เดือนอ้าย ปีชวด จุลศักราช ๑๒๔๐ (๑๙ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๒๑) พิมพ์อยู่ในราชกิจจานุเบกษา ปี ๑๒๔๐ หน้า ๓๐

(๔) ประกาศวันพฤหัสบดี ขึ้น ๗ ค่ำ เดือนสี่ ปีมะเมีย จุลศักราช ๑๒๔๔ ตรงกับวันที่ ๑๕ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๒๕ ราชกิจจานุเบกษา ปี ๑๒๔๕ หน้า ๕ กฎหมายเก่าใหม่ เล่ม ๑ หน้า ๔๖๖-๔๖๘

เมื่อต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ทางกรมได้มีความคิดว่าจะยกเลิกทาสเสียเป็นคั่น ๆ จึงนำสนธิสัญญาที่ได้ว่า ประกาศฉบับ ปี พ.ศ. ๒๔๑๑ ซึ่งบังคับให้การทาสกรรมกรรมทาสตกอยู่ในแบบพิธีที่เข้มงวด คงจะมีความประสงค์โดยทางอ้อมที่จะตระเตรียม และให้ความสะดวกในการเลิกทาสซึ่งจะได้เริ่มในไม่กี่ปีต่อมาภายหลัง

๒. ผลของสัญญาขายฝากทาสระหว่างนายเงินและผู้ขาย

๔๐. ระหว่างนายเงินและผู้ขาย ผลของสัญญานี้โดยทั่วไปย่อมเป็นเช่นเดียวกับผลระหว่างผู้เป็นฝ่ายในสัญญาผู้ แต่โดยเหตุที่วิธีการนี้มีรูปคล้ายการซื้อขายอยู่ด้วย จึงทำให้ความสัมพันธ์เหล่านี้เปลี่ยนแปลงไปบ้างเล็กน้อย เราจะได้ศึกษาถึงหน้าที่ทางฝ่ายนายเงินก่อนแล้วจึงจะได้ศึกษาถึงหน้าที่ทางฝ่ายผู้ขายต่อไป

ก) หน้าที่ของนายเงินซึ่งมีต่อผู้ขาย

ทางฝ่ายนายเงิน วิธีการอันสำคัญอยู่ที่การกู้ที่มุ่งจะช่วยเหลือบุคคลผู้ตกอยู่ในหายนะ มิใช่เป็นการซื้อขาย ด้วยเหตุนี้ในสัญญาขายฝากทาสผู้ซื้อคือนายเงินจะซื้อเชื่อตั้งเช่นในการซื้อขายธรรมดาไม่ได้ ยิ่งกว่านั้นกฎหมายเสมือนลงโทษนายเงินที่ใช้แรงงานของผู้เป็นเรือนเบี้ยก่อนที่จะได้ชำระค่าตัวให้ โดยกฎหมายไม่ยอมให้ได้รับค่าเสียหายหรือให้ได้แต่เพียงบางส่วนในความเสียหายที่เรือนเบี้ยอาจกระทำขึ้นในระหว่างทำงานให้แก่นายเงินนั้น (ทษ ๑๑) นายเงินผู้กระทำดังนี้ถือว่าเป็นคนมักง่าย กระหายที่จะได้รับดอกเบี้ยก่อนที่จะได้ง่ายต้นเงินไป ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า สัญญาขายฝากทาสก็เช่นเดียวกับสัญญาผู้ คือจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการชำระราคาให้ผู้ขายแล้ว

ราคาที่ซื้อขายกันนี้โดยปกติต่ำกว่าราคาของทาสที่จะขายขาดได้ในท้องตลาด ที่เป็นดังนี้ก็เพราะทาสผู้ถูกขายมา ที่จริงก็เป็นแต่นำมาจำนำไว้ต่อนายเงินเท่านั้น และตามความคิดของคนในสมัยโบราณเพื่อที่จะเป็นประกันต่อเจ้าหนี้ได้เต็มที่ สิ่งจำนำต้องมีมูลค่าสูงกว่าจำนวนหนี้ซึ่งเอาประกันไว้ หนี้เดิมอาจเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณได้ เมื่อบวกกับดอกเบี้ยที่ค้างชำระหรือเมื่อลูกหนี้ปฏิเสธต่อผู้เจ้าหนี้ เพื่อที่จะให้เป็นที่น่าพอใจ จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนจึงจำต้องให้ทาสซึ่งมาเป็นจำนำนั้นมีราคาในตัวเป็น ๒ เท่าของราคาที่ได้นำมาขายฝากไว้ ในพระอัยการทาสมีหลายมาตราที่แสดงให้เห็นแนวความคิดทำนองนี้ แต่โดยเหตุที่การขายฝากทาสนี้เปลี่ยนไปเป็นการซื้อขายยิ่งขึ้นทุกที ในกาลต่อมาจึงไม่ถือเป็นสาระสำคัญในเรื่องจำนวนเงินที่ได้จ่ายไป แต่นายเงินก็คงอยู่ในฐานะเป็นผู้ให้เงินกู้ตั้งแต่ก่อน

โดยเหตุที่สัญญาขายฝากทาสเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นด้วยเงินสด นายเงินจึงย่อมไม่มีหน้าที่ผูกพันอะไรต่อผู้ขายอีก มีหน้าที่แต่เพียงว่าเมื่อผู้ขายนำเงินค่าตัวของทาสมาไถ่ให้ นายเงินต้องส่งตัวทาสนั้นคืนไป หน้าที่ดังกล่าวนี้มีผลสำคัญอยู่ที่การปลดทาสให้เป็นไท จึงจะได้ศึกษาในบทที่ว่าด้วยการเป็นทาส วิธีที่ทาสได้หลุดเป็นไทโดยชดใช้ค่าตัวให้หนี้ได้ค่อย ๆ นำมาใช้เป็นประโยชน์แก่ทาสทุกชนิดแม้ทาสชนิดชายขาดซึ่งแต่เดิมไม่มีสิทธิไถ่ได้เลย

ข) หน้าที่ของผู้ขายซึ่งมีต่อนายเงิน

๔๑. โดยไม่ถือเอาชื่อซึ่งใช้เรียก ผู้ขายก็คือ ผู้กู้โดยแท้ มีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ต้นเงินที่ได้รับไปจากนายเงิน คือ ค่าตัวของทาสคืนให้แก่นายเงินตามเวลาที่กำหนดไว้ในกรมธรรม์ หรือเมื่อนายเงินเรียกร้องให้คืนหากมิได้กำหนดเวลากันไว้

ความแตกต่างกันระหว่างผู้ขายกับผู้กู้มีอยู่เพียงประการเดียว คือผู้ขายนี้มีหน้าที่ชดใช้แต่ต้นเงินเท่านั้น ไม่จำต้องชำระดอกเบี้ยอีกด้วย แต่ที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะทาสผู้เป็นเรือนเบี้ยความจริงเป็นการนำมาจำนำซึ่งตามหลักทั่วไป ผลของงานซึ่งนายเงินได้รับจากสิ่งจำนำนี้ ถือเสมือนหนึ่งเป็นการชำระดอกเบี้ย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วเมื่อทาสผู้เป็นเรือนเบี้ยทำงานให้แก่นายเงิน การงานนี้ย่อมชดใช้ดอกเบี้ยอยู่ในตัว แต่หากนายเงินและผู้ขายตกลงกันว่า ทาสผู้เป็นเรือนเบี้ยจะไม่ต้องทำงานให้แก่นายเงิน ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ทำกันได้และในทางปฏิบัติมักจะทำกันบ่อย ๆ ผู้ขายย่อมจะต้องผูกพันให้เสียดอกเบี้ยตามอัตราที่เป็นประเพณีหรือตามที่กำหนดในกรมธรรม์ เมื่อมีข้อตกลงเช่นนี้ สัญญาขายฝากทาสจึงมิได้ผิดแผกไปจากสัญญาผู้ นอกจากถ้อยคำที่ใช้เท่านั้น ข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับการกำหนดจำนวนดอกเบี้ยและที่ห้ามดอกเบี้ยทบต้น ดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น ย่อมนำมาใช้บังคับได้

หากผู้ขายปฏิเสธไม่ยอมใช้ค่าตัวทาสและดอกเบี้ยที่ค้างชำระ นายเงินก็ยังคงไม่มีสิทธิที่จะยึดถือเอาตัวทาสขายฝากมาเป็นทาสขาดค่าได้ ได้บรรยายมาแล้วว่า นี่คือนิติลักษณะพิเศษและสำคัญของสัญญาขายฝากทาส ตามกฎหมายนายเงินมีสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติได้ ๒ ทาง คือ อาจที่จะคืนตัวทาสนั้นให้แก่ผู้ขายไปเพื่อหานายเงินใหม่มาช่วยไถ่ทาสนั้น ในกรณีเช่นนี้ ผู้ขายก็สามารถที่จะเอาจำนวนเงินที่ได้จากการขายครั้งหลังนี้มาชดใช้นายเงินคนแรกได้ (ทาส ๓๕) เมื่อการตกลงดังกล่าวมานี้ไม่สามารถทำได้ ซึ่งเป็นสิทธิของทั้ง ๒ ฝ่ายที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ นายเงินก็มีสิทธิที่จะมอบตัวทาสไป

ให้ตระลาการ ตระลาการจะได้บังคับให้ผู้ขายนำเงินมาใช้ให้นายเงิน แล้วผ่อนผันให้ผู้ขายและญาติพี่น้องของทาสเรียไรเงินหรือให้ชวนขวายนายเงินใหม่ ถ้าไม่สามารถหาเงินหรือหานายเงินใหม่ได้ ตระลาการจะได้จัดการขายทาสเอาเงินที่ขายได้มอบให้แก่นายเงินไป (ทาส ๗ และ ๕๒) ทาสซึ่งศาลขายให้แก่ผู้ที่มีประมูลราคาสูงสุดนั้นจะตกอยู่ในอำนาจของผู้ไถ่โดยเด็ดขาด โดยไม่จำกัดราคาซื้อขายกันว่ามากน้อยเพียงใด

โดยปกติ นายเงินมักจะไม่เรียกร้องบังคับให้เร่งชำระเงินคืน นอกจากจะมีความจำเป็นจริงๆ ในเมื่อการรับใช้ของทาสเป็นการให้ดอกเบี้ยอยู่แล้ว และตัวทาสเองเป็นประกันต้นเงินอยู่ จึงไม่มีเหตุอย่างใดที่นายเงินจะต้องรีบเร่งเรียกเงินคืนตลอดเวลาที่การทำงานของทาสเป็นที่พอใจ นอกจากนั้น ณ ที่นี้ยังมีข้อแตกต่างกับสัญญาคู่อีกประการหนึ่ง เราจะได้เห็นต่อไปว่าตามกฎหมาย ผู้ให้กู้ซึ่งละเลยไม่เรียกร้องให้ชำระหนี้ เสียสิทธิเรียกร้องภายหลังอายุความ ๑๐ ปี แต่ในสัญญาขายฝากทาสตรงกันข้าม หนี้ของนายเงินไม่ตกอยู่ในบังคับแห่งอายุความตราบเท่าที่เรือนเบี้ยยังคงอยู่กับนายเงิน ๗ ย่อมบังคับใช้ชำระค่าตัวได้เสมอ แม้เรือนเบี้ยจะได้อยู่มาเกินกว่า ๑๐ ปีโดยนายเงินมิได้ทวงเงินค่าตัวต่อผู้ขายเลย ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะสัญญาขายฝากทาสมีรูปสัญญาซื้อขายอยู่ด้วย โดยอาการเช่นนี้ อายุความจึงไม่อาจใช้บังคับได้ อีกประการหนึ่งการที่เรือนเบี้ยอยู่ที่บ้านนายเงินเป็นประจำก็เป็นการแสดงหลักฐานแห่งหนี้ในตัว

การที่สัญญาขายฝากทาสมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายอยู่บ้างดังที่กล่าวมานี้เอง ทำให้มีการนำเอาข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายบางข้อมาใช้ในสัญญาขายฝากทาส เช่น ข้อบัญญัติในเรื่องหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องส่งมอบตัวทาสและรับผิดชอบในการอนสิทธิข้อบัญญัติเหล่านี้จะได้ศึกษาในเมื่อบรรยายถึงสัญญาซื้อขาย

๔๒. อาจเป็นเพราะลักษณะของสัญญาขายฝากทาสเป็นไปทางสัญญาซื้อขายนี้เอง ที่เป็นเหตุให้กฎหมายเกาถือผู้ขายเสมือนเป็นผู้ประกัน และบัญญัติให้ผู้ขายในฐานะเป็นผู้ประกันนั่นเอง ต้องรับใช้ค่าตัวทาสเมื่อทาสหนีหายหรือถึงแก่กรรมลง แต่ความจริงหน้าที่ของผู้ขายเหล่านี้มีอยู่เกินกว่าหน้าที่ในการค้าประกันธรรมดา ดังจะเห็นในหมวดหน้า ตามกฎหมายเกาผู้ประกันมีหน้าที่แต่เพียงนำตัวลูกหนี้มาส่งมอบเท่านั้น แต่ในสัญญาขายฝากทาส ผู้ขายมีหน้าที่ต้องใช้หนี้สิน คือ ค่าตัวทาส แม้ทาสนั้นยังคงปรากฏตัวอยู่กับนายเงิน และทั้งในกรณีที่ทาสนั้นถึงแก่กรรมลงด้วย การที่เป็นดังนี้ น่าจะมาจากความคิดที่ว่า ทาสได้ถูกนำมาเป็นจำนำแก่นายเงิน เมื่อสิ่งที่เป็นจำนำสูญสิ้นไปย่อม

ทำให้บังคับหนี้ได้ทันที เช่น ทาษหลบหนีทาย นายเงินยอมเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ เพราะสิ่งที่เป็นประกัน ไม่มีเหลืออยู่ต่อไปแล้ว ผู้ขายจึงยอมพยายามติดตามหาตัวทาษจนได้และส่งกลับเป็นจำนำให้แก่ นายเงินดังเดิม แต่การที่สัญญาขายฝากทาษนี้มีรูปเป็นสัญญาซื้อขาย มิใช่เป็นการจำนำโดยตรง จึงได้ก่อให้เกิดบทบัญญัติพิเศษขึ้นโดยฉะเพาะในกรณีที่ทาษได้ถึงแก่กรรมลง ในกรณีเช่นนั้น ถ้าจะบังคับตามข้อบัญญัติเรื่องจำนำโดยเคร่งครัดย่อมจะนำมาซึ่งผลอันไม่น่าพึงใจ ได้มีความคิดเห็นกันในไม่ช้าว่าเป็นการอยุติธรรมอย่างยิ่ง ที่นายเงินซึ่งรับผลประโยชน์จากการใช้ของทาษขายฝากตลอดชีวิตของผู้หนี้แล้วยังคงบังคับเรียกร้องเอาค่าตัวทาษได้เต็มจำนวนอีกเมื่อทาษถึงแก่กรรมไปแล้ว เพราะผลประโยชน์ที่นายเงินได้รับในระหว่างที่ทาษขายฝากยังคงมีชีวิตอยู่นั้น ไม่สู้จะแตกต่างไปจากผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทาษขาดค่าอย่างใดนัก แต่ทว่าหลักนี้ยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมาย (ทาษ ๑, ๓๕, ๔๒) แต่ผู้บัญญัติกฎหมายได้พยายามทุเลาผลร้ายในหลักกฎหมายนี้ให้น้อยลงโดยตั้งข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดต่างๆ เช่น เมื่อทาษถึงแก่กรรมลงโดยการเจ็บป่วยเป็นโรค พระอัยการทาษบทที่ ๒๖ และ ๒๗ บัญญัติไว้หลายประการสุดแต่กรณีว่า นายเงินหรือผู้ขายได้เอาใจใส่เยียวยาทาษหรือเปล่าในระหว่างป่วยเจ็บนั้น ในบรรดากรณีเหล่านี้ นายเงินถูกลดหนี้เงินค่าตัวลงตามล่วนให้เหลือครึ่งหนึ่งหรือเศษหนึ่งส่วนสาม หรือน้อยลงกว่านั้นอีก ถึงแม้นายเงินจะมีได้มีความผิดแต่อย่างใดก็ตาม ยิ่งกว่านั้นหากเป็นทาษที่นายเงินไม่ใช้งานและตกลงให้ชำระดอกเบี้ยแทน ซึ่งเป็นทาษที่ต้องหาเลี้ยงตัวเอง พระอัยการทาษบทที่ ๒๖ ยังกำหนดว่า เมื่อทาษผู้นี้ถึงแก่กรรมลงด้วยโรคภัยไข้เจ็บ นายเงินจะเรียกร้องเอาจากผู้ขายได้ก็แต่สองในสามของราคาค่าตัวทาษเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ก็มีแต่ในกรณีที่ทาษถึงแก่กรรมลงเฉยๆ หรือโดยอุบัติเหตุเท่านั้นที่นายเงินจะเรียกร้องเอาได้เต็มจำนวนจากผู้ขาย แม้ในกรณีนั้นเองผู้ขายอาจได้ปลดออกจากภาระของผู้ประกันโดยบทกฎหมายพิเศษเสียอีกด้วย ดังนั้นเพื่อให้เห็นว่าในกรณีที่เรือนเบี้ยถึงแก่กรรมลง ผู้บัญญัติกฎหมายมักจะพยายามทำให้สัญญาขายฝากเข้าใกล้สัญญาซื้อขายให้มากที่สุด เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงผลอันอยุติธรรมซึ่งจะเกิดขึ้นหากถือโดยเข้มงวดว่าสัญญานี้เป็นสัญญาจำนำโดยแท้

ความพยายามอันนี้ได้รับผลเมื่อสมัยอันไม่สู้จะห่างไกลจากเรานี้เอง ในสมัยนั้นเนื่องจากการวิวัฒนาการ ซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทของคำบรรยายที่ว่าด้วยการเป็นทาษคงมีทาษเหลืออยู่เพียงประเภทเดียว คือ ไม่แบ่งเป็นทาษขายฝากหรือทาษขาย

ขาดตั้งสมัยก่อน^(๑) ผู้ชายในการขายฝาก มิได้เป็นผู้ซึ่งได้นำเอาเรือนเบี้ยมาเป็นจำนำแก่นายเงินตั้งแต่ก่อน แต่เป็นผู้ขายแท้จริงและมีฐานะไม่แตกต่างกับผู้ขายธรรมดา นอกจากมีหน้าที่พิเศษที่ต้องเป็นประกันเรือนเบี้ยเท่านั้น เช่นนี้หน้าที่ยอมระงับไปเมื่อเรือนเบี้ยถึงแก่กรรมลง และมีความรับผิดชอบต้องใช้เงินค่าตัวถัดต่อเมื่อเรือนเบี้ยหนี้หายไปเท่านั้น^(๒) ประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ ได้ยกเลิกบทบัญญัติส่วนมากที่เกี่ยวกับสิทธิของนายเงินในกรณีที่ทาสขายฝากถึงแก่กรรม เช่น บทที่ ๒๖, ๒๗, ๒๙ และ ๔๒ แห่งพระอัยการทาสเป็นต้น

สัญญาขายฝากทาสยังคงใช้กันอยู่จนถึงสมัยยกเลิกทาส ซึ่งได้มีเป็นลำดับมาในสมัยรัชกาลที่ ๕ เราจะได้ศึกษาถึงการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญนี้ในบทที่ว่าด้วยการเป็นทาส

ในปัจจุบัน สัญญาขายทาสต้องห้ามโดยกฎหมาย นอกจากจะตกเป็นโมฆะและไร้ผลทุกประการ ผู้เป็นฝ่ายในสัญญาจะถูกลงโทษจำและปรับอีกด้วย (กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๒๖๙)

๓. สัญญาค้ำประกัน

๔๓. สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาซึ่งใช้กันมาแต่สมัยดึกดำบรรพ์ ชุมชนมนุษย์ดั้งเดิมใช้ไปในการทำนองวางคนเป็นมัดจำ (Otage, hostage) เมื่อมีกรณีละเมิดเกิดขึ้น หากหมุ่คณะซึ่งเป็นพวกของผู้กระทำผิดไม่สามารถชดใช้ค่าทำขวัญ ซึ่งกำหนดไว้โดยจารีตประเพณีได้โดยพลัน หมุ่คณะนั้นก็ให้คำมั่นไว้ว่าจะชำระให้ภายในกำหนดเวลาหนึ่ง แต่ในสมัยนั้น คำมั่นนี้ไม่มีการบังคับด้วยการฟ้องร้องแต่อย่างใด ถ้าไม่ชำระค่าทำขวัญตามระยะเวลาที่กำหนด หมุ่คณะที่เป็นเจ้าหนี้ก็มีทางที่จะใช้สิทธิแก้แค้นเหมือนแต่เดิม โดยเข้ากระทำเอาต่อหมุ่คณะที่เป็นลูกหนี้ด้วยกำลังของตน การสงครามระหว่างหมุ่คณะจึงอาจจะเกิดและยืดเยื้อไปได้โดยไม่มีสิ้นสุด ฉะนั้นหมุ่คณะที่เป็นฝ่ายผิด มักจะมอบตัวสมาชิกไว้คนหนึ่งหรือหลายคนให้แก่หมุ่คณะผู้เป็นฝ่ายเสียหาย ซึ่งจะได้อักตัวไว้เป็นประกันในคำมั่นของอีกฝ่ายหนึ่ง จนกว่าจะได้รับการชำระจนเป็นที่พอใจ

(๑) ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ได้ลักษณะทาสบทที่ ๒ (ในกฎหมายฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ-ปก. ๒๕๒๔)

(๒) ดูเชิงอรรถกรมหลวงราชบุรีฯ ได้ลักษณะทาสบทที่ ๓๕ (ในกฎหมายฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ-ปก. ๒๕๒๔)

เช่นนี้ หมู่คณะที่เป็นฝ่ายผิดย่อมจะต้องชวนชวายเป็นเพื่อที่จะได้รับสมาชิกที่ไปวางเป็นมัดจำไว้กลับคืนมา เพราะการที่สมาชิกไปปรากฏอยู่ในหมู่มคณะอื่นย่อมเป็นการแสดงให้ระลึกถึงความผิดที่ได้กระทำอยู่เรื่อยๆ หากถึงกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ยังมีได้มีการชำระตามคำมั่น หมู่มคณะผู้เป็นฝ่ายเสียหายอาจที่จะแก้แค้นผู้ที่ถูกวางเป็นมัดจำนั้นโดยฆ่าเสียหรือเอาตัวลงเป็นทาส และถือว่าเป็นอันสุดสิ้นลงเพียงนั้น

การค้ำประกันในสัญญาต่าง ๆ ก็เท่ากับการวางคนเป็นมัดจำในกรณีละเมิด เมื่อวิธีการก็ได้มามีลักษณะเป็นสัญญา คือ เมื่อเจ้าหนี้ได้ยอมให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ต้องรับใช้ และยอมรับให้ลูกหนี้นำเงินมาชำระภายในกำหนดเวลาหนึ่ง ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าเจ้าหนี้คงไม่พอใจแต่เพียงคำมั่นของลูกหนี้เท่านั้น เพราะคำมั่นนี้แต่เดิมไม่ก่อให้เกิดหน้าที่อย่างอื่น นอกจากหน้าที่ทางศีลธรรมซึ่งมิได้มีการบังคับทางศาลแต่อย่างใด หากมิได้รับชำระตามกำหนดเวลา เจ้าหนี้ได้แต่กระทำการแก้แค้นทดแทนลูกหนี้โดยความอาฆาตเท่านั้น เช่นนี้เจ้าหนี้จึงมักจะบังคับให้ลูกหนี้นำคนในครอบครัวหรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งมาเป็นประกัน นี่คือการค้ำประกันและการจำนำนั่นเอง แรกเริ่มเดิมทีเจ้าหนี้นำเอาผู้เป็นประกันไปไว้ในบ้านและใส่ตรวนหรือจองจำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ต่อมาเจ้าหนี้ปล่อยให้ผู้เป็นประกันไปมาได้ตามลำพัง ไม่ต้องประจำอยู่บ้านเจ้าหนี้ ผู้เป็นประกันโดยมากเลือกเอาจากบรรดาผู้ซึ่งเจ้าหนี้มีความไว้วางใจ และเป็นผู้ที่รับรองต่อเจ้าหนี้ในความประพฤติของลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้หนี หรือบิดพลิ้วปฏิเสธหนี้สิน ผู้ประกันตกอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้แทน โดยชดใช้หนี้สิน หรือยอมตัวลงเป็นทาส ดังนั้นการประกันย่อมมีผลเป็นวิธีบังคับลูกหนี้โดยทางอ้อม ให้ชวนชวายเป็นตามสัญญาไว้ เป็นวิธีที่ทำให้คำมั่นของลูกหนี้ประจวบขึ้นด้วยอำนาจบังคับซึ่งไม่เคยมีอยู่แต่เดิม โดยเหตุที่ต้องรับผิดชอบแทนตัวลูกหนี้เช่นนี้ ผู้เป็นประกันย่อมต้องใช้ความบากบั่นให้ลูกหนี้ปฏิบัติหน้าที่ของตนต่อเจ้าหนี้เสมอ โดยปกติผู้เป็นประกันมักจะมีฐานะสูงกว่าตัวลูกหนี้เอง และมีอำนาจเหนือลูกหนี้อยู่ด้วย จึงเป็นคนที่เจ้าดูแลและระวังมิให้ลูกหนี้ซุ่มบายหลีกเลียงไปให้พ้นจากความผูกพันได้ โดยอาศัยการค้ำประกันนี้คำมั่นของลูกหนี้จึงมีหลักฐานที่ขึ้น

ในขณะที่เดียวกัน การค้ำประกันเป็นเสมือนวิธีประกาศให้บุคคลภายนอกทราบถึงความผูกพันอันมีอยู่ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ ข้อนี้เป็นข้อสำคัญที่จะต้องเข้าใจได้แน่ชัดเพื่อเข้าใจต่อไปในความวิวัฒนาการของความผูกพันตามสัญญา เนื่องจากการค้ำประกันนี้เองคำมั่นของลูกหนี้ได้มีการประกาศให้ประชาชนทราบ ทำให้คำมั่นนี้เป็นสิ่งที่

เห็นได้ประจักษ์เหมือนสิ่งอันมีรูปปรากฏอยู่ ทั้งนี้ก็เพราะตราบเท่าที่ผู้ค้าประกันยังมีได้หลุดพ้นออกไป เป็นการแสดงว่าหนี้ยังมิได้มีการชำระ ความผูกพันของลูกหนี้ย่อมมีเครื่องเตือนให้ระลึกถึงหน้าที่อยู่เสมอ จึงไม่เป็นที่ต้องหวาดเกรงว่า เมื่อพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดหนี้ล่วงพ้นไปนานเข้า ลูกหนี้จะลืมคำมั่นที่ได้ให้ไว้เสีย เพราะผู้ค้าประกันยังคงปรากฏตัวอยู่เพื่อคอยเตือนลูกหนี้นั้น ถ้าหากมีผู้ค้าประกันเป็นบุคคลที่เชื่อถือได้จริงๆ เจ้าหนี้อาจจะให้โอกาสแก่ลูกหนี้ที่จะผิดชำระหนี้ได้เป็นเวลานานโดยมิต้องกลัวอะไร สัญญาค้าประกันจึงทำให้ความผูกพันอันมีอยู่ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้มีสถานะมั่นคงและถาวรมากยิ่งขึ้น โดยเหตุผลดังกล่าวมานี้ ในสมัยโบราณ กรณีที่ลูกหนี้เข้าผูกพันต่อเจ้าหนี้ด้วยลำพังตนเองคนเดียวจึงหาได้ยาก บรรดาหนี้สินมักจะมีการให้ประกัน มีผู้ค้าประกันหรือผู้เป็นจำนำเสมอ^(๑) เรื่องนี้จะต้องกล่าวซ้ำเป็นพิเศษ เพราะโดยมากมักจะเข้าใจหน้าที่ของการประกันในประวัติศาสตร์กฎหมายสัญญาผิดไป ในทุกวันนี้ สัญญาค้าประกันเช่นเดียวกับสัญญาจำนำ เป็นแต่เพียงสัญญาอุปกรณ์ที่ใช้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นประธาน ในกฎหมายเก่าสัญญานี้มีหน้าที่เป็นประกันเหมือนกันก็จริงอยู่ แต่ในขณะเดียวกันเป็นทั้งเครื่องพิสูจน์ที่เกือบจะตัดออกเสียมิได้ถึงความผูกพันในสัญญาที่เป็นประธานเอง และอีกประการหนึ่งที่สำคัญยิ่งกว่าก็คือ สัญญาค้าประกันทำให้ความผูกพันของลูกหนี้มีสภาพแข็งแรงและคงอยู่ตลอดไป หากไม่มีสัญญาค้าประกันหรือสัญญาจำนำมาใช้ประกอบ หนี้ตามสัญญาอาจจะไม่ได้เกิดขึ้น หรือมิฉะนั้นก็ก่อให้เกิดความผูกพันอันไม่ยั่งยืน

๔๔. ในกฎหมายเก่าของไทย สัญญาค้าประกันใช้กันอย่างแพร่หลายมากในสัญญากู้หรือสัญญาขายฝากทาส แต่ไม่พบในสัญญาอื่น เพราะเหตุว่า บรรดาสัญญาอื่น ๆ ก่อให้เกิดแต่ความผูกพันชั่วคราวระยะเวลาสั้นทั้งสิ้น อีกประการหนึ่งสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาสมีผลเป็นการก่อให้เกิดความผูกพันในตัวบุคคลผู้เป็นลูกหนี้หรือทาสต่อเจ้าหนี้หรือต่อนายเงิน ดังบรรยายมาแล้วข้างต้น ลูกหนี้หรือทาสมีหน้าที่ ๆ จะต้องปรากฏตัวอยู่กับเจ้าหนี้หรือนายเงินเพื่อรับใช้การงาน ส่วนในสัญญาอื่นก่อก่อให้เกิดแต่ความผูกพันอันจำกัดโดยเกี่ยวกับการส่งคืนทรัพย์สินหนึ่งให้แก่ผู้มสิทธิเป็นต้น มิได้ก่อให้เกิดความผูกพันในการที่ทำให้บุคคลคนหนึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของอีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้น จึงมีแต่ในสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาสเท่านั้นที่การค้าประกันแสดงให้เห็นเป็นประโยชน์ได้ ในสัญญาขาย

(๑) ที่ได้กล่าวถึงการค้าประกันตอนนี้ ใช้ได้กับการจำนำเช่นเดียวกัน สัญญาจำนำนี้เป็นสัญญาเก่าแก่เท่ากับสัญญาการค้าประกัน และมีประโยชน์ทำนองเดียวกัน

ฝากทนายได้เห็นมาแล้วว่า ผู้ชายมีหน้าที่ประกันผู้เป็นทนาย แต่ความจริง หน้าที่ของผู้ชายเลขชี้ตของการเป็นผู้ค้ำประกันอย่างธรรมดา และมีรากฐานอยู่ในความคิดในเรื่องการกู้โดยมีจำนำซึ่งปะปนอยู่กับรูปของการซื้อขายอีกด้วย ฉะนั้นจะมีใช้ผู้ชายที่ควรเฟื่องถึงถึง ณ ที่นี้ แต่ผู้ค้ำประกันอื่นๆ ซึ่งอาจจะมิได้นอกจากผู้ชายเอง เพราะนายเงินอาจไม่พอใจแต่เพียงคำมั่นของผู้ชายเท่านั้น อาจขอให้มิบุคคลที่ ๓ เข้ามารับประกันทนายอีกก็ได้ และในบางกรณีบุคคลคนหนึ่งอาจเข้ารับเป็นประกันทนาย โดยมีได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการซื้อขายทนายนั้นแต่อย่างใด (ทษ ๖๓ และ ๙๒) ส่วนในสัญญากู้ การค้ำประกันยังคงใช้ประกอบด้วยเสมอไป แม้ถึงในสมัยที่หน้าที่ของลูกหนี้ได้กลายเป็นหน้าที่ของผู้กู้ยืมแล้วก็ตาม

นอกจากในสัญญากู้และสัญญาขายฝากทนาย การค้ำประกันยังปรากฏใช้กันอยู่ในการดำเนินคดียังโรงศาล ซึ่งประกอบเป็นสาระสำคัญอยู่ในวิธีพิจารณาคดีความเก่า บรรดาผู้เป็นฝ่ายในคดีต้องจำขังไว้ นอกจากจะหาผู้ค้ำประกัน เพื่อเป็นประกันในการนำตัวมาส่งศาลได้ วิธีนี้ยังคงปรากฏอยู่ในปัจจุบันแต่ในทางคดีอาญาเท่านั้น แต่เดิมวิธีนี้ใช้กันในคดีทุกเรื่อง และมีวัตถุประสงค์อันสำคัญอยู่ที่ให้ผู้เป็นฝ่ายทั้งสอง คือ ทั้งโจทก์และจำเลยมาแสดงตนต่อศาลโดยไม่ขาดนัด และไม่หลบหนีเมื่อถูกบังคับตามคำพิพากษา เพราะฉะนั้น จึง ไม่เป็นการแปลกที่บทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันปรากฏอยู่ในกฎหมายอันว่าด้วยวิธีพิจารณา มีพระอัยการลักษณะตระลาการ เป็นต้น ส่วนกฎหมายพระอัยการลักษณะกู้หนี้ยืมมีกล่าวไว้เพียง ๒ มาตรา ซึ่งมีความสำคัญอยู่แต่เพียงมาตราเดียว คือ บทที่ ๔๖

หากไม่เฟื่องถึงถึงความแตกต่างเล็กๆ น้อยๆ ข้อบัญญัติในเรื่องการประกันในศาลก็เหมือนกันกับข้อบัญญัติในเรื่องการประกันในสัญญา ฉะนั้น ณ ที่นี้จะได้ศึกษาการค้ำประกันทั้ง ๒ ชนิดนี้รวมกันไป

๔๕. สัญญาค้ำประกันต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติหลายบทกล่าวซ้ำถึงข้อนี้ และบัญญัติห้ามมิให้เจ้าหนี้บังคับหนี้สินเอาจากผู้เป็นญาติของลูกหนี้หรือทนาย แม้จะเป็นญาติที่สนิทเพียงใดก็ตาม หากญาติผู้หนีมิได้แสดงเจตนาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่ายอมเข้าเป็นผู้ค้ำประกัน (กฏ ๘ และ ๔๖ ทษ ๗๒ และ ๙๒ ตระลาการ ๓ และ ๘๔) ส่วนสัญญาค้ำประกันในศาล กฎหมายบัญญัติให้ศาลรับผู้ค้ำประกันแต่จะเพาะผู้ซึ่งบุตรภรรยายินยอมด้วย โดยยอมรับรู้เห็นการค้ำประกันนั้น (ตระลาการ ๓) เจ้าหนเองก็อาจ

ที่จะบังคับให้มีการค้าประกันสองชั้นเช่นนี้ได้ ตามประกาศลงวันที่ ๒๒ กันยายน พ.ศ. ๒๔๑๑ ว่าด้วยสารกรมธรรม์ให้ประทับตราอำเภอ ได้กล่าวถึงบุคคลซึ่งจะเป็นประกันของผู้ค้าประกันอีกชั้นหนึ่งเรียกว่า ผู้รับตัวนายประกัน การปฏิบัติเช่นนี้ น่าจะเป็นมาแต่โบราณ อีกประการหนึ่งกฎหมายห้ามมิให้ตระลาการเป็นผู้ค้าประกันผู้เป็นฝ่ายในคดี (ตระลาการ ๒๔)

บทบัญญัติทั้งหลายนี้ใช้คำว่า หนังสือ หรือเอกสาร จึงนำสันนิษฐานได้ว่า เอกสารที่จำเป็นในเรื่องสัญญาค้าประกัน ผิดกับเอกสารซึ่งบังคับให้มีในสัญญากู้หรือขายฝากทาส โดยเป็นเอกสารธรรมดา ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องทำเป็นแบบพิเศษ

ในกฎหมายปัจจุบัน ผู้ค้าประกันในสัญญาไม่เป็นแต่เพียงผู้ประกันมิให้ลูกหนี้หนีหายเท่านั้น แต่รวมถึงการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้อีกด้วย ผู้ค้าประกันมีหน้าที่ต้องชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่มีเงินที่จะชำระเอง นอกจากนี้กฎหมายบางประเทศบัญญัติให้ผู้ค้าประกันมีหน้าที่เช่นเดียวกับลูกหนี้ จนเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเรียกร้องหนี้สินต่อลูกหนี้ก่อน แม้ในสมัยโบราณกฎหมายของบางประเทศก็ได้ค่อย ๆ ขยายความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันขึ้น เช่นกฎหมายฮินดูและกฎหมายพะม่า ส่วนกฎหมายไทยคงยึดถือตามแนวความคิดดั้งเดิมอยู่จนถึงสมัยปัจจุบัน แม้ในเมื่อชำระสะสางกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ สัญญาค้าประกันก็ยังอยู่ในสภาพเช่นที่เป็นอยู่ในสมัยโบราณ และดังที่เป็นอยู่ในคดีอาญาเวลานี้ กล่าวคือสัญญาค้าประกันมีวัตถุประสงค์เพียงคุ้มครองเจ้าหนี้มิให้ลูกหนี้หลบหนีไปพ้นจากอำนาจของเจ้าหนี้ได้ ฉะนั้นผู้ค้าประกันจึงไม่มีหน้าที่อย่างอื่น นอกจากนำตัวลูกหนี้ไปประกันภัยต่อเจ้าหนี้ หรือต่อศาลในเวลาที่ต้องการ เมื่อสามารถส่งตัวลูกหนี้ไปได้แล้ว หน้าที่ของผู้ค้าประกันก็เป็นอันหมดไป แม้ลูกหนี้จะตกอยู่ในฐานะอดตัดชำระหนี้ไม่ได้ก็ตาม หน้าที่ของผู้ค้าประกันย่อมสิ้นสุดลง เช่นเดียวกันเมื่อลูกหนี้ถึงแก่กรรม คงรับผิดชอบในกรณีที่ลูกหนี้หนีหายเท่านั้น ในกรณีนี้ หากผู้ค้าประกันหาตัวลูกหนี้คืนมาไม่ได้ ต้องชดใช้หนี้สิน หรือค่าตัวของทาสนั้น (กฏ ๔๖ ตระลาการ ๒๖) ถ้าเป็นผู้ค้าประกันในศาล ต้องใช้ค่าปรับหรือรับโทษทางร่างกายแทนตัวผู้เป็นฝ่ายซึ่งแพ่คดีนั้นทุกประการ (ตระลาการ ๑๓, ๑๘ และ ๗๖)

๔๖. ในกรณีมีผู้ประกันหลายคน ผู้ประกันมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในหนี้สินร่วมกัน และแทนกัน (ตระลาการ ๒๖) บทบัญญัตินี้มีได้ผุดแผ่ไปจากบทบัญญัติซึ่งเราได้ศึกษามาแล้ว เรื่องผู้กู้ร่วม เพราะบรรดาผู้ค้าประกันเป็นประกันในเหตุอันแบ่งแยกไม่ได้ คือ

การปรากฏตัวของลูกหนี้หรือทาส หน้าที่ของผู้ค้ำประกันทุกคน จะรวมช่วยกันทำหรือทำคนละทางก็ตาม อยู่ที่การที่จะนำตัวลูกหนี้ส่งในเวลาต้องการ ฉะนั้นหากบรรดาผู้ประกันเหล่านั้นนำตัวลูกหนี้มาไม่ได้ ผู้ประกันแต่ละคนย่อมมีหน้าที่รับผิดชอบในหนี้เต็มจำนวน

ผู้ประกันซึ่งชำระหนี้แทนลูกหนี้ มีสิทธิที่จะเรียกร้องบังคับให้ลูกหนี้ชดใช้ในเมื่อลูกหนี้กลับมามีปรากฏตัว หรือหาพบในภายหลัง (ตราสารการ ๗๖ และ ๘๗)^(๑)

เมื่อผู้ประกันในศาลประสงค์ที่จะหลุดพ้นหน้าที่ในระหว่างพิจารณาคดี ผู้ประกันต้องขอให้ลูกความหาผู้ประกันคนใหม่ เช่นนี้ ให้ตราสารการคืนหนังสือประกันให้ผู้ค้ำประกันเดิมไป มิฉะนั้น ผู้ค้ำประกันน่าจะไม่สามารถพ้นหน้าที่ได้ (ตราสารการ ๕๙) ข้อบังคับนี้ น่าจะต้องใช้บังคับผู้ประกันลูกหนี้หรือทาสด้วย

ข้อบัญญัติต่างๆ ที่ได้พิจารณามานี้ ยังคงใช้บังคับอยู่จนกระทั่งถึงตอนกลางรัชกาลที่ ๕ การเปลี่ยนแปลงครั้งแรกๆ เกี่ยวกับในเรื่องผู้ประกันในศาล ซึ่งเนื่องจากการที่ได้จัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาให้ทันสมัยขึ้น ผู้ประกันในศาลจึงได้ตกอยู่ในบังคับพิเศษ และมีฐานะต่างกับกับผู้ประกันในสัญญาตั้งแต่นั้นมา^(๒) ส่วนผู้ค้ำประกันในสัญญาคงใช้บทกฎหมายเดิมโดยไม่เปลี่ยนแปลง จนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งแต่ศาลได้นำเอาหลักกฎหมายใหม่มาใช้บังคับยิ่งขึ้นทุกที่ และถือเอาผู้ประกันเป็นประกันการชำระหนี้ มิใช่เพียงแต่ประกันการหลบหนีของลูกหนี้เท่านั้น^(๓) คำพิพากษาเหล่านี้เพ็งมีในสมัยก่อนข้างปัจจุบัน จึงไม่น่ามากล่าวอ้าง ณ ที่นี้

๔. สัญญาลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ

๔๗. พระอัยการลักษณะกัณฑ์บทที่ ๔๖ ระบุสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ ๓ ชนิด ได้แก่ สัญญากู้ สัญญาขายคน และสัญญาค้ำประกันเท่านั้น และที่จริงสัญญาทั้ง ๓ นี้ก็เป็นสัญญาลายลักษณ์อักษรที่สำคัญและเก่าแก่ที่สุด แต่นอกจากสัญญาทั้ง ๓ ชนิดนี้ ในบทกฎหมายเก่ายังมีสัญญาชนิดอื่น ซึ่งหากมิได้ทำขึ้นเป็นหนังสือก็ตกเป็นโมฆะเหมือนกัน สัญญาเหล่านี้จะได้ศึกษาโดยสังเขป

(๑) ดูตราสารบทที่ ๑๘ ซึ่งมีบัญญัติให้ลูกประกันต้องทำช่วยผู้ประกันในกรณีที่ผู้ประกันต้องอาญาโทษหรือจองจำแทนตน

(๒) ดูพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษหลวงสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. ๑๑๕ (๒๗ เมษายน ๒๔๓๙) ในประชุมกฎหมายไทย ภาค ๒ หน้า ๕๔๓

(๓) ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีว ได้ลักษณะกัณฑ์บทที่ ๔๖ (ในกฎหมายฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีว - บก. ๒๕๒๔)

สัญญาบนบาน

สัญญาบนบานเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเข้าผูกพัน ที่จะให้นำเงินจำนวนหนึ่งแก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อที่บุคคลนี้จะได้นำทาส สัตว์หรือของที่สูญหายไปกลับคืนมา

สัญญานี้ น่าจะมีมาแต่โบราณ และเดิมที่น่าจะให้เกิดแต่บทกฎหมายหรือประเพณีที่เก่าไปกว่านั้น ซึ่งให้เป็นหน้าที่ของนายหรือเจ้าของสัตว์ที่หนีหาย ชำระเงินจำนวนหนึ่งเป็นรางวัลให้แก่บุคคลผู้พบทาสหรือสัตว์นั้น นำเอากลับคืนมาส่งให้^(๑) เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่า เจ้าของมีหน้าที่ต้องให้รางวัลแก่ผู้ซึ่งทำให้ได้รับทรัพย์สินคืนมาเช่นนี้ จึงเป็นธรรมดาที่จะรับรองกันว่า คำมั่นซึ่งเจ้าของทำให้แก่ผู้อื่นที่ได้มอบหมายให้นำทรัพย์สินที่สูญหายคืนมาให้ ย่อมมีผลใช้บังคับได้

สัญญาบนบานแพร่หลายในสมัยกรุงศรีอยุธยา เพราะมีทาสมาก บทบัญญัติเรื่องสัญญานี้ปรากฏในพระอัยการลักษณลักษณ์ (บทที่ ๑๒, ๑๓, ๒๔ และ ๓๒) และในพระอัยการเบ็ดเสร็จ (บทที่ ๗๔)

ควรสังเกตว่า สัญญาบนบานในกฎหมายเก่ามิได้เป็นสัญญาฝ่ายเดียว แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นระหว่าง ผู้เป็นฝ่ายทั้งสอง ผู้ให้สัญญามีหน้าที่ต้องชำระจำนวนเงินตามคำมั่นที่ให้ไว้ และผู้รับสัญญามีหน้าที่ต้องนำทรัพย์สินที่หายคืนมาให้ ในกฎหมายปัจจุบันสัญญานี้ถือว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๘๗)

๔๘. ตามแนวความคิดในสมัยโบราณ สัญญาบนบานมิได้เกิดขึ้นโดยอาศัยการตกลงของเจตนาโดยจะเพาะ เห็นได้จากบทที่ ๑๒, ๑๓ และ ๒๘ ในพระอัยการลักษณลักษณ์ว่า สัญญานี้ต้องทำเป็นหนังสือ นอกจากในกรณีที่ได้ให้นำเงินไปล่วงหน้า ซึ่งถ้าเป็นเช่นนี้ผู้รับบำเหน็จย่อมมีหน้าที่ผูกพันต่ออีกฝ่ายหนึ่งเพราะจำนวนเงินที่ตนได้รับมานั้นเอง

เมื่อผู้เป็นเจ้าของได้รับสิ่งของคืน ตนจะต้องชำระเงินตามจำนวนที่สัญญาไว้ในวันเว้นแต่จะได้นำไปล่วงหน้าก่อนแล้ว

(๑) บทบัญญัติทำนองนี้ปรากฏมีอยู่ในศิลาจารึกครั้งกรุงสุโขทัย สมัยแผ่นดินพระเจ้าเลอไท ซึ่ง พ.อ. พระยาพลพลพยุหเสนา พิมพ์แจกในงานกุศลพระราชทาน ณ วัดชนะสงคราม ปี พ.ศ. ๒๔๗๘ (จารึกหลักที่ ๓๘, ศิลาจารึกกฎหมายลักษณะโจร ดู ประชุมศิลาจารึกภาคที่ ๓ กรุงเทพฯ : สำนักนายกรัฐมนตรี, ๒๕๐๘, - บก. ๒๕๒๔)

ทางฝ่ายผู้รับสัญญา มีหน้าที่ๆ จะต้องนำของที่หายกลับคืนมา ถ้านำมาคืนให้ไม่ได้และได้รับบำเหน็จไปแล้ว จะต้องชดใช้ราคาให้เต็มจำนวน ถ้ามิได้รับเงินล่วงหน้าไป ผู้รับสัญญาต้องชดใช้เพียงหนึ่งในสาม การที่ผู้รับสัญญามีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาสิ่งของทอดน้อมคืนไม่ได้นั้น กฎหมายอธิบายว่า การกระทำของผู้นั้นเป็นอุปายล่อลวงเจ้าของเพื่อให้ทาสหรือผู้ลักเอาทรัพย์สินไปได้สะดวก เพราะเป็นเหตุให้เจ้าของเลิกติดตาม ไม่พยายามค้นคว้าหาทาสหรือทรัพย์สินนั้นต่อไป ตามคำอธิบายนี้มูลเหตุที่ก่อให้เกิดหน้าที่ทางฝ่ายผู้รับสัญญาจึงเนื่องมาจากการล่อลวง มิใช่เนื่องมาจากความตกลงของเจตนา ในสายตาของผู้บัญญัติกฎหมายเก่า

อีกประการหนึ่ง ความสำคัญในเรื่องการชำระบำเหน็จล่วงหน้าแสดงให้เห็นว่า ในสายตาของผู้บัญญัติกฎหมาย การส่งมอบทรัพย์สิน คือการใช้เงินรายนี้ ทำให้สัญญาเป็นผลได้ดีกว่าการทำขึ้นเป็นหนังสือ เพราะในกรณีที่ได้ให้เงินบำเหน็จล่วงหน้าแล้ว ผู้รับสัญญาต้องชดใช้ราคาทรัพย์สินเต็มค่า แต่ในกรณีที่ไม่ได้ให้บำเหน็จเพียงแต่ทำหนังสือ ผู้รับสัญญาต้องรับผิดชอบในราคาทรัพย์สินแต่เพียงส่วนหนึ่ง ฉะนั้น นำสันนิษฐานได้ว่า แต่เดิมสัญญาบนบานเกิดขึ้นก็โดยการให้บำเหน็จล่วงหน้าเท่านั้น และการใช้สัญญาลายลักษณ์อักษรแทนการให้บำเหน็จได้เกิดขึ้นต่อมาภายหลังอีกช้านาน

สัญญาฝากสินค้าไปขาย

๔๙. สัญญานี้เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งฝากสินค้าไปแก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อให้นำไปขายและแบ่งกำไรที่ได้จากการขายนี้ให้แก่บุคคลผู้เป็นฝ่ายในสัญญา

สัญญานี้ปรากฏอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๘๔ ซึ่งบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือต่อหน้าพยาน เพื่อประมาณราคาสินค้าจะฝากไปขายและกำหนดการแบ่งปันกำไรไว้ด้วย หากมิได้มีหนังสือเป็นสำคัญดังกล่าว ผู้เป็นเจ้าของสินค้าไม่มีสิทธิฟ้องร้องผู้รับฝากได้แต่อย่างใด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า สัญญานี้จะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ ความตกลงของเจตนาไม่ก่อให้เกิดผล ยิ่งกว่านั้น แม้พฤติการณ์ที่ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้รับฝากไปขาย ก็ยังหาก่อให้เกิดความผูกพันแต่อย่างใดไม่ ต้องทำขึ้นเป็นหนังสืออีกด้วย ข้อบัญญัตินี้ผิดกับหลักกฎหมายธรรมดา อธิบายได้ว่า ได้บัญญัติขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทอันมากหลายที่เกิดขึ้นโดยสัญญานี้ จึงเป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นการเริ่มต้น

ของกฎหมายพาณิชย์ซึ่งแยกออกจากกฎหมายทั่วไป ฉะนั้นน่าจะได้อำนาจขึ้น
ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา หรือรัชกาลที่ ๑ นั้นเอง

สัญญาขายฝากอสังหาริมทรัพย์

๕๐. สัญญาขายฝากเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งขายทรัพย์ให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง และ
ผูกพันที่จะไถ่คืนภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งตามจำนวนราคาที่ดินได้รับมา

สัญญานี้มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๖๑ และ ๘๕

ตามข้อบัญญัติในบทที่ ๖๑ หากสัญญาทำขึ้นเกี่ยวกับที่ดินที่ทำการเพาะปลูกแล้ว
(เรียกสวน ไร่ นา) จำเป็นจะต้องทำตามแบบกรมธรรม์อีกด้วย

ความจำเป็นที่ต้องมีกรมธรรม์นี้ น่าสันนิษฐานได้จุดเดียวกับในเรื่องสัญญากู้ว่า
เป็นเพราะการซื้อขายนี้ ที่จริงซ่อนเอาการกู้เข้าไว้ เห็นได้ชัดว่าจำนวนเงินที่จ่ายให้ในฐานะ
เป็นราคาก็คือจำนวนเงินที่ให้กู้ และอสังหาริมทรัพย์ที่ขายตกอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ซื้อ
ในฐานะเป็นจำนำ วิธีการนี้มีรูปเป็นการซื้อขายก็เพื่อหลีกเลี่ยงผลธรรมดาค่าอันเกิดจากการ
จำนำตั้งที่บรรยายมาแล้ว คือการตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนำในระยะเวลาค่อนข้างสั้น
จริงอยู่ บทที่ ๖๑ บัญญัติว่า หากผู้ขายมิได้ใช้สิทธิไถ่คืนภายในกำหนดเวลา ๑๐ ปี ผู้ซื้อ
ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นเด็ดขาด แต่การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้อธิบายได้ว่า เป็นเพราะ
ที่ดินได้ตกอยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อถึง ๑๐ ปี ผู้ซื้อจึงได้กรรมสิทธิ์ทางอายุความ
ตามแนวความคิดเก่า

สัญญาขายฝากเกี่ยวกับทรัพย์อย่างอื่น นอกจากที่ดินดังกล่าวมาก็ตกอยู่ในบังคับ
ของบทที่ ๘๕ กรณีนี้ดูเหมือนไม่จำเป็นต้องมีเอกสารและวิธีการก็เป็นไปในการทำงานจำนำ
ทรัพย์ที่ขายฝากย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อโดยเด็ดขาด ในเมื่อผู้ขายไม่ใช้สิทธิไถ่คืน
ภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกัน

ตามข้อแตกต่างที่ปรากฏอยู่ระหว่างบทที่ ๖๑ และบทที่ ๘๕ นี้แสดงให้เห็นว่า
กรมธรรม์ในสัญญานี้มีผลเช่นเดียวกับกรมธรรม์ในสัญญาขายฝากทาสคือ ในทั้ง ๒ กรณี
กรมธรรม์รักษาลักษณะของการกู้ซึ่งได้ทำขึ้นเป็นรูปการซื้อขายให้ปรากฏอยู่ต่อไป และ
ทำให้ผู้กู้สงวนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ซึ่งนำมาเป็นจำนำนั้นได้

สัญญาขายฝากมีประโยชน์ในฐานะที่เป็นวิธีการก่อให้เกิดเครดิต โดยอาศัยกรรม-
สิทธิ์จากอสังหาริมทรัพย์ ในเมื่อเป็นการขายฝากสังหาริมทรัพย์ สัญญานี้เป็นแต่สัญญา

จำนำเท่านั้น ฉะนั้นการศึกษาประวัติศาสตร์ของสัญญาขายฝาก จึงรวมอยู่ในการศึกษาเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะยังไม่บรรยายในคำสอนนี้ สำหรับปีนี้คงยุติการศึกษาแต่คำแนะนำโดยสังเขป ดังได้บรรยายมาแล้ว

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

๕๑. ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๘, ๕๙ และ ๖๐ ปรากฏว่าสัญญาเช่าเมื่อเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือผู้เช่าได้ชำระค่าเช่าล่วงหน้าแก่ผู้ให้เช่าแล้ว แต่วิธีทำสัญญาเช่าเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นน่าจะได้เกิดขึ้นในสมัยอันไม่สู้เก่านั้นนัก จึงควรศึกษาสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นี้ในบทหน้าที่จะได้กล่าวถึงสัญญาเช่าโดยทั่ว ๆ ไป

บทที่ ๓

เอกเทศสัญญาต่าง ๆ (ต่อ)

ทรัพย์สินสัญญา

๕๒. ทรัพย์สินสัญญา คือ สัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบทรัพย์สินหนึ่งให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งไว้ ตามที่ได้บรรยายมาแล้ว ผู้รับมอบมีหน้าที่ต้องผูกพันจากการที่ตนได้ยึดถือเอาทรัพย์สินผู้อื่นไว้ มิใช่จากคำมั่นของตน ดังนี้ความผูกพันระหว่างผู้เป็นฝ่ายในทรัพย์สินสัญญา กฎหมายเก่าไม่เรียกว่า “หนี้” ผู้รับมอบทรัพย์สินไว้มิใช่ลูกหนี้เป็นแต่เพียงผู้ “ถือสินท่าน”

ทรัพย์สินสัญญามีต่างชนิดมากกว่าสัญญาลายลักษณ์อักษร แต่บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินสัญญามีน้อยกว่า เพราะวิธีการที่เกิดความผูกพันเป็นการง่าย ทั้งข้อบังคับที่ใช้บังคับทรัพย์สินสัญญาชนิดหนึ่งก็ยังใช้บังคับทรัพย์สินสัญญาชนิดอื่นได้บ้างอีกด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับทรัพย์สินสัญญาโดยมากปรากฏในพระอัยการเบ็ดเสร็จ ซึ่งเป็นกฎหมายที่รวมเอาบทบัญญัติในสมัยต่าง ๆ กันเข้าไว้

ทรัพย์สินสัญญานี้แบ่งแยกได้เป็น ๒ ประเภท ประเภทหนึ่งได้แก่บรรดาทรัพย์สินสัญญาซึ่งผู้เป็นฝ่ายในสัญญาฝ่ายเดียวได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น อีกประเภทหนึ่งได้แก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เป็นฝ่ายทั้ง ๒ ต่างได้รับประโยชน์ตอบแทนซึ่งกันและกัน ด้วย

เหตุต่งนั้น สัญญาขี้มและสัญญาฝากจึงอยู่ในประเภทแรก และสัญญาเช่าอยู่ในประเภทหลัง สัญญาวานกับสัญญาจ้างก็จัดอยู่ในประเภทต่างกัน การแบ่งแยกนี้มีปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ฮินดู ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายไทยได้รับรู้ไว้ ดังเห็นได้จากบทกฎหมายซึ่งกำหนดความรับผิดชอบของผู้มีหน้าที่ในทรัพย์สินสัญญา ดังจะได้บรรยายต่อไปเป็นต้น

ในที่นี้จะศึกษา สัญญาฝาก สัญญาขี้ม สัญญาเช่า สัญญาจำนำ สัญญาจ้าง สัญญาวาน สัญญาซื้อขาย สัญญาให้ เรียงตามลำดับ

๑. สัญญาฝาก

๕๓. ในบรรดาทรัพย์สินสัญญาตามกฎหมายเก่า สัญญาฝากเป็นสัญญาที่มีวิธีการง่ายที่สุด เราอาจวิเคราะห์สัญญานี้ เช่นเดียวกับในกฎหมายปัจจุบัน ว่าเป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งมอบของสิ่งหนึ่งไว้กับบุคคลหนึ่ง ซึ่งยอมรับว่าจะรักษาของสิ่งนั้นไว้ และผู้พินที่จะส่งคืนแก่ผู้เป็นเจ้าของเมื่อผู้นี้เรียกร้อง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๕๗)

สัญญาฝากนั้นเป็นที่แพร่หลายมากในสมัยโบราณ ทั้งนี้ก็เพราะในสมัยนั้นประชาชนย่อมไม่ปลอดภัยเช่นเวลานี้ สัญญาฝากโดยมากเกิดขึ้นชั่วระยะเวลาสั้น และสุดสิ้นลงเมื่อภัยซึ่งทำให้เจ้าของต้องนำทรัพย์สินไปฝากไว้กับผู้อื่น ได้ผ่านพ้นไปแล้ว

สัญญาฝากมีบัญญัติอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ แต่เมื่อเพิ่งเล็งถึงความแพร่หลายของสัญญานี้ คงรู้สึกวาทบัญญัติในเรื่องนี้มีน้อยไม่เพียงพอ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะบทบัญญัติที่ตกทอดมาถึงเราเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของบทกฎหมายเดิมก็ได้ เรื่องสัญญานี้กฎหมายฮินดูและกฎหมายพะม่ามีบทบัญญัติมากกว่ากฎหมายไทย

สัญญาฝากตามกฎหมายเก่าของไทยเป็นสัญญาที่ไม่มีบำเหน็จตอบแทนแต่อย่างใด ผู้รับฝากเข้ารับช่วยเหลือในฐานะเป็นมิตรสหาย ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่กล่าวถึงบำเหน็จที่ผู้ฝากจะต้องให้แก่ผู้รับฝาก หลักนี้ในกฎหมายปัจจุบันได้บัญญัติไว้ตรงกันข้าม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๕๘) ลักษณะที่สัญญาฝากไม่มีบำเหน็จค่าฝากทรัพย์สินเช่นนี้ น่าจะอธิบายได้ว่าเป็นเพราะโดยปกติผู้ฝาก ๆ ทรัพย์สินแต่เพียงชั่วระยะเวลาอันสั้นเท่านั้น

ผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องรักษาสิ่งของที่รับฝากไว้ แต่หน้าที่นี้ผิดกับหน้าที่ตามกฎหมายปัจจุบัน ในข้อที่ผู้รับฝากอาจนำเอาสิ่งของที่ฝากมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนโดย

ไม่ถือว่าเป็นความผิด เป็นแต่ผู้รับฝากต้องชดใช้ราคาเมื่อสิ่งของที่ฝากได้เสื่อมค่าลง เพราะการที่ตนเอาไปใช้นั้น (เบ็ดเสร็จ ๗๗)

ผู้รับฝากไม่กลายเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่รับฝากไว้ คงเป็นแต่ผู้ยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ ฉะนั้นหากผู้รับฝากนำเอาสิ่งของที่รับฝากไว้ไปขาย ย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้ลักทรัพย์ และถูกปรับไหมเสมอโจร (เบ็ดเสร็จ ๘๒)

ผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องส่งคืนทรัพย์สินเมื่อผู้ฝากเรียกร้อง หากปฏิเสธไม่ยอมส่งคืน ย่อมถือว่าเป็นประบัตินท้าน และถูกปรับไหมตามที่กำหนดไว้ในลักษณะนั้น (เบ็ดเสร็จ ๗๗)

ผู้รับฝากจะต้องส่งคืนตัวทรัพย์สินที่ฝากนั้นเอง หากส่งคืนทรัพย์สินอื่นซึ่งคล้ายกัน แต่มีค่าน้อยกว่า โดยพยายามที่จะให้ผู้ฝากเข้าใจว่า เป็นทรัพย์สินที่ตนได้รับฝากไว้ กฎหมายลงโทษโดยอนุญาตให้ผู้ฝากยึดถือเอาทรัพย์สินที่ผู้รับฝากส่งให้คืนไว้ โดยไม่เสียสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินเดิมของตนที่ฝากไว้ในวันด้วย (เบ็ดเสร็จ ๗๗ และ ๗๘) บทบัญญัตินี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายพะมา (Manu Kyay หน้า ๓๑)

เมื่อผู้ฝากเรียกร้องให้ส่งทรัพย์สินคืนนั้น ถ้าผู้รับฝากโต้แย้งว่าได้รับไว้้น้อยกว่านั้น ย่อมถือว่าเป็นประบัตินท้าน และถูกปรับไหมตามที่กำหนดไว้ในลักษณะนี้ ตรงกันข้าม ถ้าผู้ฝากเรียกเอาทรัพย์สินที่ตนมิได้ฝากไว้ ย่อมถือว่าเป็นผิดฐานลักได้ และจะถูกปรับไหมเท่ากับราคาส่งของที่เรียกคืนนั้น (เบ็ดเสร็จ ๘๓)

ควรสังเกตว่า ความผิดหน้าที่ทางฝ่ายผู้รับฝากเหล่านี้ ล้วนถือว่าเป็นการละเมิดทั้งสิ้น สำคัญสำคัญในสัญญาฝากอยู่ที่ผู้รับฝากยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ หาได้อยู่ที่ความผูกพันของผู้รับฝากต่อผู้ฝากดังเช่นในกฎหมายปัจจุบันไม่

๕๔. ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งนำมาฝากไว้สูญหายไป ผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาให้แก่ผู้ฝาก มีข้อยกเว้นพิเศษในกรณีที่สัญญาฝากเกิดขึ้นในท้องตลาด หากสิ่งของที่ฝากสูญหาย ผู้รับฝากจะต้องชดใช้ราคากิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ฝากทันที และต้องรับผิดชอบให้ได้สิ่งของที่หายคืนมา ถ้าหาคืนมาได้ ผู้รับฝากเรียกเอาจำนวนเงินที่ตนชดใช้กลับมาได้ และมีสิทธิได้รับรางวัลหนึ่งในสามของราคาค่าทรัพย์สินนั้นด้วย แต่ถ้าผู้รับฝากพบสิ่งของนั้น แต่มิได้แจ้งให้ผู้ฝากทราบย่อมมีความผิดเสมอเป็นผู้ร้ายลักทรัพย์ และเสียสิทธิเรียกร้องเอาเงินที่ตนชดใช้ไปก่อนคืนด้วย (เบ็ดเสร็จ ๘๑) กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องทำอะไร

หากสิ่งของที่ขายนั้นหากกลับคืนมาได้ จึงน่าจะเข้าใจได้ว่า ผู้ฝากจะยึดเอาจำนวนเงินเท่ากับครึ่งหนึ่งของราคาของที่ผู้รับฝากชดใช้ให้ นั้น ในกรณีฝากของในตลาด ความรับผิดชอบของผู้รับฝากจึงมิได้สมบูรณ์ ผู้ฝากมีหน้าที่เช่นผู้รับฝากที่จะหาของที่ขายไปนั้นด้วย ทั้งนี้จะเป็นเพราะฝากชั่วคราวระยะเวลาสั้นมาก คือ ฝากสิ่งของไว้ เพื่อผู้ฝากจะได้มีเวลาทำกิจการของตนในตลาดนั่นเอง หรือในบริเวณที่ใกล้เคียง

๕๕. บทบัญญัติที่น่าสนใจยิ่งกว่านั้นก็คือ บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๘๐ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฝากของไปให้แก่นักและผู้รับเอาของฝากนั้นมิได้ไปถึงที่ฝากไปนั้น แลทรัพย์สินนั้นมีผู้ชิงเอาไปก็ดี โจรชิงเอาก็ดีเพลิงไหม้เสียก็ดี เรือล่มเสียก็ดี เมื่อพิจารณาเป็นสัจ บมิให้ผู้รับของฝากนั้นใช้ทรัพย์สินนั้นเลย ถ้าผู้รับของฝากหากอำพรางไว้ ควรให้ไหมเท่ากับค่าทิวคูลน” มาตรานี้มุ่งถึงกรณีพิเศษอีกเหมือนกัน คือ กรณีที่ฝากสิ่งของเพื่อให้ขนส่ง ซึ่งในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาพิเศษ คือ สัญญารับขน ในกรณีนี้เราพบเห็นเป็นครั้งแรกถึงหลักซึ่งใช้บังคับในกรณีอื่นๆ อีก คือ หลักที่ว่า ผู้ยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยสัญญา ไม่ต้องรับผิดชอบในการสูญหายแห่งทรัพย์สินนั้น หากเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย พฤติเหตุสามประการที่ระบุไว้ในบทที่ ๘๐ นี้คือ โจรชิง ไฟไหม้ เรือล่ม เหล่านี้ถือว่ามี เป็น “ภัย” ซึ่งเราจะเห็นต่อไปว่าตรงกับที่เรียกในปัจจุบันว่าเหตุสุดวิสัย ซึ่งมีผลทำให้ผู้ยึดถือไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด ธรรมศาสตร์แห่งมนุบัญญัติว่า “เมื่อสิ่งที่ฝากถูกโจรผู้ร้ายแย่งชิงก็ดี ถูกน้ำพัดเอาไปก็ดี ถูกไฟไหม้ก็ดี ผู้รับฝากยอมไม่ผูกพันที่จะต้องส่งทรัพย์สินนั้นคืน หากตนมิได้เอาทรัพย์สินที่ฝากส่วนใดส่วนหนึ่งไว้เลย” (บรรพ ๘ มาตรา ๑๘๙) บทบัญญัตินี้ได้ปรากฏในธรรมศาสตร์ของพระเจ้าวาเรอู (มาตรา ๘๘) ด้วย จึงนำสันนิษฐานได้ว่า กฎหมายเก่าของไทยได้รับรู้หลักกฎหมายเช่นเดียวกันนี้ และแม้จะเป็นกรณีอื่นนอกจากกรณีที่ถูกกล่าวไว้ในบทที่ ๘๐ ผู้รับฝากก็ยังไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ หากความเสียหายเกิดจากเหตุ ๓ ประการที่ระบุมานั้น

เบ็ดเสร็จ บทที่ ๘๐ บัญญัติต่อไปว่า ถ้าผู้รับฝากเพื่อขนส่งนั้น กล่าวอ้างเหตุสุดวิสัยซึ่งไม่เป็นความจริง เพื่อโกงเอาทรัพย์สินที่ฝากนั้น ผู้รับฝากจะถูกลงโทษให้เสียค่าปรับเป็นสองเท่าของราคาของ ข้อบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ ปรากฏอยู่ในธรรมศาสตร์ของพระเจ้าวาเรอู (มาตรา ๘๘) แต่ใช้บังคับในสัญญาฝากโดยทั่วไป กฎหมายไทยที่น่าจะเป็นเช่นเดียวกัน เพราะผู้รับฝากที่กระทำความผิดย่อมถือว่าละเมิดฐานประบัตินั้น ตามที่เราได้เห็นมาแล้วข้างต้น (เบ็ดเสร็จ ๗๗)

แม้จะเอาเหตุที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้รับฝากตามที่บัญญัติไว้ในบทที่ ๘๐ มาใช้บังคับแก่การฝากทุก ๆ กรณีก็ตาม ความรับผิดชอบของผู้รับฝากในกฎหมายเก่ายังเป็นภาระหนักมาก เพราะเพื่อที่จะให้พ้นความรับผิดชอบ ผู้รับฝากจะอ้างแต่เพียงว่า ตนมิได้มีความประมาทเลินเล่อในการรักษาทรัพย์สินที่ฝากแต่อย่างใดย่อมไม่เป็นการเพียงพอ ทั้งนี้ก็น่าจะเป็นเพราะสัญญาฝากทำขึ้นเพื่อระยะเวลาสั้นเท่านั้น ในสมัยปัจจุบันนี้ ความรับผิดชอบของผู้รับฝากค่อยๆ ลดลง ผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤตินกกิจการของตนเอง เว้นแต่ผู้รับฝากจะได้บำเหน็จ ในกรณีนี้ ความรับผิดชอบของผู้รับฝากย่อมมีมากขึ้น แต่ยังคงไม่มีมากเท่าผู้รับฝากในกฎหมายเก่า (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๕๙)

ผู้ฝากซึ่งมิได้รับทรัพย์สินที่ฝากคืน ต้องฟ้องร้องผู้รับฝากภายใน ๓ เดือน มิฉะนั้น จะถือว่าขาดอายุความ (รับฟ้อง ๑๑) อายุความนี้ใช้ในเรื่องสัญญายืมและเช่าเช่นเดียวกัน

๒. สัญญายืมและสัญญาเช่า

๕๖. สัญญายืมในกฎหมายเก่า คือ สัญญายืมใช้คงรูปในประมวลกฎหมายปัจจุบัน เป็นสัญญาที่บุคคลหนึ่งมอบของสิ่งหนึ่งให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อบุคคลนั้นจะได้ใช้เป็นประโยชน์แก่ตน และต้องส่งสิ่งของนั้นคืนภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกัน ฉะนั้นสัญญานี้จึงมีขึ้นเกี่ยวกับสิ่งของที่มีได้สิ้นเปลืองไปเพราะการใช้ เช่น สัตว์พาหนะ เรือ เกวียน เสื้อผ้า ฯลฯ ต้องส่งคืนตัวทรัพย์สินที่ยืมไปนั้นเอง มิใช่ทรัพย์สินที่มีสภาพและปริมาณอย่างเดียวกัน เหตุฉะนี้ ผู้ยืมซึ่งนำเอาทรัพย์สินที่ยืมไปขาย ถือเสมือนเป็นผู้รัยลักทรัพย์สิน เช่นเดียวกับผู้รับฝาก (เบ็ดเสร็จ ๘๒) โดยประการนี้เอง สัญญายืมจึงติดกับสัญญาจำ ซึ่งเป็นการยืมใช้สิ้นเปลือง และมีขึ้นเกี่ยวกับสังกมะทรัพย์สินเท่านั้น อีกประการหนึ่ง สัญญายืมก็เช่นเดียวกับสัญญาฝาก คือ เป็นสัญญาที่ทำให้เปล่า ไม่มีบทกฎหมายที่กล่าวถึงบำเหน็จที่ผู้ให้ยืมควรจะได้รับจากผู้ยืม ฉะนั้น คำว่ายืมในกฎหมายเก่าจึงมีความหมายผิดแผกไปจากที่ใช้กันอยู่ในภาษาปัจจุบัน และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา ๖๔๐ และ ๖๕๐)

เช่นเดียวกับกับสัญญายืม สัญญาเช่าประกอบขึ้นด้วยการส่งมอบสิ่งของสิ่งหนึ่งให้ผู้เช่ายึดถือไว้ เพื่อใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว ผิดกันแต่ในข้อที่ต้องมีบำเหน็จ คือ ค่าเช่า ซึ่งผู้เช่าจะต้องจ่ายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ตามบทบัญญัติของกฎหมายเก่าที่ตก

ทอดมาถึงเรา วิธีชำระค่าเช่านี้ผิดกับวิธีที่ใช้กันในปัจจุบัน คือโดยมากมิได้ชำระเป็นงวดๆ แต่ชำระกันทั้งหมดในครั้งเดียว

เดิมกฎหมายไทยรับรู้แต่การเช่าสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และมีอยู่ในทรัพย์สินประเภทเดียวกับสัญญาเช่า คือ สัตว์พาหนะ เรือ เกวียน เสื้อผ้า ฯลฯ (เบ็ดเสร็จ ๙๐, ๙๑) เช่นเดียวกับสัญญาเช่า สัญญาเช่าทำขึ้นชั่วคราวระยะเวลาสั้นเท่านั้น โดยผู้เช่า เช่นเดียวกับผู้เช่า ใช้สิ่งของหรือสัตว์ที่เช่าเพื่อการใช้งานอันหนึ่งโดยจะเพาะ และส่งคืนเมื่อการงานนั้นเสร็จสิ้นลงแล้ว ดังนั้นสัญญาทั้งสองจึงมักปะปนกันอยู่ในกฎหมายเก่า บทพระอัยการรวมเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าและสัญญาเช่าไว้ในลักษณะเดียว มีบทบัญญัติหลายบทที่ใช้บังคับแก่สัญญาทั้ง ๒ ชนิดนี้รวมกันไป ฉะนั้นควรรักษาสัญญาทั้งสองนี้พร้อมกันไป โดยแยกบทบัญญัติในเรื่องสัญญาเช่าสำเภาและสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่เกิดขึ้นภายหลังออกศึกษาต่างหาก

๕๗. ตามสัญญาผู้ยืมและผู้เช่ามีสิทธิใช้สิ่งของนั้น และมีหน้าที่ส่งคืนแก่ผู้เป็นเจ้าของเมื่อได้รับประโยชน์แล้ว ฉะนั้น จึงมีความสำคัญที่ทั้งสองฝ่ายต้องรับรู้ต่อกันและกันถึงสภาพแห่งสิ่งของเสียก่อนที่ผู้ยืมหรือผู้เช่าจะรับเอาไป หากมิได้กระทำดังกล่าวและสิ่งของเสียหาย กฎหมายบัญญัติให้ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิเรียกให้ชดใช้ราคาได้แต่ ๒ ใน ๓ เท่านั้น (เบ็ดเสร็จ ๙๐)

ผู้ยืมและผู้เช่า ซึ่งไม่ส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมหรือเช่ามาและเมื่อผู้เป็นเจ้าของฟ้องร้องกลับปฏิเสธว่า มิได้ยืมหรือเช่ามา หรืออ้างว่าส่งคืนทรัพย์สินนั้นแล้ว ย่อมมีความผิดฐานละเมิดประวัตินทาน และถูกปรับโทษเป็นทวีคูณ (เบ็ดเสร็จ ๙๑ และ ๙๗) บทบัญญัตินี้เหมือนกันกับในเรื่องสัญญาฝาก และในบรรดาทรัพย์สินสัญญาอื่น ๆ ทั้งหมด

ในกรณีที่ทรัพย์สินหรือสัตว์ที่ยืมหรือเช่าสูญหาย หรือล้มตายลง ตามหลักผู้ยืมหรือผู้เช่ามีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาแห่งทรัพย์สินนั้น ๆ ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ (เบ็ดเสร็จ ๙๐) แต่หลักนี้ใช้บังคับโดยเคร่งครัดในฝ่ายผู้ยืม (เบ็ดเสร็จ ๙๓ และ ๑๐๘) ส่วนฝ่ายผู้เช่าปรากฏว่ามีข้อยกเว้นหลายประการ เช่น ผู้เช่าสัตว์พาหนะ หรือเกวียนที่ได้ชำระเงินค่าเช่าล่วงหน้าแล้ว ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ หากสัตว์ตายหรือเกวียนแตกหักลงโดยอุบัติเหตุ แต่จะเรียกเอาค่าเช่าที่ได้จ่ายไปแล้วนั้นคืนมิได้เลย (เบ็ดเสร็จ ๙๙) เช่นเดียวกัน ผู้เช่าซึ่งเช่าเรือแพนาวา ถ้าเรือนั้นถูกคนร้ายลักหรือหลุดลอยสูญหายไป ผู้เช่ามีหน้าที่แต่ต้องชำระค่าเช่าเท่านั้น นอกจากราคาเรือนั้นสูงกว่าจำนวนค่าเช่า ซึ่งในกรณีนี้ ผู้เช่าจะต้องชำระราคา

เรือ แต่มีต้องชำระค่าเช่าด้วย (เบ็ดเสร็จ ๘๗) แต่ผู้เช่าเรือต้องชดใช้ราคาเรือ หากเรือนั้นสูญหายไปภายหลังเมื่อถึงท่าที่หมายแล้ว ควรสังเกตว่าในกรณีนี้ ผู้เช่ามิได้รับความเสียหายจากการที่เรือสูญหาย เพราะสินค้าที่บรรทุกไปได้บรรทุกถึงที่หมายแล้ว ผู้เช่าเสียหายแต่ในกรณีที่เรือเดินทางกลับไม่ได้เท่านั้น นอกจากนี้ ผู้เช่าเรือนั้นมีหน้าที่ชำระค่าเช่าจนถึงวันที่เรือยังมีได้หายเท่านั้น สำหรับเวลาต่อจากที่เรือได้หายแล้ว ผู้ให้เช่าจะเรียกเอาค่าเช่าจากผู้เช่ามิได้ (เบ็ดเสร็จ ๘๘)

ความแตกต่างในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างผู้ยืมกับผู้เช่านี้ อธิบายได้ว่า เป็นเพราะสัญญายืมเป็นสัญญาที่ทำให้เปล่า ส่วนสัญญาเช่าเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน เจ้าของซึ่งรับเอาประโยชน์จากการมอบของ ๆ ตนให้กับผู้อื่นไป ย่อมต้องเสี่ยงภัยพร้อมด้วยผู้ที่เอาของนั้นไปบ้าง ตรงกันข้าม เจ้าของซึ่งให้ยืมสิ่งของ ๆ ตนไปเปล่า ๆ ฐานมิตร ย่อมไม่ควรถือเสมือนว่าได้ยินยอมรับแบ่งเบาความเสียหายกับผู้ยืมนั้น

๕๘. อย่างไรก็ดี อธิบายได้ยากว่า เหตุใดบทบัญญัติจึงแตกต่างกันดังกล่าวมาสุดแต่เป็นการเช่าสัตว์ เกวียนหรือเรือ กฎหมายเก่าของพะม่าก็ได้มีการแบ่งแยกสัญญาเช่าตามประเภทสิ่งของที่เช่าเหมือนกัน แต่ข้อความในบทบัญญัติผิดกัน (Manu Kyay หน้า ๕๘, ๖๒ และ ๖๓)

เป็นที่น่าประหลาดใจที่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้กล่าวถึงเหตุสุดวิสัย ดังเช่นในเรื่องสัญญาฝาก ทั้งเราจะเห็นว่า ในเรื่องพิเศษ คือ เรื่องการเช่าสำเภาก็ ผู้บัญญัติกฎหมายนี้ได้มีบทบัญญัติแสดงให้เห็นว่า ได้รับรู้ผลที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยด้วย จึงอาจสันนิษฐานได้ดังเช่นเรื่องสัญญาฝากว่า บทบัญญัติที่ตกทอดมาถึงเราอันเกี่ยวกับสัญญายืมและสัญญาเช่านี้ เป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้อยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา

เจ้าของซึ่งมิได้รับคืนสิ่งของต้องติดตามฟ้องร้อง ผู้ยืมหรือผู้เช่าภายในสามเดือน หากเกินกำหนดนี้จะถือว่าขาดอายุความ (รับฟ้อง ๑๑) อีกประการหนึ่ง ในสัญญายืมพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๙๘ บัญญัติว่า ผู้เป็นเจ้าของต้องเรียกร้องให้ส่งทรัพย์สินภายใน ๓ ปี หากผู้ให้ยืมปล่อยให้ระยะเวลาผ่านไปโดยมิได้เรียกร้อง ตนเสียสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ยืมนั้น นำสันนิษฐานได้ว่า หากข้อบัญญัติเดียวกันนี้มิได้ปรากฏอยู่ในสัญญาเช่าหรือสัญญาฝาก ก็เป็นเพราะในทางปฏิบัติสัญญาเช่าและฝากนี้ใช้กันแต่ในระยะเวลานั้นเท่านั้น ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

ต่อจากนี้จะได้บรรยายต่อไปถึงสัญญาเช่าที่มีลักษณะพิเศษสองชนิด คือสัญญาเช่าสำเภและสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

สัญญาเช่าสำเภ

๕๙. ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๘๖ มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษซึ่งว่าด้วยการเช่าสำเภ คือ การเช่าเรือเดินทะเลเพื่อทำการค้ากับต่างประเทศ เป็นที่ทราบแล้วว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยา การค้าทางทะเลเกือบทั้งหมดตกอยู่ในความผูกขาดของมหากษัตริย์หรือของชาวต่างประเทศ ส่วนใหญ่ของการค้าทางทะเลที่มีได้อยู่ในบัญชีของมหากษัตริย์ก็ตกอยู่ในมือของชนชาวจีน เหตุฉะนั้น บทบัญญัติจึงกล่าวถึงเรือสำเภ และเรียกพวกคนเรือเป็นศัพท์ภาษาจีน ประโยชน์ของบทบัญญัตินี้ก็คือ แสดงให้เห็นโครงร่างอันแรกของกฎหมายพิเศษในเรื่องการค้าทางทะเลของประเทศสยาม

เป็นที่น่าเสียดายที่ไม่สามารถทราบวันเดือนปีอันแท้จริงที่ประกาศใช้บทกฎหมายนี้ ในตอนต้นว่าตราขึ้นในปีระกา ศักราช ๑๕๖๕ แต่ไม่บอกว่าเป็นศักราชอะไร น่าจะเป็นมหาศักราช แต่ปี ๑๕๖๕ ในมหาศักราช หาได้เป็นปีระกาไม่ ฉะนั้น ขณะนี้จึงยังไม่อาจถือเป็นปีอันแท้จริงของบทบัญญัตินี้ได้

บทบัญญัตินี้มุ่งถึงกรณีที่พ่อค้าได้เช่าสำเภในประเทศสยาม เพื่อขนส่งสินค้าไปต่างประเทศ และบัญญัติถึงหน้าที่รับผิดชอบของผู้เช่าต่อผู้เป็นเจ้าของเรือ ในกรณีที่เรือสูญหายไป ความรับผิดชอบเปลี่ยนไปสุดแต่การสูญหายเกิดขึ้นโดย ๑. เหตุสุดวิสัย ๒. ความประมาทเลินเล่อของนายเรือหรือของหมักกลาสี ๓. หรือเมื่อผู้เช่าได้ใช้เรือนั้นแล้วข้ามานเพียงใด

๑) ในกรณีที่การสูญหายเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย ผู้เช่าไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าเลย เหตุสุดวิสัยนี้เรียกชื่อว่าภัย มีอยู่ ๔ ประการซึ่งบทบัญญัติระบุไว้ครบถ้วน ได้แก่ ราชภัย โจรภัย อัคคีภัยและอุทกภัย. ราชภัยในที่นี้หมายถึงกรณีที่สำเภตกอยู่ในอำนาจของข้าศึก โจรภัยหมายถึงกรณีที่ถูกลโจรสลัดตีเอาไป อัคคีภัยหมายถึงกรณีที่สำเภถูกอสุนีบาตหรือเพลิงไหม้ อุทกภัยหมายถึงกรณีที่เรือต้องพายุหรืออับปางลง เราได้พบกรณีอันเป็นเหตุสุดวิสัยคล้ายกันนี้ในเรื่องสัญญาฝาก (เบ็ดเสร็จ ๘๐) และจะได้พบภัยทั้ง ๔ นี้อีกในเรื่องสัญญาจำนำ (เบ็ดเสร็จ ๗๖) ฉะนั้น มีเหตุผลเชื่อได้ว่าภัยทั้ง ๔ นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งน่าจะได้แสดงอยู่ในตอนหนึ่งแห่งพระคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งได้สูญไปเสียแล้ว หลักกฎหมายนี้ได้ปรากฏอยู่ในความคิดของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งได้

รับถือตามและยกขึ้นเสมือนหนึ่งเป็นหลักที่ใช้ทั่วโลก กล่าวโดยทั่วไป ภัย ๔ ประการ ได้รวมบรรดากรณีที่ทรัพย์สินอาจสูญหายไปได้โดยผู้ยึดถือไม่สามารถจะป้องกันได้ เช่น ถูกข้าศึกจับหรือถูกกษัตริย์จับ ถูกชิงโดยพวกโจรอันมีจำนวนมากหรือมีศาสตราวุธครบมือ ถูกทำลายโดยน้ำหรือไฟ ควรสังเกตว่า ต้องเป็นเหตุที่คาดไม่ถึงและมีความแรงที่ไม่อาจต้านทานได้ ไม่ตรงกับกฎหมายปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๘) ที่เหตุสุดวิสัย หมายถึงเหตุซึ่งบุคคลหนึ่งแม้จะได้รับความคุ้มครองอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลนั้นในฐานะเช่นนั้น ก็ไม่อาจป้องกันได้ ความคิดเห็นในเรื่องเหตุสุดวิสัยตามแนวความคิดแห่งกฎหมายเก่าของไทยนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมัน และยังเป็นหลักในกฎหมายฝรั่งเศส อังกฤษ และประเทศส่วนมากในยุโรป ธรรมศาสตร์ของฮินดูอาศัยแนวความคิดเช่นเดียวกัน แล้วแพร่ไปในกฎหมายรามัญ กฎหมายพม่า และกฎหมายสยาม แต่ในประเทศสยามประเทศเดียว เรียกเหตุสุดวิสัยว่าภัยสี่ประการ^(๑)

๖๐. ๒) บทบัญญัตินี้กล่าวต่อไปถึงกรณีที่สำเภาก็ได้ถูกทำลายลงโดยเพลิงซึ่งเกิดจากความประมาทเดินเลื้อยของนายเรือหรือพวกกลาสี ในกรณีนี้ผู้เช่ามีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาสำเภา แต่จะชำระค่าเช่าต่อเมื่อการอับปางของสำเภามีได้ทำให้สินค้าของผู้เช่าเสียหายด้วย บทกฎหมายนี้น่าจะใช้บังคับแก่ทุกกรณี ซึ่งสำเภาก็ต้องอับปางเนื่องมาจากความผิดของนายเรือหรือพวกกลาสี ส่วนข้อที่กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของผู้เช่าต่างกัน โดยอาศัยเหตุที่สินค้าของผู้เช่าได้เสียหายไปพร้อมกับสำเภาหรือไม่นั้น มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกันปรากฏในกฎหมายฮินดูและกฎหมายพม่า^(๒)

๓) ในประการสุดท้าย บทบัญญัติกล่าวถึงกรณีที่ผู้เช่าได้ทำการเดินทางด้วยสำเภาลำนั้นหลายครั้งแล้ว ก่อนที่สำเภากจะอับปางลง ในสมัยนั้น การเดินเรือได้อาศัยเรือใบเป็นพื้น และการเดินทางก็ใช้กำหนดโดยลมมรสุม เรือจะต้องออกจากท่าโดยลมมรสุมด้านหนึ่ง และเดินทางกลับเมื่อลมมรสุมกลับ เหตุฉะนั้น บทบัญญัติจึงได้ถือลมมรสุมเป็นประมาณในการเดินทาง ราคาของสำเภาลดลงตามจำนวนการเดินทางที่ได้กระทำไปแล้ว ในลมมรสุมครั้งที่ ๒ ราคาลดลงหนึ่งในห้า ภายหลัลมมรสุมที่ ๔ สำเภามีราคาเพียงสองในห้าของราคาเดิม การประมาณเสียก่อนเช่นนี้ เป็นที่นิยมกันมากในกฎหมายเก่า

(๑) ภัย ๔ นี้ ยังปรากฏอยู่ในพระคัมภีร์พระไตรปิฎก

(๒) สำหรับกฎหมายฮินดู ดู Colebrooke, A Digest of Hindu Law, เล่ม ๑ หน้า ๔๒๐-๔๒๑ (บทแห่งนารถ พุทธิสบัติ และกาศายาน) สำหรับกฎหมายพม่า ดู Manu Kyay หน้า ๒๙.

สันนิษฐานได้ว่าราคาของสำเนาเอง กฎหมายคงได้วางกำหนดอัตราไว้เช่นเดียวกับราคาข้าง โค กระบือ เกวียน ฯลฯ

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

๖๑. สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๕๘, ๕๙ และ ๖๐ บทบัญญัติเหล่านี้ไม่รวมอยู่ในลักษณะเช่า แต่อยู่ในลักษณะว่าด้วยที่บ้านที่เรือน ที่สวนไร่นา ทั้งนี้ก็เพราะเป็นข้อบัญญัติพิเศษ ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับหลักในเรื่องการเช่า การที่เจ้าของสละเรือนหรือที่ดินให้แก่บุคคลอื่นใช้เป็นประโยชน์ โดยเรียกจ้างบำเหน็จจำนวนหนึ่งตอบแทนดังนี้ ในสายตาผู้บัญญัติกฎหมายเก่าดูเป็นเรื่องผิดไปจากการเช่าธรรมดา เช่น การเช่าสัตว์พาหนะ เกวียน หรือเรือ ผู้บัญญัติกฎหมายถือเอาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องไปในทางกฎหมายที่ดินมากกว่าอื่น บทกฎหมายนี้มีน้อยมากในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยเหตุผลต่าง ๆ ซึ่งจะได้บรรยายในคำสอนป้อน เนื่องจากที่ดินว่างเปล่ามีมากเหลือเพื่อและราษฎรรับอนุญาตให้จ้างจอบได้โดยง่าย การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จึงไม่ค่อยปรากฏ บทกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาเกือบทั้งหมดเป็นกฎหมายทางปกครอง โดยเหตุที่ราษฎรมีที่ทางที่จะขอรับพระราชทานที่ดินเพื่อทำการเพาะปลูกได้ จึงเข้าใจได้อีกว่าการเช่าที่ดินย่อมมีน้อยเช่นเดียวกัน และบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็ไม่สู้จะมีมากนัก

ตามบทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จ ซึ่งได้กล่าวอ้างมาแล้วข้างต้น เห็นได้ว่าสัญญาเช่าในเมื่อเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จะสมบูรณ์ ต่อเมื่อผู้เช่าได้ชำระค่าเช่าล่วงหน้า หรือสัญญาเช่าได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

ผู้ให้เช่าไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเช่าจากผู้เช่าได้ หากมิได้มีเอกสารแสดงสัญญาเช่า แต่เมื่อเอกสารได้มีอยู่แล้ว ถ้าผู้เช่าปฏิเสธไม่ยอมชำระค่าเช่า ผู้เช่าตามหลักกฎหมายทั่วไปต้องเสียค่าปรับเป็นทวีคูณ ผู้เป็นเจ้าของรับค่าปรับนี้สามในสี่ หนึ่งในสี่เก็บเข้าพระคลัง (เบ็ดเสร็จ ๖๐)

ค่าเช่านั้นจะเป็นการเช่าบ้านหรือเช่าที่ดินก็ตาม โดยปกติชำระกันในปลายปี และผู้เป็นเจ้าของมีหน้าที่เรียกร้องให้ชำระตามกำหนดเวลา หากตนประมาทเดินเลื่อไม่เรียกร้องค่าเช่า เมื่อกำหนดชำระได้ผ่านไปแล้วเกินกว่าสามปี กฎหมายบัญญัติให้ผู้เช่ามีสิทธิอยู่ในสถานที่ที่เช่าได้ โดยชำระเงินเพียงครึ่งหนึ่งของค่าเช่าที่ค้างชำระ (เบ็ดเสร็จ ๕๘) ทั้งนี้เท่ากับว่าหนี้สินอันเกิดจากค่าเช่ามีอายุความ ๓ ปี และถ้าผู้เช่าชำระค่าเช่าที่ค้างเสีย

๑ ปีครึ่ง ผู้เป็นเจ้าของขาดสิทธิที่จะบังคับให้ผู้เช่าออกจากสถานที่เช่าได้ น่าจะสันนิษฐานต่อไปอีกว่า ผู้เช่าได้รับสิทธิที่จะอยู่ในสถานที่นั้นตลอดไป โดยชำระค่าเช่าต่อไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ในกฎหมายเก่ายังมีกรณีที่กำหนดเวลาสามปีมีผลซึ่งอาจนำมาเทียบได้กับบทบัญญัตินี้ คือ ทำให้ผู้ยึดถือครอบครองที่ดินของผู้อื่นมีสิทธิอยู่ได้ในที่ดินนั้นตลอดไป (ดูเบ็ตเสร์จ ๕๓ และ ๕๗)^(๑)

๖๒. โดยปกติผู้เช่าชำระค่าเช่าล่วงหน้า คือก่อนที่จะเข้าครอบครองที่ดินนั้น เมื่อเป็นการเช่ามา ซึ่งผู้เช่าประสงค์จะเพาะปลูกในเมื่อฤดูหว่านข้าวมาถึง ผู้เป็นเจ้าของจึงมีหน้าที่ต้องมอบที่ดินให้ในเมื่อถึงกำหนด คือเมื่อเริ่มฤดูฝน ถ้าหากในระหว่างที่ยังมิได้มอบที่ดินให้ ผู้ให้เช่ากลับให้ผู้อื่นเช่าที่ดินไป ผู้ให้เช่าจะต้องชดใช้ค่าเช่าที่ดินได้รับมาเป็นทวีคูณ (เบ็ตเสร์จ ๕๙) ณ ที่นี้เห็นได้ชัดว่า สัญญาเช่าที่ดินมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา คล้ายกับสัญญาฝากหรือสัญญายืม โดยการที่ผู้เป็นเจ้าของมีหน้าที่ต้องมอบที่ดินให้แก่ผู้เช่า มิใช่เป็นเพราะมีหน้าที่ผูกพันตามสัญญาเช่นในกฎหมายปัจจุบัน แต่เป็นเพราะผู้ให้เช่าได้รับเงินจากผู้เช่าไว้ก่อนแล้ว หากมิได้มีการชำระค่าเช่าก่อนล่วงหน้าเป็นที่แน่นอนว่าผู้เช่าไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหายแต่อย่างใด การชำระค่าเช่าล่วงหน้านั่นเองจึงก่อให้เกิดความผูกพันหาใช่ความตกลงของเจตนาไม่

บทที่ ๕๙ กล่าวต่อไปอีกว่า ถ้าผู้เช่าไม่สามารถหว่านไถในที่ดินในสมัยที่กำหนดในสัญญาเนื่องด้วยขาดฝน ผู้เช่าก็ไม่มีอาจบังคับให้ผู้เป็นเจ้าของคืนเงินค่าเช่าที่ได้ชำระไปล่วงหน้าได้ ผู้เช่าได้แต่รอจนกว่าจะเริ่มมีฝนต่อไป และเจ้าของที่ดินจะต้องสงวนที่ดินไว้ให้แก่ผู้เช่าในขณะนั้น ทั้งนี้ก็เพราะสัญญาเช่ามีวัตถุประสงค์เพื่อการหว่านไถในที่ดิน ฉะนั้นจึงยอมไม่สิ้นไปก่อนที่จะหว่านไถจะมีขึ้นได้ คือต้องอาศัยฝนเป็นประมาณ^(๒)

๖๓. บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ตเสร์จ ตามที่ได้บรรยายมานี้ ได้ประกอบเป็นกฎหมายว่าด้วยการเช่าสังหาริมทรัพย์จนกระทั่งถึงสมัยเมื่อเร็ว ๆ มา นี้ ในสมัยรัชกาลที่ ๔ ประกาศปีวอก พ.ศ. ๒๔๐๓ ซึ่งจะได้อธิบายในตอนต่อไป (บทที่ ๔ หมวดหนึ่ง) ได้

(๑) นอกจากนั้นควรสังเกตว่า กฎหมายเขมรซึ่งมีความใกล้เคียงกับกฎหมายไทยมากที่สุดได้บัญญัติว่า ผู้ให้เช่าซึ่งไม่เรียกร้องเอาค่าเช่าไว้เกินกว่า ๓ ปี เสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นแก่ผู้เช่า (A Leclère, Recherches sur la Législation cambodgienne, droit privé, หน้า ๒๗๘-๒๗๙)

(๒) เบ็ตเสร์จ ๕๙ นี้ มีคำที่ผิดอยู่ในฉบับพิมพ์ ซึ่งทำให้ลำบากแก่การตีความ คือในฉบับพิมพ์ ๆ ว่า “ถ้าหาผลมิได้ ผู้เช่ามิได้ทำ.....” แต่ในฉบับหลวงมีว่า “ถ้าหาฝนมิได้ ผู้เช่ามิได้ทำ.....” (ฉบับพิมพ์หมายถึงกฎหมายสองเล่มของบลัดเล-บก. ๒๕๒๔.)

บัญญัติให้บรรดาการเช่าที่ดินและบ้านเรือนต้องทำเป็นหนังสือ^(๑) ประกาศนั้นมิได้มีความประสงค์อย่างอื่น นอกจากทำให้กฎหมายเการัดกุมขึ้น อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ประกาศนี้ การชำระค่าเช่าล่วงหน้าจะไม่เป็นการเพียงพอที่จะผูกมัดผู้เป็นเจ้าของดังกฎหมายเดิม แม้ในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องมีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกัน บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๕๘ ซึ่งให้ผู้เช่ามีสิทธิอยู่ในที่ดินที่เช่า เมื่อใช้ส่วนครึ่งหนึ่งของค่าเช่าที่ค้างชำระ โดยเหตุที่มีผู้เป็นเจ้าของละเมิดมิได้เรียกร้องให้ชำระค่าเช่าภายใน ๓ ปีนั้น ก็เลิกใช้บังคับต่อมา และประกาศลงวันที่ ๑ พฤษภาคม ร.ศ. ๑๒๐ (พ.ศ. ๒๔๔๔) ได้ยกเลิกเสีย^(๒) ส่วนสองมาตราที่ยังคงใช้อยู่ก็ปรากฏว่า ไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับ เนื่องจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้แพร่หลายยิ่งขึ้น จึงเป็นหน้าที่ของอาจารย์ผู้สอนกฎหมายและศาลที่จะตั้งกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับสัญญานี้ขึ้น จนกระทั่งถึงสมัยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๓ ขึ้น จึงได้มีกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะนี้.

๓. จำนำ

๖๔. สัญญาจำนำเป็นสัญญาเก่าแก่มาก ในเมื่อบรรยายถึงสัญญาค้ำประกันได้ชี้ให้เห็นแล้วถึงความสำคัญของสัญญาจำนำ เพราะเป็นสิ่งที่ได้ประกอบให้ความคิดเห็นในเรื่องหนี้ตามสัญญาดีขึ้นไป ในชั้นเดิมสัญญาจำนำมิได้แตกต่างกับสัญญาค้ำประกันเลย เห็นได้ว่า การให้มัดจำ (Hostage—Otage) ก็คือการให้จำนำแก่เจ้าหนี้นั่นเอง ผู้ค้ำประกันแต่โบราณถูกเจ้าหนี้จองจำไว้ตรวน หรือจำขังไว้ก็เท่ากับเป็นจำนำของเจ้าหนี้ คำว่าประกัน ก็หมายถึงวิธีการทั้ง ๒ รวมกันไป ภายหลังต่อมา การจำนำจึงได้มีความหมายพิเศษ จะเพาะการที่ลูกหนี้ส่งมอบสิ่งของให้แก่เจ้าหนี้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น เช่นเดียวกับการค้ำประกัน การจำนำแสดงให้เห็นว่าหนี้สินได้มีอยู่ และทำให้ความผูกพันทางฝ่ายลูกหนี้แน่นนอน และมีการบังคับได้ซึ่งมิได้เคยมีมาแต่เดิม ทั้งนี้เพราะสิ่งที่จำนำมีค่ามาก หรือเป็นสิ่งที่ลูกหนี้ชอบหรือถือเป็นเกียรติยศ ลูกหนี้จึงยอมจะเสียหายมาก หรือเสื่อมเสียเกียรติยศ หากมิได้ไถ่สิ่งที่จำนำซึ่งไปตกอยู่ในมือเจ้าหนี้กลับคืนมาภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนี้ การมอบสิ่งของไว้เป็นจำนำจึงเป็นการบังคับลูกหนี้ทางอ้อมให้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตน ณ ที่นี้อาจนำเอาคำบรรยายตอนที่กล่าวถึงสัญญาค้ำประกันมาใช้ได้ สัญญาทั้ง ๒ ชนิดนี้ ได้มีตำแหน่งอันสำคัญในการก่อให้เกิดความหมายสัญญาในสมัยโบราณ

(๑) บทบัญญัติได้กล่าวถึงเรือด้วย แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยถือตามประเพณีว่า เรือที่ใช้ในลำแม่น้ำ ไม่อยู่ในบังคับแห่งประกาศนั้น ฎีกาที่ ๘๐/๑๒๑ ในฎีกาบางเรื่อง เดิม ๒ หน้า ๔๘.

