

บทที่ ๑

ความสามารถ

อุทธรณ์

๑) นาง ก. เป็นคนรักสัตว์ จึงทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกของตนทั้งหมดให้ จิงจิง สุนัขตัวโปรดที่เลี้ยงไว้ ดังนี้หากนาง ก. ถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินมรดกของนาง ก. จะตกแก่ผู้ใด

๒) เด็กชาย ก. อายุ ๕ ขวบ อาศัยอยู่ในอาคารชุดสูง ๓๒ ชั้น วันหนึ่งออกมาวิ่งเล่นนอกห้องชุดของบิดามารดา เห็นประตูชั้นคาเฟ่เปิดอยู่จึงเดินขึ้นไปแล้วทิ้งลูกหินที่ถืออยู่ลงมาจากที่พื้น ปรากฏว่าก่อนหินตกลงมาถูกกระจกหน้ารถของ ข. แดก ดังนี้ ข. จะมีสิทธิเรียกให้ เด็กชาย ก. รับผิดชอบในการกระทำของตนหรือไม่ เพราะเหตุใด

๓) ก. อายุ ๑๗ ปี สอบเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้จึงได้รับรางวัลจาก ข. ซึ่งเป็นปู่ของ ก. เป็นเงินสดจำนวน ๕๐,๐๐๐ บาท โดย ข. ได้อนุญาตให้ ก. นำเงินจำนวนนี้ไปใช้จ่ายได้ตามแต่จะเห็นสมควร ก. ได้นำเงินจำนวนนี้ไปซื้อกล้องถ่ายรูปจากห้าง ค. เป็นเงิน ๒๐,๐๐๐ บาทไว้สำหรับใช้เอง และนำเงิน ๑๐,๐๐๐ บาทไปซื้อสร้อยคอทองคำจากห้างเดียวกันแล้วมอบให้ ง. อายุ ๑๖ ปีคนรักของตนเป็นของขวัญวันเกิด ส่วนเงินที่เหลือได้นำไปฝากธนาคาร

ต่อมาในวันเดียวกัน บิดามารดาของ ก. พบว่า ก. ซื้อกล้องมาใหม่จึงสอบถามว่าได้มาอย่างไร ก. จึงเล่าเรื่องทั้งหมดให้ฟัง บิดามารดาของ ก. โทรศัพท์ไปแจ้งบิดามารดาของ ง. เพื่อขอรับสร้อยคอทองคำคืนจาก ง. และเรียกให้ ก. นำกล้องและสร้อยคอทองคำไปคืนห้าง ค. และขอรับเงินคืน

ดังนี้ท่านจงวินิจฉัยว่า

ก) ก. จะมีสิทธิเรียกสร้อยคอทองคำคืนจาก ง. หรือไม่ เพราะเหตุใด

ข) ก. จะมีสิทธิเรียกเงินค่ากล้องถ่ายรูป และค่าสร้อยคอทองคำคืนจากห้าง ค. หรือไม่ เพราะเหตุใด

๔) นาย ก. อายุ ๑๕ ปี ได้รับอนุญาตจากบิดามารดาให้ประกอบกิจการซื้อขายรถยนต์ใช้แล้ว นาย ก. ได้ร่วมกันกับเพื่อน ๆ จัดตั้งบริษัทร่วมพัฒนายนต์ จำกัด ขึ้นเพื่อดำเนินกิจการนี้ โดยมีนาย ก. เป็นกรรมการผู้จัดการผู้มีอำนาจเต็ม ในการดำเนินการของบริษัท ปรากฏว่า นาย ก. ได้ทำนิติกรรมต่อไปนี้

ก) ตกลงซื้อที่ดิน ๑ แปลงจากบิดาของตน เป็นเงิน ๒ ล้านบาท

ข) ตกลงกู้เงินจากกองทุนบำนาญของนาย ก. เอง เพื่อใช้ในกิจการเป็นเงิน ๕ ล้านบาท โดย ก. แต่งตั้งมารดาเป็นตัวแทนของตนและให้กู้ในอัตราดอกเบี้ยร้อยละ ๑๐ ต่อปี ซึ่งเป็นอัตราต่ำกว่าท้องตลาด

ค) ตกลงซื้อยาและเวชภัณฑ์เพื่อนำไปจำหน่ายหากำไรเป็นเงิน ๑ ล้านบาท

ง) ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับลูกหนี้ของบริษัทโดยตกลงลดจำนวนหนี้ลงครึ่งหนึ่ง

ท่านจงวินิจฉัยว่า นิติกรรมที่นาย ก. ได้กระทำไปข้างต้นนี้มีผลหรือไร้ผล สมบูรณ์ โหม่งหรือไม่ประการใด

๑. ข้อความทั่วไป

ระบบกฎหมายไทยเป็นส่วนหนึ่งระบบประมวลกฎหมายสมัยใหม่ ซึ่งตั้งอยู่บนฐานแห่งปรัชญาที่ว่า มนุษย์เป็นสิ่งที่มีความเหตุผล (rational being) เป็นสิ่งที่มีคุณค่าและศักดิ์ศรีในตัวเอง ดังนั้นกฎหมายจึงให้การรับรองว่ามนุษย์ทุกคนย่อมได้สภาพบุคคล คือย่อมเป็น**ประธานแห่งสิทธิ** (subject of rights) ในความหมายที่ว่า **บุคคลย่อมสามารถมีสิทธิได้** (capacity to acquire rights) แต่ผู้สามารถมีสิทธิไม่จำเป็นต้องมีความสามารถ**ใช้สิทธิ** (capacity to exercise rights) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าไม่จำเป็นต้องมีความสามารถ**กระทำการให้เกิดผลทางกฎหมาย** (ability to do acts-in-law) ได้เสมอไป เช่นเด็กไร้เดียงสาย่อมสามารถมีสิทธิในชีวิตและทรัพย์สิน สามารถรับมรดกได้ แต่เด็กไร้เดียงสายังไม่สามารถใช้สิทธิได้ ไม่อาจแสดงเจตนาและไม่อาจทำกิจการอันใดเพื่อก่อความผูกพันตนตามกฎหมายได้^{๕๕} จะเห็นได้ว่า กฎหมายรับรองให้บุคคลย่อมสามารถมีสิทธิเมื่อมีสภาพบุคคลโดยไม่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นอีก คือรับรองว่าเป็นประธานแห่งสิทธิ (subject of rights) เป็นสำคัญ เมื่อเป็นประธานแห่งสิทธิแล้วจึงย่อมถือสิทธิทั้งหลายได้ โดยเฉพาะสิทธิที่ตกติดอยู่กับสภาพบุคคล เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และชื่อเสียงเกียรติยศ เป็นต้น แต่การจะก่อสิทธิใหม่ขึ้น หรือจะทำการใดให้ได้มาหรือให้เกิดความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบมิได้ติดติดมากับสภาพบุคคลนั้น บุคคลย่อมต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน เงื่อนไขเบื้องต้นในการนี้ก็คือ ผู้กระทำได้มีความสามารถในการกระทำการเช่นนั้น

ความสามารถในการกระทำการที่มีผลตามกฎหมาย ที่สำคัญ ได้แก่

๑. ความสามารถในการทำนิติกรรม และ

๒. ความสามารถในการกระทำละเมิดหรือความสามารถรับผิด และ

๓. ความสามารถในการกระทำการอันมีผลทางกฎหมายอย่างอื่น

ความสามารถในการทำนิติกรรมนั้น ได้แก่ความสามารถในการใช้ เปลี่ยนแปลงหรือจำหน่ายจ่ายโอนสิทธิ หรือก่อความผูกพันกับผู้อื่นตามความสมัครใจของผู้กระทำ กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขว่าผู้ใช้สิทธิเช่นนั้นจะต้องเป็นผู้มีเหตุผลและเข้าใจในการตัดสินใจของตนซึ่งกฎหมายเรียกว่าเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ (majority) ผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะเช่นผู้เยาว์ (minor) กฎหมายรับรองให้มีสภาพบุคคลจึงย่อมสามารถถือสิทธิได้ แต่โดยที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองผู้เยาว์เป็นพิเศษ เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าผู้เยาว์เป็นผู้อ่อนอายุ อ่อนประสบการณ์ ย่อม

^{๕๕} สมทบ สุวรรณสุทธิ, *บุคคล*, หน้า ๘๐; จิตติ ดิงศกัทธิ์, *บุคคล*, หน้า ๔๖.

เป็นผู้อ่อนวินิจัยยังไม่อยู่ในฐานะที่จะใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างบริบูรณ์ กฎหมายจึงจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิของผู้เยาว์ และกำหนดให้ผู้เยาว์ต้องอยู่ใต้ปกครองของผู้แทนโดยชอบธรรม หากผู้เยาว์จะทำการใด ๆ ที่ประสงค์ต่อผลในทางกฎหมาย (นิติกรรม) ผู้เยาว์ต้องอาศัยผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่แทนการนั้นจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย (มาตรา ๑๕๖๕, ๑๕๗๑) หรือหากผู้เยาว์เป็นผู้ทำการนั้นเองการนั้นจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม (มาตรา ๒๑)

ส่วนความสามารถกระทำละเมิดนั้นได้แก่ความสามารถในการที่จะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้บุคคลอื่นเสียหาย บุคคลที่จะทำละเมิดได้จึงต้องมีความสามารถที่จะทำการโดยรู้สำนึก และต้องประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลจากการกระทำของตนว่าจะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือแม้มิได้เล็งเห็นผลก็ต้องกระทำโดยขาดความระมัดระวังที่ควรมิเสียก่อน กล่าวอย่างสั้น ๆ ได้ว่า ต้องสามารถกระทำโดยรู้สำนึก และโดยรู้ผิดชอบแล้ว

โดยที่มีบุคคลบางจำพวกแม้จะมีการเคลื่อนไหวร่างกายก็ไม่อาจนับได้ว่าเป็นการกระทำ เพราะไม่รู้สำนึกและเข้าใจในการกระทำของตน เช่นเด็กทารกที่ยังแบเบาะเล่นของมีคมจนเป็นอันตรายแก่ผู้ที่อยู่ใกล้ ย่อมไม่เป็นละเมิด หรือถ้าเด็กโตขึ้นมาสามารถกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำของตนแล้วแต่ยังไร้เดียงสา คือยังไม่รู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หากกระทำการอย่างใดให้บุคคลอื่นเสียหายก็ไม่อาจนับได้ว่า กระทำไปโดยขาดความระมัดระวัง หรือโทษได้ว่ากระทำไปโดยมีความผิด (fault) อย่างหนึ่งอย่างใดได้^{๕๖} ในกรณีเช่นนี้ ไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของเด็กไร้เดียงสาผู้นั้นเป็นละเมิด เช่นที่ปรากฏเป็นข่าวว่า เด็กอายุ ๓ ขวบ หยิบปืนได้หมอนของบิดาไปเล่นยิงเด็กด้วยกันจนเด็กอื่นถึงแก่ความตาย ดังนี้จะเรียกว่าเด็กทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ได้ ผู้ที่ประมาทเลินเล่อคือบิดาที่มีได้เก็บของอันตรายไว้ในที่ห่างมือเด็กจนเกิดเป็นอันตรายขึ้น ในทำนองเดียวกันหากคนวิกลจริต หรือผู้ที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ กระทำการในภาวะที่ไม่รู้ผิดชอบ คือไม่เข้าใจในผลแห่งการกระทำของตน การกระทำของเขาย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นย่อมไม่เป็นละเมิด

^{๕๖} เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม ๑ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, ๒๕๒๐): หน้า ๖๑๕; พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๓๐): หน้า ๓๕๒-๓๕๓; จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ มาตรา ๓๕๔ ถึงมาตรา ๔๕๒ พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖): หน้า ๑๗๗; ความเห็นเป็นอย่างอื่น จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๒): หน้า ๑๑๗.

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะทำละเมิดได้จึงต้องเป็นผู้ที่รู้สำนึกในการกระทำของตน และเข้าใจในผลแห่งการกระทำของตนด้วย ถ้าผู้เยาว์โตพอที่จะรู้ผิดชอบ เข้าใจในผลแห่งการกระทำของตัวเองแล้ว หากทำให้ผู้อื่นเสียหายย่อมเป็นละเมิด ดังเช่นเด็กอายุ ๑๓ ปี เล่นทิ้งก้อนหินหนัก ๑๐ กิโลกรัมจากสะพานลงในคลองที่มีเรือผ่านไปมา ก้อนหินตกถูกผู้พายเรือผ่านมาถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า จำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และจำเลยเข้าใจความรับผิดชอบแล้ว มีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท^{๕๖} กรณีหลังนี้เห็นได้ว่าผู้เยาว์ก็ทำละเมิดได้ ทำนองเดียวกันคนวิกลจริตที่กระทำการโดยรู้สำนึกและโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหาย ก็ต้องรับผิดชอบเพื่อการทำละเมิดนั้น ตามมาตรา ๔๒๕ ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด” ที่ว่าไร้ความสามารถในที่นี้ ควรเข้าใจว่าหมายถึงไร้ความสามารถในการทำนิติกรรม ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความสามารถในการทำละเมิด ผู้ที่สามารถทำละเมิดแล้วไม่ว่าผู้เยาว์หรือคนวิกลจริต หากทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปนั่นเอง

สำหรับความสามารถกระทำการอันมีผลทางกฎหมายอย่างอื่น ๆ ได้แก่ความสามารถในการกระทำการบางอย่างซึ่งมิใช่นิติกรรม คือการกระทำที่มีผลทางกฎหมายแม้ผู้กระทำจะมีได้มุ่งโดยตรงต่อการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ก็ตาม การกระทำเหล่านี้ เพียงผู้กระทำมุ่งต่อผลทางข้อเท็จจริงก็เพียงพอแล้ว เช่น การเตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้ การทำทรัพย์สินใหม่ การถือเอาทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ การครอบครอง การจัดการงานนอกสั่ง ฯลฯ เป็นต้น กรณีเหล่านี้หากผู้กระทำได้ประสงค์ต่อผลทางข้อเท็จจริง บุคคลนั้นย่อมได้สิทธิตามกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะเป็นผู้มีความสามารถทำนิติกรรมหรือไม่ แม้ผู้เยาว์ คนวิกลจริตเป็นผู้กระทำก็ย่อมเกิดผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ข้อสำคัญจึงอยู่ที่ว่าผู้ผู้นั้นมีความเจตนาทางจิตใจพอที่จะมีเจตนาตามข้อเท็จจริง คือรู้และเข้าใจในการกระทำของตนหรือไม่ หากผู้นั้นได้กระทำลงแล้ว ก็ย่อมเกิดผลทางกฎหมายขึ้นเสมอ เช่นเด็กเล็กอายุ ๕ ขวบ หรือคนวิกลจริต หากรู้และเข้าใจการกระทำของตนในทางข้อเท็จจริง เช่นยึดถือหวงกันทรัพย์สิน ถือเอาทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ เขาย่อมมีสิทธิครอบครอง หรือได้กรรมสิทธิ์ตามที่กฎหมายคุ้มครอง หรือหากเขาสามารถสื่อจินตภาพทางศิลปวรรณกรรมของตนออกมา เช่นผู้เยาว์ หรือคนวิกลจริตเป็นผู้เขียนบทกวี หรือประพันธ์บทเพลง ที่เป็นงานสร้างสรรค์ เขาย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นได้

อย่างไรก็ดี บุคคลบางประเภทอาจจะไม่สามารถกระทำการอันมีผลทางกฎหมายใด ๆ ได้ด้วยตนเอง เพราะยังไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้และเข้าใจการเคลื่อนไหวร่างกายของตนได้ เช่นผู้เยาว์ที่ไร้เดียงสา อายุเพียง ๑ เดือน หรือเพียง ๑ ปี แม้จะสามารถมีสิทธิแล้ว เพราะมีสภาพบุคคล

^{๕๖} คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๕๗/๒๔๘๖

สมบูรณ์ และสามารถเคลื่อนไหวร่างกาย หรือแสดงความต้องการ หรือสื่อความหมายกับผู้อื่นได้ แล้ว แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่ามีความสามารถจะกระทำการใด ๆ ให้มีผลทางกฎหมายได้ด้วยตนเอง เพราะยังขาดความรู้และเข้าใจความหมายแห่งการเคลื่อนไหวร่างกายเช่นนั้น ดังนั้นการเคลื่อนไหวร่างกายที่ดี การสื่อความหมาย หรือความต้องการของตนที่ดี ยังไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีผลทางกฎหมายใด ๆ และไม่มีทางที่จะเป็นการแสดงเจตนาหรือทำนิติกรรมได้เลย ในกรณีเช่นนี้ การเคลื่อนไหวร่างกายของผู้เยาว์เป็นได้แต่เพียงเครื่องมือหรือผลแห่งการกระทำของบุคคลอื่น เช่นผู้เยาว์ทำตามคำสั่ง หรือลอกเลียนแบบการกระทำของบิดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งสั่งให้ไปซื้อหนังสือพิมพ์ หรือซื้อไอศกรีม ดังนั้นการซื้อขายนั้นไม่อาจนับเป็นการกระทำของผู้เยาว์ แต่ต้องถือเป็นการกระทำของผู้แทนโดยชอบธรรม ที่ใช้ผู้เยาว์เป็นเครื่องมือ หรือผู้เยาว์อายุ ๕ ปี เห็นบิดาขำงมิด หรือยิงปืน จึงนำมิดมาขำงมิด หรือนำปืนมาเล่นยิงกันบ้าง โดยมีได้เข้าใจในการกระทำเช่นนั้น ดังนั้นการยิงปืนของผู้เยาว์ไม่อาจนับเป็นการกระทำของผู้เยาว์เอง แต่ต้องนับเป็นผลจากการกระทำที่ขาดความระมัดระวังของบิดานั้นเอง

๒. การไร้ความสามารถในการทำนิติกรรม

๒.๑ เหตุแห่งการไร้ความสามารถในการทำนิติกรรม

การไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมนั้นมี ๒ ลักษณะ กล่าวคือการไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมอย่างสิ้นเชิง เพราะมีสภาพทางร่างกายหรือจิตใจตามปกติที่ไม่สามารถกำหนดเจตนาของตนเองได้โดยอิสระอย่างหนึ่ง และการไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมให้เกิดผลแน่นอนได้ เพราะจริตวิกลในขณะที่ทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่ง^{๔๘}

โดยที่นิติกรรมเป็นการอันบุคคลกระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยประสงค์ต่อผลทางกฎหมายที่จะก่อความผูกพัน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิตามกฎหมายและกฎหมายรับรองให้เกิดผลตามเจตนาของผู้กระทำตามที่ปรากฏในมาตรา ๑๔๕ ดังนั้นความสามารถในการทำนิติกรรมจึงย่อมจะขึ้นอยู่กับความสามารถในการแสดงเจตนาโดยมุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นสำคัญ

^{๔๘} การแบ่งแยกการไร้ความสามารถทำนองนี้มีในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งในทางตำรามีการแยกการไร้ความสามารถตามธรรมชาติ (incapacité naturelle) กับการไร้ความสามารถตามกฎหมาย (incapacité légale) ออกจากกัน แต่ในวงการตำรากฎหมายฝรั่งเศสสมัยใหม่ได้เน้นเรื่องความสามารถ แต่หันไปอธิบายว่า ทารกที่ยังไร้เดียงสา ย่อมไม่อาจกำหนดเจตนาได้ ดังนั้นจึงไม่ถือว่ามีเจตนาประสงค์ต่อผลทางกฎหมายเลย และไม่มีทางทำนิติกรรมได้ ทำนองเดียวกันกับบุคคลที่สิ้นสติสัมปชัญญะย่อมไม่อาจแสดงเจตนาและทำนิติกรรมใด ๆ ได้เลย

ด้วยเหตุนี้เอง บุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะแสดงเจตนาอันประสงค์ต่อผลทางกฎหมายได้ย่อมทำนิติกรรมไม่ได้ แม้ไม่มีบทกฎหมายกำหนดไว้โดยแจ้งชัด ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า ผู้แสดงเจตนาหรือทำนิติกรรมจึงต้องรู้และเข้าใจความหมายแห่งการกระทำและประสงค์ต่อผลทางกฎหมายแห่งการกระทำของตน หากบุคคลใดขาดความสามารถในการทำนิติกรรมอย่างสิ้นเชิง เพราะเหตุที่ตกอยู่ในสภาพอันขาดความสามารถในการกำหนดเจตนาของตนเองได้อย่างอิสระ เขาย่อมไม่สามารถทำนิติกรรมได้ บุคคลใดเคลื่อนไหวร่างกายโดยขาดความรู้สำนึก หรือไม่เข้าใจความหมายแห่งการกระทำของตน เช่นคนละเมอที่เคลื่อนไหวร่างกายตามแรงกระตุ้นของจิตได้สำนึก หรือคนที่ถูกสะกดจิต บุคคลนั้นย่อมขาดเจตนากระทำการในทางข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำอันมีผลทางกฎหมายได้ ยิ่งหากบุคคลนั้นขาดเจตนากระทำการในทางกฎหมาย หรือไม่อาจรู้และเข้าใจความหมายของการกระทำ หรือขาดความประสงค์ต่อผลทางกฎหมายจากการกระทำของตน บุคคลประเภทนี้ย่อมปราศจากความสามารถในการทำนิติกรรมอย่างสิ้นเชิงตามธรรมชาติ เพราะการเคลื่อนไหวร่างกายในระหว่างละเมอ หรือถูกสะกดจิตนั้นไม่จัดเป็นการกระทำของเขาเลย และไม่มีทางเป็นนิติกรรมได้ ทำนองเดียวกัน ทารกแรกเกิดหรือผู้เยาว์อายุไม่ถึง ๗ ปี แม้จะรู้จักหวงกันทรัพย์สินสิ่งของของตน พอที่จะเรียกได้ว่ามีการครอบครองทรัพย์สินได้แล้ว แต่โดยทั่วไปก็ถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ยังไม่รู้และเข้าใจความหมายของการกระทำของตน หรือประสงค์ต่อผลทางกฎหมายจากการกระทำของตนได้ จึงไม่อาจถือได้ว่าสามารถทำนิติกรรมใด ๆ ให้มีผลได้เลย

ส่วนบุคคลอีกประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายถือว่าไร้ความสามารถ ในความหมายที่ไม่อาจทำนิติกรรมให้เกิดผลแน่นอนได้ ได้แก่บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ตามมาตรา ๒๘ บุคคลประเภทนี้ตามปกติไม่อาจรู้และเข้าใจความหมายของการกระทำ หรือประสงค์ต่อผลทางกฎหมายจากการกระทำของตนได้ เพราะเหตุที่เป็นคนวิกลจริต คือเป็นบุคคลซึ่งมีอาการทางจิตผิดปกติถึงขนาดขาดความสามารถโดยสิ้นเชิงในการกำหนดเจตนาของตนเองได้อย่างอิสระ เช่นบุคคลที่ขาดสติสัมปชัญญะ ขาดความรำลึก ความรู้สึกสำนึก^{๕๙} หรือผู้ที่แม้รู้สำนึก แต่การแสดงเจตนาของบุคคลนั้นก็หายไปโดยปราศจากความสามารถไตร่ตรองด้วยเหตุผล คือเจตนาของบุคคลเป็นไปภายใต้บังคับแห่งอำนาจที่ไม่อาจควบคุมด้วยเหตุผลเช่นคนปกติได้^{๖๐} ไม่ว่าจะเป็นบังคับแห่งแรงผลักดันภายในร่างกายและ/หรือภาวะซึ่งเกิดขึ้นในจิตใจ^{๖๐} หรือที่เรียกว่า

^{๕๙} เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๕๐/๒๕๐๕ (ประชุมใหญ่) ๒๕๐๕ ก.๔๕๘.

