

ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS OF MEANING OF PROPERTY IN SPECIFIC CONTRACTS



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา

โดย

นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)

CHULALONGKORN UNIVERSITY

พรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์ : ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา (PROBLEMS OF MEANING OF PROPERTY IN SPECIFIC CONTRACTS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์, 208 หน้า.

เนื่องด้วยเอกเทศสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อสื่อถึงวัตถุแห่งสัญญา ซึ่งนิยามของคำว่าทรัพย์สินหมายถึงทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ ตามมาตรา 138 แต่ลักษณะของเอกเทศสัญญาบางประเภทไม่สามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ผู้เขียนจึงทำการศึกษาในครั้งนี้ โดยมีสมมติฐานว่า การใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในเอกเทศสัญญาบางประเภท โดยศึกษากฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

จากการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การนิยามความหมายตามกฎหมายไทยมีความหมายที่กว้างเกินกว่าการนำคำดังกล่าวมาใช้ได้ในทุกบริบทของกฎหมาย อีกทั้งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบรรพ 3 เอกเทศสัญญามีการใช้คำว่าทรัพย์สินและคำว่าทรัพย์ปะปนกันทั้งที่มีการนิยามความหมายของคำทั้งสองไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง บทบัญญัติในเรื่องเอกเทศสัญญาส่วนใหญ่เลือกใช้คำว่าทรัพย์สิน มากกว่าคำว่าทรัพย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นอันแสดงให้เห็นว่านิยามคำว่าทรัพย์สินไม่สามารถใช้ได้กับคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา ซึ่งทำให้ระบบกฎหมายของไทยเกิดความสับสนเนื่องจากการเลือกใช้คำว่าทรัพย์สินที่ไม่ตรงกับนิยามความหมายของทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันที่เลือกใช้คำว่าทรัพย์เป็นหลัก โดยหากกรณีที่ต้องการจะให้ได้สามารถทำสัญญากับสิทธิได้ด้วยกฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะหรือการใช้คำว่าทรัพย์สินซึ่งไม่มีนิยามความหมายไว้และปล่อยให้ไปเป็นไปตามบริบทของกฎหมายซึ่งไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้คำว่าทรัพย์สินเหมือนเช่นกฎหมายไทย ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสแม้ไม่มีนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์และทรัพย์สินไว้เลยแต่กฎหมายฝรั่งเศสมีการเลือกใช้คำว่าทรัพย์สินที่สื่อความหมายถึงวัตถุมีรูปร่างมากกว่าจะเลือกใช้คำว่าทรัพย์ โดยการเลือกใช้คำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาน้อยกว่ากฎหมายไทย เพราะเกิดความเห็นที่แตกต่างกันในกรณีที่ต้องมีการตีความคำว่าทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งบางครั้งก็มีการตีความว่ารวมถึงสิทธิเหนือตัวทรัพย์ดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความที่ขยายไปถึงสิทธิซึ่งไม่มีตัวทรัพย์รองรับด้วยดังเช่นกฎหมายไทย

ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการตีความคำว่าทรัพย์สินในบทบัญญัติของเอกเทศสัญญาให้หมายถึงทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นเพื่อให้การใช้กฎหมายเป็นไปอย่างเป็นระบบและเกิดความสอดคล้องกันของกฎหมาย หรืออาจแก้ไขโดยการแก้ไขบทบัญญัติเปลี่ยนคำว่า “ทรัพย์สิน” ที่ปรากฏในเอกเทศสัญญาเป็นคำว่า “ทรัพย์” ส่วนสัญญาที่ไม่เข้าลักษณะของเอกเทศสัญญาก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยถือว่าเป็นความผูกพันตามสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งสามารถบังคับกันได้บนหลักพื้นฐานของสัญญา

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5785995534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: THINGS, PROPERTY

PORNPERM SRISAWAT: PROBLEMS OF MEANING OF PROPERTY IN SPECIFIC CONTRACTS.

ADVISOR: PROF. DR. JUR. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 208 pp.

The word "property" is used in the part of the specific contract in Thai civil and commercial code to convey the object of contract, however, considering to its definition in the provisions of section 138 of the mentioned law, "property" includes things as well as incorporeal objects, susceptible of having a value and of being appropriated. Since some types of the specific contract are not able to be made with the incorporeal objects, therefore, the author has studied and researched this thesis by studying of Thai law and comparing with German law as well as French law with the assumption that using the word "property" in the provision of the specific contract may cause problems when apply with some categories of the specific contract.

Based on the analysis of the problems arising from the use of word "property" in the specific contract of Thai law compared with German law and French law, the author has the opinion that the definition of the word "property" in Thai law has a much broader meaning to use in every context of law and in the provisions of the civil and commercial code of Thailand, Book 3 – Specific Contract, the use of "property" and "things" are mixed up, even the definitions of both words are clearly defined, in addition, the word "property" is used rather than "things". The aforementioned problems show that the said definition of "property" is not applicable in terms of property in the specific contract, as a consequence, using the word not meet its definition causes confusion in Thai legal system. Unlike the German law, the word "things" is mainly used and in case of making the contract of rights the law will be specifically provided. Besides, the word "property" is used with unspecified definition and considered based on each context of law which does not cause confusion like Thai law. Considering to French law, it does not define the meaning of both "things" and "property", nevertheless, the word "things" that refers to the corporeal object is selected to use rather than "property". By that use, it causes less problem than Thai law as only one word has to be interpreted and it is also occasionally interpreted to include the rights over the property, however, it does not cause the interpretation problem for the rights without property as in Thai law.

The author suggests that the word "property" in the provision of specific contract in Thai law should be construed only as "things" so that the application of the law will be systematic and consistent and, in another way, the word "property" in the specific contract should be amended to be "things". The contracts not within the scope of specific contract are still legally protected as innominate contract which can be enforced on the basis of the contract.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2017

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความเมตตากรุณาของคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่เป็นผู้ชี้แนะประเด็นปัญหา และได้สละเวลาอันมีค่าเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยได้ให้คำปรึกษาให้ความรู้ และชี้แนะแนวทางการเขียน ตลอดจนผลักดันและสนับสนุนแนวคิดแก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดการจัดทำวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านได้ให้ข้อเสนอแนะและแง่คิดอันเป็นประโยชน์ ซึ่งชี้ให้เห็นแนวทางในการแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ ที่คอยส่งเสริมและให้กำลังใจ ขอกราบขอบพระคุณคุณภักพล งามลักษณ์และครอบครัวที่ช่วยผลักดันและให้เวลาแก่ผู้เขียนในการได้ศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณतालที่เป็นกำลังใจและให้คำปรึกษาเสมอมา ขอขอบคุณน้องกวาง น้องปราง น้องหน้อยที่ช่วยสนับสนุนข้อมูลเพิ่มเติมและแบ่งปันแนวความคิด ขอขอบคุณครอบครัว เพื่อนทุกคนโดยเฉพาะเพื่อนนิสิตสาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ที่ช่วยผลักดันตั้งแต่ตอนเรียนและช่วยเป็นกำลังใจ ขอขอบคุณน้องท็อปที่ช่วยเหลือสำหรับการทำวิทยานิพนธ์เข้าระบบอิเล็กทรอนิกส์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และผู้เขียนกราบขอบพระคุณพระเจ้าที่ช่วยให้สติปัญญาให้สามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงได้ ซึ่งผู้เขียนไม่สามารถทำได้ด้วยความสามารถของผู้เขียนเองเพียงลำพัง

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่วงการศึกษากฎหมายไทย และยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะได้รับฟังข้อเสนอแนะ และกรณีที่มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องไม่ว่าโดยประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	6
1.3 สมมติฐาน	6
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	6
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	7
บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายไทย	8
2.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในระบบกฎหมายไทย	8
2.1.1 ความหมายและลักษณะของทรัพย์สิน.....	9
2.1.2 ประเภทของทรัพย์สิน.....	13
2.1.2.1 ประเภทของทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน	13
2.1.2.2 ประเภทของทรัพย์สินในกฎหมายไทย	14
2.1.3 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้.....	16
2.1.3.1 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้ในกฎหมายโรมัน.....	16
2.1.3.2 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้ในกฎหมายไทย.....	18
2.1.4 ประเภทของทรัพย์สิน.....	21
2.1.4.1 กรรมสิทธิ์ (dominium).....	21

2.1.4.2 การครอบครอง (possessio).....	25
2.1.4.3 ทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของผู้อื่น	30
2.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายไทย	30
2.2.1 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญา.....	31
2.2.1.1 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมัน.....	31
2.2.1.2 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทย.....	33
2.2.2 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญา.....	34
2.2.2.1 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมัน.....	34
2.2.2.2 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทย.....	35
2.2.3 ความสัมพันธ์ของทรัพย์สินกับเอกเทศสัญญา.....	36
2.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (Real Contract).....	38
2.3.1 การส่งมอบ	38
2.3.1.1 ความคิดพื้นฐานของการส่งมอบ	38
2.3.1.2 การส่งมอบทรัพย์สินกับหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน	42
2.3.2 ประเภทของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน.....	43
2.3.2.1 สัญญาเช่า.....	43
2.3.2.2 สัญญาฝากทรัพย์สิน.....	52
2.3.3 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ	56
2.3.3.1 มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน.....	56
2.3.3.2 ต้องมีการเก็บรักษาทรัพย์สิน.....	56
2.3.3.3 ต้องมีการส่งคืนทรัพย์สิน.....	56
2.4 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (Consensual Contract).....	57
2.4.1 ประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	57

2.4.1.1 สัญญาซื้อขาย.....	58
2.4.1.2 สัญญาแลกเปลี่ยน.....	66
2.4.1.3 สัญญาเช่าทรัพย์สิน.....	69
2.4.2 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม.....	76
2.4.2.1 สมบูรณ์ด้วยความยินยอม.....	76
2.4.2.2 เป็นสัญญาต่างตอบแทน.....	77
2.4.2.3 มีการคุ้มครองการรอนสิทธิ.....	77
2.4.2.4 มีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน.....	77
2.5 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เป็นสัญญาให้หรือการให้.....	78
2.5.1 ประวัติความเป็นมาของสัญญาให้.....	78
2.5.1.1 ประวัติความเป็นมาของการให้ตามกฎหมายโรมัน.....	78
2.5.1.2 ประวัติความเป็นมาของสัญญาให้ตามกฎหมายไทย.....	79
2.5.2 ลักษณะและสาระสำคัญของสัญญาให้.....	79
2.5.2.1 ลักษณะของสัญญาให้.....	79
2.5.2.2 สาระสำคัญของสัญญาให้.....	82
2.5.3 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาให้.....	82
2.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้.....	83
2.6.1 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	83
2.6.1.1 สัญญาจำนำ.....	84
2.6.1.2 สัญญาจำนอง.....	89
2.6.2 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน.....	92
2.6.2.1 เป็นสัญญาอุปกรณ์.....	92
2.6.2.2 ก่อให้เกิดทรัพย์สิน.....	93

บทที่ 3 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ	94
3.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน	94
3.1.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน	95
3.1.1.1 ความหมายและลักษณะของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน	95
3.1.1.2 ทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิ	97
3.1.1.3 กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมัน	97
3.1.1.4 การครอบครองในกฎหมายเยอรมัน	98
3.1.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายเยอรมัน	99
3.1.2.1 ความคิดพื้นฐานและลักษณะของสัญญา	100
3.1.2.2 ลักษณะของเอกเทศสัญญา	102
3.1.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน	102
3.1.3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งมอบ	103
3.1.3.2 การส่งมอบทรัพย์สินกับหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน	104
3.1.3.3 สัญญาทางทรัพย์สินกับทรัพย์สินสัญญา	105
3.1.3.4 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ	105
3.1.4 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	111
3.1.4.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	111
3.1.4.2 ประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	111
3.1.5 ทรัพย์สินในสัญญาให้โดยสเนหา (inter vivos donation)	118
3.1.5.1 สาระสำคัญของสัญญาให้	118
3.1.5.2 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาให้	119
3.1.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้	119
3.1.6.1 สัญญาจำนำ	119

3.1.6.2 สัญญาจำนอง	121
3.2 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	123
3.2.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศส.....	124
3.2.1.1 ความหมายและลักษณะของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน.....	124
3.2.1.2 ทรัพย์สิน (Real right) กับบุคคลสิทธิ (Personal Right).....	126
3.2.1.3 กรรมสิทธิ์.....	127
3.2.1.4 การครอบครอง (Possession)	128
3.2.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส	130
3.2.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน.....	134
3.2.3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งมอบ.....	134
3.2.3.2 ประเภทของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน	135
3.2.4 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	143
3.2.4.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	143
3.2.4.2 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	144
3.2.5 ทรัพย์สินในสัญญาให้หรือการให้ (Donation).....	153
3.2.5.1 สาระสำคัญของการให้.....	154
3.2.5.2 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้	154
3.2.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ (security contracts).....	159
3.2.6.1 สัญญาจำนำ (pledge).....	159
3.2.6.2 การจำนองหรือสัญญาจำนอง (mortgage).....	163
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา ในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส.....	167
4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน	167

4.1.1 ปัญหาการปรับใช้คำนิยามกับบริบทของกฎหมาย	169
4.1.2 ปัญหาการพิจารณาขอบเขตของกรรมสิทธิ์	170
4.1.3 ปัญหาการพิจารณาขอบเขตของการครอบครอง	170
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ"ทรัพย์สิน"ในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน	171
4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นลักษณะสำคัญของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน	173
4.2.1.1 ลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญา	173
4.2.1.2 ทรัพย์สินที่สามารถทำการส่งมอบทรัพย์สินได้	175
4.2.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน	178
4.2.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส	179
4.2.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน	179
4.2.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา	180
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาความหมายของ"ทรัพย์สิน"ในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	181
4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ...	182
4.3.1.1 วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายและสัญญาแลกเปลี่ยน	182
4.3.1.2 วัตถุประสงค์ของสัญญาเช่า	184
4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบ ผลของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม	184
4.3.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากความยินยอมตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส	185
4.3.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา	185
4.3.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญา	186

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ"ทรัพย์สิน"ในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกัน หนี้ด้วยทรัพย์สิน	186
4.4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักประกันที่ใช้ในการประกันหนี้ตามสัญญาที่เกิดจากการ ประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน	188
4.4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการก่อทรัพย์สินจากสัญญาที่เกิดจากประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ..	189
4.4.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่า ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส ..	190
4.4.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกิดจากการประกัน หนี้	190
4.4.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับทรัพย์สินของเจ้าหนี้ที่เกิดจากสัญญา	191
4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ "ทรัพย์สิน" ในสัญญาให้หรือการให้	192
4.5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบของการให้หรือสัญญาให้	193
4.5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง	194
4.5.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในสัญญาให้ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับ กฎหมายกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส	195
4.5.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาสำหรับการให้ทางทรัพย์สิน	195
4.5.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญาให้ทางหนี้	196
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	198
5.1 บทสรุป	198
5.2 ข้อเสนอแนะ	200
รายการอ้างอิง	203
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	208

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 “ทรัพย์สิน” หมายถึง ทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้” เมื่อมีการนิยามความหมายไว้ในบรรพ 1 ซึ่งเป็น หลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ความหมายของคำว่าทรัพย์สินที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพอื่น จึงต้องตีความตามความหมายในบรรพ 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปด้วย อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายในบรรพ 4 ซึ่งเป็นเรื่องทรัพย์สินโดยตรงแล้วพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 เรื่องทรัพย์สิน เป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง และสิทธิเหนือทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างว่ามีอะไรบ้าง และไม่มีส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องของสิทธิเรียกร้องหรือหนี้เลย แต่เมื่อพิจารณาความหมายของมาตรา 138 ประกอบกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า ทรัพย์สินหมายถึงทั้งเรื่องของทรัพย์ สิทธิเหนือทรัพย์ สิทธิทางหนี้ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นสิทธิที่อาจมีราคาและถือเอาได้ โดยเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและถือเอาได้ก็นับว่าเป็นทรัพย์สินด้วย เมื่อความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 138 ครอบคลุมถึงเรื่องของหนี้ และลิขสิทธิ์ด้วยแล้ว จึงมีข้อสงสัยว่าความหมายของทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมีทั้งความหมายกว้างคือความหมายตามมาตรา 138 ที่รวมทั้งเรื่องของทรัพย์สินและเรื่องของหนี้ หรือ ทรัพย์สินมีความหมายอย่างแคบด้วยคือความหมายของทรัพย์อันเป็นวัตถุมีรูปร่างและสิทธิเหนือทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ตามลักษณะของความหมายของคำว่าทรัพย์สินที่ปรากฏในบรรพ 4 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายโรมันอันเป็นรากฐานทางความคิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์แล้ว ย่อมทำให้เข้าใจลักษณะของความหมายที่แตกต่างกันนี้ได้พอสมควร กล่าวคือ ในกฎหมายโรมัน คำว่า Res หรือทรัพย์สินนั้น ไม่ได้มีการนิยามโดยกฎหมายแต่เป็นการนิยามโดยการตีความของนักกฎหมายโรมัน โดยความหมายอย่างกว้างที่สุดของ Res คือ เป็นทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างแต่มีตัวทรัพย์รองรับ หรือเป็นสิทธิทางหนี้ หรือสิทธิอื่นๆก็ได้ หากมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงมูลค่าทางเศรษฐกิจระหว่างบุคคลได้แล้ว ย่อมนับว่าเป็นทรัพย์สินทั้งสิ้น ซึ่งแท้จริงแล้วสิ่ง

เหล่านี้ อาจเรียกว่าเป็น Asset หรือสินทรัพย์ ไม่ใช่คำนิยามของคำว่า res ในกฎหมายโรมันที่แท้จริง โดยความหมายของทรัพย์สินที่ใช้กันสำหรับกฎหมายทรัพย์สินของโรมันไม่ได้อยู่ในความหมายอย่างกว้างนี้ แต่นักกฎหมายโรมันแบ่งเรื่อง Res ตามความหมายอย่างกว้างนี้ออกเป็นสามเรื่อง อันได้แก่ เรื่องแรกคือเรื่องทรัพย์สิน อันหมายถึงเฉพาะ ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างและสิทธิเหนือทรัพย์ที่มีวัตถุมีรูปร่างนั้นรองรับเท่านั้น เรื่องที่สองคือเรื่องมรดก เป็นเรื่องของการได้ไปซึ่งทรัพย์สินและหนี้สิน เรื่องที่สามเป็นเรื่องหนี้ ซึ่งกล่าวถึงหนี้และสิทธิเรียกร้อง โดยนักกฎหมายโรมันหลังจากแบ่งความหมายของคำว่า Res อย่างกว้างออกเป็นสามแบบนี้แล้ว ในการศึกษาเรื่องของทรัพย์สินที่นักกฎหมายโรมันพูดถึงจึงหมายถึงสิทธิทางทรัพย์และสิทธิเหนือทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นเรื่องของกฎหมายเกี่ยวกับหนี้หรือสัญญา ความหมายของคำว่าทรัพย์สินจะมีการใช้ความหมายอย่างกว้างหรือแคบต่างกันไปตามบริบทของกฎหมาย ด้วยแนวความคิดของนักกฎหมายโรมัน ทำให้สามารถอธิบายเหตุผลของการที่บรรพ 4 เรื่องทรัพย์สินเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์และสิทธิเหนือทรัพย์เท่านั้น เพราะกฎหมายไทยได้รับอิทธิมาจากกฎหมายโรมันในความคิดเรื่องทรัพย์สินที่แบ่งส่วนแยกกับเรื่องของหนี้ อย่างชัดเจน ดังนั้น การบัญญัติความหมายของทรัพย์สินไว้ในบรรพ 1 ที่ต้องใช้กับทั้งประมวลกฎหมายแต่เมื่อพิจารณาลักษณะที่แท้จริงของคำว่าทรัพย์สินตามบริบทที่อยู่ในประมวลกฎหมายแล้ว เช่นใน บรรพ 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่าบางครั้งคำว่าทรัพย์สินกลับไม่ได้มีความหมายอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับมาตรา 138 จึงทำให้เกิดข้อสงสัยว่า ในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญาที่มีคำว่า “ทรัพย์สิน” ปรากฏอยู่ในเอกเทศสัญญาประเภทต่างๆ ความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาเหล่านี้จะมีความหมายอย่างเดียวกับ มาตรา 138 จริงหรือไม่ การนำความหมายตาม มาตรา 138 มาปรับใช้จะทำให้เกิดปัญหาหรือไม่ หรือความหมายของคำว่าทรัพย์สินในบรรพ 3 ควรจะหมายถึงแค่ทรัพย์หรือสิทธิเหนือทรัพย์ ซึ่งเป็นเรื่องทางทรัพย์สินตาม บรรพ 4 เท่านั้น

สำหรับบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญาเป็นเรื่องของสัญญาเฉพาะที่กฎหมายกำหนดลักษณะของสัญญาและผลของสัญญาไว้แล้ว ดังนั้น สัญญาใดที่มีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาใดสัญญาหนึ่งย่อมเกิดสัญญาและเกิดความผูกพันขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่จะมีการตกลงให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด โดยกลุ่มของสัญญาหากศึกษาโดยแบ่งตามลักษณะการเกิดของสัญญาสามารถแบ่งเอกเทศสัญญาได้เป็นสี่กลุ่ม กลุ่มแรกคือสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือเรียกว่าทรัพย์สินสัญญา กลุ่มที่สองคือสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม กลุ่มที่สามคือสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ และ

กลุ่มที่สี่คือสัญญาให้ โดยสัญญาเหล่านี้ล้วนมีคำว่า “ทรัพย์สิน” ปรากฏอยู่ในสัญญาทั้งสิ้น แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาแต่ละประเภทแล้วพบว่ามิใช่ทรัพย์สินทุกอย่างที่จะสามารถทำสัญญาเหล่านี้ได้

ในกลุ่มแรก คือสัญญาที่มีสาระสำคัญคือการส่งมอบทรัพย์สินทำให้เกิดสัญญา อันเรียกว่าทรัพย์สินสัญญา โดยสัญญาที่อยู่ในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญญายืมใช้คงรูป ยืมใช้สิ้นเปลือง สัญญาฝากทรัพย์สิน และสัญญาจำนำ สัญญาเหล่านี้ล้วนใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ยกเว้นสัญญาจำนำที่ใช้คำว่าสังหาริมทรัพย์ แต่สังหาริมทรัพย์ก็เพียงประเภทหนึ่งของทรัพย์สินและมีประเด็นต้องพิจารณาเช่นเดียวกันว่าสังหาริมทรัพย์นั้นคือประเภทของทรัพย์สินในความหมายตามมาตรา 138 ใช่หรือไม่ โดยเมื่อพิจารณาลักษณะของทรัพย์สินสัญญาซึ่งมีรากฐานความคิดมาตั้งแต่ในกฎหมายโรมันแล้วพบว่า ทรัพย์สินสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินสามารถทำได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เนื่องจากการส่งมอบ (traditio) ในกฎหมายโรมันสามารถทำได้กับวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น วัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถมีการส่งมอบได้ ดังนั้น วัตถุแห่งสัญญาของทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายโรมันจึงมีได้แค่ทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น สิทธิยอมไม่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ เมื่อกลับมาพิจารณาลักษณะของกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทยที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาแล้ว ในเรื่องของการส่งมอบที่จะทำให้เกิดสัญญานักกฎหมายไทยก็มีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่า การส่งมอบสามารถมีได้เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อันเป็นแนวความคิดเหมือนนักกฎหมายโรมันที่วางรากฐานไว้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบวัตถุไม่มีรูปร่างก็สามารถมีได้โดยการส่งมอบโดยปริยายหรือการส่งมอบเอกสารที่แสดงแทนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นต้น เมื่อมีความเห็นต่างกันเช่นนี้ความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 138 ในการนำมาปรับใช้ย่อมมีปัญหาว่าจะสามารถปรับใช้กับความเห็นที่ว่าวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นจึงจะสามารถทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาได้อย่างไร กฎหมายควรจะใช้คำว่าทรัพย์สินเท่านั้นหรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและไม่เป็นที่ถกเถียงกันในบรรดานักกฎหมายว่าเอกเทศสัญญาดังกล่าวทำได้กับวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยหรือไม่ เพราะการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” และให้ตีความหมายรวมว่าทุกอย่างที่อยู่ในความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 138 ย่อมสามารถทำสัญญานั้นได้ย่อมไม่ใช่เหตุและผลของการใช้กฎหมาย เนื่องจากเอกเทศสัญญามีลักษณะของสัญญาเป็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาและความหมายของทรัพย์สินจึงขึ้นอยู่กับลักษณะของสัญญาควบคู่ไปด้วย ดังนั้นการนำความหมายใน

มาตรา 138 มาใช้กับเอกเทศสัญญาที่มีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสำคัญอาจทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายได้

ในกลุ่มที่สองคือ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม คือการที่คู่สัญญามีเจตนาตรงกันเพื่อเข้าผูกพันในสัญญาก็ทำให้เกิดสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือปฏิบัติการชำระหนี้ใดก่อน โดยสัญญาในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่าทรัพย์สิน ทั้งนี้ ในกฎหมายโรมันสัญญาในกลุ่มนี้มีเฉพาะสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าทรัพย์สิน โดยสัญญาแลกเปลี่ยนจะถือว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อ (innominate contract) อันไม่เข้าลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมัน โดยสำหรับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายโรมันมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นทรัพย์สินตามความหมายอย่างกว้าง คือทั้งทรัพย์สินมีรูปร่าง และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง สิทธิเหนือทรัพย์สิน สิทธิเรียกร้อง สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน เนื่องจากลักษณะสำคัญของสัญญาแบบนี้คืออิสระของคู่สัญญาที่จะทำกันโดยกฎหมายให้ความคุ้มครองในฐานะเอกเทศสัญญา ดังนั้น ทรัพย์สินที่จะทำสัญญากันจึงกว้างขวางกว่าเรื่องของสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบเพราะถูกจำกัดด้วยลักษณะของการส่งมอบ แต่สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมไม่ถูกจำกัดด้วยลักษณะใดเพราะเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาให้เกิดสัญญาระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายของไทยแม้หลักของสัญญาเป็นเรื่องของความยินยอมของคู่สัญญาทำให้เกิดสัญญา แต่ในสัญญาซื้อขายและสัญญาแลกเปลี่ยน มีวัตถุประสงค์ของสัญญาคือการ “โอนกรรมสิทธิ์” ในทรัพย์สิน จึงทำให้มีปัญหาต้องพิจารณาว่าหากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์แล้วจะสามารถทำสัญญาซื้อขายหรือสัญญาแลกเปลี่ยนได้หรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายไทยมีความเห็นเป็นสองแนว โดยฝ่ายแรกเห็นว่า ทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันหรือแลกเปลี่ยนกันไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ก็ได้ เพราะวัตถุประสงค์ขอให้โอนทรัพย์สินได้ก็เพียงพอ การแสดงเจตนาทำให้เกิดสัญญาแล้ว ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนทรัพย์สินทำกันอย่างไรเป็นคนละเรื่องกัน ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า “โอนกรรมสิทธิ์” ในทรัพย์สินดังนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาคือต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำสัญญาซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนได้ หากทรัพย์สินที่ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ย่อมไม่สามารถนำมาเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาได้ ดังนั้น การนำความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 138 มาใช้อาจทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายได้ เพราะโดยหลักการตามรากฐานของกฎหมายโรมันกรรมสิทธิ์ย่อมมีได้แต่ทรัพย์สินซึ่งมีรูปร่างเท่านั้น แต่ทรัพย์สินตามมาตรา 138 ซึ่งรวมถึงสิทธิอื่นที่

ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ ซึ่งสิทธิเหล่านั้นไม่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนือสิทธิได้ แล้วทรัพย์สินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์จะสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอย่างไรได้

ในกลุ่มที่สาม คือ สัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน อันได้แก่สัญญาจำนำ และสัญญาจำนอง ซึ่งลักษณะของสัญญาก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันโดยในกฎหมายโรมันเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้และต่อมาจึงมีพัฒนาการให้สามารถใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ได้ด้วย แต่ในกฎหมายไทยใช้คำว่าทรัพย์สินในบทบัญญัติซึ่งหมายรวมถึงสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับด้วย ซึ่งโดยหลักการไม่น่าจะนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้เพราะสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับย่อมไม่มีตัวทรัพย์สินที่จะก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ในการจะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินนั้นได้

ทั้งนี้ สัญญาให้ซึ่งเป็นสัญญาที่ลักษณะพิเศษกว่าสัญญาอื่นเพราะว่ามีบทบัญญัติที่ระบุรายละเอียดของการให้ไว้หลายประการไม่ว่าจะเป็น การส่งมอบจึงจะทำให้เกิดการให้ การให้ด้วยการปลดหนี้ หรือการให้ด้วยการชำระหนี้ให้ เหล่านี้ เป็นลักษณะที่ต้องศึกษาเพื่อประกอบกับมาตราหลักของสัญญาให้ที่ใช้คำว่า “โอนทรัพย์สิน” ของตนโดยเสนหาให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับ การโอนทรัพย์สินเป็นคำที่ต่างจากการโอนกรรมสิทธิ์เพราะโอนทรัพย์สินอาจเป็นการโอนทรัพย์สินหรือโอนสิทธิก็ได้ตามความหมายของทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 523 ที่ว่า “การให้ ท่านว่าสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความคำว่าทรัพย์สินตามมาตรานี้ เพราะด้วยหลักการเรื่องการส่งมอบย่อมมีได้แต่กับทรัพย์สินมีรูปร่างเท่านั้น แต่กลับใช้คำว่าทรัพย์สิน ดังนั้นการนำความหมายในมาตรา 138 มาใช้กับสัญญาให้จะทำให้เกิดปัญหาในการใช้กฎหมายหรือไม่

ด้วยลักษณะของเอกเทศสัญญากับการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาเหล่านั้นอาจมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายหากตีความโดยยึดหลักว่าเมื่อกฎหมายใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” จึงต้องถือว่าทุกอย่างตามความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 138 สามารถนำมาทำเอกเทศสัญญานั้นได้ทั้งหมดไม่น่าจะถูกต้อง จึงต้องมีการศึกษาวัตถุประสงค์และบริบทของคำว่าทรัพย์สินที่อยู่ในเอกเทศสัญญานั้นๆว่าแท้จริงแล้วมีความหมายว่าอย่างไร และการปรับใช้ความหมายตามมาตรา 138 ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายอย่างไรบ้าง โดยศึกษาความหมายของทรัพย์สินกับลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นตัวกำหนดความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา
- 1.2.2 เพื่อศึกษาปัญหาของความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทย
- 1.2.3 เพื่อศึกษาทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ
- 1.2.4 เพื่อศึกษาแนวทางที่ควรเป็นในการพิจารณาความหมายของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญา
- 1.2.5 เพื่อศึกษาการนำไปใช้และตีความคำว่า ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา

1.3 สมมติฐาน

ความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเอกเทศสัญญาบางลักษณะนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย

1.4 ขอบเขตการศึกษา

มุ่งศึกษาความหมายของทรัพย์สินเฉพาะในทางแพ่งเท่านั้น โดยพิเคราะห์ตามระบบกฎหมายนี้ ระบบกฎหมายทรัพย์สิน และกฎหมายเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาเฉพาะสัญญาอิม สัญญาฝากทรัพย์สิน สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจำนำ สัญญาจำนอง และสัญญาให้รวมทั้งคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องและการตีความกฎหมายโดยพิจารณาจากลักษณะของสัญญาว่าวัตถุไม่มีรูปร่าง โดยเฉพาะทรัพย์สินสิทธิสามารถทำสัญญาในลักษณะเฉพาะดังกล่าวได้หรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสในส่วนของหนี้ ทรัพย์สิน และเอกเทศสัญญา เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาความเชื่อมโยงของกฎหมายและการตีความที่ถูกต้อง

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสารโดยการรวบรวมเอกสาร หนังสือกฎหมาย ตำรา วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำกรวิจัย ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศศึกษาเอกสารหรือกฎหมายที่รวบรวมดังกล่าว รวมถึงเรื่องที่เคยมีการศึกษามาก่อนในอดีตอย่างเป็นระบบ โดยทำการวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวด้วยทฤษฎี แนวคิดของนักนิติศาสตร์ หรือแนวคิดทางกฎหมายเพื่อให้เห็นถึงแนวทางการพิจารณาความหมายของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- 1.6.1 เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นตัวกำหนดความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา
- 1.6.2 เข้าใจถึงปัญหาของความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทย
- 1.6.3 เข้าใจถึงทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ
- 1.6.4 ได้ข้อเสนอแนะแนวทางที่ควรเป็นในการพิจารณาความหมายของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญา
- 1.6.5 สามารถนำไปใช้หรือตีความคำว่า ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาในปัจจุบัน

บทที่ 2

ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทย โดยศึกษาควบคู่กับความคิดพื้นฐานของกฎหมายโรมันในเรื่องทรัพย์สินและเอกเทศสัญญา โดยกล่าวถึงประวัติความเป็นมา ลักษณะและความเห็นทางกฎหมาย เพื่อให้เห็นถึงลักษณะของเอกเทศสัญญาแต่ละประเภท และความหมายของคำว่าทรัพย์สินที่กล่าวถึงในเอกเทศสัญญาแต่ละประเภทว่ามีความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาแต่ละประเภทที่เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยโรมันและมีพัฒนาการมา มีลักษณะที่สำคัญอย่างไร และปรับใช้กับทรัพย์สินประเภทใดได้บ้าง เพื่อนำไปวิเคราะห์ลักษณะกับความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาว่ามีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายหรือไม่ต่อไป

2.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในระบบกฎหมายไทย

กฎหมายของประเทศไทยอยู่ในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) หรือเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน โดยแนวทางการร่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับทรัพย์สินของไทยนำมาจากกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) เป็นส่วนใหญ่ ดังนั้นการจะศึกษาถึงความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในกฎหมายไทย จึงต้องศึกษาโดยยึดพื้นฐานกฎหมายโรมันเป็นแนวทางในการศึกษา ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงกฎหมายโรมันควบคู่ไปกับกฎหมายไทย เพื่อให้เห็นถึงรากฐานของความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ความคิดพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยสินทรัพย์ (The law of things) ในสมัยโรมันยุคทอง ที่ได้ให้นิยามไว้โดย ไกอุส และ จัสติเนียน มองในความหมายที่กว้างขวางที่สุด คือ กฎหมายที่ว่าด้วยการก่อให้เกิด การโอน และการใช้สอยสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจ (economic assets)¹ ดังนั้น สินทรัพย์ตามแนวความคิดดังกล่าว จึงมีทั้งวัตถุที่เป็นรูปธรรมเช่น โด๊ะ ม้า หรือที่ดิน และวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่ง

¹ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 258.

ปรากฏแต่เพียงในมโนภาพ (mind's eye) ไม่สามารถจับต้องได้แต่เห็นได้ทางความคิด เช่น หนี้ หรือ ภาระจำยอม อนึ่ง กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินในความคิดอย่างกว้างขวางเช่นนี้ทำให้ครอบคลุมกฎหมายเอกชนในหลายส่วน โภษะจึงได้แบ่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินออกเป็นสามส่วนได้แก่ ส่วนแรกกฎหมายทรัพย์สิน (law of property) คือ ทรัพย์สินในความหมายแคบเฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งข้าพเจ้าเข้าใจว่าหมายรวมถึงทรัพย์สินซึ่งมีตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้นรองรับอยู่ด้วย ส่วนที่สองกฎหมายมรดก และส่วนที่สามกฎหมายหนี้ ซึ่งการแยกแบบนี้เป็นลักษณะเฉพาะของระบบ Civil Law² ดังนั้น กฎหมายทรัพย์สิน กับกฎหมายลักษณะหนี้ ในระบบซีวิลลอว์จึงเป็นคนละเรื่องกันและแยกออกจากกันอย่างชัดเจน

2.1.1 ความหมายและลักษณะของทรัพย์สิน

คำว่าทรัพย์สินเป็นที่รู้จักและใช้กันตั้งแต่สมัยโรมันคือคำว่า Res โดยความหมายของคำมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและมุมมองของนักนิติศาสตร์ต่อทรัพย์สินในยุคนั้น ซึ่งแนวความคิดของคำว่าทรัพย์สินได้ถูกส่งต่อมายังกฎหมายไทยที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน โดยได้มีการนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงความหมายและลักษณะของทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน เพื่อให้เห็นถึงพัฒนาการของความคิดพื้นฐานของคำว่าทรัพย์สินในสมัยโรมันซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานของความหมายของคำว่าทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในกฎหมายไทยต่อไป

ก. ความหมายและลักษณะของทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน

Res ถูกใช้แทนในภาษาไทยด้วยคำว่า “ทรัพย์สิน”³ หรือ “ทรัพย์สิน”⁴ ในสมัยโรมันนักนิติศาสตร์ไม่ได้มีการให้คำนิยามคำว่า Res ไว้ โดยปล่อยให้ความหมายของคำดังกล่าวปรากฏออกมาเองจากการใช้กฎหมาย⁵ จากคำว่าทรัพย์สินบางครั้งทำให้มีการตีความได้อย่างหลายหลายซึ่งต้องพิจารณาว่าความจริงแล้วความหมายของ Res (property) มีความจำกัดหรือขยายขอบเขตไปแค่ไหน

² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Charendon Press, 1962), p. 98.

³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2559), หน้า 104.

⁴ ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 79.

⁵ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 98.

โดย A.M. Prichard ได้อธิบายว่า “หากกล่าวถึงในทางประวัติศาสตร์ คำว่า Res แท้จริงแล้ว ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้สำหรับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ต่อมานักกฎหมายโรมันได้พัฒนาความคิดเรื่องทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับวัตถุมีรูปร่าง โดยให้ความสำคัญกับทรัพย์สินเป็นเช่นเดียวกับวัตถุมีรูปร่าง อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งมีบางแนวคิดที่ว่า Asset (สินทรัพย์) หมายถึง Res (ทรัพย์สิน) ซึ่งมีลักษณะทางธรรมชาติและอยู่ตลอดเวลา โดยแนวคิดเช่นนี้เป็นสาเหตุที่ส่งผลให้นักกฎหมายในยุค Classical ของโรมัน เมื่อคิดถึงคำว่า “Res” จึงคิดรวมไปถึงสิ่งที่ไม่มรูปร่างในทางกฎหมาย(สิทธิ)ซึ่งมีราคาในทางสังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้น iura (สิทธิทางทรัพย์สิน) จึงถูกนับรวมว่าเป็น Res ด้วย ทำให้ในยุคคลาสสิกจึงนับว่าหนี้(obligationes) เป็น res ด้วยเหตุผลบางประการ กล่าวคือ obligationes สามารถโอนหรือตกทอดทางมรดกได้เช่นเดียวกับวัตถุมีรูปร่าง อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวสามารถทำได้แค่บางส่วนเท่านั้น อีกทั้ง Obligationes (หนี้) ไม่สามารถทำการโอนโดยตรงได้เช่นเดียวกับวัตถุมีรูปร่างหรือทรัพย์สินได้ และเมื่อพิจารณาถึง dominium (กรรมสิทธิ์) และ possession (การครอบครอง) เป็นเรื่องที่ไม่สามารถปรับใช้กับ obligationes ได้เลย ทั้งนี้ iura (สิทธิทางทรัพย์สิน) ในกฎหมายโรมันมีความสัมพันธ์กับวัตถุมีรูปร่างโดยตรงเท่านั้น ไม่ปรากฏสิทธิที่ไม่มีวัตถุมีรูปร่างรองรับในทางทรัพย์สิน⁷ ดังนั้น ตามแนวคิดประวัติศาสตร์โรมันยุคแรกมองว่า Res หมายถึงทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น⁸ และเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถตกทอดมรดกได้โดยแท้จริง อย่างไรก็ตาม จากการมองกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน (law of things) โดยไกอุสและจัสติเนียน อาจทำให้เข้าใจได้ว่า Res หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่มีคุณค่าหรือค่าทางเศรษฐกิจ (economic value) ย่อมถือว่าเป็นทรัพย์สินด้วย⁹ ดังนั้น สิทธิเรียกร้องหรือสิทธิทางหนี้ที่เรียกว่า obligations มีการนับรวมเป็น res incorporeal ด้วยในยุคคลาสสิกเป็นลักษณะของการมองคำว่า res แบบขยายความเท่านั้น¹⁰ อีกทั้งหากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า ความหมายของ obligationes ในยุคของไกอุสนั้น อาจไม่ได้มีความหมายกว้างดังเช่น iura in personam (สิทธิส่วนบุคคล) อย่างในปัจจุบัน ดังนั้น การพิจารณา

⁶ A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law* (New York: ST Martin's Press, 1967), pp. 151-153.

⁷ ศันนัทภรณ์ โสติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 105.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

⁹ ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารัตโรมันและแอนโกลแซกซอน*, หน้า 79.

¹⁰ A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, p .153.

ว่า res รวมถึง obligationes ต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนถึงความหมายดังกล่าว¹¹ ซึ่งอาจหมายถึงสิทธิที่บุคคลอื่นจะต้องเคารพต่อบุคคลนั้น อนึ่ง ไม่ใช่ Res ทุกอย่างจะสามารถนำมาก่อนนิติสัมพันธ์ได้ เพราะอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่กำหนดประเภทของ Res ไว้ว่าประเภทใดจึงจะสามารถนำมาก่อนนิติสัมพันธ์ได้¹² ด้วยการมองคำว่า Res ในช่วงแรกและยุคหลังที่มีการมองแตกต่างกันทำให้เกิดคำถามระหว่างนักกฎหมายในปัจจุบันว่าความจริงแล้วคำว่า res ในกฎหมายโรมันมีความหมายกว้างขวางหรือจำกัดเพียงใด

ข. ความหมายและลักษณะของทรัพย์สินในกฎหมายไทย

ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ในกฎหมายไทยมีนิยามไว้ใน มาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอยู่ใน บรรพ 1 หลักทั่วไป ไม่ได้นิยามไว้ในกฎหมายทรัพย์สินใน บรรพ 4 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินโดยเฉพาะ ดังนั้น ความหมายของทรัพย์สินในหลักทั่วไปนี้จึงต้องนำไปใช้เมื่อปรากฏคำว่าทรัพย์ หรือทรัพย์สิน ตลอดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ โดยนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินหมายถึง “ทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้” ซึ่งในกรณีของวัตถุมีรูปร่างซึ่งมีราคาและถือเอาได้นั้นเป็นที่ยอมรับตรงกันว่าเป็นทรัพย์ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ในความเห็นของนักนิติศาสตร์ย่อมมีได้แต่เพียงสิทธิซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับให้มีขึ้นเท่านั้น และวัตถุไม่มีรูปร่างในธรรมชาติไม่มีตัวอย่างที่จะเป็นทรัพย์สินได้¹³ อนึ่งสิทธิเหนือวัตถุมีรูปร่างก็นับได้ว่าเป็นทรัพย์สิน ซึ่งนักนิติศาสตร์ของไทยมีความเห็นที่ตรงกันในสิ่งนี้ แต่มีความเห็นต่างกันในส่วนของสิทธิทางหนึ่งนับเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 นี้หรือไม่ โดยแบ่งเป็นสองฝ่าย

¹¹ W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, 2nd Ed. (Cambridge: the University Press, 1953), pp. 109-110.

¹² ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 264-265.

¹³ กำลังธรรมชาติซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อนมีการแก้ไขมีบัญญัติไว้เช่นนั้น มีความเห็นเป็นสองแนวแนวแรกเห็นว่ากำลังธรรมชาติเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าเป็นวัตถุมีรูปร่างเพราะทำให้เกิดผลเป็นการเคลื่อนไหวได้ โดย ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมทย์ ให้ความเห็นว่า กำลังธรรมชาติ น่าจะต้องหมายถึงปริมาณวัตถุมีรูปร่างที่ทำให้เกิดกำลังธรรมชาติ ไม่ใช่กำลังธรรมชาติแต่เพียงเหตุการณ์ ซึ่งปริมาณนั้นเป็นวัตถุมีรูปร่าง. เสนีย์ ปราโมช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 14-22.

นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่าสิทธิเรียกร้องในหนี้หรือสิทธิอย่างอื่นทั้งหลายอันอาจมีราคาโอนและเปลี่ยนกับประโยชน์อย่างอื่นได้และอาจถือเอาสิทธิได้นับว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง¹⁴ เช่นสิทธิเช่าซื้อเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 5466/2539 หรือ สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 4222/2536 และ 752-780/2554

นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่า การที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องในหนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการหรือการโอนทรัพย์สิน เหล่านี้ล้วนเป็นบุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่ผูกพันเฉพาะบุคคลนั้นกับลูกหนี้ซึ่งไม่น่าจะเป็นทรัพย์สิน เป็นเพียงสิทธิในกองทรัพย์สินเท่านั้น¹⁵ ท่านศาสตราจารย์(พิเศษ) โสภณ รัตนการ ให้ความเห็นไว้ว่า¹⁶ “ที่นักกฎหมายบางท่านและศาลฎีกาถือว่า สิทธิเรียกร้องเป็นทรัพย์สินนั้นคงจะหมายความว่า เป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินหรือสินทรัพย์ อย่างที่ชาวโรมันเข้าใจนั่นเอง” ทั้งนี้ สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิทธิอื่นที่มีกฎหมายรองรับอยู่แล้ว ไม่น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” เพราะทรัพย์สิน น่าจะหมายถึงเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ สหหาริมทรัพย์ สหหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และสิทธิมีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ สหหาริมทรัพย์และสหหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษเท่านั้น¹⁷ และในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความเห็นเป็นสองฝ่ายเช่นเดียวกันโดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นทรัพย์สินเนื่องจากมีราคาและอาจถือเอาได้ และมีการก่อตั้ง โอนและการสิ้นสุดแห่งสิทธิ และอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่เป็นทรัพย์สินเพราะย้อนไปหาทรัพย์สินที่เป็นรูปร่างไม่ได้¹⁸

สำหรับการศึกษาคำพิพากษาครั้งนี้ข้าพเจ้าศึกษาบนพื้นฐานของความเข้าใจว่า สิทธิทางหนี้ นับว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 ด้วย เพราะว่าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ อีก

¹⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 668.

¹⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 42.

¹⁶ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556), หน้า 9.

¹⁷ ศันสน์ภรณ์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 65.

¹⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 21.

ทั้ง นียามดังกล่าวอยู่ในส่วนของบททั่วไป การตีความจึงไม่ควรจำกัดอยู่แต่เฉพาะในลักษณะของความสัมพันธ์ของคนกับทรัพย์สินแบบกฎหมายลักษณะทรัพย์สินเท่านั้น แต่ควรตีความในความหมายอย่างกว้างขวางอันรวมถึงสิทธิทางหนี้ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย อย่างไรก็ตามการนำความหมายของคำว่าทรัพย์สินในมาตรา 138 ไปใส่ไว้ในกฎหมายเอกเทศสัญญา โดยหลักย่อมต้องพิจารณาตามนियามของกฎหมาย แต่ด้วยลักษณะบางประการของสัญญาส่งผลให้การใช้คำว่าทรัพย์สินในสัญญากับลักษณะของสัญญานั้นไม่สามารถดำเนินไปด้วยกันได้ และทำให้เกิดปัญหาในการใช้กฎหมายขึ้น

2.1.2 ประเภทของทรัพย์สิน

การแบ่งประเภทของทรัพย์สินอาจขึ้นอยู่กับโครงสร้างของทรัพย์สิน คุณสมบัติของทรัพย์สินที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายหรือเหตุผลความจำเป็นของสังคมบางประการ¹⁹ และด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันทำให้ประเภทของทรัพย์สินมีการแบ่งหลายแบบ จึงต้องศึกษาถึงเหตุผลของการแบ่งแต่ละประเภทเพื่อให้สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

2.1.2.1 ประเภทของทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน²⁰

เนื่องจากกฎหมายโรมันมีการแบ่งประเภทของทรัพย์สินไว้หลายรูปแบบตามวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน แต่จะกล่าวถึงการแบ่งประเภททรัพย์สินที่สำคัญเพียงสามแบบ ได้แก่

(1) การแบ่งประเภททรัพย์สินเป็น *res mobile* (ทรัพย์สินเคลื่อนที่ได้) กับ *res immobiles* (ทรัพย์สินเคลื่อนที่ไม่ได้) โดยระบบกฎหมายส่วนใหญ่มีความจำเป็นที่ต้องแบ่งแบบนี้เพื่อแยกระหว่างที่ดินและบ้านที่อยู่กับที่ดินออกจากทรัพย์สินอื่น²¹ เพราะความสำคัญของทรัพย์สินและลักษณะทางข้อเท็จจริงของทรัพย์สินนั้นที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ โดยเหตุผลหลักคือการแบ่งเพื่อประโยชน์เรื่องการครอบครองปรปักษ์ (*usucapio*) โดยระยะเวลาครอบครองปรปักษ์ของ *res mobiles* คือ หนึ่งปี และ *res immobiles* คือสองปี

(2) *Res mancipi* (ทรัพย์สินประเภทปัจจัยสี่) *res nec mancipi* (ทรัพย์สินประเภทฟุ่มเฟือย) การแบ่งทรัพย์สินประเภทนี้มีความสำคัญในสมัยโรมันเพื่อบอกว่า *res mancipi* เป็นทรัพย์สินที่มีวิธีการโอนแบบพิเศษ คือจะต้องโอนด้วยวิธี *mancipatio* หรือ *in iure cessio* เท่านั้น

¹⁹ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 105.

²⁰ Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law, Barry Nicholas, p. 105.

²¹ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 106.

เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่สำคัญในการดำรงชีพ อันได้แก่ ที่ดิน ภาระจำยอม ทาส สัตว์พาหนะ ส่วน *res mancipi* คือทรัพย์สินประเภทฟุ่มเฟือยไม่จำเป็นสำหรับครอบครัว สามารถโอนกันได้ด้วยวิธีการส่งมอบตามธรรมดา (*traditio*) แต่การแบ่งประเภททรัพย์สินเช่นนี้ได้หมดไปในยุคปลายโรมันเนื่องจากพัฒนาการทางสังคมและการพาณิชย์ที่มองความสำคัญของทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงไป และเกิดการยอมรับให้การส่งมอบเป็นวิธีการที่ทำกับทรัพย์สินได้ทั้งสองประเภท

(3) *Res corporales* (ทรัพย์สินมีรูปร่าง) หมายถึงวัตถุที่เป็นรูปธรรม (*physical things*) เช่น โด๊ะ หรือบ้าน กับ *res incorporales* (ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง) หมายถึง วัตถุที่เป็นนามธรรม (*abstract things*) อันได้แก่ ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน หรือสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งไม่รวมถึงเรื่องของหนี้หรือบุคคลสิทธิเหตุผลของการแบ่งทรัพย์สินประเภทนี้มีความสำคัญมากต่อมุมมองกฎหมายในเรื่องการครอบครอง เพราะนักกฎหมายโรมันแยกประเภทแบบนี้ด้วยเหตุผลสำคัญคือเพื่อให้เห็นว่า *res corporales* เท่านั้นที่สามารถมีการครอบครองได้ เพราะการครอบครองจะต้องมีการยึดถือตัวทรัพย์สินอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น *res incorporales* หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จึงไม่อาจครอบครองได้เพราะไม่มีการยึดถือตัวทรัพย์สินอย่างเป็นรูปธรรม²² ทั้งนี้ การแบ่งประเภทของทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการมอง *res* ในมุมมองของนักกฎหมายโรมันยุคก่อนคลาสสิก ที่มองว่า *res* คือวัตถุมีรูปร่างและสิทธิเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าสู่ยุคคลาสสิก นักกฎหมายในยุคคลาสสิกได้พิจารณาเรื่องของหนี้ให้รวมอยู่ในความหมายของ *res* ด้วยจึงทำให้เกิดการพิจารณาว่า *res incorporales* ในยุคคลาสสิก นอกจากหมายถึงทรัพย์สินแล้วยังหมายถึงหนี้หรือบุคคลสิทธิด้วย อนึ่งการมองว่า *res* รวมถึงเรื่องทางหนี้ด้วย ทั้งที่การปรับใช้กฎหมายในเรื่องของทรัพย์สินกับเรื่องของหนี้ไม่สามารถปรับใช้ด้วยกันได้ ทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกันในการปรับใช้กฎหมาย²³

2.1.2.2 ประเภทของทรัพย์สินในกฎหมายไทย

การแบ่งประเภททรัพย์สินของประเทศไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันเป็นสามแบบ

(1) อสังหาริมทรัพย์ กับ สังหาริมทรัพย์ เป็นการแบ่งที่มีรากฐานความคิดในการให้ความสำคัญกับทรัพย์สินที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบซีวิลลอว์โดยตรง ที่มองความสำคัญของ

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

²³ A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, pp.152-153.

ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินสำคัญกว่าทรัพย์สินอื่น โดยการแบ่งประเภทนี้ มีความสำคัญเพื่อคุ้มครองเรื่องการเปลี่ยนมือของทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองปรปักษ์ รูปแบบการทำสัญญา และการโอนทรัพย์สินก็ตาม

(2) ทรัพย์สินแบ่งได้ กับ ทรัพย์สินแบ่งไม่ได้ เป็นการแบ่งเพื่อประโยชน์ในเรื่องของเจ้าของร่วมและเรื่องของหนี้ เพราะถ้าเป็นทรัพย์สินแบ่งได้ก็จะสามารถแบ่งกันตามส่วนหรือสิทธิได้ แต่ถ้าแบ่งไม่ได้ก็จะต้องขายหรือประมูลราคากระหว่างเจ้าของหรือทำโดยการขายทอดตลาดแล้วแบ่งเงินกันหรือตามวิธีวรรคท้ายของมาตรา 1364

(3) ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ กฎหมายนิยามว่าหมายถึง ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้ และทรัพย์สินที่โอนแก่กันไม่ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ไม่ได้นิยามถึงทรัพย์สินในพาณิชย์ไว้ก็ตาม แต่ก็ย่อมเข้าใจได้ว่าทรัพย์สินนอกจากนี้ เป็นทรัพย์สินในพาณิชย์ที่สามารถถือเอาได้และโอนแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการกำหนดไว้เพื่อให้ทราบว่ามีทรัพย์สินบางอย่างที่ไม่สามารถโอนแก่กันได้จะเรียกว่าทรัพย์สินนอกพาณิชย์

ทั้งนี้ นอกจากการแบ่งทรัพย์สินที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน ยังมีการแบ่งประเภทอื่นที่เคยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับเก่า และได้นำการแบ่งดังกล่าวออกไปได้แก่ การแบ่งทรัพย์สินออกเป็น สังคมทรัพย์ และ อสังกมทรัพย์ ก็เพื่อประโยชน์ในกฎหมายลักษณะหนี้ ที่จะแสดงว่าลูกหนี้จะใช้ทรัพย์สินอื่นแทนทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะเป็นสังกมทรัพย์ไม่ได้ อีกทั้งยังมีการแบ่งภคยทรัพย์กับอภคยทรัพย์ไว้ด้วย คือเพื่อแยกประเภทว่าทรัพย์สินประเภทใดเป็นการใช้แล้วหมดสิ้นไป กับทรัพย์สินประเภทใดใช้แล้วยังคงมีสภาพของทรัพย์สินนั้นอยู่

อนึ่ง เมื่อกล่าวถึงวัตถุมีรูปร่าง (corporeal) และวัตถุไม่มีรูปร่าง (incorporeal) ตามกฎหมายไทยพบว่าเป็นลักษณะที่แทรกอยู่ในนิยามของคำว่า “ทรัพย์สิน” และคำว่า “ทรัพย์สิน” ไม่ได้มีการให้นิยามหรือแยกเป็นประเภทของทรัพย์สินไว้อย่างที่นักกฎหมายโรมันแยกเป็นประเภททรัพย์สินไว้ แต่มีการกล่าวถึงในลักษณะที่ว่าวัตถุไม่มีรูปร่างที่จะนับว่าเป็นทรัพย์สินต้องมีลักษณะอย่างไร กล่าวคือ วัตถุมีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายไทย ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายว่า “วัตถุมีรูปร่าง หมายถึงวัตถุที่ประกอบด้วยรูปและร่างในตัวเองโดยลำพัง มีตัวตนส่วนกว้างยาว สูงต่ำ หรือส่วนกลมซึ่งกินที่ โดยทั้งนี้แม้จะเป็นปริมาณเล็กน้อยจนมองไม่เห็น

ด้วยตาเปล่าก็ตาม”²⁴ ดังนั้น วัตถุมีรูปร่างไม่สามารถแยกได้เพียงแค่ว่าตามองเห็นหรือไม่ แต่โดยลักษณะจะต้องกินพื้นที่แม้ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม ซึ่งวัตถุมีรูปร่างนี้หากมีราคาและถือเอาได้ก็นับว่าเป็นทรัพย์สิน ไม่ได้มีปัญหาในการตีความกฎหมาย

ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่าง คือคุณสมบัติที่ไม่มีส่วนสัด ไม่กินที่ในตัว ได้แก่ คุณสมบัติที่ไม่มีสภาพตามธรรมชาติเลย มีอยู่แต่ในความรู้ของกฎหมาย ได้แก่ สิทธิทั้งหลาย ทั้งทรัพย์สินสิทธิ บุคคลสิทธิ รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิอื่นๆอันอาจมีราคาและถือเอาได้ ก็นับเป็นทรัพย์สินทั้งสิ้น ทั้งนี้สิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนี้อาจแยกย่อยได้เป็นสองลักษณะ คือ สิทธิที่มีตัวทรัพย์สินรองรับสิทธิ²⁵ อันได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย เป็นต้น จะสังเกตได้ว่าสิทธิเหล่านี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน และในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินไม่ปรากฏสิทธิอื่นที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับเลย ดังนั้น เมื่อพูดถึงสิทธิที่มีตัวทรัพย์สินรองรับ จึงเป็นเรื่องของการศึกษากฎหมายในลักษณะทรัพย์สิน ส่วนสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับสิทธิ²⁶ เช่น สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาสิ่งที่รองรับไม่ใช่ตัวทรัพย์สินเป็นขึ้น แต่เป็นความคุ้มครองทางกฎหมายให้แก่การคิดค้นของเจ้าของสิทธิ หรือสิทธิทางหนี้ซึ่งเป็นสิทธิระหว่างบุคคล มีวัตถุแห่งนี้รองรับ แต่ไม่มีทรัพย์สินรองรับสิทธิดังกล่าว จะเป็นเรื่องของทรัพย์สินในบริบทของกฎหมายลักษณะอื่นนอกจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินอันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายเรื่องหนี้ หรือนิติกรรมสัญญา

2.1.3 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้

2.1.3.1 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้ในกฎหมายโรมัน

กฎหมายโรมันแยกเรื่องทางทรัพย์สินกับเรื่องทางหนี้ออกจากกัน โดยพื้นฐานความคิดที่ว่า กองทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งย่อมรวมทั้งทรัพย์สินหรือหนี้ด้วย แต่ความต่างของทั้งสองอย่างคือ ทรัพย์สินเป็นเรื่องของการเป็นเป็นเจ้าของ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สิน ส่วนหนี้เป็นเรื่องของการติดหนี้บางอย่าง เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล โดยมีการอธิบายด้วยคำ

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 13.

²⁵ สมจิตร ทองศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 16.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

เฉพาะที่แยกกันระหว่าง เรื่องทางทรัพย์สินคือ action in rem เป็นการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สิน เพื่อ ยืนยันความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและทรัพย์สิน กับ เรื่องของหนี้คือ action in personam เป็นวิธีการ ฟ้องร้องที่เกี่ยวกับตัวคน เพื่อยืนยันความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แม้ในความคิดของนักกฎหมายโรมันจะ มองการแบ่งเรื่องทรัพย์สินกับเรื่องหนี้ในมุมมองของการกระทำไม่ใช่สิทธิ แต่ที่ว่าไม่ว่าจะมองเป็นการกระทำ คือการฟ้องร้องทั้งทางทรัพย์สินหรือการฟ้องร้องทางหนี้เนื้อแท้แล้วก็คือการใช้สิทธิทางทรัพย์สิน สำหรับ action in rem และการใช้สิทธิทางบุคคลหรือสิทธิทางหนี้ สำหรับ action in personam ซึ่งในสมัย ต่อมาก็ได้แยกสิทธิทั้งสองเป็น rights in rem สำหรับสิทธิทางบุคคล กับ rights in personam สำหรับสิทธิทางหนี้ ทั้งนี้ ลักษณะของ rights in rem เป็นสิทธิที่สามารถใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ในทางกลับกัน rights in personam เป็นสิทธิที่สามารถใช้บังคับระหว่างบุคคลกับบุคคลอื่นที่ เกี่ยวข้องเท่านั้น โดย rights in rem ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (law of property) และ rights in personam เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ (law of obligations)²⁷ ข้าพเจ้ามีข้อสังเกตว่าแม้สิทธิทั้งสองจะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโรมันก็ตามแต่หาก พิเคราะห์ตามลักษณะของกฎหมายเฉพาะของสิทธิทั้งสองจะพบความแตกต่างกันคือ สิทธิทางทรัพย์สิน (rights in rem) อยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของโรมัน ซึ่งมองทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นวัตถุมี รูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างก็ต้องมีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างรองรับเสมอตามกฎหมายลักษณะ ทรัพย์สินของโรมัน ด้วยเหตุนี้ สิทธิทางทรัพย์สินจะต้องมีทรัพย์สินรองรับสิทธิดังกล่าวด้วย ต่างจากสิทธิทางหนี้ (rights in personam) ในกฎหมายลักษณะหนี้ที่เป็นเรื่องระหว่างบุคคล ซึ่งมุมมองความหมายของ ทรัพย์สินกฎหมายเรื่องหนี้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่ทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น สิทธิทางหนี้ จึงอาจบังคับจากการ กระทำของบุคคล บังคับกับบุคคล หรือกองทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่จำเป็นต้องมีตัวทรัพย์สินรองรับ สิทธิดังกล่าว และสำหรับการก่อให้เกิดสิทธิทางทรัพย์สินและสิทธิทางหนี้ที่มีความแตกต่างกัน โดยสิทธิ ทางทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยนิติกรรมทางทรัพย์สิน ส่วนสิทธิทางหนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยนิติกรรมทางหนี้ เท่านั้น สิทธิทางทรัพย์สินไม่อาจเกิดขึ้นจากการทำนิติกรรมทางหนี้ได้ และสิทธิทางหนี้ก็ไม่อาจเกิดจาก นิติกรรมทางทรัพย์สินได้เช่นเดียวกัน

สำหรับประเภทของสิทธิทางทรัพย์สินในกฎหมายโรมันสามารถพิจารณาโดยแบ่งตาม ลักษณะได้เป็นสามประเภท ประเภทแรกคือ สิทธิทางทรัพย์สินในความเป็นเจ้าของ คือกรรมสิทธิ์

²⁷ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, pp. 99-103.

ประเภทที่สองคือ สิทธิทางทรัพย์สินในลักษณะของการตัดทอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในการได้ใช้ อันได้แก่ ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน และประเภทที่สามคือ สิทธิทางทรัพย์สินในการประกันชำระหนี้ คือจำนำ จำนองซึ่งจำนำถือว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สินด้วยการพัฒนากฎหมายของนักกฎหมายโรมัน เพื่อให้เกิดการคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินนั้นเป็นประกัน และพัฒนาไปสู่การจำนองด้วย

2.1.3.2 สิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้ในกฎหมายไทย²⁸

คำว่าสิทธิทางทรัพย์สินและสิทธิทางหนี้ไม่มีนิยามความหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อาจพิจารณาได้จากลักษณะของสิทธิทั้งสองกับคำที่นักกฎหมายของไทยใช้ โดยสิทธิทางทรัพย์สินเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สิน เป็นลักษณะของคำว่า “ทรัพย์สินสิทธิ” ในมุมมองของนักกฎหมายไทย ส่วนสิทธิทางหนี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหนึ่งกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งลักษณะนี้ในมุมมองของนักกฎหมายไทยก็คือ บุคคลสิทธิ ดังนั้น พื้นฐานความคิดเรื่องสิทธิทางทรัพย์สินกับสิทธิทางหนี้ในกฎหมายไทยจึงพิจารณาได้จากเรื่องของทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิ ซึ่งลักษณะที่แตกต่างกันของสิทธิทั้งสองสามารถพิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

ก. พิเคราะห์ตามวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ

ทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นตัวทรัพย์สิน หรือเรียกว่าเป็นสิทธิเหนือตัวทรัพย์สิน เช่นที่ดิน รถยนต์ เป็นต้น โดยสิทธิดังกล่าวมีเหนือตัวทรัพย์สินแห่งสิทธินั้นเท่านั้น ไม่สามารถขยายไปยังทรัพย์สินอื่น ส่วนบุคคลสิทธิ มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นบุคคล คือสิทธิในความสัมพันธ์ทางหนี้ที่จะบังคับเอาได้จากบุคคล อันได้แก่ หนี้กระทำการ หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน และหนี้งดเว้นกระทำการ การบังคับดังกล่าวจึงอาจขยายไปสู่ทรัพย์สินต่างๆซึ่งอยู่ภายใต้บุคคลดังกล่าวได้ทั้งสิ้น

ข. พิเคราะห์ตามอำนาจการใช้สิทธิ

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 120-133. ; บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 61-66. ; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 33-34. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 17-43. ; เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 255-256.