(๒) ดูข้อความของประกาศนี้ในประชุมกฎหมายไทย ภาค ๕ หน้า ๑๐๒๗.

สัญญาจำนำเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้ยิ่งกว่าสัญญาค้ำประกัน เราได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า ในความคิดเห็นแต่โบราณ การยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไม่อาจยึดเอาไปโดยไม่มีกำหนดเวลา ฉะนั้นหากมิได้มีการชำระหนี้ตามกำหนดที่ได้ตกลงกัน หรือภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามจารีตประเพณี เจ้าหนี้อ่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่นำมาจำนำนั้น และฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ก็เป็นอันระงับไปตั้งนี้ สัญญาจำนำจึงทำให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แน่นอนด้วยอีก โสดหนึ่ง โดยไม่จำต้องฟ้องร้อง เพราะรับทรัพย์สินที่จำนำไว้เป็นการชำระหนี้

เนื่องจากผลประโยชน์ดังกล่าว สัญญาจำนำจึงเป็นที่แพร่หลายมาก ในสมัยโบราณเกือบจะกล่าวได้ว่า ไม่มีสัญญาใดซึ่งจะใช้ชั่วระยะเวลาสั้นๆ เพียงใดก็ตามเกิดขึ้นโดยไม่มี การจำนำ หรือค้ำประกันประกอบ และบางทีก็มีทั้งจำนำและค้ำประกัน รวมอยู่ด้วยทั้ง ๒ ชนิด

๖๕. บทกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจำนำ มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะกำหนดในเรื่องนี้ก็เช่นเดียวกับเรื่องเช่าและยืม บทบัญญัติมีน้อยมาก แต่เป็นบทบัญญัติในหลักกฎหมายทั้งสิ้น

ทรัพย์สินที่จำนำอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ แต่เพื่อที่จะให้ สมบูรณ์จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนำ

ผู้รับจำนำไม่กลายเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่รับมอบไว้เป็นจำนำนั้นทันที มีแต่สิทธิยึดถือเท่านั้น และต้องระวังรักษาทรัพย์สินที่เป็นจำนำนั้นด้วย ผู้รับจำนำไม่ต้องรับผิดชอบในการสูญหายของทรัพย์สินเป็นจำนำ หากเกิดจากภัยสึประการ (เบ็ดเสร็จ ๗๖) ความหมายของ ภัยสึประการได้บรรยายมาแล้วข้างต้น หากทรัพย์สินที่จำนำสูญหาย หรือเสียไปโดยความประมาทเลินเล่อของผู้รับจำนำ หรือโดยเหตุอื่น นอกจากภัยสึประการ ผู้รับจำนำจะต้องชดใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้กับผู้จำนำ^(๑)

หากผู้รับจำนำมิได้รับชำระหนี้ตามเวลาที่ตกลงกันไว้ หรือภายในเวลา ๓ ปีเป็น อย่างช้า ทรัพย์สินที่ส่งมอบไว้เป็นจำนำตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนำ (เบ็ดเสร็จ ๗๕ และ

(๑) กฎหมายอินดุมิข้อบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ วิตนุ บรรพ ๖ มาตรา ๖ นารถและยาชุลนุกย (ซึ่งอ้างไว้ใน Colebrooke เล่ม ๑ หน้า ๑๔๕) และในธรรมสัดถัม ของพระเจ้าวราเรรุ มาตรา ๗๒

๗๖)^(๑) บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายชินดู^(๒) เมื่อทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นไร่นาเรียกสวน ถ้าผู้รับจำหน่ายและผู้จำหน่ายถึงแก่กรรมลงทั้ง ๒ คน กฎหมายอนุญาตให้ทายาทของผู้จำหน่ายได้ถอนที่ดินนั้นคืนได้ภายใน ๑๐ ปีนับแต่วันจำหน่าย กฎหมายบัญญัติต่อไปว่า หากฝ่ายผู้รับจำหน่ายได้ปลูกไม้มีผลไว้บนที่จำหน่าย ให้ทายาทผู้จำหน่ายเรียกเอาค่าปลูกได้ตามสมควร (เบ็ดเสร็จ ๗๕) การขายอายุความที่อนุญาตให้โตได้นี้ ไม่ใช่บังคับ หากผู้รับจำหน่ายหรือผู้จำหน่ายฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังคงมีชีวิตอยู่

๖๖. หากทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดผลได้ เช่น ทาสหรือสัตว์พาหนะ ซึ่งผู้รับจำหน่ายอาจใช้ให้ทำงานได้ หนี้ซึ่งมีประกันเช่นนี้ย่อมไม่มีดอกเบี้ย ประโยชน์ซึ่งผู้รับจำหน่ายได้รับจากสิ่งจำหน่ายย่อมถือเสมือนดอกเบี้ยอยู่แล้ว ฉะนั้น ผู้รับจำหน่ายประเภทนี้จึงเรียกได้แต่ต้นเงินเท่านั้น (กู่หนี่ ๖๐) ข้อบัญญัตินี้มีปรากฏในกฎหมายชินดูเช่นเดียวกัน (มนูบรรพ ๘ มาตรา ๑๔๓) แต่ตามกฎหมายชินดู ผู้รับจำหน่ายซึ่งสิ่งจำหน่ายก่อให้เกิดผลเช่นนี้ไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ในกรณีนี้สัญญาจำหน่ายให้หนี้สินยังคงมีอยู่ บทบัญญัตินี้เองจึงอาจเป็นที่มาเดิมของบทกฎหมายไทยในเรื่องสัญญาขายฝากทาส ซึ่งเราได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า ที่จริงก็เป็นกรณจำหน่าย แต่มิให้มีผลในการโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น

(๑) กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงสอนไว้ว่า บทที่ ๗๕ ซึ่งกล่าวถึงกำหนดเวลา ๓ ปีใช้บังคับแต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ส่วนบทที่ ๗๖ ใช้บังคับในเรื่องสังหาริมทรัพย์เท่านั้น (เล็กเซอร์หน้า ๑๗๗-๑๗๘) การแบ่งแยกเช่นนี้ไม่ตรงกับข้อความในตวิบททั้ง ๒ นี้ ยิ่งกว่านั้นการแบ่งแยกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในสมัยกรุงศรีอยุธยา ทางส่วนผู้สอนรู้สึกว่าเป็นการยากที่จะตีความมาตราทั้งสองนี้ให้ไปทางเดียวกันได้ กล่าวคือ ให้ถือเอาอายุความ ๓ ปี มาเป็นอายุความตามกฎหมายสำหรับการไต่คืนการจำหน่าย ในกรณีที่ผู้เป็นฝ่ายในสัญญาจำหน่ายได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น แต่ก็เป็นการแน่นอนว่า ตอนสองของบทที่ ๗๕ ใช้บังคับแต่ในเรื่องอสังหาริมทรัพย์ โดยจะเพาะ นายสิงโต (หลวงราชปัญญาฯ) ก็ได้ตีความไปตามทำนองนั้นในหนังสือกฎหมายการค้าขาย หน้า ๓๗๑ (เบ็ดเสร็จ ๗๕ คือ บทที่ ๖๓, ๗๖ คือ บทที่ ๖๔ ในฉบับกรมหลวงราชบุรีฯ-บก. ๒๕๒๔)

(๒) ในกฎหมายชินดู ทรัพย์สินที่จำหน่ายตกเป็นของผู้รับจำหน่าย หากมิได้มีการไต่คืนภายในกำหนดเวลา หรือเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระได้ขึ้นสูงเท่าต้นเงิน (ข้อบัญญัติของ ยาชเวลลฤย พฤตสมบัติและวุยาส ซึ่ง Colebrooke อ้างในเล่ม ๑ หน้า ๑๘๓) ถ้าสังเกตว่าดอกเบี้ยตามกฎหมายไทย คือ ๑ เปอร์เซ็นต์เดือน จึงเห็นได้ว่าดอกเบี้ยจะสูงเท่าต้นเงินภายในระยะเวลาประมาณ ๓ ปี หากมิได้มีการชำระเลย ข้อบัญญัติในกฎหมายชินดู จึงไม่ผิดกับข้อบัญญัติของกฎหมายไทย เป็นแต่แสดงออกในวิธีการต่างกันเท่านั้น

เมื่อทรัพย์สินที่จำหน่ายสูญหาย ผู้รับจำหน่ายจะเรียกร้องให้บังคับชำระหนี้ได้ทันที เว้นแต่ผู้จำหน่ายจะส่งมอบทรัพย์สินอื่นให้เป็นจำนำแทน และผู้รับจำหน่ายยอมรับทรัพย์สินนั้น ข้อบัญญัตินี้ชี้ให้เห็นความสำคัญของการจำนำ ในการที่ทำให้หนี้ที่เป็นประธานคงทนอยู่ตลอดไป

๖๗. เมื่อทรัพย์สินที่จำหน่ายเป็นทรัพย์สินที่ถูกลักเอามา ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นย่อมมีสิทธิติดตามเรียกร้องให้ผู้รับจำหน่ายคืนทรัพย์สินนั้นได้ และผู้รับจำหน่ายมีหน้าที่ต้องส่งคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เป็นเจ้าของแท้จริงไป แต่กฎหมายเก่ามิได้บัญญัติไว้เพียงนั้น ยังถือต่อไปว่า บุคคลผู้รับจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งถูกลักมาน่าจะเป็นพวกผู้ร้าย ฉะนั้นหากผู้รับจำหน่ายไม่สามารถนำตัวผู้ที่เอาทรัพย์สินมาจำหน่ายมาให้เจ้าหน้าที่ได้ หรือมิได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบเมื่อรู้สึกสงสัยในทรัพย์สินจำนำนั้น ผู้รับจำหน่ายต้องถูกปรับใหม่เสมอด้วยผู้ร้ายลักทรัพย์ (โจร ๑๐๕, ๑๔๘)

บทกฎหมายเหล่านี้เข้มงวดมาก เพราะลงโทษถึงผู้ที่ได้รับจำนำไว้โดยสุจริตและขาดความรอบคอบเพียงเล็กน้อยเท่านั้น จึงดูเป็นการเกินสมควรในการที่ถือเอาผู้ที่ขาดความระมัดระวังเท่านั้นเป็นผู้มีความผิดเสมอด้วยผู้ร้ายลักทรัพย์ ทั้งกฎหมายก็มีได้เปิดช่องให้มีโอกาสป้องกันตัวจากข้อหาทางอาญาอันอาจเกิดขึ้นได้เลย ต่อมาจึงเห็นกันว่าข้อบัญญัติเหล่านี้สมควรแก้ไขให้เบาลงและเพิ่มให้ครบถ้วนยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกษฐ์ ลงวันที่ ๕-๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๒๘๔^(๑) พระราชกำหนดนี้บรรจข้อบัญญัติวางระเบียบเกี่ยวกับการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ โดยมุ่งที่จะให้ความปลอดภัยแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินโดยมีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน คือ การจำหน่ายจะต้องกระทำในเวลากลางวัน ผู้รับจำหน่ายจะรับจำนำแต่ผู้ที่ตนรู้จักดี ในกรณีที่สงสัยผู้รับจำหน่ายจะต้องร้องขอเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจะเป็นผู้สอบสวนในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้จำหน่ายนำมาจำนำนั้น ข้อบังคับเช่นว่านี้ใช้แก่บุคคลซึ่งจำหน่ายทรัพย์สินของแทนผู้อื่นด้วยเหมือนกัน ผู้ใดซึ่งรับของร้ายจำหน่ายไว้โดยสุจริต และเมื่อได้ทราบการได้มาโดยมิชอบของสิ่งที่จำหน่าย ถ้าได้นำทรัพย์สินนั้นไปส่งมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ ผู้รับจำหน่ายนั้นไม่ต้องรับโทษต่อไป ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะรับทรัพย์สินคืนได้แต่ต่อเมื่อได้ชดใช้เงินที่ผู้รับจำหน่ายให้มา ถ้าผู้รับจำหน่ายไม่รู้ถึงการได้มาโดยมิชอบของทรัพย์สินจำนำ แต่ได้ยอมส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ เมื่อเจ้าหน้าที่เรียกร้องโดยมิได้ชดใช้เงินทีละทีแต่อย่างใด ถ้าพิจารณาแล้วไม่ได้ความว่าได้สมคบกับผู้ร้าย ผู้รับจำหน่ายไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน จะเรียกให้เจ้าของชดใช้ได้เพียงกึ่งหนึ่งของ

(๑) พระราชกำหนดเก่า บทที่ ๑๐ ลงวันอังคาร ขึ้น ๑ ค่ำ เดือน ๓ ปีระกาตรีศก จุลศักราช

จำนวนเงินที่ตนได้รับจำนำไว้เท่านั้น หนึ่งผู้ซึ่งนำความมาบอกกล่าวแก่เจ้าพนักงานในเมื่อมีการจำนำผิดปกติดังนั้น มีสิทธิได้รับบำเหน็จจากผู้เป็นเจ้าของ บำเหน็จกำหนดขึ้นตามราคาทรัพย์สินที่จำนำนั้น พระราชกำหนดปี พ.ศ. ๒๒๘๔ นี้จะศึกษาโดยละเอียด เมื่อบรรยายถึงประวัติศาสตร์กฎหมายเรื่องการซื้อขาย เพราะพระราชกำหนดนี้บัญญัติรวมถึงการจำนำและการซื้อขาย และความจริงก็ไม่มีเหตุที่จะแยกสัญญา ๒ ชนิดนี้ออก เพราะการจำนำทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับจำนำเช่นการซื้อขาย เพียงแต่การโอนเลื่อนเวลาไปเล็กน้อยเท่านั้น

๖๘. ในสมัยรัชกาลที่ ๕ การให้กู้ยืมโดยยึดเอาทรัพย์สินเป็นจำนำเจริญมาก โรงจำนำทวียิ่งขึ้น จึงทำให้เกิดบทบาทบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งมีหลักมุ่งแต่จะกีดกันมิให้พวกทุจจริตมีช่องทางหากิน โดยถือเอาการจำนำเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินที่ชะโมยมา พระราชบัญญัติโรงจำนำ ร.ศ. ๑๑๔ (๑๙ มกราคม พ.ศ. ๒๔๓๘) บัญญัติให้ผู้ตั้งโรงจำนำต้องขออนุญาตจากรัฐบาล และกำหนดข้อบัญญัติพิเศษในเรื่องวิธีการจำนำที่จะกระทำในโรงจำนำนั้น^(๑) พระราชบัญญัตินี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา ๗๕๗) ยังรับรองอยู่ จึงไม่อยู่ในข่ายแห่งคำสอนนี้

อีกประการหนึ่ง ในปลายสมัยรัชกาลที่ ๔ สัญญาจำนำอสังหาริมทรัพย์ได้มีการเปลี่ยนแปลงมาเป็นพิเศษจนกลายเป็นสัญญาจำนอง ซึ่งความจริงก็เป็นการจำนำนั่นเอง แต่ผู้เป็นเจ้าของไม่เสียซึ่งการครอบครองทรัพย์สินนั้น การเปลี่ยนแปลงนี้ได้เป็นมาพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงในระบอบที่ดิน จึงควรบรรยายถึงเรื่องนี้เมื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์กฎหมายที่ดินในประเทศสยาม

ในกฎหมายปัจจุบัน สัญญาจำนำหมายถึงสังหาริมทรัพย์โดยจะเพาะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗๔๗) ผู้รับจำนำไม่กลายเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนำนั้น แม้จะไม่มีภาระหนี้ตามกำหนดเวลาก็ตาม นอกจากผู้เป็นเจ้าของสัญญาจะตกลงกันเป็นพิเศษ และการตกลงนี้จะทำได้โดยมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗๕๖) เมื่อมิได้มีการตกลงเช่นนี้ ผู้รับจำนำได้แต่นำทรัพย์สินนั้นมาขายทอดตลาด และเอาเงินที่ได้จากการขายนั้นชำระหนี้ หากเงินที่ได้จากการ

(๑) ดูข้อความในราชกิจจานุเบกษา ร.ศ. ๑๑๔ เล่ม ๑๒ หน้า ๔๑๙-๔๓๐ และในประชุมกฎหมายไทย ภาค ๔ หน้า ๙๐๐-๙๒๑ กฎหมายนี้ใช้บังคับในมณฑลกรุงเทพฯ ตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๔ (ประกาศลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๙) และในหัวเมืองแต่วันที่ ๑ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๔๔๔ (ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๙)

ขายสูงกว่าจำนวนหนี้ ส่วนที่เกินจะต้องมอบคืนให้แก่ผู้จำนำไป หากการขายได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้จำนำยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗๖๔ และ ๗๖๗) บทกฎหมายเหล่านี้บัญญัติไว้ตรงกันข้ามกับกฎหมายเก่า ทั้งนี้ เป็นเพราะในกฎหมายปัจจุบัน สัญญาจำนำเป็นแต่เพียงสัญญาอุปรกรรมที่ประกันการชำระหนี้ แทนที่จะเป็นสาระสำคัญของสัญญาประธาน ซึ่งแสดงความผูกพันของลูกหนี้ให้ประจักษ์และมั่นคงตั้งบรรยายมาแล้ว

๔. สัญญาจ้างและวาน

๖๙. สัญญาทั้งสองชนิดนี้ ได้แก่การถือเอาประโยชน์จากการรับใช้ของผู้อื่นเพื่อกิจการสิ่งหนึ่ง หรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง สัญญาวานผิดจากสัญญาจ้างโดยสัญญาวานมิได้มีบำเหน็จ

สัญญาทั้งสองชนิดนี้มีบัญญัติรวมกัน เป็นลักษณะเดียวอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ (บทที่ ๙๘ ถึง ๑๑๑)

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา และตลอดสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ในสัรัชกาลแรก สัญญาจ้างเป็นสัญญาที่ใช้กันน้อย ทั้งนี้เป็นเพราะมีทาสเหลือเฟือ และมีไพร่เลขประจำข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ผู้เป็นประมุขในครอบครัวโดยปกติมักจะมีทาสหรือบ่าวไพร่ พอที่จะใช้ให้กระทำกิจการใด ๆ ได้ตามความต้องการ และไม่มีมีความจำเป็นที่จะต้องจ้างบุคคลอื่นอีกเท่าที่ปรากฏในบทบัญญัติที่ตกทอดมาถึงเราเห็นได้ว่า สัญญาจ้างเป็นสัญญาซึ่งโดยมากมักทำขึ้นสำหรับชั่วระยะเวลาสั้น และเพื่อกิจการจะเพาะสิ่ง มิใช่เป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นบ่อย ๆ และมีอยู่ชั่วระยะเวลาอันคั่งในสมัยปัจจุบัน การที่บทบัญญัติในสมัยโบราณมีน้อยและไม่ครบถ้วน อาจจะอธิบายได้จากเหตุนี้

๗๐. สัญญาจ้างและสัญญาวาน เช่นเดียวกับสัญญาฝาก สัญญาเช่า สัญญายืม เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินที่ส่งมอบนั้นคือสัตว์มนุษย์ จะเป็นทาสหรือไทยก็ตาม โดยมากลูกจ้างเป็นทาสหรือไพร่ ซึ่งได้รับอนุญาตจากผู้เป็นนาย ให้ไปทำงานกับผู้จ้างชั่วคราว สัญญาจ้างจึงมีลักษณะคล้ายกับสัญญาเช่าหรือสัญญายืม สัญญาจ้างและสัญญาวานก็คือสัญญาเช่า และสัญญายืม ที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นคน ค่าจ้างเทียบได้กับค่าเช่า บทกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ได้แสดงให้เห็นตัวอย่างที่สัญญาทั้งสองนี้ปะปนกันอยู่ เช่น พระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๑๐๐ กล่าวถึงการจ้างช่าง ม้า โค กระบือ ซึ่งความจริงควรเป็นการเช่า พระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๑๐๘ ได้แสดงให้เห็นความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิด

ขีดระหว่างสัญญาวานและสัญญาเยี่ยมเช่นเดียวกัน ตามบทนี้เห็นได้ชัดว่า ผู้บัญญัติกฎหมายถือว่า สัญญาวานและสัญญาเยี่ยมเป็นสัญญาประเภทเดียวกัน ผิดกันก็แต่สัญญาวานใช้สำหรับสิ่งที่มีใจ ส่วนสัญญาเยี่ยมใช้สำหรับสิ่งอื่น ๆ อีกประการหนึ่ง จะสังเกตได้ว่า ส่วนมากของ บทบัญญัติมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะกำหนดความรับผิดชอบของผู้จ้างในกรณีที่ลูกจ้างถึงแก่กรรมลง และนี่คือปัญหาสำคัญมากในเมื่อถือกันว่าสัญญาจ้างและสัญญาวานเป็นสัญญาที่คล้ายกับสัญญาเช่าและสัญญาเยี่ยม เพราะการสูญหายในทรัพย์สินที่ยืมหรือเช่าเป็นเหตุให้เกิดข้อโต้เถียงระหว่างผู้เป็นฝ่ายในสัญญาเช่าและเยี่ยม การตายของลูกจ้างจึงย่อมเป็นปัญหาสำคัญในสัญญาจ้างวานเหมือนกัน

แต่ทว่ายังมีบางกรณีที่สัญญาจ้างไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาเช่า เช่น เมื่อบุคคลหนึ่งได้รับจ้าง เพื่อซ่อมแซมของสิ่งหนึ่งหรือเฝ้าประตูสัตว์หรือรับขนส่งสินค้าหรือสิ่งอื่น ๆ ในกรณีนี้ปัญหากลับตรงกันข้าม ต้องพิจารณาหัดดูความรับผิดชอบของลูกจ้าง เนื่องจากการที่ลูกจ้างยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ แต่อย่างไรก็ดี เห็นได้ว่าปัญหายังอยู่ในขอบเขตต์ของทรัพย์สินสัญญาอยู่นั่นเอง

๗๑. ณ ที่นี้ จะได้พิจารณาหัดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างและสัญญาวาน ในพระอัยการเบ็ดเสร็จจ้อย่างรวบรัดโดยเริ่มด้วยกรณีทั่วไป ซึ่งลูกจ้างตกอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลผู้เป็นนายจ้าง

ถ้าลูกจ้างเป็นผู้ที่อยู่ใต้อำนาจของผู้อื่น ซึ่งมักจะเป็นเช่นนี้เสมอ คือ เป็นบ่าวไพร่ บุตรหรือทาส สัญญาจ้างวานจะต้องทำต่อผู้เป็นมุลนายหรือพ่อแม่หรือนายของผู้นั้น มิฉะนั้นผู้จ้างจะต้องรับผิดชอบในการตาย หนี้หายของลูกจ้าง ซึ่งตนได้จ้างวานมาไม่ว่าจะเป็นกรณีใด จะเสียค่าจ้างหรือไม่ก็ตาม (เบ็ดเสร็จ ๑๐๖)

หากสัญญาได้กระทำกันโดยถูกต้อง ควรศึกษาสัญญาจ้างและสัญญาวานออกเป็นคนละประเภท เพราะความรับผิดชอบของผู้จ้างกับความรับผิดชอบของผู้วานแตกต่างกัน

ในสัญญาจ้าง ตามหลักผู้จ้างไม่ต้องรับผิดชอบในการหนี้หายหรือตายของลูกจ้าง แม้การตายจะเกิดขึ้นจากการงานที่ต้องเสี่ยงภัยอย่างร้ายแรง (เบ็ดเสร็จ ๑๐๓, ๑๐๖ และ ๑๐๙) ผู้จ้างต้องเสียแต่ค่าจ้างเท่านั้น^(๑)

(๑) ตามหลักนี้ มีข้อยกเว้นเรื่องเดียว คือเมื่อจ้างคนไปดำเนินาหาของที่ตกหาย หากลูกจ้างจมน้ำตาย แต่ได้ของที่สูญหายนั้นกลับคืนมา ผู้เป็นเจ้าของจะต้องชำระค่าจ้างตามที่ตกลง และบำเหน็จให้แก่ผู้เป็นนายของลูกจ้าง อีกหนึ่งในสี่ของราคาที่ได้คืนมา ฐานเป็นค่าปลงศพผู้ตาย (เบ็ดเสร็จ ๑๐๔) บทกฎหมายนี้บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้ตาย

ในสัญญาวาน ความรับผิดชอบของผู้วานย่อมมีมากกว่าผู้จ้าง ทั้งนี้อธิบายได้จากการที่สัญญานี้เป็นสัญญาที่ทำให้เปล่า บุคคลผู้ยอมให้คนของตนไปรับใช้ผู้อื่น โดยไม่ได้รับค่าจ้างตอบแทน ย่อมถือว่าเป็นการช่วยเหลือระหว่างมิตรสหาย และเนื่องจากการที่มีได้รับประโยชน์จากสัญญานี้แต่อย่างใด จึงเป็นธรรมดาที่ผู้นี้ควรจะได้เสี่ยงภัยน้อยที่สุด ทั้งเป็นเหตุที่ผู้นี้มีมูลเชื่อว่าคนของตนจะได้รับใช้แต่ในกิจการธรรมดาด้วย ฉะนั้น หากผู้วานส่งผู้รับใช้ไปไกล หรือถือเอาเป็นเพื่อนเดินทาง ผู้วานต้องรับผิดชอบในกรณีที่คนนั้นหนีหาย หรือถึงแก่กรรม ต่อมูลนายพ่อแม่โดยอัตรากึ่งหนึ่งของค่าตัวของผู้รับใช้นั้น (เบ็ดเสร็จ ๑๐๖ และ ๑๐๘) หากผู้รับใช้ตายลง เพราะผู้วานใช้ให้ไปสู่อันตรายต่าง ๆ หรือกล่าวโดยทั่วไป หากความตายเกิดจากความไม่เอาใจใส่ดูแลทางฝ่ายผู้วาน ผู้วานต้องใช้ค่าคนนั้นจนครบ (เบ็ดเสร็จ ๑๐๙) ตรงกันข้าม หากผู้รับใช้ตายลงโดยอุบัติเหตุในขณะที่ทำงาน อันมิต้องเสี่ยงภัยอันตรายแต่อย่างใด ผู้วานมิต้องผูกพันชดใช้ค่าคน ๆ นั้น (เบ็ดเสร็จ ๑๑๐) กล่าวโดยสรุป บุคคลผู้ใช้ให้ผู้อื่นทำงานให้เปล่า มีหน้าที่ต้องระวังรักษาและใช้ให้ทำงาน แต่ในหน้าที่ที่มีก่อให้เกิดภัยอันตรายเท่านั้น

ค่าจ้างจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นสัญญาจ้าง และต้องชำระให้แก่ผู้ที่ทำสัญญาด้วย คือ ผู้เป็นมูลนาย บิดามารดา หรือนายของลูกจ้างแล้วแต่กรณี ค่าจ้างจะต้องชำระตามที่ได้ให้สัญญาไว้เสมอ แม้ว่ากิจการซึ่งผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องกระทำนั้นจะไม่ก่อให้เกิดกำไรแก่ผู้ว่าจ้าง ดังที่ได้คาดหมายไว้ (เบ็ดเสร็จ ๑๐๒) นี่คือลักษณะที่สัญญาจ้างแตกต่างกับสัญญาเช่าหุ้นส่วน แต่เนื่องจากข้อบัญญัตินี้น่าสันนิษฐานว่ากฎหมายไทยไม่รับรู้การที่ลูกจ้างได้รับส่วนกำไรด้วย ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในธรรมศาสตร์ฮินดู และซึ่งเป็นที่แพร่หลายมากในประเทศจีน

๗๒. ต่อจากนี้จะได้บรรยายถึงสัญญาจ้างชนิดต่าง ๆ ซึ่งแทนที่ลูกจ้างจะตกอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้าง กลับต้องรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้างในทรัพย์สินบางสิ่งซึ่งได้รับมอบไป ในกรณีเหล่านี้ ควรสังเกตว่าลูกจ้างเองเข้าเป็นคู่สัญญา ฉะนั้น จึงเป็นผู้ที่ให้จ้างแรงงานของตนเป็นอาชีพ แต่เพื่อกิจการสิ่งหนึ่งโดยฉะเพาะ

กรณีแรก ได้แก่กรณีที่ผู้รับจ้างเป็นช่างได้รับมอบทรัพย์สินหนึ่งมาเพื่อทำการซ่อมแซม คือเป็นสัญญาซึ่งในปัจจุบันนี้เรียกว่า สัญญาจ้างทำของ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๘๗) กฎหมายบัญญัติว่า หากผู้รับจ้างทำให้วัตถุที่ได้รับมอบมาแตกหักเสียหาย ผู้รับจ้างจะต้องใช้ราคาของนั้นเท่าที่คู่กรณีได้ประมาณราคาไว้ในขณะที่

ทำสัญญากัน นอกจากนั้น ผู้รับจ้างไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างด้วย (เบ็ดเสร็จ ๙๙) ทั้งนี้เท่ากับว่า ผู้รับจ้าง เช่นเดียวกับผู้รับฝาก มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการสัญญาแห่งทรัพย์สินนั้น แต่น่าจะมีข้อยกเว้น ในกรณีที่การสัญญาได้เกิดขึ้นจากภัยสึประการตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องความรับผิดชอบของผู้รับฝาก อีกมาตราหนึ่งบัญญัติว่าหากได้จ่ายค่าจ้างไปแล้วผู้รับจ้างก็ไม่มีสิทธิเรียกให้ส่งคืนค่าจ้างนั้น แม้ในกรณีที่การปฏิบัติงานมิได้เป็นไปตามสิ่งที่ได้ให้ไว้ (เบ็ดเสร็จ ๑๐๗)

๗๓. กรณีที่สอง ได้แก่การที่บุคคลหนึ่งรับจ้างขนส่งสิ่งของ ซึ่งในปัจจุบันนี้เป็นสัญญาพิเศษเรียกว่า สัญญารับขนส่งสินค้า (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๐๘ และต่อไป) สัญญานี้กฎหมายเก่าบางคราวก็บัญญัติว่าเป็นสัญญาฝาก บางคราวก็ว่าเป็นสัญญาจ้าง แต่สาระสำคัญยังคงมีอยู่ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขนส่งในกรณีที่ทรัพย์สินที่รับมาสัญญาหายไป พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๑๐๑ บัญญัติเรื่องนี้ไว้หลายประการ ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ขนส่งได้กำหนดลงถึถ้วน ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบ หากได้ขับเกวียนไปตามทาง แต่ทว่าหากขับออกนอกทางที่เคยเดิน ตนจะต้องรับผิดชอบใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่เจ้าของ เมื่อทรัพย์สินนั้นเสียหายไป^(๑) หากทรัพย์สินนั้นถูกโจรปล้นลักเอาไปในระหว่างทาง โดยเหตุที่เกวียนหักกลางทาง ซึ่งผู้ขนส่งจำเป็นต้องหยุดเพื่อซ่อมแซมเกวียน ตามธรรมดาผู้ขนส่งจะสัญญาแต่ค่าจ้างเท่านั้น แต่ถ้าเกวียนหักลงเพราะผู้ขนส่งเร่งขับเกวียนไปโดยเร็วโดยมิจำเป็น ผู้ขนส่งจะต้องใช้ทรัพย์สินที่สัญญาหายไปนั้นด้วย หากมีความจำเป็นจริงๆ ที่จะต้องเร่งขับเกวียน ผู้ขนส่งย่อมพ้นความรับผิดชอบสิ้นเชิง อนึ่ง ควรนำบทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๙๐ เรื่องความรับผิดชอบของผู้รับฝากมาใช้ ณ ที่นี้ด้วย ผู้ขนส่งจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการสัญญาในทรัพย์สินที่บรรทุกมา หากการเสียหายเกิดจากภัยสึประการ คือเหตุสุดวิสัยดังได้ศึกษามาแล้ว

๗๔. กรณีที่สาม ได้แก่ การที่บุคคลคนหนึ่งรับจ้างเลี้ยงฝูงปศุสัตว์ ณ ที่นี้อีกสาระสำคัญอยู่ที่ที่จะกำหนดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างในกรณีที่สัตว์นั้นล้มตายหรือสูญหายไป ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองในขณะที่จะทำสัญญากันต้องประมาณราคาสัตว์ที่จะจ้างเลี้ยงนั้นต่อหน้าผู้เฒ่าผู้แก่ ตามหลักผู้รับจ้างจะรับผิดชอบในการสูญหายของสัตว์นั้นเกิดต่อเมื่อการสูญหายเกิดจากความผิด หรือความประมาทเลินเล่อของตน หากสัตว์ถูกรูขบ หรือเสื่อขบก็ตี ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งให้ผู้เป็นเจ้าของทราบโดยด่วน หากแจ้งแก่ตัวเจ้าของมิได้ ก็ให้แจ้งแก่

(๑) บทบัญญัตินี้มีอยู่ในประมวลสัถัมของพระเจ้าวรุ มาตรา ๑๐๑

ญาติเพื่อนบ้าน หรือผู้เฒ่าผู้แก่ซึ่งอยู่ใกล้ มิฉะนั้นจะถือว่าผู้รับจ้างประมาทเลินเล่อ และต้องชดใช้ราคาสัตว์ที่ตายไปนั้น (เบ็ดเสร็จ ๑๐๕)

บทในพระอัยยการเบ็ดเสร็จที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างนี้ เมื่อเลิกทาสแล้วการจ้างคนที่เป็นไทยก็เกิดมีมากขึ้นทุกที จึงยอมไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับสัญญาจ้าง ซึ่งมีหลายบทที่ใช้บังคับไม่ได้เสียอีกด้วย แต่ถึงกระนั้นก็ดี บทบัญญัติเพียงเท่านั้นยังคงเป็นกฎหมายสำหรับลักษณะนี้อยู่จนถึงเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ ในระหว่างนี้ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกมาแต่เพียงฉบับเดียว คือพระราชกำหนดอาญาการทำผิดสัญญา ลงวันที่ ๒๐ มกราคม ร.ศ. ๑๑๗ (๒๔๔๑) ซึ่งลงโทษทางอาญาแก่การทำผิดสัญญาของฝ่ายผู้รับจ้าง ในเมื่อสัญญาจ้างได้เข้าลักษณะและทำตามแบบที่บังคับไว้^(๑) วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้จะไม่อาจเข้าใจได้ดี นอกจากจะได้ทราบวิธีการต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติขึ้นเป็นลำดับมาในสมัยรัชกาลที่ ๕ เพื่อยกเลิกทาสเสีย เพราะกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากการเลิกทาสนั่นเอง ฉะนั้น ควรศึกษาบทกฎหมายนี้ในเมื่อบรรยายถึงบทที่ว่าด้วยการเป็นทาส

๕. สัญญาซื้อขาย

๗๕. ในกฎหมายปัจจุบัน สัญญาซื้อขาย คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาททรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย สัญญาซื้อขายจึงเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความตกลงของเจตนาเท่านั้น เมื่อฝ่ายผู้ขายและฝ่ายผู้ซื้อได้ตกลงกันเรื่องทรัพย์สินที่จะขายและเรื่องราคาแล้ว สัญญาซื้อขายก็เกิดขึ้นทันที ผู้ขายอาจถูกบังคับให้โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน และผู้ซื้ออาจถูกบังคับให้ชำระราคาที่ตกลงกันได้

สัญญาซื้อขายในรูปที่กล่าวมานี้ไม่เป็นที่รู้จักกันในกฎหมายโบราณ

ชุมนุมในสมัยโบราณทำการซื้อขายภายใต้ลักษณะของการแลกเปลี่ยน คือเอาของมาแลกเปลี่ยนต่อกันและกันโดยตรงและทันทีทันใด ความผูกพันระหว่างผู้เป็นฝ่ายมีอยู่เฉพาะครั้งคราวโดยไม่ว่าจะเกิดอีก เมื่อแลกเปลี่ยนของกันแล้ว ผู้เป็นฝ่ายไม่พบกันอีก ฝ่ายหนึ่งยอมไม่ต้องการรับผิดชอบต่อกันอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใดเมื่อตกลงแล้ว ทันใดนั้นผู้เป็นฝ่ายก็ได้ปฏิบัติตามจึงไม่มีนิติสัมพันธ์เหลืออยู่จากการตกลงนี้

(๑) ดูกฎหมายไกรสี เล่ม ๗ หน้า ๒๕๗๑ หรือกฎหมายรัชกาลที่ ๕ ร.ศ. ๑๑๗ หน้า ๓๓๖

เมื่อระบอบการใช้เงินตราได้แพร่หลายขึ้น การซื้อขายในขั้นแรกทำกันภายในรูปการซื้อขายเงินสด ซึ่งผิดจากการแลกเปลี่ยนโดยฝ่ายหนึ่ง ใช้เงินจำนวนหนึ่ง แทนทรัพย์สินเท่านั้น โดยเหตุที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อทันที และผู้ซื้อชำระราคาให้ผู้ขายทันที เช่นเดียวกัน ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกันอีก ภายหลังที่ได้ตกลงซื้อขายกัน เช่นเดียวกับในเรื่องการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินต่อทรัพย์สิน

ภายหลังต่อมา การซื้อขายเชื่อได้เกิดขึ้น ในกรณีนี้ผู้ขายส่งมอบสิ่งของไว้ก่อน โดยยังมีได้รับราคา เช่นนี้ผู้รับมอบยอมมีหน้าที่ผูกพันที่จะต้องชำระราคา เช่นเดียวกัน ผู้ซื้ออาจชำระราคาส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดล่วงหน้าไปให้ โดยยังมีได้รับมอบของในขณะนั้น ดังนี้ ผู้ขายยอมมีหน้าที่ผูกพันในอนาคตที่จะต้องส่งมอบสิ่งของ ในทั้งสองกรณีนี้การซื้อขายได้กลายเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพันจริง แต่เป็นเพียงความผูกพันฝ่ายเดียวเท่านั้น ผู้เป็นฝ่ายๆ หนึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ต่อเมื่อฝ่ายตนได้ปฏิบัติหน้าที่ไปแล้ว หากมิได้มีการส่งมอบสิ่งหนึ่งสิ่งใดต่อกัน ย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องประการใดได้

ต่อมาภายหลังอีกช้านานจึงยอมรับกันว่า ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองมีหน้าที่ผูกพันต่อกัน โดยความตกลงของเจตนาระหว่างกันเท่านั้น แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยังมีได้ปฏิบัติภาระหน้าที่ของตนก็ตาม

ความวิวัฒนาการในการซื้อขายดังนี้ ปรากฏในทุกประเทศ แต่ก็มีใช่เป็นการง่ายที่จะอธิบายได้ ณ ที่นี้ปัญหาที่ควรพิจารณาเมื่ออยู่ปัญหาเดียว คือ กฎหมายไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาอยู่ในขีดแห่งความวิวัฒนาการตามที่ได้กล่าวมานี้แค่นั้น และแสดงให้เห็นแนวความคิดเรื่องการซื้อขายประการใดบ้าง

๗๖. ในสมัยกรุงศรีอยุธยา สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่แพร่หลายมาก โดยเหตุนี้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญานี้จึงมีเป็นจำนวนมาก บทสำคัญปรากฏอยู่ในพระอัยการลักษณะโทษ ทั้งนี้ก็เพราะในทางปฏิบัติ การซื้อขายอันสำคัญคือการซื้อขายทาส^(๑) นอกจากนี้ยังพบบทบัญญัติเรื่องการซื้อขายในพระอัยการเบ็ดเสร็จ และในบทกฎหมายอื่น ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป แต่ ณ ที่นี้จะไม่กล่าวอ้างถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เพราะการซื้อขายที่ดินไม่ค่อยแพร่หลายในสมัยกรุงศรีอยุธยา และพึงจะมา

(๑) สัญญาซื้อขายทาส ซึ่งกล่าวในที่นี้ หมายถึงการซื้อขายขาด สัญญาขายฝากทาสซึ่งความจริงเป็นสัญญาพิเศษอันมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขายมีประกัน ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น

ได้รับความเอาใจใส่ของผู้บัญญัติกฎหมายก็แต่ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ สัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์จึงจะได้ศึกษาในบทคำสอนที่ว่าด้วยประวัติศาสตร์กฎหมายที่ดั้น

ตามบทบัญญัติในกฎหมายเก่าที่เกี่ยวกับการซื้อขายเห็นได้ว่า กฎหมายเก่าของไทยมิได้ถือว่าการซื้อขายเกิดขึ้นจากการตกลงของเจตนาเท่านั้น การซื้อขายโดยมากกระทำกันด้วยเงินสด หากมิได้เป็นเช่นนั้น สัญญาซื้อขายจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้เป็นฝ่าย ๆ หนึ่งฝ่ายใด ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ผู้ขายซึ่งยังมีได้ส่งมอบสิ่งของให้แก่ผู้ซื้อ ย่อมไม่อาจบังคับให้ผู้ซื้อชำระราคาได้ ผู้ซื้อซึ่งยังมีได้ชำระราคาก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินเช่นเดียวกัน ความตกลงของเจตนาจึงไม่สามารถสร้างความผูกพันซึ่งจะนำมาร้องขอต่อศาลได้

อีกประการหนึ่ง ความคิดเห็นในสัญญาซื้อขายซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้อาศัยอยู่คือ สัญญาซื้อขายเป็นทรัพย์สินสัญญา ซึ่งเกิดจากเหตุที่ผู้เป็นฝ่าย ๆ หนึ่งได้มอบทรัพย์สินสิ่งหนึ่งไว้ แก่อีกฝ่ายหนึ่ง การที่ผู้ซื้อจำจะต้องชำระราคา มิใช่เป็นเพราะมีความผูกพันตามข้อตกลง แต่เป็นเพราะเขาได้รับเอาทรัพย์สินไว้ หากเขายังคงยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ต่อไปโดยไม่ชำระราคา เขาจะได้ชื่อว่าเป็นผู้ละเมิดฐานประบัตินทำน ฝ่ายผู้ขายก็เช่นเดียวกัน การที่เขา มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินมิใช่เพราะต้องผูกพันตามข้อตกลง แต่เป็นเพราะเขาได้รับราคาสิ่งของไว้แล้ว หากเขายังคงยึดถือเอาเงินนี้ไว้โดยไม่ได้ส่งมอบสิ่งของนั้นให้ เขาได้ชื่อว่ายึดถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยไม่ชอบ และมีความผิดฐานประบัตินทำนทำนองเดียวกัน ดังนี้ จึงไม่มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นหากผู้ซื้อมิได้รับมอบสิ่งของไว้ หรือหากผู้ขายมิได้รับชำระราคาไว้

โดยนัยนี้ ความผูกพันอันเกิดจากสัญญาซื้อขาย จึงอาศัยมูลเหตุอันเดียวกับความผูกพันของผู้รับฝาก ผู้ยืม ผู้เช่า และผู้ที่ยึดถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยทรัพย์สินสัญญาทั้งสิ้น ความแตกต่างมีอยู่เพียงประการเดียว คือหน้าที่ตามสัญญาของผู้ขายหรือผู้ซื้อ มิได้อยู่ที่การส่งคืนทรัพย์สินที่ยึดถือไว้ แต่อยู่ที่การส่งมอบทรัพย์สินที่ตนสัญญาไว้ หากผู้ซื้อหรือผู้ขายมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ ย่อมตกมาอยู่ในบทบัญญัติอันว่าด้วยทรัพย์สินสัญญา คือไม่อาจที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามหน้าที่นั้น แต่จะถือเสมือนหนึ่ง ผู้รับฝาก ผู้ยืม ฯลฯ ที่ปฏิเสธไม่ยอมส่งคืนทรัพย์สิน คือมีความผิดฐานประบัตินและถูกปรับไหมในฐานะนี้ เป็นจำนวนเงินสองเท่าราคาทรัพย์สินที่ได้รับมอบไว้จากอีกฝ่ายหนึ่ง วิธีการดังนี้ชี้ให้เห็นโดยปราศจากความสงสัยถึงลักษณะของความผูกพัน ซึ่งเกิดจากสัญญาซื้อขายในกฎหมายเก่า

ของไทยว่าเข้าลักษณะแห่งทรัพย์สินอันแท้จริง เป็นแต่เพียงว่าทรัพย์สินซึ่งผู้ขายหรือผู้ซื้อได้รับมอบไว้ตกอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้นั้นโดยเด็ดขาด หากได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้สัญญาไว้เป็นการตอบแทนแล้ว ความแตกต่างของสัญญาซื้อขายจึงอยู่ที่วิธีการปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตนเท่านั้น

เมื่อได้อธิบายถึงลักษณะของสัญญาซื้อขายในกฎหมายเก่าของไทยโดยทั่วไป และได้ชี้ให้เห็นแล้วว่า ความคิดเห็นแต่โบราณได้ผิดแยกไปจากความคิดเห็นในปัจจุบัน ในประการใดบ้าง บัดนี้จึงควรจะศึกษาถึงบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการซื้อขายนี้โดยละเอียด ชั้นแรกจะพิจารณาหน้าที่ของฝ่ายผู้ซื้อก่อนแล้วจึงพิจารณาหน้าที่ของฝ่ายผู้ขายต่อไป

๑. หน้าที่ของผู้ซื้อ

๗๗. ผู้ซื้อต้องมีหน้าที่ต้องชำระราคาแก่ผู้ขายตามจำนวนที่ได้ตกลงกันไว้ แต่ตั้งที่ใดเห็นมาแล้ว หน้าที่นี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบสิ่งของให้กับผู้ซื้อแล้ว คือหมายถึงกรณีที่มีการขายเชื่อ หากสิ่งของมิได้มีการส่งมอบกันก่อน ผู้ขายจะบังคับให้ชำระราคาไม่ได้เลย แต่เมื่อได้มีการส่งมอบแล้วผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ต้องชำระราคาเนื่องจากการที่ส่งมอบนั่นเอง ถ้าผู้ซื้อไม่ยอมชำระราคาโดยปฏิเสธว่ามีได้มีการซื้อขาย กฎหมายถือว่ามีความผิดฐานประบัตสินทาน ต้องถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณ ในจำนวนค่าปรับนี้ตามหลักทั่วไปในลักษณะละเมิด ผู้ขายจะได้รับชำระราคาเสียก่อน เหลือนั้นเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง (เบ็ดเสร็จ ๑๑๒)

ผู้ซื้อซึ่งหลักหนี้ซ่อนเร้นมิให้ผู้ขายเห็นตัว นอกจากจะต้องชำระราคา ยังต้องโทษประจานและตีด้วยลวดหนึ่ง ๑๐ ที (เบ็ดเสร็จ ๑๑๔)

๗๘. มีกรณีหนึ่งที่กฎหมายห้ามมิให้ทำการซื้อขายเชื่อ และอนุญาตให้ซื้อขายได้แต่ด้วยเงินสด กรณีนี้ได้แก่การซื้อขายทาส เห็นได้จากพระอัยการทาสบทที่ ๕๐ ว่าแม้ผู้ซื้อจะได้ชำระราคาไปส่วนหนึ่งแล้วก็ดี ผู้ซื้อยังมีได้กรรมสิทธิ์ในทาสที่ซื้อมา หากทาสผู้นั้นหนีกลับไปบ้านผู้ขาย ผู้ซื้อได้แต่เรียกให้ผู้ขายคืนเงินส่วนที่ตนได้ชำระไปแล้วเท่านั้น หากทาสผู้นั้นหลบหนีหายหรือถึงแก่กรรม ฝ่ายผู้ขายไม่อาจเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคาที่ค้าง และฝ่ายผู้ซื้อก็ไม่อาจบังคับให้คืนเงินที่ชำระไปแล้ว ฉะนั้นในการซื้อขายทาสผู้ซื้อจะซื้อขายทาสเชื่อเช่นในการซื้อขายทรัพย์สินอื่น ๆ ไม่ได้ การซื้อขายจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาทั้งสิ้นแล้ว ข้อบังคับพิเศษเช่นนี้พบได้ในธรรมศาสตร์ของพะม่าบาง

จะนับ(๑) ที่เป็นเช่นนี้เนื่องมาจากความสำคัญของจำนวนราคาค่าตัวของบุคคลที่ถูกขาย มาในสัญญาขายทาสคนหนึ่ง หรือเนื่องมาจากการที่เอาบทบัญญัติในสัญญาทาสขายฝาก เข้ามาใช้ในสัญญาทาสขายขาดอีกคนหนึ่ง การขายฝากทาสนั้นโดยเหตุที่ความจริงเป็นการ กู้ จึงไม่อาจเป็นอย่างอื่นนอกจากเกิดขึ้นด้วยการชำระราคาด้วยเงินสด เราจะเห็นต่อไป ในเมื่อศึกษาถึงบทที่ว่าด้วยการเป็นทาสว่า ทาสขายขาดได้ค่อยๆ เปลี่ยนแปลงมาทางทาส ขายฝากยิ่งขึ้นทุกที และในที่สุดก็ได้ถือเสมือนหนึ่งเป็นการกู้เช่นเดียวกันดังนี้ ผู้ซื้อจึง กลายมาเป็นผู้ให้กู้ ย่อมไม่มีสิทธิเหนือบุคคลผู้ถูกขาย (ซึ่งความจริงเป็นเพียงถูกนำมา จำนำ เว้นแต่ตนได้ชำระราคาให้ คือจ่ายจำนวนเงินที่ให้กู้) แล้ว

ราคานั้นตามธรรมดาผู้เป็นฝ่ายทั้งสองย่อมกำหนดขึ้นได้โดยอิสระ ในกฎหมาย เก่า ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้สิทธิทางฝ่ายผู้ซื้อหรือทางฝ่ายผู้ขายที่จะบอกล้างสัญญาซื้อขาย เสียได้ เมื่อปรากฏต่อมาภายหลังว่าราคาที่ตกลงซื้อขายกันนั้นสูงมาก หรือต่ำมากกว่าราคา ที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น แต่ตามพระอัยการอาญาหลวงบทที่ ๓๖ พระมหา กษัตริย์อาจทรงกำหนดราคาสั่งของบางชนิดไว้ หากสิ่งของเหล่านั้นได้ซื้อขายกันในราคา อื่น ผู้เป็นฝ่ายต้องรับโทษทางอาญาอย่างหนัก แต่เราไม่ทราบว่สิ่งของประเภทใดบ้าง บทกฎหมายนี้ใช้บังคับ

๒. หน้าทีของฝ่ายผู้ขาย

๗๙. หน้าที่สำคัญของผู้ขายก็คือส่งมอบทรัพย์สินที่ผู้ซื้อตกลงซื้อนั้น ณ ที่นี้ก็ เช่นเดียวกับแต่ก่อน หน้าทีทางฝ่ายผู้ขายจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติการ ชำระหนี้ของเขาแล้ว ก็จะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาให้แล้ว ผู้ขายที่ได้รับเงินแล้ว และปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบของ โดยอ้างว่ายังมีได้รับเงินหรือว่ามีได้สัญญาจะขายทรัพย์สิน ย่อมมีความผิดฐานประบัตินทาน และถูกลงโทษปรับไหมเป็นทวีคูณ (เบ็ดเสร็จ ๑๐๓ ทาส ๖)

การชำระราคาไม่จำเป็นจะต้องชำระครบถ้วน ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบสิ่งของ เช่นเดียวกัน แม้ผู้ซื้อจะได้ชำระราคาไว้แต่เพียงบางส่วนก็ตาม ทั้งนี้เท่ากับการวางมัดจำ ตามกฎหมายปัจจุบัน หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามวันที่ได้ตกลงกัน จะต้องคืนเงินให้ แก่ผู้ซื้อเป็นจำนวนสองเท่าที่ตนได้รับมา (กึ่งนี้ ๔๙) บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นชัดว่า

(๑) มีธรรมสถัมของบาทหลวง Sangermano (บรรพ ๔ บทที่ ๓) เป็นต้น

หน้าที่ของผู้ซื้อทำให้เกิดจากเหตุที่เขาได้ให้สัญญาไว้ แต่เกิดจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งได้ชำระราคามาให้ล่วงหน้า

เมื่อทั้งสองฝ่ายมิได้กำหนดเวลาที่จะทำการส่งมอบ ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินภายใน ๓ วัน นับแต่วันที่ได้รับชำระราคาแล้ว หากผู้ขายละเลยไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อตามกำหนดเวลานี้ และทรัพย์สินนั้นสูญหายไป ผู้ขายต้องคืนเงินที่ได้รับไว้ให้แก่ผู้ซื้อไปทั้งสิ้น (ทพษ ๒๔) แต่ถ้าผู้ขายมีเจตนาที่จะถอนคำและบอกเลิกสัญญาโดยอุบายว่า ทรัพย์สินนั้นสูญหายไป ผู้ซื้อไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ในอัตราเดือนละ ๓ ส่วน ๑๐ ของราคาที่ได้ใช้ไปแล้ว (ทพษ ๒๓)

๘๐. ทรัพย์สินบางสิ่งไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ทรัพย์สินประเภทนี้ได้แก่ทรัพย์สินของซึ่งตกเป็นสิทธิของพระเจ้าอยู่หัว เช่น ทรัพย์สินของเฉลย (อาญาหลวง ๗๐) ทรัพย์สินสมบัติของผู้ตั้งพระราชอาญาหลวงถึงสิ้นชีวิต (อาญาหลวง ๘๘) ไพเราะหลวง ไพเราะอุทิศให้เป็นข้าพระ ที่ดินที่ถวายพระจะซื้อขายกันไม่ได้ เช่นเดียวกับ (อาญาหลวง ๑๓๘) นอกจากนี้ตามหนังสือของลาลูแบร์ได้ความว่า ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ พระมหากษัตริย์ทรงผูกขาดในการค้าสินค้า ดินประสิว อวูรุษุทธภักดิ์ ตีบูก ตะกั่ว ผ่าง และงาช้าง สินค้าเหล่านี้จะขายหรือซื้อได้ต่อพระคลังเท่านั้น การค้ากับชาวต่างประเทศก็อยู่ในการจำกัดบางประการ กฎหมายลงโทษอย่างหนักซึ่งอาจเป็นอาญาถึงตายแก่ผู้ที่ซื้อหรือขายแก่พ่อค้าชาวต่างประเทศ บรรดาสินค้าที่กฎหมายห้ามมิให้ส่งเข้ามาหรือส่งออกไป ทั้งลงโทษเจ้าพนักงานที่สมรู้หรือละเลยปล่อยให้มีการซื้อขาย เช่นนั้นเกิดขึ้นด้วย (อาญาหลวง ๓๖, ๓๗)^(๑) สำหรับสินค้าประเภทอื่น ๆ การซื้อขายกระทำได้โดยอิสระ นอกจากสินค้าบางชนิด ซึ่งอาจมีราคาตามอัตราพิภักดิ์ไว้ ดังกล่าวมาแล้ว

ในกฎหมายปัจจุบัน นอกจากหน้าที่ส่งมอบสิ่งของ ผู้ขายยังมีหน้าที่ต้องประกันต่อผู้ซื้อ ในบรรดาความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่อาจเกิดขึ้นภายหลังการส่งมอบ ซึ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นไม่เหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๗๒-๔๗๔) และต่อการที่ผู้ซื้อถูกรอนสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและ

(๑) อาญาหลวงบทที่ ๓๗ ระบุสินค้าประเภทที่ต้องห้ามมิให้ทำการซื้อขายกับชาวต่างประเทศ แต่เครื่องศาสตราวุธ กฤษณา ผ่าง และตีบูก เท่าที่ระบุไว้คงไม่เป็นการครบถ้วน ชนิดสินค้าที่ห้ามซื้อขาย น่าจะได้เปลี่ยนไปสู่แต่กาลสมัย

พาณิชย์ มาตรา ๔๗๖-๔๗๒) จึงเป็นการสมควรที่จะพิจารณาว่า การให้ประกันดังนี้ ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายเก่าเพียงใด

ก. ความชำรุดบกพร่อง

๘๑. กล่าวโดยทั่วไป กฎหมายเก่าไม่เคยบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบในการชำรุดบกพร่องไว้เลย เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินและชำระราคากันแล้ว ผู้เป็นฝ่ายในสัญญา ก็หมดความผูกพันซึ่งกันและกัน แม้ภายหลังเมื่อผู้ซื้อค้นพบความชำรุดบกพร่อง อันเป็นเหตุให้เสียความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้ในขณะที่ยังซื้อก็ตาม ผู้ซื้อก็ไม่อาจฟ้องร้องอย่างใดต่อผู้ขายได้ ทั้งนี้เป็นเพราะการซื้อขายยังคงมีลักษณะใกล้เคียงกับการแลกเปลี่ยนอยู่ โดยทรัพย์สินที่นำมาแลกเปลี่ยนก็แลกเปลี่ยนกันโดยทันที และผู้เป็นฝ่ายทั้งสอง ก็ไม่ต้องมีการติดต่อกันอย่างอื่นนอกจากชั่วระยะเวลาสั้น ในระหว่างที่มีการส่งมอบถึงของให้แก่กันเท่านั้น อีกประการหนึ่ง กฎหมายเก่าไม่ยอมรับว่าความรับผิดชอบอาจเกิดขึ้นเนื่องมาจากสัญญา คือ การตกลงของเจตนาเท่านั้น ดังที่ได้บรรยายมาแล้วข้างต้น โดยแนวความคิดเช่นนี้ ผู้ขายจะมีความรับผิดชอบในเรื่องความชำรุดบกพร่อง ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าเป็นการละเมิด แต่ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องโดยทั่วไปดังที่เป็นอยู่ในกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งสัญญาซื้อขายอาศัยความตกลงของเจตนาเป็นหลัก

ข้อที่กล่าวมานี้หมายถึงกฎหมายเก่าของไทยด้วย ตามหลักผู้ขายไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน ซึ่งปรากฏขึ้นภายหลังการซื้อขาย แม้ความชำรุดนั้นจะมากสักเพียงใดก็ตาม ผู้ซื้อจึงต้องระมัดระวังพิเคราะห์ดูสิ่งของนั้นเสียก่อนที่จะรับเอาไป หากผู้ขายได้ตอบตามผู้ซื้อ ๆ ก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องแต่อย่างใด เพราะการล่อลวงขณะนั้นกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการละเมิด

แต่มีการซื้อขายอยู่สองชนิด ซึ่งกฎหมายเก่ามีบทบัญญัติที่อาจเทียบได้กับความรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องในสมัยปัจจุบันคือ การซื้อขายทาส และการซื้อขายทอง จึงควรพิจารณาบทบัญญัตินี้ดูว่าอาศัยแนวความคิดอย่างเดียวกับกฎหมายปัจจุบันจริงหรือไม่

การซื้อขายทาส

๘๒. ชั้นแรกเราควรสังเกตว่าสัญญาซื้อขายทาสเป็นสัญญาที่อาจจะนำเอาความรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องนี้มาใช้ได้โดยง่าย ในการซื้อขายทาสขาดค่าเมื่อมิใช่เป็นทาสที่ถูกนำมาจากต่างประเทศ แต่เป็นคนไทยซึ่งผู้ซื้อรู้จักบิดามารดาญาติพี่น้องแล้ว การซื้อ

ขายนั้นโดยมากทำขึ้นโดยมีประกันประกอบ เหมือนการขายฝาก โดยผู้ขายหรือผู้เป็นญาติของทาสเป็นผู้รับประกันต่อนายเงินว่าทาสจะไม่หลบหนี หรือก่อความเสียหายให้แก่ทรัพย์สินของนาย ในทางปฏิบัติไม่เคยปรากฏตัวอย่างซึ่งการประกันนี้ขายออกไปในกรณีอื่น เช่น กรณีที่มีการซื้อขายทาสขึ้นเพื่อใช้ในกิจการอันหนึ่งโดยจะเพาะ และต่อมากทาสนั้นไม่สามารถปฏิบัติกรณนั้นได้ หรือกรณีที่ทาสมีโรคอันเป็นเหตุให้นายเงินใช้งานตามที่มุ่งหมายในขณะซื้อไม่ได้ แต่การที่ไม่เคยมีประกันในกรณีเช่นว่านี้อธิบายได้ว่าเป็นเพราะในประเทศสยาม งานของทาสเป็นงานที่ไม่ค่อยหนักและโดยปกติทาสไม่จำเป็นต้องมีความรู้พิเศษแต่อย่างใด หากนายเงินได้อาศัยกำลังของทาสเป็นทุนเพื่อหากำไรเช่นในประเทศอื่นบางประเทศ นำเชื่อว่าการให้ประกันดังกล่าวมาแล้วคงจะได้เกิดขึ้น และผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในกรณีอื่นๆ ไม่แต่จะเพาะกรณีที่ทาสหนีหายหรือก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น หากสถานะทางเศรษฐกิจเป็นไปได้เช่นนั้น ความรับผิดชอบของผู้ขายจึงจะได้มีลักษณะอันคล้ายคลึงกับความรับผิดชอบในปัจจุบัน แต่ควรสังเกตว่า ความรับผิดชอบนี้แทนที่จะเกิดจากสัญญาซื้อขายนั่นเอง กลับเกิดจากสัญญาค้ำประกันต่างหาก

แม้ผู้ขายไม่ได้ให้ประกันเป็นพิเศษ นายเงินมีสิทธิบอกเลิกสัญญาซื้อขายเสียได้ในสองกรณีซึ่งบัญญัติอยู่ในบทที่ ๑๓ และ ๔๔ แห่งพระอัยการทาส ซึ่งเป็นที่เทียบได้กับความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่องในกฎหมายปัจจุบัน

๑๓. ตามบทที่ ๔๔ หากภายในหนึ่งเดือนหลังจากได้มีการซื้อขาย ทาสหลบหนีหายไป นายเงินมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายชำระราคาคืนได้ เช่นเดียวกันหากทาสเจ็บหนักลงภายในระยะเวลาเดียวกัน นายเงินมีสิทธิส่งตัวคืนให้แก่ผู้ขายและผู้ขายต้องคืนเงินค่าตัวให้^(๑) ผู้บัญญัติกฎหมายให้เหตุผลในข้อบัญญัตินี้ว่า การซื้อขายจะถือว่าเด็ดขาดก็ต่อเมื่อภายหลังเวลา ๑ เดือน คำอธิบายเช่นนี้สันนิษฐานได้ว่า มีร่องรอยมาจากกฎหมายฮินดู คือในกฎหมายฮินดู ผู้ซื้อในสัญญาซื้อขายทุกชนิด อาจบอกเลิกสัญญาส่งคืนทรัพย์สินที่ซื้อไปและเรียกเอาราคาคืน โดยไม่ต้องแก้ตัวเป็นพิเศษอย่างใด สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญานี้เรียกว่า กฤตานุคัย ตั้งขึ้นโดยอาศัยเหตุที่ว่า ผู้ซื้อมักถูกงูใจในความแปลกของสิ่งของที่เสนอขาย จึงรับตกลงสนองรับซื้อโดยตนเองยังมีได้พิจารณาอย่างแท้จริง สิทธินี้ต้องใช้ภายในระยะเวลากระชั้นชิด แตกต่างกันสุดแต่ประเภทของสิ่งของ

(๑) กรณีทั้งสองที่บอกเลิกสัญญาได้นี้ ปรากฏในกฎหมายพะม่า แต่มีระยะเวลาสั้นกว่า และกำหนดเวลาไว้จะเพาะเรื่อง คือ ๗ วันในการหนีและ ๑๐ วันในกรณีเจ็บป่วย นวธรรมสถัมมบทที่ ๑-ธรรมสถัมมย้อยของบาดหลวง Sangermano บรรพ ๘ มาตรา ๑ วรรค ๒

สำหรับการซื้อขายทาสต้องใช้ภายในระยะเวลาครึ่งเดือนหากทาสเป็นชาย และเดือนหนึ่งหากทาสเป็นหญิง^(๑) ดังนี้ การซื้อขายจะถือว่าสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อเวลาที่กล่าวนี้ได้ผ่านพ้นไปแล้ว บทบัญญัติในกฎหมายฮินดูนี้น่าจะเป็นที่มาดั้งเดิมของพระอัยการทาสบทที่ ๔๔ นั้นเอง ชั้นเดิมผู้ซื้อทาสใช้เวลาเดือนหนึ่งเพื่อสังเกตนิสัยและความสามารถของทาสนั้น ถ้าในระหว่างนั้นมีเหตุผลว่า ไม่พอใจผู้นั้นเป็นทาส อาจบอกเลิกสัญญาซื้อขายเสียได้ แม้จะสันนิษฐานไปไกลเช่นนั้นไม่ได้ก็อาจคิดอีกนัยหนึ่งว่า กรณีทั้งสองที่บอกเลิกสัญญาได้ตามบทที่ ๔๔ นี้ เป็นแต่เพียงตัวอย่างซึ่งเกิดขึ้นบ่อยๆ ที่ผู้ซื้ออาจบอกปิดเสียได้ กฎหมายไทยจึงผิดกับกฎหมายฮินดู ในข้อที่ผู้ซื้อจะต้องแสดงเหตุผลอันแท้จริง เพื่อบอกเลิกสัญญาได้โดยกล่าวอ้างเหตุที่สำคัญ เช่น เหตุที่ทาสไม่มีกำลังแรงพอหรือเป็นคนคร้านทำงาน หากความสันนิษฐานนี้ถูกต้องแล้ว กล่าวได้ว่าบทบัญญัติในบทที่ ๔๔ หาได้อาศัยแนวความคิดที่ว่าผู้ขายมีหน้าที่ต้องประกันต่อผู้ซื้อเช่นในกฎหมายปัจจุบันไม่แต่อาศัยความคิดเห็นพิเศษเรื่องสัญญาซื้อขาย ซึ่งสัญญานี้จะผูกพันผู้ซื้อโดยเด็ดขาดก็ต่อเมื่อระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ผ่านพ้นไปแล้ว แต่ในกฎหมายไทยความคิดเห็นเช่นนี้จำกัดไว้จะเพาะสัญญาซื้อขายทาสเท่านั้น

๔๔. บทบัญญัติในพระอัยการทาสบทที่ ๑๓ อาศัยหลักในแนวความคิดซึ่งใช้เป็นมูลของความรับผิดชอบเพื่อขำรดบกว่องในกฎหมายปัจจุบันมากกว่า ตามบทที่ ๑๓ นี้หากภายในสามปี นับแต่วันซื้อขาย ทาสเป็นโจรและสมคบกับผู้อื่นขโมยบ้านของนายและฆ่าฟันนายตาย นายหรือทายาทอาจบังคับให้ผู้ขายชำระราคาคืนได้ “เพราะมันล่อลวงเอาผู้ร้ายให้ท่านใช้” เหตุผลที่สนับสนุนบทกฎหมายนี้ชี้ให้เห็นว่า ณ ที่นี้เป็นความผูกพันในทางให้ประกันของผู้ขายจริง ๆ เนื่องจากความร้ายแรงของความผิดที่ทาสได้กระทำ ทั้งเหตุที่ทาสต้องมีผู้สมรู้มากหลายด้วย กฎหมายจึงถือว่า ผู้ขายรู้หรือควรจะรู้ว่า ทาสที่ตนขายไปนั้นมีอุปนิสัยชั่วร้ายอันจะเป็นอันตรายต่อนายเงิน แต่ทว่าผู้ขายมีหน้าที่เพียงขอใช้ราคาค่าตัวทาสคืนให้เท่านั้น ไม่ต้องเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่นายเงินหรือทายาทในความเสียหายที่ทาสกระทำให้ อีกประการหนึ่ง นายเงินบังคับให้คืนค่าตัวได้ก็ต่อเมื่อทาสได้กระทำการปล้นหรือฆ่าคนตาย และภายในเวลาที่กำหนดไว้ นายเงินไม่มีสิทธิฟ้องร้องในกรณีอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้นี้ แม้กรณีนั้นจะเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเท่าเทียมกัน ข้อจำกัดต่างๆ ในสิทธิร้องฟ้องของนายเงินเหล่านี้ แสดงให้เห็นว่า

(๑) ธรรมศาสตร์แห่งมนู บรรพ ๘ มาตรา ๒๒๒—นารท บรรพ ๕ มาตรา ๓ ถึง ๖.

กฎหมายเก่าคงขัดขึ้นไม่ยอมให้ผู้เป็นฝ่ายทั้งสองในสัญญาซื้อขายยังต้องรับผิดชอบกันและกัน หลังจากได้มีการส่งมอบและชำระราคาไปแล้ว เมื่อระยะเวลา ๑ เดือน ตามที่บัญญัติไว้ในบทที่ ๔๔ ซึ่งนายเงินมีโอกาสพิจารณาหาขายได้นั้นล่วงไปแล้ว ผู้ขายและนายเงินก็หมดความเกี่ยวข้องและขาดความผูกพันซึ่งกันและกันอีกต่อไป ข้อบัญญัติในบทที่ ๑๓ นี้จึงนับว่าเป็นข้อยกเว้น ซึ่งอธิบายได้โดยความร้ายแรงเป็นพิเศษของความบกพร่องซึ่งมีอยู่ในตัวหา และโดยเหตุที่ผู้ขายมีพิรุณเป็นคนสมรู้ หรือมีส่วนในความผิดของหาที่ตั้งที่ให้เห็นมาแล้วข้างต้น

การซื้อขายทอง

๘๕. นอกจากการซื้อขายหา ตามกฎหมายเก่ามีอีกกรณีเดียวที่การซื้อขายบอกเลิกเสียได้ เพราะเหตุอันมีลักษณะคล้ายกับเหตุที่เรียกว่า ความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินในกฎหมายปัจจุบัน คือ กรณีที่ซื้อขายทองคำ ตามพระอัยยการลักษณะโจร บทที่ ๑๕๗ เมื่อผู้ขาย ๆ ทองพรางทองอาบว่าเป็นทองดี มีความผิดต้องลงโทษทางร่างกาย (เขียนด้วยลวดหนั่ง ตัดมือและประจาน) และต้องคืนราคาให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนทองของกลางนั้นให้ทำลายเสีย ณ ที่นั้นเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่การยกเลิกสัญญาซื้อขายเกิดจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน แต่ควรสังเกตว่าการให้คืนราคาเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการลงโทษเท่านั้น ผู้ขายมีหน้าที่ต้องคืนราคามีใช่เพราะเขามีหน้าที่ให้ประกันโดยปริยาย แต่เพราะกฎหมายถือว่าหาขายทรัพย์สินที่มีอาการภายนอกเป็นทอง แต่ความจริงเป็นทองพรางหรือทองอาบเป็นความผิดที่ต้องลงโทษผู้ขาย การส่งคืนราคานั้นก็เป็นโทษส่วนหนึ่งที่ประกอบเป็นอาญาซึ่งลงแก่ผู้กระทำผิด

ในรัชกาลที่ ๑ สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ผู้ซื้อเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเอาราคาคืนจากผู้ขายได้ เหตุผลที่พระเจ้าอยู่หัวทรงอ้างเพื่อยกเลิกกฎหมายเก่า ปรากฏในพระราชกำหนดซึ่งประกาศขึ้นเพื่อการซื้อขายทอง^(๑) โดยเหตุที่ผู้ซื้อทองแนใจว่าจะได้รับราคาคืนหากทองที่ซื้อมาเป็นทองเคลือบ ผู้ซื้อจึงไม่ระมัดระวังในขณะที่ซื้อ เมื่อเห็นว่าราคาถูกผู้ซื้อก็ซื้อทันที ถ้าในเวลาต่อมาปรากฏว่าถูกหลอกลงผู้ซื้อก็บังคับให้คืนราคาที่ตนได้เสียไปได้ตามกฎหมาย ผลจึงมีว่า การซื้อขายทองเคลือบไม่สิ้นสุดลงได้ ฉะนั้น พระ-

(๑) พระราชกำหนดใหม่ บทที่ ๓๑ ลงวันพฤหัสบดี เดือน ๗ ขึ้น ๖ ค่ำ จุลศักราช ๑๑๕๗ ปีมะโรง อัฐศก ตรงกับวันที่ ๑๒ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๓๓๘

ราชการกำหนดใหม่จึงบังคับผู้ซื้อให้ระมัดระวังตามสมควร ถ้าไม่มีความรู้ในเรื่องทอง ผู้ซื้อควรวานผู้อื่นช่วยทดลองทองที่นำมาขายนั้น หากผู้ซื้อๆ เอาทองไม่ได้ไว้ก็จะเป็นความประมาทเดินเลื่อของผู้ซื้อเอง ราคาทองที่ผู้ขายจะต้องคืนจึงไม่ควรให้ผู้ซื้อรับไป แต่ต้องตกเป็นของพระคลัง ดังนั้นผู้ซื้อจะไม่พ้นจากความเสียหายที่เดียว และจะได้พิจารณาทองที่มีผู้นำมาขายโดยถี่ถ้วน เหตุที่กฎหมายยกเลิกสิทธิของผู้ซื้อเสียก็เพราะถือว่า ผู้ซื้อมีความประมาทเดินเลื่อ เป็นเหตุให้การค้าทองเคลือบอันเป็นความผิดอาญาทั่วไปและสะดวกขึ้น ฉะนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายจะยอมให้ผู้ซื้อฟ้องร้องเรียกเงินคืนได้หรือไม่ก็ตาม คงพินิจพิเคราะห์แต่ในแง่ความผิดอาญาเช่นเดียวกัน ความคิดเห็นในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขายที่จะต้องชำระราคาคืน เมื่อทองที่ขายมาไม่มีค่าแต่อย่างใดโดยอาศัยเจตนาในสัญญาซื้อขายนั้นเอง ยังไม่เป็นที่รู้จักของผู้บัญญัติกฎหมาย

๙๖. โดยเหตุที่ได้ยกเลิกสิทธิเรียกฟ้องในการซื้อขายทองเคลือบทองอาบ นับแต่รัชกาลที่ ๑ เป็นต้นมา กฎหมายไทยจึงมีบทบัญญัติที่เปรียบได้กับความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่องในกฎหมายปัจจุบันแต่ในการซื้อขายทอง ในสัญญาซื้อขายอื่นๆ ผู้ซื้อซึ่งรู้ในภายหลังว่าทรัพย์ที่ซื้อมาไม่เป็นประโยชน์ตามที่ตนต้องการเลย ก็ไม่มีสิทธิเรียกคืนราคาหรือค่าเสียหายแต่อย่างใดได้

พระอัยการทาสบทที่ ๔๔ ถูกยกเลิกโดยประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑) และในเวลาเดียวกัน บทที่ ๑๓ ก็ไม่ได้ใช้นานมาแล้ว^(๑)

สืบต่อมา กฎหมายลักษณะอาญา (มาตรา ๓๑๐) บัญญัติระวางโทษจำและปรับแก่ผู้ขายซึ่งใช้อุบายลวงให้ผู้ซื้อหลงเชื่อในธรรมชาติในชนิดหรือในจำนวนอันเป็นเท็จ ความรับผิดชอบทางอาญาใหม่นี้ใช้บังคับแก่การซื้อขายทุกชนิด แต่ตามหลักในกฎหมายอาญาปัจจุบัน ผู้ขายจะมีโทษก็ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนาทุกจริต คือรู้อยู่แล้วว่าทรัพย์ที่ขายไม่มีธรรมชาติหรือชนิดหรือจำนวนตามที่ผู้ซื้อเชื่อ นอกจากนั้นกฎหมายบัญญัติว่าผู้ขายต้องใช้อุบายลวงด้วย การฟ้องร้องตามกฎหมายนี้จึงตกอยู่ได้ข้อบังคับอันเคร่งครัดมากกว่าในสมัยก่อน

ความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่องในทางแพ่งอันแท้จริง โดยไม่มีปัญหาในเรื่องเจตนาดีหรือร้ายของผู้ขาย แต่เนื่องด้วยสัญญาซื้อขายเท่านั้น เพิ่งปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๗๒-๔๗๓

(๑) ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ใต้บท ๑๓ หน้า ๔๗๑

ข. การรอนสิทธิ

๘๗. ในกฎหมายปัจจุบันเนื่องจากสัญญาซื้อขายนั้นเอง ผู้ขายมีหน้าที่ต้องให้ประกันแก่ผู้ซื้อในกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่ขาย เพราะฉะนั้น ถ้าผู้ขายเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาขาย และผู้ซื้อต้องเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อนั้น ผู้ขายย่อมต้องรับผิดชอบคือที่เรียกว่าความรับผิดชอบในการรอนสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๗๕ ถึง ๔๘๒)

กฎหมายเก่าของไทยก็ได้มีบทบัญญัติที่มีผลคล้ายคลึงกันนี้ แต่อาศัยแนวความคิดต่างกัน กล่าวคือ เช่นเดียวกับในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่อง ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิหาได้เกิดจากความผูกพันของฝ่ายผู้ขายตามสัญญาไม่ แต่เป็นสาขาอันหนึ่งของคดีอาญา ระหว่างผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริงกับผู้ซึ่งได้นำมาขาย กล่าวอีกนัยหนึ่งความรับผิดชอบในการรอนสิทธิมิได้เกิดจากการผิดสัญญาของผู้ขายซึ่งทำให้ผู้ซื้อเสียหาย แต่เนื่องมาจากความผิดทางอาญาของผู้ขายซึ่งทำให้ผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริงได้รับความเสียหาย ความแตกต่างในแนวความคิดนี้เองเป็นเหตุทำให้ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิตามกฎหมายเก่ามีลักษณะพิเศษไม่เหมือนสมัยปัจจุบัน

ในกฎหมายเก่าของไทย ผู้ใดขายทรัพย์สินอันมิใช่ของตนถือว่ามีความผิดฐานลักทรัพย์ แม้ผู้นั้นจะมีได้เอาของนั้นไปโดยการทุจริต เช่น เป็นทรัพย์ที่ได้รับไว้ในฐานะรับฝาก หรือได้ยืมมา หรือรับจำนำไว้ (เบ็ดเสร็จ ๘๒) หรือเป็นบุตรภรรยา หรือทาสของผู้อื่นที่หลบหนีมาแล้ว และมาหาผู้ขายด้วยใจสมัครเอง (ลักพา ๒๗ และ ๓๔) โดยเหตุนี้ ผู้ขายทรัพย์สินของผู้อื่นจึงมีความผิดฐานเป็นโจร และถูกปรับเป็นทวิคูณ กึ่งหนึ่งเป็นของเจ้าของ อีกกึ่งหนึ่งแบ่งระหว่างเจ้าของกับท้องพระคลัง ตามหลักที่ได้ศึกษามาแล้วในลักษณะละเมิด นอกจากนั้นทรัพย์สินที่ขายต้องส่งคืนให้แก่ผู้เป็นเจ้าของไป (เบ็ดเสร็จ ๑๒๖) ทั้งนี้ก็เพราะการลักเอามาไม่เป็นทางที่จะได้กรรมสิทธิ์ ผู้เป็นเจ้าของจึงยังคงสงวนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกลักไปอยู่ และมีสิทธิเรียกเอาจากบุคคลใด ๆ ซึ่งครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ กฎหมายไม่ได้เพ่งเล็งถึงกรณีที่ผู้ขายได้ขายทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยสุจริต โดยเชื่อว่าตนเป็นเจ้าของ ข้อแก้ตัวตั้งนี้ย่อมมีน้ำหนักน้อยในสมัยโบราณ ซึ่งถือกันว่าเจตนาร้ายมิใช่เป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบ ตามที่ได้บรรยายมาแล้วในคำสอนเรื่องลักษณะละเมิด^(๑) นอกจากนั้นข้อแก้ตัวตั้งนี้จะไม่สมเหตุผลในเรื่อง

(๑) ดูคำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ เลขที่ ๒๕ (ฉบับละเมิด)

ส่วนมาก เพราะเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ยึดถือน่าจะต้องรู้ที่มาแห่งทรัพย์สินนั้น (๑)

สรุปความว่า การนำเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาขายเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งสมควรจะสืบสวนหาตัวคนร้ายและระงับเสีย นี่คือจุดที่มุ่งและที่เอาใจใส่อย่างยิ่งของผู้บัญญัติกฎหมายในเรื่องการรอนสิทธิ

๔๘. บุคคลรับซื้อสิ่งของจากผู้ที่ไม่เป็นเจ้าของย่อมมีมลทิน โดยเข้าเกี่ยวข้องกับผู้ร้าย กฎหมายจึงถือว่าเป็นผู้สมรู้ นอกจากจะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำไปโดยสุจริต แต่การพิสูจน์นี้ผู้ซื้อไม่อาจทำได้ตามอำเภอใจ โดยนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อแสดงว่าตนได้รับซื้อของนั้นโดยไม่ทราบว่าเป็นของร้าย ผู้ซื้อจะพิสูจน์ได้แต่ในบางกรณีซึ่งกฎหมายระบุไว้เท่านั้น กรณีแรกได้แก่กรณีที่ผู้ซื้อสามารถนำตัวผู้ขายมาให้ได้ เพื่อผู้ขายจะได้รับโทษตามกฎหมาย หากผู้ซื้อสามารถนำผู้ขายมาต่อหน้าผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ ผู้ซื้อย่อมพ้นความรับผิดชอบตออาญา เว้นแต่จะได้ความจากคำให้การของผู้ขายพร้อมด้วยการสืบสวนของเจ้าหน้าที่ว่า ผู้ซื้อมีส่วนสมคบกับผู้ขายจริง หากไม่สามารถนำตัวผู้ขายมาส่งได้ ผู้ซื้อจะหลุดพ้นจากข้อหาในการสมคบได้ก็ต่อเมื่อการซื้อขายได้กระทำกันโดยเปิดเผยต่อหน้าเจ้าหน้าที่ในหมู่บ้านหรือในเมือง (โจร ๑๐๕, ๑๐๖, ๑๐๗, ๑๑๓, ๑๔๗ และ ๑๕๕) ในการซื้อขายทาส ถ้าผู้ซื้อนำตัวผู้ขายมาแสดงต่อนายอันแท้จริงของทาสไม่ได้ จะต้องนำพยานผู้รู้เห็นในเวลาซื้อขายกันมาพิสูจน์ว่า ตนได้เสียเงินเต็มค่าของทาสจริง มิได้ซื้อด้วยราคาถูก มิฉะนั้นจะต้องโทษเสมอโจร (ทาส ๕๙) (๒) หลักอันเดียวกันนี้ใช้บังคับแก่กรณีที่การซื้อขายกระทำในท้องตลาด ผิดแต่ในข้อที่ว่า หากผู้ซื้อนำตัวผู้ขายมาไม่ได้ กฎหมายให้พิสูจน์ได้ (คือพิสูจน์ตามกฎหมายเก่า เช่น คำนำ ลุยเพลิง) (โจร ๑๑๑)

๔๙. ไม่ว่าผู้ซื้อจะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของเจตนาของตนได้หรือไม่ก็ตาม ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่ซื้อมาให้แก่ผู้เป็นเจ้าของเสมอ ควรจะสังเกตว่า ผู้เป็นเจ้าของ

(๑) บทกฎหมายที่จะศึกษาต่อไปในที่นี้ เกี่ยวกับการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ โดยจะเพาะปัญหาที่เกี่ยวกับการรอนสิทธิในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องพิเศษ โดยเหตุที่กรรมสิทธิ์ในที่ดิน มีเอกสารทางราชการเป็นหลักฐานจึงเลื่อนไปศึกษาในภาคที่ว่าด้วยประวัติศาสตร์ระบอบที่ดินในปีต่อไป

(๒) หลักเดียวกันนี้ปรากฏในกฎหมายพะมา Manu Kyay หน้า ๔๑ และ ๒๒๔ และในกฎหมายฮินดู มนุ บรรพ ๘ มาตรา ๒๐๒—นาริ บรรพ ๗ มาตรา ๒ และ ๔—วิศณุ บรรพ ๕ มาตรา ๑๖๔—๑๖๖ พุทฺธิสบัติ บรรพ ๑๓ มาตรา ๔ แต่ตามกฎหมายฮินดู ผู้ซื้อพ้นความผิด เมื่อการซื้อขายได้กระทำกันในท้องตลาด

เมื่อพบทรัพย์สินของตนตกอยู่ในมือผู้ซื้อแล้ว ยังไม่มีสิทธิเอาคืนโดยพลการ ต้องอายุดีของนั้นไว้กับผู้ซื้อ เมื่ออายุดีแล้วผู้ซื้อต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของ หากของนั้นสูญหายไปภายหลัง ต่อจากนั้น ผู้เป็นเจ้าของต้องยื่นฟ้องต่อศาลภายใน ๑๕ วัน ขอให้ส่งคืนทรัพย์สิน ต่อเมื่อมีคำพิพากษาตามคำขอแล้ว เจ้าของจึงเข้าครอบครองทรัพย์สินของตนได้ หากผู้เป็นเจ้าของเอาทรัพย์สินนั้นมาจากผู้ซื้อโดยตรง มีความผิดถูกปรับเป็นพินัยหลวงฐานละเมิด (ตามความหมายเดิมของศัพท์) (อายุราชฎี ๑ ถึง ๔—พระราชปรารภในกฎหมายลักษณะทนาย ปี ๑๓๘๗—ตระลาการ ๒๙) บทบัญญัติเหล่านี้ เป็นส่วนหนึ่งของวิธีการซึ่งผู้บัญญัติหมายประสงค์จะระงับการใช้สิทธิโดยพลการ ซึ่งได้ศึกษามาแล้วในคำสอนเรื่องละเมิด(๑)

ผู้ซื้อโดยสุจริตซึ่งได้ส่งทรัพย์สินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริง มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายชำระราคาที่ดินจ่ายไปคืนได้ (ทนาย ๔๔ ตอนท้าย)^(๒) หากทรัพย์สินนั้นได้ถูกขายมาหลายครั้งต่อเนื่องกัน ผู้ซื้อคนสุดท้ายซึ่งถูกรอนสิทธิโดยผู้เป็นเจ้าของ มีสิทธิไล่เบียดเอาจากผู้ขายได้ และผู้ขายนี้มีสิทธิไล่เบียดเอาจากผู้ที่ดินซื้อมาเป็นทอด ๆ ตามลำดับการซื้อขาย (ลักพา ๑๑ ทนาย ๕๔) การไล่เบียดเอาจากผู้ขายนี้เองที่ประกอบเป็นความรับผิดชอบในการรอนสิทธิ คือผู้ขายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในข้อที่การซื้อขายมิได้มีผล และต้องคืนราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ

ข้อบัญญัติเหล่านี้เข้มงวดทางฝ่ายผู้ซื้อมาก หากผู้ซื้อนำตัวผู้ขายมาส่งไม่ได้ นำเกรงว่าจะต้องโทษเสมอใจ ในทุกกรณีผู้ซื้อต้องส่งทรัพย์สินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ ถ้าหากสามารถพิสูจน์ความสุจริตได้ ตนก็ได้แต่ฟ้องร้องบังคับให้ผู้ขายคืนราคาที่ตนชำระไปเท่านั้น การฟ้องร้องเช่นนี้มักจะไม่ผล เพราะผู้ขายหากเป็นผู้ร้ายจริงย่อมไม่สามารถใช้เงินคืนให้ได้

๙๐. ข้อบัญญัติเหล่านี้คงเป็นกฎหมายทั่วไปใช้บังคับในเรื่องการซื้อขายธรรมดาเกือบตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา มีแต่เรื่องการซื้อขายทนายเท่านั้นที่เป็นข้อยกเว้น โดยผู้ซื้อที่ได้ซื้อทนายจากบุคคลที่ไม่เป็นเจ้าของ มีต้องส่งมอบตัวทนายให้กับผู้เป็นเจ้าของแท้จริงเสมอ ๆ ทั้งนี้ก็เพราะในการซื้อขายทนายเป็นการยากที่ผู้ซื้อจะทราบได้แน่ชัดว่า ทนายที่นำมา

(๑) ดูคำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ เลขที่ ๙ (ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ฉบับละเมิด)

(๒) ข้อบัญญัตินี้มีปรากฏแต่ในการซื้อขายทนาย และซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (เบ็ดเสร็จ ๖๒) แต่ไม่มีเหตุผลที่ควรสงสัยว่า จะไม่ใช้บังคับเป็นหลักในการซื้อขายอื่น ๆ

ขายนี้เป็นของผู้ขายจริงและมีใช้ทาส ภริยา หรือบุตรซึ่งได้หลบหนีมา และยินยอมเป็นใจให้ผู้ขายนำตัวมาขาย เพราะฉะนั้น ในการซื้อขายทาสมีบทบัญญัติพิเศษซึ่งแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายแต่เนิ่นๆ

เมื่อปีมะแม ๑๘๓๙ ตามคำปวารณาในกฎหมายพระอัยการลักพา เจ้าของทาสในกรุงสุโขทัย ซึ่งขณะนั้นเพิ่งตกอยู่ในอำนาจของพระนครศรีอยุธยาได้ร้องเรียนว่า เมื่อมีผู้นำเอาทาสจากพระนครมาขายในกรุงสุโขทัย การที่กฎหมายบังคับให้ต้องส่งคืนทาสนั้นให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ โดยผู้ซื้อไม่มีสิทธิแต่จะไล่เบียดเอาจากผู้ขายเท่านั้น เช่นนี้เป็นข้อบังคับที่เคร่งครัดมากเกินไป พระเจ้าอยู่หัวในกรุงศรีอยุธยาทรงเห็นด้วย จึงมีพระราชโองการว่า ในกรณีเช่นนี้ ผู้เป็นเจ้าของทาสจะต้องชดใช้ราคาให้แก่ผู้ซื้อ จึงจะรับเอาตัวทาสคืนได้ พระราชโองการนี้เป็นเหตุให้เกิดบทกฎหมายต่างๆ ซึ่งจัดรวมอยู่ในพระอัยการลักพา โดยมีวัตถุประสงค์อันเดียวกัน คือ ระวังข้อพิพาทอันเกิดจากการลักพาหรือจากการที่ทาส หรือบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้อื่นหลบหนีไป

ตามบทที่ ๑๙ แห่งกฎหมายลักษณะนี้มีว่า “ลูกเมียผู้คนทาสไทยผู้ใดหนีไปถึงด้านแดนแคว้นแคว้นราชเสมา มีผู้ช่วยไถ่มา ท่านว่าไถ่เชิงเบียดขาดมีผู้มาพิพาทไซริ ผู้ไถ่ว่าไถ่ได้มาแต่เมืองไกล มีกรรมทันทันใดศักขิพยานรู้เห็นเป็นค่านับ ส่วนค่านับรับว่าไถ่มาจริง ถ้าเจ้าเงินเก่าจะเอาเข้าคนตนคืน ก็ให้เงินแก่ผู้ไถ่มาตามมากแล่น้อย” บทที่ ๒๐ กับบัญญัติเช่นเดียวกัน สำหรับกรณีที่ถูกหลบหนีได้ไปนอกเขตต์แดน และมีคนไทยซื้อได้ในต่างแดนแล้วนำกลับเข้ามาในประเทศไทยในที่สุด บทที่ ๑๐ บัญญัติว่า “โจรลักเอาเข้าคนท่าน

ไปขายถึงได้ฟ้าหล้าเขียว(๑) และมีผู้ไถ่ไว้ ถ้าเจ้า

{	ข้า	}
	คน	

 มาพบ ท่านว่าให้เจ้า

{	ข้า	}
	คน	

 ไถ่

เอาคืนโดยค่านั้น แล้วให้ข้าคนไปนำหาเอาโจรผู้ลักนั้น” ดังนี้แม้ทาสนั้นจะมีผู้ลักไปขาย บุคคลผู้ซื้อโดยสุจริตในจังหวัดห่างไกลจากสถานที่ที่ผู้เป็นนายของทาสอยู่ ย่อมไม่เสียหายนั้น นอกจากจะได้รับคืนราคาที่ตนได้ใช้ไป(๒)

๑๑. ในพระอัยการลักพานี้ ยังปรากฏข้อยกเว้นจากหลักกฎหมายในเรื่องซื้อขายทาสตอนที่กล่าวถึงการรอนสิทธิ ข้อยกเว้นนี้สำคัญยิ่งกว่าข้อยกเว้นแรก เพราะใช้บังคับได้มากกว่า และนำเอาวิธีแก้ซึ่งคล้ายคลึงกับเรื่องอายุความได้สิทธิ ตามบทที่ ๓๓

(๑) คือแคว้นใกล้เคียงเขตต์แดน

(๒) หลักกฎหมายตามที่แสดงไว้อย่างทั่วไปนี้ปรากฏในกฎหมายพะมา (เวเรรุ มาตรา ๑๓๕)

“ทาสหนีนายเงินไป มีผู้เอาไปขายหลายประทวน นายเงินพบไซ้รี ทำนว่าขายไปถึงสามประทวนแล้ว นายเงินมีฐั้นเป็นขาดแก่ผู้เฒ่า ถ้าและจะเอาข้าคนตนมา และมีคำทาสนั้นว่า ขายหลายประทวนมาแล้ว แลพิจารณาั้นเป็นสัจ ทำนว่าให้นายเงินเฒ่าเอาข้าคนตนมาตามมากแลน้อย แล้วให้ทาสนั้นมันนำไปหาผู้ขาย ถ้าผู้ขายตายหนี ทำนว่าเป็นภัยแก่นายเงิน”(๑) ดังนี้ ถ้าผู้ซื้อพิศุจน์ได้ว่า ทาสที่พิพาทถูกขายมาแล้วอย่างน้อยสองครั้งก่อนที่ จะตกมาถึงตน ผู้ซื้อไม่คืนทาสให้แก่เจ้าของ เว้นแต่เจ้าของจะชดใช้ราคาที่ดินได้เสียไป แต่ทั้งนี้ต้องให้การซื้อขายทั้งสามครั้งมีเป็นลำดับและติดต่อกันไป คือผู้ซื้อในครั้งก่อน เป็นผู้ขายในครั้งต่อมา โดยไม่มีการซื้อขายอื่นเกิดขึ้นในระหว่างนั้น(๒) ควรสังเกตว่า บทบัญญัติในบทที่ ๓๓ ในพระอัยการลัทธิ เป็นเสมือนข้อยกเว้นของบทที่ ๕๔ ในบทพระอัยการทาส ซึ่งปล่อยให้มีการฟ้องร้องกันเรื่อยไปเป็นลำดับไม่มีที่สิ้นสุด จนเป็นเหตุให้ผู้ซื้อและผู้ขายไม่มีทางปลอดภัยจากการรอนสิทธิเลย โดยอาศัยมาตรา ๓๓ นี้ แต่นั้นมา ผู้ซื้อเพียงแต่สืบสวนดูว่า ได้มีการซื้อขายอย่างถูกต้องมาแล้วก่อนหน้าสองครั้งเท่านั้น แม้จะไม่พ้นจากการฟ้องร้องของเจ้าของทาสก็ดี แต่คงมีความแน่ใจว่าจะไม่ต้องเสียทาสนั้นไปนอกจากจะได้รับราคาคืนแล้ว

๕๒. ในที่สุด ยังมีอีกกรณีหนึ่งที่ผู้ซื้อทาสพ้นจากการฟ้องร้องของเจ้าของโดยแน่นอน คือการซื้อขายที่ได้กระทำโดยคำสั่งของตุลาการ ในกรณีนี้เจ้าของอันแท้จริงไม่สามารถเรียกร้องเอาทาสคืนได้ แม้จะเป็นทาสภริยาหรือบุตรที่หลบหนีมาก็ตาม ผู้ซื้อได้ทาสนั้นเป็นกรรมสิทธิ์เด็ดขาด (ทาส ๕๒ ตระลาการ ๑๑๖) การซื้อขายในศาลจึงมีผลเช่นเดียวกับการขายทอดตลาดโดยคำสั่งศาล หรือคำสั่งเจ้าพนักงานรักษาททรัพย์ในกฎหมายปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๓๐) แต่ในข้อนี้ พระอัยการทาสบทที่ ๗๙ ยังอนุญาตให้ผู้เป็นนายของทาส ซึ่งมีคดีพิพาทในศาลแล้วถูกขายไปโดย

(๑) บทบัญญัตินี้ปรากฏข้อความเกือบเหมือนกันในบทที่ ๒๓ แห่งบทพระอัยการลักษณะผิวเมีย ซึ่งกล่าวถึงกรณีที่มีหญิงมีสามีหนีไปและถูกนำไปขายโดยสามีมีฐึ

(๒) ที่กล่าวเช่นนี้โดยอาศัยคำว่า ประทวน ซึ่งปรากฏอีกในพระอัยการลักษณะผิวเมีย บทที่ ๒๓ คำนี้มีได้หมายถึง “เอกสาร” ดังเช่นในภาษาปัจจุบัน เพราะการซื้อขายทาสในสมัยโบราณไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเว้นแต่เป็นการขายฝาก คำประทวนเป็นคำเขมรซึ่งใช้หมายถึงการต่อเนืองของเหตุ ซึ่งมีได้มีเหตุการกลางเข้ามาแทรกแซง ในสมัยรัชกาลที่ ๕ สัญญาซื้อขายทาสทุกชนิดต้องทำเป็นกรรมธรรม์ แม้จะเป็นทาสขายขาดคำก็ตาม คำว่า ประทวนจึงมีความหมายว่า “ละบบ” ตั้งแต่นั้นมา แต่เป็นละบบที่ต่อเนืองกันเป็นลำดับ ดังกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายในเชิงอรธของคำพิพากษฎีกาที่ ๑๐๐๖/๑๒๓ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๕๗๒

คนไม่รู้ ได้ทายนั่นกลับคืนได้โดยชดใช้ราคาที่ผู้ช่วยให้พ้นจากข้อพิพาทได้จ่ายไปเพื่อเอา
ทายมาจากตระลาการ กับใช้หนี้สินที่ทายอาจมีขึ้นต่อผู้นั้นด้วย นอกจากนี้ กฎหมาย
บังคับให้ทายนั้นนำข้าวตอกดอกไม้ไปสมมาผู้ซื้อ ทั้งนี้ส่อให้เห็นว่านายเงินเดิมไม่มีสิทธิ
บังคับให้ผู้ซื้อส่งทายคืนทีเดียว ยังต้องอาศัยความกรุณาของผู้ซื้ออยู่

นอกจากการซื้อขายทาย ผู้ซื้อไม่อาจทราบได้แน่นอนว่าจะไม่ถูกรอนสิทธิ โดย
ต้องคืนทรัพย์สินที่ซื้อมาให้กับผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริง และโดยมากต้องเสียเงินที่ตนได้
จ่ายไปเพื่อซื้อทรัพย์สินนั้นด้วย ยิ่งกว่านั้นน่าจะจะต้องถูกลงโทษปรับฐานสมใจ โดย
กฎหมายไม่ยอมให้พิสูจน์ความสุจริตได้โดยอิสระ จึงยากที่จะแก้ตัวได้ ต่อเมื่อปลาย
สมัยกรุงศรีอยุธยา พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาแก่ผู้ซื้อ จึงมีพระราชบัญญัติแก้ไข
กฎหมายเดิมเพื่อให้ผู้ซื้อโดยสุจริตพ้นจากการรอนสิทธิได้แต่ข้อยกเว้นใหม่นี้ยังคงแคบอยู่
ไม่กว้างเท่ากับข้อยกเว้นอันมีมาช้านานในการซื้อขายทาย

๓๓. พระราชกำหนดพระเจ้าบรมโกษฐ ลงวันที่ ๕-๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๒๘๔
ซึ่งได้ศึกษามายาวตอนแล้วในหมวดก่อน^(๑) เป็นกฎหมายฉบับแรกที่มาแก้ไขกฎหมาย
เดิมในข้อนี้ พระราชกำหนดนั้นในเบื้องต้นมีข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งหากผู้ซื้อปฏิบัติตามก็มัก
จะพ้นจากการถูกรอนสิทธิ คือบัญญัติว่า ให้ซื้อขายกันแต่ในกลางวัน นอกจากเครื่องยา
และกับข้าวของกิน ซึ่งอาจซื้อขายกันได้ในเวลากลางคืน หากมีผู้มาเสนอขายสิ่งของใน
เวลากลางคืน หรือหากมีเหตุผลอันควรสงสัยผู้ขายว่าจะนำเอาของร้ายมาขาย ก่อนที่จะ
ตกลงรับซื้อ ผู้ซื้อต้องนำผู้ขายและสิ่งของไปหาเจ้าหน้าที่ทางปกครอง เพื่อให้สอบสวนดู
หากการสอบสวนชั้นแรกนี้แสดงให้เห็นพิรุธว่า สิ่งของที่นำมาเสนอขายนั้น เป็นของที่ถูก
ลักมาก็ให้ส่งตัวผู้นำมาขายกับทรัพย์สินนั้นไปยังกรมพระนครบาล จัดการดำเนินคดีต่อไป
และสืบหาตัวผู้เป็นเจ้าของอันแท้จริงของทรัพย์สินนั้น

หากผู้ซื้อได้ซื้อสิ่งของที่ถูกลักมาไว้โดยสุจริต และเมื่อได้ทราบต่อมาภายหลังว่า
ผู้ขายถูกฟ้องร้องในคดีลักทรัพย์ ผู้ซื้อต้องนำทรัพย์สินที่ซื้อไว้นั้นไปหาตระลาการผู้พิจารณา
เรื่องนั้นทันที ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อไว้นั้นเป็นทรัพย์สินที่ถูกลักมาจริง ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจเอากลับ
คืนได้ นอกจากจะได้ชดใช้ราคาให้แก่ผู้ซื้อตามที่ผู้ซื้อได้จ่ายไป

(๑) ในหมวดที่กล่าวถึงสัญญาจำนำ เลขที่ ๖๘ (กฎหมายตราสามดวง เล่ม ๔ ครุสุภา หน้า

หากผู้ซื้อ ๆ ของมาจากคนกลางที่ผู้ริ้ววานให้นำของนั้นไปขาย และคนกลางนั้นพึงได้ทราบว่ามีคนนั้นถูกหาว่าเป็นคนร้าย จึงไปแจ้งแก่ตระลาการทันที ถ้าผู้ซื้อมิได้พยายามปิดบังความจริง และยอมมอบส่งสิ่งของให้แก่ตระลาการโดยดี ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะต้องชดใช้ราคาให้แก่ผู้ซื้อครั้งหนึ่ง