^{๖๐} โปรดเทียบ Muenchner Kommentar/Gitter, § 104 Rnr. 7.

เป็นไปโดยไม่รู้ผิดชอบ^{๖๐} ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเพราะความเจ็บป่วย หรือจะเป็นโดยกำเนิดก็ตาม คนวิกลจริตที่ศาลจะสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้นจะต้องปรากฏด้วยว่า ความวิกลจริตต้องเกิดขึ้นเป็นประจำโดยสภาพ^{๖๑} ไม่ใช่เกิดขึ้นเพียงครั้งคราว เช่นเพียงแต่เป็นเพราะพิษไข้ หรือเกิดขึ้นเพราะความงใจเสพลิงมีนเมา หรือยา แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นอยู่อย่างต่อเนื่องตลอดเวลา และไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า อาจเชี่ยวชาญรักษาให้กลับคืนดีได้อีกหรือไม่ คำสั่งศาลที่ให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถนี้ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา ๒๘ วรรคสาม) เพื่อให้เป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนได้ด้วย

บุคคลวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วนี้ แม้ตามข้อเท็จจริงจะเป็นผู้ที่มีสติพื้นเพ่อนหรือผิดปกติถึงขนาดไม่อาจกำหนดเจตนาของตนได้อย่างอิสระ และควรจัดเป็นพวกที่ไม่สามารถทำนิติกรรมได้เลยก็ตาม โดยที่คนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วนี้ ในบางกรณีอาจกลับมีสภาพจิตปกติเป็นครั้งคราว และอาจเกิดข้อถกเถียงขึ้นได้ว่า บุคคลดังกล่าวได้ทำนิติกรรมขึ้นในขณะที่ไม่ได้วิกลจริต และนิติกรรมควรมีผลสมบูรณ์ เพื่อขจัดปัญหาความไม่แน่นอนนี้ และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ทั้งของกลุ่มกรณีในนิติกรรม และประโยชน์ของคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถพร้อมกันไป กฎหมายจึงกำหนดให้ถือว่าคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วนี้ เป็นผู้ขาดความสามารถในการทำนิติกรรมให้มีผลแน่นอน โดยกำหนดให้การใด ๆ อันบุคคลประเภทนี้กระทำการตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๒๕) กล่าวคือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นนิติกรรมตามกฎหมาย แต่ความมีผลนั้นยังไม่แน่นอน หากมีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นโดยชอบในภายหลัง กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะและถูกบอกล้างแล้วนั้น ตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก (มาตรา ๑๗๖ วรรคแรก)

นอกจากคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้ว ยังมีคนวิกลจริตซึ่งศาลยังมีได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถอีกพวกหนึ่ง ซึ่งอาจได้แก่คนวิกลจริตซึ่งญาติสืบสายโลหิต คู่สมรส หรือผู้ปกครองดูแลทางข้อเท็จจริง หรือพนักงานอัยการมิได้ร้องขอให้ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือบรรดาคนวิกลจริตซึ่งมีอาการจิตวิกลเพียงชั่วคราว หรือไม่เป็นประจำ จึงไม่มีผู้ร้องขอต่อศาลให้สั่งเป็นคนไร้ความสามารถ หรือกรณีที่มีผู้ร้อง แต่ศาลเห็นว่า บุคคลเหล่านั้นยังมีสติวิกลถึงขนาด ยังพอจะจัดการงานของตนเองได้ และไม่ควรถังให้เป็นคนไร้ความสามารถ เช่นบุคคลที่มีอาการจิตวิกลเพียงชั่วคราว เฉพาะเมื่อมีสิ่งเร้า หรือตกอยู่ภายใต้ฤทธิ์ยาที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท หรือเสพลิงมีนเมา เป็นเหตุให้ตกอยู่ในสภาพจิตวิกลเป็นบางขณะ

^{๖๐} โปรดดู จิตติ ดิงศกัทธิ์, บุคคล, หน้า ๕๒ อธิบายว่าต้องถึงขนาดไม่สามารถมีสติรู้ว่าจะอะไรถูกหรือผิด จนเป็นไปไม่ได้ที่จะจัดการงานของตนเองในทางที่ควรได้

^{๖๑} สมทบ สุวรรณสุทธิ, บุคคล, หน้า ๑๐๕; จิตติ ดิงศกัทธิ์, บุคคล, หน้า ๕๒.

บุคคลวิกลจริตที่ศาลมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเหล่านี้ โดยทั่วไปหากทำนิติกรรมในขณะที่มีอาการจิตวิกล ย่อมไม่อาจรู้หรือเข้าใจการกระทำของตน ไม่อาจแสดงเจตนาโดยประสงค์ต่อผลตามกฎหมายได้ และการกระทำของเขาย่อมไม่อาจถือเป็นการทำนิติกรรม หรือจัดเป็นการกระทำที่มีผลตามกฎหมายได้ ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากกรณีที่คนวิกลจริตที่ศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถไม่อาจทำการสมรสได้ ตามมาตรา ๑๔๔๕ และในกรณีที่ทำพินัยกรรม หากได้กระทำในเวลาที่ยังมีอาการจิตวิกล พินัยกรรมนั้นย่อมเสียเปล่าไปตามมาตรา ๑๖๐๔ วรรคสอง

แต่อย่างไรก็ดี โดยที่บางครั้งอาการจิตวิกลนั้นไม่ปรากฏออกมาภายนอก หรือยากที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะล่วงรู้ได้ว่าบุคคลผู้ทำนิติกรรมนั้นเป็นคนวิกลจริต ทั้งระดับ และลักษณะแห่งความวิกลจริตก็อาจแตกต่างกันได้หลายกรณี ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงวางหลักสันนิษฐานทั่วไป ดังที่เห็นได้ในมาตรา ๓๐ ว่าบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หากเขาได้ทำการอันเข้าข่ายเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใด ก็คงจะได้ทำนิติกรรมนั้นในขณะที่มีสภาพจิตปกติ มิได้มีจิตวิกล ดังนั้นเขาจึงถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความสามารถทำนิติกรรมให้มีผลสมบูรณ์ การที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองความแน่นอนชัดเจนแห่งนิติสัมพันธ์ และความเชื่อถือต่อความมีผลแห่งนิติกรรมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ยิ่งกว่าจะคุ้มครองประโยชน์ได้เสียของคนวิกลจริต เพราะหากคนวิกลจริตทำนิติกรรมในขณะที่มิได้มีจิตวิกล นิติกรรมนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ ส่วนในกรณีที่คนวิกลจริตทำนิติกรรมในขณะที่มีจิตวิกล แต่ไม่ปรากฏอาการจิตวิกลเป็นที่เห็นประจักษ์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนี้ย่อมเป็นการยากที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะรู้ได้ว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่านิติกรรมที่คนวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำลงนั้น ย่อมมีผลสมบูรณ์

แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่คนวิกลจริตได้ทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้อยู่แล้วว่าบุคคลผู้กระทำนิติกรรมนั้นวิกลจริต ดังนี้ย่อมไม่มีเหตุควรคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และในกรณีเช่นนี้กฎหมายจึงหันกลับมาคุ้มครองประโยชน์ของฝ่ายคนวิกลจริตที่ศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ โดยกำหนดให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ แต่ในกรณีนี้ ภาระการพิสูจน์ว่าคนวิกลจริตได้ทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้อยู่แล้วว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต ย่อมตกอยู่แก่ฝ่ายที่อ้างว่าได้ทำนิติกรรมขณะที่จิตวิกล

๒.๒ ผลของการไร้ความสามารถในการทำนิติกรรม

ผู้ที่ขาดความสามารถกำหนดเจตนาของตนเองได้อย่างอิสระ ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะแสดงเจตนาโดยประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบสาระสำคัญของนิติกรรม และไม่อาจทำนิติกรรมขึ้นได้เลย นอกจากนี้หากมีบุคคลใดแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ขาดความสามารถ

สิ้นเชิงในการกำหนดเจตนาของตน เขาย่อมไม่อาจรับ หรือรับทราบเจตนาเช่นนั้นได้ จึงถือไม่ได้ว่าเจตนา นั้น ไปถึงเขาด้วย ตัวอย่างเช่น เด็กอายุ ๓ ขวบ ถอดกำไลที่สวมอยู่ให้แก่เพื่อน โดยเสน่หา หรือแลกกับสิ่งของอย่างอื่น ดังนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีนิติกรรมการให้โดยเสน่หา หรือนิติกรรมการ แลกเปลี่ยนเกิดขึ้นเลย และในทางกลับกัน หากมีผู้ให้ทรัพย์สินแก่เด็กอายุ ๓ ขวบที่อยู่ตามลำพัง และเด็กนั้นรับไว้ ก็ย่อมถือไม่ได้ว่ามีนิติกรรมการให้โดยเสน่หาขึ้นเช่นเดียวกัน

แต่คนวิกลจริตซึ่งได้ทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้อยู่แล้วว่า ผู้กระทำนิติกรรมเป็นคนวิกลจริต กฎหมายกำหนดผลไว้โดยเฉพาะว่านิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โมฆิยะ (มาตรา ๓๐) กรณีจึงควรเข้าใจว่า คนวิกลจริตนั้น ไม่ว่าจะขาดความสามารถในการ กำหนดเจตนาของตนอย่างอิสระได้โดยสิ้นเชิง หรือโดยเพียงบางส่วน ย่อมทำนิติกรรมได้ เพียงแต่นิติกรรมที่คนวิกลจริตทำขึ้นนั้นตกเป็น โมฆิยะ คือมีผลไม่แน่นอน เพราะอาจถูกบอกล้าง โฆฆิยะกรรมได้ในภายหลัง ตัวอย่างเช่น คนเมาไม่ได้สติให้ทรัพย์สินโดยเสน่หา เช่นส่งธนบัตร ฉบับละ ๑,๐๐๐ บาทให้แก่บุคคลใด เขาย่อมได้ชื่อว่าทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล และหากผู้รับ ใ้เห็นรู้ที่อยู่ว่าอีกฝ่ายหนึ่งถูกสะกดจิต หรือเมาไม่ได้สติ นิติกรรมการใ้เห็นนั้นย่อมตกเป็น โฆฆิยะ และอาจถูกบอกล้างได้ในภายหลัง

คนวิกลจริตซึ่งมิได้จิตวิกลอยู่ตลอดเวลา และทำนิติกรรมในเวลาที่มีสภาพจิตปกติ ย่อม ทำนิติกรรมได้โดยสมบูรณ์เช่นคนปกติ ส่วนคนวิกลจริตซึ่งทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล แต่ อาการจิตวิกลไม่เป็นที่เห็นประจักษ์ หรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ว่าผู้ทำนิติกรรมเป็นคนวิกลจริต ดังนี้กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์ (มาตรา ๓๐)

ส่วนคนวิกลจริตที่ศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น หากได้ทำการอันเข้าข่ายเป็น นิติกรรม คือได้ทำการอันเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย อย่างหนึ่งอย่างใด ครอบงำประกอบที่จะเป็นนิติกรรมได้แล้ว กฎหมายกำหนดให้ถือว่านิติกรรม นั้นตกเป็น โฆฆิยะ (มาตรา ๒๕) โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่า การกระทำของคนวิกลจริตที่ ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น จะเป็นผลจากการกำหนดเจตนาขึ้นเองโดยอิสระเพราะเขา พ้นจากภาวะจิตวิกลแล้วหรือไม่ หรือเป็นการกระทำอันเกิดจากสิ่งเร้าหรือแรงจูงใจอย่างอื่น หรือไม่ ทั้งไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าอาการจิตวิกลจะปรากฏให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็น ประจักษ์ หรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่รู้ และไม่มีทางจะรู้ว่าผู้ทำนิติกรรมนั้นเป็นคนวิกลจริตซึ่ง ศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่ หากปรากฏว่าเป็นนิติกรรมซึ่งคนวิกลจริตที่ศาลสั่ง ให้เป็นคนไร้ความสามารถได้ทำขึ้นแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมเป็น โฆฆิยะเสมอไป และย่อมมีผลอัน ไม่แน่นอน คืออาจมีการให้สัตยาบัน (มาตรา ๑๗๗) ซึ่งมีผลให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก หรือนิติกรรมนั้นอาจถูกบอกล้าง โฆฆิยะกรรมได้ในภายหลัง (มาตรา ๑๗๕, ๑๗๖) เมื่อมีการบอก

ล้างแล้ว กฎหมายก็ให้ถือว่ากรณีนั้นเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ตัวอย่างเช่น บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถยกทรัพย์สินให้ผู้อื่น โดยเสนาหา นำเงินไปทำบุญ เข้าทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ หรือบอกเลิกสัญญาเช่าบ้านที่ตนเช่าอยู่อาศัย เหล่านี้ล้วนแต่มีผลเป็นโมฆะ และอาจถูกบอกล้างในภายหลังได้ทั้งสิ้น หากมีการบอกล้าง นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ คือเสียผลไปแต่เริ่มแรก หากมีการให้โดยเสนาหา หรือทำสัญญาซื้อขายกัน สัญญานั้นย่อมไม่มีผลเป็นการให้หรือการซื้อขาย และฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สิน หรือค่าตอบแทน หรือการงาน หรือประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดไว้ ก็ต้องทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือกลับคืนสู่สภาพที่เขาควรจะเป็นอยู่ หากมิได้มีการทำนิติกรรมนั้นขึ้น ด้วยการส่งทรัพย์สิน ค่าตอบแทน การงานหรือประโยชน์อื่นใดที่ตนได้รับไว้ กลับคืนแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าการคืนทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ได้รับไว้เป็นการพ้นวิสัย เพราะทรัพย์สินนั้นเสื่อมสภาพลงเพราะการใช้สอย หรือคืนกันไม่ได้เพราะได้โอนต่อไปยังบุคคลภายนอก หรือถูกทำลายเสียหายไปแล้ว หรือการงานหรือประโยชน์ที่ได้รับไว้ได้หมดสิ้นไปแล้ว หรือไม่อาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ด้วยเหตุอย่างอื่น ดังนี้ฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมย่อมมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายทดแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

โดยที่บุคคลที่ไร้ความสามารถทำนิติกรรม ไม่ว่าจะเป็นการทวง หรือผู้เยาว์ที่ยังไม่สามารถกำหนดเจตนาของตนเองได้อย่างอิสระซึ่งยังไม่สามารถทำนิติกรรมได้ด้วยตนเอง หรือเป็นคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถซึ่งหากทำนิติกรรมใด นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะนั้น ล้วนแล้วแต่มีสภาพบุคคล และสามารถมีสิทธิได้ ดังนั้นหากบุคคลเหล่านี้มีเหตุต้องทำนิติกรรมใด ๆ ให้มีผลแน่นอน เขาย่อมต้องอาศัยผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้จัดการแทน เช่น ผู้เยาว์อายุ ๓ ปี ย่อมไม่อาจแสดงเจตนาอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของนิติกรรมได้ หรือคนป่วยที่แกนสมองได้รับความเสียหายถึงขนาด ไม่อาจรับรู้เข้าใจ หรือเคลื่อนไหวร่างกายได้ด้วยตนเอง ย่อมไม่อาจทำนิติกรรมใด ๆ ได้เลย บุคคลเหล่านี้หากจะทำนิติกรรมใด ๆ เช่น รับให้โดยเสนาหา หรือรับโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน หรือซื้อเครื่องนุ่งห่ม ย่อมไม่อาจทำได้ด้วยตนเอง ต้องอาศัยผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้จัดการ หรือในกรณีคนวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ก็ต้องให้ผู้อนุบาลเป็นผู้จัดการแทน (มาตรา ๑๕๗๑, ๑๕๗๔, ๑๕๘๘/๒, ๑๕๘๘/๓, ๑๕๘๘/๑๘) การกระทำของผู้ปกครอง หรือผู้อนุบาลซึ่งได้กระทำไปในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถ ย่อมมีผลผูกพัน และเกิดผลได้แก่ผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถโดยตรง เช่น ผู้เยาว์อายุ ๓ ขวบ ย่อมไม่อาจแสดงเจตนารับให้โดยเสนาหาได้ เพราะผู้เยาว์ในวัยขนาดนี้ ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้และเข้าใจความหมายของการนั้น และยังไม่สามารถแสดงเจตนาสนองรับบริการให้มันได้ ทั้งไม่สามารถรับโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน หรือซื้อทรัพย์สินได้

ด้วยตัวเอง ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ และเป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ด้วย ดังนั้น ผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมต้องเป็นผู้รับให้แทนผู้เยาว์ การให้เช่นนั้นจึงจะสำเร็จผลเป็นนิติกรรมขึ้นมาได้

๓. การหย่อนความสามารถในการทำนิติกรรม

๓.๑ เหตุหย่อนความสามารถ

บุคคลที่กฎหมายถือว่าหย่อนความสามารถในการทำนิติกรรม ได้แก่บุคคลที่สามารถกำหนดเจตนาด้วยตนเอง คือรู้และเข้าใจการกระทำ และความประสงค์ต่อผลทางกฎหมายของตนแล้ว แต่กฎหมายถือว่าบุคคลบางจำพวก เป็นบุคคลที่ยังมีจิตวิจฉัยอ่อน หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะจัดการงานของตนเองได้ หรือมีแต่จะจัดการไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองและครอบครัว บุคคลเหล่านี้ ได้แก่ผู้เยาว์ (มาตรา ๑๕, ๒๑) และบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถเพราะมีกายพิการ หรือสติปัญญาไม่สมประกอบ หรือประพฤติดุร้ายสุรุ่ยสุร่ายเสเพลเป็นอาชญา หรือติดสุรายาเมา หรือมีเหตุทำนองเดียวกัน (มาตรา ๓๔) บุคคลเหล่านี้กฎหมายถือว่ามีความสามารถในการทำนิติกรรมได้จำกัด หรือหย่อนความสามารถในการทำนิติกรรม

๓.๒ นิติกรรมที่ผู้หย่อนความสามารถกระทำลงต้องได้รับความยินยอม

ในกรณีของผู้เยาว์นั้น กฎหมายกำหนดเป็นหลักทั่วไปว่า หากจะทำนิติกรรมใดต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน นิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๒๑) โดยมีข้อยกเว้นให้ผู้เยาว์ทำตัวเองบางกรณีตามมาตรา ๒๒-๒๕ หรือให้ถือว่าผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบรรลุนิติภาวะในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือการจ้างแรงงานซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมได้ให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ไว้แล้ว ตามมาตรา ๒๗ ผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งมีอำนาจให้ความยินยอมแก่นิติกรรมอันผู้เยาว์กระทำนี้ ได้แก่ บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง (มาตรา ๑๕๖๖, ๑๕๖๘) หรือผู้ปกครองซึ่งศาลตั้งขึ้นในกรณีไม่มีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง (มาตรา ๑๕๘๕, ๑๕๘๖ ประกอบมาตรา ๑๕๘๘/๓)

ส่วนในกรณีของคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายถือว่าปกติย่อมทำนิติกรรมทั้งหลายได้ เว้นแต่นิติกรรมสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้รวม ๑๑ รายการ หรือนิติกรรมอื่นตามที่ศาลสั่งเพิ่มเติม (มาตรา ๓๔ วรรคสอง) คนเสมือนไร้ความสามารถจะทำนิติกรรมเหล่านี้ให้มีผลสมบูรณ์ได้ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ซึ่งศาลแต่งตั้งขึ้นเสียก่อน นิติกรรมใดที่คน

เสมือนไร้ความสามารถกระทำไปโดยมิได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ย่อมตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๓๔ วรรคท้าย)

การให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์ในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์หรือคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ว่าต้องทำอะไร ดังนั้นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์อาจให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้ การให้ความยินยอมมิได้ทั้งโดยแจ้งชัด และโดยปริยาย การให้ความยินยอมโดยปริยายได้แก่กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์มิได้ให้ความยินยอมโดยตรง แต่ได้แสดงออกหรือกระทำการให้เป็นที่เข้าใจได้ว่าให้ความยินยอม เช่น แสดงอาการรับรู้การทำนิติกรรมนั้นโดยไม่คัดค้าน หรือเป็นพยานหรือทำการในลักษณะรับรู้รับรองว่าผู้เยาว์หรือคนเสมือนไร้ความสามารถเป็นผู้เข้าทำนิติกรรมนั้น เช่น ลงลายมือชื่อเป็นพยานในสัญญา เป็นต้น

นิติกรรมที่ผู้เยาว์ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอม และตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๒๑, ๓๔ วรรคท้าย) นี้ ย่อมมีผลไม่แน่นอน และอาจถูกบอกล้างได้ในภายหลัง (มาตรา ๑๗๕, ๑๗๖) และในทางกลับกัน แทนที่ผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมจะใช้สิทธิบอกล้าง เขาอาจให้สัตยาบันหรือให้การรับรองความมีผลสมบูรณ์แห่งนิติกรรมนั้นก็ได้ ซึ่งจะทำให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก (มาตรา ๑๗๗)

๓.๓ นิติกรรมที่ผู้หย่อนความสามารถอาจกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม

๑) ข้อแตกต่างระหว่างความสามารถของผู้เยาว์กับคนเสมือนไร้ความสามารถ

ความเป็นผู้หย่อนความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ กับคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายวางหลักไว้แตกต่างกัน โดยกฎหมายถือว่า ผู้เยาว์นั้นปกติทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม และนิติกรรมที่ได้กระทำการโดยปราศจากความยินยอมเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๒๑) เว้นแต่เป็นนิติกรรมที่กฎหมายยอมให้ผู้เยาว์ทำได้เองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม (มาตรา ๒๒-๒๕) ส่วนคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายวางหลักไว้กลับกันกับผู้เยาว์^{๖๓} คือถือว่าคนเสมือนไร้ความสามารถย่อมทำนิติกรรมทั้งหลายให้มีผลสมบูรณ์ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใด เว้นแต่บางกรณีที่เห็นได้ว่า หากคนเสมือนไร้ความสามารถกระทำไปแล้วอาจจะก่อให้เกิดความ

^{๖๓} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๕/๒๕๑๒ ๒๕๑๒ ณ.๑๖๓๕.