ทรัพย์สิน เป็นอำนาจเหนือทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่มีอำนาจมาก สามารถใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินให้แก่บุคคลทั่วไปได้อย่างไม่จำกัด สามารถใช้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นก็ได้ด้วยความ เป็นเจ้าของทรัพย์สิน สามารถใช้สิทธิปกป้องทรัพย์สินของตนได้ เช่น อำนาจเด็ดขาดตามมาตรา 1336 ส่วนบุคคลสิทธิ สามารถใช้อำนาจได้แค่ในลักษณะของสิทธิเรียกร้องเหนือตัวลูกหนี้ ทายาท หรือผู้สืบสิทธิของลูกหนี้เท่านั้น โดยส่วนใหญ่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องผ่านทางศาล จะสามารถบังคับสิทธิ ด้วยตัวเองได้แค่บางประการ เช่น ริบมัดจำ หรือยึดเงินชำระล่วงหน้าเป็นค่าปรับหรือเพื่อชดใช้ ค่าเสียหาย เป็นต้น ไม่สามารถใช้ให้แก่บุคคลทั่วไปได้ ยันได้แค่บุคคลซึ่งเป็นวัตถุแห่งบุคคลสิทธินั้น หรือลูกหนี้ ที่จะปฏิบัติชำระหนี้ ตามสิทธิเรียกร้องที่มีขึ้นนั้น

ค. พิเคราะห์ตามการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลอื่น

ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่นทุกคนที่ต้องเคารพสิทธิของผู้ทรงสิทธิ โดยการไม่ไปรบกวนหรือขัดขวางการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิ คือปล่อยให้เจ้าของสิทธิได้ใช้สิทธิอย่างเต็มที่ ส่วนบุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่เฉพาะลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลที่มีหนี้ต่อผู้ทรงสิทธิ ลูกหนี้ มีหน้าที่ต้องชำระหนี้แก่ผู้ทรงสิทธิ แต่บุคคลอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับหนี้ดังกล่าวย่อมไม่มีหน้าที่ใดที่ จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลสิทธินั้น

ง. พิเคราะห์ตามลักษณะความสิ้นสุดแห่งสิทธิ

ทรัพย์สินมีลักษณะอันคงทนถาวร ไม่มีอายุความสำหรับการใช้ทรัพย์สิน ทรัพย์สินคงอยู่ตลอดและไม่เสียไปตามกาลเวลา ทรัพย์สินจะหมดไปก็ต่อเมื่อตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุ แห่งสิทธิสูญหายไป ยกเว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นข้อยกเว้น เช่น ภาระจำยอมถ้าไม่ได้ใช้สิบปี ย่อมสิ้นไป ตามมาตรา 1399 แต่บุคคลสิทธิ โดยหลักแล้วคือต้องใช้สิทธิในระยะเวลาที่กฎหมาย กำหนด หากไม่ใช้สิทธิภายในระยะเวลาจนสิทธิดังกล่าวขาดอายุความตามมาตรา 193/9 เมื่อมีการใช้ สิทธิต่อศาลอาจถูกโต้แย้งสิทธิและส่งผลให้ศาลยกฟ้องไม่สามารถบังคับตามสิทธิได้

จ. พิเคราะห์ตามการเกิดของสิทธิ

ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ด้วยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ตามมาตรา 1298 เนื่องจาก อำนาจในการใช้สิทธิและอำนาจแห่งสิทธิมีมาก ทำให้กฎหมายต้องจำกัดไว้ให้เกิดแต่โดยอำนาจของ

กฎหมายจะก่อตั้งขึ้นเองไม่ได้ แต่การเกิดนี้ไม่ได้หมายถึงการได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยทรัพย์สินอาจได้มาโดยทางนิติกรรมได้ แต่การเกิดทรัพย์สินที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ส่วนบุคคลสิทธิ อาจเกิดโดยทางนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้ อันได้แก่สิทธิเรียกร้องตามสัญญา หรือสิทธิเรียกร้องในมูลละเมิด

ฉ. พิเคราะห์ตามการแสดงออกถึงการมีสิทธิ

ทรัพย์สินที่มีอำนาจมากสามารถใช้ยื่นแก่บุคคลอื่นได้เป็นการทั่วไป กฎหมายจึงบังคับให้ต้องมีลักษณะที่แสดงออกอย่างชัดแจ้งซึ่งการมีสิทธิ อันได้แก่ การจดทะเบียนสิทธิสำหรับอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับทราบถึงทรัพย์สินดังกล่าวว่าเป็นของผู้ใด อีกทั้งในส่วนของสังหาริมทรัพย์ กฎหมายถือการแสดงออกโดยการครอบครองเป็นสำคัญดังที่ปรากฏในมาตรา 1372 สันนิษฐานว่าผู้ครอบครองย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่ต่างจากบุคคลสิทธิ ซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการจดทะเบียนหรือบอกให้บุคคลภายนอกรับทราบถึงสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิกับบุคคล ซึ่งเป็นลูกหนีมืออยู่ระหว่างกันเป็นเช่นไร เป็นสิ่งที่รู้กันระหว่างคู่สัญญา หากมีการเปลี่ยนแปลงในบุคคลสิทธิก็เพียงแต่มีหนังสือหรือข้อตกลงระหว่างผู้ทรงสิทธิกับลูกหนีมือนั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ทรัพย์สินหมายถึง สิทธิเหนือตัวทรัพย์สิน ในการใช้หรือบังคับสิทธิเอาทรัพย์สิน สามารถใช้ยื่นกับบุคคลอื่นได้ทั่วโลก ไม่สูญสลายไปตามกาลเวลาเว้นแต่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ และมีการแสดงออกถึงการทรงสิทธิอย่างชัดแจ้งในทางทะเบียนหรือการครอบครองทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง สามารถก่อตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะเดียวกับสิทธิทางทรัพย์สิน (rights in rem) ในกฎหมายโรมัน ทรัพย์สินมีได้เฉพาะในทรัพย์สินซึ่งเป็นรูปร่างและมีตัวทรัพย์สินแน่นอนหรือสามารถมีได้ในวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สินด้วยนั้น นักกฎหมายไทยมีสองความเห็น โดยความเห็นแรก เห็นว่าทรัพย์สินในวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สินสามารถมีได้ เช่น ลิขสิทธิ์ หรือเครื่องหมายการค้า เพราะเป็นเรื่องที่มีกฎหมายพิเศษก่อตั้งไว้ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 1298 ที่ทรัพย์สินสามารถก่อตั้งได้โดยกฎหมายอื่นนอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ส่วนความเห็นที่สอง²⁹ เห็นว่าสำหรับสิทธิเหนือวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สิน เรียกว่าเป็นสิทธิในสิ่งไม่มีรูปร่างเท่านั้นไม่ใช่ทรัพย์สิน โดยถือว่าทรัพย์สินจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีตัวทรัพย์สินที่สามารถรู้แน่นอน

²⁹ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 126.

ว่าเป็นทรัพย์สินอันไหนเป็นวัตถุแห่งสิทธิ กล่าวคือจะต้องมีทรัพย์สินมีลักษณะเป็นวัตถุรองรับเสมอ ส่วนบุคคลสิทธิหมายถึง สิทธิระหว่างบุคคลที่มีต่อกัน จะสามารถใช้หรือบังคับจากอีกบุคคลได้โดยผ่านอำนาจของกระบวนการยุติธรรม ไม่สามารถบังคับใช้สิทธินั้นได้ด้วยตัวเอง อีกทั้ง สิทธิดังกล่าวไม่สามารถใช้ยันกับบุคคลอื่นได้ และมีระยะเวลาจำกัดโดยกฎหมายในการใช้สิทธิ มีลักษณะที่ไม่เปิดเผยแก่บุคคลทั่วไป ความสัมพันธ์ในสิทธิดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่รู้จักกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น และการเกิดขึ้นของสิทธิเกิดขึ้นได้ตามเจตนาอิสระของบุคคล ไม่ต้องมีกฎหมายรองรับ ขอเพียงไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายก็พอ ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้ อย่างไรก็ตามในกฎหมายไทยไม่ได้แบ่งระบบระหว่างนิติกรรมทางทรัพย์สินและนิติกรรมทางหนี้ไว้แยกแตกต่างกันอย่างชัดเจน ดังเช่นในกฎหมายโรมัน แต่ปรากฏในลักษณะของการใช้ที่ปะปนกัน เช่น สัญญาซื้อขาย เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมทางหนี้ต่อกัน ผลที่เกิดขึ้นนอกจากผลทางหนี้ที่คู่สัญญาจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันแล้ว ยังก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินโดยทันที คือกฎหมายบัญญัติให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อสัญญาสมบูรณ์ แม้จะไม่มีการทำงานนิติกรรมทางทรัพย์สินโดยการโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบการครอบครองก็ตาม อันส่งผลให้เกิดปัญหาตามมาในระบบกฎหมาย เช่น สัญญาซื้อขาย หากผู้ซื้อยังไม่ชำระราคา แต่กรรมสิทธิ์โอนไปทันทีแล้วโดยผลของกฎหมาย ผู้ขายย่อมไม่สามารถเรียกคืนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้เพราะตัวเองไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว ส่งผลให้จากเดิมที่มีสิทธิเด็ดขาดสามารถบังคับกับตัวทรัพย์สินได้ เหลือเพียงสิทธิทางหนี้ที่จำกัดว่าจะบังคับได้โดยผ่านกระบวนการยุติธรรมแทน ไม่สามารถบังคับกับตัวทรัพย์สินได้โดยตรง เป็นต้น

ประเภทของทรัพย์สินสิทธิของไทยแบ่งได้สามประเภทในการทำงานเดียวกับกฎหมายโรมัน คือ ทรัพย์สินในความเป็นเจ้าของ คือกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินในการจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน และ ทรัพย์สินในการประกันหนี้ อันได้แก่ จำน่าและจำนอง สำหรับประเภทของบุคคลสิทธิ หรือสิทธิในการบังคับชำระหนี้จากบุคคลนั้น วัตถุแห่งการชำระหนี้มีสามแบบได้แก่ หนี้การกระทำ หนี้เว้นการกระทำ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน

2.1.4 ประเภทของทรัพย์สินสิทธิ

2.1.4.1 กรรมสิทธิ์ (dominium)

2.1.4.1.1 กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน

ตั้งแต่สมัยโรมันโบราณยังไม่มี การพูดถึงคำว่ากรรมสิทธิ์ มีแต่เพียงการเป็นเจ้าของร่วมกันของประชาชนชาวโรมัน โดยรัฐแบ่งส่วนให้แก่ประชาชนชาวโรมัน โดยชาวโรมันมีเพียงสิทธิของหัวหน้าครอบครัว ในพื้นที่ทำกินอย่างจำกัด แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาทางสังคมใหญ่ขึ้น เกิดการยอมรับให้ประชาชนชาวโรมันมีทรัพย์สินที่เป็นของตนเองที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเริ่มต้นจากการให้ความคุ้มครองในการฟ้องคดีทางทรัพย์สิน คือ action in rem เป็นการคุ้มครองการใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินของประชาชนชาวโรมัน และต่อมาจึงพัฒนาเกิดการคุ้มครองที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์ขึ้น โดยเรียกว่า dominium หรือ propretas อย่างไรก็ตาม ในยุคแรกกรรมสิทธิ์จะมีได้เฉพาะทรัพย์สินบางอย่างเท่านั้น เช่น ที่ดินในกรุงโรม หรือทรัพย์สินปัจจัยสี่ (res mancipi) และผู้ที่จะมีกรรมสิทธิ์ได้ก็มีแต่เฉพาะประชาชนชาวโรมันเท่านั้น หลังจากนั้นสังคมโรมันใหญ่มากขึ้นและมีการยอมรับให้คนต่างชาติมาเป็นประชาชนชาวโรมันการคุ้มครองกรรมสิทธิ์จึงมีการขยายวงกว้างขึ้น นักกฎหมายโรมันจึงมีการศึกษาและให้คำนิยามแก่กรรมสิทธิ์ในสมัยโรมันไว้ดังนี้

Schulz³⁰ ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ อำนาจโดยสมบูรณ์ของผู้ครองกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินดังกล่าวแม้ว่าจะถูกจำกัดขอบเขตบ้างก็ตาม โดยกรรมสิทธิ์จะมีได้เหนือทรัพย์สินรูปร่างเท่านั้น (corporeal thing) โดยคำนิยามของ Schulz เป็นการศึกษากรรมสิทธิ์ในช่วงยุคโบราณถึงยุคทอง

Kaser³¹ ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิตามกฎหมายเหนือทรัพย์สิน โดยมีได้มีขอบเขตชัดเจน เป็นอำนาจที่สามารถใช้ยื่นได้กับทุกคนโดยการดำเนินคดีปกป้องทรัพย์สิน (actio in rem) สำหรับคำนิยามของ Kaser มีได้จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น แต่รวมไปถึงทรัพย์สินทุกประเภท

Arangio Ruiz ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ อำนาจซึ่งบุคคลมีเหนือทรัพย์สิน (signoria dell'uomo sopra la cosa) เป็นสิทธิอันไม่มีขอบเขตจำกัดของบุคคลเหนือทรัพย์สิน มีลักษณะสงวนไว้เฉพาะผู้ครอง ห้ามผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องอีกด้วย

³⁰ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 252.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253.

Nicholas³² ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิพื้นฐานเหนือสิทธิอื่นๆ ทั้งหมดในลักษณะที่ยากจะจับให้มันคั้นให้ตายได้ ความหมายชัดเจนที่สุดของกรรมสิทธิ์โรมันคือ มีลักษณะเด็ดขาดในการใช้สอย (enjoyment) และมีอำนาจเด็ดขาดในความชอบธรรม (title) ของผู้ครอง

Accarias³³ ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ ประโยชน์จากทรัพย์สินมีรูปร่างที่ให้กับผู้ครองกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวเป็นลักษณะพิเศษของกรรมสิทธิ์ วิเคราะห์ว่าประโยชน์ดังกล่าวมีองค์ประกอบสามส่วนเหมือนกับที่ Nicholas กล่าว คือ 1) ius utendi สิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินในสภาพที่เป็นอยู่ 2) ius fruendi หรือ fructus สิทธิในการได้ซึ่งดอกผลใดๆจากทรัพย์สินอันอาจเป็นดอกผลธรรมดา 3) ius abutendi หรือ abuses สิทธิในการจำหน่าย หรือแปรสภาพ แม้แต่ทำให้เสื่อมสภาพ หรือบอบสลาย นอกจากนี้ Accarias ได้ให้ความเห็นว่าทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์และการครอบครองได้มีเพียง res corporals เท่านั้น ส่วน res incorporales ไม่อาจเป็นเช่นนั้นได้³⁴

Guarino ให้คำนิยามว่า กรรมสิทธิ์ คือ ความเด็ดขาดของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ครองกรรมสิทธิ์กับทรัพย์สินของตน อยู่ที่มีการไม่มีข้อจำกัดในความสามารถของเจ้าของในการใช้ทรัพย์สิน

จากนิยามของกรรมสิทธิ์โรมันที่นักกฎหมายได้ให้ไว้ข้างต้นนั้น มีลักษณะร่วมกันคือ มีอำนาจเหนือทรัพย์สินที่จะจัดการทรัพย์สินนั้นได้ตามความต้องการไม่ว่าจะใช้ทรัพย์สิน ได้ดอกผล จำหน่ายจ่ายโอน หรือทำลายทรัพย์สิน โดยเป็นสิทธิเด็ดขาดที่สามารถใช้ยันได้กับทุกคน นอกจากนี้ กรรมสิทธิ์ไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลา คือเป็นสิทธิที่คงมีอยู่ตลอดจนกว่าทรัพย์สินนั้นจะบอบสลายไปจนสิ้น ข้าพเจ้าจึงเห็นว่า ความหมายของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน จึงหมายถึง สิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินที่จะใช้ ได้ดอกผล หรือจำหน่ายจ่ายโอน และไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลา นอกจากนี้ข้าพเจ้าเห็นว่า กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมันมิได้เฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น อย่างที่ความคิดโดยทั่วไปของนักกฎหมายโรมันที่มองว่า กรรมสิทธิ์เป็นเรื่องของอำนาจของ

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 256.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 257.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 209.

บุคคลเหนือตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่าง อีกทั้งแนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์สำหรับคนโรมันเสมือนเป็นสิทธิที่อยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างถึงขนาดที่นักนิติศาสตร์โรมันจัดว่า กรรมสิทธิ์ อยู่ในหมวดหมู่ของ res corporales (ทรัพย์สินมีรูปร่าง) ด้วย³⁵

2.4.1.4.2 กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

ในส่วนของกฎหมายไทย แม้คำว่ากรรมสิทธิ์มิได้มีการนิยามความหมายไว้โดยตรง แต่ในมาตรา 1336 เป็นส่วนสำคัญที่บอกอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ว่า สามารถใช้สอย จำหน่าย ทรัพย์สิน ได้ดั่งผลในทรัพย์สิน หรือกระทั่งติดตามเอาคืนทรัพย์สิน โดย ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวถึงข้อสำคัญของกรรมสิทธิ์ ว่ามีสามประการ อันได้แก่ ประการแรกคือเป็นสิทธิเด็ดขาดภายในขอบเขตของกฎหมาย สามารถใช้สิทธิได้ด้วยตนเองตามอำเภอใจ ประการที่สอง กรรมสิทธิ์มีอำนาจขวางกั้นตัดความเกี่ยวข้องผู้อื่น เว้นแต่อยู่ใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย ผู้อื่นจะมาขัดขวางสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบไม่ได้ และประการสุดท้าย กรรมสิทธิ์ต่างกับทรัพย์สินอย่างอื่นทั้งหลาย เพราะว่ามีลักษณะถาวร (perpetual) ไม่สิ้นสุดตามกาลเวลา และได้กล่าวไว้ว่ากรรมสิทธิ์ย่อมมีได้แต่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงจะสามารถใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ได้³⁶ นอกจากนี้ท่านศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายความหมายของกรรมสิทธิ์ว่า กรรมสิทธิ์มิใช่ตัวทรัพย์สินของตัวเอง แต่เป็นเพียงอำนาจชนิดหนึ่งที่บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นอำนาจที่สมบูรณ์ที่สุดที่พึงมีเหนือทรัพย์สินได้³⁷ ในขั้นต้นจึงกล่าวได้ว่า กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง อันแสดงถึงความเป็นเจ้าของแห่งทรัพย์สิน และด้วยลักษณะของกรรมสิทธิ์ดังกล่าวอันแสดงถึงความถาวรเหนือทรัพย์สินที่จะไม่หมดไปตามกาลเวลา เมื่อพิจารณาถึงวัตถุไม่มีรูปร่างแล้วย่อมพบว่า วัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นสิทธิทางหนึ่ง เป็นทรัพย์สินที่มีระยะเวลาใช้สิทธิเรียกร้องที่จำกัดไม่มีลักษณะถาวรอีกทั้งเรื่องนี้เป็นคนละเรื่องกับทรัพย์สินการมีกรรมสิทธิ์เหนือสิทธิทางหนึ่งย่อมไม่อาจมีได้ และเมื่อพิจารณาถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินในรูปแบบอื่นที่กฎหมายยอมรับให้เป็นทรัพย์สินต่างก็เป็นสิทธิที่มีอำนาจในการใช้สิทธิไม่สูงเท่ากับกรรมสิทธิ์ โดยมีอำนาจจำกัดตามลักษณะของทรัพย์สินนั้น เช่นสิทธิอาศัย มีอำนาจที่จะใช้พื้นที่ได้

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208-210.

³⁶ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 145-150.

³⁷ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน, แก้ไขเพิ่มเติมโดย พัดน์ เนียมบุญชู และ บุญทรง พุกษาพงษ์ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2557), หน้า 127.

แต่ไม่มีอำนาจที่จะใช้อสังหาริมทรัพย์ได้ แต่ไม่มีอำนาจจำหน่ายจ่ายโอนอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นสิทธิเหล่านั้นจึงเป็นทรัพย์สินที่คนละอย่างกับกรรมสิทธิ์ ดังนั้น กรรมสิทธิ์จึงเป็นสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนือสิทธิอื่นได้

2.1.4.2 การครอบครอง (possessio)

2.1.4.2.1 การครอบครองในกฎหมายโรมัน

ในสมัยโรมันโบราณในทางกฎหมายยังไม่ปรากฏคำว่าสิทธิครอบครอง คนโรมันรู้จักแต่กรรมสิทธิ์ (dominium) ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินคือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยความเข้าใจเรื่องการครอบครองทรัพย์สินเป็นลักษณะของการครอบครองโดยถือครองในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น สมัยต่อมาแนวความคิดเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่มีการครอบครองถูกสร้างขึ้น ด้วยการนำคำว่าครอบครอง (possessio) มาใช้กับที่สาธารณประโยชน์ของแผ่นดินซึ่งมีบุคคลธรรมดาที่มีการครอบครองที่ดินนั้นอยู่ เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งในการถือครองที่ดิน ป้องกันการรอนสิทธิหรือใช้กำลังต่อกัน โดยแสดงให้เห็นว่าแม้รัฐจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่ตัวผู้ครอบครองที่ดินก็มีการครอบครองในทางข้อเท็จจริงสามารถใช้การครอบครองดังกล่าวยับยั้งบุคคลอื่นได้ โดยเริ่มแรกแนวความคิดเรื่อง possessio ใช้กับทรัพย์สินที่เป็นที่ดินเท่านั้น แล้วต่อมาจึงพัฒนามาสู่การยอมรับเรื่องการครอบครองกับทรัพย์สินอื่นด้วย³⁸ ซึ่งยุคทองของกฎหมายโรมันแบ่งการครอบครองออกเป็นสามแบบแบบแรกคือการครอบครอง (possessio) โดยแท้จริง คือการครอบครองของผู้มีสิทธิชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการครอบครองที่มีสิทธิครอบครอง (possessio)³⁹ ซึ่งการครอบครองแบบนี้มีลักษณะสำคัญคือ มีการครอบครองทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงด้วยเจตนาสุจริต และเป็น การครอบครองเพื่อตนเอง แบบที่สองคือการครอบครองธรรมดา (possessio naturalis) เป็นเพียงการถือครองทรัพย์สินไว้และมีอำนาจเพียงใช้สอยหรือพิทักษ์ทรัพย์สินเท่านั้น เช่น ผู้เช่าทรัพย์สิน ผู้ยืมใช้คงรูป หรือผู้รับฝากทรัพย์สิน เป็นต้น เป็นลักษณะของการครอบครองในทางข้อเท็จจริงไม่ได้มีสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินนั้นแม้จะได้รับการครอบครองทรัพย์สินนั้นก็ตามแต่สิทธิครอบครองยังคงอยู่กับผู้ส่งมอบทรัพย์สินให้ แบบที่สามคือ การครอบครองนิตินัย (possessio civilis) หมายถึง สิทธิครอบครองที่ผู้

³⁸ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 236-241.

³⁹ คณันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 130.

ครอบครองได้สิทธิดังกล่าวมาโดยคำสั่งของผู้ออกกฎหมายของโรมัน⁴⁰ ไม่ใช่ได้สิทธิดังกล่าวมาด้วยการครอบครองทางข้อเท็จจริงอันมีเจตนายึดถือเพื่อตนแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้อสำคัญของการครอบครองในกฎหมายโรมันคือการครอบครองหรือ *possessio* จะมีได้กับ *res corporeal* หรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น⁴¹ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างหรือ *res incorporales* ไม่อาจถูกครอบครองได้เพราะการครอบครองต้องอาศัยการถือครองหรือยึดถือทางกายภาพ (*physical holding*)⁴² แต่ในกฎหมายโรมันมีการเรียกการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างว่า *possessio juris* โดยนักนิติศาสตร์โรมันบางท่านให้เหตุผลว่าการเรียก การครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างว่า *possessio juris* ไม่ได้หมายความว่าเป็นการแยกแยะว่าอาจมีการครอบครองสิทธิได้ แต่เป็นการพูดถึงการใช้สิทธิที่เรียกว่าเสมือนการครอบครองเท่านั้น คือ เป็นเรื่องของการคุ้มครองการใช้สิทธิของเจ้าของสิทธิบางประเภทที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสิทธิ ที่นักกฎหมายโรมันได้สร้างหลักการคุ้มครองลักษณะคล้ายกับการคุ้มครองความครอบครองเรียกว่า “*quasi possessio*” แปลว่า “คล้ายกับการครอบครอง” เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดนั้นในลักษณะของอำนาจที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ได้แก่ สิทธิเหนือพื้นดิน และสิทธิเก็บกิน⁴³ แต่ไม่ใช่มีการครอบครองโดยแท้แต่อย่างใด⁴⁴ ดังนั้นหลักการนี้ยืนยันว่าการครอบครองในกฎหมายโรมันไม่อาจมีในวัตถุไม่มีรูปร่างได้ อย่างไรก็ตาม ใน *black law dictionary* ได้นิยามว่า *incorporeal possession* คือการครอบครองบางสิ่งนอกเหนือจากวัตถุที่มีรูปร่าง เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน หรือสิทธิได้รับแสงจากหน้าต่าง ซึ่งอยู่ในลักษณะของ *possessio juris* หรือ *quasi-possession* โดยมีความเห็นของนักกฎหมายบางส่วนมีแนวคิดที่นักกฎหมายโรมันบางครั้งก็ใช้คำว่า *possessio* ในการสื่อความหมายรวมถึงการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย แต่บางครั้งก็มีการแยกอย่างชัดเจนดังการนิยาม *quasi possession* ขึ้นมา ทั้งนี้แนวคิดเรื่อง *possession* ที่มีความคิดให้ใช้กับวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นสิทธิทางหนี้ ไม่เคยปรากฏในกฎหมายหรือความคิดของนักกฎหมายโรมัน

ลักษณะของการครอบครองในกฎหมายโรมันที่เรียกได้ว่าการครอบครองตามกฎหมายปัจจุบันเราอาจเข้าใจได้ด้วยคำว่า “สิทธิครอบครอง” ว่าต้องมีลักษณะอย่างไรถึงจะเรียกว่า

⁴⁰ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 245-248.

⁴¹ ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*, หน้า 209.

⁴² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 106.

⁴³ ศนันทกรรณ์ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 132.

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, หน้า 359.

ถึงขนาดเป็นการครอบครองตามกฎหมายไม่ใช่การครอบครองทางข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยเริ่มแรกความคิดเกี่ยวกับการครอบครองซึ่งเป็นคำนิยามที่โด่งดังคือ “possession is acquired corpore et animo” กล่าวคือจะต้องมีสองสิ่ง สิ่งแรกคือการครอบครองทางกายภาพทางกฎหมายหรือทางสัญญา และสิ่งที่สองคือมีเจตนาครอบครอง ซึ่งส่วนประกอบของการครอบครองทางกายภาพสามารถพิจารณาได้ทางธรรมดาคือมีอำนาจเหนือวัตถุที่ครอบครอง อันได้แก่บุคคลที่เป็นผู้ยึดถือตัวทรัพย์สินอย่างเจ้าของ หรือเสมือนเจ้า(เช่น ผู้ที่กำลังครอบครองปกติ) หรือ แสดงเหมือนว่าเป็นเจ้าของ (เช่น โจร อาจได้การครอบครองแต่ไม่มีทางได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน)⁴⁵ ส่วนเจตนาครอบครอง Savigny ได้ให้มุมมองว่า เจตนาครอบครองคือมีเจตนาครอบครองทรัพย์สินเพื่อตนเอง ซึ่งแนวความคิดเรื่องการครอบครองนี้สามารถอธิบายในเรื่องของผู้เช่าและผู้ยืมในสมัยโรมันที่ผู้ยืมจะได้ไปแค่การครอบครองทางข้อเท็จจริง (detentio) แต่ไม่ได้ไปซึ่งการครอบครองทางกฎหมายได้ แต่มีปัญหาในการพิจารณาส่วนของการให้ใช้ที่ดินระยะยาว (emphyteuta) ว่าผู้ใช้ที่ดินระยะยาวซึ่งเป็น derivative holder มีสิทธิที่ป้องกันทรัพย์สินได้อย่างไร ซึ่งต่อมามีพัฒนาการทางกฎหมายที่เกิดความคิดเกี่ยวกับ derivative possessor ที่แสดงออกถึงการครอบครองของ ผู้รับจำนำ หรือเจ้าของสัญญาให้ใช้ที่ดินระยะยาว โดยแนวความคิดของ Savigny เป็นการมองเรื่องการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินที่ครอบครองในลักษณะของการรักษาความสงบในสังคม อย่างไรก็ตาม Ihering ได้ปฏิเสธความคิดของ Savigny เกี่ยวกับเจตนาครอบครองที่ต้องยึดถือเพื่อตนดังกล่าว โดยอธิบายว่า animus คือเพียงมีความตระหนักรู้ว่ามีการครอบครองทรัพย์สินนั้นอย่างเช่นที่เจ้าของทั่วไปจะใช้ได้ ก็ถือได้ว่าการครอบครองทางกฎหมายแล้ว โดยมองว่า Possessio คือการแสดงออกของกรรมสิทธิ์ และตามความคิดของ Ihering มองว่า derivative possessor ก็มีลักษณะที่แสดงออกถึงการคุ้มครองเจ้าของกรรมสิทธิ์ และ detentio มีลักษณะที่อยู่ในความดูแลของผู้ครอบครองโดยไม่ต้องมีการกำหนดไว้อีกด้วย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าด้วยมุมมองของนักกฎหมายทั้งสองไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นได้อย่างสมบูรณ์ และนักกฎหมายโรมันเองไม่ได้ชี้แจงกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนของการครอบครอง⁴⁶ อย่างไรก็ตามจากการตีความและการใช้ของนักกฎหมายโรมัน ก็ทำให้เห็นได้ว่าการครอบครองถูกใช้ในสองลักษณะ ลักษณะแรกเป็นเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีการครอบครอง ที่กฎหมายจะคุ้มครองให้สามารถใช้สิทธิทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกไม่ให้นำมาบงกชการครอบครองได้ และลักษณะที่สอง

⁴⁵ Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 4th Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 174.

⁴⁶ A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, pp. 171-173.

คือ การครอบครองเป็นแนวทางของการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เช่นลักษณะของ การครอบครองปรปักษ์ usucapio หรือการ ส่งมอบการครอบครอง (traditio)⁴⁷ เป็นต้น

2.1.4.2.2 การครอบครองในกฎหมายไทย

สำหรับกฎหมายไทย ตั้งแต่สมัยก่อนมีประมวลกฎหมาย มิได้มีการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่การครอบครองว่าเป็นสิทธิจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแต่อย่างใด สิทธิครอบครองมาปรากฏให้เกิดความคุ้มครองอย่างชัดเจนเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติถึงอำนาจแห่งสิทธิครอบครองไว้โดยตรง แต่หากพิจารณาความเชื่อมโยงในมาตราที่เกี่ยวข้องแล้ว โดยอำนาจแห่งสิทธิครอบครองที่กฎหมายให้ไว้โดยข้อสันนิษฐานว่า การใช้อำนาจเหล่านั้นผู้ครอบครองมีสิทธิใช้คือ อำนาจที่จะสามารถใช้ทรัพย์สิน ได้ดอกผลในทรัพย์สิน และอำนาจในการได้คืนทรัพย์สินจากผู้ที่มีสิทธิด้อยกว่าตน และสามารถโอนสิทธิครอบครองให้แก่บุคคลอื่นได้⁴⁸ สิทธิครอบครองจึงมีอำนาจคล้ายกับกรรมสิทธิ์แต่มีความมั่นคงน้อยกว่ากรรมสิทธิ์⁴⁹ เพราะสิทธิครอบครองอาจถูกแย่งไปได้ด้วยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่กรรมสิทธิ์ไม่สามารถถูกแย่งไปได้นอกจากเจ้าของจะสละกรรมสิทธิ์หรือโอนกรรมสิทธิ์นั้นออกไป การได้มาซึ่งสิทธิครอบครองตามกฎหมายไทยผู้ครอบครองจะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้โดยเจตนายึดถือเพื่อตน โดยการยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ให้ได้ทรัพย์สินมาคือการยึดถือทรัพย์สินนั้นด้วยตัวเองหรืออาจเป็นกรณีที่บุคคลอื่นยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้แทนก็ได้ ตามมาตรา 1368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนเจตนายึดถือเพื่อตนนั้น จะพิจารณาว่าขนาดไหนจึงจะถือว่ายึดถือเพื่อตน นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่⁵⁰ เห็นว่า การที่ยึดถือโดยมีเจตนาจะเอาไว้เพื่อตนแม้เพียงชั่วเวลาหนึ่งก็ได้สิทธิครอบครองตลอดชั่วระยะเวลาสั้น หรือการยึดถือเพื่อจะใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นแม้เพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นการยึดถือเพื่อตนที่เพียงพอจะให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองแล้วไม่จำเป็นต้องถึงกับเจตนาที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งหากพิจารณาในลักษณะนี้แล้ว สิทธิครอบครองย่อมมีเสมอแก่ผู้เช่าทรัพย์สิน ผู้ยืมทรัพย์สิน ทำให้เกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ผู้ที่ยืมทรัพย์สินหรือให้เช่าทรัพย์สินดังกล่าวซึ่งเป็นผู้มี

⁴⁷ Ibid., pp. 174-175.

⁴⁸ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 406-408.

⁴⁹ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 53.

⁵⁰ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 377.

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ยังคงมีสิทธิครอบครองอยู่หรือไม่ เพราะว่าผู้ยืมที่ได้ทรัพย์สินนั้นไปใช้ก็โดยอาศัยความยินยอมของผู้ให้ยืม การใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นการยึดถือเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนหนึ่งแต่ก็เป็น การยึดถือไว้แทนเจ้าของทรัพย์สินคือผู้ให้ยืมด้วย จึงต้องถือว่าผู้ให้ยืมมีสิทธิครอบครองจากการยึดถือ ด้วยเช่นเดียวกัน ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชได้ให้ความเห็นไว้ว่า สิทธิครอบครองอาจ มีซ้อนกันได้ในทรัพย์สินอย่างเดียวกัน เพราะว่ากฎหมายไทยไม่ได้แยกระหว่างการครอบครองในทาง ข้อเท็จจริงที่เรียกว่า *possessio naturalis* กับการครอบครองทางกฎหมายที่เรียกว่า *possessio civilis* ออกจากกัน จึงทำให้ไม่สามารถที่จะทำความเข้าใจถึงความแตกต่างของสิทธิครอบครองที่เกิด แก่บุคคลสองคนในเวลาเดียวกันได้ตามกฎหมายไทย⁵¹ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลบางส่วนมาจาก กฎหมายอังกฤษซึ่งมีหลักว่าหากเพียงมีเจตนายึดถือไว้เพื่อตนไม่ว่าตามสัญญา หรือทรัพย์สินอื่นก็ถือ ว่ามีสิทธิครอบครองได้ทั้งนั้น อนึ่ง นักกฎหมายไทยอีกส่วนหนึ่ง เห็นว่าการครอบครองเป็นทรัพย์สิน สิทธิ อย่างหนึ่ง ดังนั้น กรณีของการใช้สิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างบุคคลเท่านั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินจึงไม่อาจจะเกิดสิทธิครอบครองได้สำหรับการใช้ทรัพย์สินตามสัญญา เช่น การยึดถือ ทรัพย์สินตามสัญญาเช่าทรัพย์สินเพื่อใช้ ผู้เช่าย่อมไม่ได้ไปซึ่งสิทธิครอบครอง⁵²

ในส่วนการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างสามารถมีได้หรือไม่ในกฎหมายไทย นั้น ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นว่า⁵³ การครอบครองในวัตถุไม่มีรูปร่าง แม้ทางข้อเท็จจริงไม่อาจถือครองให้เห็นเป็นประจักษ์ได้ แต่ก็สามารถมีการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่าง ได้ เพราะในทางทรัพย์สินความหมายของคำว่าทรัพย์สินได้ขยายตัวไปยังวัตถุไม่มีรูปร่าง สิทธิ ครอบครองจึงจะจำกัดในวงแคบไม่ได้ สิทธิครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างจึงสามารถมีได้โดยเป็นลักษณะ ของการครอบครองอย่างหนึ่งเหมือนกัน เช่นการครอบครองหุ้นก็สามารถมีได้ (ฎีกาที่ 38/2492)⁵⁴ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณา “การครอบครอง” ตามความคิดของนักกฎหมายโรมัน เป็นเรื่องของความ คุ่มครองทางกฎหมายที่มีต่อวัตถุมีรูปร่างสำหรับผู้ที่มี “การครอบครอง” วัตถุนั้น โดยในวัตถุไม่มี รูปร่างไม่สามารถมีการครอบครองได้ ประกอบกับหากพิจารณากฎหมายไทยในมาตรา 1367 ใช้คำว่า

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 328.

⁵² ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 221.

⁵³ เสนีย์ ปราโมช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, หน้า 359-360.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 454.

“ยึดถือ” ทรัพย์สิน ซึ่งการยึดถือจะต้องมีการแสดงออกซึ่งการยึดถืออันเป็นลักษณะในทางข้อเท็จจริง ส่วนที่มาตรา 1368 ที่บอกว่าผู้อื่นยึดถือไว้ให้ ย่อมหมายถึงการยึดถือในทางข้อเท็จจริงอยู่กับบุคคลอื่น แต่เจตนายึดถือไว้แทนผู้มีสิทธิครอบครองเท่านั้น กฎหมายย่อมต้องการให้มีการแสดงออกถึงการยึดถือในทางข้อเท็จจริงได้จึงจะมีสิทธิครอบครองเกิดขึ้นได้ ดังนั้น วัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งไม่อาจยึดถือในทางข้อเท็จจริงได้จึงไม่น่าจะมีสิทธิครอบครองเกิดขึ้นได้ด้วยการ “ยึดถือ” ตามกฎหมายไทยในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน

2.1.4.3 ทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของผู้อื่น

สิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้อื่นที่จะกล่าวถึงหมายถึงสิทธิในลักษณะตัดทอนกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่นซึ่งทรัพย์สินของบุคคลนั้น โดยผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้อื่นมีสิทธิที่จะได้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าว อาจได้ประโยชน์ด้วยการได้ใช้ ได้ดอกผล ได้แก่ สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม หรือสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้อื่นในลักษณะของการยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้เป็นประกัน ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินจำนำ สิทธิในทรัพย์สินจำนอง โดยสิทธิเหล่านี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน และในกฎหมายไทยก็มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน เนื่องจากสิทธิที่มีลักษณะตัดทอนกรรมสิทธิ์เช่นนี้เป็นทรัพย์สิน หากจะเกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยกฎหมายยอมรับให้มีขึ้นได้เท่านั้น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยสัญญา หรือโดยผลของกฎหมายก็ตาม โดยลักษณะของทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นสิทธิที่แตกต่างจากกรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครอง เพราะทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นสิทธิที่ทำให้ผู้มีกรรมสิทธิ์ ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้อย่างเต็มที่เพราะต้องยอมให้ผู้มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินของตนได้ใช้สิทธิตามที่มีนั้น ส่วนผู้มีกรรมสิทธิ์เหลือสิทธิที่จะใช้ในทรัพย์สินของตนได้เท่าที่ไม่กระทบต่อผู้ทรงทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินดังกล่าว

2.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายไทย

เอกเทศสัญญาเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดชื่อสัญญา ลักษณะของสัญญา วัตถุประสงค์ และความผูกพันของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะ⁵⁵ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในสิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาจะตกลงให้

⁵⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2557), หน้า 343.

แตกต่างจากกฎเกณฑ์ของเอกเทศสัญญาที่สามารถทำได้ เพราะวัตถุประสงค์ของเอกเทศสัญญาเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่พื้นฐานให้แก่คู่สัญญาเท่าที่กฎหมายเห็นว่าจะมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประชาชนที่ไม่ได้เชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายให้สามารถนำสัญญาเหล่านี้ไปใช้ได้ด้วยกฎเกณฑ์ สิทธิ และหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น โดยเอกเทศสัญญาอาจเรียกว่า “สัญญามีชื่อ” ตรงข้ามกับ “สัญญาไม่มีชื่อ” หรือสัญญานอกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3⁵⁶ กล่าวคือ สัญญาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงสัญญานั้นไว้เป็นการเฉพาะ การกำหนดความผูกพันของสัญญาจึงเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาซึ่งสามารถทำได้อย่างอิสระเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย⁵⁷ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

2.2.1 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญา⁵⁸

เนื่องจาก “เอกเทศสัญญา” หรือสัญญามีชื่อเป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น เพื่อให้เข้าใจถึงความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาจึงต้องศึกษาจากประวัติความเป็นมาและลักษณะของสัญญาในกฎหมายโรมันซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายสัญญาในระบบ Civil law และระบบกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลมาด้วย

2.2.1.1 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมัน⁵⁹

หลักการของสัญญาสำหรับนักกฎหมายปัจจุบันเห็นตรงกันว่าเป็นเรื่องของความตกลงที่สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมายและข้อตกลงดังกล่าวเกิดจากการแสดงเจตนา หลักการนี้ไม่ได้มีมาตั้งแต่ในสมัยโรมันคลาสสิก แต่ค่อยๆปรากฏตัวขึ้นด้วยพัฒนาการของกฎหมายโรมัน แม้พัฒนาการของกฎหมายโรมันจะไม่ได้เป็นไปอย่างมีระบบก็ตาม โดยสัญญาของโรมันในกฎหมายสิบสองโต๊ะ คือ สัญญาที่ต้องการแบบที่เคร่งครัด คือ stipulatio เป็นแบบที่สัญญาที่หนึ่งเกิดจากการเปล่งวาจา (obligationes verbis contractae) และผูกพันกันด้วยกระบวนการเปล่งวาจา คือ หนึ่งตามสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการทำตามแบบ stipulatio โดยยังไม่มีกรยอมรับให้สามารถมีสัญญาที่ก่อหนี้ด้วย

⁵⁶ วิชาญ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549), หน้า 21.

⁵⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 36.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

⁵⁹ Reinhard Zimmermann, The Law Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition (Oxford: Juta Co., Ltd., 1992), pp. 68-90. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 200.

การแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญาได้ ต่อมาจึงเกิดและพัฒนาการของสังคมที่มีการพาณิชย์มากขึ้นทั้งกับคนโรมันเองและชาวต่างชาติจึงทำให้เกิดสัญญาที่หนึ่งเกิดจากด้วยความยินยอม (obligationes ex consensu) คือสัญญาก่อให้เกิดหนึ่งเมื่อมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาโดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือและไม่ต้องมีแบบของสัญญา แต่สัญญาจะต้องเข้าประเภทที่นักกฎหมายโรมันถือว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ยินยอมด้วย การทำข้อตกลงเพียงอย่างเดียวแม้จะเกิดจากความยินยอมระหว่างคู่สัญญาแต่ไม่เข้าลักษณะของสัญญายินยอม ก็ไม่นับว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมตามความคิดของนักกฎหมายโรมัน ต่อมาเกิดพัฒนาการของสัญญาลายลักษณ์อักษร (obligationes litteris contractae) ขึ้น เป็นลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการทำเป็นเอกสารกันในลักษณะของการจดหนี้ จดบัญชี และเกิดพัฒนาการของสัญญาในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน (obligationes re contractae) คือหนึ่งที่เกิดจากสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว และสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วได้แก่ สัญญาเช่า สัญญาฝาก และทำยที่สวดช่วยประมาณศตวรรษที่ 1 จึงเกิดสัญญาที่ไม่มีชื่อ เพื่อให้สัญญาที่ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ข้างต้นสามารถได้รับการคุ้มครองได้ด้วยการตกลงกันของคู่สัญญา ทั้งนี้ ลักษณะสำคัญของสัญญาในกฎหมายโรมันคือ สัญญาจะก่อได้แต่สิทธิทางหนี้เท่านั้น ไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิทางทรัพย์สินได้ เนื่องจากระบบกฎหมายของโรมันแยกระบบหนี้กับระบบทรัพย์สินออกจากกันอย่างชัดเจน

อนึ่ง เอกเทศสัญญาหรือสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นคำที่กฎหมายไทยใช้ในปัจจุบัน แม้ไม่ปรากฏในกฎหมายโรมันแต่อาจเทียบได้ด้วยลักษณะของการกำหนดสิทธิหน้าที่และลักษณะเฉพาะไว้โดยกฎหมาย โดยในโรมันลักษณะของสัญญาที่เป็นเช่นนี้มีสองประเภทคือ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (obligationes ex consensu) ซึ่งมีหลักการของสัญญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะและมีชื่อเรียกที่กฎหมายยอมรับให้เกิดเป็นสัญญาด้วย และทรัพย์สินสัญญาหรือสัญญาที่หนึ่งเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (obligationes re contractae) ที่กฎหมายมีหลักเกณฑ์โรมันมีลักษณะเฉพาะด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนสัญญาอื่น เช่น สัญญาที่เกิดจากการเปล่งวาจาเป็นรูปแบบของสัญญามากกว่าลักษณะของสัญญาโดยความผูกพันจะเป็นลักษณะใดก็ได้ตามอิสระแต่ต้องมีการเปล่งวาจาตามแบบของกฎหมายต่อกันก็จะผูกพัน ส่วนสัญญาลายลักษณ์อักษรก็เป็นการกำหนดแบบของสัญญามากกว่าลักษณะของสัญญาเช่นกัน นอกจากเอกเทศสัญญาทั้งสี่แบบแล้วกฎหมายโรมันได้วางหลักสำหรับสัญญาที่ไม่เข้าประเภทของสัญญาทั้งสี่แบบ ที่จะให้มีการฟ้องร้องกัน

ได้ โดยเรียกประเภทสัญญาขึ้นว่า สัญญาไม่มีชื่อ (innominate contract) เป็นเรื่องของการปรับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมเจตนาในการทำสัญญาที่หลากหลายขึ้นไม่ได้มีลักษณะเฉพาะของกฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด

2.2.1.2 ประวัติความเป็นมาและลักษณะของเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทย⁶⁰

กฎหมายสัญญาในกฎหมายเก่าของไทยเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เช่นเดียวกับปัจจุบัน แต่ด้วยมุมมองของคำว่า “หนี้” ซึ่งกฎหมายเก่ามองในมุมที่ว่า หนี้คือการที่บุคคลหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจในลักษณะของเจ้าหนี้ ซึ่งมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของบุคคลแล้ว ยังมีอำนาจกระทำการบางอย่างที่ผู้เป็นหนี้จะต้องเกรงใจและยอม เนื่องจากการเป็นหนี้ ด้วยสัญญากู้ยืม เป็นสัญญาที่ไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาผูกพันกันแต่เกิดจากการที่ให้เงินและมีความผูกพันเป็นหนี้แก่ผู้ให้ ด้วยมุมมองนี้ทำให้สัญญาในกฎหมายเก่าของไทยสามารถแยกได้เป็นสองประเภทโดยประเภทแรกคือสัญญากู้กับสัญญาขายฝากทาส ที่ก่อให้เกิดหนี้ตามความหมายของกฎหมายเก่า ซึ่งจะต้องมีแบบของสัญญา และอีกประเภทคือทรัพย์สินสัญญา คือสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่สามารถมองเห็นได้ และคำว่าทรัพย์สินสัญญาในความเข้าใจของกฎหมายเก่า พิจารณาจากการที่ทรัพย์สินดังกล่าวมีการส่งมอบให้แก่กันก็นับว่าเป็นทรัพย์สินสัญญาหมด ไม่ได้มีหลักการเหมือนกับทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายโรมัน ด้วยเหตุนี้ ทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายเก่าของไทยจึงมีทั้ง สัญญายืม ซื้อขาย ฝากเช่า แลกเปลี่ยน และให้ โดยหลักการสำคัญร่วมกันของสัญญาเหล่านี้ในสมัยเก่าคือ จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งได้มอบสิ่งของแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากขาดการส่งมอบสิ่งของสัญญาเหล่านี้ก็จะไม่เกิด เช่นสัญญาซื้อขาย เมื่อตกลงกันแต่ฝ่ายยังไม่เห็นหน้าที จนกว่าฝ่ายใดจะได้ปฏิบัติตามสัญญาก่อนด้วยการชำระเงิน หรือการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาไม่ได้เกิดจากการตกลงกันดังเช่นในปัจจุบัน และเมื่อมีการส่งมอบสิ่งของแล้วจึงเกิดหน้าที่แก่ผู้รับที่จะต้องคืนสิ่งของ หรือรักษาส่งของ หรืออาจถูกเรียกคืนสิ่งของดังกล่าวต่อไป อย่างไรก็ตามด้วยพัฒนาการทางกฎหมายในภายหลังที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากระบบกฎหมาย civil law จึงทำให้ตรรกะความคิดทางกฎหมายในเรื่องของสัญญาของไทย คล้อยตามพัฒนาการของกฎหมายโรมัน และยอมรับในหลักการแสดงเจตนาทำให้เกิดสัญญาขึ้นด้วยเช่นกัน

⁶⁰ ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 207-217.

ปัจจุบันกฎหมายเรื่องสัญญาของไทยมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาในเรื่องของการแสดงเจตนา การก่อให้เกิดผลและการสิ้นสุดของสัญญา แต่ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองทางพาณิชย์อย่างเป็นธรรม จึงมีการบัญญัติเรื่องของ เอกเทศสัญญา อันเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะและมีสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น เพื่อให้บุคคลสามารถได้รับความคุ้มครองในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเมื่อมีการทำนิติกรรมที่เข้าเงื่อนไขของเอกเทศสัญญาเหล่านั้น โดยการนำร่างต้นฉบับของเอกเทศสัญญานำแนวคิดจากหลายประเทศมาผสมผสานกัน ไม่ว่าจะเป็นอังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลีทำให้พบบัญญัติในส่วนของเอกเทศสัญญาผสมผสานความคิดของกฎหมายของทั้งระบบ Civil law และระบบ Common law เข้าด้วยกัน จึงทำให้ลักษณะของเอกเทศสัญญาของไทยมีลักษณะที่ปะปนกันในเรื่องของหนี้และเรื่องของทรัพย์ แม้ระบบกฎหมายของเยอรมันที่แยกเรื่องของหนี้กับเรื่องของทรัพย์ออกจากกันอย่างชัดเจนตามที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน แต่ในกฎหมายไทยกลับปะปนกันจนทำให้เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจกฎหมาย⁶¹

2.2.2 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญา

2.2.2.1 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมัน

นักกฎหมายโรมันพิจารณาจากหนี้ในการแบ่งกลุ่มของสัญญามากกว่าประเภทของสัญญาอย่างนี้นักกฎหมายปัจจุบันมักใช้แบ่งกลุ่มของสัญญา โดยนักกฎหมายโรมันแบ่งสัญญาตามลักษณะของหนี้เป็นห้ากลุ่ม กลุ่มแรกคือทรัพย์สัญญา หรือ Real Contract ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำว่า re อันหมายถึง thing ในภาษาอังกฤษคือวัตถุมีรูปร่าง โดยสัญญาในกลุ่มของทรัพย์สัญญาในกฎหมายโรมันได้แก่ สัญญายืมใช้คงรูป(mutuum), สัญญายืมใช้สิ่งเคลื่อนที่(commodatum), สัญญาฝากทรัพย์(depositum) และสัญญาจำนำ(pignus) ซึ่งสัญญาเหล่านี้มีลักษณะที่สำคัญร่วมกันคือสัญญาไม่อาจเกิดขึ้นด้วยการตกลงกันเพียงอย่างเดียวแต่จะเกิดขึ้นได้ด้วยการส่งมอบ res corporalis (วัตถุมีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สิ่ง) กลุ่มที่สองคือ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม หรือ obligationes ex consensu อันได้แก่ emptio venditio (สัญญาซื้อขาย) , locatio conductio (สัญญาเช่า), societas (สัญญาหุ้นส่วน), mandatam (สัญญาตัวแทน) โดยลักษณะของสัญญาในกลุ่มนี้คือสัญญาเกิดผลสมบูรณ์ทันทีด้วยการแสดงเจตนาบนพื้นฐานของหลักสุจริต (bona fide) โดยไม่ต้องมีการ

⁶¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 200.

กระทำอื่นที่เป็นรูปธรรมก่อน เช่น การส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งสัญญาในสองกลุ่มแรกนี้ถูกจัดว่าเป็นสัญญาแบบไม่เป็นทางการคือไม่มีแบบที่กฎหมายกำหนด ต่างจากสัญญาในกลุ่มที่สามและสี่ที่มีแบบของกฎหมายกำหนด โดยสัญญากลุ่มที่สามคือ verbal contract สัญญาที่เกิดจากการเปล่งวาจา (verbis) สัญญาในลักษณะของการโต้ตอบทางวาจาตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดที่เรียกว่า stipulatio สัญญากลุ่มนี้ไม่มีลักษณะเฉพาะของสัญญาอาจเรียกได้ว่าเป็นวิธีการของการเกิดสัญญามากกว่าเพราะไม่ว่าข้อตกลงจะเกี่ยวกับเรื่องอะไร เมื่อมาทำตามแบบสัญญานี้ ย่อมมีความผูกพันตามสัญญาเปล่งวาจาและบังคับกันตามที่ได้เปล่งวาจาไว้เป็นสำคัญ และกลุ่มสุดท้ายคือ literal contract สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นกลุ่มที่เรียกสัญญาที่เกิดจากการจดบันทึกระหว่างกันของเจ้าหน้าที่ลูกหนี้มากกว่าจะเป็นรูปแบบสัญญาใหม่ที่มีหลักการหรือรูปแบบเฉพาะ จึงทำให้สัญญาที่เคยปรากฏในกลุ่มนี้ได้สูญหายไปเมื่อเข้าสู่ยุคใหม่ แต่สัญญาลายลักษณ์อักษรในปัจจุบันอาจหมายถึงสัญญาที่ต้องการแบบด้วยการทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนตามกฎหมาย นอกจากประเภทของเอกเทศสัญญาทั้งสี่แบบแล้ว สัญญาอื่นที่ไม่เข้าหลักเอกเทศสัญญาแต่เข้าหลักการของสัญญาไม่มีชื่อ (innominate contract) จะต้องมีลักษณะตามหลักการของสัญญาไม่มีชื่อคือ บุคคลสองคนเข้ามาทำการตกลงกันเหนือการปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนที่ชอบด้วยกฎหมาย และฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้ไปแล้วแต่ยังไม่ได้รับการชำระหนี้ตอบแทน โดยในสมัยจักรวรรดิจัสติเนียนได้มีการให้สิทธิฝ่ายที่ชำระหนี้แล้วเรียกสิ่งที่ตนชำระคืนหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนที่เสียหายในการคอยการปฏิบัติการชำระหนี้จากอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจให้อีกฝ่ายปฏิบัติชำระหนี้ตามความผูกพันหรือใช้สิทธิบอกเลิกข้อตกลงฝ่ายเดียวได้

2.2.2.2 การแบ่งประเภทของเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทย

นักกฎหมายไทยแบ่งประเภทของสัญญาไว้หลายรูปแบบ การแบ่งประเภทสัญญาแบบแรกแบ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน และสัญญาไม่ต่างตอบแทน การแบ่งแบบที่สองแบ่งเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนและสัญญาไม่มีค่าตอบแทน การแบ่งแบบที่สามคือ สัญญาที่สมบูรณ์เพียงแต่ตกปากลงคำ และสัญญาที่จะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการอย่างอื่นนอกจากนั้น การแบ่งแบบที่สี่คือ สัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ และการแบ่งแบบที่ห้าคือ เอกเทศสัญญาและสัญญาไม่มีชื่อ⁶² จะเห็นได้ว่าแต่ละการแบ่งประเภทของสัญญาจะจัดสัญญาออกเป็นเพียงสองกลุ่มตามลักษณะที่ต่างกันของสัญญาโดยดึงมา

⁶² เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)*, หน้า 339-343.

เพียงลักษณะเดียว อาจจะเป็นลักษณะของการให้ค่าตอบแทน ลักษณะของผลประโยชน์ ลักษณะของลำดับชั้นของสัญญา ลักษณะของการกระทำ หรือชื่อของสัญญา ซึ่งการแบ่งในรูปแบบดังกล่าวไม่ได้มีการแบ่งด้วยการมองกลุ่มของสัญญาในระบบของการก่อให้เกิดหนี้ดังเช่นที่นักกฎหมายโรมันแบ่งไว้ อย่างไรก็ตาม มีการแบ่งอีกรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกับการแบ่งกลุ่มของสัญญาในกฎหมายโรมัน โดยพิจารณาจากการก่อให้เกิดสัญญา แบ่งกลุ่มของสัญญาไว้เป็นสามประเภท⁶³ คือ กลุ่มของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม คือสัญญาที่เกิดขึ้นสมบูรณ์และมีผลทันทีเพียงแต่ด้วยความยินยอมหรือเสนอสนองต้องตรงกัน อันได้แก่ สัญญาซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน จ้างแรงงาน จ้างทำของ เป็นต้น กลุ่มของทรัพย์สินสัญญา คือ สัญญาที่นอกจากความยินยอมแล้วต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินอันวัตถุแห่งสัญญาไปพร้อมกันด้วย ได้แก่ สัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์สิน สัญญาจำนำ ตราบใดที่ไม่มีการส่งมอบสัญญาไม่เกิด และกลุ่มของสัญญาที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ หมายถึงสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบไว้หากไม่ทำตามแบบจะตกเป็นโมฆะได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ สัญญาให้โดยเสนหา อสังหาริมทรัพย์หรือในสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ดังนั้นสำหรับการศึกษาในครั้งนี้นี้ซึ่งมีแนวทางการศึกษากฎหมายโรมันควบคู่กับการพิจารณากฎหมายไทย ข้าพเจ้าจึงแบ่งกลุ่มการศึกษาด้วยการแบ่งกลุ่มของสัญญาโดยพื้นฐานของการแบ่งกลุ่มสัญญาสามประเภทดังกล่าวอันได้แก่ กลุ่มของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม กลุ่มของทรัพย์สินสัญญา แต่แยกเรื่อง “การให้” เป็นอีกกลุ่มหนึ่ง ตามรูปแบบของกฎหมายโรมันที่เรื่องการให้เป็นเรื่องที่แยกการกล่าวถึงออกมาจากเรื่องของสัญญา และเพิ่มเติมกลุ่มของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยในกลุ่มนี้ได้แก่สัญญาจำนำ และจำนอง ทั้งนี้ แม้ว่าสัญญาจำนำจะอยู่ในกลุ่มของทรัพย์สินสัญญาด้วยแต่ในการศึกษารุ่นนี้ ผู้เขียนมุ่งจะศึกษาสัญญาจำนำในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินมาประกันหนี้มากกว่าประเด็นเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินอันก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในทรัพย์สินสัญญาได้มีสัญญาเช่าซื้อ สัญญาเช่าซื้อ สัญญาเช่าซื้อ และสัญญาฝากทรัพย์สิน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเพียงพอในการชี้ให้เห็นถึงประเด็นการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว จึงนำสัญญาจำนำมาศึกษาในกลุ่มของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

2.2.3 ความสัมพันธ์ของทรัพย์สินกับเอกเทศสัญญา

ตั้งแต่สมัยโรมันทรัพย์สินและสัญญามีความสัมพันธ์กันในทางข้อเท็จจริง คือทรัพย์สินเป็นกรรมของสัญญาที่อาจถูกส่งมอบ ถูกโอน ถูกนำไปฝากเก็บรักษา ถูกนำไปใช้ ถูกเอาไปให้คนอื่นใช้เพื่อ

⁶³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 195.

หากำไร หรือถูกนำไปฝากไว้เป็นประกัน ด้วยการทำสัญญา อาจเรียกได้ว่า ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญา โดยทรัพย์สินที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ในยุคแรกจำกัดอยู่เพียงทรัพย์สินปัจเจก (rec mancipi) เท่านั้นด้วยมุมมองที่เป็นสังคมขนาดเล็ก และยอมรับให้มีการทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าวได้เพียงแต่สำหรับประชาชนชาวโรมัน ต่อมาการพัฒนาของสังคมจึงทำให้ทรัพย์สินที่สามารถทำสัญญาได้ครอบคลุมทรัพย์สินทุกอย่าง รวมทั้งการทำสัญญาก็ยอมรับให้ทุกคนสามารถทำได้โดยเจตนาอิสระก็สามารถก่อให้เกิดสัญญาได้ ไม่ว่าจะเป็สัญญาที่มีชื่อหรือไม่ก็ตาม โดยในสัญญาย่อมประกอบไปด้วยวัตถุแห่งหนี้ อันได้แก่หนี้กระทำการ หนี้เว้นกระทำการ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน(ความเห็นของนักกฎหมายบางส่วนมองว่าหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นส่วนหนึ่งของหนี้กระทำการ) นอกจากนั้นสัญญายังประกอบไปด้วยวัตถุแห่งสัญญา คือ ทรัพย์สิน แต่เนื่องจากกฎหมายโรมันไม่ได้นิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินไว้ การพิจารณาว่าทรัพย์สินใดทำกับสัญญาประเภทใดบ้างจึงต้องพิจารณาตามวัตถุประสงค์และบริบทของสัญญา เนื่องจากความหมายของทรัพย์สินในกฎหมายโรมันมีทั้งความหมายอย่างกว้างที่สุดคือ ทรัพย์สินที่มีทั้งวัตถุมีรูปร่าง และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน หรือสิทธิทางหนี้ก็ได้ ดังนั้น ในส่วนของเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทยซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง และมีแนวคิดเรื่องสัญญาในแนวเดียวกับนักกฎหมายโรมัน เอกเทศสัญญาจึงมีความสัมพันธ์กับทรัพย์สินในลักษณะที่ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่นเดียวกัน โดยเป็นไปตามลักษณะของสัญญาแต่ละประเภทในเอกเทศสัญญาว่าทรัพย์สินประเภทใดสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้บ้าง ไม่ใช่ทรัพย์สินทุกอย่างจะสามารถนำมาทำเอกเทศสัญญาทุกประเภทได้ เช่น สัญญาเืม ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะก่อให้เกิดสัญญา หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถส่งมอบได้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาว่าจะเกิดสัญญาขึ้นได้อย่างไร ทรัพย์สินที่จะนำมาทำสัญญาเืมได้จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถส่งมอบได้เท่านั้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะกำหนดลักษณะของเอกเทศสัญญาไว้เป็นการเฉพาะแต่กฎหมายเอกเทศสัญญาของไทยกลับไม่ได้เลือกการใช้คำระหว่าง คำว่า “ทรัพย์สิน” กับ คำว่า “ทรัพย์สิน” ว่ากฎหมายเอกเทศสัญญาประเภทใดควรใช้คำว่าทรัพย์สิน เอกเทศสัญญาประเภทใดควรใช้คำว่าทรัพย์สิน แต่เอกเทศสัญญาเกือบทุกประเภทใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” จนทำให้เกิดปัญหาในการใช้และตีความกฎหมายและเป็นที่ยกเถียงกันในหลายสัญญาว่าวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็ สิทธิทางหนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินสิทธิ สิทธิเหล่านี้สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาของเอกเทศสัญญาเหล่านั้นได้ทุกประเภทจริงหรือ เพราะหากพิจารณาจากลักษณะของเอกเทศสัญญาแล้วจะพบว่าสัญญาบางประเภทอาจมีได้แต่ในวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น เช่น สัญญาซื้อขายในเอกเทศ

สัญญาของไทย ที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ หากทรัพย์สินที่จะนำมาทำสัญญาซื้อขายไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ เช่นสิทธิทางหนี้ ย่อมทำให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวมาเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาซื้อขายที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเมื่อกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สินจึงย่อมหมายถึงทรัพย์สินทุกประเภทสามารถนำมาทำสัญญาได้ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาในการปรับใช้กฎหมายที่ยังไม่ยุติในปัจจุบันเกี่ยวกับคำว่าทรัพย์สินที่ใช้ในเอกเทศสัญญาแต่ละประเภท

2.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (Real Contract)

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินมีลักษณะที่สำคัญคือการส่งมอบทรัพย์สินก่อให้เกิดสัญญา หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วสัญญาดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ การส่งมอบทรัพย์สินถือว่าเป็นเงื่อนไขจำเป็น (necessary condition) ของสัญญาว่าด้วยทรัพย์สิน และเป็นที่มาของหนี้ว่าด้วยทรัพย์สิน (หนี้ที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน)⁶⁴ เพื่อให้เข้าใจถึงเอกเทศสัญญาประเภทนี้ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงการส่งมอบทรัพย์สินว่าหมายความว่าอย่างไร และต่างจากหนี้ส่งมอบทรัพย์สินหรืออย่างไร ก่อนจะกล่าวถึงลักษณะของแต่ละประเภทสัญญาในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินต่อไป

2.3.1 การส่งมอบ

2.3.1.1 ความคิดพื้นฐานของการส่งมอบ

ก. การส่งมอบ (traditio) ตามกฎหมายโรมัน⁶⁵

การส่งมอบในกฎหมายโรมันยุคคลาสสิกยังไม่มีกรยอมรับให้เป็นวิธีการในการโอน เป็นแต่สิ่งที่ปฏิบัติกันและนักกฎหมายยังไม่มองว่าเป็นการทำให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยพัฒนาการก่อนจะเกิดการยอมรับให้การส่งมอบทรัพย์สินเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินได้ นั่น การจะโอนทรัพย์สินในโรมันยุคแรกจะต้องทำด้วยการโอนทรัพย์สินโดยการใช้ตาซึ่งเรียกว่า mancipatio เป็นการโอนที่กฎหมายตราไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะและกำหนดแบบพิธีการโอนไว้ โดยผู้ที่จะโอนทรัพย์สินแก่กันได้คือพลเมืองโรมันเท่านั้น และทรัพย์สินที่จะโอนกันได้ต้องเป็นทรัพย์สิน

⁶⁴ ประชุม โดมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 199.