จะเพาะสองกรณีนี้เท่านั้นที่พระราชกำหนดนี้จัด เป็น ข้อยกเว้นจาก หลักทั่วไปในเรื่องการรอนสิทธิ โดยอนุญาตให้ผู้ซื้อโดยสุจริต ซึ่งถูกรอนสิทธิได้รับราคาคืนเต็มจำนวนหรือครึ่งของจำนวนที่ได้เสียไป ควรสังเกตว่าในทั้งสองกรณีนี้ ผู้ขายได้ถูกจับแล้ว หากพบสิ่งของที่ถูกลักมาในบ้านผู้ซื้อโดยจับตัวคนร้ายมิได้ ผู้ซื้อจะตกอยู่ในความผิดฐานสมโจรตามเดิม และต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ตั้งเช่นสมัยก่อน คือโดยหาตัวผู้ขายส่งไปให้ตระลาการพิจารณาได้

๙๔. โดยมุ่งที่จะป้องกันการรอนสิทธิเช่นเดียวกัน พระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกษฐอีกฉบับหนึ่งลงวันที่ ๒๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๒๙๕ ได้บัญญัติวิธีที่การบางประการสำหรับการซื้อขายสัตว์พาหนะ (ช้าง ม้า โค กระบือ) เมื่อการซื้อขายได้ทำขึ้น ณ ที่อำเภอหรือเมืองอื่นอันมิใช่ที่ ๆ ผู้ซื้อ มีถิ่นที่อยู่^(๑) พระราชกำหนดนี้บังคับให้การซื้อขายต้องกระทำต่อหน้าเจ้าพนักงานท้องที่ ซึ่งมีหน้าที่ต้องสอบสวนผู้ขายถึงที่มาของสัตว์ที่นำมาขาย ตลอดจนข้อตกลงในการซื้อขายด้วย เจ้าพนักงานจึงจะมอบเอกสารซึ่งบรรจุข้อตกลงระหว่างทั้งสองฝ่าย และรูปพรรณของสัตว์ที่นำมาซื้อขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อ ในต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ผู้บัญญัติกฎหมายได้หันมาพิจารณาถึงเรื่องนี้อีก โดยออกพระราชบัญญัติโค กระบือ จุดศักราช ๑๒๓๘ (พ.ศ. ๒๔๑๙) ซึ่งบังคับให้การซื้อขาย โค กระบือ ทุกชนิดต้องทำในสถานที่บางแห่งซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมาย และต้องทำต่อหน้าอำเภอ หรือกำนัน ๆ จะออกหนังสือสำคัญ (ฎีกาพิมพ์) หรือหนังสือเดินทาง ในกรณีนี้ผู้ซื้อจะนำสัตว์ไปต่างถิ่น^(๒) กฎหมายสองฉบับนี้อาจถือเสมือนเป็นที่มาของบทบัญญัติ ซึ่งในปัจจุบันยังคงใช้บังคับในเรื่องการซื้อขายสัตว์พาหนะ^(๓)

(๑) พระราชกำหนดเก่าบทที่ ๑๒ ลงวันศุกร์ แรม ๖ ค่ำ เดือนอ้าย ปีวอก จัตวาศก จุดศักราช ๑๑๑๔ ตรงกับวันที่ ๒๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๒๙๕ แต่วันเดือนปีที่กล่าวมานี้ยังไม่แน่นอน เพราะวันที่ ๒๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๒๙๕ เป็นวันอังคาร

(๒) พระราชบัญญัติโคกระบือ ลงวันจันทร์ ขึ้น ๗ ค่ำ เดือน ๗ ปีชวด อัฐศก จุดศักราช ๑๒๓๘ ตรงกับวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๔๑๙ พระราชบัญญัตินี้มิได้รวบรวมอยู่ในกฎหมายไกรสี จะพบได้ในราชกิจจานุเบกษา ปี ๑๒๔๕ หน้า ๖๗-๖๘

(๓) ได้แก่พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ ร.ศ. ๑๑๙ (๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๒๔๓)

๙๕. เราเห็นมาแล้วข้างต้นว่า ในต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์การซื้อขายหาบตก อยู่ในแบบพิเศษ เพื่อป้องกันผู้ซื้อต่อการถูกรอนสิทธิ ขอให้ย้อนกลับไปดูตอนที่กล่าวถึงเรื่องนี้ในตอนต้น^(๑) หากผู้ซื้อเห็นพิรุณในการซื้อขาย แต่มิได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ต่อมาต้องส่งทนายขึ้นให้เจ้าของเช่นนี้ ผู้ซื้อเสียสิทธิไต่เบี่ยงเอากับผู้ขาย แต่เราได้เห็นแล้วว่า ข้อบัญญัตินี้เสื่อมความนิยมไปอย่างรวดเร็ว

ภายหลังที่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ผู้ซื้อซึ่งซื้อเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ จะมีโทษก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นตกอยู่ในลักษณะรับของโจร (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๒๑)

จนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ศาลพิพากษาตามความคิดเดิมว่า เจ้าของทรัพย์สินย่อมเรียกร้องเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ซื้อซึ่งได้รับซื้อมาจากบุคคลอื่นได้ แม้ผู้ซื้อจะได้ซื้อทรัพย์สินนั้นโดยสุจริตก็ตาม

ตามประมวล ข้อบัญญัติเช่นนี้คงใช้ได้ต่อไปจะเพาะในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นได้สูญหายไปหรือเจ้าของถูกแย่งความครอบครองไปโดยการกระทำที่เป็นผิดทางอาญา แม้ในทั้งสองกรณีนี้ หากผู้ซื้อซื้อได้โดยสุจริต ในการขายทอดตลาดหรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ผู้เป็นเจ้าของเดิมจะให้ส่งคืนทรัพย์สินก็ต้องชดใช้ราคาที่ซื้อมาให้แก่ผู้ซื้อ (มาตรา ๑๓๓๒) หากทรัพย์สินนั้นมิได้สูญหายไปจากเจ้าของหรือเจ้าของมิได้เสียการครอบครองไปโดยการกระทำที่เป็นผิดทางอาญา ตามธรรมดาผู้เป็นเจ้าของก็มักจะไม่มิสิทธิฟ้องร้องเอาคืนจากผู้ซื้อโดยสุจริตได้ เนื่องมาจากข้อบังคับในมาตรา ๑๓๐๓ บทบัญญัติเหล่านี้มาจากกฎหมายของประเทศในคอนติเนนต์^(๒)

สรุปความว่า ในปัจจุบัน เหตุที่ทำให้ผู้ซื้อถูกรอนสิทธิมีน้อยกว่าสมัยก่อน ผู้ซื้อจะต้องฟ้องร้อง ไต่เบี่ยงเอาจากผู้ขายก็แต่ในกรณีที่ตนได้ซื้อทรัพย์สินที่สูญหายหรือ ได้มาด้วยความผิดทางอาญา ทั้งผู้เป็นเจ้าของเดิมมิได้ชดใช้ราคาให้ด้วย

๖. สัญญาให้

๙๖. ในกฎหมายปัจจุบัน สัญญาให้มีความสำคัญอยู่ที่การตกลงของเจตนา ซึ่งผู้ให้อินกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยมิได้มีค่าตอบแทน และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๒๑)

(๑) ในตอนกล่าวถึงสัญญาขายฝากทาส เลขที่ ๔๐

(๒) มีมาตรา ๒๒๗๙ และ ๒๒๘๐ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้น

ในกฎหมายเก่า การส่งมอบสิ่งของให้แก่ผู้รับ ประกอบเป็นวัตถุประสงค์อันสำคัญของสัญญา นั้น ครอบงำที่ทรัพย์สินที่ให้อย่างมิได้ตกถึงมือผู้รับ ๆ ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินแต่อย่างใด และผู้ให้อาจถอนคำเสียได้ ตรงกันข้าม เมื่อทรัพย์สินที่ให้ตกถึงมือผู้รับแล้วทรัพย์สินนั้นตกเป็นของผู้รับโดยเด็ดขาด (เบ็ดเสร็จ ๑๒๘)^(๑) กฎหมายยอมให้การให้ในขณะที่ป่วยหนักมีผลสมบูรณ์ แต่คงบังคับข้ออีกในกรณีนี้ว่าทรัพย์สินซึ่งผู้อาพาให้จะต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับเสร็จแล้ว ถ้าส่งมอบแล้ว เมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินนั้นไม่ต้องนำมาแบ่งปันกัน (มฤตก ๕๐)

โดยเหตุที่ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ทันที สัญญาให้จึงไม่อาจทำขึ้นโดยมีเงื่อนไข เพราะฉะนั้นบุคคลหนึ่งในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่อาจที่จะทำสัญญาให้ทรัพย์สินแก่ผู้ใดเพื่อให้มีผลเมื่อตนถึงแก่กรรมแล้วได้ ทั้งนี้หมายความว่า จะทำนิติกรรมดั่งที่เรียกในปัจจุบันว่าพินัยกรรมไม่ได้ ในคำสอนนี้ ตอนที่กล่าวถึงระบอบการรับมฤตกจะแสดงให้เห็นว่า ที่เรียกว่าพินัยกรรมในสมัยกรุงศรีอยุธยาหมายถึงอะไร และจะชี้ให้เห็นว่าคำว่าพินัยกรรมนี้หมายถึงวิธีการหนึ่งซึ่งผิดไปจากที่มีความหมายอยู่ในปัจจุบัน

ในกฎหมายปัจจุบันก็เช่นเดียวกันกับกฎหมายเก่า สัญญาให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ๆ แก่ผู้รับแล้ว (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๒๓) แต่ข้อบัญญัตินี้มีได้เนื่องมาจากเหตุผลเช่นในกฎหมายเก่า ๆ ถือว่าจะเพาะการตกลงของเจตนาไม่สามารถก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นได้ แต่กฎหมายปัจจุบันบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันภัยต่าง ๆ อันจะได้เกิดจากสัญญาให้ หากทรัพย์สินที่ให้นั้นยังคงอยู่ในความครอบครองของผู้ให้ต่อไปได้

ผู้ให้ยอมจะให้ได้แต่ทรัพย์สินที่เป็นของตนเท่านั้น ผู้ใดให้ทรัพย์สินของผู้อื่น ก็เช่นเดียวกับผู้ขายหรือจำนำทรัพย์สินที่มีใช้ของตน มีความผิดฐานลักทรัพย์ (เบ็ดเสร็จ ๑๒๖) มีข้อยกเว้นในกรณีที่พระเจ้าอยู่หัวพระราชทานทรัพย์สินแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หากปรากฏว่าทรัพย์สินที่พระราชทานให้นั้นเป็นของราษฎร ผู้เป็นเจ้าของจะเรียกคืนไม่ได้ (เบ็ดเสร็จ ๖๕) บทบัญญัตินี้ แม้จะผิดกับหลักกฎหมายทั่วไปอย่างมากก็อธิบายได้ว่า เป็นเพราะอำนาจอธิปไตยของพระเจ้าอยู่หัวมีอยู่เหนือบุคคลและสิ่งของ ๆ ราษฎร^(๒)

(๑) ข้อบัญญัติเช่นเดียวกันนี้มีในกฎหมายพะม่า Manu Kyay หน้า ๒๓๘

(๒) บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ ปรากฏใน Manu Kyay หน้า ๒๓๒ ซึ่งร้ายแรงยิ่งกว่ากฎหมายไทยอีก โดยบัญญัติให้เสียเป็นผู้เป็นเจ้าของที่บิอาจเรียกร้องเอาทรัพย์สินนั้นคืน

๙๗. ปัญหาสำคัญที่เกิดจากการให้ในสายตาของผู้บัญญัติกฎหมายไทย ก็เช่นเดียวกับผู้บัญญัติกฎหมายอินเดีย รามัญ และพะม่า คือ กำหนดว่ากรณีใดบ้างที่การให้อาจถูกเพิกถอนเสียจากผู้รับได้

ในเรื่องนี้ พระอัยยการเบ็ดเสร็จโดยอาศัยหลักในพระธรรมศาสตร์กำหนดการให้ไว้สามประการ ตามเหตุที่จูงใจให้คือ การให้ด้วยความศรัทธา การให้ด้วยความกลัว และการให้ด้วยความเสนาหา (เบ็ดเสร็จ ๑๑๙)

การให้ด้วยความศรัทธาไม่อาจเพิกถอนได้ และยิ่งกว่านั้นกฎหมายลงโทษอาญาแก่ผู้ที่จะเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้ด้วยความศรัทธาคืนอีก (เบ็ดเสร็จ ๑๑๙)

ตรงกันข้าม การให้ด้วยความกลัวอาจเพิกถอนได้เสมอ แม้ผู้รับจะได้จำหน่ายทรัพย์สินนั้นแล้วก็ตาม (เบ็ดเสร็จ ๑๒๐) หากทรัพย์สินที่ให้ ได้ตกไปอยู่กับบุคคลที่สามโดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้หรือโดยเหตุอื่นก็ตาม ผู้ให้ก็ยังเรียกเอาคืนได้ ความกลัวนั้นกฎหมายไม่ได้อธิบายว่าหมายความว่าอย่างไรแน่ น่าสันนิษฐานได้ว่าหมายถึงการขู่กรรโชกถึงผู้รับ ซึ่งทำให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินคิดว่า ชีวิตของตนหรือของครอบครัวตกอยู่ในอันตรายหรือทรัพย์สินติดอยู่ในภัยพิบัติ หากผู้รับใช้กำลังเพื่อชิงเอาทรัพย์สินนั้น ผู้รับมีผิดถูกปรับเป็นตรีคุณ (เบ็ดเสร็จ ๑๒๗ ตอนท้าย) บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเพิกถอนการให้ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากความกลัวดังนี้ เป็นสิ่งที่ควรสังเกต เพราะเป็นคราวแรกที่กฎหมายเก่าถือเจตนาของผู้เป็นฝ่ายในสัญญาเป็นสาระสำคัญ ตามกฎหมายปัจจุบัน สัญญาทุกชนิดตกเป็นโมฆียะ หากเกิดขึ้นจากความกลัว (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๒๑ และ ๑๒๖) กฎหมายเก่าแสดงหลักนี้แต่ในสัญญาให้เท่านั้น ทั้งนี้ เป็นเพราะสัญญาอื่น ๆ จำเป็นที่ต้องทำเป็นหนังสือ มีเจ้าพนักงานเข้ามาเกี่ยวข้องกับตัว หรือเป็นทรัพย์สินสัญญาซึ่งจะผูกพันฝ่ายหนึ่งก็ต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตนแล้ว ฉะนั้นย่อมป้องกันความเป็นอิสระของเจตนาทั้งสองฝ่ายอยู่ในตัว ดังนั้นในทางปฏิบัติสัญญาเหล่านั้นจึงไม่น่าจะเกิดขึ้น เพราะความกลัวหรือความเสื่อมเสียประการอื่น ๆ ของเจตนาได้

๙๘. การให้โดยเสนาหาไม่อาจเพิกถอนเสียได้เช่นเดียวกับการให้ด้วยความศรัทธา แต่กฎหมายมิได้บัญญัติโทษไว้สำหรับผู้ให้ซึ่งเรียกทรัพย์สินที่ให้คืน (เบ็ดเสร็จ ๑๑๙) ถ้าสามีได้ให้ภรรยาไปโดยเสนาหา ไม่มีสิทธิบังคับให้ผู้รับคืนภรรยาให้อีกต่อไป แม้ผู้ให้จะ

ยอมชำระเงินเท่าค่าตัวหญิงนั้นก็ตาม (เบ็ดเสร็จ ๑๒๔)^(๑) ทั้งนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเก่าถือตามหลักนี้อย่างเคร่งครัด มีข้อยกเว้นอยู่ข้อเดียว คือ เมื่อทรัพย์สินที่ให้เป็นบ้านเรือน ผู้ให้อาจเรียกคืนบ้านเรือนนั้นได้ หากผู้รับถึงแก่กรรมก่อน ที่บัญญัติเช่นนี้อ้างเหตุว่าผู้ให้มีเจตนาให้แก่ผู้ตาย ไม่ประสงค์ให้กับผู้อื่น (เบ็ดเสร็จ ๕๖) แต่ก็นำสันนิษฐานได้ว่าบทบัญญัตินี้ถือเอาลักษณะที่ทรัพย์ที่ให้เป็นอสังหาริมทรัพย์ จึงเกี่ยวกับระบอบที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา ทั้งนี้เห็นได้จากการที่บทบัญญัติพิเศษนี้ จัดอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยที่บ่านที่สวนไร่นา แทนที่จะอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยการให้

การแบ่งแยกการให้ออกเป็นสามประการตามสาเหตุที่มุ่งใจผู้ให้ และผลที่เกิดจากการให้นี้ ปรากฏในกฎหมายรามัญและกฎหมายเก่าของพม่า ซึ่งเหมือนกันอย่างมาจนไม่อาจสันนิษฐานเป็นอย่างอื่นได้นอกจากว่า ผู้บัญญัติกฎหมายไทยและพม่าได้ดำเนินมาจากหลักเดียวกัน^(๒)

๓. ทรัพย์สัญญาอื่น ๆ

กฎหมายเก่าของไทยยังได้รับรู้สัญญาอีก ๒ ชนิด คือ สัญญาเข้าหุ้นส่วน และสัญญาพินันขันต่อ

สัญญาเข้าหุ้นส่วน

๓๙. สัญญาเข้าหุ้นส่วนเป็นสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ตกลงเอาทรัพย์สินเข้ากันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำกับหุ้นนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๐๑๒)

กฎหมายเก่าบัญญัติเรื่องสัญญานี้ไว้เพียงมาตราเดียว (เบ็ดเสร็จ ๑๐๒) และในมาตรานี้ก็แสดงแต่ข้อบัญญัติซึ่งมีอยู่ทั่วไปในทรัพย์สัญญาทุกชนิด คือถ้าผู้เป็นหุ้นส่วน

(๑) ตรงกันข้าม กฎหมายพม่าอนุญาตให้สามซึ่งให้ภรรยาไป ถัดภรรยาคืนมาจากผู้รับได้ โดยชำระราคาหญิงนั้นให้ แต่ภรรยาผู้นั้นต้องยอมกลับมาอยู่กับสามีด้วย (Manu Kyay หน้า ๒๓๘)

(๒) มนุธรรมสัทถัมของพระเจ้าเวรุ (มาตรา ๖๓ และ ๖๔) แบ่งการให้เป็น ๖ ประการ สามประการแรกตรงกับที่บัญญัติในเบ็ดเสร็จ ๑๑๙ ใน Manu Kyay หน้า ๒๓๒ ก็ปรากฏการให้สามประการของไทยเหมือนกัน และยังมีประการอื่นอีก ธรรมสัทถัมโดยสังเขปในหนังสือของบาดหลวง Sangermano (หน้า ๑๖๔) กำหนดไว้สามประการคู่เดียวกัน ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายพม่าที่สำคัญมีเพียงข้อเดียว คือกฎหมายพม่าให้สิทธิแก่ผู้ให้โดยเสนหาที่จะเพิกถอนการให้ได้ หากผู้ให้ตกอยู่ในความยากไร้ภายหลังการให้

ผู้ใดเก็บเอาทุนกำไรของผู้เป็นหุ้นส่วนผู้อื่นไว้ ย่อมมีความผิดฐานประบัดสินท่าน และถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณ

การที่ขาดกฎหมายหุ้นส่วนเสียเกือบทั้งหมดเช่นนี้ แสดงให้เห็นชัดว่า การค้าของเอกชนในสมัยกรุงศรีอยุธยาและในต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์มีความเจริญน้อยมาก

สัญญาพนันขันต่อ

๑๐๐. ตรงกันข้าม มีบทกฎหมายเป็นจำนวนมากค่อนข้างมากในเรื่องการพนันขันต่อ ทั้งนี้ก็อธิบายได้โดยง่ายว่า เป็นเพราะนิสัยคนไทยหนักไปในทางชอบเล่นการพนัน

ในพระอัยการเบ็ดเสร็จมีอยู่ลักษณะหนึ่ง ที่บัญญัติถึงเรื่องสัญญาประเภทนี้

แต่เดิมสัญญาพนันขันต่อเป็นทรัพย์สินสัญญา เพราะโดยปกติต้องมีเดิมพันมาวางไว้เป็นกลางเสมอ แต่ต่อมาภายหลังถือกันว่าไม่จำเป็นต้องวางเดิมพัน และผู้เล่นต่างพอใจเพียงการให้วาจาซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะการพนันขันต่อมักเกิดขึ้นต่อหน้าคนหมู่มาก ซึ่งอาจใช้เป็นพยานได้

คัมภีร์พระธรรมศาสตร์แยกการพนันขันต่อออกเป็น ๒ ประการ คือพนันขันต่อกันด้วยความโกรธ ซึ่งการพนันโดยประการนี้ไม่อาจนำมาฟ้องร้องกันได้ และการพนันโดยมิได้มีใจโกรธ ซึ่งมีผลผูกพันผู้เป็นฝ่าย (เบ็ดเสร็จ ๑๓๒) การแบ่งแยกเช่นนี้คงปรากฏในกฎหมายรามัญและในกฎหมายเก่าของพม่าด้วย^(๑) บทบัญญัตินี้เป็นสิ่งที่พึงเอาใจใส่เพราะมีน้อย กรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายย่อมถือเอาเจตนาของผู้เป็นฝ่ายเป็นความสำคัญในสัญญา

ภัยของการพนันขันต่อซึ่งเกิดขึ้นแก่ชุมชนได้ประจักษ์แก่ผู้บัญญัติกฎหมายไทยในมิช้า พระราชโองการออกเมื่อปีมะเส็งเอกศก ซึ่งปรากฏแทรกอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ (บทที่ ๑๓๕) และปรากฏซ้ำอีกในพระอัยการขบถศึก (บทที่ ๗๑) ห้ามมิให้ข้าราชการซึ่งไปกิจราชการเล่นการพนันโดยกำหนดโทษอาญา และห้ามมิให้ผู้ชนะเรียกร้องเอาจากผู้แพ้เลย

(๑) มนุธรรมสัดถัมของพระเจ้าเวรุ มาตรา ๘๗ Manu Kyay หน้า ๓๖๒ และต่อไป

อนึ่ง ได้รับความจากหนังสือของลาลูแบร์ว่า ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ได้ทรงห้ามมิให้เล่นการชนไก่ โดยความร่ำร้องของคณะสงฆ์^(๑) ในสมัยรัชกาลที่ ๑ ได้มีพระราชบัญญัติห้ามอีก^(๒) ในสมัยรัชกาลที่ ๒ และที่ ๓ กฎหมายห้ามมิให้มีการพนันอีกหลายชนิด ข้อห้ามเช่นนี้มีออกสืบ ๆ กันมาจนทุกวันนี้^(๓) จึงจะไม่กล่าวถึง ณ ที่นี้ เพราะจะต้องมีคำบรรยายยืดยาวเกินขอบเขตต์คำสอนนี้

๑๐๑. จะไม่บรรยายโดยพิศดารถึงบทกฎหมายเรื่องโรงบ่อนและโรงหวยเช่นเดียวกัน โรงบ่อนมีมาจากประเพณีเมืองจีน และดูเหมือนจะแพร่มาในประเทศไทยในสมัยรัชกาลพระบรมโกศฐ โรงบ่อนนี้ประมุขมาจากพระเจ้าอยู่หัว และเจริญยิ่งขึ้นในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จ (บทที่ ๑๓๖) แสดงให้เห็นว่าในสมัยก่อน นายบ่อนอาจให้ผู้เล่นกู้เงินเล่นได้ ต่อมาปรากฏตามพระราชกำหนดใหม่ บทที่ ๒๖ ว่าได้มีบทกฎหมายห้ามการกู้ยืมประเภทนี้เสีย เพราะเห็นเป็นอันตรายแก่ผู้เล่นอย่างมาก แต่การกู้นี้ก็หาได้ระงับไม่ จึงมีพระราชกำหนดใหม่นี้ขึ้นอีก ปล่อยให้ผู้เล่นกู้เงินนายบ่อนได้ตั้งแต่ก่อน แต่กำหนดจำนวนเงินค้ำสูงที่นายบ่อนจะให้กู้ได้ โดยอาศัยความมั่งคั่งที่ผู้เล่นแสดงออกภายนอก^(๔) โรงบ่อนได้ยกเลิกมาเป็นลำดับตั้งแต่พุทธศักราช ๒๔๓๑ ถึงพุทธศักราช ๒๔๖๐

ส่วนโรง หวยซึ่งเดิมเป็นประเพณีเมืองจีนเช่นเดียวกัน ได้นำเข้ามาในประเทศไทยสยามไม่เกินสมัยรัชกาลที่ ๓ และได้ถูกยกเลิกไปในขณะเดียวกันกับโรงบ่อน^(๕)

(๑) Du Royaume de Siam เล่ม ๑ หน้า ๑๔๘

(๒) พระราชบัญญัติที่ ๘ ปีจอ จุลศักราช ๑๑๕๒ นิกะศัระมาศ (เดือนอ้าย) ศุภปักษ-
บัณเฑาะระสี ฎุมวาร ตรงกับวันที่ ๒๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๓๓๓

(๓) กฎหมายที่รวบรวมข้อบังคับเกี่ยวกับการพนันฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติการพนัน ร.ศ. ๑๑๑ (๑ มีนาคม ๒๔๓๕) ไกรสี เล่ม ๔ หน้า ๑๔๘๖-๑๔๘๖

(๔) พระราชกำหนดใหม่ บทที่ ๒๖ ลงวันอาทิตย์ เดือน ๑๑ แรม ๓ ค่ำ จุลศักราช ๑๑๕๖
ปีชานฉศก ตรงกับวันที่ ๑๒ ตุลาคม พ.ศ. ๒๓๓๗

(๕) เกี่ยวกับโรงบ่อนและโรง หวยนี้ควรอ่านประวัติศาสตร์การยกเลิกโรงบ่อนและ โรง หวย
โดยสมเด็จพระมหาพรยาจารย์ ในประชุมพงศาวดาร ภาคที่ ๑๗

บทที่ ๔

การปฏิบัติและบังคับตามสัญญา

๑๐๒. ภาระอันเกิดขึ้นโดยสัญญาไม้อาจคงอยู่เรื่อย ๆ ไป เมื่อครบกำหนดเวลาที่ตกลงกัน ฝ่ายผู้เป็นลูกหนี้จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ตามที่ตนได้สัญญาไว้ หรือมิฉะนั้นก็จะถูกฝ่ายเจ้าหนี้บังคับให้ต้องปฏิบัติหรือให้ความพอใจแก่เจ้าหนี้ ซึ่งจะเป็นอย่างไรก็ตาม ก็เป็นเหตุให้ความผูกพันตามสัญญานั้นสิ้นสุดลง

ในบทนี้จะพิจารณาโดยลำดับไปถึงข้อ ๓ ข้อ คือ

๑. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสมัครใจ
๒. วิธีบังคับลูกหนี้ตามกฎหมายเก่า เมื่อลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา
๓. กรณีที่เจ้าหนี้บังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้

๑. การปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสมัครใจ

การปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสมัครใจ ได้แก่พฤติการณ์ที่ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ของตนด้วยความสมัครใจต่อเจ้าหนี้ตามที่ตนต้องผูกพันตามสัญญา ฉะนั้นสำหรับผู้กู้ก็ได้แก่การชำระหนี้ที่ได้ปฏิบัติตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกัน สำหรับผู้ยืมหรือผู้รับฝากได้แก่การส่งคืนสิ่งของที่ยืมหรือรับฝากไว้ สำหรับผู้ขายได้แก่การส่งมอบสิ่งของที่ขายให้แก่ผู้ซื้อ ฯลฯ ซึ่งเรียกตามกฎหมายปัจจุบันว่า การชำระหนี้

การชำระหนี้เป็นการทำให้ความผูกพันอันเกิดจากสัญญาสิ้นสุดลง เจ้าหนี้ซึ่งได้รับชำระหนี้แล้ว แต่ยังฟ้องร้องลูกหนี้ต่อศาลว่าตนยังมีได้รับชำระ มีความผิดฐานมักได้ ซึ่งตามหลักต้องถูกปรับใหม่เท่ากับจำนวนเงินที่ตนเรียกร้องเอาโดยมิชอบนั้น

๑๐๓. แต่ทั้งนี้ผู้เป็นลูกหนี้จะต้องนำพะยานหลักฐานไปพิสูจน์ต่อศาลว่าตนได้ชำระหนี้ไปแล้ว การนำพะยานหลักฐานไปพิสูจน์นี้ ลูกหนี้จะทำได้ในกรณีใดบ้าง และโดยวิธีการเช่นไร เป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสมัครใจ และเป็นปัญหาข้อเดียวที่จะพึงพิจารณาในคำสอนนี้

หากสัญญานั้นมิได้ตกอยู่ในบังคับว่าต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ลูกหนี้ยอมมีสิทธิที่จะนำพะยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าได้ชำระหนี้แล้วได้โดยอิสระ โดยใช้วิธีต่าง ๆ

ที่ผู้ต่อสู้คดีจะพียงนำมาสนับสนุนข้อต่อสู้ของตนในคดีธรรมดา ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาเป็นพิเศษอย่างใดในกรณีนี้

แต่ถ้าเป็นสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สัญญากู้หรือสัญญาขายฝากทาส เมื่อเจ้าหนี้อ้างกรรมธรรม์มาฟ้องร้องลูกหนี้ฯ อาจที่จะใช้วิธีพิสูจน์ด้วยประการต่าง ๆ เพื่อแสดงว่าตนได้ชำระหนี้ที่กู้มาหรือชำระค่าตัวนั้นแล้วหรืออย่างไร

กฎหมายเก่าบัญญัติให้นายเงินหรือผู้ให้กู้ซึ่งได้รับเงินคืน ต้องส่งมอบกรรมธรรม์ให้แก่ผู้ไถ่ หรือผู้ชำระเงินกู้ (ทาส ๔๘ และ ๕๑) ในกรณีที่มีการชำระแต่เพียงบางส่วนตามทางปฏิบัติก็เพียงแต่สลักหลังส่วนที่ชำระลงในกรรมธรรม์เท่านั้น หากสารกรรมธรรม์สูญหายไป เจ้าหนี้หรือนายเงินจะออกใบรับให้ เรียกว่า หนังสือประทวน หากเจ้าหนี้ได้ปฏิบัติตามข้อบัญญัติเหล่านี้โดยเคร่งครัดแล้ว ข้อโต้แย้งในเรื่องการชำระหนี้คงจะได้ระงับสิ้นไป

แต่ในสมัยโบราณมีความแตกต่างกันมาก ในฐานะทางชุมชนระหว่างนายกับทาสเจ้าหนี้กับลูกหนี้ จึงย่อมเป็นการยากที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติเหล่านี้เสมอ ในทางปฏิบัติ ทาสซึ่งชำระค่าตัวหรือลูกหนี้ซึ่งชำระเงินกู้ ไม่มีอำนาจบังคับนายเงินหรือเจ้าหนี้ให้ส่งคืนกรรมธรรม์ หรือออกใบรับเงินให้ได้ เมื่อไม่มีพะยานเอกสารแสดงว่าได้ชำระหนี้โดยลูกหนี้หรือทาสไม่อาจนำมาได้เสมอไปเช่นนี้ ย่อมจำเป็นอยู่เองที่ควรอนุญาตให้นำพะยานบุคคลเข้ามาสืบได้ เห็นได้จากพระอัยการทาสบทที่ ๔๘ ว่า กฎหมายเก่ายอมให้ลูกหนี้นำพะยานมาสืบหักล้างกรรมธรรม์ได้ ฝ่ายเจ้าหนี้จะฟ้องได้แต่เมื่อนำหลักฐานเป็นกรรมธรรม์ได้ ถ้ากรรมธรรม์ที่อ้างนั้นได้ทำถูกต้องตามแบบแล้วยอมเป็นที่เชื่อถือได้ในเบื้องต้น (ตระลาการ ๖) แต่หากฝ่ายลูกหนี้ต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้ไปแล้ว ลูกหนี้อาจพิสูจน์ได้โดยอาศัยวิธีต่าง ๆ ซึ่งผู้ต่อสู้คดีธรรมดานำมาใช้ได้ วิธีการดังนี้ แม้จะเป็นผลดีแก่ลูกหนี้ที่ถูกเจ้าหนี้กดโกงก็ดี แต่ในขณะเดียวกัน ได้เปิดโอกาสให้พวกลูกหนี้ที่มีเจตนาทุจริตบิดพลิ้ว ปฏิเสธหนี้ได้โดยง่าย จึงก่อให้เกิดการโต้เถียงกันโดยไม่มีที่สิ้นสุดระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้และระหว่างนายเงินกับทาส ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อความรู้สึกตามลำดับชั้นในทางอาวุโสของชุมชนเริ่มลดลง การโต้เถียงฟ้องร้องนี้เพิ่มพูนยิ่งขึ้น สมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงมีพระราชดำริว่า การที่เจ้าหนี้กับลูกหนี้และทาสมีข้อทุ่มเถียงเช่นนี้เนื่อง ๆ ก็เพราะความบกพร่องในกฎหมายเดิม เรื่องวิธีพิสูจน์จึงได้ออก

ประกาศ ๒ ฉบับ ลงวันที่ ๕ เมษายน พ.ศ. ๒๔๐๓ เพื่อแก้ไขความบกพร่องข้อนี้(๑)

๑๐๔. ประกาศ ๒ ฉบับนี้มีได้บัญญัติแต่เรื่องการพิสูจน์การชำระหนี้เท่านั้น ได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า ประกาศนี้ยังได้บังคับให้สัญญาบางชนิดต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ยังได้บัญญัติถึงวิธีทำเอกสารในศาลด้วย แต่วัตถุประสงค์อันใหญ่ยิ่งและหลักสำคัญที่นำมาใหม่ก็คือส่วนที่เกี่ยวกับการพิสูจน์ในการชำระหนี้

ตามประกาศนี้ ทายหรือลูกหนี้ที่อยากชำระค่าตัวหรือหนี้สินต้องขอให้เจ้าหนี้หรือนายเงินคืนกรมธรรม์ หรือออกไปเสร็จรับเงินให้ในเมื่อตนส่งมอบเงินให้ หากมิได้มีใบรับ ลูกหนี้หรือทายไม่มีสิทธินำพะยานบุคคลมาสืบหักล้างกรมธรรม์ซึ่งเจ้าหนี้หรือนายเงินนำมาแสดงได้อีกต่อไป บทบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่การชำระหนี้ทุกชนิดที่เกิดขึ้นโดยเอกสารสัญญา มิใช่จะเพาะแต่การชำระต้นเงินเท่านั้น แต่รวมตลอดถึงการชำระดอกเบี้ยและการชำระค่าเช่าบ้าน ค่าเช่านาด้วย

การนำพะยานบุคคลมาสืบหักล้างเอกสาร ทำได้แต่จะเพาะในสองกรณีต่อไปนี้

(๑) ลูกหนี้ต่อสู้ว่าเอกสารที่เจ้าหนี้นำมาแสดงนี้เป็นเอกสารปลอม ตนมิได้ลงนาม เช่นนี้ย่อมจะต้องอาศัยคำพะยานและผู้ชำนาญเพื่อแสดงความจริงได้ แต่การต่อสู้เช่นนี้ ลูกหนี้ต้องกล่าวอ้างตั้งแต่เริ่มแรกที่ฎีกฟ้องทีเดียว

(๒) ลูกหนี้ต่อสู้ว่าตนถูกเจ้าหนี้ข่มขู่ หรือเขียนตีจำจงบังคับให้ลงชื่อในกรมธรรม์โดยมิได้รับเงินตามจำนวนที่เขียนไว้ หรือให้ยอมรับใบรับที่มีจำนวนเงินน้อยกว่าเงินที่ได้ชำระเงินให้แล้ว ในกรณีนี้ลูกหนี้ต้องถวายฎีกา (หรือร้องต่อผู้สำเร็จราชการเมืองและกรมการในหัวเมือง) ภายในเวลา ๗ วัน นับแต่วันที่ถูกข่มขู่ ฎีกานี้จะได้รับการบัญชาให้ไต่สวนโดยด่วน และลูกหนี้อาจจะนำพะยานมาพิสูจน์เพื่อสนับสนุนข้อความในฎีกาได้ แต่ถ้าลูกหนี้อ่อนแอให้กำหนดเวลา ๗ วันผ่านพ้นไปแล้ว โดยมีได้ถวายฎีกา ลูกหนี้หมดสิทธิ

(๑) ประกาศลงวันพฤหัสบดีขึ้น ๑๕ ค่ำ เดือน ๕ ปีวอก ยังเป็นเอกสาร ดูข้อความในประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๕ ข้อ ๑๗๐ และ ๑๗๑ หน้า ๔๒-๔๓ กฎหมายแก้ไขใหม่เล่ม ๑ หน้า ๒๗๑-๒๗๒ ประกาศฉบับหนึ่งใช้บังคับในกรุงเทพฯ อีกฉบับหนึ่งใช้บังคับในหัวเมือง เนื้อความในประกาศทั้งสองเหมือนกัน ผิดแต่ประกาศฉบับที่ ๒ นี้ มีบทบัญญัติบางข้อเพิ่มเติมสำหรับใช้บังคับในหัวเมืองเท่านั้น

ที่จะโต้แย้งข้อความในเอกสารซึ่งตนได้ลงนามไว้แล้วนั้นเลย^(๑)

ประกาศ พ.ศ. ๒๔๐๓ นี้ คงใช้อยู่จนถึงเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๑ และ ๒ เป็นการแน่นอนว่าประกาศนี้ได้แสดงความก้าวหน้าอันแท้จริงในกฎหมายวิธีพิจารณา เพราะทำให้หลักที่ว่าพะยานเอกสารมีน้ำหนักดีกว่าพะยานบุคคลนั้นมีผลจริง ทั้งเป็นปัจจัยให้วิธีใช้เอกสารเป็นหลักฐานในการชำระหนี้ต่าง ๆ แพร่หลายโดยทั่วไปด้วย แต่กฎหมายนี้ค่อนข้างจะดำเนินเร็วไปหน่อย เพราะการที่ลูกหนี้หมดโอกาสนำพะยานบุคคลมาสู้บทหลังพะยานเอกสาร นอกจากกรณีที่มีใช้เอกสารแท้จริง และกรณีที่ถูกร่วมขู่เพียง ๒ กรณีนี้เท่านั้น อาจทำให้ศาลตกอยู่ในแบบพิธีเคร่งครัดอันเป็นอันตรายมากกว่าการปล่อยให้อยู่ในดุลยพินิจ ตั้งที่เป็นอยู่แต่ก่อน ในตอนต้น ศาลได้ถือตามประกาศนี้อย่างเคร่งครัด คือ ไม่อนุญาตให้ลูกหนี้นำพะยานบุคคลมาสู้ นอกจาก ๒ กรณีที่ระบุไว้ แต่ในต่อ ๆ มา เพื่ออำนวยความสะดวกธรรมชาติธรรม ศาลได้รับเอากรณีอื่นมาเป็นข้อยกเว้นอีก เช่น กรณีที่ไบบังเงินได้สูญหายไป เป็นต้น^(๒)

๒. การบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา

๑๐๕. ตามสภาพของสัญญานั้นเอง ความผูกพันอันเกิดจากสัญญาที่ได้กระทำขึ้นโดยถูกต้อง ย่อมให้สิทธิแก่ฝ่ายเจ้าหนี้ที่จะบังคับให้ฝ่ายลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๙๔) หากลูกหนี้มิเต็มใจที่จะชำระ เจ้าหนี้อาจจะใช้วิธีบังคับเพื่อให้ชำระหนี้ได้ วิธีการตามกฎหมายซึ่งเจ้าหนี้ใช้บังคับแก่ลูกหนี้เพื่อให้ชำระหนี้นี้ ผิดแผกกันสุดแต่กาลสมัยและขีดแห่งอารยธรรม ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายไทยในเรื่องนี้ก็คู่ไปกับความเปลี่ยนแปลงซึ่งปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์กฎหมายของนานาประเทศ

(๑) บทบัญญัติในประกาศลงวันที่ ๕ เมษายน พ.ศ. ๒๔๐๓ นี้มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติในกฎหมายโรมัน *Querela non numeratae pecuniae* ณ ที่นี้จะแสดงว่ากฎหมายไทยมาจากกฎหมายโรมันย่อมไม่ได้ การคล้ายคลึงกันนี้อธิบายได้ว่า เป็นเพราะวิธีการที่จะแก้ความยุ่งยากเมื่อเกิดมีปัญหาขึ้น ไม่ว่าในประเทศใด สมัยใดย่อมมีไม่มากนัก จึงไม่เป็นการแปลกประหลาดที่วิธีแก้มาคล้ายกันขึ้น

(๒) ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๖๘๗/๑๒๑ และ ๕๓๗/๑๒๓ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๒ หน้า ๒๓๖ และ เล่ม ๓ หน้า ๓๒๑

แต่แรกเริ่มเดิมที ความผูกพันระหว่างเอกชนเกิดขึ้นจากการละเมิดแต่อย่างเดียว ซึ่งได้แก่การชดใช้ค่าสินไหมให้แก่ผู้เสียหายหรือครอบครัว เพราะฉะนั้นผู้มีหน้าที่ซึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ก็เท่ากับทำลายข้อตกลงซึ่งงดการใช้สิทธิแก้แค้นไว้ชั่วคราว ผู้ถูกละเมิดและครอบครัวจึงกลับมีสิทธิตอบแทนความอาฆาตของตนต่อฝ่ายผู้ละเมิดและครอบครัวเช่นเดิม

เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถูกละเมิดกลับคำของตนได้ง่ายๆ และเพื่อระงับการวิวาทระหว่างครอบครัวอันเกิดจากการกลับคำเช่นนี้ ผู้ซึ่งมีสิทธิรับค่าสินไหมทดแทน เมื่อฝ่ายผู้ละเมิดไม่สามารถชำระให้ทันที จึงขอให้ผู้ละเมิดผู้หนึ่งมาเป็นประกัน หรือมอบของเป็นจำนำ เพื่อเป็นปัจจัยให้ผู้ละเมิดถือค้ำมั่นสัญญาของตน เราได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่าการประกันเหล่านี้มีตำแหน่งสำคัญยิ่งในการก่อให้เกิดความผูกพันทางสัญญา

น่าสันนิษฐานได้ว่า แต่เดิมสัญญาทำให้ผู้เป็นฝ่ายมีหน้าที่ต่อกันและกันโดยศีลธรรมหรือศาสนา ไม่มีการบังคับโดยตรง แต่ลูกหนี้ซึ่งปฏิเสธไม่ถือค้ำมั่นสัญญาของตน ในเมื่อผู้เป็นฝ่ายในสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายเขาแล้ว ถือว่าได้ทำการละเมิดจึงตกอยู่ในการถูกแก้แค้นของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือต้องชำระค่าสินไหมทดแทนตามที่กฎหมายหรือประเพณีกำหนดไว้ ในประเภทสัญญาที่มุ่งจะให้มียู่ชั่วคราวระยะเวลานาน เจ้าหนี้ก็ย่อมที่จะพึงอาศัยการค้ำประกัน หรือการจำนำ เช่น ในกรณีละเมิดเหมือนกัน เพื่อให้เป็นที่แน่ใจว่าตนจะได้รับชำระหนี้ตามกำหนดเวลา

การใช้การจำนำเป็นเครื่องประกอบสัญญาเนื่องๆ มาเช่นนี้ เป็นเหตุให้เกิดวิธีบังคับวิธีหนึ่ง ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายโบราณของหลายประเทศ กล่าวคือ เจ้าหนี้ซึ่งไม่มีจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ หากมิได้รับชำระตามกำหนดเวลา มีสิทธิยึดทรัพย์สิ่งหนึ่งของลูกหนี้มาโดยพลการ แลถือเอาทรัพย์สินนั้นเป็นจำนำดังนี้ เจ้าหนี้จึงได้รับประกันซึ่งตนมิได้มีอยู่แต่แรก ฝ่ายลูกหนี้ เพื่อไถ่คืนการจำนำจะต้องชำระหนี้ที่ตนค้างไว้ นั้น มิฉะนั้นทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ยึดเอาไปจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้ หรือถูกเจ้าหนี้ขายเสียเพื่อชำระหนี้จากราคาของทรัพย์สินนั้นสุดแต่กฎหมายประเทศหนึ่งๆ

๑๐๖. กฎหมายไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยา ไม่ยอมให้เจ้าหนี้ทำการแก้แค้นตอบแทนลูกหนี้ซึ่งมิได้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลา ทั้งไม่ยอมให้ยึดทรัพย์ของลูกหนี้มาโดยพลการด้วย

เจ้าหนี้ซึ่งไกรธลูกหนี้เพราะไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลา และด่าหรือตีลูกหนี้เข้า ย่อมมีความผิดต้องเสียสินไหมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าค่าสินไหมต่ำกว่าหนี้สิน ลูกหนี้ต้องชำระแต่ส่วนที่ขาดเท่านั้น ถ้าสินไหมสูงกว่าหนี้ เจ้าหนี้ต้องชำระส่วนที่ขาดให้แก่ลูกหนี้ (กัณฑ์ ๔๒) นอกจากนี้ เจ้าหนี้ไม่มีอำนาจจุดคร่าห์เอาตัวลูกหนี้มาจองจำโดย พละการ หากกระทำซึ่งย่อมมีผิดต้องเสียค่าสินไหมตามลักษณะความผิด (กัณฑ์ ๔๓) บทบัญญัติเหล่านี้คือความจริงไม่จำเป็นต้องตราขึ้นเพราะมีอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ที่ได้ตราขึ้นใหม่ น่าจะเป็นเพราะยังมีเจ้าหนี้ถือตามความคิดเห็นเดิมว่า การปฏิเสธไม่ ชำระหนี้เป็นละเมิด ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิแก่กันได้ เพื่อระงับการปฏิบัติให้หมดสิ้น จึง ต้องบัญญัติให้ชัดแจ้ง เราได้กล่าวในตอนต้นของคำสอนนี้แล้วว่า หากลูกหนี้ด่าหรือตี เจ้าหนี้ซึ่งมาทวงถามให้ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีอำนาจด่าตีตอบแทนได้โดยไม่มีโทษ (กัณฑ์ ๔๑) ฉะนั้นการที่ลูกหนี้ด่าตีเจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้มีอำนาจด่าตีตอบแทนได้ตามกฎหมาย แต่การ ที่เจ้าหนี้ด่าตีลูกหนี้ซึ่งก่อนนั้น หากทำให้ลูกหนี้มีอำนาจตอบแทนได้ไม่ ความไม่เสมอภาค เช่นนี้เป็นร่องรอยเหลือมาจากประเพณีเดิม ที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะแก่แก่นลูกหนี้ผู้ไม่ถือ ตามสัญญาได้

๑๐๗. อนึ่ง เจ้าหนี้ไม่มีอำนาจยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาโดยพละการ เพื่อใช้เป็น ประกันในการชำระหนี้ ถ้าเจ้าหนี้ยังคงขึ้นข้อแย้งเอามา เจ้าหนี้จะถูกลดหนี้ลงครึ่งหนึ่ง หากหนี้สินนั้นมีดอกเบี่ย ซึ่งมีจำนวนต่ำกว่าต้นเงิน หนี้สินนั้นจะลดลงครึ่งหนึ่งของต้น เงินและดอกเบี่ยรวมกัน (กัณฑ์ ๓๙) แต่ควรสังเกตว่าเจ้าหนี้ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ ทั้งไม่มีหน้าที่ต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยึดมานั้น เว้นแต่ราคาทรัพย์สินนั้นจะเกินจำนวนหนี้สิน ที่เป็นเจ้าหนี้อยู่ ถ้าเกิน เจ้าหนี้ต้องส่งคืนให้เหลือเพียงเท่ากับจำนวนหนี้ครึ่งหนึ่งนั้น แต่หากราคาทรัพย์สินที่ยึดนั้นต่ำกว่าจำนวนหนี้สิน เจ้าหนี้ต้องพอใจเพียงเท่านั้น เช่นเดียวกัน หากทรัพย์สินที่ยึดมาสูญหายไป ในขณะที่เจ้าหนี้ยึดถือ หรือไปยึดเอาทรัพย์สินที่มีใช้ของ ลูกหนี้มาและถูกเจ้าของทรัพย์สินแท้จริงฟ้องเอาคืน ตนก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย เอากับลูกหนี้แต่อย่างไรได้ (กัณฑ์ ๓๙ ตอนท้าย) ทั้งนี้เท่ากับว่า เจ้าหนี้โดยการยึดถือ เอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาโดยพละการ หมดสิทธิที่จะใช้อำนาจได้อีก และทั้งไม่อาจฟ้อง ร้องลูกหนี้ได้ต่อไป แม้จะมีหนี้สินที่ยังค้างชำระอยู่ก็ตาม

กล่าวโดยสรุป กฎหมายลงโทษอย่างเบาที่สุดต่อบรรดาเจ้าหนี้ที่บังอาจยึดเอาทรัพย์สิน ของลูกหนี้มาเพื่อเป็นการชำระหนี้เสียเอง ผิดกับการทำโดยพละการในกรณีอื่นที่กฎ หมายกำหนดโทษอย่างร้ายแรง จริงอยู่เจ้าหนี้ถูกลงโทษโดยต้องสูญหนี้ไปกึ่งหนึ่ง แต่

ก็ไม่ได้รับอาญาอย่างอื่นอีก เพราะไม่ถือกันว่าเจ้าหนี้เป็นผู้ร้ายลักทรัพย์ ยิ่งกว่านั้นการยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ยังมีได้เสียผลทั้งหมดอีกด้วย เพราะเจ้าหนี้มีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่ยึดมาขึ้นเพื่อชำระหนี้ได้ จึงไม่เป็นที่น่าสงสัยว่า บทบัญญัตินี้ตราขึ้นต่อเนื่องมาจากสมัยที่ฝ่ายเจ้าหนี้ยังมีอำนาจมาก จนมีสิทธิยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาโดยไม่มี ความผิดเพื่อบังคับลูกหนี้ในทางอ้อมให้ชำระหนี้ หรือเพื่อเอาทรัพย์สินที่ยึดมานั้นไว้แทนการชำระหนี้ทีเดียว การปฏิบัติเช่นนี้คงจะแพร่หลายและมั่นคงมาก เพราะจนกระทั่งตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา แม้อำนาจของรัฐจะได้เพิ่มขึ้นก็ตาม ก็ยังไม่อาจห้ามปรามการกระทำเช่นนี้ได้โดยสิ้นเชิง

นอกจากนั้น ยังเหลืออีกกรณีหนึ่งว่าการยึดโดยผลของการนี้ยังคงเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่หนี้สินมีจำนวนเล็กน้อย (แสนเบี้ยเป็นอย่างสูง) และเป็นหนี้ อันเนื่องมาจากการกู้ยืมหรือซื้อข้าวหรือเหล้า ในกรณีนี้ กฎหมายยอมให้เจ้าหนี้ยึดเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เพื่อชำระหนี้ได้ โดยไม่ผูกมัดจำนวนหนี้สินดังประเพณีเดิม (กัณฑ์ ๔๔)^(๑)

มีแต่กรณีเดียวที่กฎหมายวางโทษอันแท้จริงแก่การกระทำของเจ้าหนี้ที่ขี้โอ่งแย่งทรัพย์สินของลูกหนี้ ได้แก่กรณีที่เจ้าหนี้ยึดเอาสิ่งของที่ลูกหนี้ได้รับพระราชทาน หรือได้รับมาจากมูลนาย เจ้าหนี้ต้องส่งทรัพย์สินที่ยึดไปคืนให้แก่ลูกหนี้ และยังคงมีความผิดฐานละเมิด คือถูกปรับตามตักดินาเป็นพินัยหลวง (กัณฑ์ ๔๐) แต่ควรสังเกตว่า แม้ในกรณีนี้ ก็ยังไม่ถือว่าเจ้าหนี้เป็นผู้ร้ายลักทรัพย์หรือละเมิดต่อตัวลูกหนี้เอง การที่มีโทษปรับก็เพราะเจ้าหนี้ละเมิดพระราชอาญา หรือตักดินาโดยบังอาจเอาทรัพย์สินซึ่งพระราชทานมา หรือซึ่งมูลนายได้ให้ไว้แก่ลูกหนี้นั้น นอกจากนั้น ในกรณีนี้เจ้าหนี้ยังคงสงวนสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกให้ชำระหนี้สินได้อยู่

๑๐๘. แม้กฎหมายเก่าจะมีได้ห้ามการยึดทรัพย์สินโดยผลของการอย่างเด็ดขาด แต่ก็คงเป็นความจริงที่ว่ากฎหมายเก่ามิได้ถือเอาการยึดชนิดนี้เป็นวิธีการสามัญ เพื่อบังคับการชำระหนี้ เพราะว่าเจ้าหนี้ซึ่งบังอาจกระทำเช่นนี้ได้ชื่อว่า ทนศักดิ์ และมีโทษต้องสูญเสียซึ่งหนี้สินลงกึ่งหนึ่ง (นอกจากกรณีที่กล่าวไว้ในกัณฑ์ ๔๔) วิธีการตามปกติซึ่งทำให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิของตนได้เต็มที่ ได้แก่การฟ้องร้องลูกหนี้ยังโรงศาล

(๑) บทบัญญัตินี้ต้องเทียบกับตราการ ๑๕ ซึ่งยอมให้ผู้เสียหายเรียกเบี้ยปรับที่มีจำนวนต่ำกว่าแสนเบี้ยลงมา จากผู้ถูกปรับได้โดยตรง มิต้องฟ้องร้องต่อศาลก่อน

ถ้าลูกหนี้ผู้ถูกฟ้องร้องมิได้ปฏิเสธหนี้ แต่ตกอยู่ในฐานะอันมิสามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้อย่อมไม่ต้องรับโทษแต่อย่างใด เพียงถูกตัดสินให้ชำระหนี้ที่ตนมีหน้าที่ต้องชำระเท่านั้น (กู่หนี่ ๕๓ และ ๕๖) แต่ถ้าลูกหนี้หาหนทางฉ้อเจ้าหนี้ โดยปฏิเสธว่าไม่มีสัญญาต่อกันก็ดี หรือโดยต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้แล้วก็ดี หากการกล่าวอ้างนี้ไม่ได้รับความเป็นสัตย์ ลูกหนี้มีความผิดฐานประบัตินินท้าน ตามกฎข้อบังคับที่กล่าวมาข้างต้น และถูกปรับให้เสียค่าสินไหมสองเท่าจำนวนหนี้สินเดิม เงินค่าปรับนี้เจ้าหนี้จะได้รับใช้หนี้สินเสียก่อน ที่เหลือแบ่งเป็นสินไหมถึง พินัยกึ่ง (กู่หนี่ ๕๓, ๕๕ และ ๖๕ ทาษ ๔๗, ๔๘) ทั้งนี้เจ้าหนี้จึงได้รับชำระหนี้เพิ่มขึ้นอีกครั้งหนึ่ง แม้ลูกหนี้จะกลับคำยอมรับสารภาพในระหว่างพิจารณาก็ตาม ต้องถูกปรับเช่นเดียวกัน เว้นแต่จะรับเมื่อเริ่มพิจารณาคดี (กู่หนี่ ๕๖) ถ้าได้ความว่าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ไปแล้วบ้างบางส่วน เบี้ยปรับคงเป็นทวีคูณเฉพาะในส่วนที่ค้างชำระอยู่ (กู่หนี่ ๕๗)

ตรงกันข้าม ผู้ใดฟ้องร้องเรียกให้ผู้อื่นชำระหนี้โดยมิชอบ โดยผู้นั้นมิได้มีสัญญาเกี่ยวข้องกับอยู่ด้วย หรือผู้นั้นได้ชำระแล้วโดยสิ้นเชิงหรือบางส่วน ย่อมมีความผิดฐานหนักได้ และถูกปรับให้เสียค่าสินไหมเท่ากับจำนวนที่ตนเรียกร้องโดยมิได้มีสิทธิ เว้นแต่ผู้ฟ้องร้องจะรู้สำนึกและขอมาต่อบุคคลซึ่งตนได้ฟ้องร้องโดยมิชอบนั้น (กู่หนี่ ๕๕, ๕๘ และ ๖๕ ทาษ ๔๗ และ ๔๘) สินไหมนี้ให้แก่ผู้ที่ถูกกล่าวหาโดยมิชอบ หรือหักออกจากจำนวนเงินที่คงค้างชำระอยู่ หากผู้ซึ่งอ้างตนเป็นเจ้าหนี้โดยไม่มีสิทธินี้ เข้ายึดเอาทรัพย์สินโดยพลการหรือด่าตีผู้ถูกกล่าวหา ให้ปรับใหม่เป็นทวีคูณ (กู่หนี่ ๖๕)

๑๐๙. รวมความว่า เมื่อลูกหนี้ถูกฟ้องร้องปฏิเสธหนี้สินนั้น ผลจะมีว่า ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องถูกบังคับให้เสียค่าปรับ ไม่ต้องประมาณค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ฝ่ายชนะจะพึงได้รับ เงินปรับนั้นเองเป็นค่าสินไหมทดแทน แต่ในขณะเดียวกันนั้น คงมีลักษณะเป็นอาชญาชนิดหนึ่งที่มีมุ่งจะลงโทษต่อผู้แพ้ รูปคดีจึงเข้าในลักษณะละเมิดซึ่งอาจเกิดขึ้นได้โดยมิต้องมีสัญญาในระหว่างคู่ความ ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในคำสอนตอนว่าด้วยลักษณะละเมิด^(๑) การละเมิดฐานประบัตินินท้านหรือมักได้ย่อมมีขึ้นทุกครั้งที่ฝ่ายหนึ่งอ้างว่า อีกฝ่ายหนึ่งยึดเอาทรัพย์สินที่มีไซ้ของตนไว้โดยมิชอบ และก็ได้เห็นมาแล้วว่าสัญญาทั้งหลายมีรากฐานเป็นทรัพย์สินสิทธิ ฉะนั้นคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทุกเรื่องจึงตกอยู่ในหลักทั่วไปที่มีได้เกี่ยวข้องกับสัญญาโดยจะเฉพาะ ซึ่งบัญญัติอยู่ในบทที่ ๕๕ แห่ง

(๑) คำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ (ฉบับ "ละเมิด", เลขที่ ๕๗-๕๘)

พระอัยการภูหนั้น ดังนี้ “ทรัพย์สินท่านอยู่แก่ตน ท่านเรียกหามาพิจารณาไว้ว่าทรัพย์สินได้ อยู่แก่ตน เมื่อพิจารณาเป็นสัจว่า ทรัพย์สินของท่านอยู่จริง ควรให้ไหมเอาแก่ผู้นั้นเป็น ทั่วคุณ ถ้าทรัพย์สินได้มีอยู่แก่ท่าน ว่าทรัพย์สินอยู่แก่ท่าน เมื่อพิจารณาเป็นสัจว่า ทรัพย์สินได้ อยู่แก่ท่านจริง มักได้ท่านฉนใดให้ท่านได้ตนดูฉนนั้นบ้าง ควรให้ไหมเอาเท่าทรัพย์สินซึ่งว่า อยู่แก่ท่านนั้น”

๑๐๐. สมมติว่าเจ้าหนั้นได้มีคำพิพากษาให้เป็นฝ่ายชนะลูกหนั้น เจ้าหนั้นจะบังคับ ลูกหนั้นอย่างไร หากลูกหนั้นยังไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา

วิธีดำเนินการบังคับนี้มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการภูหนั้นบทที่ ๕๐ และพระอัยการ ลักษณะตระลาการบทที่ ๕๔ ซึ่งมีข้อความคล้ายกัน ชั้นแรกตระลาการพ่อนผันให้ลูกหนั้น ๓ ระยะเวลาต่อเนื่องกัน คือ ๓ วัน ๕ วัน และ ๗ วัน รวมเวลา ๑๕ วัน เพื่อให้โอกาส แก่ลูกหนั้นรวบรวมทรัพย์สินที่จะนำมาชำระหนี้ เมื่อระยะเวลาดังกล่าวมานี้ได้ผ่านพ้นไป แล้วโดยเจ้าหนั้นยังมีได้รับชำระ ลูกหนั้นจะถูกจองจำและนำมาตากแดดเป็นเวลา ๓ วัน ในที่เปิดเผยต่อประชาชน หากหนี้สินยังคงมิได้ชำระอีก ลูกหนั้นจะถูกใส่ข้อคา และ นำไปแช่น้ำสูงเพียงอกเป็นเวลา ๓ วัน ตลอดเวลาตั้งแต่พระอาทิตย์ขึ้นจนกระทั่งพระ อาทิตย์ตก ในสถานที่เปิดเผยเช่นเดียวกัน^(๑) วิธีการและระยะเวลาเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ ในอันที่จะขึ้นใจลูกหนั้นให้บอกทรัพย์สินของตนทั้งหมด หรือให้หาบุคคลหนึ่งใดมาชำระ หนี้สินแทน หรือมายอมรับผิดชอบต่อเจ้าหนั้น แต่ถ้าลูกหนั้นเป็นแต่ใช้อุบายหลีกเลี่ยงการ ชำระ จะถูกจองจำและนำไปประจานไว้ ณ ทางสาธารณะ

หากวิธีการบังคับลูกหนั้นดังกล่าวมานี้มิได้เป็นผลแต่อย่างใด จึงจะเริ่มวิธีดำเนินการ บังคับจริงจึง ตระลาการจะสอบสวนดูว่าลูกหนั้นมีกองทรัพย์สินอยู่ที่ใดหรือไม่ กอง ทรัพย์สินนี้มีได้ประกอบแต่ที่ดิน บ้านเรือน สัตว์พาหนะ ทายและสิ่งของของลูกหนั้น เท่านั้น แต่รวมถึงสมาชิกแห่งครอบครัวซึ่งอยู่ร่วมกันกับลูกหนั้น คือภรรยา บุตร และบุคคล อื่นที่อยู่ภายใต้อำนาจลูกหนั้น ตระลาการจะประมาณราคาทรัพย์สินเหล่านี้ และส่งมอบ ให้แก่เจ้าหนั้นไปเท่ากับจำนวนหนี้สิน หากลูกหนั้นมิได้มีทรัพย์สินแต่อย่างใด หรือหากกอง

(๑) ตระลาการ ๕๔ นำเอาระยะเวลา ๓ วันอีกระยะหนึ่งมาบัญญัติไว้ระหว่างระยะเวลา ๓ วันที่บัญญัติอยู่ในภูหนั้น ๕๐ ในระยะเวลา ๓ วันนี้ ลูกหนั้นถูกใส่ข้อไว้ “ในที่ฐานซึ่งถลคนจระให้มี อันบัง” นำสนันษฐานว่า บทบัญญัตินี้ใช้บังคับเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการชำระค่าสินไหมและพินัย ส่วนภูหนั้น ๕๐ ใช้บังคับในเรื่องการกู้

ทรัพย์สินไม่เพียงพอกับจำนวนหนี้สิน ตัวลูกหนี้จะถูกขายทอดตลาด เพื่อเอาเงินจากการขายนั้นชำระแก่เจ้าหนี้ ไปจนเท่าจำนวนหนี้สินนั้น

๑๑๑. ทั้งวิธีดำเนินการบังคับจึงแยกออกได้เป็นสองตอน ครั้งแรกต้องบังคับชำระหนี้เอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน หากไม่มีทรัพย์สินหรือมีไม่เพียงพอจึงดำเนินขั้นที่สอง คือ บังคับเอาจากตัวลูกหนี้เอง แต่ในการดำเนินวิธีนี้ดูเหมือนจะต้องฟังเสียงถึงประเภทของหนี้ด้วย พระอัยการกฤษฎีกาที่ ๕๐ บทเดียวกล่าวถึงการบังคับเอาแก่ตัวบุคคล โดยบทนี้ใช้บังคับในกรณีที่หนี้สินมาจากสัญญาคู่และเจ้าหนี้มีสารกรมธรรม์ ส่วนพระอัยการลักษณะตระลาการบทที่ ๕๔ ใช้บังคับในกรณีที่เรียกร้องให้ชำระสินไหมและพินัย ตามบทนี้ผู้ชนะคดีบังคับเอาได้ต่อทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติว่าจะเอาตัวบุคคลผู้ที่ไม่เสียเงินค่าปรับไปขายได้ พระอัยการลักษณะตระลาการบทที่ ๕๘ ซึ่งใช้บังคับแก่การเรียกร้องค่าปรับเหมือนกัน พรรณาไว้โดยย่อถึงวิธีการบังคับทำนองเดียวกับบทที่ ๕๔ ก็มีได้กล่าวถึงการบังคับเอาจากตัวผู้แพ้คดีเอง แต่กลับบัญญัติว่า หากผู้แพ้ไม่ชำระค่าปรับ ต้องถูกเขียนด้วยหนังสือหรือหวายในอัตรา ๓ หรือ ๕ ที่ต่อแสนเบี้ย แล้วส่งตัวคืนแก่นายเงินหรือมูลนาย สุดแต่ผู้แพ้นั้นจะเป็นทาสหรือไพร่ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เห็นว่าเจ้าหนี้โดยกรมธรรม์ กล่าวคือผู้ให้กู้หรือนายเงินในการขายฝากทาสแต่ผู้เดียว มีสิทธิใช้วิธีดำเนินการบังคับเหนือเหนือตัวผู้เป็นลูกหนี้ ส่วนบรรดาเจ้าหนี้อื่นๆ ซึ่งหนี้สินมีที่มาจาก การละเมิดโดยตรงก็ดี หรือจากสัญญาที่มีได้ตกอยู่ในบังคับต้องทำเป็นกรมธรรม์ก็ดี มีอำนาจใช้วิธีดำเนินการบังคับได้แต่เหนือกองทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นจะพาหนี้สินประเภทมีกรมธรรม์เท่านั้น สามารถทำให้ลูกหนี้ตกเป็นทาสได้ หนี้สินประเภทอื่นๆ แม้ว่าลูกหนี้ขาดซึ่งกองทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ก็ได้แต่เพียงลงอาญาในทางร่างกาย ไม่กระทบกระเทือนถึงสถานะทางชุมชนแต่อย่างใด ในตอนต้นของคำสอนนี้ได้อธิบายมาแล้วถึงเหตุที่มีข้อแตกต่างกันเช่นนี้ กล่าวคือความผิดแพ่งอันเป็นมูลแห่งประเภทของสัญญา ซึ่งแต่เดิมได้แยกความผูกพันอันเกิดจากการกู้หรือการเอาตัวลงเป็นทาส ออกจากความผูกพันซึ่งต้องส่งคืนทรัพย์สินอันเป็นองค์สำคัญของสัญญาอื่นๆ ภายหลังต่อมา โดยเหตุที่ใช้เอกสารสัญญาเจริญขึ้น จึงได้ขยายข้อความในพระอัยการกฤษฎีกา บทที่ ๕๐ ไปใช้บังคับแก่บรรดาสัญญาอื่นๆ นอกไปกว่าที่ระบุไว้ในบทบัญญัตินั้น โดยถือเอาคำว่ากรมธรรม์ในความหมายอย่างกว้างรวมถึงเอกสารอื่นๆ ด้วย ทั้งนี้เป็นที่แน่นอนในรัชกาลที่ ๔ แห่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ แต่ไม่สู้จะแน่นักในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่กฎหมายยังได้แยกสัญญาออกเป็น ๒ ประเภทอย่างชัดเจน

๑๑๒. บัดนี้จะกลับมาบรรยายถึงวิธีบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เราได้กล่าวแล้วถึงกรณีเจ้าหนี้ผู้เดียวขอให้ดำเนินการบังคับตั้งแต่ต้นจนถึงที่สุด สมมติว่า ในระหว่างการบังคับนี้มีเจ้าหนี้อื่น ๆ แสดงตนขึ้น และนำเอากรรมธรรม์ไปแสดงต่อตระลาการก่อนที่ลูกหนี้ได้ถูกขายเสีย ในกรณีเช่นนั้น เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินของลูกหนี้และตัวลูกหนี้เองจะนำมาเฉลี่ยระหว่างเจ้าหนี้ตามจำนวนแห่งหนี้สิน แต่เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์มีสิทธิได้ส่วนเป็นสองเท่าของบรรดาเจ้าหนี้อื่น (ฎีกา ๕๐ และ ๕๒) ส่วนเจ้าหนี้ซึ่งมิได้มีสารกรรมธรรม์ กฎหมายห้ามอย่าให้มีส่วนในการแบ่งเลย นี่ก็แสดงให้เห็นเป็นอย่างดีอีกครั้งหนึ่งว่า การบังคับเอาแก่ตัวลูกหนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีกรรมธรรม์โดยจะเพาะ

หากลูกหนี้ผู้ไม่สามารถชำระหนี้เป็นไพร่หลวง ต้องนำราคาค่าตัวที่ขายได้กึ่งหนึ่งส่งทูลพระคลัง เพื่อชดใช้การงานของหลวงซึ่งสูญเสียไพร่ไปคนหนึ่ง และอีกกึ่งหนึ่งนั้นนำมาแบ่งปันกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ (ฎีกา ๕๒)

การขายลูกหนี้โดยคำสั่งศาล ทำให้บรรดาหนี้สินระงับลงโดยสิ้นเชิงและเด็ดขาด แม้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้แล้วแต่บางส่วน หรือมิได้รับชำระเลย โดยมาแสดงไม่ทัน (ฎีกา ๕๐) ลูกหนี้ซึ่งถูกขายมาโดยคำสั่งของศาลนี้ ตกเป็นสิทธิแก่ผู้ซื้อโดยปลอดภาระหนี้สินทั้งปวง “เสมอช่วยแต่ทวงสำเนา” คือเปรียบเหมือนทาสซึ่งเพิ่งถูกนำมาจากต่างประเทศ และเพราะเหตุนี้เองจึงไม่มีผู้ใดอาจมาพิพาทได้ว่าเป็นลูกหนี้ หรือเป็นคนของตนแต่อย่างใด (ทาส ๕๒—ตระลาการ ๑๑๖) ลูกหนี้ซึ่งถูกขายเป็นทาสไม่อาจไถ่กลับคืนได้และไม่มีค่าตัว เพราะตกอยู่แก่ผู้ซื้อโดยเด็ดขาด ทาสชนิดนี้ไม่นับว่าอยู่ในวงชนกลายเป็นเหมือนสิ่งของซึ่งอยู่รวมในกองทรัพย์สินของผู้ซื้อเท่านั้น

๑๑๓. ลูกหนี้อาจให้พ้นจากวิธีการอันเสื่อมเสียชื่อเสียงดังที่ได้บรรยายมานี้ได้โดยยินยอมลงเป็นทาสของเจ้าหนี้เสียโดยดี หรือสาละพาบุคคลผู้มีความกรุณาให้ยอมรับชำระหนี้แทน และรับตัวลูกหนี้ผู้นั้นไว้เป็นทาส บรรดาเจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้ทั้งสิ้นหรือตกลงประนอมหนี้เป็นเอกฉันท์ (ฎีกา ๕๑) ในกรณีนี้ ดูเหมือนจะได้ทำกรรมธรรม์ฉบับใหม่มีค่าเท่ากับจำนวนเงินที่นายผู้ใหม่ชำระแทน และลูกหนี้ตกเป็นทาสเช่นเดียวกัน แต่ทาสชนิดนี้ต่างกับทาสซึ่งถูกขายโดยคำสั่งศาล เพราะยังคงสงวนสิทธิไถ่ค่าตัวคืนจากนายเงินได้ ตามจำนวนซึ่งผู้นั้นได้ชำระหนี้ทดแทนไป ในกรณีนี้จึงได้มีกรรมธรรม์ทาสแทนกรรมธรรม์กู้ สถานะของลูกหนี้ยังไม่เป็นที่แน่นอน เพราะนายเงินใหม่ย่อมมีสิทธิบังคับให้ชำระเงินให้ได้ และวิธีการดำเนินการบังคับนี้ก็จะเป็นไปตามวิธีบังคับธรรมดา

คือใส่ข้อคา ตากแดด แชน้ำ เช่นเดียวกับลูกหนี้โดยทั่วไป และเมื่อไม่สามารถชำระค่าตัวได้ก็ตกเป็นทาสของเจ้านั้นเด็ดขาดเหมือนกัน (ตราการ ๑๖)

วิธีบังคับตามที่ได้บรรยายมานี้ทารุณต่อลูกหนี้ผู้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้ถูกลงโทษเหมือนโจรผู้ร้าย ต้องรับการทรมานที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง และในที่สุดต้องตกเป็นทาสไปตลอดชีวิต ความทารุณซึ่งกฎหมายเก่าของไทยแสดงต่อลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้เช่นนี้ มีปรากฏในกฎหมายโบราณของนานาประเทศด้วย เพราะในสมัยโบราณถือกันว่า ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในการที่กองทรัพย์สินของตนสูญสิ้นไป และในการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งสัญญาได้ แต่ในเวลาต่อมา ความคิดเห็นตามหลักมนุษยธรรมได้ค่อยๆ แพร่หลายมีอิทธิพลมากขึ้นทุกที ได้มีความรู้สึกว่า บรรดาลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ใช้จะมีเจตนาทุจริตทุกคนก็หาไม่ หลายคนมีแต่โชคร้ายหรือถูกผู้ทุจริตเอา จึงควรได้รับความกรุณา เมื่อการค้าขายเจริญยิ่งขึ้น พวกพ่อค้าย่อมต้องผจญภัยต่างๆ ลูกหนี้ซึ่งไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยมีได้เป็นความผิดของตนจึงมีปรากฏมากขึ้นอีก หากแสดงความซึ้งมรดต่อผู้ได้รับเคราะห์ ซึ่งโชคมิได้อำนวยเหล่านี้ น่ากลัวว่าจะเป็นการเข้าขัดขวางความเจริญของการค้า ซึ่งเป็นบ่อเกิดสำคัญแห่งความมั่งคั่งของประเทศ เพราะการค้าจะเจริญขึ้นได้ก็โดยอาศัยชีวิตจิตใจของผู้ดำเนินการประกอบการ ฉะนั้น ในทุกประเทศจึงได้หาทางที่จะผ่อนให้วิธีบังคับเหล่านี้

๑๑๔. ในประเทศสยาม การเปลี่ยนแปลงนี้เป็นไปอย่างค่อนข้างช้า เพราะการค้าของเอกชนได้มีลักษณะต่ำต้อยอยู่เป็นเวลาช้านาน ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ โดยจะเพาะนับแต่สมัยรัชกาลที่ ๔ เป็นต้นมา ความก้าวหน้าแห่งประเพณีได้ช่วยให้วิธีการบังคับแผนเก่าผ่อนเบาลง วิธีการทรมานต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในพระอัยการกัญหีบที่ ๕๐ ก็ถูกยกเลิกมิใช่บังคับ บรรดาศาลต่างๆ ก็เพียงพิพากษาให้จำคุกลูกหนี้ซึ่งไม่สามารถชำระหนี้สินได้ เพื่อที่จะให้หลุดพ้นจากการจำขัง ลูกหนี้ขายตนต่อญาติพี่น้องหรือผู้มีใจกรุณา และนำเงินมาชำระหนี้ โดยมากบรรดาเจ้าหนี้ก็มักจะยินยอมลดจำนวนหนี้สินลงเพื่อช่วยให้ลูกหนี้พ้นจากหนี้ได้ง่ายขึ้น แต่ถ้ามิได้มีผู้หนึ่งผู้ใดมาช่วยเหลือนักหนี้ ลูกหนี้คงต้องจำขังอยู่เรื่อยไป ดังนี้ ลูกหนี้จึงถูกลงโทษรุนแรงกว่าแต่ก่อนอีก ในต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ยังได้มีตัวอย่างปรากฏว่า มีลูกหนี้บางคนต้องตายในเรือนจำ เนื่องจากเหตุที่ไม่สามารถหาเงินมาชำระหนี้สินได้ ความทารุณไม่ทันสมัยของกฎหมายไทยต่อลูกหนี้ที่ยากไร้นี้เห็นได้ประจักษ์ยิ่งขึ้น เมื่อสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับประเทศยุโรป

เริ่มมีผลขึ้น พวกพาดิชัยคนต่างตัว ซึ่งมาตั้งภูมิลำเนาในประเทศสยาม เพื่อดำเนินการค้า อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายสัญชาติตน ซึ่งเลิกการเป็นทาสโดยหนี้สินหรือวิธีบังคับทางร่างกายมาแล้ว หากคนต่างตัวนี้ไม่ชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ก็แต่บังคับเอาจากทรัพย์สินเท่านั้น ความไม่เสมอภาคในการถูกบังคับระหว่างคนต่างตัวกับคนพื้นเมืองนี้ ย่อมเป็นสิ่งที่ทนทานไม่ได้ จึงจำต้องจัดให้มีวิธีบังคับซึ่งสวมรอยกับความก้าวหน้าของประเพณีและสภาวะทางเศรษฐกิจใหม่ของประเทศ(๑)

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกัณฑ์ ลงวันที่ ๖ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๐ (พ.ศ. ๒๔๓๔)^(๒) ได้ยกเลิกพระอัยการกัณฑ์บทที่ ๕๐ ถึง ๕๒ และนำเอาวิธีการล้มละลายมาใช้ในประเทศสยาม ตั้งแต่นั้นมาลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้เอาเงินคำร้องต่อศาลขอล้มละลาย และให้ตั้งเจ้าพนักงานเพื่อเก็บรวบรวมทรัพย์สิน และทำบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน โดยอาศัยรายงานของเจ้าพนักงานผู้นี้ ศาลจะได้แบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของผู้ล้มละลายให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ตามส่วนหนี้สินผู้นั้น ถ้าลูกหนี้มิได้มีเจตนาฉ้อเจ้าหนี้ โดยมิได้ปิดบังอำพรางทรัพย์สินบางส่วนไว้ ลูกหนี้จะหลุดพ้นการถูกฟ้องร้องชั่วคราว และมีโอกาสเข้าสู่สภาพเดิมได้ สารสำคัญที่บัญญัติขึ้นใหม่ในพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ นี้ได้แก่การกำหนดขอบเขตการบังคับจากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยจะเพาะ และยกเลิกวิธีบังคับจากเนื้อตัวลูกหนี้ รวมทั้งวิธีทรมานลูกหนี้ด้วย มาตรา ๔ บัญญัติห้ามมิให้จำขังลูกหนี้ในขณะที่ดำเนินการพิจารณาการล้มละลาย นอกจากจะมีเหตุทำให้ศาลสงสัยว่าลูกหนี้พยายามหลบหนีหรือยักยอกถ่ายเททรัพย์สิน โดยพระราชบัญญัตินี้เองที่ประเทศสยามได้เริ่มยกเลิกการเอาตัวลูกหนี้ลงเป็นทาส และการบังคับเอาจากเนื้อตัวผู้แพ้ในคดีแพ่ง

๑๑๕. พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ นี้บัญญัติขึ้นใช้ชั่วคราว อันมุ่งที่จะบังคับโดยด่วนเท่านั้น บทบัญญัติเพียง ๖ มาตราเท่านั้นไม่เพียงพอที่จะแก้ปัญหาต่างๆ ซึ่งมักจะเกิดขึ้นเนื่องจากวิธีดำเนินการบังคับตามหลักใหม่นี้ อีกประการหนึ่ง กฎหมายบัญญัติจะเพาะกรณีที่ตัวลูกหนี้เองขอร้องให้ศาลสั่งล้มละลาย ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีธรรมดา ซึ่งเจ้าหนี้ขอให้บังคับลูกหนี้ตามคำพิพากษา

(๑) ข้อความเหล่านี้พรรณนาอยู่โดยพิสดารในธรรมศาสตร์วินิจัยปีที่ ร.ศ. ๑๑๑ เล่ม ๑ หน้า ๓๓-๓๕ ซึ่งผู้แต่งกล่าวไว้โดยมีเหตุผลถึงความสำคัญของพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(๒) กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม เล่ม ๑ หน้า ๒๘๔-๒๘๗ กฎหมายไกรสี เล่ม ๔ หน้า ๑๒๘๗-

พระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๑๕ หมวด ๑๖ (วันที่ ๒๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๓๙) ได้แก้ความบกพร่องข้อนี้โดยกำหนดข้อบัญญัติสำหรับวิธีดำเนินการบังคับตามคำพิพากษา กล่าวคือ สำหรับการยึดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้^(๑) ข้อบัญญัติเหล่านี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยในเมื่อได้นำมารวมไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๒๗ (วันที่ ๑ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๕๑) ซึ่งคงใช้บังคับอยู่จนถึงการประกาศใช้ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง

วิธีพิจารณาล้มละลายตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ ได้จัดให้เป็นระเบียบดีขึ้น โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. ๑๒๗ (วันที่ ๑ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๕๑) และพระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย ร.ศ. ๑๓๐ ซึ่งใช้บังคับแต่วันที่ ๓๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๕๔ และยังคงใช้อยู่ทุกวันนี้ การศึกษากฎหมาย ๒ ฉบับนี้อยู่นอกวัตถุประสงค์ของคำสอนนี้ ควรยกเฉพาะข้อสังเกต ๓ ข้อดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นประโยชน์ที่จะบันทึกไว้ในประวัติศาสตร์กฎหมาย

๑) พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ ได้บัญญัติการล้มละลายเพื่อเป็นผลดีทางฝ่ายลูกหนี้ โดยจะเพาะ ลูกหนี้แต่ฝ่ายเดียวมีสิทธิขอให้ศาลสั่งล้มละลายได้ พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. ๑๒๗ ได้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะร้องขอต่อศาลให้สั่งลูกหนี้เป็นคนล้มละลาย แต่ก็คงไม่ตัดสิทธิลูกหนี้ที่จะร้องขอด้วยตนเอง ตั้งแต่นั้นมา การล้มละลาย จึงถือได้ว่าเป็นวิธีการอันเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ทั้งสองฝ่าย

๒) ตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ ผู้ล้มละลายซึ่งมีกองทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้โดยสิ้นเชิง ยังคงถูกเจ้าหนี้ฟ้องร้องบังคับได้อีกในภายหลัง หากปรากฏว่ามีทรัพย์สินขึ้นใหม่ เจ้าหนี้เดิมมีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่ได้ พระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย ร.ศ. ๑๓๐ ได้เปิดโอกาสให้ลูกหนี้พ้นจากหนี้สินซึ่งยังคงค้างชำระอยู่นั้น ได้ภายใต้ข้อบังคับบางประการ

๓) การล้มละลายตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ ดำเนินได้ทั่วไป คือเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ทุกคน และใช้ได้ตลอดพระราชอาณาจักร แต่ตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ และ ร.ศ. ๑๓๐ การล้มละลายกลับดำเนินได้ก็ต่อเมื่อหนี้สินมีจำนวนถึงพันบาท และใช้บังคับแต่ในมณฑลกรุงเทพฯ (แต่อาจออกกฎหมายให้ใช้บังคับในจังหวัดอื่น ๆ ได้)

(๑) กฎหมายไกรสี เล่ม ๖ หน้า ๑๙๘๗-๒๐๗๔

๓. กรณีที่เจ้าหนี้บังคับลูกหนี้ไม่ได้

๑๑๖. กรณีที่เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระเงินที่ค้างชำระได้นั้น มีอยู่หลายกรณี บางกรณีเกิดจากสถานะของบุคคลตามกฎหมายเก่า คือฐานะของผู้เป็นสมาชิกแห่งครอบครัวเดียวกัน ฐานะของทาส ฐานะของพระสงฆ์ เช่นนี้ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบิดามารดากับบุตร จะนำขึ้นฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ ลูกหนี้มีหน้าที่แต่ในทางศีลธรรมเท่านั้น (ก๊วหนี ๑) เจ้าหนี้ซึ่งแต่งงานกับลูกหนี้จะเป็นฝ่ายใดเป็นหญิง ฝ่ายใดเป็นชายก็ตาม หมดสิทธิเรียกร้องในหนี้สินนั้น (ก๊วหนี ๖๒) การให้กู้แก่ผู้เป็นภรรยาหรือภรรยาทาสโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นสามี หรือการให้กู้แก่ทาสโดยนายเงินมิได้ยินยอมด้วย บังคับได้แต่ในทรัพย์สินของลูกหนี้ หากลูกหนี้ปราศจากซึ่งกองทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็ไม่อาจนำตัวลูกหนี้ไปให้ศาลขายได้ (ก๊วหนี ๑๕, ๓๐ และ ๓๑) เจ้าหนี้ซึ่งยินยอมให้ลูกหนี้บวชเป็นภิกษุสามเณรรูปหนึ่งในพระพุทธศาสนา หมดสิทธิที่จะบังคับให้ชำระหนี้เช่นเดียวกัน (ทาส ๗๕) บทบัญญัติเหล่านี้เนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเป็นการเป็นญาติ เป็นสามีภรรยา ทาส หรือพระสงฆ์ ฉะนั้นจะได้ศึกษาในภาคที่ว่าด้วยฐานะของบุคคล

ยังมีอีกหลายกรณีซึ่งเจ้าหนี้หมดสิทธิที่จะบังคับให้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เราได้พบเห็นกรณีเช่นนี้บางกรณีในบทก่อนๆ แห่งคำสอนนี้ เช่น ได้เห็นมาแล้วว่า ผู้ให้กู้ซึ่งให้กู้ครั้งที่สองไปกับผู้กู้คนเดียวกัน โดยการกู้ครั้งแรกยังค้างชำระอยู่ จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระการกู้ครั้งที่สองไม่ได้ (ก๊วหนี ๓๘) ในหมวดนี้จะกล่าวเฉพาะ ๓ กรณี ซึ่งสมควรได้รับความสนใจเป็นพิเศษ ได้แก่ การเปลี่ยนแผ่นดิน อายุความ และการที่ลูกหนี้ถึงแก่กรรม

๑. การเปลี่ยนแผ่นดิน

๑๑๗. ณ ที่นี้จะพบเหตุอันประหลาดซึ่งทำให้สัญญาผู้ไ้ผลการบังคับ ตามพระอัยการลักษณะก๊วหนีบทที่ ๖๑ “ถ้าแผ่นดินนั้นเป็นจุลาจลแล้วตั้งขึ้นใหม่ บมิควรที่จะว่าแก่มันเลย” ฉะนั้นการเปลี่ยนแผ่นดินจึงเป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียสิทธิที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาผู้ที่ได้ทำกันก่อน เราอาจพยายามจำกัดความในวัชพโดยถือตามถ้อยคำที่ว่า “เป็นจุลาจล” ว่าการเปลี่ยนแผ่นดินตามธรรมดาไม่ตกอยู่ในขอบเขตต์ของกฎหมาย บทนี้ ต้องเป็นการเปลี่ยนราชวงศ์เนื่องมาจากการจุลาจลซึ่งเกิดขึ้นในแผ่นดิน แต่บางส่วนสัยว่าถ้อยคำที่เป็นปัญหานี้จะไม่เป็นสาระสำคัญในบทบัญญัติที่กล่าวนี้ พระอัยการลักษณะตระลาการ บทที่ ๑๑๐ บัญญัติทำนองเดียวกันว่า การขึ้นครองราชสมบัติของพระเจ้า

แผ่นดินใหม่เป็นเหตุให้คดีค้างอยู่ในตราการระงับไป “เหตุว่าพระมหากษัตริย์ดำรงเสวยรัตนใหม่” ในมาตรานี้มีได้อ้างถึงการจลาจลเลย การที่คดีระงับไม่พิจารณาต่อไปก็เนื่องมาจากการเปลี่ยนรัชกาลโดยปกติ ความคล้ายคลึงของบทบัญญัติกับพระอัยการกัญหีบที่ ๑๑ ทำให้คิดว่า ถ้อยคำที่ว่า “เป็นจุลาจล” เป็นคำฟุ่มเฟือยซึ่งอาจตัดออกเสียได้โดยมิทำให้เสียความแต่อย่างใด อีกประการหนึ่งบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับพระอัยการกัญหีบที่ ๑๑ นี้มีปรากฏอยู่ในธรรมนูญฉบับของพะม่า ในประเทศพะม่า การขึ้นครองราชสมบัติของพระมหากษัตริย์องค์ใหม่เป็นเหตุให้สัญญาหลายชนิดไม่เฉพาะแต่สัญญาทั้งหมดค้างลง จนพระเจ้าแผ่นดินพะม่าเห็นสมควรต้องแก้ไขกฎหมายเดิม เพื่อลดจำนวนสัญญาเหล่านี้ลงหลายครั้งหลายหน^(๑) จึงน่าเชื่อว่า บทบัญญัติพระอัยการกัญหีบที่ ๑๑ นี้เนื่องมาจากประเพณีอันเดียวกัน

สรุปว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยา การขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์องค์ใหม่ นอกจากจะทำให้การฟ้องร้องสิ้นสุดลง ยังทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ให้กฎหมายเดิมที่จน่าคดีมาว่ากล่าวลูกหนี้ต่อศาลอีกด้วย

๑๑๘. เป็นการยากที่จะอธิบายมูลเหตุในบทกฎหมายนี้ ในบททั่วไปแห่งคำสอนนี้ได้แสดงให้เห็นแล้วว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยา พระราชโองการรวมทั้งพระราชบัญญัติคงใช้บังคับได้แต่ในรัชกาลที่ตราขึ้นเท่านั้น และย่อมสิ้นไปเมื่อสวรรคตลง เว้นแต่พระมหากษัตริย์ผู้สืบสันตติวงศ์จะยอมรับเอาพระราชโองการและพระราชบัญญัติเหล่านั้นไว้ใช้บังคับ หรือพระราชโองการและพระราชบัญญัติเหล่านั้นตรงกับพระธรรมนูญและจัดไว้ในราชศาสตร์^(๒) หากความเห็นนี้เป็นารถูกต้อง น่าจะสันนิษฐานได้ว่าการที่คดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในแผ่นดินก่อนต้องยุติลง และการกู้ยืมได้ทำสัญญากันในแผ่นดินก่อนหมดสิทธิเรียกร้อง คงเนื่องมาจากการที่อธิปไตยของพระมหากษัตริย์มีอยู่ประจำพระองค์โดยจะเพาะ เมื่อสวรรคตหรือทรงออกจากราชบัลลังก์ จึงเป็นเหตุให้ข้อผูกพันต่าง ๆ อันได้เกิดขึ้นในรัชกาลนั้นสิ้นอายุเสียทั้งสิ้น เช่นเดียวกับกิจการของพระมหากษัตริย์องค์นั้น หากระลึกถึงข้อความที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นเรื่องปฐมเดิมของสัญญาที่น่าจะเข้าใจได้ดีถึงเหตุผลที่ทำให้สัญญากันสิ้นสุดลง เพราะการขึ้นครองราชสมบัติของ

(๑) ดู E. Forchhammer, the Jardine Prize Essay, Rangoon 1885 และ Manu Kyay หน้า ๔๔

(๒) ดูคำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ (ข้อความเบื้องต้น ๓ เลขที่ ๔๗-๖๓. ๒๕๒๔)

พระมหากษัตริย์องค์ใหม่ กล่าวคือแต่เดิมการกู้มิใช่เป็นสัญญาดังเช่นทุกวันนี้ การกู้ก่อให้เกิดความผูกพันในระเบียบทางชุมชนระหว่างผู้เป็นฝ่าย ซึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยนำเอาตัวลูกหนี้ให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ การเปลี่ยนแปลงแผ่นดินจึงอาจทำให้ลูกหนี้หลุดออกจากอำนาจของเจ้าหนี้ เช่นเดียวกับข้าราชการหลุดพ้นจากตำแหน่งราชการ เว้นแต่พระองค์จะได้ทรงตั้งแต่งตั้งขึ้นใหม่ แต่คำอธิบายนี้เป็นแต่ข้อสันนิษฐาน ไม่มีหลักฐานเพียงพอยืนยันได้ว่าเป็นเช่นนั้น

พระเจ้าแผ่นดินสยามคงจะเดียวกับพระเจ้าแผ่นดินพม่า น่าจะได้มีพระราชโองการให้รักษาความผูกพันทางสัญญาที่ได้กระทำขึ้นในรัชกาลก่อน ในเมื่อพระองค์ขึ้นครองราชย์ ทั้งทรงบัญชาให้ตราการพิจารณาคดีที่ค้างชำระนั้นต่อไปด้วย

พระอัยการลักษณะตระลาการบทที่ ๑๑๐ ได้ยกเลิก โดยประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑) ส่วนพระอัยการลักษณะกู้หนี้ยืมสินที่ ๖๑ มิได้มีประกาศยกเลิกโดยตรง แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติทั้งสองนี้ได้เสื่อมความนิยมมาตั้งแต่ก่อนสมัยรัชกาลที่ ๕ เป็นเวลาช้านาน

๒. อายุความ

๑๑๙. ส่วนอายุความในกฎหมายเก่า คงพบความแบ่งแยกระหว่างสัญญาลายลักษณ์อักษรกับทรัพย์สินสัญญา ซึ่งได้ปรากฏมาแล้วหลายครั้งอีก

ได้กล่าวมาแล้ว และทั้งได้แสดงเหตุผลสนับสนุนในตอนต้นแห่งคำสอนนี้ว่า ความผูกพันอันเกิดจากทรัพย์สินสัญญาย่อมไม่ขยายออกชั่วระยะเวลา หากผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งได้มอบไปให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้เรียกร้องให้ผู้นั้นส่งคืนทรัพย์สิน หรือบังคับให้ผู้นั้นปฏิบัติตามคำสัญญา ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินเสียสิทธิเรียกร้องภายในระยะเวลาค่อนข้างสั้น โดยทรัพย์สินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับมอบ ความผูกพันทางสัญญาระหว่างผู้เป็นฝ่ายทั้งสองจึงเป็นอันระงับลง^(๑)

ได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า ผู้จำนำซึ่งมิได้ไถสิ่งของที่จำนำไว้คืนภายในกำหนดระยะเวลาอย่างสูง ๓ ปี ย่อมเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ^(๒) ได้เห็นมา

(๑) ดุบทที่ ๑ หมวด ๒ เลขที่ ๑๕

(๒) ดุบทที่ ๓ หมวด ๓ เลขที่ ๖๖

แล้วเช่นเดียวกันว่าผู้เป็นเจ้าของที่ดิน ซึ่งละเลยไม่เรียกรอราคาเช่าตลอดระยะเวลา ๓ ปี ย่อมเสียสิทธิที่จะบังคับเอาค่าเช่าที่ติดค้างมานั้น และแม้ผู้เป็นเจ้าของจะมีได้สูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นก็ดี น่าจะเป็นได้ว่าเมื่อผู้เช่าได้ชำระค่าเช่าที่ค้างชำระอยู่เพียงครั้งหนึ่ง ผู้เช่าก็มีสิทธิอยู่ในที่ ๆ เขานั้นตลอดไป^(๑) ผู้ให้ยืมก็เช่นเดียวกัน หากมิได้เรียกรอเอาทรัพย์สินที่ให้ยืมนคืนจากผู้ยืมภายในกำหนดเวลา ๓ ปี ไม่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับให้ส่งคืนได้ต่อไป (เบ็ดเสร็จ ๙๘) ซึ่งเท่ากับว่าผู้ยืมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนยืมมานั้น

การที่กำหนดเวลา ๓ ปี มักจะพบกันบ่อยๆ ทำให้คิดไปว่าเป็นอายุความของกฎหมายทั่วไปในลักษณะทรัพย์สินสัญญา การที่อายุความนี้มีได้มีบัญญัติให้ชัดเจนในทรัพย์สินสัญญาประเภทอื่น นอกจากสัญญาที่ได้กล่าวมานี้ ก็เพราะสัญญาอื่นๆ เหล่านี้โดยปกติมีขึ้นชั่วคราวสั้นมาก ซึ่งอย่างไรก็คงต่ำกว่า ๓ ปีเป็นแน่ แต่ตามกฎหมายผู้รับฝากผู้เช่าสังหาริมทรัพย์ ผู้ซื้อเชื่อ ฯลฯ ก็น่าจะมีฐานะเช่นเดียวกับผู้ยืม คือได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ฝาก ที่เช่า หรือที่ซื้อมา ฯลฯ หากผู้เป็นฝ่ายในสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งละเลยมิได้เรียกรอเกินกว่าสามปีแล้ว

๑๒๐. อายุความ ๓ ปีนี้เริ่มแต่วันที่สัญญาได้กระทำขึ้น หรือจะพูดให้ชัดขึ้นก็คือเริ่มนับแต่วันที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เจ้าหนี้ซึ่งเพิกเฉยไม่เรียกรอให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายใน ๓ ปี ย่อมเสียสิทธิเรียกรอโดยเด็ดขาด แต่ถ้าหากเจ้าหนี้ได้ทวงถามให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และลูกหนี้ปฏิเสธไม่ยอมชำระ เจ้าหนี้ต้องนำคดีไปฟ้องร้องว่ากล่าวภายในกำหนดเวลา ๓ เดือน กำหนดเวลานี้บัญญัติอยู่ในพระอัยยการลักษณะรับฟ้องบทที่ ๑๑ สำหรับสัญญาเช่า ฝาก และยืม แต่เข้าใจว่าคงใช้บังคับโดยทั่วไปในบรรดาเรื่องที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินสัญญาอายุความ ๓ เดือนนี้ เริ่มนับแต่วันที่เจ้าหนี้ทวงถามเป็นต้นมา ควรจะสังเกตว่าอายุความ ๓ เดือนนี้ ตามบทพระอัยยการลักษณะรับฟ้องบทที่ ๑๑ ใช้บังคับการฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมพินัยซึ่งเกิดจากการละเมิดฐานลักทรัพย์ฐานชายชู และฐานยึดถือเอาโดยพลการอีกด้วย และเป็นความจริงว่า ผู้ยืม ผู้รับฝาก ผู้เช่า ฯลฯ ซึ่งปฏิเสธไม่ยอมส่งคืนทรัพย์สินที่ยืม ฝาก หรือเช่ามาให้แก่ผู้เป็นเจ้าของนั้น ย่อมมีความผิดฐานประบัตินินทา ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับความผิดฐานลักทรัพย์เหมือนกัน ฉะนั้นจึงเป็นการชอบด้วยเหตุผลที่การฟ้องคดีซึ่งเกิดจากสัญญาเหล่านี้ตกอยู่ในอายุความเดียวกันกับคดีที่เกิดจากการละเมิดซึ่งกระทำต่อทรัพย์สิน ยิ่งกว่านี้ ตามที่ได้บรรยายมา

(๑) บทบาทที่ ๓ หมวด ๒ เลขที่ ๖๒

แล้วข้างต้น คดีซึ่งเกิดจากทรัพย์สินสัญญาเหล่านี้ ความจริงมิได้มีมูลมาจากข้อสัญญาโดยตรง แต่เนื่องมาจากการที่ฝ่ายหนึ่งยึดถือเอาทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีสิทธิ รูปคดีเช่นนี้จึงเป็นคดีละเมิด ซึ่งโดยทั่วไปตกอยู่ในอายุความ ๓ เดือน ตั้งคดีละเมิดอื่น ๆ ซึ่งกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น คดีลักทรัพย์หรือขายชู้

กล่าวโดยสรุป คดีซึ่งมีมูลมาจากทรัพย์สินสัญญาตกอยู่ในอายุความ ๒ ระยะซึ่งค่อนข้างสั้น ประการแรกเจ้าหนี้ต้องทวงถามลูกหนี้ภายใน ๓ ปี นับแต่สัญญาได้มีขึ้น ประการที่ ๒ เมื่อได้ทวงถามแล้ว เจ้าหนี้ที่ต้องนำคดีขึ้นฟ้องร้องว่ากล่าวภายใน ๓ เดือนนับแต่วันที่ได้ทวงถามมา

๑๒๑. ส่วนสัญญาลายลักษณ์อักษร มีบทบัญญัติผิดแปลกไปจากที่บรรยายมานี้ทั้งนี้ก็เพราะเป็นสัญญาที่มีเอกสารแสดงความผูกพันของลูกหนี้ไว้ และเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพัน อันมุ่งที่จะยึดออกเป็นเวลานาน ทั้งในสัญญาลายลักษณ์อักษรนี้ ความผูกพันของลูกหนี้มิได้มีมูลมาจากการยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ แต่เป็นความผูกพันซึ่งผูกมัดตัวลูกหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ ซึ่งมีผลเป็นการทำให้ลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของเจ้าหนี้ด้วย เหตุฉะนั้นความผูกพันซึ่งเกิดจากสัญญาเหล่านี้ ตามหลักจึงปราศจากอายุความ ความผูกพันคงมีอยู่ ตราบเท่าที่เอกสารสัญญายังมิได้ถูกทำลายหรือหนี้สินยังมีได้มีการชำระ

สัญญาขายฝากทาสมีลักษณะดังกล่าวมานี้ตลอดมาจนถึงสมัยการเลิกทาส ได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า เมื่อบุคคลหนึ่งถูกขายฝากเป็นทาส ผู้ขายคงเป็นลูกหนี้ในราคาค่าตัวบุคคลนั้นอยู่โดยไม่มีกำหนดเวลา แม้ว่านายเงินจะได้ชำระเงินไปนานเท่าใดก็ดี^(๑) ทั้งนี้ก็เพราะสัญญาขายฝากกระทบถึงสถานะของบุคคลซึ่งถูกขายมา โดยแต่เดิมบุคคลผู้นั้นเป็นไทและได้กลายเป็นทาส การเปลี่ยนแปลงสถานะซึ่งมีสารกรมธรรม์แสดงอยู่ขึ้น แม้จะมีได้เป็นการเด็ดขาดเช่นการขายขาดค่าก็ดี แต่ยังคงมุ่งจะยึดออกได้ตลอดไป ตราบเท่าที่ยังมิได้สิ้นกรรมธรรม์ให้กับผู้ขาย ความผูกพันซึ่งเกิดจากสัญญาขายฝากทาสนี้จึงมิได้มีลักษณะเป็นการชั่วคราว เช่น ความผูกพันที่เกิดขึ้นจากสัญญาฝาก สัญญายืม และสัญญาเช่า ฯลฯ หนี้สินของนายเงินจึงมิได้ตกอยู่ในอายุความหนึ่งใด ปราภฏตามพระราชกำหนดในรัชกาลที่ ๑ จะนับหนึ่งว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ใช้บังคับได้ถึงแม้ในกรณีที่ทาส