^{๖๔} ควรสังเกตว่า หลักในเรื่องนี้ในกฎหมายไทยเป็นหลักที่คล้ายกับในกฎหมายฝรั่งเศส (Art. 499 CC ก่อนการแก้ไขเมื่อ ค.ศ. ๑๙๖๘) และแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันซึ่ง §114 BGB ถือว่าคนเสมือนไร้ความสามารถเป็นผู้หย่อนความสามารถที่มีความสามารถทำนิติกรรมจำกัดในตนเองเดียวกันกับผู้เยาว์

เสียหายแก่ทรัพย์สินของตนเองและครอบครัวได้ นิติกรรมเหล่านี้เราอาจเรียกว่าเป็นนิติกรรมสำคัญ มีอยู่ด้วยกัน ๑๑ รายการ เป็นนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้คนเสมือน ไร้ความสามารถต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ที่ศาลตั้งขึ้นเสียก่อนจึงจะกระทำให้มีผลสมบูรณ์ได้ การทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเหล่านี้โดยปราศจากความยินยอมของผู้พิทักษ์ย่อมเป็นเหตุให้นิติกรรมเหล่านั้นตกเป็นโมฆียะ (มาตรา ๓๔ วรรคท้าย)

๒) นิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำได้เอง

หลักทั่วไปที่ว่าผู้เยาว์ทำนิติกรรมต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ดังที่ปรากฏในมาตรา ๒๑ นั้น เป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ของผู้เยาว์ ดังนั้นจึงมีข้อยกเว้นที่กฎหมายถือว่าเป็นนิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ และยอมให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมได้เองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอม ๓ ประการที่สำคัญ คือ

ก) นิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว (มาตรา ๒๒)

ข) นิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว (มาตรา ๒๓) โดยเฉพาะอย่างยิ่งพินัยกรรม (มาตรา ๒๕)

ค) นิติกรรมตามฐานานุรูปที่จำเป็นในการดำรงชีพ (มาตรา ๒๔)

ก) นิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว

มาตรา ๒๒ ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะไปได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง

นิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียวนั้น หมายถึงนิติกรรมที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ในทางนิติบัญญัติ ได้แก่นิติกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อให้ได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือนิติกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อให้ผู้เยาว์หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง การที่กฎหมายยอมให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมประเภทนี้ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรมก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า บทบัญญัติเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์นี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์นั่นเอง เมื่อผู้เยาว์ทำนิติกรรมอันเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียวก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบธรรมอีก กฎหมายจึงยอมให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมได้เองโดยอิสระ อนึ่ง นิติกรรมเพื่อให้ได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่งหมายถึงนิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้สิทธิโดยไม่มีเงื่อนไขให้ทำการใดหรือมีภาระผูกพันอย่างใด ๆ^{๖๕} เช่นการรับให้โดยเสน่หา หรือโดยพินัยกรรม การถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับให้ประพฤติน่ารุณ (มาตรา ๕๓๑) ส่วนนิติกรรมที่ผู้เยาว์ได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจแต่ต้องชำระหนี้ตอบแทน เช่น การซื้อทรัพย์สินราคาต่ำกว่าท้องตลาด การเข้าเป็น

^{๖๕} สารศาสน์ประพันธ์, หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า ๕๔-๕๖; สมทบ สุวรรณสุทธิ, บุคลิก, หน้า ๘๗.

ผู้จัดการทรัพย์สินของบิดาผู้ไม่อยู่^{๖๖} ซึ่งทำให้ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในฐานะตัวแทน เรียกไม่ได้ว่าเป็นนิติกรรมเพื่อให้ได้ไปซึ่งสิทธิ เพราะนิติกรรมเหล่านี้เป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพัน ผู้ทำนิติกรรมย่อมต้องชั่งน้ำหนักได้เสีย การตัดสินใจเข้าทำนิติกรรมหรือไม่เป็นกิจการที่ควรได้รับการพิจารณาจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน อนึ่ง การรับให้ที่ดินซึ่งก่อให้เกิดภาระทางภาษีตามมา หรือที่ดินซึ่งติดภาระจำยอม หรือติดจำนองอาจถูกบังคับขายทอดตลาดได้ จะถือว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิหรือจะถือเป็นภาระยังเป็นเรื่องที่ยังถกเถียงกัน เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้เยาว์มิได้เสียสิทธิหรือมีหน้าที่ทำการตอบแทนใด ๆ กลับเป็นฝ่ายได้สิทธิฝ่ายเดียว เพียงแต่ว่าราคาทรัพย์สินที่ได้มาโดยติดภาระจำยอม หรือจำนองนั้นย่อมมีราคาหรือมูลค่าต่ำลง ไม่ทำให้สิทธิของผู้เยาว์เสียไปหรือก่อให้เกิดหน้าที่ใด ๆ แก่ผู้เยาว์ จึงควรจัดนิติกรรมประเภทนี้เป็นนิติกรรมเพื่อให้ได้ไปซึ่งสิทธิตามมาตรา ๒๒

ส่วนนิติกรรมที่ทำให้ผู้เยาว์หลุดพ้นหน้าที่อันใดอันหนึ่ง หมายถึงการหลุดพ้นหน้าที่ที่ไม่มีความรับผิดชอบใดเกิดตามมาอีก ได้แก่การทำสัญญาปลดหนี้ต่อผู้เยาว์ การยกอายุความขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ การคืนทรัพย์สินที่รับฝากไว้โดยไม่มีบำเหน็จเป็นต้น แต่การชำระหนี้ก็ดี การหักกลบลบหนี้ก็ดี ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการทำให้ผู้เยาว์หลุดพ้นหน้าที่ตามนัยแห่งมาตรานี้ เพราะผู้เยาว์ต้องเสียทรัพย์สินไปในการชำระหนี้หรือหักกลบลบหนี้ด้วย

หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันนี้มีอยู่ในมาตรา ๑๐๗ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเพิ่งเล็งเฉพาะกรณีของผู้เยาว์ทำนิติกรรมที่เป็นประโยชน์ทางนิตินัยต่อผู้เยาว์ฝ่ายเดียว หลักทำนองนี้ยังมีในมาตรา ๑๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และมาตรา ๘๖๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย สำหรับในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นมีหลักในทางกลับกัน ปราบกฏอยู่ในมาตรา ๑๓๐๕ ซึ่งถือหลักทั่วไปว่านิติกรรมที่กระทำโดยผู้เยาว์ย่อมมีผลบังคับ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะเป็นผลเสียต่อผู้เยาว์ (l'ésion simple)

ข) นิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว

มาตรา ๒๓ ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว

อะไรคือการอันผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว เคยเป็นที่เข้าใจกันว่า ได้แก่กิจการที่เป็นการส่วนตัวโดยเฉพาะของผู้ทำ ไม่อาจให้ผู้อื่นทำการแทนได้โดยสภาพหรือโดยกฎหมาย^{๖๗} มีการยกตัวอย่างว่าได้แก่ การทำการหมั้นและการสมรส แต่ก็มีข้อยกเว้นต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่าต้องได้รับ

^{๖๖} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๕๗/๒๔๕๘ ๒๔๕๘ ณ.๑๔๒๑: คดีบุตรผู้เยาว์ของอัสนี พลจันทร์ ซึ่งเป็นผู้ไม่อยู่ ขอให้ศาลตั้งตั้งตนเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่.

^{๖๗} สารสาสน์ประพันธ์, หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า ๑๐๐ - ๑๐๑; สมทบ สุวรรณสุทธิ, บุคคล, หน้า ๘๘; จิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมและหนี้, หน้า ๕๘-๕๙.

ความยินยอมจากบิดามารดา (มาตรา ๑๔๓๖, ๑๔๕๔) การที่ผู้เยาว์ต้องทำเองโดยเฉพาะตัวที่สำคัญคือการทำพินัยกรรม ซึ่งผู้เยาว์สามารถกระทำได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว (มาตรา ๒๕) นอกนั้นยังมีการรับเด็กเป็นบุตร (มาตรา ๑๕๔๗)

อนึ่ง การที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนี้ควรเข้าใจเป็นเบื้องต้นว่าต่างจากการก่อก่อนที่ผู้เยาว์ต้องชำระด้วยตัวเอง^{๖๘} กล่าวคือการที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนี้หมายถึงการแสดงเจตนาหรือการทำนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเคลื่อนไหวสิทธิซึ่งเป็นนิติกรรมที่ไม่อาจให้ผู้อื่นแสดงเจตนาทำแทนได้ แต่หน้าที่ผู้เยาว์ต้องชำระด้วยตนเองนั้นหมายถึงหนี้เฉพาะตัว (personal contract) ที่ผู้เยาว์ต้องชำระด้วยตนเอง โดยการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมากเป็นหนี้ที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถพิเศษของผู้เยาว์ เช่น สัญญาจ้างร้องเพลง แสดงภาพยนตร์ เป็นต้น สำหรับหน้าที่ผู้เยาว์ต้องชำระด้วยตนเองนี้กฎหมายกำหนดว่าผู้ใช้อำนาจปกครองจะทำหน้าที่บุตร(ผู้เยาว์)ต้องทำเองโดยมิได้รับความยินยอมของบุตร(ผู้เยาว์)ไม่ได้ (มาตรา ๑๕๗๒) จากความข้อนี้อาจเห็นได้ว่าการก่อก่อนที่ผู้เยาว์ต้องชำระด้วยตนเองไม่ใช่การอันผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว เพราะผู้แทนโดยชอบธรรมอาจทำแทนได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ และหากผู้เยาว์เป็นฝ่ายทำนิติกรรมก่อก่อนขึ้นเองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม นิติกรรมก่อก่อนนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๒๑

อย่างไรก็ดี ในการตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งหลังสุดเมื่อ พ.ศ. ๒๕๓๕ นี้ คณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายได้พิจารณาคำที่บัญญัติว่า “เป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว” แล้วเห็นว่าการบัญญัติไว้เช่นนั้นอาจทำให้เข้าใจได้ว่าต้องเป็นเรื่องที่ผู้เยาว์จะต้องเป็นผู้ดำเนินการเองเท่านั้น แต่ที่จริงแล้วมาตรานี้หมายถึง “การดำเนินการในเรื่องส่วนตัวของผู้เยาว์ ซึ่งผู้เยาว์อาจทำเองหรือมอบหมายให้ผู้อื่นทำแทนก็ได้” ทั้งนี้โดยเทียบเคียงจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา ๑๕ ที่ใช้คำว่า “สิทธิส่วนตัวโดยเฉพาะ” แต่คณะกรรมการก็ไม่แก้ไขถ้อยคำให้แตกต่างจากถ้อยคำเดิม เพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจสับสนว่ามีความหมายต่างจากปัจจุบัน^{๖๙}

การที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนี้ หากตีความตามแนวของกฎหมายแพ่งสวิส^{๗๐}ว่า หมายถึง “สิทธิส่วนตัวโดยเฉพาะ” ของผู้เยาว์เราจะเห็นขอบเขตของเรื่องนี้ชัดเจนขึ้น สิทธิส่วนตัวโดยเฉพาะนี้ที่สำคัญได้แก่สิทธิในสภาพบุคคล อันมีสิทธิในชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และ

^{๖๘} จิตติ ดิงศภัทย์, บุคคล, หน้า ๕๑; อนุมติ ใจสมุทร, บุคคล, หน้า ๑๘๐-๑๘๑.

^{๖๙} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอฯ, หน้า ๑๐๗ ซึ่งอ้าง มาตรา ๑๐๗ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส

^{๗๐} ดู Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I.Bd.: Einleitung und Personenrecht - Egger, 2.Aufl. 1930, Art. 19, Rnr. 2ff.

สิทธิในครอบครอง เป็นต้น บทบัญญัติว่าด้วยความสามารถของผู้เยาว์นั้น โดยทั่วไปมุ่งคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินของผู้เยาว์เป็นสำคัญ การกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก็เพื่อให้ได้ซึ่งประโยชน์ได้เสียทางทรัพย์สินเป็นหลัก สิทธิทางทรัพย์สินนี้โดยทั่วไปไม่ใช่การเฉพาะตัวของผู้เยาว์เพราะไม่เกี่ยวพันโดยตรงกับสภาพบุคคลของผู้เยาว์ (เว้นแต่เรื่องพินัยกรรมซึ่งเป็นการแสดงเจตนาเพื่อตาย) ส่วนสิทธิเฉพาะตัวของผู้เยาว์นั้นกฎหมายก็มุ่งคุ้มครองเช่นกัน แต่การคุ้มครองสิทธิที่จัดเป็นเรื่องส่วนตัวโดยเฉพาะของผู้เยาว์นั้น กฎหมายย่อมคุ้มครองด้วยการรับรองให้ผู้เยาว์ที่รู้ผิดชอบและมีวิญญัตยของตนเองแล้วสามารถทำการได้ด้วยตนเองไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุผลพิเศษที่ควรต้องได้รับความยินยอม กฎหมายก็จะบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ในเรื่องการหมั้น ตัวอย่างการอันผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัวนี้ นอกจากตัวอย่างที่ได้ยกไว้ข้างต้นแล้ว ยังมีอีกหลายกรณี เช่น การบอกเลิกสัญญาหมั้น (มาตรา ๑๔๔๒, ๑๔๔๓), การร้องขอให้ศาลเพิกถอนผู้ปกครอง (มาตรา ๑๕๘๘, ๑๕๘๙, ๑๕๘๘/๕) การยินยอมหรือไม่ยินยอมเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นเมื่อผู้เยาว์ที่อายุ ๑๕ ปีแล้ว (มาตรา ๑๕๘๘/๒๐) และกรณีอื่น ๆ เช่น การให้อภัยแก่ผู้ประพฤตินรคุณ (มาตรา ๕๓๓)^{๑๐}, การกำหนดตัวผู้รับประโยชน์ในสัญญาประกันชีวิต (มาตรา ๘๕๑), การให้ความยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด^{๑๑} เป็นต้น

ก) นิติกรรมตามฐานานุกรมที่จำเป็นในการดำรงชีพ

มาตรา ๒๔ ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานานุกรมแห่งตน และเป็น การอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร

นิติกรรมที่จำเป็นในการดำรงชีพนี้ หมายถึงนิติกรรมที่จำเป็นในการดำรงชีพโดยสมแก่ ฐานานุกรมของผู้เยาว์ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ตามหลักเดิมในกฎหมายไทยซึ่งคล้ายตามหลักกฎหมาย อังกฤษเรื่อง “necessaries”^{๑๒} แต่ถ้อยคำในตัวบทภาษาอังกฤษของกฎหมายไทยใช้คำว่า “reasonable needs” เหตุผลสำคัญของมาตรานี้ก็คือการคุ้มครองผู้เยาว์ให้สามารถทำนิติกรรมที่ จำเป็นในการดำเนินชีวิตตามปกติได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม สิ่งจำเป็นในการดำรงชีพนั้นในขั้นพื้นฐานที่สุดคือปัจจัยให้มีชีวิตอยู่ ๔ ประการ อันได้แก่ อาหาร

^{๑๐} แต่ทั้งนี้ไม่หมายรวมถึงการละสิทธิเรียกร้องในลักษณะที่เป็นการประนีประนอมยอมความ

^{๑๑} เรื่องนี้เคยเป็นปัญหาโต้แย้งกันในเยอรมัน ในที่สุดศาลตัดสินว่าการให้ความยินยอมเช่นนั้นไม่เป็นนิติ กรรม ผู้เยาว์ย่อมทำได้ (BGH 29, 35).

^{๑๒} สารศาสน์ประพันธ์, หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า ๑๐๑; และ โปรดดู section 3, Sale of Goods Act, 1979 ซึ่งบัญญัติว่า “Necessaries” ได้แก่ “goods suitable to the condition in life of such infant... and to his actual requirements at the time of the sale and delivery”.

เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และยารักษาโรค นอกจากนั้นได้แก่ปัจจัยอันจำเป็นในการดำรงตนในชุมชน ได้แก่การทำงาน การรับการศึกษาและการสมาคม โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะการดำรงชีพเพื่อการมีชีวิตอยู่รอดเท่านั้น เช่น กรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในเขตที่ไม่มีบริการขนส่งสาธารณะอย่างเพียงพอ ซึ่งรถยนต์หรือจักรยานยนต์เป็นของตนเองเพื่อใช้ขับไปทำงานหรือศึกษา^{๑๔} ต่อมามีความจำเป็นต้องซ่อมแซม ผู้เยาว์ก็สมควรสั่งซื้อเครื่องอะไหล่มาเปลี่ยนได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้มีได้อยู่ในความหมายของการดำรงชีพเพื่อการอยู่รอด^{๑๕} ดังนั้นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรในมาตรานี้จึงหมายถึงการกระทำใด ๆ ของผู้เยาว์ในกิจการปกติที่ผู้เยาว์จำเป็นต้องกระทำโดยพิจารณาจากฐานะของผู้เยาว์แต่ละบุคคล ความหมายของการอันจำเป็นในการดำรงชีพนี้จึงควรตีความอย่างกว้างมิใช่ตีความอย่างแคบ การอันจำเป็นในการดำรงชีพของผู้เยาว์จึงหมายรวมถึงการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งจำเป็นสำหรับบุคคลอันผู้เยาว์มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบในครอบครัวของผู้เยาว์ทั้งทางกฎหมาย และทางธรรมเนียมด้วย^{๑๖}

อนึ่ง การทำนิติกรรมที่จำเป็นในการดำรงชีพนี้หากเป็นนิติกรรมสำคัญย่อมต้องอยู่ในบังคับแห่งมาตรา ๑๕๗๔ ด้วย^{๑๗} ถ้าผู้เยาว์ทำสัญญาจะขายนาเพื่อเอาเงินมาใช้ในการศึกษา ดังนี้ย่อมต้องห้ามตามมาตรา ๑๕๗๔^{๑๘} แต่ถ้ากู้เงินมาใช้ในการกิจการที่จำเป็นในการดำรงชีพย่อมทำได้^{๑๙}

^{๑๔} คดีทำนองนี้เคยเป็นปัญหาถกเถียงกันในอเมริกา ซึ่งศาลตัดสินว่าเป็นกรณี “necessaries” ผู้เยาว์ต้องผูกพันตามสัญญา; *Crocket Motor Co. v. Thomson*, 117 Ark. 495, 6 S.W. 2d 834 (1930); *Robertson v. King*, 225 Ark. 276, 280 S.W. 2d 402 (1955); *Braham & Co. v. Yittel*, 232 App. Div. 406, 250 N.Y.S. 44 (1931).

^{๑๕} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอม.๑, หน้า ๑๐๘.

^{๑๖} กรณีดังกล่าวเข้าข่าย “necessaries” ในกฎหมายอังกฤษเช่นกัน โปรดดู *Zweigert/Koetz, Einfuehrung in die Rechtsvergleichung* (1984), Bd.II, S.35.

^{๑๗} จิต เศรษฐบุตร, *นิติกรรมและหนี้*, หน้า ๖๐; จิตติ ดิงศักดิ์, *บุคคล*, หน้า ๕๑.

^{๑๘} คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๕๖-๘๕๗/๒๔๕๗ ๒๔๕๗ ฎ.๘๒๒: ผู้เยาว์ขายนาที่รับมรดกเพื่อนำมาใช้ขายในการศึกษาเล่าเรียน ผู้แทนโดยชอบธรรมขออนุญาตจากศาล ศาลไม่อนุญาต จึงเลี้ยงไปให้ผู้เยาว์ทำสัญญาจะซื้อขายโดยผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมแทน โดยมีเงื่อนไขว่าเมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้ว ๑ เดือนจะโอนให้ผู้ซื้อ เมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะผู้เยาว์บอกล้างนิติกรรม ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ผู้เยาว์ปฏิบัติตามสัญญา ส่วนศาลฎีกาตัดสินว่า สัญญาจะซื้อขายไม่มีผลผูกพัน ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมในกรณีนี้ไม่มีผล โดยตีความว่าที่กฎหมายห้ามซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลนั้น รวมถึงสัญญาจะขายด้วย (อ้างคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๖๒/๒๔๘๘ ๒๔๘๘ ฎ.๓๖๖) แม้การขายจะจำเป็นแก่การดำรงชีพของผู้เยาว์อ้างมาตรา ๒๔ ได้ แต่ก็ต้องอยู่ในบังคับของมาตรา ๑๕๔๖ (คือมาตรา ๑๕๗๔ ในปัจจุบัน).