⁶⁵ ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 124.

ประเภทปัจฉัยสี่เท่านั้น (rec mancipi) ต่อมาชาวโรมันต้องมีการพาณิชย์กับชาวต่างชาติมากขึ้นจึงมีหลัก in iure cession หรือการแสวงง้อหรือการแสวงง้อเพื่อสามารถปรับกับทรัพย์สินประเภทที่ไม่ใช่ปัจฉัยสี่ (rec nec mancipi) ได้ด้วย ต่อมาเมื่อการพาณิชย์เจริญก้าวหน้าและสังคมมีการทำเปลี่ยนมือในทรัพย์สินมากขึ้น วิธีที่ง่ายที่สุดคือการส่งมอบทรัพย์สิน (tradition) จึงได้รับการยอมรับให้มีผลทางทรัพย์สินในการโอนกรรมสิทธิ์ได้ โดยหลักการสำคัญของการส่งมอบคือ การที่ผู้รับทรัพย์สินได้การครอบครองทรัพย์สินนั้นไปในทางข้อเท็จจริง โดยวิธีการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายโบราณของโรมันจะต้องเป็นลักษณะการส่งมอบที่เป็นรูปธรรมเท่านั้น ต่อมาในกฎหมายยุคคลาสสิกจึงยอมรับการส่งมอบด้วยวิธีที่เทียบเท่ากับการส่งมอบทรัพย์สิน (minimum of physical transfer) อันได้แก่ การส่งมอบระยะไกล (Traditio longa manu) คือการชี้ตัวทรัพย์สินให้สามารถเห็นได้ เพื่อให้รู้ว่าทรัพย์สินที่จะส่งมอบกันคือทรัพย์สินไหนและให้สามารถเข้าครอบครองได้แม้เห็นจากระยะไกล เช่นการชี้ที่ดินจากระยะไกล การส่งมอบสัญลักษณ์ของทรัพย์สิน (symbolic traditio) เช่นการส่งมอบบ้านสามารถทำได้ด้วยการส่งมอบกุญแจบ้าน มีการยอมรับให้สามารถทำการส่งมอบลักษณะนี้ได้ตั้งแต่ยุคโบราณแต่ยังไม่นับว่าเป็นการส่งมอบแบบสัญลักษณ์ ต่อมาในยุคจัสติเนียนจึงนับว่าเป็นการส่งมอบแบบสัญลักษณ์ การส่งมอบระยะใกล้ (Traditio brevi manu) คือการเปลี่ยนเจตนาครอบครอง ซึ่งลักษณะนี้ผู้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน แต่ต่อมาผู้ครอบครองทรัพย์สินเปลี่ยนเจตนาเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินเดิมที่ไม่มีทรัพย์สินอยู่สละเจตนาในการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ครอบครอง กล่าวคือเกิดการส่งมอบทางข้อเท็จจริงขึ้นก่อนแล้วจึงมีการแสดงเจตนาให้โอนการครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ไป และสุดท้ายคือการส่งมอบด้วยเจตนา (Constitutum possessorium) เกิดขึ้นจากกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินมีการทำสัญญากันแล้วตกลงให้ความครอบครองและกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับ โดยผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินอยู่ซึ่งเป็นเจ้าของเดิม เปลี่ยนเจตนาเป็นครอบครองเพื่อผู้รับแทน โดยการเปลี่ยนเจตนาและเปลี่ยนการครอบครองนี้เกิดจากการทำสัญญากัน อาจเป็นสัญญาซื้อขายเป็นต้น อย่างไรก็ตาม การตกลงหรือแสดงเจตนาเพียงว่าให้ทรัพย์สินนั้นยังอยู่กับผู้ครอบครองเดิมแล้วถือว่าการครอบครองได้ถูกส่งมอบไปยังผู้รับแล้วไม่ได้ แต่จะต้องมีสัญญาอื่น หรือเช่า หรือให้สิทธิเก็บกิน จึงจะเพียงพอที่จะถือได้ว่าการครอบครองได้ถูกส่งมอบไปยังผู้รับมอบแล้ว โดยถือว่าผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้แทน อาจเปรียบได้กับการส่งมอบจริงเกิดขึ้นในสัญญาอื่น หรือเช่า หรือสิทธิเก็บกิน ที่ผู้มทรัพย์สินเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้รับโอนการครอบครองทรัพย์สินนั้นไป ลักษณะทั้งสามนี้จึงแสดงให้เห็นว่า การส่งมอบจะต้องมีการแสดงออกซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินโดยแท้จริง คือแสดงให้เห็นได้ว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่ง

มอบระหว่างกันแล้ว การส่งมอบที่จะโอนการครอบครองย่อมไม่อาจทำได้เพียงการแสดงเจตนาว่าส่งมอบเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การส่งมอบแบบ *Constitutum possessorium* ก็มีการถูกโต้แย้งโดย Diocletian ว่า กรรมสิทธิ์ย่อมไม่สามารถโอนไปได้เพียงแค่การทำเจตนาเท่านั้นแต่จะต้องมีการส่งมอบอย่างแท้จริงเกิดขึ้นกรรมสิทธิ์จึงจะโอนไปได้ ทั้งนี้ การส่งมอบที่นักกฎหมายโรมันศึกษาและกล่าวถึงเป็นรูปแบบของการโอนทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น⁶⁶ ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบทางข้อเท็จจริงหรือส่งมอบโดยปริยาย ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างกฎหมายไม่ได้เคยพูดถึงการโอนด้วยวิธีการส่งมอบ *traditio* เลย อาจเป็นเพราะวัตถุไม่มีรูปร่างในกฎหมายโรมันซึ่งเป็นสิทธิทางทรัพย์สินและสิทธิทางหนี้ มีวิธีการการโอนสิทธิหรือการได้มาซึ่งสิทธิที่กฎหมายหรือสัญญาแต่ละประเภทมีอยู่แล้ว เช่น การได้มาซึ่งภาระจำยอม หรือการได้สิทธิเก็บกิน อีกทั้ง สิทธิทางหนี้ก็มีวิธีการทางหนี้ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันหรือวิธีการทางสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิขึ้นได้

ข. การส่งมอบตามกฎหมายไทย

การส่งมอบในมุมมองของนักกฎหมายไทยมองว่า การส่งมอบทำได้สองวิธี คือ การส่งมอบโดยตรง (*actual delivery*) อันได้แก่การหยิบยื่นทรัพย์สินที่ส่งมอบให้ อีกวิธีคือการส่งมอบโดยปริยาย (*constructive delivery*) คือการส่งมอบที่ไม่ได้อาศัยการหยิบยื่นโดยตรง แต่อาจส่งมอบโดยการให้สัญลักษณ์ของทรัพย์สินที่จะส่งมอบ หรืออาจทำโดยการแสดงเจตนาส่งมอบถ้าทรัพย์สินนั้นอยู่กับผู้ที่จะรับมอบแล้วหรือมีการครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้แทนผู้รับมอบ⁶⁷ ในบริบทของกฎหมายได้บัญญัติให้การส่งมอบทรัพย์สินเป็นวิธีการหนึ่งสำหรับการโอนการครอบครอง ตามมาตรา 1378 ส่วนการโอนการครอบครองในมาตรา 1379 และ 1380 จะเห็นว่ามิลักษณะคล้ายกับวิธีที่เสมือนการส่งมอบทรัพย์สินของโรมัน คือ มาตรา 1379 เมื่อผู้รับโอนทรัพย์สินยึดถือทรัพย์สินอยู่แล้ว การโอนการครอบครองสามารถทำได้โดยการแสดงเจตนา แสดงให้เห็นว่าการแสดงเจตนาสามารถทำให้โอนทรัพย์สินได้ มีลักษณะคล้ายกับการส่งมอบระยะใกล้ (*Traditio brevi manu*) ในกฎหมายโรมัน นอกจากนี้การส่งมอบด้วยเจตนา (*Constitutum possessorium*) ก็ปรากฏในมาตรา 1380 ของไทย ที่ว่าการโอนการครอบครองย่อมเป็นผลเมื่อผู้โอนแสดงเจตนาว่าต่อไปจะยึดถือทรัพย์สินนั้นแทนผู้รับโอน ซึ่ง

⁶⁶ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, pp. 199-120.

⁶⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขเพิ่มเติม โดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 13.

ลักษณะของมาตรา 1379 และ 1380 คือการส่งมอบโดยปริยายตามความคิดของนักกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม ในตัวบทของกฎหมายทั้งมาตรา 1378 และมาตรา 1380 ไม่ได้มีคำว่าส่งมอบแต่อย่างใด เพียงแต่บอกว่าลักษณะดังกล่าวคือการโอนการครอบครองเท่านั้น ดังนั้นการพิจารณาว่ารูปแบบทั้งสองเรียกว่าการส่งมอบโดยปริยายจึงเป็นรูปแบบความคิดที่รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ทั้งนี้ลักษณะของการส่งมอบเป็นที่ยอมรับตรงกันในความเห็นของนักกฎหมายไทยว่าการส่งมอบวัตถุมีรูปร่างสามารถทำได้โดยการส่งมอบทางข้อเท็จจริงหรือการส่งมอบโดยปริยาย แต่ความเห็นว่าการส่งมอบจะมีในวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยได้หรือไม่นั้นมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองแนว โดยแนวความเห็นแรกเห็นว่า สิทธิต่างๆซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่สามารถส่งมอบได้เพราะไม่มีรูปร่างที่จะสามารถจับต้องได้ ส่วนอีกแนวความเห็นหนึ่งเห็นว่า วัตถุไม่มีรูปร่างก็สามารถส่งมอบได้ด้วยการส่งมอบโดยปริยาย เช่น การส่งมอบลิขสิทธิ์ให้ยืม⁶⁸ สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแรกที่ว่า การส่งมอบย่อมทำได้กับเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นจึงจะแสดงออกถึงการส่งมอบได้ อีกทั้ง การส่งมอบโดยปริยายที่ยึดเอาแนวคิดมาจากกฎหมายโรมัน รากฐานของความคิดเรื่องการส่งมอบในกฎหมายโรมันก็มีได้แต่ทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้นการส่งมอบ (traditio) ในกฎหมายโรมันไม่สามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ กฎหมายไทยจึงน่าจะมีลักษณะเช่นเดียวกัน ส่วนเรื่องการส่งมอบสัญลักษณ์ของวัตถุไม่มีรูปร่าง ในส่วนของวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีวัตถุบางอย่างแสดงออกซึ่งสิทธิในวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น หากมีการส่งมอบวัตถุที่จะแสดงสิทธิจะถือว่าการส่งมอบวัตถุไม่มีรูปร่างมีได้หรือไม่ นักกฎหมายไทยหลายท่านเห็นว่าการส่งมอบวัตถุที่แสดงสิทธิย่อมถือว่าวัตถุไม่มีรูปร่างถูกส่งมอบด้วย อันแสดงว่าวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมสามารถส่งมอบได้ด้วยวิธีการนี้ และเรียกวิธีการนี้ว่าการส่งมอบโดยปริยาย⁶⁹ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงจะเห็นว่า การส่งมอบดังกล่าวเป็นเพียงการส่งมอบวัตถุที่แสดงออกซึ่งสิทธิเท่านั้น ส่วนสิทธิดังกล่าวจะถูกส่งมอบไปหรือไม่ย่อมเป็นผลของกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของการส่งมอบที่จะก่อให้เกิดการโอนไปซึ่งสิทธิได้ เช่น การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในหนังสือส่งมอบหนังสือให้กับบุคคลอื่นเป็นของขวัญ สิ่งที่ส่งไปคือหนังสือพร้อมกับสิทธิที่จะได้ใช้ลิขสิทธิ์ในหนังสือ แต่สิทธิอื่นของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ถูกส่งไปด้วย ผู้ที่ได้รับหนังสือไปย่อมไม่มีสิทธิที่จะทำซ้ำหรือเผยแพร่ซึ่งเนื้อหาของหนังสือ จนกว่าจะมีการยินยอมให้ใช้สิทธิ แต่กับตัวหนังสือซึ่งเป็นวัตถุที่อยู่ในความครอบครอง เจ้าของจะใช้หรือให้บุคคลอื่นยืมใช้

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

⁶⁹ ศุภทัทัย ศุภางคเสน, "สัญญายืม: ศึกษาในเชิงทฤษฎี" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 86-90.

เท่าที่สิทธิของตนมีหรือทำลายก็ได้ แต่จะใช้สิทธิไปกระทบเจ้าของลิขสิทธิ์ในหนังสือไม่ได้เป็นต้น ส่วนเรื่องของหุ่น การที่หุ่นโอนจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งได้ก็เป็นโดยผลของกฎหมาย ไม่ใช่โอนด้วยการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นใบหุ่นแต่อย่างใด ดังนั้นสิ่งที่โอนไปเมื่อมีการส่งมอบใบหุ่นในทางข้อเท็จจริงคือกรรมสิทธิ์เหนือเอกสารใบหุ่นเท่านั้น ส่วนสิทธิในหุ่นจะโอนไปหรือไม่เป็นผลของกฎหมายไม่ใช่ผลจากการกระทำ

2.3.1.2 การส่งมอบทรัพย์สินกับหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน

การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงในการส่งมอบทรัพย์สินและก่อให้เกิดผลในการเปลี่ยนแปลงการครอบครองทรัพย์สินหรือสิทธิครอบครองทรัพย์สินได้ โดยการส่งมอบทรัพย์สินเกิดขึ้นได้จากการกระทำของบุคคลฝ่ายหนึ่งต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจทำด้วยการกระทำที่เสมือนการส่งมอบทรัพย์สินด้วยการแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงการครอบครอง หรือการส่งมอบสัญลักษณ์ของทรัพย์สิน เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สิน ว่าทรัพย์สินนั้นสามารถถูกเปลี่ยนแปลงการครอบครองได้ด้วยการส่งมอบโดยเจตนาอิสระ ส่วนหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเกิดขึ้นจากการตกลงสองฝ่ายร่วมกันในลักษณะของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลที่มีต่อกัน ที่ฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเคยมีบัญญัติในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี 2466 ได้พูดถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้ว่าลูกหนี้จำต้อง ส่งทรัพย์สินสินก็ดี ฤทำการ ฤเว้นทำการใดให้แก่บุคคลเดียวฤหลายคน แม้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน แต่หลักกฎหมายเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามแนวความคิดของนักกฎหมายทั้งยังคงมีสามประการคือ หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน หนี้กระทำการ และหนี้งดเว้นกระทำการ อย่างไรก็ตามความหมายของหนี้ส่งมอบทรัพย์สินมีความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย โดยความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สิน คือ การส่งมอบทรัพย์สินพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย หรือหมายถึงการโอนทรัพย์สิน หรือการโอนกรรมสิทธิ์ก็ได้ ส่วนความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินโดยหลักการไม่ใช่การโอนกรรมสิทธิ์ เพราะในระบบกฎหมายไทยการโอนกรรมสิทธิ์กับการส่งมอบทรัพย์สินเป็นคนละเรื่องกัน⁷⁰ สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สองว่าหนี้ส่งมอบทรัพย์สินไม่ใช่เรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์แต่เป็นเรื่องของการส่งมอบตัวทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้เท่านั้น

⁷⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 51.

โดยอาจเป็นการส่งมอบทางข้อเท็จจริงหรือโดยปริยายก็ได้ ดังนั้น ความหมายของคำว่า “ส่งมอบ” สำหรับการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญา กับหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่เกิดจากความผูกพันที่ก่อให้เกิดหนี้ย่อมมีความหมายเดียวกัน คือการส่งมอบตัวทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่ง โดยการส่งมอบดังกล่าวจะก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์หรือการโอนสิทธิครอบครองหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาในการส่งมอบดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หนี้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นเรื่องของการปฏิบัติชำระหนี้ ดังนั้น คู่สัญญาอาจตกลงให้สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้ด้วยวิธีอื่นแทนการส่งมอบทรัพย์สิน แต่กรณีของการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาในลักษณะของทรัพย์สินสัญญา ไม่สามารถกระทำด้วยวิธีอื่นเพื่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาได้แต่ต้องเป็นการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น การตกลงกันเป็นหนังสือว่ามีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้วเพื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาย่อมไม่สามารถทำได้

2.3.2 ประเภทของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือเรียกอีกอย่างว่าทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายไทยสมัยโบราณมีอยู่หลายสัญญาที่นับว่าเป็นทรัพย์สินสัญญาด้วย เช่น สัญญาเช่า สัญญาซื้อขาย แต่ปัจจุบันด้วยการรับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายโรมัน สัญญาที่นับว่าเป็นทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายไทยมีอยู่สามอย่างคือ สัญญายืม สัญญาฝากทรัพย์สิน และสัญญาจำนำ เท่านั้น โดยกฎหมายได้บัญญัติให้สัญญาเหล่านี้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน

2.3.2.1 สัญญายืม

2.3.2.1.1 ความเป็นมาของสัญญายืม

ก. ความเป็นมาของสัญญายืมตามกฎหมายโรมัน⁷¹

ในกฎหมายโรมันสัญญายืมเป็นทรัพย์สินสัญญา คือต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สิน สัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ โดยมีสัญญายืมใช้สัณเป็ลียง เรียกว่า Mutuum และสัญญายืมคงรูปเรียกว่า Commodatum ซึ่งสัญญาทั้งสองมีลักษณะและแนวคิดพื้นฐานของการส่งมอบตัวทรัพย์สินที่ต่างกัน สัญญายืมใช้สัณเป็ลียง (Mutuum) มีลักษณะสำคัญคือการส่งมอบทรัพย์สินที่มีการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ให้ยืมไปยังผู้ยืม และเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่ผู้ยืมมีหนี้ต้องส่งคืนทรัพย์สินหรือของที่เทียบเท่าทรัพย์สินดังกล่าวคืนแก่เจ้าของ ดังนั้นทรัพย์สินที่ส่งมอบจะเป็นตัวกำหนดขอบเขตความยินยอมของคู่สัญญา โดย

⁷¹ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 171-185.

ไม่ได้มีการตกลงว่าทรัพย์สินที่ยืมไปจะนำไปใช้ทำอะไร หรืออยู่เงื่อนไขใด แตกต่างจาก สัญญายืมใช้คงรูป (Commodatum) มีแนวคิดพื้นฐานคือการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมโดยไม่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือแม้แต่สิทธิครอบครอง โดยการส่งมอบเป็นการให้ผู้ยืมได้รับการครอบครองในทางข้อเท็จจริงเพื่อใช้ประโยชน์อื่นทั้งจะมีค่าตอบแทนจากการยืมไม่ได้ ถ้ามีค่าตอบแทนสัญญาดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญาเช่าไป โดยสัญญายืมใช้คงรูปในกฎหมายโรมัน กำหนดหน้าที่ให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมมา ไม่ใช่เพียงทรัพย์สินประเภทเดียวกันแต่เป็นทรัพย์สินอื่นและการคืนดังกล่าวต้องคืนตามเวลาที่กำหนด และในสภาพที่ดี หากคืนในสภาพชำรุดจะต้องเสียค่าชดเชย อีกทั้งการนำไปใช้จะต้องใช้ตามวัตถุประสงค์เท่านั้น หากใช้ผิดวัตถุประสงค์อาจถูกเรียกคืนหรือถูกฟ้องจากความเสียหายที่เกิดจากการใช้ได้ และต้องมีมาตรฐานในการดูแลทรัพย์สินที่ยืมดั่งเช่นหัวหน้าครอบครัวพึงมีกับทรัพย์สินของตน ทั้งนี้ การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญายืมใช้คงรูปเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นได้โดยมีเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันในรายละเอียดความผูกพันและก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว

ข. ความเป็นมาของสัญญายืมตามกฎหมายไทย

ในส่วนของสัญญายืมในกฎหมายไทยตามกฎหมายเก่ามีเพียงสัญญายืมใช้คงรูปเท่านั้น คือการให้ยืมทรัพย์สินโดยต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะทำให้เกิดสัญญาอันเป็นลักษณะของทรัพย์สินสัญญาเช่นเดียวกับปัจจุบัน โดยเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลฝ่ายเดียว ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน ส่วนสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองไม่ปรากฏในกฎหมายเก่า แต่กฎหมายเก่ามีสัญญากู้เงิน ที่น่าจะเป็นลักษณะเดียวกับสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองในปัจจุบัน ทั้งนี้วัตถุประสงค์ที่จะสามารถทำสัญญายืมใช้คงรูปในกฎหมายเก่ามิได้แต่สังหาริมทรัพย์นั้น แต่เมื่อมีการร่างและชำระกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ จึงได้มีการบัญญัติเรื่องสัญญายืมใช้คงรูปและสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองไว้ด้วยกัน โดยวัตถุประสงค์ทำสัญญายืมทั้งสองได้เป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์

2.3.2.1.2 สาระสำคัญของสัญญายืมใช้คงรูป⁷²

ก. ลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูป

⁷² จี๊ด เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ผากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 1-14.

สัญญาอ้อมใช้คงรูปมีลักษณะเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน โดยเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ยืมฝ่ายเดียว และไม่ก่อนนี้แก่ผู้ให้ยืมที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ใดๆ ถ้าหากมีการให้ประโยชน์ตอบแทนในสัญญาอ้อมใช้คงรูปอาจกลายเป็นความผูกพันในสัญญาเช่าหรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อแทน ซึ่งนักกฎหมายไทยมีความเห็นตรงกันว่าสัญญาอ้อมใช้คงรูปเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน โดยสาระสำคัญที่จะทำให้สัญญาอ้อมสมบูรณ์คือ “การส่งมอบทรัพย์สิน”⁷³ พร้อมกับการแสดงเจตนาให้ผู้ยืมใช้คงรูปจึงจะก่อให้เกิดสัญญาอ้อมใช้คงรูปขึ้นได้ ตามมาตรา 641 “การให้ผู้ยืมใช้คงรูป ท่านว่าย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ยืม” ดังนั้น สัญญาอ้อมใช้คงรูปจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา ที่จะสมบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น หากเป็นแต่เพียงการตกลงกันว่าจะยืมทรัพย์สินแต่ไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินสัญญาอ้อมใช้คงรูปย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นได้โดยนิตินิติศาสตร์ยอมรับในข้อนี้ตรงกัน แต่มีความเห็นแตกต่างกันว่าการตกลงดังกล่าวจะถือว่าเป็นคำมั่นว่าจะให้ยืมได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นเป็นสองแนว แนวความเห็นแรกเห็นว่า การตกลงที่จะยืมทรัพย์สินกันแต่ยังไม่ส่งมอบถือว่าเป็นสัญญาผูกพันใดเกิดขึ้นที่จะบังคับกันได้ เพราะการส่งมอบทรัพย์สินไม่ใช่หนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญา แต่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้เกิดสัญญาโดยสมบูรณ์ ดังนั้น ตราใดที่ไม่มี การส่งมอบ ย่อมไม่อาจเกิดสัญญาอ้อมได้ และจะนำสัญญานี้มาฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับไม่ได้ แนวความเห็นที่สองเห็นว่า “สัญญาจะให้ยืมสามารถมีได้โดยถือว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาอ้อมจึงไม่จำเป็นต้องสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบตามหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา ดังนั้นจึงสมบูรณ์เพียงการแสดงเจตนาเท่านั้น”⁷⁴ สำหรับข้าพเจ้าเห็นว่าด้วยลักษณะของสัญญาอ้อมซึ่งเป็นทรัพย์สินสัญญา ดังนั้นการตกลงว่าจะยืมไว้ก่อนแล้วค่อยมีการส่งมอบภายหลังย่อมไม่ใช่ลักษณะที่จะเกิดขึ้นกับสัญญาอ้อมได้ อีกทั้ง กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าสัญญาไม่บริบูรณ์ถ้าไม่ส่งมอบ ทั้งนี้ ถ้าหากมีการตกลงกันในลักษณะสัญญาไม่มีชื่อว่าจะให้ยืมทรัพย์สิน ก็ย่อมบังคับให้มีการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้เกิดสัญญาอ้อมไม่ได้ เพราะสัญญาอ้อมไม่ใช่หนี้ของผู้ให้ยืมที่จะต้องปฏิบัติ หากการส่งมอบเป็นหนี้ลักษณะของสัญญาจะต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนสองฝ่ายที่จะมีหนี้ต่อกัน ก็ไม่ใช่ลักษณะของสัญญาอ้อมอันเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนอีกต่อไป อนึ่ง คู่สัญญาที่จะทำสัญญาอ้อมได้นั้น สำหรับฝ่ายผู้ให้ยืมไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้ เพราะว่าการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาอ้อมใช้คงรูปเป็นการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้ผู้ยืมได้ใช้

⁷³ พจน์ ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม กู้ยืม ฝากทรัพย์สิน (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2527), หน้า 31.

⁷⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน, หน้า 17-18.

ประโยชน์ในทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นทรัพย์สินที่ให้อืมจะมีกรรมสิทธิ์หรือไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้ โดยขอให้ผู้อืมสามารถใช้ทรัพย์สินที่อืมนั้นได้ตามวัตถุประสงค์ที่อืมก็เป็นการเพียงพอแล้ว โดยผู้อืมทรัพย์สินหากมีอำนาจในการทำนิติกรรมก็สามารถทำสัญญาอืมได้

ทั้งนี้ การส่งมอบทรัพย์สินจะถือว่าเป็นแบบของสัญญาหรือไม่เพราะถ้าไม่มีการส่งมอบย่อมไม่เกิดสัญญาขึ้น โดยความเห็นในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยมีความเห็นเป็นสองแนวความเห็นแนวแรกเห็นว่า การส่งมอบเป็นแบบของสัญญาอืมหากไม่มีการส่งมอบสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ โดยอาจารย์จืด เศรษฐบุตรสนับสนุนความเห็นนี้ว่า “ในเรื่องของแบบที่มีการบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน กฎหมายใช้คำว่าบริบูรณ์เหมือนกัน ดังนั้นการส่งมอบที่ใช้คำว่าสมบูรณ์ จึงเข้าใจว่าการส่งมอบเป็นแบบของกฎหมาย” ส่วนความเห็นแนวที่สองเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินที่อืมไม่ใช่แบบแต่อย่างใด แต่เป็นการแสดงเจตนาพร้อมกับการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญา โดยศาสตราจารย์ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชสนับสนุนความคิดนี้ว่า “การส่งมอบในสัญญาอืมไม่ใช่แบบ ควรจัดอยู่ในชั้นการแสดงเจตนา คือกฎหมายถือว่าถ้าผู้ให้อืมยังไม่ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าได้แสดงเจตนาสมบูรณ์ว่าให้อืม”⁷⁵ ซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความคิดแนวที่สอง เนื่องจากสัญญาอืมประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายโรมันอันถือว่าสัญญาอืมเป็นทรัพย์สินที่จะเกิดขึ้นได้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาให้อืมอันทำให้เกิดสัญญา ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่ใช่แบบของสัญญาที่ต้องปฏิบัติ แต่เป็นเพียงการแสดงเจตนาเท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 ข.ผลของสัญญาอืมใช้คงรูป
 CHULALONGKORN UNIVERSITY

สัญญาอืมใช้คงรูปเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมสร้างหนี้ให้แก่ผู้อืมฝ่ายเดียว คือ ผู้อืมมีหนี้ต้องรักษาทรัพย์สิน และสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้เฉพาะวัตถุประสงค์ของการอืมทรัพย์สินนั้นมาเท่านั้น และมีหนี้ต้องส่งคืนทรัพย์สินโดยสภาพเดิมให้แก่ผู้ให้อืม ทั้งนี้ ผู้อืมไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระราคาหรือค่าเช่าตอบแทน หากมีการตกลงให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้อืมทรัพย์สินสัญญานั้นย่อมไม่ใช่ลักษณะของสัญญาอืมใช้คงรูปอีกต่อ ส่วนฝั่งผู้ให้อืมนั้นไม่มีหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญามีแต่สิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินคืน ทั้งนี้ มีประเด็นต้องพิจารณาว่าผลของสัญญาที่เกิดขึ้นในสัญญาอืมนั้น การส่งมอบทรัพย์สินของผู้ให้อืมเป็นการส่งมอบไปพร้อมกับสิทธิครอบครองหรือไม่หรือส่งมอบเพียงความยึดถือ

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-12.

ทรัพย์สินและถือว่าเป็นการครอบครองทรัพย์สินแทนผู้ให้ยืมอยู่ โดยความเห็นของนักกฎหมาย แบ่งเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า การส่งมอบดังกล่าวย่อมทำให้เกิดสิทธิครอบครองแก่ผู้ยืมทรัพย์สิน ด้วย โดยถือว่าการครอบครองทรัพย์สินเพื่อใช้ก็เพียงพอให้เกิดสิทธิครอบครองทรัพย์สินแล้ว ส่วนสิทธิครอบครองที่ผู้ให้ยืมก็ยังถือว่ามีอยู่เพราะว่าผู้ยืมครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนผู้ให้ยืมส่วนหนึ่ง และครอบครองในฐานะเพื่อใช้อันเป็นการยึดถือเพื่อตนทำให้ได้สิทธิครอบครองแล้วส่วนหนึ่ง⁷⁶ ส่วนความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญายืมเป็นการส่งมอบไปเพียงตัวทรัพย์สิน เพื่อให้ยึดถือไว้ใช้ทรัพย์สินเท่านั้น ไม่น่าจะมีความหมายถึงการส่งมอบสิทธิครอบครองไปด้วย ผู้ยืมจึงมีเพียงการยึดถือทรัพย์สินหรือครอบครองโดยทางข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่ได้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้วางหลักคุ้มครองผู้ยืมทรัพย์สินที่จะสามารถใช้สิทธิในการหวงกันบุคคลอื่นได้โดยถือว่าเป็นสิทธิครอบครองแม้ว่าสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากสัญญา ซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความเห็นที่สองว่าสิทธิครอบครองย่อมไม่โอนจากผู้ให้ยืมไปยังผู้ยืม เพราะผู้ยืมยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ไม่ใช่ด้วยเจตนาเป็นเจ้าของแต่ยึดถือโดยเคารพสิทธิครอบครองของผู้ให้ยืมหรือเจ้าของทรัพย์สิน โดยสิทธิครอบครองย่อมไม่อาจมีพร้อมกันสองคนยกเว้นจะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือมีการครอบครองทรัพย์สินนั้นร่วมกัน ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายเรื่องสิทธิครอบครอง กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่า หากเป็นการครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนบุคคลอื่นการจะได้สิทธิครอบครองก็แต่โดยการแสดงเจตนาต่อผู้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินนั้น ดังนั้น ผู้ยืมซึ่งเคารพสิทธิของผู้ให้ยืมในการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวตามสัญญาหากต้องการมีสิทธิครอบครองจะต้องแสดงเจตนาว่าไม่ยืมทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป แต่จะยึดทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะเป็นของตนเอง ซึ่งเมื่อเป็นการแย่งการครอบครองทรัพย์สินไปจากผู้มีสิทธิครอบครอง ผู้ให้ยืมย่อมฟ้องร้องเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้สิ้นสุดระยะเวลาของสัญญา

ค.ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้คงรูป

สัญญาใช้คงรูปใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ที่สามารถให้ยืมกันได้ซึ่งหากพิจารณาตามความหมายของทรัพย์สิน ย่อมหมายถึงทั้งวัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง และจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ย่อมทำสัญญาใช้คงรูปได้ทั้งสิ้น แต่เนื่องจากลักษณะของสัญญาใช้คงรูปที่เป็นทรัพย์สินสัญญา การส่งมอบเป็นสาระสำคัญที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นได้ จึงมีประเด็น

⁷⁶ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 377.

ต้องพิจารณาว่าการส่งมอบมีได้กับทรัพย์สินทุกประเภทหรือไม่ และหากการส่งมอบทรัพย์สินไม่สามารถมีได้ในทรัพย์สินทุกประเภททรัพย์สินดังกล่าวจะสามารถนำมาทำสัญญาซื้อขายได้หรือไม่ โดยในส่วนของวัตถุมีรูปร่างซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์นักกฎหมายมีความเห็นตรงกันว่าสามารถทำสัญญาซื้อขายได้ เพราะสามารถส่งมอบทรัพย์สินให้ใช้สอยได้ ส่วนอสังหาริมทรัพย์นักกฎหมายไทยมีความเห็นที่แตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า วัตถุมีรูปร่างที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เป็นวัตถุที่ไม่อาจส่งมอบกันได้ จึงนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาไม่ได้ อีกทั้งการได้ใช้สอยทรัพย์สินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะที่เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินมีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เช่นสิทธิอาศัย เป็นต้น จึงไม่ต้องบังคับกันตามบรรพ 3 ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่า อสังหาริมทรัพย์ย่อมสามารถส่งมอบและส่งคืนกันได้ เพราะการส่งมอบมีหลายวิธีและไม่ได้มีแบบพิธีเฉพาะทางกฎหมาย อนึ่ง สำหรับการให้ใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ในบรรพ 4 นั้นเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดทรัพย์สินเป็นคนละเรื่องกับสัญญาซื้อขาย⁷⁷

สำหรับสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สินจะสามารถนำมาทำสัญญาซื้อขายได้หรือไม่ นักกฎหมายไทยได้มีความเห็นเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า เนื่องจากตัวบทบัญญัติใช้คำว่าทรัพย์สิน ดังนั้นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ก็สามารถทำสัญญาซื้อขายได้⁷⁸ โดยการส่งมอบด้วยวิธีการเพียงให้ทรัพย์สินดังกล่าวไปอยู่ในการครอบครองของอีกฝ่ายโดยอาจส่งมอบด้วยวัตถุอันแสดงถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้น หรืออาจทำโดยวิธีการจดทะเบียนแทนสำหรับหลักทรัพย์ เป็นต้น แต่ไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการส่งมอบวัตถุไม่มีรูปร่างในสัญญาซื้อขายโดยตรง⁷⁹

ความเห็นที่สองเห็นว่าวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายนั้นมิได้เฉพาะในวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถส่งมอบได้ เพราะโดยสภาพส่งมอบกันไม่ได้ ทั้งการส่งมอบโดยปริยายก็ไม่น่าทำได้ เพราะเป็นของที่จับต้องมองเห็นไม่ได้ ซึ่งได้มีการยกกฎหมายต่างประเทศ อันแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้นที่จะซื้อขายได้ เพราะกฎหมายต่างประเทศใช้คำว่า

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-42.

⁷⁸ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม ผากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 14 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 28. ; มาโนช สุทธิวาทนฤพุมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า การพินัน และชั้นต่อ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด คุณพินอักษรกิจ, 2526), หน้า 13-14.

⁷⁹ ศุภทัทัย ศุภางคเสน, "สัญญาซื้อขาย: ศึกษาในเชิงทฤษฎี," หน้า 86.

Thing ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง ไม่ได้ใช้คำว่า property ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินที่รวมวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย⁸⁰

สำหรับข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง โดยเมื่อพิจารณาความหมายของคำว่าส่งมอบทรัพย์สินประกอบกับลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน แสดงให้เห็นว่าการส่งมอบต้องสามารถแสดงออกได้ถึงการแสดงเจตนา แม้การส่งมอบโดยปริยายก็มีการส่งมอบที่แท้จริงเกิดขึ้นได้โดยอาจเกิดขึ้นก่อนหน้าที่จะมีสัญญาแล้ว โดยหากเป็นสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สิน ย่อมไม่สามารถมีการส่งมอบอันทำให้เกิดสัญญาได้ เพราะไม่มีการแสดงออกซึ่งการส่งมอบ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีของสิทธิ การจะเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของสิทธิ ขึ้นอยู่กับลักษณะของสิทธิดังกล่าว หากเป็นสิทธิเรียกร้องก็ต้องทำการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือหากจะก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือโอนทรัพย์สินก็ต้องทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดในการโอนสิทธิ ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าการโอนสิทธิด้วยวิธีต่างๆไม่ใช่เรื่องของการส่งมอบหรือการส่งมอบโดยปริยายแต่อย่างใด ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในเรื่องของการส่งมอบทรัพย์สิน

อนึ่ง นอกจากเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ลักษณะของทรัพย์สินที่จะทำสัญญายืมใช้คงรูปได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไป ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เคยมีการแยกประเภทระหว่างทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไปเรียกว่าอโคคยทรัพย์สิน ทั้งนี้ หากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมสามารถอยู่ในการพิจารณาของคนทั่วไปได้ว่าทรัพย์สินใดใช้แล้วไม่หมดไป แต่ในกรณีของทรัพย์สินสิทธิทางหนี้ หรือลิขสิทธิ์ ซึ่งนับว่าเป็นทรัพย์สินด้วย จะถือว่าจัดอยู่ในประเภททรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปหรือว่าใช้แล้วไม่หมดไป จะได้กล่าวถึงในส่วนของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

2.3.2.1.3 สารสำคัญของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง⁸¹

ก. ลักษณะของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองมีลักษณะสำคัญเช่นเดียวกับสัญญายืมใช้คงรูปคือเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นได้ก็แต่ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน อันมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา ตามที่ปรากฏใน

⁸⁰ มาโนช สุทธิวาทนนฤพุมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์สิน เก็บของในคลังสินค้า การพนันและขั้นตอน, หน้า 12. ; จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์สิน, หน้า 13.

⁸¹ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม ฝากทรัพย์สิน, หน้า 28-44.

มาตรา 650 วรรค 2 ว่า “สัญญาซื้อขายมีบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” โดยประเด็นเรื่องการส่งมอบเป็นแบบของสัญญาหรือสามารถทำได้กับทรัพย์สินประเภทใดบ้างเป็นเช่นเดียวกับเรื่องของสัญญาซื้อขายใช้คงรูป ลักษณะที่สำคัญอีกประการของสัญญาซื้อขายสิ้นเปลืองคือสัญญาไม่ต่างตอบแทน คือคู่สัญญาฝ่ายที่มีหนี้จากสัญญามีฝ่ายเดียวคือผู้ยืมใช้สิ้นเปลืองที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดเดียวกันคืนให้แก่ผู้ให้ยืมทรัพย์สิน แต่ลักษณะที่ต่างกับสัญญาซื้อขายใช้คงรูปคือ ในสัญญาซื้อขายสิ้นเปลือง คู่สัญญาฝ่ายผู้ยืมอาจให้ค่าตอบแทนในการยืมใช้สิ้นเปลืองได้ โดยการให้ค่าตอบแทนดังกล่าวไม่ส่งผลให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนแต่อย่างใด เพราะว่าหนี้ของผู้ให้ยืมใช้คงรูปย่อมไม่มีขึ้นเช่นเดิม เพราะไม่ได้มีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ผู้ยืมแต่การส่งมอบดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาให้ผู้ยืมเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายใช้คงรูป อีกทั้งการให้ค่าตอบแทนในการยืมใช้สิ้นเปลือง ไม่ทำให้สัญญากลายเป็นสัญญาเช่า เพราะกฎหมายมิได้มีข้อจำกัดห้ามมิให้มีค่าตอบแทนในสัญญาซื้อขายสิ้นเปลือง⁸²

สำหรับการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ยืมใช้สิ้นเปลืองนั้น ลักษณะของการส่งมอบคือเป็นการส่งมอบไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม เพราะว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสิ้นเปลืองได้ต้องมีลักษณะที่ใช้แล้วหมดไป จึงต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปให้ผู้ยืมเพื่อให้ผู้ยืมสามารถเกิดสิทธิในการใช้ทรัพย์สินนั้นได้เหมือนเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นหมดไปด้วยการใช้ได้⁸³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 ข. ผลของสัญญาซื้อขายสิ้นเปลือง

CHULALONGKORN UNIVERSITY

เมื่อสัญญาซื้อขายสิ้นเปลืองเกิดขึ้นจากการส่งมอบพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ผลของกรรมสิทธิ์จึงโอนไปยังผู้ยืมใช้สิ้นเปลืองด้วยการแสดงเจตนาส่งมอบของผู้ให้ยืม และเกิดเป็นสัญญาอันก่อผลทางหนี้แก่ผู้ยืมที่จะต้องใช้คืนทรัพย์สินชนิดหรือประเภทเดียวกันในปริมาณที่เท่ากับทรัพย์สินนั้นคืนแก่ผู้ให้ยืม ตามระยะเวลาที่สมควรหรือระยะเวลาที่ได้ตกลงกัน ทั้งนี้ ผู้ยืมอาจมีหนี้ต้องชำระราคาเพิ่มเติมหรือให้ประโยชน์ใดๆเพิ่มเติมเป็นการตอบแทนแก่ผู้ให้ยืมก็ย่อมได้ ส่วนผู้ให้

⁸² สุธีร์ ศุภนิธย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน, หน้า 7-8, 69-70.

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

ยืมไม่มีหนี้ใดๆที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ยืมใช้สิ้นเปลือง อีกทั้งไม่มีหนี้ในการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยเช่นเดียวกัน เพราะกรรมสิทธิ์ได้ถูกส่งมอบไปในขณะที่แสดงเจตนาส่งมอบให้เกิดสัญญาแล้ว

ค. วัตถุประสงค์ของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

สำหรับวัตถุประสงค์ยืมใช้สิ้นเปลืองที่ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” นั้น หากพิจารณาลักษณะของวัตถุประสงค์ยืมใช้สิ้นเปลืองจะต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไป ซึ่งในกฎหมายเก่ามีการบัญญัติไว้ว่าทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปคือ โภคยทรัพย์ โดยบัญญัติว่า โภคยทรัพย์ “คือสิ่งหาริมทรัพย์ซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสื่อมเสียสภาวะหรือเสื่อมสลายไปในทันใดเพราะการใช้หรือซึ่งใช้ในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไป” จากความหมายดังกล่าว ย่อมพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปย่อมมีได้แค่ในสิ่งหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยอสังหาริมทรัพย์หากพิจารณาจากลักษณะของทรัพย์สินแล้วพบว่า เป็นทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินย่อมมีลักษณะเป็นการถาวร ไม่สามารถใช้แล้วหมดไปได้ หรือสิทธิเกี่ยวกับที่ดินซึ่งบางครั้งมีระยะเวลาจำกัด เช่น สิทธิอาศัยที่มีระยะเวลาสิบปี เป็นต้น กฎหมายก็ได้พิจารณาว่าเป็นสิทธิที่ใช้แล้วหมดไปเพราะการใช้สิทธิไม่ได้ทำให้สิทธิหมดไปแต่สิทธิดังกล่าวหมดไปด้วยระยะเวลาไม่ใช่ด้วยการใช้ ทั้งนี้ ในส่วนของอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง โดยวัตถุมีรูปร่างย่อมไม่มีปัญหาเรื่องการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไป แต่ส่วนสิทธิอื่นๆอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจจะถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ จะถือเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปหรือไม่ เช่น สิทธิเรียกร้อง หรือลิขสิทธิ์ ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของลิขสิทธิ์พบว่า การได้ใช้ลิขสิทธิ์โดยได้รับอนุญาตย่อมไม่ส่งผลให้ลิขสิทธิ์ของผู้ให้ใช้หมดไป ดังนั้นลิขสิทธิ์จึงไม่น่าจะเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปได้ เช่นเดียวกับกับเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตร ส่วนสิทธิทางหนี้หรือสิทธิเรียกร้อง จากลักษณะของสิทธิเมื่อมีการใช้สิทธิเรียกร้องแล้วหากมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องสิทธินั้นย่อมหมดไป อย่างไรก็ตามในสิทธิเรียกร้องดังกล่าวไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะสามารถโอนให้แก่กันหรือส่งมอบให้แก่กันตามสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองได้ อีกทั้ง สิทธิเรียกร้องหรือสิทธิทางหนี้หมดไปเพราะการชำระหนี้มีได้หมดไปเพราะการใช้สิทธิเรียกร้อง ดังนั้น การจะนับว่าสิทธิเรียกร้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปไม่น่าจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงร่างกฎหมายเรื่องการแบ่งระหว่าง โภคยทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แล้วพบว่า นำมาจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส การแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไป กับทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไป เป็นการแบ่งประเภทสำหรับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ไม่นำวัตถุไม่มีรูปร่างมารวมอยู่ด้วย สำหรับกฎหมายไทย โภคยทรัพย์จึงน่าจะหมายถึง

เฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอิมไซส์นเปลืองได้ ส่วนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น มีความเห็นเป็นสองฝ่ายเช่นเดียวกับสัญญาอิมไซส์นเปลืองโดยเหตุผลที่ทำให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันคือเรื่องของการ “ส่งมอบทรัพย์สิน” ที่ทำให้เกิดสัญญาว่าจะสามารถทำกับทรัพย์สินใดได้

2.3.2.2 สัญญาฝากทรัพย์

2.3.2.2.1 ความเป็นมาของสัญญาฝากทรัพย์

ก. ความเป็นมาของสัญญาฝากทรัพย์ในกฎหมายโรมัน

ในกฎหมายโรมัน สัญญาฝากทรัพย์ (Depositum) เป็นสัญญาสองฝ่าย โดยผู้ฝากทรัพย์ (depositor) ส่งมอบ (traditio) ทรัพย์ ให้แก่ผู้รับฝาก (depositarius) จนกว่าผู้ฝากจะเรียกคืน ซึ่งเป็นการรับฝากที่ไม่มีบำเหน็จ⁸⁴ สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบ (traditio) ทรัพย์ที่ฝากเท่านั้น หากไม่มีการส่งมอบแม้จะมีการตกลงกันก็ไม่ทำให้เกิดสัญญา เพราะลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์เป็นทรัพย์สินสัญญา ที่ต้องมีการส่งมอบเป็นสาระสำคัญที่จะก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญาได้ ทั้งนี้ การส่งมอบตัวทรัพย์ในสัญญาฝากทรัพย์ แม้ตัวทรัพย์จะถูกส่งไปอยู่ในมือของผู้รับฝากแล้ว แต่ว่าการส่งมอบดังกล่าวนี้กรรมสิทธิ์ไม่ได้ถูกส่งต่อไปยังผู้รับฝากด้วย อีกทั้ง สิทธิครอบครองไม่ถูกส่งต่อไปยังผู้รับฝากด้วยเช่นกัน โดยผู้รับฝากได้รับตัวทรัพย์ไปพร้อมกับการครอบครองทรัพย์ในรูปแบบของการ “ยึดถือ” (detentio)⁸⁵ เพื่อรักษาทรัพย์นั้นไว้ตามสัญญาฝากทรัพย์เท่านั้น ไม่สามารถนำทรัพย์ที่อยู่ในการยึดถือไปใช้ประโยชน์ได้ โดยลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ฝ่ายเดียว ดังนั้น ผู้ฝากทรัพย์จึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์ก็ได้ โดยผู้รับฝากทรัพย์มีหน้าที่รับฝากทรัพย์ตามมาตรฐานของการดูแลรักษาทรัพย์ไม่ต้องถึงขนาดกับขั้นหัวหน้าครอบครัว โดยผู้รับฝากจะรับผิดชอบเมื่อมีการฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น และจะนำทรัพย์นั้นไปใช้ไม่ได้หากมีการใช้ทรัพย์จะมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามกฎหมายโรมัน และหน้าที่อีกประการคือการส่งคืนทรัพย์แก่ผู้ฝากทรัพย์ในสภาพเดิมพร้อมด้วยผลที่งอกเงยระหว่างรับฝากทรัพย์ โดยไม่ได้รับบำเหน็จตอบแทน ทั้งนี้ ทรัพย์ที่

⁸⁴ ประชุม โดมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 185-189.

⁸⁵ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 167.

สามารถทำสัญญาฝากทรัพย์ได้ มีได้เฉพาะ สหกรณ์ทรัพย์เท่านั้น ด้วยลักษณะของสัญญาที่ต้องมีส่งมอบทรัพย์ให้กับผู้รับฝากยึดถือแทนสามารถทำได้เฉพาะกับสหกรณ์ทรัพย์เท่านั้น⁸⁶

ข. ความเป็นของของสัญญาฝากทรัพย์ตามกฎหมายไทย⁸⁷

ตามกฎหมายเก่าของไทยสัญญาฝากทรัพย์เป็นลักษณะสัญญาที่ให้เปล่าไม่มีการเรียกเก็บค่าตอบแทนแต่อย่างใด เป็นเพียงตามอรรถาธิบายมาตราสำคัญ จึงมีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้รับฝากเฉพาะกรณีการเอาทรัพย์ไป ซึ่งเป็นในลักษณะของละเมิดมากกว่าสัญญา ทั้งนี้ สัญญาฝากทรัพย์ตั้งแต่กฎหมายเดิมมีลักษณะเป็นทรัพย์สัญญา ต้องมีการส่งมอบทรัพย์จึงจะเกิดสัญญาฝากทรัพย์ขึ้นได้ ทั้งนี้ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงได้มีการกำหนดให้สัญญาฝากทรัพย์อาจได้รับบำเหน็จเป็นการตอบแทนได้ด้วย โดยยังคงลักษณะของทรัพย์สัญญาอยู่ และได้เพิ่มเติมในเรื่องของการฝากเงิน และวิธีเฉพาะของเจ้าสำนักโรงแรมเข้ามาด้วย

2.3.3.2.2 สาระสำคัญของสัญญาฝากทรัพย์

ก. ลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์

สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบเช่นเดียวกับสัญญา ยืม หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ฝากสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ สัญญาฝากทรัพย์ไม่อาจเกิดโดยการแสดงเจตนาเพียงอย่างเดียว โดยลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนคือ ก่อให้เกิดหนี้แก่บุคคลเพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้ ประโยชน์อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลสองคนย่อมเป็นได้ คือ กรณีที่สัญญาฝากทรัพย์โดยตกลงให้บำเหน็จแก่ผู้รับฝากทรัพย์ ย่อมทำให้ผู้รับฝากทรัพย์ได้ประโยชน์จากดูแลรักษาทรัพย์นั้นคือบำเหน็จเป็นการตอบแทน อย่างไรก็ตาม การให้บำเหน็จดังกล่าวมิได้เป็นหนี้ของสัญญาฝากทรัพย์ที่เกิดขึ้นจากการส่งมอบ เป็นแต่เพียงข้อตกลงเพิ่มเติมที่ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญาฝากทรัพย์ สัญญาฝากทรัพย์จึงเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนที่ก่อหนี้ฝ่ายเดียวคือผู้รับฝากทรัพย์ที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์ที่อยู่ในอารักขา ส่วนบำเหน็จเป็นเพียงน้ำใจที่อาจมีหรือไม่มีแก่ผู้รับฝากทรัพย์ก็ได้ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมีความเห็นเรื่องนี้เป็นสองแนว โดยฝ่ายแรกเห็นว่า สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะว่ามีบำเหน็จเป็นค่าฝากทรัพย์ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญาฝาก

⁸⁶ ศนันทกรณ์ โสติพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 206.

⁸⁷ สุธีร์ ศุภินิตย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, หน้า 171-174.

ทรัพย์ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทนโดยให้เหตุผลว่ามูลแห่งสัญญาฝากทรัพย์ หาได้ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การตกลงให้ค่าบำเหน็จไม่ได้เป็นส่วนสำคัญแห่งสัญญาที่จะทำให้สัญญาสมบูรณ์⁸⁸

สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้ฝาก ฝากทรัพย์สิน แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายคือผู้รับฝากเพื่อเก็บรักษาทรัพย์สินไว้เพื่อผู้ฝากโดยไม่มี ความประสงค์ของการใช้ทรัพย์สินนั้น ซึ่งอาจมีบำเหน็จหรือไม่ก็ได้ สัญญาฝากทรัพย์ไม่ได้มี วัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์⁸⁹ กรรมสิทธิ์ยังคงอยู่เหมือนเดิม หากมีภัยเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินอันมิใช่ ความผิดของผู้รับฝาก ภัยย่อมตกแก่เจ้าของทรัพย์สิน⁹⁰ และผู้ฝากไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บังคับไว้ หากจะมีการบังคับไว้ก็คงกำหนดไว้ชัดเจนแล้ว เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายที่ต้องมีเรื่องของกรรมสิทธิ์ เป็นต้น ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 4835/2540 โจทย์ซึ่งเป็นผู้เช่าซื้อสิทธิฟ้องจำเลยที่ทำให้ทรัพย์สินที่ฝากสูญหายไป

ข. ผลของสัญญาฝากทรัพย์

สัญญาฝากทรัพย์ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายเดียวคือผู้รับฝากทรัพย์ที่มี หน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่ฝากให้อยู่ในสภาพดี และส่งคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ฝากทรัพย์เมื่อผู้ ฝากทรัพย์เรียกคืนทรัพย์สิน ทั้งนี้ การตกลงให้บำเหน็จแก่ผู้ฝากทรัพย์ตามที่ได้กล่าวมาแล้วมี ความเห็นเป็นสองแนวโดยแนวหนึ่งเห็นว่ากรให้บำเหน็จทำให้สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ก่อหนี้แก่ผู้ฝากทรัพย์ที่จะต้องชำระบำเหน็จ ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่าไม่ก่อให้เกิดหนี้เป็นเพียงการ ตกลงเพิ่มเติมจากสัญญาฝากทรัพย์ที่ได้ทำในสาระสำคัญเท่านั้น โดยบำเหน็จในสัญญาฝากทรัพย์ น่าจะมีมูลค่าไม่สูงเท่ากับการรับจ้างดูแลทรัพย์สินคงเป็นเพียงสินน้ำใจเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ด้วย ประเด็นเรื่องบำเหน็จของสัญญาฝากทรัพย์ทำให้เกิดประเด็นความเห็นทางกฎหมายว่า เมื่อสัญญา ฝากทรัพย์มีบำเหน็จจะทำให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาจ้างแรงงานแทนหรือไม่ คือการจ้างให้ รักษาทรัพย์สินแทนช่วงระยะเวลาหนึ่ง ความเห็นของนักกฎหมายเป็นสองแนว แนวแรกเห็นสัญญา ฝากทรัพย์เป็นสัญญาซึ่งทำให้เปล่า ดังนั้นเมื่อมีค่าตอบแทนในการรักษาทรัพย์ ย่อมไม่ใช่สัญญาฝาก

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178.

⁸⁹ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม ฝากทรัพย์, หน้า 188.

⁹⁰ พจน บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม กู้ยืม ฝากทรัพย์, หน้า 295.

ทรัพย์ แต่ถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ความเห็นที่สองเห็นว่า สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่อาจมีการตกลงค่าตอบแทนการฝากได้แต่ค่าตกลงนั้นต้องเป็นจำนวนเล็กน้อยเมื่อเทียบกับการดูแลรักษาทรัพย์สิน ก็ยังถือเป็นสัญญาฝากทรัพย์ แต่หากค่าตอบแทนมีจำนวนมาก ย่อมต้องถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน จากความเห็นทั้งสอง จึงเห็นว่า นักกฎหมายทั้งสองมีความเห็นตรงกันในกรณีที่ค่าตอบแทนมีจำนวนมากอันเป็นลักษณะของการจ้างแรงงานย่อมทำให้สัญญาที่ตกลงกันไม่ใช่สัญญาฝากทรัพย์อีกต่อไป⁹¹

ค.ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์

แม้ชื่อของสัญญาฝากทรัพย์ จะใช้แค่คำว่า “ทรัพย์” แต่นิยามความหมายในมาตรา 657 กลับใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้ฝากจะส่งมอบ เพื่อฝากแก่ผู้รับฝาก นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นในเรื่องวัตถุที่สามารถทำสัญญาฝากทรัพย์ว่าสัญญาฝากทรัพย์คงมิใช่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถทำได้ แต่วัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ ก็น่าจะทำสัญญาขายฝากได้ด้วยเช่นกัน โดยนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองแนว ความเห็นแนวแรกเห็นว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะต้องเก็บรักษา จึงไม่น่าจะจัดเก็บได้ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า⁹² การเก็บรักษาไว้ดูแลย่อมมิได้เฉพาะทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น⁹³ ความเห็นแนวที่สองเห็นว่า การฝากทรัพย์รวมทั้งการดูแลทรัพย์สินไม่ให้เกิดความเสียหาย ดังนั้นการรักษาทรัพย์สินเช่น ลิขสิทธิ์ที่จะไม่ให้คนอื่นมาละเมิดลิขสิทธิ์น่าจะทำสัญญาฝากทรัพย์ได้เช่นกัน นอกจากนี้วัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างแล้ว ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่สามารถทำสัญญาฝากทรัพย์ได้ และมีความเห็นอีกฝ่ายว่า สัญญาฝากทรัพย์อาจทำกับอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถได้รับการดูแลเช่นเดียวกันเพราะหากไม่มีการดูแลอสังหาริมทรัพย์ก็อาจเสื่อมโทรมได้⁹⁴ อนึ่ง นอกจากเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินแล้ว เรื่องของการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อทำให้เกิดสัญญาฝากทรัพย์เป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่าวัตถุไม่มีรูปร่างจะสามารถทำการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญาฝากทรัพย์ได้อย่างไร โดยข้อโต้เถียงเรื่องของทรัพย์

⁹¹ สุธีร์ ศุภนิธย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, หน้า 178-179.

⁹² มาโนช สุทธิวาทนฤพดี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า การพินันและขั้นต่อ, หน้า 144.

⁹³ สุธีร์ ศุภนิธย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, หน้า 177.

⁹⁴ จีต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์, หน้า 100-101.

สัญญาว่าวัตถุมีรูปร่างสามารถทำการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญาได้หรือไม่ส่วนใหญ่เป็นความเห็นเกี่ยวกับสัญญาอีม แต่ไม่ค่อยปรากฏความเห็นในส่วนของสัญญาฝากทรัพย์สิน แต่ลักษณะของการเกิดสัญญาทั้งสองเป็นเช่นเดียวกัน ดังนั้นข้อโต้แย้งเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่างว่าทำสัญญาฝากทรัพย์สินได้หรือไม่จึงเป็นในลักษณะเดียวกับสัญญาอีม

2.3.3 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ

2.3.3.1 มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา

สำหรับสัญญาอีมใช้คงรูป สัญญาอีมใช้สิ้นเปลือง และสัญญาฝากทรัพย์สิน จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว จึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา คือการยินยอมเข้าทำสัญญาโดยมีการส่งมอบตัวทรัพย์สินอันก่อให้เกิดหนี้หรือสัญญาขึ้น⁹⁵ เช่นเดียวกับลักษณะของทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายโรมัน

2.3.3.2 ต้องมีการเก็บรักษาทรัพย์สิน

ด้วยลักษณะของสัญญาคือการได้ไปซึ่งทรัพย์สินและต้องมีการส่งคืนแก่เจ้าของทรัพย์สินในภายหลัง ดังนั้น ระหว่างที่ครอบครองทรัพย์สิน จะต้องมีการรักษาทรัพย์สินนั้นไว้ให้อยู่ในสภาพที่ดี ไม่ว่าจะเป็นการใช้ทรัพย์สิน หรือการเก็บรักษาทรัพย์สิน ก็ต้องมีการดูแลรักษาทรัพย์สินทั้งสิ้น โดยการดูแลรักษาทรัพย์สินมีอยู่ในมาตรา 644 มาตรา 659 และมาตรา 759 คือต้องมีการสงวนทรัพย์สินเหมือนวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตน

2.3.3.3 ต้องมีการส่งคืนทรัพย์สิน

การส่งคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ยืมตามมาตรา 640 หรือ 650 การคืนทรัพย์สินแก่ผู้ฝากทรัพย์สินตามมาตรา 665 และการให้ทรัพย์สินกลับไปอยู่ในความครอบครองของผู้จำนำกรณีที่มีการชำระหนี้อันเป็นประกันแล้ว ทั้งนี้การส่งคืนหรือทำให้ทรัพย์สินกลับไปอยู่ในความครอบครองจะต้องทำด้วยวิธีการส่งมอบเช่นเดียวกับการรับมาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวหรือไม่ หากทำด้วยวิธีเดียวกันการส่งมอบจะทำในวัตถุไม่มีรูปร่างได้อย่างไร

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4278/2534 จำเลยกู้ธนาคารโจทก์แล้ว ทำสัญญาจำนำจักรเย็บผ้าไว้เป็นประกัน จำเลยมิได้มอบจักรเย็บผ้าให้ธนาคารโจทก์เก็บรักษา จำเลยยังคงใช้จักรเย็บผ้าในโรงงานของจำเลยตลอดมา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้โจทก์ ถือไม่ได้ว่ามีการจำนำตามมาตรา 747 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าหนี้มีประกัน

2.4 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (Consensual Contract)

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (Consensual Contract) หรืออาจเรียกอีกอย่างว่าสัญญาต่างตอบแทน เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างได้รับประโยชน์จากสัญญาและมีหนี้ตามสัญญาต่อกันเมื่อมีการตกลงกันก็ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นทันที โดยไม่ต้องมีการส่งมอบดังเช่นทรัพย์สินสัญญา ไม่ต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการวางประกันก่อน อีกทั้งสามารถทำสัญญากันโดยไม่ต้องอยู่ต่อหน้ากันได้ เพียงแต่การแสดงเจตนาได้ถูกส่งไปถึงคู่สัญญาอันทำให้เกิดการตกลงกันก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อสัญญาขึ้นทันที

2.4.1 ประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ในกฎหมายโรมันนักนิติศาสตร์โรมันยอมรับให้มีสี่อย่างคือ สัญญาซื้อขาย (emptio venditio) สัญญาเช่าทรัพย์สินหรือจ้าง (Locatio conductio) สัญญาหุ้นส่วน (societas) และสัญญาตัวแทน (mandatum) โดยตกลงกันที่เข้าลักษณะของสัญญาทั้งสิ้นนี้เท่านั้นจึงจะจัดว่าอยู่ในประเภทของสัญญาที่หนี้เกิดจากความยินยอม (obligationes ex consensu) ที่จะมีสิทธิฟ้องร้องหรือสิทธิหน้าที่ต่อกันตามที่กฎหมายกำหนด หากเป็นการตกลงต่างตอบแทนกันในรูปแบบอื่นก็อาจไปอยู่ในรูปของสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธี เช่น สัญญาค้ำประกัน คำมั่นว่าจะให้โดยเสนาหาหรือจะให้สินเดมแก่คู่สมรสหญิง(dos)⁹⁶ จะถูกจัดไปอยู่ในกลุ่มของสัญญา stipulatio ที่ต้องทำตามแบบพิธีจึงจะก่อให้เกิดผลบังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หรืออาจเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปของ innominate contracts (สัญญาไม่มีชื่อ) สำหรับกฎหมายไทยประเภทของสัญญาที่ถูกแบ่งว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า โดยผลของสัญญาเกิดขึ้นและผูกพันคู่สัญญาทันทีเมื่อมีการแสดงความยินยอมต่อกัน โดยในส่วนนี้จะได้ศึกษาถึงสาระสำคัญและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาของของสัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า

⁹⁶ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 204.

2.4.1.1 สัญญาซื้อขาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 453 “อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ซื้อและผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

2.4.1.1.1 ความเป็นมาของสัญญาซื้อขาย

ก. ความเป็นมาของสัญญาซื้อขายในกฎหมายโรมัน

ความเป็นมาของสัญญาซื้อขายต่างตอบแทนซึ่งนับเป็นเอกเทศสัญญาในกฎหมายโรมันว่าพัฒนามาจากหลักของสัญญาอะไรนั้นมีความเห็นเป็นสามสำนัก สำนักแรกเห็นว่าสัญญาซื้อขายต่างตอบแทนเป็นการแปรสภาพมาจากสัญญาทรัพย์สินคือมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและใช้ราคาหรืออาจใช้ราคาก่อนแล้วมีการส่งมอบทรัพย์สิน อันเป็นหน้าที่อีกฝ่ายเมื่อได้รับราคาหรือทรัพย์สินแล้วต้องชำระเป็นการตอบแทน โดยมีการโต้แย้งแนวความคิดว่าหากมีการส่งมอบหรือชำระราคาก่อน สิทธิที่จะเกิดขึ้นจะเป็นในรูปแบบของ *Condictio* ในหลักลาภมิควรได้ไม่ใช่เรื่องของสัญญา สำนักที่สองซึ่งมีผู้เชื่อถือกันมาก เห็นว่า สัญญาซื้อขายต่างตอบแทนพัฒนามาจากการทำ *stipulatio* สองอันด้วยกัน โดยอันแรกคือการทำ *stipulatio* ซื้อ ทำให้ผู้ซื้อกลายเป็นเจ้าหนี้ทรัพย์สิน และ อันที่สองคือการทำ *stipulatio* ขาย ทำให้ผู้ขายกลายเป็นเจ้าหนี้ราคาทรัพย์สินที่ตกลงขายไป โดยถือว่าต่อมาได้มีการดัดรูปแบบสัญญา *stipulatio* ทิ้งไปและนำมาสู่สัญญาซื้อขายต่างตอบแทนที่ไม่ต้องมีรูปแบบ โดยความเห็นของสำนักนี้ถูกโต้แย้งว่า การพิจารณา *stipulatio* สองอันว่าแยกกันนั้นก่อให้เกิดปัญหาว่าหากส่งมอบทรัพย์สินที่ชำระบกพร่องแล้วการยกเลิกสัญญาจะมีขึ้นได้อย่างไร เพราะเป็นคนละ *stipulatio* กัน เอามาเกี่ยวโยงกันไม่ได้ เพราะหากพิจารณาในเชิงของสัญญาต่างตอบแทน จะต้องพิจารณาการกระทำของทั้งคู่ และหากเกิดการบกพร่อง ก็สามารถยกเลิกสัญญาและขอคืนราคาที่ชำระไปแล้วได้ สำนักที่สาม เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องเสาะหาที่มาระหว่างการขายเงินสด(การซื้อขายที่ต้องมีการส่งมอบหรือชำระเงินก่อนจึงจะมีการปฏิบัติชำระหนี้) กับการขายเชื่อ(การยอมให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้โดยไม่เรียกร้องให้ผู้ขายใช้ราคาเสียก่อน)⁹⁷ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของการขายที่แต่เดิมต้องมีพิธีการโอนตามแบบพิธี(*mancipio*)

⁹⁷ ประชุม โฉมฉาย, วิชาการของกฎหมายโรมัน, หน้า 140.