(๑) บทที่ ๒ หมวดที่ ๒ เลขที่ ๔๒

ได้รับอนุญาตจากนายเงินให้ชำระดอกเบี้ยในค่าตัวด้วยเช่นเดียวกัน^(๑) ตามมูลกรณีที่ทำให้เกิดพระราชกำหนดนี้เห็นได้ว่า นายเงินมีสิทธิที่จะเรียกเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระจากทาสได้ แม้ได้เกิน ๑๐ ปีมาแล้ว^(๒) ฉะนั้นต้นเงินนั่นเองเจ้าหนี้ยังคงเรียกเอาได้ดังเดียวกัน

ความผูกพันอันเกิดจากการค้าประกันก็เช่นเดียวกัน คือคงอยู่ตลอดไปตราบเท่าที่หนี้ประณายังคงมิได้ชำระให้เสร็จสิ้นไป ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดว่าความผูกพันนั้นสิ้นสุดลงโดยอายุความ และที่จริงความผูกพันอันเกิดจากการค้าประกันนี้เป็นความผูกพันตัวบุคคล โดยผู้ประกันยอมรับว่าจะเฝ้าระวังลูกหนี้ และรับรองว่าจะนำตัวมาให้เมื่อเจ้าหนี้ต้องการ ฉะนั้นอาจถือว่า ผู้ค้าประกันอยู่ใต้อำนาจของเจ้าหนี้บ้าง ทั้งต้องรับผิดชอบในหนี้สินหากลูกหนี้หลบหนีไปด้วย ความผูกพันนี้มีเอกสารแสดงไว้ โดยเหตุหลายประการนี้หน้าที่ของผู้ประกันจึงเป็นหน้าที่อันคงอยู่ได้โดยไม่มีกำหนด

๑๒๒. ส่วนสัญญาผู้นำสันนิษฐานได้ว่า แต่เดิมาก็คงเป็นเช่นเดียวกัน เพราะการกัก ทำให้ลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของเจ้าหนี้ เสมือนทาสชายฝากตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายเงิน มีผลอันเปลี่ยนแปลงสถานะของลูกหนี้ ซึ่งโดยสภาพของสถานะนั้นเองมีลักษณะเป็นการทาส

มีบทบัญญัติหลายบทที่สนับสนุนข้อสันนิษฐานซึ่งว่า แต่เดิมนั้นอันเกิดจากสัญญา กู้โดยสารกรรมธรรม์ไม่ตกอยู่ในกำหนดอายุความ บทแรกคือพระราชกำหนดรัชกาลที่ ๑ จะบบซึ่งได้อ่างมาแล้ว เราได้เห็นมาแล้วว่าตามพระราชกำหนดนี้ (ซึ่งมิได้ประสงค์จะแก้ไขกฎหมายเดิมแต่อย่างใด) ทาสชายฝากซึ่งนายเงินไม่ใช้การงานและยอมให้ชำระดอกเบี้ยในค่าตัวของตนแทน มีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ยนั้น แม้สัญญาขายฝากนั้นจะได้ทำกันมานานกว่า ๑๐ ปีแล้วก็ตาม และก็เมื่อสถานะของทาสประเภทนี้มีได้ผิดแผกไปจากสถานะของลูกหนี้ธรรมดา จึงไม่มีเหตุอย่างใดที่ลูกหนี้ธรรมดาจะได้รับประโยชน์จากอายุความแต่ฝ่ายเดียว พระอัยการกฐินเองก็ส่งเสริมความคิดทำนองนี้ ตามบทที่ ๓๕ และ ๕๓ เห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ชำระดอกเบี้ยภายหลัง ๑๐ ปีได้ เราได้วินิจฉัยข้อความในมาตราทั้ง ๒ นี้ตามทำนองนี้แล้ว และศาลก็ได้เคยมีความวินิจฉัยเช่นนี้เหมือนกันในชั้น

(๑) พระราชกำหนดใหม่ บทที่ ๒๘ ลงวันเสาร์ แรม ๒ ค่ำ เดือน ๔ ปีวอก จุลศักราช ๑๑๕๖ ตรงกับวันที่ ๗ มีนาคม พ.ศ. ๒๓๓๖

(๒) ในพระราชกำหนดนี้ไม่มีปัญหาในข้อนี้เลย ปัญหาแต่ว่าเมื่อดอกเบี้ยค้างชำระมานานเกินกว่า ๑๐ ปีแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเอาจำนวนดอกเบี้ยเท่าไร

ต้น^(๑) เมื่อลูกหนี้ยังคงต้องชำระดอกเบี้ยภายหลัง ๑๐ ปี ดังนี้แล้ว ต้นเงินนั้นลูกหนี้ย่อมจะต้องชำระด้วยเหมือนกันเป็นแน่

๑๒๓. มีบทบัญญัติอยู่มากตราเดียวในพระอัยการกฤษฎีกาที่ขัดต่อข้อสันนิษฐานที่กล่าวมานี้ คือ บทที่ ๖๑ ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าเจ้าหนี้และลูกหนี้อยู่บ้านเมืองเดียวกัน เจ้าหนี้ต้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้สินภายใน ๑๐ ปี หากเจ้าหนี้อภัยให้ระยะเวลา ๑๐ ปีนี้ผ่านไปโดยมิได้ร้องฟ้องลูกหนี้ หรือผู้รับมรดก หนี้สินเป็นอันขาดอายุความ ศาลจะไม่รับฟ้องไว้พิจารณา แต่เราทราบที่มาแห่งบทบัญญัติมาตรานี้ คือกฎของพระเจ้าท้ายสระซึ่งรวมอยู่ในกฎ ๓๖ ข้อ^(๒) เนื้อความในกฎนี้ปรากฏชัดอยู่ในพระอัยการกฤษฎีกาบทที่ ๖๑ หากแต่เดิมกฎหมายนี้ได้มีบทที่ ๖๑ อยู่แล้วตามที่เป็นอย่างเวลานี้ พระเจ้าท้ายสระย่อมจะไม่มีเจตนาจำเริญที่จะต้องตรากฎนี้ขึ้น ฉะนั้นน่าจะสันนิษฐานได้ว่าอายุความ ๑๐ ปี ในลักษณะนี้เพ็งมีขึ้นในรัชสมัยของพระเจ้าท้ายสระ และพระอัยการกฤษฎีกาบทที่ ๖๑ ที่ปรากฏอยู่ในเวลานี้ก็เป็นกรณำเอามาแทรก เมื่อมีการชำระกฎหมายครั้งหนึ่งขึ้น เดิมหนี้สินอันเกิดจากสัญญาสัญญาก็เช่นเดียวกับหนี้สินซึ่งเกิดจากสัญญาขายคนลงเป็นทาส หรือสัญญาค้าประกัน ไม่ระงับลงเพราะระยะเวลา

ควรสังเกตว่าอายุความ ๑๐ ปี ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎพระเจ้าท้ายสระนั้นใช้บังคับระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งอยู่ในเมืองเดียวกัน ถ้าลูกหนี้ไปอยู่ต่างเมืองไกล เจ้าหนี้ต้องบอกเจ้าหนี้ที่ฝ่ายตระลาการ อายุความจึงสุดหยุดลง แม้ลูกหนี้จะกลับมาสู่ถิ่นนั้นภายหลัง ๑๐ ปีก็ตาม เจ้าหนี้ยังมีสิทธิบังคับให้ชำระหนี้ได้ (กฎ ๓๖ ข้อ ๆ ที่ ๒๙ กู้หนี้ ๖๑) กรณีนี้ย่อมกลับมาสู่กฎหมายเดิม คือเป็นหนี้ที่ไม่มีอายุความ

(๑) คุบทที่ ๒ หมวด ๑ เลขที่ ๒๘ การกล่าวอ้างกำหนด ๑๐ ปี ในมาตราทั้ง ๒ นี้ น่าจะเป็นการเพิ่มแทรกแซงเข้ามา ในเมื่อมีการชำระกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ ๑ ถ้าทั้ง ๒ มาตรานี้มีมาแต่ก่อนจนถึงรัชกาลที่ ๑ ดังที่เป็นอยู่ทุกวันนี้ก็ไม่จำเป็นต้องตราพระราชกำหนดใหม่ที่ ๒๘ ขึ้น

(๒) กฎ ๓๖ ข้อ ข้อที่ ๒๙ ลงวันพฤหัสบดี เดือน ๙ แรม ๑ ค่ำ ปีมะแม นพศก จุลศักราช ๑๐๘๘ ตรงกับวันที่ ๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๒๗๐ วันเดือนปีที่ลงในกฎนี้ไม่เป็นที่แน่นอน เพราะวันที่ ๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๒๗๐ ตรงกับวันเสาร์ มิใช่วันพฤหัสบดี อย่างไรก็ตาม ควรสังเกตว่ากฎนี้วางไว้ตามลำดับวันเดือนปีในประชุมกฎ ซึ่งเรียงตามลำดับเวลาก่อนหลังที่ได้ตราขึ้น และวันเดือนปีของกฎเหล่านี้ ทั้งระยะกันโดยใกล้ติดต่อกัน ในรัชสมัยพระเจ้าบรมโกศทองและพระเจ้าบรมโกศทอง ซึ่งอย่างน้อยก็เอาตัวเลขที่แสดงปีเป็นหลักฐานแน่นอนได้ ทั้งปีนั้นก็ยังมีมะแมและตรงกับนพศกด้วย

๑๒๔. เราอาจเข้าใจได้ว่าทำไมจึงต้องบัญญัติอายุความ ๑๐ ปีขึ้น ในรัชสมัยพระเจ้าท้ายสระ สัญญาภูได้สูญสิ้นซึ่งลักษณะดั้งเดิมไปช้านานแล้ว และกลายเป็นข้อผูกพันซึ่งลูกหนี้จะต้องส่งคืนจำนวนทรัพย์สินที่กู้ไปเท่านั้น ส่วนอำนาจของเจ้าหนี้เหนือเนื้อตัวลูกหนี้ยังคงเหลือแต่ร่องรอยบ้างเล็กน้อย สัญญาภูได้กลายมาเป็นสัญญาที่คล้ายกับสัญญาฮีม ผิดกันเพียงประการเดียว คือในข้อที่หนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาภูมีดอกเบี้ยติดไปด้วย เราได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า หนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาฮีมระงับไปโดยอายุความ ๓ ปี จึงทำให้เกิดความคิดว่า น่าจะให้ลูกหนี้แห่งสัญญาภูได้รับประโยชน์ทำนองเดียวกัน ผู้ให้กู้ซึ่งละเลยไม่เรียกร้องให้ลูกหนี้ใช้เงินคืนเป็นเวลาช้านานควรเสียสิทธิเรียกร้องเงิน “ของตน” เช่นเดียวกัน แต่โดยเหตุที่สัญญาภูกับทรัพย์สินสัญญาเดิมมีความแตกต่างกันอย่างมากมาย ทั้งโดยเหตุที่สัญญาภูทำขึ้นโดยแบบพิธีที่เรียกว่ากรรมธรรมด้วย พระเจ้าท้ายสระจึงทรงพระประสงค์ที่จะกำหนดอายุความยาวกว่าอายุความในทรัพย์สินสัญญา และทรงกำหนดอายุความสำหรับสัญญาภูไว้ ๑๐ ปี ซึ่งเป็นอายุความยาวที่สุดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่า

ในสมัยรัชกาลที่ ๕ อาจารย์ผู้สอนกฎหมายซึ่งศาลได้ถือตามได้กำหนดเอาอายุความ ๑๐ ปีเป็นอายุความในกฎหมายลักษณะสัญญาโดยทั่วไป มิได้ใช้บังคับแก่หนี้ซึ่งเกิดจากการกู้ ดั่งมีบัญญัติไว้ในพระอัยยการกัญหีนับที่ ๖๑ และในกฎ ๓๖ ข้อ ข้อที่ ๒๙ เท่านั้น แต่ใช้บังคับแก่บรรดาหนี้สินที่เป็นจำนวนเงิน เช่นหนี้ซึ่งเกิดจากการซื้อขายเชื่อ และหนี้สินซึ่งเกิดจากการแบ่งปันกำไร สัญญาเข้าหุ้นส่วน^(๑)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือเอาอายุความ ๑๐ ปีเป็นอายุความทั่วไป (มาตรา ๑๖๔) แต่ในขณะเดียวกัน กำหนดอายุความอื่น ๆ ซึ่งสั้นกว่าไว้สำหรับกรณีต่าง ๆ อีกมาก

๓. มรณกรรมของลูกหนี้

๑๒๕. การตายของเจ้าหนี้ไม่ก่อให้เกิดการผิดปกติดังแต่อย่างใด หากหนี้สินได้มีมูลมาจากการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ลูกหนี้ ก็ย่อมเป็นธรรมดาที่ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ฝ่ายตน เพราะตนยังคงยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้อยู่ มรณกรรมของเจ้าหนี้จึงไม่มีผลเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันประการใด ผู้ซึ่งรับช่วงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ คือผู้รับมรดกของเจ้าหนี้ นั้น คงมีสิทธิเรียกทรัพย์สินนั้นคืนหรือบังคับ

(๑) ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ใต้กฎ ๓๖ ข้อๆ ที่ ๒๙ สำหรับคำพิพากษา คำคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๕๐/๑๒๗ และ ๔๔๙/๑๒๘ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๔ หน้า ๒๓๑ และหน้า ๖๙๐ เป็นอาทิ

ให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาได้ ถ้าเป็นหนี้สินโดยสาธารณธรรม ก็เป็นธรรมดาที่หนี้สินนั้นจะตกทอดมายังผู้รับมรดกในสาธารณธรรมนั้น เพราะเอกสารนี้เองที่เป็นเครื่องแสดงหนี้สิน แต่ควรสังเกตว่า ข้อบังคับตั้งนี้เพิ่งปรากฏในกฎหมายค่อนข้างใหม่ (กฎ ๓๖ ข้อข้อที่ ๒๙ และกฎหนี้ ๖๑)

ตรงกันข้าม มรดกกรรมของลูกหนี้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้น โดยจะเฉพาะเมื่อหนี้นั้นเกิดจากสัญญาโดยสาธารณธรรม ได้เห็นมาแล้วว่า แต่เดิมหนี้ชนิดนี้มีลักษณะสำคัญอยู่ที่การนำเอาตัวลูกหนี้ลงสู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ซึ่งแม้ไม่เด็ดขาดดังการเข้าเป็นทาส ก็ยังคงเป็นประเภทเดียวกัน ข้อผูกพันที่เกิดขึ้นนี้จึงเป็นข้อผูกพันตัวบุคคลโดยตรง ซึ่งควรที่จะระงับลงเมื่อลูกหนี้ถึงแก่กรรม เช่นเดียวกับมรดกกรรมของทาสทำให้อำนาจบังคับบัญชาของผู้เป็นนายสิ้นสุดลง ลักษณะของหนี้สินนั้นเอง ก็เป็นอุปสรรคไม่ให้โอนกันได้ มีบทบัญญัติมาสนับสนุนความคิดเห็นทำนองนี้ คือ บทที่ ๕๐ ในพระอัยการลักษณะตระลาการ บทบัญญัติว่า หากผู้ซึ่งถูกเจ้าหนี้ฟ้องร้องและต้องเกาะกุมตามวิธีพิจารณาโบราณ ถึงแก่กรรมลงในระหว่างพิจารณา เจ้าหนี้หมดสิทธิที่จะบังคับให้ชำระหนี้ได้อีก (๑)

๑๒๖. แต่ตามที่ได้บรรยายมาแล้วข้างต้น ความคิดเห็นในเรื่องนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย แม้จะยังไม่สูญเสียลักษณะเดิมไปทุกประการก็ตาม สัญญาผู้ได้ละม้ายไปทางทรัพย์สินสัญญาลักษณะย่อมขึ้นทุกที่ ลูกหนี้คงมีหน้าที่รับผิดชอบเพราะกรรมธรรมที่ตนได้ลงนามไว้ แต่ก็ต้องรับผิดชอบเพราะทรัพย์สินที่ตนได้รับมาจากเจ้าหนี้อีกแห่งหนึ่ง เมื่อใช้เงินที่กู้คืนแล้ว ย่อมหลุดพ้นจากภาวะโดยสิ้นเชิง ดังนั้นเมื่อลูกหนี้ถึงแก่กรรมลง ทายาทจึงไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้สิน และเจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ต้องชำระ เพราะทายาทมิได้เป็นผู้รับสภาพแห่งหนี้สิน มิได้เป็นลูกหนี้แทนผู้ตาย แต่เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิที่จะเรียกเอาจำนวนเงินซึ่งตนให้กู้ไปจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ หากทรัพย์สินที่ให้กู้ไปนั้นยังปรากฏอยู่ในกองทรัพย์สินนั้น เช่นเดียวกับผู้ให้ยืมหรือผู้ฝาก เมื่อผู้ยืมหรือผู้รับฝากถึงแก่กรรมลง ยังมีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินของตนได้ในกองมรดกของผู้ยืมหรือผู้รับฝาก ฉะนั้นถ้าลูกหนี้มีทรัพย์สินมรดกเหลืออยู่ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิบังคับให้ทายาทนำเอาทรัพย์สินมรดกนั้นมาส่งให้แก่ตนเพื่อชดใช้หนี้สินได้ เพราะทรัพย์สินมรดกเหล่านั้นความจริงก็เป็นของเจ้าหนี้เอง หรือถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของเจ้าหนี้โดยผู้ตายได้มาจากจำนวนเงินที่เจ้าหนี้ให้กู้มา ดังนั้นเจ้าหนี้มิได้เรียกร้องเอาจากตัวทายาทเอง แต่เรียกเอาจากกองมรดกของลูกหนี้ต่างหาก

(๑) บทบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑)

หรืออีกนัยหนึ่งเจ้าหนี้มีได้เรียกร้องเอาในฐานะเป็นเจ้าหนี้ เพราะลูกหนี้มีได้มีตัวตนแล้ว แต่เรียกร้องเอาในฐานะเป็นเจ้าของ คือเป็นเจ้าของในจำนวนเงินที่ได้ให้กู้มา เงินจำนวนนี้ยังคงติดค้างอยู่ จึงถือกันว่ายังคงอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้

แนวความคิดที่แสดงมาให้เห็น ได้ชัดว่ากฎหมายเก่าถือตามทุกประการ ผู้เป็นทายาทของลูกหนี้มีได้รับภาระเป็นลูกหนี้แทน นอกจากจะได้ตกลงเป็นพิเศษว่าจะชำระหนี้แทนลูกหนี้ ถ้ามิได้รับรองเช่นนั้น ทายาทมีหน้าที่ต้องชำระหนี้แต่เพียงในทรัพย์สินที่ได้รับมรดกของลูกหนี้เท่านั้น มิต้องชำระด้วยทรัพย์สินของตนเอง พระอัยการกำหนดบทที่ ๓๓ อธิบายเหตุที่บัญญัติให้ทายาทต้องรับใช้หนี้ผู้ตายเท่าทรัพย์สินที่ได้รับมานั้น โดยกล่าวว่า ถ้าทายาทเก็บเอาทรัพย์สินมรดกไว้โดยมิชดใช้เจ้าหนี้ ย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้ประบัตสินท่าน คือ ยึดถือของผู้อื่นไว้โดยมิชอบ ทั้งนี้แสดงให้เห็นว่า ในแนวความคิดของผู้บัญญัติกฎหมาย ทรัพย์สินมรดกของลูกหนี้เป็นของ ๆ เจ้าหนี้เอง เจ้าหนี้จึงเรียกร้องเอาได้ในฐานะเป็นเจ้าของ บทบัญญัติบทเดียวกันนี้ยังกล่าวต่อไปว่า ทายาทต้องชำระหนี้ของผู้ตายเพื่อมิให้เป็นกรรมเป็นเวรแก่ผู้ตาย บทบัญญัติอื่น ๆ ก็ถือตามเหตุผลนี้เหมือนกัน (กฎหมาย ๑๖, ๒๖ และ ๓๒) แม้เหตุผลที่กล่าวมาตอนนั้นผิดแผกไปจากเหตุผลที่กล่าวมาในตอนแรกก็ตาม แต่แนวความคิดของผู้บัญญัติกฎหมายก็คงเหมือนกัน คือยังคงถือว่าความผูกพันระงับลงโดยมฤตกรรมของลูกหนี้ จึงต้องนำเอาเหตุผลทางศาสนามาเป็นเครื่องชักจูงให้ทายาทรับเอาความผูกพันนั้นแทน

ที่ได้พิเคราะห์ปัญหาหนี้โดยพิสดารเช่นนี้ก็เพราะในข้อนี้ กฎหมายไทยผิดกับกฎหมายฮินดูเป็นอย่างมาก คือกฎหมายฮินดูก็เช่นเดียวกับกฎหมายของชาติอื่น ๆ หลายชาติบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของญาติสนิทที่สุดของผู้ตายชดใช้หนี้สินแทน แม้จำนวนหนี้สินจะสูงกว่าทรัพย์สินที่ตนได้รับมาเป็นมรดกก็ตาม^(๑)

(๑) ตามกฎหมายโบราณของฮินดู บุตรและหลานมีหน้าที่ต้องใช้หนี้สินของบิดามารดาหรือปู่ย่าตายาย แม้หนี้สินนั้นจะสูงกว่าทรัพย์สินที่เป็นมรดกก็ตาม (ดู Mayne, On Hindu Law and Usage หน้า ๒๔๙ และต่อไป) เหตุผลที่ผู้แต่งธรรมศาสตร์อ้างเพื่อสนับสนุนข้อบัญญัตินี้ก็เป็นเหตุผลที่ผู้บัญญัติกฎหมายไทยกล่าวอ้างบ่อย ๆ นั่นเอง คือว่าผู้เป็นทายาทมีหน้าที่ช่วยให้บิดามารดาพ้นจากผลแห่งบาปซึ่งจะได้รับเมื่อถึงแก่กรรมแล้ว หากยังคงมีหนี้สินที่ยังค้างชำระอยู่ ส่วนกฎหมายพระมาบุญญัตติไว้เหมือนกฎหมายไทย คือ ทายาทมีหน้าที่รับสนองเท่าจำนวนทรัพย์สินมรดกที่รับไว้เท่านั้น มนุธรรมสัทถัมของพระเจ้าวเรอบัญญัติว่า บุตรมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบหนี้สินของบิดามารดาแต่เมื่อได้รับทรัพย์สินมรดก (มาตรา ๑๕) ธรรมสัทถัมซึ่งรจนาขึ้นภายหลังแสดงข้อบัญญัติชัดแจ้งดีกว่า (ดู Manu Kyay หน้า ๘๔ และต่อไป)

๑๒๗. โดยเหตุที่ทายาทมีหน้าที่ต้องชำระหนี้สินของผู้ตายเท่าที่ตนได้รับประโยชน์มาจากมรดกของผู้ตายนั้น ผลจึงมีว่า หากลูกหนี้มิได้มีทรัพย์สินเหลืออยู่เลย เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ทายาทชดใช้แต่อย่างใด และถ้ากองทรัพย์สินไม่มีเพียงพอ เจ้าหนี้ก็ต้องพอใจรับชำระหนี้ไปแต่เพียงส่วนที่เหลือเท่านั้น นอกจากนี้ หากทรัพย์สินมรดกได้แบ่งไปแก่ทายาทหลายคน เจ้าหนี้ก็ต้องเฉลี่ยหนี้สินออกฟ้องเรียกเอาแก่แต่ละคนตามส่วนแห่งมรดกที่ทายาทนั้นได้รับไป (กู่หนี่ ๓๒) บทบัญญัติเหล่านี้ได้เข้ามาปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถูกแก้ไขเพียงเล็กน้อย (มาตรา ๑๗๓๔-๑๗๓๘) ในคำสอนนี้จึงขอยุติเพียงแค่นี้

เพื่อป้องกันมิให้ทายาทเอากรมรดกไปใช้จ่ายในการปลงศพอย่างฟุ่มเฟือย เจ้าหนี้เคยคัดค้านมิให้ญาติทำการปลงศพก่อนที่จะได้ชำระหนี้สินของผู้ตายแล้ว การปฏิบัติดังนี้อาจเป็นเรื่องรอยที่เหลืออยู่จากประเพณีโบราณที่เจ้าหนี้ยังมีอำนาจเหนือเนื้อตัวลูกหนี้ และยังถืออำนาจนี้เหนือศพของลูกหนี้เองเมื่อลูกหนี้ถึงแก่กรรม ในกาลต่อมา รัฐสภาว่าการรุนแรงเกินไป จึงเมื่อ พ.ศ. ๒๒๖๘ ในแผ่นดินพระเจ้าท้ายสระ มีพระราชกำหนดห้ามมิให้เจ้าหนี้เรียกร้องให้ผู้รับมรดกชำระหนี้ของผู้ตาย ก่อนที่การปลงศพจะได้เสร็จสิ้นลงอีกต่อไป^(๑) เหตุฉะนั้นนับแต่นั้นมา ค่าใช้จ่ายในการปลงศพจึงจ่ายเอาจากกรมรดกก่อนหนี้สินของผู้ตาย ตามที่เรียกในปัจจุบันว่า เป็นหนี้บริมสิทธิ การที่ปล่อยให้ญาติจัดการปลงศพได้อย่างเต็มที่ อาจเป็นอันตรายแก่เจ้าหนี้ โดยญาติถือโอกาสนี้ใช้เงินเพื่อแสดงภูมิฐาน อันตรายเช่นนี้ได้ปรากฏขึ้นเป็นจริงบ่อย ๆ และศาลก็ไม่สามารถกระทำให้เบาลง^(๒) ฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงถือเอาค่าปลงศพเป็นบริมสิทธิเช่นในพระราชกำหนดของพระเจ้าท้ายสระ แต่บัญญัติให้บริมสิทธินี้ใช้ได้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายในการปลงศพที่พอควรแก่ฐานะอุปของลูกหนี้เท่านั้น (มาตรา ๒๕๓ และ ๒๕๕)

(๑) พระราชกำหนดเก่า บทที่ ๖๓ ลงวันเสาร์ เดือน ๑๒ ขึ้น ๕ ค่ำ ปีมะเส็ง สัปตศก จุลศักราช ๑๐๘๗ ตรงกับวันที่ ๘-๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๒๖๘

(๒) ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า ทรัพย์สินมรดกอาจใช้เป็นค่าปลงศพได้ทั้งสิ้น แม้ผู้ตายยังมีหนี้ค้างชำระอยู่ก็ตาม (๔๗๖/๑๒๓ และ ๘๙๐/๑๒๓)

บทที่ ๕

กำเนิดแห่งกฎหมายสัญญาปัจจุบัน

๑๒๘. ในขณะที่ศึกษาบรรดาสัญญาต่าง ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่า ได้พิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเดิม ต่อเนื่องกันมาจนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้สังเกตแล้วว่า การเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติเหล่านี้มีน้อย และโดยมากจะเปลี่ยนแปลงในส่วนย่อย ถ้าหากจะยกเอาพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๐ และพระราชบัญญัติที่มีขึ้นต่อมากำหนดวิธีบังคับตามกฎหมายขึ้นใหม่ออกเสีย ก็อาจกล่าวได้ว่า จวบถึงเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับสัญญามีอยู่ในกฎหมายเก่านี้เกือบทั้งสิ้น และนับแต่สมัยรัชกาลที่ ๕ เป็นต้นมา บทกฎหมายเหล่านี้เป็นที่ประจักษ์ว่าไม่เพียงพอ ส่วนมากได้ตกทอดมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา จึงยากที่จะปรับเข้ากับสถานการณ์ทางการเมืองและทางเศรษฐกิจแห่งประเทศในขณะนั้นได้ การยกเลิกโทษ การยกเลิกระบอบไพร่ การที่เอกชนมีโอกาสดำเนินกิจการต่าง ๆ มากขึ้นกว่าแต่ก่อน ความเจริญของการค้าขาย การก่อตั้งการประกอบกิจการใหญ่ เหล่านี้ได้เปลี่ยนแปลงประเพณีเดิมอย่างมากมาย และเสมือนจัดสร้างชุมชนชุมชนขึ้นใหม่ ซึ่งกฎหมายสัญญาย่อมมีตำแหน่งสำคัญ ฝ่ายผู้บัญญัติกฎหมายในสมัยนั้นมีความกังวลอยู่ในเรื่องอื่น ซึ่งเร่งร้อนกว่า จึงมีกฎหมายแก้ไขหรือวางหลักเกณฑ์สัญญาขึ้นใหม่แต่เพียงน้อยที่สุด มักมีแต่ยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายเก่าซึ่งล้าสมัยและกีดขวางการปฏิบัติเท่านั้น และปล่อยให้เป็นที่อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและผู้พิพากษาในศาลที่จะแก้ไขข้อบกพร่องในกฎหมายเก่าเอาเอง ซึ่งทั้งนี้เท่ากันว่าปล่อยให้ศาลจัดการให้ดำเนินกฎหมายสัญญาขึ้นใหม่

ณ ที่นี้จะไม่ศึกษาการให้กำเนิดกฎหมายสัญญาใหม่นี้โดยละเอียด แต่จะให้คำบรรยายโดยย่อ ซึ่งมุ่งจะแสดงให้เห็นข้อบกพร่องอันสำคัญๆ ในกฎหมายเก่าที่ปรากฏเห็นขึ้นในสมัยนี้

ตามแง่นี้ อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและผู้พิพากษาในศาลได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายเดิมเป็นประการใหญ่ ๒ ประการ คือ ประการหนึ่งได้ประดิษฐ์หลักกฎหมายสัญญาที่ใช้ได้ทั่วไป และอีกประการหนึ่งได้ก่อให้เกิดสัญญาต่าง ๆ ขึ้นใหม่ ซึ่งไม่เคยปรากฏเลยในกฎหมายเก่า

๑. การประดิษฐ์หลักกฎหมายสัญญา

๑๒๙. การเข้าใจว่าในกฎหมายเก่าล้วนมีแต่บทมาตรบัญญัติจะเพาะสำหรับสัญญา
 หนึ่ง ๆ ขึ้นโดยไม่มีหลักทั่วไปเป็นมูลนั้น เป็นการไม่ถูกต้อง ความจริงในกฎหมายเก่า
 ปรากรวมบทบัญญัติซึ่งเป็นบททั่วไปใช้บังคับแก่สัญญาทุกชนิด หรือสัญญาประเภทหนึ่ง
 ทั้งประเภท เช่น ทริพย์สัญญาทั้งหลายตกอยู่ใต้ข้อบังคับอันกว้างขวาง ซึ่งเขียนอย่าง
 หลักทั่วไปตามทำนองเดียวกันกับบททั่วไปในประมวลกฎหมายปัจจุบัน นอกจากนี้ได้
 เห็นมาแล้วว่า กฎหมายเก่ารับหลักเรื่องเหตุสุดวิสัย โดยเรียกว่าภัยสี่ประการ แต่
 อย่างไม่ดี ย่อมเป็นความจริงว่า ส่วนมากของบทกฎหมายเก่าบัญญัติถึงข้อโต้แย้งอัน
 เกิดขึ้นเฉพาะสัญญาหนึ่ง ๆ วิธีประมวลกฎหมายอย่างเก่าซึ่งสัญญาชนิดหนึ่ง ๆ ต้อง
 รวมกันไว้ในลักษณะพิเศษ ก็เป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งที่จะวางบทบัญญัติโดยทั่ว ๆ ไปไว้ได้
 ผู้บัญญัติกฎหมายหรือข้าราชการ ซึ่งมีหน้าที่ชำระกฎหมายในรัชสมัยต่าง ๆ ก็ได้พยายาม
 หาวิธีแก้ไขข้อขัดข้องนี้บ้าง โดยรวมเอาสัญญาหลายชนิดเข้าในลักษณะเดียวกัน เช่น
 รวมสัญญาเช่า เป็นลักษณะหนึ่ง แต่ความพยายามในทางนี้ได้ถือเป็นระเบียบปฏิบัติ
 ตลอดมา เช่น สัญญาเช่า แม้จะรวมอยู่ในลักษณะเดียวกับสัญญาเช่า ก็ยังปะปนกับ
 สัญญาฝากอีกด้วย สัญญาเช่าในบางคราวก็ปะปนอยู่กับสัญญาจ้าง และสัญญาวานะปะปน
 กับสัญญาเช่า สัญญาขนส่งบางครั้งถือเสมือนเป็นสัญญาฝาก แต่บางครั้งกลับเป็นสัญญา
 จ้าง ความไม่แน่นอนเหล่านี้เนื่องจากการที่ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ ทั้งขาดลักษณะที่
 แสดงหลักทั่วไปในกฎหมายสัญญา ในสมัยปัจจุบันก่อนที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พาณิชยศาสตร์ ศาลได้ถือเอาพระอัยการลักษณะกึ่งนี้เป็นกฎหมายใช้บังคับแก่หนี้โดยทั่วไป
 และนำบทมาตราในกฎหมายลักษณะนี้มาปรับใช้ในคดีที่เกิดจากสัญญาอื่นนอกจากสัญญา
 กู้ เท่าที่สามารถปรับใช้ได้ แต่วิธีใช้กฎหมายเก่าเช่นนี้ย่อมไม่มีผลมากนัก เพราะแม้
 จะเป็นบทบัญญัติที่เรียบร้อยตรงกันดีก็ตาม แต่ไม่สู้จะเป็นประโยชน์แก่ศาลในสมัยใหม่
 นี้ เพราะตั้งแต่ได้บรรยายมาแล้วในตอนต้นของคำสอนนี้ กฎหมายลักษณะสัญญาเก่า
 อาศัยหลักอันแตกต่างกับหลักในกฎหมายปัจจุบันนี้มาก หลักตามแนวใหม่นี้เองที่ศาล
 ต้องการนำมาใช้ ฉะนั้นแทนที่จะหาหลักจากบทกฎหมายเก่า กลับต้องให้บทกฎหมาย
 เก่านั้นโน้มมาหาทางแนวความคิดในปัจจุบัน

๑๓๐. อาจารย์ผู้สอนกฎหมายในโรงเรียนกฎหมาย ซึ่งพระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวง
 ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงตั้งขึ้น เป็นผู้นำเอาหลักกฎหมายสัญญาปัจจุบันมาใช้ในประเทศ

สยาม ในชั้นแรกได้แก่พระองค์เอง ซึ่งส่วนหนึ่งของคำสอนซึ่งทรงแสดงเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๔๒ กล่าวถึงระบอบสัญญา^(๑) ต่อมาได้แก่ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม) ซึ่งบรรยายเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๔๔^(๒) และหลวงประดิษฐไพจิตรการ (พระยามโนปกรณัมในปัจจุบัน)^(๓) เป็นผู้สอนต่อมา ภายนอกโรงเรียนกฎหมายก็มีพระยาพิชิตการปริชาตย์ (สุหรั่ง)^(๔) และหม่อมเจ้าเกียรติประวัติ^(๕) เป็นผู้เขียนตำรา ซึ่งควรกล่าวอ้างด้วย

ท่านผู้เขียนคำสอนหรือตำราเหล่านี้ได้แสดงหลักทั่วไปของสัญญาไว้ทุกท่าน หลักนี้ในหนังสือแต่ละเล่มจะผิดกันก็แต่ในคำที่ผู้แต่งใช้เท่านั้น เพราะศัพท์ทางกฎหมายยังคงเลื่อนลอยอยู่เป็นเวลานาน^(๖) หลักสัญญาที่ผู้แตงนำมาแสดงนี้ ผู้แต่งเองอธิบายว่าได้ถอดมาจากตำราภาษาอังกฤษ กฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นเป็นที่ทราบแล้วว่าอาศัยหลักอันเนื่องมาจากกฎหมายโรมันและกฎหมายในประเทศคอนติเนนต์ ซึ่งจะเพาะลักษณะสัญญานี้มีอิทธิพลเหนือกฎหมายอังกฤษมาก ท่านผู้แต่งทุกท่านบรรยายว่า สาระสำคัญที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นก็คือความตกลงของเจตนา จึงทำให้ต้องศึกษาปัญหาต่างๆ ซึ่งมีได้มีขึ้นในกฎหมายเก่า เช่น หลักการเสนอการสนอง ความสามารถในการทำสัญญา เหตุที่ทำให้เจตนาเสื่อมเสีย (สำคัญผิด กลฉ้อฉล ช่มชู้) ความมุ่งหมายของผู้เป็นฝ่าย ฯลฯ ท่านเหล่านี้เป็นผู้ชี้ให้เห็นสาระสำคัญในสัญญาข้อหนึ่ง โดยเรียกชื่อว่า “สินจ้าง” (คือ consideration ของกฎหมายอังกฤษ causa ของกฎหมายโรมัน) ในกฎหมายเก่าสินจ้างนี้แม้จะมีได้ออกชื่อก็ดี แต่ยังเป็นมูลแห่งทรัพย์สินสัญญาเหมือนกัน กล่าวคือการส่งมอบสิ่งของนั้นเองเป็นสินจ้าง ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้น ในแนวความคิดใหม่ที่ว่าสัญญาเกิดจากความตกลงของเจตนา สินจ้างหมายความว่าประโยชน์ซึ่งฝ่ายหนึ่งต้องการให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อสัญญา จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ประกอบให้มีสัญญาขึ้น แต่ในส่วนสัญญา

(๑) เล็กเซอร์ของพระเจ้าเฟียเชอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พิมพ์ขึ้นใหม่เมื่อ พ.ศ. ๒๔๖๘

(๒) หลักกฎหมายสัญญา พิมพ์ครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๕ ครั้งที่ ๒ เมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๘

(๓) คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา พิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๔๕๓

(๔) คำอธิบายหลักกฎหมายสัญญาอย่างย่อ พิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๔๕๗

(๕) หลักกฎหมายลักษณะสัญญา ๒ เล่ม พิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๔๖๔ และ ๒๔๖๕

(๖) เช่นคำว่า “หนี้” (Obligation) นี้ได้เรียกกันในระยะแรกว่า “ความจำต้องทำ” แล้วเรียกว่า “หนี้ที่ในแพ่ง” และ “พันธ” มาก่อนที่จะนึกถึงคำว่าหนี้ ซึ่งปรากฏมีอยู่ในกฎหมายเก่า และเป็นที่น่าอินดีที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงรักษาคำนี้ไว้อยู่

ที่มีสารกรมธรรม์ ซึ่งตั้งแต่บัดนั้นมาหมายถึงสัญญาที่กฎหมายบังคับให้กระทำขึ้นในแบบพิเศษ เช่น ต้องจดทะเบียนที่อำเภอเป็นต้นนั้น เป็นสัญญาที่ไม่จำเป็นต้องมีสินจ้าง สัญญาประเภทนี้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้กระทำขึ้นตามแบบแห่งกฎหมาย จึงมีפקจำต้องค้นหาว่ามีสินจ้างหรือไม่แต่อย่างใด เช่นนี้ความคิดเห็นในเรื่องสินจ้างนี้จึงยังคงรักษาความแตกต่าง ซึ่งมีมาแต่โบราณระหว่างสัญญาลายลักษณ์อักษรกับทรัพย์สินสัญญาอยู่บางประการ แต่โดยอาศัยแนวความคิดใหม่ ซึ่งผู้แต่งเองก็คงไม่รู้สีกตัว อีกประการหนึ่งการปฏิบัติตามสัญญาก็มิได้ถือเสมือนว่าเป็นการละเมิด ซึ่งต้องเสียค่าเงินปรับให้แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย แต่ทำให้สัญญาสุดสิ้นลงหรือถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยใช้อำนาจศาล ฝ่ายซึ่งได้รับความเสียหาย ในการที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา มีสิทธิร้องขอค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งบรรดาผู้แต่งพากันแสดงหลักที่ศาลจะคำนวณจำนวนค่าสินไหมนั้นให้ถูกต้อง

ในบรรดาตำราเหล่านี้ได้กล่าวอ้างบทกฎหมายไทยน้อยที่สุด แต่หลักที่ผู้แต่งนำมาแสดง ศาลก็ได้ยอมรับถือตามเสมือนหนึ่งว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย หนังสือฎีกาบางเรื่องซึ่งกรมหลวงราชบุรีฯ ได้ทรงรวบรวมพิมพ์ขึ้น ก็ได้ช่วยให้ความคิดใหม่ๆ แพร่หลายไปในหมู่ตุลาการเป็นอย่างมาก เพียงแต่พลิกหนังสือที่กล่าวนี้ ๕ เล่มดูก็จะารู้สึกถึงความสำคัญของหลักนิติศาสตร์ใหม่ ซึ่งเรียกว่า “กฎหมาย” เฉยๆ มีอยู่ในความวินิจฉัยแห่งคำพิพากษาฎีกาบรรทัดฐานเหล่านี้^(๑)

๓๓๑. ตราบถึงเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักทั่วไปในกฎหมายสัญญาจะค้นหาได้ก็แต่ในคำพิพากษาของศาล ซึ่งเกือบจะกล่าวได้ว่า ก่อตั้งขึ้นทั้งหมด นอกไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ๒ บรรพแรก ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๖๖ แล้วแก้ไขและประกาศใช้เป็นครั้งที่ ๒ เมื่อวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๖๘ ได้บัญญัติหลักทั่วไปที่ใช้บังคับแก่บรรดานิติกรรมหนี้และสัญญาเป็นบทหลายสิบบท รวบรวมเข้าตามลำดับ

(๑) คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๒/๑๒๑ และ ๕๒๓/๑๒๑ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๒ หน้า ๓๖ และ หน้า ๑๘๘ และฎีกาที่ ๑๐๖๘/๑๓๑ ในมนัสสาร เล่ม ๒ หน้า ๔๖ ซึ่งแสดงให้เห็นหลักในเรื่องสินจ้าง คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๒/๑๒๕ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๕ หน้า ๒๔ แสดงให้เห็นหลักในเรื่องความสุจริต คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๔/๑๑๘ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๑ หน้า ๑๒๕ ที่ ๑๘๕/๑๒๒ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๒ หน้า ๒๘๗ แสดงให้เห็นเรื่องสัญญาซึ่งผู้เยาว์เป็นฝ่ายคำพิพากษาฎีกาที่ ๖๓๔/๑๒๓ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๓๕๕ เรื่องการล้างสัญญาซึ่งเกิดขึ้นโดยข่มขู่หรือกลฉ้อฉล

ทั้งนำมาใช้ซึ่งศัพท์กฎหมายอันสมกับความต้องการและละเอียดครบถ้วนดีกว่าที่ใช้กันอยู่แต่ก่อน เป็นการให้ความสำเร็จและส่งเสริมงานที่อาจารย์ผู้สอนกฎหมาย และศาลช่วยกันเริ่มทำขึ้นแต่ในรัชชกาลที่ ๕ เป็นต้นมา ณ ที่นี้จะไม่ศึกษาถึงหลักใหม่ หรือข้อแก้ไขเนื่องจากประมวล จะกล่าวแต่ข้อเดียวว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบอย่างของการร่างประมวลกฎหมายในสมัยหลัง ๆ นี้ มิได้บัญญัติถึงสินจ้างเสียเลย ฉะนั้นความสัมพันธ์ซึ่งกฎหมายในสมัยนี้ยังได้สงวนมาจากกฎหมายเก่า จึงได้สูญหายไปโดยสิ้นเชิง

๒. สัญญาใหม่

๑๓๒. อาจารย์ผู้สอนกฎหมาย และผู้พิพากษาของศาลมิได้เพียงแต่ก่อตั้งหลักทั่วไปสำหรับสัญญาขึ้นเท่านั้น ยังได้นำสัญญาใหม่ ๆ มาใช้อีกหลายชนิด ซึ่งเป็นสัญญาที่มีได้บัญญัติอยู่ในบทกฎหมาย เพิ่งจะปรากฏมีขึ้นเป็นบทกฎหมายแต่ในสมัยเมื่อเร็ว ๆ นี้เอง

เป็นความจริงว่า แม้ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาที่กฎหมายเก่าได้มีบทบัญญัติไว้แล้ว อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและผู้พิพากษาในศาลก็เสมือนหนึ่งว่า ได้สร้างสัญญาใหม่ดุษฎีเดียวกัน ได้เห็นมาแล้วข้างต้นว่า ในสัญญาบางชนิด เช่นสัญญาเช่า สัญญาจ้าง สัญญาเช่าหุ้นส่วน กฎหมายเก่าบกพร่องมาก มีบทบัญญัติไม่เพียงพอ การนำเอาสัญญาเก่ามาใช้ในสมัยปัจจุบัน ก็ย่อมได้เปลี่ยนแปลงรูปลักษณะของสัญญาเหล่านี้หลายประการ จนเกือบจะกลายเป็นสัญญาใหม่ คงเหลือแต่ชื่อเท่านั้นที่พ้องกันกับสัญญาเก่า เช่น สัญญาค้ำประกัน ซึ่งแต่เดิมมุ่งที่จะรับรองมิให้ลูกหนี้หนีหายไปเท่านั้น ก็ได้กลายเป็นการรับรองต่อการไม่ชำระหนี้สิน ฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่าแม้ในระหว่างสัญญาที่เคยมีปรากฏในกฎหมายเก่าแล้ว ศาลและอาจารย์ผู้สอนกฎหมายก็ได้ช่วยให้บทบัญญัติเดิมสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และได้นำเอาความรู้ใหม่ ๆ มาใช้ภายใต้ชื่อเดิม

แต่โดยเหตุที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในระเบียบทางชุมชนและทางเศรษฐกิจและโดยเฉพาะเนื่องจากการค้าได้เจริญขึ้น บรรดาสัญญาเก่า ซึ่งแม้จะได้ดัดแปลงให้เหมาะสมกับสมัยอยู่บ้าง ดังกล่าวมานี้ก็หาเพียงพอแก่ความต้องการของชุมชนไม่ จำเป็นต้องมีสัญญาใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นอีก หลักกฎหมายสัญญาใหม่ซึ่งเพิ่งแพร่หลายขึ้น เปิดทางให้มีสัญญาปรากฏขึ้นใหม่อย่างสะดวก เพราะยอมรับกันแต่บัดนั้นมาว่า สัญญาเกิดขึ้นโดยอาศัย

ความตกลงของเจตนา ฉะนั้นอาจก่อเป็นรูปต่างๆ เพียงแต่ให้ทำตามหลักทั่วไป ซึ่งนักนิติศาสตร์ได้วางไว้ เช่น ให้ผู้เป็นฝ่ายมีความสามารถ ให้ความยินยอมบริบูรณ์ ให้สัญญา มีวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย ให้มีสินจ้าง ฯลฯ ทั้งนี้จึงมีสัญญาใหม่ๆ เกิดขึ้นเป็นอนุกรมประการ โดยทางปฏิบัติก็ดี อาจารย์ผู้สอนกฎหมายก็ดี นำเอาสัญญาเหล่านั้นมาใช้ และศาลยอมรับให้ใช้บังคับตาม

บรรดาสัญญาใหม่ๆ นี้เห็นได้จากชื่อที่เรียกกัน ว่ามาจากกฎหมายอังกฤษ ทั้งนี้ก็เพราะการค้าระหว่างสยามกับอังกฤษ มีความสำคัญมากประการหนึ่ง และเพราะเหตุที่นักนิติศาสตร์โดยมากได้ไปศึกษากฎหมายในประเทศอังกฤษ อีกประการหนึ่ง

๑๓๓. ในบรรดาสัญญาใหม่ๆ เหล่านี้ มีสัญญาชนิดหนึ่งได้ขึ้นสู่ตำแหน่งอันสำคัญในทางปฏิบัติในมิช้า คือ สัญญาตัวแทน ซึ่งเรียกในสมัยนั้นว่า สัญญาเอเยนต์ (agency) กฎหมายเก่าของไทยก็เช่นเดียวกับกฎหมายฮินดู กฎหมายรามัญ หรือกฎหมายพะม่าไม่เคยรับรู้สัญญาตัวแทน มีบทบัญญัติเรื่องตัวแทนแต่เฉพาะการพิจารณาคดี โดยกฎหมายยอมให้บุคคลหนึ่งว่าความแทนอีกบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ใต้อำนาจของตน เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาลในกฎหมายปัจจุบัน ดำเนินคดีแทนผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถได้ บทบัญญัติเหล่านี้เป็นบทพิเศษอันเกี่ยวไปในทางวิधिพิจารณา หรือฐานะของบุคคล จึงมิได้นำมาบรรยายในคำสอนนี้ นอกจากกรณีที่ว่าความแทนได้ตั้งกล่าวมานี้ กฎหมายเก่าไม่ยอมให้บุคคลหนึ่งทำนิติกรรมแทนอีกบุคคลหนึ่งได้ สัญญาจะมีผลก็แต่ระหว่างผู้เป็นฝ่ายในสัญญานั้นเอง กรณธรรมใช้บังคับได้แต่จะเพาะลูกหนี้ที่ได้ลงนามในกรณธรรม ส่วนทรัพย์สัญญาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบสิ่งของให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ในสัญญาทั้งสองประเภทที่รับรู้อยู่ในกฎหมายเก่านี้ คู่สัญญาจำต้องปรากฏตัวเมื่อกระทำสัญญากันเสมอ ฉะนั้น หากบุคคลหนึ่งส่งบุคคลอีกบุคคลหนึ่งไปทำสัญญาแทนบุคคลหนึ่งเองต้องผูกพันตามสัญญา เช่น เมื่อนายใช้ทาษาให้ไปทำการค้า ทาษาผู้หนึ่งเองที่ต้องรับผิดชอบโดยตรง จจริงอยู่เพื่อจะมีให้เสียทาษาไป ผู้เป็นนายก็อาจขัดใช้หนี้สินที่ทาษาได้ไปทำสัญญาไว้ แต่ทั้งนี้หาได้อยู่ในบังคับว่าจำต้องชำระหนี้แทนไม่ โดยปกติตำแหน่งของสัญญาตัวแทนเคยกระทำโดยใช้สัญญาจ้างหรือสัญญาวาน แต่ผลก็ยังบกพร่องอยู่มาก เช่น พระอัยการเบ็ดเสร็จจับที่ ๑๑๑ กล่าวถึงกรณีที่บุคคลหนึ่งวานให้อีกบุคคลหนึ่งซื้อสินค้าให้แก่ตนและบัญญัติไว้ว่า ถ้าผู้ซื้อไม่รับชำระราคาสินค้านั้น ศาลจะได้เรียกเอาตัวผู้วานให้ซื้อมา ถ้าผู้วานปฏิเสธไม่ยอมรับชำระราคาสินค้านั้น จะถูกปรับไหมเป็นทวีคูณให้ผู้ขายรับทุนไปเหลืออันเป็นสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง แต่ควรสังเกตว่า ในกรณีนี้ ผู้ซื้อได้

นำสินค้าส่งมอบให้แก่ผู้วานให้ซื้อ ไปแล้ว ฉะนั้น การที่ผู้วานต้องรับผิดชอบผู้ซื้อ ก็เพราะตนยึดถือสินค้านั้นไว้แล้ว แต่ทว่า หากสินค้ายังมีได้ส่งมอบให้แก่ผู้วาน ผู้ขายคงไม่มีสิทธิฟ้องร้องผู้วานแต่อย่างใด จะเรียกเอาได้จากผู้ซื้อเท่านั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎหมายปัจจุบัน นอกจากนั้นควรสังเกตว่า ผู้ที่ซื้อสินค้าแทนผู้วานก็ได้ชื่อว่าเป็นผู้ซื้อ แต่ฝ่ายผู้วานไม่เรียกว่าเป็นผู้ซื้อ ทั้งนี้ก็เพราะผู้วานให้ซื้อหาได้เป็นฝ่ายในสัญญาซื้อขายไม่ จึงยอมไม่ผูกพัน ฉะนั้นสัญญาตัวแทนจึงเป็นของใหม่ซึ่งทางปฏิบัติและอาจารย์ผู้สอนกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ ๕ เป็นผู้นำมาใช้ในประเทศสยาม โดยไม่มีมูลรากในกฎหมายแต่อย่างใด และความจริง สัญญาตัวแทนนี้เป็นสัญญาสำคัญที่สุดอันจำเป็นต้องนำมาใช้ในสมัยใหม่นั้น เพราะการค้าเจริญขึ้นไม่ได้ในประเทศที่กฎหมายขาดบทบัญญัติเรื่องสัญญาตัวแทน เช่นนี้คำสอนและตำราต่าง ๆ ที่ได้กล่าวอ้างมาแล้ว จึงบรรยายสัญญาตัวแทนอย่างพิสดาร เพราะรู้สึกถึงความสำคัญแห่งสัญญาใหม่นี้ จนโรงเรียนกฎหมายจัดให้มีคำสอนลักษณะสัญญาตัวแทนเป็นพิเศษ^(๑)

๑๓๔. นอกจากสัญญาตัวแทน ทางปฏิบัติได้นำเอาสัญญานายหน้าและทรัพย์สินมาใช้อีก ทรัพย์สินมักจะใช้ในเรื่องพินัยกรรมเท่านั้น ศาลยอมรับบังคับบัญชาโดยถือเอาตามตำราและคำสอน แม้จะเป็นวิธีการของชนชาติอังกฤษโดยเฉพาะ^(๒)

สัญญาประกันภัย ซึ่งเรียกว่า อินซุรัน (Insurance) ก็ได้นำมาใช้ทั้ง ๒ ชนิด คือประกันอัคคีภัยและประกันชีวิต นอกจากนั้นยังได้นำสัญญาเลี้ยงชีพซึ่งขณะนั้นเรียกว่า อันนุยตี (Annuity) หรือเบี้ยหวัดมาใช้อีกด้วย

กฎหมายเจ้ารู้จักสัญญาเข้าหุ้นส่วนแต่ประเภทเดียว ทางปฏิบัติได้นำเอาวิธีเข้าหุ้นส่วน ซึ่งจำกัดความรับผิดชอบมาใช้โดยเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า กัมปนี แล้วเรียกว่า บริษัทต่อมา^(๓) ในลักษณะนี้ผู้บัญญัติกฎหมายได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับ โดยออกพระราช

(๑) ในคำสอนพิมพ์ครั้งที่ ๒ ขุนหลวงพระไกรสีได้เติมบทว่าด้วยสัญญาตัวแทนลงบทหนึ่ง ซึ่งมีได้กล่าวไว้ในคำสอนครั้งแรก นายบุญช่วยได้บรรยายลักษณะสัญญาตัวแทนที่โรงเรียนกฎหมายเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๕๓ ซึ่งได้พิมพ์ขึ้นในปีต่อมาเรียกว่า “หลักกฎหมายว่าด้วยนายกับเอเยนต์”

(๒) เป็นที่รู้กันแล้วว่า ทรัพย์สินนี้มีมูลฐานมาจากกฎหมายโรมัน แต่กฎหมายในประเทศยุโรปฝ่ายคอนติเนนต์ได้เลิกใช้เสีย

(๓) เข้าใจว่าผู้บัญญัติกฎหมายได้ใช้ศัพท์บริษัทนี้เป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะหุ้นนี้ ร.ศ. ๑๑๐

บัญญัติเข้าหุ้นส่วนบริษัท ร.ศ. ๑๓๐ (๑๗ กันยายน พ.ศ. ๒๔๕๔) แต่ก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและศาลได้วางหลักกฎหมายข้อบังคับเกี่ยวกับบริษัทและห้างหุ้นส่วนมาแล้ว

ในที่สุดทางค้าขายได้ใช้ตัวเปลี่ยนมือแพร่หลายขึ้น มีตัวสัญญาใช้เงิน ตัวแลกเปลี่ยนและเช็ค ซึ่งเรียกกันเป็นภาษาอังกฤษว่า โปรอมมิสซีโนต์, บิลออฟเอ็กซเชน และเช็ค กรมหลวงราชบุรีฯ ยังทรงอธิบายในเล็ทเทอร์ของพระองค์ถึงสัญญาบอตตอมรี (Bottomry) และเรสปอนเดนเซีย (Respondentia) ซึ่งใช้เฉพาะในการค้าทางทะเลอีกด้วย

เราไม่สามารถระบุชื่อสัญญาใหม่ทั้งหมด ซึ่งเกิดขึ้นโดยอาศัยแนวความคิดใหม่เรื่องสัญญาในสมัยนั้น และซึ่งศาลได้รับรู้ให้ใช้บังคับได้ สัญญาใหม่นี้หลายชนิดได้ใช้กันแพร่หลายจนกลายเป็นสัญญาปกติ เช่น ตัวเปลี่ยนมือ สัญญาประกันภัย เป็นต้น และได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาเหล่านี้มากมาย โดยมีได้มีบทกฎหมายแต่อย่างใด

๑๓๕. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ ซึ่งประกาศใช้ครั้งแรกเมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๗ และต่อมาได้ตรวจแก้ไขและประกาศใช้เป็นครั้งที่ ๒ เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๗๑ ได้บัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาไว้ ประมวลกฎหมายบรรพนี้ได้รวมเอาบรรดาสัญญาต่าง ๆ ที่มีมาแต่ครั้งกฎหมายเก่า และยังคงใช้อยู่ในสมัยปัจจุบันเข้าไว้ นอกจากสัญญาบนบาน สัญญาฝากสินค้าไปขายและสัญญาวาน ซึ่งมีได้ถือว่าเป็นสัญญาชนิดพิเศษต่อไป นอกจากนี้ยังได้รวมเอาส่วนมากของสัญญาซึ่งทางปฏิบัติและศาลได้นำมาใช้ในสมัยรัชกาลที่ ๕ ไว้ด้วย สัญญาที่ขาดไปอันสำคัญซึ่งควรออกชื่อ คือ ทรัสต์ ซึ่งในต่อมาบรรพ ๖ (มาตรา ๑๖๘๖) บัญญัติห้ามมิให้มีผลอีกต่อไป อนึ่ง ประมวลแพ่งบรรพ ๓ ได้บัญญัติสัญญาใหม่โดยแยกเอาสัญญาซึ่งจนถึงสมัยนั้นได้รวมอยู่ในสัญญาที่คล้ายคลึงกันมาออกเป็นสัญญาพิเศษ เช่น สัญญาเช่าซื้อ สัญญาขนส่ง คลังสินค้า บัญชีเดินสะพัด เป็นต้น

ในประมวล เอกเทศสัญญาแต่ละชนิดมีหลักกฎหมายโดยจะเพาะอย่างชัดเจน ซึ่งผู้ร่างได้พยายามที่จะเพิ่มให้สมบูรณ์มากกว่าที่จะไปแก้ไขหลักที่อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและศาลได้แสดงไว้มาก่อน เราได้สังเกตมาแล้วในบทต้นๆ ว่า บทบัญญัติในกฎหมายเก่าที่คงใช้เหลืออยู่ในกฎหมายปัจจุบันมีน้อยที่สุด ทั้งได้แสดงคำอธิบายมาแล้วด้วย โดยเหตุที่ระบอบสัญญาของกฎหมายไทยยังคงอยู่ตามเดิม มิได้มีการเปลี่ยนแปลง

มาเป็นเวลานาน จึงทำให้บทบัญญัติเดิมไม่สู้เป็นประโยชน์อันใดในสมัยรัชกาลที่ ๕ เมื่อประเทศสยามได้เจริญขึ้นมากทั้งในทางเศรษฐกิจและการเมือง เนื่องจากการที่ประเทศสยามได้เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว การเกี่ยวข้องระหว่างเอกชนเข้ารัฐปลักษณะต่าง ๆ ยุ่งเหยิงมากกว่าแต่ก่อน อาจารย์ผู้สอนกฎหมายและผู้พิพากษาในศาลจึงจำเป็นต้องนำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ เพื่อแก้ปัญหาอันเกิดขึ้นใหม่เนื่อง ๆ ฉะนั้นกฎหมายปัจจุบันเรื่องสัญญาเกือบจะถือได้ว่า มิได้มีส่วนสืบเนื่องมาจากกฎหมายเก่าทีเดียว

มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง

คำสอนชั้นปริญญาโท

พุทธศักราช ๒๔๘๓



ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(กฎหมายเอกชน)

กฎหมายที่ดิน

โดย

ร. แลงกาด์

ดีออกเตอร์กฎหมายฝรั่งเศส

คำนำ

ในการบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายระบอบที่ดิน มีบางตอนซึ่งข้าพเจ้าจำเป็นต้องบงกชเข้าไปในเขตคำสอนของท่านอาจารย์ผู้สอนกฎหมายปัจจุบัน โดยข้าพเจ้าไม่มีช่องที่จะเว้นได้ เพราะเรื่องที่ดินนี้ กฎหมายเก่ามีอายุยืดเวลานานจนถึงสมัยปัจจุบัน แต่วัตถุประสงค์ของนักประวัติศาสตร์ไม่เหมือนวัตถุประสงค์ของอาจารย์ผู้สอนกฎหมายปัจจุบัน และวิธีสอนก็ผิดกัน เพราะอาจารย์ผู้สอนกฎหมายปัจจุบัน มุ่งจะให้อธิบายกฎหมายในทางที่เป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติ จึงพยายามที่จะแปลกฎหมายออกให้มีผลทันสมัย และเหมาะสมแก่ความต้องการของบุคคลในสมัยปัจจุบัน แต่ส่วนนักประวัติศาสตร์ตรึงกันข้าม พยายามนำเอาข้อความเดิมของบทกฎหมายมาให้ปรากฏ เพื่อแสดงให้นักศึกษาเห็นถึงการผันแปรของกฎหมายแต่สมัยเก่าจนสมัยเรา นี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้สอนกฎหมายปัจจุบันดำเนินคำสอนในทางที่จะทำให้ให้นักศึกษาผู้ฟังสามารถไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าได้ แต่นักประวัติศาสตร์ดำเนินคำสอนในทางที่จะทำให้ นักศึกษาผู้ถึงวิธีต่าง ๆ ที่เคยใช้มาแต่ก่อน เพื่อตัดปัญหาและระงับข้อขัดข้องในอดีตกาล ซึ่งวิชาทั้งสองนี้ประกอบกันทำให้นักศึกษามีความรู้กว้างขวาง แต่โดยเหตุที่คำสอนดำเนินไปคนละแง่คนละทางดังนี้ การตีความในกฎหมายบทเดียวกันจึงอาจผิดแผกไปได้เป็นธรรมดา เช่น เมื่ออาจารย์ผู้สอนกฎหมายหรือผู้พิพากษาในสมัยของเรา ยกบทกฎหมายที่ตราขึ้นในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ ผู้สถาปนากรุงศรีอยุธยาอธิบายในคำสอนหรือใช้ปรับคดีความ ท่านเหล่านั้นย่อมไม่อ่านดูบทกฎหมายนี้เช่นอย่างคนในสมัยนี้ เพราะความคิดเห็นและความต้องการของประชาชนเปลี่ยนไปหมด ทั้งบทกฎหมายที่ยกมานั้น ในสมัยที่ตราขึ้นรวมเข้าอยู่กับบทกฎหมายอื่น ๆ ที่ประกอบเป็นระบอบอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่เมื่อยกมาใช้ต่างหาก โดยบทกฎหมายอื่น ๆ นั้นเลิกไม่ใช้เสียแล้ว ความเดิมก็ย่อมไม่ปรากฏติดพันอยู่ต่อไป แต่ฝ่ายนักประวัติศาสตร์พากันเพียรที่จะรื้อฟื้นกฎหมายเก่าพร้อมด้วยระบอบเดิม โดยอาศัยความคิดเห็นลัทธิธรรมเนียมและบรรดาบทกฎหมายที่ใช้ในเวลานั้น ฉะนั้นหากการตีความของข้าพเจ้าผิดกับคำวินิจฉัยของศาลหรือคำอธิบายของอาจารย์ผู้สอน ขออย่าพึงถือว่าเป็นการวิเตียนหรือคัดค้าน เพราะความคิดเห็นนั้น อาจเนื่องมาจากการที่ใช้วิธีอันต่างกัน

อนึ่ง ข้าพเจ้าขอตักเตือนนักศึกษา ตามที่ได้กล่าวไว้ในคำสอนปี พ.ศ. ๒๔๗๘ และคำนำคำสอนปี ๒๔๘๐ ว่า “ความเห็นที่ข้าพเจ้ากล่าวในคำสอนนี้โดยมากก็เป็นแต่ข้อสันนิษฐาน ซึ่งข้าพเจ้าพร้อมอยู่ที่จะสละทิ้งเสีย หรือที่จะแก้ไขเพิ่มเติมในเมื่อมีผู้ชี้ให้เห็นข้อสันนิษฐานอื่นที่ดีและมีน้ำหนักกว่า ฉะนั้น นักศึกษาผู้ฝึกฝนในประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ ไทย อย่าได้เอาคำสอนนี้ไปโดยมิได้ไตร่ตรองให้เห็นชอบแท้แน่แท้ใจเสียก่อน ตรงกันข้าม ข้าพเจ้าใคร่ให้นักศึกษาพึงพิจารณาและออกความเห็นโต้แย้งซึ่งกันและกัน เพื่อพิสูจน์ความถูกต้องในความเห็นที่ข้าพเจ้าแสดงไว้ ถ้าหากผู้ใดมีความเห็นแย้งความเห็นของข้าพเจ้าส่วนใดแล้ว ก็ขอได้ชี้แจงให้ข้าพเจ้าทราบด้วย” ฉะเพาะประวัติศาสตร์ ระบบบที่ดิน คำกล่าวนี้เหมาะสมอย่างยิ่ง เพราะระบบบที่ดินหาเกี่ยวกับกฎหมายเอกชน อย่างเดียวไม่ แต่เกี่ยวกับวิธีปกครองบ้านเมือง วิธีเก็บเงินภาษีอากร กับระบบบทาง เศรษฐกิจด้วย การศึกษาจึงต้องพึงอาศัยการค้นคว้าในวิชาต่าง ๆ ย่อมเป็นธรรมดาที่จะหาความจริงจึงได้ยาก ฉะนั้น ควรถือเอาความเห็นของข้าพเจ้านี้เป็นแต่ข้อสันนิษฐานไว้ก่อน เมื่อมีการค้นคว้าในภายหลังแล้วได้หลักฐานใหม่จึงจะรู้ว่าควรถือเป็นความจริงต่อไปเพียงไร.

ร. แลงกาตี

ศาลอุทธรณ์ วันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๔๘๓

สารบัญ

หน้า

หมวด ๑

ข้อความทั่วไป

๒๙๔

๑. กรรมสิทธิ์ที่ดิน

๒๙๔

๒. ระบบที่ดินของชนเชื้อชาติไทยนอกประเทศไทย

๒๙๙

หมวด ๒

ลักษณะสำคัญแห่งระบบที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา

๓๐๕

๑. พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินแต่ผู้เดียว

๓๐๘

๒. ห้ามการซื้อขายที่ดิน

๓๑๔

๓. เจ้าของชาติสิทธิได้ง่าย

๓๑๗

หมวด ๓

หนังสือสำคัญ

๓๒๔

๑. สมัยกรุงศรีอยุธยา

๓๒๔

๒. สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนการออกโฉนดแผนที่

๓๒๙

๓. การเปลี่ยนแปลงระบบในรัชกาลที่ ๕

๓๓๓

หมวด ๔

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

๓๔๒

๑. การจอง

๓๔๒

๒. การรับพระราชทาน

๓๔๘

๓. การซื้อขาย

๓๕๐

๔. การให้และการแลกเปลี่ยน

๓๕๒

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

	หน้า
๕. การจำนำ การขายฝาก และการจำนอง	๓๕๔
๖. การได้มาทางมรดก	๓๖๓

หมวด ๕

การสิ้นสุดแห่งกรรมสิทธิ์

	๓๖๕
๑. การเวนคืน	๓๖๖
๒. การบังคับซื้อ	๓๖๗
๓. การละทิ้ง	๓๗๓
๔. อายุความ	๓๗๘

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ระบอบที่ดิน

หมวด ๑

ข้อความทั่วไป

๑. ตามกฎหมายเก่าหาแบ่งแยกทรัพย์สินเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ เช่น กฎหมายปัจจุบันไม่ แต่แบ่งแยกเป็นวิญญานกรรมทรัพย์และอวิญญานกรรมทรัพย์ คือ ทรัพย์สินที่มีชีวิตและทรัพย์สินที่ปราศจากชีวิต การแบ่งแยกนี้ปรากฏอยู่ครั้งแรกในคัมภีร์ธรรมศาสตร์เก่าที่ใช้กันในประเทศรามัญและพม่า นักนิติศาสตร์มอญเป็นผู้คิดตั้ง โดยเอามูลมาจากพระคัมภีร์ในพระพุทธศาสนา^(๑) แต่การแบ่งนี้มีลักษณะไปในทางศาสนาและศีลธรรมมากกว่าอื่น จึงไม่ค่อยมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย ข้อที่กฎหมายในครั้งกรุงศรีอยุธยา รับรู้การแบ่งประเภททรัพย์สินนี้แต่อย่างเดียว ไม่คิดที่จะเอาที่ดินเป็นประเภททรัพย์สินต่างหากนั้น ส่อให้เห็นว่า ในสมัยนั้นไม่นับที่ดินว่าเป็นทรัพย์สินสำคัญในกองสมบัติของบุคคลเช่นในสมัยปัจจุบัน ในสายตาของผู้เป็นเจ้าของที่ดินไม่มีราคามากกว่าทาสกรรมกร ปลูกสัตว์ สัตว์พาหนะ และเงินทองรูปพรรณซึ่งเป็นของตนด้วย

การถือกันดังกล่าวมานี้หาใช่เพราะเหตุที่คนไทยโบราณไม่รู้จักคุณค่าของที่ดินในทางเศรษฐกิจไม่ ปวงชนชาวไทยตั้งแต่โบราณกาลมาพึ่งอาศัยกสิกรรมเป็นพื้นในการเลี้ยงชีพ จึงเห็นแจ้งประจักษ์ถึงประโยชน์แห่งที่ดิน การที่ถือกันว่าไม่เป็นทรัพย์สินสำคัญในกองสมบัติของบุคคล ก็เนื่องมาจากความคิดเห็นเรื่องสิทธิของผู้เป็นเจ้าของ

๑. กรรมสิทธิ์ที่ดิน

๒. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๓๓๖ ว่า “เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้ง

(๑) ฝ่ายธรรมศาสตร์อินเดียแบ่งแยกทรัพย์สินเป็น สุถาวร คือทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ และ ชุกคัม หรือ ธน คือทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ แต่ความจริงการแบ่งนี้เป็นมูลเดิมแห่งการแบ่งที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์พระพุทธศาสนา โดยถือเอาว่าทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ก็เป็นทรัพย์สินที่มีชีวิต

มีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมีขอบด้วยกฎหมาย” สิทธิของเจ้าของตามที่วิเคราะห์มานี้ ถ้าพูดถึงเจ้าของสิ่งทหามทรัพย์ มนุษย์รับรู้กันทั่วไปแต่แน่นอน แม้ชนบทรวมเหยียดชุมชนอารยหรือพวกคนป่าที่ล่าสัตว์ที่สุด ยังรับรองกรรมสิทธิ์ของบุคคลในสิ่งของบางอย่าง เช่น อาวุธ เครื่องมือ สัตว์พาหนะ เครื่องประดับประดาเป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิใช้และจำหน่ายแต่ผู้เดียว และมีสิทธิทำลายได้ตามอำเภอใจ ทั้งมีสิทธิติดตามได้จากผู้ที่ลักไปดุดเดียวกันกับสมัยปัจจุบัน แต่ส่วนที่ดินนั้นสิทธิของเจ้าของได้เปลี่ยนแปลงตามชั้นแห่งความเจริญของชุมชน วิธีเลี้ยงชีพและระบอบการเมือง กฎหมายประเพณีเรื่องที่ดินจึงมีลักษณะต่างกับเตามกาลสมัยและประเทศชาติ

พวกคนป่าบางพวกไม่รู้เรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินเลย เช่น พวกที่หาเลี้ยงชีพโดยการล่าสัตว์ หรือการเก็บผลไม้ในป่า ถือว่าที่ดินเป็นของกลาง ไม่มีใครหวงห้ามเป็นของตนโดยจะเพาะได้ ในพวกที่หาเลี้ยงชีพโดยเลี้ยงปศุสัตว์และที่ท่องเที่ยวไปไม่ตั้งรกรากอยู่คงที่ แม้จะเป็นพวกที่เข้ามาสู่ความเจริญบ้างแล้ว เช่น พวกมองโกลและอาหรับก็ดี ที่ดินยังไม่มีเจ้าของ ยังเป็นของกลางอยู่ ต่อเมื่อมีชุมชนมาอาศัยการเพาะปลูก จึงเกิดมีผู้เป็นเจ้าของที่ดิน แต่ในดั้งเดิมที่ดินไม่ตกเป็นของบุคคลแต่ละคน แต่ตกเป็นของชาติกุล(๑) ร่วมกัน และแบ่งปันกันในระหว่างครัวเรือนเป็นระยะสั้น ๆ โดยมากทุกปี ในกาลต่อมาวิธีเพาะปลูกดีขึ้น ผู้ทำต้องการยึดถือที่ดินนานกว่าแต่ก่อน การแบ่งปันจึงค่อย ๆ ขยายเวลาทำกันเป็นเวลานานขึ้น จนในที่สุดตกเลิกเสียทีเดียว ที่ดินจึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว หัวหน้าครอบครัวเป็นผู้ถือในนามของสมาชิกทั้งหลาย หัวหน้าไม่มีสิทธิโอนให้แก่ใคร เพราะเป็นสมบัติของหมู่ แต่นอกจากนี้หัวหน้ามีอำนาจมาก โดยเป็นผู้ตัดสินเด็ดขาดเรื่องการใช้ประโยชน์ในที่ทุกประการ ในกาลต่อมาอำนาจของหัวหน้าเสื่อมลง เพราะการที่ครอบครัวรวมเป็นชาติกุลนั้นสนิทแน่นแฟ้นยิ่งขึ้น ชาติกุลมีประมุขอันมีอำนาจเหนือประดาหัวหน้าครอบครัว ในตอนต้นอำนาจของประมุขยังอ่อนแออยู่ เป็นแต่หัวหน้าผู้หนึ่งซึ่งมีกำลังบริวารมากกว่าผู้อื่น แต่ในประเทศชาติที่เจริญอำนาจของประมุขนั้นกว้างขวางมั่นคงขึ้นเป็นลำดับ และสามารถที่จะตั้งลูกหลานสืบกันต่อไปได้ เป็น

(๑) คำชาติกุลนี้ พระองค์เจ้าวรวงศ์ไวยากรใช้เพื่อแปลคำอังกฤษ tribe ในบทประพันธ์ “วิชาการเมือง” อันรวบรวมอยู่ในหนังสือ “ศัพท์สนธิสัญญาและการเมือง” ข้าพเจ้าจึงยืมมาใช้ในคำสอน บทประพันธ์นี้อธิบายถึงชั้นแห่งความเจริญของมนุษย์ นักศึกษาควรอ่านประกอบกับคำสอนหมวดนี้ด้วย.

เหตุให้อำนาจของหัวหน้าครอบครัวหย่อนลง ในบางแห่งประมุขเข้าสวามิภักดิ์ของหัวหน้าครอบครัวได้บางประการ โดยถือชาติกุลเสมือนหนึ่งว่าเป็นครอบครัวของตน และปกครองบ้านเมืองตามอย่างหัวหน้าบริหารกิจการแห่งครอบครัว ประมุขจึงได้เป็นผู้ถือที่ดินอยู่ในบังคับบัญชาของตน แต่ผู้เดียวแทนหัวหน้าทั้งหลาย ต่อมาเมื่อชาติกุลรวมเป็นประเทศชาติใหญ่ การปกครองหนักแน่นยิ่งขึ้น เป็นเหตุให้อำนาจของครอบครัวโทรมลงไปอีก และบุคคลแต่ละคนย่อมมีสิทธิโดยจะเพาะ ในชุมนุมชนที่ยังถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว หัวหน้าไม่มีอำนาจเด็ดขาดเหมือนแต่ก่อน ต้องปรึกษามาชิกผู้อื่นและบางทีก็ต้องยอมแบ่งปันที่ดินให้แก่สมาชิกด้วย กรรมสิทธิ์ของเอกชนจึงแพร่หลายขึ้น

๓. แต่กรรมสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนี้มีลักษณะต่างกักับกรรมสิทธิ์ในสังหริมทรัพย์เป็นอันมาก ทั้งนี้ก็เพราะเหตุหลายประการ ในเบื้องต้นที่ดินมีมากมายและคนยังมีน้อย ฉะนั้น หากใคร ๆ ต้องการที่เพื่อปลูกเรือนหรือทำการเพาะปลูก ก็มีแต่จะไปหาที่ในป่าแล้วแผ้วถางโก่นสร้างที่จึงเป็นของตน แต่ทว่าถ้าเจ้าของอพยพออกจากที่หรือเลิกทำประโยชน์เสียแล้ว ที่ก็กลับเป็นของกลาง ผู้หนึ่งผู้ใดจะเข้าทำต่อไปอีกก็ได้ ในสมัยโบราณกรรมสิทธิ์ไม่แยกออกจากการครอบครอง เจ้าของต้องเป็นผู้อยู่หรือผู้ทำ และมีสิทธิหวงห้ามที่ได้แต่เมื่ออยู่หรือเมื่อทำ โดยเหตุนี้เองที่ดินจึงไม่เป็นสาระสำคัญในกองสมบัติของบุคคล ทรัพย์ที่เป็นสาระสำคัญก็คือ ภาษ กรรมกร ช่าง ม้า โค กระบือ และสิ่งของทองเงินที่ติดไปกับผู้เป็นเจ้าของและอยู่ใต้อำนาจของเจ้าของเด็ดขาด กับทั้งเป็นทรัพย์ที่ทำให้เจ้าของสามารถได้ผลประโยชน์จากที่ดินด้วย ฉะนั้นบุคคลผู้หนึ่งหาจะมี เพราะมีไร่นาเรียกสวนเนื้อที่ใหญ่ไม่ แต่เพราะมีกำลังเพียงพอทำได้เต็มเนื้อที่ กล่าวคือ มีแรงงานภาษกรรมกรและเงินทองเป็นอันมาก เมื่อเป็นดังนี้จึงไม่เป็นการประหลาดแต่อย่างใดที่กฎหมายเก่าของไทยในบางแห่งระบุทรัพย์ต่างๆที่รวมเป็นกองสมบัติของบุคคลโดยมิได้แบ่งถึงที่ดินเลย ความจริงที่ดินไม่มีราคาในตัวเอง แต่ผลที่เก็บเกี่ยวได้จากที่ดินตกอยู่ในกองสมบัติของบุคคลมากกว่าเนื้อที่ตนเอง ต่อเมื่อกรรมสิทธิ์แยกออกจากการครอบครองแล้ว ที่ดินจึงเริ่มเป็นทรัพย์สินอันมีคุณค่าต่างหากจากผลประโยชน์ที่ทำได้ แต่ถึงกระนั้นก็ดีสิทธิในที่ดินยังไม่เหมือนสิทธิในสังหริมทรัพย์ เพราะสมัยที่มนุษย์รวมตั้งเป็นชุมนุมใหญ่่นั้น เป็นสมัยการเมืองที่การปกครองเป็นการปกครองดินแดน แทนที่จะเป็นการปกครองหมู่บ้านโดยจะเพาะอย่างสมัยก่อน มีพระราชาเป็นเจ้าอาณาเขตต์ อาณาเขตต์นั้นไม่ใช่อื่น คือ ที่ดินที่พระราชาทรงอำนาจปกครองนั่นเอง การที่มีเจ้าของหวงแหนยึด

ถือไว้ในอำนาจของตน อาจเป็นปรีภยต่ออำนาจของพระราชินี ไม่เหมือนสังหาริมทรัพย์ ที่ผู้เป็นเจ้าของไม่ผู้จะมีโอกาสใช้สิทธิของตนได้ในทางที่เป็นอุปสรรคต่ออำนาจของพระราชินี ฉะนั้นในประเทศชาติที่พระราชินีมีอำนาจมาก ก็คงจะพยายามตัดทอนและจำกัดสิทธิของเจ้าของมิให้ล่วงอำนาจของพระราชินีได้ โดยเหตุที่การยึดถือที่ดินเป็นปัจจัยแห่งอิสรภาพและความเคลื่อนไหว พระราชินีจะขวนขวายอย่างสุดกำลังแห่งความสามารถให้สิทธิของเจ้าของเกิดเป็นอันตรายต่อตน ก็ทั้งในฐานะที่มีหน้าที่ป้องกันประโยชน์ของบ้านเมือง พระราชินีคงบากบั่นเข้าจัดการให้ที่ดินเกิดมีผลตามความต้องการของประชากร และให้ราษฎรรับส่วนแบ่งอันสมควรแก่ตำแหน่งและกำลังด้วย

ด้วยเหตุหลายประการดังกล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ในสมัยเก่าสิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินไม่บริบูรณ์เหมือนสมัยปัจจุบัน ในเบื้องต้นมักเป็นสิทธิร่วมกันของหมู่ชน ไม่มีการโอนให้กันได้ หรือเป็นแต่สิทธิที่จะทำหรืออาศัยในที่ ในกาลต่อมาเมื่อกรรมสิทธิ์แยกออกจากการครอบครองได้แล้ว ก็มากระทบกระเทือนกับอำนาจของรัฐอันเกิดขวางมิให้กว้างขึ้น สิทธิของเจ้าของที่ดินจึงถูกจำกัดต่างๆ ไม่บริบูรณ์เช่นสิทธิในสังหาริมทรัพย์ ซึ่งกฎหมายประเพณีรับรู้แต่ก็ดำบรรพ์ เพิ่งมีกรรมสิทธิ์อย่างเดียวสำหรับทรัพย์สินทั้งสองประเภท แต่ในสมัยปัจจุบันนี้เอง^(๑)

๔. เกี่ยวกับประวัติศาสตร์ระบอบที่ดินในประเทศไทยนี้ เป็นการนำประหลาดที่กฎหมายไทย ไม่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฮินดูหรือกฎหมายรามัญ หากจะได้รับบ้างก็เป็นข้อเบ็ดเตล็ดไม่สำคัญ นักนิติศาสตร์ฮินดูรับรู้สิทธิของบุคคลเหนือที่ดินแต่เห็นนาน และแยกกรรมสิทธิ์ออกจากการครอบครองอย่างแจ่มแจ้ง แต่โดยมากที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันกับครอบครัวหรือของหมู่บ้าน กรรมสิทธิ์ของบุคคลแต่ละคนไม่ค่อยจะมี ส่วนอำนาจของพระราชินี ก่อนสมัยที่พวกมองโกลเข้ามาตีประเทศอินเดียได้ นักนิติศาสตร์ถือว่าไม่เกี่ยวกับสิทธิของราษฎร ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน ตามคัมภีร์เคาตมธรรมสูตร ที่แต่งขึ้นราวร้อยปีก่อนพุทธศักราช ระบุถึงการได้มาต่างๆ ของกรรมสิทธิ์ โดยไม่อ้างอิงถึงสิทธิของราชาเลย ส่วนคัมภีร์มนุธรรมศาสตร์ว่า พระราชินีมีหน้าที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างราษฎรเรื่องเขตต์ที่ดิน แต่ตัวเองไม่มีสิทธิในที่ดินแต่อย่างใด ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ฮินดูนี้ตกลมาปรากฏอยู่ในพระคัมภีร์ฝ่ายพุทธศาสนา เช่นตามนิทาน

(๑) ความจริง แม้ในสมัยปัจจุบัน กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังมีข้อจำกัดต่างๆ และมีกฎหมายบังคับพิเศษหลายประการ แต่ทั้งนี้เนื่องจากสภาพแห่งที่ดินนั้นเอง และความสำคัญแห่งที่ดินในทางเศรษฐกิจ ไม่เกี่ยวกับการปกครองบ้านเมือง

พระเจ้ามหาสมมุตราช เมื่อถูกเลือกตั้งเป็นปฐมมหากษัตริย์นั้น ราชบรรพชาสละที่ดินของตนไม่ แต่ยอมสละเสียส่วนหนึ่งแห่งผลที่จะเก็บเกี่ยวได้ในนาของตน เพื่อให้พระเจ้ามหาสมมุตราชดำเนินราชการได้เท่านั้น^(๑)

ส่วนประเทศรามัญ หรือประเทศพม่าเก่าที่รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดียโดยตรง ระบอบที่ดินจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายอินเดีย ตามธรรมเนียมเก่าของพระเจ้าวาเรอู (เจ้าฟ้ารว) ราชบรรพชาเป็นเจ้าของที่ดินนาและที่ ๆ ปลูกเรือนอยู่ มีสิทธิซื้อขายให้และจำนำได้ โดยพระราชทานไม่เกี่ยวข้องกับเลย (มาตรา ๖๗, ๖๖ และ ๖๒) ตามมาตรา ๑๖๙ และ ๑๗๐ การพิศุจน์กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิศุจน์ด้วยพยานหลักฐาน ถ้ามีหลักฐานด้วยกันทั้งสองหรือเป็นที่สงสัยแล้ว ให้ผู้ครอบครองที่พิพาทเนื่องนั้นเป็นเจ้าของ ยังปรากฏว่าที่ดินเคยเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว เห็นได้จากการที่กฎหมายเพิ่มเติมไม่ยอมให้ตกเป็นของผู้ที่ไม่เป็นญาติ ถ้าเจ้าของจะขายที่ กฎหมายบังคับให้เสนอต่อผู้เป็นทายาทก่อน ถ้าทายาทไม่ยอมซื้อจึงขายให้แก่ผู้อื่นได้ (มาตรา ๘๖) แต่ในประเทศไทย สมัยกรุงศรีอยุธยา เป็นที่ทราบอยู่แล้วว่าระบอบที่ดินผิดแผกจากนี้มาก โดยพระมหากษัตริย์ถือพระองค์ว่าเป็นเจ้าของที่ดิน ราชบรรพชาแต่ผู้อาศัย ไม่มีสิทธิซื้อขายกันได้ ฯลฯ แมื่กฎหมายเขมรในโบราณกาล เท่าที่ค้นคว้าหาได้ ดูเหมือนว่าไม่มีอิทธิพลเห็นอกกฎหมายไทยเลย เพราะตามศิลาจารึกต่างๆ ปรากฏว่าราชบรรพชิตซื้อขายที่ดินแก่กัน โดยมหากษัตริย์ไม่เข้าแทรกแซงกับกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของ ตามศิลาจารึกของสมเด็จพระสุริยวรมันที่ ๑ ลงปีศก ๙๒๙ คือปี พ.ศ. ๑๕๔๙ ได้ความว่า เมื่อมีผู้มาขอรับพระราชทานที่ดิน ตามระเบียบมีการได้ส่วนเพื่อทราบว่ที่ๆ ขอพระราชทานนั้นมีเจ้าของหรือไม่ ถ้ามีเจ้าของแล้วไม่พระราชทาน ซึ่งสื่อให้เห็นชัดว่า มหากษัตริย์เขมรรับรองสิทธิของราชบรรพชาในที่ดิน ฉะนั้นกฎหมายที่ดินในประเทศไทยมีลักษณะเป็นพิเศษ ไม่ค่อยรับเอาสิ่งอันใดมาจากประเทศชาติอื่น แม้เป็นประเทศที่โดยปกติมีอิทธิพลสำหรับกฎหมายแผนกอื่น^(๒) คงเกี่ยวเกาะยึดมั่นในระบอบที่ดินเดิมอันเป็นขนบธรรมเนียมของชาติ ฉะนั้นก่อนที่จะศึกษากฎหมายที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยาเห็นว่า ควรอธิบายโดย

(๑) ให้ดูคถุณยสูตร ในทณานิกาย และอรรถกถาในวิมานวตถุ เป็นต้น

(๒) แต่อย่าพึงเข้าใจว่าระบอบที่ดินเช่นนี้ เป็นของชุมชนมณฑลชาติไทยโดยจะเพาะไม่มีที่อื่น ความจริงในอดีตกาลชุมชนมณฑลในยุโรป บางแห่งเคยมีระบอบที่ดินอันคล้ายคลึงกันกับระบอบที่ดินของไทย แม้ในสมัยปัจจุบันมีชุมชนมณฑลในทวีปอาฟริกาภาคกลาง เช่น ประเทศกอนดา ที่ระบอบที่ดินมีลักษณะคล้ายคลึงกันกับระบอบของไทย จนเป็นที่น่าพิศวง

สังเขปถึงลักษณะระบอบที่ดิน ในชุมชนชนเชื้อชาติไทยที่ตั้งถิ่นฐานอยู่นอกกลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาเสียก่อน

๒. ระบอบที่ดินของชนเชื้อชาติไทยนอกประเทศไทย

๕. วิธีปกครองของประเทศอัสสัมเมื่อพวกเขาเป็นใหญ่^(๑) มีลักษณะอันคล้ายคลึงกับวิธีปกครองของประเทศไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยา กล่าวคือ ประชาชนต้องถูกเกณฑ์เข้ารับราชการทุกคน เว้นเสียแต่พวกขุนนาง นักพรต ผู้มีวรรณะสูงและทาสชายทุกคนอายุตั้งแต่ ๑๕ ปีถึง ๕๐ ปี ได้ชื่อว่าเป็น ปาอิก (จากคำสันสกฤต ปาทิก คือ ทหารบก) ซึ่งตรงกับคำว่าไพร่ ชนปาอิกจัดแบ่งเป็นหมู่ ๆ ละ ๒๐ คน ๑๐๐ คน ๑๐๐๐ คน ๓๐๐๐ คน และ ๖๐๐๐ คน เหมือนเช่นกองทัพ มีนายเป็นลำดับกันเป็นชั้น ๆ มีอำนาจเหนือกัน ในประเทศไทยไพร่หมู่ทุกคนต้องรับราชการปีละ ๖ เดือน ฝ่ายประเทศอัสสัมใช้วิธีต่างกัน แต่มีผลทำนองเดียวกัน คือ ปาอิก ๓-๔ คน รวมกันเป็นหมู่เรียกว่า โคตร คนหนึ่งในกลุ่ม ๓-๔ คนนี้ต้องรับราชการเปลี่ยนกันไปคนละปี ในขณะที่คนหนึ่งไปรับราชการนั้น คนที่อยู่เป็นผู้นำทำสวนเพื่อเลี้ยงหมู่ของตนและผู้ที่ไปรับราชการ ในยามสงครามอาจมีการเกณฑ์คนในโคตรหนึ่งถึง ๒-๓ คนก็ได้ ในเวลาที่บ้านเมืองอยู่เป็นปกติสุข ทางการใช้ปาอิกทำการสาธารณประโยชน์ เช่น การสร้างถนนและถังน้ำ ซึ่งเป็นวัตถุที่ยังปรากฏมีอยู่จนบัดนี้

มหากษัตริย์อาหมเช่นเดียวกับมหากษัตริย์ประเทศไทย ถือตนว่าเป็นเจ้าชีวิตและเจ้าแผ่นดินทั่วทั้งหมดในประเทศ ฉะนั้นมีสิทธิแบ่งปันที่ดินให้แก่ใคร ๆ ได้ตามชอบใจ แต่มีระเบียบเกิดขึ้นซึ่งมหากษัตริย์ปฏิบัติอยู่เสมอ กล่าวคือ ในเบื้องต้นปาอิกทุกคนรับที่ดินแปลงหนึ่งเพื่ออาศัยอยู่และปลูกสวน เป็นการตอบแทนแรงงานที่ตนถูกเกณฑ์ไปรับราชการ นอกจากนี้ยังรับแบ่งนามีเนื้อที่ ๒ ไร่ คือ ราว ๗ ไร่ครึ่ง สำหรับที่ดินสองแปลงนั้น ปาอิกผู้รับไม่ต้องเสียภาษีอากร ต้องเสียแต่รัชชูปการปีละ ๑ รูปี ที่ดินแปลงที่ปลูกบ้านอยู่เป็นมฤคตกทอดไปยังลูกหลาน ส่วนนามีนั้นคงเป็นของหลวง ผู้ทำไม่มี

(๑) มหากษัตริย์อาหมเป็นชาติไทยใหญ่หรือเงี้ยว เริ่มตีอาณาจักรอัสสัมได้แต่ปี ๑๗๗๑ เรื่อยมาจนเต็มอาณาจักร พวกมองโกลโจมตีหลายครั้งแต่อาหมต่อสู้และรักษาอิสระภาพไว้ได้ ในปี ๑๗๘๘ มหากษัตริย์อาหมเข้านับถือลัทธิศาสนาพราหมณ์ และต่อมาผู้สืบราชวงศ์ก็นับถือศาสนาพราหมณ์เช่นเดียวกันต่อไป ในตอนกลางศตวรรษที่ ๒๓ อำนาจของมหากษัตริย์เสื่อมลง และประเทศอัสสัมตกอยู่ในอารักขาของประเทศพม่า

สิทธิโอนให้แก่ใคร และเมื่อผู้นั้นตายก็ต้องกลับมาเป็นของหลวง บางทีมหากษัตริย์เรียกนาคืนแล้วจัดแบ่งปันใหม่ นอกจากนี้ ๆ ใต้รับเพื่อตอบแทนการรับราชการดังกล่าวมาแล้ว พวกป่าอีกอาจได้ที่ดินแปลงอื่นอีกด้วย การแผ้วถางที่รกร้างว่างเปล่า ผู้แผ้วถางต้องเสียภาษีปุระละ ๑ รูปี จึงมีสิทธิปกครองที่นั้นตลอดเวลาที่มหากษัตริย์ไม่ต้องการที่ เพื่อมาให้แก่ป่าอีกผู้อื่นที่ยังไม่ได้รับส่วนแบ่งเลย อนึ่งมหากษัตริย์พระราชทานที่ให้แก่ขุนนางข้าราชการชั้นสูงเป็นเนื้อที่ผืนใหญ่ และพระราชทานแก่ตัวอาวรามและเหล่าพรหมณ์ด้วย ในกาลต่อมาข้าราชการผู้ใหญ่ขึ้นถือตนว่าเป็นเจ้าของที่ดินที่ได้รับพระราชทาน เป็นเหตุให้อำนาจของพระเจ้าแผ่นดินอาหมเสื่อมลงข้อหนึ่ง^(๑)

๖. ในประเทศอินโดจีนตามหนังสือต่าง ๆ ของผู้ที่ศึกษาลัทธิธรรมเนียมของชนเชื้อชาติไทยอันอาศัยอยู่ในประเทศนั้น ได้ความว่าระบอบที่ดินในหมู่ชนเหล่านั้นมีหลักว่าประมุขหรือเจ้าเป็นเจ้าของที่ดินภายในอาณาเขตต์ดั่งเดียวกับประเทศอัสสัม เช่น ในเมืองหัวพันทั้งหกตามบาดหลวงบรูเลต์กล่าวว่า “ชาวบ้านไม่รู้จักรกรรมสิทธิ์ในที่ดิน อาณาเขตต์เป็นของเจ้าชีวิตหรือพระเจ้าแผ่นดินหลวงพระบาง ประชาชนเป็นแต่ผู้เก็บกินหรือผู้ทำก่อนที่ฝรั่งเศสเข้าปกครองประเทศนี้ ภาษีอากรที่ดินซึ่งชาวบ้านชำระทุกปี จึงดูเหมือนหนึ่งว่าเสียไปเพื่อเป็นค่าอาศัยที่ของเจ้าชีวิตอยู่”^(๒) พวกไทยที่อาศัยอยู่ในดั่งเกียอยู่ก็เช่นเดียวกัน “ผู้เป็นกวานเจ้า (คือผู้เป็นอิสสระในอาณาเขตต์แห่งหนึ่ง) เป็นเจ้าของที่ดินทั่วอาณาเขตต์ที่ดินมีอำนาจปกครอง ชาวนาจึงไม่เป็นเจ้าของที่ ๆ ตนทำ ไม่มีสิทธิที่จะโอนให้แก่ใคร และเมื่ออพยพออกจากหมู่บ้านไปอยู่ที่อื่นก็ต้องเวนคืนที่แก่กวานบ้านเพื่อให้กวานบ้านแบ่งปันให้กับชาวบ้านที่เหลืออยู่”^(๓) ตามลัทธิธรรมเนียมของชาติที่เรียกชื่อว่าเมือง ซึ่งอาศัยภูเขาทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ของดั่งเกียอยู่ ผู้เป็นกวานล่างหรือโถ่คือหัวหน้า “ถือตนเป็นเจ้าของที่ดินทุกแปลงในอาณาเขตต์ ทั้งแปลงที่มีผู้ทำเป็นนาเป็นสวนและแปลงซึ่งยังเป็นป่ารกร้างว่างเปล่าด้วย หากให้ราษฎรเข้าครอบครองอยู่ก็โดยทรงเมตตาให้อาศัยอยู่”^(๔) สำหรับหมู่ชนเชื้อชาติไทยอื่น ๆ ที่อยู่ในประเทศอินโดจีน

(๑) ข้อความเรื่องระบอบที่ดินในประเทศอัสสัมนี้ คัดมาจากหมวด ๙ ในหนังสือของ E.A. Gait, *A History of Assam* และเล่ม ๓ ในหนังสือของ B.H. Baden-Powel, *The Land-Systems of British India*

(๒) A. Bourlet, *Socialisme dans les Hua Phan.*

(๓) E. Digue, *Etude de la langue tai.*

(๔) Ch. Robequain, *Le Than Hoa.*

ผู้ศึกษาชนบทรรมนิยม ทำข้อสังเกตทำนองเดียวกัน ฉะนั้นข้อที่ว่าประมุขเป็นเจ้าของที่ดินในอาณาเขตนั้นจึงเป็นหลักสำคัญในองค์การชุมชนชนเชื้อชาติไทยทั้งหลาย

แต่ในบรรดาชุมชนเหล่านั้นหลักที่ว่าเป็นที่ถือประกอบไปกับการแบ่งปันที่ดินในระหว่างประชาชน กล่าวคือ ผู้เป็นประมุขหายึดถือที่ดินเพื่อประโยชน์ของตนเช่นเจ้าของธรรมดาไม่ แต่ผู้เป็นประมุขแบ่งปันให้แก่ประชาชนเป็นเนื้อที่มากหรือน้อย ตามตำแหน่งอำนาจของผู้รับตามที่ประมุขแต่งตั้งไว้ เช่น ท่ามกลางชุมชนชนเชื้อชาติไทยที่อาศัยภูเขาในประเทศตั้งเกี่ยอยู่ ผู้เป็นกวางเจ้าเลือกเอาที่ดินแปลงใหญ่ ๆ ไร่เพื่อตนเองเสียก่อนแล้วประทานแปลงหนึ่งมีเนื้อที่น้อยกว่าแต่ยังใหญ่ให้แก่ผู้เป็นเจ้าเองหรือเชลยหลาย ซึ่งเป็นผู้ช่วยในการบริหารบ้านเมือง และเป็นที่สองรองลงมาจากกวางเจ้าตามทำเนียบบรรดาศักดิ์แล้วกวางเจ้าแบ่งให้แก่ชายบ้านทุกคนมีเนื้อที่น้อยกว่าอีก ต่อนั้นแบ่งให้แก่ทำทุกคนลดหลั่นลงมาตามฐานานุรูปและยศศักดิ์ ในหมู่บ้านทุก ๆ หมู่ ผู้เป็นกวางบ้านแบ่งปันนาในระหว่างครัวเรือนในนามของกวางเจ้า เมื่อชาวบ้านคนหนึ่งอพยพออกจากบ้านไปอยู่ที่อื่น หรือเมื่อมีคนใหม่มาอยู่เพิ่มเติม ก็มีการแบ่งปันกันใหม่ ในจำพวกไทยขาวซึ่งอยู่ทางแม่น้ำแดง ตามประเพณีเดิมมีการแบ่งปันนากันทุก ๆ ๓ ปี ในระหว่างครัวเรือน ๆ หนึ่ง ได้รับแบ่งเนื้อที่มากน้อยตามจำนวนคนที่ต้องเลี้ยงดูอยู่ในครัวเรือนนั้น วิธีแบ่งปันนานั้น คือแบ่งนาออกเป็นแปลง ๆ แล้วชาวบ้านต่างก็มาจับสลากเอา เมื่อพ้น ๓ ปีแล้วชาวบ้านนั้น ๆ ต่างก็เอาที่นาเหล่านั้นมาคั้นรวมเป็นผืนแผ่นดินเดียวกัน แล้วมีการแบ่งปันจับสลากกันใหม่ ในการแบ่งปันนานี้โดยมากนายบ้านสงวนนาไว้ต่างหากเพื่อให้แก่ผู้มีตำแหน่งบริหารเมือง นานั้นชาวบ้านถูกเกณฑ์ให้เป็นผู้ทำ^(๑) ในหัวพันประเทศลาวก็ถือประเพณีเช่นเดียวกัน ผู้เป็นท้าวแบ่งปันนาในระหว่างครัวเรือนอันมีอยู่ในหมู่บ้าน ฝ่ายท้าวเองก็เอาแปลงที่ดีไว้เป็นของตน การแบ่งปันนี้ได้ทำกันเป็นกำหนดระยะเวลาเสมอไปตั้งชุมชนไทยขาว แต่กระทำกันตามกรณีที่เกิดขึ้น เช่นมีผู้อยู่ในครอบครัวแยกออกไปตั้งเป็นครัวหนึ่งต่างหาก หรือมีผู้ต่างบ้านเข้ามาอยู่ในบ้านนั้น หรือมีชาวบ้านร้องค่านว่าที่ ๆ ตนอยู่นั้นเป็นที่ ๆ ทำประโยชน์ได้ยาก ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้มีการแบ่งปันนากันขึ้น ในพวกชาติเมืองก็มีการแบ่งปันนาเช่นเดียวกัน คนที่เป็นกวางล่างและท้าวเลือกเอาที่ ๆ ดีไว้สำหรับตน นาที่เหลือนั้นแบ่งปันให้ระหว่างครัวเรือนเป็นรายมากหรือน้อยตามความต้องการและกำลังของครอบครัว และทั้งตามภาวะซึ่งครอบครัวของผู้รับส่วนแบ่งจะยอมปฏิบัติตามด้วย การแบ่งปันนี้มิได้ทำตามระยะเวลาเสมอไป

(๑) E. Lunet de la Jonquière, *Ethnographie da Tonkin septentrional*.