นิติกรรมที่จำเป็นในการดำรงชีพนี้ยังต้องสมแก่ฐานานุกรม คือสมแก่ฐานะทางการเงิน และฐานะทางสังคมของผู้เยาว์อีกด้วย เช่นผู้เยาว์มีฐานะและรายได้พอที่จะซื้อรถจักรยานสำหรับใช้เป็นพาหนะไปโรงเรียน อาจถือได้ว่าการมียานพาหนะเพื่อใช้ไปโรงเรียนเป็นกรณีจำเป็นในการดำรงชีพ ส่วนที่ว่าจะสมแก่ฐานานุกรมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยเทียบเอาจากบุคคลทั่วไปซึ่งมีฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจระดับเดียวกันกับผู้เยาว์จะพึงมีไว้ใช้หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นก็ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวสมแก่ฐานานุกรม^{๑๕}

๓.๔ นิติกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล

มาตรา ๑๕๗๔ นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต

(๑) ขาย แลกเปลี่ยน ขายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนองซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้

(๒) กระทำให้สุดสิ้นลงทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งทรัพย์สินของผู้เยาว์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

(๓) ก่อตั้งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นใดในอสังหาริมทรัพย์

(๔) จำหน่ายไปทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะให้ทรัพย์สินเช่นนั้นของผู้เยาว์ปลอดจากทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น

(๕) ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินสามปี

(๖) ก่อซื้อผูกพันใด ๆ ที่มุ่งให้เกิดผลตาม (๑) (๒) หรือ (๓)

(๗) ให้กู้ยืมเงิน

(๘) ให้โดยเสนาหา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศลสาธารณะเพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสมควรแก่ฐานานุกรมของผู้เยาว์

(๙) รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสนาหา

(๑๐) ประกันโดยประการใด ๆ อันอาจมีผลให้ผู้เยาว์ต้องถูกบังคับชำระหนี้หรือทำนิติกรรมอื่นที่มีผลให้ผู้เยาว์ต้องรับเป็นผู้รับชำระหนี้ของบุคคลอื่นหรือแทนบุคคลอื่น

^{๑๕} มาตรา ๑๕๗๔ กำหนดให้ต้องขออนุญาตศาลเฉพาะกรณีให้กู้ยืมเงิน ไม่รวมกู้เงินด้วย (เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๒๗/๒๔๘๕ ๒๔๘๕ ฎ.๒๖๓)

^{๑๖} โปรดดูสมทบ สุวรรณสุทธิ, บุคคล, หน้า ๘๕, จิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมและหนี้, หน้า ๖๐.

(๑๑) นำทรัพย์สินไปแสวงหาผลประโยชน์นอกจากในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕๕๘/๔ (๑) (๒) หรือ (๓)

(๑๒) ประนีประนอมยอมความ

(๑๓) มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย

ผู้เยาว์นั้นกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจปกครองของผู้แทนโดยชอบธรรม (มาตรา ๑๕๖๖, ๑๕๘๕) ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมมีความสัมพันธ์กับผู้เยาว์ ๒ ฐานะ คือมีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการทำนิติกรรม (มาตรา ๒๑) และยังมีอำนาจทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ (มาตรา ๑๕๗๐, ๑๕๗๑, ๑๕๘๘/๓) ในฐานะเป็นตัวแทนที่กฎหมายกำหนด^{๘๐} อีกด้วย แต่อำนาจทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์นี้จำกัดเฉพาะนิติกรรมทั่วไป หากเป็นนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว

นิติกรรมสำคัญนั้นตามมาตรา ๑๕๗๔ ได้แก่นิติกรรมที่มีลักษณะต่อไปนี้

ก) นิติกรรมจำหน่ายจ่ายโอนอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์อันอาจจำนองได้ รวมตลอดถึงการให้เช่าสังหาริมทรัพย์เกินกว่า ๓ ปี

ข) นิติกรรมที่มีผลให้ทรัพย์สินที่มีอยู่ลดลงโดยไม่มีประโยชน์ตอบแทนหรือทำให้ทรัพย์สินที่ได้รับมรดกน้อยถอยลง เช่น การให้กู้ยืมเงิน การให้โดยเสน่หา การรับให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไข การไม่รับให้โดยเสน่หา หรือการเป็นผู้รับประกัน

ค) นิติกรรมเกี่ยวกับการจำหน่ายสิทธิเรียกร้อง ได้แก่การประนีประนอมยอมความ และการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย

ในกรณีเหล่านี้ ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ที่ถ่วงดุลค่าขอเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของผู้เยาว์โดยเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาให้อนุญาต อำนาจให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก็ดี อำนาจทำการแทนผู้เยาว์ก็ดี ไม่มีอยู่ต่อไป หากผู้แทนโดยชอบธรรมฝ่าฝืนทำนิติกรรมสำคัญไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ก็เป็นกรณีกระทำการโดยปราศจากอำนาจ นิติกรรมนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ และผู้แทนโดยชอบธรรมอาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว (เทียบจากมาตรา ๘๒๓ วรรคสอง) อนึ่ง หากผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ให้ทำนิติกรรมสำคัญโดยไม่ขออนุญาตจากศาล กรณีนี้จะต้องถือว่าผู้เยาว์กระทำไปโดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชอบ นิติกรรมนั้นย่อมไม่ผูกพันผู้เยาว์ ที่ว่าไม่ผูกพันผู้เยาว์นี้จะหมายถึง ไม่มีนิติกรรมใด ๆ เกิดขึ้นเลย หรือจะถือว่านิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ

^{๘๐} เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัว มรดก ๑, หน้า ๓๒๘; สอาด นวีเจริญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ๑, หน้า ๒๗๒

กรณีปัญหาเช่นนี้เห็นได้ว่าเป็นปัญหาที่ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด จำเป็นต้องอาศัยการตีความมาตรา ๑๕๗๔ เรื่องนี้มีบางท่านเห็นว่านิติกรรมเช่นนั้นผู้เยาว์ไม่มีอำนาจกระทำได้เองเลย ต้องขออนุญาตจากศาลเสมอ ดังนั้นหากผู้เยาว์กระทำโดยพลการนิติกรรมย่อมไม่ผูกพันผู้เยาว์^{๘๒} ในขณะที่เดียวกันก็ไม่ผูกพันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย แต่อย่างไรก็ดี ในอีกแง่หนึ่งกรณีก็มีช่องให้อาจคิดไปได้ว่านิติกรรมดังกล่าวเพียงแต่ตกเป็นโมฆียะ คือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งผูกพัน แต่ฝ่ายผู้เยาว์อาจบอกล้างได้ตามหลักทั่วไปในมาตรา ๒๑ แนวความคิดอย่างหลังนี้ถือว่าการไม่ได้รับอนุญาตจากศาลในการทำนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ ย่อมมีค่าเสมือนไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมในนิติกรรมทั่วไปตามมาตรา ๒๑ แนวความเห็นอย่างหลังนี้นับว่าให้ความสำคัญแก่ผู้เยาว์ยิ่งกว่าความเห็นแรกและเป็นแนวที่ควรถือตามได้^{๘๓} ตัวอย่างเช่น ผู้เยาว์ซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตกลงให้ลูกค้าหรือลูกจ้างกู้เงินซึ่งเป็นนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ (๗) ถ้าถือตามความเห็นแรกนิติกรรมไม่ผูกพันผู้เยาว์และไม่ผูกพันคู่กรณี เท่ากับไม่มีนิติกรรมระหว่างกันเลย การเรียกทรัพย์คืนย่อมเป็นไปตามหลักลาภมิควรได้คือผู้ได้ทรัพย์ไม่ต้องคืนเท่าที่ยังสุจริตอยู่ แต่ถ้าถือแนวความเห็นหลัง นิติกรรมย่อมมีผลจนกว่าจะถูกบอกล้าง ซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายผู้เยาว์มีสิทธิเลือกได้ ถ้านิติกรรมนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ดังนี้ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้ให้สัตยาบันได้

๔. การมีความสามารถทำนิติกรรมบางส่วน

กรณีที่ผู้หย่อนความสามารถอันได้แก่ผู้เยาว์ และคนเสมือนไร้ความสามารถอาจมีความสามารถบริบูรณ์ในการทำนิติกรรมได้นั้น สำหรับผู้เยาว์อาจมีได้ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจการค้า หรือธุรกิจอื่น หรือในการทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน และผู้เยาว์ทำนิติกรรมอันเกี่ยวพันกับการประกอบธุรกิจหรือการจ้างแรงงานที่ผู้แทนโดยชอบธรรมได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว ในกรณีเหล่านี้กฎหมายถือว่าผู้เยาว์มี

^{๘๒} อนุวัติ ใจสมุทร, บุคคล, หน้า ๒๑๕.

^{๘๓} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๔๕๖/๒๕๓๗ ๒๕๓๗ ฎ.ศ.๒๓๒: คดีนี้ปรากฏว่าผู้เยาว์ถูกละเมิด แต่ได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับผู้ละเมิด โดยมีผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นพยาน ต่อมาผู้กระทำละเมิดปฏิเสธความผูกพันโดยอ้างว่านิติกรรมไม่มีผลและไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ศาลฎีกาตัดสินว่านิติกรรมสำคัญที่ผู้เยาว์ทำเอง โดยผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมย่อมมีผลบังคับกันได้ อย่างไรก็ตามโปรดดูหมายเหตุท้ายฎีกาประกอบด้วย

ฐานะเสมือนบุคคลบรรลุนิติภาวะแล้ว ส่วนคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายถือว่า ปกติเป็นผู้มีความสามารถทำนิติกรรมทั้งปวงได้ โดยมีข้อจำกัดบางส่วนให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน ได้แก่กรณีนิติกรรมสำคัญ ๑๑ รายการตามที่กฎหมายบัญญัติในมาตรา ๓๔ หรือกรณีอื่นที่ศาลที่สั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ได้สั่งเพิ่มเติมให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน (มาตรา ๓๔ วรรคแรก และวรรคสอง)

๔.๑ กรณีผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบรรลุนิติภาวะ

มาตรา ๒๗ ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจทางการค้า หรือธุรกิจอื่น หรือในการทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานได้ ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งอนุญาตได้

ในความเกี่ยวพันกับการประกอบธุรกิจหรือการจ้างแรงงานตามวรรคหนึ่งให้ผู้เยาว์มีฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว

ถ้าการประกอบธุรกิจหรือการทำงานที่ได้รับความยินยอมหรือที่ได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดหรือเสื่อมเสียแก่ผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจบอกเลิกความยินยอมที่ได้ให้แก่ผู้เยาว์เสียได้ หรือในกรณีที่ศาลอนุญาตผู้แทนโดยชอบธรรมอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการอนุญาตที่ได้ให้แก่ผู้เยาว์นั้นเสียได้

ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมบอกเลิกความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการบอกเลิกความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมได้

การบอกเลิกความยินยอมโดยผู้แทนโดยชอบธรรมหรือการเพิกถอนการอนุญาตโดยศาลย่อมทำให้ฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วของผู้เยาว์สิ้นสุดลง แต่ไม่กระทบกระเทือนการใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้กระทำไปแล้วก่อนมีการบอกเลิกความยินยอมหรือเพิกถอนการอนุญาต

เหตุผลของบทบัญญัติเรื่องนี้ก็คือกฎหมายยอมรับว่า ในปัจจุบันผู้เยาว์เป็นกลุ่มผู้ใช้แรงงานที่สำคัญ และผู้เยาว์บางคนก็มีความสามารถในการทำงานหารายได้โดยการประกอบอาชีพหรือทำธุรกิจด้วยตนเอง ดังนั้นกฎหมายจึงส่งเสริมให้ผู้เยาว์ที่ทำงานเป็นลูกจ้าง หรือประกอบธุรกิจด้วยตนเองให้สามารถทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการงานต่าง ๆ ของตนได้โดยสะดวก โดยวางเงื่อนไขว่า เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมให้ประกอบธุรกิจหรือทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้กฎหมายรับรองให้ผู้เยาว์มีฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว การที่กฎหมายต้องบัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นพิเศษก็เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนและความคล่องตัวทางการค้าพาณิชย์ เพราะการทำงานเหล่านี้มีกรณีที่อาจโต้แย้งกันได้ เช่น ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมตามมาตรา

๒๑ นั้น ความยินยอมมีขอบเขตเพียงใด หรือในกรณีทำสัญญาจ้างแรงงานในฐานะเป็นนิติกรรม อันจำเป็นเพื่อการดำรงชีพตามมาตรา ๒๔ ก็อาจมีข้อโต้แย้งขึ้นว่าจำเป็นเพื่อการดำรงชีพหรือสมแก่ฐานะรูปหรือไม่ เมื่อมีข้อโต้แย้งเช่นนี้ ผลในทางปฏิบัติก็คือจะต้องมีการขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมทุกครั้งไป เมื่อพิจารณาว่าการทำงานนิติกรรมของผู้เยาว์ที่เกี่ยวกับการทำงานในฐานะลูกจ้าง และการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ต้องการความคล่องตัวและความแน่นอน เป็นที่เชื่อถือของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นเพื่อความสะดวกแก่ผู้เยาว์ และเพื่อความแน่นอนแก่บุคคลผู้เข้าเกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ในกิจการเหล่านี้ กฎหมายจึงรับรองฐานะของผู้เยาว์ที่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมให้ประกอบธุรกิจหรือเข้าเป็นลูกจ้างให้มีฐานะเสมือนผู้บรรลุนิติภาวะในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น

โดยหลักดังกล่าวข้างต้น หากผู้แทนโดยชอบธรรมได้ให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจ หรือในการทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ความยินยอมเช่นนั้นของผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีผลครอบคลุมไปถึงกิจการที่เกี่ยวข้องกันด้วย โดยกฎหมายถือว่าผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะในกิจการเหล่านั้น คือยอมทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกันได้โดยผู้บรรลุนิติภาวะ เป็นคู่ความในคดีที่เกี่ยวข้องกับกิจการเหล่านั้น และผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งปกติมีอำนาจทำการแทนผู้เยาว์ย่อมไม่มีอำนาจทำการแทนผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ได้ให้ความยินยอมไปแล้วอีกต่อไป เว้นแต่กรณีที่ได้มีการเพิกถอนการให้ความยินยอมนั้นในภายหลัง (มาตรา ๒๗ วรรคสาม)

ปัญหาว่านิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือการจ้างแรงงานนั้น มีขอบเขตกว้างขวางเพียงใดย่อมต้องพิเคราะห์จากปกติประเพณีและความรู้สึกนึกคิดตามมาตรฐานแห่งวิญญูชน ไม่ใช่หมายถึงนิติกรรมใด ๆ ทั้งปวง เช่นในเรื่องการประกอบธุรกิจที่ได้รับความยินยอมนั้น หากผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด หรือได้ทรัพย์สินสิ่งใดมาอำนาจการจัดการทรัพย์สินนั้นย่อมตกอยู่กับผู้เยาว์ หากประกอบธุรกิจได้กำไร ผู้เยาว์จะใช้กำไรไปในการประกอบกิจการหรือการลงทุนผู้เยาว์ย่อมทำได้โดยอิสระเสมือนบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ถ้าผู้เยาว์นำเงินกำไรไปใช้ในทางที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจเลย นิติกรรมเช่นนั้นย่อมอาจถูกผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างเสียได้ หรือทรัพย์สินที่ได้มาย่อมตกอยู่ในอำนาจจัดการของผู้แทนโดยชอบธรรมในฐานะผู้ปกครอง เช่นผู้เยาว์นำรายได้จากการประกอบธุรกิจไปใช้ซื้อที่อยู่อาศัย ส่วนด้านการจ้างแรงงานนั้น ผู้เยาว์ย่อมมีฐานะเสมือนบรรลุนิติภาวะในการเข้าทำสัญญา ปฏิบัติตามสัญญา เลิกสัญญา การเรียกค่าเสียหาย การปลดหนี้ และรวมไปถึงการเข้าเป็นสมาชิก หรือกรรมการของสหภาพแรงงาน การเป็นลูกจ้าง โดยลูกจ้างยอมตกลงทำสัญญาต่อนายจ้างว่าหากสิ้นสุดสัญญาลูกจ้างจะไม่ทำการแข่งขันกับนายจ้าง หรือสัญญาว่าจะใช้เบี่ยงปรับให้ในกรณีก่อความเสียหาย ดังนี้ผู้เยาว์ย่อมทำได้ เพราะเห็นได้ว่ายังเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน แต่การยินยอมให้ทำสัญญาเป็นลูกจ้างย่อมไม่เป็น

เหตุให้ผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบรรลุนิติภาวะในสัญญาเข้าหุ้นในกิจการที่ตนเป็นลูกจ้าง เว้นแต่มีปกติประเพณีเช่นนั้นในการเป็นลูกจ้างในกิจการนั้น ๆ การเป็นลูกจ้างโดยทั่วไปย่อมไม่เกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายพาหนะเช่นรถยนต์โดยไม่มีเจตนาจำเป็นในการทำการงานที่จ้าง หรือจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรในมาตรา ๒๔ บรรณานิติกรรมเหล่านี้ หากผู้เยาว์กระทำลงโดยปราศจากความยินยอมนิติกรรมนั้นย่อมเป็นโมฆียะตามหลักทั่วไป อนึ่ง ควรสังเกตด้วยว่า การจ้างแรงงานตามมาตรา ๒๖ วรรคสองนี้ย่อมหมายถึงความสัมพันธ์อย่างอื่นทำนองเดียวกัน เช่น การเข้ารับราชการพลเรือน และทหาร

ปัญหาต่อไปมีว่า ที่ว่าผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะนั้น ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมเกี่ยวพันกับการเป็นลูกจ้างหรือการประกอบธุรกิจของตนได้ทุกกรณี หรือจะต้องอยู่ภายใต้บังคับข้อจำกัดห้ามทำนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ เพียงใด กล่าวคือนิติกรรมใดเป็นนิติกรรมสำคัญที่ผู้แทนโดยชอบธรรมกระทำไม่ได้ นอกจากจะร้องขออนุญาตจากศาลก่อนนั้น ในกรณีที่ผู้เยาว์ได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมให้ประกอบธุรกิจหรือทำสัญญาเป็นลูกจ้างไปแล้ว หากมีกรณีต้องทำนิติกรรมอันเกี่ยวพันกับกิจการที่ได้รับอนุญาตโดยนิติกรรมนั้นเข้าข่ายเป็นนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ เช่นการขาย หรือการจำนองสังหาริมทรัพย์ ดังนี้ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมเช่นนั้นได้เองในฐานะเสมือนผู้บรรลุนิติภาวะ หรือจะต้องขออนุญาตจากศาลในฐานะเป็นนิติกรรมสำคัญ

ปัญหาข้อนี้อาจมีทางตอบได้เป็น ๒ แนว แนวแรกเป็นไปตามข้อเสนอของคณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเห็นว่า “การที่ผู้เยาว์ได้รับอนุญาตตามมาตรานี้เป็นบทยกเว้นจากหลักเกณฑ์ปกติ มิใช่เป็นกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมอนุญาตตามอำนาจที่ตนมีอยู่อย่างจำกัดตามมาตรา ๑๕๗๔ และบทบัญญัตินี้ได้รับรองการกระทำของผู้เยาว์ไว้แล้วว่ามีฐานะเสมือนบุคคลบรรลุนิติภาวะ ฉะนั้น ถ้าสิ่งที่กระทำลงไปมีความเกี่ยวพันกับธุรกิจที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้แล้ว ผู้เยาว์ย่อมทำได้เองทั้งสิ้น ทั้งนี้เพราะการประกอบธุรกิจและการรับจ้างต่อไปนั้นควรให้ผู้เยาว์เป็นอิสระในการดำเนินการเพื่อมิให้เกิดความเสียหายทั้งต่อผู้เยาว์และบุคคลอื่นที่จะเข้ามาเกี่ยวข้อง”^{๘๔} จะเห็นได้ว่าแนวความคิดนี้ถือเอาความแน่นอนทางการค้าพาณิชย์เป็นใหญ่ ถือว่า หลักในมาตรา ๒๖ ย่อมมาก่อนหลักในมาตรา ๑๕๗๔

พิจารณาในอีกแง่หนึ่ง คือในแง่ของการถือหลักให้ความคุ้มครองผู้เยาว์เป็นใหญ่ โดยเฉพาะความมุ่งหมายของกฎหมายในมาตรา ๑๕๗๔ ซึ่งมุ่งจะคุ้มครองผู้เยาว์ในการทำนิติกรรมสำคัญ โดยมีศาลเป็นผู้ชั่งน้ำหนักได้เสียในการทำนิติกรรมเหล่านั้นช่วยผู้เยาว์อีกแรงหนึ่ง หากนิติกรรมนั้นผู้แทนโดยชอบธรรมกระทำลงโดยมิได้รับอนุญาตจากศาล การทำนิติกรรมนั้น

^{๘๔} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอ ๑, หน้า ๑๑๔.

ยอมเข้าข่ายเป็นการกระทำโดยตัวแทนที่ปราศจากอำนาจ^{๘๕} นิติกรรมนั้นยอมไม่ผูกพันผู้เยาว์ซึ่งเป็นตัวการ^{๘๖} และตัวแทนต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเอง ตามหลักความรับผิดชอบตัวแทนต่อบุคคลภายนอกในกรณีทำการโดยปราศจากอำนาจ (มาตรา ๘๒๓ วรรคสอง) ในเมื่อนิติกรรมเหล่านี้ผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นตัวแทนผู้เยาว์ เป็นผู้มีอำนาจทำการแทน และมีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ให้ทำนิติกรรมทั่ว ๆ ไปได้นั้น ไม่มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายนอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล เห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีที่กฎหมายจำกัดอำนาจของผู้แทนโดยชอบธรรมไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้นอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในกรณีเหล่านี้จึงมีจำกัดโดยผลแห่งมาตรา ๑๕๗๔ ไปด้วย หากผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมผู้เยาว์ประกอบธุรกิจ หรือทำสัญญารับจ้าง การให้ความยินยอมนั้น ๆ ย่อมมีขอบเขตจำกัดตามมาตรา ๑๕๗๔ มิฉะนั้นแล้วหากผู้แทนโดยชอบธรรมประสงค์จะเลี่ยงมาตรา ๑๕๗๔ ก็ย่อมอ้างอำนาจตามมาตรา ๒๗ ขึ้นเป็นเหตุให้มาตรา ๑๕๗๔ ไร้ผลไปได้^{๘๗} การตีความมาตรา ๒๗ จึงควรอยู่ได้บังคับแห่งมาตรา ๑๕๗๔ นี้กล่าวคือการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่เกี่ยวพันกับการประกอบธุรกิจ หรือการจ้างแรงงานที่ได้รับคามยินยอมตามมาตรา ๒๗ แล้วนั้น ผู้เยาว์มีฐานะเสมือนบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะเฉพาะนิติกรรมที่ไม่เข้าข่ายเป็นนิติกรรมสำคัญตาม มาตรา ๑๕๗๔

^{๘๕} โปรคคู เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัว มรดก พุทธศักราช ๒๕๐๘ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๐๘): หน้า ๓๒๘; สอาด นาวิเจริญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, ๒๕๑๗): หน้า ๒๗๒; อย่างไรก็ตาม โปรคคู หยุต แสงอุทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๔/๒๕๗๖ ซึ่งตั้งข้อสังเกตไว้ก่อนประกาศบรรพ ๕ ว่า อำนาจของบิดามารดาในการจัดการแทนบุตรไม่ใช่อำนาจตัวแทน แต่เป็นอำนาจในลักษณะจัดการงานนอกสิ่ง

^{๘๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๐/๒๕๕๓ ๒๕๕๓ ฎ.๖๒๕, ที่ ๑๕๐๒/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ฎ.๑๖๔๕, ที่ ๘๗๖/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.๘๒๒, ที่ ๓๑๖๕/๒๕๒๔ ๒๕๒๔ ฎ.๒๒๕๕, ที่ ๑๕๒๒/๒๕๒๖ ๒๕๒๖ ฎ.๑๗๕๕ ในขณะที่คดีอื่นที่ฎีกาที่ ๑๕๔๑/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.๑๒๒๑) และผู้เยาว์แม้บรรลุนิติภาวะภายหลังก็ให้สัตยาบันไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗๖/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.๘๒๒). อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๕/๒๕๑๒ ๒๕๑๒ ฎ. ๑๖๓๕, ที่ ๑๐๗๒/๒๕๒๗ ๒๕๒๗ ฎ.๖๒๓: ซึ่งวินิจฉัยว่า สัญญาซึ่งทำโดยผู้แทนโดยชอบธรรมแต่มิได้รับอนุญาตจากศาล ตามมาตรา ๑๕๗๖ เดิม (หรือมาตรา ๑๕๗๔ ในปัจจุบัน) นั้น เป็นนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายจึงตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ความเห็นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากวงวิชาการว่าเป็นความเห็นที่เลเยิดไป เพราะกรณีดังกล่าวเป็นกรณีทำนิติกรรมโดยปราศจากอำนาจไม่ใช่นิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย โปรคคู จิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมและหนี้, หน้า ๖๔, จิตติ ดิงศภัทย์, บุคคล, หน้า ๔๕.