หรือการส่งมอบ(traditio) ได้ถูกพัฒนาไปสู่สัญญาซื้อขายต่างตอบแทนโดยตรง โดยเชื่อว่าสัญญาซื้อขายต่างตอบแทนจริงๆอยู่เบื้องหลังของสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะซื้อขายกัน เพราะว่าการส่งมอบและการชำระราคา ในทางทฤษฎีเกิดขึ้นหลังจากมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่อยู่เบื้องหลังการซื้อขายเหล่านั้นเสมอ

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าที่มาของสัญญาซื้อขายจะมาจากสำนักไหนก็เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าในต้นศตวรรษที่ 1 ก่อนคริสต์ศักราช คนโรมันยอมรับว่าอาจมีสัญญาซื้อขายในลักษณะต่างตอบแทนอันเป็นวิธีการที่แตกต่างจากการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน⁹⁸ ซึ่งการซื้อขายไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน⁹⁹ ทั้งนี้ สัญญาซื้อขายในกฎหมายโรมัน มีลักษณะสำคัญคือเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้ขาย(vendor) ผูกพันตนเองในการที่จะจัดหาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือ ผู้ซื้อ(emptor) ซึ่งการครอบครองทรัพย์สินโดยสันติสุขและถาวร (possession paisible et durable) มีการใช้ราคาทรัพย์สินเป็นเงิน¹⁰⁰ โดยสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายได้แก่ ทรัพย์สิน ราคา และเกิดความยินยอม หากมีการตกลงกันครบถ้วนทั้งสามประการจะทำให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้นทันทีตามกฎหมายโรมัน โดยสาระสำคัญแต่ละอย่างเป็นอย่างนี้ ทรัพย์สิน (res หรือ merx) เป็นองค์ประกอบสำคัญของสัญญาซื้อขาย เพราะถ้าไม่มีทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันก็จะไม่มีการซื้อขายเกิดขึ้น โดยทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันได้ต้องเหมาะสม คือเป็นสินค้าอันผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ หรือมีการครอบครอง หรือเป็นมูลแห่งการฟ้องร้องได้ โดยทรัพย์สินดังกล่าวเอกชนต้องสามารถเป็นเจ้าของได้¹⁰¹ และประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขายกันอาจเป็นสิ่งหาริมทรัพย์ (res mobiles) อสังหาริมทรัพย์ (res immobiles) หรือทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (res corporeals) และอาจรวมถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (res incorporeals) ได้ด้วย เช่นสิทธิในการฟ้องร้องบุคคลที่สาม หรือสิทธิอย่างอื่นที่สามารถโอนให้แก่ผู้ซื้อได้ย่อมทำการซื้อขายกันได้¹⁰² องค์ประกอบสำคัญประการต่อมาคือ “ราคา” ในสัญญาซื้อขายต่างตอบแทนตามกฎหมายโรมัน ราคา จะต้องชำระเป็นเงินเท่านั้น ต้องมีการกำหนดราคากันอย่างชัดเจน จึงจะเกิดสัญญาขึ้น หากราคาไม่อาจประมาณได้หรือไม่ชัดเจนก็ไม่เกิดสัญญาซื้อขายขึ้น อีกทั้ง ราคา

⁹⁸ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 209.

⁹⁹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 213.

¹⁰⁰ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 207.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 219.

¹⁰² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 172.

ต้องเป็นราคาที่แท้จริงและจริงจัง คือราคาต้องสอดคล้องกับราคาตามท้องตลาดของทรัพย์สิน อาจน้อยกว่าหรือมากกว่าได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นการซื้อขายกันจริงจัง มิใช่กำหนดราคาไว้ต่ำเกินไป หรือสูงเกินไปมากจนเป็นลักษณะของการให้หรือการบริจาค หากเป็นเช่นนั้นถือว่าไม่เกิดสัญญาซื้อขายขึ้น ส่วนความยินยอมคือการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์ของทั้งสองฝ่าย ในกฎหมายโรมันเมื่อเกิดสัญญาซื้อขายขึ้นหนี้ของผู้ขายคือการส่งมอบทรัพย์สินหรือการโอนการครอบครอง ส่วนหนี้ของผู้ซื้อเป็นที่ยอมรับตรงกันในนักกฎหมายโรมันว่าเป็นการชำระราคาด้วยเงินเท่านั้น ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินอื่นมาชำระราคาแทนได้

ข. ความเป็นมาของสัญญาซื้อขายในกฎหมายไทย

สำหรับสัญญาซื้อขายตามกฎหมายไทยในการร่างกฎหมายนำแนวคิดมาจากหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นเยอรมัน ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น อิตาลี และอังกฤษ ซึ่งไทยนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายซื้อขายของอังกฤษมาใช้เป็นส่วนสำคัญมากกว่าประเทศอื่นในการร่างสัญญาซื้อขาย โดยในกฎหมายอังกฤษสัญญาซื้อขายทำได้แคในสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ส่วนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ดินและกฎหมายอื่น¹⁰³ การที่กฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลกับสัญญาซื้อขายของไทยมากกว่าประเทศอื่นนั้นเพราะว่าในยุคที่ยังไม่มีประมวลกฎหมายเมื่อมีการค้าขายกับต่างชาติมากขึ้นและกฎหมายไทยที่มีอยู่ไม่ครอบคลุมที่จะใช้บังคับได้จึงมีการนำกฎหมายอังกฤษมาใช้เป็นเรื่องไปเพื่อให้เกิดความสะดวก¹⁰⁴ ทั้งนี้ พัฒนาการของกฎหมายซื้อขายของไทยตั้งแต่สมัยโบราณการซื้อขายทำภายใต้ลักษณะแลกเปลี่ยนคือนำทรัพย์สินมาแลกเปลี่ยนกัน ต่อมาเมื่อมีการใช้เงินตราจึงมีรูปแบบของการซื้อขายเงินสด อันเป็นการแยกสัญญาซื้อขายออกจากสัญญาแลกเปลี่ยน เพราะฝ่ายที่ซื้อจะต้องชำระเป็นเงินเท่านั้นเป็นลักษณะของการชำระเงินพร้อมกับส่งมอบสินค้ากันโดยทันที ต่อมาจึงมีลักษณะของการขายเชื่อขึ้น คือ ฝ่ายหนึ่งอาจมอบของไว้ก่อนแล้วจึงชำระราคา หรืออีกฝ่ายอาจชำระราคาก่อนจึงจะส่งมอบของให้ โดยลักษณะของสัญญาซื้อขายก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายเป็นไปในลักษณะของทรัพย์สินสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนจึงจะเกิดสัญญาขึ้นได้¹⁰⁵ ต่อมาพัฒนาการที่ยอมให้การซื้อขายเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมเกิดในระยะเวลาทำ

¹⁰³ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 13-15.

¹⁰⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 250.

¹⁰⁵ ร.แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 283.

ประมวลกฎหมาย โดยบัญญัติสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายให้เกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมเข้าทำสัญญาโดยมีการเสนอสนองต้องตรงกันและไม่เป็นลักษณะของทรัพย์สินสัญญาอีกต่อไป¹⁰⁶

2.4.1.1.2 สาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย¹⁰⁷

ก. ลักษณะของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม โดยตั้งแต่ต้นร่างกฎหมายเรื่องสัญญาซื้อขายอยู่บนพื้นฐานที่ให้สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมโดยจะต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย สัญญาเกิดเมื่อมีการแสดงเจตนาต้องตรงกันที่จะซื้อขาย โดยองค์ประกอบสำคัญคือ มีเจตนาตรงกันในทรัพย์สินที่จะซื้อขายและมีการตกลงราคาที่จะซื้อขายกัน ต้องรู้ว่าจะซื้อทรัพย์สินชิ้นไหน ต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วจึงจะถือว่าตกลงกันในตัวทรัพย์สินเรียบร้อย ส่วนราคาต้องชำระเป็นเงินเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นสัญญาซื้อขาย หากตกลงที่จะชำระเป็นอย่างอื่นยอมไม่ใช่สัญญาซื้อขายอาจเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย สัญญาแลกเปลี่ยน หรือสัญญาไม่มีชื่อก็ได้ โดยเมื่อมีการตกลงกันในทรัพย์สินและราคาที่จะซื้อขายและคู่สัญญาได้แสดงเจตนาต่อกันแล้ว อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยผ่านบุคคลอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการแสดงเจตนาต่อหน้า สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นทันทีและมีผลผูกพันคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป

หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญาซื้อขายแล้วจะพบว่า ในมาตรา 453 เขียนไว้ว่า คือสัญญาที่ฝ่ายหนึ่ง “โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน” และอีกฝ่ายหนึ่ง “ชำระราคาทรัพย์สิน” โดยในชั้นร่างกฎหมายมีประเด็นที่พิจารณากันว่า คำว่า “ownership” ในมาตรา 453 ควรแปลว่า “กรรมสิทธิ์” หรือแปลว่า “ความเป็นเจ้าของ” ซึ่งมีการเปลี่ยนไปมาหลายครั้งและสุดท้ายใช้คำว่า “กรรมสิทธิ์”¹⁰⁸ ดังนั้น สาระสำคัญของสัญญาซื้อขายจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็นสำคัญ จึงต้องพิจารณาว่าผู้ขายต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินขณะที่เข้าทำสัญญาหรือไม่จึงจะทำให้เกิดสัญญาซื้อขาย ซึ่ง แนวความเห็นแรกเห็นว่า ผู้ขาย

¹⁰⁶ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 44.

¹⁰⁷ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไชจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2551), หน้า 11.

¹⁰⁸ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 126.

ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินคือมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงจะสามารถทำให้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นได้ เพราะเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วผลของสัญญาซื้อขายจะส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนโดยทันที โดยในชั้นร่างกฎหมายก็มีการกล่าวถึงกันว่าหากเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินสัญญา ย่อมไม่ใช่สัญญาซื้อขายอาจเป็นเพียงสัญญาจะซื้อจะขาย โดยนอกจากเจ้าของทรัพย์สินแล้วบุคคลอื่น ที่มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจให้สามารถจัดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ก็สามารถเป็นผู้ขายใน สัญญาซื้อขายได้ เช่น ผู้พิพากษ์ ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้จัดการมรดก เป็นต้น¹⁰⁹ ส่วนแนวความเห็นที่ สองเห็นว่า ในบทบัญญัติไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ว่าต้องเป็นเจ้าของ หากเติมคำเจ้าของเข้าไปย่อมขัดกับ วัตถุประสงค์ของสัญญา โดยผู้ขายจะเป็นเจ้าของหรือไม่ก็ได้ ขอให้วัตถุประสงค์ของสัญญาคือการโอน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกัน ก็เพียงพอแล้ว ส่วนผู้ขายจะต้องรับผิดชอบอย่างไรเป็นเรื่องของการรอนสิทธิ¹¹⁰ ส่วนกรณีของผู้ซื้อนั้นหากเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมและไม่มีข้อห้ามในการซื้อ ทรัพย์สินนั้นโดยกฎหมายก็สามารถทำสัญญาซื้อขายได้

ข. ผลของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายเมื่อมีการตกลงกันย่อมก่อให้เกิดสัญญาโดยทันทีและก่อผล ทั้งทางหนี้และทางทรัพย์สินทันที ณ เวลาที่เกิดสัญญา สำหรับผลทางหนี้ที่เกิดขึ้นและผูกพันคู่สัญญาคือ ผู้ขายมีหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย โดยหนี้ส่งมอบทรัพย์สินนี้มีความเห็นของนักกฎหมายฝ่าย หนึ่งเห็นว่า เป็นหนี้ที่ต้องส่งมอบพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือเป็นลักษณะของหนี้โอน ทรัพย์สิน แต่อีกฝ่ายเห็นว่า หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน เป็นหนี้ที่ต้องปฏิบัติส่งมอบให้ทรัพย์สินไปอยู่ในเงื้อม มือของผู้ขายเท่านั้น โดยอาจเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือการส่งมอบโดยปริยายก็ได้ ซึ่งการส่งมอบนี้ ไม่ใช่การส่งมอบที่โอนไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือเป็นการแสดงออกซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ เพราะ กรรมสิทธิ์ได้โอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่สัญญาเกิดแล้วโดยผลของกฎหมาย โดยทรัพย์สินที่ส่งมอบต้องเป็น ทรัพย์สินสภาพดีตามที่ได้ตกลงกันส่วนวิธีการส่งมอบเป็นไปตามที่คู่สัญญาดตกลงกัน อีกทั้ง ผู้ขายมีหนี้ ที่จะต้องรับผิดชอบต่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ขายนั้นอยู่ตามกฎหมาย เพื่อให้ผู้ซื้อได้ไปซึ่งอำนาจที่ จะใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยไม่ถูกรบกวน ส่วนหนี้ของผู้ซื้อคือต้องชำระราคาเป็นเงินให้แก่ผู้ขาย

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49 -50.

¹¹⁰ ไพจิตร บุญพันธุ์, "ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคตหรือยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาใช้บังคับกันได้: วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้," ตุลพาท เล่ม 2 ปีที่ 48 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2544): 7.

และมีหนี้ต้องรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อจากผู้ขายเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน สำหรับผลทางทรัพย์สิน เกิดขึ้นทันทีโดยผลทางกฎหมายเมื่อเกิดสัญญาขึ้นเช่นเดียวกันกับผลทางหนี้ โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนาให้เกิดผลของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอีก กล่าวคือ เมื่อสัญญาเกิดขึ้นผลทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ซื้อไปยังผู้ขายเกิดขึ้นทันทีตามมาตรา 458 แม้ว่าผลในทางหนี้ยังไม่มี การปฏิบัติชำระหนี้กันก็ตาม เพราะการชำระราคามีใช้สาระสำคัญแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขาย¹¹¹ ซึ่งเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อแล้วความเสี่ยงภัยในผลแห่งภัยพิบัติและสิทธิความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อื่น ๆ ย่อมเกิดขึ้นทันทีแก่ผู้ซื้อ หากมีบุคคลอื่นมาขโมยทรัพย์สินนั้นไป ผู้ซื้อสามารถใช้สิทธิในการติดตามเอาคืนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ทันที แม้ผลทางหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระราคายังไม่เกิดขึ้นก็ตาม

ค. ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุของสัญญาซื้อขาย

เนื่องจากสัญญาซื้อขายในมาตรา 453 ใช้คำว่า คือสัญญาที่ฝ่ายหนึ่ง “โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน” จึงเป็นที่เข้าใจได้โดยหลักพื้นฐานว่าหมายถึงความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 138 ซึ่งหมายรวมทั้ง ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ และสิ่งที่ไม่มรูปร่างที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ คือ สิทธิที่มีทรัพย์สินรองรับ และสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับอันได้แก่สิทธิทางหนี้หรือสิทธิเรียกร้อง โดยในชั้นร่างกฎหมายก็ได้มีการพูดถึงคำว่าควรจะมีการบัญญัติไว้ว่า “ทรัพย์สินอันจะขายนั้นอาจจะเป็นสิทธิก็ได้” แต่ความเห็นดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งว่า ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ที่ใช้อยู่ เป็นความหมายที่รวมทั้ง corporeal และ incorporeal things นอกจากนี้กฎหมายห้ามแล้วบุคคลย่อมซื้อขายกันได้ไม่ว่าทรัพย์สินใดๆ¹¹² ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 พ.ศ. 2467 มาตรา 453 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่ง สิทธิท่านก็นับเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้” แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 พ.ศ. 2468 ได้ตัดข้อความดังกล่าวออกไป โดยให้เหตุผลว่า ความหมายของคำว่าทรัพย์สินในมาตรา 99 กินความรวมถึงสิทธิอยู่แล้ว ความในวรรคสองดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่ซ้ำกับมาตรา 99 จึงไม่จำเป็นต้องมีข้อความเช่นนั้นไว้อีก เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเสมอมาแล้วย่อมเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายผู้ร่างกฎหมาย

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1235/2481

¹¹² รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 15 พฤษภาคม ถึงวันที่ 30 สิงหาคม 2467, (หอจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), หน้า 86-88

ต้องการให้ครอบคลุมถึงการซื้อขายสิทธิได้ด้วย ไม่ว่าจะเป็สิทธิทางทรัพย์สินซึ่งมีตัวทรัพย์สินรองรับ หรือสิทธิทางหนี้ หรือสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับเช่นทรัพย์สินทางปัญญา ล้วนอยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์สิน ตามมาตรา 138 ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแต่คำที่กฎหมายใช้เรียกแล้วให้เหตุผลว่า “ทรัพย์สิน” ทุกประเภทสามารถทำสัญญาซื้อขายได้นั้น ย่อมขัดกับลักษณะเฉพาะของเอกเทศสัญญาซื้อขาย ที่มีสาระสำคัญคือ “การโอนกรรมสิทธิ์” ในทรัพย์สิน เนื่องจากทรัพย์สินที่ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ย่อมไม่น่าจะสามารถทำสัญญาซื้อขายได้ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของผู้พิพากษาศาลฎีกาของไทยยังคงมีความเห็นเป็นสองแนว แนวแรกเห็นว่าการซื้อขายสิทธิสามารถมีได้ เช่น การซื้อขายสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ เป็นสัญญาซื้อขายที่ต้องทำตามแบบในมาตรา 456 ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5199/2546 , 137/2535 , 6803/2545 และ 5199/2546 การซื้อขายสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้¹¹³ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5466/2539 สิทธิเช่าซื้อที่ดินพร้อมอาคารเป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายกันได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2550/2530 และคำพิพากษาฎีกาที่ 349/2527 มีความเห็นว่า สิทธิการเช่าโทรศัพท์สามารถซื้อขายกันได้ อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาฎีกานี้มีหมายเหตุท้ายฎีกาว่า การนำสัญญาซื้อขายมาปรับใช้กับการโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์ซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวน่าจะไม่น่าจะหนัก อนึ่งการซื้อขายลิขสิทธิ์ก็นับว่าเป็นสัญญาซื้อขายด้วย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7328/2544 โดยในหมายเหตุคำพิพากษาได้วางแนวทางไว้ว่า สิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถทำการโอนสิทธิ (assignment) เป็นสัญญาอีกลักษณะหนึ่ง การโอนสิทธิแตกต่างจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิตรงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้โอนลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอน เมื่อได้โอนสิทธิกันแล้ว ผู้โอนจะไม่มีสิทธิใด ๆ ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอีกต่อไป ผู้รับโอนจะเข้ามาเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแทน สัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาเช่าทรัพย์สิน และสัญญาโอนสิทธิที่มีการกำหนดค่าตอบแทนเป็นเงิน ก็คือสัญญาซื้อขายประเภทหนึ่งนั่นเองส่วนแนวที่สองเห็นว่า การซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ย่อมไม่สามารถมีได้ เช่น ฎีกาที่ 203/2539 สัญญาซื้อเวลาออกอากาศสถานีวิทยุกระจายเสียง ไม่ใช่สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเพราะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สำหรับความเห็นของนักกฎหมายไทย ตำรากฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อมาตรา 453 ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน”

¹¹³ รุ่งโรจน์ แซ่จ้าว, "การซื้อขายสิทธิเรียกร้อง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

ดังนั้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายจึงสามารถเป็นทรัพย์สินใดก็ได้ทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่างและสิทธิรวมถึงสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาด้วย¹¹⁴ สิทธิ ซึ่งสามารถโอนแก่กันได้ในลักษณะของการโอนสิทธิ ก็อาจทำสัญญาซื้อขายได้เช่นกัน¹¹⁵ แม้ว่าจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้โอนแก่กันได้โดยให้เหตุผลว่าสัญญาซื้อขายสามารถมีได้แม้ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์เพียงแต่เป็นลักษณะของการโอนสิทธิเท่านั้น¹¹⁶ เช่น การซื้อขายสิทธิเช่าซื้อ¹¹⁷ ส่วนความเห็นของนักกฎหมายอีกแนวหนึ่งเห็นว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินระหว่างบุคคลสองคน โดยแลกกับเงินหรือและกับทรัพย์สินอีกชิ้นหนึ่ง ย่อมแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายและแลกเปลี่ยนได้ ต้องสามารถต้องเป็นทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์เท่านั้น หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้¹¹⁸ ดังนั้นหากทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ ก็ไม่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายได้ โดยลักษณะสำคัญของกรรมสิทธิ์คือเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ไม่สิ้นสุดด้วยกาลเวลา ซึ่งแตกต่างจากสิทธิอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็สิทธิเรียกร้อง หรือสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีระยะเวลาจำกัด หรืออาจมีความผูกพันที่จำกัดไม่เด็ดขาดเหมือนกรรมสิทธิ์ จึงไม่ถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ที่จะโอนระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายได้ ทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาทำสัญญาซื้อขายได้¹¹⁹

อนึ่ง การซื้อขายที่ดินมือเปล่า หรือ ที่ดินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ มีเพียงหลักฐานซึ่งเป็นสิทธิครอบครองเท่านั้น จะถือว่าที่ดินมือเปล่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายหรือไม่ มีแนวความคิดของนักกฎหมายแบ่งเป็นสองทาง แนวทางแรกเห็นว่า การซื้อขายที่ดินมือเปล่าสามารถทำได้ตาม

¹¹⁴ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, หน้า 11. ; วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 39, ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 66. ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2095/2524

¹¹⁵ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 44-46. ; ไพจิตร เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 52. ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1562/2530, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 195/2531, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4566/2539

¹¹⁶ ไพจิตร เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 53.

¹¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5466/2539, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4503/2540

¹¹⁸ ศันันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 125.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 203/2539 “สัญญาซื้อเวลาออกอากาศสถานีวิทยุกระจายเสียงไม่ใช่สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเพราะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน”

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-126.

เอกเทศสัญญาโดยถือว่าเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง แม้ไม่มีกรรมสิทธิ์แต่สิทธิครอบครองในที่ดินก็สามารถทำการซื้อขายกันได้¹²⁰ แต่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า ที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง ย่อมไม่สามารถทำการซื้อขายตามเอกเทศสัญญาได้ เนื่องจากไม่มีกรรมสิทธิ์ที่สามารถโอนแก่กันได้ เมื่อไม่เข้าลักษณะของเอกเทศสัญญาแล้ว จะสามารถทำสัญญาซื้อขายตามที่กำหนดในเอกเทศสัญญาได้อย่างไร แม้จะเป็นการซื้อขายทรัพย์สินแต่ก็เป็นเพียงการโอนไปซึ่งสิทธิครอบครองมิใช่กรรมสิทธิ์¹²¹

2.4.1.2 สัญญาแลกเปลี่ยน

2.4.1.2.1 ความเป็นมาของสัญญาแลกเปลี่ยน

ก. ความเป็นมาของสัญญาแลกเปลี่ยนตามกฎหมายโรมัน

การแลกเปลี่ยนทรัพย์สินมีขึ้นตั้งแต่สมัยโรมันโบราณ โดยนักนิติศาสตร์โรมันกล่าวว่าสมัยโบราณไม่มีเงินตราและไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสินค้าและราคา คนเราย่อมนำสิ่งของตนสิ่งใดไปแลกเปลี่ยนกับสิ่งที่เป็นประโยชน์กับตัวเองตามสถานการณ์¹²² การแลกเปลี่ยนที่เป็นสัญญาโรมันเรียกว่า *permutatio* เป็นสัญญาซึ่งคู่กรณีต่างโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่กัน¹²³ โดยในกฎหมายโรมันยุคแรกที่สัญญาส่วนใหญ่จะทำได้โดยอาศัยวิธีแบบ *stipulatio* คือการกล่าววาจาผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา เช่นเดียวกับสัญญาแลกเปลี่ยน หากมีการตกลงแลกเปลี่ยนกันแต่ไม่ได้ทำตามแบบ *stipulatio* และยังไม่มีการปฏิบัติชำระหนี้กันย่อมไม่ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้น อย่างไรก็ตามหากมีการปฏิบัติชำระหนี้ด้วยฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็อาจไม่มีความผูกพันระหว่างคู่สัญญาได้ เพราะโดยหลักการย่อมไม่เกิดหนี้ที่ผูกพันตามแบบพิธีทำให้ไม่มีมูลหนี้จึงสามารถเรียกคืนการส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่มีมูลหนี้ได้ แต่ก็มีความเห็นจากนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หากมีการปฏิบัติชำระหนี้โดยฝ่ายหนึ่งแล้ว ฝ่ายที่ชำระหนี้ย่อมสามารถเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินตามที่ตกลงกันไว้เป็นการ

¹²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3071/2554 “แม้การซื้อขายที่ดินพิพาทจะมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อันจะทำให้ตกเป็นโมฆะก็ตาม แต่เมื่อที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ยอมโอนการครอบครองและส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง จำเลยจึงเป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินพิพาท”

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3379/2532 “การซื้อขายที่ดินมือเปล่าอันเป็นสัญญาโอนการครอบครองโดยมีค่าตอบแทน จึงฟ้องร้องบังคับให้ส่งมอบที่ดินกันได้”

¹²² ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 233.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 207.

ตอบแทนได้ โดยอาศัยการฟ้องคดีแบบ *actio in factum* โดยปลายศตวรรษที่ 2 ชุมนางผู้บริหาร ความยุติธรรม ยอมรับให้มีการฟ้องเรียกค่าสินไหมจากทรัพย์สินที่ควรจะได้รับตอบแทนหรืออาจฟ้องเรียกคืนทรัพย์สิน โดยผู้มีสิทธิฟ้องคือผู้ที่ปฏิบัติชำระหนี้ไปก่อนแล้ว¹²⁴ ต่อมาเมื่อปรากฏว่ามีการแบ่งประเภทของสัญญาโดยนักกฎหมายโรมัน ที่เกิดสัญญาประเภทสัญญาไม่มีชื่อ (*innominate contract*) นักกฎหมายโรมันจึงจัดประเภทของสัญญาแลกเปลี่ยนอยู่ในประเภทของสัญญาไม่มีชื่อด้วย เพราะ ลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยนอยู่ในโครงสร้างการปฏิบัติชำระหนี้ของสัญญาไม่มีชื่อที่เกออุสได้กำหนดไว้ใน *Digest* คือมีลักษณะของการปฏิบัติชำระหนี้ที่ทำแล้วและที่คาดว่าจะทำการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินหนึ่งหรือจำนวนหนึ่ง ซึ่งเรียกโครงสร้างหนี้ว่า *do ut des*¹²⁵

ข. ความเป็นมาของสัญญาแลกเปลี่ยนตามกฎหมายไทย¹²⁶

สัญญาแลกเปลี่ยนปรากฏในกฎหมายไทยมาตั้งแต่สมัยโบราณโดยลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยนสมัยก่อนมีประมวลกฎหมายเป็นลักษณะของทรัพย์สินสัญญา คือ สัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินกันก่อนจึงจะเกิดความผูกพันของสัญญาขึ้นได้ โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ส่งมอบก่อนก็ได้ แต่หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินยอมไม่ก่อให้เกิดสัญญาแลกเปลี่ยน ต่อมาเมื่อร่างประมวลกฎหมายมีการแก้ไขสัญญาแลกเปลี่ยนให้เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม จึงทำให้สัญญาแลกเปลี่ยนโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินก็เกิดสัญญาขึ้นได้ จึงไม่เป็นลักษณะของทรัพย์สินสัญญาอีกต่อไป โดยในการร่างเอกเทศสัญญาแลกเปลี่ยน นำเนื้อหาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1702 บัญญัติว่า “แลกเปลี่ยนเป็นสัญญาที่คู่สัญญาให้ทรัพย์สินหนึ่งเพื่ออีกทรัพย์สินหนึ่งซึ่งกันและกัน”

2.4.1.2.2 สารสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยน¹²⁷

ก. ลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยน

¹²⁴ ศันนัทกรณ โสคติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 229.

¹²⁵ ศันนัทกรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, หน้า 362.

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357.

¹²⁷ วิษณุ เครืองาม, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, หน้า 317- 320.

สัญญาแลกเปลี่ยนเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญามีความเป็นเจ้าหนี้ และลูกหนี้ต่อกันเมื่อเกิดสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งมีหนี้ที่จะต้องให้ทรัพย์สินแก่อีกฝ่ายหนึ่งและในขณะเดียวกันก็มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วยตามที่ได้ตกลงกัน โดยสัญญาแลกเปลี่ยนเกิดขึ้นทันทีเมื่อมีการแสดงเจตนาต้องตรงกันของคู่สัญญา อันเป็นลักษณะของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของสัญญาแลกเปลี่ยนปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย คือ คู่สัญญาตกลงแลกเปลี่ยน “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน” แก่กัน จึงทำให้เกิดความเห็นทางกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายเป็นคือมีความเห็นเป็นสองแนวว่า คู่สัญญาที่ทำสัญญากันขณะทำสัญญาต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือเป็นผู้มีสิทธิที่จะโอนกรรมสิทธิ์นั้นหรือไม่ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการจะทำสัญญาแลกเปลี่ยนได้คู่สัญญาจะต้องเป็นเจ้าของหรือมีสิทธิที่จะโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น¹²⁸ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของก็ได้โดยหากคู่สัญญาไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ก็เป็นเรื่องของการรอนสิทธิเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย ทั้งนี้สาระสำคัญของสัญญาที่จะตกลงกันคือทรัพย์สินว่าจะนำอะไรมาแลกเปลี่ยนกันนั้นต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายด้วยจึงจะถือว่าตกลงกันเรียบร้อยแล้ว และด้วยลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยนที่นำเอาบทบัญญัติของสัญญาซื้อขายมาใช้จึงมีนัยกฎหมายให้ความเห็นว่า การที่กฎหมายแยกสัญญาแลกเปลี่ยนออกมาก็เพียงเพื่อให้สามารถเข้าใจตามธรรมดาได้เท่านั้นโดยผลทางกฎหมายมิได้ต่างจากสัญญาซื้อขายตามที่ปรากฏในมาตรา 519 ที่ให้นำเรื่องสัญญาซื้อขายมาใช้¹²⁹

ข. ผลของสัญญาแลกเปลี่ยน

สัญญาแลกเปลี่ยนก่อให้เกิดทั้งผลทางทรัพย์สินและผลทางหนี้เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ เมื่อสัญญาแลกเปลี่ยนเกิดขึ้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนจากฝ่ายหนึ่งไปอีกฝ่ายหนึ่งสลับกันทันที ด้วยผลของกฎหมายที่สัญญาแลกเปลี่ยนนำบทบัญญัติของสัญญาซื้อขายมาใช้ ดังนั้น ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินย่อมโอนไปทันที อย่างไรก็ตามหากเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องทำตามแบบก่อนคือสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ก็เป็นเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายที่ต้องทำหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 456 จึงจะทำให้กรรมสิทธิ์โอนได้ สำหรับผลทางหนี้ที่เกิดแก่คู่สัญญาคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในเงอ้อมมือของ

¹²⁸ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 20.

¹²⁹ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 394.

อีกฝ่ายหนึ่งตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา โดยรายละเอียดประเด็นเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ค.ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุของสัญญาแลกเปลี่ยน

ทรัพย์สินที่จะเอามาแลกเปลี่ยนได้นั้นตามบทบัญญัติใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ดังนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่า หากสิ่งใดที่เป็นทรัพย์สินก็ย่อมนำมาแลกเปลี่ยนได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมียุโรปรางหรือไม่มียุโรปราง ส่วนเงินที่ใช้ในการชำระ หากนำมาทำสัญญาแลกเปลี่ยนจะส่งผลให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาซื้อขายไปไม่สามารถเป็นสัญญาแลกเปลี่ยนได้ เว้นแต่เงินนั้นจะกลายเป็นสถานะเป็นสิ่งที่ไม่ได้ใช้ในการชำระราคาแล้ว เช่น เหรียญโบราณ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาแลกเปลี่ยนคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จึงมีความเห็นของนักกฎหมายอีกส่วนเห็นว่า ทรัพย์สินที่จะซื้อขายได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์ได้เท่านั้น ดังนั้นสิทธิอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ไม่สามารถทำสัญญาแลกเปลี่ยนได้

2.4.1.3 สัญญาเช่าทรัพย์สิน

2.4.1.3.1 ความเป็นมาของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

ก. ความเป็นมาของสัญญาเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายโรมัน¹³⁰

กฎหมายโรมันไม่ได้แยกประเภทของสัญญาเช่าทรัพย์สินออกมาเป็นเอกเทศสัญญาที่มีชื่อเรียกของตัวเองเพียงลำพังเหมือนกับสัญญาซื้อขาย แต่สัญญาเช่าทรัพย์สินนับว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่งของเอกเทศสัญญาที่ เรียกว่า locatio conductio ซึ่งสัญญาที่เรียกว่า locatio conductio เป็นสัญญาที่รวมสัญญาย่อยไว้ด้วยกันสามสัญญาอันได้แก่ สัญญาเช่าทรัพย์สิน (locatio conductio rei) สัญญาจ้างแรงงาน (locatio conductio operis) และสัญญาจ้างทำของ (locatio conductio operis) โดยทั้งสามสัญญาจะมีคู่สัญญาสองฝ่ายเหมือนกัน โดยฝ่ายหนึ่งเรียกว่า locatore มีหน้าที่จะต้องเตรียมทรัพย์สิน และอีกฝ่ายเรียกว่า conduttore มีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินหรือทำอะไรเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินหรือขนส่งทรัพย์สิน โดยทั้งสองฝ่ายมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนไม่ว่าจะเป็นเงินหรือทรัพย์สิน¹³¹ อย่างไรก็ตามแม้จะมีรูปแบบของคู่สัญญาที่เรียกชื่อเดียวกัน แต่หลักการของสัญญาทั้ง

¹³⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 20.

¹³¹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 219.

สามนั้นมีความแตกต่างกัน สำหรับสัญญาเช่าทรัพย์สิน เรียกว่า *locatio conductio rei* เป็นสัญญาที่ คู่สัญญาฝ่ายผู้ให้เช่าหนึ่งเรียกว่า *locator* ยกทรัพย์สิน (*place a thing*) ให้อยู่ในความดูแลของอีกฝ่าย หนึ่งคือผู้เช่า เรียกว่า *conductor* เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น¹³² โดยผู้เช่า ชำระค่าเช่าเป็นเงินเพื่อตอบแทนการที่ได้ใช้ทรัพย์สินนั้น โดยหลักการเบื้องต้นของการเกิดสัญญาเช่า มีลักษณะเหมือนสัญญาซื้อขาย คือเมื่อมีการตกลงกันในการเช่าทรัพย์สิน และราคาค่าเช่าเป็นที่แน่นอน แล้ว ย่อมทำให้เกิดสัญญาเช่าขึ้นได้ทันทีด้วยความยินยอม โดยราคาค่าเช่าโดยปกติจะต้องชำระเป็น เงินและมีจำนวนที่แน่นอนเท่านั้นตามตำราของ จัสติเนียน อย่างไรก็ตาม ไกอุส ไม่ได้มีการระบุ หลักเกณฑ์ที่ว่าต้องชำระด้วยเงินเท่านั้นไว้เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย ซึ่งเรื่องของการที่ต้องชำระด้วย เงินเท่านั้นอาจไม่เคยปรากฏในยุคคลาสสิก และบางกรณีก็ไม่สามารถใช้หลักการนี้ได้¹³³ เช่น กรณี ยกเว้นไม่ต้องชำระด้วยเงินในเรื่องของการเช่าที่ดินในสมัยโรมันสามารถชำระกันด้วยดอกผลที่เกิดจาก การใช้ที่ดินแทนการจ่ายเงินค่าเช่าได้¹³⁴ ทั้งนี้ ในสัญญาเช่าทรัพย์สินย่อมมีเรื่องของระยะเวลาของ สัญญาเช่าทรัพย์สินที่จะต้องตกลงกัน หากไม่ได้ตกลงกันไว้คู่สัญญาจะเลิกสัญญาเมื่อไรก็ได้ หรือหาก ตกลงเป็นระยะเวลาไว้ผู้ให้เช่าสามารถยกเลิกสัญญาได้เมื่อหมดระยะเวลาดังกล่าว ยกเว้นสัญญาเช่า ที่ดินเพื่อการเกษตรแม้ไม่ได้ตกลงเวลากันไว้แต่ระยะเวลาที่จะยกเลิกได้น้อยต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งปี ซึ่งหากไม่มีการบอกเลิกสัญญา ย่อมส่งผลให้เกิดการต่อสัญญาใหม่เมื่อหมดระยะเวลาตามที่ได้ตกลง กันไว้¹³⁵

เมื่อสัญญาเกิดขึ้น หน้าที่ของ *locator* (ผู้ให้เช่า) คือหน้าที่จะต้องทำให้ผู้เช่า สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้¹³⁶ ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่จะเขียนอธิบายว่าเป็นหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ ซึ่งข้าพเจ้ามีข้อสังเกตว่าการทำให้สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้สามารถอธิบายได้ง่าย สุดด้วยคำว่าส่งมอบทรัพย์สิน (*delivery*) แต่ความเป็นจริงไม่ใช่หน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ผู้ให้ เช่าอาจทำวิธีใดก็ได้เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินนั้น โดยผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องรับประกันสิทธิที่ผู้เช่าจะ สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้โดยไม่มีการรบกวน อีกทั้ง มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อการรักษาสภาพของ

¹³² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 183.

¹³³ W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, p. 289.

¹³⁴ Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, p. 275.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 275.

¹³⁶ W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, p. 290.

ทรัพย์สินที่เช่าให้อยู่ในสภาพดี ดังนั้นค่าใช้จ่ายจำเป็นในการรักษาทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่าจึงเป็นผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้ หนี้ของผู้ให้เช่าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าไม่ได้เป็นการส่งมอบไปซึ่งการครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่การส่งมอบนี้เป็นการให้ไปซึ่งตัวทรัพย์สินในลักษณะที่ก่อให้เกิดการยึดถือตัวทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงแก่ผู้เช่า ซึ่งเรียกว่า *detentio* เท่านั้น ไม่เกิดการครอบครองตามกฎหมาย (*possessio*) ทำให้ผู้เช่าไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้อื่นที่มาจนการใช้ทรัพย์สินตามสัญญาเช่าได้ โดยผู้เช่ามีเพียงสิทธิที่จะเรียกร้องแก่ลูกหนี้ตามสัญญาเช่าคือผู้ให้เช่าที่จะต้องกระทำการเพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินโดยปกติสุขตามที่ตกลงกันไว้¹³⁷ อนึ่ง ปัญหาของผู้เช่ามักเกิดขึ้นเมื่อผู้ให้เช่าขายทรัพย์สินให้กับเจ้าของใหม่ แม้เหตุดังกล่าวไม่ทำให้สัญญาเช่าระงับลงหากผู้เช่ายังใช้ทรัพย์สินนั้นได้อยู่ แต่เจ้าของใหม่สามารถใช้สิทธิเจ้าของกรรมสิทธิ์ไล่ผู้เช่าออกจากทรัพย์สินที่เช่าได้โดยผู้เช่าไม่อาจอ้างสิทธิในสัญญาเช่าต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ใหม่ได้¹³⁸ เพราะเป็นเพียงสิทธิที่อ้างได้ระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่าเท่านั้น สำหรับหนี้ในส่วนของผู้เช่าคือการชำระเงินอาจเป็นก้อนใหญ่หรือเป็นงวดตามแต่ตกลงกัน โดยอาจมีการให้ทรัพย์สินประกันการชำระค่าเช่าแก่กันได้ ซึ่งนอกจากการชำระด้วยเงินแล้ว หากเป็นกรณีของการเช่าที่ดินผู้เช่าอาจชำระค่าเช่าด้วยดอกผลจากที่ดินนั้นแทนเงินก็ได้¹³⁹ อีกทั้งผู้เช่ามีหนี้ต้องรักษาทรัพย์สินและคืนทรัพย์สินในสภาพดีและการใช้ทรัพย์สินจะใช้นอกจากวัตถุประสงค์ที่ตกลงกันไม่ได้¹⁴⁰

สำหรับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าทรัพย์สินในกฎหมายโรมันได้นั้น สามารถเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์โดยลักษณะของทรัพย์สินจะต้องไม่เป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปในลักษณะของโมคยทรัพย์ โดยทรัพย์สินที่เช่าโดยทั่วไปจะเป็นทรัพย์สินมีรูปร่าง *res corporales* และอย่างอื่นที่ใช้แล้วไม่สูญไป¹⁴¹ ส่วนถ้าเป็นกรณีของการจ่ายเงินเพื่อให้ได้มาซึ่งบริการหรือได้มาซึ่งแรงงานในการทำอะไรงานอย่าง ก็จะไปเข้าลักษณะของ *location conductio* แบบอื่น ดังนั้นสิทธิในการได้รับบริการหรือสิทธิที่จะได้รับการกระทำบางอย่างให้จึงไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาของสัญญาเช่าทรัพย์สินได้

¹³⁷ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 185.

¹³⁸ Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, pp. 274-275.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 276.

¹⁴⁰ A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, pp. 362-363.

¹⁴¹ Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, p. 275.

ข. ความเป็นมาของสัญญาเช่าตามกฎหมายไทย

สัญญาเช่าทรัพย์สินในกฎหมายไทยก่อนจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เพราะสัญญาเช่ามีพื้นฐานมาจากสัญญาเช่าของกฎหมายไทยในอดีตซึ่งในสัญญาเช่าเก่าแก่ของไทยทำได้กับสังหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยการที่บุคคลหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกบุคคลหนึ่งได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน แต่สัญญาเช่ามีเพิ่มเติมจากสัญญาเช่า คือ ผู้เช่าจะต้องชำระค่าเช่าหนึ่งสำหรับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ได้เช่า โดยในส่วนของสัญญาเช่าในกฎหมายเก่า มีการกำหนดสัญญาเช่าสำเภา อันเป็นสัญญาเช่าลักษณะเฉพาะที่กฎหมายกำหนดขึ้น และในส่วนของสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ กฎหมายพระอัยการเบ็ดเสร็จจัดว่าอยู่ในประเภทของกฎหมายว่าด้วยที่ดิน ที่เรือน ที่ไร่ นา ซึ่งต่อมาก็ยังคงเป็นเช่นนี้เรื่อยมาจนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาเช่าไว้ในบรรพ 3

2.4.1.3.2 สารสำคัญของสัญญาเช่า

ก. ลักษณะของสัญญาเช่า¹⁴²

สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาต่างตอบแทนและสมบูรณ์ด้วยความยินยอมระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือผู้เช่าฝ่ายหนึ่งตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินโดยฝ่ายผู้เช่าตกลงชำระค่าเช่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินนั้น วัตถุประสงค์หลักของการเช่าคือการที่ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน โดยกฎหมายไม่ได้ระบุว่าผู้เช่าต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินจึงจะให้ผู้เช่าได้ ดังนั้น ผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินและไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน¹⁴³ ก็สามารถเป็นผู้ให้เช่าได้ ขอเพียงสามารถนำทรัพย์สินตามสัญญาให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้ ลักษณะของสัญญาเช่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม คือเมื่อมีการเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา สัญญาเช่าย่อมเกิดขึ้นโดยทันทีโดยข้อสำคัญของสัญญาเช่าคือต้องมีการตกลงกันในค่าเช่าที่จะให้แก่ผู้เช่าเพื่อตอบแทนการใช้ทรัพย์สินและต้องมีการกำหนดค่าเช่าที่แน่นอน ซึ่งค่าเช่าไม่ได้ระบุไว้ว่าต้องชำระเป็นเงิน โดยมาตรา 527 ใช้คำว่า “ค่าเช่า” หมายถึงค่าตอบแทนที่ผู้เช่าตกลงให้แก่ผู้เช่า ดังนั้น

¹⁴² สำเรียง เมฆเกรียงไกร, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ สีสซึ่ง (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560), หน้า 29.

¹⁴³ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 31.

ค่าตอบแทนนั้นจึงเป็นเงินหรือเป็นสิ่งอื่นใดก็ได้¹⁴⁴ โดยมีลักษณะสำคัญคือต้องเป็นการให้โดยสมัครใจเพื่อตอบแทนการได้ใช้ทรัพย์สิน หากกรณีให้หรือไม่ให้ก็ได้ แม้เป็นการตอบแทนการใช้ทรัพย์สินก็ไม่ถือว่าเป็น “ค่าเช่า” และสัญญาเช่าไม่เกิดขึ้น¹⁴⁵ ในส่วนของระยะเวลาที่จะให้เช่าทรัพย์สินนั้น ไม่ใช่สาระสำคัญที่ต้องตกลงกันก่อนจะเกิดสัญญา ซึ่งหากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้จะส่งผลทางกฎหมายให้คู่สัญญาสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยเจตนาอิสระตามมาตรา 566 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สัญญาเช่าเป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แตกต่างกัน โดยในส่วนของสังหาริมทรัพย์ เมื่อเกิดความยินยอมของคู่สัญญาที่ทำให้เกิดสัญญาเช่าแล้ว ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาสามารถใช้สิทธิฟ้องบังคับคดีได้แม้ตกลงกันเพียงวาจาก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือและมีลายชื่อผู้รับผิดชอบจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ตามมาตรา 538 ซึ่งการกำหนดให้แตกต่างกันนี้ อาจารย์ไพฑูริต์ ให้เหตุผลว่า ผู้ร่างกฎหมายคงเล็งเห็นว่าสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญน้อยกว่าอสังหาริมทรัพย์ จึงทำให้ในสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องมีการทำเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องกันได้ ส่วนอสังหาริมทรัพย์เป็นสิ่งสำคัญที่มีราคาสูงในทางเศรษฐกิจ ควรมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อให้เกิดความมั่นคงและหลีกเลี่ยงการโต้เถียงถึงความมีอยู่ของสัญญา¹⁴⁶ นอกจากการต้องทำเป็นหนังสือแล้ว กรณีที่เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปี กฎหมายกำหนดให้นอกจากทำเป็นหนังสือแล้วต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย อาจารย์ไพฑูริต์ให้เหตุผลไว้ว่า น่าจะเป็นเพราะต้องการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า จากการรับโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งต้องรับโอนสิทธิหน้าที่ในสัญญาเช่าไปด้วยตามมาตรา 569 อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ในกรณีทั้งสองนี้ นักกฎหมายไทยเห็นพ้องกันว่าไม่ใช่แบบของสัญญาเช่า เนื่องจากวิธีการใดที่กฎหมายมุ่งหมายให้เป็นเรื่องของแบบที่เป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของสัญญา มักจะกำหนดไว้โดยชัดเจนในมาตรานั้น¹⁴⁷ ว่าเป็นโมฆะหากไม่ทำตาม โดยสัญญาเช่าเกิดขึ้นแล้วแม้จะตกลงด้วยวาจาก็ตาม ส่วนเรื่องการบังคับกันตามกฎหมายนั้นเป็นเรื่องของ

¹⁴⁴ ไพฑูริต์ เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 36.

¹⁴⁵ ศนันทกรรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 35.

¹⁴⁶ ไพฑูริต์ เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 66-67.

¹⁴⁷ ศนันทกรรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 39.

ความคุ้มครองที่กฎหมายให้หลักเกณฑ์ไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านที่เห็นต่างว่า การกำหนดว่าเช่าอสังหาริมทรัพย์เกิน 3 ปี ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ เป็นแบบของนิติกรรมที่หากไม่ทำตามสัญญาจะเป็นโมฆะ โดยถือว่าส่วนที่เกินสามปีตามที่ตกลงกันเป็นโมฆะเฉพาะส่วนและบังคับกันได้เพียง 3 ปีเท่านั้น โดยความเห็นของฝ่ายแรกได้โต้แย้งความเห็นนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าหากกฎหมายต้องการให้เป็นโมฆะย่อมร่างไว้อย่างชัดเจน¹⁴⁸ ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ปรากฏตีความว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่แบบของสัญญาที่หากไม่ทำแล้วจะทำให้สัญญาเป็นโมฆะ เพียงแต่สัญญาดังกล่าวไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับกันได้เท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 136/2503, 1350/2508) ดังนั้น กล่าวได้ว่าสัญญาเช่าเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบของกฎหมายบังคับโดยเป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นความยินยอมของผู้สัญญา

ข. ผลของสัญญาเช่า

ผลของสัญญาเช่าทรัพย์สินก่อนที่แก่ผู้ให้เช่าที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน โดยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าได้ใช้ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ซ่อมแซมดี อีกทั้ง ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาทรัพย์สินที่ให้เช่าให้อยู่ในสภาพดี และมีหน้าที่ต่อความรับผิดชอบในการรอนสิทธิและชำระดอกเบี้ยในลักษณะเดียวกับสัญญาซื้อขาย ส่วนผู้เช่ามีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าเช่าให้แก่ผู้เช่าและใช้ทรัพย์สินนั้นได้เท่าที่ตกลงกันไว้ตามสัญญา อีกทั้งต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่ใช้อย่างวิญญูชนและบำรุงรักษาเล็กน้อยอยู่ในความรับผิดชอบของผู้เช่าเอง ซึ่งหากพิจารณาจากหน้าที่เกิดขึ้นระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นหนี้ระหว่างบุคคลที่มีต่อกันในลักษณะบุคคลสิทธิ อนึ่ง ผลของสัญญาเช่าที่เกิดขึ้นนอกจากเกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญาแล้ว หากเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลภายนอกซึ่งรับโอนกรรมสิทธิ์ต้องรับไปซึ่งสิทธิหน้าที่ในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างคู่สัญญาด้วย ตามมาตรา 569 โดยกำหนดว่า “สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่ระงับ เพราะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งให้เช่า โดยผู้รับโอนยอมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนที่มีต่อผู้เช่าด้วย” ลักษณะความผูกพันของสัญญาเช่าตามปกติย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นแต่กรณีของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์กฎหมายสร้างหลักยกเว้นให้ความผูกพันดังกล่าวมีแก่ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ด้วย อันเป็นลักษณะที่มีผลกระทบต่ออำนาจแห่งการใช้กรรมสิทธิ์ของผู้รับโอนไปซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่ให้เช่าด้วยผลของกฎหมาย อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิด

¹⁴⁸ ไมทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์ - เช่าซื้อ, หน้า 65.

ว่าสิทธิในสัญญาเช่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่จำกัดตัวตนสิทธิ์เจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่ความเป็นจริงแล้ว สิทธิการเช่าไม่ใช่ทรัพย์สินเพราะสิทธิการเช่าก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างบุคคลเท่านั้น และที่กฎหมายกำหนดให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ต้องรับโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาเช่าไปด้วยก็เพราะต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เช่าไม่ให้ได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มักเป็นทรัพย์สินที่มีความจำเป็นในการดำรงชีพของผู้เช่า¹⁴⁹ จึงได้สร้างหลักกฎหมายเพื่อให้ความผูกพันของสัญญาส่งต่อไปยังผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ด้วยซึ่งบทกฎหมายที่สร้างขึ้นนี้เป็นบทยกเว้นเพราะโดยหลักแล้วเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่อยู่ระหว่างการเช่าจะส่งผลให้สัญญาเช่าระงับ เพราะผู้รับโอนทรัพย์สิน รับเฉพาะตัวทรัพย์สินและอำนาจความเป็นเจ้าของเท่านั้น¹⁵⁰ ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า สัญญาเช่าย่อมระงับและผู้โอนไม่ต้องรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนที่มีต่อผู้เช่า อย่างไรก็ตามเรื่องหลักที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ที่ทำให้สัญญาเช่าระงับนั้น หมายถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาเช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน เป็นต้น แต่ไม่หมายถึงการโอนโดยมรดก เพราะกองมรดกได้แก่ทรัพย์สินของผู้ตายตลอดทั้งสิทธิหน้าที่ ดังนั้นผู้รับโอนมรดกต้องรับภาระตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ไปด้วย¹⁵¹ แม้ว่าสิทธิดังกล่าวอาจตกทอดทางมรดกในลักษณะของสิทธิหน้าที่ที่ได้รับสืบทอดมา แต่ลักษณะเช่นนี้ก็ได้ทำให้สิทธิการเช่าซึ่งเป็นความผูกพันระหว่างคู่สัญญาในลักษณะบุคคลสิทธิจะกลายเป็นสิทธิที่ติดไปกับตัวทรัพย์สินในลักษณะของทรัพย์สินแต่อย่างใด ทั้งนี้ สิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีค่าอย่างหนึ่งอันอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ จึงนับว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 เพราะ และมีคำพิพากษาศาลฎีกา¹⁵² ที่บอกว่า สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินซึ่งสามารถโอนแก่กันได้ถ้าผู้ให้เช่ายินยอม¹⁵³

ค. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่า

เนื่องจากสัญญาเช่ามีวัตถุประสงค์คือการใช้ให้ผู้เช่าได้ใช้ “ทรัพย์สิน” ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวจะมีกรรมสิทธิ์หรือไม่ก็ได้ เพราะไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ดังเช่นสัญญาซื้อขาย อีกทั้งสัญญาเช่าไม่จำเป็นต้องอาศัยการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญาดังเช่นสัญญา

¹⁴⁹ ศนันท์กรณ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 144.

¹⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141-142.

¹⁵¹ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 192.

¹⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4222/2536

¹⁵³ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 33.

ย่อม จึงไม่มีปัญหาในเรื่องของทรัพย์สินว่าส่งมอบได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ทรัพย์สินที่สามารถทำสัญญาเช่าได้จึงไม่จำกัดเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น วัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจทำสัญญาได้ด้วย¹⁵⁴ ตามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” โดยขอให้ลักษณะสำคัญของทรัพย์สินที่จะทำสัญญาเช่ากันต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไป¹⁵⁵ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในส่วนของทรัพย์สินย่อมไม่มีปัญหาในทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาในส่วนของวัตถุไม่มีรูปร่างอันอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งนับว่าเป็น “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 138 ซึ่งมีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วโดยฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าสิทธิเรียกร้อง ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิทุกอย่างที่มีราคาและถือเอาได้ นับว่าเป็นทรัพย์สินทั้งสิ้น หากมองในความเห็นเช่นนี้ ย่อมทำให้ ลิขสิทธิ์สามารถทำสัญญาเช่ากันได้¹⁵⁶ แต่หากมองคำว่า “ทรัพย์สิน” ว่ามีความหมายเฉพาะทรัพย์สินและสิทธิที่มีทรัพย์สินรองรับเท่านั้น ย่อมไม่นับว่า ลิขสิทธิ์ หรือเครื่องหมายการค้าเป็น “ทรัพย์สิน” จะทำให้สิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับย่อมไม่สามารถทำสัญญาเช่าได้ เช่น ลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะรองรับอยู่แล้ว ทั้งนี้ ในกฎหมายอิตาลี แม้บทบัญญัติจะกำหนดให้วัตถุแห่งสัญญาเช่าคือสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แต่นักกฎหมายอิตาลีก็ยอมรับว่าสิทธิก็เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าได้ด้วย¹⁵⁷

2.4.2 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

2.4.2.1 สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมทั้งสัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่าทรัพย์สิน มีลักษณะที่หนึ่งตามสัญญาเกิดขึ้นและส่งผลทันทีเมื่อมีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันโดยไม่ต้องมีการทำเป็นหนังสือก็เกิดความผูกพันที่จะบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ทันที ทั้งนี้ สมบูรณ์ด้วยความยินยอมหมายถึง แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีแบบกำหนดไว้ในบางกรณีแต่การที่คู่สัญญาได้ตกลงยินยอมกันแล้วก็ย่อมเกิดสัญญาแล้ว เพียงแต่การจะบังคับตามสัญญาระหว่างกันหากไม่มีการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้อาจบังคับได้เพียงที่อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายไม่ได้กำหนด

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

¹⁵⁵ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 66.

¹⁵⁶ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 33.

¹⁵⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, หน้า 65.

แบบไว้ เช่นสัญญาเช่า หรือสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งหากไม่ได้มีการไปจดทะเบียนแต่ยังอยู่ในลักษณะของการตกลงกันก็อาจตีความเป็นสัญญาจะซื้อจะขายได้เป็นต้น

2.4.2.2 เป็นสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่าล้วนแล้วแต่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาว่าจะมีการตอบแทนกันอย่างน้อยเพียงใด และก่อให้เกิดเป็นความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันและเกิดขึ้นตามสัญญาโดยทันทีเมื่อตกลงกันเสร็จ ซึ่งหากไม่มีการตกลงกันในส่วนของหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งว่าจะชำระอย่างไร เช่น ไม่ได้ตกลงค่าเช่า หรือไม่ได้ตกลงทรัพย์สินที่จะซื้อขาย เช่นนี้ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดหนี้ที่จะเป็นการต่างตอบแทนได้ หรือการกำหนดให้สามารถใช้ทรัพย์สินได้โดยไม่เสียค่าเช่า ย่อมไม่ใช่ลักษณะของสัญญาเช่าอีกต่อไป หรือการซื้อขายทรัพย์สินที่ตกลงให้ไม่ต้องชำระราคาย่อมไม่ใช่สัญญาซื้อขายอีกต่อไป ดังนั้น สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมล้วนเป็นสัญญาต่างตอบแทนทั้งสิ้น

2.4.2.3 มีการคุ้มครองการรอนสิทธิ

เนื่องจากการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน วัตถุประสงค์สัญญาที่ซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนที่ได้ตกลงกันและผูกพันกันตามสัญญาไม่ได้มีการส่งมอบโดยทันที คุณภาพของทรัพย์สินในเวลาที่มีการชำระหนี้ส่งมอบทรัพย์สินจึงอาจเหมือนหรือแตกต่างจากที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาอีกทั้งตอนรับ การส่งมอบทรัพย์สินข้อบกพร่องของทรัพย์สินบางประการอาจไม่รู้ได้โดยทันที เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ซื้อที่จะได้รับทรัพย์สินไว้ในลักษณะและคุณภาพตามที่ได้ตกลงกันกฎหมายจึงให้ความคุ้มครองการรอนสิทธิแก่ผู้ซื้อ ที่จะได้รับการชดใช้หากทรัพย์สินมีความชำรุดบกพร่องหรือถูกรอนสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน และในส่วนของสัญญาเช่าผู้ให้เช่าก็มีหน้าที่จะต้องทำให้ผู้เช่าไม่ถูกรอนสิทธิจากบุคคลอื่น โดยเป็นการทำให้ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินที่เช่าได้ตลอดระยะเวลาที่เช่าทรัพย์สินนั้น

2.4.2.4 มีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาให้ ล้วนก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินทั้งสิ้น โดยสัญญาซื้อขายก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ขายที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ไปอยู่ในความครอบครองแก่ผู้ซื้อ แม้ว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปแล้วก็ตามหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินผู้ซื้อย่อมไม่สามารถใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่ และเช่นเดียวกันกับสัญญาแลกเปลี่ยน ในส่วนของ

สัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าทรัพย์สินย่อมต้องส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของผู้เช่าเพื่อให้ได้ใช้สอยทรัพย์สิน หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้เช่าย่อมไม่สามารถใช้ทรัพย์สินได้และมีสิทธิไม่ชำระค่าเช่าที่ได้ตกลงกันได้

2.5 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เป็นสัญญาให้หรือการให้

เนื่องจากสัญญาให้หรือการให้มีลักษณะพิเศษทำให้ไม่สามารถจำกลุ่มกับเอกเทศสัญญาอื่นได้ โดยสัญญาให้หรือการให้มีลักษณะเฉพาะของตนเองคือเป็นการกระทำที่ทำให้สินทรัพย์ของผู้ให้น้อยลงและทำให้สินทรัพย์ของผู้รับเพิ่มขึ้น โดยไม่มีการก่อกำหนดและไม่มีค่าตอบแทนในสัญญา ผู้เขียนจึงแยกศึกษาเอกเทศสัญญาที่เป็นสัญญาให้ไว้ในส่วนนี้โดยจะกล่าวถึงที่มาและสาระสำคัญของสัญญาให้ อีกทั้งทรัพย์สินในสัญญาให้ว่าทรัพย์สินใดเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ได้บ้าง

2.5.1 ประวัติความเป็นมาของสัญญาให้

2.5.1.1 ประวัติความเป็นมาของการให้ตามกฎหมายโรมัน¹⁵⁸

การให้ในกฎหมายโรมันเรียกว่า Donatio เป็นรูปแบบของการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์ในกฎหมายโรมัน ในลักษณะของการได้มาโดยไม่ต้องมีค่าตอบแทน ซึ่งแยกเป็น Donatio mortis causa คือการให้หลังจากเสียชีวิต เป็นลักษณะของการให้มรดก และ Donatio inter vivos คือการโอนให้โดยไม่หวังผลตอบแทนอาจทำได้ด้วยการโอนหรือไม่ก็ได้และอาจเป็นเรื่องของค้ำประกันที่จะให้ก็ได้¹⁵⁹ โดยในยุคคลาสสิก การให้เกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ การก่อให้เกิดหรือระงับซึ่งทรัพย์สิน หรือการปลดหนี้ อีกทั้งการให้เกิดขึ้นได้หลายวิธีการ อาจทำได้ตามแบบในการเปล่งวาจา (stipulatio) หรือการส่งมอบโดยใช้ตราช่าง (mancipio) หรือการแสวงฟ้องร้อง (in iure cessio) หรือการส่งมอบ (traditio) ก็ได้ โดยสิ่งที่เป็นสาระสำคัญคือจะต้องมีเจตนาอิสระที่จะให้ เรียกว่า animus donandi โดยยุคคลาสสิกมีปัญหาทางทฤษฎีที่นำเรื่องของการรวมการโอนทรัพย์สินเพื่อใช้สอยไว้ในส่วนของการให้ด้วย โดยการให้ในยุคคลาสสิกไม่อยู่ในลักษณะเฉพาะของสัญญาและไม่ก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญา ต่อมาในยุคของจักรพรรดิคอนสแตนตินมีการกำหนดแนวทางว่าการให้โดย

¹⁵⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 378-379.

¹⁵⁹ W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, pp. 150-151.

เสนอหาเป็นการตกลงทางกฎหมายด้วยตัวเอง เป็นลักษณะของนิติกรรมสองฝ่ายที่ไม่นับว่าเป็นสัญญาในความหมายของยุคคลาสสิก โดยนิติกรรมการให้เสนอหาจะก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ทันที ต่อมาในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียน ได้ทรงแยกแยะเรื่องของสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้กับการกระทำที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติชำระหนี้ออกจากกัน และสร้างแนวความคิดใหม่ว่า การให้เป็นสัญญาที่ผูกพันด้วยตัวเอง (binding contract) กล่าวคือ สัญญาให้ไม่ใช่รูปแบบของสัญญาทางการ แต่สามารถมีผลผูกพันได้¹⁶⁰ ทั้งนี้ ในยุคหลังการปฏิวัติ มีรูปแบบของการจดทะเบียนการให้สามารถทำให้ทรัพย์สินโอนไปได้โดยไม่ต้องส่งมอบ เรียกว่า instrumentum donationis

2.5.1.2 ประวัติความเป็นมาของสัญญาให้ตามกฎหมายไทย¹⁶¹

การให้โดยเสนอหาของไทยปรากฏตั้งแต่กฎหมายเก่า โดยผู้ให้จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินและมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้จึงเกิดการให้ขึ้น ไม่มีการพูดถึงคำมั่นว่าจะให้ในกฎหมายเก่า โดยหากยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ผู้รับการให้จะไม่มีสิทธิใดๆ อีกทั้ง ผู้ให้เมื่อให้แล้วจะเรียกคืนหรือเปลี่ยนใจไม่ได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันการให้โดยเสนอหาได้รับแนวความคิดสำคัญจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งทำให้การให้นอกจากการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ยังสามารถทำได้ด้วยวิธีการอื่นดังที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ไม่ว่าจะเป็น การให้ด้วยการปลดหนี้หรือการให้สิทธิมีตราสาร รวมไปถึงเรื่องคำมั่นว่าจะให้ที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ เป็นลักษณะที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายฝรั่งเศส เพราะไม่เคยมีหลักเกณฑ์เช่นนี้ปรากฏในกฎหมายเก่า อย่างไรก็ตามนอกจากกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว แนวคิดเรื่องสัญญาให้ มีที่มาจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน กฎหมายแพ่งสวิส กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และกฎหมายแพ่งอิตาลีด้วย¹⁶²

2.5.2 ลักษณะและสาระสำคัญของสัญญาให้

2.5.2.1 ลักษณะของสัญญาให้

สัญญาให้เป็นสัญญาที่มีลักษณะแตกต่างจากเอกเทศสัญญาอื่นเพราะเป็นสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับฝ่ายเดียวโดยที่ผู้รับไม่มีหนี้ต้องกระทำการใดตอบแทน ซึ่งทำให้เกิดการเรียกสัญญา

¹⁶⁰ Ibid., p. 151.

¹⁶¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 379-381.

¹⁶² ไมทซิด เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 364.