แต่ทำตามกรณีที่เกิดขึ้นเช่นในเมืองหัวพัน จะนั้นครอบครัวหนึ่งอาจยึดถืออาณาแปลงหนึ่ง ได้ตลอดชีวิตของหัวหน้า และบางที่เมื่อหัวหน้าตายลูกก็เข้ารับทำนาศืบไป ถ้าพวกโดยทั่วไปแล้วมีการแบ่งปันแต่ในกรณีที่จำนวนในครอบครัวในหมู่บ้านเปลี่ยนไป เพราะเหตุที่ครอบครัวหนึ่งได้แยกออกเป็นสองครอบครัว หรือมีครอบครัวใหม่อพยพเข้ามาอยู่ ในการแบ่งปันนี้โดยมากไม่รวมเอาหน้าทุกราชเข้ามาแบ่งกันใหม่ คงเอาแต่หน้าบางรายมาแบ่งเท่านั้น.

๗. การแบ่งปันที่ดิน ดังพรรณามาแล้วนี้เป็นลักษณะสำคัญของระบอบที่ดินในหมู่บ้านเชื้อชาติไทยไม่ว่าชุมชนไหนอะไร โดยการแบ่งปันนี้เองผู้เป็นประมุขแสดงให้เห็นชัดและสงวนรักษาซึ่งกรรมสิทธิ์ของตนเมื่ออยู่นั่นที่ดิน จริงอยู่ผู้เป็นประมุขอาจใช้สิทธิของตนในทางอื่นซึ่งมีผลสุดเดียวกัน เช่น อาจขับไล่ราษฎรออกจากที่ ๆ ทำอยู่เพื่อเข้าครอบครองเองหรือเพื่อให้แก่ผู้อื่นได้ตามใจชอบ ผู้ศึกษาชนบทธรรมนิยมของพวกไทยต่าง ๆ ในอินโดจีนอ้างตัวอย่างที่ผู้เป็นประมุขใช้สิทธิของตนในทางนี้ แต่ยอมไม่เป็นการสงบ เพราะวิธีที่ผู้เป็นประมุขแสดงกรรมสิทธิ์ทำนองนี้ทำให้ราษฎรรู้สึกขังใจ และเป็นเหตุให้เกิดความปั่นป่วนในหมู่บ้าน ฉะนั้นผู้เป็นประมุขน่าจะละเว้นไม่ขับไล่ราษฎรออกจากที่ ๆ ทำ เว้นแต่จะลงโทษในกรณีที่จำเป็น ตามปกติการแบ่งปันที่ดินจึงเป็นเครื่องแสดงกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นประมุขทางเดียว วิธีนี้ไม่เป็นเหตุให้เกิดภัยอันตรายเหมือนการขับไล่ เพราะการแบ่งปันนั้นถ้าจัดเอาทั้งหมดมารวมแบ่งก็เป็นเหตุให้ราษฎรทุกคนเข้าทำประโยชน์ในที่ ๆ เพราะปลูกได้ทุกรายเป็นลำดับไป หากการแบ่งปันนั้นเกี่ยวกับบางแปลงโดยจะเพาะ ก็จัดขึ้นเพื่อความยุติธรรมให้ชาวบ้านรับที่ดินตามความต้องการ จึงไม่เป็นปัจจัยให้ชาวบ้านไม่พอใจ เพราะเหตุนี้ราษฎรจึงนิยมประเพณีแบ่งปันที่ดินและยอมปฏิบัติตามโดยดี แต่เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วราษฎรทุกคนรู้ว่าตนยึดถือที่ดินในนามของผู้เป็นประมุข ไม่มีโอกาสจะขยายที่ของตนหรือจะใด ๆ ใหญ่กว่าเก่า เว้นแต่จะมีการแบ่งปันกันใหม่ คือโดยอาศัยความกรุณาของผู้เป็นประมุข ตนทราบว่ามันที่ตนให้ใครไม่ได้ ประมุขผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายที่ดิน ฉะนั้นจิตใจราษฎรไม่มีทางที่จะเกิดความรู้สึกว่าตนมีสิทธิเหนือที่ดินที่ทำ การที่ต้องเวนคืนที่ดินและประมูลกันใหม่ป้องกันมิให้ราษฎรถือได้ว่า ที่ดินเป็นทรัพย์สินเหมือนเช่นช้างม้าโคกระบือ หรือไถคราด ซึ่งตนเป็นเจ้าของ อาจซื้อขายและเปลี่ยนได้ตามใจ แต่ที่ดินเป็นของประมุขต่างหาก ตนเป็นแต่เพียงผู้อาศัยอยู่.

แต่ที่ว่าแม้ในชุมชนชนเชื้อชาติไทยที่ล้าหลังที่สุดก็ยังเป็นที่สังเกตได้ว่า การครอบครองของราษฎรกำลังจะยึดเยื้องคงที่เดิม ไม่เปลี่ยนแปลงกันไปบ่อยๆ เหมือนแต่ก่อน เป็นเหตุให้ราษฎรเกิดมีความรู้สึกขึ้นบ้างเล็กน้อยว่า ตนมีสิทธิเหนือที่ดินที่ทำอยู่ ในเบื้องต้นควรสังเกตว่าที่ดินที่ต้องเวนคืนมาแบ่งปันก็มีแต่ที่นาอย่างเดียว ที่ๆ ปลูกเรือนอยู่พร้อมด้วยสวนครัว โดยมากไม่ต้องประมวลแบ่งปันและตกทอดไปถึงลูกหลาน ในบางหมู่บ้านยอมให้ซื้อขายกันได้ ส่วนป่าดงหรือที่รกร้างคงเป็นของประมุข โดยถือกันว่าเป็นผู้แผ้วถางได้สิทธิหวงห้ามและทำประโยชน์ต่อไปแต่คนเดียว แต่ต้องเสียภาษีให้แก่ประมุขเท่านั้น ฉะนั้นมีแต่อย่างเดียว ซึ่งไม่อาจตกเป็นของบุคคลคนหนึ่งตลอดไป ยังต้องเวนคืนให้ผู้นั้นเป็นประมุขจัดการแบ่งปันใหม่^(๑) ความจริงแม้แต่ตนเองก็ปรากฏว่า การแบ่งปันกำลังสาปสูญไปเหมือนกัน เช่น ได้กล่าวมาแล้วว่า แต่ก่อนพวกไทยชาวเคยแบ่งปันนาทุกๆ ๓ ปี แต่ในเวลาปัจจุบันเลิกเสียแล้ว ประมุขปล่อยให้ที่ดินตกอยู่ในการครอบครองของผู้ทำและครอบครัวเรื่อยไป ประเพณีการแบ่งปันกลับฟื้นขึ้นมาแต่ในกรณีที่ครอบครัวหนึ่งมีกำลังแรงน้อยลงจนไม่สามารถทำนาเต็มเนื้อที่ได้ หรือในกรณีที่ครอบครัวสูญสิ้นไป นาที่เลิกทำว่างเปล่านั้น จึงแบ่งให้แก่ครัวเรือนที่มีกำลังคนมาก เนื่องจากเลิกประเพณีแบ่งปัน สกุลที่มีอิทธิพลมากจึงจួយโอกาสหวงห้ามที่มาเป็นสิทธิของตัวเอง และใช้ผู้ที่นับว่าหรือจ้างคนเข้าทำ ได้กล่าวมาแล้วว่า ในประเทศลาวก็เช่นเดียวกัน การแบ่งปันเกิดขึ้นแต่ในบางครั้งบางคราว แต่ยังถือว่าราษฎรซื้อขายที่ดินกันไม่ได้ ฉะนั้นผู้ครอบครองจะมีโอกาสขยายที่ของตนได้ก็ต่อเมื่อได้รับตำแหน่งหรือเลื่อนยศขึ้นในพวกชาติเมืองที่ได้เลิกประเพณีการแบ่งปันเสียแล้ว นาที่เป็นส่วนแบ่งเดิมของครัวเรือนเป็นที่ซื้อขายกันไม่ได้ แต่ที่บางรายกำลังเข้าสู่ฐานะเป็นทรัพย์สินสมบัติของราษฎรอย่างแท้จริง เช่นที่ดินที่กวานกลางผู้เป็นประมุขชายให้เป็นต้น ส่วนที่ดินรายนี้ผู้ซื้อสิทธิ

(๑) ควรสังเกตว่า ระบอบที่ดินของชนเชื้อชาติไทยนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับลัทธิคอมมิวนิสต์ที่ถือว่าที่ดินเพาะปลูกควรเป็นของกลาง ในหมู่บ้านที่ผู้เป็นประมุขมิได้แทรกแซงแบ่งปันโดยเห็นแก่บุคคลแต่เอาใจใส่ให้การแบ่งปันนั้นเป็นไปตามระเบียบเรียบร้อย ก็เสมือนหนึ่งว่าที่ดินเป็นของประชาชนร่วมกัน นอกจากนี้โดยเหตุที่ชาวนาช่วยแรงกันทำนาก็มีปสุสัตว์และเครื่องมือซึ่งกันและกันและตาข้าวเกี่ยวข้าวด้วยกัน นักศึกษาชนบทรวมนิยมบางคนจึงกล่าวว่า ชุมชนเชื้อชาติไทยปฏิบัติตามลัทธิโซเชี่ยลลิสมี มีบางคนคิดออกไปอีกจนแสดงความเห็นว่า ตามธรรมเนียมเดิมของพวกชาติไทย ที่ดินเป็นของประชาชนร่วมกัน แต่ในกาลต่อมาผู้เป็นประมุขรุกรานสิทธิของประชาชนและถือว่าเป็นเจ้าของที่ดิน แต่ความเห็นนี้ปราศจากหลักฐานที่จะเชื่อฟังเป็นความจริงได้

โอนให้ตามลำพังได้ และเมื่อตายที่นั้นตกเป็นมรดกของลูกหลาน แต่เมื่อโอนต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่กวางลงทุกครั้ง

๘. สรุปความว่า ตามขนบธรรมเนียมประเพณีของบรรดาชนมุนุมนุชชาติเชื้อไทยที่ตั้งถิ่นฐานอยู่นอกประเทศไทยนั้น ถือว่าระบอบที่ดินมีลักษณะสำคัญเหมือนกันทุกหมู่ กล่าวคือ ผู้เป็นประมุขเป็นเจ้าของที่ดินที่อยู่ในบังคับ กรรมติวิธีนี้ประมุขได้มาทางการรับชนะ จึงเกี่ยวข้องกับอำนาจของผู้เป็นประมุขโดยตรง และความจริงก็เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับอำนาจเหนือที่ดินนั่นเอง ฉะนั้นประมุขไม่ใช้สิทธิอันมีอยู่เหนือที่ดินเหมือนเจ้าของธรรมดา ยกเว้นแต่เขตต์ที่ดินที่ประมุขเลือกเอาเป็นของส่วนตัวแล้ว ผู้เป็นประมุขไม่ทำประโยชน์เอง แต่ปล่อยให้ราษฎรเช่าแสวงหาประโยชน์เพื่อเป็นการตอบแทนแรงงานที่ต้องเสียไปในราชการ หรือเป็นรางวัลของแรงงานที่ได้เสียไปแล้ว ฉะนั้นผู้เป็นประมุขจึงแบ่งปันที่ดินที่ใช้ในการเพาะปลูกได้ในระหว่างพวกญาติที่รักใคร่และขุนนาง เป็นเนื้อที่มากหรือน้อยสุดแต่ตามยศและตำแหน่งของผู้จะได้รับ ส่วนประชาชนสามัญได้รับแบ่งที่ดินส่วนหนึ่ง เพื่อทำการหาเลี้ยงชีพตนและครอบครัว การแบ่งปันให้ทั้งหลายนี้เป็นการชั่วคราว เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงยศและตำแหน่งข้าราชการและตามทะเบียนสามโนครวี จึงต้องมีการแบ่งปันกันบ่อย ๆ หรือตามระยะเวลากำหนด

ได้เห็นมาแล้วว่าในสมัยปัจจุบัน ระบอบที่ดินนี้ไม่ค่อยจะปฏิบัติกันอย่างเคร่งครัดเป็นแต่ยังถือกันอยู่บ้าง ทั้งนี้เป็นที่เข้าใจได้ง่าย คือ เมื่อการที่ได้และเข้าครอบครองอาณาเขตต์ที่ดินได้ล่วงมาเป็นเวลานานเข้าแล้ว ราษฎรก็มีความเคยชินกับดินแดนที่เข้ามาตั้งอยู่ จึงประสงค์ที่จะอยู่ในที่ ๆ ได้รับแบ่งไว้ต่อไป และรู้สึกไม่พอใจในประเพณีเดิมในหมู่ชนมุนุมนุชชาติอำนาจของประมุขเสื่อมลง ขุนนางที่ได้รับที่ดินเขตต์ใหญ่ ๆ ถือตนว่าเป็นเจ้าของที่ดิน ไม่ยอมเวนคืนให้ประมุขแบ่งปันใหม่ ใช้ผู้คนและบ่าวทำประโยชน์เหมือนเช่นเป็นประมุขเอง แม้ในชนมุนุมนุชชาติอำนาจของประมุขยังสมบูรณ์อยู่ และยังรักษาสีทธิเหนือที่ดินโดยปกติดั้งเดิม การที่ประเพณีแบ่งปันที่ดินไม่เป็นที่นิยมเลิกกันเสียแล้วหรือยังทำกันแต่บางครั้งบางคราวนั้น คงเป็นปัจจัยให้ราษฎรเกิดมีสิทธิในที่ดินอาศัยอยู่เป็นเวลานาน โดยถือเอาว่านอกจากผู้เป็นประมุขแล้ว ไม่มีผู้ใดมีอำนาจเหนือที่ดีกว่าตน โดยเหตุนี้ระบอบที่ดินของบรรดาชนเชื้อชาติไทย แม้มีสาระสำคัญอันเหมือนกัน แต่ความจริงถ้าจะศึกษาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า มีลักษณะต่างกันตามสภาพที่ ๆ ดินตั้งอยู่ และตามขนบอารยธรรมที่หมู่ชนนั้นนั้นได้บรรลุถึงแล้ว เกือบในทุกแห่งระบอบที่ดินที่พบเห็นในเวลานี้ เป็นระบอบสมัยหัวต่อที่ผู้ถือที่ดินกำลังบากบั่นที่จะหา

ทางให้หลุดพ้นจากการจำกัดสิทธิของตนในทางปกครอง เพื่อได้กรรมสิทธิ์ตามที่เป็นอยู่ในกฎหมายปัจจุบัน แต่ยังไม่ได้สมประสงค์ เป็นแต่ได้มาบ้างบางประการเฉพาะที่ดินบางชนิดและชุมชนบางแห่ง ครอบที่ดินในชุมชนนั้นจึงซับซ้อนยุ่งยากและแปลกกัน

ตามที่กล่าวมานี้จะช่วยนักศึกษาให้เข้าใจได้ ถึงระบบที่ดินของประเทศไทย ในสมัยโบราณ และการเปลี่ยนแปลงผันแปรอันปรากฏขึ้นในกาลต่อมาจนสมัยปัจจุบัน

๙. ต่อไปนี้จะสอนประวัติศาสตร์กฎหมายที่ดินในประเทศไทย โดยแบ่งคำสอนออกเป็น ๔ หมวด ในหมวดแรก (คือหมวด ๒ ต่อไปนี้) จะวิเคราะห์ดูลักษณะสำคัญของระบบที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา หลักใหญ่ ๆ ของระบบนี้ คือ เจ้าของที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญ สิทธิของเขาในที่ไม่มั่นคงและสูญสิ้นง่าย ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา และในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์หนังสือสำคัญเกิดขึ้น เป็นปัจจัยให้สิทธิของเจ้าของที่ดินดีขึ้น ทั้งเป็นเหตุให้กรรมสิทธิ์แยกออกจากการครอบครองได้อย่างชัดเจนด้วย ฉะนั้นในหมวดต่อไป (หมวด ๓) จึงจะศึกษาถึงหนังสือสำคัญต่าง ๆ ตามลำดับเวลาที่ปรากฏใช้ ต่อจากนั้นเราจึงสามารถเล่าเรียนได้ถึงการใช้มาต่าง ๆ ซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (หมวด ๔) และการขาดกรรมสิทธิ์ (หมวด ๕) ทั้งตามระบบเก่าและระบบใหม่เทียบกัน

หมวด ๒

ลักษณะสำคัญแห่งระบบที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา

๑๐. กฎหมายที่ดินแห่งสมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งตกทอดมายังสมัยเรานั้น ในประมวลกฎหมายรัชชกาลที่ ๑ รวบรวมอยู่แทบทั้งหมดในตอนต้นแห่งพระอัยการเบ็ดเสร็จ ตามลักษณะ เขตตาภิ อารามวนาภิธาน^(๑) และแยกออกเป็น ๒ ตอน โดยผู้ชำระ

(๑) ควรสังเกตว่าในพระธรรมศาสตร์ ข้อพิพาทเรื่องที่ดินจัดอยู่ในมุลคดี ๒ ประการต่างกัน คือ เขตตาภิและอารามวนาภิ (มุลคดีที่ ๙ และ ๑๐) ฉะนั้นดูเหมือนว่าเดิมมีระเบียบต่างกันตามแต่ประเภทที่ดินจะเข้าอยู่ในประเภทเขตตาภิ หรือในประเภทอารามวน แต่ทว่าถ้าเคยมีการแบ่งกันเช่นนั้นจริง คงเลิกใช้ไม่ได้เป็นผลเสียแต่เนิ่นนาน เพราะในพระอัยการเบ็ดเสร็จจบมาตราเกี่ยวกับเรื่องสวนไร่นาและที่ป่าปนกันหมดจนถึงแยกจากกันไม่ได้

เอาบทมาตราที่ว่าด้วยลักษณะคาบเกี่ยวมาขึ้นอยู่ด้วยความเปลือไป^(๑) ตอนแรกคือบทที่ ๑ ถึงบทที่ ๔๕^(๒) มีคำปรารภลงปีมะแม ๑๒๖๓ แต่จะเป็นศักราชอะไรยังไม่มีหลักฐานที่จะพึงวินิจฉัยได้ ฉะนั้นเป็นที่ทราบไม่ได้ว่าบทมาตราในตอนแรกนี้ได้ตราขึ้นในแผ่นดินใด แห่งสมัยกรุงศรีอยุธยา ส่วนตอนที่ ๒ คือบทที่ ๕๒ ถึงบทที่ ๖๕ เริ่มด้วยบทกฎหมายลงปีกุน ๑๙๐๓ ซึ่งน่าจะเป็นปีตามพุทธศักราช เพราะปี พ.ศ. ๑๙๐๓ เป็นปีกุนจริง บทกฎหมายนี้จึงเป็นบทอันเก่าแก่มาก โดยตราขึ้นในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ ผู้สร้างกรุงศรีอยุธยาขึ้นเอง แต่ไม่ควรถือว่าปี พ.ศ. ๑๙๐๓ นั้นเป็นปีที่ตราบทมาตราอันรวมอยู่ในตอนที่ ๒ นั้นทุกมาตรา กฎหมายที่ดินย่อมจะไม่ได้ตราขึ้นในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ ทั้งหมด คงจะได้มีพระราชกำหนดออกเพิ่มเติมขึ้นเป็นลำดับในกาลต่อมา เมื่อมีการชำระกฎหมายผู้ชำระย่อเนื้อความในพระราชกำหนดนั้น และจัดเป็นมาตราแล้วมาแทรกแซงเพิ่มเติมบทมาตราเดิม ตามวิธีซึ่งได้พรรณเอาไว้ในคำสอนปี ๒๔๗๘ จะเพาะกฎหมายลักษณะที่ดินเรามีหลักฐานแน่นอนที่ทำให้ยืนยันได้ว่าการเพิ่มมาตราขึ้นในสมัยอันไม่สู้เก่านัก ดังจะเห็นได้ในต่อไปว่า การออกโฉนดให้แก่ผู้ขอจับจองที่ดินเพ็งมีขึ้นในแผ่นดินพระเจ้าบรมโกษ ฉะนั้นมาตราซึ่งกล่าวถึงโฉนดนี้ถึงแม้ว่าจะได้จัดอยู่ในตอนบทกฎหมายอันลงปี ๑๙๐๓ นั้นก็ดี แต่คงจะได้ตราขึ้นภายหลังมาก คือ ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาลงมา บทกฎหมายที่ดินอันมีอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จจึงเหมือนกันกับบทกฎหมายลักษณะอื่น คือ เป็นบทกฎหมายอันตราขึ้นในแผ่นดินต่าง ๆ เก่าบ้าง ใหม่บ้าง และการที่จัดเข้าอยู่ด้วยกันก็เพราะเหตุว่าเป็นเนื้อความเกี่ยวกับลักษณะมูลคดีวิวาทอันเดียวกัน นักประวัติศาสตร์จึงควรใช้ความระมัดระวังก่อนที่จะยืนยันว่า บทนี้ตราขึ้นในเป็นันหรือตราขึ้นก่อนหลังกันเป็นลำดับ อย่างไรก็ตาม เป็นโชคดีแก่เราที่บทกฎหมายอันสำคัญที่สุดในการค้นคว้าเรื่องระบอบที่ดินนั้นมีปฎักฎแน่นอนอยู่บทหนึ่ง คือ บทอันติดต่อกันกับพระราชปรารภลงปีกุน ๑๙๐๓ นั้นเอง.

๑๑. ส่วนบทกฎหมายที่ดินที่ตราขึ้นในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ หากได้จัดรวมอยู่ด้วยเหมือนเช่นบทกฎหมายเก่าไม่ แต่กระจายอยู่ในหนังสือราชกิจจานุเบกษาหรือในหนังสือ

(๑) นี้เห็นได้ชัดจากการลงเลขลำดับตามมาตราในฉบับพิมพ์ของนายโหมตและฉบับพิมพ์อื่น ๆ ที่ผู้พิมพ์อาศัยฉบับของนายโหมตเป็นสำเนา เช่น ฉบับหมอบรัดเลย์ และฉบับกรมหลวงราชบุรีว เป็นต้น.

(๒) บทมาตราในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ที่อ้างในคำสอนนี้ก็อ้างตามเลขลำดับในฉบับพิมพ์ของมหาวิทยาลัย.

ประชุมกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งมีผู้รวบรวมพิมพ์ขึ้นเป็นลำดับ^(๑) บทกฎหมายนี้นับแต่รัชกาลที่ ๕ เป็นต้น ไปมีมากมายสลับบ้างฉบับกัน การค้นคว้าจึงไม่สะดวกเหมือนกฎหมายเก่า แต่ในข้อนี้นักประวัติศาสตร์ได้รับความช่วยเหลือจากผู้แต่งตำราต่าง ๆ ในรัชกาลที่ ๕ และที่ ๖ ถึงแม้ว่าผู้แต่งมุ่งหมายแต่จะอธิบายบทกฎหมายใหม่นี้ แต่ก็ยังคงเป็นประโยชน์ทางประวัติศาสตร์เนื่องจากการที่ได้แต่งตั้งขึ้นในสมัยที่ยังไม่ได้ใช้กฎหมายปัจจุบัน และใช้กฎหมายเดิมอยู่บ้าง ในเบื้องต้นมีคำสอนของกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงแสดงในโรงเรียนกฎหมาย และจัดพิมพ์ไว้ในปี ร.ศ. ๑๑๙ (๒๔๔๓) คือ ก่อนออกโฉนดแผนที่ ในภาคต่อมามีคำอธิบายว่าด้วยที่ดินของพระสุธรรมวิจิตร (ใหญ่ วิจิตรกุล) พิมพ์วันที่ ๑ มกราคม ๒๔๔๖ คำอธิบายลักษณะที่ดินของหลวงวราวิทวิจิตร (สวัสดิ์) พิมพ์ปี ๒๔๔๗ และคำอธิบายกฎหมายลักษณะที่ดินของพระยาพิชิตราชนาถ (สุหรั่ง วัชรราชัย) พิมพ์ปี ๒๔๖๒ ซึ่งเป็นฉบับที่แพร่หลายมากกว่าฉบับอื่น คำอธิบายทั้ง ๓ ฉบับนี้แต่งขึ้นก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนึ่ง กรมขุนไชยาทรงนิพนธ์หนังสือภาษาเยอรมันเรื่องกสิกรรมในประเทศไทย พิมพ์ปี ๒๔๕๑ ซึ่งมีหมวดว่าด้วยประวัติศาสตร์ระบอบที่ดินอยู่ด้วย^(๒)

๑๒. ตามบทพระอัยยการเบ็ดเสร็จ ปรากฏว่าในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา ระบอบที่ดินมีหลักสำคัญ ๓ ประการ กล่าวคือ

๑. พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินในพระราชอาณาจักร

๒. ราษฎรซื้อขายที่ดินแก่กันไม่ได้

๓. สิทธิของราษฎรเหนือที่ดินเบาบางมาก เพราะผูกพันอยู่กับการครอบครอง หากละทิ้งทีไรและมีผู้เข้ามาทำ เจ้าของที่ดินเดิมก็ขาดสิทธิทันที

(๑) นอกจากหนังสือประชุมกฎหมายทั่วไป เช่น ไกรสี ซึ่งได้ระบุชื่อในข้อความทั่วไปของคำสอนปี ๒๔๗๘ นั้น ควรระบุถึงหนังสือประชุมกฎหมายเฉพาะที่ดิน ๒ ฉบับ คือ “กฎหมายที่ดิน” ของหลวงดำรงธรรมสาร รวบรวมในปี ร.ศ. ๑๓๑ และ “กฎและคำสั่งกระทรวงเกษตรธิการ” ซึ่งรวบรวมพิมพ์โดยคำสั่งกระทรวงเกษตรธิการ วันที่ ๑ เมษายน ๒๔๖๔ หนังสือ ๒ เล่มนี้รวบรวมบทกฎหมายบางบทซึ่งมิได้รวมอยู่ในหนังสือประชุมกฎหมายทั่วไป จะพบอ่านได้ก็แต่เฉพาะ ๒ เล่มนี้.

(๒) นักศึกษาควรอ่านหนังสือของ H.G. Quaritch Wasles: *Ancient Siamese Government Administration* พิมพ์ที่กรุงลอนดอน ปี ๒๔๗๗ ตอนเกี่ยวกับระบอบที่ดินอีกเล่มหนึ่ง (หนังสือเล่มนี้แปลเป็นภาษาไทย ชื่อ การปกครองและการบริหารของไทยสมัยโบราณ โดย กาญจณี สมเกียรติกุล และยุพา ชุมจันทร์, สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, กรุงเทพฯ, ๒๕๑๙-บก. ๒๕๒๔)

จะบรรยายลักษณะ ๓ ประการนี้ตามลำดับ โดยชี้ให้เห็นว่าหลักนั้นมีผลที่ปฏิบัติ มาแต่ดั้งเดิมอย่างไร และมีการแก้ไขผ่อนผันกันเช่นไร

๑. พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินแต่ผู้เดียว

๑๓. หลักนี้มีบัญญัติอยู่ชัดแจ้งในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๒ “ที่ในแคว้นแคว้น กรุงเทพมหานครศรีอยุธยาหาติลกพนพรตน์ราชธานีบุรีรม เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรหามิได้” และต่อไปบทที่ ๕๔ บัญญัติชัดเจนกว่า “ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเป็นแคว้นแคว้นกรุงศรีอยุธยา ไซ้ที่ราษฎรอย่าให้ซื้อขายแก่กัน” ดังนั้นที่ดินที่อยู่ภายในอาณาเขตกรุงศรีอยุธยา จึงเป็นของพระมหากษัตริย์ทั้งหมด พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะจำหน่ายได้แต่ผู้เดียว^(๑)

หลักนี้หนังสือเก่าที่ไม่เกี่ยวกับนิติศาสตร์รับรองด้วย เช่น คัมภีร์ไตรโลภวินิจนัย กล่าวไว้ว่า พระมหาสมมุติราชผู้เป็นปฐมบรมมหากษัตริย์ได้รับพระนามว่า ชัตติยหรือ กษัตริย์ เพราะเป็นเจ้าของเขตต์ คือที่นาและที่แดนดินทั่วไปในพระราชอาณาจักร^(๒)

ตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยาคงถือกันว่า พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของอาณาเขตต์ จนถึงกระทั่งสมัยปัจจุบัน ก็ยังถือกันอยู่บ้างดังจะเห็นต่อไป ลาลูแบร์ที่เขียนเรื่องในสมัยแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ว่า “กรรมสิทธิ์ (La pleine propriété) ในที่ดินนั้นคงไว้แก่พระมหากษัตริย์อยู่เสมอ และพระมหากษัตริย์อาจเรียกที่ดินคืนได้ตามพระทัยทุกขณะ แม้ที่ ๆ ได้โปรดขายให้แก่ราษฎรก็เคยเรียกคืนบ่อย ๆ โดยมีได้คืนราคาก็มี”^(๓) ฝ่ายกรมหลวงราชบุรีฯ ก็ทรงบรรยายคำสอนตามนัยเดียวกันว่า “ที่ดินทั้งหมดเป็นของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว หาได้ทรงเป็นเจ้าของชีวิตอย่างเดียวไม่ทรงเป็นพระเจ้าแผ่นดินด้วย” โดยเหตุนี้จึงทรงกล่าวต่อไปในคำสอนว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจที่จะไล่คนซึ่งอยู่

(๑) กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายคำว่า “ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพฯ ฯลฯ” ตามทำนองเดียวกันนี้ คือ ให้กินความถึงที่ดินในพระราชอาณาจักร ไม่เฉพาะเขตต์ที่ขึ้นแก่กรุงศรีอยุธยาโดยตรง แต่ดูเหมือนว่าไม่กินความถึงอาณาเขตต์ของประเทศราช เช่นเมืองสุโขทัย ประเทศราชนี้เมื่อยอมอ่อนน้อมต่อกรุงศรีอยุธยาแล้วยังถือลัทธิกรรมเนียมระบอบที่ดินของตนต่อไปเช่นเดิม

(๒) ความจริง คำว่ากษัตริย์นี้มาจากสันสกฤต กษะรฺ อันหมายความว่าอำนาจอธิปัตย์หรือฤทธิกษัตริย์ จึงเดิมแปลว่า ผู้มีอำนาจศักดิ์สิทธิ์

(๓) *Du Royaume de Siam* เล่ม ๑ หน้า ๑๖๐

ในที่ดินนั้นออกไปได้โดยมิต้องพระราชทานสิทธิใหม่ตอบแทน ถึงแม้ว่าผู้นั้นจะถือโฉนดตราแดงตราองค์^(๑)

๑๔. หลักนี้บรรดาชุมชนมุสลิมเชื้อชาติไทยรับรองถือกันตามที่บรรยายมาแล้ว ฉะนั้นการที่กฎหมายไทยบัญญัติว่า ที่ดินทั้งสิ้นเป็นของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว จึงเป็นแต่ยืนยันตามขนบธรรมเนียมของชาติซึ่งถือกันมาแต่เนิ่นนาน แต่มีผลเพียงไรเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาอยู่ เพราะมีชุมชนหลายแห่งที่เคยถือหรือยังถืออยู่ว่าที่ดินในอาณาเขตต์เป็นของประมุขเช่นเดียวกัน ในประเทศจีนแต่โบราณกาลมาจนสมัยเร็ว ๆ นี้ ถือว่าพระเจ้าปักกิ่งเป็นเจ้าของที่ดินในอาณาจักร โดยคำภีร์ชี่กิงของขงจื้อว่า “ที่ดินใต้ท้องฟ้าเป็นของผู้เป็นประมุข และบรรดาผู้อาศัยที่ดินนั้นเป็นข้าของประมุข” ตามกฎหมายอิสลามก็เช่นเดียวกัน ที่ดินเป็นของอิหม่ามผู้เป็นประมุขแห่งศาสนา ไม่เป็นของราษฎร แม้ในทวีปยุโรปเมื่อสมัยมัธยม นับถือว่าอาณาเขตต์เป็นของมหากษัตริย์ และเมื่อมหากษัตริย์ถึงแก่ความตายก็แบ่งปันกันระหว่างทายาท เช่น อย่างมฤตกของบุคคล ในบางแห่งผู้เป็นประมุขแม้อำนาจได้โดยระบบชนะ อาณาเขตต์จึงตกเป็นของเขาทางชัยชนะ เหมือนอย่างสิ่งของขโมย ทำนองนี้พระเจ้าวิลเลียมที่ ๑ เมื่อตีประเทศอังกฤษได้แล้วถือเอาอาณาเขตต์ที่ ๆ ใต้นี้ว่าเป็นทรัพย์สินสมบัติของตน และแบ่งปันในระหว่างขุนนางที่เป็นพรรคพวกในสมัยเก่า กรรมสิทธิ์ยังไม่แยกออกจากอำนาจทางปกครอง ถือกันว่าสามีเป็นเจ้าของภริยา บิดาเป็นเจ้าของบุตร ประมุขจึงถือกันว่าเป็นเจ้าของที่ในอาณาเขตต์ดุจเดียวกัน เพราะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในประเทศ ต้องกินเวลานาน ๆ มาจนจนสมัยปัจจุบัน มนุษย์จึงสามารถแยกอำนาจของสามีบิดาและประมุขออกได้ และพึงพิเคราะห์เห็นว่าเป็นสิทธิคนละประเภทและใช้ได้ไปคนละขอบเขตต์^(๒) ในครั้งก่อนใครเป็นอิสสระต้องเป็นเจ้าของ การที่ประมุขว่าเป็นเจ้าของอาณาเขตต์จึงแสดงความสม

(๑) เล็กเซอร์ หน้า ๑๘๕-๑๙๐

(๒) กรรมสิทธิ์มุ่งไปในทางกฎหมายเอกชน เกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางเงินโดยจะเพาะในระหว่างบุคคลทำให้เจ้าของมีสิทธิห้ามมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนเท่านั้น ส่วนอำนาจนั้นมุ่งไปในทางกฎหมายมหาชน ประมาณราคาเป็นเงินไม่ได้ในระหว่างบุคคลทำให้ผู้มีอำนาจมีสิทธิบังคับให้ผู้อื่นทำตาม ฉะนั้นอาจมีกรรมสิทธิ์แต่ไม่มีอำนาจหรือมีอำนาจแต่ไม่มีกรรมสิทธิ์

บุรุษแห่งอริปไตย^(๑) แต่ทั้งนี้ก็เป็นทฤษฎีหรือนิเดินัยมากกว่าอื่น เพราะอาณาเขตกว้างขวาง ผู้เป็นประมุขย่อมไม่สามารถครอบครองเหมือนเจ้าของที่ดินอันแท้จริง ทางพฤตินัยมีแต่จะปกครองอาณาเขตต์ คือบริบาลการเมืองภายในอาณาเขตต์ ทำนองคล้ายกันกับวิธีปกครองปัจจุบัน ในประเทศเหล่านั้นการที่ประมุขอ้างอิงว่าเป็นเจ้าของที่ดินจึงไม่ค่อยเป็นอุปสรรคต่อสิทธิของราษฎร ในที่ดินเป็นแต่เหตุให้มีข้อจำกัดต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้ว

๑๕. แต่ส่วนชุมชนคนไทย มีเหตุพิเศษที่ทำให้กรรมสิทธิ์ของประมุขเป็นความจริงแท้ ไม่ใช่เพียงทฤษฎีหรือนิเดินัย คือประเพณีที่ประมุขแบ่งปันที่ดินในระหว่างราษฎร การแบ่งปันนี้ทำให้ราษฎรมิวายคิดว่า ตนทำประโยชน์ในที่ดินของผู้เป็นประมุข โดยพึงอาศัยกรรมของประมุข ที่ดินหาเป็นของตนไม่ ส่วนประเทศไทยในโบราณกาล เจ้าหรือพระราชที่เข้ามาตั้งถิ่นฐานอยู่ในลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยา แต่เดิมอาจจะแบ่งปันที่ดินให้ราษฎร เป็นเนื้อที่มากหรือน้อยตามยศตำแหน่งหรือความชอบ ตามประเพณีของชนเชื้อชาติไทยอื่น การแบ่งปันนี้เองเป็นเค้าเงื่อนของศักดิ์ดินที่ปรากฏ ใช้อยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งศักดิ์ดินนั้นก็คือจำนวนไร่ประจำครอบครัวของข้าราชการตามลำดับทหารและพลเรือน แต่ได้มาเห็นแล้วในหมู่ชนเชื้อชาติไทยในประเทศอินโดจีนแทบทั่วไป ประเพณีแบ่งปันที่ดินเล็กเสียไม่ถือต่อไปหรือยังปฏิบัติแต่นานๆ ครั้งหนึ่งตามกรณีที่เกิดขึ้นโดยจะเพาะ ส่วนชนเชื้อชาติไทยในลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยา ซึ่งได้บรรลอรายธรรมเร็วกว่าเพื่อนเชื้อชาติไทยอื่นมาก ประเพณีแบ่งปันที่ดินนั้นคงสูญไป ไม่ได้กระทำกันมาแต่เนิ่นนานก่อนสถาปนากรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีแน่นอน ดังเห็นได้จากคำปราชญ์ในพระอัยการเบ็ดเสร็จจลงปีกุน ๑๙๐๓ นั้นเอง คำปราชญ์นี้กล่าวถึงข้อพิพาทในระหว่างราษฎรที่ซึ่งที่ดินต่อกัน โดยหาว่าเป็นที่เดิมของตน และเรียกหากันว่าเป็นมฤตก ซึ่งส่อให้เห็นว่าแม้ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา ราษฎรถือที่ดินสืบกันต่อเป็นชั่วคนแล้ว ไม่เวนคืนตามกำหนดเวลา แม้เมื่อถึงแก่ความตาย ที่ดินก็มิต้องกลับคืนไปยังพระมหากษัตริย์เพื่อแบ่งปันใหม่ อนึ่งในกฎหมายกิติ ในพระราชพงศาวดารกิติ มิได้พาดพิงไปถึงการแบ่งปันที่ดินโดยอำนาจของพระมหากษัตริย์แม้แต่แห่งเดียว กฎหมายบังคับให้ข้าราชการพากเพียรหาผู้เข้าทำที่กร้างว่างเปล่า แต่ส่วนแปลงที่มีผู้ทำอยู่ ผู้ทำคงถือที่เสมอไป

(๑) ภาษาไทยคำว่า “เจ้า” มุ่งไปทางกฎหมายเอกชนและมหาชนทั้งสองนัย คือหมายถึงผู้มีอำนาจทางปกครองและผู้มีกรรมสิทธิ์ คำว่ากรรมสิทธิ์พึงประดิษฐ์ใช้ขึ้นในรัชกาลที่ ๕ เพื่อหมายความถึงสิทธิทางกฎหมายเอกชนโดยจะเพาะตามความคิดเห็นในปัจจุบัน

ฝ่ายศักดินานั้นเป็นที่ทราบแล้วว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยาข้าราชการไม่ได้รับพระราชทานไร่นาตามบรรดาศักดิ์จริง เป็นแต่วิธีแสดงลำดับบรรดาศักดิ์ ซึ่งทำให้เอกสิทธิในระหว่างบุคคลก็จริงอยู่ แต่ไม่เกี่ยวกับกรณียึดถือที่ดินมากนัก^(๑) ตามพระอัยการตำแหน่งนาพลเรือนเห็นได้ว่า แม้พวกเขาจะวรรณิกและทาสก็มีศักดินา ๕ ไร่ ซึ่งความจริงบุคคลเหล่านี้ตามสภาพของตนแล้ว ไม่สามารถเป็นเจ้าของที่ดินได้ ฉะนั้นน่าจะเชื่อได้ว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาการถือที่ดินคงมีน้อย ที่ดินไม่เคยเปลี่ยนมือเสมอๆ และตามปกติราษฎรทำสวนทำนาของตนเรื่อยไปโดยไม่มีกำหนดเวลา

เหตุไฉนจึงสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ ทรงพระราชบัญญัติขึ้นว่า ที่ดินทั้งสิ้นในพระราชอาณาเขตต์เป็นของพระองค์ และพระเจ้าแผ่นดินผู้สืบราชสมบัติต่อมาตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยาทรงยึดมั่นตามนิคตินัยนี้จนจัดให้รวมเข้าเป็นกฎหมายปรากฏอยู่จนทุกวันนี้ เหตุไฉนไม่ทรงพระกรุณาปล่อยให้ราษฎรผู้ถือที่ดิน ได้สิทธิที่จะอยู่ในที่ดินตามสถานะการณที่เป็นอย่างนั้น เพื่อแก้ไขปัญหานี้ได้ น่าจะต้องพิจารณาเหตุผลไปในทางการเมืองในประเทศไทยก็เหมือนประเทศอื่นสมัยเก่า ข้อที่ว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินทั้งสิ้นในพระราชอาณาเขตหมายความว่า พระเจ้าอยู่หัวเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในประเทศ ดังอธิบายมาแล้ว เนื่องจากการสัมพันธ์กันระหว่างกรรมสิทธิ และอำนาจทางปกครอง กฎหมายจะรับรองสิทธิของราษฎรเหนือที่ ๆ อยู่หรือทำนั้นไม่ได้เลย เพราะสิทธินั้นเป็นปรปักษ์ต่ออำนาจของพระมหากษัตริย์ ตามความคิดเห็นในเวลานั้นผู้เป็นเจ้าของที่ดินแท้ ๆ เป็นอิสระในเท่านั้น ฉะนั้นจึงไม่ต้องเสียภาษีอากรเพื่อที่ดินประการหนึ่ง และไม่มีใครมีอำนาจบังคับให้ออกจากที่ได้อีกประการหนึ่ง การที่พระมหากษัตริย์ในกรุงศรีอยุธยาทรงยึดมั่นในกรรมสิทธิ์ของพระองค์ แม้เมื่อประเพณีแบ่งปันที่ดินเล็กเสียนานแล้ว ก็ยังเป็นประโยชน์มากในทางปกครอง โดยเป็นเค้ามูลเดิมแห่งอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะเรียกเอาภาษีอากรที่ดิน และที่จะขับไล่ผู้ถือที่ดินออกจากที่ ทั้งสองประการนี้

๑๖. ส่วนการเสียภาษีอากรที่ดินนั้น ในสมัยเก่ามักถือกันว่าเป็นการแสดงให้เห็นว่าที่ดินไม่เป็นของผู้ถือ แต่เป็นของรัฐหรือพระราชฯ แม้ในประเทศโรมโบราณที่รับรัฐธรรมนูญสิทธิ์ของเอกชนแต่เนิ่นนาน ชนชาติโรมันผู้เป็นเจ้าของที่ดินแท้ ๆ ไม่เสียภาษีที่ดิน

(๑) ตามความเห็นของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาเทวัญวิมลคุณากรว่า ศักดินานี้ตั้งเดิมหาได้หมายถึงจำนวนไร่ที่ข้าราชการรับพระราชทานตามบรรดาศักดิ์ไม่ แต่หมายถึงจำนวนไร่ที่อนุญาตให้ซื้อได้ (คำอธิบายเรื่อง พระราชพงศาวดาร ฉบับพระราชหัตถเลขา หน้า ๔๖๓)

ที่ ๆ เจ้าของเสียภาษีเป็นที่ดินที่ถือกันว่ารัฐยังมีกรรมสิทธิ์อยู่ ความคิดเห็นในปัจจุบันกาล ซึ่งภาษีอากรเป็นภาระอันตกแก่ชาวเมือง เพื่อให้รัฐมีเงินรายได้พอกับรายจ่ายที่ต้องการในราชการนั้น ชุมชนุมชนเก่าไม่รู้จักประมุขบริหารการเมืองโดยทุนทรัพย์ของตนเอง เหมือนเจ้าของบ้านบริหารบ้านของตน และทรัพย์สมบัติของประเทศไม่แยกออกจากทรัพย์สินของประมุข ภาษีที่ดินจึงมีลักษณะเป็นเงินที่ราษฎรต้องเสียเพื่อเป็นการชดเชยในการอาศัยอยู่ในดินแดนของประมุข คล้ายคลึงกับค่าเช่า ในประเทศไทยความคิดเห็นนี้แพร่หลายมาจนสมัยปัจจุบัน ดังเห็นได้จากประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ คือกฎหมายฉบับแรกที่ว่าด้วยเรื่องโฉนดแผนที่ ซึ่งทำให้ฐานะของผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินมีสิทธิเหนือที่ดินชัดเจนและมั่นคงมากกว่าแต่ก่อน เดิมข้อ ๗ แห่งประกาศนี้วิเคราะห์คำว่า “กรรมสิทธิ์” โดยอาศัยวิธีที่เจ้าของที่ดินเสียภาษี อนึ่งประกาศฉบับนี้ยังบัญญัติว่า มิให้ถือว่ากรรมสิทธิ์นั้นเป็นเหตุให้ผู้ถือจะพ้นความรับผิดชอบ และความจำเป็นที่จะต้องประพฤติตามพระราชกำหนดกฎหมายซึ่งบังคับในที่ดิน มีการเก็บภาษีอากรเป็นต้น^(๑) ซึ่งความจริงข้อบัญญัตินี้ในสายตาของนักนิติศาสตร์ปัจจุบันย่อมเป็นเรื่องธรรมดา ซึ่งไม่จำเป็นต้องบัญญัติ เพราะกรรมสิทธิ์ได้แยกออกจากอำนาจทางปกครองเสียแล้ว แต่สมัยนั้นการแสดงข้อบัญญัติอย่างชัดเจนดังนี้ก็คงไม่ไร้ประโยชน์ เพราะกรรมสิทธิ์กับอำนาจทางปกครองยังปะปนอยู่ในจิตใจของประชาชน

๑๗. ส่วนการขับไล่ราษฎรออกจากที่ ๆ ครอบครองนั้น ปรากฏตามหนังสือของ ลาลูแบร์และหลักฐานอื่น ๆ ว่า เคยมีการขับไล่บ่อย ๆ จริง ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ในสมัยปัจจุบัน มีการหลวกราชบุรี ฯ เป็นต้น สิทธิเรียกที่ดินคืนนี้เป็นผลสำคัญ และเกือบจะเป็นผลอันเดียวอันเนื่องมาจากการที่พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ โดยท่านเหล่านั้นเพิ่งเล็งถึงการบังคับซื้อ แต่ความจริง ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา สิทธิของพระมหากษัตริย์ที่จะเรียกที่ดินได้นั้น มีวัตถุกว้างขวางมากกว่าการบังคับซื้อในสมัยปัจจุบัน นับได้ว่าเป็นสาระสำคัญแห่งวิधिปกครองทางการเมือง ทั้งนี้ก็เพราะสิทธินั้นมาสนับสนุนนโยบายของพระมหากษัตริย์ในกรุงศรีอยุธยา ซึ่งทรงพระราชอุทิศสาหะป้องกันมิให้เกิดอำนาจอื่น อันจะเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจของพระองค์ขึ้นภายในพระราชอาณาเขตต์ การขับไล่เจ้าของออกจากที่ดินเป็นการกีดขวางมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดยึดถือที่ไว้มาก ๆ จนเป็นเหตุให้เกิดความทงศัคัดในผู้นั้น ในข้อนี้ควรสังเกตว่า ประวัติศาสตร์ประเทศไทยผิด

(๑) ประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๘ เนื้อความยังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๓๖

กับประวัติศาสตร์อัสสัมและชุมชนมุขมนตรีชาวไทยในประเทศอินโดจีน โดยประเทศไทยไม่มีเจ้าหรือขุนนางผู้ใหญ่สามารถแย่งอำนาจของพระมหากษัตริย์ไปตั้งตัวเป็นอิสระขึ้นในพระราชอาณาเขตปกครองดินแดนใหญ่โดยพลตนเอง แต่พระมหากษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยาทรงกำอำนาจไว้โดยพระองค์เองดังนี้ ซึ่งคงเป็นปัจจัยอันสำคัญในความเจริญของประเทศไทยนั้น ทั้งนี้ก็โดยพระมหากษัตริย์มิได้ยอมโอนสิทธิของพระองค์ในที่ดินให้เด็ดขาดออกไปหรือปล่อยให้สิทธินั้นสูญสิ้นไปเอง ในข้อนี้ไม่ควรลืมว่าพระมหากษัตริย์อาจเรียกที่ดินได้ แม้จะได้ขายให้แก่บุคคลหรือได้พระราชทานให้แก่ข้าราชการที่มีความชอบ ฉะนั้น หากมีผู้ทรงศักดิ์คิดเป็นใหญ่ในแผ่นดินขึ้น ก็มีทางที่จะตัดเครื่องพุงการนั้นได้ทุกทีไป พระราชนโยบายนี้เป็นเหตุสำคัญยิ่งเหตุหนึ่งที่ทำให้พระเจ้ารามธิบดีที่ ๑ และพระมหากษัตริย์ผู้รับราชสมบัติสืบมาถือมั่นว่าเป็นเจ้าของที่ดินในพระราชอาณาเขตต์ตามประเพณีเดิม

แต่ว่าเมื่อไม่มีเหตุจำเป็นในทางการเมือง พระมหากษัตริย์ย่อมจะเว้นเสียซึ่งการที่จะขับไล่ประชาชนออกจากที่โดยใช้เหตุ หรือเพื่อเอาที่พระราชทานแก่ผู้ที่โปรด ในศิลาจารึกเมืองสุโขทัย ขุนรามกำแหงและพระเจ้าลิไทย ผู้สืบราชสมบัติต่อมา ซึ่งน่าจะได้ถือว่าเป็นเจ้าของอาณาเขตต์ดังกล่าวเดียวกันกับพระมหากษัตริย์ในประเทศไทย ก็ทรงประกาศว่าพระมหากษัตริย์ผู้ทรงดำรงอยู่ด้วยความยุติธรรม ไม่ควรกระหายในทรัพย์ของราษฎร และควรให้ที่สวนคงเป็นของผู้ปลูก ฝ่ายพระเจ้าแผ่นดินกรุงศรีอยุธยาทรงรักษาพระเกียรติยศดังกล่าวกัน และตามธรรมดาหากจะขับไล่ราษฎรออกจากที่ก็แต่เพื่อประโยชน์ในทางการเมืองหรือเพื่อราชการ การปฏิบัติเช่นนี้เป็นหลักในทางปกครอง ซึ่งพระมหากษัตริย์แม้จะมีอำนาจเต็มที่ ๆ จะไม่ปฏิบัติตามก็ดี แต่ถ้าได้ทำไปก็เป็นการผิดศีลธรรมไม่ควรถือเป็นตัวอย่างต่อไป

๑๘. ในกาลต่อมา เมื่ออำนาจของพระมหากษัตริย์มั่นคงและถาวรตลอดพระราชอาณาเขตต์ มีลักษณะปกครองที่ทำให้ข้าราชการชั้นสูงศักดิ์ เช่น เจ้าเมือง อยู่ภายใต้บังคับบัญชาเจ้ากระทรวงในกรุงศรีอยุธยาอย่างเข้มงวด ไม่มีช่องทางที่จะตั้งตัวเป็นอิสระแย่งอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ การเรียกที่ดินคืนจึงไม่ค่อยเป็นประโยชน์เหมือนแต่ก่อน เพิ่งใช้ต่อไปจะเพาะเพื่อได้ที่ดินที่ต้องการในราชการ คือ กลายมาเป็นการบังคับซื้อตามที่ปฏิบัติกัน ในสมัยปัจจุบัน ประวัติศาสตร์แห่งการบังคับซื้อนี้จะได้ศึกษาในหมวด ๕ ของคำสอนนี้ เพราะเป็นเรื่องพิเศษที่ต้องบรรยายโดยยืดยาว และโดยมากเกี่ยวกับบทกฎหมายอันตราขึ้นภายหลังการออกโฉนดแผนที่ แต่ไม่ควรลืมนึกว่าคำมูล

เดิมแห่งการบังคับซื้อก็คือสิทธิของพระมหากษัตริย์ที่จะขับไล่ราษฎรออกจากที่ได้เสมอ เนื่องจากการปะปนกันระหว่างกรรมสิทธิ์และอำนาจทางปกครอง คนโบราณเห็นว่าผู้เป็นเจ้าของที่ดินอันแท้จริง เป็นอิสระในที่ไม่มีการมีอำนาจตามกฎหมายประเพณีที่จะส่งให้ออกจากที่ได้ จะเป็นเพียงงานอะไรก็ตาม นี่แหละเป็นเหตุอันสุดท้ายที่ทำให้นักนิติศาสตร์ยังต้องถือว่า พระองค์แต่ผู้เดียวเป็นเจ้าของที่ดินตามกฎหมายประเพณีเดิมเป็นเวลาอีกนาน

๒. ห้ามการซื้อขายที่ดิน

๑๙. การห้ามนี้บัญญัติอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๒ และ ๕๔ เป็นผลเนื่องมาจากการที่พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินในพระราชอาณาเขตต์ ราษฎรผู้ถือที่ดินไม่เป็นเจ้าของจริงจึงไม่มีอำนาจที่จะขายจำหน่ายหรือโอนได้ ฉะนั้นข้อห้ามนี้ปรากฏอยู่ในขนบธรรมเนียมของบรรดาชาติที่ถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดิน มีชุมชนชนเชื้อชาติไทยในประเทศอินโดจีนเป็นต้น ดังกล่าวมาแล้ว

แต่ว่าการห้ามมิให้ซื้อขายที่ดินแก่กันนั้น เป็นสาระสำคัญอันจำเป็นต้องมีขึ้นในชุมชนชนที่ยังถือประเพณีเวนคืนที่ดินให้แก่ประมุขตามระยะเวลา เพื่อแบ่งกันใหม่ระหว่างราษฎร หากราษฎรจะขายที่ ๆ ถือได้ก็จะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิของประมุขผู้มิภาระแบ่งปันที่ให้ราษฎร แต่ในประเทศที่เลิกการแบ่งปันที่ตามระยะเวลาเสียแล้ว เช่นประเทศไทย พระมหากษัตริย์ไม่ค่อยพะวงถึงการที่ราษฎรซื้อขายที่แก่กัน เพราะพระมหากษัตริย์ยังคงมีอำนาจที่จะเรียกคืนได้เสมอ ถ้าข้อห้ามนี้ยังปรากฏมีอยู่ในกฎหมายเก่าก็เพราะยังเป็นประโยชน์อยู่บ้าง ประการหนึ่งเป็นเครื่องป้องกันมิให้ผู้ใดครองที่ไว้มากกว่าที่ควร แต่ให้ราษฎรครอบครองที่ได้แต่เฉพาะที่ ๆ ได้พระราชทาน และจะขายที่เดิมของตนออกไปอีกได้ก็ต่อสุดแล้วแต่จะทรงพระกรุณาฯ อีกประการหนึ่งการห้ามนี้มีผลสำคัญก็คือนำมาซึ่งการกันมิให้ราษฎรหวงห้ามที่ดินอันรกร้างว่างเปล่าไว้ แต่ให้ที่ดินขณะนั้นตกอยู่แก่พระมหากษัตริย์ เพื่อจัดให้เป็นประโยชน์แก่แผ่นดินได้เสมอ พระเจ้าแผ่นดินกรุงศรีอยุธยาทรงพระราชอุทิศสาหัสส่งเสริมการแผ้วถางที่ป่าดงและเล็กที่รกร้างว่างเปลามีให้เสียประโยชน์แก่แผ่นดินโดยวิธีต่าง ๆ คือ บังคับเจ้าพนักงานให้จัดหาคนเข้าทำที่นั้น (เบ็ดเสร็จ ๕๔) พระราชทานบำนาญแก่ผู้ชักชวนราษฎรให้เข้าแผ้วถางป่าที่รกร้าง (ขบถศึก ๕๔) ลดภาษีอากรให้ปีหนึ่งหรือสองปีแก่ผู้ที่เข้าทำที่นั้นให้เกิดผล (เบ็ดเสร็จ ๕๔—พระราชกำหนดเก่า ๔๔) นโยบายนี้จะไร้ผลเสีย หากราษฎรมีอำนาจซื้อขายที่รกร้างว่าง

เปล่าแก่กันได้ ที่ว่างเปล่าจำต้องอยู่ในอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพื่อมีโอกาสเสมอที่จะจัดให้แก่ผู้ซึ่งจะยอมทำที่นั้นให้เป็นประโยชน์ได้ ในข้อนี้การห้ามมิให้ซื้อขายกันยังเป็นบทบัญญัติอยู่จนทุกวันนี้^(๑)

๒๐. แต่ส่วนแปลงที่ทำเป็นนาเป็นสวนแล้ว การห้ามมิให้ซื้อขายนั้น มิได้ถือกันอย่างเคร่งครัด และในไม่ช้าบทบัญญัตินั้นก็กลายเป็นหม่นไป

ประการหนึ่งเป็นที่สงสัยว่า แม้ตั้งเดิมข้อห้ามนี้จะได้กินความถึงที่ ๆ มีเรือปลูกอยู่ เพราะตามพระอัยยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๖ ซึ่งเป็นบทอันเก่าแก่ ได้ความว่าเจ้าของที่เขี้ยวเรือมีสิทธิยกที่นั้นให้แก่ผู้อื่นได้ ฉะนั้นจึงนำสันนิษฐานได้ว่าเจ้าของมีสิทธิที่จะขายได้ด้วย ถ้าเป็นเช่นนั้นจริงก็ตรงกับธรรมเนียมโบราณของชนเชื้อชาติไทยดังกล่าวมาแล้ว

อีกประการหนึ่งสำหรับที่ ๆ ปลูกต้นไม้อันมีผล แม้ในสมัยที่ยังห้ามซื้อขายที่ดิน ผู้ที่ได้เข้าครอบครองแทนผู้ละทิ้งต้องเสียบำเหน็จสำหรับ ค่าทำโคกและต้นไม้ที่ปลูกให้แก่เจ้าของเดิม (เบ็ดเสร็จ ๕๒ วรรคท้าย) บทบัญญัตินี้ก็ดำเนินตามหลักยุติธรรมที่ว่าเจ้าของเดิมควรได้รับค่าชดเชยเพื่อการงานที่ได้ทำให้ที่นั้นเกิดประโยชน์ แต่การชดเชยเช่นนี้มีลักษณะคล้ายกันกับการซื้อขายนั่นเอง เพราะในสมัยที่มีที่ดินว่างเปล่ามาก ที่ดินย่อมมีราคาต่ำต่อเมื่อมีคนมาจัดทำประโยชน์ขึ้น ฉะนั้นบทบัญญัตินี้แสดงถึงความก้าวหน้าในการที่จะปล่อยให้ราษฎรมีสิทธิซื้อขายที่กันได้

๒๑. อย่างไรก็ดี ตามหนังสือของลาลูแบร์ปรากฏว่าในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ ราษฎรซื้อขายที่กันได้โดยไม่มีข้อห้าม ยิ่งกว่านั้นลาลูแบร์ยังกล่าวอีกว่า กฎหมายเองอนุญาตให้ซื้อขายกันได้^(๒) และความจริงในกฎหมายเก่ามีบทมาตราหลายบท ซึ่งระบุไว้ว่าเรียกสวนในบรรดาทรัพย์สินต่าง ๆ ที่รวมเป็นกองสมบัติของราษฎร พร้อมด้วยทาส ช่าง ม้า โค กระบือ สรรพสัตว์อื่น ๆ ถ้าได้ในระหว่างเป็นสามีกฎยกกันก็ตกเป็นสินสมรส (ผิวเมีย ๗๒ วรรคสุดท้าย^(๓)) เมื่อเจ้าของตายแล้วตกเป็นทรัพย์สินมรดกเหมือน

(๑) ตามกฎหมายเขมร พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินจะเพาะที่ ๆ ว่างเปล่า

(๒) *Du Royaume de Siam* เล่ม ๑ หน้า ๑๖๐

(๓) แต่ประโยคที่ว่าให้คิดเอาไร่นาเป็นสินสมรสนั้น ก็น่าเชื่อว่าเป็นข้อเพิ่มเติมขึ้นภายหลังต่อจากที่บัญญัติไว้เดิม

ทรัพย์สิน (มฤตก๓) เป็นที่ยกไว้ในพินัยกรรมได้ (มฤตก คำปรารภปี ๒๑๕๘ และบทที่ ๔๙) เป็นที่จำหน่ายได้ (เบ็ดเสร็จ ๗๕) ขายฝากได้ (เบ็ดเสร็จ ๖๑) เจ้าหนี้ยึดได้ (กู่หนี้ ๕๐)^(๑) ส่วนการซื้อขายที่ดินนั้นมีบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับโดยตรงแต่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๒ เรื่องกรณีที่ผู้ขายไม่เป็นเจ้าของที่ดิน แต่นอกจากนี้มีบทมาตราซึ่งอ้างถึงการซื้อขายที่ดินหลายแห่ง (เบ็ดเสร็จ ๕๑, ๖๖, ๖๗, ๖๘ และ ๗๐ เป็นต้น) ซึ่งส่อให้เห็นว่าเป็นการถูกต้องตามกฎหมายแล้ว

แต่ควรสังเกตว่า บทกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งกล่าวถึงการซื้อขายที่นาเรือกสวนนั้นมีอยู่น้อย และมีลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าเป็นบทอันไม่สู้เก่าแก่นัก^(๒) ทั้งนี้ก็เพราะการซื้อขายที่ดิน ถึงแม้ว่ากฎหมายมิได้ห้ามเหมือนเช่นเดิมนั้น แต่ก็ยังไม่แพร่หลายตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา ตามที่ลาลูแบร์กล่าวว่า “เกือบจะไม่มีราษฎรผู้ใดใครซื้อที่ต่อกัน เมื่อผู้ใดต้องการที่ปลูกขอพระราชทานหรือซื้อจากในหลวงโดยตรง แต่โดยเหตุที่ทรงสงวนกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่ ราษฎรจึงไม่ประสงค์ที่จะแสวงหาที่ไว้มาก ๆ หรือทำที่ ๆ มีอยู่ให้ดีขึ้น เพราะเกรงว่าจะเกิดความอิจฉาขึ้นแก่ผู้ใหญ่”^(๓)

๒๒. มาถึงสมัยรัชกาลที่ ๔ กรุงรัตนโกสินทร์จึงเกิดมีการค้าขายอสังหาริมทรัพย์มากขึ้น ในสัญญาทางพระราชไมตรีกับประเทศอังกฤษ อเมริกา ฝรั่งเศส เดนมาร์ก ฯลฯ รัฐบาลยอมให้ผู้ต่างชาติมีสิทธิซื้อที่ดินได้แต่เฉพาะในเขตที่กำหนดให้^(๔) ในเวลาที่

(๑) ตามตราการ ๕๔ อันเกี่ยวกับกรณีคล้ายคลึงกับกู่หนี้ ๕๐ คือ การยึดทรัพย์ของผู้แพคดีที่ต้องเสียสินไหมพินัยนั้น กล่าวถึงทรัพย์สินต่าง ๆ อันรวมเป็นกองทรัพย์สินสมบัติของผู้แพคดีนั้น โดยไม่ระบุที่ดินด้วย ซึ่งส่อให้เห็นว่าที่ดินไม่เป็นทรัพย์สินสมบัติของบุคคลทุกสมัย

(๒) ส่วนเบ็ดเสร็จ ๖๒ กล่าวถึงเอกสารที่เป็นหลักฐานในการซื้อขาย จึงน่าจะเชื่อว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่สู้เก่าแก่นัก ส่วนบทที่ ๕๑ และ ๖๖-๗๐ ในลักษณะขนบคานเกี่ยวกับนั้น บัญญัติซ้ำกับบทที่ ๔๗-๕๐ เกือบทั้งหมด บทที่ ๔๗-๕๐ นี้ไม่กล่าวถึงการซื้อขายที่ จึงน่าจะเป็นบทที่บัญญัติก่อนบทที่ ๕๑ และ ๖๖-๗๐.

(๓) *Du Royaume de Siam* เล่ม ๑ หน้า ๒๑๘

(๔) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศสยามกับประเทศอังกฤษ จ.ศ. ๑๒๑๗ (๒๓๙๘) ข้อ ๔-สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างประเทศสยามกับประเทศอเมริกา จ.ศ. ๑๒๑๘ (๒๓๙๙) ข้อ ๔-สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างประเทศสยามกับประเทศฝรั่งเศส จ.ศ. ๑๒๑๘ (๒๓๙๙) ข้อ ๕-สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างประเทศสยามกับประเทศเดนมาร์ก จ.ศ. ๑๒๒๐ (๒๔๐๑) ข้อ ๘ และให้ดูประกาศว่าด้วยเขตต์ที่ซึ่งฝรั่งเศสจะเช่าหรือซื้อได้ ลงวันพฤหัสบดี เดือน ๗ ขึ้น ๒ ค่ำ ปีมะโรง อัฐศก (วันที่ ๔ มิถุนายน ๒๓๙๙) ในประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๓ หน้า ๔-๗

เจรจาทำสัญญาเหล่านี้ ดูเหมือนว่าไม่ได้คิดกันเลยว่า กฎหมายไทยห้ามการซื้อขายที่ดิน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการห้ามเป็นบทที่เป็นหมันเสียแล้ว^(๑) แต่ในเมื่อที่ดินมีราคามากขึ้น และต้องมีกฎหมายมาบัญญัติ เรื่อง การซื้อขาย ให้มีระเบียบ บทบัญญัตินี้จะศึกษาใน หมวด ๔ เพราะเกี่ยวกับการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน จึงจะต้องบรรยายตำนานแห่งหนังสือสำคัญเสียก่อน.

การห้ามมิให้ซื้อขายที่ดินยังคงมีอยู่จนบัดนี้ แต่จะเพาะที่รกร้างว่างเปล่า หากจะมีการซื้อขายศาลก็พิพากษาว่าการซื้อขายนั้นไม่มีผล^(๒)

๓. เจ้าของขาดสิทธิได้ง่าย

๒๓. ได้กล่าวมาแล้วว่าตามกฎหมายประเพณีโบราณทั่วโลก สิทธิของเจ้าของผูกพันอยู่กับการครอบครอง เมื่อเจ้าของเลิกทำหรือออกจากที่แล้ว ตนไม่มีสิทธิอันใดเหลืออยู่กับที่นั้น ใคร ๆ จึงมีอำนาจเข้าไปในที่และทำเป็นอาณาประโยชน์ต่อไปได้ ต่อเวลามนุษย์มีความเจริญมากแล้ว จึงสามารถแยกกรรมสิทธิ์ออกจากการครอบครอง

ส่วนประเทศไทยความคิดเห็นโบราณนี้ เป็นลักษณะสำคัญของระบอบที่ดินเสมอมา แม้เมื่อประเทศเจริญเป็นใหญ่โตแล้ว ยังถือต่อไปตามเดิมทั้งนี้เพราะเหตุหลายประการ ประการแรกก็คือ การที่อำนาจทางปกครองและกรรมสิทธิ์ยังปะปนซับซ้อนกันอยู่นั่นเอง เมื่อทางนิตินัยถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินนี้แล้ว สิทธิของราษฎรเหนือที่ของตน จึงเป็นสิทธิอันเบาบางมาก คล้ายกับสิทธิของผู้ครอบครองในสมัยปัจจุบัน

อีกประการหนึ่ง การที่กรรมสิทธิ์เกี่ยวข้องปะปนอยู่กับการครอบครองนั้น เป็นความคิดเห็นอันเหมาะสมกับนโยบายของพระเจ้าแผ่นดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา ที่ทรงพระอุตสาหให้ที่ดินเกิดประโยชน์อยู่เสมอ เมื่อเจ้าของรู้อยู่แล้วว่า ตนจะขาดสิทธิทำต่อไป

(๑) ควรสังเกตว่าตามข้อความในสัญญาทางพระราชไมตรีนั้น การซื้อขายจะต้องให้เจ้าพนักงานไทยรู้และเกี่ยวข้อง แต่ที่เป็นดังนี้ก็เพื่อช่วยผู้ซื้อให้ซื้อตามราคาที่เหมาะสม และเพื่อให้เจ้าพนักงานสืบสวนดูให้เห็นว่าผู้ซื้อนั้นมีประสงค์ทำมาหากินจริง อนึ่ง ควรสังเกตอีกว่าตามหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีทุกฉบับมีอยู่ข้อหนึ่งว่า ถ้าคนต่างตัวผู้ซื้อที่ดินไม่ทำประโยชน์ภายในกำหนด ๓ ปีนับแต่วันซื้อ เจ้าพนักงานมีอำนาจไถ่ที่นั้นคืน

(๒) ดูฎีกาที่ ๒๒๕/๑๑๙- ในสมัยปัจจุบันการซื้อขายนี้เป็นโมฆะ เพราะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๐๔ (๑) และ ๑๓๐๕ บัญญัติไว้

หากเลิกทำแต่ครั้งหนึ่งแล้วนั้น ก็ต้องเพียรชวนชวายเป็นไป ทั้งที่ดินที่เจ้าของเดิม ละทิ้งเมื่อผู้ใดผู้หนึ่งใครจะทำก็เข้าทำได้ที่โดยสะดวกไม่ต้องมีการโอนกัน โดยเหตุที่ ๆ ดินเป็นโภคทรัพย์สำคัญ ซึ่งตามสภาพจำต้องเป็นของราษฎรครอบครองอยู่ จึงสมควร อย่างยิ่งที่บุคคลผู้หนึ่งมีสิทธิหวงห้ามเนื้อที่แต่พอแก่กำลังของตน ดังนี้ราษฎรไม่สามารถ หวงห้ามเขตต์ไว้มากกว่าที่ควร อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นชาติที่ ๆ จะทำ และทำให้เสียไปซึ่งการ สาธารณประโยชน์^(๑)

ในที่สุดระบอบนี้เป็นทางที่ทำให้พระคลังได้รับประโยชน์อย่างสูงสุด จากการภาชี อากาศที่ดิน ซึ่งเป็นรายได้สำคัญในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยเหตุที่ตลอดสมัยนั้นจนแผ่นดิน สมเด็จพระนารายณ์ เจ้าของนาเสียอากรค่านาแต่จะเพาะเนื้อที่ ๆ ทำ วิธีเก็บค่านายังใช้ ต่อมาจนรัชกาลที่ ๕ กรุงรัตนโกสินทร์ สำหรับประเภทนาที่เรียกว่านาฟางลอยหรือนา น้ำฝน ส่วนอากรสวนก็ได้คิดเก็บตามจำนวนต้นไม้ที่เกิดผลแล้ว ฉะนั้นเพื่อมิให้พระคลัง ขาดประโยชน์ จึงควรให้ผู้เข้ามาจัดทำที่ ๆ รกร้างหรือที่ ๆ เจ้าของเดิมละทิ้งได้โดยเร็ว ที่สุด โดยอาศัยประโยชน์ของพระคลังนั่นเอง จึงมีบทกฎหมายบัญญัติให้ข้าราชการผู้ ทำที่รกร้างว่างเปล่า หรือให้บำเหน็จแก่ผู้ทำใหม่ (เบ็ดเสร็จ ๔๓ กบฏศึก ๖๓) วิธีเก็บภาษีอากรมีอิทธิพลเหนือความคิดเห็นเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินมาก ดังจะเห็นได้ใน ต่อไปว่าการเปลี่ยนแปลงระบอบที่ดินในรัชกาลที่ ๕ ซึ่งเป็นเหตุให้ความคิดเห็นเรื่อง กรรมสิทธิ์แจ่มชัดขึ้นกว่าแต่ก่อนนั้น ก็ได้ดำเนินคู่กันไปกับการเริ่มแก้ไขระบอบภาษี อากรด้วย

๒๔. ด้วยเหตุเหล่านี้กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาที่เกี่ยวกับเจ้าของที่ดินจึง แยก เป็น ๒ นัย จนละเอียดอย่าง

ประการหนึ่ง ตั้งแต่เห็นนานมากกฎหมายประเพณีคุ้มครองป้องกันเจ้าของไร่นา สวนเพื่อมิให้มีผู้อื่นมารบกวนการครอบครอง พระอัยการเบ็ดเสร็จตอนต้นระบุถึงกรณี ต่าง ๆ ที่เจ้าของนาได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการกระทำของบุคคลหรือปศุสัตว์ และ ลงโทษปรับเป็นจำนวนเงินตายตัว ผู้ที่ชิงเอาที่ของผู้อื่นมาทำหรือผู้ทำทับที่ ๆ ผู้อื่นกำลัง ทำอยู่ก็มีโทษปรับเช่นเดียวกัน (เบ็ดเสร็จ ๓๔-๔๑) กฎหมายยังป้องกันเจ้าของมิให้ผู้

(๑) ความคิดเห็นนี้ก็มีปรากฏอยู่ในประกาศคลองนครเนื่องเขตต์ และประกาศขุดคลอง จ.ศ. ๑๒๓๙ (๒๔๑๐) ไกรสี เล่ม ๒ หน้า ๔๖๔-๔๖๖ และ ๔๘๗-๔๘๓

อันนมากรุกหรือทำขนาบคาบเกี่ยวด้วย (เบ็ดเสร็จ ๔๖—๕๑ และ ๖๖—๗๒)^(๑) บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ให้เจ้าของครอบครองที่อยู่ด้วยความสงบสุข เพื่อให้ทำประโยชน์ได้โดยสมบูรณ์และเสียภาษีอากรเรื่อยไปทุกปี^(๒)

๒๕. แต่ถ้าหากว่าเจ้าของที่ละทิ้งเลิกทำที่นั้นเสียแล้ว กฎหมายมิได้ป้องกันสิทธิของผู้นั้นต่อไป กลับอนุเคราะห์บุคคลที่เข้ามาทำแทนมิให้พระคลังขาดประโยชน์

ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา การขาดสิทธิในที่ดินเป็นไปในระยะเวลาอันสั้นที่สุดเมื่อเจ้าของละทิ้งที่ของตน แม้ถึงว่าเป็นที่ ๆ มีบ้านปลูกอยู่หรือเป็นสวนก็ตาม ก็ขาดสิทธิในที่ดินนั้นในเมื่อมีผู้อื่นเข้ามาครอบครองทันที (เบ็ดเสร็จ ๕๒) แต่ในการต่อมาจำเป็นจะต้องมีข้อยกเว้นหรือการผ่อนผันบ้าง ในเบื้องต้นเป็นที่ใช้บังคับไม่ได้ในกรณีที่เจ้าของละทิ้งไปเพื่อราชการ ถ้าที่นั้นเป็นที่ ๆ เจ้าของได้ลงรื้อล้อมไว้ (เบ็ดเสร็จ ๕๒) อีกประการหนึ่งเป็นที่ใช้บังคับ ไม่ได้ดุจเดียวกัน ในกรณีที่ ๆ นั้นเป็นที่ ๆ ได้รับพระราชทาน (เบ็ดเสร็จ ๖๕) อันหนึ่งได้เห็นมาแล้วว่าถ้าเป็นสวน เจ้าของใหม่ต้องเสียค่าชดเชยแก่เจ้าของเดิมเพื่อการที่เจ้าของเดิมได้ทำที่นั้นให้เป็นโคกและปลูกต้นไม้ไว้ (เบ็ดเสร็จ ๕๒) การที่เจ้าของใหม่ต้องเสียค่าชดเชยเช่นนี้ ก็เพื่อป้องกันความทุจริตซึ่งคงจะเกิดขึ้นหากเจ้าของใหม่เข้ามาอยู่ในที่นั้นได้เปล่า ๆ^(๓)

นอกจากนี้การที่เจ้าของขาดสิทธิในที่โดยฉับพลัน อาจกลับเป็นผลร้ายแก่การทำประโยชน์ในที่นั้นด้วย โดยการเลิกทำหรือออกจากที่ย่อมไม่เป็นการละทิ้งเสมอไป แต่เมื่อได้ออกจากที่และไม่ทำอะไรในที่ต่อไปนาน ก็จะต้องถือว่าเจ้าของอยู่เรื่อยไปไม่ได้เช่น

(๑) บทมาตราเรื่องลักษณะขนาบคาบเกี่ยวนั้น ในรัชกาลที่ ๔ ประกาศลงวันพฤหัสบดี ขึ้น ๕ ค่ำ เดือน ๑๒ ปีวอก โทศก (ตรงกับวันที่ ๑๙ ตุลาคม ๒๔๐๓) ยกเลิกเป็นครั้งแรก และในรัชกาลที่ ๕ มีพระราชบัญญัติลงวันพฤหัสบดี เดือน ๙ ขึ้น ๔ ค่ำ ปีวอก ฉศก จ.ศ. ๑๒๔๖ (วันที่ ๒๖ มิถุนายน ๒๔๒๗) ยกเลิกซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ดูประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๕ หน้า ๙๖ ถึง ๙๘ และไกรสี เล่ม ๒ หน้า ๕๓๖ ถึง ๕๔๓

(๒) ตามทำนองนี้ ตระลาการ ๓๐ ห้ามมิให้ฟ้องร้องหากันเรื่องสวนไร่นาขณะยังมีได้เก็บเกี่ยวโดยลงโทษปรับเป็นข้อละเมิดแก่ผู้ที่ไม่ฟัง

(๓) ถ้าเจ้าของใหม่ไม่ยอมหรือไม่สามารถเสียค่าชดเชยนั้น กฎหมายไทยไม่มีกล่าวถึงตามกฎหมายเขมร บัญญัติให้เจ้าของใหม่ต้องแบ่งผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของเก่า (กรมพหุลเทศ มาตรา ๖๓)

เดียวกัน ฉะนั้นจึงสมควรที่กฎหมายหรือประเพณีกำหนดระยะเวลาไว้ว่า ถ้าเจ้าของที่ไม่กลับเข้ามาทำตามกำหนดนั้น ให้ขาดสิทธิ์ในที่ดินเสีย ส่วนระยะเวลานั้นจะยาวนานเท่าใด นำสันนิษฐานได้ว่าเคยกำหนดตามสภาพของที่ดินว่าเป็นที่ ๆ มีเรือนปลูกอยู่หรือเป็นสวนเป็นนาหรือเป็นไร่ และตามที่มีรั้วล้อมไว้หรือไม่ ระยะเวลาดัง ๆ นี้ไม่ปรากฏมีอยู่ในกฎหมายเก่า เพราะเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ลงในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือหากมีบทกฎหมายกำหนดไว้แล้ว แต่สูญหายเสียในคราวที่กรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่าก็อาจเป็นได้อย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีโดยฉะเพาะกรณีหนึ่ง คือกรณีที่เจ้าของได้รับพระราชทานที่ดินหรือเรียกสวนนั้น พระอัยการเบ็ดเสร็จปีที่ ๖๕ วรรค ๒ อ้างถึงระยะเวลา ๓ ปี ซึ่งดูเหมือนว่าเป็นระยะเวลาทั่วไปที่ใช้ในเมื่อเจ้าของละทิ้งที่ดินเรียกสวนนั้นไป นอกจากกรณีที่ได้รับพระราชทาน เจ้าของจึงขาดสิทธิ์จากที่ดินนั้นเมื่อละทิ้งไป ๓ ปี^(๑) หนึ่งได้ความจากพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ที่ประกาศใช้ในแผ่นดินพระเจ้าบรมโกษ ซึ่งจะศึกษาต่อไปในหมวดที่ ๓ นั้น ว่าหน้าที่เจ้าของละทิ้งเพียง ๑ ปี ก็ถือว่าเป็นนาร้าง ฉะนั้นนำสันนิษฐานได้ว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยามีระยะเวลาอย่างน้อย ๒ ระยะ คือ ๑ ปี และ ๓ ปี ระยะเวลาดังสองนี้สั้นมาก สำหรับนานั้นดูเหมือนหนึ่งว่าขาดสิทธิ์ทันทีที่ละทิ้ง เพราะนาร้างปีละครั้งเดียว ส่วนสวนการขาดสิทธิ์ก็เร็วมากเหมือนกัน เหตุที่สั้นไม่อาจมีผลหลายปีติดต่อกันไป แต่ว่าตามที่กล่าวมานี้ก็เป็นแต่ความสันนิษฐานซึ่งจะถ้อยยืนยันเป็นแน่นอนไม่ถนัดนัก เพราะต้องอาศัยบทมาตราที่ไม่บัญญัติโดยตรง ฉะนั้นอาจมีข้อแม้ได้ เช่น สวนบางประเภทอาจมีระยะพิเศษยาวนานกว่า ๓ ปีก็เป็นได้^(๒)

๒๖. ควรสังเกตว่า แม้ในกรุงศรีอยุธยา เจ้าของหาขาดสิทธิ์ในที่ดินโดยระยะเวลาประการเดียวไม่ จะขาดสิทธิ์ก็ต่อเมื่อมีผู้อื่นเข้ามายึดถือ ทั้งนี้เห็นได้จากกรณี ๆ นาร้างอยู่เป็นเวลานาน ๆ แล้ว เจ้าพนักงานจะจัดการให้มีผู้มาเลิกร้างนาขึ้น ถ้าลูกหลานพ่อแม่ตายายของเจ้าของเดิมมาขอทำต่อไป ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จปีที่ ๔๑ บัญญัติให้คงนานั้นไว้ให้แก่ผู้ขอ จึงนำสันนิษฐานได้ว่าหากเจ้าของเดิมเองมาแสดงตัวแล้วก็คงมี

(๑) ตามกฎหมายเขมร (กรมพหุลัพพ มาตรา ๖๒) ระยะเวลา ๓ ปีนี้ใช้ได้สำหรับที่ ๆ มีเรือนปลูกอยู่ คำว่าที่ดินในพระอัยการเบ็ดเสร็จ ๖๕ นี้ น่าจะหมายถึงที่ ๆ มีเรือนปลูกอยู่เหมือนกัน

(๒) ตามกฎหมายเขมรเดิมดูเหมือนว่ามีระยะต่าง ๆ เช่นว่านี้ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดชัด (พระราชบัญญัติ มาตรา ๗) ต่อมาศาลจึงใช้ระยะ ๓ ปีมาบังคับในทุก ๆ กรณี

สิทธิอยู่ในที่เช่นเดียวกัน แต่เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาแล้ว ผู้เข้ามาครอบครองที่ย่อมได้สิทธิเป็นเจ้าของในทันทีนั้น และสิทธิของเจ้าของเดิมเป็นอันสูญสิ้นเด็ดขาด

ในเมื่อที่ดินแปลงหนึ่งมีผู้ละทิ้งว่างเปล่านาน ๆ และไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งเข้ามาทำพระอัยการเบ็ดเสร็จบพที่ ๕๒ วรรค ๒ บัญญัติให้แขวงจังหวัดจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มีได้นั้นอยู่ อย่าให้พระคลังขาดประโยชน์และอย่าให้ที่นั้นเปล่าเป็นทำเลเสีย ในบพนี้กล่าวถึงระยะเวลา ๙ ปี ๑๐ ปี ซึ่งผู้พิพากษาในสมัยปัจจุบันยกอ้างขึ้นบ่อย ๆ โดยถือว่าเป็นระยะเวลาอันสำคัญ แต่ในกฎหมายเก่าระยะเวลานี้กล่าวไว้รวม ๆ มิได้หมายความว่า เจ้าพนักงานต้องรอนิ่งอยู่ นานจนถึง ๑๐ ปีจึงจะจัดหาบุคคลอื่นเข้ามาจัดทำ ฉะเพาะนานั้นเห็นได้ชัดจากพระราชกำหนดเก่าบพที่ ๔๔ ว่า เมื่อรอนิ่งอยู่เพียง ๑ ปี ๒ ปีแล้ว เจ้าพนักงานมีอำนาจจัดหาผู้ทำได้^(๑)

๒๗. นอกจากการละทิ้งยังมีกรณีอีก ๓ กรณี ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความอ่อนแอไม่มั่นคงแห่งสิทธิของเจ้าของในสมัยกรุงศรีอยุธยาอย่างแจ่มแจ้ง คือ กรณีตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบพที่ ๕๓, ๕๗ และ ๕๘ บพแรกบัญญัติว่า ผู้ซึ่งอาศัยในที่ของผู้อื่น ถ้าได้ปลูกเรือนเสาไม้จริงและทำรั้วไว้เป็นเขตต์โดยความยินยอมของเจ้าของ เมื่อล่วงเวลาไป ๓ ปีแล้วผู้อาศัยได้สิทธิที่จะอยู่ในที่นั้นต่อไป เจ้าของจะขับออกจากที่ไม่ได้ จริ่งอยู่สิทธิของผู้อาศัยไม่บริบูรณ์เหมือนสิทธิของเจ้าของ เพราะผู้อาศัยจะขายหรือจะให้แก่ใคร ๆ แม้ญาติของตนไม่ได้ และเมื่อตายลง ที่ก็ไม่ตกอยู่เป็นกองมรดก แต่อย่างไรก็ดี คงเป็นทรัพย์สินที่โอนหับสิทธิของผู้เป็นเจ้าของอยู่ตลอดชีวิตผู้อาศัย

ส่วนบพที่ ๕๗ เกี่ยวกับกรณีอันคล้ายคลึง คือ กรณีที่เจ้าของที่ดินอนุญาตให้ผู้อื่นมาทำกินในที่ของตน ถ้าผู้ขอทำ ๆ พ้นกว่า ๓ ปีขึ้นไป ผู้ขอทำนั้นได้ทรัพย์สินอันมีลักษณะเหมือนสิทธิของผู้อาศัย

บพที่ ๕๘ เกี่ยวกับการเช่าที่บ้านที่เรือน บัญญัติว่า ถ้าเจ้าของละเลยไม่เรียกค่าเช่าพัน ๓ ปีไป “ให้เอาค่าเช่าครั้งหนึ่งและที่นั้นให้คงแก่ผู้เช่าแล” ข้อความนี้ยากที่จะแปลให้ได้ความแน่ชัด ในกรณีอันคล้ายกันกับกรณีนี้ กฎหมายเขมรบัญญัติว่าให้เจ้าของขาด

(๑) ตามกฎหมายเขมร ระยะ ๙ ปี ๑๐ ปีนั้น ใช้ในกรณีที่เจ้าของละทิ้งไปเพื่อราชการหรือตกไปเป็นทะเลยศึก (กรมพหุลักษณ์ มาตรา ๖๓) บทมาตราในกฎหมายไทยดั้งเดิมน่าจะใช้ในกรณีที่เจ้าของเดิมไปราชการเช่นเดียวกัน ต้องอ่านประกอบกับตอนก่อน

สิทธิในที่นั้นโดยเด็ดขาด^(๑) ฝ่ายกฎหมายไทยอาจจะได้บัญญัติให้ขาดสิทธิเช่นเดียวกัน หรือให้ผู้เช่าได้แต่สิทธิเฉพาะตัว เช่นผู้อาศัยและผู้เช่าทำ ก็เป็นได้อีกนัยหนึ่ง

ในกรณีทั้ง ๓ นี้ ควรสังเกตว่าผู้ที่เข้ามาในที่ของผู้อื่นก็เข้ามาโดยความยินยอมของเจ้าของ และในกรณีของบทที่ ๕๓ และ ๕๗ แม้ถึงว่าเจ้าของไม่มีความเดินเลื้อนแต่ประการใด แต่ก็ถูกตัดสิทธิไปบ้างเหมือนกัน เหตุที่ผู้เข้ามาอยู่ในที่ได้ครอบครองเกิน ๓ ปีเท่านี้เองเป็นพฤติการณ์เพียงพอให้เกิดมีสิทธิในที่นั้นเหนือเจ้าของ ข้อบัญญัติเช่นนี้ขัดต่อหลักในกฎหมายปัจจุบันมาก แสดงให้เห็นชัดถึงความอ่อนแอของกรรมสิทธิ์ที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่ความจริงบท ๓ บทในพระอัยการเบ็ดเสร็จนั้นอาจแสดงความก้าวหน้าอยู่ด้วย เพราะในดั้งเดิมนำเสนอขึ้นฐานได้ว่าในกรณีทั้ง ๓ นี้เจ้าของขาดสิทธิในที่โดยสิ้นเชิง^(๒)

๒๘. กล่าวโดยสรุปแล้ว สมัยกรุงศรีอยุธยา ระบอบที่ดินรับอิทธิพลมาจากเหตุการณ์การเมือง สิทธิของผู้ถือที่ดินจึงถูกจำกัดตัดทอนและทำให้ขยายตัวได้ยาก แต่ถึงกระนั้นก็ดีไม่ควรถือว่าราษฎรไม่มีสิทธิเหนือที่ ๆ ทำหรืออยู่เลย เพราะได้เห็นมาแล้วว่ากฎหมายประเพณีแต่เดิมมานับถ่วงกันผู้ถือมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับที่ของตน ฉะนั้นในระหว่างราษฎรด้วยกันสิทธินั้นเป็นที่รับรองกันอยู่ด้วยดี หนึ่งถึงแม้ว่าฐานะของผู้ถือที่ดินไม่ได้รับความส่งเสริมจากทางการเมืองให้กว้างขวางขึ้นก็ตาม แต่ย่อมมีความผันแปรก้าวหน้าเป็นธรรมดา ตามบทกฎหมายเก่ามีร่องรอยพอแลเห็นได้ว่า ฐานะของผู้ถือที่ดินในตอนปลายกรุงศรีอยุธยาดีกว่าในตอนต้น เช่นในดั้งเดิมถือเครื่องครัดว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินแต่ผู้เดียว จนห้ามราษฎรมิให้ซื้อขายที่ดินทุกชนิดแก่กันเป็นอันขาด แต่ในกาลต่อมาบทห้ามนี้เป็นหมันไป ผู้ถือที่ดินเกิดมีสิทธิโอนให้แก่ผู้อื่นได้ ที่ดินจึงตกเป็นทรัพย์สินอยู่ในกองสมบัติของราษฎรตั้งกล่าวมาแล้ว และผู้ถือได้ชื่อว่าเป็นเจ้าของตามความที่เป็นอยู่ อีกประการหนึ่งในดั้งเดิมสิทธิของผู้ถือที่ดินผูกมัดอยู่กับการครอบครองอย่างแน่นแฟ้น แต่ในตอนปลายแยกออกจากการครอบครองแล้ว ข้อนี้เห็นได้ประจักษ์จากบทมาตราในพระอัยการเบ็ดเสร็จหลายบท อาทิเช่น บทที่ ๕๓, ๕๗ และ

(๑) ตามกฎหมายเขมร เมื่อผู้เช่าตายลง ถ้าเจ้าของละเลยไม่เรียกค่าเช่าจากทายาทที่ได้เข้ามาอยู่พ้น ๓ ปีไปก็ขาดกรรมสิทธิ์ในที่นั้น

(๒) เบ็ดเสร็จ ๕๓ และ ๕๗ คงเป็นบทซึ่งไม่เท่ากันนัก เพราะกล่าวถึงการซื้อที่ดิน ส่วนเบ็ดเสร็จ ๕๘ นั้น กฎหมายเขมรส่อให้เห็นคัมภีร์ของบทบัญญัติเก่าเป็นอย่างดี

๕๘ อันเพ็งศึกษามาแล้ว โดยกรณีทั้งสามที่บัญญัติไว้นี้ เจ้าของไม่เป็นผู้ครอบครอง ฉะนั้นถึงแม้ว่ากฎหมายเก่าไม่มีศัพท์เพื่อหมายถึงสิทธิของราษฎรที่อยู่ในที่ดิน และศัพท์นี้เพ็งมีขึ้นในตอนปลายรัชกาลที่ ๕ กรุงรัตนโกสินทร์ คือ คำว่ากรรมสิทธิ์^(๑)ก็ตาม แต่ไม่ควรเข้าใจว่าราษฎรผู้ถือที่ดินต้องรอจนปลายรัชกาลที่ ๕ จึงได้ฐานะเป็นเจ้าของ และก่อนนั้นเป็นแต่ผู้ครอบครอง จริงอยู่ราษฎรผู้ถือที่ดินจะอ้างสิทธิของตนขึ้นยื่นต่อพระมหากษัตริย์ไม่ได้ แต่ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ราษฎรจะใช้สิทธิขึ้นได้ก็แต่จะเพาะราษฎรด้วยกันเท่านั้น ได้อธิบายมาแล้วว่าการที่ว่าพระองค์เป็นเจ้าของที่ดินทั้งสิ้น เป็นแต่เพื่อแสดงความสมบูรณ์แห่งพระราชธิปไตยตลอดพระราชอาณาเขต ฉะนั้นการที่ราษฎรอาจถูกขับไล่ออกจากที่ดินได้เสมอตามพระราชประสงค์ ไม่เป็นเหตุให้คิดว่าราษฎรไม่มีสิทธิเหนือที่ แต่ต้องยอมรับว่าตลอดเวลาที่การขับไล่เป็นอาวุกสำคัญในวิธีปกครองบ้านเมือง สิทธิของเจ้าของที่ดินง่อนแง่น แต่ได้เห็นมาแล้วว่า ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา อำนาจของผู้ถือที่ดินไม่สามารถเป็นภยันตรายต่อพระเดชานุภาพเสียนานแล้ว จึงไม่ค่อยมีการถูกขับไล่ เว้นแต่เจ้าของมีโทษหรือทางราชการต้องการที่ดินเพื่อใช้ราชการเท่านั้น ข้อปฏิเสธไม่รับรองสิทธิของราษฎรในที่ดินเป็นประโยชน์ในทางการเมืองตามที่พรรณามาแล้ว แต่ในทางเศรษฐกิจกลับมีผลร้าย เพราะตามธรรมดามนุษย์ย่อมเอาใจใส่ใช้ความมานะบากบั่นเพื่อประโยชน์ของตน ถ้าที่ดินที่ตนทำหรืออยู่ไม่เป็นของตน มักจะไม่ใช้ความพยายามให้ที่มีราคาดีขึ้น แต่ถ้าเป็นที่ของตนก็เอาใจใส่ลงทุนลงแรงทำนุบำรุงให้เป็นประโยชน์มากขึ้น ฉะนั้นเมื่อเหตุทางการเมืองเล็กไม่บังคับต่อไปนัก เหตุทางเศรษฐกิจจึงค่อย ๆ มีอิทธิพลและเป็นปัจจัยให้ฐานะของราษฎรผู้เป็นเจ้าของที่ดินทวีขึ้นทีละเล็กทีละน้อย

แต่อย่างไรก็ดี ฐานะของผู้เป็นเจ้าของที่ดิน แม้ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ยังไม่ดีนัก เพราะยังไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน หรือหากมีแล้วแต่เพ็งใช้ยังไม่แพร่หลาย หรือไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ถือตั้งจะเห็นต่อไป ถ้าเจ้าของที่ดินจะพิสูจน์สิทธิของตนต้องพึ่งอาศัยคำพะยานบุคคล อันเป็นการพิสูจน์ไม่แน่นอน ทำให้ราษฎรผู้ร้องฟ้องหากันเรื่องที่ดินรบความเดือดร้อนยุ่งยากอยู่เป็นเนืองนิจ อนึ่ง การที่ไม่มีหนังสือสำคัญเป็นเหตุให้สิทธิของราษฎรเหนือที่ดินยังต้องติดพันอยู่กับการครอบครอง เพราะ

(๑) คำว่า "กรรมสิทธิ์" นั้น บทกฎหมายที่ใช้เป็นครั้งแรก ตามความหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ดูเหมือนว่าเป็นประกาศออกตรวจจ้องที่ดินคลองประเวศบุรีรมย์และคลองแยก ร.ศ. ๑๑๗ (๒๔๔๑) ข้อ ๑๗ แต่ก็ยังคงพบคำพิพากษาที่ใช้คำนี้ก่อน ๑ ปี ๒ ปี

ต้นเป็นผู้ไปรังวัด ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มีการเปลี่ยนแปลงวิธีเก็บ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดผลยิ่งใหญ่ในภายหลัง ตามหนังสือของลาลูแบร์กล่าวว่า เพื่อที่จะให้เจ้าของนา มีความมานะบากบั่นในการทำนาให้เต็มเนื้อที่ จึงได้ตราพระราชบัญญัติอากรค่านาขึ้นใหม่ เรียกเก็บตามอัตราเนื้อที่ ๆ เจ้าของหวงห้ามไว้ทั้งแปลง แม้จะได้ทำบางส่วนก็ตาม วิธีเรียกเก็บใหม่นี้ลาลูแบร์ว่ามีได้ใช้ตลอดพระราชอาณาเขตต์เพราะเป็นการเก็บอันเข้มงวด จึงจะใช้บังคับได้แต่จะเพาะในหัวเมืองที่ทรงมีพระราชอำนาจบริบูรณ์^(๑) เหตุที่ไม่ใช้วิธีเก็บใหม่ทั่วพระราชอาณาเขตต์นั้น คำอธิบายของลาลูแบร์ไม่สู้จะสมด้วยเหตุผลนัก น่าจะต้องคำนึงถึงความอุดมสมบูรณ์ของที่ดินด้วย คือ มีบางเมืองที่นารับการท่น้ำไว้บริบูรณ์ ทำได้ทุกปีโดยไม่ต้องอาศัยน้ำฝนโดยจะเพาะแต่ยังอาศัยน้ำท่าด้วย การเก็บเกี่ยวจะมีผลมากหรือน้อยนั้นก็สุดแล้วแต่ความหมั่นเพียรบากบั่นของเจ้าของ แต่มีบางเมืองที่การทำนาต้องอาศัยน้ำฝนโดยจะเพาะ ถึงแม้ว่าเจ้าของมีความพากเพียรจริง ก็ยังไม่สามารถที่จะทำได้เต็มเนื้อที่ บางปีหากฝนไม่เพียงพอจำต้องทำแต่บางส่วน วิธีเก็บค่านาอย่างใหม่นั้นเห็นจะได้ใช้จะเพาะแต่ในเมืองที่มีน้ำบริบูรณ์เท่านั้น หากใช้เพาะในเมืองนั้นพระเจ้าแผ่นดินมีอำนาจบังคับบัญชาราษฎรมากกว่าเมืองอื่นดังที่ลาลูแบร์กล่าวไม่^(๒) ตั้งแต่แผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์เป็นต้นไป การเก็บภาษีค่านาจึงแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ นาท้องเสียภาษีเต็มเนื้อที่ ๆ เจ้าของหวงห้าม และนาท้องเสียภาษีแต่จะเพาะเนื้อที่ ๆ ทำ นา ๒ ประเภทนี้ได้ปรากฏมาในสมัยรัชกาลที่ ๔ และที่ ๕ กรุงรัตนโกสินทร์ โดยเรียกชื่อว่านาคูโคและนาฟางลอย^(๓)

(๑) *Du Royaume de Siam* เล่ม ๑ หน้า ๒๘๒

(๒) ในรัชกาลที่ ๓ และที่ ๔ กรุงรัตนโกสินทร์ นาคูโคนั้นมีอยู่แต่จะเพาะในแขวงอยุธยา ลพบุรี อ่างทอง สุพรรณบุรี ๔ แขวงเท่านั้น ซึ่งเป็นเมืองที่การท่น้ำเรียบร้อยดีแต่เนินนาน ทั้งเป็นเมืองที่อยู่ใอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินอย่างแน่นแฟ้นด้วย.