^{๘๗} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๖-๘๕๗/๒๕๕๓ ๒๕๕๓ ฎ. ๘๒๒.

ในกรณีที่รับกันว่าผู้แทนโดยชอบธรรมไม่มีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในกรณีทำนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ หากเป็นนิติกรรมสำคัญและผู้เยาว์ที่ได้รับความยินยอมให้ประกอบธุรกิจหรือทำสัญญาเป็นลูกจ้างได้กระทำไปโดยพลการ ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล จะมีผลเพียงใด ซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้นำไปกล่าวในเรื่องการทำนิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๑๕๗๔ โดยเฉพาะในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ยังมีข้อน่าคิดด้วยว่า การที่ผู้เยาว์ที่ได้รับความยินยอมให้ประกอบธุรกิจต้องขออนุญาตศาลในการทำนิติกรรมสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจอาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่ผู้เยาว์ได้หากการประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสำคัญโดยสภาพ เช่น ผู้เยาว์ได้รับความยินยอมให้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน อาคารชุด หรืออพาร์ทเมนต์ เป็นต้น เมื่อผู้เยาว์ไม่มีฐานะเสมือนผู้บรรลุนิติภาวะในการทำนิติกรรมเหล่านี้ ไม่อาจทำนิติกรรมเหล่านี้ได้โดยอิสระด้วยตนเอง ตามปกติผู้เยาว์ต้องขออนุญาตศาลในการทำนิติกรรมเป็นราย ๆ ไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้าและยุ่งยากแก่ผู้เยาว์และคู่สัญญาเป็นอย่างยิ่ง ในกรณีเช่นนี้จึงมีปัญหาวว่าผู้เยาว์จะมีทางขอให้ศาลอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมสำคัญประเภทต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา ๑๕๗๔ และเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของตนได้ไปตลอด โดยไม่ต้องยื่นคำขอให้ศาลอนุมัติเป็นราย ๆ ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในมาตรา ๑๕๗๔ แล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดประเภทสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ไว้ก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์ทางทรัพย์สินของผู้เยาว์โดยให้ศาลเป็นผู้กลั่นกรองเสียก่อน ดังนั้นในกรณีที่ผู้เยาว์ประกอบธุรกิจและศาลเห็นว่าการอนุญาตจะเป็นประโยชน์ทางทรัพย์สินแก่ผู้เยาว์ ศาลก็ย่อมอนุญาตให้ผู้เยาว์ซึ่งประกอบธุรกิจทำนิติกรรมประเภทนั้น ๆ ได้โดยอิสระ ไม่ต้องขออนุญาตเป็นคราว ๆ ไปแต่ประการใด

๔.๒ กรณีที่คนเสมือนไร้ความสามารถต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์

มาตรา ๓๔ คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนแล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้

- (๑) นำทรัพย์สินไปลงทุน
- (๒) รับคืนทรัพย์สินที่ไปลงทุน ต้นเงินหรือทุนอย่างอื่น
- (๓) กู้ยืมหรือให้กู้ยืมเงิน ยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
- (๔) รับประกันโดยประการใด ๆ อันมีผลให้ตนต้องถูกบังคับชำระหนี้
- (๕) เช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าหกเดือนหรืออสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าสามปี
- (๖) ให้โดยเสนาหา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูป เพื่อการกุศล การสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา

- (๙) รับการให้โดยเสนาหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับให้โดยเสนาหา
- (๑๐) ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์หรือในอสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
- (๑๑) ก่อสร้างหรือตัดแปลงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือซ่อมแซมอย่างใหญ่
- (๑๒) เสนอคดีต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ เว้นแต่การร้องขอตามมาตรา ๓๕ หรือการร้องขอถอนผู้พิทักษ์

(๑๓) ประนีประนอมยอมความหรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย ถ้ามีกรณีอื่นใดนอกจากที่ได้กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งคนเสมือนไร้ความสามารถอาจจัดการไปในทางเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ในการสั่งให้บุคคลใดเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถหรือเมื่อผู้พิทักษ์ร้องขอในภายหลัง ศาลมีอำนาจสั่งให้คนเสมือนไร้ความสามารถนั้นต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนจึงจะทำการนั้นได้

ในกรณีที่คนเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่กล่าวมาในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้ด้วยตนเอง เพราะเหตุมีกายพิการหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ศาลจะสั่งให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้มีอำนาจกระทำการนั้นแทนคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผู้อนุบาลมาใช้บังคับแก่ผู้พิทักษ์โดยอนุโลม

คำสั่งของศาลตามมาตรา นี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
การใดกระทำลงโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา นี้ การนั้นเป็นโมฆะ

ก) นิติกรรมสำคัญประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา ๓๔ (๑)-(๑๑)

นิติกรรมสำคัญเหล่านี้เป็นนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้คนเสมือนไร้ความสามารถจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ มิฉะนั้นนิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะคืออาจถูกบอกล้างเป็นโมฆะไปได้ (มาตรา ๑๗๖ วรรคหนึ่ง) นิติกรรมสำคัญตามมาตรา ๓๔ นี้ได้แก่นิติกรรมที่ก่อภาระแก่คนเสมือนไร้ความสามารถ เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก็เพราะการทำการเหล่านี้กฎหมายถือว่าต้องอาศัยการไตร่ตรองอย่างรอบคอบของวิญญูชน นิติกรรมต่าง ๆ เหล่านี้มีอยู่ด้วยกัน ๑๑ ประเภทคือ

(๑) นำทรัพย์สินไปลงทุน การลงทุนในที่นี้มีความหมายกว้าง ได้แก่การจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อประกอบกิจการอันมุ่งต่อการแสวงหากำไร ไม่ว่าจะกระทำไปโดยลำพังเช่นจำหน่ายไปในการซื้อขายทรัพย์สินเพื่อใช้หรือจำหน่ายในกิจการนั้น ๆ หรืออาจร่วมกับผู้อื่น โดยลงทรัพย์สินหรือเงินเป็นหุ้นในกิจการของห้างหุ้นส่วน บริษัท แต่ถ้าเป็นการใช้จ่ายทรัพย์สินเพื่อการดำรงชีพตามปกติ เพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยในการดำรงชีพ เช่น สมัครเข้ารับการศึกษากินเลี้ยงซื้ออาหาร หรือโดยสารรถประจำทาง ทำสัญญาประกันสุขภาพ ก็เรียกไม่ได้ว่าเป็นการนำทรัพย์สินไปลงทุน อนึ่ง การทำนิติกรรมจำหน่ายทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีใช้เป็นการลงทุนและไม่ต้องห้ามตามข้ออื่น ๆ

เช่นนำเงินไปฝากไว้กับธนาคาร ซื้อตัวเครื่องบินเดินทางไปท่องเที่ยว จ้างศิลปินวาดภาพของตน
จ้างครูสอนดนตรี ทำสัญญาประกันชีวิต ดังนี้คนไร้ความสามารถย่อมทำได้โดยไม่ถูกจำกัด

(๒) รับคืนทรัพย์สินที่ไปลงทุน ดันเงินหรือทุนอย่างอื่น การรับคืนทรัพย์สินที่ลงทุนคืน
นั้นเป็นการรับชำระหนี้หนึ่งที่ต้องอาศัยความรอบคอบ นับตั้งแต่การตกลงรับคืนอาจทำให้
เสียประโยชน์อันควรได้ในอนาคต เช่นการรับคืนเงินที่ใช้ในการลงทุนซื้อหุ้นในกิจการใดกิจการ
หนึ่ง และในการรับคืนก็ต้องตรวจรับให้ครบถ้วน และต้องตรงตามความประสงค์อันแท้จริง เช่น
ในสัญญากู้ยืมเงินหากผู้ให้กู้ยอมรับสิ่งของหรือทรัพย์สินอย่างอื่นแทนเงินที่กู้ยืมอาจทำให้หนี้
ระงับได้ (มาตรา ๖๕๖ วรรคสอง) เมื่อได้รับไว้แล้วก็ต้องรักษาไว้ไม่นำไปจำหน่ายอย่างไม้อย่างคิด
คนเสมือนไร้ความสามารถจึงกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้พิทักษ์ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม
เป็นการรับดอกผลเช่นค่าเช่าบ้าน รับเงินปันผลจากหุ้นที่ลงไว้ให้รูปของหุ้นหรือดอกเบี้ยของต้น
เงินที่ให้ผู้ เหล่านี้คนเสมือนไร้ความสามารถย่อมทำได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมของผู้พิทักษ์

(๓) กู้ยืมหรือให้กู้ยืมเงิน ยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่า การกู้ยืมเงินเป็นการทำ
สัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในเงินให้แก่ผู้กู้ โดยปกติผู้กู้ยืมตกลงจะใช้ต้นเงินคืนพร้อมดอกเบี้ย ในแง่
การกู้ยืมนั้นผู้กู้ที่ประมาณตนผิดหรือไม่รอบคอบอาจต้องแบกรับภาระชำระหนี้และดอกเบี้ยเกิน
กว่าความสามารถชำระหนี้ของผู้กู้ ส่วนในแง่การให้กู้ยืมเงินนั้นหากผู้กู้มีหลักประกันไม่เพียงพอ
หรือไม่น่าเชื่อถือ ผู้ให้กู้ก็เสี่ยงต่อการสูญเสียเงินไปหากไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้ตาม
กฎหมาย กรณีเหล่านี้จึงควรได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน อนึ่ง แม้การให้กู้ยืมเงินอาจ
ถือได้ว่าเป็นการนำทรัพย์สินไปลงทุนอย่างหนึ่งเข้าข้อห้ามตาม (๑) อยู่แล้วก็ตาม แต่โดยที่ผู้ให้กู้
อาจคาดเว้นไม่คิดดอกเบี้ยก็ได้ ดังนั้นจึงต้องนำมาระบุไว้โดยเฉพาะอีกครั้งหนึ่งใน (๓) นอกจากนี้
การยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่าก็มีความเสี่ยงในทำนองเดียวกันจึงจัดเป็นข้อห้ามในข้อนี้
ด้วย ที่เรียกว่าสังหาริมทรัพย์อันมีค่านี้มีปัญหาว่าหมายถึงสังหาริมทรัพย์ประเภทใด ข้อนี้ผู้เขียน
เห็นว่าต้องพิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเครื่องประดับอันมี
ราคาสูง ทองคำหรืออัญมณีมีราคาเท่านั้น แต่หมายถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งหากพิจารณาตามขนาด
และน้ำหนักแล้วคนทั่วไปย่อมเข้าใจได้ว่าเป็นสิ่งมีราคาสูงเป็นที่ต้องการของตลาดสำหรับ
สังหาริมทรัพย์ชนิดนั้น เช่นรถยนต์ วิทยุ โทรทัศน์ พระเครื่อง เครื่องประดับที่ประกอบด้วยอัญ
มณีมีราคาหรือทำด้วยโลหะมีค่า อย่างไรก็ตามมีบางท่านเห็นว่าสังหาริมทรัพย์อันมีค่านี้หมายถึง
สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งในการซื้อขายกฎหมายกำหนดแบบไว้ว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและ

จดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานตามมาตรา ๕๕๖ ได้แก่ เรือกำปั่น แพ หรือสัตว์พาหนะ เป็นต้น^{๘๘} ซึ่งเมื่อพิเคราะห์เทียบกับเรื่องกู้ยืมเงินแล้วก็เห็นได้ว่าการตีความหมายอย่างหลังนี้กินความแคบไป

(๔) รับประกัน โดยประการใด ๆ อันมีผลให้ตนต้องถูกบังคับชำระหนี้ การรับประกันในที่นี้หมายถึงการทำสัญญาผูกพันว่าจะชำระหนี้หากทรัพย์สินหรือบุคคลที่รับประกันมีหรือไม่มีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใดตามกำหนดเวลาที่ตกลงกัน เช่นรับประกันคุณภาพสินค้า โดยตกลงรับซ่อมแซมหรือเปลี่ยนสินค้าให้หากสินค้าใช้การไม่ได้หรือปรากฏความชำรุดบกพร่องภายในเวลาที่ตกลงกัน สัญญารับประกันนี้ยังรวมถึงการทำสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน อันเป็นสัญญาผูกพันจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ด้วย

(๕) เช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าหกเดือนหรืออสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าสามปี การเช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เป็นการใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่อาจถือได้ว่าเป็นการนำทรัพย์สินไปลงทุนอย่างหนึ่ง แต่ขณะเดียวกันก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินเพื่อหารายได้ตามความจำเป็นในการดำรงชีพอย่างหนึ่งด้วย เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนกฎหมายจึงบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนว่าคนเสมือนไร้ความสามารถจะนำสังหาริมทรัพย์ออกให้เช่าได้คราวละไม่เกินหกเดือนหรืออสังหาริมทรัพย์คราวละไม่เกินสามปี

(๖) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูป เพื่อการกุศล การสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา การให้โดยเสน่หาเป็นการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับให้โดยไม่มีค่าตอบแทน (มาตรา ๕๒๑) ไม่จัดเป็นการนำทรัพย์สินไปลงทุน กฎหมายจึงกำหนดห้ามไว้อีกชั้นหนึ่งเพราะการให้โดยเสน่หาย่อมทำให้คนเสมือนไร้ความสามารถมีแต่เสียสิทธิ อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยอมให้คนเสมือนไร้ความสามารถให้โดยเสน่หาได้เพื่อการกุศลคือการบริจาคทรัพย์สินเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อการสังคม เช่น การบริจาคเงินหรือทรัพย์สินแก่บุคคล อาทิ มิตรสหายหรือคณะบุคคลบางหมู่คณะในการสมาคม หรือการให้ตามหน้าที่ธรรมจรรยา เช่นการให้แก่บิดา มารดา แก่บุตรหลาน ญาติ หรือคู่สมรส นอกเหนือจากที่ต้องกระทำตามหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเป็นต้น การให้เหล่านี้คนเสมือนไร้ความสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ แต่ทั้งนี้การให้ทั้งหลายนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตคือจะต้องไม่เกินควรแก่ฐานะานุรูปของคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ๆ

(๗) รับการให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไขหรือภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา การไม่รับการให้โดยเสน่หานั้นเห็นได้ว่าเป็นเหตุให้ทรัพย์สินไม่เพิ่มพูนขึ้น เห็นได้ว่าจะเกิด

^{๘๘} สุพจน์ ภูมานะชัย, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, ๒๕๓๕): หน้า ๕๒.

ความเสียหายแก่คนเสมือนไร้ความสามารถ ส่วนการรับให้โดยเสนหาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพันนั้นอาจก่อภาระแก่คนเสมือนไร้ความสามารถเกินควร ได้ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน อย่างไรก็ตามการรับให้ที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพันหรือไม่รับให้ในที่นี้หมายถึงกรณีรับให้หรือไม่รับการให้โดยเสนหาโดยทั่วไป ส่วนกรณีสละมรดก หรือรับมรดกอันมีค่าภาระติดพันหรือมีเงื่อนไขมีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษต่างหาก^{๘๕} ตามมาตรา ๑๖๑๑ คนเสมือนไร้ความสามารถจะกระทำใดได้ต้องได้รับอนุมัติจากศาลอีกทางหนึ่งด้วย

(๘) ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์หรือในสังหาริมทรัพย์อันมีค่า สิทธิในอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีค่านั้น ที่สำคัญได้แก่กรรมสิทธิ์ หรือทรัพย์สินอย่างอื่นเช่นสิทธิจำนอง จำน่า สิทธิเหล่านี้เป็นทรัพย์สินที่ปกปิดย่อมมีราคา การได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิจำเป็นต้องประเมินคุณค่าของทรัพย์สินซึ่งต้องอาศัยความรอบคอบ มิฉะนั้นอาจได้รับความเสียหายหรือต้องรับภาระเกินควรได้ การปล่อยทรัพย์สินเช่นการขาย การปลดหนี้ที่ทำให้ทรัพย์สินที่ใช้เป็นประกันหลุดจากการบังคับชำระหนี้เห็นได้ว่าทำให้กองทรัพย์สินของคนไร้ความสามารถลดน้อยถอยลง ส่วนการทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ได้มาซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีค่านั้นคนเสมือนไร้ความสามารถอาจเสียเปรียบได้หากทรัพย์สินที่ได้มามีค่าต่ำกว่ามูลค่าของสิ่งที่ต้องเสียไปในการทำการให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น หรืออาจต้องรับภาระในการดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากทรัพย์สินนั้นก็ได้ ดังนั้นการกระทำการให้ได้มาเช่นนั้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน

(๙) ก่อสร้างหรือตัดแปลง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือซ่อมแซมอย่างใหญ่กิจการเช่นนี้นับเป็นกิจการสำคัญในชีวิตอย่างหนึ่งที่ย่อมส่งผลต่อไปในระยะยาวและคาดหมายได้ว่าจะต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมาก จำเป็นต้องพิจารณาถึงประโยชน์ใช้สอยค่าใช้จ่ายและผลได้เสียด้วยความรอบคอบ ไม่ควรปล่อยให้คนเสมือนไร้ความสามารถดำเนินการด้วยตนเอง ต้องให้ผู้พิทักษ์ให้ความยินยอมเสียก่อน

(๑๐) เสนอคดีต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ เว้นแต่การร้องขอตามมาตรา ๓๕ หรือการร้องขอถอนผู้พิทักษ์ ทั้งนี้เพราะการดำเนินคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นคดีมีข้อพิพาทหรือไม่ก็เป็นภาระที่มีผลทางกฎหมายสำคัญต้องไตร่ตรองอย่างรอบคอบ จึงต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์เสียก่อน ส่วนกรณีร้องขอตามมาตรา ๓๕ คือกรณีคนเสมือนไร้ความสามารถร้องขอให้ศาลอนุญาตให้กระทำการที่ผู้พิทักษ์ไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลสมควรทั้ง ๆ ที่การกระทำนั้นเป็นคุณประโยชน์แก่คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือกรณีร้องขอถอนผู้พิทักษ์

^{๘๕} โปรดเทียบ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอฯ, หน้า ๑๒๘.

ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เพราะเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายขัดกันโดยตรง

(๑๑) ประนีประนอมยอมความหรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย การประนีประนอมยอมความยอมทำให้ข้อพิพาทระงับลง (มาตรา ๘๕๐) และมีสิทธิตามสัญญาประนีประนอมยอมความแทน (มาตรา ๘๕๒) การตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยแทนที่จะเสนอต่อศาล หากอนุญาตตุลาการวินิจฉัยอย่างไรคู่กรณีก็ต้องยอมรับตามนั้น นับเป็นนิติกรรมที่มีทางเสียหายแก่สิทธิของคนเสมือนไร้ความสามารถ จึงจำเป็นต้องได้รับการตรึงตรองอย่างรอบคอบ และต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน

ข) นิติกรรมสำคัญอย่างอื่น

นอกจากนิติกรรมต่าง ๆ ๑๑ ประการข้างต้นแล้ว หากศาลเห็นเองในการพิจารณาออกคำสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถว่ายังมีกรณีอื่นนอกจากนั้นซึ่งคนเสมือนไร้ความสามารถอาจจัดการไปในทางเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว หรือเมื่อผู้พิทักษ์ร้องขอภายหลัง ศาลมีอำนาจสั่งให้คนเสมือนไร้ความสามารถนั้นต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนจึงจะทำการนั้นได้ด้วย (มาตรา ๓๔ วรรคสอง) เช่นตามปกติคนเสมือนไร้ความสามารถย่อมทำการทั้งหลายที่จำเป็นในการดำรงชีพได้ หรือเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดไม่เกินสามปีได้ แต่ถ้าคนเสมือนไร้ความสามารถกระทำไปในทางที่อาจเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว เช่นเช่าในราคาสูงกว่าปกติ หรือให้เช่าในราคาต่ำกว่าท้องตลาดมาก หรือทำสัญญาโดยปราศจากหลักฐานใด ๆ เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ผู้พิทักษ์อาจร้องขอให้ศาลสั่งให้คนเสมือนไร้ความสามารถต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์เสียก่อนจึงจะทำนิติกรรมเช่าหรือให้เช่าก็ได้ ดังนี้ เป็นต้น

ค) อำนาจของผู้พิทักษ์ในกรณีพิเศษ

ตามปกติผู้พิทักษ์เป็นแต่ผู้พิจารณาให้ความยินยอมแก่นิติกรรมสำคัญของคนเสมือนไร้ความสามารถเท่านั้น ผู้พิทักษ์ไม่มีอำนาจทำการแทนคนเสมือนไร้ความสามารถ เพราะผู้พิทักษ์ไม่มีอำนาจปกครอง ต่างจากผู้อนุบาลซึ่งอาจทำแทนคนเสมือนไร้ความสามารถได้โดยตรง ดังนั้นหากผู้พิทักษ์จะทำการแทนคนเสมือนไร้ความสามารถ ผู้พิทักษ์ต้องได้รับความยินยอมหรือได้รับมอบอำนาจจากคนเสมือนไร้ความสามารถเสียก่อน อย่างไรก็ตามหากคนเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจะทำการที่ระบุไว้ในมาตรา ๓๔ (๑)-(๑๑) หรือกรณีมาตรา ๓๔ วรรคสองได้ด้วยตนเองเพราะเหตุบกพร่องทางกายหรือทางจิตใจ เช่น คนเป็นใบ้ไม่สามารถแสดงความรู้สึกของตน

ให้ผู้อื่นเข้าใจได้ ศาลจะสั่งให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้มีอำนาจกระทำการนั้นแทนคนเสมือนไร้
ความสามารถก็ได้^{๕๐} (มาตรา ๓๔ วรรคสาม)

^{๕๐} คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๖๓/๒๕๕๐ ๒๕๕๐ ฎ.๑๐๐๖.