ดังกล่าวในชื่อที่แตกต่างกันตามมุมมองของนักกฎหมาย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสัญญาให้เรียกว่า “สัญญาฝ่ายเดียว” คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนั้นที่มีหนี้จะต้องชำระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ไม่มีข้อผูกพันอันเป็นหนี้ที่จะต้องชำระตอบแทนคู่สัญญาฝ่ายแรกแต่อย่างใดเลย สัญญาฝ่ายเดียวต้องมีบุคคลสองฝ่าย แต่เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายเดียวจะต้องชำระหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น¹⁶³ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สัญญาให้เสร็จเด็ดขาดก่อนเวลาที่จะให้และหลังเวลาที่จะให้ย่อมไม่มีก่อให้เกิดหนี้ จึงไม่อาจเรียกว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยสัญญาให้อยู่ในประเภทของ สัญญาไม่มีค่าตอบแทน เพราะผู้รับได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวโดยไม่มีหนี้ต่อผู้ให้ ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีการเรียกประเภทที่แตกต่างกันแต่ลักษณะของสัญญาให้ก็เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์ฝ่ายเดียวแก่ผู้รับเท่านั้น อีกทั้ง ผู้ให้ไม่มีหนี้เกิดขึ้นจากสัญญาให้ดังกล่าว

แม้การให้จะก่อให้เกิดประโยชน์ฝ่ายเดียวและไม่ก่อหนี้ แต่การให้เป็นสัญญาอย่างหนึ่งดังนั้น ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือผู้ให้ที่มีเจตนาให้ และผู้รับมีเจตนารับจึงจะเกิดสัญญาให้ได้ หากมีแต่เจตนาฝ่ายเดียวสัญญาให้ย่อมไม่เกิด โดยคุณสมบัติของผู้รับนั้นไม่ถูกจำกัดไว้แม้บุคคลที่บกพร่องทางความสามารถในการทำนิติกรรมก็สามารถเป็นคู่สัญญาให้ได้ แต่ในส่วนของผู้ให้นั้นเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมาย การให้คือ “การโอนทรัพย์สินของตน” ผู้ที่จะโอนทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาให้ได้จึงต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเจ้าของทรัพย์สินที่จะโอนให้แก่ผู้รับ โดยความเป็นเจ้าของดังกล่าวต้องเป็นในขณะที่ทำสัญญาให้ด้วย หากขณะทำสัญญาให้ไม่เป็นเจ้าของสัญญาให้ย่อมไม่เกิดเพราะไม่อาจก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาให้ได้ อย่างไรก็ตามสำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญาให้ มีนักกฎหมายบางส่วนตีความว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาให้คือ “การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน” ให้แก่ผู้รับ ในลักษณะเดียวกับวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย และสัญญาแลกเปลี่ยน¹⁶⁴ ซึ่งในส่วนนี้ข้าพเจ้าเห็นว่าเนื่องจากสัญญาให้นอกจากการโอนกรรมสิทธิ์แล้วยังมีเรื่องของการปลดหนี้ หรือการให้สิทธิอันมีตราสาร ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่ใช่การให้กรรมสิทธิ์ ดังนั้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ไม่น่าจะมีความหมายเฉพาะแค่การโอนกรรมสิทธิ์ เหมือนกับสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยนเท่านั้น แต่น่าจะใช้ความหมายของคำว่า “การโอนทรัพย์สิน” ซึ่ง

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 369.

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 367.

มีความหมายที่กว้างกว่าการโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นสิทธิที่มีเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อีกทั้ง ในบทบัญญัติก็มีได้ใช้คำว่า “โอนกรรมสิทธิ์” แต่อย่างไร

สัญญาให้มีประเด็นต้องพิจารณาว่าเป็นลักษณะสัญญาที่ต้องทำตามแบบหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากความสมบูรณ์ของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนาหรือไม่ หากสมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนาร่วมกันก็เพียงพอให้เกิดสัญญา ก็เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ แต่หากสัญญาไม่สมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนาเพียงอย่างเดียว แต่ต้องทำแบบที่กฎหมายกำหนดมิฉะนั้นถือว่าสัญญาไม่สมบูรณ์เป็นโมฆะตามมาตรา 152 ก็นับว่าเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบ ซึ่งแบบของกฎหมายที่เห็นได้ชัดคือ การทำเป็นหนังสือ หรือการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ นอกจากแบบทั้งสองแล้ว การส่งมอบที่กฎหมายกำหนดว่าหากไม่ส่งมอบสัญญาไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ผลเป็นโมฆะ อันมีลักษณะเป็นแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย¹⁶⁵ ดังนั้น สัญญาให้ตามกฎหมายไทยจึงเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบ คือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะเกิดสัญญาให้ขึ้น โดยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในฎีกาที่ 3680/2535 การที่ทายมคนหนึ่งในกองมรดกทำสัญญาให้โดยเสน่หายกทรัพย์สินที่ตนจะได้รับมรดกแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ถือว่าทรัพย์สินในส่วนที่มีใช้อสังหาริมทรัพย์นั้น ได้มี “การส่งมอบ” โดยปริยายแล้วจึงสมบูรณ์ตามนัยของมาตรา 523 โดยถือว่าผู้จัดการมรดกครอบครองทรัพย์สินนั้นแทนทายมซึ่งเป็นผู้ให้ได้ครอบครองทรัพย์สินแทนผู้รับการให้ นั่นเอง¹⁶⁶ อย่างไรก็ตาม การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นแบบของสัญญาให้ เป็นเพียงการกำหนดไว้สำหรับการให้ทรัพย์สินซึ่งกฎหมายไม่ได้ระบุลักษณะของทรัพย์สินไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น โดยแบบของสัญญาให้สำหรับทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ กฎหมายกำหนดแบบให้ต้องทำเช่นเดียวกันตามมาตรา 525 โดยไม่ต้องมีการส่งมอบ อีกทั้ง การให้สิทธิมีตราสารก็มีแบบที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีการส่งมอบตราสารและบอกกล่าวลูกหนี้ นอกจากนั้นการให้อาจทำได้ด้วยการปลดหนี้ ซึ่งกฎหมายได้มีแบบสำหรับการปลดหนี้อยู่แล้วในมาตรา 340 ว่าหากเป็นหนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ต้องมีหนังสือสำหรับการปลดหนี้ด้วยหนี้จึงจะระงับ จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาให้เป็นสัญญาที่มีแบบของกฎหมายกำหนดไว้ หากไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

¹⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 372.

¹⁶⁶ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 381.

2.5.2.2 สาระสำคัญของสัญญาให้

สัญญาให้คือสัญญาที่ผู้ให้ประสงค์จะโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยเสนหาและผู้รับยินยิตรับทรัพย์สินนั้น โดยสัญญาให้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน¹⁶⁷ เมื่อสัญญาให้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์คือฝ่ายผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับด้วยเจตนาอิสระผลที่เกิดขึ้นคือผู้รับการให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินโดยไม่ต้องตอบแทนแก่ผู้ให้ทำให้สินทรัพย์ในครอบครองของผู้รับมีมูลค่าสูงขึ้น ในขณะที่ผู้ให้ซึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้ไม่มีหน้าที่หรือความรับผิดชอบต่อผู้รับมอบทรัพย์สินนั้นไปเช่นเดียวกัน แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะชำรุดบกพร่องหรือเกิดการรอนสิทธิในภายหลัง ผู้ให้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการรอนสิทธิดังกล่าว ผู้รับการให้จึงไม่สามารถเรียกค่าเสียหายแก่ผู้ให้ได้ โดยการให้ยอมทำให้มูลค่าสินทรัพย์ของผู้ให้ลดลงสวนทางกับผู้รับ ไม่ว่าจะเป็นการให้ทรัพย์สินหรือการให้สิทธิหรือการปลดหนี้ก็ตาม ผลของสัญญาให้เกิดขึ้นในลักษณะเช่นนี้ทั้งสิ้น อีกทั้งสัญญาให้เมื่อให้กันแล้วย่อมไม่อาจเรียกคืนการให้ได้เว้นแต่อาศัยเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 531 เท่านั้น ซึ่งในส่วนนี้ไม่ใช่หนี้ของผู้รับที่จะต้องละเว้นการปฏิบัติดังกล่าว เพียงแต่เป็นเหตุทางกฎหมายที่ให้โอกาสผู้ให้ได้ถอนคืนการให้ได้เท่านั้น

2.5.3 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาให้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของสัญญาให้ที่ใช้คำว่า “โอนทรัพย์สิน” และ “รับทรัพย์สิน” ประกอบกับลักษณะของสัญญาให้ที่ไม่ได้จำกัดเพียงการโอนกรรมสิทธิ์ดังเช่นสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน อีกทั้งไม่ใช่สัญญาที่ก่อกำเนิดจากการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นลักษณะของทรัพย์สินสัญญาที่อาจมี ปัญหาเรื่องการส่งมอบวัตถุมีรูปร่าง เพียงแต่การส่งมอบเป็นแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ดังนั้นเมื่อกฎหมายใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” นักกฎหมายไทยจึงมีความเห็นในแนวเดียวกันโดยอาศัย ความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 138 คือทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ โดยอาจเป็น อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ รวมถึงสิทธิ¹⁶⁸ ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมี ราคาและอาจถือเอาได้¹⁶⁹ สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ได้ทั้งสิ้น¹⁷⁰ อย่างไรก็ตาม ความหมายของ

¹⁶⁷ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 400-413.

¹⁶⁸ ศันนัทกรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 394.

¹⁶⁹ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 367.

¹⁷⁰ ตะวัน กุลกาญจนวรรณ, “ปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่ากระดัดพัน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 15.

ทรัพย์สินในมาตรา 138 มีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าไม่รวมถึงสิทธิทางหนี้ อันได้แก่สิทธิเรียกร้อง เพราะเป็นคนละเรื่องกับเรื่องทรัพย์สิน อาจทำให้มีประเด็นต้องพิจารณาว่า สิทธิเรียกร้องจะสามารถทำสัญญาให้ได้หรือไม่ โดยมีนักกฎหมายเห็นว่า สิทธิเรียกร้องสามารถทำสัญญาให้ได้ แม้ว่าสิทธิเรียกร้องไม่ใช่สิทธิอันมีตราสารที่จะอยู่ในบังคับของมาตรา 524 การจะโอนสิทธิเรียกร้องนั้นก็ สามารถทำได้ด้วยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306¹⁷¹ โดยมองว่าสิทธิน่าจะรวมอยู่ใน ความหมายของทรัพย์สิน อีกทั้งสัญญาให้มีวิธีการให้สิทธิซึ่งมีตราสาร ดังนั้นสิทธิก็คงเป็นวัตถุแห่ง สัญญาให้โดยเสนาหาได้¹⁷² ทั้งนี้ หากมองความหมายของทรัพย์สินไม่รวมถึงสิทธิทางหนี้ด้วย ย่อมทำ ให้การให้สิทธิเรียกร้องแก่กันไม่นับว่าเป็นสัญญาให้ตามเอกเทศสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งและ พินิชย์ แต่อาจกลายเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง

2.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้

สัญญาประกันหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพินิชย์ สามารถประกันหนี้ได้ด้วยบุคคลซึ่ง เรียกว่า ค้ำประกัน และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน คือสัญญาจำนำ และสัญญาจำนอง ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงสัญญาประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งมีลักษณะที่เจ้าหนี้ได้รับประกันการชำระหนี้ ด้วยทรัพย์สินจากลูกหนี้ในลักษณะของการได้ตัวทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้คือสัญญาจำนำ หรือลักษณะของการจดจำนองทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้คือสัญญาจำนอง โดยในการศึกษา ครั้งนี้ต้องการศึกษาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ ผู้เขียน จึงกล่าวถึงเฉพาะการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเท่านั้น คือสัญญาจำนำและสัญญาจำนอง ส่วนการ ประกันหนี้ด้วยบุคคลไม่มีประเด็นต้องพิจารณาในการศึกษาครั้งนี้

2.6.1 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่จะกล่าวถึงในส่วนนี้เป็นการประกันหนี้ ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพินิชย์เท่านั้นอันได้แก่สัญญาจำนำ และสัญญาจำนอง โดย มิได้กล่าวถึงการประกันหนี้ตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เนื่องจากต้องการศึกษาลักษณะการใช้คำว่าทรัพย์สินกับเอกเทศสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹⁷¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 392.

¹⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

พาณิชย์เท่านั้น ทั้งนี้ สำหรับสัญญาจำนำ เนื่องจากมีลักษณะสำคัญของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแล้วลักษณะอีกประการคือเป็นทรัพย์สินสัญญาซึ่งอาจถูกจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินได้ แต่ในการศึกษาครั้งนี้ผู้ศึกษามุ่งศึกษาสัญญาจำนำในประเด็นเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาประกันในลักษณะจำนำว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างสามารถนำมาประกันการชำระหนี้ได้หรือไม่ จึงได้จัดกลุ่มสัญญาจำนำและสัญญาจำนองไว้ด้วยกันในการศึกษาครั้งนี้

2.6.1.1 สัญญาจำนำ

2.6.1.1.1 ความเป็นมาของสัญญาจำนำ

ก. ความเป็นมาของสัญญาจำนำในกฎหมายโรมัน

สัญญาจำนำ (Pignus) ในสมัยโรมันมาจาก *dominium fiduciarium* คือ การส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันส่งมอบได้ยาก (*res mancipi*) ให้แก่ผู้ให้ยืมเงินเป็นหลักประกันหนี้ โดยต้องทำตามแบบพิธีการ *macipatio* ซึ่งไม่มีความคล่องตัว และการประกันหนี้ด้วยสัญญาในรูปแบบนี้ทำให้ลูกหนี้ที่เอาทรัพย์สินมาประกันสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเกิดความเสียหายที่จะได้ทรัพย์สินคืน ไพรเตอร์จึงได้คิดพัฒนากฎหมายสร้างสัญญาจำนำ (Pignus) เพื่อให้มีความคล่องตัวในการทำสัญญาด้วยรูปแบบการส่งมอบ (*traditio*) ทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ โดยที่ลูกหนี้สามารถรักษากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้ ส่งมอบไปเพียงการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ที่รับจำนำเท่านั้น สัญญาจำนำในกฎหมายโรมันจึงหมายถึง ลูกหนี้ ส่งมอบ (*traditio*) ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (*res corporalis*) ให้แก่ผู้ให้ยืมเงิน (*Pignerator*) เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งการส่งมอบในสัญญาจำนำเป็นการส่งมอบการครอบครองแบบยึดถือเท่านั้น ไม่มีการส่งไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ผู้ให้ยืมเงินจึงไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ได้ หรือไม่สามารถได้ดอกผลจากทรัพย์สินที่ยึดถือไว้ โดยเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ผู้ให้ยืมเงินจะต้องส่งคืนทรัพย์สินพร้อมดอกผลจากทรัพย์สินคืนให้แก่ลูกหนี้ด้วย โดยจุดประสงค์เคร่งครัดดั้งเดิมของสัญญาจำนำคือ การประกันหนี้ด้วย “ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (*res corporalis*) อันอาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (*satisfaction*)”¹⁷³ โดยมีลักษณะสำคัญคือ ทรัพย์สินของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาจำนำ ในกฎหมายโบราณต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเสมอ แต่หลังยุคทองมีการยอมรับว่าสิทธิของผู้จำนำอาจ

¹⁷³ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 192.

ก่อนขึ้นได้โดยที่ทรัพย์สินยังอยู่กับลูกหนี้ จึงไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่ผู้จำหน่ายอีกต่อไป ดังนั้น จึงมีความเห็นว่า สัญญา Pignus ในยุคทองไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินสัญญา หรือสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบโดยแท้จริง¹⁷⁴ อีกทั้งในยุคทองขอบเขตของ Pignus ได้ถูกขยายให้รวมถึงการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอันได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินผู้อื่น หรือหนี้ค้ำชำระจากผู้อื่น หรือทรัพย์สินในอนาคตอันยังไม่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจะเห็นว่าการขยายความคิดของจำนำในยุคทองขยายออกไปกว้างมากจนไม่มีรูปร่างของสัญญา(ว่าด้วย)ทรัพย์สินอีกต่อไป และเมื่อทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้จึงไม่มีเรื่องของการส่งมอบทรัพย์สินที่จะทำให้เกิดสัญญาอีกต่อไปสำหรับการจำนำในยุคทอง ถึงขนาดกับมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ปัจจุบันไม่ต้องคำนึงเรื่องส่งมอบอีกต่อไป เนื่องจากเป็นฐานะของการแยกแยะมูลแห่งหนึ่งแบบหนึ่งไม่สำคัญอีกต่อไป¹⁷⁵

สำหรับหนี้เป็นประกันที่หากไม่ชำระหนี้แล้วอาจถูกบังคับให้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าหนี้ นั้น ไม่ได้หมายถึงเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้วกรรมสิทธิ์จะโอนไปยังเจ้าหนี้ทันที เพียงแต่การส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่างเพื่อจำนำแก่เจ้าหนี้ สร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ได้ว่าจะสามารถบังคับเอาตัวทรัพย์สินที่จำนำนั้นได้ด้วยการขายทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน ซึ่งต่างกับการจำนองที่ไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง โดยในกฎหมายโรมันยุคทอง หากต้องการจะเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนจะต้องมีเงื่อนไขกำหนดไว้ในสัญญาว่า “จะยกทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้” ทั้งนี้ ข้อกำหนดนี้ส่งผลเสียต่อลูกหนี้เพราะบางครั้งทรัพย์สินที่จำนำมีราคาสูงกว่าหนี้ที่เป็นประกันนั่นเอง ข้อกำหนดนี้จึงถูกยกเลิกในยุคจักรพรรดิคอนสแตนติน

ข. ความเป็นมาของสัญญาจำนำในกฎหมายไทย

สัญญาจำนำในกฎหมายไทยมีมาแต่โบราณเช่นเดียวกับทรัพย์สินสัญญาอื่น โดยมีลักษณะของสัญญาที่สำคัญคือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะก่อให้เกิดผลของสัญญาได้ ทั้งนี้ สัญญาจำนำได้เริ่มต้นควบคู่มาจากสัญญาค้ำประกันแต่สัญญาจำนำตั้งแต่สมัยโบราณมีลักษณะที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่า เพราะมีการส่งมอบทรัพย์สินไว้ให้เจ้าหนี้ครอบครอง โดยเจ้าหนี้จะไม่ได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของจนกว่าจะถึงระยะเวลาชำระหนี้ตามที่ตกลงกันไว้หรือภายในสามปีเป็นอย่างช้า

¹⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

¹⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

หากไม่ชำระหนี้ทรัพย์สินที่ส่งมอบเพื่อจำนำกรรมสิทธิ์จะตกแก่เจ้าหนี้ทันที¹⁷⁶ โดยสัญญาจำนำช่วงนั้นสามารถทำได้กับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ด้วย ทั้งนี้ ในสมัยรัชการที่ 4 สัญญาจำนำอสังหาริมทรัพย์ได้มีการเปลี่ยนแปลงพิเศษมาเป็นสัญญาจำนอง ซึ่งมีลักษณะคือการครอบครองทรัพย์สินไม่ถูกส่งต่อไปยังเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง จนระยะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลักการของสัญญาจำนำคือสามารถทำได้กับสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และมีลักษณะเป็นสัญญาอุปรกรณ์ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประธานของการประกันหนี้กันเหมือนสมัยโบราณ กล่าวคือ เมื่อไม่มีการชำระหนี้ ทรัพย์สินยังไม่ตกเป็นของเจ้าหนี้ แต่ต้องมีการขายทอดตลาด และหากราคาขายเกินกว่ามูลค่าหนี้สิน ผู้รับจำนำจะต้องส่งเงินส่วนที่เกินคืนผู้จำนำ

2.6.1.1.2 สารสำคัญของสัญญาจำนำ

ก. ลักษณะของสัญญาจำนำ¹⁷⁷

สัญญาจำนำปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 โดยมีการระบุไว้ชัดเจนว่า จำนำ คือการที่บุคคลหนึ่ง ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่ง แก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาจำนำนั้นกฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด แต่ข้อสำคัญคือต้องมีการ “ส่งมอบ” ทรัพย์สินที่จะทำการจำนำ หากไม่มีการส่งมอบไม่ถือว่าเป็นการจำนำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1914/2526) สัญญาจำนำจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่สมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น

ทั้งนี้ สัญญาจำนำเป็นสัญญาอุปรกรณ์เท่านั้น ไม่อาจเกิดสัญญาจำนำโดยไม่มีสัญญาประธานที่ก่อหนี้ระหว่างผู้จำนำและผู้รับจำนำ โดยสัญญาจำนำอาจเกิดพร้อมสัญญาประธานหรือเกิดหลังสัญญาประธานก็ได้ แต่สัญญาจำนำไม่อาจมีสัญญาโดดเดี่ยวโดยลำพังได้ โดยคู่สัญญาที่จะทำสัญญาจำนำนั้น อาจไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาประธานก็ได้ โดยการจำนำเพื่อหนี้ของบุคคลอื่นก็สามารถทำได้โดยการนำทรัพย์สินของตนเองไปจำนำแก่เจ้าหนี้เพื่อประกันหนี้ของบุคคลอื่น โดยลักษณะสำคัญของการจำนำคือการประกันหนี้ด้วยการที่ผู้รับจำนำได้ไปซึ่งสังหาริมทรัพย์ที่จำนำไว้เป็นประกัน

¹⁷⁶ ร.แลงกาด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 271-273.

¹⁷⁷ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 363-367.

โดยทั่วไปผู้จำหน่ายจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่นำมาจำหน่าย เพื่อที่เมื่อเกิดการบังคับจำหน่ายผู้รับจำหน่ายสามารถจะนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดได้ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้จำหน่ายจะมีไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน สัญญาจำหน่ายย่อมสามารถเกิดขึ้นได้หากผู้รับจำหน่ายมีเจตนาสุจริต ซึ่งผู้รับจำหน่ายอาจโดนติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากเจ้าของที่แท้จริงโดยอาศัยมาตรา 1336 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ทรัพย์สินที่นำมาจำหน่ายไม่จำเป็นต้องนำมาโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ การจำหน่ายจึงขอให้มีการส่งทรัพย์สินที่จำหน่ายให้ก็เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้วโดยไม่ต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นผู้จำหน่ายจะมีกรรมสิทธิ์หรือไม่ เป็นดุลยพินิจของผู้รับจำหน่ายที่จะต้องพิจารณาความเสี่ยงในการรับทรัพย์สินนั้นไว้เอง

ข. ผลของสัญญาจำหน่าย

สัญญาจำหน่ายเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินและก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้รับจำหน่าย คือจะต้องรักษาทรัพย์สินที่จำหน่ายไว้จนกว่าผู้จำหน่ายจะมาไถ่ถอนจำหน่ายโดยการเก็บรักษาทรัพย์สินไว้ในฐานะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินเพราะได้รับการครอบครองที่ส่งมอบมาเมื่อทำสัญญา แต่ครอบครองดังกล่าวผู้รับจำหน่ายไม่มีสิทธิที่จะใช้สอยหรือนำไปใช้แต่อย่างใด มีเพียงหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สิน และหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่ผู้จำหน่ายเมื่อมีการชำระหนี้เรียบร้อยแล้ว ส่วนหนี้ของผู้จำหน่ายคือการชำระเงินเพื่อไถ่ถอนหนี้ในสัญญาประจักษ์และจะทำให้สัญญาจำหน่ายระงับไปด้วย ทั้งนี้ สัญญาจำหน่ายนอกจากจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว ยังมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน¹⁷⁸ คือเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่จำหน่ายได้ก่อนเจ้าหนี้อื่นจากการที่ผู้รับจำหน่ายยึดหน่วงทรัพย์สินดังกล่าวไว้

ค. ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำหน่าย

ในมาตรา 747 บัญญัติว่าจำหน่ายคือ “สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำหน่ายส่งมอบสังหาริมทรัพย์หนึ่ง ให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง...” จากมาตราดังกล่าวจึงทำให้เกิดความชัดเจนและไม่มีความเห็นทางกฎหมายที่ขัดแย้งกันในกฎหมายไทยว่า ทรัพย์สินที่จะทำสัญญาจำหน่ายได้มีแต่

¹⁷⁸ นาวิน มั่นไสย์, “ปัญหาสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณีสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8(3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 18.

เฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นเพราะกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่นักกฎหมายไทยมีความเห็นที่แตกต่างกันสำหรับความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ ตามความหมายในมาตรา 140 หมายถึง “ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์และรวมถึงสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย” จึงมีปัญหาที่เป็นประเด็นความเห็น่า สิทธิที่ไม่ตัวตัวทรัพย์สินรองรับ เช่น สิทธิเรียกร้อง หรือ ทรัพย์สินทางปัญญา ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์หรือไม่ มีความเห็นเป็นสองแนว โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สิทธิทั้งหลายสามารถเป็นสังหาริมทรัพย์ได้เนื่องจาก มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอันอาจถือเอาได้ จึงนับเป็นทรัพย์สิน ซึ่งในบทบัญญัติของกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สิน ดังนั้นสิทธิการเช่าก็นับเป็นสังหาริมทรัพย์ด้วย¹⁷⁹ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาไม่นับเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งน่าจะเป็นประเภทของทรัพย์สินพิเศษ เพราะสังหาริมทรัพย์ควรจะต้องมีตัวทรัพย์สินรองรับสิทธิด้วย ส่วนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นบุคคลสิทธิมิใช่สังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิการเช่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2643/2531 สิทธิการเช่าอาคารพาณิชย์ เป็นเพียงบุคคลสิทธิ มิได้เป็นสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่อาจจำนำกันได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับคำว่าสังหาริมทรัพย์

ทั้งนี้ แม้ลักษณะของสัญญาจำนำจะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาแต่กรณีของทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นสิทธิมีตราสารนั้น กฎหมายได้กำหนดวิธีการที่จะสามารถนำทรัพย์สินนั้นมาจำนำได้โดยไม่ใช้ลักษณะของการส่งมอบที่ทำให้เกิดสัญญาเท่านั้น แต่จะต้องมีการบอกกล่าวการจำนำให้ลูกหนี้ทราบด้วยตาม มาตรา 750 นอกจากนั้น ใบหุ้น ซึ่งเป็นสิ่งแสดงถึงสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนจากบริษัท กฎหมายก็ยอมรับให้ นำมาจำนำได้ ตามมาตรา 753 แม้ว่าสิทธิทั้งสองจะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างและโดยเนื้อแท้ไม่สามารถส่งมอบให้กันอันจะทำให้เกิดสัญญาได้ก็ตาม แต่กฎหมายกำหนดลักษณะพิเศษไว้ดังนั้นวัตถุไม่มีรูปร่างเหล่านี้จึงสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ด้วย อย่างไรก็ตามสำหรับสิทธิอื่น เช่นสิทธิเรียกร้องซึ่งไม่ใช่สิทธิที่มีตราสาร เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการจำนำไว้เป็นพิเศษ อีกทั้งไม่สามารถใช้การส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินได้ และวัตถุประสงค์ของสัญญาจำนำก็เพื่อให้ผู้รับจำนำได้ทรัพย์สินที่เป็นประกันการจำนำไว้ในครอบครองเพื่อที่จะสามารถบังคับจากตัวทรัพย์สินที่เป็นประกันได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิซึ่งไม่มีตราสารไม่อาจนำมาเป็นเป็นทรัพย์สินที่ใช้ประกันหนี้ในสัญญาจำนำได้

¹⁷⁹ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 364.

2.6.1.2 สัญญาจำนอง

2.6.1.2.1 ความเป็นมาของสัญญาจำนอง

ก. ความเป็นมาของสัญญาจำนองตามกฎหมายโรมัน

สัญญาจำนองในสมัยโรมันเรียกว่า hypotheca โดยตั้งแต่โบราณยังไม่ปรากฏรูปแบบการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน (real security) ในลักษณะของสัญญาจำนอง จะมีก็แต่การประกันหนี้ที่เรียกว่า fiducia คือการประกันด้วยโดยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ เมื่อชำระหนี้ครบถ้วนแล้วจึงจะได้รับการโอนกรรมสิทธิ์คืนจากเจ้าหนี้ แล้วต่อมาจึงพัฒนาเป็นสัญญาจำนำ (pignus) คือ ลูกหนี้โอนการครอบครองทรัพย์สินโดยการส่งมอบให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้ ต่อมาแนวความคิดเรื่องการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยไม่ต้องโอนการครอบครองเริ่มมีความสำคัญในช่วงแรก คือ เรื่องการที่เกษตรกรจะต้องนำที่ดินไปเป็นประกันหนี้ หากต้องมีการส่งมอบการครอบครอง ย่อมทำให้เกษตรกรไม่มีที่อยู่อาศัย และไม่มีทางทำมาหากินที่จะใช้เงินคืนแก่เจ้าหนี้ได้ จึงพัฒนาต่อมาเป็นหลักที่มีการยอมรับให้สามารถนำทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ได้ในลักษณะเดียวกับสัญญาจำนำ (pignus) แต่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง โดยเรียกการประกันแบบนี้ว่า hypotheca¹⁸⁰ โดยเป็นสัญญาที่เอาทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน และเนื่องจากจำนองมิได้มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน ผู้จำนองจึงอาจนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นประกันแห่งอื่นอันเป็นสัญญาจำนองอีกฉบับก็ได้ การจำนองจึงอาจทำซ้ำซ้อนกันได้¹⁸¹ โดยผู้รับจำนองก่อนมีสิทธิเหนือกว่าผู้รับจำนองที่มาทีหลัง ทั้งนี้ ทรัพย์สินที่สามารถจำนองอาจเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือสิทธิทางหนี้ก็ได้ โดยทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างที่จะนำมาจำนองไม่จำเป็นต้องเป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ อาจเป็นทรัพย์สินที่ผู้อื่นมีกรรมสิทธิ์ก็ได้ โดยผู้อื่นยอมให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในบังคับของสัญญาจำนอง โดยไกอุสได้กล่าวว่า “ประโยชน์อันใดที่สามารถเป็นทำการซื้อขายกันได้ก็สามารถเป็นทำการจำนองได้ด้วยเช่นเดียวกัน”¹⁸² เช่น ความคาดหวังในทรัพย์สินในอนาคตสามารถจำนองได้ หรือ สิทธิทางหนี้ก็สามารถจำนองได้แต่เฉพาะกรณีที่ Praetor ให้การ

¹⁸⁰ Roger J. Goebel, "Reconstructing the Roman Law of Real Security," *Tulane Law Review* 71 (1961): 35-37.

¹⁸¹ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 191.

¹⁸² Roger J. Goebel, "Reconstructing the Roman Law of Real Security," *Tulane Law Review* 71 (1961): 47.

รับรองสัญญาเป็นต้น อย่างไรก็ตามก็ดีสัญญาจำนองที่เรียกว่า hypotheca นั้นมีความเสี่ยงในการที่ทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นประกันหนี้จำนวนมากและส่งผลเสียต่อระบบของสิทธิเหนือทรัพย์สิน เช่นผู้ซื้อทรัพย์สินที่ได้กรรมสิทธิ์ไปไม่มีทางทราบเลยว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกจำนองไว้แล้วจำนวนเท่าใด ซึ่งในกฎหมายโรมันไม่ได้มีการแก้ไขในส่วนนี้จนกระทั่งมีพัฒนาการของกฎหมายที่กำหนดให้การจำนอง (hypothecs) ต้องทำขึ้นต่อหน้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้นและต้องมีพยานอย่างน้อยสามคน¹⁸³ ซึ่งต่อมาในกฎหมายสมัยใหม่ส่วนใหญ่คือการใช้ระบบจดทะเบียนสำหรับการทำสัญญาจำนอง

ข. ความเป็นมาของสัญญาจำนองตามกฎหมายไทย¹⁸⁴

ในกฎหมายสัญญาโบราณของไทยไม่ปรากฏลักษณะของสัญญาจำนอง จะมีก็แต่สัญญาจำนำที่สามารถนำอสังหาริมทรัพย์ไปจำนำได้ด้วยแต่ยังคงลักษณะสำคัญคือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะถือเป็นการจำนำ ทั้งนี้ สัญญาจำนองปรากฏหลักเกณฑ์เป็นพิเศษแยกมาจากสัญญาจำนำในช่วงปลายสมัยรัชการที่ 4 ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงพร้อมกับกฎหมายที่ดิน โดยหลักการพัฒนามาจากสัญญาจำนำแต่การจำนองไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง

2.6.1.2.2 สาระสำคัญของสัญญาจำนอง¹⁸⁵

ก. ลักษณะของสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งสัญญาไว้ชัดเจนในบทบัญญัติหลักว่า “ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่อีกบุคคลหนึ่ง” ซึ่งคำว่าตราไว้หมายถึงการนำเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ทำการตราทรัพย์สินไว้ตามแบบที่ปรากฏในมาตรา 714 คือ สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมส่งผลให้ไม่เกิดสัญญาจำนองระหว่างคู่สัญญา หรือสัญญาจำนองเป็นโมฆะ ทั้งนี้ แบบของสัญญาจำนองนอกจากต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่แล้ว ยังต้องมีการระบุถึงทรัพย์สินซึ่งจำนองตามมาตรา 704 ระบุวงเงินที่จำนองตามมาตรา 708 และระบุหนี้หรือสัญญาที่

¹⁸³ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, pp. 152-153.

¹⁸⁴ ร.แสงกาด์, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, หน้า 276.

¹⁸⁵ พจน ฟูชปาคม, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง นิรรมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 5* (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546), หน้า 183.

จำนองเป็นประกันไว้โดยชัดแจ้งตามมาตรา 681 โดยอาจเป็นการประกันการชำระหนี้ซึ่งอาจเป็นหนี้ที่ สมบูรณ์หรือหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขก็ได้¹⁸⁶ ทั้งนี้ การจำนองไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน เพื่อให้อยู่ในความครอบครองแต่อย่างใด เพียงแต่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็เพียงพอ

คู่สัญญาแห่งสัญญาจำนองต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ผู้นำทรัพย์สินมาจำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินขณะที่นำทรัพย์สินมาจำนอง ตามมาตรา 705 จึงจะสามารถจำนองทรัพย์สินได้ หากเป็นการจำนองโดยบุคคลอื่น จำนองนั้นย่อมไม่ผูกพันเจ้าของที่ แท้จริง อย่างไรก็ตามหลักที่ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินอาจมีข้อยกเว้นได้ถ้าเจ้าของทรัพย์สิน ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือยินยอมให้ผู้อื่นแสดงตัวว่าเป็นเจ้าของ¹⁸⁷ และส่วนของผู้รับจำนอง จะต้องเป็นเจ้าของหนี้เท่านั้น จากที่มาตรา 702 ใช้คำว่า “ตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้” ดังนั้นถ้าจดทะเบียนจำนองกับบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหนี้ การจำนองย่อมไม่มีผล บังคับ¹⁸⁸

ข. ผลของสัญญาจำนอง

เมื่อสัญญาจำนองเกิดขึ้นแล้วย่อมส่งผลให้ผู้รับจำนองได้ไปซึ่งสิทธิจำนอง อันเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่น อีกทั้ง เป็นสิทธิที่ใหญ่กว่า ทรัพย์สินอื่นโดยกฎหมายกำหนดรับรองไว้ชัดเจนในมาตรา 722 ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะติดอยู่กับตัว ทรัพย์สินนั้นและสามารถเพิกถอนทรัพย์สินอื่นที่อาจเกิดขึ้นภายหลังและทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่ผู้ จำนองได้ เช่น ฎีกาที่ 10532/2541 “ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบโฉนดที่ดินให้แก่พนักงานที่ดิน เพื่อจดทะเบียนภาระจำนอง เพราะการจดทะเบียนดังกล่าวจะทำให้ราคาทรัพย์สินจำนองลดลงเป็นที่ เสื่อมเสียแก่ผู้รับจำนอง”¹⁸⁹ ทั้งนี้ แม้ผู้จำนองจะไม่มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินแต่มีหนี้ที่จะต้อง ดูแลรักษาทรัพย์สินไม่ให้สูญหายหรือบุบสลายอันอาจเป็นเหตุให้ไม่เพียงพอแก่การประกันหนี้ เพราะว่ หากไม่ปฏิบัติเช่นนี้จะส่งผลให้ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้ทันที

ค. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนอง

¹⁸⁶ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 252-261.

¹⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 236-247.

¹⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 213.

¹⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 275-276.

สัญญาจ้างองได้ระบุประเภทของทรัพย์สินที่สามารถจ้างองไว้ในมาตรา 703 โดยกำหนดว่า อสังหาริมทรัพย์สามารถจ้างองได้ไม่ว่าประเภทใด ซึ่งความหมายของ อสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามมาตรา 139 ซึ่งในส่วนของที่ดินมีโฉนด การจ้างองสามารถทำได้โดยการ เอาโฉนดที่ดินไปตราเป็นประกัน ทั้งนี้ ที่ดินที่ไม่มีโฉนด สามารถจ้างองได้หากมีหนังสือรับรองการทำ ประโยชน์โดยนำไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานที่ดิน สำหรับในส่วนของทรัพย์สินทั้งหลายอันเกี่ยวกับ ที่ดิน ย่อมหมายถึงทรัพย์สินที่ก่อตั้งโดยกฎหมาย อันได้แก่ สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน เป็นต้น สิทธิสองประการนี้เป็นสิทธิที่สามารถโอนแก่กันได้จึงสามารถนำมาจ้างองได้ หากเป็นสิทธิเฉพาะตัว เช่น สิทธิอาศัย หรือภาระติดพัน โดยลักษณะโอนไม่ได้ตั้งนั้นย่อมไม่สามารถนำมาจ้างองได้ เพราะ สุดท้ายจะทำให้ผู้จ้างองไม่สามารถใช้สิทธิบังคับตามสัญญาจ้างองได้¹⁹⁰ สำหรับทรัพย์สินประเภท อสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไปแล้วจ้างองไม่ได้ อสังหาริมทรัพย์บางประเภทเท่านั้นที่สามารถจ้างองได้ ซึ่ง กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 703 อันได้แก่ เรือ แพ สัตว์พาหนะ อสังหาริมทรัพย์อื่นซึ่งกฎหมาย บัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเป็นการเฉพาะ ซึ่งปัจจุบันได้แก่ เครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียน เครื่องจักร พ.ศ. 2514 , เครื่องบินตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2495 และรถยนต์ที่จด ทะเบียนแล้ว ตามพระราชบัญญัติรถยนต์(ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2551¹⁹¹

2.6.2 ลักษณะร่วมกันของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

2.6.2.1 เป็นสัญญาอุปรกรณ์

สัญญาจำนำและสัญญาจ้างอง เป็นสัญญาที่มีขึ้นเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ประธานซึ่งมีหนี้เป็นจำนวนเงินซึ่งลูกหนี้ต้องชำระเป็นจำนวนที่แน่นอน โดยสัญญาจำนำและสัญญา จ้างองเป็นเพียงสัญญาอุปรกรณ์ หากหนี้ประธานสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดย่อมส่งผลให้สัญญาจำนำ และสัญญาจ้างองซึ่งเป็นสัญญาอุปรกรณ์สิ้นสุดลงด้วยเสมอ โดยสัญญาจำนำและสัญญาจ้างองไม่อาจ เป็นสัญญาเพียงลำพังโดยไม่มีหนี้ประธานได้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาเกิดขึ้นเพื่อเป็นการ ประกันหนี้

¹⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 231-232.

¹⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 232-234.

2.6.2.2 ก่อให้เกิดทรัพย์สิน

สัญญาจำนำและสัญญาจำนองล้วนก่อให้เกิดทรัพย์สินในทรัพย์สินที่เป็นประกัน กล่าวคือ ในสัญญาจำนำเจ้าหนี้ได้รับทรัพย์สินไว้เป็นประกันการชำระหนี้โดยเป็นผู้มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สิน และบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นประกันอันมีลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินในลักษณะของทรัพย์สิน อีกทั้งเป็นสิทธิที่ดีกว่าเจ้าหนี้อื่นที่จะมาบังคับเอาจากทรัพย์สินนั้นได้ ส่วนสัญญาจำนองก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีชื่ออยู่ในทะเบียนของอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง โดยคงอยู่กับทรัพย์สินที่จำนองเสมอจนกว่าจะมีการยกเลิกสัญญาจำนอง

จากความหมายของคำว่าทรัพย์สินและลักษณะของเอกเทศสัญญาแต่ละประเภท กล่าวโดยสรุปได้ว่า ลักษณะของเอกเทศสัญญามีลักษณะเฉพาะที่ทำให้สามารถแยกได้ว่าสัญญาใดนับว่าเป็นเอกเทศสัญญาตามประเภทกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และสัญญาลักษณะใดเป็นสัญญาอื่นที่มีใช้เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การพิจารณาสัญญาว่าเป็นเอกเทศสัญญาหรือไม่จึงต้องพิจารณาที่ลักษณะของเอกเทศสัญญาเป็นหลัก หากไม่สัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะของเอกเทศสัญญาแล้วจะถือว่าเป็นเอกเทศสัญญาเหล่านั้นไม่ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญาใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เป็นวัตถุแห่งสัญญาในสัญญาทุกประเภท จึงก่อให้เกิดปัญหาเมื่อลักษณะของเอกเทศสัญญาไม่สามารถทำกับทรัพย์สินทุกประเภทได้ เช่น ทรัพย์สินที่ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ หรือ ทรัพย์สินที่ไม่สามารถส่งมอบกันผ่านทางรูปธรรมได้ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ปัญหาในการปรับใช้กฎหมายต่อไป

บทที่ 3

ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เนื่องจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสเป็นกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ และระบบสัญญาของกฎหมายทั้งสองประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือในกฎหมายเยอรมันมีระบบสองสัญญา แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นระบบสัญญาเดียว ซึ่งจะทำให้ได้แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาของทั้งสองระบบว่ามีหลักการปรับใช้อย่างไร และมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาดังเช่นกฎหมายไทยหรือไม่

3.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน

ในการศึกษาความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายเยอรมันผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงสองส่วน โดยส่วนแรกคือความคิดพื้นฐานของทรัพย์สิน ว่าในกฎหมายเยอรมันมีการตีความอย่างไร ครอบคลุมถึงสิ่งใดบ้าง และมีการเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินอย่างไร สำหรับส่วนที่สองคือความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาและคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาของกฎหมายเยอรมันว่าลักษณะของเอกเทศสัญญาแต่ละแบบเป็นอย่างไร และคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา มีการตีความและปรับใช้อย่างไร เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป โดยบทบัญญัติที่ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงในส่วนนี้เป็นบทบัญญัติที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ โดย Neil Mussett¹

¹ German Civil Code, Trans. by Neil Mussett. [online]. Available from: https://www.gesetze-internet.de/englisch_bgb/index.html [April 14, 2017]

3.1.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน

3.1.1.1 ความหมายและลักษณะของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับแนวความคิดสืบสายมาจากกฎหมายโรมัน เช่นเดียวกันกับกฎหมายของหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปรวมถึงประเทศไทย แนวความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินและทรัพย์สิน จึงมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งเริ่มต้นจากการมองว่าเรื่องของทรัพย์สินเป็นเรื่องเฉพาะวัตถุมีรูปร่าง corporals เท่านั้น แล้วต่อมาจึงพัฒนาแนวความคิดทางกฎหมายและมีเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่างคือ incorporals โดยเริ่มต้นคือ กรรมสิทธิ์ และสิทธิที่มีตัวทรัพย์สินรองรับทั้งหลาย แต่แนวความคิดเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่างไม่ได้หยุดเพียงเท่านี้ ต่อมายังมีการตีความรวมไปถึงสิทธิอันเกิดจากกฎหมาย หรือสิทธิระหว่างบุคคล และสิทธิทั้งหลายที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจให้ถือว่าเป็น วัตถุไม่มีรูปร่างด้วยเช่นกัน จึงทำให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ขยายออกไปครอบคลุมอย่างกว้างขวางมาก² ด้วยแนวความคิดเรื่องของทรัพย์สินเป็นเรื่องที่ใหญ่และครอบคลุมในหลายบริบทของกฎหมาย กฎหมายเยอรมันจึงจำกัดความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” (Sachen หรือในภาษาอังกฤษตามคำแปลของประเทศเยอรมันใช้คำว่า Thing) โดยนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 90³ ว่า “เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่ถือว่าเป็น ทรัพย์สิน ตามนิยามของกฎหมาย” เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในส่วน of คำว่าวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีการตีความอย่างหลากหลายของนักกฎหมาย และเพื่อให้การใช้คำศัพท์ในกฎหมายสามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในประมวลกฎหมาย⁴ และจากนิยามดังกล่าวเป็นการสร้างหลักการกับสิ่งอื่นที่ไม่ใช่วัตถุมีรูปร่างว่าอาจเรียกได้ว่าเป็นทรัพย์สิน (Property)⁵ โดยกฎหมายเยอรมันไม่มีการนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินเอาไว้ แต่เป็นเรื่องที่ปล่อยให้เป็นที่ไปตามแนวความคิดของเรื่องทรัพย์สินที่นักกฎหมายเยอรมันมีอยู่ ในส่วนลักษณะของวัตถุมีรูปร่างที่จะเป็นทรัพย์สินจากนิยามของกฎหมายเยอรมัน นักกฎหมายมองในสองแนวทาง แนวทางแรกเป็นมุมมองเป็นแบบจำกัด วัตถุดังกล่าวต้องเป็นวัตถุที่สามารถจับต้องได้และกินพื้นที่ในตัว สำหรับ

² Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume 4* (Minnesota: West Publishing Co., Ltd., 1959), pp. 536-537.

³ Section 90 Only corporeal objects are things as defined by law.

⁴ Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume 4*, pp. 531-534.

⁵ Rudolph Huebner, *History of Germanic Private Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1981), p. 161.

แนวคิดที่สองเป็นมุมมองแบบเปิดกว้างว่าอะไรก็ตามที่สามารถรับรู้ได้ในทางสัมผัสและสามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิได้ก็อยู่ในความหมายนี้ด้วย⁶

สำหรับประเภทของทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน มีทรัพย์สินสองประเภทที่ถูกนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอย่างชัดเจน คำแรกคือ สังกมทรัพย์สิน (Fungible Things) หมายถึง สังกทรัพย์สินที่ตามปกติทางธุรกิจสามารถระบุได้ด้วยการนับจำนวน สัดส่วนหรือน้ำหนักได้ ตามมาตรา 91⁷ คำที่สองคือ โภคยทรัพย์สิน คือสังทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปหรือเสื่อมสลายไป และสังทรัพย์สินที่ถูกนำไปรวมกันจนไม่สามารถแยกออกได้หรือถูกนำไปรวมกับอสังทรัพย์สิน ก็นับได้ว่าเป็นโภคยทรัพย์สิน ตามมาตรา 92⁸ ส่วนความหมายของอสังทรัพย์สินกับสังทรัพย์สิน กฎหมายเยอรมันไม่ได้มีการนิยามไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ในกฎหมายเยอรมันก็มีการใช้คำว่า สังกทรัพย์สิน (movable things) ในหลายส่วน ซึ่งจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ประเภทของอสังทรัพย์สินและสังทรัพย์สิน เป็นการแบ่งประเภทของ ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างออกเป็นสองระบบ เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายกับทรัพย์สินแต่ละประเภทอย่างเป็นระบบแตกต่างกัน คือ แนวคิดของกฎหมายเยอรมัน แบ่งทรัพย์สินออกเป็น อสังทรัพย์สิน (Liegen-schaften) สำหรับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ อันได้แก่ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินนั้น และ สังกทรัพย์สิน (Fahrnis) สำหรับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ ซึ่งเป็นการแบ่งตามธรรมชาติของทรัพย์สิน⁹ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่มุมที่กว้างขึ้นซึ่งในทางกฎหมายต้องมีเรื่องของสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินอันได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง เหล่านี้ นักกฎหมายเยอรมันจะถือการปรับใช้ตามวัตถุแห่งสิทธิของสิทธินั้นว่าอยู่ในประเภทใด เช่น กรรมสิทธิ์ใน

⁶ Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume 4*, p. 534.

⁷ Section 91 Fungible things as defined by law are movable things that in business dealings are customarily specified by number, measure or weight.

⁸ Section 92 Consumable things (1) Consumable things as defined by law are movable things whose intended use consists in consumption or in disposal. (2) Movable things are also regarded as consumable if they are part of a warehouse store or another aggregate of things whose intended use is the disposal of the individual things

⁹ Rudolpf Huebner, *History of Germanic Private Law*, p.164.

อสังหาริมทรัพย์ก็พิจารณาแบบเดียวกับอสังหาริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ก็พิจารณาแบบเดียวกับสังหาริมทรัพย์¹⁰

3.1.1.2 ทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิ

สำหรับการแบ่งสิทธิทางทรัพย์สินของบุคคลในภาพรวม สามารถแบ่งสิทธิได้เป็นสองอย่างคือ ทรัพย์สิน (real right) กับบุคคลสิทธิ(personal right) ในกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดลักษณะเดียวกับกฎหมายโรมัน คือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่างโดยตรง เรียกว่า ทรัพย์สิน (Real Right) เป็นสิทธิครอบงำตัวทรัพย์สินตามเจตนาของเจ้าของโดยเต็มที่¹¹ ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Sachenrechte มีลักษณะที่บอกถึงความเป็นเจ้าของและอำนาจการควบคุมทรัพย์สินนั้นโดยตรงให้โลกรับรู้ กล่าวคือเป็นเรื่องที่บุคคลอื่นต้องเคารพสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้มีทรัพย์สินนั้น แต่หากเป็น บุคคลสิทธิ (Personal Right) จะเป็นสิทธิของบุคคลหนึ่งที่จะอ้างต่อบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธินั้นได้เท่านั้น ไม่สามารถอ้างกับบุคคลที่สามซึ่งไม่เกี่ยวข้องได้ ทั้งนี้ในส่วนของทรัพย์สินนั้น นอกจากหมายถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินโดยตรงแล้ว ยังครอบคลุมถึงสิทธิอันเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินเช่น สิทธิเก็บกิน โดยการมองว่าสิทธิเก็บกินเป็นทรัพย์สิน (object of right) ซึ่งในเยอรมันมองว่าเป็นสิทธิในสิทธิ (Right in Right หรือ Gerechtsame) คือเจ้าของสิทธิมีสิทธิในสิทธิเก็บกิน แต่หากเป็นนักกฎหมายไทยการบอกว่ามีสิทธิเก็บกินก็ย่อมหมายถึงมีสิทธิในสิทธิเก็บกินอยู่แล้ว ซึ่งทรัพย์สินรวมถึงสิทธิในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเช่นนี้ด้วย¹²

3.1.1.3 กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมัน¹³

แนวความคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือ กรรมสิทธิ์(dominium) คือสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จะกระทำการใดต่อทรัพย์สินหรือทำลายทรัพย์สินนั้นก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยเป็นสิทธิที่มีอำนาจมากที่สุดในบรรดาสิทธิเหนือทรัพย์สิน ซึ่งในกฎหมาย

¹⁰ Rudolf Huebner, *History of Germanic Private Law*, pp.164-167

¹¹ สีเหมย โจว, "ปัญหาเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินโดยการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญา ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 15.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 162-163.

¹³ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3, 1 (2008): 211.

เยอรมันปรากฏหลักเกณฑ์นี้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 903¹⁴ ว่า “กรรมสิทธิ์ (Ownership หรือภาษาเยอรมันคือ Eigentum) เป็นสิทธิที่เจ้าของทรัพย์สินจะจัดการอย่างไรก็ได้ต่อทรัพย์สินตามแต่เจตนาของตนเองและเป็นสิทธิที่บุคคลอื่นไม่อาจก้าวล่วงได้ภายใต้ข้อจำกัดของบทบัญญัติหรือสิทธิของบุคคลที่สาม” อาจกล่าวได้ว่า กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมัน เป็นสิทธิที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิของเจ้าของที่จะได้ไปซึ่งการครอบครองหรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือก่อให้เกิดสิทธิอื่นเหนือกรรมสิทธิ์ มีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินได้ผลประโยชน์จากทรัพย์สินและได้ดอกผลในทรัพย์สิน รวมไปถึงสิทธิในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากบุคคลอื่นที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ทั้งที่ไม่ใช่เจ้าของ ทั้งนี้ กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมันมีได้แต่เฉพาะทรัพย์สิน (Thing) ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น¹⁵ ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนือสินทรัพย์(asset) ได้แต่อย่างใด¹⁶

3.1.1.4 การครอบครองในกฎหมายเยอรมัน¹⁷

แนวความคิดเรื่องการครอบครองในกฎหมายเยอรมัน ถูกลำดับหลักการครอบครองวัตถุมีรูปร่างในทางข้อเท็จจริง เรียกว่า Sachbesitz¹⁸ โดยในกฎหมายเยอรมันการครอบครองไม่จำเป็นต้องมีเจตนาเพื่อเป็นเจ้าของ เพียงแต่เป็นผู้ครอบครองตัวทรัพย์สินนั้นอยู่ก็นับว่าเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินไม่ว่าจะมีเจตนาครอบครองทรัพย์สินเพื่อตัวเองหรือเพื่อผู้อื่นแต่ข้อแตกต่างระหว่างผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินในฐานะเป็นเจ้าของกับผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ได้เป็นเจ้าของคือ ความคุ้มครองทางกฎหมายต่อผู้ที่ครอบครองในฐานะเป็นเจ้าของจะได้รับความคุ้มครองที่เรียกว่า Prescriptive rights คือความคุ้มครองโดยเด็ดขาดในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน และกฎหมายเรียกผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินอย่างเป็นเจ้าของว่า Proprietary possession¹⁹ แต่นอกจากความคุ้มครองดังกล่าว กฎหมายก็มีหลักความ

¹⁴ Section 903 The owner of a thing may, to the extent that a statute or third-party rights do not conflict with this, deal with the thing at his discretion and exclude others from every influence. The owner of an animal must, when exercising his powers, take into account the special provisions for the protection of animals.

¹⁵ Ernst J. Cohn and others, *A Manual of German Law* (London: H.M. Stationery Off, 1905), p. 116.

¹⁶ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3, 1 (2008): 211-212.

¹⁷ Athanassios N. Yiannopoulos, "Possession," *Loiusana Law Review* 51, 3 (January 1991): 535.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Section 872 Proprietary possession

A person who possesses a thing as belonging to him is a proprietary possessor.

คุ้มครองแก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เรียกว่า Possessory protection สำหรับทั้งผู้ครอบครองที่เป็นเจ้าของและผู้ครอบครองที่ไม่ได้เป็นเจ้าของหรือครอบครองแทนบุคคลอื่น เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ครอบครองจากบุคคลภายนอก ทั้งนี้ สำหรับการครอบครองทรัพย์สินนอกจากการครอบครองในทางข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายเยอรมันยอมรับการครอบครองที่ไม่ใช่ในทางข้อเท็จจริงด้วยสำหรับผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สิน กล่าวคือ ในทรัพย์สินชิ้นหนึ่งอาจมีการครอบครองพร้อมกันหลายคนแต่ลักษณะของการครอบครองแตกต่างกัน โดยผู้ครอบครองตัวทรัพย์สินนั้นอยู่จากสิทธิหรือหนี้ที่ได้รับการครอบครองมาช่วงเวลาหนึ่งจะเรียกว่า ผู้ครอบครองโดยตรง Direct possessor ได้แก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะของ ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ผู้รับจำนำ ผู้เช่า ผู้รับฝากทรัพย์สิน หรือผู้ที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าว แต่สำหรับเจ้าของทรัพย์สินในทรัพย์สินที่ได้ให้สิทธิเก็บกิน จำนำ ให้เช่า หรือฝากทรัพย์สินไว้หรือในลักษณะความสัมพันธ์เช่นนี้ เรียกว่า ผู้ครอบครองโดยอ้อม Indirect possessor ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงการครอบครองในกฎหมายเยอรมันจึงต้องพิจารณาในลักษณะของการครอบครองในทางข้อเท็จจริงแต่หากพิจารณาในลักษณะความคุ้มครองแก่ผู้ครอบครอง จะต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีการครอบครองอยู่โดยใครและในลักษณะใดบ้าง อย่างไรก็ตามลักษณะดังกล่าวในการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินสามารถใช้สิทธิในการป้องกันทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นซึ่งเป็นลักษณะทางข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยการครอบครองไม่ใช่ลักษณะของบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินสิทธิแต่เป็นเพียงข้อเท็จจริงตามกฎหมายที่จะได้รับความคุ้มครองเท่านั้น²⁰ ในกฎหมายเยอรมันจึงไม่มีเรื่องของ “สิทธิครอบครอง” (right to possess)²¹ ทั้งนี้ เนื่องจากทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันหมายถึงวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น การครอบครองจึงมีได้แต่ในวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ไม่มีแนวความคิดเรื่องการครอบครองเหนือทรัพย์สินสิทธิแบบที่นักกฎหมายโรมันเรียกว่า “เสมือนมีการครอบครอง” ดังนั้น จึงไม่อาจมีการครอบครองสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ตามกฎหมายเยอรมัน

3.1.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายเยอรมัน

เนื่องด้วยเอกเทศสัญญา (Special type of contract) ของเยอรมันมีการบัญญัติไว้ในอยู่ในส่วนหนึ่งของเรื่องหนี้ และมีหลักการพื้นฐานของสัญญาทั่วไปมาปรับใช้ทั้งหมด เพื่อให้เข้าใจพื้นฐาน

²⁰ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3, 1 (2008): 206.

²¹ *Ibid.*, p. 210.

ของเอกเทศสัญญา ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงความคิดพื้นฐานและลักษณะของสัญญา ซึ่งกฎหมายเยอรมันมีมุมมองที่แตกต่างกับกฎหมายอื่นไว้ก่อน แล้วจึงจะอธิบายถึงลักษณะของเอกเทศสัญญาต่อไป

3.1.2.1 ความคิดพื้นฐานและลักษณะของสัญญา²²

กฎหมายเยอรมันมีความคิดพื้นฐานของสัญญาว่าเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรมทางกฎหมาย (legal transaction) ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนา (declaration of intention) เสนอสนองที่ต้องตรงกันแล้วเกิดเป็นสัญญา อย่างไรก็ตาม เนื้อหาและลักษณะของสัญญาในกฎหมายเยอรมัน มีเอกลักษณ์เป็นของตนเอง กล่าวคือ สัญญา ไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นก่อนให้เกิดการโอนหรือเปลี่ยนแปลงในทรัพย์สินในสัญญาเดียว ดังเช่น ในประเทศฝรั่งเศส หรือ ประเทศไทย แต่สำหรับกฎหมายเยอรมัน สัญญา (Contract หรือภาษาเยอรมันใช้คำว่า Vertrag) หมายถึงเรื่องประกอบด้วยสัญญาสองรูปแบบ สัญญารูปแบบแรกคือสัญญาทางหนี้ เรียกว่า contractual relationship of obligation หรือ contract of obligation (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Vertragliches Schuldverhältnis) เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่ไม่สามารถก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สินได้ สำหรับสัญญารูปแบบที่สอง คือ สัญญาในการโอน เรียกว่า legal transactions of transfer หรือ contract of transfer (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Verfügung) เป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่ก่อให้เกิดการโอน เปลี่ยนแปลง หรือสงวนซึ่งทรัพย์สินนั้นแก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง โดยหลักการแยกรูปแบบของสัญญาเป็นสองแบบนี้เรียกว่า หลักการแยกสัญญา (The principle of separation) เป็นหลักการพื้นฐานเมื่อพิจารณาเรื่องสัญญาในกฎหมายเยอรมัน เพื่อให้แยกแยะระหว่างสัญญาที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางหนี้กับความสัมพันธ์ในการโอนทรัพย์สินออกจากกัน อย่างไรก็ตามสัญญาทั้งสองนั้นมีความผูกพันกันในลักษณะที่สัญญาทางหนี้เป็นเหตุผลที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น และก่อให้เกิดการไปทำสัญญาทางทรัพย์สินต่อกันในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือโอนสิทธิต่อไป แต่สัญญาโอนทรัพย์สินเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลในตนเองว่าการโอนดังกล่าวเกิดจากวัตถุประสงค์ใด โดยสิ่งที่เป็นเหตุผลของการโอนดังกล่าวก็คือ สัญญาทางหนี้

อนึ่งนอกจากหลักการแยกสัญญาแล้ว การพิจารณาสัญญาจะต้องพิจารณาถึงหลักในทางนามธรรม The principle of abstract กล่าวคือ สัญญาทั้งสองนอกจากจะแยกกันด้วย

²² Basil Markesinis, Hannes Unberath, and Angus Johnston, *The German Law of Contract*, 2nd Ed. (Oxford: Hart Publishing, 2006), pp. 25-29.

ลักษณะของสัญญาแล้ว ผลของสัญญาย่อมแยกกันด้วยเป็นแนวความคิดที่พัฒนามาจากผลงานวิชาการโดยได้รับการพัฒนาหลักๆโดย Savigny ซึ่งได้พบกรณีที่ว่าการโอนไปซึ่งการครอบครองพร้อมกับเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ไปด้วยทั้งที่ไม่ต้องมีหนี้ต่อกันก็สามารถทำได้ เรียกว่า “สัญญาลอยทางทรัพย์สิน”²³ เช่นการให้ตามธรรมชาติที่ได้ทำขึ้นแล้ว หลักในทางนามธรรมหรือ The principle of abstract นั้น มีหลักว่า หากสัญญาทางหนี้(obligation) ไม่เป็นผลหรือเสียไป ก็จะไม่ส่งผลให้การโอนทรัพย์สิน (property) เสียไปด้วย เป็นหลักการที่แยกความเป็นผลของสัญญาทางหนี้และความเป็นผลของสัญญาโอนทรัพย์สินออกจากกันและได้รับการพิจารณาแยกจากกันอย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายที่ดิน ประกอบด้วย สัญญาทางหนี้คือสัญญาที่ตกลงซื้อขายที่ดินต่อกัน และสัญญาโอนทรัพย์สินคือการไปโอนที่ดินโดยการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากมีการโอนที่ดินเรียบร้อยแล้ว กรรมสิทธิ์ย่อมตกอยู่ที่ผู้ซื้อเรียบร้อยแล้ว แม้ต่อมาปรากฏว่าสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ ก็ไม่ส่งผลต่อเรื่องสัญญาโอนทรัพย์สินให้เสียไปด้วย การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ ผู้รับโอนยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่ อย่างไรก็ตามจากตัวอย่างดังกล่าวหากสัญญาทางหนี้เสียไปแล้ว เหตุผลของการโอนกรรมสิทธิ์ครั้งนี้ย่อมไม่มีอยู่ และการโอนกรรมสิทธิ์ที่ไม่มีเหตุผลรองรับแม้จะได้รับการกรรมสิทธิ์ไปแต่ผู้รับไปดังกล่าวเป็นการรับไปในลักษณะลาภมิควรได้ เนื่องจากไม่มีเหตุทางกฎหมาย และส่งผลให้ผู้โอนกรรมสิทธิ์สามารถเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวฐานลาภมิควรได้ต่อไปได้ แต่มิใช่การเรียกคืนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยอาศัยเหตุว่าสัญญาเลิกกันเพราะการเรียกคืนฐานลาภมิควรได้เป็นหนี้ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ถ้าหากทรัพย์สินตกไปอยู่กับบุคคลภายนอกย่อมไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้

จากหลักเกณฑ์ทั้งสองของสัญญาในกฎหมายเยอรมันในการแบ่งแยกกระหว่างสัญญาทางหนี้ กับสัญญาโอนทรัพย์สินออกจากกัน ในการพิจารณาเพื่อศึกษาต่อไปจึงต้องคำนึงถึงลักษณะสำคัญของทั้งสองสัญญานี้ประกอบการพิจารณา กล่าวคือ หากกล่าวถึงสัญญาทางหนี้ ย่อมเป็นเรื่องทางหนี้ที่มีอิสระที่จะกำหนดความผูกพันอย่างใดก็ตามที่กฎหมายยอมรับ เป็นเรื่องของหนี้ในประมวลกฎหมายเยอรมันเล่มสอง แต่หากพูดถึงเรื่องสัญญาโอนทรัพย์สินเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การโอนทรัพย์สินไว้ ไม่ได้ปล่อยให้เป็นเรื่องของการแสดงเจตนาโดยอิสระดังเช่นเรื่องนี้

²³ ปรีดี เกษมทรัพย์, "สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน," *ตุลพาท* เล่ม 1 ปี 15 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2515): 53-59.

3.1.2.2 ลักษณะของเอกเทศสัญญา²⁴

กฎหมายเยอรมันบัญญัติเอกเทศสัญญาขึ้นเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดความผูกพันและความรับผิดชอบของคู่สัญญาในเอกเทศสัญญาเหล่านั้นที่ได้บัญญัติไว้ โดยลักษณะของเอกเทศสัญญา คือ หลักการทำสัญญาและความผูกพันหากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้สำหรับเอกเทศสัญญาใดก็ให้ใช้หลักการของสัญญาทั่วไปมาใช้ อีกทั้ง บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบังคับที่จะทำเอกเทศสัญญาได้เพียงเท่านั้น แต่คู่สัญญาสามารถทำสัญญานอกเหนือจากนี้ หรือนำสัญญาเหล่านั้นมารวมกันก่อเกิดสัญญาใหม่ก็ได้ เช่นการให้เช่าห้องแบบรวมบริการและอาหารเช้า เป็นรูปแบบของสัญญาเช่า รวมกับสัญญาบริการ และสัญญาขายอาหาร เป็นต้น ซึ่งข้อบังคับของแต่ละเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวข้องจะถูกนำมาปรับใช้ นอกจากคู่สัญญาจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น โดยเป็นอิสระของคู่สัญญา

3.1.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน เป็นลักษณะของสัญญาที่ได้รับอิทธิพลมาตั้งแต่สมัยโรมัน กล่าวคือ สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินย่อมไม่ถือว่าเกิดสัญญาแม้มีการตกลงกันแล้ว โดยลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินจะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว²⁵ คือผู้รับมอบทรัพย์สินที่จะดูแลรักษาทรัพย์สินและส่งคืนทรัพย์สินเมื่อสัญญาสิ้นสุด โดยสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันได้แก่ สัญญายืมใช้คงรูป สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง สัญญาฝากทรัพย์สิน ทั้งนี้แม้ลักษณะของสัญญาจำนำจะนับว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินด้วยเช่นกันแต่เนื่องจากสัญญาจำนำมีลักษณะที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิในการประกันหนี้ ผู้เขียนจึงมิได้กล่าวถึงสัญญาจำนำด้วยในส่วนนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถพิจารณาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สิน ความแตกต่างระหว่างการส่งมอบทรัพย์สินและหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน และความแตกต่างระหว่างสัญญาทางทรัพย์สินกับทรัพย์สินสัญญา

²⁴ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 132-133.