(๓) คำว่านาคูโคและนาฟางลอยนั้น มีบทวิเคราะห์ศัพท์อยู่ในประกาศแก่วิธีและพิกัดเก็บเงินค่านา ลงวันที่ ๑๙ มิถุนายน ร.ศ. ๑๒๔ (๒๔๔๘) ควรอ่านประกาศพระราชบัญญัติเรื่องนาตราแดงและนาโคคู ลงวันพุธ เดือนยี่ ขึ้น ๑ ค่ำ ปีชวดจอศก จ.ศ. ๑๒๒๖ ตรงกับวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๔๐๗ ด้วย ประกาศนี้มีอยู่ในประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๖ หน้า ๒๐๑-๒๐๘ ส่วนมูลเดิมแห่งคำว่านาคูโคและนาฟางลอยนั้น ให้ดูคำอธิบายของสมเด็จพระยาตากษัตริย์ ในตำนานภาษ้อากรบางอย่าง

ส่วนอากรสวนนั้นเรียกเก็บทุกปีจากจำนวนต้นไม้ที่มีผลบางชนิด ตามอัตราที่กำหนดไว้ตามชนิดของต้นไม้ นั้น ๆ เช่นตามที่ลาลูแบร์ว่าในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ ทุเรียนเก็บต้นละสองสลึง พลูเก็บค้างละ ๑ บาท หมากเก็บต้นละ ๓ ผล มะพร้าวเก็บต้นละสองสลึง ส้ม มะม่วง มังคุด พริก เก็บต้นละ ๑ บาท ในตอนต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์เคยมีการประเมินอากรสวนในปีที่ ๓ ที่เสวยราชย์แต่ครั้งเดียว และที่ประเมินไว้นั้นก็ให้ใช้ตลอดแผ่นดิน ในการไปประเมินนั้นมีพระราชโองการตั้งข้าหลวง ๘ นาย ไปนับจำนวนต้นไม้ที่ต้องเสียภาษี พร้อมด้วยเจ้าพนักงานพระคลังสวนที่เรียกว่านายระวาง เจ้าของสวนต้องเสียตามจำนวนที่ประเมินนั้นเรื่อยไปทุกปีจนกระทั่งถึงเวลาที่มีการประเมินใหม่ แม้ถึงว่าต้นไม้บางต้นจะตายเสียก่อน หรือปลูกเพิ่มเติมขึ้นใหม่ในระหว่างนั้นก็ตาม วิธีเรียกเก็บอากรสวนนี้น่าจะได้ปฏิบัติสืบกันมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา

๓๑. ในการเรียกเก็บภาษีนั้น เจ้าพนักงานย่อมต้องออกหนังสือให้แก่ราษฎรผู้ที่ต้องเสีย ในเบื้องต้นปรากฏว่าเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เรียกภาษีส่งหนังสือให้แก่เจ้าของจะบับหนึ่งเรียกว่า "โฉนด"^(๑) เป็นหมายบังคับให้เจ้าของจัดการเสียอากร แต่ได้ความตามพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๕๙ ว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยาตลอดมาจนแผ่นดินสมเด็จพระเจ้าท้ายสระ โฉนดที่เจ้าพนักงานส่งให้ นั้นเขียนข้อความรวม ๆ ไป ไม่ได้กล่าวถึงเหตุที่เจ้าของต้องเสียเงินนั้น จึงไม่ค่อยจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียในทางที่จะพิสูจน์สิทธิของตนในที่ดิน^(๒)

๓๒. ส่วนการจับจองที่ดินนั้น ได้ความตามพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ว่า ตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงแผ่นดินสมเด็จพระเจ้าบรมโกศ คือ ตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาผู้จับจองมิได้ถือหนังสือสำคัญแต่อย่างใด มาในแผ่นดินพระเจ้าบรมโกศนั่นเอง จึงได้ตั้งระเบียบขึ้น โดยจัดให้เสนาและเจ้าอำเภอก่อนออกหนังสือสำคัญ เรียกว่า โฉนดเช่นเดียวกันแก่ผู้ที่จะไถ่สร้างทำนาขึ้นใหม่หรือเลิกร้างนาเก่า^(๓) พระราชกำหนดนี้ยังบัญญัติให้เจ้าของนาที่ได้ไถ่สร้าง หรือเลิกร้างก่อนมาบอกเจ้าพนักงานและขอให้ออกโฉนดให้

(๑) โฉนดเป็นคำภาษาเขมร หมายความว่าหนังสือ

(๒) พระราชกำหนดเก่าที่ ๕๙ ลงวันพุธ แรม ๑ ค่ำ เดือน ๔ จ.ศ. ๑๐๘๒ ปีชวดโทศก ตรงกับวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๒๖๓.

(๓) พระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ลงวันศุกร์ เดือน ๗ แรม ๑๑ ค่ำ จ.ศ. ๑๑๑๐ ปีมะโรง สัมฤทธิศก ตรงกับวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๒๕๑.

ทั้งห้ามมิให้ผู้ใดก่อสร้างหรือเล็กร้างต่อไปโดยไม่บอกเจ้าพนักงานเพื่อขอโฉนดเสียก่อน เมื่อเสนาเจ้าอำเภอไปดูที่นาซึ่งจะกันสร้างเล็กร้างขึ้นนั้นแล้ว จึงเขียนชื่อเจ้าของภูมิลาเนา เขตต์นาและปีที่กันสร้างลงในโฉนด

ตามพระราชปรารภในพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ เห็นได้ว่าการออกโฉนดนั้น มีความมุ่งหมายเพียงระงับคดีความ และข้อทู่ม้งเถียงที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ เรื่องการเก็บค่านา โดยผู้ซึ่งเพ็งกันสร้างหรือเล็กร้างขึ้นไม่ต้องเสียค่านาปีหนึ่ง หรือสองปี ตามแต่กรณี เจ้าของนาจึงยอมเถียงกับเจ้าพนักงานว่า ตนเพ็งเข้าทำแต่ปีหนึ่งหรือสองปี เป็นอันว่าไม่ต้องเสียค่านา ฝ่ายเจ้าพนักงานนั้นก็ไม่มีหลักฐานอันแน่นอนที่จะยืนยันว่าเจ้าของได้ทำมานานจริง จึงมีคดีเกิดขึ้นเนื่อง ๆ อันทำให้ต้องเสียค่าธรรมเนียมมากกว่าจำนวนภาษีนั้นอีก นับตั้งแต่มีการออกโฉนดแล้ว ข้อโต้เถียงนั้นบันเทาเบาบางลง เพราะตามข้อความในโฉนดอาจรู้ได้ว่าเจ้าของได้เข้าทำในปีไหนอย่างแน่นอน ส่วนผู้ที่ได้เข้าทำโดยผิดกฎหมาย แทนที่จะได้รับความยกเว้น กลับต้องเสียภาษีเป็นทวีคูณ

ในกาลต่อมา คราวมีการชำระกฎหมาย อาจจะเป็นในแผ่นดินพระเจ้าบรมโกษ นั้นเอง หรือต่อจากนั้นมาจนถึงรัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ก็ตาม ข้อความในพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ได้คัดย่อไว้เป็นบทมาตราหนึ่งมาตรา เข้าแทรกไว้ในพระอัยการอาญาหลวง (คือบทที่ ๔๗) และพระอัยการเบ็ดเสร็จ (บทที่ ๔๕)^(๑) ในขณะเดียวกันข้อความเดิมได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปบ้าง ประการหนึ่งโทษของผู้ที่เข้ากันสร้างเล็กร้างโดยมิได้แจ้งแก่เจ้าพนักงานก่อนถูกเพิ่มหนักขึ้น อีกประการหนึ่งสองมาตรานี้กล่าวขยายถึงการที่ผู้จะขอกันสร้าง เล็กร้างที่สวนจะต้องขอ โฉนดเช่นเดียวกับผู้ขอทำนา^(๒) การเพิ่มเติมนี้ย่อมเป็นธรรมดา ฉะนั้น น่าสันนิษฐานว่า ได้มีขึ้นในเมื่อย่อใจความในพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ จัดไว้เป็นมาตรานั้นเอง

๓๓. ตามพระราชปรารภในพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ได้ความว่า การออกโฉนดใหม่นี้เกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีอากรคู่เดียวกันกับโฉนดก่อนซึ่งเป็นหมายเรียกภาษี ต่อมาเมื่อมีการชำระกฎหมายและได้ขยายข้อบังคับให้ใช้รวมถึงที่ดินประเภทสวนด้วย ผู้

(๑) ทั้งสองมาตรานี้ใช้ถ้อยคำเหมือนกับพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ ซึ่งส่อให้เห็นชัดว่า มาตรานี้คัดมาจากพระราชกำหนดเก่าบทที่ ๔๔ และตราขึ้นภายหลัง

(๒) เหตุนี้เองสองมาตรานี้จึงกล่าวถึงนายระวาง ผู้มีหน้าที่เรียกเก็บอากรสวนพร้อมด้วยเสนาผู้เรียกเก็บค่านาทางข้าวด้วย.

ชำระยังเพ่งเล็งถึงประโยชน์ของการเก็บภาษีอากรประการเดียวเหมือนกัน ดังจะเห็นได้จากประโยคสุดท้ายแห่งพระอัยการอาญาหลวงบทที่ ๔๗ ซึ่งว่า “ถ้าทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ บังให้ชำเสีย ให้เอาอากรซึ่งบังไว้แขวนคอประจานสามวันแล้วให้ไหมจตุรคุณ” จึงเห็นได้ประจักษ์ว่ากรณีที่บัญญัติให้มีโฉนดนั้นเพื่อป้องกันกรหลกเลียงภาษีอากร ไม่มีประสงค์อย่างใดที่จะให้เจ้าของมีหลักฐานแสดงสิทธิของตน การออกโฉนดจึงได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของพระคลังหาใช่เพื่อประโยชน์แห่งเจ้าของที่ไม่ ฉะนั้นผู้ซึ่งลักลอบโกนสร้างหรือเล็กร่างทำใหม่โดยไม่แจ้งแก่เจ้าพนักงาน กฎหมายก็ไม่ลงโทษริบที่ มีแต่โทษทางร่างกาย โทษประจานและปรับเป็นพินัย

แต่ทว่าเนื่องแต่ข้อความที่ได้ลงไว้ในโฉนดนั้นเอง ย่อมเป็นหลักฐานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของในทางอ้อม คืออย่างน้อยก็แสดงว่าผู้ถือตั้งใจหวงห้ามที่แปลงหนึ่งในตำบลที่ลงไว้ในโฉนด อันหนึ่งโฉนดอีกชนิดหนึ่งก็ออกทุก ๆ ปีในเมื่อเรียกภาษีอากรตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น เป็นหลักฐานแสดงว่าเจ้าของได้ทำที่จริง ข้อที่โฉนดทั้งสองอย่างนี้ เจ้าพนักงานเป็นผู้ออกให้ ย่อมเป็นเหตุให้มีน้ำหนักมาก เพราะในกรณีที่มีคดีเกิดขึ้นเรื่องเขตที่ดิน เจ้าพนักงานผู้ออกโฉนดนั้นเองเป็นผู้พิจารณา^(๑) ฉะนั้นคงถือเอาข้อความตามโฉนดนั้นว่าเป็นความจริง ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๔ บัญญัติว่า “นายหน้าอากรเสนากำนันนาให้โฉนดฎีกาตราสำคัญไว้แก่ราษฎรผู้ทำราชการไร่นาเรียกสวน ทำนว่าพึงได้” ถึงแม้ว่าบทมาตรานี้หมายถึงการเกี่ยวข้องกับระหว่างเจ้าของที่และเจ้าพนักงานภาษีอากรก็ดี น่าจะได้ตีความในบทมาตรานี้ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาให้หมายความว่าโฉนดนั้นใช้เป็นหลักฐานเพื่อยันต่อผู้อื่นได้ ตามทำนองที่ลูกขุนใช้มาตรานี้ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์^(๒)

๓๔. กล่าวโดยสรุปแล้วในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาเกิดมีหนังสือสำคัญ ซึ่งเป็นมูลเหตุแห่งหนังสือสำคัญที่ยังคงใช้อยู่ในสมัยปัจจุบัน แต่หนังสือนั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของพระคลังโดยฉะเพาะ หากเป็นหลักฐานอันมีน้ำหนักแห่งสิทธิของเจ้าของก็เป็นแต่ในทางอ้อม และไม่ตัดทางที่เจ้าของจะพิสูจน์สิทธิของตนในทางอื่นได้ อันหนึ่งเหตุที่ทำให้ขึ้นเพื่อเรียกเก็บภาษีอากรนั้น หนังสือสำคัญจึงมีฉะเพาะสำหรับที่ ๆ ต้องเสียภาษี คือที่

(๑) พระธรรมนูญ บทที่ ๒๔, ๓๗ และ ๓๘

(๒) ดูท้ายคดีลูกขุนเข็ชาตสมฤทธิศกรรวบรวมไว้ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๕ (๑๒๔๐) หน้า ๓๕๖ และเล่ม ๖ (๑๒๔๑) หน้า ๓๘ และ ๔๗.

นาและที่สวน ส่วนที่ ๆ ปลูกเรือนอยู่โดยปกติไม่ต้องเสียภาษี เจ้าของจึงไม่มีโฉนดหนังสือสำคัญอย่างใด จะพิสูจน์สิทธิของตนได้ก็โดยอาศัยข้อพิสูจน์ทั่วไป.

เรื่องโฉนดในการจองนั้นน่าเชื่อว่าไม่ทันแพร่หลายในสมัยกรุงศรีอยุธยา เพราะพระราชกำหนดเกล้าพมำที่ ๔๔ ซึ่งบัญญัติให้มีขึ้น เพ็งตราใช้ก่อนกรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่าเพียง ๒๐ ปี การจลาจลต่อจากสงครามกับพม่า คงทำให้พระราชกำหนดบทนี้ชะงักลงชั่วคราวหรือคงใช้เลยก็เป็นได้ เมื่อได้ตั้งกรุงเทพพระมหานครเป็นราชธานี มีสันติภาพและบ้านเมืองเป็นปกติสุขแล้วพระราชกำหนดกฎหมายว่าด้วยการออกหนังสือสำคัญจึงเป็นที่ใช้ได้จริง และการถือโฉนดเริ่มแพร่หลายและมีผลเห็นประจักษ์ได้.

๒. สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนการออกโฉนดแผนที่

๓๕. ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์วิธีเรียกเก็บภาษีอากรที่ดินตามที่ได้กล่าวมาแล้วได้ใช้ปฏิบัติตามต่อไปจนตอนต้นรัชกาลที่ ๕ หากมีการเปลี่ยนแปลงบางประการ แต่ไม่สำคัญสำหรับการศึกษานี้ แต่วิธีปฏิบัตินี้ได้มีการปรับปรุงให้ดีขึ้น เป็นปัจจัยให้โฉนดซึ่งเจ้าพนักงานออกให้นั้นมีความชัดเจนและมีน้ำหนักมากขึ้น วิธีที่ปฏิบัตินั้นอาจรู้ได้โดยอาศัยกฎข้อบังคับและกฎหมายในรัชกาลที่ ๔ หรือในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ อันเป็นบทที่ออกตามแนวทางที่ออกมาแล้วแต่เดิมก็ดี หรือเป็นบทที่มาแก้ไขหรือยกเลิกทางที่เคยปฏิบัติมาแล้วก็ดี

ในเมืองต้นผู้ไถ่ถอนสร้างถางพงทำนาขึ้นใหม่ที่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายก็ได้รับความยกเว้นในการเสียภาษีเช่นแต่ก่อน^(๑) คนต้องไปบอกนายระวางเสนาและกรมการแขวงอำเภอว่ามีความประสงค์จะไถ่ถอนสร้างเล็กไร่ที่เรียกสวนไร่นาในตำบลนั้น ๆ นายระวางเสนาไปปักไม้หมายกรุยให้เป็นสำคัญก่อน เมื่อผู้จองแผ้วถางฟันไม้ให้เป็นเขตต์แล้ว นายระวางเสนากำหนดนาจึงไปรวัดและให้หนังสือสำคัญซึ่งผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมต้องลงชื่อเป็นพะยาน ๒-๓ คน หนังสือสำคัญนี้เรียกว่าใบจอง แต่ยังเรียกชื่อว่าตราจองหรือโฉนดนำตราจองด้วย มีอายุใช้ได้ ๓ ปี ถ้าเป็นที่จะทำไร่นา และ ๖ ปีถ้าเป็นที่ ๆ

(๑) ประกาศยกเลิกทางข้าวค่านาที่แรกไถ่ถอนสร้าง ลงวันเสาร์ เดือน ๕ แรม ๕ ค่ำ ปีมะเมียยังเป็นนพศ ตรงกับวันที่ ๓ เมษายน ๒๔๐๑ ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ เล่ม ๔ หน้า ๒๒-๒๔.

จะทำเป็นสวน^(๑) ถ้าผู้จับจองมิได้ไถ่ถอนสร้างพันกำหนดเวลานั้น ที่ซึ่งขจองไว้่นั้นไม่เป็นสิทธิแก่ผู้จอง นายระวางเสนากำหนดต้องเรียกเอาใบจองมาทำลายเสีย แล้วจัดหาผู้อื่นเข้าทำ

ในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ มีการขุดคลองหลายแห่งทำให้มีที่ ๆ ใช้ทำนามากขึ้น จึงจำต้องออกกฎข้อบังคับวางระเบียบในการออกใบจอง เจ้าพนักงานกรมนาหรือข้าหลวงและกรมการต้องพิจารณาไล่เรียงดูว่าผู้ขจองมีความสามารถทำได้ตามที่ขอหรือทำได้เพียงใด หนังสือสำคัญที่ออกใหม่นั้นมีชื่อว่า โฉนดจอง เป็นแบบพิมพ์มีต้นขั้วให้กรมการรักษาไว้ส่วนหนึ่ง ให้ราษฎรถือไว้เป็นสำคัญส่วนหนึ่ง ลงเขตต์และเนื้อที่โดยละเอียดทุก ๆ ปีจนถึงปีที่ ๓ เจ้าพนักงานกรมนาไปสำรวจเขตต์และลงจำนวนนาที่ทำขึ้นในท้ายบัญชีเพื่อนำขึ้นกราบบังคมทูล ถ้าราษฎรผู้ทำนานั้นได้ลงแรงหรือออกเงินช่วยในการขุดคลอง อายุความในโฉนดขยายไปเป็น ๕ ปี^(๒)

๓๖. ใบจองเป็นหนังสือที่ใช้ได้ชั่วคราวเฉพาะเวลาที่ราษฎรทำการแผ้วถางทำให้ที่เป็นนาหรือเป็นสวน ซึ่งเจ้าของไม่ต้องเสียภาษี หากจะต้องเสียก็เสียแต่บางส่วนเมื่อทำที่นั้นเสร็จแล้วย่อมต้องเรียกใบจองนั้นคืนและออกหนังสือสำคัญที่จะใช้ได้ต่อไปให้เพื่อกำหนดจำนวนภาษีอากรที่เจ้าของต้องเสีย วิธีออกหนังสือสำคัญถาวรนั้นออกต่างกันตามสภาพแห่งที่จะเป็นนาหรือสวน

สำหรับสวนนั้นได้เห็นมาแล้วว่า เดิมในราวปีที่ ๓ แห่งรัชกาล มีพระบรมราชโองการตั้งข้าหลวงไปเดินสวน พร้อมด้วยเจ้าพนักงานพระคลังสวนและกรมการท้องที่เพื่อกำหนดอากรที่บรรดาเจ้าของสวนต้องเสียตลอดไปทุกปีในรัชกาลนั้น ตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ เป็นต้นไป การเดินสวนนั้นไม่ได้ทำแต่ในตอนต้นแผ่นดินครั้งเดียวเหมือนแต่ก่อนเพื่อความยุติธรรมให้จำนวนเงินอากรที่เจ้าของต้องเสียตรงกับผลประโยชน์อันแท้จริงของสวนนั้น จึงได้มีการสำรวจใหม่ในกลางรัชกาลตามเวลาอันสมควร ในการเดินสวนนั้นข้าหลวง นายระวางและกรมการท้องที่ออกหนังสือถาวรให้แก่เจ้าของสวนเพื่อกำหนด

(๑) ท้ายศัตุยัฐกษุน ปีชกาลสัมฤทธิ์ศก ลงในราชกิจจานุเบกษาเล่ม ๖ (๑๒๔๑) หน้า ๓๘, ๔๖ และ ๔๗.

(๒) ประกาศคลองนครเนื่องเขตต์ลงวันศุกร์เดือน ๙ ขึ้น ๑ ค่ำ ปีมูลงพศก จ.ศ. ๑๒๓๙ ตรงกับวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๔๒๐ และประกาศขุดคลองลวงวันอังคารเดือน ๑๑ ขึ้น ๒ ค่ำ ปีมูลงพศก จ.ศ. ๑๒๓๙ ตรงกับวันที่ ๙ ตุลาคม ๒๔๒๐ ไกรสีห์เล่ม ๒ หน้า ๔๖๔-๔๖๖ และ ๔๘๗-๔๙๓.

อาคารที่ต้องเสียไปจนกว่าจะได้มีการเดินสวนใหม่^(๑) หนังสือสำคัญนั้นเรียกว่าโฉนดตราแดงหรือนำโฉนด^(๒) เรื่องวิธีที่ข้าหลวงเดินสวนและออกโฉนดตราแดงให้แก่เจ้าของสวนนั้นมีแจ้งอยู่โดยละเอียดในหนังสือของเจ้าพระยาจักรีที่มีถึงเจ้าเมืองกรมการในรัชชกาลที่ ๔^(๓) และในสารตราของออกญาธรรมาธิบดีศรีรัตนราชสมบัติพิริยะพาหะมีถึงเจ้ากรมและเจ้าพนักงานในกรมพระคลังสวนในรัชชกาลที่ ๕^(๔) ปรากฏว่าการเดินสวนนั้นกระทำกันเป็นพิธีอย่างศักดิ์สิทธิ์ มีการบวงสรวงพระรามเจ้ากาลีเป็นต้น อนึ่งควรสังเกตว่าข้าหลวงนายระวางหาได้เพียงแต่ต้นผลไม้ที่จะต้องเสียภาษีไม่ ยังทำการรังวัดเนื้อที่สวนและจดเขตต์ลงไว้ในนำโฉนดโดยถี่ถ้วนด้วย ถ้ามีข้อโต้เถียงเกิดขึ้น ข้าหลวงนายระวางมีอำนาจตัดสินชี้ขาดว่าใครเป็นเจ้าของ ถ้าผู้วิวาทไม่ฟังพอใจตามคำชี้ขาดนั้นให้ยื่นอุทธรณ์ร้องเรียนต่อเจ้ากรมในกรุงเทพฯ ถ้าในขณะที่ทำการเดินสวนเจ้าของสวนไม่ปรากฏตัวต่อเจ้าพนักงาน ก็ถือว่าสวนนั้นเป็นสวนทิ้งร้าง ให้กลับคืนมาเป็นของหลวง และเจ้าพนักงานมีอำนาจที่จะขายหรือให้แก่ผู้อื่นได้^(๕)

(๑) ประกาศซึ่งจะเดินสวน ณ บึงจอก ลงวันอาทิตย์ขึ้น ๑ ค่ำ เดือน ๘ ปถมสาท บึงจอกศก จ.ศ. ๑๒๓๖ ตรงกับวันที่ ๑๘ มิถุนายน ๒๔๑๗ และประกาศว่าด้วยโปรดเกล้าฯ ให้ข้าหลวงออกเดินสวน ลงวันพฤหัสบดี เดือนนี้ แรม ๑ ค่ำ ปีมะเส็งตรีศก ๑๒๔๓ ตรงกับวันที่ ๕ มกราคม ๒๔๙๓ ไกรสี เล่ม ๑ หน้า ๑๓๗-๑๓๙ และเล่ม ๒ หน้า ๕๓๑-๕๓๕.

(๒) ในระหว่างที่ยังไม่ได้ออกโฉนด ข้าหลวงเคยออกโฉนดป่าให้แก่เจ้าของถือไว้พลางก่อน จนกว่าจะได้จัดทำโฉนดตราแดงเสร็จ ให้ตุเล็กเซอร์กรมหลวงราชบุรีฯ หน้า ๑๕๕ คำอธิบายของหลวงวรราชฯ หน้า ๓๖-๓๗ และสารตราณกวยุภกัฏร์ที่จะอ้างภายหลัง.

(๓) หนังสือเจ้าพระยาจักรี ณ วันอาทิตย์เดือน ๘ ขึ้น ๑๐ ค่ำ ปีฉลูเบญจศก ตรงกับวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๓๙๖ รวมอยู่ในหนังสือลัทธิธรรมนิยมต่างๆ ภาค ๑๕ หน้า ๒๒-๓๓ หรือภาค ๑๖ หน้า ๒๕-๓๗.

(๔) สารตราณกวยุภกัฏร์ลงวันพุธเดือน ๑๐ ขึ้น ๘ ค่ำ จ.ศ. ๑๒๔๔ ปีมะเมีย จตุรศก ตรงกับวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๔๒๕ รวมอยู่ในหนังสือกฎหมายที่ดินของหลวงดำรงธรรมสาร หน้า ๑๐๘-๑๒๘

(๕) ที่กล่าวมานั้นเฉพาะสวนผลไม้ ส่วนสวนจาก ที่เสียอากรไว้ระเพียง มีการเดินรังวัดเป็นระยะเวลาห่าง ๆ กันทำนองเดียวกัน ปรากฏจากกระแสพระบรมราชโองการในรัชชกาลที่ ๓ ลงปี จ.ศ. ๑๘๑๑ อกศกสังวัจฉะระสวัญสะขุขบึกขยาปาติปะเทติศักรวาร คือวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๓๗๒ ว่า ในการเดินสวนจากนั้นเคยตั้งข้าหลวงหกนายไปเดินรังวัดพร้อมด้วยนายอากร และระบับข้อพิพาทในระหว่างเจ้าของสวน ทั้งออกหนังสือสำคัญ ชื่อว่าโฉนดด้วย (ดูประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม ๔ หน้า ๖๔-๖๖)

๓๗. ส่วนหนานั้นได้เห็นมาแล้วว่าทุก ๆ ปี กรมนาได้ตั้งข้าหลวงและเสนาออกไปเรียกเก็บภาษีค่านาพร้อมด้วยเจ้าพนักงานท้องถิ่น^(๑) ในโอกาสนั้นเจ้าพนักงานผู้ไปประเมินจัดการออกหนังสือสำคัญถาวรให้แก่ผู้จับจองที่ ๆ ได้ทำการแผ้วถางเสร็จแล้ว แต่ในข้อนี้ควรจะพิจารณาตามประเภทของนาว่าเป็นนาคูโคหรือนาฟางลอย เพราะหน้าที่ข้าหลวงเสนาต่างกันตามประเภทนานั้น ๆ ฝ่ายเจ้าของนาคูโคต้องเสียค่านาตามที่ ๆ หวงห้ามทั้งแปลง จะได้ทำเต็มเนื้อที่หรือทำแต่บางส่วนก็ตาม ฉะนั้นหนังสือที่ข้าหลวงออกให้โดยกำหนดเนื้อที่ของนานั้นจึงกำหนดจำนวนเงินค่านาที่เจ้าของนาต้องเสียทุกปีด้วย หนังสือสำคัญนี้โดยมากเรียกกันว่าโฉนดตราแดง เช่นเดียวกับสวนซึ่งต้องเสียภาษีตามจำนวนตายตัวเหมือนกัน เป็นหนังสือที่ใช้ได้ถาวร

ส่วนนาฟางลอยนั้นเป็นไปอีกทางหนึ่ง คือเจ้าของต้องเสียภาษีจะเพาะเนื้อที่ ๆ ทำเท่านั้น ฉะนั้นข้าหลวงเสนาจำต้องรังวัดใหม่ทุกปี การรังวัดนี้เรียกว่าประเมินนา (ส่วนนาคูโคนั้นเรียกว่าการเดินทางเช่นอย่างเดินสวน) เมื่อเป็นเช่นนี้ทางการภาษีอากรจึงถือว่าไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใดที่จะออกหนังสือถาวรให้แก่เจ้าของ โดยมีได้กำหนดค่านาตามเนื้อที่ แต่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตามปีที่ทำ เจ้าของนาฟางลอยจึงถือแต่ใบจองนั้นเรื่อย ๆ ไป ไม่มีโฉนดตราแดง

๓๘. นอกจากใบจองและโฉนดตราแดง เจ้าพนักงานยังออกหนังสืออีกชนิดหนึ่งเรียกว่าฎีกา เป็นหมายบังคับให้เจ้าของเสียภาษีอากร ฎีกานี้น่าจะเป็นเอกสารอันเดียวกันกับโฉนดที่กล่าวไว้ในพระราชกำหนดเกล้าบาทที่ ๕๙ ตามที่ศึกษามาแล้ว เจ้าของสวนและนาย่อมได้รับทุกคน แม้จะเป็นนาคูโคหรือนาฟางลอยก็ตาม ต่อมาในปี ๒๔๑๗ ฎีกานี้เปลี่ยนไปเป็นใบเสร็จเรียกชื่อว่าฎีกาพิมพ์ เพราะใช้หนังสือแบบพิมพ์แทนตัวฎีกาเก่าที่เขียนด้วยดินสอ^(๒)

(๑) พระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองกรมการและเสนากำนันอำเภอ ซึ่งจะออกเดินประเมินนา ณ วันพุธ เดือนอ้าย ขึ้น ๑ ค่ำ ปีมะจอกศก ศักราช ๑๒๓๖ ตรงกับวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๔๑๗ ไกรสีแล่ม ๑ หน้า ๒๓๕-๒๔๗ ตั้งแต่ออกพระราชบัญญัตินี้แล้วก็ไม่ได้ตั้งข้าหลวงไปประเมินนาคงมีแต่เสนากรมการ (ซึ่งเจ้าเมืองเป็นผู้ตั้ง) และกำนันไปประเมิน ๓ คนเท่านั้น

(๒) การออกใบเสร็จนี้เป็นวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติจ.ศ. ๑๒๓๖ ที่อ้างมาข้างต้น แบบของฎีกาพิมพ์นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติม ลงวันพุธ เดือน ๓ แรม ๑๓ ค่ำ จ.ศ. ๑๒๒๔ ปีมะเมีย จัตวาศก ตรงกับวันที่ ๗ มีนาคม ๒๔๑๕ ไกรสีแล่ม ๒ หน้า ๙๖๘-๙๗๒.

๓๙. กล่าวโดยสรุปแล้ว ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนออกโฉนดแผนที่ มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินที่ต้องเสียอากรสวนและค่านา ๓ ชะนิด คือ ใบจอง โฉนดตราแดง และฎีกาใบเสร็จ หนังสือสำคัญเหล่านี้เจ้าพนักงานกรมนาและพระคลังสวน เป็นผู้ออกเพื่อประโยชน์ของพระคลังโดยจะเพาะ แต่อาจใช้เป็นหลักฐานแห่งสิทธิในที่ดินได้ทางอ้อม หนังสือสำคัญเหล่านี้มีน้ำหนักต่างกัน กล่าวคือ ผู้ถือใบจองมีสิทธิหวงห้ามที่ได้แต่ในระยะเวลาอันสั้น คือ ๓ ปี ๕ ปี หรือ ๖ ปีตามประเภทที่ดิน เว้นแต่เจ้าของจะได้ต่ออายุออกไปอีก ฎีกาใบเสร็จใช้เพื่อพิสูจน์ว่าผู้ถือทำทำในปีนั้น ๆ เท่านั้น แต่โฉนดตราแดงนั้น คล้ายจะเป็นหลักฐานแสดงสิทธิในที่ดินจริง ทั้งนี้เพราะวิธีที่ออกนั้นเอง ไม่ควรลืมนำข้าหลวงเสนาและนายระวางเป็นตุลาการมีหน้าที่พิจารณาความเรื่องที่ดิน ขณะที่ไปเดินและประเมินที่สวนที่นานั้น ก็รับพิจารณาข้อทู่เถียงในระหว่างราษฎร และมีอำนาจแก้ไขข้อความในโฉนดหรือแบ่งแยกโฉนดได้ด้วย อีกประการหนึ่ง เหตุที่ผู้ถือโฉนดตราแดงเสียค่าภาษีอันมีจำนวนตายตัวไม่อาศัยการทำนาหรือสวนนั้น ทำให้สิทธิเหนือที่แยกออกไปจากการครอบครองได้ และเป็นปัจจัยให้ผู้ถือแสวงหาสิทธิอันมั่นคงและถาวร กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดในสมัยปัจจุบัน

ข้อที่หนังสือสำคัญเปลี่ยนรูปเป็นหลักฐานพิสูจน์กรรมสิทธิ์อันมีน้ำหนักมากขึ้น ก็ให้เห็นประจักษ์จากประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ปี ๒๔๐๙ และ ๒๔๑๐ ในรัชกาลที่ ๔ ซึ่งจะได้ศึกษาในหมวดต่อไป มีใจความโดยสังเขปว่า การซื้อขายที่ดินจะถือเป็นเด็ดขาดได้แต่ต่อเมื่อผู้ขายได้มอบโฉนดให้แก่ผู้ซื้อแล้ว และเจ้าของเดิมจะหาว่ามิได้ขายขาด เป็นแต่การฝากหรือจำนำได้แต่ต่อเมื่อตนยังถือโฉนดตราแดงอยู่ ดังนั้นโฉนดตราแดงจึงเป็นเสมือนหนึ่งเครื่องหมายแห่งกรรมสิทธิ์นั่นเอง ถ้าจะเปลี่ยนเจ้าของที่โฉนดก็จะต้องเปลี่ยนมือไปด้วย ตามประกาศนี้พร้อมด้วยบทที่ ๖๔ แห่งพระอัยการเบ็ดเสร็จ ซึ่งศาลอ้างขึ้นใช้มาก็ยังขึ้นในสมัยนี้ ทำให้ผู้ถือโฉนดตราแดงมีฐานะอันมั่นคงดียิ่งกว่าเจ้าของที่ ๆ มีแต่พะยานบุคคลมาพิสูจน์สิทธิของตน。(๑)

๓. การเปลี่ยนแปลงระบอบในรัชกาลที่ ๕

๔๐. ในปี ๒๔๔๔ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงจัดให้ออกโฉนดตามที่ใช้งานทุกวันนี้ คือ โฉนดแผนที่ ซึ่งเป็นหลักฐานแห่งกรรมสิทธิ์อันแท้จริง การ

(๑) ให้อุทท้ายศัตย์ของศาลลูกขุน ลงปีขาลสัมฤทธิ์ศก ราชกิจจานุเบกษาเล่ม ๕ (๑๒๔๐)

ออกโฉนดแผนที่นั้นเป็นผลประการหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงใหญ่ ๆ ในทางปกครองและทางการเงิน ซึ่งดำเนินขึ้นในนั้น จึงสมควรที่จะต้องกล่าวถึงเรื่องนี้โดยย่อ ๆ เสียก่อน^(๑) หลักสำคัญในการเปลี่ยนแปลงใหญ่นี้ก็คือให้แยกหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งในเวลาก่อนรวมอยู่ในอำนาจของข้าราชการคนเดียว เช่นเจ้าเมืองและกรมการนั้น นอกจากหน้าที่ในทางบริหารแล้วยังมีตำแหน่งเป็นตุลาการพิชารณาคดี ทั้งเป็นผู้เรียกเก็บภาษีด้วย เจ้าพนักงานกรมนา มีหน้าที่ระงับการพิพาทเรื่องที่ดินและเรียกเก็บภาษีทางข้าวค่านาตั้งกล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ยังมีหน้าที่จัดการหาผู้เช่าที่ ๆ ราชการว่างเปล่าให้เป็นประโยชน์แก่พระคลัง ทั้งมีหน้าที่จัดการขุดคลองและท่อน้ำเข้านา และจัดซื้อข้าวเปลือกไว้สำหรับกรมพระบวงการต่าง ๆ ฯลฯ การรวมอำนาจและหน้าที่ในกิจการหลายอย่างไว้แก่คน ๆ เดียวเช่นนี้ ย่อมเป็นภัยอันตรายแก่การปกครองบ้านเมือง และเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตขึ้นบ่อย ในปี ๒๔๑๘ เริ่มดำเนินการเปลี่ยนแปลงระบอบเป็นครั้งแรก โดยปรับปรุงระเบียบของพระคลังมหาสมบัติเพื่อให้รายได้ของแผ่นดินรวมตกอยู่ในที่แห่งเดียว และให้เจ้าพนักงานพระคลังมหาสมบัติเป็นผู้มีหน้าที่เรียกเก็บภาษีอากรแต่ฝ่ายเดียว ต่อมาในปี ๒๔๓๕ มีการเปลี่ยนแปลงวางระเบียบใหม่ทั่วกระทรวงพระบวงการ โดยจัดแบ่งหน้าที่บริหารในระหว่างกระทรวง ๑๒ กระทรวง ในเหล่ากระทรวง ๑๒ กระทรวงนั้น กระทรวงยุติธรรมเป็นกระทรวงที่ตั้งขึ้นใหม่ทีเดียวในปลายปี ๒๔๓๔ รับหน้าที่ทางฝ่ายตุลาการ ซึ่งแต่ก่อนจะสละสายปะปนอยู่ตามกระทรวงพระบวงการต่าง ๆ มารวมไว้ทั้งหมด ส่วนกรมนาซึ่งเปลี่ยนตั้งขึ้นเป็นกระทรวงเกษตรราชการคงมีแต่หน้าที่ในทางบริหารกิจการของกระทรวงนั้นจึงมีน้อย ต่อมาปลายปี ๒๔๓๕ จึงได้ยุบลงเป็นกรมขึ้นต่อกระทรวงพระคลัง แต่เป็นอยู่เช่นนั้นไม่นานนัก เพราะเล็งเห็นว่าการกสิกรรมเป็นสาระสำคัญแห่งการเศรษฐกิจของประเทศ จึงต่อมาเพียง ๒ ปีก็ได้ตั้งกระทรวงเกษตรการขึ้นอีกเช่นแต่ก่อน

๔๑. เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงกระทรวงพระบวงการนี้เอง ข้าหลวงเสนาและนายระวางไม่เกี่ยวกับการเก็บภาษีอากรต่อไป จึงไม่มีหน้าที่ ๆ จะออกไปบอจหรือโฉนด^(๒)

(๑) สำหรับตอนนี้นักศึกษาคควรอ่านหนังสือบูรพพันธุชาติกสิกรรม ซึ่งกระทรวงเกษตรการพิมพ์ในปี ๒๔๕๓ กับหนังสือของ R.W. Gidlin; *Royal Survey in Twentieth Century Impressions of Siam* หน้า ๑๒๑-๑๒๗

(๒) ดูพระราชบัญญัติเก็บเงินค่านา ร.ศ. ๑๑๙ และคำปรารภพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ร.ศ. ๑๒๑

ฝ่ายเจ้าพนักงานพระคลังก็ไม่มีหน้าที่ออกหนังสือสำคัญสำหรับที่แทนข้าหลวงเสนา นายระวางเช่นกัน จึงเป็นเหตุให้เกิดความลำบากยุ่งยากทั้งฝ่ายราษฎรและทางการเมือง เพราะในสมัยนั้นหนังสือสำคัญมีประโยชน์มากกว่าแต่ก่อน เหตุที่ ๆ ดินมีราคาสูง และเหตุที่มีการขุดคลองตัดถนน งานโยธาต่าง ๆ ขึ้น ซึ่งทำให้ที่ ๆ จะจับจองทำประโยชน์มีมากมาย ในตอนนั้นเนื่องจากการที่ไม่มีบทกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานผู้หนึ่งผู้ใดโดยชัดเจน การออกหนังสือสำคัญจึงไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย ไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ถือ ส่วนโรงศาลที่เพิ่งตั้งขึ้นใหม่ ผู้พิพากษาไม่คุ้นเคยกับระเบียบออกหนังสือสำคัญ จึงย่อมเกิดความฉงนสนเท่ห์ในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องที่ดิน^(๑) อนึ่ง หนังสือสำคัญเก่าถึงแม้ว่าเจ้าพนักงานออกให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้วก็ยังไม่ระงับข้อโต้แย้งเรื่องที่ดินลงไปได้ เพราะข้อความที่จดลงไว้ไม่กระจ่างชัดเจน ไม่มีแผนที่ประจำติดอยู่ ทั้งการปักเขตต์และวัดที่ก็ได้กระทำกันอย่างคร่าว ๆ จึงทำให้มีการทับที่และซ้ำซ้อนกันขึ้นบ่อย ๆ

๔๒. เพื่อระงับความยุ่งยากทั้งหลายนี้ สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงพระราชดำริที่จะจัดเอาระเบียบใหม่เข้ามาใช้ในประเทศไทย ตามแบบกฎหมายทอแรนส์ ซึ่งรัฐบาลประเทศออสเตรเลียนำเอามาใช้และเกิดผลเป็นอย่างดี จนมีประเทศอื่น เช่น ประเทศญี่ปุ่น และบางเมืองในประเทศสวีเดนนำเอามาใช้ต่อมาด้วย^(๒) หนังสือสำคัญที่ทำใหม่นี้จะต้องลงหมายเลขหลักเขตต์และเนื้อที่ให้ถึถ้ว้น โดยมีแผนที่อันถูกต้องไม่รูกล้ำที่ของผู้อื่นติดอยู่ด้วย หนังสือสำคัญนั้นทำเป็นสองฉบับ ให้ไว้แก่เจ้าของฉบับหนึ่ง อีกจะฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่ทำการที่ตั้งขึ้นโดยฉะเพาะ เรียกว่าหอทะเบียนที่ดิน การโอนก็จำต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงานหอทะเบียน และสลักหลังหนังสือสำคัญทั้งสองฉบับจึงจะสมบูรณ์

(๑) กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอ้างอิงถึงความยุ่งยากของศาลในสมัยนั้นในคำสอนหน้า ๑๙๗-๑๙๘ และในหนังสือพระราชบัญญัติปัจจุบัน เรื่องการขุดคลอง หน้า ๓๐๕

(๒) ควรสังเกตว่าระบอบทอแรนส์ ตามที่คิดดำเนินกันอยู่ในประเทศออสเตรเลียน ไม่เหมือนกับระบอบที่ใช้อยู่ในประเทศไทยทุกประการ คือ ในระบอบทอแรนส์แต่ ๆ การจดทะเบียนที่ดินนั้นสุดแต่เอาใจของเจ้าของที่ เมื่อเจ้าของที่ได้ไปจดทะเบียนที่แล้ว ที่ดินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้คนเด็ดขาด ผู้อื่นจะฟ้องแย้งกรรมสิทธิ์ หรืออ้างสิทธิจำนอง หรือภาระจำยอมอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้ เว้นไว้แต่สิทธิที่อ้างนั้นได้จดทะเบียนปรากฏอยู่ในหนังสือสำคัญเสียก่อน หากทางการได้ลงทะเบียนผิดไปอย่างใดแล้ว ผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการจดทะเบียนผิดนั้น มีแต่จะฟ้องเรียกสินไหมทดแทนจากทางการเท่านั้น ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องผู้ที่มีชื่อในหนังสือสำคัญ ถึงแม้ผู้นั้นจะไม่ควรมีสิทธิเหนือที่นั้นตามกฎหมายจริง

ระเบียบใหม่นี้ย่อมเป็นประโยชน์แก่เจ้าของเป็นอันมาก เพราะหนังสือสำคัญใหม่จะเป็นหลักฐานแห่งกรรมสิทธิ์โดยตรง เจ้าของจะพิสูจน์สิทธิของตนก็มีแต่จะอ้างหนังสือสำคัญ ผู้อื่นเถียงไม่ได้ เจ้าของที่ดินจึงได้เครดิตดีกว่าแต่ก่อน ถ้าจะจำหน่ายก็ทำได้ง่ายที่สุดเพียงแต่สลักหลังโฉนด ฝ่ายทางการเมืองระเบียบใหม่นี้เป็นประโยชน์มากเหมือนกันในทางการเงิน เพราะการออกโฉนดใหม่จะเป็นปัจจัยให้การเรียกค่านาอย่างนาคู่โคขายไปตลอดพระราชอาณาเขตต์ โดยเจ้าของผู้ถือโฉนดใหม่จะต้องเสียค่านาตามเนื้อที่ของตน แม้จะได้ทำหรือไม่ก็ตาม วิธีประเมินนาอย่างนาคู่โคนั้นเป็นที่ปฏิบัติกันได้สะดวกและเสียค่าใช้จ่ายน้อย จึงสมควรให้แพร่หลายมากขึ้น อนึ่งการออกโฉนดใหม่จะเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานรัฐโดยแจ่มแจ้งถึงเนื้อที่ ๆ ต้องเสียภาษีและถึงชื่อผู้เป็นเจ้าของทุกราย กิจการของเจ้าพนักงานทางการเงินจึงสะดวกยิ่งขึ้น และสามารถรู้รายได้ของแผ่นดินในเขตต์หนึ่งได้โดยใกล้ชิดต่อความเป็นจริง ซึ่งเป็นสาระสำคัญในทางการเงินของประเทศ

๔๓. งานอันใหญ่โตเช่นนี้ย่อมต้องทำเป็นขั้น ๆ ในเบื้องต้นจัดให้มีการรังวัดที่ดินเพื่อทำแผนที่ระวางที่จะใช้ตัดทำแผนที่ประจำโฉนดในปลายปี ๒๔๓๘ ได้มอบกิจการให้กรมแผนที่เริ่มสำรวจทำแผนที่ระวาง ต่อมา ๓ ปีกรมแผนที่ได้สำรวจเขตต์แขวงใหญ่แล้ว จึงคิดที่จะดำเนินการใช้ระเบียบใหม่นี้ มีการทดลองขึ้นครั้งแรกในเมื่อกระทรวงเกษตรราธิการยุบเป็นกรมไปขึ้นอยู่แก่กระทรวงพระคลังแต่ไม่เกิดผลดี^(๑) เมื่อกลับตั้งกระทรวงเกษตรราธิการขึ้นใหม่แล้วไม่นานจึงได้จัดการอีกครั้งหนึ่ง โดยจำกัดที่ ๆ จะออกโฉนดตามระเบียบใหม่ในเขตต์แขวงเมืองกรุงเก่า มีเนื้อที่ราว ๗๕๐๐๐ ไร่ แต่เป็นการลองทำ ต่อเมื่อเห็นว่างานเดินเรียบร้อยแล้วจึงจะขยายออกไปทั่วพระราชอาณาเขตต์ตามลำดับ

เมื่อวันที่ ๓ พฤษภาคม ๒๔๔๔ ได้โปรดเกล้าฯ ตั้งพระยาประชาชีพบริบาลเป็นข้าหลวงเกษตรให้ออกไปรังวัดปักเขตต์ที่ดินในเขตต์นั้นพร้อมด้วยเจ้าพนักงานกรมแผนที่ เจ้าของทุกรายต้องออกมาชี้แนวเขตต์ที่ของตน ถ้าผู้ใดขัดขืนไม่กระทำตามต้องมีความผิดฐานขัดหมาย เจ้าพนักงานกรมแผนที่ถือแผนที่ระวางไปสำรวจสอบเขตต์ที่ดินทุกแปลงต่อหน้าเจ้าของที่และที่ข้างเคียงกับเจ้าพนักงานท้องที่ เมื่อเจ้าของชี้แนวเขตต์ที่

(๑) ประกาศออกตรวจจองที่ดินคลองประเวศบุรีรมย์และคลองแยก ลงวันที่ ๑๒ มกราคม ร.ศ. ๑๑๗ (๒๔๔๑) ไกรสี เล่ม ๗ หน้า ๒๕๕๕-๒๕๖๖

ของตนแล้ว เจ้าพนักงานบ่กหลักและลงเครื่องหมายเขตต์ไว้ในแผนที่ระวาง ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเรื่องที่แห่งหนึ่ง ข้าหลวงมีอำนาจพิจารณาได้ส่วนตามหลักฐานที่ทั้งสองฝ่ายอ้าง ถ้าที่พิพาทมีราคาไม่เกิน ๑๖๐ บาท ค่าตัดสินของข้าหลวงเด็ดขาด ถ้าราคาที่ดินเกินกว่า ๑๖๐ บาท และคู่ความไม่ยอมตามคำเปรียบเทียบของข้าหลวงเกษตร ก็ต้องส่งความนั้นมายังข้าหลวงพิเศษสำหรับการที่ดิน ณ กระทรวงยุติธรรม ถ้าฝ่ายใดจะคัดค้านค่าตัดสินของข้าหลวงพิเศษให้ทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาเลย โดยมีต้องฟ้องอุทธรณ์ก่อน^(๑)

ในปลายเดือนสิงหาคม ๒๔๔๔ ข้าหลวงเกษตรได้จัดการสำรวจรังวัดที่ดินสำเร็จไปได้ ๕๕๐๐ แปลง เมื่อวันที่ ๑๕ กันยายน จึงมีประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ มาวางระเบียบออกโฉนดใหม่ และจัดการเรื่องตั้งหอทะเบียนที่ดินกับวางกฎข้อบังคับในการโอนแก่ทะเบียนด้วย กระทรวงเกษตรธิการริบจัดตั้งหอทะเบียนที่ดินขึ้นในเขตต์พระราชวังบางปะอินตามกฎข้อบังคับ^(๒) ครั้น ณ วันที่ ๑ ตุลาคม พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเสด็จพระราชทานโฉนดให้แก่เจ้าของที่ดินโดยพระหัตถ์เป็นปฐมฤกษ์ในฉบับแรก และข้าหลวงเกษตรถวายโฉนดสำหรับที่ดินของพระองค์ในขณะเดียวกันนั้นด้วย เมื่อวันที่ ๒๔ เดือนเดียวกัน ข้าหลวงเกษตรได้ทำการรังวัดสำรวจเขตต์ที่ดินนั้นเสร็จสิ้นลง กระทรวงเกษตรธิการจึงมีประกาศบอกยกเลิกหนังสือสำคัญต่าง ๆ ที่ใช้อยู่แต่ก่อนนั้น และบังคับให้เจ้าของมารับโฉนดใหม่แทน.

๔๔. ในปลายปี ๒๔๔๔ การรังวัดที่ดินได้จัดทำต่อไปในเขตต์ที่ดินจังหวัดอุษยงตามที่เหลืออยู่ และขยายเขตต์ออกไปในมณฑลกรุงเทพฯ และนครชัยศรี ในปีต่อไประบอบใหม่นี้ได้ขยายไปในมณฑลอื่นๆ ต่อไปอีก วิธิตำเนินการออกโฉนดใหม่นี้แบ่งเป็นสามคันตุ้มคือ ๑. ตั้งข้าหลวงเกษตร ซึ่งมีอำนาจพิจารณาได้ส่วนหลักฐานของบรรดาเจ้าของที่ในเขตต์หนึ่ง^(๓) ๒. ตั้งหอทะเบียนสำหรับเก็บโฉนดใหม่ และ ๓. ยกเลิกหนังสือสำคัญเก่าและออกใหม่แทน เหตุที่การดำเนินตามระเบียบนี้กินเวลานาน จึงได้ออกหนังสือสำคัญเพื่อให้ถือไว้ชั่วคราวสำหรับเจ้าของที่ๆ ไม่มีหนังสือสำคัญในเขตต์ที่ข้าหลวงยังรังวัด

(๑) ให้ดูประกาศออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่าลงวันที่ ๓ พฤษภาคม ร.ศ. ๑๒๐

(๒) ประกาศกระทรวงเกษตรธิการลงวันที่ ๒๓ กันยายน ร.ศ. ๑๒๐

(๓) ในปี ๒๔๔๕ ได้ตั้งข้าหลวงที่ ๒ ขึ้นอีกตำแหน่งหนึ่ง เพื่อทำการแทนกันได้

ไปไม่ถึง^(๑) หนังสือสำคัญใหม่นี้เรียกว่า ตราจองชั่วคราว มีลักษณะคล้ายกับโฉนดโดยทำเป็น ๒ ฉบับ และมีวิธีแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างเดียวกันกับการแก้ไขโฉนด ในปลายปี ๒๔๔๕ ได้จัดตั้งตำแหน่งผู้ช่วยข้าหลวงเกษตรอีกตำแหน่งหนึ่ง เพื่อแบ่งภาระหน้าที่ตุลาการให้เบาลง^(๒) ต่อมาในปี ๒๔๔๘ ได้ยกเลิกหน้าที่ฝ่ายตุลาการของข้าหลวงเกษตรเสีย ต่อไปนี้ถ้าหากมีข้อโต้แย้งเรื่องใดๆ ข้าหลวงกำลังรังวัดอยู่ ถ้าคู่ความปรองดองกันไม่ได้ก็ให้ไปฟ้องร้องกันยังศาลธรรมดา^(๓)

ในปลายปี ๒๔๕๑ ประกาศและพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ได้ออกมาเกี่ยวกับเรื่องโฉนดใหม่นั้น ได้รวบรวมแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นพระราชบัญญัติฉบับเดียว คือพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ (วันที่ ๖ มีนาคม ๒๔๕๑) ซึ่งยังคงใช้ได้จนทุกวันนี้ เว้นแต่ที่ได้แก้ไขและเปลี่ยนแปลงต่อมา

๔๕. ถ้าจะเปรียบโฉนดใหม่นี้กับหนังสือสำคัญเก่า จะเห็นได้ว่ามีคุณค่าเป็นหลักฐานดีขึ้นหลายประการ ประการแรก โฉนดแผนที่นั้นเป็นหลักฐานแห่งกรรมสิทธิ์โดยตรงหาใช่เอกสารฝ่ายทางการเงินออกให้เหมือนใบจองและโฉนดตราแดงเก่าไม่ ในเบื้องต้นความข้อนี้ยังมีความปะปนซับซ้อนอยู่ในจิตใจของผู้รังกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทวิเคราะห์คำว่ากรรมสิทธิ์ในข้อ ๗ แห่งประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่บทวิเคราะห์ศัพท์นี้ต่อมาในปี ๒๔๔๗ ได้แก้ไขให้เป็นที่ตั้งความต่อไปนี้ “ที่ดินซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ตามพระราชกำหนดกฎหมาย”^(๔) บทวิเคราะห์นี้ได้นำมาใช้ในมาตรา ๓๕ แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ ฉะนั้นสิทธิของเจ้าของจึงไม่เปลี่ยนแปลงตามวิถีทางที่ดินเสียภาษีอากรระบอบโฉนดนั้นใช้ได้เหมือนกันสำหรับที่ดินทุกๆ อย่าง จะเป็นนาโคก นาฟ้างลอย

(๑) พระราชบัญญัติออกตราจองที่ดินชั่วคราว ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ร.ศ. ๑๒๑ นามพระราชบัญญัตินี้เปลี่ยนเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจองตามประกาศลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๔ แต่ยังคงเรียกนามตามเดิม

(๒) ให้ดูประกาศเพิ่มเติมประกาศออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ร.ศ. ๑๒๑

(๓) กฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการสำหรับการออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม

ร.ศ. ๑๒๔

(๔) ประกาศแก้ไขประกาศออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๒๓

หรือสวน หรือที่ ๆ ปลูกบ้านเรือนก็ตาม ที่ ๆ ปลูกบ้านเรือนนั้นจึงพึงมีหนังสือสำคัญในสมัยนั้น^(๑)

อีกประการหนึ่ง โฉนดนั้นเป็นหลักฐานต่างหากจากการครอบครองที่แสดงว่าผู้ถือเป็นเจ้าของที่ ทั้งนี้เพราะตามกฎหมายการโอนที่ดินจะสมบูรณ์ก็แต่ต่อเมื่อมีการสลักหลังโฉนดและลงทะเบียน ฉะนั้นผู้ใดจะอ้างว่าเป็นเจ้าของที่ต้องมีชื่อในโฉนด แต่ข้อพิศุจน์นั้นจะมีน้ำหนักมากน้อยสักเพียงใด เป็นปัญหาที่ยังถึงกันอยู่ในสมัยต้นดูเหมือนว่าศาลได้พยายามให้ถือเป็นเรื่องพิศุจน์เด็ดขาดตามทำนองกฎหมายทอเรนส์แท้ แต่ในต่อมาได้มีการผ่อนผันได้บ้างเพราะการออกโฉนดยังเป็นวิธีใหม่ ย่อมมีข้อบกพร่องในการจัดแผนที่บางแห่งทั้งราษฎรก็ยังไม่วางใจกับระเบียบใหม่นี้ ในต่อมาโดยมากศาลมักถือว่าโฉนดเป็นแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถือเป็นเจ้าของเท่านั้น^(๒) ผู้ใดผู้หนึ่งจึงอาจคัดค้านสิทธิของผู้ถือโฉนดได้แต่ต้องนำสืบก่อน

๔๖. อีกประการหนึ่ง โฉนดหาใช่แต่จะเพาะหลักฐานเพื่อพิศุจน์สิทธิของเจ้าของนั้นไม่ กฎหมายยังมีความประสงค์ที่จะให้ผู้ถือมีฐานะมั่นคงและถาวรมากกว่าผู้ถือหนังสือเก่าและผู้ถือที่ดินมือเปล่า โดยบัญญัติว่าให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย ตามประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ และพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ เจ้าของที่ดินผู้ถือโฉนดนั้นไม่มีทางที่จะขาดกรรมสิทธิ์ได้เลย เว้นไว้แต่ตนเองจะเวนคืนที่^(๓) อนึ่ง ตามข้อ ๑๖ แห่งประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ ว่า ในเขตต์ท้องที่ซึ่งได้ออโฉนดแบบใหม่ ตั้งแต่วันที่เสนาบดีกระทรวง

(๑) แต่ควรกล่าวไว้ในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ ราวปี จ.ศ. ๑๒๐๓ กรมพระนครบาลเคยออกหนังสือสำคัญ สำหรับที่บ้านภายในกำแพงกรุงเทพมหานคร โดยมีการไต่สวนบ้าง และเดิมเขียนด้วยดินสอดำบนกระดาษข่อย แล้วต่อมาเขียนด้วยน้ำหมึกบนกระดาษฝรั่ง ในหัวเมืองมีผู้ว่าราชการบางคนออกหนังสือชนิดนี้ให้เหมือนกันแต่ไม่แพร่หลาย ดูคำสั่งที่ ๓ ของกระทรวงเกษตรธิการ ลงวันที่ ๓๐ สิงหาคม ร.ศ. ๑๓๑ เรื่องคำที่เรียกว่ากรรมนา กระทรวงเกษตรธิการ ข้าราชการ ฯลฯ ในหนังสือประชุมกฎและคำสั่งเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการ หน้า ๓๓-๓๔ กับคำอธิบายกฎหมายที่ดินของพระสุธรรมวิมลฉัย หน้า ๑๗-๑๘ และคำสอนของพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์เรื่องกฎหมายลักษณะทรัพย์ หน้า ๑๕๔-๑๕๕

(๒) ใ้ดูเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีว เรื่องฎีกา ๓๒๐/๑๒๙ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๕ หน้า ๒๖๐-๒๖๓ และเล็กเซอร์ หน้า ๒๐๑-๒๐๒

(๓) ข้อที่ให้ที่ ๆ ละทั้งหมด ๙ ปี ๑๐ ปี แล้วกลับเป็นของหลวงนั้นพึงมีระเบียบตั้งขึ้นในเมื่อปี ๒๔๕๕ ตามคำอธิบายในหมวด ๕ ตอน ๒

เกษตราริการกำหนดการยกเลิกหนังสือสำคัญเก่า “บรรดาที่ดินในเขตต์ท้องที่นั้นซึ่งไม่มี
โฉนดอย่างใหม่เป็นสำคัญ ให้ถือว่าเป็นที่ซึ่งรัฐบาลปกครองรักษา” และตามข้อ ๑๔ ว่า
ในเขตต์ท้องที่อันเดียวกันนี้ “ถ้าผู้ใดจะขอถือที่ดินซึ่งว่างนั้น ต่อเมื่อผู้นั้นได้รับโฉนด
อย่างนี้แล้วจึงอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่รายนั้นตามกฎหมาย” ตามบทบัญญัติสองบทนี้ดูเหมือน
ว่า คำว่ากรรมสิทธิ์ที่ใช้ในที่นี้หมายถึงสิทธิในที่ดินที่มีมั่นคงกว่าแต่ก่อน และกรรมสิทธิ์นี้จะ
มีได้แต่สำหรับที่ดินที่ออกโฉนดแผนที่โดยฉะเพาะ แต่บทบัญญัตินี้มิได้เข้ารวบรวมอยู่ใน
พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ จึงเป็นที่สงสัยว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ ยังถือตาม
ประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ หรือมีความหมายใหม่ ภาษาไทยไม่มีคำอื่น นอกจากคำว่า
“กรรมสิทธิ์” เพื่อหมายถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินโดยทั่วไป^(๑) ต่อจากพระราชบัญญัติ
ร.ศ. ๑๒๗ เพียง ๑ ปี คำว่ากรรมสิทธิ์ใช้กันเพื่อหมายถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินก่อนการ
ออกโฉนดแผนที่^(๒) แต่นั้นมาศาลและอาจารย์ผู้สอนกฎหมายได้ใช้เรื่อย ๆ สำหรับที่ดิน
ซึ่งอยู่ในเขตต์ที่ยังไม่ได้ออกโฉนดแผนที่ การที่ใช้คำว่ากรรมสิทธิ์เพื่อหมายความถึงสิทธิ
ของเจ้าของที่ดินโดยทั่วไป หาใช่เพื่อสิทธิของผู้ถือโฉนดแผนที่โดยฉะเพาะไม่นั้น ก็เป็น
ที่เข้าใจได้ง่าย เพราะผู้เป็นเจ้าของที่ดินอย่างเก่าได้ครอบครองที่มาหลายชั่วคนและได้ทำ
ที่นั้นเป็นประโยชน์เสมอมาเหมือนผู้ถือโฉนดทั้งได้เสียภาษีอากรตามกฎหมายทุก ๆ ปี
ฉะนั้น ถ้าหากจะถือว่าผู้นั้นไม่เป็นเจ้าของไม่เป็นการมีกรรมสิทธิ์ก็จะเป็นการอยู่ติธรรมและ
โหดร้ายเกินไป ทั้งจะถือเป็นข้อกล่าวโทษผู้นั้นว่า ไม่มีหนังสือถาวรสำหรับที่ก็ไม่สมควร
เพราะไม่มีข้าหลวงเสนานายระวางผู้ใดจะออกหนังสือให้เช่นแต่ก่อน ตามที่กรมหลวง
ราชบุรีฯ บ่นทักไว้ว่า “ที่ไม่มีหนังสือคู่มือก็เพราะเป็นโทษของรัฐบาล ไม่ใช่โทษของ
เจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินอยากได้หนังสือคู่มือใจจะขาด แต่รัฐบาลไม่มีเจ้าพนักงานที่
จะแจกหนังสือเหล่านั้นได้ตั้งแต่โบราณจนถึงสมัยกาลทุกวันนี้ ถ้าจะยกกรรมสิทธิ์ของ
คนพวกนี้แล้ว คนไทยจะลุกเป็นไฟด้วยความอยู่ติธรรม”^(๓) และความจริงคนนั้นก็

(๑) ผู้ร่างกฎหมายก่อนประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ เองเคยใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ โดยหมายถึงสิทธิของ
ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ เช่น พระราชบัญญัติลักษณะเก็บเงินค่านา ร.ศ. ๑๑๙ อธิบายคำว่าเจ้าของนาว่า
“ให้พึงเข้าใจว่าผู้มีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของที่ทำน้ตามกฎหมาย”

(๒) ดูเชิงอรรถกรมหลวงราชบุรีฯ เรื่องคำพิพากษาศาลฎีกา ๕๙๔/๑๒๗ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม
๔ หน้า ๘๘๔-๘๘๗.

(๓) เรื่องจับจองที่ดิน ในหนังสือประชุมกฎหมายและคำสั่งเสนาบดีกระทรวงเกษตราริการ หน้า
๑๐๖ ควรอ่านบันทึกนี้โดยตลอด เพราะเป็นปัญหาที่ได้เถียงกันและนำเสนอใจอยู่ในเวลานี้

เจ้าของที่ดินแต่ก่อนมา ไม่ใช่แต่เพียงผู้ปกครองลงเห็นได้จากการที่ผู้นั้นได้ค่าทำขวัญในเมื่อต้องเวนคืนที่เพื่อราชการและสาธารณประโยชน์เหมือนผู้ถือโฉนดแผนที่^(๑) ถ้าเป็นแต่ผู้ครอบครองเหตุโฉนดจึงได้รับค่าชดใช้ราคาเนื้อที่ตลอดชั่วกาลที่ ๕ จนสมัยปัจจุบัน แต่ก็ต้องยอมรับว่า กรรมสิทธิ์ของพวกนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเก่า ไม่มั่นคงเหมือนกรรมสิทธิ์ของผู้ถือโฉนดแผนที่ดังจะได้พิจารณาในหมวดต่อไป สรุปความแล้ว กรรมสิทธิ์ในสมัยปัจจุบันมีสองชนิด อาจเรียกได้ว่า “กรรมสิทธิ์หลวง” และ “กรรมสิทธิ์น้อย” ตามที่ ๆ ดินเหนี่ยจะได้อยู่ในเขตต์ที่ได้ออกโฉนดแผนที่ หรือในเขตต์ที่ยังไม่ได้ ออก แต่ก็คงอยู่ในฐานะที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์ทั้งสองชนิด^(๒)

๔๗. การที่มีกรรมสิทธิ์สองชนิดดังนี้ย่อมเป็นการไม่สมควร เพราะเจ้าของผู้ใดจะมีกรรมสิทธิ์ชนิดใดนั้นมิใช่เพราะความเอาใจใส่ของตน แต่เพราะเหตุว่ากฎหมายออกโฉนดแผนที่ยังไม่ได้ตราขึ้นใช้ในเหตุจังหวัด^(๓) แต่ข้อขัดข้องนี้ก็กำลังสูญหายไปเป็นอันดับตามที่กระทรวงเกษตรธิการจัดทำการศึกษาจังหวัดและแผนที่ระวางเพื่อขยายเขตต์การใช้พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ ออกไปอีก ในตอนปลายเดือนพฤษภาคม ๒๔๘๒ พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินใช้ได้ ใน ๓๓ จังหวัด และได้ออกโฉนดไป ๖๗๘,๖๓๒ ไร่^(๔) รวมเป็นเนื้อที่ประมาณ ๑๑,๖๖๕,๐๕๓ ไร่^(๕)

(๑) ให้อุฎีกา ๕๓๐/๑๒๒ และหมวด ๕ ตอน ๒ ของคำสอนนี้

(๒) ปัญหาข้อนี้ นักเขียนควรอ่านคำอธิบายพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ๒๔๗๙ ฉบับวันที่ ๖ มาตรา ๓๓ ของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช และบทประพันธ์ของนักนิติศาสตร์ต่าง ๆ ที่เขียนไว้ เนื่องจากคำอธิบายนี้ในหนังสือบทบัญญัติเล่ม ๑๐ ตอน ๓ และต่อไป ส่วนข้อโต้เถียงที่เกิดขึ้นนี้ ผู้ศึกษากฎหมายเก่าไม่ควรที่จะต้องไปพะวงถึง เพราะปัญหาที่ได้เถียงกันอยู่นั้นมีความว่า ฐานะของเจ้าของที่ดินเก่าจะอนุโลมเข้าอยู่ภายในบังคับบทมาตราใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นปัญหากฎหมายในปัจจุบัน แต่ผู้อ่านคงจะได้รับประโยชน์ในการที่จะศึกษากฎหมายเก่าหาหน่อยไม่

(๓) พระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ๒๔๗๙ ฉบับวันที่ ๖ ได้ตราขึ้นเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องเหล่านี้ การศึกษาบทกฎหมายอยู่นอกเขตต์คำสอน

(๔) สถิตินี้สำนักงานเลขานุการรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรธิการจัดส่งมาให้

หมวด ๔

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

๔๘. การได้กรรมสิทธิ์ที่ดินมีอยู่ ๒ ประเภท คือ การได้ที่ ๆ ยังไม่มีเจ้าของประเภทหนึ่ง และการได้ที่ ๆ มีเจ้าของแล้วอีกประเภทหนึ่ง การได้มาที่อยู่ในประเภทแรก คือ การจองและการรับพระราชทาน ในประเภทหลัง คือ การซื้อขาย การให้ การได้ทางมรดก และการได้ทางครอบครอง ในหมวด ๔ นี้จะศึกษาถึงการขายฝาก จำนำ และจำนองด้วย แต่ส่วนการได้ทางครอบครองนั้นจะศึกษาในหมวด ๕

๑. การจอง

๔๙. การจองก็คือการเข้าไปหักกลางถางพงในที่ดินที่ยังรกร้างว่างเปล่าอยู่ เหตุที่ ๆ ดินรกร้างมีมากมาย การได้มานี้จึงสำคัญในทางปฏิบัติ แม้ในสมัยปัจจุบันก็ยังคงทำกันอยู่เป็นปกติ

ตามประเพณีเดิมของชนเชื้อชาติไทย ถ้าผู้ใดอยากจับจองที่ในป่า ต้องเอาไม้ปักลงเป็นเขตต์ให้เห็นชัด เมื่อปักหลักเขตต์แล้วผู้นั้นจึงมีสิทธิแผ้วถางที่ได้แต่ผู้เดียว ถ้าผู้อื่นเข้าทำก็ถือว่าเป็นการละเมิดต้องเสียเงินค่าปรับ แต่ว่าผู้จับจองต้องทำการแผ้วถางให้เสร็จภายในเวลาที่ประเพณีกำหนดไว้ตามสถานที่และสภาพการเพาะปลูก (โดยมาก ๑ ปีสำหรับไร่ ๓ ปีสำหรับนา) มิฉะนั้นไม่มีสิทธิหวงห้ามต่อไป ผู้อื่นเข้าไปทำในที่นั้นได้^(๑) การปักหลักเขตต์จึงเป็นแต่เครื่องหมายแสดงความประสงค์ของผู้จองที่จะหวงห้ามที่แปลงหนึ่งไว้ แต่ยังไม่ถือกันว่าเป็นเจ้าของ จะมีสิทธิเป็นเจ้าของได้แต่ต่อเมื่อผู้นั้นได้แผ้วถางที่และทำให้กลายเป็นนาเป็นสวนขึ้น

การที่ผู้แผ้วถางได้สิทธิเป็นเจ้าของที่ดินนั้น ย่อมเป็นการยุติธรรมดี เพราะหากที่ดินมีราคาขึ้นก็เนื่องจากความบากบั่นของผู้นั้นเอง เหตุนี้การได้กรรมสิทธิ์ชนิดนี้นานาชาติทั่วโลกจึงรับรองมานานแล้ว ฝ่ายกฎหมายอินเดียถือว่าการจองเป็นยอดแห่งการ

(๑) นักศึกษาควรอ่านหนังสือของหลวงผดุงแคว้นประจาร์ เรื่องประเพณีลาว ตอนว่าด้วยการจับจองที่ดิน ในถกัทธิธรรมเนียบต่าง ๆ เล่ม ๑ หน้า ๔๑-๔๒

ได้กรรมสิทธิ์ทั้งหลาย คือทำให้เกิดมีสิทธิมั่นคงและบริสุทธิ์ซึ่งไม่มีใครจะคัดค้านได้^(๑) ในสมัยสุโขทัย ขุนรามกำแหงประกาศให้ราษฎรทราบว่าผู้ใดลงแรงสร้างสวนขึ้นได้สิทธิในสวนนั้น^(๒) ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ตามบทกฎหมายอันเก่าแก่มากก็ยอมให้ที่ดินนั้นเป็นสิทธิของผู้แผ้วถางดูเดียวกัน และยังบัญญัติให้ที่ดินนั้นตกเป็นมรดกของลูกหลาน (เบ็ดเสร็จ ๔๓ และ ๕๕)

๕๐. ในสมัยกรุงศรีอยุธยาเข้าใจว่า การจับจองไม่มีระเบียบอยู่เป็นเวลานาน ความจริงเพิ่งมีบทกฎหมายวางระเบียบการจอง โดยบัญญัติว่าให้ราษฎรผู้ขอจองได้แต่พอควรแก่กำลังของตน และให้มีเจ้าพนักงานคอยสำรวจตรวจงานที่ผู้ขอจองทำ แต่ในรัชกาลที่ ๕ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์นั้นเอง ทั้งบทกฎหมายที่กล่าวมานี้เกี่ยวกับที่ดินที่เนื่องมาจากการขุดคลองจึงเป็นที่ดินที่มีราคาแพง สำหรับสมัยกรุงศรีอยุธยาพบแต่บทกฎหมายที่บังคับให้ผู้เข้าจองบอกเจ้าพนักงานท้องที่และเสนานายระวางก่อนจะลงมือแผ้วถางเท่านั้น และได้เห็นมาแล้วว่าการที่ผู้จองต้องบอกเจ้าพนักงานนั้นก็เพื่อตัดข้อทู่เถียงเรื่องการเรียกเก็บภาษีอากรเท่านั้น ฉะนั้นถ้าผู้จองไม่มีประสงค์ที่จะทำนาหรือสวน แต่มีประสงค์จะทำที่นั้นในทางที่ไม่ต้องเสียภาษีอากร เช่น เพื่อปลูกร้านเรือนอยู่เป็นต้น ก็ไม่จำเป็นต้องบอกเจ้าพนักงาน อนึ่งแม้สำหรับที่ ๆ จะต้องเสียภาษีอากร ไม่มีบทหนึ่งบทใดที่แสดงให้เห็นว่าเสนาหรือนายระวางมีสิทธิจำกัดเนื้อที่ ๆ ราษฎรขอจับจองไว้ โดยกฎหมายบัญญัติเพียงแต่ว่าต้องให้ผู้จับจองขอก่อน ทั้งนี้ก็เพราะที่รกร้างว่างเปล่ามีอยู่เป็นจำนวนมากมาย จึงไม่จำเป็นต้องมีระเบียบจำกัด เว้นไว้แต่ในกรณีพิเศษ เช่น เมื่อมีการขุดคลองเป็นต้น ในกรณีพิเศษเช่นนี้ทางการอาจจะให้ออกกฎข้อบังคับโดยจะเพาะเหมือนในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก็เป็นได้ จะเป็นอย่างไรก็ตาม การที่ผู้ขอจับจองต้องบอกเจ้าพนักงานนั้น ไม่เป็นเงื่อนไขแห่งการได้กรรมสิทธิ์ ได้เห็นมาแล้วว่าผู้ลักลอบแผ้วถางถูกลงโทษเป็นเงินปรับและต้องโทษในทางร่างกายเพราะได้ทำความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่พระคลัง แต่ไม่มีบทใดที่จะทำให้พึงเข้าใจได้ว่ามีการริบที่ดินด้วย นอกจากนี้ได้เห็นมาแล้วว่าผู้ขอจับจองที่นาเพิ่งได้รับหนังสือสำคัญเพื่อเป็นหลักฐานแสดงว่าตนได้ประพฤติกฎต้องตามกฎหมายแล้วก่อนที่กรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่าเพียง ๒๐ ปี และสำหรับสวนเป็น

(๑) ให้อู J. Jolly: *Hindu Law and Custom* หน้า ๑๙๖-๑๙๗ พระคัมภีร์ในพระพุทธศาสนาถือเป็นที่น่าองเดียวกันนี้ (ดูมิลินทปัญหาเป็นต้น)

(๒) ให้อูศิลาจารึกขุนรามกำแหง ด้าน ๑ บรรทัด ๕

ที่เข้าใจว่าเพิ่งมีหนังสือสำคัญต่อมาในภายหลังอีก จะเห็นการที่จัดให้มีระเบียบในการจับจองที่นาและสวน เริ่มมีขึ้นได้แต่ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นั่นเอง

เรื่องระเบียบแห่งการจับจองนั้นได้บรรยายแล้วในหมวดก่อน จะเพาะสมัยก่อนออกโฉนดแผนที่ ณ บัดนี้จึงควรบรรยายถึงประวัติแห่งระเบียบนี้ต่อจากสมัยนั้นไป

๕๑. หมวด ๘ แห่งกฎหมายตราทรวงเกษตราธิการ ร.ศ. ๑๒๐ (วันที่ ๑๗ กันยายน ๒๔๔๔) ซึ่งออกตามประกาศออกโฉนดที่ดินวางข้อบังคับว่าด้วยการจองที่ดินในเขตต์ที่ได้ออกโฉนดแผนที่ไว้ว่า ผู้ใดขอจองที่ดินซึ่งเป็นที่ว่างเปล่าต้องปักไม้หลักเขตต์แล้วเชิญกำนันมารังวัดที่ต่อหน้าเจ้าของที่ข้างเคียงอย่างน้อย ๒ คน แล้วทำเรื่องรายงานต่อกรรมการอำเภอ กรรมการอำเภอจึงออกหนังสือสำคัญให้ เรียกว่า ใบเหยียบย่ำ มีอายุ ๑ ปี ผู้ถือไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นแต่อย่างใด มีแต่สิทธิที่จะทำให้ผู้เดียวตลอดอายุของใบเหยียบย่ำ และกฎหมายห้ามอย่าให้โอนให้ผู้อื่นด้วย ตามความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายใบเหยียบย่ำเป็นหนังสือที่ใช้ชั่วคราวไม่นาน เพราะผู้ถือชอบที่จะเปลี่ยนเอาโฉนดแทนเมื่อครบอายุแล้ว เว้นไว้แต่มีข้อขัดข้องเกิดขึ้นในเมื่อเจ้าพนักงานเกษตรทำการได้สวน กฎข้อบังคับเหล่านี้ได้เอามารวบรวมไว้ในหมวด ๑๑ ภาค ๔ แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ โดยมีได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมาก นอกจากขยายอายุความใบเหยียบย่ำออกไปเป็น ๒ ปี

ใบเหยียบย่ำนี้มีได้เป็นหนังสือใหม่ที่เดียว ซึ่งกระทรวงเกษตราธิการเพิ่งคิดตั้งขึ้นในปี ๒๔๔๔ มีคำพิพากษาบางฉบับกล่าวถึงใบเหยียบย่ำซึ่งออกก่อนเป็นนราว ๑๒ ปี^(๑) โดยกำหนดเป็นผู้ออก ครั้นเจ้าพระยาภาสกรวงษ์รับตำแหน่งเป็นเกษตราธิบดี ราวปี ๒๔๓๑ กระทรวงเกษตราธิการเคยออกแบบพิมพ์เพื่อทำใบเหยียบย่ำ แต่จะได้กำหนดระเบียบในสมัยนั้นหรือไม่ ปรากฏ หากจะมีก็คงจะไม่ได้อีกจนกระทั่งครั้นนี้ ใบเหยียบย่ำนั้นเดิมน่าจะได้เกิดขึ้นในแขวงที่ห่างไกลจากหัวเมืองที่เสนานายระวางอยู่ ผู้ขอจองที่รกร้างว่างเปล่าจึงไปบอกกำนันท้องถิ่น ๆ ออกหนังสือให้ผู้ถือได้ชั่วคราว เมื่อเสนานายระวางมาประเมินเงินจึงขอเปลี่ยนเอาใบจองแทนหนังสือที่กำนันออกให้ หนังสือของกำนัน

(๑) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔/๑๒๗ อ้างใบเหยียบย่ำลงปีชวด จ.ศ. ๑๒๕๐ (๒๔๓๑) ที่ ๓๕๖/๑๑๙ อ้างใบเหยียบย่ำลงปี ร.ศ. ๑๐๘ (๒๔๓๒) อันหนึ่งประกาศออกตราจองที่ดินคลองประเวศบุรีรมย์และคลองแยก ลงวันที่ ๑๒ มกราคม ร.ศ. ๑๑๗ (มาตรา ๑๔) และประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ (มาตรา ๑๗) ด้ระบุชื่อใบเหยียบย่ำด้วย

นั่นก็คือใบเหยียบย่ำนั่นเอง จึงใช้ได้อย่างมากเพียง ๑ ปี ตามที่กล่าวมานี้เป็นแต่ความสันนิษฐาน ไม่มีหลักฐานที่จะมายืนยันว่าเป็นจริงตามนี้

๕๒. ได้เห็นมาแล้วว่า เมื่อปี ๒๔๔๕ ข้าหลวงรับอำนาจที่จะออกตราจองชั่วคราว สำหรับเจ้าของที่ ๆ ไม่มีหนังสือสำคัญเพื่อถือไว้ชั่วคราวก่อนที่จะออกโฉนดให้ได้ ตามคำปรารภในพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ส่อให้เห็นว่าผู้ที่ได้รับตราจองชั่วคราวนั้นต้องเป็นผู้ที่ได้ทำการลงมือก่อสร้างที่นั้นเสร็จแล้ว หนังสือสำคัญนั้นจึงเป็นโฉนดชั่วคราวมากกว่าเป็นตราจองตามที่ได้เปลี่ยนชื่อพระราชบัญญัตินั้นไปเป็น ๒๔๔๘ แต่อาจารย์ผู้สอนกฎหมายเห็นว่าตราจองชั่วคราวอาจออกให้แก่ผู้จับจองได้เช่นเดียวกัน และมีอายุเพียง ๓ ปีเหมือนใบจองเก่า คือ ถ้าตัวผู้ถือไม่แผ้วถางพื้น ๓ ปีแล้ว ก็อาจไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่นั้น หรือถ้าหากผู้ถือได้แผ้วถางแต่บางส่วน ก็มีกรรมสิทธิ์แต่เฉพาะส่วนที่แผ้วถาง^(๑) ฉะนั้นในเขตต์ที่ใช้ระบอบโฉนดแผนที่แล้ว ผู้ใดอยากหวังห้ามที่รกร้างว่างเปล่าจะไปขอต้ออำเภอก็ดีหรือต้อข้าหลวงก็ดีตามอำเภอใจ แล้วกรีบใบเหยียบย่ำอันมีอายุ ๒ ปี หรือตราจองชั่วคราวอันมีอายุ ๓ ปี ตามอำนาจตำแหน่งผู้ออก

๕๓. ในจังหวัดที่ระบอบโฉนดแผนที่ยังใช้ไม่ถึง ตามหลักแล้วยังต้องใช้ใบจองเก่า แต่โดยเหตุที่ไม่มีเขตนาและนายระวางแล้วก็ไม่มีการที่จะออกให้ได้ นี่เป็นข้อบกพร่องที่ทำให้เกิดความลำบากขึ้นแก่ราษฎรผู้จะก่อสร้างและแก่ทางการเมืองด้วย อำเภอจึงออกใบเหยียบย่ำให้ตามระเบียบข้อบังคับที่บัญญัติไว้ใพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ แม้ถึงว่าความจริงอำเภอซึ่งอยู่ในท้องที่ ๆ ยังไม่ใช้พระราชบัญญัตินี้ไม่มีอำนาจที่จะออกใบเหยียบย่ำได้ก็ดี แต่ผู้ถือใบเหยียบย่ำตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ มีแต่สิทธิที่จะหวงห้ามที่ไว้เป็นเวลา ๒ ปี จะมีสิทธิเหนือที่นั้นได้แต่ต่อเมื่อทำที่เกิดประโยชน์แล้ว และจะเพาะเนื้อที่ ๆ ทำ เว้นแต่จะให้ต้ออายุใบเหยียบย่ำนั้นต้อไปอีก

๕๔. อายุใบเหยียบย่ำ ๒ ปีนั้นเป็นระยะเวลาที่สั้นไปสำหรับการเพาะปลูกบางอย่าง เช่นผู้ขจองประสงค์ที่จะทำที่แปลงใหญ่ ๆ หรือทำสวนปลูกไม้ใหญ่ เพื่อแก้ความขัดข้องในข้อนี้ ประกาศลงวันที่ ๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๙ (๒๔๔๓) ขยายระยะเวลาใบเหยียบย่ำออกไปเป็น ๕ ปีหรือ ๖ ปี ในกรณีที่ผู้ขอจับจองทำหนังสือทานบารัรับรองให้ไว้แก่รัฐบาล

(๑) ให้อุคคำอธิบายของพระยาพิชารณปริชามาตย์ หน้า ๕๘-๖๑ และคำสอนกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ หน้า ๑๔๗-๑๔๘

ว่าจะทำการเพาะปลูกสวนพัชกร (คือปลูกพรรณไม้ล้มลุกอันมีอายุไม่เกินกว่า ๓ ปีต้องปลูกใหม่) ที่นาและที่ไร่ หรือจะทำการเพาะปลูกสวนใหญ่ (คือปลูกพรรณไม้ยืนต้นมีอายุอยู่นานกว่า ๓ ปี) ผู้ถือใบเหยียบย่ำชนิดนี้ เมื่อครบ ๒ ปีแล้วต้องได้ทำการไถนสร้างถางที่ไม่น้อยกว่า ๑ ใน ๑๐ แห่งที่ๆ ขอไว้ ถ้าเป็นสวนใหญ่ เมื่อครบ ๕ ปีแล้วผู้ถือต้องได้ทำการเพาะปลูกพืชผลพรรณไม้ลงในที่ตามใบเหยียบย่ำนั้น ไม่น้อยกว่า ๑ ใน ๔ เมื่อใบเหยียบย่ำหมดอายุแล้วผู้ถือจะขอต่ออีกไม่ได้ แต่จะรับโฉนดสำหรับเนื้อที่ๆ ได้ปลูกพืชผลพรรณไม้ลงไว้แล้ว ส่วนที่ดินซึ่งมิได้ทำการเพาะปลูกลงไว้ในวันต้องกลับคืนเป็นของหลวงทันที ผู้ถือใบเหยียบย่ำจะอ้างว่ามีกรรมสิทธิ์หรือยังถือที่ดินอยู่ตามใบเหยียบย่ำนั้นไม่ได้ทีเดียว เดิมประกาศนี้ใช้ในมณฑลชุมพร นครศรีธรรมราช ปัตตานี และภูเก็ต ๔ มณฑลเท่านั้น ต่อมาอีก ๓ เดือนได้ขยายออกไปในเมืองมณฑลจันทบุรีอีกมณฑลหนึ่ง (๑)

๕๕. การออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินเป็นเหตุให้เกิดปัญหาข้อใหญ่ขึ้น เรื่องผลแห่งการจับจอง ในสมัยกรุงศรีอยุธยาผู้จับจองย่อมมีสิทธิในที่เนื่องจากการแผ้วถางนั้นเอง สหิทธินั้นเบาบางก็จริงอยู่หากละทิ้งไป ๑ ปีก็ขาดสิทธิ แต่ในสมัยนั้นบรรดาเจ้าของที่ดินมีฐานะเช่นนั้น อนึ่งผู้จับจองจะได้บอกแก่เจ้าพนักงานท้องที่สนาและนายระวางหรือไม่ได้บอกก็ตาม ที่ดินเป็นของเขา เพราะการบอกนั้นเกี่ยวกับการเก็บภาษีอากร แม้เจ้าของจะไม่ถือหนังสือสำคัญก็ดี กฎหมายป้องกันมิให้ผู้อื่นมาชิงแย่งทำดั่งพรรณนามาแล้ว

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนออกโฉนดแผนที่ สถานการณ์มิได้เปลี่ยนแปลงไปเท่าใดนัก ผู้ทำที่ดินที่ถือใบจองตามกฎหมายมีฐานะดีกว่าผู้ซึ่งได้เข้าไปทำอยู่ในที่โดยไม่มีหนังสือสำคัญ เพราะผู้ถือใบจองมีสิทธิหวงห้ามที่ไว้ได้ถึง ๓ ปี หรือ ๖ ปี เพื่อทำการไถนสร้างให้เสร็จ และเมื่อได้ทำที่ดินเป็นนาหรือสวนแล้วได้กรรมสิทธิ์อันมั่นคงและถาวรมากกว่ากรรมสิทธิ์ของผู้ถือที่ดินอย่างเก่า แต่อย่างไรก็ดี ผู้ที่เข้าทำที่เองโดยไม่มีหนังสือสำคัญ เมื่อได้ไถนสร้างแผ้วถางที่นั้นเสร็จแล้ว ย่อมมีสิทธิเด็ดขาดเช่นเดียวกัน และถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์ของผู้นั้นยังผูกพันอยู่กับการครอบครองอย่างสิทธิสนมก็ดี แต่กฎหมายยังคงป้องกันการรุกรานของบุคคลที่สาม เหมือนผู้ถือใบจองหรือโฉนดตราแดง^(๒) ทั้งนี้ก็เพราะใบจองเป็นเอกสารทางภาษีอากร จะถือว่าเป็นสาระสำคัญสำหรับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นไม่ได้ และเป็นหนังสือที่ออกให้ใช้ได้สำหรับที่ดินที่เป็นนาและสวนสองชนิด

(๑) ประกาศลงวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ร.ศ. ๑๓๐ (๒๔๕๔)

(๒) กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงออกความเห็นตามทำนองนี้ ดูเล็กเซอร์หน้า ๑๓๘-๑๓๙

เท่านั้น หนึ่งควรสังเกตว่าในสมัยเมื่อข้าหลวงยังเดินทางไปมาในสวนอยู่ เจ้าของนาหรือสวนที่ไม่มีหนังสือสำคัญมีโอกาสทักท้วงที่จะให้ได้รับหนังสือสำคัญ ฉะนั้นถ้าผู้หนึ่งเสีย มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายและยังลักลอบทำที่อยู่ ก็เป็นการสมควรแล้วที่ผู้หนึ่งจะต้องมีผิด แต่โทษนั้นปรากฏว่ายังไม่ถึงกับริบที่หรือถึงแก่ถูกตัดสิทธิในที่^(๑)

๕๖. เมื่อใช้ระบอบโฉนดแผนที่แล้ว จึงมีปัญหาเกิดขึ้นเรื่องผลแห่งการจับจองตามระบอบทอแรนด์แท้ ๆ การจับจองแล้วถางหาทำให้เกิดกรรมสิทธิ์ในที่ไม ผู้ทำที่จะได้กรรมสิทธิ์แต่ต่อเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ส่วนกฎหมายไทยดูเหมือนว่าเดิมผู้รังคิจะดำเนินตามแนวนั้นด้วยตามประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๑๔ บัญญัติว่า “ที่ว่างอันมีอยู่ในจังหวัดท้องที่ซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ ถ้าผู้ใดจะขอถือที่ดินซึ่งว่างนั้น ต่อเมื่อผู้หนึ่งได้รับโฉนดอย่างนี้แล้วจึงจะมีกรรมสิทธิ์ในที่รายนั้นตามกฎหมาย” ตามบทนี้ผู้ใดทำที่ในเขตจังหวัดซึ่งใช้ระบอบใหม่แล้ว ถ้าอยากมีกรรมสิทธิ์ก็ต้องขอรับโฉนดผู้หนึ่งจะถือใบเหยียบย่ำหรือไม่ถือก็ตาม เพราะใบเหยียบย่ำสิ้นผลในเมื่อการไถ่สร้างเสร็จแล้ว แต่ต่อมาข้อ ๑๔ แห่งประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ นั้นไม่รวมอยู่ในพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ จึงได้เกิดความสงสัยเรื่องความประสงค์ของผู้ร่าง ตามความเห็นของอาจารย์ผู้สอนว่าผู้ที่เข้าไถ่สร้างที่ดินโดยไม่ได้ขอใบเหยียบย่ำเสียก่อน มีสิทธิที่จะครอบครองที่ต่อไปได้แต่ผู้เดียวจนอำเภอมหาอำนาจที่จะออกใบเหยียบย่ำให้แก่ผู้หนึ่งได้ ซึ่งมีผลเท่ากับให้ผู้ไถ่สร้างนั้นกรรมสิทธิ์อย่างเก่า (กรรมสิทธิ์น้อย) ท่านอาจารย์ยังเห็นต่อไปว่า ผู้ถือใบเหยียบย่ำตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ ที่ขาดอายุแล้ว มีกรรมสิทธิ์พิเศษในที่ คือ เจ้าของละทิ้งไปแล้ว ๒ ปี กรรมสิทธิ์จึงจะขาด^(๒) แต่ข้อนี้ศาลยังมีความลังเลใจอยู่ยังมีได้วินิจฉัยแน่ชัดไปอย่างไร

ในเขตที่ระบอบโฉนดแผนที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ การจับจองย่อมมีผลเหมือนแต่ก่อน แต่โดยเหตุที่การเดินทางของข้าหลวงเลิกเสียแล้ว ผู้ทำไม่สามารถที่จะได้ใบจองหรือโฉนดตราแดงอย่างแต่ก่อน จึงไม่มีโอกาสที่จะได้สิทธิอันคล้ายกับกรรมสิทธิ์แห่งพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ มีอาจารย์บางท่านไม่ยอมให้กรรมสิทธิ์แก่ผู้ถือที่ดินนั้นเลย โดยถือว่าเป็นแต่เพียงผู้ครอบครองเท่านั้น ตามความเห็นนี้ การจับจองจึงไร้ผลตามกฎหมายตลอด

(๑) ทั้งนี้จะเห็นได้จากใจความตอนสุดท้ายของประกาศยกเลิกทางชั่วคราวค่านาปีแรกไถ่สร้างในรัชกาลที่ ๔ ที่อ้างมาแล้ว

(๒) ให้อรรถาธิบายของพระยาพิชิต หนา ๓๗-๓๘ และ ๔๑๒

ทั่วพระราชอาณาเขตต์ ที่ดินจะอยู่ในเขตต์อื่นใช้พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ หรือในเขตต์ที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ก็ตาม แต่ผู้ที่ออกความเห็นเช่นนั้นคงไม่เพิ่งเล็งถึงเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ ซึ่งทำให้เจ้าของที่ดินในเขตต์ที่ยังใช้กฎหมายเก่านั้น ไม่มีช่องทางที่จะแสวงหาสิทธิอันมั่นคงเหมือนเช่นผู้ถือ โฉนดแผนที่ ตามความเห็นของข้าพเจ้า ผู้นั้นคงมีกรรมสิทธิ์ในที่ แต่จะเป็นกรรมสิทธิ์เหมือนเช่นผู้ถือโฉนดแผนที่ ย่อมเป็นไปได้

๕๗. กล่าวโดยสรุป ตั้งแต่มีระบอบโฉนดแผนที่ การจับจองมีผลต่างกันตามที่ที่ดินแปลงนั้นจะอยู่ในเขตต์ที่ใช้พระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ หรือไม่ ถ้าที่ดินอยู่ในเขตต์ที่ใช้ระบอบโฉนดแผนที่ การจองไม่ทำให้ผู้จองเป็นเจ้าของที่ได้ คงเป็นแต่ผู้ครอบครองจะเป็นเจ้าของได้แต่ต่อเมื่อได้รับโฉนดแผนที่แล้ว ถ้าที่ดินอยู่ในที่ ๆ ยังใช้กฎหมายเก่า การจองทำให้เป็นเจ้าของที่ได้ แต่คงได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเก่า ก่อนสมัยที่ได้มีการออกไปจองและโฉนดตราแดง

ข้อขัดข้องอันมีมาเนื่องจากการที่มีระบอบที่ดินสองอย่างเช่นนี้ ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการออกโฉนดเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๔๗๙ ฉบับที่ ๖ พระราชบัญญัตินี้ให้ยกเลิกบรรดาบทกฎหมายที่ดัดศึกษามาแล้ว แต่ไปผู้จับจองเมื่อได้ก่อสร้างเสร็จแล้วมีแต่จะไปหาพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอให้บันทึกลงในตราจองว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ผู้ทำจึงมีกรรมสิทธิ์ในที่เหมือนผู้ถือโฉนดแผนที่ อนึ่งผู้ใดจะเข้าครอบครองที่ดินโดยมิได้ขอรับใบเหยียบย่ำหรือตราจอง พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับได้ให้ออกจากที่ได้ การลักลอบเข้าจับจองโดยมิได้รับอนุญาตจึงเป็นการผิดกฎหมายอย่างแจ่มชัด ส่วนการจับจองกันถูกต้องตามกฎหมายนั้นก็พอให้เกิดกรรมสิทธิ์ได้ ผู้จับจองจะมีกรรมสิทธิ์ได้ต่อเมื่อได้รับโฉนดหรือได้มีค้ำบังเก็ทของพนักงานเจ้าหน้าที่ในหนังสือสำคัญว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” การศึกษาพระราชบัญญัติฉบับนี้นอกเขตต์คำสอน จึงกล่าวไว้แต่เพียงเท่าที่เกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมาย

๒. การรับพระราชทาน

๕๘. การได้ที่ดินชนิดนี้มีแพ้วหลายมากในสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากประเพณีพระราชทานรางวัลที่ดินแก่ผู้มีความชอบในราชการ

เหตุที่ว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของทั้งหมดในพระราชอาณาเขตต์ การพระราชทานจึงสมบูรณ์เสมอ ถึงแม้ว่าที่นั้นมีราษฎรเป็นเจ้าของหวงห้ามแล้ว ใคร ๆ จะมาได้

เถียงคัดค้านสิทธิของผู้ที่ได้รับพระราชทานไม่ได้ เพราะเสมือนหนึ่งว่าเป็นการขจัดกระแสร่วมพระบรมราชโองการ (เบ็ดเสร็จ ๖๕)^(๑) แต่โดยพฤติการณ์แล้วพระมหากษัตริย์ย่อมพระราชทานที่ ๆ วางเปล่าและเว้นเสียที่จะเอาที่ ๆ มีเจ้าของแล้วมาพระราชทาน เช่นในรัชชกาลที่ ๔ กรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อทรงแบ่งปันที่ดินริมคลองขุดใหม่ตั้งแต่บางขวางถึงบ้านจันทราลัย ในระหว่างพระเจ้าลูกเธอขึ้นทรงขึ้นแจงว่าเป็นที่ ๆ ไม่มีเจ้าของในเมื่อขุดคลอง และทรงถือเอาเป็นที่ ๆ พระองค์ได้จับจองไว้ก่อนผู้อื่น^(๒)

ตามระเบียบผู้รับพระราชทานที่ดินมีหนังสือสำคัญประทับตราของเจ้าพนักงานกรมนาออกให้ยี่ดื้อไว้^(๓) ตามเนื้อความในพระราชกำหนดใหม่ บทที่ ๓๔ ปรากฏว่า เมื่อพระมหากษัตริย์โปรดพระราชทานสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้แก่ผู้มาทูลขอ ควรมีนายเวรเป็นผู้รับสั่ง ผู้รับพระราชทานจะอ้างว่าตนเป็นผู้รับสั่งเองไม่ได้เป็นการผิดกฎหมาย^(๔) ถ้าปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบนี้เสมอไปผู้ได้รับพระราชทานที่ดินต้องมีหนังสือเป็นหลักฐาน เพราะนายเวรย่อมต้องเอาคำสั่งนั้นไปสั่งแก่เจ้าหน้าที่ตามทบวงกรมนั้น ๆ แต่ในสมัยปัจจุบันศาลกลับวินิจฉัยว่าผู้รับพระราชทานที่อ้างว่าพระยานบุคลคลมาสืบว่าได้มีกระแสร่วมพระบรมราชโองการพระราชทานให้จริง^(๕)

สิทธิในที่ดินของผู้รับพระราชทานนั้นมั่นคงกว่าสิทธิของเจ้าของธรรมดา ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๕ ผู้ได้รับพระราชทานแม้จะได้ะตั้งที่ไป ๓ ปียังไม่ขาดกรรมสิทธิ์ ถ้าผู้ใดเข้าครอบครองไม่มีโทษ แต่ผู้รับพระราชทานมีสิทธิเรียกคืนได้ “เพราะมันเสียเดิมมิได้” แต่มาในสมัยปัจจุบันศาลพิพากษาตรงกันข้ามว่า ผู้รับพระราชทานก็ตก

(๑) ที่กล่าวนี้กินความถึงการพระราชทานสังหาริมทรัพย์ด้วย ให้ดูคำสอนปี ๒๔๘๐ เลขที่ ๕๗ (“สัญญา”)

(๒) ร่างพระราชกฤษฎีกาพระราชทานนาพระเจ้าลูกเธอ ประกาศวันพฤหัสบดี เดือน ๑๑ ขึ้น ๖ ค่ำ ปีมะโรง ตรีศก จ.ศ. ๑๒๒๓ ตรงกับวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๔๐๔ ประชุมประกาศรัชชกาลที่ ๔ ภาค ๕ หน้า ๑๓๕-๑๓๖

(๓) พระธรรมนูญ บทที่ ๒๔ และ ๓๗

(๔) พระราชกำหนดใหม่บทที่ ๓๔ ลงวันจันทร์ เดือน ๗ ขึ้น ๒ ค่ำ จ.ศ. ๑๑๔๔ ปีชวด จัตวาศก ตรงกับวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๓๒๕ ตามพระราชกำหนดนี้บัญญัติแต่เพียงพระราชทานสังหาริมทรัพย์ หากได้กล่าวถึงที่ดินด้วยไม่ แต่ตามพระราชปรารภที่กล่าวไว้มีเหตุผลน่าเชื่อว่าหมายถึงการพระราชทานที่ดินด้วย

(๕) ฎีกาที่ ๓๘๔/๑๒๓ และ ๖๕๘/๒๔๕๖

อยู่ในฐานะผู้เช่าอยู่โดยธรรมดา ถ้าไม่ทำประโยชน์ในที่นั้นอาจขาดกรรมสิทธิ์ได้เช่นเจ้าของอื่น^(๑)

๕๙. นอกจากที่ดินที่พระราชทานให้แก่เอกชน ควรกล่าวถึงที่ ๆ พระราชทานให้เป็นทรัพย์สินสงฆ์ อันมีมากมายมาตั้งแต่ต้นสมัยกรุงศรีอยุธยาจนกระทั่งปัจจุบัน แต่ที่ของวัดวาอารามนั้นมักกฎหมายคุ้มครองไว้เป็นพิเศษต่างหากไม่จัดรวมอยู่ในการศึกษาชั้น จะกล่าวแต่โดยสังเขปว่าการพระราชทานนั้นเป็นเด็ดขาด กล่าวคือไม่เหมือนกับกรที่พระราชทานให้แก่เอกชนซึ่งอาจเรียกคืนได้เสมอ โดยที่ดินนั้นเป็นสิทธิแก่พระอริยสงฆ์ทั้งในปัจจุบันและในอนาคต อนึ่งกฎหมายเก่าห้ามมิให้ซื้อขายที่ ๆ เป็นกัลปนา (อาญาหลวง ๑๓๘) หลักนี้ศาลได้ถือเป็นข้อเคร่งครัดต่อมาจนปัจจุบันนี้

๓. การซื้อขาย

๖๐. ได้เห็นมาแล้วว่าเดิมกฎหมายห้ามมิให้ราษฎรซื้อขายที่ดินกัน แล้วต่อมาปล่อยให้มีการซื้อขายได้แต่ไม่สู้แพร่หลายตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา มาตราอันเกี่ยวกับการซื้อขายที่ดินโดยตรงมีแต่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบพที่ ๖๒ ซึ่งบัญญัติใจความว่า ถ้าผู้ขายไม่เป็นเจ้าของการซื้อขายนั้นเป็นโมฆะ บทมาตรานี้กล่าวถึงเอกสารเป็นหลักฐานในการซื้อขายจึงน่าสันนิษฐานได้ว่าการซื้อขายที่ดินมักจะทำเป็นหนังสือ แต่จะยืนยันว่าการทำเป็นหนังสือเป็นข้อจำเป็นนั้นหามิได้ เพราะตามข้อความในมาตรานี้ได้ความเพียงว่าหากไม่จัดทำเป็นหนังสือแล้วผู้ซื้อ ไม่มีทางที่จะไล่เบียดจากผู้ขายเท่านั้น