บทที่ ๔

ปัญหากรณีนิติกรรมตกเป็นโมฆะบางส่วน

อุทาหรณ์

๑) ก. ตกลงกู้เงินจาก ข. โดยทำหนังสือสัญญากู้กันเอง มีกำหนดชำระหนี้เงินกู้ภายใน ๓ ปี และทั้งสองฝ่ายได้ตกลงไว้ในสัญญากู้ด้วยว่า ก. ตกลงโอนที่นาของตนเป็นกรรมสิทธิ์ของ ข. เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และยอมให้ ข. ทำกินแทนดอกเบี้ย เมื่อครบกำหนด ๓ ปี ก. ตกลงจะนำเงินมาชำระเต็มจำนวน และ ข. ตกลงโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงนี้คืนให้ ก. หาก ข. ไม่มาชำระหนี้เงินกู้นี้ ก. ยอมยกที่ดินให้ ข. ขาดเป็นสิทธิและจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับที่ดินแปลงนี้อีก ท่านจึงวินิจฉัยว่าสัญญากู้ และการโอนที่ดินเป็นประกันการชำระหนี้รายนี้มีผลหรือไม่เพียงใด

๒) ก. ตกลงกู้เงินจาก ข. ๓๐๐,๐๐๐ บาท โดยทำสัญญากันเอง โดย ก. ตกลงจะผ่อนชำระเป็นงวด ๆ เดือนละงวด ในอัตรางวดละ ๓๐,๐๐๐ บาท และตกลงชำระดอกเบี้ยแก่กัน ในอัตราร้อยละ ๒ ต่อเดือน ซึ่งเป็นการตกลงกันขัดต่อมาตรา ๖๕๔ ดังนี้สัญญากู้นี้จะมีผลบังคับได้เพียงใด

๓) เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๐ ก. ทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับยกทรัพย์สินสมบัติของตนให้แก่ ข. ก. และ ง. ซึ่งเป็นบุตรของตน โดยให้ ข. ได้ที่ดิน ก. ได้หุ้น และ ง. ได้เงินสดที่ฝากไว้ในธนาคารทรัพย์สินนอกนั้นให้แก่ภริยาของตน โดยทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดทุกประการ ต่อมา พ.ศ. ๒๕๔๕ ก. ประสงค์จะตัด ง. ออกจากกองมรดก จึงได้ขีดฆ่าคำว่า "ได้เงินสดที่ฝากไว้ในธนาคาร" และเขียนข้อความด้วยลายมือเติมเหนือข้อความที่ขีดฆ่าออกมาว่า "ตัดออกจากกองมรดก" แต่ ก. ไม่ได้ลงลายมือชื่อกำกับข้อความที่ตกเติมไว้ตามแบบที่กฎหมายกำหนดในมาตรา ๑๖๕๗ ดังนี้พินัยกรรมนั้นจะมีผลเพียงใด

บทที่ ๔

ปัญหากรณีนิติกรรมตกเป็นโมฆะบางส่วน

๑. ข้อความทั่วไป

นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะหมายถึงนิติกรรมที่เสียเปล่า (มาตรา ๑๗๒) แต่กฎหมายไม่ได้ระบุชัดแจ้งว่านิติกรรมที่เสียเปล่าหมายความว่าอย่างไร คงเป็นที่เข้าใจกันว่า เป็นนิติกรรมที่เสมือนมิได้ทำขึ้น^{๕๑} หรือเป็นอันไม่มีเลย^{๕๒} หรือไม่เกิดผลอย่างใดในกฎหมาย^{๕๓} แต่ในที่นี้ขออธิบายเพิ่มเติมว่า นิติกรรมนั้นโดยปกติเกิดจากการแสดงเจตนาที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย แต่ในบางกรณีมีการแสดงเจตนาแล้วแต่กฎหมายไม่รับบังคับไว้เพราะมีเหตุสำคัญที่กฎหมายไม่รับรองให้เจตนาอันนั้นมีผลตามความมุ่งหมายของผู้ทำนิติกรรม เช่นนิติกรรมนั้นมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย เป็นพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ หรือทำขึ้นโดยขัดกับเจตนาที่แท้จริง ฯลฯ ดังนั้นกฎหมายจึงถือว่านิติกรรมนั้นเสียเปล่าไปซึ่งควรเข้าใจว่า นิติกรรมนั้นไม่มีผลทางกฎหมายตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม และที่ว่าไม่มีผลนี้หมายถึงไม่มีผลมาแต่เริ่มแรกคือตั้งแต่วันที่ทำนิติกรรมนั้นขึ้น แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนี้ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ หรือไม่เกิดผลใด ๆ เลย เพราะแม้ไม่มีผลตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม แต่อาจเกิดผลทางกฎหมายอื่นจากการแสดงเจตนาหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงของผู้ทำนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้นก็ได้^{๕๔} แต่ปัญหาผลของโมฆะกรรมโดยทั่วไป เป็นปัญหาที่ยังไม่ประสงค์จะนำมาอภิปรายโดยละเอียดในที่นี้ จึงใครจะหยิบยกเฉพาะปัญหากรณีนิติกรรมเสียไปบางส่วนมาอภิปรายในที่นี้เสียก่อน

^{๕๑} พระยาเทพวิฑูร หน้า ๔๗๐, จี๊ด เศรษฐบุตร, นิติกรรมและสัญญา, หน้า ๑๗๗

^{๕๒} จี๊ด เศรษฐบุตร, นิติกรรมและสัญญา, หน้า ๑๗๕

^{๕๓} ประกอบ หุตะสิงห์, นิติกรรมและสัญญา, หน้า ๗๕, ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, "ลักษณะทั่วไปของโมฆะกรรม", หน้า ๒๔๐

^{๕๔} เช่นถ้าเป็นเจตนาลวงก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงไม่ได้ (มาตรา ๑๕๕ วรรคแรก) หรือผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเพราะประมาทเดินเลื้อยอย่างร้ายแรงไม่อาจอ้างโมฆะกรรมนั้นขึ้นเป็นประโยชน์แก่ตนได้ (มาตรา ๑๕๘) ททรัพย์สินที่ได้ไว้เพราะโมฆะกรรมก็ต้องคืนแก่กันตามหลักถากมิควรได้ (มาตรา ๑๗๒ วรรคสอง) ซึ่งจะมีผลต่อไปว่า ถ้าได้ส่งมอบหรือชำระหนี้ไปทั้งที่รู้ว่าตนไม่ผูกพันต้องชำระ ก็เรียกทรัพย์สินคืนไม่ได้ (มาตรา ๔๐๗) หรือถ้าเป็นการชำระหนี้โดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ก็เรียกทรัพย์สินคืนไม่ได้ (มาตรา ๔๐๑) ฯลฯ

ปัญหาน่าคิดต่อไปก็คือนิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะหรือนิติกรรมที่ไม่มีผลตามความมุ่งหมายของผู้ทำนิติกรรมนี้หากเป็น โฉมจะเพียงบางส่วน ส่วนที่ตกเป็น โฉมจะนี้จะส่งผลกระทบต่อส่วนอื่น ๆ ของนิติกรรมเพียงใด จะตกเป็น โฉมจะไปทั้งหมด หรือเป็น โฉมจะเฉพาะส่วนนั้น ๆ โดยไม่กระทบถึงความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมส่วนอื่น ๆ ได้

นอกจากนี้ยังมีปัญหาต่อไปด้วยว่า นิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะไปแล้วนี้ หากเข้าแบบเป็นนิติกรรมอย่างอื่นที่มีได้ตกเป็น โฉมจะ ดังนั้นนิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์ในฐานะที่เป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้หรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้นิติกรรมซึ่งตกเป็น โฉมจะไปนั้นอาจบรรลุผลตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรมนั้นบางส่วนหรือทั้งหมด อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคล

ในที่สุดยังควรทำความเข้าใจด้วยว่านิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะไปแล้วนั้นจะมีทางทำให้กลับฟื้นคืนมามีผลขึ้นใหม่ได้หรือไม่เพียงใดอีกด้วย

๒. นิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะบางส่วน

๒.๑ ข้อพิจารณาเบื้องต้น

มาตรา ๑๗๓ กำหนดว่า หากส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมตกเป็น โฉมจะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โฉมจะไปทั้งหมด เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานโดยพฤติการณ์ได้ว่า คู่กรณีประสงค์จะให้นิติกรรมส่วนอื่น ๆ นอกจากที่ตกเป็น โฉมจะนั้นมีผลแยกออกจากส่วนที่เป็น โฉมจะได้

ด้วยเหตุนี้เราจึงต้องเริ่มพิจารณาปัญหาโดยพิเคราะห์เป็นขั้น ๆ ไป คือ

เริ่มตั้งแต่ว่า นิติกรรมนั้น ๆ มีส่วนหนึ่งส่วนใดเป็น โฉมจะหรือไม่ และจากนั้นจึงค่อยมาพิเคราะห์ต่อไปว่า

นอกจากส่วนที่เป็น โฉมจะไปแล้วนั้น หากตีความตามเจตนาของคู่กรณีตามพฤติการณ์นั้น ๆ แล้ว คู่กรณียังประสงค์จะให้นิติกรรมส่วนอื่น ๆ มีผล หรือให้ตกเป็น โฉมจะไปทั้งหมด

ถ้าไม่สามารถกำหนดแน่ได้ว่าคู่กรณีประสงค์อย่างไร ก็ต้องนำข้อสันนิษฐานตามกฎหมายมาตรา ๑๗๓ มาปรับใช้แก่กรณีนั้น คือถือว่าหากส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมตกเป็น โฉมจะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โฉมจะไปทั้งหมด

๑) นิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะบางส่วนนี้ จะต้องเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดเพียงนิติกรรมเดียว

นิติกรรมที่ตกเป็น โฉมจะบางส่วนนี้กฎหมายมุ่งหมายถึงนิติกรรมเพียงนิติกรรมเดียว หากเป็นนิติกรรมที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกิจการหลาย ๆ อย่างก็ต้องมีสภาพเป็นนิติกรรมที่มีเนื้อหาเชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันด้วย ถ้าเป็นนิติกรรมหลายนิติกรรมรวมกันอยู่ก็ไม่ใช่กรณีตามมาตรา ๑๗๓ นี้ การจะวินิจฉัยว่านิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมเดียวหรือเป็นนิติกรรมหลายนิติกรรม

ประกอบกันนั้น อาจพิจารณาได้จากการจัดทำหลักฐานแห่งนิติกรรมเป็นเอกสารฉบับเดียวกัน หรือจากการลงนามทำนิติกรรมร่วมกันคราวเดียวเป็นต้น เพราะกิจการทางธุรกิจการค้าที่มีความซับซ้อนมาก ๆ อาจมีเรื่องราวเกี่ยวข้องกับกิจการหลายกิจการ แต่หากการจัดการงานในรูปการทำนิติกรรมเรื่องนั้นกระทำในฐานะเป็นเรื่องเดียว นิติกรรมนั้นก็อาจเป็นนิติกรรมเดียวที่มีขอบเขตครอบคลุมกว้างขวางหลายเรื่องก็ได้

ตัวอย่าง ในสัญญาซื้อขาย อาจมีการตกลงกันด้วยว่า ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาซื้อขายนั้น ได้แก่ศาลใด หรือในสัญญาจ้างแรงงาน อาจมีข้อตกลงเกี่ยวกับการจำกัดบทบาทหรือห้ามประกอบกิจการแข่งขันกับนายจ้างด้วยก็ได้ นอกจากนี้อาจมีกรณีที่มีสัญญาหลายเรื่องผสมผสานกันเป็นสัญญาเดียว เช่น ในอุทากรณเรื่องทำสัญญากู้โดยโอนที่ดินเป็นประกัน หรือในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนอาจมีคู่กรณีเข้าทำสัญญาหลาย ๆ คน สัญญาเช่าและสัญญาซื้อขายอาจจะรวมกันเป็นสัญญาเดียวก็ได้ เช่น การประกอบกิจการให้เช่าร้านซูเปอร์มาร์เก็ตซึ่งผู้ให้เช่าตกลงจัดรูปแบบร้านและจัดหาสินค้าป้อนร้านไปด้วย ดังนั้นนิติกรรมเช่าและซื้อขายสินค้านี้ อาจจัดว่าเป็นนิติกรรมอันเดียวกันก็ได้ แม้ว่าสัญญาเช่าจะทำขึ้นก่อนและสัญญาจำหน่ายสินค้าหรือจัดหาสินค้าป้อนเข้าไว้ขายในร้านจะทำขึ้นหลังจากนั้นอีกสองสามวัน หากปรากฏพฤติการณ์ว่าคู่กรณีประสงค์จะตกลงรวมเป็นเรื่องเดียวกันก็อาจนับเป็นนิติกรรมเดียวกันได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่สัญญาซื้อขายกับสัญญาเช่านั้นมิได้มีความเกี่ยวพันกันเลย นิติกรรมนั้นแม้จะมีคู่กรณีเป็นบุคคลเดียวกันทั้งสองฝ่ายก็อาจไม่ใช่นิติกรรมเดียวกันก็ได้ เช่น ตอนแรกทำสัญญาเช่าที่ดินในกรุงเทพฯ ๑ แล้วต่อมาอีก ๒-๓ วัน ทั้งสองฝ่ายตกลงซื้อขายที่ดินในจังหวัดเชียงใหม่ ดังนั้นนิติกรรมเช่า ย่อมแยกออกจากหากจากนิติกรรมซื้อขายเป็นสองนิติกรรมอย่างชัดเจน ไม่นับเป็นนิติกรรมอันเดียวกันได้ แม้ว่าคู่กรณีอาจจะได้ตกลงกันโดยทำเป็นหนังสือรวมเรื่องสองเรื่องนี้ไว้ในสัญญาฉบับเดียวกันก็ตาม

๒) นิติกรรมที่ตกเป็นโหมะบางส่วนนี้ต้องแยกเป็นส่วน ๆ ได้

นิติกรรมอันเป็นนิติกรรมเดียว หรือนิติกรรมเกี่ยวกับเรื่องหลายเรื่องที่มีเนื้อหารวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้จะต้องเป็นนิติกรรมที่อาจแบ่งแยกออกเป็นส่วน ๆ ได้ กล่าวคือ หากแยกส่วนที่ไม่มีผลออกไปแล้ว ส่วนที่เหลือยังมีเนื้อหาสาระพอจะเรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมอันหนึ่งได้ หรือมีสภาพเป็นนิติกรรมโดยตัวของมันเอง ในกรณีเช่นนี้เท่านั้นที่จะเกิดปัญหาให้เราต้องมาพิจารณากันว่า ส่วนของนิติกรรมที่ยังเหลืออยู่ดังกล่าวนี้เป็นนิติกรรมที่มีผลหรือไม่ กรณีเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้เสมอ เพราะนิติกรรมนั้นอาจแบ่งแยกเป็นส่วน ๆ ได้ทั้งในแง่เนื้อหาแห่งนิติกรรม และในแง่ของคู่กรณีที่ทำนิติกรรม หรือในแง่ของเวลาที่เกิดเป็นผลตามนิติกรรม เป็นต้น

ในกรณีตามอุทากรณนั้น นิติกรรมเรื่องกู้เงินโดยตกลงโอนที่ดินเป็นประกัน หรือพันธกรรมที่มีข้อกำหนดคดกทรัพย์สินอย่างหนึ่งให้บุคคลหนึ่ง และส่วนที่เหลือให้บุคคลอื่น ดังนี้

เป็นนิติกรรมที่อาจแยกออกเป็นส่วน ๆ ได้ กรณีที่เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินหลาย ๆ ชิ้นหรือหลายประเภทโดยคิดราคารวมกันในสัญญาเพียงฉบับเดียว ดังนั้นราคาซื้อขายสามารถแยกออกเป็นส่วน ๆ โดยระบุว่าทรัพย์สินใดประเภทใดมีราคาเท่าใด ดังนั้นเราจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมคือทรัพย์สินหลาย ๆ ชิ้น และราคาทรัพย์สินเหล่านั้น เป็นสิ่งที่อาจแยกออกเป็นส่วน ๆ เป็นเอกเทศจากกันได้ หรือในกรณีที่เจ้าของร้านอาหารแห่งหนึ่งตกลงกู้เงินจากบริษัทขายเครื่องดื่มชนิดหนึ่ง โดยตกลงผูกพันตนที่จะสั่งซื้อเครื่องดื่มชนิดนั้นเพื่อขายในร้านตนเป็นเวลา ๑๐ ปี ดังนั้นถ้าปรากฏว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา ๑๕๐) หรือเป็นสัญญาไม่เป็นธรรมเพราะเหตุที่กำหนดระยะเวลาผูกพันยาวเกินควร ดังนั้นหากพิจารณาเนื้อหาของสัญญานี้ในแง่ของเวลาเราก็อาจแยกระยะเวลาความผูกพันเป็นส่วน ๆ ได้ เช่น ส่วนหนึ่ง ๑๐ ปีอีกส่วนหนึ่ง ๒๐ ปี เป็นต้น ดังนั้นส่วนที่แยกออกมาโดยมีระยะเวลาผูกพันไม่ยาวเกินไป ก็อาจนับเป็นส่วนที่มีผลสมบูรณ์ได้ หรือในกรณีที่บุคคลหลายคน เช่น ก. ข. ค. ง. ตกลงเข้ากันเป็นหุ้นในห้างหุ้นส่วน แล้วปรากฏว่าการแสดงเจตนาของหุ้นส่วนผู้หนึ่ง สมมติว่า ค. ตกเป็นโมฆะ เพราะ ค. แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา หรือสำคัญผิดในตัวบุคคลคู่สัญญา ทำให้การแสดงเจตนาของ ค. และสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับ ค. ตกเป็นโมฆะ ดังนั้นแม้สัญญาห้างหุ้นส่วนในส่วนที่เกี่ยวกับ ค. จะตกเป็นโมฆะ แต่ส่วนที่เกี่ยวกับ ก. ข. และ ง. ก็อาจคงมีผลสมบูรณ์ต่อไปได้ เพราะการแสดงเจตนาในส่วนของ ค. อาจแยกออกเป็นส่วนต่างหากจากการแสดงเจตนาของหุ้นส่วนอื่น ๆ ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่บุคคลสองคนทำนิติกรรม และการแสดงเจตนาของฝ่ายหนึ่งตกเป็นโมฆะ ดังนั้นนิติกรรมซึ่งทำขึ้น โดยเจตนาของบุคคลสองคนย่อมเป็นนิติกรรมที่ไม่อาจแยกออกเป็นส่วน ๆ ได้ เพราะนิติกรรมจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อประกอบด้วยเจตนาของคู่กรณีอย่างน้อยสองฝ่าย คือสัญญาเกิดจากการที่คำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน ดังนั้นหากขาดเจตนาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปสัญญานั้นย่อมมีขึ้นไม่ได้

๓) ส่วนที่ตกเป็นโมฆะอาจตกเป็นโมฆะเพราะเหตุใด ๆ ก็ได้

ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมที่แยกออกเป็นส่วน ๆ ใต้นี้ต้องตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า เหตุที่นิติกรรมส่วนนั้นตกเป็นโมฆะนั้นจะเป็นเพราะเหตุใด เช่นตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ หรือเพราะขัดต่อข้อห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตามอุทาหรณ์ ๑) กรณีที่กู้เงินแล้วโอนที่ดินเป็นประกันนั้น เราเห็นได้ว่าการตกลงโอนที่ดินให้ทำกินแทนดอกเบี้ยแล้วยอมให้ไถ่คืนได้ภายในกำหนดนั้น เป็นการทำสัญญาขายฝาก-อสังหาริมทรัพย์กัน ซึ่งหากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ (มาตรา ๔๕๖) เพราะมิได้ทำตามแบบ ส่วนในอุทาหรณ์ ๒) นั้น การที่ผู้ทำ

พินัยกรรมตกเติมข้อความใดในพินัยกรรมแบบเขียนเองที่จับยอมต้องลงลายมือชื่อกำกับไว้ด้วย หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมไม่สมบูรณ์ (มาตรา ๑๖๕๗ วรรคสอง)

๒.๒ การตีความเจตนาของคู่กรณี

ในกรณีที่ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมตกเป็นโมฆะ กรณียอมต้องขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องว่า ประสงค์จะให้นิติกรรมส่วนอื่น ๆ คงมีผลอยู่หรือตกเป็นโมฆะไปด้วย ด้วยเหตุนี้เราจึงต้องพิเคราะห์ตามเจตนาของคู่กรณีเป็นเบื้องต้น

๑) กรณีที่มีการแสดงเจตนาไว้แล้วแจ้งชัด

การตีความเจตนาของคู่กรณีอาจได้ผลเป็นว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างได้คาดหมายไว้ล่วงหน้าแล้วว่า นิติกรรมบางส่วนอาจจะตกเป็นโมฆะไป ในกรณีเช่นนี้คู่กรณีอาจจะได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้วด้วยว่า ความเป็นโมฆะในกรณีเช่นนั้นควรส่งผลให้นิติกรรมส่วนอื่น ๆ พลอยตกเป็นโมฆะไปด้วยหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ในสัญญาห้างหุ้นส่วนหรือสัญญาร่วมการทำงานในการประกอบกิจการขนาดใหญ่ที่มีความซับซ้อนมาก ๆ จึงมักจะมีข้อตกลงกันไว้ในทำนองว่า "หากส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญาหุ้นส่วนนั้นตกเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆะเช่นนั้นย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมส่วนอื่น ๆ ด้วย"