²⁵ Markesinis, Unberath, and Johnston, *The German Law of Contract*, p. 350.

3.1.3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งมอบ

การส่งมอบทรัพย์สิน (Delivery) ในกฎหมายเยอรมันเป็นหนึ่งในวิธีการของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Ownership) แต่ไม่ใช่การส่งมอบทุกครั้งจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย โดยการส่งมอบที่จะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเยอรมันจะต้องมีองค์ประกอบสำคัญสามประการคือ ประการแรกต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สินอย่างเป็นรูปธรรม ประการที่สองต้องมีเจตนาที่จะโอนและรับโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และประการสุดท้ายคือความเป็นผลของการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ขึ้นอยู่กับผลของสัญญาที่เป็นเหตุผลรองรับการโอนกรรมสิทธิ์²⁶ ดังที่ได้กล่าวไว้ในส่วนของสัญญาแล้วว่าแม้สัญญาทางหนี้ไม่เป็นผลแต่การโอนกรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังผู้รับโอนแล้วเมื่อมีการทำสัญญาทางทรัพย์สิน โดยการส่งมอบที่ทำให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์เป็นลักษณะของการทำสัญญาทางทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดผลคือการโอนกรรมสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการส่งมอบทรัพย์สินโดยไม่มีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ การส่งมอบดังกล่าวย่อมเป็นเพียงการทำให้ผู้รับได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สิน (Possession) ซึ่งจะเป็นการครอบครองลักษณะใดก็ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้ส่งมอบกับผู้รับมอบ หากผู้ส่งมอบสละเจตนาครอบครองเพื่อให้ผู้รับมอบได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นด้วยตนเอง (animus domini) ผู้รับมอบย่อมเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เรียกว่า Proprietary possession แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ส่งมอบมีเจตนาส่งมอบทรัพย์สินนั้นไปโดยให้ผู้รับมอบครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้แทนตนเอง เช่น การส่งมอบเพื่อฝากทรัพย์สินให้รักษาไว้ หรือการส่งมอบเพื่อให้ได้ใช้ทรัพย์สินนั้นแล้วส่งคืน เช่นนี้ผู้ส่งมอบจะเหลือเพียงการครอบครองทางอ้อมที่เรียกว่า Indirect possession และผู้รับมอบจะครอบครองทรัพย์สินโดยตรง เรียกว่า Direct possession อนึ่ง การส่งมอบที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการครอบครองโดยไม่เกิดการโอนทรัพย์สินไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นสัญญาทางทรัพย์สิน เพราะไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงแกสิทธิทางทรัพย์สินตามกฎหมาย เนื่องจากการครอบครองเป็นเพียงลักษณะทางข้อเท็จจริงที่กฎหมายคุ้มครองเท่านั้น โดยกฎหมายบัญญัติไว้ว่า บุคคลจะได้รับการครอบครองทรัพย์สินต่อเมื่อได้ควบคุมตัวทรัพย์สินนั้นโดยแท้จริงตามมาตรา 854²⁷ สำหรับรูปแบบของการส่งมอบที่กฎหมาย

²⁶ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3, 1 (2008): 218.

²⁷ Section 854 Acquisition of possession

(1) Possession of a thing is acquired by obtaining actual control of the thing.

(2) Agreement between the previous possessor and the acquirer is sufficient for acquisition if the acquirer is in a position to exercise control over the thing.

เยอรมันถือว่าการส่งมอบไม่ได้มีแค่กรณีของการส่งมอบทรัพย์สินทางซื้อเท็จจริงที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินจากมือสู่มือเท่านั้น แต่กฎหมายเยอรมันยอมรับให้มีการส่งมอบที่เรียกว่าการส่งมอบระยะใกล้ (Ubergabe kurzer Hand, short-handed delivery)²⁸ คือการส่งมอบที่ตัวทรัพย์สินอยู่กับผู้ที่จะรับมอบทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว เพียงแต่ผู้รับโอนเปลี่ยนเจตนาจากที่ครอบครองทรัพย์สินเพื่อผู้โอนเป็นครอบครองทรัพย์สินเพื่อตนเอง ซึ่งปรากฏในมาตรา 854(2) และ มาตรา 929²⁹ นอกจากนี้ยังมีการส่งมอบที่เรียกว่าการส่งมอบโดยเจตนา (constitutum possessorium) (Besitzkonstitut) ซึ่งเป็นการส่งมอบโดยการเปลี่ยนเจตนาของผู้ครอบครองทรัพย์สินจากที่ครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเองเป็นการครอบครองทรัพย์สินแทนบุคคลผู้รับมอบ ตามมาตรา 930³⁰ ดังนั้นจากลักษณะของการส่งมอบตามกฎหมายเยอรมันที่ต้องมีการส่งมอบทางซื้อเท็จจริง หรือการที่มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เป็นผู้แสดงเจตนาเพื่อให้เกิดการส่งมอบ ประกอบกับความคิดพื้นฐานของการครอบครองและกรรมสิทธิ์ของกฎหมายเยอรมันที่มีได้เฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้นการส่งมอบในกฎหมายเยอรมันจึงใช้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เพื่อแสดงถึงลักษณะการครอบครองทรัพย์สิน

3.1.3.2 การส่งมอบทรัพย์สินกับหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน

การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำที่เกิดจากเจตนาของผู้ส่งมอบที่ทำให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินได้การครอบครองทรัพย์สินนั้นไป ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะและเจตนาของผู้ส่งมอบและผู้รับมอบ และการส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสัญญาทางหนี้ได้ ได้แก่ สัญญายืม สัญญาฝากทรัพย์สิน และสัญญาจำนำ ส่วนหนี้ส่งมอบทรัพย์สินมิใช่การกระทำแต่เป็นหนี้ที่จะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยอาจจะเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่ก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สิน เช่นการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้เช่าไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไป หรือเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินเป็นการโอน

²⁸ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law*: 208.

²⁹ Section 929 For the transfer of the ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of the ownership suffices.

³⁰ Section 930 If the owner is in possession of the thing, the delivery may be replaced by a legal relationship being agreed between the owner and the acquirer by which the acquirer obtains indirect possession.

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เช่นสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายมีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สิน โดยการส่งมอบไปพร้อมเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ดังนั้น หนี้ส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นเพียงการส่งมอบทรัพย์สินโดยมีเจตนาเพื่อชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญา และมีความสัมพันธ์กับการส่งมอบทรัพย์สิน ในลักษณะที่หนี้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นเหตุให้การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำที่นำไปโดยมีเหตุผล³¹ แต่ไม่ได้หมายรวมถึงความหมายของการส่งมอบทรัพย์สินทุกรูปแบบ โดยการส่งมอบทรัพย์สินอาจเป็นเหตุแห่งสัญญาได้ด้วย ซึ่งจะทำให้เกิดสัญญาที่เรียกว่า ทรัพย์สินสัญญา

3.1.3.3 สัญญาทางทรัพย์สินกับทรัพย์สินสัญญา

สัญญาทางทรัพย์สิน ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Contract of transfers เป็นคำที่ใช้เรียกรูปแบบสัญญาทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สิน ส่วนทรัพย์สินสัญญา ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า Real Contract เป็นคำที่ใช้เรียกประเภทของสัญญาที่มีลักษณะสำคัญคือสัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งได้แก่ สัญญายืมใช้คงรูป สัญญายืมใช้สิ่งเปลือง และสัญญาฝากทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินสัญญาจัดว่าเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาที่อยู่ในสัญญาทางหนี้ ซึ่งทรัพย์สินสัญญาไม่ก่อให้เกิดการโอนไปซึ่งทรัพย์สินแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการเปลี่ยนแปลงซึ่งการครอบครองทางซื้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางทรัพย์สิน

3.1.3.4 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ

3.1.3.4.1 สัญญายืมใช้คงรูป (Gratuitous Loans หรือ LEIHE)

ก. สาระสำคัญของสัญญายืมใช้คงรูป

ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 598³² ได้วางหลักเกณฑ์ของสัญญายืมใช้คงรูป (Gratuitous Loans) ว่าหมายถึงสัญญาที่ “ผู้ให้ยืมผูกพันตนให้ผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สินโดยไม่คิดค่าตอบแทน” แม้กฎหมายจะไม่ได้ระบุไว้ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดก็ตาม แต่ลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูปในกฎหมายเยอรมันจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ยืมเพื่อได้ใช้ทรัพย์สินนั้นต่อไป สัญญายืมใช้คงรูปไม่ได้เกิดจากการตกลงกันแล้วก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ยืมจากข้อตกลงดังกล่าวที่

³¹ Markesinis, Unberath, and Johnston, *The German Law of Contract*, pp. 25-29.

³² Section 598 Typical contractual duties in the case of a gratuitous loan

By a gratuitous loan agreement, the lender of a thing is obliged to permit the borrower to use the item at no charge.

จะต้องให้ยืม แต่หนี้ตามสัญญายืมมีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ให้ยืมได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมแล้ว ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของสัญญายืมใช้คงรูป หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ความผูกพันและสัญญายืมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะมีการตกลงกันก่อนที่จะมีการส่งมอบ แต่การตกลงดังกล่าวจะมีผลก็ต่อเมื่อเวลาที่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืมกันแล้วเท่านั้น³³ สัญญายืมใช้คงรูปจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาคือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ โดยสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน (unilateral contract) คือก่อนนี้แก่ผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียวที่จะต้องคืนทรัพย์สินเมื่อใช้เสร็จแล้วให้แก่ผู้ให้ยืม อีกทั้งเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous contract) เพราะหากมีค่าตอบแทนอาจกลายเป็นลักษณะของสัญญาเช่าได้ อนึ่งการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญายืมใช้คงรูป ก่อให้เกิดการส่งมอบ การครอบครองที่แท้จริง โดยผู้ให้ยืมยังมีการครอบครองโดยอ้อมอยู่ที่เรียกว่า (indirect possession) ส่วนผู้ยืมได้ไปซึ่งการครอบครองทางข้อเท็จจริง (direct possession) โดยเป็นลักษณะของการครอบครองแทนผู้ให้ยืมเท่านั้นมิใช่การครอบครองดังผู้เป็นเจ้าของ การส่งมอบดังกล่าวจึงมิใช่ลักษณะของการส่งมอบที่จะก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืมได้เพราะการส่งมอบมิได้มีเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์ไปพร้อมกับการส่งมอบด้วย ดังนั้น สัญญายืมใช้คงรูปจึงเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดสัญญาทางหนี้ที่เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลเท่านั้น มิได้ก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินหรือสัญญาโอนที่มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิในทรัพย์สินแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากสัญญายืมทรัพย์สิน (Loan of thing) ที่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการส่งมอบที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปด้วยดังจะได้อธิบายในส่วนต่อไป สัญญายืมใช้คงรูปมีวัตถุประสงค์คือให้ผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สินตามที่ตกลงกันช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยสัญญายืมใช้คงรูปจะมีกำหนดเวลาหรือไม่ก็ได้ แต่หากไม่มีกำหนดเวลาและไม่สามารถประเมินระยะเวลาจากวัตถุประสงค์ที่ใช้ได้ จะส่งผลให้ผู้ให้ยืมจะทวงทรัพย์สินที่ให้ยืมคืนเมื่อใดก็ได้³⁴ โดยผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องไม่ใช้ทรัพย์สินนั้นนอกวัตถุประสงค์ และต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นดังเช่นทรัพย์สินของตนเอง ส่วนผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ต้องกระทำต่อผู้ยืม

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้คงรูป

³³ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 150.

³⁴ Ibid.

ในบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาเช่าใช้คงรูปของเยอรมันตั้งแต่มาตรา 598 ถึง มาตรา 660 ล้วนใช้คำว่า Thing เท่านั้น ซึ่งกฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ชัดเจนว่า Thing หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้น ทรัพย์สินที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้คงรูปในกฎหมาย เยอรมันได้จึงมีได้เฉพาะ ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ส่วนสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือทรัพย์สินอื่น กฎหมายไม่ได้ บัญญัติไว้ จึงไม่สามารถนำมาทำสัญญาเช่าใช้คงรูปได้ ทั้งนี้ ประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาทำสัญญาเช่าใช้คงรูปได้ ไม่ใช่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างทุกประเภท แต่ทรัพย์สินดังกล่าวต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไป จึงจะมีการเช่าและคืนทรัพย์สินขึ้นเดียวกันแก่ผู้ให้เช่าด้วย ในเยอรมันจึงไม่มีความเห็นที่ต้อง ถกเถียงกันว่า ทรัพย์สินประเภทใดจะทำสัญญาเช่าใช้คงรูปได้ และประเภทใดทำไม่ได้ เพราะกฎหมาย บัญญัติและเลือกใช้คำไว้ชัดเจนแล้ว

3.1.3.4.2 สัญญาเช่าทรัพย์สิน (Loan of a thing)

ก. สาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

สัญญาเช่าทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันปรากฏในมาตรา 607³⁵ วางหลักว่า “สัญญาเช่าทรัพย์สินคือสัญญาที่ผู้ให้เช่าตกลงส่งมอบให้แก่ผู้เช่าซึ่งสังกมทรัพย์สิน โดยผู้เช่ามีภาระผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ และเมื่อครบระยะเวลาที่ตกลงไว้ต้องคืนทรัพย์สินด้วยชนิด คุณภาพ และปริมาณ เดียวกันกับที่ได้เช่าไปนั้น” ทั้งนี้ สัญญาเช่าทรัพย์สินไม่สามารถใช้ได้หากทรัพย์สินที่จะเช่าคือเงิน โดย กฎหมายระบุไว้ในมาตรา 607(2) ดังนั้น ในสัญญาเช่าทรัพย์สินจะมีการกำหนดค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ กฎหมายไม่ได้บังคับเหมือนกับสัญญาเช่าใช้คงรูป และกำหนดเวลาจะมีหรือไม่ก็ได้ แต่หากไม่มีการ กำหนดระยะเวลาการเช่าทรัพย์สินไว้ กฎหมายให้อำนาจแก่คู่สัญญาที่จะยกเลิกสัญญาและคืนทรัพย์สินหรือ เรียกคืนทรัพย์สินเมื่อใดก็ได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว³⁶ ทั้งนี้ จากบทบัญญัติดังกล่าว สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็น

³⁵ Section 607 Typical contractual duties in a contract for the loan of a thing

(1) By a contract for the loan of a thing, the lender agrees to hand over to the borrower an agreed fungible thing. The borrower is obliged to make payment for the loan and, when the loan falls due, to return what he has received in things of the same kind, quality and amount.

(2) The provisions of this title do not apply when what is handed over is money.

³⁶ Section 608 Termination

(1) If a time for the return of the thing handed over is not specified, the due date depends on the termination of the loan by the lender or the borrower.

สัญญาที่เกิดขึ้นได้จากการที่ผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมไว้³⁷ โดยผู้ให้ยืมไม่ได้มีหน้าที่จะต้องส่งมอบ แต่เป็นลักษณะของการส่งมอบที่ก่อให้เกิดสัญญาจำนองทรัพย์สิน คือทรัพย์สินสัญญา โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับ สัญญาจำนองใช้สิ่งเคลื่อน (Mutuum) ในกฎหมายโรมัน ที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมพร้อมกับการส่งมอบ กล่าวคือ การส่งมอบในสัญญาจำนองมีใช้เป็นการส่งมอบที่ส่งไปเพียงการครอบครองทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ผู้ให้ยืมทรัพย์สินต้องมีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมทรัพย์สินด้วย เนื่องจากทรัพย์สินที่มีลักษณะที่ใช้แล้วหมดไปทรัพย์สินที่ผู้ยืมจะนำมาคืนจึงมิใช่ทรัพย์สินเดิมแต่เป็นทรัพย์สินที่สามารถทดแทนกันได้ ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาจำนองจึงก่อให้เกิดสัญญาทางหนึ่งและก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปพร้อมกัน แต่หากเป็นการให้ยืมสิ่งที่มีทรัพย์สินซึ่งมิได้เป็นการใช้ในลักษณะที่ใช้แล้วหมดไป สัญญาอาจกลายเป็นสัญญาจำนองใช้คงรูปหรือสัญญาเช่าเพราะทรัพย์สินที่ยืมและทรัพย์สินที่คืนเป็นทรัพย์สินเดียวกัน ไม่เข้าลักษณะของสัญญาจำนองทรัพย์สิน

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองตามมาตรา 607 กล่าวถึงเฉพาะสิ่งจำนอง (Fungible Thing)³⁸ เท่านั้น คือสิ่งทรัพย์สินที่สามารถนำทรัพย์สินประเภทเดียวกันมาทดแทนกันได้ ซึ่งหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ปัญหาเรื่องความหมายของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองในกฎหมายเยอรมันจึงไม่มีประเด็นที่มีการถกเถียงกันเพราะกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน

3.1.3.4.3 สัญญาฝากทรัพย์สิน

ก. สาระสำคัญของสัญญาฝากทรัพย์สิน (Safekeeping หรือ Verwahrung)

(2) To the extent that nothing else has been agreed, a contract for the loan of a thing entered into for an indefinite period of time may be terminated in whole or in part by the lender or the borrower at any time.

³⁷ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 150.

³⁸ Section 91 Fungible things

Fungible things as defined by law are movable things that in business dealings are customarily specified by number, measure or weight.

สัญญาฝากทรัพย์สิน (Safekeeping หรือ Deposit) ตามกฎหมายเยอรมัน บัญญัติไว้ในมาตรา 688³⁹ หมายถึง “สัญญาที่ผู้รับฝากทรัพย์สินนี้ที่จะต้องเก็บรักษาสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการส่งมอบจากผู้ฝากทรัพย์สิน” ดังนั้น สัญญาฝากทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันจะเกิดสัญญาและหนี้ขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จะฝากให้แก่ผู้รับฝากแล้วเท่านั้น เพียงแค่การตกลงกันโดยทรัพย์สินมิได้อยู่ในเงื้อมมือของผู้รับมอบทรัพย์สินมิใช่การส่งมอบทรัพย์สินตามหลักการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น การตกลงกันเพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอให้เกิดสัญญาฝากทรัพย์สินแต่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินด้วย สัญญาฝากทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันจึงการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เกิดสัญญา คือเป็นทรัพย์สินสัญญา ทั้งนี้ ลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์สินจะมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ แต่หากไม่มีค่าตอบแทน ผู้รับฝากทรัพย์สินจะใช้ความระมัดระวังเท่าที่เป็นทรัพย์สินของตัวเองก็เพียงพอแล้ว⁴⁰ ตามมาตรา 690⁴¹ โดยสัญญาฝากทรัพย์สินได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงเป็นสัญญาทางหนี้เท่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ หากเป็นกรณีทรัพย์สินที่ฝากเป็นสังกมทรัพย์สินและเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้ผู้ฝาก และเมื่อเรียกคืนเป็นการขอคืนทรัพย์สินชนิด ปริมาณและประเภทเดียวกันแทนได้นั้น สัญญาดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญายืมทรัพย์สินไม่ใช่สัญญาฝากทรัพย์สิน⁴² ตามมาตรา 700⁴³ อนึ่ง หากไม่ใช้การฝากทรัพย์สินตามธรรมดาในมาตรา 688 แล้ว

³⁹ Section 688 Typical contractual duties in safekeeping

By a safekeeping contract, the depositary is obliged to store a movable thing delivered to him by a depositor.

⁴⁰ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 165.

⁴¹ Section 690 Liability for gratuitous safekeeping

If safekeeping is assumed gratuitously, then the depositary is only liable for the care that he customarily exercises in his own affairs.

⁴² Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 165.

⁴³ Section 700 Irregular safekeeping contract

(1) If fungible things are deposited in such a way that ownership is to pass to the depositary and the depositary is to be obliged to return things of the same type, quality and quantity, then in the case of money the provisions on loan contracts apply, and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of things apply. If the depositor permits the depositary to consume fungible things, then in the case of money the provisions on loan contracts apply and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of a thing apply from the point of time when the depositary

แต่เป็นการฝากทรัพย์สินกับธนาคาร หรือฝากทรัพย์สินในโกดังที่เป็นลักษณะของการรับฝากในเชิงธุรกิจจะมีหลักเกณฑ์เฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้ต่างหากมิใช่สัญญาฝากทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันแต่อย่างใด

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์สิน

สัญญาฝากทรัพย์สินของเยอรมันใช้คำว่า “movable thing” คือสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายเยอรมัน หมายถึงเฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างที่สามารถเคลื่อนไหวได้เท่านั้น⁴⁴ โดยสังหาริมทรัพย์นั้นมีทั้งทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไป กับทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไป ดังนั้นทรัพย์สินทั้งสองประเภทจึงสามารถทำสัญญาฝากทรัพย์สินได้ อย่างไรก็ตามด้วยลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์สินซึ่งเป็นการส่งมอบทรัพย์สินไปเพื่อฝากดูแลและให้มีการส่งคืนทรัพย์สินนั้น เป็นเพียงการโอนไปซึ่งการครอบครองและส่งคืนทรัพย์สินเดิม หากเป็นกรณีของการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและให้ผู้รับฝากทรัพย์สินสามารถบริโภคทรัพย์สินนั้นหมดไปแล้วคืนทรัพย์สินชนิดเดียวกันมาแทนแล้ว สัญญาดังกล่าวจะกลายเป็นความสัมพันธ์ตามลักษณะของสัญญาอัยมทรัพย์สิน เพื่อให้เกิดความไม่สับสน กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้ว่าหากเป็นกรณีเช่นนั้น กฎหมายให้ถือว่านำสัญญาอัยมทรัพย์สินมาใช้ ตามมาตรา 700 แต่ทั้งนี้ หากไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไป เพียงแต่ฝากทรัพย์สินประเภทบริโภคได้ไว้ในความดูแลแล้วส่งทรัพย์สินชิ้นเดิมคืน มิใช่เป็นการส่งทรัพย์สินอื่นทดแทนเช่นนี้ ก็ยังคงเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์สินอยู่ ดังนั้นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน จึงหมายถึงทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างที่บริโภคแล้วหมดไปหรือไม่ก็ได้ แต่ลักษณะของการทำสัญญาต้องเป็นการโอนทรัพย์สินไปฝากรักษาไว้และส่งคืนทรัพย์สินเดิมเท่านั้นให้แก่ผู้ฝากทรัพย์สิน ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างที่ไม่ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์จึงไม่อาจนำมาฝากรักษาได้ อีกทั้ง อสังหาริมทรัพย์ก็ไม่อาจนำมาเป็นสัญญาฝากทรัพย์สินได้เช่นกัน

appropriates the things on. In both cases, the time and place for return are, in case of doubt, determined under the provisions of the safekeeping contract.

(2) In the case of deposit of securities, an agreement of the type cited in subsection (1) is only valid if it is made expressly.

⁴⁴ Rudolpf Huebner, *History of Germanic Private Law*, p.164.

3.1.4 ทฤษฎีสลินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายไทยในบทต่อไป

3.1.4.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

สัญญาในกฎหมายเยอรมันอยู่บนหลักสัญญาที่ไม่ต้องการแบบในการทำสัญญาและคู่สัญญาสามารถตกลงผูกพันกันในลักษณะใดก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยสัญญาในกฎหมายเยอรมันมิได้เป็นลักษณะเดียวกับหลักการพิจารณาของอังกฤษหรือเหมือนกับระบบของกฎหมายโรมันที่มีการแบ่งประเภทสัญญาตามลักษณะเฉพาะของสัญญา⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาลักษณะของสัญญาที่เกิดจากความยินยอมหรือสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (obligationes consensus contractae) ในกฎหมายโรมัน ที่มีลักษณะสำคัญคือ ความยินยอมอันมีร่วมกันระหว่างคู่สัญญา ความเป็นอิสระในเรื่องแบบคือแม้ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ก็สมบูรณ์เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลทางหนี้เท่านั้น และเป็นสัญญาสองฝ่าย⁴⁶ ดังนั้น แม้กฎหมายเยอรมันจะมิได้มีการแบ่งประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมไว้ แต่อาจกล่าวได้ว่าหลักพื้นฐานของสัญญาในกฎหมายเยอรมันมีลักษณะคล้ายกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายโรมัน

3.1.4.2 ประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

ด้วยลักษณะของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมเป็นลักษณะทั่วไปของสัญญาในกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น สัญญาไม่มีชื่อซึ่งมิได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงอาจนับเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมด้วย แต่หากพิจารณาเฉพาะสัญญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน พบว่าสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ และสัญญาอื่นที่มีได้มีแบบของกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า เท่านั้น

3.1.4.2.1 สัญญาซื้อขาย (Sales contract หรือ Kaufvertrag)

⁴⁵ Ernst J. Cohn and others, *A Manual of German Law*, p. 70.

⁴⁶ ศันันท์กรณีย์ โสติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 211.

ก. สาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมัน ปรากฏในมาตรา 433⁴⁷ ว่า “ หนึ่งของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายมีดังนี้ (1) ในสัญญาซื้อขายผู้ขายทรัพย์สินมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อ และรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ อีกทั้งรับรองการรอนสิทธิและความบกพร่องในทรัพย์สินด้วย (2) ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาและรับการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย” กล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาที่ลักษณะต่างตอบแทนที่ก่อให้เกิดหนี้ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายผู้ขายมีหน้าที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแลกกับการได้รับชำระราคาเป็นเงิน ส่วนผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาตามที่ตกลงไว้และมีหน้าที่ต้องรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ซื้อ โดยความผูกพันตามสัญญาซื้อขายแม้จะเกิดสัญญาขึ้นแล้วเมื่อมีการตกลงกันแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะไม่โอนไปด้วยการทำสัญญาซื้อขายดังกล่าว แต่การจะโอนทรัพย์สินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อจะต้องทำโดยการกระทำโดยสัญญาทางทรัพย์สินอีกส่วนหนึ่งซึ่งเป็นลักษณะของการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินหรือเอกสารโอนทรัพย์สินอีกฉบับหนึ่ง⁴⁸ โดยเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น ผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนทรัพย์สินให้แก่ตน และผู้ขายมีสิทธิเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคา⁴⁹ ดังนั้น ในกฎหมายเยอรมันแม้ว่าผู้ซื้อทรัพย์สินไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน ก็สามารถทำสัญญาซื้อขายได้ และสัญญาซื้อขายเป็นผล เพียงแต่หากผู้ขายไม่สามารถโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้ ก็อาจถูกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายในภายหลัง ทั้งนี้ โดยหลักของสัญญาซื้อขายความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายตามกฎหมายเยอรมันจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วเท่านั้น ตามมาตรา 446⁵⁰ เพราะว่าการส่งมอบที่ก่อให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สินให้

⁴⁷ Section 433 Typical contractual duties in a purchase agreement

(1) By a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership of the thing for the buyer. The seller must procure the thing for the buyer free from material and legal defects.

(2) The buyer is obliged to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased.

⁴⁸ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 134-141.

⁴⁹ Ernst J. Cohn and others, *A Manual of German Law*, pp. 84-88.

⁵⁰ Section 446 Passing of risk and of charges

The risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the buyer upon delivery of the thing sold. From the time of delivery the emoluments of the thing accrue to the buyer

กรรมสิทธิ์โอนแล้วความเสี่ยงภัยย่อมโอนไปพร้อมกับกรรมสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้จะเข้ากรณีเฉพาะบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปแม้ไม่มีการส่งมอบ เช่นกรณีการซื้ออสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปเมื่อมีการส่งมอบหรือเมื่อมีการจดทะเบียนต่อโนตารีแล้วแต่ว่าเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นก่อน เป็นต้น ทั้งนี้ นอกจากความเสี่ยงภัยแล้ว ผลประโยชน์และความรับผิดชอบสำหรับทรัพย์สินนั้นย่อมโอนไปพร้อมกันกับความเสี่ยงภัยด้วย⁵¹

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 433 จะกำหนดไว้เพียง ทรัพย์สินเท่านั้นที่ซื้อขายได้ และต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วย แต่สัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมันมิได้จำกัดการซื้อขายไว้เพียงทรัพย์สินที่ต้องมีการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น แต่สัญญาซื้อขายสามารถทำการซื้อขายสิทธิและวัตถุอื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์สินรูปร่างได้ด้วยตามมาตรา 453⁵² โดยสำหรับการโอนทรัพย์สินที่ซื้อขายสามารถทำได้ด้วยวิธีการที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับข้อบังคับของกฎหมายที่ใช้ในการโอนทรัพย์สินแต่ละประเภทนั้น ไม่ว่าจะเป็นการโอนหนี้ หรือการก่อให้เกิดสิทธิหรือการโอนสิทธิ อาจทำโดยการโอนโดยการทำสัญญาโอนอีกฉบับหนึ่ง (Einigung)⁵³ ทั้งนี้ การที่กฎหมายเยอรมันแยกผู้จำหน่ายตัวทรัพย์สิน (Seller of a thing) ออกจากผู้จำหน่ายสิทธิ (seller of a right) เป็นหลักที่ช่วยในการแก้ปัญหาต่างๆ ได้มาก⁵⁴ โดยกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 433 ประกอบมาตรา 453 ผู้ขายตัวทรัพย์สินต้องส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ตัวทรัพย์สิน ส่วนผู้ขายทรัพย์สินหรือสิทธิ ต้องโอนสิทธิแก่ผู้ซื้อ แต่ถ้าสิทธินั้นเกี่ยวกับการครอบครองตัวทรัพย์สินก็ต้องส่งมอบตัวทรัพย์สินไปด้วย⁵⁵ ดังนั้น การซื้อขายของเยอรมันจึงมิใช่หลักสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น เพียงแต่มีวัตถุประสงค์ในการโอน

and he bears the charges on it. If the buyer is in default of acceptance of delivery, this is equivalent to delivery.

⁵¹ Ernst J. Cohn and others, *A Manual of German Law*, pp. 85-86.

⁵² Section 453 Purchase of rights

(1) The provisions on the purchase of things apply with the necessary modifications to the purchase of rights and other objects.

(2) The seller bears the costs of creation and transfer of the right.

(3) If a right comprising the right to possession of a thing is sold, the seller is obliged to deliver the thing to the buyer free of material and legal defects.

⁵³ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 135.

⁵⁴ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 18.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

ทรัพย์สินไปยังผู้ซื้อ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีลักษณะที่มีกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ก็ตาม แต่หากเป็นทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์ได้ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ให้กรรมสิทธิ์นั้นตกอยู่กับผู้ซื้อโดยปราศจากการรอนสิทธิ

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย

วัตถุแห่งสัญญาซื้อขายตามกฎหมายเยอรมันในมาตราหลักคือมาตรา 433 ใช้คำว่า “Sanchen” ซึ่งตามนิยามของกฎหมายเยอรมันหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ที่จะทำการซื้อขายตามมาตรานี้ได้ อย่างไรก็ตามสัญญาซื้อขายไม่ได้จำกัดอยู่เพียงมาตรา 433 แต่มาตรา 453 เป็นสัญญาซื้อขายสิทธิ ที่การซื้อขายกฎหมายเยอรมันให้นำเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินมาปรับใช้ตามความจำเป็น ดังนั้น การซื้อขายสิทธิหรือทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่วัตถุมีรูปร่างในกฎหมายเยอรมัน จึงสามารถทำได้ด้วยเช่นกันโดยการปรับใช้กฎหมายได้เลย เช่นการซื้อขายบริษัท เป็นลักษณะของการซื้อขายสิทธิที่มีต่อบริษัททั้งหมด⁵⁶ โดยไม่ต้องกลับไปผ่านกระบวนการนิติวิธีเพื่อเทียบเคียงกฎหมายแต่อย่างใด วัตถุแห่งสัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมันจึงอาจเป็นทรัพย์สิน สิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิทางหนี้ หรือทรัพย์สินอื่นใดก็ได้ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่จะสามารถขายให้แก่กันได้ เช่นความร้อน หรือกระแสไฟฟ้า⁵⁷

3.1.4.2.2 สัญญาแลกเปลี่ยน

ก.สาระสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยน

สัญญาแลกเปลี่ยนในกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาที่ให้ปรับใช้จากสัญญาซื้อขายทั้งหมด โดยสัญญาแลกเปลี่ยนปรากฏอยู่ในมาตรา 480⁵⁸ ว่า “หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายให้นำมาปรับใช้กับสัญญาแลกเปลี่ยนเท่าที่สามารถปรับใช้ได้” สาระสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยนจึงหมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องโอนทรัพย์สิน หรือสิทธิ หรือทรัพย์สินอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แลกกับการได้ทรัพย์สิน หรือสิทธิ หรือทรัพย์สินอย่างใดอย่าง

⁵⁶ Markesinis, Unberath, and Johnston, *The German Law of Contract*, p. 148.

⁵⁷ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 134.

⁵⁸ Section 480 Exchange

The provisions relating to purchase apply with the necessary modifications to exchange.

หนึ่งเป็นการตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสิ่งที่แลกเปลี่ยนกันนั้นต้องไม่ใช่เงิน เพราะหากเป็นเงิน จะเป็นลักษณะของสัญญาซื้อขายไม่ใช่สัญญาแลกเปลี่ยน

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยน

เนื่องจากสัญญาแลกเปลี่ยนนำบัพัญญัติของสัญญาซื้อขายมาใช้ สำหรับทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้จึงเป็นเช่นเดียวกันกับสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง หรือสิทธิ หรือทรัพย์สินอื่นที่ไม่มีรูปร่างก็ได้ ขอให้มิมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่สามารถแลกเปลี่ยนกันได้ก็สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้ทั้งสิ้น ยกเว้น เงิน ไม่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนเพียงลำพังได้ แต่หากเป็นการแลกเปลี่ยนของสิ่งหนึ่งบวกกับเงิน แลกกับของอีกสิ่งหนึ่งซึ่งมีมูลค่าสูงกว่าก็ถือว่าเป็นสัญญาแลกเปลี่ยน เงินในส่วนเพิ่มเติมนี้บวกกับทรัพย์สินอื่นจึงอาจรวมกันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้ แต่เงินเพียงอย่างเดียวไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้

3.1.4.2.3. สัญญาเช่าทรัพย์สิน

ก. สาระสำคัญของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าในกฎหมายเยอรมัน ปรากฏในมาตรา 535⁵⁹ คือสัญญาที่ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ทำให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินในช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยได้รับค่าเช่าเป็นการตอบแทน และผู้เช่ามีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าเช่าตามที่ตกลงไว้ พร้อมกับการส่งคืนทรัพย์สินเมื่อหมดสัญญาเช่า ตามมาตรา 546⁶⁰ โดยสัญญาเกิดขึ้นทันทีเมื่อมีการตกลงกันโดยไม่ต้องมีการส่งมอบหรือทำให้ทรัพย์สินตกไปอยู่ใน

⁵⁹ Section 535 Contents and primary duties of the lease agreement

(1) A lease agreement imposes on the lessor a duty to grant the lessee use of the leased property for the lease period. The lessor must surrender the leased property to the lessee in a condition suitable for use in conformity with the contract and maintain it in this condition for the lease period. He must bear all costs to which the leased property is subject.

(2) The lessee is obliged to pay the lessor the agreed rent.

⁶⁰ Section 546 Duty of lessee to return

(1) The lessee is obliged to return the leased property after termination of the lease.

(2) If the lessee has permitted a third party to use the leased property, the lessor may also demand return of the leased property from the third party after termination of the lease.

การใช้งานของผู้ให้เช่าก่อน จากมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “หน้าที่ทำให้ผู้เช่าได้ใช้” และ “จะต้องยินยอมให้ทรัพย์สินที่เช่าอยู่ในสภาพที่เหมาะสม” หมายถึง ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ในการปล่อยการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่า⁶¹ ทั้งนี้ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินโดยไม่ถูกรบกวนตลอดระยะเวลาเช่า และต้องรับประกันสภาพของทรัพย์สินที่เช่าให้อยู่ในลักษณะที่สามารถใช้ได้ตามสัญญาและรับประกันความคงอยู่ของทรัพย์สินตลอดระยะเวลาที่เช่า⁶² สำหรับการเช่าในลักษณะที่อยู่อาศัย กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหากสัญญาเช่ามีระยะเวลาเช่าเกินหนึ่งปี⁶³ หากไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ผลคือสัญญาเช่าดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีระยะเวลาและการบอกเลิกสัญญาเช่าไม่สามารถทำได้ก่อนระยะเวลาหนึ่งปี

ในกฎหมายเยอรมันนอกจากสัญญาเช่าทรัพย์สิน อันเป็นลักษณะของการใช้ทรัพย์สินแล้วส่งคืนทรัพย์สิน กฎหมายเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าสิทธิเก็บกิน (Usufructuary Lease หรือ Pachtvertrag) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 581⁶⁴ เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ผู้ให้เช่ามีหน้าที่จะให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินพร้อมกับได้ประโยชน์จากดอกผลที่เกิดจากทรัพย์สินนั้น โดยผู้เช่าเสียค่าตอบแทนเป็นค่าเช่า สิ่งที่ต่างจากสัญญาเช่าทรัพย์สินทั่วไปคือ สัญญาเช่าแบบนี้ไม่จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่จับต้องได้เท่านั้นปรับใช้ได้เช่นเดียวกันกับสิทธิด้วย เช่นสิทธิบัตรสามารถนำมาให้

⁶¹ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 142-143.

⁶² Ibid.

⁶³ Section 549 Provisions applicable to leases of residential space

(1) Sections 535 to 548 apply to leases relating to residential space to the extent not otherwise stipulated by sections 549 to 577a.

Section 550 Form of the lease agreement

If a lease agreement for a longer period of time than one year is not entered into in written form, then it applies for an indefinite period of time. However, termination is only allowed at the earliest at the end of one year after use of the residential space has been permitted.

⁶⁴ Section 581 Typical contractual duties in a usufructuary lease

(1) A usufructuary lease imposes on the lessor the duty to allow the lessee, for the lease period, the use of the leased object and the enjoyment of its fruits to the extent that they are deemed to be income under the rules of proper management. The lessee is obliged to pay the lessor the agreed rent.

(2) The provisions on leases apply with the necessary modifications to usufructuary leases with the exception of farm leases, unless sections 582 to 584b lead to a different conclusion.

เช่าได้เป็นต้น โดยลักษณะสำคัญที่แตกต่างกันของสัญญาเช่าสองแบบนี้คือ การเช่าสิทธิเก็บกินเป็นลักษณะของการเอาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่ามากกว่าการใช้ทรัพย์สินที่เช่า⁶⁵ โดยสัญญาเช่าสิทธิเก็บกินเป็นบทบัญญัติทั่วไปสำหรับการเช่าที่มีลักษณะเดียวกันนำไปปรับใช้ เช่น สัญญาเช่าที่ดินเพื่อทำเกษตรกรรม(Farm Lease หรือ Landpachtverkehrsgesetz)⁶⁶ ซึ่งเป็นสัญญาเช่าที่ดินสำหรับทำการเพาะปลูก เพื่อให้ผู้เช่าได้ดอกผลไปจากการเพาะปลูกนั้น เป็นต้น

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่า

วัตถุแห่งสัญญาเช่าในสัญญาเช่าตามมาตรา 535 ของเยอรมัน ใช้คำว่า Mietsache หรือภาษาอังกฤษใช้คำว่า Lease Property อันแสดงว่าวัตถุแห่งสัญญาเช่าไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะ Thing (Sache) ซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น แต่สามารถทำสัญญาเช่าได้กับทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินในลักษณะบุคคลสิทธิ⁶⁷ อย่างไรก็ตาม สัญญาเช่านั้นเป็นเรื่องของการใช้ทรัพย์สินในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น และเมื่อหมดระยะเวลาแล้วผู้เช่าต้องส่งคืนให้แก่ผู้ให้เช่า ดังนั้น ทรัพย์สินที่จะทำสัญญาเช่ากันได้จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไปเพราะเมื่อสัญญาหมดแล้วทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ เพราะหากเป็นกรณีของทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปเพราะเมื่อสัญญาหมดแล้วทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ เพราะหากเป็นกรณีของทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมด (Fungible Thing)⁶⁸ ไปจะกลายเป็นสัญญากู้ยืม (Loans) นอกจากนั้น สัญญา

⁶⁵ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 149.

⁶⁶ Section 585 Concept of farm lease

(1) By means of a farm lease, a plot of land with the residential and utility buildings (business) that serve its cultivation, or a plot of land without such buildings, is leased largely for agriculture. Agriculture means the cultivation of the soil and the livestock breeding associated with the use of the soil in order to produce plant or animal products, and horticultural production.

(2) Section 581 (1) and sections 582 to 583a apply to farm leases, as do the special provisions below.

(3) The provisions on farm leases also apply to leases relating to forestry properties if the plots of land are leased for use in a predominantly agricultural business.

⁶⁷ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 142.

⁶⁸ Section 91 Fungible things

Fungible things as defined by law are movable things that in business dealings are customarily specified by number, measure or weight.

เช่าสามารถทำได้กับ อสังหาริมทรัพย์ (Grundstucke) และสังหาริมทรัพย์(bewegliche Sachen) ภายใต้บังคับในลักษณะเดียวกัน⁶⁹

3.1.5 ทรัพย์สินในสัญญาให้โดยเสน่หา (inter vivos donation)

3.1.5.1 สารสำคัญของสัญญาให้⁷⁰

การให้โดยเสน่หาในกฎหมายเยอรมันจัดอยู่ในประเภทของเอกเทศสัญญาตามกฎหมายลักษณะหนี้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 516⁷¹ สัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาที่มีการกระทำระหว่างสองบุคคลเพื่อให้บุคคลฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์เพิ่มมากขึ้นและบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์ลดลง โดยทั้งสองตกลงร่วมกันว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีค่าตอบแทน แต่หากการให้เกิดจากการกระทำของผู้ให้ฝ่ายเดียวและผู้รับยังไม่ตอบรับ กฎหมายให้ถือเสมือนว่าสัญญาให้นั้นมิได้มีผู้รับแล้วจนกว่าสัญญาให้ดังกล่าวจะถูกปฏิเสธจึงจะถือว่าไม่มีสัญญาให้เกิดขึ้น นอกจากนี้ ในกฎหมายเยอรมันสัญญาให้อาจก่อความผูกพันในลักษณะของคำมั่นว่าจะให้ได้ โดยให้โนตารีรับรองบันทึกคำมั่นสัญญาให้เอาไว้ตาม มาตรา 518⁷² ดังนั้นสารสำคัญของสัญญาให้ในกฎหมายเยอรมันจึงหมายถึง การทำให้ทรัพย์สินของผู้รับการให้เพิ่มขึ้น โดยลักษณะของการกระทำที่จะทำให้ทรัพย์สินของผู้รับการให้เพิ่มขึ้นย่อมขึ้นอยู่กับ

⁶⁹ Howard D. Fisher, *The German Legal System and Legal Language*, 4th Ed. (USA: Routledge-Cavendish, 2009), pp. 88-92.

⁷⁰ Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 141.

⁷¹ Section 516 Concept of donation

(1) A disposition by means of which someone enriches another person from his own assets is a donation if both parties are in agreement that the disposition occurs gratuitously.

(2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it. In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.

⁷² Section 518 Form of promise of donation

(1) For a contract by which performance is promised as a donation to be valid, notarial recording of the promise is required. The same applies to a promise or a declaration of acknowledgement if the promise to fulfill an obligation or the acknowledgement of a debt is made as a donation in the manner cited in sections 780 and 781.

(2) A defect of form is cured by rendering the performance promised.

กับลักษณะของทรัพย์สินที่ให้ เช่น การให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง หากผู้รับจะได้ทรัพย์สินเพิ่มขึ้น ย่อมต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับการให้แล้วจึงจะถือว่าเกิดสัญญาให้ เป็นต้น

3.1.5.2 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาให้

ด้วยลักษณะของสัญญาให้ที่เป็นการทำให้สินทรัพย์ของผู้รับเพิ่มขึ้นจากสินทรัพย์ของผู้ให้ด้วยทางใดทางหนึ่ง ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “สินทรัพย์” มิได้ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เหมือนกับสัญญาส่วนใหญ่ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาให้จะเป็นทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิทางทรัพย์สิน หรือสิทธิทางหนี้ หรือสิทธิอื่นอันมีมูลค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมสามารถทำสัญญาให้แก่กันได้ทั้งนั้น เพราะเป็นการเพิ่มและลดมูลค่าสินทรัพย์ระหว่างผู้รับและผู้ให้โดยเสนาหา ซึ่งหากเป็นการให้ทางทรัพย์สิน อาจทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินสำหรับสังหาริมทรัพย์ การจดทะเบียนโอนทรัพย์สินสำหรับอสังหาริมทรัพย์ การก่อให้เกิดสิทธิเหนือทรัพย์สิน เช่น การให้สิทธิเก็บกิน เป็นต้น ส่วนการให้ในทางหนี้ อาจทำได้โดยการปลดหนี้ การโอนสิทธิเรียกร้อง การชำระหนี้แทน เป็นต้น

3.1.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้

3.1.6.1 สัญญาจำนำ

ก. สาระสำคัญของสัญญาจำนำ

สัญญาจำนำเป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ในส่วนของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมันบรรพ 3 โดยสัญญาจำนำของเยอรมันประกอบด้วยสัญญาจำนำทรัพย์สินตามมาตรา 1205 และสัญญาจำนำสิทธิ ตามมาตรา 1273 ทั้งนี้ มาตราหลักของสัญญาจำนำเยอรมัน คือ สัญญาจำนำทรัพย์สินตามมาตรา 1204⁷³ ที่บัญญัติว่าสังหาริมทรัพย์สามารถนำมาเป็นประกันสิทธิเรียกร้องได้เท่าที่เจ้าหนี้ยอมรับทรัพย์สินนั้นไว้เป็นประกัน ซึ่งสัญญาจำนำทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ เจ้าของทรัพย์สินได้นำทรัพย์สินส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ตกลงรับจำนำทรัพย์สินนั้นไว้เป็นประกันสิทธิเรียกร้อง ทั้งนี้ การตกลงกันให้เกิดสัญญาจำนำอาจทำได้

⁷³ Section 1204 Statutory contents of the pledge of movable things

(1) A movable thing may be encumbered to secure a claim in such a way that the creditor is entitled to seek satisfaction from the thing (pledge).

(2) A pledge may also be created for a future or a conditional claim.

หากทรัพย์สินที่จำนำอยู่ในการครอบครองของผู้รับจำนำอยู่แล้ว ตามมาตรา 1205⁷⁴ การส่งมอบจะต้องทำโดยทันที⁷⁵ ดังนั้น การส่งมอบเป็นสาระสำคัญของสัญญาจำนำทรัพย์สินตามกฎหมายเยอรมัน อย่างไรก็ตาม การส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญาจำนำนั้น ไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องส่งมอบตัวทรัพย์สินเท่านั้น แต่การส่งมอบการครอบครองในลักษณะที่เป็นเจ้าของโดยไม่ได้เกิดการส่งมอบตัวทรัพย์สินก็สามารถทำได้ ตามมาตรา 1205(2) ด้วยการโอนการครอบครองในลักษณะที่เป็นเจ้าของไปให้แก่ผู้รับจำนำและแจ้งให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินที่แท้จริงทราบเกี่ยวกับการจำนำนั้น

อนึ่ง สัญญาจำนำสิทธิซึ่งปรากฏในมาตรา 1273⁷⁶ บัญญัติว่า สิทธิสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้ โดยให้นำหลักเกณฑ์ของสัญญาจำนำทรัพย์สินมาใช้ โดยสัญญาจำนำจะเกิดขึ้นเมื่อทำการโอนสิทธิที่จำนำด้วยวิธีการของการโอนสิทธินั้น ตามมาตรา 1274⁷⁷ แต่หากในการโอนสิทธิใดที่มีความจำเป็นต้องโอนทรัพย์สินด้วย สัญญาจำนำจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา 1205 และ 1206 ส่วนสิทธิที่ไม่สามารถโอนกันได้ก็ไม่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้ตามมาตรา 1274(2)

⁷⁴ Section 1205 Creation

(1) To create a pledge, it is necessary for the owner to deliver the thing to the creditor and for both to agree that the creditor is to be entitled to the pledge. If the creditor is in possession of the thing, agreement on the creation of the pledge suffices.

(2) The delivery of possession of a thing in the indirect possession of the owner may be replaced by the owner transferring indirect possession to the pledgee and notifying the possessor of the pledging.

⁷⁵ Nigel g. Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, 3rd Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 461.

⁷⁶ Section 1273 Statutory contents of the pledge of rights

(1) The object of a pledge may also be a right.

(2) Pledge of rights is governed by the provisions on the pledge of movable things with the necessary modifications, except to the extent that sections 1274 to 1296 lead to a different conclusion. The application of the provisions of section 1208 and section 1213 (2) is excluded.

⁷⁷ Section 1274 Creation

(1) A pledge of a right is created in accordance with the provisions governing the transfer of the right. If the delivery of the thing is required for the transfer of the right, the provisions of sections 1205 and 1206 apply.

(2) To the extent that a right is not transferable, no pledge may be created over the right.

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำ

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายเยอรมันตามมาตรา 1240 ใช้คำว่า Immovable Thing จึงหมายถึงเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้ แต่กฎหมายเยอรมันมิได้จำกัดการจำนำไว้แค่ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง โดยมีหลักเกณฑ์ของสัญญาจำนำสิทธิ ตามมาตรา 1273 วางหลักให้สิทธิเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้หากสิทธินั้นสามารถโอนแก่กันได้ ซึ่งส่วนใหญ่สิทธิที่จะนำมาจำนำในเยอรมันคือหุ้น ที่ใช้มาตรานี้ในการพิจารณาว่าเป็นสัญญาจำนำสิทธิ โดยการจำนำสิทธิจะต้องทำด้วยวิธีการที่ตกลงกันต่อหน้าโนตารีผู้รับรองลายมือชื่อของเยอรมัน⁷⁸ ทั้งนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดลักษณะของทรัพย์สินคือสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะสามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้ แต่สำหรับสิทธิ กฎหมายมิได้ระบุประเภทของสิทธิไว้ จึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่า ไม่ว่าสิทธิอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้หากสิทธิหากสามารถโอนแก่กันได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายนับว่าเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์ (Plot of land)⁷⁹ ดังนั้น หากจะนำอสังหาริมทรัพย์ไปจำนำจึงไม่สามารถทำได้ เพราะจะกลายเป็นลักษณะของการจำนองตามมาตรา 1113

3.1.6.2 สัญญาจำนอง

ก. สาระสำคัญของสัญญาจำนอง

กฎหมายเยอรมันวางหลักเกณฑ์ของสัญญาจำนอง ไว้ในบรรพ 3 กฎหมายลักษณะทรัพย์สินเช่นเดียวกับสัญญาจำนำ โดยปรากฏในมาตรา 1113⁸⁰ วางหลักว่า “สัญญาจำนอง

⁷⁸ ตัวอย่างสัญญาจำนำสิทธิ [online]. Available from: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1385292/000119312507024156/dex1055.htm> [June 10, 2018]

⁷⁹ Section 96 Rights as parts of a plot of land

Rights that are connected with the ownership of a plot of land are regarded as parts of the plot of land.

⁸⁰ Section 1113 Statutory contents of the mortgage

(1) A plot of land may be encumbered in such a way that the person in whose favour the encumbrance is created is to be paid out of the land a specific sum of money to satisfy a claim to which he is entitled (mortgage).

(2) The mortgage may also be created for a future or a conditional claim.

หมายถึง การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันการชำระหนี้แก่บุคคลผู้รับทรัพย์นั้นไว้เป็นประกันหนี้จำนวนหนึ่ง โดยหนึ่งนั้นอาจเป็นหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขก็ได้” โดยสัญญาจำนองก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนือที่ดินโดยการทำสัญญาและจดทะเบียนไว้กับสำนักทะเบียนที่ดิน⁸¹ ทั้งนี้ การจำนองจะต้องทำตามแบบของกฎหมาย⁸² คือต้องมีการทำหนังสือและจดทะเบียนไว้กับสำนักทะเบียนที่ดินตามมาตรา 1115⁸³ หากไม่ได้จดทะเบียนสัญญาจำนองจะส่งผลให้สัญญาดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมาย⁸⁴ โดยการจำนองในกฎหมายเยอรมันเมื่อทำการจำนองกันแล้วจะต้องมีการออก หนังสือรับรองการจำนอง(Mortgage Certificate)⁸⁵ ตามมาตรา 1116⁸⁶ เพื่อให้ผู้รับจำนองถือไว้จึงจะถือว่าผู้รับจำนองมีสิทธิจำนองแล้วตามมาตรา 1117⁸⁷ โดยต่อไปหากจะโอนสิทธิจำนอง สามารถทำได้โดยการทำเป็นหนังสือต่อโอนตรีและส่งมอบหนังสือรับรองการจำนองให้แก่ผู้รับโอนสิทธิต่อไป⁸⁸

⁸¹ Nigel g. Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, p. 459.

⁸² Manfred Pieck, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 3, 1 (1996): 115.

⁸³ Section 1115 Registration of the mortgage

(1) Upon the registration of the mortgage, the creditor, the amount of the claim and, where the claim bears interest, the rate of interest, and if other supplementary payments are to be made, their amount, must be stated in the Land Register; apart from this, in order to describe the claim, reference may be made to the consent to registration.

(2) Upon the registration of the mortgage for a loan by a credit institution whose articles of association have been publicly disclosed by the public authority responsible, reference to the articles of association is sufficient to designate the supplementary payments apart from the interest that are to be made in accordance with the articles of association.

⁸⁴ Nigel g. Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, p. 449.

⁸⁵ Ibid., p. 459.

⁸⁶ Section 1116 Certificated and uncertificated mortgage

(1) A mortgage certificate shall be issued on the mortgage

(2) The issue of the certificate may be excluded. This exclusion may also be effected subsequently. The exclusion requires the agreement of the creditor and of the owner as well as registration in the Land Register; the provisions of section 873 (2) and of sections 876 and 878 apply with the necessary modifications.

(3) The exclusion of the issue of the certificate may be cancelled; the cancellation takes place in the same way as the exclusion.

⁸⁷ Section 1117 Acquisition of the certificated mortgage

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนอง

สัญญาจำนองในกฎหมายเยอรมันใช้คำว่า Plot of land แม้ว่ากฎหมายเยอรมันจะไม่ได้นิยามคำว่า Plot of land ไว้ แต่การตีความของนักกฎหมายเยอรมัน Plot of land หมายถึงอสังหาริมทรัพย์ คือทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ และทรัพย์สินที่ติดอยู่กับอสังหาริมทรัพย์นั้นในลักษณะที่เป็นเนื้อเดียวกันหรือแยกออกจากกันไม่ได้ นอกจากนั้น ยังรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวเนื่องกับกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์นั้นก็นับว่าเป็น Plot of land ด้วย ตามมาตรา 96 ดังนั้น ทรัพย์สินที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองได้ตามกฎหมายโรมัน จึงหมายถึง ที่ดินและทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน เป็นเนื้อเดียวกับหรือประกอบเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน และรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวข้องกักรรมสิทธิ์ของที่ดินด้วยก็สามารถนำมาจำนองได้

3.2 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส

ในการศึกษาความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสผู้ศึกษาจะได้อ่านถึงสองส่วน โดยส่วนแรกคือความคิดพื้นฐานของทรัพย์สิน ว่าในกฎหมายฝรั่งเศสมีการตีความอย่างไรและครอบคลุมถึงสิ่งใดบ้าง สำหรับส่วนที่สองคือความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาและคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาของกฎหมายฝรั่งเศสว่าลักษณะของเอกเทศสัญญาแต่ละแบบเป็นอย่างไร และคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา มีการตีความและปรับใช้อย่างไร เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป โดยบทบัญญัติที่ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงในส่วนนี้เป็นบทบัญญัติที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2015 ตั้งแต่บทบัญญัติ 1100 จนถึง 1386-1 แปลเป็น

(1) If the issue of a mortgage certificate is not excluded, the creditor acquires the mortgage only when he is provided with the certificate by the owner of the plot of land. The provisions of section 929 sentence 2 and sections 930 and 931 apply to the delivery.

(2) The delivery of the certificate may be replaced by the agreement that the creditor is to be entitled to have the Land Registry deliver the certificate to him.

(3) If the creditor is in possession of the certificate, it is presumed that delivery has taken place.

⁸⁸ Nigel g. Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, p. 460.

ภาษาอังกฤษโดย John Cartwright และคณะ⁸⁹ และบทบัญญัติอื่นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 2013 ซึ่งมีได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในปี ค.ศ. 2015 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย David W. Grunning⁹⁰

3.2.1 ความคิดพื้นฐานของทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศส

3.2.1.1 ความหมายและลักษณะของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน

ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีนิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” หรือคำว่า “ทรัพย์สิน” เอาไว้ดังเช่นกฎหมายไทยหรือให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ดังเช่นกฎหมายเยอรมัน ซึ่งการหาความหมายของคำว่าทรัพย์สินต้องพิจารณาจากแนวความคิดของกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับทรัพย์สิน(the law of things) โดยในประมวลกฎหมายส่วนใหญ่เลือกใช้คำว่า “Choses” มากกว่าคำว่า “Biens” อย่างไรก็ตามแม้ไม่ปรากฏการแบ่งขอบเขตของสองคำนี้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการนิยามความหมายกฎหมายเลือกใช้คำว่า Biens มากกว่าคำว่า Choses แต่หากจะบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของซึ่งกล่าวถึงการมีกรรมสิทธิ์(ownership) กฎหมายจะเลือกใช้คำว่า Choses โดยไม่มีการนิยามคำทั้งสองไว้⁹¹ นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีแนวคิดในการแยกระหว่าง Choses กับ Biens ออกจากกัน โดยให้แนวคิดที่ว่าคำว่า Choses ควรใช้สำหรับอะไรก็ตามที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติไม่ว่าจะสามารถถือเอาได้หรือไม่ก็ตาม ส่วนคำว่า Biens ใช้สำหรับวัตถุซึ่งมีราคาหรือเป็นทรัพย์สินสมบัติได้ (Riches or fortune) โดย Choses ที่ไม่สามารถถือเอาได้ เช่น น้ำทะเล อากาศ เป็นต้น ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน(Biens)⁹² โดยเบื้องต้นนักกฎหมายฝรั่งเศสจึงใช้คำว่า “Biens” สำหรับเรียกทรัพย์สิน(Estates) ซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศส ได้อธิบายคำว่า Biens เป็นคำที่ครอบคลุมทั้งทรัพย์สิน(Things) ที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Choses” หรือ “biens corporels” กับ วัตถุไม่มีรูปร่างคือ สิทธิ(Right) ซึ่งภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Droits” หรือ “biens

⁸⁹ French Civil Code, Trans. by John Cartwright and others. [online] Available from: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf [Retrieved October 8, 2017]

⁹⁰ French Civil Code, Trans. by David W. Grunning. [online] Available from: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/7754/105592/version/4/file/Code_civil_20130701_EN.pdf [Retrieved October 8, 2017]

⁹¹ Athanassios N. Yiannopoulos, "Introduction to the Law of Things: Louisiana and Comparative Law," Loiusana Law Review 22, 4 (June 1962): 759.

⁹² *Ibid.*, p. 761.

incorporels”⁹³ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ต้องถือเอาได้เท่านั้น⁹⁴ ส่วนสิทธิที่เป็นทรัพย์สินอาจเป็นทรัพย์สิน (Real Right) เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิจำนอง หรือบุคคลสิทธิ (Personal Right) เช่น หนี้ หรือสิทธิในทางธุรกิจ และสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับ เช่น ลิขสิทธิ์ และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นด้วย⁹⁵

การแบ่งประเภทของทรัพย์สิน (Property หรือภาษาฝรั่งเศสคือ Biens) ในกฎหมายฝรั่งเศสที่เด่นชัดคือการแบ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ โดยปรากฏในมาตรา 516 ว่าทรัพย์สินคืออสังหาริมทรัพย์ (immovable) และสังหาริมทรัพย์ (movable) โดยเหตุผลที่กฎหมายแบ่งทรัพย์สินไว้เป็นสองประเภทนี้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับทรัพย์สินทั้งสองประเภท ได้แก่ เรื่องการโอนทรัพย์สินซึ่งอสังหาริมทรัพย์ต้องโอนด้วยวิธีการจดทะเบียน แต่สำหรับสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องของการโอนการครอบครอง หรือหลักความเป็นเจ้าของ สำหรับอสังหาริมทรัพย์กฎหมายถือว่าผู้จดทะเบียนเป็นเจ้าของ แต่สำหรับสังหาริมทรัพย์ถือว่าผู้ครอบครองเป็นเจ้าของ หรือในลักษณะของการก่อให้เกิดทรัพย์สินบางประเภทสามารถทำได้เฉพาะกับอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถทำกับสังหาริมทรัพย์ เช่น ภาระจำยอม เป็นต้น หรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ที่นับเวลาต่างกัน ซึ่งการแยกประเภททรัพย์สินดังกล่าวมิใช่การแยกเฉพาะกับวัตถุประสงค์ที่รูปร่างเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์หรือสิทธิก็นับว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ด้วย⁹⁶ ตามแต่ลักษณะของสิทธินั้นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินประเภทใด หรือไม่มีทรัพย์สินใดเกี่ยวข้องก็จะถูกจัดอยู่ในประเภทของสังหาริมทรัพย์ อนึ่ง ลักษณะของอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีสามแบบ⁹⁷ แบบแรกมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามธรรมชาติ (immovable by nature) กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่ติดอยู่กับพื้นดินเกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น ต้นไม้ ทุ่งหญ้า พืชผัก แบบที่สองมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์จากวัตถุประสงค์ของทรัพย์สิน (immovable by destination) กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่ใช้ประกอบกับอสังหาริมทรัพย์หรือเพื่อประโยชน์ของอสังหาริมทรัพย์นั้น และแบบที่สาม

⁹³ Ibid., p. 774.

⁹⁴ Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume 4*, p. 533.

⁹⁵ F.H. Lawson, A.E. Anton, and L. Naville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, 3rd Ed. (Oxford: Oxford University Press, 1967), pp. 87-88.

⁹⁶ Ibid., p. 88.

⁹⁷ Ibid., p. 89.

มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์จากวัตถุแห่งสิทธิ กล่าวคือ สิทธิซึ่งเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะ เป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (real right) เหนืออสังหาริมทรัพย์ หรือ บุคคลสิทธิ (personal right) ที่มี อสังหาริมทรัพย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิที่อาจถูกบังคับได้นับว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น ส่วน อสังหาริมทรัพย์หมายถึงทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้และสิ่งที่กฎหมายถือว่าเคลื่อนที่ได้ ซึ่งหมายถึง สิทธิทั้ง ในทางทรัพย์สินและสิทธิทางหนี้ที่ไม่ได้เป็นอสังหาริมทรัพย์⁹⁸ ส่วนการแบ่งประเภทระหว่างทรัพย์สินซึ่งเป็น วัตถุมีรูปร่างกับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น แม้อกฎหมายจะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงแต่หาก พิจารณาจากบทบัญญัติหลายมาตราแล้วอาจกล่าวได้ว่า ทรัพย์สิน (Property) สามารถแบ่งได้เป็น วัตถุมีรูปร่าง ซึ่งเรียกว่า Choses (biens corporels) กับ วัตถุไม่มีรูปร่างคือสิทธิ Droits (biens incorporels) ซึ่งการแยกทรัพย์สินนี้มีความสำคัญต่อมาตรา 2279 ในกฎหมายฝรั่งเศส ที่ชี้ให้เห็นว่า การครอบครองที่ถือว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ปรบใช้ได้กับเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น⁹⁹

3.2.1.2 ทรัพย์สินสิทธิ (Real right) กับบุคคลสิทธิ (Personal Right)

แนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสหากพิจารณาถึงกองทรัพย์สินทั้งหมดที่บุคคลหนึ่งจะมีได้นั้นเรียกว่า “Patrimony” ซึ่งกองทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งประกอบด้วยสิทธิของบุคคลนั้นและหนี้ ของบุคคลนั้นที่มีอยู่ ทั้งนี้ สิทธิของบุคคลที่มีอยู่นั้นสามารถแบ่งได้เป็นทรัพย์สินสิทธิ (Real right) กับ บุคคลสิทธิ (personal right)¹⁰⁰ ซึ่งสิทธิทั้งสองเป็นทรัพย์สินที่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาบางประเภทได้ ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงลักษณะที่แตกต่างกันของสิทธิทั้งสองในกฎหมายฝรั่งเศส ดังนี้ ทรัพย์สินเป็น สิทธิที่บุคคลมีต่อทรัพย์สินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นในลักษณะที่เป็นสิทธิ เต็ดขาด (Absolute right) เช่น กรรมสิทธิ์ การใช้สิทธิการติดตามทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน (Revendication) สิทธิครอบครองสำหรับผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 2279 สามารถอ้าง สิทธิต่อบุคคลอื่นได้ หรือสิทธิเก็บกิน เป็นต้น อันมีลักษณะเป็นสิทธิที่บุคคลอื่นจะต้องเคารพและมี

⁹⁸ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittake, *Principle of French Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 281.