เพื่อมิให้ขัดกับหลักที่ว่าพระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของ ที่ทั้งหมดเมื่อปล่อยให้มีการซื้อขายที่ดินแล้วควรจะมีกฎหมายบังคับให้ผู้ขายรับอนุญาตจากทางการเมืองเสียก่อน ตามประเพณีที่ปฏิบัติกันอยู่ในพวกชนชาติเมืองดังกล่าวมาแล้ว ในประเทศไทยไม่ปรากฏว่าเคยมีประเพณีเช่นนั้นเลย แต่เจ้าของที่และผู้ซื้อย่อมต้องบอกเสนานายระวาง และเจ้าพนักงานท้องที่ให้ทราบเพื่อให้ภาระแห่งการเสียภาษีตกอยู่กับเจ้าของใหม่ และให้ผู้เรียกเก็บภาษีจัดการกับบัญชีตามนั้น ในโอกาสนี้อาจมีการเปลี่ยนใบจอง หรือตราแดงให้แก่ผู้เป็นเจ้าของใหม่ด้วยก็เป็นได้ อย่างไรก็ดี เกิดเป็นธรรมเนียมมานานที่ผู้ซื้อและผู้ขายบอกเจ้าพนักงานท้องที่ แล้วพากันไปวัดที่ปักเขตเป็นค่านับ^(๒)

(๑) ฎีกาที่ ๒๖๒/๑๒๙

(๒) ให้นดูเล็กเซอร์กรมหลวงราชบุรีฯ หน้า ๒๑๓

๖๑. ในรัชกาลที่ ๔ ที่ดินมีราคาสูงขึ้น การซื้อขายจึงเป็นเหตุให้เกิดคดีความมากมายโดยเจ้าของเดิมประสงค์ที่จะได้ทีแก่คืนมา จึงฟ้องผู้ซื้อว่าตนเพียงแต่ขายฝากหรือจำนำไว้เท่านั้น เพื่อตัดความยุ่งยากของศาลในการตีความเจตนาของคู่สัญญา ประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดินปีชกาล จ.ศ. ๑๒๒๘ และปีเถาะ จ.ศ. ๑๒๒๙ (๒๔๐๙ และ ๒๔๑๐) บัญญัติว่า การซื้อขายจะถือเป็นเด็ดขาดได้แต่ต่อเมื่อเจ้าของเดิมได้มอบโฉนดตราแดงให้แก่ผู้ซื้อ^(๑) ประกาศสองฉบับนี้แสดงแนวคิดใหม่อันน่าสนใจ กล่าวคือ การเอาการยึดถือหนังสือสำคัญเป็นเครื่องแสดงกรรมสิทธิ์ การโอนจึงสะดวกขึ้นและไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมมาก ทั้งการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ก็ยังง่ายขึ้น ถือได้ว่าประกาศสองฉบับนี้เป็นเค้าเงื่อนแห่งการออกโฉนดแผนที่ในรัชกาลที่ ๕ แต่ความจริงวิธีออกไปของหรือโฉนดตราแดงไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยพอที่จะแสดงกรรมสิทธิ์อย่างพร้อมมูลดังกล่าวแล้ว อีกประการหนึ่งตามประกาศสองฉบับนี้ เจตนาของคู่สัญญาจะเป็นอย่างไรก็ตามก็ไม่มีผลเลย ซึ่งขัดต่อการที่ปฏิบัติกันมาแต่เนิ่นนาน และเป็นเหตุให้เกิดความยุติธรรมต่าง ๆ จนต่อมาในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ มีพระบรมราชโองการสั่งแก่เจ้าพระยาพลเทพว่าควรใช้ความในประกาศนี้แต่โดยตรง จะถือว่าผู้มีโฉนดอยู่ในมือตัวคนเดียวเป็นเจ้าของที่ทุกกรณีนั้นไม่ได้ เช่นกับโฉนดตกมาได้หรือซื้อมาจากผู้ร้ายแล้วถือเอาว่าเป็นสิทธินั้นไม่ควร^(๒) ต่อมาเมื่อปี ๒๔๓๙ ประกาศสองฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการขายฝากและการจำนำที่ดิน ร.ศ. ๑๑๕ การซื้อขายจึงกลับมาปฏิบัติกันตามเดิมคือทำต่อหน้าเจ้าพนักงานท้องที่ ขณะนั้นกำลังทำการปรับปรุงวิปครองหัวเมืองอยู่ พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ ร.ศ. ๑๑๖ จึงมีโอกาสรับรองการปฏิบัตินี้ได้และมอบหน้าที่ทำหนังสือสัญญาซื้อขายที่ดินให้แก่กรมการอำเภอ แต่กรมการอำเภอต้องไปดูรังวัดเขตต์ที่ให้แก่ใจว่าเป็นการบริสุทธิ์ก่อนจึงจะทำสัญญาให้ได้ (มาตรา ๔๘ ข้อ ๒) ต่อมารัฐบาลออกแบบพิมพ์ให้อำเภอใช้ในการทำสัญญาซื้อขายที่ดินและศาลวินิจฉัยว่าถ้าการซื้อขายไม่

(๑) ประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ลงวันอาทิตย์ เดือน ๔ แรม ๑๑ ค่ำ ปีชกาลรัฐก จ.ศ. ๑๒๒๘ ตรงกับวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๔๐๙ และประกาศพระราชบัญญัติเพิ่มเติม ลงวันศุกร์เดือน ๙ แรม ๘ ค่ำ ปีเถาะนพศก จ.ศ. ๑๒๒๙ ตรงกับวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๔๑๐ ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ หน้า ๑๐๙-๑๑๑ และ ๑๒๕-๑๒๖

(๒) พระบรมราชโองการลักษณะการจำนำสวนและนา ลงวันอาทิตย์ขึ้น ๒ ค่ำ เดือน ๙ ปีมะแม เบญจศก จ.ศ. ๑๒๔๕ ตรงกับวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๔๒๖ ไกรสี เล่ม ๓ หน้า ๙๕๖-๙๕๙

ได้ทำด้วยแบบพิมพ์นั้นเป็นอันใช้ไม่ได้^(๑) ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า แม้สำหรับบุคคลที่สามารถสมสิทธิ์โอนให้แก่ผู้ซื้อแล้วนั้นที่ทำสัญญากันต่อหน้าอำเภอตนเอง ถึงแม้ว่าผู้ขายยังไม่ได้รับเงินค่าที่และยังไม่ได้มอบหน้าโฉนดและที่ให้แก่ผู้ซื้อก็ตาม^(๒) คำพิพากษาเหล่านี้ดำเนินตามแนวทางไปคนละแ่งกับกฎหมายเก่า แต่ควรสังเกตว่าในขณะที่เดียวกันยังมีคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่า หากผู้ซื้อเข้าครอบครองที่ไม่ได้ เพราะมีบุคคลที่สามถึงยงกรรมสิทธิ์ ผู้ซื้อจะฟ้องขับไล่บุคคลที่สามนั้นไม่ได้ ต้องฟ้องผู้ขาย^(๓) ซึ่งไม่ตรงกับนัยแห่งคำพิพากษาที่อ้างก่อน

๖๒. ในเขตต์ที่ใช้กฎหมายโฉนดแผนที่ การซื้อขายต้องทำ ณ หอทะเบียนที่ดิน และมีการสลักหลังโฉนด ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ทันทีที่ตนได้เงินจึงมีสิทธิฟ้องเรียกกรรมสิทธิ์ที่ดินจากบุคคลที่สามได้

เมื่อการซื้อขายไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย ก็เป็นโมฆะและกรรมสิทธิ์ไม่โอนไปยังผู้ซื้อ แต่ถ้าผู้ซื้อเข้าครอบครองที่อยู่แล้ว อาจได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นโดยเจ้าของเดิมขาดกรรมสิทธิ์ในที่หรือผู้ซื้อได้โดยทางครอบครอง ดังจะได้ศึกษาต่อไปในหมวด ๕

๔. การให้และการแลกเปลี่ยน

๖๓. ตามกฎหมายเก่าการให้จะมีผลต่อเมื่อเจ้าของทรัพย์สินได้มอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับ^(๔) ฉะนั้น แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นที่ดินก็ดี ก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แต่เนื่องจากเหตุอันเดียวกันกับการซื้อขาย ทั้งสองฝ่ายย่อมต้องไปบอกเจ้าพนักงานท้องที่ เว้นแต่เป็นที่ดินที่ไม่ต้องเสียภาษีอากร

ประกาศรัชกาลที่ ๔ ที่ได้อ้างมาแล้ว ไม่เกี่ยวข้องกับกรให้^(๕) ผู้ให้จึงยังมีหน้าที่ มอบที่ดินให้แก่ผู้รับเช่นเดิม แต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อโต้แย้งขึ้นในภายหลัง

(๑) ฎีกาที่ ๒๗๔/๒๔๕๖

(๒) ฎีกาที่ ๓๘๘/๑๒๑

(๓) ฎีกาที่ ๒๔๒/๑๒๓๓ กับเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม ๓ หน้า

(๔) ให้ดูคำสอนปี ๒๔๘๐ เลขที่ ๘๗ (“สัญญา”)

(๕) ให้ดูฎีกา ๑๓๗๖/๑๓๑ ซึ่งวินิจฉัยว่าประกาศนี้ใช้บรรพ์เรื่องการให้ไม่ได้

ชอบที่ผู้ให้จะมอบหนังสือสำคัญพร้อมที่ดิน มิฉะนั้นเจตนาของเจ้าของเดิม ไม่ชัดเจน อาจมีปัญหาเกิดขึ้นได้ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์เด็ดขาดหรือไม่

ภายหลังที่ประกาศนียบัตรยกเลิกเสียในปี ๒๔๓๙ นั้นมา มีปัญหาเกิดขึ้นอีก กล่าวคือ คงถือกันเช่นเดิมว่าผู้รับจะพิสูจน์ว่าเป็นการให้ติดต่อเมื่อเจ้าของเดิมได้มอบที่ให้แก่ตน แต่เกิดมีผู้สงสัยว่าการมอบยังไม่เพียงพอ ต้องทำเป็นหนังสือด้วย โดยมากศาลได้เห็นด้วย แต่วินิจฉัยว่าหนังสือนั้นไม่จำเป็นต้องทำต่อหน้าอำเภอ^(๑) แต่ความจริงข้อบังคับนี้เพ็งมีบทกฎหมายบัญญัติขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา ๕๒๕)^(๒)

ส่วนที่ดินที่มีโฉนดแผนที่ การให้ก็ต้องทำแบบเดียวกันกับการซื้อขายมาตั้งแต่มีประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ (ข้อ ๑๒)

ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๖ ในกรณีต่างๆ ให้เป็นที่ปลุกเรือนอยู่ ถ้าผู้รับถึงแก่ความตายก่อน ผู้ให้เรียกที่ดินคืนได้ ทั้งนี้ก็เพราะถือกันว่าเจ้าของให้แก่ผู้รับโดยเฉพาะ หากมีประสงค์ให้ที่นั้นตกแก่ทายาทของผู้รับก็จะทำให้แก่ทายาทนั้นโดยตรง ถ้าผู้ให้ถึงแก่ความตายก่อน การให้นั้นเด็ดขาด แม้ผู้รับถึงแก่ความตายภายหลังไม่นาน ทายาทของเจ้าของเดิมจะเรียกที่ดินคืนไม่ได้ บทกฎหมายนี้เป็นบทกฎหมายพิเศษ ก็น่าจะเฉพาะที่ๆ มีเรือนปลุกอยู่ หากินความถึงนาและสวนไม้^(๓) ศาลยังได้ตีความให้แคบเข้าอีกโดยวินิจฉัยว่า เป็นที่ใช้ไม่ได้สำหรับการให้ที่ทำเป็นหนังสือ^(๔)

๖๔. การแลกเปลี่ยน ที่กล่าวมาแล้วเรื่องการให้ที่กินความถึงการแลกเปลี่ยน ซึ่งบางท่านเห็นว่าเป็นการให้ทรัพย์สินซึ่งกันและกัน ตามกฎหมายเก่าสัญญาแลกเปลี่ยนจะ

(๑) ดูคำอธิบายของพระยาพิจารณา ๖ หน้า ๑๑๙-๑๒๐ และคำพิพากษาฎีกาที่อ้างประกอบ มีฎีกาที่ ๙๔๗/๑๓๑ เป็นต้น ฎีกาที่ขัดกับฎีกานี้มีฎีกาที่ ๓๓๘/๒๔๗๘ ดูเชิงอรรถของพระยาเทพวิฑูรย์ ในบทระบิล เล่ม ๒ ภาค ๒ หน้า ๕๗๙-๕๘๙

(๒) ตามมาตรา ๕๒๕ นี้ การให้ต้องทำตามแบบวิธีเดียวกับกรซื้อขาย ฉะนั้น หนังสือนั้น ต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงานและจดทะเบียน การให้จึงสมบูรณ์ ถึงแม้ว่าผู้รับยังไม่ได้เข้าครอบครอง (มาตรา ๕๒๖) บทเหล่านี้เดินตามแนวทางใหม่ที่เดียว

(๓) ดูเด็กเซอร์กรมหลวงราชบุรีฯ หน้า ๒๑๒ และเชิงอรรถเรื่องฎีกาที่ ๕๗๓/๑๒๓ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๓๒๘-๓๒๙

(๔) ฎีกาที่ ๖๐/๑๑๘ ตามนัยแห่งคำพิพากษานี้เห็นได้ว่า การให้ที่ดินแม้จะไม่ได้ทำเป็นหนังสือก็ไม่เป็นโมฆะ

สมบูรณ์แต่ต่อเมื่อเจ้าของฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบที่ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องมีหนังสือ แต่เพราะเหตุอันเดียวกันกับการซื้อขาย คู่สัญญาต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้รู้ถึงการโอนกันนั้น

ในสมัยปัจจุบันก่อนประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ ศาลเคยพิพากษาว่า สัญญาแลกเปลี่ยนนั้นต้องทำเป็นหนังสือ^(๑) แต่ทำกันเองได้^(๒)

ตามประกาศปี ร.ศ. ๑๒๐ บัญญัติว่า การแลกเปลี่ยนนั้นให้ทำตามแบบเช่นการซื้อขายและการให้ (ข้อ ๑๒) ฝ่ายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ดำเนินการทำนองเดียวกัน แต่ได้ขยายความให้ชัดขึ้นอีก โดยถือว่าการแลกเปลี่ยนเป็นการซื้อขายต่อกันและกัน (มาตรา ๕๑๙)

๕. การจำนำ การขายฝาก และการจำนอง

๖๕. สัญญา ๓ ชนิดนี้ความจริงไม่เป็นการได้กรรมสิทธิ์โดยตรง เป็นแต่หนทางให้เจ้าของที่ดินได้เครดิต โดยเอาที่ดินของตนเป็นประกันให้แก่ผู้ให้กู้ยืมเงิน แต่สัญญาทั้ง ๓ นี้เป็นทางนำให้เจ้าของเสียที่ให้แก่เจ้าของเงินได้ ฉะนั้นจึงจัดให้ศึกษาในหมวดนี้

การจำนองนั้นกฎหมายเก่าไม่รู้ คำว่า จำนอง แต่ก่อนใช้ร่วมไปด้วยกับคำว่า จำนำและมีความเหมือนกัน เพิ่งใช้ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในสมัยปัจจุบัน ดังจะได้อธิบายในต่อไป

๖๖. การจำนำสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาอันเก่าแก่มา^(๓) แต่ส่วนการจำนำที่ดินเพิ่งเกิดขึ้นในสมัยอันไม่สู้นาน น่าจะเป็นในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาเอง ในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำนำไร่นาและสวนแต่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จฉบับที่ ๗๕ มาตราฉบับบัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมด้วย ฉะนั้น ข้อที่กล่าวถึง

(๑) ข้อนี้มีฎีกาเป็นบรรทัดฐานคือฎีกาที่ ๓๕๘/๑๒๖ ซึ่งมีได้รวมอยู่ในประชุมคำพิพากษาที่ได้พิมพ์แล้ว ส่วนฎีกาที่ ๔๔๓/๑๒๘ ซึ่งอาจารย์บางท่านอ้างเป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้ ก็เป็นแต่ถือเอาตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๕๘/๑๒๖ หาได้วินิจฉัยถึงปัญหาหน้าไม่

(๒) ข้อนี้ฎีกาที่ ๓๕๘/๑๒๖ กับบัญญัติไว้ด้วย ส่วนพระบรมราชวินิจฉัยลงวันที่ ๑ เมษายน ร.ศ. ๑๑๖ (๒๔๔๐) ในคดีพระพรหมสุรินทร์ โจทก์ พระยาวิสุตย์โกษา จำเลย ซึ่งบางท่านอ้างเป็นหลักนั้น ความจริงหาเกี่ยวข้องกับปัญหาข้อนี้ไม่ (ให้ดูธรรมนูญสมัย เล่ม ๓ หน้า ๔๒๑)

(๓) ให้ดูคำสอนปี ๒๔๘๐ เลขที่ ๖๕ (“สัญญา”)

การจำหน่ายที่ดินในมาตรานี้อาจเป็นข้อแทรกแซงเพิ่มเติมในเมื่อมีการชำระกฎหมายในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา

ตามชื่อตนเอง การจำหน่ายจะสมบูรณ์ก็แต่ต่อเมื่อเจ้าของได้มอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับ โดยเหตุหนึ่งจึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แต่ความเป็นอยู่เช่นนี้จะคงอยู่นานไม่ได้ ดังที่ได้อธิบายไว้ในคำสอนปี ๒๔๘๐ ถ้าภายในกำหนด ๓ ปีเจ้าของไม่มาไถ่ สิ่งของที่จำหน่ายนั้นก็ย่อมหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับ และในขณะเดียวกันหนี้สินนั้นก็เป็นอย่างหลุดพ้นต่อกันไป น่าเชื่อว่าเดิมข้อบังคับนี้คงใช้ปรับในการจำหน่ายที่ดินด้วย โดยไม่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษ ผู้จำหน่ายต้องมอบให้ผู้รับจำหน่ายเข้าครอบครอง แต่ในสมัยที่สิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินมันคงยิ่งขึ้น และที่ ๆ ดินเริ่มเป็นสาระสำคัญในกองสมบัติของเอกชน ระยะเวลาเพียง ๓ ปี นี้จึงคงรู้สึกกันว่าสั้นเกินไป ต่อมาจึงได้วางกฎข้อบังคับขึ้นใหม่ว่า ในกรณีที่ผู้รับจำหน่ายและเจ้าของเดิมตายลงทั้งสองคนภายใน ๑๐ ปีนับแต่วันที่ได้จำหน่าย ทายาทของผู้จำหน่ายจะมีสิทธิไถ่ที่ดินคืน แต่ถ้าผู้รับได้ปลูกไม้มีผลไว้ ทายาทมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าปลูกนั้นให้แก่ทายาทของผู้รับ ผลแห่งข้อบังคับนี้เท่ากับรับรองสัญญาที่ตายให้กลับคงตั้งขึ้นอีก เพื่อให้ลูกหลานของผู้จำหน่ายมีโอกาสได้ไถ่เอาเรียกสวนของบรรพบุรุษกลับคืนมา “เพราะที่นั้นเป็นเดิมเขา เขาเสียเดิมมิได้” นี้แสดงให้เห็นว่าในสมัยที่ข้อบังคับนี้ตราขึ้นที่ดินมีราคามากในทรัพย์สินสมบัติของครอบครัวอยู่แล้ว และมาสนับสนุนข้อสันนิษฐานว่าการจำหน่ายที่ดินเพียงแพร่หลายในสมัยไม่ช้านาน เมื่อราษฎรแทบจะได้เป็นเจ้าของที่ดินแล้ว

๖๗. การขายฝากเป็นสัญญาอันทำกันแต่เนิ่นนานเช่นเดียวกัน และจะเพาะการขายฝากผู้คนได้แพร่หลายขึ้นตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา และสมัยกรุงรัตนโกสินทร์จนสมัยเลิกทาสในรัชกาลที่ ๕ แต่เพิ่งใช้สัญญานี้เกี่ยวกับที่ดินแต่ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา

ได้อธิบายมาแล้วในคำสอนปี ๒๔๘๐ ว่าการขายฝากความจริงเป็นสัญญากู้เงิน โดยผู้กู้ซึ่งมีชื่อว่าเป็นผู้ขายแต่ฝากสมาชิกในครอบครัวหรือทาสให้แก่นายเงินผู้ให้กู้ เพื่อใช้แทนดอกเบี้ยและเพื่อประกันการชำระต้นเงิน การที่สัญญานี้ทำกันเป็นแบบสัญญาซื้อขายชนิดพิเศษและเขียนเป็นสารกรมธรรม์ ก็เพื่อมิให้สมาชิกในครอบครัวหรือทาสที่มอบให้แก่นายเงินตกเป็นสิทธิของนายเงินเด็ดขาด^(๑) สัญญาขายฝากนี้ไม่มีเหตุที่จะไม่ใช้สำหรับทรัพย์สินอื่นนอกจากลูกเมียและทาส ในพระอัยการเบ็ดเสร็จมีอยู่สองมาตราอัน

(๑) ให้คำสอนปี ๒๔๘๐ เลขที่ ๓๕-๓๖ (“สัญญา”)

เกี่ยวกับการขายฝาก คือบทที่ ๘๕ ว่าด้วยการขายฝากทรัพย์สินและเคหะสถาน และบทที่ ๖๑ ว่าด้วยการขายฝากที่ไร่นาหรือสวน คำว่าทรัพย์สินและเคหะสถานในบทที่ ๘๕ เข้าใจว่าหมายถึงสังหาริมทรัพย์ เพราะเรือนซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินนั้นอาจถือโอนเอามาขายได้โดยมิต้องขายที่ดินด้วย ถ้าเป็นตงว่านจึงรับบทที่ ๖๑ บทเดียวใช้ปรับได้ถึงที่ดิน ควรสังเกตว่าบทที่ ๖๑ จัดรวมอยู่ในลักษณะที่บ้านที่เรือนไร่นา แต่ส่วนบทที่ ๘๕ อยู่ในลักษณะฝากต่างหากที่กล่าวถึงการฝากสังหาริมทรัพย์โดยจะเพาะ จึงน่าเชื่อว่าบทที่ ๖๑ บทเดียวเกี่ยวกับการขายฝากเนื้อที่ที่ดิน

ข้อบัญญัติในสองมาตรานี้ผิดกันมาก กล่าวคือมาตราบทที่ ๘๕ การขายฝากไม่มีบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ สิ่งที่ขายฝากนั้นถ้าพินกำหนดไว้ในสัญญาแล้ว ผู้ขายไม่ไถ่คืนก็ตกเป็นของผู้ซื้อ ข้อบัญญัติเหล่านี้เหมาะสมแก่สังหาริมทรัพย์ซึ่งควรไถ่คืนในระยะเวลาอันสั้น การขายฝากจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกันกับการจำนำ ดังนั้นบทที่ ๘๕ จึงคงสงวนไว้ซึ่งสภาพเดิมของการขายฝากธรรมดา ส่วนบทที่ ๖๑ การขายฝากที่ดินตกอยู่ภายใต้บังคับที่ต้องทำเป็นแบบสารกรมธรรม์เหมือนกับการขายฝากคนและสัญญาภู่ ผลของสัญญาจึงขยายนานออกไป ถ้าผู้ขายไม่มาไถ่คืน ที่ดินตกเป็นของผู้ซื้อแต่ต่อเมื่อเวลาล่วงไปแล้วถึง ๑๐ ปี สัญญาขายฝากจึงหลุดออกจากข้อบังคับของการจำนำ แต่ยังเป็นการกู้ที่มีประกัน ทั้งนี้ก็เพราะเหตุว่าได้ทำเป็นสารกรมธรรม์ดุจเดียวกับการขายฝากผู้คน

น่าสันนิษฐานว่าในสมัยที่สิทธิของผู้ถือที่ดินมั่นคงขึ้น เข้าอยู่ในลักษณะที่เป็นเจ้าของแท้ เกิดประเพณีขายฝากไร่นาและสวนตามที่เคยขายฝากลูกเมียและผู้คนมาแต่เนิ่นนาน การขายฝากที่ดินนี้ทำตามแบบและมีผลอันเดียวกันกับการขายฝากผู้คน แต่มีข้อผิดแผกข้อหนึ่งอันเป็นข้อสำคัญด้วย กล่าวคือ ฐานะที่เกิดขึ้นเนื่องจากการขายฝากผู้คนคงเป็นอยู่ตามเดิมเรื่อย ๆ ไปไม่เปลี่ยนแปลงเลย คือ เรือนเบี้ยผู้ที่ถูกขายฝากไม่ตกเป็นทาสของนายเงินอย่างทาสขาดค่า เว้นแต่มีเหตุการณอื่นเกิดขึ้น คงเป็นทาสฝากเสมอ ส่วนการขายฝากที่ดินนั้นก็ผิดกัน ถ้าผู้ขายไม่มาไถ่คืนภายใน ๑๐ ปี ที่ดินตกเป็นสิทธิของผู้ซื้อ ข้อผิดกันนี้น่าจะเป็นเพราะการขายฝากที่ดินเพิ่งจะมีขึ้นใหม่ จึงได้สงวนลักษณะของการกู้มีประกันไว้มากยิ่งกว่าการขายฝากผู้คนซึ่งเกิดมาเนิ่นนานแล้ว และกลายเป็นสัญญาพิเศษมีลักษณะเป็นการซื้อขายบ้างจำนำบ้างปะปนกัน ตามลักษณะแห่งสัญญาภู่ถ้าเจ้าของเงินไม่เรียกเงินคืนภายใน ๑๐ ปี จะฟ้องร้องไม่ได้ ในการขายฝากที่ดินผู้รับซื้อที่ที่ดินเป็นประกันจึงไม่ต้องอันตรายในเรื่องอายุความก็จริงอยู่ แต่ส่วนผู้ขายนั้นกลับเป็นคนซึ่งควรระมัดระวัง เพราะถ้าไม่ใช้เงินคืนภายใน ๑๐ ปี อายุความทำอันตรายแก่เขา จะเป็นอย่างไรก็ดี

การที่ผู้รับซื้อได้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน เมื่อพ้น ๑๐ ปีนั้น ก็เพราะหนี้ระงับเสียแล้วโดยอายุความ คำอธิบายนี้เป็นแต่ข้อสันนิษฐาน ถ้าเป็นความจริงก็มาสนับสนุนอย่างชัดเจนถึงข้อที่ว่า การขายฝากที่ดินเพียงมีขึ้นในสมัยอันล่าหลังที่สุด เพราะอายุความ ๑๐ ปีในการกู้เงิน เริ่มมีบัญญัติขึ้นในปี ๒๒๗๐ ในแผ่นดินสมเด็จพระเจ้าท้ายสระตามที่บรรยายไว้ในคำสอนปี ๒๔๙๐^(๑) ถ้าระยะเวลา ๑๐ ปีในการขายฝากที่ดิน เป็นแต่ผลแห่งอายุความ ๑๐ ปีในการกู้เงินตั้งที่สันนิษฐานมานี้ พระอัยการเบ็ดเสร็จปีที่ ๖๑ จึงไม่ได้ตราขึ้นก่อนแผ่นดินพระเจ้าท้ายสระนั่นเอง

๖๘. สรุปความได้ว่าในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อเจ้าของที่ดินประสงค์ จะได้ทุนซื้อโดยเอาที่ดินของตนเป็นประกันนั้นมีอยู่ ๒ ทาง ซึ่งเกิดขึ้นในตอนนั้นไม่นานนักและยังไม่มีระเบียบเรียบร้อย ทางหนึ่งคือ การจำนำ ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แต่เป็นเหตุให้ที่ดินตกเป็นของนายเงิน เมื่อพ้น ๓ ปี ถ้าผู้จำนำไม่ไถ่คืนไป เว้นแต่เจ้าของและนายเงินตายทั้งสองข้าง ทายาทเจ้าของเดิมจึงมีสิทธิไถ่คืนได้ตามที่กล่าวมาแล้ว อีกทางหนึ่งคือ การขายฝากซึ่งต้องทำเป็นสารกรมธรรม์และเจ้าของมีเวลา ๑๐ ปีเพื่อใช้สิทธิไถ่ที่คืน ในการจำนำและขายฝากสองอย่างนี้ เจ้าของต้องมอบที่ดินให้นายเงินเข้าครอบครอง แต่โดยเหตุอันเองไม่ต้องเสียดอกเบี้ยโดยนายเงินรับประโยชน์จากการที่ดินเข้าทำที่

ตามที่กล่าวมานี้เห็นได้ว่า ในกฎหมายเก่าการขายฝากและการจำนำที่ดิน เป็นนิติกรรมอันมีลักษณะคล้ายคลึงกันมาก ในการจำนำผู้รับไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นผู้ซื้อฝากก็จริงอยู่ แต่ในสมัยเก่าข้อนี้ไม่สำคัญ แม้กฎหมายเองก็ว่าผู้จำนำต้องมา “ไถ่คืน” เช่นเดียวกับผู้ขายฝาก อนึ่งการขายฝากไม่มีผลเต็มเหมือนการขายเด็ดขาด จึงอาจถือได้ว่าผู้ขายฝากยังไม่ขาดกรรมสิทธิ์ เช่นอย่างผู้ขายฝากผู้คน ซึ่งกฎหมายถือว่ายังเป็นนายอยู่ (ทาส ๕ และ ๑๕) ฉะนั้นแม้แต่เดิมสัญญาทั้งสองนี้เกือบจะรวมเป็นสัญญาชนิดเดียวกันได้

๖๙. แต่จะเป็นอย่างไรก็ดี เป็นที่เห็นได้จากประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ปีชวด จ.ศ. ๑๒๒๙ และปีเถาะ จ.ศ. ๑๒๒๙ ที่อ้างมาแล้วว่า ในกาลต่อมากการจำนำและการขายฝากได้ร่วมเป็นสัญญาเดียวกันจริง ในรัชกาลที่ ๔ ราคาที่ดินเขยิบสูงขึ้น

(๑) คำสอนปี ๒๔๙๐ เลขที่ ๑๒๔ (“สัญญา”)

เจ้าของซึ่งในครั้งก่อน ๆ ได้ขายที่ โดยราคาถูก จึงพยายามไถ่คืนโดยหาว่ามีได้ขายขาด เป็นแต่ขายฝากหรือจำนำ เป็นเหตุให้เกิดคดีความมากมาย และยากที่จะรู้ความจริงได้ เพราะคู่กรณีมีแต่พะยานบุคคลมาอ้าง^(๑) เพื่อตัดความยุ่งยากของศาล ประกาศสองฉบับนี้จึงวางข้อบัญญัติที่ง่ายไว้ทีเดียว กล่าวคือศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากได้ แต่ต่อเมื่อเจ้าของยังถือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไว้ ถ้าเจ้าของได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แม้จะได้มีข้อตกลงอย่างไรก็ตาม ศาลต้องถือว่าเป็นการขายขาด และที่ดินเป็นสิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากว่าผู้รับอยากเอาที่ไปขายจำนำอีกต่อหนึ่ง เจ้าของเดิมใครจะได้อะไรนั้นคืนมากก็ได้ แต่จำต้องไปไถ่ตามราคาใหม่ที่ผู้รับจะจำนำหรือจะขายฝากไว้

ได้แสดงให้เห็นมาแล้วว่า ประกาศในรัชกาลที่ ๔ นี้ มีความสำคัญในทางประวัติศาสตร์ โดยถือเอาหนังสือสำคัญเสมือนหนึ่งเป็นเครื่องหมายแห่งกรรมสิทธิ์ ณ บัดนี้ควรศึกษาถึงผลแห่งประกาศโดยละเอียดจะเพาะการจำนำและการขายฝากที่ดิน ผลนี้อาจรวมได้เป็นข้อใหญ่ ๓ ข้อ คือ

๑. การขายฝากและการจำนำได้รวมเข้าเป็นนิติกรรมอย่างเดียวกัน ซึ่งมีลักษณะไม่ใช่การจำนำหรือการขายฝากดังที่เป็นอยู่แต่ก่อน คือหาใช่การกู้ยืมที่มีประกันไม่ แต่เป็นการขายฝากอันแท้จริงตามที่เข้าใจกันอยู่ในเวลาปัจจุบัน คือเป็นสัญญาซื้อขายที่ผู้ซื้อมีสิทธิไถ่คืนได้

๒. ถ้าเจ้าของมอบที่ดินพร้อมด้วยหนังสือสำคัญ การซื้อขายเป็นอันเสร็จเด็ดขาด ผู้ขายจะขอพิสูจน์ว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากไม่ได้

๓. ถ้าเจ้าของมอบที่ดินให้แต่ยังถือหนังสือสำคัญไว้ การซื้อขายยังไม่เสร็จเด็ดขาด ผู้ขายมีสิทธิเรียกคืนได้โดยใช้ราคาซื้อขายไว้เดิมให้

ประกาศสองฉบับนี้จึงทำให้เกิดมีนิติกรรมขึ้นใหม่ แต่มีข้อบกพร่องอยู่หลายข้อ ในเบื้องต้น ไม่มีสิ่งใดที่ทำให้ราษฎรรู้สึกว่ามี การแก้ไขกฎหมายประเพณีเดิม คำว่าจำนำ

(๑) ตามข้อความในประกาศปี จ.ศ. ๑๒๒๘-๑๒๒๙ เห็นได้ว่าในสมัยนั้นที่ดินที่จำนำหรือขายฝาก หากเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำหรือผู้ซื้อตามข้อบัญญัติในเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๑ และ ๗๕ ไม่ในประเทศเขมรที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับเบ็ดเสร็จนี้ ในทางปฏิบัติผู้จำนำและผู้ขายฝากยังสงวนสิทธิไถ่คืนได้เสมอโดยไม่มีกำหนดเวลาเหมือนในประเทศไทยสมัยรัชกาลที่ ๔ แต่ต้องมีหนังสือสัญญาเป็นสำคัญ

และขายฝากยังคงใช้คู่กันไปเหมือนแต่ก่อน ซึ่งน่าจะเป็นเหตุให้ศาลตีความในประกาศนั้นผิดไปอีกประการหนึ่ง ประกาศไม่กำหนดเวลาในการใช้สิทธิไถ่คืน ผู้ขายจะต้องไถ่คืนภายใน ๓ ปีในกรณีใด หรือมีระยะเวลาภายใน ๑๐ ปีในทุก ๆ กรณีหรือไม่มีการกำหนดระยะเวลาไถ่คืนเลยก็เป็นปัญหาอยู่ ผู้รับซื้อจึงไม่สามารถที่จะรู้ได้ว่าตนได้สิทธิในทรัพย์สินที่ประกาศใด อันนี้เป็นที่เข้าใจได้ยากว่า เหตุใดในกฎหมายจึงห้ามขาดมิให้ศาลถือเอาตามความตกลงของคู่สัญญา แม้ในกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงข้อตกลงนั้นไว้อย่างชัดเจนแน่นอนโดยมีหนังสือเป็นหลักฐาน ต่อจากประกาศปี จ.ศ. ๑๒๒๙ มาเพียง ๓ ปี ในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ มีประกาศว่าด้วยสารกรมธรรม์ตราขึ้นบัญญัติให้คู่สัญญาเขียนหนังสือสัญญาทุกชนิดด้วยน้ำหมึกดำ อย่าให้เขียนด้วยดินสอเช่นแต่ก่อน ประกาศใหม่นี้มุ่งจะให้หนังสือเป็นหลักฐานอันน่าเชื่อและมั่นคงยิ่งขึ้นมากกว่าในอดีต(๑) จึงทำให้รู้สึกขงใจยิ่งขึ้นว่าในการขายฝากและจำนำที่ดิน เหตุใดศาลไม่ต้องฟังหนังสือสัญญาที่คู่ความเขียนไว้ชัดเจนมาชี้ขาดตัดสินคดี

๗๐. นอกจากนี้ อาจเป็นมาตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ แต่เข้าใจว่าจะเป็นในตอนต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ มากกว่า มีการปฏิบัติเกิดขึ้นใหม่ซึ่งแพร่หลายโดยรวดเร็ว คือ เจ้าของที่ดินที่ยอมรับทุนซื้อ ไม่มอบที่ดินให้แก่ขายเงินเหมือนแต่ก่อน คงมอบแต่หนังสือสำคัญโดยขายเงินสัญญาจะคืนเมื่อผู้ได้ชำระเงินแล้ว การปฏิบัติใหม่นี้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของ เพราะยังครอบครองและทำที่ดินได้ต่อไปอีก แต่ต้องเสียดอกเบี้ย การปฏิบัติที่ว่ามีชื่ออื่นคือที่เรียกว่าจำนองในปัจจุบัน แต่ในตอนต้นและต่อมาอีกเป็นเวลานานเรียกกันว่าจำนำ เพราะเป็นการเอาหนังสือสำคัญนั้นเองไปจำนำกับขายเงิน อันหนึ่งเนื่องจากการที่การจำนองอย่างเก่าและการขายฝากได้รวมเข้าเป็นนิติกรรมอันเดียวกัน คำว่าจำนำนี้จึงใช้กันจะเพาะการปฏิบัติใหม่นี้ ส่วนคำว่าขายฝากใช้กันสำหรับนิติกรรมที่บัญญัติอยู่ในประกาศรัชกาลที่ ๔ คือ การมอบที่ดินให้แก่ขายเงินโดยไม่มอบหนังสือสำคัญให้ แต่ศาลจะรับรองการปฏิบัติใหม่นี้แค่ไหนนั้นยังเป็นปัญหาอยู่ ถ้าจะตัดสินว่าที่ดินตกเป็นของขายเงิน เพราะขายเงินถือโฉนดตราแดงอยู่ในมือ ก็จะเป็นการอยู่ตติกรรมและไม่สม

(๑) ประกาศลงวันพฤหัสบดี เดือน ๑๐ แรม ๑๓ ค่ำ จ.ศ. ๑๒๓๒ ปีมะเมีย โทศก ตรงกับวันที่ ๒๒ กันยายน ๒๔๑๓ โกรสีเล่ม ๑ หน้า ๒๔-๓๒ (ให้ดูข้อ ๘ เป็นต้น) ควรสังเกตว่าตามประกาศนี้การจำนำจะเป็นหนังสือกันเองได้ แต่เป็นที่ยืนยันไม่ได้ว่าผู้ร่างได้หมายถึงการจำนำที่ดินด้วย.

ด้วยเหตุผล เพราะเจ้าของยังครอบครองที่อยู่ ทั้งอาจมีหนังสือที่ข้อตกลงของคู่สัญญาปรากฏชัดเจนแล้วด้วย

๗๑. ในกาลต่อมาข้อบกพร่องและข้อร้ายในประกาศรัชชกาลที่ ๔ เหล่านี้ยิ่งใช้ก็ยิ่งทำให้ราษฎรเจ้าของที่ดินได้รับความเดือดร้อนมากขึ้น เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย นำความขึ้นกราบบังคมทูลจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติการขายฝากและการจำนำที่ดิน ร.ศ. ๑๑๕ (๒๔๓๙) ขึ้นใหม่ ให้ยกเลิกประกาศปี จ.ศ. ๑๒๒๘ และ ๑๒๒๙ เสีย ตามมาตรา ๓ บัญญัติว่า “ให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาตามลักษณะขายฝากลักษณะจำนำ และลักษณะบริคณฑ์สัญญาและอื่น ๆ อันมีอยู่ในพระราชกำหนดกฎหมายที่คงใช้อยู่ในทุกระการ”(๑)

ถ้าอ่านพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๕ อย่างเผินๆ อาจคิดเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้เพียงแต่ให้ยกเลิกประกาศรัชชกาลที่ ๔ เท่านั้น จึงมีผลให้หรือพ้นกฎหมายเก่าตามที่เป็นอยู่ก่อนประกาศนี้กลับมาใช้อีก แต่เป็นความเห็นที่ผิดไป เพราะในสมัยเก่าผู้จำนำต้องมอบที่ดินให้แก่นายเงินเสมอ แต่ ณ บัดนี้เจ้าของที่ดินจำนำแต่หนังสือสำคัญ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงการปฏิบัติใหม่ที่เกิดขึ้นในระหว่างนั้นว่าเป็นการผิดหรือถูก ถ้าอ่านพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๕ โดยคำนึงถึงเรื่องนี้จะเห็นว่ากฎหมายอ้างอิงถึงการจำนำอย่างใหม่ขึ้นในคำว่า “ลักษณะขายฝากลักษณะจำนำ” นั้นเอง เพราะแต่ก่อน ตามที่กล่าวมาแล้ว การขายฝากและการจำนำเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเดียวกัน ผิดแต่ในเรื่องแบบและเรื่องระยะเวลาใช้สิทธิไถ่คืนเท่านั้น ฉะนั้นเมื่อพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๕ กล่าวถึงการขายฝากและการจำนำมีลักษณะต่างกันก็คงหมายถึงการจำนำอย่างเก่าและการจำนำอย่างใหม่ ซึ่งกฎหมายรับรองไว้โดยปริยาย ศาลก็มีได้หลงเห็นผิดไปในข้อนี้ แต่วินิจฉัยดังที่กล่าวมานี้ว่า ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๕ แม้คู่สัญญาจะได้ใช้คำว่าจำนำหรือขายฝากก็ตามไม่เป็นข้อสำคัญ จะถือว่าเป็นจำนำหรือขายฝากก็แล้วแต่พฤติการณ์ที่เจ้า

(๑) ผลแรกของพระราชบัญญัตินี้ทำให้มีคดีเกิดขึ้นมากมาย เพราะผู้ขายพยายามที่จะเอาที่ดินคืนมา โดยทว่ามิได้ขายขาดเช่นในรัชชกาลที่ ๔ ศาลฎีกาตัดทางมิได้มีความเข้าใจผิดต่อไปอีก โดยคำพิพากษาเรื่องอำแดงทุก คือ ฎีกาที่ ๒๖/๑๑๗ (ให้ดูเล็กเซอร์ชองกรมหลวงราชบุรีฯ หน้า ๒๒๑)

ของยังครอบครองที่อยู่หรือได้ส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว^(๑) ตามที่วินิจฉัยนี้เป็นเหตุ
ให้การจำหน่ายสังหาริมทรัพย์เป็นอันยุติสิ้นไป^(๒)

แต่กฎข้อบังคับในกฎหมายเก่าไม่เหมาะสมกับการจำหน่ายอย่างใหม่นี้ และมีน้อยไม่
เพียงพอแก่กรณี เช่น ตามกฎหมายเก่าการจำหน่ายไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือ เพราะ
ผู้จำหน่ายมอบที่ให้แก่ขายเงิน และต้องไถ่คืนมาภายในระยะเวลาอันสั้น ส่วนการยึดหนังสือ
สำคัญนั้นคงไม่เพียงพอให้ถือได้ว่าเป็นการจำหน่าย^(๓) อีกประการหนึ่งเมื่อผู้รับจำหน่ายไม่เข้า
ครอบครองที่เสียแล้ว จะใช้ระยะเวลา ๓ ปีได้ในสถานใด ยังเป็นที่สงสัยอยู่ เพื่อแก้
ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ จึงได้ตราประกาศเรื่องจำหน่ายและขายฝากที่ดิน ร.ศ. ๑๑๘ (วันที่ ๘
มีนาคม ๒๔๔๒) ขึ้น

๗๒. ประกาศนี้เป็นบทกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจำหน่ายที่ดินอย่างใหม่ คือ การ
จำหน่ายให้เป็นระเบียบในครั้งแรก ตามข้อ ๑ บัญญัติให้ทำเป็นหนังสือกรรมกรรม คือ ต่อ
หน้าอำเภอ^(๔) ข้อบัญญัตินี้ทำให้ผลของสัญญาขายอายุได้โดยไม่มีกำหนด ระยะเวลา ๓
ปี ตามที่ปรากฏในประกาศ ร.ศ. ๑๑๘ และในพระอัยการเบ็ดเสร็จฉบับที่ ๗๕ มีผลต่างกัน
ตามกฎหมายเก่าถ้าผู้จำหน่ายไม่ชำระหนี้พัน ๓ ปีแล้ว ผู้รับจำหน่ายได้เป็นเจ้าของที่ทันที
ณ บัดนี้ผู้รับจำหน่ายจะได้กรรมสิทธิ์แต่ต่อเมื่อดอกเบี้ยค้างอยู่นานอย่างน้อย ๓ ปี ผู้จำหน่ายหยุด
ไม่ชำระดอกเบี้ยแต่เมื่อใดก็ตาม หนึ่ง กรรมสิทธิ์ไม่โอนไปยังผู้รับจำหน่ายทันทีเหมือนแต่

(๑) ฎีกาที่ ๒๒/๑๒๗

(๒) การยุติสิ้นนี้เป็นอันเด็ดขาด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดความหมายของ
คำว่าจำหน่ายให้ใช้ได้แต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์ (มาตรา ๗๔๗)

(๓) ปัญหาข้อนี้มีพระบรมราชวินิจฉัยลงวันที่ ๑ กันยายน ร.ศ. ๑๑๘ (๒๔๔๓) ในคดีเงินมี
โจทก์ เงินค่าจำเลย มาตดลันเต็ดขาด (ฎีกาที่ ๑๘๘/๑๑๘ และ ๒๐๐/๑๑๘) ความจริงปัญหาที่ต้อง
วินิจฉัยมีอยู่ ๒ ข้อคือ (๑) ความสมบูรณ์แห่งการจำหน่าย (๒) ความสมบูรณ์แห่งหนี้ที่มีประกัน ถ้า
หนี้นั้นเป็นโมฆะเพราะไม่ได้ทำตามแบบหรือเพราะเหตุอื่น การจำหน่ายย่อมไม่สมบูรณ์ด้วย ในคดีที่อ้าง
มาแล้วก็มีปัญหาแต่เพียงเท่านั้น แต่ยังคงเป็นปัญหาอยู่ว่าหากหนี้นั้นสมบูรณ์อยู่ การจำหน่ายจะต้องทำ
เป็นหนังสือหรือเพียงมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งจะควรถือได้ว่าเป็นการจำหน่ายหรือไม่

(๔) ตามคำปรารภในพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๑๕ ได้ความว่า ในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ ราษฎร
นิยมทำหนังสือสัญญาจำหน่ายต่อหน้าพนักงานท้องที่อยู่แล้ว ต่อมาพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้อง
ที่ ร.ศ. ๑๑๖ ให้อำนาจกรมการอำเภอที่จะทำสัญญาจำหน่ายได้ (มาตรา ๔๘ ข้อ ๒)

ก่อน ที่ดินจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้จำหน่ายมอบที่ให้หรือศาลพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น (ข้อ ๓ และข้อ ๔) ถ้าดอกเบี้ยที่ค้างยังไม่ถึง ๓ ปี ผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกแต่ต้นเงินดอกเบี้ยและค่าเสียหายถ้ามี หากผู้จำหน่ายไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้รับจำนำมีแต่จะขอให้ยึดที่ดินและขายทอดตลาดมาชำระหนี้ ถ้ามีเงินเหลือก็คืนให้แก่ผู้จำหน่าย หากเงินที่ขายนั้นไม่พอ ผู้รับจำนำไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องได้อีก (ข้อ ๒) การที่บัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อมิให้ขัดต่อการใช้ที่เคยปฏิบัติกันมาแล้วมากเกินไป จึงยังมีความคิดเห็นเก่าปะปนอยู่กับความคิดความเห็นใหม่ ในที่สุดกฎข้อบังคับนี้เป็นประโยชน์แก่ผู้จำหน่ายหาหน่อยไม่ เพราะถ้าที่ดินมีราคาสูงกว่าจำนวนหนี้สิน ผู้จำหน่ายมีสิทธิไถ่คืนได้เสมอ^(๑) แต่ในกรณีต่างๆ ที่ดินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้สิน ผู้รับจำนำจำต้องพอใจด้วยเอาที่ดินไว้ ในที่สุดเพื่อป้องกันมิให้เจ้าของที่ดินที่ต้องการเงินถูกบีบคั้น มีข้อหนึ่งบัญญัติว่า ถ้าผู้สัญญาตกลงให้ที่หลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำได้ก่อน ๓ ปี ข้อสัญญานี้เป็นอันใช้ไม่ได้เว้นไว้แต่คู่ความจะยอมกันเอง (ข้อ ๕)

ส่วนการขายฝาก ประกาศ ร.ศ. ๑๑๘ ไม่ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเก่าแต่อย่างใด ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๑ ได้บัญญัติไว้แล้วว่าต้องทำเป็นหนังสือกรรมธรรม์ประกาศ ร.ศ. ๑๑๘ เป็นแต่แบ่งให้เห็นชัดขึ้นว่า คู่สัญญาจะยอมให้ไถ่ที่ดินคืนกันเกินกว่า ๑๐ ปีไม่ได้ (ข้อ ๖) ซึ่งความจริงกฎหมายเก่าน่าจะได้มุ่งให้บัญญัติดังนี้แล้ว

การจำหน่ายที่ดินอย่างใหม่ (คือจำนอง) เป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินมากกว่าการขายฝากหลายประการ เพราะเจ้าของไม่เสียเครดิตไปทั้งสิ้นครั้งหนึ่งครั้งเดียว ถ้าขายฝากก็ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลัน จะได้ทุนเชื่ออีกก็ต้องไถ่ที่ดินคืนเสียก่อน แต่ในการจำหน่ายนั้นถ้าต้นเงินที่เอามายังไม่ถึงราคาที่ดิน เจ้าของมีทางที่จะจำนำแก่ผู้อื่นได้อีก เนื่องจากกฎข้อบังคับเรื่องจำนองนั้นเอง ผู้รับจำนำแรกมีสิทธิรับชำระหนี้ได้ก่อนผู้รับทีหลัง ผลข้อนี้ศาลพิเคราะห์ดูเห็นได้เองและพิพากษาตามมาตั้งแต่ต้น^(๒) แต่การที่ประกาศ ร.ศ. ๑๑๘ มิได้กล่าวถึงกรณีนี้ไว้เป็นเหตุให้เกิดข้อข้องต่างๆ ในทางปฏิบัติ

(๑) ตามข้อ ๓ วรรค ๒ ในกรณีที่ดอกเบี้ยค้างเกินกว่า ๓ ปี และผู้รับจำนำฟ้องขอโอนกรรมสิทธิ์ในที่ ผู้จำหน่ายมีสิทธิที่จะสงวนกรรมสิทธิ์ได้ โดยยอมชำระต้นเงินดอกเบี้ยและค่าเสียหายทั้งปวงในเวลาหนึ่งเวลาใดก่อนศาลได้พิพากษา

(๒) ให้อรรถาธิบาย ๑๑๗/๑๑๘ และ ๑๖๔/๑๒๓ พร้อมด้วยเชิงอรรถของกรมหลวงราชบุรีฯ ในฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๑๐๙

๗๓. ประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ และพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ เรื่องการออกโฉนดแผนที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงข้อบังคับในประกาศ ร.ศ. ๑๑๘ เป็นแต่พระราชบัญญัติให้การขายฝากและการจำนำที่ดินกับการไถ่คืนและการโอนหลุดเป็นสิทธิ ต้องทำต่อหน้าหอทะเบียนและสลักหลังโฉนดด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (บรรพ ๓ ที่ให้ใช้ตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน ๒๔๗๒) ใช้คำว่าจำนองเพื่อหมายถึงการจำนำใหม่ดังกล่าวมาแล้ว ส่วนคำว่าจำนำใช้เฉพาะการจำนำสังหาริมทรัพย์ มาตราที่เกี่ยวกับการจำนองมี ๔๕ มาตรา (มาตรา ๗๐๒-๗๔๖) มาตราเหล่านี้อยู่นอกเขตต์แห่งคำสอนจึงไม่ศึกษา มีอยู่แต่ข้อเดียวที่ควรเอามากล่าวไว้ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พยายามที่จะดำเนินการผันแปรแห่งการจำนอง ซึ่งได้เริ่มเคลื่อนไปในปี ร.ศ. ๑๑๘ ให้ลุล่วงต่อไป เพื่อให้การจำนองเข้าอยู่ในสภาพที่เป็นสัญญาประกันโดยตรง มาตรา ๗๒๙ จำกัดการที่ให้ที่ดินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนองโดยวางเงินไขอันแคบและเคร่งครัด มาตรา ๗๓๓ เดิมยังดำเนินก้าวหน้าไกลต่อไปอีก โดยบัญญัติว่า ถ้าราคาที่ดินมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระหรือถ้าออกขายทอดตลาดได้น้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระนั้น เงินยังขาดอยู่เท่าใด ลูกหนี้ต้องใช้จ่ายจนครบ แต่มาตรานี้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. ๒๔๗๘ ได้แก้ไขให้กลับเข้าสู่ขั้นเดิม คือ มิให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบในการที่ราคาที่ดินไม่พอกุณหนี้ของตน

ส่วนการขายฝาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ชัดเจนและมีระเบียบเรียบร้อยละเอียดกว่าแต่ก่อน แต่มิได้เปลี่ยนกระแสรูความเดิม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๙๑-๕๐๒)

๖. การได้ทางมรดก

๗๔. ตามคำปรารภลงปี ๑๙๐๓ ในพระอัยการเบ็ดเสร็จให้เห็นได้ว่า ในสมัยนั้นคือในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อเจ้าของที่ดินตายลง ที่ดินนั้นถือกันว่าเป็นที่ว่างใครๆ เข้าครอบครองทำต่อไปได้เป็นเจ้าของ ถึงแม้ว่าผู้ตายยังมีทายาทอยู่ แต่โดยมากเจ้าของทำที่ร่วมไปกับลูกหลานญาติพี่น้องหาทำแต่คนเดียวไม่ ฉะนั้นเมื่อผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวตายลง ที่ดินตกแก่ผู้ที่จะรับภาระเป็นหัวหน้าครอบครัวต่อไป ทั้งนี้ทายาทจึงได้สิทธิในที่ดินนั้นถ้าไม่ใช่โดยทางมรดกก็โดยทางเข้าครอบครองที่ว่า ตามลัทธิธรรมเนียมแห่งชนเชื้อชาติไทยที่ยังใช้ประเพณีแบ่งปันที่ดินระหว่างราษฎรถือหลักทำนองเดียวกันว่า เมื่อ

เจ้าของตายแล้วที่ดินไม่กลับคืนแก่ผู้เป็นเจ้าของ เว้นแต่ไม่มีทายาทเหลืออยู่ หรือมีก็ไม่กำลังพอที่จะทำต่อไปได้

แต่การที่สมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ มีพระบรมราชวินิจฉัยว่า ทายาทไม่มีสิทธิเรียกหาที่ดินในฐานะเป็นผู้รับมรดก ก็เพื่อตัดความยุ่งยากในเรื่องคดีความเท่านั้น หากจะให้ถือตามพระบรมราชวินิจฉัยนี้ โดยเคร่งครัด ก็จะเป็นการขัดกับนโยบายของพระมหากษัตริย์ในครั้งกรุงศรีอยุธยา ที่ทรงส่งเสริมการไถ่สร้างถางพงอย่าให้ที่ดินรกร้างไร้ประโยชน์ เพราะเป็นธรรมชาติของมนุษย์ในเมื่อผู้ใดได้สร้าง โภคทรัพย์ด้วยกำลังแรงงานและทุนของตนแล้ว ผู้นั้นประสงค์ที่จะให้ทรัพย์ตกเป็นของลูกหลานสืบไป พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๕ จึงบัญญัติว่าเมื่อผู้แผ้วถางตายลงที่ดินตกได้แก่ลูกหลาน และยังลงโทษเป็นเงินปรับแก่ผู้ที่บังอาจไปทำในที่นั้นโดยพลการ^(๑) ใจความแห่งมาตรานี้น่าเชื่อว่าเก่าแก่มาก คือน่าจะเป็นลัทธิธรรมนิยมเดิมที่ถือกันมาก่อนปี ๑๙๐๓ สมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ มิได้มีพระราชประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงเลย^(๒)

๗๕. ในกาลต่อมาสิทธิของผู้เป็นเจ้าของมีความมั่นคงยิ่งขึ้นเป็นลำดับ จนถือกันว่าญาติควรมีสิทธิรับที่ดินของผู้ตายดีกว่าผู้ที่มีได้เป็นญาติ ได้เห็นมาแล้วว่าตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๗๕ ว่า เมื่อเจ้าของได้จำนำที่ดินแล้ว ถ้าผู้จำนำและผู้รับจำนำตายทั้งสองฝ่ายภายในระยะเวลา ๑๐ ปี ญาติของผู้จำนำมีสิทธิไต่คืนจากทายาทของผู้รับจำนำได้โดยมีคำอธิบายว่า “ที่นั้นเป็นเดิมเขาเสียเดิมมิได้” ซึ่งส่อให้เห็นว่าในสมัยนั้นมีความคิดเห็นที่ว่าที่ดินซึ่งครอบครัวได้ร่วมครอบครองและทำด้วยกัน สมควรที่จะคงอยู่แก่ครอบครัวนั้นเสมอไป หรือควรตกเป็นของสมาชิกแห่งครอบครัวสืบกันเป็นธรรมดา^(๓)

(๑) กฎหมายเขมรกับบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ (กรมพลเทพ มาตรา ๕๐)

(๒) ในศิลาจารึกขุนรามกำแหงว่า ป้าหมากปั่วพลูยอมให้ตกเป็นมรดกของลูกหลาน ศิลาจารึกนครชุมมีเนื้อความทำนองเดียวกันนี้ด้วย

(๓) ที่เรียกว่าที่เดิมนั้น น่าจะหมายถึงทรัพย์สินสมบัติของบรรพบุรุษ ซึ่งในโบราณกาลหัวหน้าครอบครัวไม่มีสิทธิโอนให้แก่ผู้อื่นได้ เว้นแต่สมาชิกในครอบครัวจะเห็นพ้องด้วย กฎหมายพะม่ายังมีร่องรอยเหลืออยู่ชัดเจนเื่องมาจากกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว ตามที่พรรณานในหมวด ๑ นั้น ส่วนกฎหมายไทยเก่าก็ยังมีร่องรอยแห่งธรรมเนียมเดิมน้อยบ้าง มีเบ็ดเสร็จบทที่ ๖๒ และ ๗๕ เป็นต้น แต่ไม่มีผู้ประจักษ์ชัดเช่นกฎหมายพะม่า เข้าใจว่ามีบทบัญญัติมาทับเสียแต่เนิ่นนานมาแล้ว

พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๔๓ ดำเนินการผันแปรอยู่ต่อไป โดยบัญญัติให้คนที่เจ้าของเดิมเลิกร้างทิ้งไปแล้ว เป็นสิทธิแก่ผู้ที่เป็นญาติ ในกรณีนี้ต้องไม่มีผู้อื่นได้เข้ามาครอบครองที่นั้นก่อนก็จริงอยู่ แต่อย่างไรก็ดี เป็นข้อที่น่าสงสัยแก่ตัวผู้ใดเพียงแต่พิสูจน์ได้ว่าเป็นญาติของเจ้าของเดิมเท่านั้น ถึงแม้ว่าผู้นั้นไม่เคยครอบครองร่วมกันเลย หรือเลิกครอบครองมานานแล้วก็ดี ก็ยังเป็นพฤติการณ์เพียงพอให้ผู้นั้นได้สิทธิเข้าเป็นเจ้าของดีกว่าผู้อื่น

๗๖. นำเชื่อว่าเป็นเวลาล่วงมาอีกนาน ที่ดินจึงเข้าอยู่ในกองทรัพย์สินมรดกอันแท้จริงตามกฎหมาย^(๑) แต่คงเป็นมาก่อนปี ๒๑๕๕ ซึ่งเป็นปีในพระราชปรารภพระอัยการลักษณะมรดก เพราะมาตรา ๓ ระบุเรียกสวนไร่นาในทรัพย์สินต่างๆ ที่รวมเป็นมรดกของผู้มีบันดาศักดิ์พร้อมด้วยสิ่งสินทาษกรรมกรของผู้ตาย และแบ่งปันกันในระหว่างผู้ที่เป็นญาติ สำหรับแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ ข้อที่ว่าที่ดินตกอยู่ในกองมรดกเหมือนเช่นทรัพย์สินอื่นๆ นั้นมีคำกล่าวของลาลูแบร์สสนับสนุนอยู่ ตามคำปรารภปี ๒๑๕๕ และมาตรา ๔๙ แห่งพระอัยการลักษณะมรดกยังปรากฏต่อไปว่า อาจทำพินัยกรรมยกที่เรียกสวนไร่นาให้กันได้ แต่ดินนั้นมาที่ดินจึงเป็นแต่ทรัพย์สินรายหนึ่งในกองทรัพย์สินมรดกของเอกชนและตกแก่ทายาทเช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่น การที่ดินทางมรดกจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งการได้ทรัพย์สินมรดกทั่วไป ซึ่งอยู่นอกเขตต์คำสอนนี้ ควรกล่าวแต่ข้อหนึ่งว่า ตามประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๑๒ และพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๓๙ และ ๔๒ เรื่องการออกโฉนดที่ดิน บัญญัติให้ผู้รับมรดกที่ดิน มา ณ หอทะเบียนให้เจ้าพนักงานหอทะเบียนสอบแก่ทะเบียน พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. ๒๔๕๙ จะบังคับที่ ๒ วางระเบียบที่จะให้ผู้รับมรดกมาปฏิบัติตามข้อบังคับนี้ (มาตรา ๓)

หมวด ๕

การสิ้นสุดแห่งกรรมสิทธิ์

๗๗. เจ้าของที่ดินอาจเสียกรรมสิทธิ์โดยมีเอกชนผู้อื่นมารับโอนตามวิธีต่างๆ ที่ได้ศึกษามาแล้ว แต่ยังมีทางเสียกรรมสิทธิ์โดยไม่มีการโอนกัน คือ การเวนคืน การบังคับซื้อ และการละทิ้ง ซึ่งจะศึกษา ณ บัดนี้ ส่วนการได้ทางครอบครองนั้นจะได้ศึกษารวมกันไป

(๑) ในข้อนี้ควรสังเกตว่าก่อนปี ๓๒ ระบุทรัพย์สินต่างๆ ที่รวมเป็นกองมรดกของลูกหนี้สองแห่ง ไร่นาเรียกสวนปรากฏมีอยู่แต่แห่งเดียว

ในหมวดนี้ด้วย เพราะตามคำพิพากษาของศาลและคำสอนก่อนๆ นี้มักปะปนกันอยู่กับการละทิ้ง เพิ่งจะได้แยกออกจากกันเมื่อเร็ว ๆ นี้ จึงสมควรที่จะได้ศึกษาภายหลังประวัติศาสตร์การละทิ้ง

๑. การเวนคืน

๗๘. เมื่อเจ้าของประสงค์จะเลิกทำที่หรือออกไปจากที่นั้น เพื่อให้เป็นการเรียบร้อยแล้วเจ้าของควรจะ “เวนคืนที่” กล่าวคือไปแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องที่ให้รู้ไว้ เจ้าพนักงานจึงจะได้เข้าอารักขาและจัดหาผู้อื่นเข้าทำต่อไป

กฎหมายเก่าไม่กล่าวถึงการเวนคืนเลย ในตอนต้นกรุงศรีอยุธยาเมื่อการห้ามซื้อขายที่ดินยังใช้กฎหมายบังคับอยู่ และยังถือกันว่าพระมหากษัตริย์รับภาระเป็นผู้แจกที่ดินให้แก่ราษฎร เจ้าของซึ่งจะออกจากที่นั้นจะต้องเวนคืนเสียก่อน แต่ในกาลต่อมาธรรมเนียมนี้ได้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ดังเห็นได้จากพระราชกำหนดเกล้าบทที่ ๔๔ ในแผ่นดินพระเจ้าบรมโกศที่ศึกษามาแล้ว พระราชกำหนดนี้อ้างอิงถึงการละทิ้งต่าง ๆ แต่ไม่ได้กล่าวถึงการเวนคืนเลย ซึ่งส่อให้เห็นว่าในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา เจ้าของที่ดินมิใคร่จะเอาใจใส่ปฏิบัติตามระเบียบการเวนคืนโดยออกจากที่ไปเสียเฉย ๆ ทั้งนี้ก็เพราะมีการจลาจลและสงครามอยู่เรื่อย ๆ การละทิ้งและอพยพออกจากที่ดินโดยไม่ทันเวนคืนจึงกลับเป็นการปกติ หนึ่ง ดูเหมือนว่าการเวนคืนเป็นแต่การปฏิบัติให้เป็นที่เรียบร้อย ไม่มีบทลงโทษแก่ผู้ผิดจึงไม่ถือกันเคร่งครัดนัก

นำสันนิษฐานว่า เจ้าพนักงานกรมнарือพื้นประเพณีเวนคืนที่ขึ้นมาใช้ในรัชกาลที่ ๒ และที่ ๓ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์อีก ซึ่งเป็นสมัยที่ประเทศไทยอยู่ด้วยความปกติสุข แต่ไม่มีหลักฐานแน่นอนปรากฏก่อนรัชกาลที่ ๔ ตามประกาศยกเลิกหางข้าวค่านาปีแรก โท่นสร้างบึงมะเมีย ๒๔๐๑ ที่อ้างมาแล้วบัญญัติว่า “ถ้าเจ้าของละทิ้งนาเสียก็ให้เวนแก่ผู้สำเร็จราชการเมืองและกรมการตามอย่างนาคู่โค” ตามข้อบัญญัตินี้ดูเหมือนว่าวิธีเวนคืนก่อนประกาศนี้ใช้ได้แต่เฉพาะเจ้าของนาคู่โค ส่วนเจ้าของนาฟางลอยไม่จำเป็นต้องเวนคืนซึ่งเป็นการสมควรแล้วเพราะนาคู่โคและนาฟางลอยเสียภาษีคนละอย่าง หนึ่งตามประกาศนี้เข้าใจว่าเจ้าของนาที่เลิกทำโดยไม่เวนคืน คงมีหน้าที่ ๆ จะต้องเสียภาษีต่อไปเสมือนหนึ่งตนไม่ได้ออกจากที่ แต่เพียงมีข้อบัญญัติชัดเจนในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ คือพระราชบัญญัติลักษณะเดินประเมินนาปีจอ จ.ศ. ๑๒๓๖ (๒๔๑๗) ข้อ ๑๑ บัญญัติว่า ถ้าเจ้าของนาฟางลอยทั้งที่ไว้และไม่มาเวนคืน เจ้าพนักงานกรมนาจะได้เรียกค่านาแก่เจ้าของที่

เหมือนเช่นนาโคโลไรละสลึง จนเจ้าของนาหรือผู้อื่นจะได้เข้าทำต่อไปจึงจะได้เรียกค่านาอย่างนาฟางลอย

ส่วนที่ดินที่มีโฉนดแผนที่ ประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๑๑ ว่า “ถ้าผู้ใดจะเวนคืนที่ดินให้นำโฉนดที่ดินมาส่งต่อเจ้าพนักงานเกษตรราชการประจำเมืองหนึ่ง” ข้อ ๑๗ และ ๑๘ แห่งกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรราชการ ร.ศ. ๑๒๐ ซึ่งต่อมาได้รวมเข้าเป็นมาตรา ๕๗ และ ๕๘ ในพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ วางระเบียบเรื่องการเวนคืนไว้โดยละเอียด เพื่อให้เจ้าพนักงานปฏิบัติตามให้ถูกต้อง แต่การเวนคืนเกือบจะไม่มีเลย

๒. การบังคับข้อ

๗๙. ตามกฎหมายปัจจุบัน การบังคับข้อเป็นสิทธิของฝ่ายทางการเมืองในอันที่จะสั่งให้เจ้าของออกจากที่ของตนเมื่อเป็นการจำเป็นเพื่อสาธารณประโยชน์ มีอาทิเช่น การตัดถนน การสร้างรถไฟ ทำเรือ การขุดคลอง การสร้างป้อม ฯลฯ สิทธินี้มีมูลเนื่องมาจากความเห็นซึ่ง ณ บัดนี้เรารู้รองต่อกันเหมือนเป็นสิ่งธรรมดา กล่าวคือ ความเห็นที่ว่าผลประโยชน์ของเอกชนย่อมต้องอ่อนแอต่อประโยชน์ของมหาชน

แต่ความเห็นนี้พึงแพร่หลายเป็นหลักธรรมดาในกาลสมัยอันไม่สู้เก่าแก่นัก ในประเทศไทยสมัยกรุงศรีอยุธยา เช่นเดียวกับกัมพูชาประเทศในสมัยเก่า พระมหากษัตริย์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับรัฐ คือ เป็นตัวรัฐเอง ประโยชน์ของมหาชนไม่แยกออกจากประโยชน์ส่วนพระองค์ และพระมหากษัตริย์ปกครองบ้านเมืองตามทำนองที่เจ้าของบ้านบริบาลบ้านเรือนของตนตั้งบรรยายมาแล้ว ฉะนั้นหากฝ่ายทางการเมืองต้องการที่ดินของราษฎรสำหรับงานสาธารณประโยชน์ พระมหากษัตริย์จำเป็นที่จะต้องอ้างสิทธิส่วนพระองค์เหนือที่นั้น อันดีกว่าสิทธิของราษฎร นี่แหละเป็นเหตุสำคัญอันหนึ่งที่ทำให้พระเจ้าแผ่นดินในประเทศไทย ทรงยึดมั่นเป็นเวลานาน ๆ จนสมัยเร็ว ๆ นี้ ในลัทธิธรรมนิยมเต็มที่ถือว่าพระองค์เป็นเจ้าของที่ดินในพระราชอาณาเขตทั้งสิ้น ตามที่พรรณามาในหมวด ๑ โดยเหตุที่ราษฎรเป็นแต่ผู้อาศัยที่ดินของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์จึงย่อมมีสิทธิขับไล่ออกจากที่ได้เสมอทุกเมื่อ ๆ มีพระราชประสงค์ที่นั่นสำหรับงานอันหนึ่งอันใด

การออกโฉนดแผนที่มิได้จำกัดเปลี่ยนแปลงสิทธิขับไล่นี้แต่อย่างใด ตามพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๓๖ บัญญัติว่า ผู้ถือกรรมสิทธิ์ไม่พ้นจาก

ความรับผิดชอบและความจำเป็นที่จะต้องประพฤติตามกฎหมาย เช่น “ในการที่รัฐบาล จะต้องการที่เพื่อราชการหรือเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นต้น”^(๑) กล่าวคือผู้ถือโฉนดมีฐานะ เช่นเดียวกับเจ้าของที่ดินมือเปล่า ถ้าราชการต้องการก็ต้องเวนคืนให้ คำที่ว่า “เพื่อราชการ” นั้นหมายความว่ากว้างขวางมาก เพราะในดั้งเดิมความต้องการของพระมหากษัตริย์ ถือกันว่าเพื่อราชการทุกข้อทุกประการ แม้จะเกี่ยวแก่พระองค์โดยเฉพะ เฝิงมาใน สมัยปัจจุบันนี้เอง จึงได้บังคับไว้ชัดว่าให้หมายเฉพาะถึงประโยชน์แห่งมหาชน แต่อย่างไร ก็ดี โดยเหตุที่การบังคับซื้อมีมูลเนื่องมาจากสิทธิของพระองค์เหนือที่ดินนั้น การที่จะขับไล่ราษฎรออกจากที่ก็ต้องมีพระราชโองการบังคับทุกกรณี แม้ว่าจะเป็นไปเพื่อสาธารณ ประโยชน์ก็ตาม กระทรวงทบวงการต่าง ๆ ไม่มีอำนาจจะทำได้เองต้องทูลขอพระบรม ราชานุญาตเสียก่อนทุกครั้ง^(๒) ฉะนั้นพระมหากษัตริย์แต่ผู้เดียวเป็นผู้ชี้ขาดว่าทางราชการ ต้องการที่ดินจริงหรือไม่ ในกเลต่อมาเมื่อข้อยกเว้นแต่ข้อเดียวคือตามพระราชบัญญัติการ ทำเหมืองแร่ พ.ศ. ๒๔๖๑ มาตรา ๗๕ ให้อำนาจแก่เสนาบดีซึ่งบัญชาการกรมราชโลหกิจ ที่จะบังคับซื้อที่ เพื่อประโยชน์แก่การทำเหมืองแร่ได้โดยไม่ต้องมีพระบรมราชโองการ

๘๐. โดยเหตุที่พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ ๆ เรียกคืน ผู้ถือจึงไม่มีสิทธิตาม กฎหมายที่จะได้ค่าชดเชย แต่ปรากฏตามถ้อยคำของลาลูแบร์ว่า แม้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ราษฎรผู้ถือที่ดินเคยได้รับค่าที่โดยไม่ต้องถูกขับไล่เปล่าเสมอไป ทั้งนี้ก็เพราะเป็นความ ยุติธรรมที่ผู้ทำที่ดินควรรับค่าชดเชยเนื่องจากทุนรอนและแรงงานของตนที่ทำให้ที่ดินมี ราคามากขึ้น และสำหรับต้นผลไม้ที่ได้ปลูกไว้ กับทั้งสมควรที่จะได้รับค่าเสียหายในการ รื้อถอนเรือนด้วย แต่ส่วนราคาสำหรับเนื้อที่นั้นเองไม่น่าจะได้พึงเลี้ยงถึงเสียเลย เพราะ ยังมีที่ว่างเปล่าอยู่มาก ผู้ถูกขับไล่จึงอาจได้ที่แปลงใหม่สะดวก โดยมีต้องเสียเงิน ตาม ทางปฏิบัติปรากฏว่า ผู้ที่ต้องเวนคืนเคยรับพระราชทานที่ดินไว้แทนแปลงที่ต้องเสีย^(๓)

(๑) ขอบัญญัตินี้เคยมีอยู่ในประกาศออกโฉนด ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๘ เช่นเดียวกัน

(๒) ให้ดูประกาศต่าง ๆ ของกรมโยธาธิการและสุขาภิบาลในรัชกาลที่ ๕ เรื่องการสร้าง ซ่อมแซมขยายถนนในกรุงเทพฯ เป็นต้นว่าอย่าง

(๓) ในรัชกาลที่ ๓ กรุงรัตนโกสินทร์ เคยปฏิบัติเช่นนี้ในการสร้างวัดมณีเนายก สมเด็จพระนั่งเกล้า ๆ พระราชทานที่ให้แก่เจ้าของที่ ๆ ต้องเวนคืนทุกราย ดูสำเนาความศาลฎีกาที่ลาไว้ใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๖ (๑๒๔๕) หน้า ๑๓๙-๑๔๔

แต่ในรัชกาลที่ ๕ เป็นต้นมาที่ดินมีราคาสูงขึ้น จึงจำต้องพิจารณาเรื่องการใช้ราคาที่ดินให้ชัดเจนยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน และโดยเหตุที่มีการสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ขึ้นหลายอย่างหลายคราว ปัญหาจึงได้เกิดขึ้นบ่อย ๆ ฝ่ายนักนิติศาสตร์มีกรมหลวงราชบุรีฯ เป็นต้นถือเครื่องครัดว่า ราษฎรผู้ถือที่ดิน แม้ถึงว่าจะได้เข้าทำที่อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และมีหนังสือสำคัญก็ดี ไม่มีสิทธิที่จะได้ค่าชดเชยเลย หากได้จริงก็เป็นแต่เพราะทรงพระมหากรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานให้ ไม่ผูกมัดฝ่ายทางการเมืองที่จะต้องให้เสมอ^(๑) นี่เป็นความเห็นทางนิตินัย ในทางปฏิบัติได้มีผลเพียงไรนั้น ต้องค้นดูประกาศและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ตราขึ้นในรัชกาลที่ ๕ และที่ ๖ จึงสามารถทราบได้ ประกาศและพระราชบัญญัตินี้มีมากมายและมีข้อบังคับต่างกันตามสภาพแห่งการณและตามกระทรวงทบวงกรมที่มีหน้าที่จัดการนั้น ๆ ในต่อไปนี้จะกล่าวโดยสังเขปถึงข้อบังคับที่ใช้สำหรับงานประเภทนั้น ๆ ตามลำดับ

๘๑. ส่วนการสร้างถนนนั้น ในเมื่อตัดถนนใหญ่ ๆ ในกรุงเทพฯ เดิมกรมโยธาธิการหรือสุขาภิบาลสั่งให้บรรดาประชาชนที่อยู่ในเขตต์ที่จะถูกตัดถนนหรือถนนโรงเรือนของตนไปภายในกำหนดเวลาโดยไม่ได้รับค่าชดเชยเลย^(๒) แต่ในปี ๒๔๔๒ คราวตัดถนนราชดำเนินและถนนเทวียุทธาทิศทรงพระราชดำริว่า การปฏิบัติแต่ก่อนไม่ได้เป็นธรรมเนียมอันดีและต้องด้วยความชอบธรรม เพราะทำให้เจ้าของที่บางรายได้ประโยชน์บางรายเสียประโยชน์เป็นผลผิดตรงกันข้าม จึงเปลี่ยนแปลงระเบียบการจัดที่สร้างถนนสายนี้ใหม่ให้กรมสุขาภิบาลซื้อบรรดาที่ดินซึ่งต้องตัดถนนกับที่ดินแนวริมถนนตามราคาที่ดิน ในท้องตำบลก่อนที่ล่วงมาแล้วหนึ่ง ถ้าเจ้าพนักงานและเจ้าของที่ทำความตกลงกันได้ ให้จัดตั้งคนกลางตัดสิน เมื่อการสร้างถนนเสร็จแล้วเจ้าของที่ดินแนวริมถนนที่ได้ขายให้เจ้าพนักงาน มีโอกาสไถ่คืนได้ตามราคาทุนเงินสร้าง^(๓) สองปีต่อมาเมื่อทำการสร้างถนนราชดำเนินกลาง วิธีนี้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปบ้าง แต่เจ้าของยังคงมีสิทธิได้รับค่าชด

(๑) เล็กเซอร์ หน้า ๘๙๐ ดูคำอธิบายของพระยาพิชารณาฯ หน้า ๒-๓ ด้วย

(๒) ดูประกาศกรมโยธาธิการ ลงวันที่ ๓๐ มกราคม ร.ศ. ๑๑๐ ๒๔๓๔ กรมสุขาภิบาล ลงวันที่ ๒๐ สิงหาคม ร.ศ. ๑๑๗ ๒๔๔๑ ในการสร้างถนนตำบลดินสอ เป็นต้น

(๓) ประกาศจัดที่สร้างถนนราชดำเนิน ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ร.ศ. ๑๑๘ และประกาศจัดที่สร้างถนนเทวียุทธาทิศ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ร.ศ. ๑๑๘ ข้อ ๒ และ ๗

เขยสำหรับเนื้อที่เช่นก่อน^(๑) แต่ส่วนการตัดถนนในเขตต์ที่เพลิงไหม้ กระทรวงนครบาลเป็นแต่ห้ามมิให้เจ้าของปลูกสร้างโรงเรือนใหม่ และมีได้ให้ค่าชดเชยสำหรับเนื้อที่ ๆ จะใช้ในการตัดถนนเหมือนเช่นเคยปฏิบัติมาแต่ก่อน^(๒)

๘๒. ส่วนการสร้างทางรถไฟ เมื่อครั้งสร้างทางสายนครราชสีมา เดิมบัญญัติว่าเจ้าพนักงานกระทรวงโยธาธิการจะใช้เงินทำขั้วให้เป็นที่ดินจะเพาะที่ ๆ เป็นบ้านคนอยู่หรือที่ห้างร้านโรงจักรโรงงานและสวนผลไม้ ถ้าเป็นที่ไร่นาจะไม่คิดเงินทำขั้วให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ เพราะถือว่าไม่มีราคา ส่วนจำนวนเงินค่าทำขั้วซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องให้ นั้น เจ้าพนักงานกระทรวงโยธาธิการจะกำหนดตามสมควร ฝ่ายเจ้าของที่ต้องยอมตามราคาที่เจ้าพนักงานให้^(๓) ต่อมาประกาศกรมโยธาธิการลงวันที่ ๑๓ มกราคม ร.ศ. ๑๑๐ (๒๔๓๔) ออกข้อบังคับสำหรับจัดที่ทำทางรถไฟ วางหลักในการตราราคาที่ ประกาศนี้เตือนใจให้ราษฎรสำนึกไว้ว่า “ที่แผ่นดินทั้งสิ้นเป็นของพระมหากษัตริย์ เมื่อต้องพระราชประสงค์แล้วจะถือถอนคืนเอาในเวลาหนึ่งเวลาใดก็ได้ ผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในที่นั้นจะควรได้ก็แต่ค่าซึ่งตัวปลูกสร้างลงไว้ให้เป็นประโยชน์เท่านั้น” แต่ยังคงบัญญัติว่า “ที่ ๆ มีโฉนดตราแดงและหนังสือหรือข้อความอันหนึ่งอันใดที่จะเป็นพะยานได้ว่าที่นั้นเป็นของ ๆ ผู้ที่อยู่ นั้น” นอกจากคำรื้อถอนและปลูกสร้างแล้ว เจ้าพนักงานต้องคิดเงินค่าไถ่ที่นั้นให้ไม่เกินกว่า ๒๐ เท่าของผลประโยชน์อันแท้จริงที่ได้จากที่นั้นในระยะ ๑ ปี ถ้าเจ้าของไม่ยอมตามค่าแจ้งของเสนาบดีกระทรวงโยธาธิการ เจ้าของมีสิทธิฟ้องศาลได้ ข้อบังคับเหล่านี้ได้นำไปใช้ในการสร้างทางรถไฟสายอื่น ๆ อีกด้วย มีแก้ไขอยู่ในข้อเดียวคือ ถ้าเจ้าของไม่ตกลง ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นชี้ขาดตัดสิน^(๔) กรมกระทรวงอื่นนำไปใช้บังคับใน

(๑) ประกาศจัดสร้างถนนราชดำเนินกลาง ลงวันที่ ๑๘ กันยายน ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๓, ๔, ๕ และ ๘

(๒) ประกาศตัดถนนในที่เพลิงไหม้ ลงวันที่ ๑๑ เมษายน ร.ศ. ๑๒๕ วันที่ ๕ กุมภาพันธ์ ร.ศ. ๑๒๕ วันที่ ๗ มิถุนายน ร.ศ. ๑๒๖ และวันที่ ๑๙ มกราคม ร.ศ. ๑๒๗

(๓) ประกาศสร้างรถไฟสยามแต่กรุงเทพฯ ถึงนครราชสีมา ลงวันที่ ๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๐๙ ๒๔๓๓ มาตรา ๑๐

(๔) ประกาศพระราชกฤษฎีกาการสร้างรถไฟสายแพะชุมบุรี สายเหนือและสายตะวันออก ลงวันที่ ๔ ธันวาคม ร.ศ. ๑๑๘ ๒๔๔๒ วันที่ ๒ มิถุนายน ร.ศ. ๑๒๑ ๒๔๔๕ วันที่ ๒๐ สิงหาคม ร.ศ. ๑๒๕ ๒๔๔๘ และวันที่ ๒๗ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๒๕ ๒๔๔๙ คำปรารภ, ข้อ ๖ และ ๙

การจัดซื้อที่ ๆ ต้องการอันเกี่ยวแก่กิจการงานของกรมกระทรวงนั้น ๆ เหมือนกัน^(๑)

๘๓. ส่วนการขุดคลองนั้น บริษัทที่รับขุดได้มีข้อตกลงกับกระทรวงเกษตรธิการว่าเพื่อประโยชน์แห่งการขุดคลองของบริษัท ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ยอมให้บริษัทจับจองที่ ๆ ห่างจากฝั่งคลอง ๑ เส้น ยื่นขึ้นไปได้ฝั่งละ ๔๐ เส้น ทั้งนี้จะเพาะแต่ที่ว่างเปล่าที่ไม่มีเนินตราบแต่ตรงจะเป็นที่หวงห้าม ถ้าบริษัทอยากได้ที่ ๆ มีตราบแต่ตรงอยู่แล้วให้ตกลงซื้อจากเจ้าของที่เอง ส่วนที่ ๆ ขุดคลองกว้าง ๖ วา และทางหลวงกว้างข้างละ ๑ เส้นแล้วนั้น เจ้าของที่ที่ไม่ได้รับค่าทำขวัญเลย^(๒) ต่อมามีการตกลงกันใหม่ในระหว่างบริษัทกับกระทรวงเกษตรธิการอนุญาตให้บริษัทเรียกค่าที่นาจากเจ้าของที่ในแดนที่ ๆ บริษัทได้มีสิทธิจับจองแล้ว เว้นแต่เจ้าของที่มีใบจองจึงไม่ต้องเสีย เจ้าของที่ดินซึ่งได้ทำเป็นนาฟางอยู่แล้ว แม้มีใบเหยียบยาหรือใบเสร็จเสียค่าทางข้าวก็ตาม ก็ต้องเสียค่าที่ให้แก่บริษัท^(๓) ในการขุดคลอง ต่อมาได้มีการเปลี่ยนสัญญาใหม่อีกข้อหนึ่งว่า “ส่วนที่ดินที่ได้มีผู้จับจองและทำเป็นนาฟางไว้แล้ว ก่อนวันที่ลงในสัญญานี้ จะมีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินกีดหรือไม่มีกีด บริษัทต้องยอมรับรองว่า ผู้นั้นจะเป็นผู้ได้รับกรรมสิทธิ์อยู่ในที่นั้น ๆ ทุก ๆ ราย” และนาทุกรายนี้ถ้ามิได้ตั้งอยู่ริมแม่น้ำในเขตต์ ๓๐ เส้น ยื่นขึ้นไปจากฝั่งแม่น้ำแล้ว บริษัทจะคิดเอาค่าขุดคลองแก่เจ้าของที่นานั้นได้ไร่ละ ๔ บาท ถ้าเจ้าของไม่ยอมเสีย ต้องยอมขายที่ให้แก่บริษัทเต็มทั้งแปลงตามราคาซื้อขายกันอยู่ในเวลาก่อนลงวันในสัญญา ถ้าบริษัทและเจ้าของตกลงราคากันไม่ได้ รัฐบาลเป็นผู้จะกำหนดราคา^(๔)

(๑) ตัวอย่างเช่นประกาศจัดซื้อที่สร้างคุก ลงวันที่ ๒๐ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๔ ๒๔๔๘ ประกาศกระทรวงนครบาล ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ร.ศ. ๑๒๖ ๒๔๕๐ วันที่ ๓ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๗ ๒๔๕๑ ฯลฯ

(๒) ตรากระทรวงเกษตรธิการ ลงวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ร.ศ. ๑๐๙ ๒๔๓๗ ไกรสี เล่ม ๓ หน้า ๑๒๐๖

(๓) ประกาศบริษัทขุดคลองและคุนาศยาม ลงวันที่ ๒๙ กันยายน ร.ศ. ๑๑๘ ๒๔๔๒ ข้อ ๔ และ ๕

(๔) สัญญาพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้บริษัทขุดคลองและคุนาศยาม ขุดคลองในทุ่งฝั่งตะวันออกแห่งแม่น้ำนครนายก ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ร.ศ. ๑๒๓ ๒๔๕๗ ข้อ ๑๑ และ ๑๒

ส่วนการเหมืองแร่ พระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ ร.ศ. ๑๒๐ (๒๔๔๔) มาตรา ๗๗ บัญญัติว่า “ถ้ารัฐบาลจะต้องการที่ดินแห่งใดเพื่อทำการเหมืองแร่ เมื่อได้คิดราคาที่ดินให้แก่เจ้าของที่ตามสมควรแล้ว เจ้าของที่นั้นต้องเวนคืนที่นั้นแก่รัฐบาล ถ้าจำนวนเงินไม่ตกลงกันได้ให้ตัดสินด้วยวิธีตั้งคนกลางทั้งสองฝ่าย”

๘๔. สรุปรวมความได้ว่า ตลอดสมัยรัชกาลที่ ๕ เรื่องการชดใช้เงินค่าทำขวัญให้แก่เจ้าของนั้นไม่มีกฎข้อบังคับที่แน่นอนเสมอไปในตอนต้นรัชกาล ทางราชการมักจะไมยอมชดใช้ราคาค่าที่ให้แก่เจ้าของ คงคิดจะให้แต่ค่าเรือถอน ค่าปลูกสร้างโรงเรือน และพืชผลเท่านั้น ต่อมาแม้จะก้าวถึงหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของแผ่นดิน และค่าทำขวัญที่ให้นั้นก็ให้ในฐานะทรงพระเมตตาคุณหากดี แต่ฝ่ายทางการเมืองวางหลักเพื่อจัดซื้อที่ดิน ซึ่งโดยพฤตินัยมีผลเท่ากับการถือว่าเจ้าของมีสิทธิรับราคาค่าที่ดินตามกฎข้อบังคับที่ออกนั้นเจ้าของผู้ถือหนังสือสำคัญมีฐานะดีกว่าผู้อื่น และมีอยู่บางข้อที่ดูเหมือนว่าไม่ยอมให้ค่าที่แก่ผู้ถือที่ดินมือเปล่า แต่ที่จำกัดสิทธิเช่นนี้ก็เพื่อประสงค์ป้องกันความทุจริตต่าง ๆ และเพื่อจะชดเชยแต่จะเพาะผู้ที่ได้ทำประโยชน์จริงโดยสุจริต หาใช่เพราะถือว่าเจ้าของที่มีมือเปล่าไม่มีสิทธิในที่ไม ในตอนปลายรัชกาลไม่มีข้อจำกัดเลย คงถือว่าผู้ใดมีหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดอันพึงพิศุจน์ได้ว่าเป็นเจ้าของที่ก็ชอบที่จะได้รับค่าชดเชย ส่วนวิธีกำหนดราคาค่าชดเชยนั้นก็ระเบียบต่างๆ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ จะได้กำหนดราคาโดยคำสั่งของทางการเองบ้าง โดยคำพิพากษาของศาลบ้าง โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบ้าง ตามสมัยและทะบวงการ

๘๕. ในรัชกาลที่ ๖ เริ่มรวบรวมข้อบังคับในการกำหนดราคาค่าชดเชยที่จะให้แก่เจ้าของให้เป็นระเบียบอันเดียวกัน โดยออกพระราชบัญญัติจัดวางทางรถไฟและทางหลวง พ.ศ. ๒๔๖๔ ซึ่งใช้ได้ทั้งในการสร้างทางรถไฟและการก่อสร้างเปลี่ยนแปลงทางหลวงด้วย ตามมาตรา ๒๕ บัญญัติว่า “เงินค่าทำขวัญที่จะใช้เป็นค่ากรรมสิทธิ์ที่ดิน” พึงกำหนดให้ตามราคาที่ดินที่ซื้อขายกันในท้องตลาด ในวันที่ออกประกาศพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดิน โดยกรรมการจัดซื้อที่ดิน ๓ คนเป็นผู้ไกลเกลี่ยให้ตกลงเรื่องค่าทำขวัญกับเจ้าของที่ดินก่อน ถ้าตกลงกันได้ก็ให้จัดตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นชี้ขาด นอกจากนั้นพระราชบัญญัตินี้ยังได้วางหลักใหม่ข้อหนึ่ง เพื่อป้องกันความเดือดร้อนของเจ้าของที่ คือมาตรา ๒๕ บัญญัติว่า ทางกรมมีสิทธิเข้าปกครองยึดถือที่ได้แต่ต่อเมื่อได้ใช้เงินหรือวางเงินค่าทำขวัญแล้ว

แต่กฎหมายอันใช้ได้ทั่วไปในการงานอันเกี่ยวแก่สาธารณูปโภคทั้งหลายเพิ่มมีขึ้นในปี ๒๔๗๗ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๔๗๗ ตามมาตรา ๑๑ บัญญัติให้ค่าทำขวัญแก่เจ้าของที่ดินที่ต้องเวนคืน หากเนื้อที่ ๆ เหลืออยู่น้อยเจ้าของยังมีสิทธิที่จะขอเวนคืนที่นั้นทั้งแปลงได้ (มาตรา ๑๓) ตามมาตรา ๑๕ บัญญัติว่า ถ้าที่ ๆ เหลืออยู่มีราคาสูงขึ้นเป็นพิเศษ ให้เอาราคาที่สูงขึ้นนั้นหักกับเงินค่าทำขวัญ แต่มิให้ถือว่าราคาทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นสูงกว่าจำนวนเงินค่าทำขวัญสำหรับที่ ๆ ต้องเวนคืน

หลังจากการใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว เป็นที่กล่าวได้ว่าหลักกฎหมายเก่าที่ว่า พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินพระราชอาณาเขตตั้งแต่เล็กไม่เป็นมูลรากแห่งการบังคับซื้อต่อไป โดยเหตุว่า (๑) เจ้าของที่จะถูกขับไล่ก็แต่เมื่อสภาผู้แทนราษฎรลงมติว่าเป็นการจำเป็นสำหรับการสาธารณูปโภคหรือเพื่อการเหมืองแร่ พระมหากษัตริย์ไม่เป็นผู้ชี้ขาดเหมือนแต่ก่อน และ (๒) เจ้าของจะถูกขับไล่ออกไปได้แต่ต่อเมื่อได้รับเงินค่าทำขวัญสำหรับค่าเนื้อที่ ๆ ต้องเสียไป สิทธิของราษฎรเหนือที่ ๆ อยู่หรือทำนั้น จะเรียกกรรมสิทธิ์หรืออย่างไรก็ตามแยกออกจากอำนาจทางปกครองอย่างแจ่มชัด ส่วนหลักกฎหมายเก่าเหลือแต่ร่องรอยที่มีปรากฏอยู่ในคำที่เรียกการบังคับซื้อในพระราชบัญญัตินั้น คือ คำว่า “เวนคืน” นั้นเอง^(๑)

๓. การละพง

๘๖. ได้เห็นมาแล้วว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยา ถ้าเจ้าของที่ดินละทิ้งเลิกทำประโยชน์ในที่ของตนแล้ว อาจเสียสิทธิในที่นั้นภายในระยะเวลาอันสั้นมาก หากละทิ้งนาเพียง ๑ ปี และสวนเพียง ๓ ปีก็พอ ให้ถือได้ว่าที่นั้นว่างเปล่า ใคร ๆ เข้าทำก็ได้เป็นเจ้าของทันที

การที่ข้าหลวงเสนานายระวางออกหนังสือสำคัญให้เจ้าของที่เกี่ยวข้องกับการเสียภาษีอากร ซึ่งเริ่มบัญญัติในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา และแพร่หลายตั้งเป็นระเบียบต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นั้น เป็นปัจจัยให้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินมั่นคงยิ่งขึ้น ไม่สูญหายง่ายเหมือนแต่ก่อน

(๑) ในประเทศฝรั่งเศสสมัยเก่า ทบวงการมีอำนาจจัดซื้อที่ของราษฎรในกิจการอันเกี่ยวแก่สาธารณูปโภคได้ และเรียกชื่อว่า droit de retrait แปลว่าสิทธิเรียกคืน ทำนองเดียวกับกฎหมายไทย และเป็นร่องรอยอันเหลืออยู่แต่โบราณที่พระมหากษัตริย์แห่งฝรั่งเศสอ้างว่าเป็นเจ้าของที่ดินพระราชอาณาจักร

ผู้ถือโฉนดตราแดงคือเจ้าของสวนและนาโค มีหน้าที่เสียภาษีจำนวนเดียวกันทุกปีตามหน้าโฉนดนั้นเอง เจ้าของจะได้รับประโยชน์มากหรือน้อยก็ตาม ฉะนั้นการที่เจ้าของเหล่านี้ละทิ้งไม่ทำที่ ๑ ปี ๒ ปีหรือนานกว่า ไม่เป็นเหตุให้ขาดสิทธิได้ การที่ผู้ถือมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเสมอไป ทำให้ตนมีสภาพเป็นเจ้าของเสมอไปดุจเดียวกัน ตามหลักแล้วผู้ถือจะขาดกรรมสิทธิ์ได้ก็แต่โดยความยินยอมโดยเวนคืนที่แก่เจ้าพนักงานท้องที่ และในขณะที่เดียวกันไม่ต้องเสียภาษีต่อไป ฉะนั้นอาจถือได้ว่า แม้จะได้ละทิ้งที่ไปนานสักเท่าใดสิทธิก็ยังคงมีอยู่ หากเจ้าของที่สาปสูญหรือตายโดยไม่มีทายาทเหลืออยู่ หรืออพยพออกไปอยู่ที่อื่น จะยังถือว่ายังมีกรรมสิทธิ์อยู่ในที่นั้นอีก ตู้ออกจะเป็นการยากก็จริงอยู่ แต่ว่าในทางปฏิบัติไม่เกิดความเสียหายต่อทางการแต่อย่างใด เพราะในกรณีเช่นนี้เมื่อข้าหลวงไปทำการเดินนาเดินสวน ข้าหลวงจะได้ถือว่าเป็นที่ว่างและจะได้จัดการออกโฉนดให้แก่ผู้อื่น โดยให้ผู้ที่รับโฉนดใหม่นี้เสียภาษีอากรที่ค้างอยู่ หรือยอมซื้อที่นั้นตามแต่จะตกลงกับเจ้าพนักงาน^(๑)

ส่วนเจ้าของนาฟางลอยถือแต่ใบจองหรือใบเสร็จ ซึ่งเจ้าพนักงานกรมนาออกให้ทุกปีดังกล่าวมาแล้ว ฐานะของผู้ถือจึงไม่เหมือนกับฐานะของผู้ถือโฉนดตราแดง เจ้าของนาฟางลอยเสียค่านาแต่จะเพาะเนื้อที่ ๆ ทำ ฉะนั้นไม่จำเป็นต้องทำนาเต็มเนื้อที่ ๆ ตนหวังห้ามไว้ แต่ถ้าหากว่าทิ้งไว้ไม่ทำเป็นเวลานาน ๆ กฎหมายย่อมจะไม่ปล่อยให้หวงห้ามต่อไปโดยไม่มีการกำหนด ในตอนต้นรัชกาลที่ ๕ พระราชบัญญัติลักษณะเดินประเมินนา ปีจอ จ.ศ. ๑๒๓๖ (๒๔๑๗) บัญญัติว่า ถ้าเจ้าของนาฟางลอยไม่ทำที่ทิ้งไว้พัน ๓ ปีทำให้ขาดผลประโยชน์ในแผ่นดิน ถ้าผู้ใดจะไปทำนาในที่นั้น เจ้าพนักงานท้องที่จะได้จัดให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้นั้นทำต่อไป (ข้อ ๑๑) ระยะเวลา ๓ ปีที่ปรากฏในบทนี้จะได้อ้อมมาจากประเพณีหรือกฎหมายที่ใช้อยู่ก่อนแล้ว

สรุปความว่าก่อนมีโฉนดแผนที่ กรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจแบ่งแยกเป็น ๒ ประเภทตามหนังสือสำคัญที่ได้ออกให้แก่เจ้าของ คือกรรมสิทธิ์อื่นไม่มีกำหนดเวลาไม่ขาดไปโดยการละทิ้ง ได้แก่ผู้ถือโฉนดตราแดงอย่างหนึ่ง และกรรมสิทธิ์ซึ่งขาดเมื่อละทิ้งพัน ๓ ปี ได้แก่ผู้ถือใบจองอีกอย่างหนึ่ง

(๑) ให้อำนาจประกาศเดินสวนมีมะเส็ง จ.ศ. ๑๒๔๓ ที่ได้อ้างมาแล้วตอนท้าย

๘๗. ส่วนโฉนดแผนที่ ตามบทวิเคราะห์ศัพท์เติมในข้อ ๗ แห่งประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ นั้นกล่าวว่า “ให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์เหมือนอย่างนาคู่โค” คือเหมือนอย่างผู้ถือโฉนดตราแดง ผู้ถือมีหน้าที่เสียภาษีเสมอไปทุกปี ฉะนั้นคงไม่เสียสิทธิโดยการทอดทิ้งที่เล็กทำโดยจะเพาะส่วนผู้ถือตราจองชั่วคราวตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๐ มีฐานะเดียวกันกับผู้ถือโฉนด เพราะตราจองชั่วคราวนั้นความจริงเป็นโฉนดชั่วคราว^(๑) ส่วนพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ ไม่ได้กล่าวถึงการละทิ้งว่าเป็นเหตุให้เจ้าของขาดกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน แต่โดยเหตุที่ไม่มีการเดินนาเดินสวนเสียแล้ว จำเป็นที่จะต้องเพ่งเล็งถึงกรณีที่เจ้าของอพยพออกจากที่โดยทิ้งที่ไว้เปล่า ๆ เพิ่งมีบทกฎหมายมาบัญญัติถึงข้อนี้ในกาลต่อมาอีก ๑๔ ปี คือในรัชกาลที่ ๖ ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๒ ลงวันที่ ๑๔ กันยายน ๒๔๕๕ มีใจความว่า ถ้าเจ้าของที่ดินอพยพทอดทิ้งที่นั้นไว้เกิน ๙ ปี กระทรวงเกษตรธิการจะทำการไต่สวน และถ้าได้ความว่าเป็นที่ ๆ เจ้าของอพยพทอดทิ้งจริง จะได้ถือว่าที่นั้นเป็นที่ว่างเปล่า (มาตรา ๔ และ ๕) ระยะเวลา ๙ ปีนี้มาจากระยะเวลา ๙ ปี ๑๐ ปี ในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๒ วรรค ๒ ซึ่งได้เห็นมาแล้วตั้งแต่ฉบับหน้าเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่ควรสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๒ ที่ดินที่เจ้าของละทิ้งเป็นเวลานานกว่า ๙ ปี ถึงแม้ว่าในชั้นไต่สวนเจ้าของมาปรากฏตัวขึ้นก็ดี ก็ยังถือว่าเป็นที่ว่างเปล่า เจ้าของขาดสิทธิในที่นั้นแล้ว ข้อบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายยังดำเนินตามนโยบายของพระมหากษัตริย์ในครั้งกรุงศรีอยุธยาอยู่ กล่าวคือ ถึงแม้กฎหมายปัจจุบันปล่อยให้เจ้าของที่ดินมีกรรมสิทธิ์ “หลง” ในที่ดินอยู่แล้วก็ยังไม่ทำให้เป็นเจ้าของโดยเสรีเต็มที่เช่นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ เพราะเจ้าของมีหน้าที่ต้องทำประโยชน์ในที่นั้นด้วย มิฉะนั้นอาจต้องสูญเสียสิทธิ แต่อย่างใดก็ดีผู้ถือโฉนดแผนที่ย่อมมีกรรมสิทธิ์อันมั่นคงมากดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๒ นี้ว่า ผู้ถือโฉนดต้องละทิ้งที่นานจนเกิน ๙ ปี จึงอาจเสียกรรมสิทธิ์ ทั้งไม่ขาดสิทธิในที่นั้น เพราะตามพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานเกษตรต้องทำการไต่สวนก่อน