๒) กรณีที่ต้องตีความอุดช่องว่าง

ได้แก่กรณีที่ในนิติกรรมนั้น ๆ มิได้มีการตกลงในเนื้อหาส่วนหนึ่งส่วนใดเกี่ยวกับผลทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมส่วนอื่น ๆ ด้วย ดังนี้เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่สัญญามีช่องว่างหรือมีช่องโหว่ ช่องโหว่ของสัญญาเช่นนี้เราสามารถเยียวยาแก้ไขได้โดยอาศัยหลักการตีความสัญญาเพื่ออุดช่องว่างในสัญญานั้น ซึ่งเราได้ศึกษากันมาแล้วในคราวที่กล่าวถึงหลักการตีความการแสดงเจตนา แนวบรรทัดฐานการพิจารณาที่เราควรนำมาปรับใช้ในกรณีนี้ก็คือการหาคำตอบว่า หากคู่กรณีพึงล่วงรู้ถึงปัญหานี้ คู่กรณีนั้นจะได้พึงตกลงกันไว้อย่างไร เป็นเกณฑ์ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความประสงค์โดยสุจริตของคู่กรณีและปกติประเพณีในเรื่องนั้นประกอบกันไปด้วย (มาตรา ๓๖๘) ในกรณีเช่นนี้เราต้องคำนึงถึงพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ประกอบกันไปด้วย เช่น มูลเหตุจูงใจในการทำสัญญาคืออะไร ปกติประเพณี ประโยชน์ได้เสียของคู่กรณี และความมุ่งหมายสำคัญของสัญญานั้นเองเป็นอย่างไร เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น ก. ข. ค. ตกลงทำสัญญาเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วน และปรากฏต่อมาว่าการแสดงเจตนาของ ค. ตกเป็นโมฆะ เพราะขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะสำคัญผิดในสาระสำคัญ หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบ

เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าปรากฏว่าการเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนของ ก. ข. ค. ครั้งนี้ หุ้นส่วนอื่น ๆ นอกจาก ค. คือ ก. และ ข. ล้วนแต่ตกลงเข้าทำสัญญาเป็นหุ้นส่วนก็เพราะความเชื่อถือในฐานะทางเศรษฐกิจอันมั่นคงของ ค. ดังนั้นสัญญาห้างหุ้นส่วนนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ แต่ถ้าปรากฏว่าการที่ ก. และ ข. ได้ตกลงเข้ากันเป็นหุ้นส่วนดังกล่าวนี้ มิได้ถือเอาการที่ ค. ตกลงเข้าเป็นหุ้นส่วนด้วยโดยคำนึงถึงฐานะทางการเงินของ ค. เป็นสาระสำคัญในการตกลงใจหรือในการแสดงเจตนาของตนแต่อย่างใด ดังนั้นหากแยกการทำสัญญาหุ้นส่วนออกเป็นส่วน ๆ ตามคู่กรณี ผลก็จะเห็นว่าแม้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมในส่วนของ ค. จะตกเป็นโมฆะ ก็ย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการทำนิติกรรมในส่วนของ ก. และ ข. แต่ประการใด

เคยมีกรณีที่มีผู้ขายที่ดินเนื้อที่ ๓๕ ตารางวา ในจำนวนที่ดินทั้งสิ้น ๘๘ ตารางวา แต่เจ้าพนักงานที่ดินทำนิติกรรมผิดเป็นขายทั้ง ๘๘ ตารางวา โดยผู้ขายมิได้ประมาทเลินเล่อ ดังนั้นสัญญาขายที่ดิน ๘๘ ตารางวาตกเป็นโมฆะ แต่ส่วน ๓๕ ตารางวาสมบูรณ์ เพราะสันนิษฐานจากเจตนาของคู่กรณีว่าแยกส่วนออกจากส่วนที่โมฆะได้^{๕๕}

มีตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง ปรากฏว่าคู่กรณีตกลงขายโคและเกวียนกันโดยไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้นโมฆะเฉพาะส่วนสัญญาขายโคซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียน แต่สัญญาขายเกวียนผู้ซื้อได้รับเกวียนไปแล้วไม่เป็นโมฆะ ผู้ซื้อต้องชำระราคาเกวียนแก่ผู้ขาย^{๕๖}

ส่วนในกรณีตามอุทาหรณ์ ๑) นั้น ปกติการทำสัญญาคู่โดยมีหลักประกันนั้น ส่วนที่เป็นข้อตกลงเรื่องหลักประกันย่อมเป็นสาระสำคัญของสัญญา ดังนั้นหากส่วนที่เป็นเรื่องหลักประกันตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นสัญญาขายฝากที่ดินเป็นประกันการชำระหนี้ที่มีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะไปทั้งฉบับ แต่หากผลการตีความการแสดงเจตนาของคู่กรณีปรากฏว่า ก. ตกลง กับ ข. โดยมุ่งจะทำสัญญาคู่กันเป็นสำคัญ โดยมีได้ถือเอาการขายฝากเป็นสาระสำคัญด้วยเลย ดังนั้นความเป็นโมฆะของสัญญาขายฝากเป็นประกันการชำระหนี้ ย่อมไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาคู่เลย แต่ในทางกลับกัน ถ้าปรากฏว่า ข. ตกลงให้คู่เพราะหลักประกันการชำระหนี้ ดังนั้นหากสัญญาขายฝากตกเป็นโมฆะ สัญญาคู่ย่อมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ

๒.๓ พฤติการณ์ที่อาจเป็นเหตุให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน

^{๕๕} คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๔๓/๒๕๑๓ ๒๕๑๓ ฎ.๑๖๕๓

^{๕๖} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๓๗/๒๕๑๓ ๒๕๑๓ ฎ.๕.๕๔๗

ในการพิจารณาว่านิติกรรมจะตกเป็นโมฆะไปทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ต้องพิเคราะห์ถึงเจตนาของคู่กรณีพฤติการณ์แวดล้อมอย่างรอบคอบ กรณีที่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่นิติกรรมนั้น ๆ ตกเป็น โมฆะเพียงบางส่วนอาจได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

๑) กรณีที่ส่วนหนึ่งส่วนใดซึ่งตกเป็น โมฆะนั้นเป็นเพียงส่วนเล็กน้อย ไม่สำคัญ และไม่กระทบถึงส่วนสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ในกรณีเช่นนี้หากจะถือว่าส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมหรือส่วนใหญ่ของนิติกรรมพลอยโมฆะไปด้วยย่อมเป็นเรื่องไม่สมควรหรือไร้สาระในสายตาของวิญญูชน หลักการดังกล่าวนี้มักจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่ข้อตกลงปลีกย่อยบางประการเป็นข้อที่ขัดต่อกฎหมายหรือมีกฎหมายควบคุมวางข้อห้ามไว้โดยเฉพาะ

ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าขายตรงกับผู้บริโภค และในสัญญาซื้อขายตรงมักมีการตกลงกันด้วยว่า ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาได้แก่ศาลในเขตที่ผู้ขายมีภูมิลำเนา ดังนี้ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้ต้องเสียเปรียบ กฎหมายอาจกำหนดว่าข้อตกลงเช่นนั้นย่อมตกเป็น โมฆะ และกำหนดให้ข้อพิพาทตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอื่น เช่น ศาลในเขตท้องที่ที่ผู้ซื้อมีภูมิลำเนา ดังนี้สัญญาซื้อขายนั้นไม่ตกเป็นโมฆะไปทั้งฉบับ แต่ตกเป็นโมฆะเฉพาะข้อตกลงว่าด้วยเขตอำนาจศาลเท่านั้น

๒) กรณีที่นิติกรรมส่วนที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งตกเป็น โมฆะ และหากนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด ความเป็นโมฆะนั้นจะเป็นคุณแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว

ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขายซึ่งเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรานั้นเดิมแม้มาตรา ๖๕๔ จะกำหนดให้ลดลงเหลือร้อยละ ๑๕ ต่อปี แต่ต่อมาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นการอันต้องห้ามตามกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. ๒๕๓๕ จึงเกิดปัญหาขึ้นว่า จะถือว่าโมฆะเพียงเฉพาะดอกเบี้ยที่เรียกเกินอัตรา หรือสัญญาซื้อขายจะตกเป็น โมฆะไปทั้งหมดทั้งต้นเงินทั้งดอกเบี้ย กรณีเช่นนี้เห็นได้ว่าส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้ให้กู้คือดอกเบี้ยที่เรียกเกินอัตรานั้นเป็น โมฆะ แต่ส่วนที่คงเหลือในเรื่องเงินต้นก็มีได้เป็น โทษแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากจะให้สัญญาซื้อขายไปทั้งหมดก็จะกลายเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้กู้แต่ฝ่ายเดียว เพราะเมื่อสัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ แม้กฎหมายจะให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามหลักกฎหมายก็ได้ (มาตรา ๑๗๒ วรรคสอง) แต่ฝ่ายผู้ให้กู้ทำนิติกรรมขัดต่อข้อห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ย่อมต้องห้ามเรียกทรัพย์สินตาม มาตรา ๔๐๗ และ ๔๑๑ ดังนั้นหากถือหลักสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีประกอบการพิจารณาประโยชน์ได้เสียของคู่กรณีแล้วก็ควรจะถือว่านิติกรรมตกเป็น โมฆะเฉพาะส่วนดอกเบี้ย แนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องดอกเบี้ยเกินอัตราที่เดินตามนี้^{๕๗}

^{๕๗} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๘๐/๒๕๐๐ ๒๕๐๐ ฎ.๑๓๖๓ เมื่อสัญญาซื้อขายกำหนดดอกเบี้ยเกินอัตราตามที่กฎหมายห้ามไว้ ก็ตกเป็นโมฆะแต่เฉพาะส่วนเรื่องดอกเบี้ย ส่วนเรื่องเงินต้นนั้นสันนิษฐานว่าคู่กรณีเจตนาแยกออกต่างหากจากเรื่องดอกเบี้ยจึงหาตกเป็นโมฆะด้วยไม่ ดังนี้ผู้ให้กู้จึงหมดสิทธิในการเรียก

กรณีตามอุทธรณ์ ๒) การที่ ก. กับ ข. ตกลงทำสัญญาเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ย่อมขัดต่อพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. ๒๕๓๕ และขัดต่อมาตรา ๖๕๔ นิติกรรมในส่วนเรียกดอกเบี้ยสันนิษฐานได้ว่าแยกออกจากสัญญากู้เงินได้ และยอมตกเป็นโมฆะเฉพาะส่วนดอกเบี้ย ส่วนสัญญาที่ยังคงสมบูรณ์โดยไม่มีดอกเบี้ย ต้นเงินต้องส่งคืนเมื่อครบระยะเวลา ถ้าหากผิดนัดก็ต้องชำระดอกเบี้ยระหว่างผิดนัดในอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี

ในสัญญาซื้อขาย ถ้าฝ่ายผู้ขายเรียกให้ผู้ซื้อหาหลักประกันการชำระราคา และปรากฏว่าสัญญาประกันนี้ซึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้ขายนั้นตกเป็นโมฆะ โฆฆะกรรมบางส่วนนี้ก็เพียงแค่เป็นเหตุให้ผู้ขายขาดส่วนที่เป็นคุณไป แต่นิติกรรมส่วนที่ยังคงเหลืออยู่หากมิได้ให้ผลเป็นโทษหรือเกิดเสียเปรียบอย่างใดต่อผู้ซื้อ ในกรณีไม่มีเหตุอื่นที่ชวนให้ถือว่านิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด คงต้องถือว่าตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน

ในกรณีเหล่านี้หากถือหลักการสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญก็จะได้ว่า นิติกรรมนั้นไม่ควรจะตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด แต่ควรตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน เพราะนิติกรรมส่วนซึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายหนึ่งและได้ตกเป็นโมฆะไปแล้วนั้น มิได้ทำให้ส่วนที่เหลืออยู่กลายเป็นโทษหรือเกิดเสียเปรียบแก่อีกฝ่ายหนึ่งเลย ดังนั้นเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ได้เสียของทั้งสองฝ่ายประกอบกันแล้ว จึงไม่มีเหตุอะไรที่ควรจะให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด

๓) ถ้าส่วนที่ตกเป็นโมฆะนั้นเป็นส่วนที่ไม่มีนัยสำคัญ ดังนี้ย่อมไม่มีเหตุที่ควรพิจารณาว่านิติกรรมส่วนอื่นควรตกเป็นโมฆะหรือไม่ โดยเฉพาะถ้านิติกรรมนั้นยังดำรงอยู่ต่อไปได้โดยไม่เกี่ยวกับส่วนที่ตกเป็นโมฆะเลย ดังนั้นการคงนิติกรรมส่วนอื่นให้มีผลต่อไปย่อมเป็นการสมประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

ตัวอย่างเช่น พันຍกรรมมีข้อความชัดเจนบางแห่ง โดยไม่มีลายมือชื่อผู้ทำพันธกรรมพยาน และกรรมการอำเภอลงนามกำกับไว้ตามแบบที่กฎหมายกำหนดในมาตรา ๑๖๕๘ แต่คู่ความ

ดอกเบี้ยทั้งหมด และโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๔/๒๕๐๖ ๒๕๐๖ ฎ.๑๓๖๒, คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๘๘/๒๕๑๐ ๒๕๑๐ ฎ.๒๐๒๕, คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๕๒/๒๕๑๑ ๒๕๑๑ ฎ.๑๘๗๐, คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๖๑/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.๓๖๓๓ เขาดอกเบี้ยที่ค้างรวมกับต้นเงิน ดอกเบี้ยเกินอัตราตกเป็นโมฆะ ส่วนนี้ต้นเงินยังสมบูรณ์ คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๐๓/๒๕๒๐ ๒๕๑๐ ฎ.๑๘๑๓ ทำสัญญาขายฝากอำพรางสัญญาผู้เพื่อคิดดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องบังคับกันตามสัญญาผู้โดยเอาสัญญาขายฝากเป็นหลักฐาน แต่ดอกเบี้ยที่คิดเกินอัตราโดยฝ่าฝืนกฎหมายยอมตกเป็นโมฆะ เรียกได้แต่เงินต้นและดอกเบี้ยนับแต่วันผิดนัด, คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๕/๒๕๒๔ ๒๕๒๔ ฎ.๑๑๕๕, คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๑๓/๒๕๓๗ ๒๕๓๗ ฎ.สั่งเสริมฯ เล่ม ๕, น.๑๔๓ จำนวนต้นเงินในสัญญาผู้ได้รวมดอกเบี้ยที่คิดล่วงหน้าและเป็นดอกเบี้ยที่คิดเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ฝ่าฝืน พ.ร.บ. ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. ๒๔๗๕ มาตรา ๓ ประกอบ ป.พ.พ. มาตรา ๖๕๔ ดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะแต่หนี้เงินต้นและข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๑.๒๕ ต่อเดือนยังคงสมบูรณ์

ไม่ได้โต้เถียงว่าพินัยกรรมสมบูรณ์ ดังนี้แม้ความไม่สมบูรณ์ของพินัยกรรมเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ศาลเห็นสมควรไม่กล่าวอ้าง โฆษะกรรมนั้น^{๕๕} ดังนี้ หากพินัยกรรมในส่วนที่มีขีดฆ่านั้นเป็นเรื่องไม่มีนัยสำคัญ ก็ไม่มีเหตุควรแก่การพิจารณาว่าพินัยกรรมส่วนอื่น ๆ จะพลอยตกเป็นโฆษะไปทั้งหมดด้วยหรือไม่

๒.๔ กรณีที่นิติกรรมตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น

ในกรณีที่ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมตกเป็น โฆษะ และนิติกรรมนั้นไม่อาจแยกออกจากกันเป็นส่วน ๆ ได้ เมื่อพิเคราะห์ตามหลักการตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริต และคำนึงถึงปกติประเพณีแล้ว ไม่มีเหตุสมควรให้นิติกรรมส่วนอื่นนอกเหนือจากส่วนที่ตกเป็น โฆษะนั้นควรจะมีผลต่อไปได้ ดังนี้เป็นกรณีที่ตกอยู่ได้บังคับแห่งมาตรา ๑๗๓ กล่าวคือเมื่อไม่อาจสันนิษฐานโดยพฤติการณ์แห่งกรณีได้ว่าคู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่เป็น โฆษะนั้นแยกต่างหากจากส่วนอื่นที่ไม่เป็น โฆษะ ดังนี้กฎหมายย่อมสันนิษฐานว่านิติกรรมนั้นตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น

ตัวอย่างเช่น ถ้าพิเคราะห์ตามหลักการตีความสัญญาตามมาตรา ๓๖๘ แล้วไม่ปรากฏว่าคู่กรณีในสัญญาในอนุทนาย ๑) ประสงค์จะให้แยกนิติกรรมขายฝากที่ดินเป็นประกันเงินกู้ เป็นอีกส่วนหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญา ดังนี้ต้องถือว่าสัญญาซื้อขายนี้ตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น

๒.๕ กรณีข้อยกเว้นมิให้นิติกรรมตกเป็น โฆษะทั้งสิ้น

แม้กฎหมายจะสันนิษฐานเป็นกรณีทั่วไปว่า หากส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็น โฆษะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็น โฆษะทั้งสิ้นตามมาตรา ๑๗๓ แต่อาจมีกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ กรณีดังกล่าวย่อมไม่ตกอยู่ได้บังคับแห่งมาตรา ๑๗๓ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากปรากฏว่ามีกฎหมายวางบทบัญญัติเกี่ยวกับปัญหานิติกรรมตกเป็น โฆษะบางส่วนไว้

^{๕๕} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๗๗/๒๔๕๔ ๒๔๕๔ ฎ.๘๘๑ คดีนี้จัด เศรษฐบุตร, นิติกรรมและสัญญา หน้า ๑๘๒ เจริญธรรมที่ ๕๘ ให้ความเห็นว่า เรื่องขีดฆ่าพินัยกรรมโดยไม่ได้ลงลายมือชื่อกำกับเป็นเรื่องแบบ ซึ่งมีผลให้นิติกรรมตกเป็น โฆษะ แต่ศาลจะยกขึ้นกล่าวอ้างไม่ได้ (เข้าใจว่าเป็นเพราะศาลเห็นว่าตนไม่ใช่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย) และโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๑๐/๒๕๒๘ ๒๕๒๘ ฎ.๑๕๑๖ แบบของพินัยกรรมเอกสารฝ่ายเมืองไม่ได้บังคับว่าจะต้องระบุอายุของผู้ทำพินัยกรรมลงไว้ในพินัยกรรมด้วย ดังนั้นแม้ระบุอายุของผู้ทำพินัยกรรมไว้ พินัยกรรมก็มีผลบังคับสมบูรณ์ตามกฎหมาย การพิมพ์ตัวเลขอายุของผู้ทำพินัยกรรม ทับกันจากเลข ๖ เป็นเลข ๘ (จาก ๖๘ เป็น ๘๘) และไม่ได้มีการเซ็นชื่อกำกับไม่ทำให้พินัยกรรมเสียไปทั้งฉบับ

เป็นพิเศษ หรือในกรณีที่ถูกกฎหมายโดยบทหนึ่งมุ่งหมายจะให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วนเท่านั้น

๑) กรณีที่เห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอง

ตัวอย่างเช่นบทบัญญัติในเรื่องการตีความพินัยกรรมตามมาตรา ๑๖๘๔ ซึ่งมุ่งให้การตีความพินัยกรรมที่มีข้อความกำกวมหลายนัยเป็นไปในทางที่จะสำเร็จตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นดีที่สุด ดังนั้นหากปรากฏว่าผู้ทำพินัยกรรมได้วางข้อกำหนดในพินัยกรรมไว้หลายประการ และปรากฏว่าข้อกำหนดใดเป็นโมฆะ ดังนี้มาตรา ๑๖๘๔ ย่อมสันนิษฐานผลทางกฎหมายต่างไปจากกรณีตามมาตรา ๑๗๓ กล่าวคือสันนิษฐานไปในทางว่านิติกรรมส่วนอื่นๆ ย่อมมีผลบังคับได้ตามความประสงค์อันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ เราจะเห็นได้ว่าการสันนิษฐานให้ส่วนอื่นของนิติกรรมมีผลนี้ย่อมสอดคล้องกับความมุ่งหมายของผู้ทำพินัยกรรมที่สุด เพราะการทำพินัยกรรมขึ้นใหม่ในกรณีนี้ย่อมเป็นไปได้ เพราะขณะที่พินัยกรรมมีผลนั้นผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายไปแล้ว

ตัวอย่างเช่น ก. ทำพินัยกรรมโดยวางข้อกำหนดข้อหนึ่งกำหนดให้ ข. และ ค. เป็นทายาทตามพินัยกรรม แต่ปรากฏว่าพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ ค. นั้นเกิดตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (มาตรา ๑๕๐) ดังนั้นการที่ข้อกำหนดยกทรัพย์สินให้ ค. ตกเป็นโมฆะ ย่อมไม่มีผลทำให้ข้อกำหนดที่ยกทรัพย์สินให้ ข. พลอยตกเป็นโมฆะไปด้วย

กรณีตามอุทธรณ์ ๓) การที่มีการขีดฆ่าข้อความบางส่วน โดยไม่มีการลงลายมือชื่อกำกับ อันขัดต่อมาตรา ๑๖๕๗ ย่อมไม่สมบูรณ์ คือไม่มีผลเป็นการขีดฆ่าตามความประสงค์ของผู้ขีดฆ่าเลย เว้นแต่จะมีการลงลายมือชื่อผู้ทำพินัยกรรมกำกับไว้ จึงต้องบังคับตามข้อความที่ยังมิได้มีการขีดฆ่า แต่การกระทำเช่นนั้นย่อมมีผลเพียงให้การขีดฆ่านั้นเป็นอันไม่สมบูรณ์ ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของพินัยกรรมทั้งฉบับ

ในเรื่องขายฝากก็เช่นกัน มาตรา ๔๕๖ เดิมกำหนดห้ามขายระยะเวลาใต้ทรัพย์สินที่ขายฝาก ดังนั้นหากผู้ครุณิตกลงขายระยะเวลาใต้ ผลย่อมเป็นว่าข้อตกลงขายระยะเวลานั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (มาตรา ๑๕๐) แต่การที่ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ย่อมเห็นได้จากความมุ่งหมายของบทกฎหมายเรื่องขายฝากนี้เองว่าความเป็นโมฆะนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อสัญญาขายฝากส่วนอื่น ๆ แต่ประการใด แม้อต่อมาเมื่อมีการแก้ไขมาตรา ๔๕๖ เสียใหม่ยอมให้มีการขายระยะเวลาใต้ได้ แต่จะขายให้ยาวกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดในมาตรา ๔๕๔ คือสามปีในกรณีสังหาริมทรัพย์ และสิบปีในกรณีอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ และต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับใต้ด้วย ดังนั้นหากตกลงขายเวลาต่างจากที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ก็มีหลักฐานเป็นหนังสือยอมทำให้ข้อตกลงขาย