⁹⁹ Athanassios N. Yiannopoulos, "Introduction to the Law of Things: Louisiana and Comparative Law," *Louisiana Law Review* 22, 4 (June 1962): 774.

¹⁰⁰ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, Trans. By Louisiana State Law Institute, 11 Ed. (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1959), pp. 265-268.

หน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดให้กระทบสิทธินั้น สามารถอ้างสิทธิได้กับบุคคลทั่วไปอย่างไม่จำกัด ซึ่งแตกต่างจากบุคคลสิทธิที่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยแบ่งลักษณะของความสัมพันธ์ทางหนี้ได้สามแบบคือ แบบแรกความสัมพันธ์ทางหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่องดเว้นกระทำการบางอย่าง (obligation not to do) แบบที่สองคือหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการในลักษณะที่เป็นรูปธรรม เรียกว่า หนี้กระทำการ (obligation to do) และแบบที่สามเป็นความสัมพันธ์ทางหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ในการทำให้ทรัพย์สินติดอยู่กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดหนี้ที่เรียกว่า หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน (obligation to give)¹⁰¹ ทั้งนี้ บุคคลสิทธิ (Personal right) อาจเกิดจากความตั้งใจของคู่สัญญาในลักษณะของสัญญา หรืออาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อในลักษณะของละเมิด หรือข้อตกลงอื่นที่คล้ายสัญญาก็ได้ โดยบุคคลสิทธิเป็นเรื่องที่บุคคลอ้างได้ต่อเฉพาะบุคคลที่ผูกพันตามหนี้ที่เกิดขึ้นเท่านั้น ไม่อาจอ้างต่อบุคคลทั่วไปได้ โดยหนี้นี้นอกจากจะต้องเป็นไปในกรอบของกฎหมายแล้วยังต้องมีผลบังคับได้ในตัวหนี้ด้วยจึงจะสามารถบังคับสิทธิต่อกันได้¹⁰²

3.2.1.3 กรรมสิทธิ

กรรมสิทธิในกฎหมายฝรั่งเศสมีบัญญัติไว้ในมาตรา 544¹⁰³ ว่า “กรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิที่จะใช้ประโยชน์หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในทางใดก็ได้ที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมาย” ซึ่งการนิยามเช่นนี้ได้ถูกวิจารณ์โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสว่าขาดความเป็นเอกลักษณ์ของกรรมสิทธิ์ที่จะต้องมามีลักษณะเป็นอำนาจพิเศษเฉพาะตัวที่บุคคลอื่นไม่อาจก้าวล่วงได้และมีความคงอยู่ตลอดกาล¹⁰⁴ อย่างไรก็ตาม ในการใช้กฎหมาย ความหมายของกรรมสิทธิ์ยังคงมีความเป็นเอกลักษณ์และมีอำนาจพิเศษอยู่แม้ไม่ได้เขียนไว้ให้ชัดเจนในบทบัญญัติก็ตาม โดยลักษณะของกรรมสิทธิ์ในกฎหมายฝรั่งเศส คือสิทธิที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของอย่างสมบูรณ์ของผู้ทรงสิทธิ คือเป็นผู้มีชื่อว่าเป็นเจ้าของและมีอำนาจในการใช้ทรัพย์สินนั้นอย่างเต็มที่ โดยไม่ถูกจำกัดด้วยสิทธิอื่น เว้นแต่จะมีการจำกัดสิทธิของเจ้าของด้วยผลของกฎหมายหรือด้วยเจตนาของเจ้าของผู้มามีกรรมสิทธิ์เอง¹⁰⁵

¹⁰¹ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, p. 269.

¹⁰² Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 138.

¹⁰³ Article 544 Ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by statutes or regulations.

¹⁰⁴ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 99.

¹⁰⁵ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, pp. 378-383.

โดยกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองผู้ทรงกรรมสิทธิ์ไว้ไม่ให้บุคคลใดมาลิดรอนสิทธิได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ของสาธารณะและเพื่อการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าธรรมเนียมตามมาตรา 545¹⁰⁶ และผู้มึกรรมสิทธิ์ยังมีสิทธิที่จะได้ดอกผลจากทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของ ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม ซึ่งเรียกว่า สิทธิในการเข้าถึง (Right of accession) ตามมาตรา 546¹⁰⁷ ทั้งนี้ลักษณะของกรรมสิทธิ์ไม่สามารถแยกสิทธิในการใช้กับการบริหารจัดการทรัพย์สินออกจากความเป็นเจ้าของได้ คือ ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในการใช้ทรัพย์สิน แยกออกจากกรรมสิทธิ์ในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังเช่นกฎหมายอังกฤษ สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิสมบูรณ์ทั้งการมีชื่อเป็นเจ้าของและสิทธิในการใช้ทรัพย์สินเสมอ ไม่อาจแยกออกจากกันได้¹⁰⁸ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคำว่ากรรมสิทธิ์คือการแสดงความเป็นเจ้าของต่อทรัพย์สินซึ่งมีรูปร่างรองรับและขยายไปสู่อำนาจในการใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเท่านั้น ไม่ใช่อำนาจในการใช้สิทธิอย่างเดียวโดยไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับในลักษณะของทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างอื่นที่มีลักษณะเป็นสิทธิทางหนึ่ง หรือสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ปรากฏว่ากฎหมายฝรั่งเศสมีการใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ในสิ่งเหล่านี้ และด้วยลักษณะของกรรมสิทธิ์เองก็ไม่น่าจะปรับใช้กับสิทธิทางหนึ่ง หรือสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับ อีกทั้งมีข้อจำกัดในเรื่องของกาลเวลาและการใช้สิทธิ ไม่ใช่สิทธิที่จะใช้ได้อย่างเต็มที่ทั่วไปกับทุกคนดังเช่นกรรมสิทธิ์ ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าความคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ในกฎหมายฝรั่งเศสจึงใช้กับเฉพาะทรัพย์สิน (Choses) ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ไม่สามารถใช้ได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยได้

3.2.1.4 การครอบครอง (Possession)

กฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญและมีการสร้างหลักเกณฑ์เพื่อสนับสนุนความคิดเรื่องการครอบครองมากกว่าเรื่องกรรมสิทธิ์¹⁰⁹ โดยความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการครอบครองของ

¹⁰⁶ Article 545 No one may be compelled to yield his ownership, unless for public purposes and for a fair and previous indemnity.

¹⁰⁷ Article 546 Ownership of a thing, either movable or immovable, gives a right to everything it produces and to what is accessorially united to it, either naturally or artificially.

That right is called right of accession.

¹⁰⁸ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 99.

¹⁰⁹ Bell, Boyron, and Whittake, *Principle of French Law*, p. 284.

กฎหมายฝรั่งเศสมิได้จำกัดอยู่แค่การครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น แต่กฎหมายได้ขยายแนวความคิดออกไปว่าการครอบครองมีในวัตถุไม่มีรูปร่าง ทั้งที่เป็นทรัพย์สิน เช่น สิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม เป็นต้น และรวมถึงสิทธิในทางหนี้ด้วย เช่น การครอบครองสิทธิเรียกร้อง¹¹⁰ โดยในกฎหมายฝรั่งเศสกล่าวถึงขอบเขตของการครอบครองไว้ในมาตรา 2225¹¹¹ ว่า “การครอบครองหมายถึงการควบคุมหรือได้ประโยชน์จากทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเรายึดถือหรือสามารถใช้ได้ด้วยตนเองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้แทนและใช้ในนามของเรา” ทั้งนี้ การครอบครองในกฎหมายฝรั่งเศสที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน (possessor) จะต้องมียุติปัจจัยประกอบในการครอบครองด้วยกันสองประการ หนึ่งคือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ครอบครอง เรียกว่า Corpus และอีกองค์ประกอบที่สำคัญคือเจตนาที่จะครอบครองทรัพย์สินในฐานะที่เป็นเจ้าของ (animus domini)¹¹² กล่าวคือผู้ครอบครองต้องมีเจตนาครอบครองทรัพย์สินนั้นในฐานะที่เป็นเจ้าของ มิใช่ครอบครองเพื่อบุคคลอื่นหรือครอบครองแทนบุคคลอื่น เช่น ผู้เช่า ผู้รับจำนำ หรือผู้เป็นตัวแทน เป็นต้น ต้องมีครบทั้งสองประการนี้จึงจะได้ชื่อว่าเป็นผู้ครอบครอง (possessor) ตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่การครอบครองนี้กฎหมายไม่ได้มีการกล่าวถึงและยอมรับที่จะเรียกว่าสิทธิครอบครอง เพียงแต่เป็นลักษณะของการครอบครองทางข้อเท็จจริงที่กฎหมายยอมรับ และมีใช่เป็นเรื่องของการได้สิทธิครอบครอง แต่สิทธิที่จะใช้ป้องกันสำหรับผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นเกิดขึ้นเมื่อมีกรณีที่กฎหมายรองรับให้มีการใช้สิทธินั้นได้¹¹³ ดังเช่นที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองฐานะของผู้ครอบครองว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังที่มาตรา 2276¹¹⁴ “บุคคลที่ครอบครองสังหาริมทรัพย์ถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สิน” ซึ่งบทบัญญัตินี้จำกัดเฉพาะสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ไม่รวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย เนื่องจากการแสดงออกของความครอบครองไม่ชัดเจนเหมือนกับวัตถุมีรูปร่าง และไม่รวมถึงสังหาริมทรัพย์เพราะว่าสังหาริมทรัพย์กฎหมายใช้

¹¹⁰ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law* Volume 1 Part 2, p. 341.

¹¹¹ Article 2255 Possession is the detention or enjoyment of a thing or of a right that we hold or that we exercise by ourselves, or by another who holds it or who exercises it in our name.

¹¹² Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 100.

¹¹³ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law* Volume 1 Part 2, p. 342.

¹¹⁴ 2276 As far as movables are concerned, possession equals title.

Nevertheless, one who has lost a thing or from whom a thing has been stolen may claim back its ownership for three years following the day of its loss or theft, against the person in whose hands he finds it; that person can exercise his recourse against the person from whom he obtained it.

ระบบในการจดทะเบียนเป็นสิ่งที่บ่งบอกความเป็นเจ้าของอยู่แล้ว¹¹⁵ โดยผู้ครอบครองที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินและป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นมารบกวนสิทธิได้ เรียกว่า Revendication ซึ่งไม่มีระยะเวลาในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินหากทรัพย์สินนั้นถูกขโมยไป¹¹⁶ เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นตกไปอยู่กับบุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยสุจริต ผู้มีเป็นเจ้าของจะติดตามเอาทรัพย์สินคืนได้จะต้องใช้ราคาให้แก่บุคคลภายนอก และมีระยะติดตามเพียง 3 ปี จากที่ปรกติระยะในการฟ้องร้องสิทธิเพื่อติดตามเอาคืนดังกล่าวมีระยะเวลา 30 ปี¹¹⁷ หรือในกรณีหากบุคคลภายนอกซื้อทรัพย์สินนั้นมาจากตลาดปกติที่ขายสินค้าประเภทนั้น บุคคลภายนอกสามารถหวงกั้นการครอบครองของตนที่จะไม่ให้คืนแก่ผู้เป็นเจ้าของอยู่ก่อนได้ อนึ่ง นอกจากสิทธิความเป็นเจ้าของที่จะเรียกคืนโดยการใช้ Revendication แล้ว หากเป็นผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ผู้ครอบครองสามารถเลือกใช้สิทธิเพื่อป้องกันการครอบครองอสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต ซึ่งเรียกว่า Possessory actions¹¹⁸ ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ต้องเป็นการครอบครองมาช่วงระยะเวลาหนึ่งจึงจะสามารถป้องกันสิทธิที่บุคคลอื่นมาก่อวุ่นหรือลิดรอนสิทธิ ถึงแม้ผู้ครอบครองจะไม่มีชื่อในทางทะเบียน อีกทั้งไม่ต้องพิสูจน์เรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ขอเพียงให้มีการครอบครองด้วยเจตนาสุจริตเป็นระยะเวลาหนึ่งก็สามารถใช้สิทธิป้องกันอสังหาริมทรัพย์จากการรบกวนสิทธิของบุคคลอื่นได้¹¹⁹ ดังนั้น การครอบครองในกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีการครอบครองที่เรียกว่ามีสิทธิครอบครอง โดยการใช้สิทธิป้องกันการครอบครองทำได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

3.2.2 ความคิดพื้นฐานของเอกเทศสัญญาตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีการแยกบทกฎหมายของเอกเทศสัญญาไว้เป็นบทหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งดังเช่นในกฎหมายไทย โดยเอกเทศสัญญาหรือสัญญาที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เฉพาะที่จะกล่าวถึงของกฎหมายฝรั่งเศสนั้น บางส่วนจะอยู่ในกฎหมายลักษณะหนี้ และบางส่วนจะอยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน โดยลักษณะพื้นฐานของเอกเทศสัญญาไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายลักษณะหนี้หรือลักษณะทรัพย์สินที่สำคัญคือ เอกเทศสัญญาใช้หลักความคิดพื้นฐานจากเรื่องของสัญญา

¹¹⁵ Bell, Boyron, and Whittake, *Principle of French Law*, p. 288.

¹¹⁶ Ibid., p. 289.

¹¹⁷ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 114.

¹¹⁸ Ibid., p. 113.

¹¹⁹ Bell, Boyron, and Whittake, *Principle of French Law*, p. 284.

(Contract) ซึ่งเป็นการตกลงระหว่างบุคคลสองคนเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายขึ้น โดยเรื่องใดที่เอกเทศสัญญาไม่ได้ระบุไว้ก็จะต้องใช้หลักการของสัญญาเข้ามาพิจารณาความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นว่ากฎหมายวางหลักเกณฑ์ไว้เช่นใด ทั้งนี้ เนื่องจากหลักสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเมื่อปี 2016 ซึ่งเป็นการแก้ไขใหญ่ครั้งแรกหลังจากมีการใช้ประมวลกฎหมายมากกว่า 200 ปี แต่แม้จะเป็นการแก้ไขครั้งใหญ่ แต่ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแนวความคิดพื้นฐานทางสัญญาของฝรั่งเศส แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นสำหรับการใช้กฎหมาย โดยนำหลักที่ปรากฏและพัฒนาโดยนักกฎหมายฝรั่งเศสมาอย่างยาวนาน มาใส่ไว้ในประมวลกฎหมาย ข้าพเจ้าจึงมีข้อสังเกตว่าในส่วนของเอกเทศสัญญาไม่ได้มีการปรับหรือต้องแก้ไขใหม่ เพราะมีความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวจากการปรับใช้กฎหมายที่ผ่านมายุอยู่แล้ว

หลักการพื้นฐานของสัญญาในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใหม่ ได้รองรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ที่คู่สัญญาจะเลือกคนที่มาทำสัญญาด้วย หรือเลือกความผูกพันต่อกันในลักษณะใดก็ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 1102¹²⁰ นอกจากนี้ยังมีหลักเรื่องความผูกพันของสัญญา (binding of contract) ว่าสัญญาที่มีผลทางกฎหมายย่อมผูกพันคู่สัญญา ซึ่งปรากฏในมาตรา 1103¹²¹ และหลักสุจริต (Good faith) ที่คู่สัญญาจะต้องสุจริตตั้งแต่การเจรจาสัญญา การทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา บัญญัติในมาตรา 1104¹²² แม้แต่เดิมกฎหมายเก่าจะมีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้อยู่แล้วแต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนและให้กฎหมายทันสมัย กฎหมายฝรั่งเศสจึงนำหลักการทั้งสามมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹²³ สำหรับการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของบทบัญญัติเรื่องสัญญาในกฎหมายแพ่ง

¹²⁰ Article 1102 Everyone is free to contract or not to contract, to choose the person with whom to contract, and to determine the content and form of the contract, within the limits imposed by legislation.

Contractual freedom does not allow derogation from rules which are an expression of public policy.

¹²¹ Article 1103 Contracts which are lawfully formed have the binding force of legislation for those who have made them.

¹²² Article 1104 Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith.

This provision is a matter of public policy.

¹²³ Solene Rowan, "The New French Law of Contract," *International and Comparative Law Quarterly* 66, 4 (October 2017): 6-8.

ฉบับแก้ไขของฝรั่งเศส คือ เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ที่กฎหมายฝรั่งเศสตัดเรื่องของวัตถุประสงค์ (Cause)¹²⁴ ออกไป จากเดิมองค์ประกอบที่จะทำให้สัญญาสมบูรณ์มีสี่ประการ คือ เจตนา (consent) ความสามารถในการทำสัญญา (capacity to contract) การกำหนดวัตถุประสงค์หรือความผูกพันแห่งสัญญา (the existence of a defined object as the subject-matter of the contract) และ วัตถุประสงค์ของสัญญา (Cause) โดยบทบัญญัติใหม่ในมาตรา 1128¹²⁵ กำหนดให้ความสมบูรณ์ของสัญญาเกิดจากองค์ประกอบสามประการ คือ เจตนา (consent) ความสามารถในการทำสัญญา (capacity to contract) และ เนื้อหาของสัญญาที่แน่นอนและไม่ขัดต่อกฎหมาย (content which is lawful and certain)¹²⁶

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้แบ่งประเภทสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายดังนี้¹²⁷ การแบ่งแบบแรกแบ่งเป็น สัญญาสองฝ่าย (Bilateral contract) และสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) ตามมาตรา 1106¹²⁸ ซึ่งพิจารณาจากหน้าที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา โดยสัญญาต่างตอบแทน เป็นการก่อหนี้ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนผู้ซื้อมีหนี้ต้องชำระราคา ส่วนสัญญาไม่ต่างตอบแทน หนี้ที่เกิดขึ้นเกิดแก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว เช่น สัญญายืม หนี้ที่เกิดขึ้นเกิดแก่ผู้ยืมที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ยืม ส่วนผู้ให้ยืมไม่มีหนี้ต่อผู้ยืม การแบ่งแบบที่สองแบ่งเป็น

¹²⁴ (cause) หรือเหตุแห่งสัญญา แบ่งเป็นเหตุในทางรูปธรรม(objective cause) คือเหตุที่ว่าคู่สัญญามีสิทธิได้รับอะไรจากสัญญา เช่นสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อจะมีเหตุที่จะได้รับของที่ซื้อ และผู้ขายมีเหตุที่จะได้รับการชำระราคา กับเหตุในทางนามธรรม (subjective cause) คือ เหตุผลภายในที่แต่ละฝ่ายต้องการเข้าร่วมทำสัญญา ซึ่งเหตุผลที่เป็นนามธรรมนี้คือเข้าทำสัญญาเพราะอะไร ถ้าหากเหตุที่ทำให้สัญญาเป็นเหตุผิดกฎหมาย ก็จะทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ทั้งนี้ กฎหมายใหม่แม้จะตัดเรื่อง Cause ออกจากองค์ประกอบของการทำให้สัญญาสมบูรณ์ แต่หลักการเรื่องนี้ยังคงปรากฏอยู่ในมาตรา 1162 และ 1169 เพื่อให้ศาลสามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาเรื่องพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

¹²⁵ Article 1128 The following are necessary for the validity of a contract:

1. the consent of the parties;
2. their capacity to contract;
3. content which is lawful and certain.

¹²⁶ Ibid., pp. 9-10.

¹²⁷ Barry Nicholas, *French Law of Contract*, 2nd Ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 37-45.

¹²⁸ Article 1106 A contract is synallagmatic where the parties under take reciprocal obligations in favour of each other.

ปรากฏในมาตรา 1107¹²⁹ สัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous contract) และ สัญญาไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous contract) แม้ชื่อจะคล้ายกับการแบ่งแบบแรก แต่การแบ่งเช่นนี้เป็นพิจารณาจากประโยชน์ที่คู่สัญญาจะได้รับ ไม่ได้พิจารณาจากหน้าที่เกิดแก่คู่สัญญาดังเช่นการแบ่งแบบแรก โดยสัญญามีค่าตอบแทน คือประโยชน์ที่ได้รับเกิดกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่นสัญญากู้ยืมเงินที่มีดอกเบี้ย ผู้ให้ยืมไม่ได้มีหนี้ต่อผู้ยืมแต่ย่อมได้ประโยชน์จากดอกเบี้ยเป็นการตอบแทน และผู้ยืมก็ได้ประโยชน์จากการยืมเงินไปใช้ ส่วนสัญญาไม่มีค่าตอบแทนเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว เช่น สัญญาให้ โดยก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ได้รับฝ่ายเดียว โดยผู้ให้มิได้ประโยชน์ทางทรัพย์สินอย่างใดกลับคืนมา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการแบ่งประเภทสัญญาเป็นสัญญาที่แน่นอน (commutative contract) คือสัญญาที่มีผลตอบแทนของคู่สัญญาชัดเจน กับสัญญาเสี่ยงโชค (aleatory contract) คือสัญญาที่ผลประโยชน์ของคู่สัญญาขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอน ตามมาตรา 1108¹³⁰ เช่นสัญญาประกันภัย การแบ่งสัญญาเป็นสัญญาที่ต้องชำระหนี้ด้วยการกระทำเพียงครั้งเดียว (instantaneous performance) กับสัญญาที่ต้องชำระหนี้หลายครั้งในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (successive performance) ทั้งนี้ กฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งประเภทจากการพิจารณาเกิดของสัญญาไว้เป็นสามประเภทตามมาตรา 1109¹³¹ ประเภทแรกสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (consensual contract) เป็นสัญญาที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาต่อกัน ประเภทที่สองคือสัญญาที่ต้องทำตามแบบ (solemn contract) เป็นสัญญาที่จะสมบูรณ์ด้วยแบบการจดทะเบียน ประเภทที่สามคือ ทรัพย์สินสัญญา (real contract) เป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

¹²⁹ Article 1107 A contract is onerous where each of the parties receives a benefit from the other in return for what he provides.

It is gratuitous where one of the parties provides a benefit to the other without expecting or receiving anything in return

¹³⁰ Article 1108 A contract is commutative where each of the parties undertakes to provide a benefit to the other which is regarded as the equivalent of what he receives.

It is aleatory where the parties agree that the effects of the contract— both as regards its resulting benefits and losses—shall depend on an uncertain event.

¹³¹ Article 1109 A contract is consensual where it is formed by the mere exchange of consents, in whatever way they may be expressed.

A contract is solemn³ where its validity is subject to form prescribed by legislation.

A contract is real where its formation is subject to the delivery of a thing.

3.2.3 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

ความคิดเรื่องสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบเป็นสาระสำคัญ เป็นแนวความคิดที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ในลักษณะของทรัพย์สินสัญญา คือสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์สิน สัญญาจำนำ ซึ่งแนวคิดเรื่องทรัพย์สินสัญญาก็ตกทอดมาสู่นักกฎหมายฝรั่งเศสด้วยเช่นกัน¹³² โดยทรัพย์สินสัญญา (real contract) ของกฎหมายฝรั่งเศส ได้กำหนดเป็นประเภทหนึ่งของสัญญาไว้ในมาตรา 1109 ว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน เช่น ในสัญญาซื้อขายสัญญาเช่าสัญญาฝากทรัพย์สินสัญญาจำนำ ที่มีลักษณะเป็นการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินโดยมิได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปด้วย คือ สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ สำหรับสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญ หากทำสัญญาแล้วยังไม่ได้ส่งมอบกัน สามารถพิจารณาสัญญานั้นว่าเป็นค้ำมัดได้ซึ่งสมบูรณ์แม้ยังไม่ส่งมอบ เช่น ค้ำมัดที่จะให้ยืม แต่ต้องมีการทำตามแบบของสัญญาจึงจะถือว่าค้ำมัดดังกล่าวมีผลผูกพัน แล้วเมื่อเกิดการส่งมอบแล้วจึงเกิดเป็นสัญญาขึ้นมาขึ้น โดยพิจารณาแยกต่างหากจากกัน จึงทำให้จุดเชื่อมโยงของการเกิดสัญญาจากการส่งมอบชัดเจน โดยการส่งมอบที่ทำให้เกิดสัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่เป็นลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในการครอบครองของผู้รับมอบทรัพย์สิน

3.2.3.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งมอบ

การส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาเป็นลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเป็นการส่งมอบทรัพย์สินระหว่างมือต่อมือ หรือการส่งมอบทรัพย์สินโดยปริยายหรือการส่งมอบทรัพย์สินโดยอ้อมคือกรณีที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว ทั้งนี้ การส่งมอบดังกล่าวจะก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปด้วยหรือไม่ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสัญญานั้น หากสัญญาไม่ได้มีเจตนาที่จะให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไป การส่งมอบก็เป็นเพียงการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินไปเท่านั้น แต่หากสัญญาได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ไปด้วย การส่งมอบทรัพย์สินก็เป็น การส่งมอบการครอบครองพร้อมทั้งโอนกรรมสิทธิ์ไปด้วย ทั้งนี้ การส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดสัญญาในลักษณะของทรัพย์สินสัญญา ไม่ได้สามารถทำได้ด้วยการตกลงกันเพียงอย่างเดียวหรือทำสัญญาเป็นหนังสือต่อกันโดยไม่มีการส่งมอบ เพราะลักษณะของทรัพย์สินสัญญาจะต้องมี

¹³² Barry Nicholas, *French Law of Contract*, p. 39.

การส่งมอบเป็นการแสดงออกถึงการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สิน (Delivery) ที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญา แตกต่างจากหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน (Obligation to deliver) โดยหนี้ส่งมอบทรัพย์สินปรากฏในประมวลกฎหมายฝรั่งเศสมาตรา 1138 (ฉบับ 28 ธันวาคม 1976)¹³³ ว่า “หนี้ส่งมอบทรัพย์สินสำเร็จได้ด้วยการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญา” แสดงว่า แม้ยังไม่มี การส่งมอบ (delivery) ในทางข้อเท็จจริง แต่การที่ตกลงว่าส่งมอบทรัพย์สินกันแล้วก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการโอนไปซึ่งทรัพย์สินแล้ว¹³⁴ ซึ่งหลักการนี้ยังคงปรากฏในประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2015 ในมาตรา 1196¹³⁵ ว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์สินหรือก่อให้เกิดสิทธิ การโอนเกิดขึ้นทันทีเมื่อตกลงสัญญากันเรียบร้อยแล้ว” ลักษณะของ หนี้ส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการโอนไปซึ่งทรัพย์สินแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

3.2.3.2 ประเภทของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

เมื่อพิจารณาถึงสัญญาที่เกิดขึ้นจากการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งมีสาระสำคัญคือสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน และการส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะนี้มีใช้เป็นที่ส่งมอบทรัพย์สินแต่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาระหว่างกัน¹³⁶ ในกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน มีทั้งสัญญาที่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการส่งมอบไปพร้อมกับกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินด้วย คือสัญญา ยืมใช้สัณเปสียง สัญญาที่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการส่งมอบไปเพียงการครอบครองในทางข้อเท็จจริงแต่ สิทธิครอบครองยังอยู่กับเจ้าของทรัพย์สิน ได้แก่ สัญญา ยืมใช้คงรูป สัญญาฝากทรัพย์สิน ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วเท่านั้น หากเป็นการตกลงกันว่าจะให้ยืมทรัพย์สินไปใช้แล้ว ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินเช่นนี้ สัญญา ยืมยังไม่เกิด ซึ่งหากเป็นในกฎหมายโรมันการตกลงดังกล่าว ย่อมไม่มีผลบังคับต่อกันถ้ามิได้ทำตามแบบ stipulation แต่ในกฎหมายฝรั่งเศส คำมั่นในสัญญาไม่

¹³³ Article 1138 (French Civil Code 1976) An obligation of delivering a thing is complete by the sole consent of the contracting parties.

It makes the creditor the owner and places the thing at his risks from the time when it should have been delivered, although the handing over has not been made, unless the debtor has been given notice to deliver; in which case, the thing remains at the risk of the latter.

¹³⁴ Bell, Boyron, and Whittake, *Principle of French Law*, p. 289.

¹³⁵ Article 1196 As regards contracts whose object is to alienate property or the assignment of some other right, transfer takes place at the time of the conclusion of the contract.

¹³⁶ Barry Nicholas, *French Law of Contract*, p. 40.

ต่างตอบแทน สามารถทำได้ตามมาตรา 1124¹³⁷ โดยการให้คำมั่นเพื่อให้สิทธิแก่อีกบุคคลหนึ่งได้ใช้สิทธิเข้าทำสัญญาและผูกพันเกิดเป็นสัญญาที่ได้ให้คำมั่นกันไว้ได้ คำมั่นว่าจะให้ยืมจึงสามารถมีได้ในกฎหมายฝรั่งเศส¹³⁸ ดังนั้นการทำสัญญายืมกันโดยมิได้มีการส่งมอบอาจเป็นสัญญาคำมั่นว่าจะให้ยืมได้ตลอดช่วงระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้จนกว่าจะมีการส่งมอบ ในส่วนของสัญญาจำนำเนื่องจากสัญญาดังกล่าวมิได้ถูกจัดอยู่ในหมวดกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ถูกจัดหมวดอยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ผู้เขียนจึงไม่นำมากล่าวในส่วนนี้แต่จะกล่าวถึงต่อไปในส่วนของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้

3.2.3.2.1 สัญญายืมใช้คงรูป (Loan for use)

สัญญายืมปรากฏในมาตรา 1874¹³⁹ ว่าสัญญายืมมีสองประเภทคือการยืมทรัพย์สินที่ใช้ไม่ทำให้ทรัพย์สินนั้นสูญสลายไปเรียกว่ายืมใช้คงรูป (Loan for use หรือ prêt à usage) กับการยืมเพื่อใช้ทรัพย์สินนั้นแล้วหมดไปเรียกว่ายืมใช้สิ้นเปลือง (Loan for consumption หรือ prêt de consommation) โดยสัญญายืมทั้งสองประการมีสาระสำคัญคือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้อืม โดยในกฎหมายใช้คำว่า “ส่งมอบ” (delivery) อันสัญญายืมใช้คงรูปปรากฏในมาตรา 1875 ว่าสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งส่งมอบ (delivery) ทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้ และอีกฝ่ายตกลงที่จะส่งคืนเมื่อใช้เสร็จแล้ว และสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองปรากฏในมาตรา 1892 ว่า สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³⁷ Article 1124 A unilateral promise is a contract by which one party, the promisor, grants another, the beneficiary, a right to have the option to conclude a contract whose essential elements are determined, and for the formation of which only the consent of the beneficiary is missing.

Revocation of the promise during the period allowed to the beneficiary to exercise the option does not prevent the formation of the contract which was promised.

A contract concluded in breach of a unilateral promise with a third party who knew of its existence, is a nullity.

¹³⁸ Barry Nicholas, French Law of Contract, p. 40.

¹³⁹ Article 1874 There are two kinds of loans:

The loan of things which can be used without being destroyed,

And the loan of things which are consumed by the use that is made of them.

The first kind is called "loan for use";

The second is called "loan for consumption," or, simply, loan.

ฝ่ายหนึ่งในปริมาณที่แน่นอนเพื่อใช้บริโภคโดยมีข้อตกลงว่าจะได้รับทรัพย์สินมาด้วยปริมาณและชนิดเดียวกัน

ก. สาระสำคัญของสัญญายืมใช้คงรูป

สัญญายืมใช้คงรูป คือการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ยืม (lender) ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ยืม (borrower) ได้ใช้ทรัพย์สินนั้น โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ยืมทรัพย์สินจะคืนเมื่อใช้ทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว ตามมาตรา 1875¹⁴⁰ แสดงให้เห็นองค์ประกอบของสัญญาในส่วนของการแสดงเจตนา ผู้ให้ยืมมีเจตนาที่จะให้ยืมทรัพย์สินเพื่ออีกฝ่ายได้ใช้ และผู้ยืมมีเจตนาที่จะขอใช้ทรัพย์สินของอีกฝ่าย โดยการให้ใช้ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นการให้ใช้ทรัพย์สินโดยไม่มีค่าตอบแทน จึงจะนับว่าเป็นสัญญายืมใช้คงรูปตามที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 1876¹⁴¹ ทั้งนี้ สาระสำคัญที่ก่อให้เกิดสัญญายืมคือการส่งมอบทรัพย์สินจากผู้ให้ยืมไปยังผู้ยืม เป็นลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ¹⁴² ตามมาตรา 1109¹⁴³ วรรค 3 โดยการส่งมอบทรัพย์สินเป็นการทำให้ทรัพย์สินไปอยู่ในความครอบครองของผู้ยืมซึ่งอาจเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือส่งมอบโดยปริยายก็ได้ แต่หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม สัญญายืมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามหลักของทรัพย์สินสัญญาที่มีรากฐานความคิดมาตั้งแต่สมัยโรมัน¹⁴⁴ ทั้งนี้ การที่ผู้ยืมได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงเพื่อใช้ทรัพย์สินนั้น ไม่ทำให้ผู้ยืมได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือความคุ้มครองแก่ผู้มีการครอบครองทรัพย์สิน เพราะกรรมสิทธิ์ยังอยู่ที่เจ้าของทรัพย์สินผู้ให้ยืมตามมาตรา 1877¹⁴⁵ และความคุ้มครองแก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินก็อยู่กับผู้เป็นเจ้าของ เพราะผู้ยืม ครอบครองทรัพย์สินทางข้อเท็จจริงไว้แทนตน ดังนั้น ผู้ยืมซึ่งครอบครองทรัพย์สินแทนผู้ให้ยืมย่อมมีเพียงสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินที่ยืมเท่านั้น หากมีการรบกวนสิทธิ ผู้ยืมจะต้องขอให้ผู้ให้ยืมซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อปกป้องสิทธิของตน โดยไม่อาจใช้สิทธิต่อบุคคลที่สามได้ด้วยตัวเอง

¹⁴⁰ Article 1875 A loan for use or commodatum is a contract by which one of the parties delivers to the other a thing to be used, on the condition that the borrower returns it after having made use of it.

¹⁴¹ Article 1876 Such loan is essentially gratuitous.

¹⁴² Barry Nicholas, *French Law of Contract*, p. 40.

¹⁴³ Article 1109 A contract is consensual where it is formed by the mere exchange of consents, in whatever way they may be expressed.

A contract is solemn where its validity is subject to form prescribed by legislation.

A contract is real where its formation is subject to the delivery of a thing.

¹⁴⁴ Barry Nicholas, *French Law of Contract*, pp. 41-42.

¹⁴⁵ Article 1877 The lender remains the owner of the thing loaned.

อนึ่ง สัญญาเืมใช้คงรูปเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน (gratuitous contract) เพราะหากสัญญา มีค่าตอบแทนจะกลายเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน และมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) คือ ก่อหนี้แก่ผู้เืมฝ่ายเดียวโดยมีหนี้ที่จะต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ใช้เมื่อใช้ทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว แต่ไม่ได้ก่อหนี้ให้แก่ผู้ให้เืมที่จะต้องกระทำการใดอีก เว้นแต่มีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบำรุงรักษาที่ผู้ให้เืมอาจต้องชำระคืนแก่ผู้เืมตามมาตรา 1890 ทั้งนี้ การตกลงว่าจะให้เืมในลักษณะของค้ำประกันจะเืมทรัพย์สิน แม้ในกฎหมายโรมันจะถือว่าไม่มีผลทางกฎหมาย เพราะเป็นลักษณะของสัญญาที่จะให้เปล่า จะบังคับกันไม่ได้ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับหลักการให้ทำค้ำประกันจะเืมทรัพย์สินได้ ตามมาตรา 1124 ที่ยินยอมให้ทำค้ำประกันในสัญญาฝ่ายเดียวได้

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้คงรูป

สัญญาเืมตามมาตรา 1875 ในกฎหมายฝรั่งเศสใช้คำว่า Choses ซึ่งในฉบับแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า thing โดยกฎหมายเลือกใช้คำเช่นนี้ซึ่งมีความหมายจำกัดว่าเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นที่กฎหมายพูดถึง เพราะในกฎหมายฝรั่งเศสหากจะใช้คำให้สามารถตีความรวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยจะใช้คำว่า Biens หากพิจารณาเพียงมาตรา 1875 ย่อมชัดเจนว่าเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้คงรูปได้ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติเกี่ยวกับวัตถุแห่งสัญญาเืมไว้ในมาตรา 1878¹⁴⁶ ว่า “ทุกสิ่งที่สามารถทำธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างบุคคลได้และมีใช้โภคทรัพย์ (consumed by used) อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ทั้งสิ้น” ซึ่งการที่กฎหมายไม่ได้ใช้คำอย่างชัดเจนว่าเป็นคำว่า Choses เหมือนในมาตรา 1875 หรือคำว่า Biens ซึ่งมีความหมายรวมทั้งทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่กลับใช้คำว่า Tout ce ซึ่งแปลว่าทุกสิ่งหรือทุกอย่าง ซึ่งมีได้มีความหมายเฉพาะในทางกฎหมาย จึงทำให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันในนักกฎหมายฝรั่งเศสว่า วัตถุแห่งสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นได้เฉพาะ Chose เท่านั้น หรือว่า รวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สินด้วย โดยความเห็นแรกเห็นว่า วัตถุแห่งสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศส หมายถึงเฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งมีลักษณะที่ใช้แล้วไม่สูญไป โดยให้เหตุผลว่า การที่กฎหมายกล่าวถึงสิ่งที่ใช้แล้วไม่สูญไปย่อมหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น เพราะการแบ่งประเภทระหว่างทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปกับทรัพย์สินที่ใช้แล้วไม่หมดไปเป็นการแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมี

¹⁴⁶ Article 1878 Everything which is in commerce, and which is not consumed by use may be the object of such an agreement.

รูปร่างเท่านั้น¹⁴⁷ ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า สัญญายืมใช้คงรูปสามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย โดยการส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของผู้ยืมที่สามารถใช้วัตถุไม่มีรูปร่างนั้นได้ก็เพียงพอที่จะตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของสัญญาคือผู้ยืมสามารถใช้ทรัพย์สินที่ยืมได้¹⁴⁸ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักการของสัญญาที่มีลักษณะของทรัพย์สินซึ่งสืบทอดความคิดมาจากกฎหมายโรมัน ประกอบกับคำที่กฎหมายฝรั่งเศสใช้ในบริบททั้งหมดของสัญญายืมใช้คงรูปนอกจากมาตรา 1878 ล้วนใช้คำว่า Chose ซึ่งหมายถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น และในมาตรา 1874 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเริ่มต้นของสัญญายืม ก็ได้แบ่งสัญญายืมออกเป็นสองประเภท คือ สัญญาที่ยืม Chose ที่ใช้แล้วไม่สูญไปกับสัญญาที่ยืม Chose ซึ่งหมดไปด้วยการใช้ทรัพย์สินนั้น อีกทั้ง สัญญายืมใช้คงรูป มีลักษณะของการครอบครองทรัพย์สินไว้เพื่อใช้และต้องคืนเมื่อใช้เสร็จ เป็นลักษณะที่แสดงออกถึงการครอบครองในทางข้อเท็จจริงซึ่งมีความจำเป็นในการส่งให้ใช้และการส่งคืน ซึ่งการครอบครองวัตถุมีรูปร่างย่อมมีอยู่ได้ในบุคคลเดียว ไม่อาจมีการครอบครองทรัพย์สินพร้อมกันได้ จึงเกิดการส่งมอบและการส่งคืนระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง การครอบครองในทางข้อเท็จจริงอาจอยู่กับบุคคลใดก็ได้ไม่จำกัดอยู่เพียงบุคคลเดียว ดังนั้น การให้ใช้วัตถุไม่มีรูปร่างจึงไม่มีความจำเป็นต้องมีการส่งมอบก็ได้ อาจเป็นการแสดงความยินยอมก็เพียงพอให้สามารถใช้สิทธิอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างและถือว่ามิใช่วัตถุไม่มีรูปร่างดังกล่าวอยู่ในการครอบครองได้ อันทำให้ไม่สามารถแสดงออกถึงลักษณะสำคัญของสัญญายืมใช้คงรูปที่ต้องการส่งมอบทรัพย์สินและการส่งคืนทรัพย์สินได้

3.2.3.3.2 สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง (Loan for consumption)

สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นสัญญายืมประเภทหนึ่งตามมาตรา 1874¹⁴⁹ คือสัญญายืมทรัพย์สินซึ่งใช้แล้วหมดไป โดยมีสาระสำคัญของสัญญาและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาดังนี้

¹⁴⁷ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, p. 283.

¹⁴⁸ ศุภทัตย์ ศุภางคเสน, "สัญญายืม: ศึกษาในเชิงทฤษฎี," หน้า 28.

¹⁴⁹ Article 1874 There are two kinds of loans:

The loan of things which can be used without being destroyed,

And the loan of things which are consumed by the use that is made of them.

The first kind is called "loan for use";

The second is called "loan for consumption," or, simply, loan.

ก. สาระสำคัญของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง

สัญญายืมใช้สິ้นเปลือง คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไปให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในปริมาณที่แน่นอน โดยมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาฝ่ายอีกฝ่ายหนึ่งต้องคืนทรัพย์สินชนิดและคุณภาพเดียวกันคืนมาในภายหลัง ตามมาตรา 1892¹⁵⁰ ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศสสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองมีลักษณะสำคัญที่เหมือนกับสัญญายืมใช้คงรูปคือ สัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินอันมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา โดยสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองมีความเป็นทรัพย์สินสัญญาอย่างชัดเจนกว่าสัญญายืมใช้คงรูป เพราะการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองมิใช่เป็นเพียงการส่งมอบไปซึ่งการครอบครองในทางข้อเท็จจริง แต่การส่งมอบดังกล่าวเป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วยตามมาตรา 1893¹⁵¹ ซึ่งหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญายืมใช้สິ้นเปลืองย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เมื่อผู้ยืมได้รับทรัพย์สินนั้นไปแล้วย่อมมีสิทธิในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถใช้กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองด้วยตนเองได้อย่างเต็มที่ อีกทั้ง สัญญายืมใช้สິ้นเปลือง กฎหมายกำหนดให้สามารถมีค่าตอบแทนต่อกันได้ ดังนั้นสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองจึงอาจเป็นสัญญามีค่าตอบแทน (onerous contract) หรือสัญญาไม่มีค่าตอบแทน (gratuitous contract) ก็ได้¹⁵² โดยหนี้ที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินชนิดและคุณภาพเดียวกันให้แก่ผู้ให้ยืมเมื่อถึงกำหนดระยะเวลา โดยอาจมีค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายด้วยหรือไม่แล้วแต่ข้อตกลงของสัญญา แต่สำหรับคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้ยืมเนื่องจากการส่งมอบทรัพย์สินอันก่อให้เกิดสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเพื่อให้สัญญาเกิดไม่ไ้หนี้จากสัญญา ดังนั้น หนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่มีแก่ผู้ให้ยืม และไม่เกิดหนี้จากความผูกพันของสัญญาแก่ผู้ให้ยืม มีแต่เพียงหน้าที่ที่จะเคารพสัญญาและไม่อาจเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมได้ก่อนระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้นตามมาตรา 1898¹⁵³ ถึงมาตรา 1901¹⁵⁴ สัญญายืมใช้สິ้นเปลืองจึงเป็นลักษณะของสัญญาฝ่ายเดียว(unilateral contract) ซึ่งอาจมีค่าตอบแทนได้

¹⁵⁰ Article 1892 A loan for consumption is a contract by which one of the parties delivers to the other a certain quantity of things which are consumed by use, on condition that the latter shall return to him as much of the same kind and quality.

¹⁵¹ Article 1893 As a consequence of such a loan, the borrower becomes the owner of the thing loaned; and the loss falls upon him, in whatever manner it occurs.

¹⁵² Barry Nicholas, *French Law of Contract*, p. 44.

¹⁵³ Article 1898 In a loan for consumption, the lender is held to the liability established by Article 1891 for a loan for use.

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้สิ้นเปลือง

สัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองมิได้มีบทบัญญัติที่ระบุว่าทรัพย์สินประเภทใดที่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองได้ แต่มีบัญญัติว่าทรัพย์สินบางประเภทที่เป็นชนิดเดียวกันแต่ตัวทรัพย์สินต่างกันเช่น สัตว์ ไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองได้ จะต้องเป็นลักษณะของสัญญาเืมใช้คงรูป ตามมาตรา 1894¹⁵⁵ และเมื่อพิจารณาคำที่กฎหมายใช้ในสัญญาเืมใช้สิ้นเปลือง ล้วนเป็นคำว่า Chose ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง โดยมีลักษณะสำคัญระบุไว้ในมาตรา 1874 คือ เป็นการเืมทรัพย์สินที่ใช้แล้วหมดไป แต่นอกจากการใช้แล้วหมดไปแล้วลักษณะของสัญญาเืมใช้สิ้นเปลือง ผู้เืมจะต้องคืนทรัพย์สินชนิดหรือและคุณภาพเดียวกันให้แก่ผู้ให้เืม ดังนั้น ทรัพย์สินที่เืมจะต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถทดแทนด้วยทรัพย์สินชนิดและคุณภาพเดียวกันได้ด้วย ซึ่ง Macel Planiol ได้กล่าวถึงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้คงรูปว่า คือทรัพย์สินที่หมดสิ้นไปด้วยการใช้สอยหรือสามารถทดแทนด้วยทรัพย์สินอื่นได้¹⁵⁶ โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีการนำสัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองไปใช้กับวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองได้ จึงมีแต่เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า Chose ซึ่งทรัพย์สินนั้นต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่หมดสิ้นไปด้วยการใช้สอยและสามารถทดแทนได้ด้วยทรัพย์สินชนิดเดียวกัน

3.2.3.3.3 สัญญาฝากทรัพย์สิน

สัญญาฝากทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะเกิดสัญญาได้ในลักษณะของทรัพย์สินสัญญา¹⁵⁷ โดยมีสาระสำคัญของสัญญาและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาดังนี้

ก. สาระสำคัญของสัญญาฝากทรัพย์สิน

หลักของสัญญาฝากทรัพย์สินคือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับทรัพย์สินจากอีกบุคคลหนึ่งไว้โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นและคืนให้ในสภาพสมบูรณ์ ตามมาตรา

¹⁵⁴ Article 1901 If it has only been agreed that the borrower would pay when he could, or when he would have the means, the judge shall fix a time for the payment according to the circumstances.

¹⁵⁵ Article 1894 One cannot give, by way of a loan for consumption, things which although of the same kind, are different, such as animals; it is then a loan for use.

¹⁵⁶ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, p. 207.

¹⁵⁷ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 152.

1915¹⁵⁸ อีกทั้ง กฎหมายได้บัญญัติว่า สัญญาฝากทรัพย์สินจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินโดยตรง หรือส่งมอบทรัพย์สินโดยสัญลักษณ์เท่านั้น ตามมาตรา 1919¹⁵⁹ อันเป็นการแสดงออกชัดเจนถึงลักษณะของทรัพย์สินสัญญาที่จะเกิดสัญญาต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วเท่านั้น ดังนั้น ในสัญญาฝากทรัพย์สินหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาและหนี้ระหว่างคู่สัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยสัญญาฝากทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน (gratuitous contract) และก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลฝ่ายเดียวคือ ผู้ฝากทรัพย์สิน โดยเกิดหนี้แก่ผู้รับฝากทรัพย์สินฝ่ายเดียวที่จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินเสมือนว่าเป็นทรัพย์สินของตนเองและมีหนี้ต้องส่งคืนทรัพย์สิน จึงเป็นลักษณะของสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดว่าผู้ฝากทรัพย์สินต้องชำระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดูแลรักษา แต่การชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้รักษาทรัพย์สินได้ใช้จ่ายไปและต้องจ่ายคืน มิใช่หนี้ที่เกิดขึ้นทันที และการจ่ายดังกล่าวก็ได้เป็นการให้ค่าตอบแทนอันทำให้ทรัพย์สินของผู้ฝากทรัพย์สินเพิ่มขึ้นจากเดิม ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์สิน

สัญญาฝากทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติว่าเฉพาะสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถทำสัญญาฝากทรัพย์สินได้ตามมาตรา 1918¹⁶⁰ โดยคำที่กฎหมายใช้คือคำว่า movable things ซึ่งในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า Choses mobilienes แปลว่าสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง ดังนั้น ในกฎหมายฝรั่งเศส วัตถุไม่มีรูปร่างจึงไม่อาจทำสัญญาฝากทรัพย์สินได้ และอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่สามารถทำสัญญาฝากทรัพย์สินได้เช่นกัน ปัญหาเรื่องวัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์สินจึงไม่ปรากฏในฝรั่งเศส และการพิจารณาว่าสัญญาฝากทรัพย์สินเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบหรือทรัพย์สินสัญญา จึงไม่มีความเห็นแตกต่างว่าสัญญาฝากทรัพย์สินอาจเกิดจากการตกลงกันได้ดังเช่นที่มีความเห็นแตกต่างกันในสัญญาใช้คงรูป เพราะเมื่อทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเป็นได้เฉพาะวัตถุมีรูปร่าง การ

¹⁵⁸ Article 1915 In general, a deposit is an act by which a person receives a thing that belongs to another, on the condition of keeping it and returning it in kind.

¹⁵⁹ Article 1919 It is perfected only by the actual or symbolic delivery of the thing deposited.

A fictitious delivery is sufficient when the depositary is already in possession, in some other capacity, of the thing which one agrees to leave with him as a deposit.

¹⁶⁰ Article 1918 It can have as its object only movable things

ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้เกิดสัญญาฝากทรัพย์สินจึงแสดงออกให้เห็นได้ในทางข้อเท็จจริงหรือการทำโดยอ้อม
ดังที่กฎหมายกำหนด

3.2.4 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

ในกฎหมายฝรั่งเศสหลักการทั่วไปของการเกิดสัญญาคือสัญญาเกิดจากความยินยอม¹⁶¹ คือ
การแสดงเจตนาระหว่างบุคคลเพื่อเข้าผูกพันกันที่จะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งกัน¹⁶²
โดยความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ประเภท และลักษณะของสัญญา จะ
กล่าวถึงในส่วนนี้

3.2.4.1 ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม¹⁶³

ในกฎหมายฝรั่งเศสที่มีการปรับปรุงใหม่ได้มีการรองรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา
ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งในมาตรา 1103 ซึ่งบุคคลมีเสรีภาพที่จะเข้าทำหรือไม่ทำสัญญาและมี
เสรีภาพที่จะเลือกคู่สัญญา เนื้อหาของสัญญา รวมทั้งรูปแบบของสัญญา ซึ่งเป็นการสะท้อนหลัก
สำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสว่า สัญญาเกิดขึ้นได้เพียงการแสดงเจตนาต่อกัน หรือที่เรียกว่า สัญญาเกิด
จากความยินยอม (consensual contract) โดยลักษณะที่ง่ายที่สุดของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความ
ยินยอม คือการแลกเปลี่ยนวาทะก็เพียงพอจะทำให้เกิดสัญญา ทั้งนี้ หลักการที่ยกเว้นว่าสัญญาเกิด
จากความยินยอมคือกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สัญญาให้
(Donations) เป็นต้น ซึ่งจะต้องมีการทำเป็นเอกสารและทำต่อ Notary ดังนั้น การตกลงยินยอมกัน
เพียงอย่างเดียวไม่พอที่จะทำให้เกิดสัญญาได้ตามกฎหมาย นอกจากกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า
ต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว บางสัญญากฎหมายกำหนดต้องมีหนังสือเพื่อพิสูจน์ความมี
อยู่ของสัญญา ซึ่งในกรณีเช่นนี้ หลักของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ยังใช้ได้อยู่ เพียงแต่หาก
ไม่มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร จะนำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญามาพิสูจน์ต่อศาลหรือใช้พิสูจน์ต่อ
บุคคลภายนอกไม่ได้ ทั้งนี้ หลักสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม เพียงอย่างเดียวไม่สามารถใช้
กับทรัพย์สินสัญญา (real contract) ได้ โดยสัญญาสองประเภทนี้แยกออกจากกันมาตั้งแต่สมัยโรมัน

¹⁶¹ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, p. 151.

¹⁶² Article 1101 A contract is a concordance of wills of two or more persons intended to create, modify, transfer or extinguish obligations.

¹⁶³ Lawson, Anton, and Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, pp. 151-152.

โดยทรัพย์สินสัญญาที่มีสาระสำคัญคือนอกจากความยินยอมระหว่างคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญากันแล้ว จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินด้วยจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ การแสดงความยินยอมเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้สัญญาที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาเกิดขึ้นได้

3.2.4.2 ประเภทของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสำหรับสัญญาที่สมบูรณ์ความยินยอม ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า รวมถึงสัญญาอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ซึ่งคู่สัญญาดกตกลงกัน โดยอาจเรียกสัญญาเช่นนั้นว่าสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งในส่วนนี้จะเขียนเฉพาะสัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า ซึ่งมีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาที่กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติไว้ โดยไม่กล่าวถึงสัญญาไม่มีชื่อเพราะเป็นอิสระในการทำสัญญาของคู่สัญญาที่จะก่อความผูกพันกันแบบใดก็ได้ ไม่ได้มีประเด็นในการศึกษาเปรียบเทียบในส่วนนี้

3.2.4.2.1 สัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน คือ เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นและสมบูรณ์ทันทีเมื่อมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาว่าจะทำการซื้อขายทรัพย์สินใดชิ้นหนึ่ง แต่ก็มีได้เหมือนกับกฎหมายโรมันทั้งหมด โดยสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายของฝรั่งเศสเป็นดังนี้

ก. สาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายของฝรั่งเศสอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะสัญญาในมาตรา 1582¹⁶⁴ โดยเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความยินยอมโดยฝ่ายหนึ่งมีเจตนาผูกพันตนที่จะส่งมอบทรัพย์สินและอีกฝ่ายหนึ่งมีเจตนาผูกพันตนที่จะจ่ายค่าตอบแทนสำหรับทรัพย์สินนั้น โดยกฎหมายมีบัญญัติในวรรคสองว่า “สัญญาซื้อขายอาจทำด้วยรูปแบบของเอกสารที่เป็นทางการหรือเป็นลักษณะของเอกสารที่ตกลงเองระหว่างบุคคลก็ได้” ซึ่งการบัญญัติในส่วนนี้เป็นเพียงการบอกว่ารูปแบบของเอกสารจะทำแบบใดก็ได้ที่สุดแล้วแต่เจตนาของคู่สัญญา แต่กฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาเอาไว้

¹⁶⁴ Article 1582 Sale is a contract whereby a person obligates himself to deliver a thing and the other to pay its price. It may be made by authentic act or by act under private signature.

เป็นพิเศษ โดยในมาตรา 1583¹⁶⁵ ได้ยืนยันว่าสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่เกิดโดยความยินยอม¹⁶⁶ โดยมีบทบัญญัติว่า “สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นทันทีเมื่อมีการเจตนาระหว่างคู่สัญญา ว่าทรัพย์สินที่จะซื้อขายกัน และราคาที่ตกลงกันคือเท่าใด แม้ว่าจะยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระราคาก็ตาม และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อโดยทันทีที่เกิดสัญญา” ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้เกิดสัญญาซื้อขายในกฎหมายฝรั่งเศส คือ เจตนาระหว่างคู่สัญญาที่จะทำสัญญาซื้อขาย ตัวทรัพย์สินที่ตกลงกันซื้อขายต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่แน่นอนแล้วว่าเป็นทรัพย์สินใด ชัดใด หากมีการต้องชั่งตวงวัดเมื่อทำการชั่งตวงวัดแล้วก็ถือว่ากำหนดทรัพย์สินแน่นอนแล้วและเกิดเป็นสัญญาทันทีตามมาตรา 1585¹⁶⁷ และราคาต้องมีการตกลงกันเป็นตัวเงินว่าจะชำระราคากันเท่าใด จะตกลงกันเป็นทรัพย์สินอื่นอย่างอื่นเพื่อนำมาชำระตอบแทนการซื้อนั้นไม่ได้ เพราะจะกลายเป็นลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยนโดยสัญญาซื้อขายต้องชำระเป็นเงินเท่านั้น¹⁶⁸ โดยเมื่อสัญญาเกิดกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปยังผู้ซื้อโดยทันที ทั้งนี้ แม้ว่าในกฎหมายจะบัญญัติว่า “กรณีที่ขายทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่น สัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ แต่ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายหากผู้ซื้อไม่รู้ว่าทรัพย์สินเป็นของบุคคลอื่น”¹⁶⁹ แต่มิได้หมายความว่าหากเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นสัญญาจะไม่เกิดขึ้นเลย โดยสัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ตกลงกันแม้ว่าทรัพย์สินจะเป็นของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ขาย ซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกกรณีเช่นนี้ว่าสัญญาซื้อขายทรัพย์สินของผู้อื่น¹⁷⁰ หากพิจารณาเพียงคำที่บทบัญญัติใช้ว่าสัญญาซื้อขายทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นโมฆะอาจทำให้เข้าใจได้ว่า สัญญาซื้อขายย่อมไม่เคยเกิดขึ้นและไม่ก่อให้เกิดหนี้ได้ขึ้นเลย เนื่องจากสัญญาเป็นโมฆะโดยทันที (absolute nullity) แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและนักกฎหมายที่เป็นผู้ร่างกฎหมายพบว่าบทบัญญัตินี้กฎหมายให้ความเป็นโมฆะใน

¹⁶⁵ Article 1583 It is perfect between the parties and the ownership is acquired as of right by the buyer with regard to the seller as soon as they have agreed on the thing and on the price, although the thing has not yet been delivered nor the price paid.

¹⁶⁶ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 1*, p. 772.

¹⁶⁷ Article 1585 Where goods are not sold in bulk but by weight, count, or measure, a sale is not perfect, in the sense that the things sold are at the risk of the seller until they have been weighed, counted or measured; but the buyer may demand either the delivery or damages, if any, in case of failure to perform the commitment.

¹⁶⁸ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 1*, p. 781.

¹⁶⁹ Article 1599 The sale of a thing belonging to another is null; it may give rise to damages where the buyer did not know that the thing belonged to someone other than the seller.

¹⁷⁰ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 1*, p.797.

ลักษณะของโมฆะที่ต้องมีการบอกล้าง (relative nullity) โดยผลของสัญญาซื้อขายย่อมเกิดขึ้นตราบเท่าที่ยังมิได้มีการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะ โดยผู้มีสิทธิบอกอ้างความเป็นโมฆะ คือ ผู้ซื้อซึ่งมิได้รู้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่ผู้ขายไม่มีสิทธิที่จะกล่าวอ้างได้ อีกทั้ง การกล่าวอ้างสามารถทำได้ทันทีที่ผู้ซื้อทราบว่าทรัพย์สินดังกล่าวมิได้เป็นของผู้ขายโดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีเหตุที่มากกระทบต่อสิทธิของผู้ซื้อแต่อย่างใด¹⁷¹ โดยผลเป็นโมฆะสำหรับสัญญาซื้อขายกฎหมายกำหนดว่า ความเป็นโมฆะจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้น โดยความเป็นโมฆะมิใช่เกิดขึ้นทันทีตามกรณีทั่วไปซึ่งปรากฏในมาตรา 1658¹⁷² ดังนั้น ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินจึงไม่ใช่องค์ประกอบที่ทำให้เกิดสัญญาซื้อขาย เพียงเป็นเหตุให้สัญญาดังกล่าวอาจเป็นโมฆะได้เท่านั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับหนี้ที่เกิดขึ้นกับผู้ขายทรัพย์สิน คือ หนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินพร้อมทั้งหนี้ที่ต้องรับประกัน (warranty) ทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 1625 เพื่อให้ผู้ซื้อได้ไปซึ่งทรัพย์สินโดยได้ชื่อว่าเป็นเจ้าของและสามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินนั้นได้โดยไม่ถูกการโต้แย้งในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว¹⁷³ ดังนั้นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายจึงมิได้จำกัดที่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่คือการที่ผู้ขายผูกพันตนให้ผู้ซื้อสามารถได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ข้าพเจ้ามีข้อสังเกตว่ากฎหมายฝรั่งเศสมิได้ใช้คำว่า กรรมสิทธิ์ (ownership) แต่เลือกใช้คำว่า Belonging to หรือ ความเป็นเจ้าของ เนื่องจากแนวความคิดในทางทรัพย์สิน (property) ของฝรั่งเศส ทรัพย์สินประเภทวัตถุไม่มีรูปร่างในกฎหมายฝรั่งเศส มีเจ้าของสำหรับทรัพย์สินนั้นได้ แต่จะไม่เรียกว่ามีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้น การใช้คำว่า belonging to จึงสามารถใช้ได้กับทั้ง ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ซึ่งสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายในกฎหมายฝรั่งเศสได้ เพราะสัญญาซื้อขายก่อนที่ฝ่ายหนึ่งจะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งในลักษณะที่ส่งมอบความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไปด้วย และอีกฝ่ายหนึ่งชำระราคาตอบแทนมิใช่วัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยชำระค่าตอบแทนดังเช่นกฎหมายไทยแต่อย่างใด

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย

¹⁷¹ Ibid, pp. 798-803.

¹⁷² Article 1658 Independently of the grounds for nullity or resolution already explained in this Title, and of the grounds common to all contracts, the contract of sale may be dissolved by the exercise of the right of redemption and because of the extremely low price.

¹⁷³ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 1*, p. 826.

ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายในกฎหมายฝรั่งเศสไม่สามารถพิจารณาจากมาตรา 1582 เพียงมาตราเดียว ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า Chose ซึ่งแปลว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงทรัพย์สินที่สามารถเป็นสัญญาซื้อขายได้ไว้ในมาตรา 1598¹⁷⁴ ว่า “ทุกสิ่งที่สามารถทำธุรกรรมทางพาณิชย์ได้ย่อมสามารถทำสัญญาซื้อขายได้ เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะห้ามการโอนไว้” นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติอื่นในเรื่องสัญญาซื้อขายประกอบพบว่า กฎหมายมีการใช้คำว่า Goods หรือ สินค้า แทนคำว่า things หรือ all things และยังมีการใช้คำว่า immovable ในมาตรา 1674¹⁷⁵ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงวัตถุไม่มีรูปร่างว่าสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายได้ นอกจากนั้น สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม ซึ่งมิได้มีข้อจำกัดเรื่องการส่งมอบหรือการโอนทรัพย์สินว่าจะทำด้วยวิธีการใดจึงจะเกิดสัญญาดังเช่นทรัพย์สินสัญญา (real contract) จึงทำให้นักกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ได้มีข้อขัดแย้งกันในเรื่องว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจะมีได้เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นจากการใช้คำว่า Chose ในมาตรา 1582 แต่เป็นที่ยอมรับร่วมกันว่าทรัพย์สินที่สามารถทำสัญญาซื้อขายได้ หมายถึงทรัพย์สินทุกประเภทที่คู่สัญญาจะตกลงกัน โดยอาจเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วหรือทรัพย์สินในอนาคต หรือซื้อขายธุรกิจก็ย่อมได้¹⁷⁶ ขอให้สามารถทำนิติกรรมกันได้โดยไม่ขัดกฎหมายก็เพียงพอที่จะเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย อีกทั้ง มิได้มีข้อจำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์ เพราะสาระสำคัญคือวัตถุแห่งสัญญานั้นผู้ซื้อจะมีหน้าที่จะต้องส่งมอบไปยังผู้ขาย มิใช่เรื่องของการส่งมอบกรรมสิทธิ์หรือโอนกรรมสิทธิ์หรือการโอนทรัพย์สินแต่อย่างใด แต่เป็นหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน และมีหนี้ที่เป็นองค์ประกอบอื่นคือการประกันว่าทรัพย์สินนั้นจะไม่ถูกรบกวนโดยบุคคลอื่นนั่นเอง ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายจึงเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่รูปร่างซึ่งผู้ขายสามารถที่จะโอนความเป็นเจ้าของให้แก่ผู้ซื้อได้ก็สามารถทำสัญญาซื้อขายได้

3.2.4.2.2 สัญญาแลกเปลี่ยน

¹⁷⁴ Article 1598 All things in commerce may be sold unless particular statutes forbid that they be sold.

¹⁷⁵ Article 1674 If a sale of an immovable causes the seller to suffer a loss of more than seven-twelfths of the price, he has the right to demand rescission of the sale, even though he may have expressly waived in the contract the right to seek rescission of the sale, and may have stated that he was giving away the additional value.

¹⁷⁶ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law* Volume 2 Part 1, p. 778.