(๑) ข้อนี้เห็นได้จากประกาศ ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๔ ที่เปลี่ยนนามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๑ ดังกล่าวมาแล้ว แต่ส่วนอาจารย์ผู้แต่งตำราถือว่า แม้ใน มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๑ จะได้บัญญัติให้ผู้ถือตราจองชั่วคราวมีกรรมสิทธิ์เหนือที่นั้นก็ดี ถ้าละทิ้งที่ไปเสียเกิน ๓ ปี ก็ขาดกรรมสิทธิ์ตามกำหนดในกฎหมายเดิม (ให้ดูคำอธิบายของพระยาพิสารณาฯ หน้า ๖๐-๖๑ และคำสอนของพระยานิติศาสตร์ไพศาล หน้า ๑๔๗-๑๔๘)

จึงจะถือได้ว่าเป็นที่ดินที่ว่างเปล่า^(๑) ฉะนั้น ตลอดเวลาที่เจ้าพนักงานเกษตรไม่ได้ทำการไถ่สวน ผู้ซึ่งมีชื่อในโฉนดยังมีกรรมสิทธิ์อยู่

พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๒ ยังทำให้เจ้าของที่ดินผู้ถือโฉนดมีสิทธิมั่นคงยิ่งขึ้นอีกข้อหนึ่ง โดยบัญญัติว่า ผู้ที่เข้ามาอยู่ในที่ดินจะมีสิทธิอาศัยได้ต่อเมื่อจดทะเบียนสิทธิขึ้นต่อหอทะเบียนที่ดินคล้ายกับการเข้าที่ดิน (มาตรา ๑ และ ๒) ฉะนั้น ผู้ที่มาอาศัยอยู่ในที่ ๆ ออกโฉนดแล้ว และปลูกเรือนเสาไม้จริงทำรั้วไว้ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๓ เมื่อพ้น ๓ ปีแล้ว ไม่เกิดมีสิทธิในที่นั้นเลยเหมือนเช่นแต่ก่อน เจ้าของฉบับใหม่ได้เสมอ^(๒)

๘๘. ส่วนเจ้าของที่ดินมือเปล่ามีฐานะอันเปรียบต่างห่างไกลมากกับเจ้าของผู้ถือโฉนด เพราะเจ้าของที่ดินมือเปล่ายังเป็นเจ้าของตามกฎหมายเก่า^(๓) ตามหลักแล้วผู้ขึ้น

(๑) ในข้อนี้ผู้แต่งตำราโดยมากเห็นตรงกันข้ามว่าผู้ถือโฉนดที่ได้ตั้งทั้งที่พื้น ๙ ปีแล้ว ขาดกรรมสิทธิ์ทันที เจ้าพนักงานเกษตรไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องและมีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๕๑/๒๔๖๔ มาสนับสนุนด้วย แต่ความเห็นนี้เนื่องมาจากการที่ยังมิได้แยกแยะให้ชัดใน ระหว่างการขาดกรรมสิทธิ์เพราะละทิ้งและการได้กรรมสิทธิ์โดยปรักษ์

(๒) ส่วนสิทธิของผู้ขอทำในที่ดินและสิทธิของผู้เช่าซึ่งเจ้าของละเลยไม่เรียกค่าเช่าเมื่อพ้น ๓ ปี ตามพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ ๕๗ และ ๕๘ นั้น เลิกไม่ใช้นานมาแล้ว ประกาศลงวันที่ ๑ พฤษภาคม ร.ศ. ๑๒๐ (๒๔๕๔) จึงให้ยกเลิกสำหรับที่ดินทั่วพระราชอาณาเขต ดูฎีกาที่ ๗/๑๒๐ และพระบรมราชวินิจฉัยลงวันที่ ๑๓ มีนาคม ร.ศ. ๑๑๙ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๑ หน้า ๓๗๘-๓๘๕

(๓) ผู้ถือใบเหยียบย่ำเมื่อใบเหยียบย่ำขาดอายุความแล้ว ก็ต้องถือเป็นเสมือนหนึ่งว่าเป็นเจ้าของมือเปล่า เว้นแต่จะได้ต่ออายุใบเหยียบย่ำ (มีฎีกาที่วินิจฉัยตรงกันคือฎีกาที่ ๓๕๖/๑๑๙) แต่มีผู้แต่งตำราบางท่านที่ไม่เห็นด้วย แต่ถือว่าผู้ถือใบเหยียบย่ำต้องอนุโลมตามอย่างผู้ถือใบจอง คือ ขาดกรรมสิทธิ์ตามอายุของหนังสือที่ถือนั้น คือ ๑ ปี สำหรับใบเหยียบย่ำเก่า ๒ ปี สำหรับใบเหยียบย่ำตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ (ให้ดูคำอธิบายของพระยาพิราณา ๖ หน้า ๑๑๑-๑๑๓ ที่ใช้แนวความคิดนี้ขยายไปสำหรับหนังสือสำคัญอันมีสภาพคล้ายคลึงกับใบเหยียบย่ำทุกฉบับ) แต่ศาลไม่ได้พิพากษาตามความคิดเห็นนั้นอย่างแน่นแฟ้น ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓/๑๓๑ (วินิจฉัยเล่ม ๒ หน้า ๖๙-๗๒) เกี่ยวกับที่ ๆ ไม่มีหนังสือสำคัญ การกล่าวอ้างถึงใบเหยียบย่ำอันมีอยู่ในข้อพิจารณาของคำพิพากษานี้ จึงไม่เป็นประโยชน์อย่างไรในปัญหาข้อนี้ ทั้งใบเหยียบย่ำที่กล่าวอ้างถึงนี้เป็นใบเหยียบย่ำเก่า ซึ่งผู้ถือมีฐานะเหมือนเช่นเจ้าของที่ดินมือเปล่า

จึงขาดสิทธิในที่ดินใดที่ดินละทั้งที่ดินนั้นเอง^(๑) ตามคำวินิจฉัยของศาลการละทิ้งไม่ใช่ แต่การออกจากที่เฉยๆ เจ้าของต้องมีเจตนาละทิ้ง เจตนาที่นี้อาจชี้ให้เห็นได้เนื่องจากการกระทำของเจ้าของ เช่น เจ้าของขายที่ดินไป แต่การขายมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบ จะถือเป็นการซื้อขายไม่ได้ แต่พฤติการณ์แสดงเจตนาของเจ้าของว่าจะละทิ้งที่ดิน^(๒) ถ้าเจ้าของที่ดินไม่ได้แสดงเจตนาละทิ้งโดยชัดแจ้ง ศาลพิพากษาว่าหากเลิกทำประโยชน์ในที่เพียง ๑ ปีก็ขาดสิทธิในที่ดิน^(๓)

แต่ว่าระยะเวลาเพียง ๑ ปีนั้นเป็นระยะที่สั้นมาก ศาลเองก็รู้สึกจึงพยายามที่จะปรับใช้ในคดีให้น้อยเข้า ทั้งนี้ไม่ควรลืมว่า สำหรับที่ดินซึ่งอยู่ในเขตที่ระบอบโฉนดแผนที่ยังใช้ไม่ถึง ก่อนพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๖ พ.ศ. ๒๔๗๙ ผู้เป็นเจ้าของไม่มีช่องทางที่จะได้หนังสือสำคัญถาวร โดยไม่มีเจ้าพนักงานผู้ใดมีอำนาจออกใบจองให้เหมือนแต่ก่อน ฉะนั้นย่อมเป็นการยุติธรรมที่เจ้าของพวกนั้นต้องเสียเปรียบพวกเจ้าของที่ๆ มีโฉนดแผนที่มากเกินไป ทั้งเจ้าของที่ดินจะมีโฉนดหรือไม่มีโฉนดก็ตาม มีหน้าที่เสียภาษีเช่นกันด้วยอีกโสดหนึ่ง ศาลจึงมักจะไม่ได้ถือระยะเวลา ๑ ปีนี้มาใช้ปรับคดีอย่างเคร่งครัด เพื่อความยุติธรรม เมื่อเห็นมีหนทางที่จะไม่ใช้ก็ไม่ถือตาม ในที่สุดตามคำพิพากษาศาลฎีการะยะเวลา ๑ ปีนี้ใช้ปรับได้แต่จะเพาะนาเท่านั้น เพราะตามสภาพนั้นต้องทำทุกปี^(๔) ส่วนที่ดินชนิดอื่นศาลออกจะมีความวินิจฉัยกว้างขวาง เรื่องกรณีนี้

(๑) กฎข้อบังคับสำหรับเจ้าพนักงานผู้ออกโฉนดหรือตราจองชั่วคราวอ้างถึงหลักนี้ เพื่อให้ข้าหลวงวินิจฉัยถือตามในการออกโฉนดหรือตราจองชั่วคราวในที่พิพาท ให้ตุ๊กฎข้อบังคับที่ ๑ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ร.ศ. ๑๒๑ สำหรับพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ข้อ ๑๓ (ข) และกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการ ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๔ สำหรับออกโฉนดที่ดินข้อ ๑ (ก) ส่วนคำพิพากษาให้ดูฎีกาที่ ๒๗๔/๒๔๕๖ เป็นต้น

(๒) แต่ส่วนการให้ที่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบนั้น จะอนุโลมเป็นการละทิ้งได้หรือไม่ยังเป็นปัญหาอยู่

(๓) มีคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานหลายฉบับ เช่น ฎีกาที่ ๑๖๗๙/๑๓๑, ๓๒๘/๒๔๖๒, ๔๘๖/๒๔๖๔, ๓๐๘/๒๔๗๐ ฯลฯ

(๔) ความวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๖/๒๔๖๔ แสดงอย่างแจ่มแจ้งถึงความเห็นของศาลฎีกาในข้อนี้ โดยกล่าวว่า “ที่นาไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ ตามกฎหมายโจทก์ต้องปกครองทำประโยชน์ในที่รายันทุกๆ ปี จึงจะนับว่าโจทก์เป็นผู้หวงห้ามชอบด้วยกฎหมาย จนกว่าโจทก์จะได้ขอโฉนดได้แล้วจึงจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน” แต่ควรสังเกตว่านาพิพาทในคดีเรื่องนี้อยู่ในเขตที่ได้ออกโฉนดแผนที่แล้ว

แสดงให้เห็นว่าเจ้าของมิได้ละทิ้งที่ดินแต่ยังครอบครองอยู่^(๑) ฝ่ายที่ดินที่มีโรงเรือนปลูกอยู่ หรือที่สวนนั้นระยะเวลา ๑ ปีเป็นอันใช้ได้เลย เจ้าของต้องละทิ้งไปจนเกิน ๙ ปีจึงจะขาดกรรมสิทธิ์ โดยอาศัยพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๒ วรรค ๒^(๒) สำหรับการละทิ้งนั้น แม้เป็นที่มือเปล่า แต่เป็นสวนหรือมีโรงเรือนปลูกอยู่ เจ้าของจึงมีฐานะคล้ายคลึงกับผู้ถือโฉนดแผนที่

อนึ่ง สำหรับที่ ๆ ไม่มีโฉนดทุกชนิด พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ ๕๓ เรื่องสิทธิของผู้อาศัยพื้น ๓ ปีนั้นยังคงใช้ได้เหมือนเช่นเดิม

๘๙. สรุปความว่า ในขณะออกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๔ ระบอบที่ดินเกี่ยวกับผลแห่งการละทิ้งนั้น แบ่งเป็น ๒ ประเภท คือ (๑) ที่ดินที่ออกโฉนดแผนที่ เจ้าของขาดกรรมสิทธิ์เมื่อละทิ้งเกินกว่า ๙ ปี และเจ้าพนักงานเกษตรได้จัดการได้สวนตามกฎหมายข้อบังคับแห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดินฉบับที่ ๒ พ.ศ. ๒๔๖๙ (๒) ที่ดินที่ยังไม่มีโฉนด ตามหลักเจ้าของขาดกรรมสิทธิ์ เมื่อละทิ้งไปเพียง ๑ ปี แต่มีข้อยกเว้นหลายประการดังกล่าวมา อาทิเช่น สวนและที่ ๆ มีโรงเรือนปลูกอยู่

คำสอนนี้จะไม่ศึกษาถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอันเกิดขึ้นแก่ระบอบนี้อันเนื่องมาจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชกำหนดกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลัง

๔. อายุความ

๙๐. ในสมัยปัจจุบันกฎหมายแห่งนานาประเทศ โดยมากบัญญัติให้ผู้ที่ครอบครองที่ดินแปลงหนึ่งนาน ๆ ในฐานะเป็นเจ้าของได้กรรมสิทธิ์ในที่ วิธีได้กรรมสิทธิ์เช่นนี้เรียกว่าอายุความ

ถ้าพิจารณาหตุลักษณะของอายุความจะเห็นได้ว่า ทำให้บังเกิดผล ๒ อย่างต่างกัน ในเบื้องต้นเป็นวิธีได้กรรมสิทธิ์อันแท้จริง ในกรณีที่มีผู้อื่นเป็นเจ้าของ ผลอันนี้เป็นที่รู้กันทั่วไป เพราะเมื่อกล่าวกันถึงการได้กรรมสิทธิ์ทางอายุความ มักจะหมายถึงการได้ทางครอบครองโดยทางปรักษ์อย่างเดียว แต่อายุความตามแ่งนี้ไม่ปราศจากข้อที่ติเตียนได้

(๑) ให้ดูคำอธิบายของพระสุธรรมวินิจฉัย หน้า ๒๖-๒๙ และของหลวงวราทวินิจฉัย หน้า ๓๒-๓๔ พร้อมบทฎีกาที่อ้างไว้

(๒) สำหรับที่ ๆ ปลูกโรงเรือน ดูฎีกาที่ ๒๙๗/๒๔๖๖ และสำหรับสวนให้ดูฎีกาที่ ๖๓๕/๒๔๖๑ ควรสังเกตว่าคำพิพากษานานแห่งตัดสินเป็นบรรทัดฐานในเร็ว ๆ นี้

นักนิติศาสตร์ในโบราณกาลเคยคัดค้านโต้แย้งกัน เช่น ธรรมศาสตร์ฮินดู โดยมากไม่รับรองการได้ทางปกครองโดยปรบักษ์ เพราะเห็นว่าเป็นการผิดศีลธรรมและไม่สมด้วยเหตุผล ธรรมศาสตร์บางคัมภีร์รับรองให้ได้แต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์ โดยมีข้อยกเว้นหลายประการด้วย ธรรมศาสตร์คัมภีร์เก่าแก่ที่สุดไม่ยอมใช้สำหรับอสังหาริมทรัพย์ทีเดียว ส่วนคัมภีร์ที่แต่งขึ้นในกาลต่อมายอมให้ใช้สำหรับอสังหาริมทรัพย์ แต่อายุความที่ใช้นั้นมีระยะเวลาเป็น ๒ เท่า ๓ เท่า จนถึง ๗ เท่าของระยะเวลาอายุความที่ใช้สำหรับสังหาริมทรัพย์^(๑)

แต่ในประเทศที่ไม่รับใช้ระบอบทอแรนต์ การได้ทางอายุความยังมีผลเป็นการพิสูจน์กรรมสิทธิ์อีกประการหนึ่ง ทั้งนี้ก็เพราะผู้ครอบครองที่แปลงหนึ่งนาน ๆ โดยเปิดเผยในฐานะเจ้าของ ถึงแม้ว่าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนได้รับโอนที่จากผู้ที่เป็นเจ้าของก็คิดแต่น่าเชื่อได้ว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของที่ดินแปลงนี้จริง ยิ่งกว่านั้นถ้าไม่มีวิธีได้ทางอายุความเจ้าของอันแท้จริงเอง จะไม่สามารถพิสูจน์กรรมสิทธิ์ของตนได้ เว้นแต่เป็นที่ดินซึ่งเพิ่งไถ่สร้างใหม่ เพราะเพื่อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ของตนโดยสมบูรณ์ จะพิสูจน์แต่ว่าตนได้รับโอนจากผู้ที่เป็นเจ้าของจริงหาเพียงพอไม่ ยังต้องสืบว่าผู้นั้นได้รับที่จากผู้ที่เป็นเจ้าของและต่อ ๆ ไปจนเจ้าของเดิมซึ่งโดยมากเป็นการเหลือวิสัยที่จะทำได้ ตามแง่นี้การได้ทางอายุความเป็นธรรมเนียมอันปราศจากข้อโต้เถียง และจำเป็นที่จะต้องมิไว้เป็นดับทกกฎหมาย ฉะนั้นธรรมศาสตร์ฮินดูแม้คัมภีร์ที่ไม่ยอมรับรองการได้โดยครอบครองทางปรบักษ์อย่างเด็ดขาด ก็ยังยกย่องอายุความตามแง่ที่เป็นข้อพิสูจน์กรรมสิทธิ์ เมื่อการครอบครองได้ล่วงมาเป็นเวลานาน ๆ จนตราบเท่าถึง ๓ ชั่วโมงแล้ว เป็นอันชี้ขาดได้อย่างแน่ชัดว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์มั่นคงถาวรยิ่ง

๓๑. กฎหมายเก่าของประเทศไทยไม่รับรองการได้ทางครอบครองโดยปรบักษ์ ทั้งนี้ก็เพราะกรรมสิทธิ์ในที่ดินยังไม่ได้แยกออกจากการครอบครองอย่างชัดเจน เจ้าของละทิ้งเลิกทำไม่นานก็เลยไม่เป็นเจ้าของ ที่ดินเป็นที่ว่าง หากมีผู้เข้ามาทำก็ได้กรรมสิทธิ์ในที่ แต่ที่ผู้นั้นได้กรรมสิทธิ์มาหาใช่เพราะการครอบครองไม่ แต่เพราะการจับจองที่ว่าง อายุความจึงไม่มีโอกาสที่จะใช้ได้^(๒)

(๑) ดู Julius Jolly: *Hindu Law and Custom* หน้า ๑๙๘-๒๐๑

(๒) ในบรรดาชุมชนมุขมนตรีซึ่งกรรมสิทธิ์และการครอบครองยังปะปนซับซ้อนกันอยู่ กฎหมายไม่รับรองการได้กรรมสิทธิ์ทางอายุความคงเดียวกัน เช่น กฎหมายเก่าของเยอรมันและฝรั่งเศส เป็นต้น ส่วนกฎหมายอังกฤษแม้ในสมัยปัจจุบันยังไม่รับรองการได้ทางอายุความ เพราะที่เรียกว่า statutes of limitation นั้นเป็นการขาดสิทธิ์ทางอายุความไม่ใช่การได้สิทธิ์ทางอายุความ แต่ในทางปฏิบัติผลก็มิได้จะผิดกันมากนัก (ให้ดู *Stephen's Commentaries* เล่ม ๒ ตั้งแต่ หน้า ๕๖๘ ไป)

การได้มาทางอายุความอาจมีโอกาสใช้ได้แต่ต่อเมื่อเจ้าของที่ดินมีสิทธิมั่นคง แยก ออกจากการครอบครองอย่างชัดเจน คือภายหลังการออกหนังสือสำคัญ มีใบจองและ โฉนดตราแดงเป็นต้น ตลอดเวลาที่มีการเดินประเมินสวนและนายังไม่ปรากฏขึ้น ต่อ เมื่อเลิกการเดินประเมินสวนและนาแล้ว คือ ในตอนต้นรัชชกาลที่ ๕ จึงปรากฏขึ้น^(๑) ในสมัยนั้นคำพิพากษาบางฉบับ เริ่มอ้างถึงการได้กรรมสิทธิ์ทางครอบครองอันมีระยะเวลา ๑๐ ปี ศาลเป็นผู้ตั้งขึ้นเอง หาได้มีบทกฎหมายมาบัญญัติไว้ไม่ และนำมาใช้สำหรับที่ ดินทุกชนิดทั้งที่ ๆ มีใบจองหรือโฉนดตราแดงออกแล้วและที่ ๆ เจ้าของถือมือเปล่า^(๒) แต่การได้มาทางอายุความนี้จะมีผลอย่างไร เป็นปัญหาที่ควรพินิจพิจารณาเพราะผู้ครอบ ครองที่ดินซึ่งเจ้าของเดิมมีใบจอง หรือโฉนดตราแดงเมื่อพ้นอายุ ๑๐ ปีแล้วย่อมไม่สามารถ ได้สิทธิในที่ดินเช่นเดียวกับเจ้าของเดิม เพราะเป็นเพียงเจ้าของมือเปล่า คงได้แต่กรรมสิทธิ์ “น้อย” ฉะนั้นสำหรับที่ ๆ ออกโฉนดตราแดงแล้ว การครอบครองเพื่อสู่กรรมสิทธิ์ต้อง กินเวลานานจนถึง ๑๐ ปีจึงจะเกิดผล แต่เมื่อผู้ครอบครองเป็นเจ้าของแล้วหากละทิ้งที่ ไปเพียง ๑ ปีก็ต้องขาดกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นการนำประหลาดอยู่บ้าง แต่ก็เป็นการถูกต้อง ตามหลักกฎหมาย

๓๒. เมื่อเข้ามาใช้ระบอบโฉนดแผนที่ ปัญหานั้นยุ่งยากกว่าอีก เพราะตาม ระบอบทอแรนส์อันแท้จริง การครอบครองไม่อาจนำมาซึ่งกรรมสิทธิ์ได้ ทั้งเจ้าของไม่ อาจอ้างเป็นข้อพิพาทกรรมสิทธิ์ด้วย แต่ตามระบอบนี้ผู้ใดจะหาว่าเป็นเจ้าของ ต้องมี ชื่อปรากฏอยู่ในหนังสือสำคัญ ส่วนประเทศไทยตามประกาศ ร.ศ. ๑๒๐ และพระราช บัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ ไม่กล่าวถึงข้อนี้เลย จึงเป็นปัญหาที่ยังขบขันไม่แตก แต่ฝ่ายศาลยัง วินิจฉัยไปอย่างล่อย ๆ ว่า แม้ที่ดินที่ออกโฉนดแล้วผู้ที่เข้าครอบครองพื้น ๑๐ ปีก็ย่อมได้ กรรมสิทธิ์ แต่กรรมสิทธิ์ที่ได้ทางครอบครองนั้นจะเป็นกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. ๑๒๗ ก็หาไม่ได้ เพราะเป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่า แต่เมื่อศาลได้ชี้ขาดว่าเป็นผู้ถือ กรรมสิทธิ์แล้ว ก็มีแต่จะขอให้ทางการเปลี่ยนชื่อเจ้าของในหน้าโฉนดจึงจะได้กรรมสิทธิ์ “หลวง”

(๑) มีคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ลงวันศุกร์ เดือน ๑๑ แรม ๑๓ ค่ำ ปีชวด โทศก (ตรงกับ วันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๔๒๐) ลงในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๕ (๑๒๔๐) หน้า ๓๙๔ วินิจฉัยตามทำนองที่ให้ กรรมสิทธิ์แก่ผู้ได้เข้าครอบครองที่เป็นเวลานาน (ในคดีนั้นผู้ได้กรรมสิทธิ์เข้าครอบครองนานเกิน ๓๐ ปี และที่พิพาทเป็นที่ ๆ มีโรงเรือนปลูกอยู่ ฉะนั้นจึงเป็นชนิดที่ดินที่ไม่ออกใบจองหรือตราแดง)

(๒) ให้ดูฎีกาที่ ๘๑/๑๑๘ เป็นต้น

จนกระทั่งถึงเวลาที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การได้กรรมสิทธิ์ทางอายุความ ประปนข้ามซ้อนกันอยู่กับการขาดกรรมสิทธิ์โดยละทิ้ง จนเป็นเหตุให้ระยะเวลาของการครอบครองเพื่อได้กรรมสิทธิ์นั้น ตามตำราและคำสอนของอาจารย์ผู้แต่งไว้มีหลายอย่างสั้นหรือยาว ตามชนิดของหนังสือสำคัญที่ออกให้แก่เจ้าของเดิม (๑)

๙๓. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แยกการขาดสิทธิโดยอายุความ ออกจากการได้มาทางอายุความอย่างชัดเจน โดยมีมาตรา ๑๓๕๒ บัญญัติให้ที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์แก่บุคคลที่ครอบครองไว้โดยความสงบและเปิดเผยติดต่อกันเป็นเวลา ๑๐ ปี แต่ผู้ครอบครองจะได้กรรมสิทธิ์ชนิดใดนั้นยังเป็นปัญหาอยู่เช่นเดิม ในข้อนี้จะต้องพึงถึงถึงข้อที่มีระบอบที่ดินสองระบอบ อันเนื่องจากการรับใช้โฉนดแผนที่ ถ้าที่ ๆ มีผู้ครอบครองอยู่ในจังหวัด ที่ใช้พระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. ๑๒๗ การครอบครองจะนำไปสู่แดนแห่งกรรมสิทธิ์ “หลวง” ได้ แต่ผู้ครอบครองต้องจัดการให้ตนมีชื่ออยู่ในโฉนดถ้าที่ดินตั้งอยู่ในจังหวัดที่กฎหมายเรื่องโฉนดใช้ไม่ถึง ผู้ครอบครองต้องได้กรรมสิทธิ์ตามมาตรา ๑๓๕๒ นั้น แต่โดยเหตุที่ผู้ครอบครองไม่สามารถที่จะได้โฉนดแผนที่ก็คงได้แต่กรรมสิทธิ์ “น้อย” ตามที่ได้พรหมามาแล้ว ข้อวิจารณ์นี้ทำให้เข้าใจได้ถึงการขัดกันระหว่างคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งบางฉบับยอมให้กรรมสิทธิ์แก่ผู้ครอบครองนานเกิน ๑๐ ปี แต่บางฉบับถือว่าเป็นแต่ผู้ครอบครองหรือมีแต่สิทธิครอบครองตามกฎหมายทั้งนี้ก็เพราะต่างใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ตามความอันต่างกัน โดยหมายความว่าสิทธิของผู้ถือโฉนดโดยเฉพาะ หรือเกินความถึงสิทธิของเจ้าของตามกฎหมายเก่าด้วย (๒)

ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ ๖ พ.ศ. ๒๔๗๙ ผลแห่งการครอบครองตามที่บรรยายมานี้ ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรนั้น เป็นปัญหานอกขอบเขตแห่งคำสอนนี้ จึงจะได้ยุติแต่เพียงนี้.

(๑) ให้ดูคำอธิบายของหลวงวรราช หน้า ๑๔๕-๑๔๖ และคำอธิบายของพระยาพิภราภมา หน้า ๒๕๔-๒๕๖ ความจริงผู้แต่งตำราสองท่านนี้ไม่รู้เรื่องการได้มาทางอายุความ รู้แต่การขาดสิทธิทางอายุความ คำพิพากษาของศาลหลายฉบับก็วินิจฉัยตามนัยทั้งสองปะปนกันโดยชี้ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของเดิมไม่ฟ้องผู้เข้ามาครอบครองโดยปรักภัยในอายุความ กับทั้งชี้ว่า ผู้ครอบครองได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินเพราะครอบครองตามกำหนดอายุความด้วยอีกโสดหนึ่ง ในข้อนี้นักศึกษาคควรอ่านคำสอนของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เรื่องทรัพย์สิน ตั้งแต่หน้า ๖๗๕ ไปพร้อมด้วยฎีกาต่าง ๆ ที่อ้างในคำสอนนี้

(๒) ให้ดูเชิงอรรถของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ในฎีกาที่ ๒๔๔/๒๔๘๐ และฎีกาต่าง ๆ ที่อ้างไว้ด้วย ธรรมสารเล่ม ๒๑ หน้า ๑๔๕-๑๔๗

ROBERT LINGAT*

Life

Born at Charleville (Ardennes) in 1892.

Diplôme of the École des Langues Orientales Vivantes, Paris, 1919.

Doctorate in Law (with the Paul Deschanel Prize), Paris, 1932.

Legal Adviser, Bangkok, 1925–1940.

Lecturer in the History of Siamese Law at the University of Moral and Political Sciences, Bangkok, 1935–1939.

Professor in the Faculty of Law of Indo-China, 1941–1955.

'Conseiller légiste' (Law Member) to the Government of Cambodia. 1945.

'Directeur d'études' (Professor) at the École Pratique des Hautes Études (Section 6), Sorbonne, Paris, 1961—

Died at Paris, 7 May, 1972.

Works

1. *Buddhism*

La vie religieuse du roi Mongkut, *J.S.S.*, 20 (1926), 129–48.

History of Wat Saket, *J.S.S.*, 23 (1930), 125–34.

History of Wat Mahādhātu, *J.S.S.*, 24 (1930), 1–27.

History of Wat Pavaraniveça, *J.S.S.*, 26 (1933), 73–102.

Le culte du Bouddha d'éreeraude, *J.S.S.*, 27 (1934), 9–38.

La double crise de l'Église bouddhique au Siam (1767–1851), *Cahiers d'histoire mondiale*, 4/2 (Neuchatel) (1958), 402–425.

Le Wat Rājapratīṣṭha, *Artibus Asiae, Felicitation Volume*, 24 (Ascona, 1961), 314–23.

Les suicides religieux au Siam, *Felicitacion Volumes of Southeast-Asian Studies*, I (Bangkok, 1965), 71–5.

Encore *ayāya saṃbodhim*, à propos de l'inscription gréco-araméenne d'Aśoka, *J.A.*, 255 (1968), 195–8.

2. *History of Siam*

Chronique du Siam. Cent cinquantième anniversaire de Bangkok, *B.E.F.E.O.*, 333 (1933) 536–48.

* จากหนังสือ Robert Lingat, *The Classical Law of India* (Berkeley: University of California Press, 1973).

Les trois Bangkok Recorders, *J.S.S.*, 28 (1935), 203–13.

Une lettre de Véret sur la Révolution siamoise de 1688, *T'oung Pao*, 31 (1935), 330–362.

3. *Siamese Law*

Note sur la revision des lois siamoises en 1805, *J.S.S.*, 23 (1929), 1–9.

L'esclavage privé dans le vieux droit siamois, xi, 395 pp. (Paris, 1931).

La succession des Bhikku (in Siamese), *Pramuon k'adi* (Bangkok) (1932), 633–52.

La responsabilité collective au Siam, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1936, 523–39.

Histoire du droit siamois (droit privé) (in Siamese), 3 vols., 102, 253, and 139 pp. (Bangkok, 1935–40).

Code du 1^{er} règne [de la dynastie de Bangkok], C.S. 1166, 3 vols., (University of Moral and Political Sciences, Bangkok, 1938–39).

Effect de la pabbajjā sur le mariage (in Siamese), 29 pp. (Bangkok, 1939).

Le régime des biens entre époux en Thaïlande, *Rev. Indochinoise juridique et économique* (Hanoi), 1943, 63 pp.

Les Ordalies au Siam, *L'Éducation* (Saigon), 1949, 19 pp.

Les origines du prêt à intérêt au Siam, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1950, 213–35.

La condition des étrangers au Siam au XVII^e siècle, *Recueils de la Société Jean Bodin*, IX, *L'Étranger* (Brussels, 1958), 255–66.

Le statut de la femme au Siam, *Recueils de la Société Jean Bodin*, XI, *La Femme* (Brussels, 1959), 275–92.

Le délit de voisinage maléfique dans le vieux droit siamois, *J.A.*, 249 (1961), 63–84.

La preuve dans l'ancien droit siamois, *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVIII, *La Preuve* (Brussels, 1964), 397–418.

Siam (Thaïlande), In J. Gilissen, ed., *Introduction Bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique (Bibliographical Introduction to Legal History and Ethnology)*, Sec. E/9 (Brussels, 1965), 17 pp.

4. *Indochinese Law*

Vinaya et droit laïque, *B.E.F.E.O.*, 37 (1937), 415–76.

Evolution of the conception of Law in Burma and Siam, *J.S.S.*, 38 (1950), 8–31.

La conception du droit dans l'Indochine hinayâniste, *B.E.F.E.O.*, 44 (1951), 163–87.

Les régimes matrimoniaux du Sud-Est de l'Asie. Essai de droit comparé indochinois. Tome I, Les régimes traditionnels. 176 pp. (Paris, 1952); *Tome II, Les droits codifiés,* 195 pp. (Paris, 1965).

Pour un droit comparé indochinois, 14 pp. (Saigon, 1955).

5. Hindu Law

L'influence hindoue dans l'ancien droit siamois. In R. Lingat and Denise Paulme, *Conférences 1936. Études de sociologie et d'ethnologie juridiques, pub. sous la direction de René Maunier . . .* 25 (Paris, 1937), 1–29.

L'influence juridique de l'Inde au Champa et au Cambodge d'après l'épigraphie, *J.A.*, 237 (1949), 273–90.

The Buddhist Manu or the Propagation of Hindu law in Hinayanist Indochina, *Annals of the Bhandarkar Oriental Research Institute*, 30 (1949) (appeared in 1950), 284–97.

Dharma et temps, à propos de Manu, 185–86, *J.A.*, 249 (1961), 487–95; in English under the title 'Time and the Dharma', *Contributions to Indian Sociology*, 6 (The Hague) (1962), 7–16.

Les quatre pieds du procès, *J.A.*, 250 (1962), 489–503.

Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde, 323 pp. (The Hague, 1967).

6. Book Reviews

Reviews appeared in *J.S.S.*, *B.E.F.E.O.*, *J.A.*, *Rev. hist. de droit*, *T'oung Pao*, *Recueil de jurisprudence Penant, and Artibus Asiae.*

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่าด้วยศาล และวิธีพิจารณา

โดย

อาจารย์ ร. แลงกาต*

ข้าพเจ้ารู้สึกเป็นเกียรติยศ ที่ผู้รักษาการแทนผู้ประสานการมหาวิทยาลัยวิชา
ธรรมศาสตร์และการเมือง** ได้เชิญข้าพเจ้ามาแสดงปาฐกถาต่อท่าน ข้าพเจ้าได้รับตอบ
ด้วยความเต็มใจ ด้วยข้าพเจ้าเคยหนึ่งเป็นผู้สอนในมหาวิทยาลัยนี้เอง การที่มาแสดง
ปาฐกถาในวันนี้จึงเป็นการฟื้นฟูความสัมพันธ์ที่เคยมีระหว่างตัวข้าพเจ้าและมหาวิทยาลัย
ให้แน่นแฟ้นขึ้นอีก ในกาลครั้งก่อนนั้นข้าพเจ้าเคยสอนเป็นภาษาไทย คราวนี้จึงใช้
ภาษาไทยเหมือนกัน โดยหวังในความกรุณาของท่านผู้มาฟัง ด้วยข้าพเจ้าไม่มีโอกาสพูด
ภาษาไทยเสียมานานหลายปีมาแล้ว เกรงว่าข้าพเจ้าจะลืมการออกเสียงและลำดับถ้อยคำ
เสียบ้าง พูดล้นติดเพดานเสียงออกไม่ชัดทำให้หูของท่านเสีย ข้าพเจ้าขอให้ท่านมีความ
เอ็นดูยกโทษข้าพเจ้าโดยเห็นแก่ความตั้งใจดีของข้าพเจ้าด้วย

คำสอนของข้าพเจ้าในครั้งก่อนนั้น ว่าด้วยประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ปาฐกถาที่
จะแสดงวันนี้จึงเห็นว่าควรเล่าเรื่องประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเหมือนกัน เพราะข้าพเจ้า
ยังรู้สึกเสียใจที่ไม่ได้มีโอกาสดำเนินคำสอนต่อไปให้สิ้นเชิง แต่ต้องเลิกทำงานเมื่อเพิ่งก่อ
สร้างปลูกตึกไม่ทันมีหลังคาป้องกัน ด้วยข้าพเจ้ายังคิดเห็นว่ากฎหมายเก่าของไทยนั้นเป็น
สิ่งสมควรที่จะได้รับความเอาใจใส่ของนักประวัติศาสตร์กฎหมาย ไม่จะเพาะในประเทศนี้
แต่ในนอกประเทศด้วย ทั้งนี้ก็เพราะความรักกฎหมายเก่านอกจากเป็นเหตุให้เข้าใจกฎ
หมายปัจจุบันได้ดีขึ้น ยังเกี่ยวข้องเป็นหลักฐานสำคัญในเรื่องอารยธรรมของประเทศ จึง

*ปาฐกถาแสดงที่มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ณ วันที่ ๑๔ สิงหาคม พ.ศ.
๒๔๙๓ พิมพ์ในนิติสาร ปีที่ ๒๑ เล่มที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๙๓ บรรณาธิการขอขอบคุณ คุณ
อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล ที่ช่วยค้นบทความนี้ให้ในการพิมพ์ครั้งนี้

**ศาสตราจารย์เดือน บุญนา รักษาการแทนตั้งแต่วันที่ ๑๙ สิงหาคม ๒๔๙๒ หลวงวิจิตร-
วาทการได้รับแต่งตั้งให้รักษาการแทนระหว่าง ๑๔ สิงหาคม ๒๔๙๓ ถึง ๕ เมษายน ๒๔๙๔

เป็นเครื่องบันทึกลงให้เข้าใจความคิดความเห็นลัทธิธรรมเนียม ในโบราณกาล ให้ดีขึ้นด้วย ในข้อนี้กฎหมายเก่าของไทยจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง เพราะแสดงระบอบกฎหมายซึ่งมีลักษณะพิเศษผิดกับระบอบกฎหมายที่พวกนักประวัติศาสตร์ในยุโรปเคยศึกษารู้อันหนึ่ง จริงอยู่คัมภีร์พระธรรมศาสตร์อันเป็นหลักกฎหมายเก่านั้น ได้รับอิทธิพลกฎหมายฮินดูเป็นอันมาก แต่นี่หาหมายควมว่าบทบัญญัติกฎหมายไทยมาจากกฎหมายฮินดูไม่ ด้วยพระธรรมศาสตร์เป็นแต่หนังสือแสดงวิธีเรียงบทกฎหมาย เป็นลักษณะๆ และวางข้อบันทึกลงเท่านั้น เหมือนหนึ่งว่าเป็นกระสอบเปล่าที่ต้องใส่เข้าของหรือพืชพันธุ์บรรจไปแล้ว จึงมีประโยชน์ หากไม่มีเข้าของอะไรก็ไม่มีความค่าแต่อย่างใด ของบรรจุนั้นคือบทบัญญัติในจารีตประเพณีเดิมของไทย และพระราชกำหนดที่พระเจ้าแผ่นดินทรงพระราชบัญญัติตามทำนองพระธรรมศาสตร์ กฎหมายเก่าของไทยถึงแม้ว่าตั้งเรียงเรียงตามลำดับชั้นฐานพระธรรมศาสตร์ก็ดี แต่เป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อความเป็นไทยอย่างแท้จริง ฉะนั้นการศึกษากฎหมายเก่าจึงบันทึกลงให้มีความรู้ในทางจารีตประเพณีและอารยธรรมของไทยโดยตรง นอกจากนั้น ชนชาติไทยมีอุปนิสัยเป็นคนฉลาดในการประสานประโยชน์ ตามที่สมเด็จพระยาจ่างฯ ทรงแสดงไว้อย่างชัดเจนในหนังสือพระนิพนธ์ของพระองค์ คือ คนชาติไทยฉลาดในการรับประโยชน์จากอารยธรรมของชาติอื่น เมื่อแลเห็นคุณประโยชน์ในความประพฤติที่มีความนิยมปฏิบัติตาม แต่เปลี่ยนแปลงตามสมควรให้เหมาะสมแก่ความต้องการของตน จนการประพฤตินี้กลายเป็นของไทยรวมเข้ากับจารีตประเพณีเดิม ด้วยอาศัยอุปนิสัยนี้ เมื่อชนชาติไทยได้รับบทบัญญัติในกฎหมายฮินดู หรือกฎหมายรามัญมาใช้เป็นกฎหมายของตน จึงไม่เอามาใช้ตามที่เป็นอย่างที่เดียว แต่มักจะซ่อมแซมแก้ไขให้สมกับลัทธิธรรมเนียมและวิธีปกครองของไทยแบบมูลเดิม กฎหมายจึงมาจากกฎหมายฮินดูก็จริง แต่เจริญเติบโตด้วยความเพียร พยายาม และความชำนาญของไทย

ที่ข้าพเจ้ากล่าวมานี้สังเกตได้ในกฎหมายเก่าทุกลักษณะ แต่เห็นว่าปรากฏชัดแจ้งเป็นพิเศษจะเพาะกฎหมายว่าด้วยศาลและวิธีพิจารณา เรื่องวิธีพิจารณาความตามกฎหมายเก่านั้น เห็นได้ตามคำที่ใช้เพื่อเรียกนามพะยานประเภทต่าง ๆ หรือเพื่อเรียกข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ชะเนิดต่าง ๆ นั้นมาจากพระธรรมศาสตร์โดยตรง เพราะเป็นคำภาษามคธทั้งปวง แต่เมื่อตรวจดูตำราเรื่องวิธีพิจารณาที่ใช้ในประเทศฮินดูหรือพะมาเก่า ก็ไม่พบวิธีพิจารณาตามอย่างที่ใช้ในกฎหมายไทย ทั้งนี้ก็เพราะชนชาติไทยประสานบทบัญญัติในกฎหมายฮินดูหรือกฎหมายรามัญกับกฎหมายเดิมของไทยให้รวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

บทกฎหมายเก่าซึ่งเกี่ยวกับศาลและการพิจารณาความมีมากมายในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ขั้นต้นมีกฎหมายใหญ่ลักษณะต่าง ๆ เช่น พระธรรมนูญ พระอัยการลักษณะรับฟ้อง พระอัยการลักษณะพยาน กฎหมายพิสูจน์จำนำลู่เพลิง พระอัยการลักษณะตระลาการ พระอัยการลักษณะอุทธรณ์ ตามคำปรารภคำแนะนำในกฎหมายฉบับนั้นได้ความว่าเป็นกฎหมายที่ส่วนมากประกาศในตอนต้นสมัยอยุธยา จึงเป็นกฎหมายอันเก่าแก่ที่สุดในชุดกฎหมายกรุงเก่า อนึ่ง ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลหรือการพิจารณาในกฎ ๖ ข้อ และในพระราชกำหนดเก่าซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ทั้งมีหนังสือกฎหมายลิลิตเป็นตำราเขียนโดยสังเขปที่แต่งไว้รัชกาลที่ ๑ ก่อนประมวลกฎหมาย ๓ ปี กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงให้พิมพ์ไว้ร่วมกับกฎหมายเก่า และมีหนังสือดุชฎีสังเวยกเล่มกลมงมหาวินิจฉัยเกร์ พระยาบำเรอบริรักษ์และกรมหมื่นวิฑิตชิโนรสทรงแต่งในรัชกาลที่ ๓ นอกจากนี้เราแสวงหาความรู้ได้จากหนังสือที่คนต่างประเทศแต่งไว้ มีหนังสือของ วันเวเลียต ชาตวิลันดาที่มากรุงเก่าในแผ่นดินสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง และหนังสือ ๒ เล่มของลาลูแบร์ อรรถราชทูตที่พระเจ้าฝรั่งเศสหลุยส์ที่ ๑๔ ส่งมากรุงเก่าในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์ หนังสือ ๒ เล่มนี้สำคัญเพราะ ลาลูแบร์ เป็นนักกฎหมาย จึงสนใจในเรื่องศาลและวิธีพิจารณาความมากกว่าผู้อื่น อนึ่ง เหตุที่ได้ใช้ระบอบศาลและวิธีพิจารณาความเก่าตลอดมา จนถึงตอนต้นรัชกาลที่ ๕ กรุงรัตนโกสินทร์ เราจึงค้นหาความรู้ได้จากสำนวนคดีศาลลูกขุนที่เก็บไว้ในหอสมุดแห่งชาติ

เมื่อข้าพเจ้าต้องอพยพจากประเทศไทยไปอยู่ต่างประเทศนั้น ข้าพเจ้าพิเคราะห์ดูหลักฐานเอกสารต่าง ๆ เหล่านี้ หึ่งอ่านหนังสือที่นักประวัติศาสตร์แต่งเรื่องศาลเก่า มีหนังสืออันเรียกชื่อว่าพระราชดำรัสเป็นอาทิ หนังสืออันเป็นพระราชนิพนธ์ในรัชกาลที่ ๕ จึงเป็นประโยชน์มากในการที่จะให้ความรู้ในระเบียบศาลเก่า และอ่านหนังสือกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงนิพนธ์ คำสอนพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์แสดงในโรงเรียนกฎหมายปี พ.ศ. ๒๔๗๔ พร้อมด้วยหนังสืออังกฤษของทอเรนล (Thornely) และเวลส์ (Wales) และหนังสืออีกหลายเล่มที่ข้าพเจ้าอ่านประกอบ

เมื่ออ่านพิจารณาตลอดแล้ว ข้าพเจ้าก็มีความอาลัยถึงนักศึกษาที่อยู่ประเทศไทย จึงตั้งใจที่จะเขียนหนังสือเรื่องประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่าด้วยศาล และการพิจารณาความ และได้แต่งสมด้วยประสงค์แล้ว เมื่อข้าพเจ้ามีโชคที่ได้มาแสดงปาฐกถาต่อหน้านักศึกษามหาวิทยาลัยในวโรวนี้ จึงเห็นว่าควรแสดงเรื่องนี้ด้วย แต่ข้าพเจ้าไม่มีเวลาอธิบาย

โดยพิศดารตั้งแต่ก่อนจึงจะอธิบายแต่ลักษณะข้อสำคัญโดยจะเพาะ ด้วยหวังใจว่าท่านจะได้ฟังด้วยความพอใจ ซึ่งจะเป็นการชักชวนท่านให้ร่วมมือกับข้าพเจ้าในการเรียนกฎหมายแก่ต่อไป

การอำนวยการยุติธรรม เป็นพระราชภาระอันสำคัญของพระมหากษัตริย์ตามลัทธิธรรมเนียมของไทย เพราะถือกันว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทในระหว่างประชาชนให้ระงับไป พระองค์แต่ผู้เดียวมีอำนาจตัดสินความเด็ดขาด สิทธิและหน้าที่ของพระมหากษัตริย์นี้เห็นได้ชัดเจนตามนิยายเรื่องพระเจ้ามหาสมุทรราช ซึ่งกล่าวโดยย่อในตอนต้นแห่งคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายเก่า ว่าเหตุที่ฝูงชนมนุษย์ชาติทั้งปวงในเด็กดำบรรพมาประชุมพร้อมกัน ตั้งพระมหาบุรุษราชาเจ้านั้นเป็นอธิบดีคือพระมหากษัตริย์นั้น ก็เพราะเกิดการโต้เถียงวิวาทต่อกันและกันเนื่อง ๆ หากมีผู้ใดบังคับบัญชาได้ไม่ จึงเลือกตั้งพระมหาสมุทรราชเพื่อพิจารณาพิพากษาความอย่าให้ทุ่มเถียงกันต่อไป ตามความเห็นคนโบราณ การที่พระมหากษัตริย์ให้มีอำนาจสมบูรณ์นั้น ก็เนื่องด้วยความจำเป็นที่ต้องมีผู้ใหญ่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือเพื่ออำนวยการยุติธรรม

แม้แต่สมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี ปรากฏว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงใฝ่พระราชหฤทัยในการพิจารณาคดี ตามศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมีตอนหนึ่งซึ่งนักประวัติศาสตร์มักกล่าวอ้างบ่อย ๆ เพราะแสดงวิธีปกครองบ้านเมืองในสมัยนั้นอย่างถ่องแท้ ท่านจึงคงจำได้ คือตอนที่ว่า “ถ้าไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนผิดแพกแสกว้างกัน (พระองค์) ใต้สวนดูแท้แลจริงแล้งความแก่เขาด้วยข้อ บ่อเข้าผู้ลัก” และอีกตอนหนึ่งว่า “ในปากปตู (วัง) มีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้ นั้น ไพร่ฟ้าหน้าปกกลางบ้านกลางเมืองมีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มันจะกล่าวถึงเจ้าถึงขุน บัรไปสันกระดิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองไต้ยินเรียกเมื่อถามสวนความแก่มันด้วยข้อ” ตามข้อใจความในศิลาจารึกนี้ ได้ความว่าระเบียบซึ่งราษฎรชาวเมืองสุโขทัยมาพึ่งอาศัยพระราชวินิจฉัยนั้นมีสองประเภท คือ ประเภท ๑ คู่ความทั้งสองฝ่ายมาทูลเล่าเหตุการณ์ที่วิวาทกัน และพระราชวินิจฉัยตัดสินความตามเท็จและจริง และอีกประการหนึ่งก็คือ ผู้รับทุกข์ผู้เสียหายแต่ฝ่ายเดียวมาร้องฟ้องต่อพระเจ้าแผ่นดิน กล่าวโทษผู้ทำร้ายหรือผู้ทำความเสียหาย ระเบียบประเภทที่ ๒ นี้ เป็นที่เรียกกันในสมัยกรุงศรีอยุธยาว่าถวายฎีกา และใช้ตลอดสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ จนตอนกลางรัชกาลที่ ๕ จึงเป็นระเบียบที่มีอายุยืนนาน แต่เป็นการฟ้องพิงเศษที่ใช้กันแต่ต่อเมื่อไม่มีทางอื่นเพื่ออำนวยการยุติธรรม ส่วนระเบียบประเภทที่ ๑ ที่คู่ความมาร้องฟ้อง

ต่อพระเจ้าแผ่นดินทั้งสองฝ่ายนั้น เป็นระเบียบธรรมดา แต่ติดกับประเภทที่ ๒ โดยมีได้ใช้กันนาน แต่เลิกใช้เสียในไม่ช้า หรือเปลี่ยนมาเป็นร้องฟ้องต่อศาล

ในสมัยกรุงสุโขทัย น่าเชื่อได้ว่า อรรถคดีที่ประชาชนกล่าวหากันมีแต่น้อย เพราะในสมัยนั้นสภาพสมาคมไทยยังดำรงอยู่ตามแบบ patriarchal คือตามแบบที่คบดีเป็นผู้ปกครองครัวเรือน เมื่อมีข้อโต้เถียงขึ้นหัวหน้าครอบครัวหรือผู้เฒ่าผู้แก่ยอมเข้ามาจัดการชำระข้อพิพาทให้ปรองดองกัน มีแต่ข้อโต้เถียงใหญ่ ซึ่งเกินอำนาจหัวหน้าครอบครัวหรือผู้เฒ่าผู้แก่เท่านั้นที่ไปกล่าวต่อพระมหากษัตริย์

แต่เมื่อถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา การร้องฟ้องกล่าวหากันเช่นนั้นเกิดมีมากขึ้น เนื่องจากการที่ลักษณะการปกครองเปลี่ยนแปลงจากแบบคบดีเป็นแบบ aristocratique คือแบบที่พระมหากษัตริย์ทรงอำนาจสมบูรณ์ อำนาจหัวหน้าครอบครัวจึงลดน้อยลง และหัวหน้าทางการเมืองรับอำนาจมากยิ่งขึ้น ผู้เฒ่าผู้แก่เลิกไม่เกี่ยวข้องในระหว่างคู่ความให้ตกลงกันโดยปราณีประณอมดั้งเดิม ฝ่ายหัวหน้าทางการเมือง เช่นมูลนายเป็นต้น ไม่ได้รับหน้าที่เป็นคนกลางตัดสินความแทนหัวหน้าครอบครัว เพราะชาวเมืองไม่ไว้วางใจไม่เชื่อใจ แต่กลัวว่ามูลนายจะใช้อำนาจของตนในทางที่เสื่อมยศติชธรรม เพราะฉะนั้นตามกฎหมายเก่าปรากฏว่า มูลนายเป็นแต่ผู้ติดต่อระหว่างประชาชนและศาล เช่นเป็นผู้รับหนังสือฟ้องจากราชกรรส่งให้ศาล หรือมีหน้าที่จับกุมส่งราชกรรที่ถูกละเมิดให้ไปขึ้นศาลเป็นต้น แต่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีแม้แต่น้อย

อนึ่ง พระราชนโยบายในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นปัจจัยให้มีพระราชภาระกิจเรื่องการตัดสินความของราชกรรเพิ่มเติมยิ่งขึ้นมากกว่าแต่ก่อน เพราะมีพระราชประสงค์ให้ประชาชนเลิกทำการแก้แค้นซึ่งกันและกันตามประเพณีเดิม และห้ามปรามมิให้ผู้เสียหายบังคับผู้ทำผิดให้เสียค่าทำขวัญโดยผลการตนเอง ในกฎหมายเก่ามีบทบัญญัติมากมายวางโทษสถานหนักแก่ผู้อ้างว่าเสียศักดิ์หรือเป็นคนมั่งมีถือว่าอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ยื่นฟ้องต่อศาล แต่ตัดสินเองและลงโทษแก่ผู้ทำผิดด้วยอำนาจกำลังของตนเอง เรื่องนี้ข้าพเจ้าเคยพรรณนาโดยพิสดารในเรื่องคำสอนเรื่องละเมิดจึงไม่จำเป็นต้องอธิบายอีกทีหนึ่ง ยิ่งกว่านั้นในเมื่อกรณีที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นเหตุสำคัญ กฎหมายในกรุงศรีอยุธยาบัญญัติห้ามมิให้คู่กรณีตกลงนอกศาลยอมกันได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นถึงแม้ว่าคู่ความไม่ยอมกว่ากล่าวก็ตามต้องยื่นฟ้องให้ศาลพิจารณาตัดสินทุกเรื่อง ที่บัญญัติดังนี้ก็เพราะแต่ต้นสมัยกรุงศรีอยุธยากรุงศรีถือว่ามิดคดีหลายเรื่อง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิด แต่ยังคงเกี่ยวข้องกับการเมืองด้วย

เช่น กรณีละเมิด เป็นต้น เพราะกรณีละเมิดนอกจากที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล ก็ยังทำให้ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองถูกรบกวนกระทบกระเทือนด้วย นอกจากนี้คำวินิจฉัยบทแห่งที่ใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ควรระลึกถึงการปราบปรามคือการลงโทษอาญาที่พระมหากษัตริย์มีหน้าที่กำหนดไว้เพื่อประโยชน์แห่งราชฎาทัวไป เมื่อมีความรู้สึกเช่นนั้นก็มีทางที่จะดำเนินตามหน้าที่ปราบปรามนี้แต่ทางเดียว คือบังคับให้ผู้ถูกละเมิดให้ยื่นคำร้องทุกข์ฟ้องศาลให้ศาลพิจารณาคัดสิน และตัดสิทธิคุ้มครองมิให้ทำการยื่นขอมนนอกศาล โดยเหตุเหล่านี้บรรดาคดีในสมัยกรุงศรีอยุธยาคงมีมากขึ้น ทั้งย่อมเกิดข้อพิพาทใหม่ยุ่งยากมากกว่าครั้งสมัยสุโขทัย

เมื่อการเป็นอยู่ดังนี้ ก็เป็นการเหลือกำลังที่พระเจ้าแผ่นดินองค์เดียวจะพิพากษาความทั้งปวง จึงอยู่ประชาชนมีโอกาสทูลถวายฎีกาได้ตั้งเดิมตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา ฉะนั้นยังมีคดีที่พระมหากษัตริย์ทรงวินิจฉัยตัดสินเอง แต่สิทธิของประชาชนที่จะถวายฎีกานั้นถูกข้อจำกัดต่าง ๆ จึงเป็นการพิจารณาพิเศษที่ใช้ได้เฉพาะความสำคัญ ส่วนบรรดาคดีธรรมดาพระมหากษัตริย์เลิกพิจารณาเอง และตั้งขุนนางมนตรีหรือราชบัณฑิตเป็นผู้พิจารณาพิพากษาความของราชฎาทนพระองค์ ตามใจความในคำปรารภแห่งกฎหมายเก่าบางฉบับที่ออกประกาศในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ คือผู้สถาปนากรุงศรีอยุธยา มีกฎพระอัยการลักพาและพระอัยการลักขณะโจร เป็นต้น แสดงให้เห็นว่าการโอนพระราชภารกิจให้ขุนนางตัดสินความแทนพระองค์นั้น เคยมีไว้เป็นปกติแล้วแต่ตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา จึงน่าเชื่อได้ว่าเป็นธรรมเนียมที่รับสืบมาจากสมัยก่อน คือสมัยอุทองเป็นราชธานี ตามคำปรารภนั้นปรากฏว่าอำนาจของผู้พิพากษาคั้งแรกมีขอบเขตอันคับแคบมาก เพราะหากว่าคดีมีข้อที่วินิจฉัยได้ยากแม้แต่น้อยก็ต้องทูลขอให้พระเจ้าแผ่นดินทรงวินิจฉัย ตามเหตุการณ์ที่ว่าในคำปรารภนั้นเห็นได้ว่า แม้เรื่องที่ทูลขอพระราชวินิจฉัยนั้นเป็นเรื่องเล็กน้อยที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของบุคคลโดยจะเฉพาะก็ตาม แต่พระองค์ก็ทรงฝักใฝ่พิเคราะห์ปัญหาหาคุเดียวกัน ในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์จึงกำกับการพิจารณาความโดยตัวนั้ และมีโอกาสตัดสินเองบ่อย ๆ การที่ผู้พิพากษาคั้งแรกมีอำนาจน้อยดังกล่าวนั้นเห็นได้ชัดตามคำปรารภในพระอัยการลักขณะระลอกแรก ที่ประกาศไว้ในปีวอก พ.ศ. ๑๙๐๐ ด้วยปรากฏว่าประชาชนไม่เชื่อฟังตามคำพิพากษาของขุนนาง และถือกันว่าไม่มีน้ำหนัก สมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ จึงมีพระราชโองการให้ประชาชนปฏิบัติคำพิพากษาของเจ้าหน้าที่

เมื่อผู้พิพากษามาทูลขอพระราชวินิจฉัยเรื่องข้อยาก ในคดีความที่กำลังพิจารณาอยู่นั้น พระเจ้าแผ่นดินย่อมปรึกษาหารือกับมนตรีผู้อยู่ใกล้ชิดพระองค์และช่วยพระองค์ในการแผ่นดิน บางทีพระองค์ทรงพระราชวินิจฉัยตัดสินปัญหาพร้อมด้วยพวกมนตรีนั้น ครั้งเดิมพระราชมนตรีสำคัญ คือเจ้ากระทรวง ๔ กระทรวง ๆ เมือง กระทรวงวัง กระทรวงคลัง และกระทรวงนา ที่รวมเรียกว่าจตุสดมภ์ คือหลักทั้ง ๔ กระทรวงทั้ง ๔ นั้นตั้งขึ้นแต่สมัยอยู่ทองเป็นราชธานีและยังเป็นทบวงการแผนกใหญ่ ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา ตามธรรมดาพระเจ้าแผ่นดินนำปัญหาเกี่ยวกับบ้านเมือง รวมทั้งข้อเถียงที่เกิดขึ้นในศาลด้วย ให้เจ้ากระทรวงทั้ง ๔ นั้นประชุมปรึกษาออกความเห็น คำวินิจฉัยของจตุสดมภ์นั้น เดิมนับว่าเป็นแต่คำปรึกษา ส่วนคำพิพากษาคัดสิน พระองค์เองเป็นผู้ตัดสินเด็ดขาด แต่ตามคำปรารภในพระอัยการลักษณะตระลาการปีวอก ๑๙๐๐ ตอนปลายส่อให้เห็นว่า แม้ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยา จตุสดมภ์ได้รับอำนาจพิจารณาตัดสินความเพราะมีบทบัญญัติว่า “ถ้าความนั้นข้องขัดจะพิพากษาบังคับบัญชายากไซ้รับให้ขุนการชุมนุมจตุสดมภ์ให้ช่วยว่า ถ้าพิพากษามีได้ให้ออกราบบังคมทูลพระพุทธรเจ้าอยู่หัวจะตรัสเอง” บทบัญญัตินี้ ซึ่งน่าจะเชื่อได้ว่าเป็นบทเก่าจริง แสดงให้เห็นความก้าวหน้าในการที่ศาลจะได้รับอำนาจตัดสินความโดยตรงเพราะได้ความว่า ประการ ๑ พระมหากษัตริย์จะมากเกี่ยวข้องในอรรถคดีแต่ในชั้นที่ ๒ คือเมื่อมีข้อยุ่งยากจริง ซึ่งเจ้ากระทรวงทั้ง ๔ ไม่สามารถคิดแก้ไขได้เท่านั้น พระมหากษัตริย์จึงจะเป็นผู้พิพากษาคัดสินความเอง แต่ในคดีธรรมดาที่ไม่มีปัญหายากก็โอนพระราชภาระตัดสินให้พนักงานเป็นผู้พิพากษาเอง ฉะนั้นเป็นก้าวหนึ่งในทางที่พระองค์จะได้ปลดเปลื้องพระราชภาระกิจนี้โดยสิ้นเชิง และตั้งศาลมาตัดสินความแทนพระองค์ ประการที่ ๒ ตามบทบัญญัติที่อ้างนั้น ได้ความว่าเจ้ากระทรวงทั้ง ๔ ได้รับอำนาจพิจารณาตัดสินความโดยทั่วไป นอกแลเห็นอผู้พิพากษาชั้นต้นซึ่งมีอำนาจจะเพาะอรรถคดีบางประการ และบางทีมีอำนาจจะเพาะเรื่องหนึ่ง ๆ จตุสดมภ์จึงประกอบขึ้นด้วยลักษณะเป็นศาล แต่อำนาจในข้อนี้ยังมีขอบเขตจำกัดแคบมาก เพราะมีหน้าที่สำคัญจะเพาะในอันที่จะคัดเลือกเอาข้อพิพาทอันควรทูลขอพระราชวินิจฉัย และในอันที่จะช่วยเหลือพนักงานผู้รับสั่งให้พิจารณาความเท่านั้น แต่อำนาจจตุสดมภ์ในเวลาต่อมาจำเป็นต้องขยายให้มากขึ้น เพราะเจ้ากระทรวงทั้ง ๔ คงได้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในการพิเคราะห์ดูความและแต่งคำพิพากษา ทั้งจตุสดมภ์เป็นศาลถาวรศาลเดียว คำวินิจฉัยคงมีน้ำหนักมาก ส่วนผู้พิจารณาคดีชั้นต้นต้องเชื่อฟังเสมอจึงกลายมาเป็นแต่ผู้ไต่สวน ข้อความในบทบัญญัติพระอัยการในลักษณะตระลาการนั้นจึงอาจเป็นเค้าเงื่อนแห่งระบอบศาลในสมัยต่อมา

มาถึง แผ่นดินสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถมีการแก้ไขในวิธีปกครองบ้านเมือง จตุสดมภ์ได้รับความเปลี่ยนแปลงไปน้อยมาก โดยมีกระทรวงและกรมทบวงการตั้งขึ้นใหม่ หนึ่ง พระมหากษัตริย์กรุงศรีอยุธยาแต่นั้นมาเริ่มนิยมเชิญพราหมณ์มารับราชการเพื่อจัดการพระราชพิธี ตามประเพณีแบบอย่างของพระมหากษัตริย์ในประเทศเขมร พราหมณ์นั้น เข้ามาประชุมพร้อมด้วยมนตรีเจ้ากระทรวงราชบัณฑิตที่ร่วมตั้งเป็นราชสภา เดิมมาเชื่อได้ว่าบรรดาสมาชิกในราชสภาอาจมีโอกาสร่วมหารือเรื่องการเมืองแผ่นดิน หรือการวินิจฉัยข้อพิพาทได้สุดแต่พระองค์จะโปรดเรียกมาประชุมในสภา แต่ในกาลต่อมามีการแยกออกเกิดขึ้นในระหว่างผู้เป็นสมาชิกราชสภาด้วยแบ่งออกเป็น ๒ คณะๆ หนึ่ง คือ พวกสมาชิกราชสภาที่มีหน้าที่ใหญ่ในอันที่จะออกคำปรึกษาในการเมือง อีกคณะหนึ่ง คือ พนักงานสมาชิกราชสภาที่มีหน้าที่ใหญ่ในอันที่จะออกคำปรึกษาในการพิจารณาคดี ในคณะหลังนี้ พราหมณ์คงร่วมเข้าเป็นส่วนมาก เพราะเป็นผู้ประพฤติดั้งอยู่ในความสุจริตเที่ยงธรรม ทั้งเป็นผู้ชำนาญในการแปลความในบทพระธรรมศาสตร์ซึ่งมาจากพระคัมภีร์ฮินดู จึงเป็นการธรรมดาที่พราหมณ์นั้น ได้รับตำแหน่งพิจารณาอารรถคดี และมีอิทธิพลเป็นที่เชื่อถือในการวินิจฉัยคดีมากกว่าพนักงานผู้อื่น มาถึงตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาและตอนต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เราจึงสามารถได้ความรู้เรื่อง ฐานะสุดท้ายแห่งวิธีพิจารณาความเก่าโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายที่ชำระสะสางในรัชกาลที่ ๑

สมัยนั้นปรากฏชัดเจนว่าราชสภาแบ่งออกเป็น ๒ คณะ คือ ลูกขุน ๗ ศาลาและลูกขุน ๗ ศาลหลวง คำลูกขุนในที่นี้หมายความว่าผู้พิจารษาราชการตามความหมายเก่าอันใช้กันในสมัยกรุงสุโขทัย คณะแรกคือ ลูกขุน ๗ ศาลานั้นสืบมาจากจตุสดมภ์ ประกอบด้วยเสนาบดีผู้ใหญ่เป็นสมาชิก คือ สมุหนายก พยายมราช พยาคลาโหม พยาธรรมา พยาพลเทพ พระยาคลัง ฯลฯ มีหน้าที่สำคัญคือแสดงความเห็นในการเมืองและการปกครองแผ่นดิน แต่ยังมีหน้าที่เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกธรรมเนียมบางประการเหลืออยู่ เช่น มีหน้าที่รับใบฎีกาที่ราษฎรทูลถวาย เป็นต้น

คณะที่ ๒ คือ ลูกขุน ๗ ศาลหลวง ประกอบด้วยพนักงานที่สังกัดอยู่ในกรมลูกขุน มีพระมหाराชครูมหิธรๆ เป็นเจ้ากรม และส่วนมากเป็นพราหมณ์ คณะที่ ๒ นี้เป็นศาลยุติธรรมอันแท้จริง ด้วยมีหน้าที่พิจารณาความแต่คณะเดียว

นำสันนิษฐานได้ว่า การแบ่งราชสภาออกเป็นลูกขุน ๗ ศาลาและลูกขุน ๗ ศาลหลวงนั้นทำสำเร็จแล้วแต่ในตอนปลายสมัยอยุธยา เพราะในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑

ชุดกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเก่าไม่เคยกล่าวถึงศาลหลวง ทั้งลาดูแบร์อรรถราชทูตพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ไม่กล่าวถึงด้วย แต่ฝ่ายชุดกฎหมายอันมีชื่อว่าพระราชกำหนดเก่าที่ส่วนมากเพิ่งออกประกาศในแผ่นดินตอนปลายแห่งสมัยอยุธยา นั้น กล่าวอ้างถึงศาลหลวงนั้นบ่อย ๆ น่าเชื่อได้ว่าการแบ่งแยกตำแหน่งในกลางราชสภานั้นคงเริ่มมาก่อนหน้านั้น

อนึ่งควรสังเกตว่า เมื่อพระมหากษัตริย์มีพระราชประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายในข้อสำคัญหรือที่จะแก้ปัญหากฎหมาย โดยมากก็ประชุมปรึกษาลูกขุน ณ ศาลา และลูกขุน ณ ศาลหลวงด้วยทั้ง ๒ คณะ แต่ส่วนนอรรถคดีที่เกิดขึ้นในเขตต์พระนครนั้น มาในสมัยนี้ต้องขึ้นศาลหลวงโดยจะเพาะไม่เคยพิจารณาในที่อื่น

บัดนี้ข้าฯ จะไม่พรรณนาเรื่องการศาลและวิธีพิจารณาในตอนปลายสมัยอยุธยาโดยพิศดาร จะอธิบายแต่ลักษณะสำคัญ

เรื่องตำแหน่งศาลและวิธีพิจารณาความนั้น กฎหมายเก่าของประเทศไทยย่อมมีลักษณะทั้งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของประเทศอื่น และทั้งลักษณะที่พบเห็นจะเพาะในกฎหมายเก่าของไทยด้วย จึงสมควรที่นักประวัติศาสตร์พึงตระหนัก ข้อที่เหมือนอย่างกฎหมายเก่าทุกประเทศคือกฎหมายไทยสมัยอยุธยา ไม่แบ่งแยกคดีความออกเป็นคดีแพ่งและคดีอาญา คดีความทั้ง ๒ ชนิดนี้ขึ้นแก่ลูกขุน ณ ศาลหลวงเหมือนกัน และวิธีพิจารณาคดีทั้งสองชนิดนี้ก็ใช้วิธีอันเดียวกัน ทั้งนี้ก็เพราะสมัยเก่านั้นลักษณะแพ่งและลักษณะอาญาจะปะปนซับซ้อนกันอยู่ การฟ้องมุ่งให้ลงโทษจำเลยทุกเรื่อง และฝ่ายตัวโจทก์เองถ้าแพ้ความก็ถูกลงโทษด้วยถึงแม้ว่าคดีแพ่งก็ดี คำว่าแพ่งและอาญานั้นปรากฏใช้ในกฎหมายเก่าแต่ไม่มีความหมายเหมือนเวลาปัจจุบันนี้ ต่อไปความที่เราเรียกว่าความอาญา ในเวลาปัจจุบันนี้ในกฎหมายเก่าเทียบได้กับคดีที่มีชื่อว่าความนครบาล คือความซึ่งกรมนครบาลมีหน้าที่ได้สวนปราบปราม การได้สวนในคดีนครบาลมีลักษณะอันพิเศษอันผิดแปลกไปจากการได้สวนในคดีชนิดอื่น พึ่งกล่าวได้ว่า การแบ่งออกเป็นลักษณะแพ่งและลักษณะอาญานั้นเพิ่งเห็นรูปร่าง ๆ อยู่บ้าง แต่คำชี้ขาดในความนครบาลตกเป็นหน้าที่ของลูกขุน ณ ศาลหลวง เช่นเดียวกับคำชี้ขาดในความอื่น ฉะนั้น ควรถือว่ายังไม่มีการลักษณะอาญาต่างกันกับความลักษณะแพ่งอย่างจริงจัง

กฎหมายเก่าของไทยมีลักษณะอันปรากฏมีอยู่ เหมือนกับในกฎหมายเก่าประเทศอื่น อีกข้อหนึ่งคือไม่มีการฟ้องชั้นอุทธรณ์ตามที่เราเข้าใจ คำว่าอุทธรณ์ในสมัยปัจจุบันเป็นการฟ้องร้องต่อศาลสูงให้ผู้พิพากษาคณะใหม่วินิจฉัยตัดสินคดีอีกครั้งหนึ่ง แต่ตาม

กฎหมายเก่าคำชี้ขาดของลูกขุน (และในหัวเมืองคำพิพากษาของเจ้าเมือง) เป็นคำพิพากษาเด็ดขาด การฟ้องร้องที่เรียกว่าอุทธรณ์ในกฎหมายเก่าหาเป็นการอุทธรณ์ตามที่เข้าใจกันในเวลานี้ไม่ แต่เป็นการฟ้องกล่าวโทษผู้พิจารณาความโดยกล่าวหาว่าผู้พิพากษาความกระทำผิดหน้าที่ ไปเป็นการฟ้องอญาผู้พิพากษาเท่านั้น ส่วนการฟ้องอุทธรณ์ในกฎหมายปัจจุบันมาจากการถวายฎีกา ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันกับฟ้องอุทธรณ์ แต่ไม่เป็นฟ้องอุทธรณ์อันแท้จริง เพราะการถวายฎีกาเป็นการร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์ที่ราษฎรใช้ได้ ในบรรดากรณีที่ถูกพนักงานกดขี่เบียดเบียนไม่จะเพาะแต่ในการพิจารณาคดี จะนั้นตามกฎหมายเก่าคงมีการพิจารณาพิพากษาคดีแต่ชั้นเดียว และมีศาลตัดสินแต่แห่งเดียว คือ ศาลหลวงสำหรับคดีที่เกิดขึ้นในขอบเขตพระมหานคร และศาลเจ้าเมืองสำหรับคดีที่เกิดขึ้นในหัวเมือง

นอกจากลักษณะ ๒ ข้อที่กล่าวมานี้ ซึ่งเป็นลักษณะอันปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าทุกประเทศ กฎหมายเก่าของไทยแสดงลักษณะข้ออื่นด้วย ซึ่งยังไม่เคยพบในกฎหมายเก่าของประเทศอื่น และเป็นลักษณะสำคัญ เพราะเป็นหลักเป็นรากทั้งในระเบียบศาลและการพิจารณาคดี

ลักษณะพิเศษนี้ คือ การแยกแยะงานพิจารณาคดีออกเป็นตำแหน่งต่าง ๆ หลายตำแหน่ง มีหน้าที่พิจารณาคดีตลอดเรื่องคือ รับฟ้อง ฟังคู่ความ และพะยาน ออกคำพิพากษา และบังคับตามคณะผู้พิพากษาพิจารณาคดีแต่ต้นจนปลายคณะเดียว แต่ตามกฎหมายเก่าในตอนปลายกรุงศรีอยุธยาชั้นพิจารณาคความทุกชั้นนี้มีเจ้าหน้าที่พิเศษและต่างกันประจำได้ทุกชั้น

ประการแรกแบ่งเจ้าหน้าที่เป็นตระลาการพวกหนึ่ง และผู้พิพากษาอีกพวกหนึ่ง การแยกนี้เชื่อว่าปรากฏมีขึ้นตั้งแต่สมัยโบราณ เพราะหลักกัณฑ์ภาษซึ่งเป็นคัมภีร์เก่าได้กล่าวอ้างถึงตระลาการมีหน้าที่ได้ส่วน คือ ฟังคู่ความ พะยาน และหลักฐานที่อ้างทั้งสองฝ่าย เมื่อการได้ส่วนสำเร็จแล้วจึงส่งสำนวนให้ผู้พิพากษา ๆ จึงออกคำตัดสิน

คำว่าตระลาการหรือตุลาการนี้มักถือว่ามาจากคำภาษามคธ ตุละและอาการ แปลว่าตั้งตราฐ แต่อาจมาจากคำภาษารามัญ ตลา คำว่าด้วยอีกอย่างหนึ่ง คือคำว่าตลันภาษารามัญหมายความว่าเจ้า ตุลาการจึงแปลว่าเจ้าการหรือเจ้าความ สมด้วยคำขุนการที่ใช้ในกฎหมายเก่าและมีความหมายคล้ายกันครั้งเดิม ตระลาการเป็นชื่อเรียกพนักงานที่รับคำสั่งให้พิจารณาคดี ปรากฏตามคำปรารภในกฎหมายแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ บาง

จะบิบบว่า เช่น พระอัยการลักษณะตระลาการโจร เป็นต้น พระมหากษัตริย์มอบหน้าที่พิจารณาตัดสินความให้ตระลาการเป็นผู้ตัดสิน เว้นไว้แต่จะมีข้อหากปัญหาสำคัญซึ่งตระลาการต้องทูลขอพระราชวินิจฉัย ดังนั้นตระลาการในตอนต้นสมัยอยุธยาจึงเป็นเจ้าความอย่างแท้จริง คือ ผู้พิพากษาที่ได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกแต่มีอำนาจน้อยเต็มที ข้า ๆ อธิบายมาแล้ว ความจริงในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ยังเป็นผู้พิพากษาศาลด้วยถ้าเป็นความสำคัญ หรือมีข้อหากบ่างแม้แต่น้อยก็พินหนันที่และพระองค์ทรงวินิจฉัยคดีเอง แต่ในกาลต่อมาพระองค์ทรงมอบพระราชภาระให้จตุสดมภ์ หรือลูกขุน ณ ศาลหลวงพิจารณาพิพากษาแทนตระลาการจึงยอมเสนอสำนวนความให้จตุสดมภ์หรือลูกขุนเป็นผู้ตัดสิน จนในที่สุดตระลาการเลยกลายเป็นผู้ใต้สว่น ตามที่เห็นได้ชัดแจ้งในตอนปลายสมัยอยุธยาสมัยนั้นตระลาการตั้งเป็นศาลขึ้นแก่ทบวงการต่าง ๆ เช่น ศาลนครบาล ขุนจำเมืองเป็นอธิบดี ขึ้นแก่กระทรวงนครบาล มีอำนาจพิจารณาความเป็นมหันตโทษ เช่น ปล้น ฆ่าคนตาย ลักพา ศาลราช ขุนเทพอาญาเป็นอธิบดี ขึ้นแก่กระทรวงมหาดไทย มีอำนาจพิจารณาความที่เรียกว่า อาญาหรือการกระทำด้วยพละการ ศาลกรมนา ขุนโภชนากรเป็นอธิบดี ขึ้นกระทรวงเกษตรพิจารณาตามเรื่องนา ศาลตระลาการอย่างนี้ในตอนปลายสมัยอยุธยามีราว ๒๐ ศาล จึงไม่ขอระบุชื่อต่อไป พวกตระลาการเหล่านี้เป็นพนักงานทางการปกครองมีแต่หน้าที่ชำระข้อเท็จจริง เมื่อได้สว่นเสร็จแล้วจึงส่งสำนวนให้ศาลหลวงพิพากษา

ในกาลต่อมามีการแยกตำแหน่งอีกชั้นหนึ่งปรากฏขึ้น คือ การแยกหน้าที่ระหว่างผู้พิพากษาและผู้ปรับ ผู้พิพากษาเป็นแต่ผู้ชี้ขาดในข้อเท็จจริงว่าฝ่ายใดต้องชนะ ฝ่ายผิดต้องแพ้ แต่ไม่กำหนดโทษ หน้าที่กำหนดโทษนั้นตกแก่พนักงานอีกคนหนึ่งต่างหากคือผู้ปรับ เป็นผู้แสดงบทมาตรา กฎหมายที่ควรปรับใช้ในคดี และเป็นผู้คำนวณจำนวนเงินเงินค่าสินไหม ค่าพินัย ซึ่งผู้แพ้ความต้องเสีย ทั้งเป็นกำหนดโทษอาญาตามบทบัญญัติเมื่อเป็นกรณีที่ถ่วงโทษทางอาญาด้วย

การแยกตำแหน่งนี้ พระคัมภีร์อินทภาษ และคำปรารภในกฎหมายเก่าที่ออกประกาศในตอนต้นสมัยอยุธยาไม่กล่าวถึง แต่ตามหนังสือของลาลูแบร์ว่า แม้ในคดีหัวเมือง มีพนักงานคนหนึ่งคือออกหลวงแพ่งมีหน้าที่ซึ่งบทมาตราที่ควรใช้ในคดี

จึงมีหลักฐานพอถือได้ว่า ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์เคยมีพนักงานเป็นผู้ปรับต่างหากจากผู้พิพากษาเป็นปกติแล้ว น่าเชื่อได้ว่าคงมีมาก่อนแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์เป็นเวลายาวนานมาแล้ว มูลเหตุที่ตั้งพนักงานเป็นผู้ปรับเช่นนี้ หากมีบทบัญญัติอธิบายไม่ข้า ๆ เห็นว่าเกิดเนื่องมาจากการที่มีพวกพราหมณ์เป็นส่วนมากในศาลหลวง ในสมัยเมื่อ

หน้าที่พิจารณาความเพ่งแยกออกเป็นหน้าที่ตระลาการ และหน้าที่ผู้พิพากษาเพียงสองหน้าที่เท่านั้น น่าเชื่อว่าหน้าที่พิพากษาคัดสินความผิดอยู่แก่ราชสภา แต่ราชสภามีอำนาจน้อยโดยมากแสดงแต่คำปรึกษา พระมหากษัตริย์เป็นผู้ตัดสิน แต่ในกาลต่อมาตามที่ได้บรรยายมาแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงโอนพระราชภาระวินิจฉัยความไปให้ราชสภาที่ละเล็กที่ละน้อย และในขณะเดียวกันการพิจารณาคดี ย่อมตกเป็นหน้าที่ของพวกพราหมณ์ด้วย เพราะพราหมณ์มีความรู้ทางกฎหมายมากกว่าผู้อื่น ลูกขุนที่เป็นพราหมณ์จึงได้มีส่วนใหญ่ในการอำนวยความสะดวกธรรม จนถึงสมัยตอนปลายกรุงศรีอยุธยา ลูกขุน ณ ศาลหลวงเกือบเป็นพราหมณ์ทั้งสิ้น แต่พราหมณ์นี้เป็นคนต่างชาติ ต่างศาสนา ถึงแม้จะมีความสามารถเชี่ยวชาญในการแปลบทมาตรากฎหมายที่อาศัยพระธรรมศาสตร์เป็นมูลนั้นก็ดี ก็ไม่สมควรที่จะรับหน้าที่พิจารณาความตลอดไปจนถึงออกคำบังคับด้วย เพราะคำบังคับเป็นคำสั่งให้ลงโทษผู้แพคดี หน้าที่พิพากษานี้จึงควรจัดไว้เป็นหน้าที่พนักงานสัญชาติไทยโดยฉะเพาะเหตุฉะนั้นเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงเลิกวินิจฉัยคดีเสีย และทรงปลดเปลื้องหน้าที่พิจารณาให้ลูกขุน ณ ศาลหลวงเป็นผู้พิจารณาแทนพระคัมภีร์นั้น การกำหนดโทษและบังคับตามคำพิพากษาจึงถูกตัดออกจากหน้าที่ลูกขุน และตกเป็นหน้าที่พิเศษของพนักงานไทยคือผู้ปรับ แต่การแบ่งแยกหน้าที่นั้นไม่ได้ดำเนินไปโดยสิ้นเชิง ดังการระหว่างตระลาการและผู้พิพากษา เพราะปรากฏว่าผู้ปรับสังกัดอยู่ในกรมลูกขุนตลอดมา แต่อย่างไรก็ดี ผู้ปรับมีหน้าที่ต่างหากไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ผู้พิพากษา

การแยกหน้าที่พิจารณาความระหว่างตระลาการ ผู้พิพากษา และผู้ปรับดังกล่าวมานี้ ถือได้ว่าเป็นลักษณะสำคัญในระบอบเก่าของไทย พอให้เข้าใจได้ถึงเรื่องความยุ่งยากซับซ้อนในวิธีพิจารณาเก่า แต่ยังมีการแยกแยะอีกชั้นหนึ่งซึ่งปรากฏมาในเวลาถัดมาภายหลัง คือการตั้งพนักงานพิเศษสำหรับรับฟ้องและส่งฟ้องให้ศาลพิจารณา การแยกดังกล่าวถึงข้างหลังนี้ เกิดเนื่องมาจากการที่มีศาลตระลาการตั้งขึ้นเป็นจำนวนมากมาจะจนเป็นการยากที่จะชี้ได้ว่าศาลใดมีอำนาจได้ส่วนความเรื่องใด ตอนปลายสมัยอยุธยาจึงตั้งกรมประทับตราในกระทรวงมหาดไทย ขุนราชวินิจฉัยเป็นอธิบดี โดยมีหน้าที่รับฟ้องและพิเคราะห์ตามเนื้อความในฟ้องว่าเป็นคดีชนิดใดควรพิจารณา เมื่อค้นหาศาลแล้วจึงประทับตราและส่งให้ตระลาการในศาลนั้นได้ส่วนคดีต่อไป ปรากฏตามกฎหมายตอนปลายสมัยอยุธยาที่ระบุนามลูกขุน ณ ศาลหลวงว่า ขุนราชวินิจฉัย สังกัดอยู่กรมลูกขุนและนับรวมอยู่กับพวกลูกขุน ณ ศาลหลวง จึงสันนิษฐานได้ว่ากรมประทับตราเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับศาลหลวงตลอดสมัยอยุธยา เพ่งแยกออกเป็นกรมพิเศษในตอนปลายสุดท้าย

มาถึงรัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ การพิจารณาความจึงดำเนินไปตามบทบัญญัติในกฎหมายเก่า ด้วยพระราชกำหนดหรือพระราชบัญญัติที่ออกใหม่ไม่ได้แก้กฎหมายเดิมเว้นไว้แต่ข้อบางข้อไม่สำคัญ ฉะนั้นบรรดาคดีจึงตกเป็นหน้าที่ทบวงการถึง ๔ ทบวงต้องรับพิจารณาสืบมาเป็นลำดับทุกเรื่อง คือกรมประทับตรารับฟ้องแล้วส่งศาลตราการให้ไต่สวนแล้วส่งคำแถลงสำนวนให้ลูกขุน ณ ศาลหลวงออกคำชี้ขาด แล้วส่งให้ผู้ปรับบังคับตามคำพิพากษา วิธีพิจารณาตามที่กล่าวมานี้ใช้กันตลอดมาจนถึงรัชกาลที่ ๕ จึงรู้สึกว่าเป็นวิธีที่คลาดเคลื่อนไม่ทันสมัย จนสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชนิพนธ์เปรียบเหมือนเรือกำปั่นที่ถูกเพรียงและปลวกกินผุโทรมทั้งลำ เหลือที่จะซ่อมแซมได้ ทรงพระราชดำริว่า สมควรที่จะต้องตั้งกงขึ้นกระดานใหม่ ให้เป็นของมันคงถาวรสืบไป และความจริวิธีพิจารณาความตามกฎหมายเก่าในเวลานั้นเสื่อมเสียชำรุดบกพร่อง เป็นที่ใช้ไม่ได้ต่อไป สมควรที่ต้องยุบลงและสร้างขึ้นใหม่ที่เดียว แต่นักประวัติศาสตร์กฎหมายไม่ควรลืมเสียด้วยว่า กำปั่นนั้น เดิมเป็นของดีที่ใช้แล่นทะเลมาด้วยความพอใจของผู้โดยสาร เหตุที่ผุพังนั้น เพราะได้ใช้เสียนานแล้ว และเพราะความประมาทเลินเล่อของมนุษย์ที่ไม่ได้เข้าไม้และยาซันมิให้รั่วในเวลาสมควร

อนึ่ง ถ้าจะคิดดูความดีความชั่วของวิธีการเก่าโดยความเที่ยงธรรมแล้ว ก็สมควรที่จะต้องเปรียบดูกับสภาพก่อนว่า แสดงความก้าวหน้าหรือความถอยหลัง ทั้งควรระลึกถึงความคิดความเห็นของประชาชนในสมัยเก่านั้นด้วย เพราะความคิดความเห็นนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงตามสมัยซึ่งเรียกว่าวัฒนธรรมนั่นเอง เราไม่ควรติเตียนคนเก่า ในการที่กฎหมายเก่ามีความบกพร่องสุญญหายไปปัจจุบันไม่ได้ เพราะคนโบราณได้เพียรพยายามให้กฎหมายเจริญขึ้นเหมือนกัน และเราที่เกิดขึ้นในปัจจุบันก็รับประโยชน์จากความเพียรพยายามนั้นเป็นอันมาก

บัดนี้ข้าพเจ้าจะอธิบายเรื่องคุณธรรมอันมีอยู่ในระบอบวิธีพิจารณาเก่า ตามที่ได้พรรณานามาแล้ว ประการแรกตามระบอบนี้ การพิพากษาคดีทั้งสิ้น (เว้นไว้แต่คดีหัวเมือง) ตกเป็นหน้าที่ศาลที่ต้องออกคำตัดสินแต่ศาลเดียว คือ ศาลหลวง ฉะนั้นการแปลความในบทกฎหมายจึงเดินตามร่องรอยอันเดียวกัน ถ้ามีปัญหากฎหมายเกิดขึ้น ต่างศาลก็ไม่แก่งไปต่างกัน เพราะคณะผู้พิพากษาแต่คณะเดียวเป็นผู้แก้ บรรดาบรรดาคดี ถึงแม้ทุนทรัพย์น้อยหรือมากก็ตาม ต้องพิพากษาตามหลักบรรทัดฐานที่วินิจฉัยมาแต่ก่อน ลักษณะนี้ควรถือว่าสำคัญ เพื่ออำนวยความสะดวกดีธรรมอย่างดี เพราะเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่บท

บัญญัติกฎหมายต้องปรับใช้อย่างเดียวกันเที่ยงตรง ไม่เอียงข้างหนึ่งข้างนั้นตามกรณีหรือคู่ความ

ประการที่ ๒ ตามระบอบวิธีพิจารณาเถ่า กล่าวไว้ว่า หน้าที่ฝ่ายตุลาการและหน้าที่ฝ่ายตุลาการ ไม่กระหนาบคาบเกี่ยวกัน แต่แบ่งแยกออกเป็นคนละหน้าที่แล้ว ด้วยหน้าที่พิพากษาและชี้บทกฎหมายที่ต้องปรับใช้ในคดีนั้น ตกเป็นหน้าที่ของลูกขุนหรือผู้ปรับ ซึ่งเป็นคนที่ได้เล่าเรียนกฎหมายและมีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยความ และตั้งขึ้นเป็นกรมพิเศษคือกรมลูกขุน ซึ่งเป็นกรมอิสระไม่ขึ้นแก่กระทรวงทบวงการทางราชการอย่างใดด้วย จริงอยู่ พวกตระลาการเป็นพนักงานทางตุลาการไม่มีความอิสระเลย และไม่ค่อยมีความรู้ในวิชากฎหมาย แต่ตามที่ได้อธิบายมาแล้ว ตระลาการมีหน้าที่เพียงแต่สอบสวนข้อเท็จจริง ห้ามหน้าที่ตัดสินปัญหากฎหมายไม่ นอกจากนี้ ถ้าตระลาการรู้สึกยากลำบากในการไต่สวนคดีข้อใด ๆ ก็ตาม ควรเสนอข้อยากนั้นให้ลูกขุนปรึกษาตัดสินปัญหาเสีย เหตุฉะนั้นพวกตระลาการจึงไม่เป็นการจำเป็นที่จะตั้งเป็นกรมอิสระ เมื่อลูกขุนผู้พิพากษาและผู้ปรับเป็นอิสระไม่อยู่ใต้อำนาจเจ้ากระทรวงเจ้ากรมทางตุลาการนั้นแล้ว ก็ได้ถือว่า การแบ่งแยกหน้าที่จะเพาะขึ้นนี้พอสมควรแล้ว

ระบอบวิธีพิจารณาเถ่ายังมีคุณลักษณะอีกประการหนึ่ง คือ การที่แบ่งแยกการพิจารณาออกเป็นหน้าที่ต่าง ๆ ตามพรรณนามานั้น คงเป็นประโยชน์มาก เพราะทำให้ปัญหาชนิดต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในเวลาพิจารณาคดีเรื่องหนึ่ง ๆ ปรากฏขึ้น เห็นได้ถนัด และถูกระงับไปตามลำดับ เช่น ก่อนส่งฟ้องให้ตระลาการไต่สวนนั้น กรมประทับตรามีหน้าที่พิเคราะห์ดูว่าฟ้องนั้นเป็นที่รับพิจารณาได้ตามบทบัญญัติในพระอัยการลักษณะรับฟ้องหรือไม่ คือ โจทก์มีอำนาจว่าความ ฟ้องแต่งถูกต้องตามสมควร ไม่ขาดอายุความ เป็นต้น ส่วนตระลาการเมื่อฟังคู่ความแล้ว มีหน้าที่ส่งสำนวนให้ลูกขุนชี้สองสถานคือ ชี้แจงให้ตระลาการทราบ ว่า ควรไต่สวนฟังพยานหลักฐานในข้อใด และข้อใดอยู่นอกประเด็น จึงไม่ต้องสืบสวน วิธีพิจารณาดังนี้ ทำให้ข้อพิพาทได้รับวินิจฉัยเป็นลำดับทุกข้อ และพิพากษาโดยอาศัยข้อเท็จจริงตามสำนวนอย่างชัดเจน หากกรมประทับตราเห็นว่า ฟ้องขาดอายุความแล้ว ก็ไม่รับพิจารณาต่อไป หากมีข้อขัดฟ้องปรากฏขึ้นในชั้นไต่สวน เช่น จำเลยอ้างข้อต่อสู้ว่า มีคำพิพากษาคัดสินข้อหาแล้ว หรือโจทก์จำเลยยินยอมตกลงกันเองแล้ว หรือโจทก์ฟ้องจำเลยต่อศาลอื่นแล้ว เป็นต้น ข้อต่อสู้เหล่านี้คำชี้สองสถานของลูกขุนบันดาลให้ต้องรู้เห็นและก็ต้องได้รับการวินิจฉัยเสียก่อน เพราะถ้าจำเลยสู้จริง ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความต่อไป ดังนั้นเป็นตัวอย่าง แสดงให้เห็นว่าวิธีพิจารณาเถ่าไม่มีแต่ความชั่ว

แต่มีความคืออยู่ด้วย คำสั่งสองสถานทีกล่าวมาถึงนี้ได้นำมาใช้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา ๑๔๓) คนในสมัยปัจจุบันจึงเห็นว่าเป็นประโยชน์จริง

เรื่องการบกพร่องในระบอบวิธีพิจารณาเท่านั้น ข้าฯ จะไม่บรรยายโดยพิศดารด้วยในพระราชบัญญัติรัชกาลที่ ๕ ที่ข้าฯ อ้างมานั้น ทรงพระวินิจฉัยเรื่องนี้ตลอดถ้อยแล้ว ข้าฯ ขอพูดโดยสรุปความว่า ความบกพร่องนั้นเกิดเนื่องมาจากการพิจารณาความดำเนินไปด้วยอาศัยกรมทวงการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ช่วยกันและก้าวก่ายกันเนื่อง ๆ จึงเป็นเหตุให้การพิจารณาต้องกินเวลานาน กฎหมายเก่าบังคับให้ตระลาการต้องไต่สวนคดีความนครบาลภายในระยะเวลา ๑๕ วัน ความอายุ ๑ เดือนครึ่ง ความแพ่ง ๓ เดือน แต่ระยะเวลานั้นบังคับไว้สำหรับการไต่สวนเท่านั้นและตระลาการเองปฏิบัติการล่วงเลยเวลาบ่อย ๆ ทั้งคู่ความมุ่งหวังที่จะประวิงความได้สะดวก เช่น ในการฟ้องอุทธรณ์ เป็นต้น คือฟ้องตระลาการกล่าวหาว่าผิดหน้าที่ ฟ้องอุทธรณ์นั้นยื่นได้ในระหว่างพิจารณาเมื่อฟ้องอุทธรณ์แล้วก็ต้องงดการพิจารณาคดีเดิม และฟังคำพิพากษาชั้นอุทธรณ์ จึงเป็นเหตุให้เสียเวลามาก และนอกจากฟ้องอุทธรณ์แล้วคู่ความยังทูลถวายฎีกาได้ถ้ามีคำสั่งให้รับฎีกาไว้พิจารณา คดีเดิมงดทีเดียว และต้องพิจารณาใหม่จนมีพระราชวินิจฉัยตัดสินเด็ดขาด เพราะการเป็นดังนี้ การดำเนินคดีจึงเนิ่นช้า

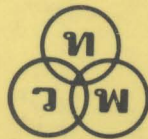
นอกจากนี้ วิธีพิจารณาเก่ายังเป็นเหตุให้คู่ความต้องเสียเงินมากเพราะการพิจารณาคดีเป็นหน้าที่หลายกรมหลายชั้น และทุกชั้นต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียม คือค่าเชิงประกัน และค่ารับฟ้อง ค่าลอกฟ้อง ค่าเชิงเดิน ค่าเทียบ คำชี้สองสถาน ค่าเดินเผชิญ ค่าชี้ขาด ฯลฯ ทั้งมีค่าสินไหมด้วย ค่าฤชาธรรมเนียมเหล่านี้ส่วนมากจ่ายให้ตระลาการและพวกศาล เพราะไม่รับเงินเดือนจากรัฐบาล นี่เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การพิจารณาอยู่ยากซับซ้อนยิ่งกว่าธรรมดา ด้วยตระลาการพวกศาลเห็นแก่ประโยชน์ของตัวเองจึงไม่ช่วยคู่ความให้แก่ข้อพิพาทให้สำเร็จอย่างรวดเร็วแต่ชักชวนให้ใช้อุบายต่าง ๆ เพื่อประวิงความ อันเป็นโอกาสเสียค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นทุกที

ในที่สุดความบกพร่องของระบอบวิธีพิจารณาเก่า เกิดจากความผิดของศาลนั่นเอง เพราะการพิจารณาเก่าเหมือนอย่างพาหนะที่มีเครื่องดีแต่มีจักรเฟื่อง ผูกพันกันหลายชั้นมากมาย จึงควรใช้ด้วยความระมัดระวังและดูแลรักษาไว้ให้เรียบร้อยเสมอ มิฉะนั้นพาหนะนั้นก็เดินไม่สะดวกคลาดเคลื่อนหักเสียบ่อย ๆ จนเป็นที่ใช้ไม่ได้เลย เหตุที่วิธีพิจารณาความเก่าเกิดยุ่งยากซับซ้อนทรุดโทรมนั้นก็เช่นเดียวกัน เพราะพวกศาลทั้งตระลาการและลูกขุน

ด้วยไม่เอาใจใส่ต่อหน้าที่เช่นลูกขุนไม่พิเคราะห์ดูในฟ้องว่าถูกอายุความหรือไม่ เพราะในคำฟ้องสถานไม่ยกข้อตัดฟ้องให้ตระลาการสืบสวนก่อน แต่ปล่อยให้ชั้นตระลาการเป็นผู้ยกขึ้นเอง ฝ่ายพวกตระลาการส่วนมากเป็นพนักงานผู้น้อย ไม่เห็นแก่ประโยชน์คู่ความ แต่เห็นแก่ประโยชน์ของตัวตั้งกล่าวมาแล้ว จึงช่วยลูกความทุจริตให้เกิดความยุ่งซับซ้อนขึ้นเนื่อง ๆ ทั้งตระลาการขึ้นแก่กระทรวงฝ่ายตุลาการที่มีหัวหน้าเป็นผู้มีอำนาจมีบันดาศักดิ์ ถึงแม้ว่าอยู่ในความควบคุมของลูกขุนจะเพาะการไต่สวนคดีก็ดี ตระลาการก็ยอมต้องปฏิบัติตามขอบตามคำสั่งผู้ใหญ่จึงเป็นเหตุให้เกิดการขัดขวางต่าง ๆ ขึ้น อีกประการหนึ่งพระเจ้าแผ่นดินทั้งสมัยอยุธยา และรัตนโกสินทร์ได้ทรงอุทิศสละแก้ไขเหตุการณ์เหล่านี้ให้ดีขึ้น โดยประกาศพระราชกำหนดเพื่อบำรุงรักษากฎหมายเดิมให้แน่นแฟ้น และลงโทษานุโทษแก่ผู้กระทำผิด แต่หาไม่มีผลอะไร จะนั้นสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงมีพระราชโองการให้ยกเลิกวิธีพิจารณาเก่าเสีย และโปรดตั้งกระทรวงยุติธรรมกำกับบรรดาศาลตั้งปรากฏอยู่ในปัจจุบันนี้ แต่ในขณะเดียวกันทรงจัดการตั้งศาลขึ้นใหม่อันมีผู้สามารถเป็นผู้พิพากษา เพราะทรงพระราชดำริว่าการเปลี่ยนระเบียบจะไม่มีผลหากไม่เปลี่ยนพวกศาลเก่าด้วยกฎหมายไม่มีคุณธรรมในตัวเอง จะดีหรือชั่วที่สุดแต่มนุษย์ผู้จะใช้ ข้อนี้มีประวัติศาสตร์กฎหมายไม่ว่าเป็นของประเทศใดมาสนับสนุนครบถ้วน ส่อให้เห็นว่าสภาพกฎหมายผูกพันอยู่กับมารยาทเจริญขึ้นเมื่อมนุษย์ถือธรรมจรรยาเป็นใหญ่ แต่เสื่อมลงเมื่อจิตใจดีมนุษย์มีดมัวไม่เห็นธรรม สมด้วยคำตรัสในพระพุทธรักษาว่า ธมฺโม หเว รกฺขติ ธมฺมจาริมิ คือ ธรรมแลย่อมรักษาผู้ประพฤติธรรม เพราะธรรมเป็นสิ่งที่มั่นคงถาวรในโลก จึงเป็นที่ป้องกันรักษาบรรดาการกระทำของมนุษย์ การกระทำใด ๆ จะทนอายุยืนยงได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำเอาธรรมเป็นที่พึ่งอาศัยในการกระทำนั้น

ข้าฯ ขอจบปาฐกถาเพียงเท่านี้ และขอขอบคุณท่านที่ได้กรุณามาฟังข้าฯ

ISBN 974-07-5270-5



พิมพ์ที่บริษัทโรงพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช จำกัด ๘๙๑ ถนนพระราม ๑ กรุงเทพมหานคร
นางบุญพริ้ง ต. สุวรรณ ผู้พิมพ์ผู้โฆษณา พ.ศ. ๒๕๒๖