ระยะเวลาได้นั้นตกเป็น โฆษะ ไป แต่ก็ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาขายฝากที่มีมาแต่เดิม แต่อย่างไร

๒) กรณีที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป

ในสัญญาสำเร็จรูป เช่นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการขนาดใหญ่กันเอง หรือระหว่างผู้ประกอบการขนาดใหญ่กับผู้บริ โภคนั้น คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน โดยมีสัญญารายละเอียดจำนวนมากในสัญญาสำเร็จรูปซึ่งอาจมีข้อหนึ่งข้อใดตกเป็น โฆษะ หรือไร้ผลไปเพราะขัดต่อกฎหมาย เช่นสัญญาให้บริการด้านการเงินของธนาคาร สัญญาให้บริการรับจอดรถในสนามบิน หรือห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่มีข้อความเอาเปรียบผู้บริโภคหรือไม่เป็นธรรม ดังนี้ย่อมสันนิษฐานได้ว่า ข้อความส่วนที่ขัดต่อกฎหมายย่อมตกเป็น โฆษะ แต่สัญญาส่วนอื่น ๆ ย่อมมีผลใช้บังคับกันได้ต่อไป

๓) ผลจากการตีความบทกฎหมายบางบทอาจได้ความว่า มาตรา ๑๗๓ ไม่มีผลบังคับใช้ในบางกรณีได้

ตัวอย่างกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น

ก) กรณีตกลงยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องซื้อขายกันไว้ตามมาตรา ๔๘๕ เช่นตกลงกันว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง และปรากฏว่าข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบเช่นนั้นเป็น โฆษะ เพราะเป็นความรับผิดชอบในเหตุที่ผู้ขายเป็นผู้ก่อความชำรุดบกพร่องขึ้นมาจากตัวเอง และมาตรา ๔๘๕ ก็บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่า ข้อสัญญาว่าไม่ต้องรับผิดชอบนั้น ไม่อาจคุ้มครองผู้ขายได้ ดังนี้เราย่อมเห็นได้ว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบนั้นต้องห้าม แต่ส่วนที่กฎหมายห้ามคือเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบเท่านั้น ไม่ได้มุ่งให้สัญญาซื้อขายตกเป็น โฆษะ ไปทั้งหมด มิฉะนั้นก็จะกลายเป็นว่าผู้ซื้อยอมพลอยสูญเสียสิทธิที่จะอ้างสัญญาซื้อขายเพื่อเรียกให้ผู้ขายรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องตามสัญญาไปด้วย ดังนี้เราจึงเห็นได้ว่าบทกฎหมายบางเรื่องมุ่งที่จะให้ข้อตกลงเสียไปบางส่วนเท่านั้น หากจะบังคับให้นิติกรรม โฆษะ ไปทั้งสิ้นย่อมไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายในเรื่องนั้นอย่างแน่นอน

ข) ในกรณีที่ผู้เช่าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าตามสัญญาซึ่งตกลงกันไว้โดยฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมการเช่าที่ดินซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้เช่า เช่นกรณีตามพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. ๒๕๑๑ ซึ่งต่อมายกเลิกไปและมีการตราพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๒๔ ขึ้นใช้แทนโดยมุ่งคุ้มครองผู้เช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม โดยกำหนดให้ผู้ให้เช่าบอกกล่าวเลิกการเช่าล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๑ ปี และทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนด ดังนี้ข้อตกลงอื่นใดที่ขัดต่อกฎหมายย่อมตกเป็น โฆษะ เช่น หากคู่กรณีตกลงกันให้บอกเลิกได้โดยแจ้งล่วงหน้า ๖ เดือนข้อตกลงเช่นนั้นย่อมตกเป็น โฆษะ เห็นได้ชัดว่ากฎหมายมุ่งให้ข้อกำหนดสัญญาเช่าเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดการบอกกล่าวเลิกสัญญาล่วงหน้าเท่านั้นที่ตกเป็น โฆษะ ไม่ใช่สัญญาเช่าตก

เป็นโมฆะไปทั้งหมด เพราะในกรณีเช่นนี้กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้เช่าไม่ให้ถูกบอกเลิกการเช่าโดยกะทันหัน หากแปลความให้สัญญาเช่าตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น กรณีย่อมขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมาย เพราะจะทำให้ผู้เช่าต้องคืนทรัพย์สินที่เช่าแก่ผู้เช่าตามหลักเรื่องลาภมิควรได้ตามมาตรา ๑๗๒ วรรคสอง หมายถึงออกจากที่เช่าโดยทันที อันมิใช่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

๓. นิติกรรมที่เป็น โมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่น

๓.๑ ข้อความทั่วไป

การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ ดังนี้กฎหมายมาตรา ๑๗๔ วางหลักให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากผู้ทำนิติกรรมหรือคู่กรณีแห่งนิติกรรมได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้ตั้งใจมาแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่ตกเป็นโมฆะนั้น โดยนัยนี้ หลักในมาตรา ๑๗๔ จึงเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งให้นิติกรรมอันเป็นโมฆะนั้นมีผลในฐานะที่เป็นนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ในกรณีดังกล่าวนี้สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ

ประการแรก ตีความว่านิติกรรมตกเป็นโมฆะหรือไม่ และ

ประการที่สอง นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้นเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะหรือไม่ และ

ประการที่สาม ต้องพิเคราะห์ต่อไปว่านิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้นเป็นนิติกรรมซึ่งคู่กรณีควรจะได้ตั้งใจที่จะทำขึ้นหรือไม่ หากคู่กรณีรู้มาแต่แรกว่านิติกรรมที่ได้ทำขึ้นแล้วนั้นเป็นโมฆะ

๓.๒ ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการตีความนิติกรรม

๑) ประการแรกต้องได้ความว่านิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเสียก่อน ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะเป็นโมฆะเพราะเหตุใด

๒) ประการต่อมาคือนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนี้ ต้องเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ

ก) นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้นอย่างน้อยต้องมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายทั้งหมดหรือบางส่วนครอบคลุมนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ หรือเป็นไปเพื่อบรรลุความมุ่งหมายเดียวกัน แต่มีขอบเขตกว้างกว่านิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะ เพราะหลักเรื่องนิติกรรมซึ่งเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นนั้น มีขึ้นก็เพื่อคุ้มครองให้นิติกรรมเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี หรือเพื่อความมีเสถียรภาพของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนานั้นเอง กฎหมายมิได้มุ่งต่อผลทางกฎหมายในลักษณะอื่น หรือผลที่แตกต่างหรือ

ห่างไกลจากวัตถุที่ประสงค์แห่งนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ และการจะบังคับให้นิติกรรมที่มีผลแตกต่างออกไปมากย่อมมิใช่ความมุ่งหมายของหลักนิติกรรมซึ่งเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นแต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น ก.ยกที่ดินให้ ข. โดยทำเป็นหนังสือด้วยลายมือของตัวว่ายกที่ดินแก่ ข. นับตั้งแต่วันทำหนังสือนั้น และหาก ก. ถึงแก่ความตายก็ห้ามทายาทผู้ใดมาเกี่ยวข้องกับ สิทธิของ ข. แต่ผู้เดียว ดังนี้การยกให้ตกเป็นโมฆะ เพราะมิได้ทำตามแบบในมาตรา ๕๒๕ ประกอบ มาตรา ๔๕๖ ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่เจตนาและการกระทำของ ก. อาจเข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ตามมาตรา ๑๖๕๗ ดังนี้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนี้ย่อมตกเป็นมรดกตามพินัยกรรมแก่ ข. ได้ นับเป็นการสมเจตนาของ ก.

ตัวสัญญาใช้เงินที่ไม่มีรายการครบถ้วนตามมาตรา ๕๘๗ ย่อมไม่สมบูรณ์เป็นตัวสัญญาใช้เงินตามมาตรา ๕๘๔ แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นหลักฐานการกู้เงินได้^{๕๕}

กรณีตกลงซื้อขายที่ดิน โดยทำเป็นหนังสือสัญญากันเอง สัญญาซื้อขายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะเพราะไม่ได้ทำตามแบบ ดังนี้หากเป็นกรณีที่คู่กรณีเป็นหนี้กันและต้องการทำสัญญาซื้อขายเพื่อหักกลบลบหนี้กันบางส่วน ดังนี้สัญญาซื้อขายที่ตกเป็นโมฆะอาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาโอนที่ดินตีใช้หนี้กันได้

อย่างไรก็ดี มีปัญหาว่าในกรณีสัญญาซื้อขายที่ดินที่ทำสัญญากันเองและตกเป็นโมฆะไปนี้ จะถือว่าสัญญาซื้อขายที่ตกเป็นโมฆะนี้เข้าลักษณะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งมีผลสมบูรณ์เพราะได้ทำเป็นหนังสือได้หรือไม่ เรื่องนี้เห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายมุ่งต่อการโอนกรรมสิทธิ์ ก็มุ่งเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์จากฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง แต่สัญญาจะซื้อจะขายเพียงแต่มุ่งก่อหนี้ระหว่างกันให้สามารถเรียกร้องให้ไปโอนกรรมสิทธิ์กันในวันข้างหน้า จึงเป็นนิติกรรมซึ่งอยู่นอกขอบความมุ่งหมายของสัญญาซื้อขาย สัญญาซื้อขายที่ตกเป็นโมฆะจึงไม่อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายได้^{๕๖}

การโอนสิทธิอาศัยนั้นต้องห้ามตามมาตรา ๑๔๐๔ ซึ่งกำหนดว่าสิทธิอาศัยนั้น โอนกันมิได้แม้โดยทางมรดก แต่ถ้าผู้รับโอนนั้นเป็นบุคคลในครอบครัวหรือเป็นบริวารในครัวเรือนของผู้อาศัยซึ่งอยู่ด้วยกันกับผู้อาศัย ดังนี้การโอนสิทธิอาศัยอาจนับได้ว่าเป็นการอนุญาตให้บุคคลในครอบครัวหรือบริวารในครัวเรือนอยู่ด้วย (มาตรา ๑๔๐๕) ซึ่งผู้ทรงสิทธิอาศัยสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

^{๕๕} ตัวอย่างจาก ประกอบ หุตะสิงห์, นิติกรรมและสัญญา, หน้า ๗๘-๗๙.

^{๕๖} อย่างไรก็ดี กรณีนี้มีผู้ให้เหตุผลว่า สัญญาจะซื้อจะขายก็คือสัญญาซื้อขายนั่นเอง เป็นนิติกรรมเดียวกันจึงไม่อาจเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอื่นได้ นอกจากนี้หากยอมให้เข้าลักษณะเป็นสัญญาจะซื้อจะขายได้ก็จะเป็นผลให้มาตรา ๔๕๖ ซึ่งบังคับในเรื่องแบบไว้ผลไป โปรตุเกส คักดี สอนงชาติ, นิติกรรมและสัญญา หน้า ๒๕๐.

ในเรื่องการโอนสิทธิเก็บกิน ซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ทรงสิทธิ การโอนสิทธิเก็บกินให้ผู้อื่นย่อมต้องห้ามตามกฎหมายและตกเป็น โฆษะ แต่กฎหมายอนุญาตให้ผู้ทรงสิทธิเก็บกินโอนการใช้สิทธิเก็บกินให้บุคคลภายนอกได้ ถ้าไม่ได้ตกลงห้ามโอนไว้แต่ต้น (มาตรา ๑๔๒๒) ดังนั้นแม้การตกลงโอนสิทธิเก็บกินจะตกเป็น โฆษะ แต่การ โอนเช่นนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นการโอนการใช้สิทธิเก็บกินซึ่งไม่ตกเป็น โฆษะ ได้

ในเรื่องการบอกเลิกสัญญาบางชนิดซึ่งกฎหมายกำหนดระยะเวลาให้ต้องบอกกล่าวล่วงหน้านั้น หากไม่บอกกล่าวล่วงหน้าตามที่กฎหมายกำหนดและการบอกกล่าวนั้นตกเป็น โฆษะ เพราะฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย การบอกกล่าวเช่นนั้นก็ยังอาจมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวล่วงหน้าตามกำหนดเวลาที่ชอบด้วยกฎหมายในงวดถัดไปตามตามกฎหมายได้ ในทำนองเดียวกัน หากมีข้อสัญญากำหนดระยะเวลาบอกกล่าว หากไม่ปฏิบัติตามการบอกกล่าวนั้นย่อมไม่มีผล แต่อาจถือได้ว่าเป็นการบอกกล่าวสำหรับงวดถัดไปได้

ในทางกลับกัน หากความมุ่งหมายของนิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะ แคลกว่า หรือไม่ครอบคลุมนิติกรรมลักษณะอื่นที่ไม่เป็น โฆษะ ดังนั้นนิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะนั้นไม่อาจเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอื่นซึ่งอยู่นอกขอบเขตความมุ่งหมายของนิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะ ได้เลย ตัวอย่างเช่น ตกลงทำสัญญาจำหน่ายทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ แต่การจำหน่ายนั้นตกเป็น โฆษะ ดังนั้นนิติกรรมนั้นไม่มีทางเข้าลักษณะเป็นการให้โดยเสน่หา หรือเป็นการ โอนกรรมสิทธิ์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้เลย ทั้งนี้เพราะการ โอนกรรมสิทธิ์นั้นมีความมุ่งหมายเป็นการ โอนสิทธิอันมีขอบเขตที่กว้างกว่าการจำหน่าย ขณะที่การจำหน่ายนั้นมิได้มุ่งต่อการ โอนกรรมสิทธิ์ เพียงแต่มุ่ง โอนสิทธิจำหน่ายทรัพย์เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ในกรณีผิดนัดเท่านั้น แต่การ โอนกรรมสิทธิ์นั้นมีผลเป็นการ โอนสิทธิใช้สอย จำหน่าย และติดตามเอาคืนทรัพย์จากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือ และสิทธิอื่น ๆ ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าสิทธิจำหน่ายมาก ดังนั้นกรณีที่สัญญาจำหน่ายตกเป็น โฆษะก็ไม่อาจเข้าลักษณะเป็นการ โอนกรรมสิทธิ์ได้

จ) นิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็น โฆษะนั้นจะต้องไม่มีเหตุอื่นใดมาทำให้เสียผลหรือตกเป็น โฆษะไป

หากนิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะนั้นเกิดเหตุจากการไร้ความสามารถ เช่นพินัยกรรมที่ตนไร้ความสามารถทำขึ้นย่อมตกเป็น โฆษะ (มาตรา ๑๗๐๔) ดังนั้นมีปัญหาวานิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์เป็นนิติกรรมให้ระหว่างมีชีวิต โดยถือว่าเป็นสัญญาให้ที่ตกเป็น โฆษะ ซึ่งผู้อนุญาตอาจให้สัตยาบันได้หรือไม่

ในกรณีที่ทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในตัวบุคคลอันเป็นคู่กรณี แม้จะเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ หากยังมีความสำคัญผิดในตัวคู่กรณีอยู่ ดังนั้นนิติกรรมอื่นย่อมตกเป็น โฆษะไปด้วย ดังนั้นก็ไม่ใช่กรณีเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่ตกเป็น โฆษะ

อนึ่ง นิติกรรมอย่างหนึ่งที่ตกเป็นโมฆะเพราะเหตุที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี อาจเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมที่ไม่ตกเป็นโมฆะก็ได้ หากวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมนั้น ไม่ขัดต่อข้อห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

๓.๓ การตีความนิติกรรม

กรณีที่นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้นอาจเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์อันอาจสันนิษฐานได้ว่า หากคู่กรณีรู้ว่านิติกรรมที่ได้ทำไว้นั้นตกเป็นโมฆะ คู่กรณีก็คงจะมีเจตนาทำนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น ปัญหาว่าจะรู้ได้อย่างไรว่า คู่กรณีจะมีเจตนาดังกล่าวหรือไม่ ดังนี้ต้องพิจารณาตามหลักการแสดงเจตนา

๑) ในกรณีที่คู่กรณีได้ตั้งใจไว้แต่แรกแล้วว่า หากนิติกรรมที่ได้กระทำไว้นั้นตกเป็นโมฆะก็จะทำนิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะนั้น ดังนี้เป็นกรณีที่ต้องบังคับตามมาตรา ๑๗๔

๒) อย่างไรก็ตาม กรณีส่วนใหญ่ที่คู่กรณีในนิติกรรมมักมิได้คาดหมายว่านิติกรรมที่ได้ทำไว้แล้วนั้นจะตกเป็นโมฆะ ดังนี้เราขอมิอาจพิจารณาตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีได้ แต่จำต้องสันนิษฐานเจตนาว่าคู่กรณีพึงมีเจตนาในเรื่องนั้น ๆ กันอย่างไร กรณีเช่นนี้เป็นกรณีตีความไปในทางอุดช่องว่างการแสดงเจตนาของคู่กรณี หรือเสริมเจตนาของคู่กรณีซึ่งย่อมต้องพิจารณาว่า หากคู่กรณีได้รู้ถึงความเป็นโมฆะของนิติกรรมแล้ว ก็คงจะตั้งใจทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่งเสียแต่แรก หรือคงจะไม่ทำนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้นมาแต่แรกแล้ว

ตัวอย่างเช่น ในอุทาหรณ์ ๑) นั้น หากตีความการแสดงเจตนาของคู่กรณีแล้วเห็นได้ว่า ข้อตกลงจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งตกเป็นโมฆะไปนี้ อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาเช่าเป็นลูกหนี้ร่วมกันในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ แต่อย่างไรก็ดี ข่อมเป็นไปได้เช่นกันว่า ในกรณีเช่นนี้ หากคู่กรณีคือ ก. ข. และ ค. ได้รู้ว่าการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นเป็นไปไม่ได้ พวกเขา ก็อาจจะมีได้ประสงค์ที่จะเข้ากันเป็นลูกหนี้ร่วมเลขก็เป็นได้ ในกรณีที่พฤติการณ์พึงสันนิษฐานเป็นอย่างหลังนี้ ก็ต้องถือว่านิติกรรมนั้นข่อมตกเป็นโมฆะไปโดยไม่เข้าเป็นสัญญาเช่าเป็นลูกหนี้ร่วมเลข เพราะไม่อาจสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์ใด ๆ ว่าคู่กรณีจะประสงค์ให้เป็นนิติกรรมที่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่น

๔. โมฆะกรรมไม่อาจให้สัตยาบันกันได้

นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้น มีผลแตกต่างจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะ ตรงที่นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเป็นนิติกรรมที่ไม่มีผลตามความมุ่งหมายของผู้ทำนิติกรรม แต่นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่มีผลแล้ว แต่มีผลไม่แน่นอนจนกว่าจะถูกบอกล้าง

นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้น นอกจากกฎหมายบังคับให้ไม่มีผลตามความมุ่งหมายของผู้ทำนิติกรรมแล้วยังบังคับต่อไปด้วยว่า ไม่อาจรับรองให้กลับมีผลขึ้นใหม่ได้โดยการใช้สัตยาบัน (มาตรา ๑๗๒) ข้อนี้ก็เป็นอย่างต่างจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะในสาระสำคัญ นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะกรรมนั้นกฎหมายยอมให้บุคคลบางพวกที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือเป็นผู้ดูแลประโยชน์ของผู้ที่กฎหมายคุ้มครอง (มาตรา ๑๗๕) ให้สัตยาบันหรือรับรองให้นิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นนั้นมีผลสมบูรณ์เด็ดขาดมาแต่ต้น คือสมบูรณ์ย้อนหลังไปถึงเวลาที่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆะได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลภายนอก ดังนั้นเมื่อนิติกรรมใดเป็นโมฆะหากได้มีการใช้สัตยาบันแล้ว ย่อมสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก และไม่อาจบอกล้าง คือไม่อาจทำให้ทำให้นิติกรรมนั้นเสียไปหรือตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกได้อีกต่อไป แต่ในทางกลับกันหากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะถูกรับบอกล้างไปภายหลัง ก็ตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และไม่อาจให้สัตยาบันได้อีกต่อไป

การที่คู่กรณีไม่อาจให้สัตยาบันต่อนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะให้มีผลขึ้นมาได้ ก็เพราะกฎหมายถือว่าความเป็นโมฆะเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้นิติกรรมเสียผลไป ไม่อาจเกิดผลตามความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาหรือผู้ทำนิติกรรมชนิดที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ ดังนั้นนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะจะมีผลขึ้นใหม่ได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันทำนิติกรรมขึ้นใหม่ให้มีผลสมบูรณ์เป็นอีกนิติกรรมหนึ่ง แต่นิติกรรมใหม่นั้นย่อมมีผลเมื่อได้ทำขึ้นโดยไม่อาจมีผลย้อนหลังไปทำให้นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะไปแล้วนั้นกลับมีผลขึ้นใหม่ได้ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีอาจตกลงกันให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันขึ้นใหม่ที่ให้ผลในลักษณะเดียวกันกับผลที่ควรจะได้เกิดขึ้นตามนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะไปแล้วก็ได้

ตัวอย่างเช่น ตกลงซื้อขายที่ดินโดยทำเป็นหนังสือระหว่างกันเอง และได้ชำระราคาและส่งมอบที่ดินกันแล้ว ดังนั้นการซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังไม่โอนไปเป็นของผู้ซื้อ แต่หากระหว่างนั้นผู้ซื้อได้ปลูกบ้านลงบนที่ดินนั้นแล้ว ดังนั้นคู่กรณีอาจตกลงทำสัญญาซื้อขายกันใหม่โดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้ สัญญาซื้อขายนี้ย่อมมีผลในวันที่ได้จดทะเบียนซื้อขายกัน ไม่มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้ แต่คู่กรณีอาจตกลงกันให้ถือราคาชำระกันไว้แล้ว และการส่งมอบที่ดินที่ได้ทำกันไปแล้วมีผลเป็นการชำระราคาและส่งมอบที่ดินตามสัญญาซื้อขายใหม่ก็ได้ ส่วนบ้านซึ่งตามนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะไปนั้นย่อมต้องคืนกันตามหลักลามิควรได้ ประกอบกับมาตรา ๑๗๑๐ โดยเจ้าของที่ดินต้องชดใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะบ้านก็เป็นอันไม่ต้องชดใช้แก่กัน คงถือเป็นส่วนควบของที่ดินตามผลของกฎหมายและโอนไปพร้อมกับที่ดินก็ได้