สัญญาแลกเปลี่ยนแม้เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาซื้อขายและเป็นสัญญาแรกเริ่มก่อนสัญญาซื้อขายคือมีการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกันเป็นสัญญาแลกเปลี่ยน แล้วต่อมา จากการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกับทรัพย์สินก็กลายเป็นการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกับเงินในลักษณะของสัญญาซื้อขาย อย่างไรก็ตามในกฎหมายโรมันสัญญาแลกเปลี่ยนถือว่าเป็นทรัพย์สินสัญญา (real contract) ไม่ใช่ประเภทของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (consensual contract) แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาแลกเปลี่ยนเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม โดยมีสาระสำคัญและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาดังนี้

ก. สาระสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยน

สัญญาแลกเปลี่ยนมีลักษณะที่เหมือนกับสัญญาซื้อขายในกฎหมายจึงได้บัญญัติให้สัญญาแลกเปลี่ยนมีบทบัญญัติที่เป็นเนื้อหาของสัญญาอยู่เพียง 4 ข้อ และอีกข้อหนึ่งเป็นการบอกว่า “ลักษณะอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในส่วนนี้ให้นำบทบัญญัติของสัญญาซื้อขายมาปรับใช้” ดังที่ปรากฏในมาตรา 1707¹⁷⁷ โดยสาระสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยนปรากฏในมาตรา 1702¹⁷⁸ ว่า “สัญญาแลกเปลี่ยนคือสัญญาที่คู่สัญญาตกลงที่จะมอบทรัพย์สินหนึ่งเพื่อแลกกับทรัพย์สินอีกสิ่งหนึ่ง” โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาแลกเปลี่ยนสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงเจตนาโดยไม่ได้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินระหว่างกันตามมาตรา 1703¹⁷⁹ ดังนั้นองค์ประกอบที่ทำให้เกิดสัญญาคือเจตนาที่จะแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกันก็เพียงพอแล้ว¹⁸⁰ โดยคู่สัญญาอาจมิใช่เจ้าของทรัพย์สินในขณะที่ทำสัญญาแลกเปลี่ยนก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในสัญญาแลกเปลี่ยน หากทรัพย์สินที่แลกเปลี่ยนมิใช่คู่สัญญาฝ่ายที่ส่งมอบเป็นเจ้าของฝ่ายที่รับมอบอาจใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายหรือคืนทรัพย์สินก็ได้ตามมาตรา 1705¹⁸¹ แต่ไม่อาจเรียกให้ผู้ส่ง

¹⁷⁷ Article 1707 All the other rules pertaining to the contract of sale apply as well to the contract of exchange.

¹⁷⁸ Article 1702 An exchange is a contract in which the parties give each other one thing for another.

¹⁷⁹ Article 1703 An exchange takes place through the bare consent of the parties, as in a sale.

¹⁸⁰ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 1.

¹⁸¹ Article 1705 A party to an exchange who is evicted from the thing he has received may either claim damages or recover the thing he has transferred.

มอบทรัพย์สินชิ้นอื่นมาส่งมอบตามที่สัญญากันได้แต่อย่างใด ตามมาตรา 1704¹⁸² โดยหนี้ที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหากเทียบกับสัญญาซื้อขาย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ทำสัญญาแลกเปลี่ยนกันมีหนี้ดังเช่น ผู้ขายที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินและรับประกันความสมบูรณ์ในการเป็นเจ้าของและการรอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นไม่ให้เกิดขึ้นกับผู้รับทรัพย์สินนั้นไป

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยน

ในบทบัญญัติของสัญญาแลกเปลี่ยนแม้ไม่ได้กำหนดไว้ว่าทรัพย์สินใดสามารถทำสัญญาแลกเปลี่ยนได้บ้าง แต่สามารถพิจารณาได้จากสัญญาซื้อขายด้วยบทบัญญัติที่ให้นำเรื่องสัญญาซื้อขายมาปรับใช้ โดยในสัญญาซื้อขายมาตรา 1598¹⁸³ บัญญัติว่า “สิ่งที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาในนิติกรรมได้ย่อมสามารถทำสัญญาซื้อขายได้ เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะห้ามการโอนไว้” ประกอบกับลักษณะของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนา ดังนั้นจึงไม่ได้มีข้อจำกัดเรื่องการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาว่าจะต้องทำด้วยวิธีใด สัญญาก็สามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้นทรัพย์สินที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้จึงอาจเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ที่สามารถทำนิติกรรมต่อกันได้ โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับเป็นแนวเดียวกัน และได้ยึดแนวทางว่า จะต้องเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างเท่านั้นจึงจะแลกเปลี่ยนกันได้ อย่างไรก็ตาม เงินหรือตราสารหนี้ที่มีลักษณะเป็นการชำระเงินเช่น เช็คเงินสด หรือ เช็คสั่งจ่าย ไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาแลกเปลี่ยนได้ เพราะเป็นเรื่องของการชำระราคาตามมูลค่าซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย ดังนั้น หากเป็นการแลกเปลี่ยนระหว่างทรัพย์สินกับเงินตรา ย่อมไม่ใช่ลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยน แต่เป็นสัญญาซื้อขายแทนนั่นเอง ยกเว้นแต่การแลกเปลี่ยนนั้นมองเงินตราในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินสะสมมิใช่มองที่มูลค่าของเงินตรา

3.2.4.2.3 สัญญาเช่าทรัพย์สิน (Hiring of thing)

¹⁸² Article 1704 If one of the parties to an exchange has already received the thing given to him in exchange and subsequently proves that the other party was not the owner of that thing, he cannot be compelled to deliver the thing he himself promised to give, but only to return the thing he has received.

¹⁸³ Article 1598 All things in commerce may be sold unless particular statutes forbid that they be sold..

สัญญาเช่าในกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งสัญญาเป็นสองประเภทตามมาตรา 1708¹⁸⁴ คือ สัญญาเช่าทรัพย์สิน (Hiring of things) กับ สัญญาจ้างแรงงาน (hiring for work) โดยกฎหมายได้แบ่งลักษณะย่อยของสัญญาเช่าทั้งสองไว้ในมาตรา 1711¹⁸⁵ เป็นห้าประเภท โดยมีสัญญาสองประเภทที่จัดว่าเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน (Hiring of things) ประเภทแรกคือสัญญาเช่าบ้านและสิ่งหามทรัพย์สิน (hiring of houses and movables) เรียกว่า สัญญาเช่าเพื่อใช้ (Lease for rent) เป็นลักษณะของสัญญาที่ให้เช่าทรัพย์สินเพื่อใช้ทรัพย์สินนั้นตามวัตถุประสงค์ประสงค์ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ประเภทที่สองคือสัญญาเช่าท้องที่ดิน (hiring of rural property) เรียกว่า สัญญาเช่าเพื่อเกษตรกรรม (agricultural lease) เป็นลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์สินที่ต้องมีการดูแลและทำเกษตรกรรมเพื่อให้เกิดดอกผลแก่ทรัพย์สินนั้น โดยการให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินนั้นพร้อมกับดูแลทรัพย์สินนั้นให้เกิดประโยชน์แก่ผู้เช่าและผู้ให้เช่าได้ผลประโยชน์ร่วมกันโดยการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะที่ถูกกว่าสัญญาเช่าเพื่อใช้ เพราะผู้เช่าต้องใช้แรงงานในการดูแลและทำเกษตรในทรัพย์สินที่เช่า ทั้งนี้ สำหรับสัญญาอีกสามประเภทจัดว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน (Hiring of work) ได้แก่ ประเภทที่สามคือสัญญาเช่าแรงงานหรือบริการเรียกว่า สัญญาจ้าง (hire) ประเภทที่สี่คือสัญญาเช่าสัตว์เพื่อได้ผลกำไรแบ่งระหว่างเจ้าของกับผู้ดูแลสัตว์ เรียกว่า สัญญาเช่าคอกสัตว์ (livestock lease) และประเภทที่ห้าคือ สัญญาจ้างทำของ (Estimates) โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึง สัญญาเช่าทรัพย์สิน (hiring of things) เท่านั้น ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาประเด็นถึงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา โดยไม่กล่าวถึงสัญญาจ้างแรงงานซึ่งไม่ได้อยู่ในขอบเขตการศึกษาด้วย โดยสาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สิน (hiring of thing) และทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นดังนี้

¹⁸⁴ Article 1708 There are two kinds of contract of lease:

The lease of things;
and The lease of work.

¹⁸⁵ Article 1711 These two kinds of lease are further subdivided into several particular types:

The lease of houses and of movables is called a lease for rent; That of rural property, an agricultural lease;

That of work or of service, a hire;

That of animals whose profits are divided between the owner and the one to whom he entrusts them, a livestock lease;

Estimates, an agreement, or a fixed price for the undertaking of a work for a determined price, are also leases, when the material is furnished by the one for whom the work is done. These last three types are governed by special rules.

ก. สาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

สัญญาเช่าทรัพย์สินของฝรั่งเศสคือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ในทรัพย์สินตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยมีค่าตอบแทนที่แน่นอนสำหรับการใช้นั้นโดยอีกฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันที่จะจ่ายตอบแทนให้¹⁸⁶ ตามมาตรา 1709¹⁸⁷ โดยสัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม โดยสัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ตกลงกัน¹⁸⁸ โดยหลักการนี้แม้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงดังเช่นสัญญาซื้อขายและสัญญาแลกเปลี่ยน แต่หลักการนี้ปรากฏในมาตรา 1714¹⁸⁹ “ว่าสัญญาเช่าสามารถทำได้ด้วยหนังสือหรือโดยปากเปล่า...” แสดงว่าการตกลงกันด้วยวาจาก็เพียงพอโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าแก่กัน อย่างไรก็ตาม หากสัญญาเช่าทำได้ด้วยปากเปล่าและไม่มีการทำหนังสือกันไว้เมื่อมีการปฏิเสธสัญญาเช่า คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถนำสืบสัญญาเช่าโดยการใช้พยานได้ตามมาตรา 1715¹⁹⁰ ดังนั้นการตกลงด้วยวาจาก็เป็นเพียงลักษณะที่อาจเป็นผลเสียแก่ตัวคู่สัญญาเอง แต่หากคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาก็มีจำเป็นต้องมีการทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ซึ่งหนังสือเป็นเพียงสิ่งที่พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญาได้ง่ายเท่านั้น ซึ่งกรณีไม่มีหนังสือสัญญาเช่า หรือหนังสือสัญญาเช่าถูกทำลายคู่สัญญาสามารถพิสูจน์สัญญาเช่าได้ด้วยวิธีอื่น¹⁹¹ เพียงแต่ไม่สามารถพิสูจน์โดยการใช้พยานบุคคลได้เท่านั้น การไม่มีหนังสือสัญญาเช่าจึงเป็นเพียงการยากในการพิสูจน์เท่านั้นแต่ไม่ได้เป็นเรื่องของการทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องหรือฟ้องร้องไม่ได้แต่อย่างใด ดังนั้นการทำสัญญาเช่าด้วยวาจาก็มิใช่เหตุที่จะทำให้สัญญาเช่านั้นไม่เกิดขึ้นหรือเป็นโมฆะแต่อย่างใด โดยสัญญาเช่าทรัพย์สินเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดแก่ผู้เช่าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เช่าต้องดูแลทรัพย์สินนั้นให้

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁸⁶ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 4.

¹⁸⁷ Article 1709 The lease of things is a contract by which one party binds himself to provide the enjoyment of a thing to the other for a certain time, in return for a certain price that this other party obliges himself to pay the former.

¹⁸⁸ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 16.

¹⁸⁹ Article 1714 One may lease either in writing or verbally, except, as regards rural property, for the application of the rules particular to agricultural leases and sharecropping.

¹⁹⁰ Article 1715 If a lease made without writing has not yet been carried out even in part, and one of the parties denies its existence, proof may not be adduced through witnesses, however low the price may be, and even if it is alleged that a deposit was paid.

The oath can only be deferred to the party who denies the lease.

¹⁹¹ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 17.

ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้ตามวัตถุประสงค์อีกทั้งต้องป้องกันให้ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้โดยสงบตลอดระยะเวลาที่เช่าและรักษาทรัพย์สินนั้นให้อยู่ในคุณภาพเช่นเดิม¹⁹² ตามมาตรา 1719¹⁹³ และ 1720¹⁹⁴ ส่วนผู้เช่ามีหน้าที่ที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นอย่างระมัดระวังภายในวัตถุประสงค์ของสัญญา ต้องจ่ายค่าเช่าตามมาตรา 1728¹⁹⁵ และมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ให้เช่าเมื่อสิ้นสุดสัญญาตามลักษณะของสัญญาเช่า¹⁹⁶ ทั้งนี้ ในสัญญาเช่า การส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่าเป็นเพียงการส่งมอบการครอบครองในทางข้อเท็จจริงเพื่อให้สามารถใช้ทรัพย์สินได้โดยมิได้เกิดสิทธิเช่นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด โดยอาจตีความได้จากการที่ มาตรา 1719 บอกว่าผู้ให้เช่าต้องให้ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินได้โดยสงบ¹⁹⁷ อีกทั้ง หากมีการรบกวนสิทธิในการเช่าโดยผู้อ้างถึงทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ ผู้เช่าย่อมไม่อาจโต้แย้งได้เองแต่ต้องเป็นเรื่องระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้รบกวนสิทธิตามมาตรา 1726¹⁹⁸ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เช่าถูกรบกวนจากการใช้ทรัพย์สินจากบุคคลที่สามซึ่งมิได้มีสิทธิใดในทรัพย์สิน กฎหมายให้ผู้เช่ามีสิทธิ

¹⁹² Ibid., p. 18.

¹⁹³ Article 1719 The lessor is bound, by the nature of the contract, and without need of any particular stipulation:

1° To deliver the thing leased to the lessee, and when the thing is the principal residence of the latter, a decent dwelling. When the premises leased as a dwelling are not fit for that use, the lessor may not assert the nullity of the lease nor its cancellation to demand eviction of the occupant;

2° To maintain the thing in a state that permits the use for which it was leased;

3° To secure to the lessee a peaceful enjoyment for the duration of the lease;

4° To secure also the permanence and quality of plantings.

¹⁹⁴ Article 1720 The lessor is bound to deliver the thing in good repair of all kinds. He must, during the term of the lease, make all the repairs which may become necessary, other than those the lessee is required to make.

¹⁹⁵ Article 1728 A lessee is bound to two principal obligations:

1° To make use of the thing leased as a prudent administrator and according to the purpose intended by the lease, or according to the purpose presumed under the circumstances, if there is no agreement to that effect;

2° To pay the price of the lease at the times agreed upon.

¹⁹⁶ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, pp. 25-28.

¹⁹⁷ Ibid., p. 20.

¹⁹⁸ Article 1726 If, on the contrary, the lessee or the farmer has been disturbed in his enjoyment in consequence of an action relating to the ownership of the thing, he is entitled to a proportionate reduction of the rent of the lease or agricultural lease, provided that a notice of the disturbance and of the impediment have been given to the owner.

โดยตรงที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนดังกล่าวตามมาตรา 1725¹⁹⁹ โดยที่ผู้ให้เช่า ไม่มีหน้าที่รับผิดชอบในส่วนนี้²⁰⁰

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่า

ในกฎหมายฝรั่งเศสทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าทรัพย์สินอาจเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ได้ตามมาตรา 1713²⁰¹ โดยกฎหมายใช้คำว่า ทรัพย์สิน(biens) อย่างชัดเจนในบทบัญญัติดังกล่าว ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าทรัพย์สินจึงอาจเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างก็ได้ ทั้งนี้ ลักษณะสำคัญอีกประการคือทรัพย์สินดังกล่าวต้องไม่มีลักษณะที่ใช้แล้วหมดไปเพราะสัญญาเช่าต้องมีการส่งคืนทรัพย์สินเมื่อสิ้นสุดสัญญา²⁰² เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม และมีได้บังคับด้วยบทบัญญัติว่าต้องมีตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้น นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงมิได้มีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องของทรัพย์สินที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าได้ โดยหากทรัพย์สิน (bien) ไตสามารถปรับเข้ากับลักษณะของสัญญาก็สามารถทำสัญญาเช่าทรัพย์สินได้ทั้งสิ้น

3.2.5 ทรัพย์สินในสัญญาให้หรือการให้ (Donation)

การให้ (Donation) ในกฎหมายฝรั่งเศสถูกจัดอยู่ในหมวดของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เนื่องจากการให้เป็นเหตุหนึ่งแห่งการได้มาซึ่งทรัพย์สิน²⁰³ โดยเนื้อหาของการให้คือการที่บุคคลหนึ่งทำให้ฐานะทางเศรษฐกิจของอีกบุคคลหนึ่งเพิ่มขึ้นโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน อันมีลักษณะในเชิงเศรษฐกิจมากกว่าในเชิงของนิติกรรม โดยการให้สามารถทำได้ในหลายรูปแบบ อาจเป็นการให้ที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หรืออาจเป็นการให้ในรูปแบบอื่นแล้วแต่ลักษณะการให้นั้นว่าเป็นรูปแบบใด

¹⁹⁹ Article 1725 A lessor is not bound to warrant the lessee against violent disturbance that third persons cause to his enjoyment, when such third persons do not claim any right to the thing leased; but the lessee may file any appropriate action against them in his own name.

²⁰⁰ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, pp. 21-22.

²⁰¹ Article 1713 One may lease all kinds of things, both movables and immovables..

²⁰² Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 12.

²⁰³ Bell, Boyron, and Whittake, *Principle of French Law*, p. 292.

3.2.5.1 สารสำคัญของกาให้

การให้บัญชีไว้ในประมวลกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 894 ใช้คำว่า การให้ระหว่างยังมีชีวิตอยู่ (Donation inter vivo) คือ นิติกรรมที่ผู้ให้ปลดเปลื้องตัวเองจากทรัพย์สินที่ให้และไม่สามารถเรียกคืนได้ เพื่อประโยชน์ของผู้รับซึ่งตกลงรับทรัพย์สินนั้น²⁰⁴ โดยการให้ระหว่างมีชีวิตอยู่ (Donation inter vivo) ต้องทำตามแบบของกฎหมายไม่ใช่การให้จะสมบูรณ์ได้ด้วยความยินยอม²⁰⁵ ซึ่งหากไม่ทำตามแบบจะถือว่าเป็นโมฆะ โดยแบบของการให้คือการทำสัญญาให้ต่อหน้าโนตารีตามมาตรา 931²⁰⁶ อย่างไรก็ตาม จากการพิจารณาภาพรวมของมาตรา 931 สามารถตีความได้ว่า การให้อาจทำได้แม้ไม่ต้องมีการทำเอกสารต่อโนตารีก็ได้เพราะกฎหมายต้องการแบบของโนตารีเฉพาะกรณีที่มีการทำหนังสือเพื่อแสดงออกถึงการให้เท่านั้น แต่ส่วนใหญ่แล้วการให้สามารถทำได้ด้วยการทำให้อีกบุคคลหนึ่งได้ทรัพย์สินไปโดยไม่เสียค่าตอบแทนโดยไม่ต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือหลักฐานสำหรับการให้นั้นไว้เป็นพิเศษ ซึ่งมี 5 กรณี²⁰⁷ อันได้แก่ การให้ด้วยการส่งมอบ (manual gift) การให้โดยการโอน (Transfer) การให้โดยอ้อม (Indirect donation) การให้ที่เป็นสัญญาอุปกรณ์ (A donation accessory of a contract) และการให้แบบอำพราง (Disguised donation) โดยไม่ว่าจะเป็นการให้ในรูปแบบใด เนื้อหาของการให้(Gift) นั้นเหมือนกันคือทำให้อีกคนอีกฝ่ายหนึ่งมีทรัพย์สิน (property) เพิ่มขึ้น โดยการทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นอาจเป็นการให้ตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือสิทธิที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินดังกล่าว หรือก่อให้เกิดสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือก่อให้เกิดสิทธิทางหนี้ หรือการปลดหนี้ ขึ้นอยู่กับรูปแบบการให้โดยจะกล่าวถึงต่อไป

3.2.5.2 ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้

การให้เมื่อพิจารณาจากรูปแบบที่นักกฎหมายฝรั่งเศสใช้สำหรับการให้พบว่าการให้อาจมีได้ทั้งหมด 6 รูปแบบ โดยสัญญาให้ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการให้เท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้จึงไม่อาจพิจารณาโดยอาศัยเพียง

²⁰⁴ Article 894 A donation inter vivos is an act by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated in favor of the donee, who accepts it.

²⁰⁵ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 232.

²⁰⁶ Article 931 All acts containing a donation inter vivos shall be executed before notaries, in the ordinary form of contracts; and the notaries shall retain an original of them, on pain of nullity.

²⁰⁷ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 211-237.

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงรูปแบบการให้ทั้ง 6 แบบที่กฎหมายฝรั่งเศสใช้บังคับแม้ไม่ได้มีปรากฏในบทบัญญัติก็ตาม โดยทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้ในแต่ละรูปแบบมีรายละเอียดดังนี้

3.2.5.2.1 การให้ระหว่างมีชีวิต (Donation inter vivos)

การให้ระหว่างมีชีวิต (Donation inter vivos) เป็นการให้ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือ นิติกรรมที่ผู้ให้ปลดเปลื้องทรัพย์สินของตนเองให้แก่ผู้รับ โดยไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ โดยลักษณะของสัญญาให้คือ การให้จะต้องเป็นการให้โดยไม่หวังผลตอบแทน คือเป็นการให้โดยให้เปล่า และไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้เว้นแต่มีเหตุให้เรียกคืนได้ตามกฎหมายในบางกรณีเท่านั้น อีกทั้ง การให้มิใช่ต้องเป็นการให้ทรัพย์สินที่เป็นตัวทรัพย์สินเท่านั้น แต่อาจเป็นการให้โดยการปลดหนี้ หรือการให้สิทธิบางประการที่ทำให้มูลค่าทางทรัพย์สินของผู้รับเพิ่มขึ้น เป็นการให้ที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้หากไม่ทำตามแบบการให้ดังกล่าวเป็นโมฆะตามมาตรา 931 โดยมีองค์ประกอบสำคัญสามประการคือ ประการแรกต้องทำด้วยวิธีทางโนตารี คือ ทำหนังสือสัญญาต่อหน้าพนักงานโนตารี ประการที่สองต้องมีการแสดงออกของผู้รับว่าตกลงรับทรัพย์สินที่ให้ ประการสุดท้ายต้องเขียนมูลค่าโดยประมาณของทรัพย์สินที่ให้แก่กันไว้ด้วย ซึ่งลักษณะของการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำตามแบบเพื่อเป็นการป้องกันเจตนาของผู้ให้ที่จะอยู่ภายใต้อิทธิพลของการฉ้อฉลหรือข่มขู่ โดยเจ้าหน้าที่โนตารีจะช่วยกำจัดหรือลดทอนอิทธิพลดังกล่าวหรืออย่างน้อยก็ช่วยเพิ่มเวลาที่ผู้ให้สามารถแก้ไขได้ก่อนจะทำสัญญาตามแบบเรียบร้อย อีกทั้ง การทำตามแบบเพื่อเป็นหลักฐานแก่ผู้ให้ที่จะใช้สิทธิเพิกถอนการให้ได้เพราะเอกสารที่แสดงการให้ถูกเก็บอยู่ที่เจ้าหน้าที่โนตารี ผู้รับทรัพย์สินที่ให้ไม่อาจทำลายหลักฐานดังกล่าวได้²⁰⁸ ทั้งนี้ การให้ระหว่างมีชีวิต (Donation inter vivo) ย่อมสมบูรณ์เมื่อทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่ทำตามแบบต่อหน้าโนตารีแต่ต้องมีลักษณะที่ระบุถึงทรัพย์สินที่จะให้ต่อกันอย่างชัดเจนแล้ว โดยวัตถุแห่งการให้ระหว่างมีชีวิต (Donation inter vivo) อาจเป็นการให้ตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง หรืออาจให้ทรัพย์สินสิทธิเช่น ภาระจำยอม (Servitude) หรือ สิทธิเก็บกิน (Usufruct) หรืออาจเป็นการให้สิทธิทางหนี้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินเพิ่มขึ้นแก่ผู้รับ แต่จะเป็นการให้สิทธิทางหนี้ในลักษณะของแรงงาน

²⁰⁸ Ibid., p. 233.

ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาในการให้ได้ เพราะไม่เกิดทรัพย์สินเพิ่มขึ้นแก่ผู้รับแต่อย่างใด²⁰⁹ ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการให้ระหว่างมีชีวิต (give inter vivo) ตามบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศส อาจเป็นได้ทั้งวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างซึ่งอาจเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน (real right) หรือสิทธิเหนือบุคคล (personal right) ก็เป็นวัตถุแห่งการให้ต่อกันได้ ทั้งนี้ การให้ระหว่างมีชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศสเป็นรูปแบบของสัญญาที่ต้องมีการตอบรับการให้และเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบของกฎหมายไม่เช่นนั้นสัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้เว้นแต่เป็นเรื่องของการให้ในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่การให้ระหว่างยังมีชีวิตอยู่ตามมาตรา 894

3.2.5.2.2 การให้ด้วยการส่งมอบ (manual gift)²¹⁰

การให้ด้วยการส่งมอบเป็นการให้ที่มาจากจารีตประเพณีของฝรั่งเศส เป็นการโอนทรัพย์สินให้เปล่าด้วยการส่งมอบจากมือสู่มือ ซึ่งการให้ด้วยการส่งมอบสามารถทำได้เฉพาะกับวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น²¹¹ ยกเว้นกรณีสิทธิของเจ้าหนี้จากตราสารแสดงสิทธิของผู้ถือตราสารนั้น สามารถเป็นวัตถุแห่งการให้ด้วยการส่งมอบได้²¹² สำหรับการให้และการรับเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน และก่อให้เกิดผลในการโอนทรัพย์สินโดยทันที การให้ด้วยการส่งมอบจึงไม่อาจมีเรื่องของเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาได้ อีกทั้ง ข้อตกลงว่าจะให้ในอนาคตในลักษณะของค้ำประกันจึงไม่สามารถทำได้สำหรับการให้แบบนี้

3.2.5.2.3 การให้โดยการโอน (Transfers)

การให้โดยการโอน หมายถึง การที่ผู้ให้โอนสิทธิหรือให้สิทธิแก่ผู้รับโดยไม่มีค่าตอบแทน แม้จะใช้คำว่า การโอนแต่มิใช่ลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องของการโอนสิทธิประโยชน์บางอย่างที่ผู้ให้มียุให้แก่ผู้รับโอน เช่น การโอนสิทธิที่ผู้ให้จะได้รับประโยชน์จากหลักทรัพย์ที่ผู้ให้มียุจากชื่อของผู้ให้เป็นชื่อของผู้รับการให้แทน หรือการให้โดยการโอนในลักษณะของการชำระราคาแทน เช่น ในสัญญาซื้อขายที่ผู้ให้เป็นผู้ชำระราคาตามสัญญาแต่ตกลงให้ทรัพย์สินดังกล่าวตกเป็นของผู้รับการให้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกของสัญญาซื้อขาย

²⁰⁹ Ibid., p. 213.

²¹⁰ Ibid, pp. 237-243.

²¹¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 375.

²¹² Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 238.

แม้ผู้รับการให้จะได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน แต่วัตถุแห่งสัญญาให้มีใช้ตัวทรัพย์สินหรือการให้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินแต่เป็นการชำระราคาซึ่งผู้ให้ได้ชำระราคาแทน²¹³ หรืออาจพิจารณาเป็นลักษณะของการโอนสิทธิ์ที่จะได้รับทรัพย์สินจากสัญญาซื้อขายไปให้แก่ผู้รับการให้นั่นเอง ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุของนิติกรรมการให้โดยการโอนจึงเป็นลักษณะของบุคคลสิทธิ์ ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งหากเป็นการให้ทรัพย์สินก็จะไม่ใช่รูปแบบของการให้โดยการโอน(Transfer) แต่จะกลายเป็นการให้โดยอ้อม (indirect donation)

3.2.5.2.4 การให้โดยอ้อม (indirect donation)

การให้โดยอ้อมเป็น คือการให้ในลักษณะของการสละสิทธิ์ (renouncing a right) ซึ่งตนเองมีสิทธิ์อยู่จนทำให้เกิดประโยชน์ในทางทรัพย์สินขึ้นกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ์นั้น ในทางใดทางหนึ่ง โดยผู้สละสิทธิ์มีเจตนาที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้อยู่ภายใต้สิทธิ์นั้นโดยไม่หวังค่าตอบแทน ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือการที่เจ้าของที่ดินให้สิทธิ์แก่ที่ดินที่ถูกปิดกั้นให้ใช้ภาระจำยอมได้ หรือการสละสิทธิ์รับทรัพย์สินมรดกเพื่อให้สิทธิ์ดังกล่าวตกแก่ลำดับญาติถัดไป เป็นต้น²¹⁴ โดยรูปแบบของการให้โดยอ้อมมีได้มีลักษณะเช่นเดียวกับแบบของการให้หรือค้ำประกัน แต่มีลักษณะที่ยึดตามรูปแบบของการสละสิทธิ์ในนิติกรรมแต่ละอย่างของสิทธิ์นั้น เช่น การปลดหนี้จะต้องทำโดยการคืนตราสารหนี้ เป็นต้น ดังนั้น วัตถุแห่งสัญญาของการให้โดยอ้อมจึงไม่มีลักษณะที่เป็นการให้ทรัพย์สินแต่เป็นการให้การกระทำการบางอย่างในลักษณะเช่นเดียวกับหนี้กระทำการ เพียงแต่การกระทำการนี้ไม่ได้เกิดจากหนี้แต่เป็นการกระทำการโดยเจตนาที่จะให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับฝ่ายเดียวในลักษณะของการสละสิทธิ์

3.2.5.2.5 การให้ที่เป็นสัญญาอุปกรณ์ (accessory donation)

เป็นการให้ที่เกิดจากการทำสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและมีผลประโยชน์ของสัญญาบางส่วนที่เกิดขึ้นกับผู้รับการให้ซึ่งอาจเป็นคู่สัญญาเองหรืออาจเป็นบุคคลภายนอกก็ได้ โดยการให้เช่นนี้ไม่มีแบบของสัญญาที่กฎหมายบังคับไว้ เนื่องจากรูปแบบของสัญญาบังคับกันตามสัญญาหลักโดยสัญญาให้เป็นสัญญาอุปกรณ์ที่จะสมบูรณ์หรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับ

²¹³ Ibid., p. 245.

²¹⁴ Ibid., pp. 245-246.

สัญญาหลัก เพียงแต่ผลประโยชน์ในสัญญาอุปกรณ์เกิดขึ้นแก่ผู้รับการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนต่อประโยชน์ดังกล่าว ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายซึ่งผู้ขายตกลงกับผู้ซื้อให้ชำระหนี้แก่บุคคลที่สามในลักษณะของเบี้ยบำนาญตลอดชีวิต ตามมาตรา 1973 เป็นต้น ซึ่งเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของการให้ที่เป็นสัญญาอุปกรณ์ย่อมหมายถึง สิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากสัญญาประธาน โดยประโยชน์นี้อาจเป็นวัตถุประสงค์รูปร่างหรือไม่ก็ได้

3.2.5.2.6 การให้แบบอำพราง (Disguised donation)²¹⁵

การให้แบบอำพรางคือการให้ที่แฝงอยู่ในเงื่อนไขของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งอาจเป็นรูปแบบของการให้ที่ต้องมีการส่งมอบ หรืออาจเป็นรูปแบบของคำมั่นว่าจะให้ เช่น ในสัญญาซื้อขายที่มีการชำระราคาสูงกว่าราคาตลาดของสินค้ามาก เช่นนี้ อาจเป็นลักษณะของการให้แบบอำพราง ซึ่งแฝงการให้เงินไปพร้อมกับชำระราคา ทั้งที่สินค้าที่ได้รับมีมูลค่าเพียงครึ่งเดียวของราคาขายที่ผู้ซื้อผู้ขายตกลงกันเป็นต้น หรือกรณีของการให้ซึ่งแฝงในสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ โดยการที่ผู้ให้ลงนามในสัญญาก่อให้เกิดสิทธิทางหนี้แก่ผู้รับทั้งที่ไม่มีหนี้ดังกล่าวต่อกันตามข้อเท็จจริงเลย ทั้งนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสส่วนหนึ่งมองว่าสัญญาให้อำพรางคือสัญญาที่คู่สัญญามีวัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการที่ต้องทำตามสัญญาดังกล่าว²¹⁶ และส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่อาจคาดเดาเนื้อหาของสัญญาจากการพิจารณาสัญญาซื้อขายหรือหนี้ได้ ซึ่งการให้เช่นนี้หากปรากฏในทางข้อเท็จจริงว่าการกระทำดังกล่าวครบลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการให้ที่มีการส่งมอบ ก็นับว่าเป็นการให้ที่ต้องส่งมอบได้ หรืออาจก่อให้เกิดการให้ในลักษณะของคำมั่นได้ อันแสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์แห่งการให้แบบอำพราง คือ ประโยชน์ที่เกิดจากเงื่อนไขในสัญญาต่างตอบแทนที่ผู้รับได้รับมาโดยไม่มีค่าตอบแทน ซึ่งอาจจะเป็นวัตถุประสงค์รูปร่างหรือวัตถุประสงค์รูปร่างก็ได้

จากที่ได้กล่าวถึงสัญญาให้ที่ปรากฏในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและการให้ที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย สามารถพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้ในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นได้ทั้งวัตถุประสงค์รูปร่างและวัตถุประสงค์ไม่รูปร่างโดยในบทบัญญัติกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สินที่ให้ดังนั้นทรัพย์สินจะเป็นวัตถุประสงค์รูปร่างหรือเป็นสิทธิก็สามารถทำสัญญากันตามแบบ

²¹⁵ Ibid., pp. 252-254.

²¹⁶ Ibid., p. 250.

ของกฎหมายได้ทั้งสิ้นเพราะกฎหมายมิได้จำกัดความหมายของคำว่าทรัพย์สินไว้การตีความจึงเป็นไปตามบริบทของกฎหมาย อีกทั้ง หากมิใช่การให้ตามแบบของกฎหมาย การให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือการให้สิทธิยอมทำได้ทั้งสิ้นโดยพิจารณาตามลักษณะของทรัพย์สินที่จะให้แก่กันว่าจะก่อให้เกิดการลดลงของทรัพย์สินของผู้ให้และเพิ่มขึ้นแก่ทรัพย์สินของผู้รับด้วยวิธีใด หากเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างสามารถทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน หรือหากเป็นทรัพย์สินประเภทอื่นก็ทำได้ตามวิธีการอื่นโดยกฎหมายมิได้จำกัดวิธีการให้ไว้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไว้ในกฎหมายฝรั่งเศสจึงอาจเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้

3.2.6 ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ (security contracts)

สัญญาที่ประกันการชำระหนี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเจ้าหนี้จากการล้มละลายของลูกหนี้ โดยลักษณะของสัญญาที่เป็นประกันการชำระหนี้อาจเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยในส่วนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเท่านั้นเพื่อศึกษาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา ซึ่งลักษณะของการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินสามารถทำได้ด้วยสองรูปแบบ กล่าวคือรูปแบบแรกการประกันด้วยการสละการครอบครอง (Dispossession) โดยลูกหนี้สละการครอบครองทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้เป็นประกัน ซึ่งลักษณะเช่นนี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันเรียกว่า Pignus โดยในปัจจุบันคือสัญญาจำนำ (Pledge) เพื่อให้เจ้าหนี้มั่นใจได้ว่าจะสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่ได้ อีกรูปแบบคือการจำนอง(mortgage) ซึ่งเป็นสัญญาที่ลูกหนี้ไม่ต้องสละการครอบครองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันแต่มีการก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ที่จะบังคับเอาทรัพย์สินที่ได้ตกลงจำนองไว้²¹⁷

3.2.6.1 สัญญาจำนำ (pledge)

สัญญาจำนำในกฎหมายฝรั่งเศสในอดีตแบ่งการจำนำออกเป็นการจำนำสังหาริมทรัพย์(Pawn) และการจำนำสิทธิในอสังหาริมทรัพย์(Antichresis) ซึ่งการจำนำสังหาริมทรัพย์เป็นลักษณะทรัพย์สินสัญญา(real contract) ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะเกิดสัญญากล่าวคือการทำให้ทรัพย์สินไปอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้โดยการสละการครอบครองของผู้

²¹⁷ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, pp. 327-328.

จำนำ²¹⁸ และเฉพาะสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่จะทำสัญญาจำนำสังหาริมทรัพย์ได้ แต่ประมวลกฎหมายฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน มิได้แบ่งการจำนำออกเป็นจำนำสังหาริมทรัพย์และการจำนำสิทธิในอสังหาริมทรัพย์แล้ว โดยการประกันหนี้ด้วยสิทธิในอสังหาริมทรัพย์มีบทบัญญัติแยกเฉพาะไว้ในมาตรา 2387²¹⁹ ส่วนสัญญาจำนำ(pledge) กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 2333 และบัญญัติสัญญาจำนำสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง (pledge of incorporeal movables) ไว้ในมาตรา 2355

ก. สาระสำคัญของสัญญาจำนำ

สัญญาจำนำในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติไว้ใน มาตรา 2333²²⁰ ว่า “จำนำหมายถึงสัญญาที่ลูกหนี้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบังคับชำระหนี้ในหนี้อื่นจากสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างหรือกลุ่มของสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคตก็ได้ และหนี้ที่ประกันอาจเป็นหนี้ในปัจจุบันหรือในอนาคตก็ได้” สัญญาจำนำตามมาตรา 2333 นี้เป็นสัญญาจำนำสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น(pledge of corporeal movables) โดยสัญญาจำนำจะสมบูรณ์เมื่อมีการทำเป็นหนังสือตามมาตรา 2336²²¹ การจำนำในกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์เพื่อให้เกิดสัญญาอีกต่อไป แต่เป็นลักษณะของการทำหนังสือสัญญาเพื่อก่อความผูกพันตามสัญญาจำนำ แต่การส่งมอบก็ยังคงมีความสำคัญสำหรับสัญญาจำนำ โดยสัญญาจำนำที่มีการส่งมอบทรัพย์ (possesory pledge) จะสามารถมีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกได้ เทียบเท่ากับการจดทะเบียนว่าสังหาริมทรัพย์นั้นมีการจำนำตามมาตรา 2337²²² ส่วนสัญญาจำนำที่

²¹⁸ Ibid, p. 366.

²¹⁹ Article 2387 The pledge of an immovable is the allocation of an immovable as guarantee for an obligation; it entails dispossession of the person who establishes it.

²²⁰ Article 2333 A pledge is an agreement by which the pledgor gives to a creditor the right to be paid in preference to his other creditors out of a corporeal movable or a set of corporeal movables, present or future.

The claims which are secured may be present or future; in the latter case, they must be determinable.

²²¹ Article 2336 A pledge is perfected by the making of a writing that contains the description of the debt secured, the quantity of assets pledged, as well as their kind or nature.

²²² Article 2337 A pledge is effective against third parties when it has been published.

ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน (non possessory pledge) จะอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อมีการทำให้สาธารณรับรู้(public notice) โดยการจดทะเบียนตามแต่รูปแบบของสังหาริมทรัพย์นั้น 2338²²³ โดยเมื่อสัญญาจํานำเกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดหนี้และทรัพย์สิน(real right)ในเวลาเดียวกัน²²⁴ โดยลักษณะของทรัพย์สินของสัญญาจํานำคือสิทธิที่จะบังคับเอากับตัวทรัพย์สินได้และอ้างสิทธินั้นต่อบุคคลอื่นและเจ้าหนี้อื่น แต่ไม่ใช่สิทธิในลักษณะที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นหรือได้ดอกผลจากทรัพย์สินนั้นเหมือนดั่งทรัพย์สินอื่น จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นทรัพย์สินลำดับรอง(a real right of second degree) คือเป็นทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันเท่านั้น²²⁵

อนึ่ง การจํานำสังหาริมทรัพย์เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง (pledge of incorporeal movables) ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 2355²²⁶

“การจํานำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างหมายถึง การดำเนินการให้สังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างหรือกลุ่มของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคต เป็นประกันแห่งหนี้

สิ่งที่นำมาจํานำอาจเกี่ยวกับสัญญาหรือเกี่ยวกับคำสั่งศาล

It is also effective against third parties by the transfer of possession into the hands of the creditor or of a third person agreed upon of the asset which has been pledged.

When a pledge has been duly published, the particular assignees of the pledgor may not avail themselves of Article 2276.

²²³ Article 2338 A pledge is published by inscription in a special registry whose details are regulated by a decree en Conseil d'État.

²²⁴ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 361.

²²⁵ *Ibid.*, p. 376.

²²⁶ Article 2355 A pledge of an incorporeal movable is the allocation of an incorporeal movable or of a set of incorporeal movables, present or future, as security for an obligation.

It is conventional or judicial.

The judicial pledge of an incorporeal movable is governed by the rules of civil procedure on enforcement.

Failing special provisions, a conventional pledge of claims is regulated by this Chapter.

Failing special provisions, a conventional pledge that attaches to other incorporeal movables is regulated by the rules laid down for the pledge of corporeal movables.

การนำคำสั่งศาลผูกคอบุคคลโดยบทบัญญัติที่ใช้กับการบังคับคดี

หากไม่มีข้อกำหนดพิเศษ สัญญาจำนำซึ่งผูกกับหนี้ผูกคอบุคคลโดยบทบัญญัติในส่วนนี้

หากไม่มีข้อกำหนดพิเศษ สัญญาจำนำที่ผูกกับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอื่นผูกคอบุคคลโดยบทบัญญัติที่ใช้กับการนำสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้แบ่งการนำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไว้สามประเภท คือ ประเภทแรก การนำคำสั่งศาล (Judicial pledge) ประเภทที่สอง การนำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนี้ หรือการนำหนี้ (a convention pledge which attaches to debts หรือ the pledge of a debt) และประเภทที่สาม การนำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอื่นที่ไม่ใช่หนี้ หรือ การนำอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิทธิอื่นที่ไม่ใช่สิทธิทางหนี้ (a conventional pledge which attaches to other incorporeal movables) กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำทั้งสามประเภทแตกต่างกัน คือ สัญญาจำนำคำสั่งศาลใช้หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำสั่งศาล ส่วนการนำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอื่นกฎหมายให้ใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ของการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง อนึ่ง เฉพาะสัญญาจำนำหนี้ (pledge of a debt) เท่านั้นที่ใช้หลักเกณฑ์ในบทบัญญัติเรื่องของการนำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง เพราะในรายละเอียดระหว่างมาตรา 2356 ถึง 2366 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำหนี้ทั้งสิ้น โดยลักษณะสำคัญของการนำหนี้คือ มีแบบที่ต้องทำเป็นหนังสือหากไม่ทำเป็นหนังสือจะส่งผลให้การนำหนี้เป็นโมฆะ ตามมาตรา 2356²²⁷ การนำหนี้เพื่อประกันหนี้อื่นจึงไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำ

สัญญาจำนำแม้จะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาซึ่งเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบโดยในสมัยโรมันจะมีได้ก็แต่กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับให้

²²⁷ Article 2356 Under penalty of nullity, the pledge of a claim shall be concluded in writing. Claims secured and claims pledged are specified in the act.

If they are future claims, the instrument must allow for their individualization or contain the elements that provide for it, such as the identification of the debtor, the place of payment, the amount of the claims or their evaluation, and if appropriate the date their payment is due.

สัญญาจำนำสามารถทำได้กับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยตามมาตรา 2355 แต่ยังคงถือตามลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบกล่าวคือ หากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างก็จะต้องมีลักษณะของการทำให้สิทธิดังกล่าวไปอยู่ในการครอบครองของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีของสิทธิเรียกร้องที่จะต้องมีการยอมรับการโอนสิทธิเรียกร้องด้วยแล้วนั้นย่อมไม่สามารถนำมาเป็นทรัพย์สินที่จะจำนำกันได้²²⁸ ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำจึงอาจเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างก็ได้ แม้กฎหมายฝรั่งเศสในมาตรา 2333 จะใช้คำว่า Chose ซึ่งแปลว่าทรัพย์สินเท่านั้น แต่เนื่องจากในต้วบทบัญญัติในมาตรา 2355 ได้ระบุให้สัญญาสามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย โดยใช้คำว่า Les meubles incorporels ซึ่งแปลว่าสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง จึงทำให้สัญญาจำนำไม่ถูกจำกัดอยู่เพียงการนำทรัพย์สินเป็นประกันเท่านั้น อย่างไรก็ตามมิใช่ทรัพย์สินทุกอย่างที่จะสามารถนำมาจำนำได้ แต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้ ส่วนอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนำได้

3.2.6.2 การจำนองหรือสัญญาจำนอง (mortgage)

การจำนองเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาในลักษณะของการประกันหนี้กันอย่างแท้จริงด้วยมูลค่าที่สูงของสิ่งที่เป็นประกันคืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีผู้กล่าวว่าระบบของการจำนองที่ดีเป็นสิ่งแรกที่ต้องการสำหรับระบบเศรษฐกิจและสังคมขนาดใหญ่²²⁹ โดยสาระสำคัญของสัญญาจำนองและทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองเป็นดังนี้

ก. สาระสำคัญของการจำนอง

การจำนองมีสาระสำคัญปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 2393²³⁰ คือ “เป็นทรัพย์สินสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่สามารถแยกออกและดำรงอยู่ตลอดเวลาที่อสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประกัน อีกทั้ง จำนองติดไปกับอสังหาริมทรัพย์ด้วยไม่ว่าจะตกไปอยู่ในมือผู้ใด” โดยนักกฎหมายให้คำอธิบายการจำนอง ว่าหมายถึงการที่บุคคลหนึ่งซึ่งอาจเป็นลูกหนี้

²²⁸ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, pp. 368-370.

²²⁹ Ibid., p. 476.

²³⁰ Article 2393 A hypothec is a real right in an immovable allocated to the discharge of an obligation.

It is, by its nature, indivisible and subsists in its entirety on all the immovables burdened, on each one and on each portion of those immovables.

It follows them into whatever hands they may pass.

หรือบุคคลที่สามนำทรัพย์สินของตัวเองมาก่อให้เกิดทรัพย์สินนั้นเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยทรัพย์สินนี้มีลักษณะที่ผูกติดอยู่กับทรัพย์สินนั้นไม่ว่าจะตกไปอยู่ในมือผู้ใดโดยเรียกว่า สิทธิติดตาม (right of pursuit)²³¹ การจำนองเป็นลักษณะของสัญญาอุปกรณ์ที่ต้องมีสัญญาซึ่งเป็นหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนโดยการจำนองเป็นการประกันสัญญาดังกล่าว ซึ่งการจำนองจะทำได้ด้วยบุคคลเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ จึงเป็นลักษณะของสัญญาที่ต้องมีการแสดงเจตนาร่วมกันระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนอง ทั้งนี้ การจำนองมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาซึ่งเป็นประกันการชำระหนี้อื่นคือ การจำนองทรัพย์สินไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนอง อีกทั้งไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองให้แก่ผู้จำนอง แต่เป็นการก่อให้เกิดทรัพย์สินคือสิทธิในการติดตามทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะไปอยู่กับเจ้าของใหม่หรืออยู่กับเจ้าหนี้รายอื่น เจ้าหนี้จำนองย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นเพื่อใช้ในการชำระหนี้ซึ่งจำนองเป็นประกันได้เมื่อถึงกำหนดการชำระหนี้แล้วยังไม่มีชำระแต่อย่างใด โดยการจำนองเป็นลักษณะของบุริมสิทธิที่มีเหนือทรัพย์สิน (right of preference)²³² ทั้งนี้สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไม่ใช่สัญญาที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมหรือการส่งมอบแต่อย่างใดโดยแล้วแต่ว่าแบบดังกล่าวจะต้องทำตามวิธีใดตามมาตรา 2394²³³ และมาตรา 2395²³⁴

ข. ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนอง

ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการจำนองในกฎหมายฝรั่งเศสมีได้แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ (immovable) และสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ (real right) เท่านั้น ไม่สามารถมีการจำนองในสังหาริมทรัพย์ (movable) เนื่องจากลักษณะของสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิที่จะติดตามทรัพย์สินไปได้ตลอดเนื่องจากการเปลี่ยนมือสามารถทำได้ง่ายและการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของสามารถทำได้ด้วยการครอบครองทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงจำนองที่ติดกับทรัพย์สินด้วยได้²³⁵ โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 2397²³⁶ ได้กำหนดว่าทรัพย์สินที่จะทำการจำนองได้

²³¹ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 328.

²³² Ibid, p. 331.

²³³ Article 2394 A hypothec exists only in the instances and according to the forms authorized by statutory law.

²³⁴ Article 2395 It is either legal, or judicial, or conventional.

²³⁵ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, pp. 501-502.

คืออสังหาริมทรัพย์(immovable) ที่สามารถก่อนนิติกรรมระหว่างบุคคลได้รวมถึงทรัพย์สินอุปกรรมแห่งอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย และ สิทธิเก็บกิน(Usufruct)ในทรัพย์สินและทรัพย์สินอุปกรรมตลอดช่วงระยะเวลาแห่งสิทธิ” อาจกล่าวได้ว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองแท้จริงแล้วคือ กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินอย่างหนึ่ง กับสิทธิเก็บกินอีกอย่างหนึ่ง²³⁷ โดยการจำนองในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์ อำนาจแห่งการจำนองย่อมครอบคลุมกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวเท่าที่อำนาจแห่งเจ้าของกรรมสิทธิ์จะมีได้ตามมาตรา 2414²³⁸ กล่าวคือ หากกรรมสิทธิ์นั้นอยู่ภายใต้สิทธิเก็บกิน (usufruct) หรือภาระจำยอม (servitude) การจำนองที่จะบังคับเอาจากกรรมสิทธิ์นั้นก็ย่อมต้องได้รับผลของสิทธิเก็บกินและภาระจำยอมดังกล่าวไปด้วย มิใช่ได้กรรมสิทธิ์อย่างเด็ดขาดไปแต่เป็นลักษณะของกรรมสิทธิ์เปลือย (naked ownership)²³⁹ ดังนั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการจำนองจึงอาจเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ โดยต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เว้นแต่กฎหมายมีการรองรับไว้เฉพาะสำหรับสังหาริมทรัพย์บางประเภทเช่นการจำนองเรือตาม

²³⁶ Article 2397 Only the following things may be hypothecated:

- 1° Immovables that are in commerce, and their accessories that are deemed immovables;
- 2° The usufruct of the same things and accessories for the time of its duration.

A hypothec extends to the improvements that take place on the immovable.

²³⁷ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 510.

²³⁸ Article 2414 Those who only hold on an immovable a right suspended by a condition, or a right that may be dissolved in certain cases, or subject to rescission, may only grant a hypothec subject to the same conditions or to the same rescission.

The hypothec of an immovable co-owned in indivision retains its effect whatever the result of the partition may be when it has been granted by all co-owners in indivision. Otherwise, it retains its effect only in so far as the co-owner in indivision who has granted it is, at the time of the partition, allotted with that or those indivisible immovables or, when the immovable is sold by auction to a third party, if that co-owner is allotted the proceeds of the sale.

The hypothec of a share in one or several indivisible immovables retains its effect only in so far as the co-owner who has granted it is, at the time of the partition, allotted that or those indivisible immovables; this hypothec then retains it to the full extent of that allotment without being limited to the share that belonged to the co-owner who has granted it; when the immovable is sold at an auction to a third party, it retains its effect also if that co-owner is allotted the proceeds of the sale.

²³⁹ Macel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2*, p. 510.

กฎหมายพาณิชย์นาวี หรือการจำนองเครื่องบินเป็นต้น²⁴⁰ จึงไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องการตีความใน
ความหมายของคำว่าทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการจำนองในกฎหมายฝรั่งเศสแต่อย่างใด

จากที่ได้นำเสนอความคิดเห็นพื้นฐานของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมาย
เยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสไว้ข้างต้นนั้น ซึ่งมีระบบของสัญญาที่แตกต่างกันและการเลือกใช้คำว่า
ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่แตกต่างกันทั้งสองประเทศ ผู้เขียนจะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ
กฎหมายไทยในบทต่อไป เพื่อสามารถทราบได้ว่าความคิดเห็นพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา
ของกฎหมายทั้งสามประเทศมีความเหมือนกันหรือไม่อย่างไรและปัญหาในการปรับใช้กฎหมายหรือไม่
อย่างไร



²⁴⁰ Ibid., p. 504.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา ในกฎหมายไทยกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

ตามที่ได้นำเสนอความคิดเห็นพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทยกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ว่ามีแนวคิดอย่างไรและมีความเห็นในเรื่องทรัพย์สินและเรื่องเอกเทศสัญญาแต่ละประเภทอย่างไรไปแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาในบทนี้ ว่ามีลักษณะที่สำคัญเหมือนหรือต่างกันอย่างไรในเอกเทศสัญญาของแต่ละประเทศ และลักษณะดังกล่าวกับคำว่าทรัพย์สินที่ใช้ในเอกเทศสัญญาแต่ละประเทศสอดคล้องกันหรือไม่และมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายหรือไม่

4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน

แนวความคิดเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” เป็นเรื่องสำคัญในกฎหมายของทุกประเทศ เพราะเป็นเรื่องของมูลค่าทางเศรษฐกิจที่บุคคลหนึ่งอาจมีได้ซึ่งอาจเป็นตัวทรัพย์สิน สิทธิเหนือตัวทรัพย์สิน และสิทธิเรียกร้อง หรือสิทธิอื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ โดยกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส แม้มีแนวความคิดที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมันเหมือนกันแต่ด้วยรูปแบบของสังคมและพัฒนาการทางกฎหมาย จึงทำให้แต่ละประเทศมีแนวทางการนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินแตกต่างกันดังนี้

ในกฎหมายไทยมีการนิยามความหมายทั้งคำว่า “ทรัพย์สิน” และคำว่า “ทรัพย์” ซึ่งความหมายของคำว่า “ทรัพย์” คือวัตถุมีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้จึงจะถือว่าเป็นทรัพย์ตามความหมายของกฎหมาย ส่วน “ทรัพย์สิน” หมายถึง ทรัพย์และสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ โดยอาจเป็นสิทธิเหนือตัวทรัพย์สิน หรือสิทธิทางหนี้ หรือสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิทธิอื่นที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ก็ย่อมเป็นทรัพย์สินทั้งสิ้น โดยนิยามไว้ในกฎหมายลักษณะทั่วไป ดังนั้นเมื่อปรากฏคำว่า “ทรัพย์สิน” หรือคำว่า “ทรัพย์” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จะต้องตีความตามความหมายที่กฎหมายได้นิยามความหมายไว้ไม่สามารถตีความเป็นอย่างอื่นได้ เพราะมีคำนิยามโดยกฎหมายไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แม้มีการนิยามความหมายไว้อย่างชัดเจนแต่การใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” มีการใช้ปะปนกันในบทบัญญัติของเอกเทศสัญญาจนก่อให้เกิดความคลุมเครือในการปรับใช้กฎหมายแก่นักกฎหมายที่จะเลือกคำนิยามทางกฎหมายมาใช้ เช่น สัญญาฝากทรัพย์สิน แต่ในบทบัญญัติใช้คำว่าทรัพย์สิน หรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน แต่ในบทบัญญัติใช้คำว่าทรัพย์สิน เป็นต้น

ในกฎหมายเยอรมันมีการนิยามคำว่า "ทรัพย์สิน" เพียงคำเดียว ส่วนนิยามของ "ทรัพย์สิน" ปล่อยให้เป็นที่ไปตามการปรับใช้ของกฎหมาย ซึ่งคำว่า “ทรัพย์สิน” (Sachen) หมายถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามนิยามของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องของทรัพย์สิน กฎหมายจะเลือกใช้คำว่า Sachen ซึ่งมีนิยามความหมายไว้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมาย และเนื่องจากมีการนิยามความหมายเพียงคำเดียว การใช้คำในกฎหมายจึงไม่มีลักษณะที่ปะปนกันระหว่างคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินที่จะทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่าคำที่ใช้มีเจตนารมณ์ทางกฎหมายว่าอย่างไร ทั้งนี้ ในกรณีที่กฎหมายต้องการจะสื่อความหมายมากกว่าทรัพย์สินกฎหมายจะเลือกใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งกฎหมายไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้จึงเป็นเรื่องของการพิจารณาตามบริบทของกฎหมายเพื่อปรับใช้ความหมายของคำให้เหมาะสมกับบริบทของกฎหมายโดยแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน “ทรัพย์สิน” หมายถึงวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างคือสิทธิซึ่งสามารถถือเอาได้ตามกฎหมาย

ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีนิยามคำว่า "ทรัพย์สิน" และ "ทรัพย์สิน" แต่เป็นการบัญญัติขอบเขตของคำว่า "ทรัพย์สิน" (Biens) ว่าหมายรวมถึงทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ จากขอบเขตดังกล่าวทำให้สามารถพิจารณาความหมายของทรัพย์สินตามความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสได้ว่า หมายถึงวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินสิทธิ บุคคลสิทธิ หรือสิทธิอื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ สำหรับคำว่า “ทรัพย์สิน” แม้ไม่มีนิยามความหมายไว้แต่แนวความคิดเกี่ยวกับวัตถุมีรูปร่างที่เป็นวัตถุรองรับกรรมสิทธิ์ได้กฎหมายเรียกว่า Chose ซึ่งมีคำแปลภาษาอังกฤษว่า Thing โดยในกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่ใช้คำว่า Chose ในบทบัญญัติของกฎหมายเพราะมีความหมายที่จำกัดกว่าคำว่า Biens อย่างไรก็ตาม คำว่า Chose ในกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีการจำกัดความว่าหมายถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นแต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ก็พิจารณาคำว่า Chose ว่าหมายถึงทรัพย์สิน แต่ใน

บางครั้งนักกฎหมายฝรั่งเศสพิจารณาว่าคำว่า Chose ให้มีความหมายครอบคลุมไปถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินด้วย

จากการวิเคราะห์ลักษณะของการนิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” ของทั้งสามประเทศ พบว่า การนิยามคำว่า “ทรัพย์สิน” ว่าหมายถึงวัตถุมีรูปร่างย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในกฎหมายเพื่อสื่อถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่าง เพราะหากไม่มีการนิยามคำว่าทรัพย์สินไว้ดังเช่นกฎหมายฝรั่งเศส ก็จะไม่สามารถเกิดความชัดเจนกรณีที่กฎหมายต้องการจะสื่อถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการนิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” พบว่าเรื่องของกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นเรื่องระบบกฎหมายที่มีรากฐานทางกฎหมายมาอย่างยาวนานและคำว่า “ทรัพย์สิน” มีความหมายกว้างขวางรวมทั้ง ทรัพย์สิน สิทธิเหนือทรัพย์สิน สิทธิทางหนี้ และสิทธิอื่นๆ ทั้งหมดที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่กฎหมายรองรับไว้ ซึ่งการนำมานิยามความหมายเอาไว้ย่อมส่งผลให้เมื่อนำคำว่าทรัพย์สินไปใส่ในบทบัญญัติความหมายของคำจะครอบคลุมเนื้อหาเกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการจะสื่อ และไม่สามารถตีความให้แคบลงกว่าความหมายได้เพราะกฎหมายได้นิยามไว้อย่างชัดเจนแล้ว ดังนั้นกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสจึงมิได้มีการนิยามความหมายไว้แต่ปล่อยให้เป็นไปตามการปรับใช้ แต่กฎหมายไทยนิยามไว้จึงทำให้เกิดปัญหาในการนำคำว่าทรัพย์สินไปใช้ในบทบัญญัติต่างๆ ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าลักษณะของกฎหมายเยอรมันที่เลือกนิยามความหมายเฉพาะคำว่า “ทรัพย์สิน” แต่ไม่มีการให้นิยามคำว่า “ทรัพย์สิน” เป็นลักษณะที่ก่อให้เกิดผลในการใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่สุด ทั้งนี้ ลักษณะการนิยามตามกฎหมายไทยก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้คำนิยามกับบริบทของกฎหมาย และปัญหาในการพิจารณาขอบเขตของกรรมสิทธิ์และขอบเขตของสิทธิครอบครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1.1 ปัญหาการปรับใช้คำนิยามกับบริบทของกฎหมาย

ในกฎหมายไทยเนื่องจากความหมายของทรัพย์สินกว้างขวางและกินความหมายรวมถึงเรื่องของสิทธิทางหนี้ด้วย จึงทำให้เกิดปัญหาเมื่อกฎหมายต้องการจะสื่อเพียงเรื่องของทรัพย์สินและสิทธิเหนือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เช่น กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งไม่ปรากฏเรื่องหนี้แต่กฎหมายกลับใช้คำว่าทรัพย์สิน ซึ่งมีนิยามความหมายรวมถึงสิทธิทางหนี้ด้วย จึงอาจทำให้เกิดความสับสนเมื่อนำไปใช้ในบริบทอื่น ซึ่งการจะเลือกใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" เพียงอย่างเดียวก็ไม่เพียงพอที่จะครอบคลุมความที่กฎหมายต้องการจะสื่อ

ในกฎหมายเยอรมัน การที่กฎหมายเยอรมันไม่นิยามความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" ไว้ทำให้เมื่อปรากฏคำว่า "ทรัพย์สิน" ความหมายจึงขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายว่าสามารถรวมถึงสิ่งใดได้บ้าง โดยอาจเป็นความหมายอย่างกว้างหรือความหมายอย่างแคบ เพราะกฎหมายเยอรมัน มีแนวความคิดว่า ทรัพย์สิน เป็นสิ่งที่รวมทั้งทรัพย์สิน และสิทธิเหนือทรัพย์สิน และรวมถึงสิทธิทางหนี้และสิทธิอื่นที่มีมูลค่าตามกฎหมายด้วย

ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีการให้นิยามไว้โดยบทบัญญัติแต่ความคิดพื้นฐานของคำว่า "ทรัพย์สิน" ย่อมหมายถึงทั้งทรัพย์สินและสิทธิ ทั้งสิทธิเหนือทรัพย์สิน สิทธิทางหนี้ และสิทธิอื่น โดยมีแนวความคิดว่า "ทรัพย์สิน"(Choses) หมายถึงวัตถุมีรูปร่าง อย่างไรก็ตามการที่ไม่มีนิยามความหมายของคำทั้งสองไว้ จึงทำให้ความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายที่ใช้ โดยบางครั้งแม้บทบัญญัติใช้คำว่า ทรัพย์สิน แต่ก็ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจรวมไปวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วยบริบทของกฎหมาย เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น

4.1.2 ปัญหาการพิจารณาขอบเขตของกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ในกฎหมายไทยมีได้แต่เฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติเรื่องอำนาจของกรรมสิทธิ์ กฎหมายใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่า กรรมสิทธิ์สามารถมีเหนือวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย

กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมันมีได้แต่เฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย

กรรมสิทธิ์ในกฎหมายฝรั่งเศสมีได้เฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างได้ โดยไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย

4.1.3 ปัญหาการพิจารณาขอบเขตของการครอบครอง

การครอบครองในกฎหมายไทยมีความเห็นของนักกฎหมายที่ต่างกันโดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการครอบครองมีได้เฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการครอบครองมีเหนือสิทธิได้ด้วย เพราะกฎหมายใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นสิทธิทางหนี้ หรือสิทธิทรัพย์สิน ล้วนเรียกว่ามีการครอบครองสิทธิได้ อีกทั้ง มีแนวคิดเรื่องสิทธิครอบครอง เป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่งด้วย

การครอบครองในกฎหมายเยอรมันมีได้แต่เฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น ไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย และไม่มีเรื่องของสิทธิครอบครอง มีเพียงความคุ้มครองผู้มีการครอบครองเท่านั้น

การครอบครองในกฎหมายฝรั่งเศสมีได้ทั้งทรัพย์สินและทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง โดยเป็นลักษณะทางข้อเท็จจริงสำหรับผู้ครอบครองทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองตัวทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง หรือการครอบครองสิทธิ โดยไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันของนักกฎหมาย และไม่มีเรื่องของสิทธิครอบครอง

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ"ทรัพย์สิน"ในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญามีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินเรียกว่าทรัพย์สินสัญญา อันได้แก่ สัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์สิน และสัญญาจำนำ โดยการส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดสัญญาดังกล่าวเป็นลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริงหรือส่งมอบโดยปริยายก็ได้ ซึ่งทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายโรมันมีวัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นไม่อาจทำสัญญากับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ โดยกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้รับอิทธิพลของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินมาจากการกฎหมายโรมันเช่นกัน ซึ่งสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายแต่ละประเทศมีการใช้คำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน ดังนี้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญาบัญญัติไว้ในลักษณะเอกเทศสัญญา ได้แก่ สัญญาเช่า สัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้าง สัญญาฝากทรัพย์สิน และสัญญาจำนำ โดยสัญญาส่วนใหญ่ใช้คำในบทบัญญัติว่า "ทรัพย์สิน" แต่มีการใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ปะปนกันไปกับคำว่าทรัพย์สิน เช่น สัญญาฝากทรัพย์สิน แต่ในบทบัญญัติใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" จึงทำให้เกิดปัญหาการพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาว่าเฉพาะวัตถุมีรูปร่างซึ่งหมายถึงทรัพย์สินเท่านั้นที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ หรือวัตถุแห่งสัญญารวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีราคาและอาจถือเอาได้ซึ่งอยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์สินด้วย ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมายเป็นสองแนว แนวความเห็นแรกเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" วัตถุแห่งสัญญาฝากทรัพย์สินจึงรวมถึงวัตถุที่ไม่มี

รูปร่างด้วย ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าแม้กฎหมายใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” แต่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างโดยสภาพไม่น่าจะจัดเก็บได้ การเก็บรักษาไว้ดูแลย่อมมิได้เฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น วัตถุแห่งสัญญาจึงควรทำได้แค่กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น

กฎหมายเยอรมันบัญญัติสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินไว้ในกฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญา ได้แก่สัญญาซื้อขายใช้คงรูป สัญญาซื้อขายสินค้าเปลือง และสัญญาฝากทรัพย์สิน โดยบทบัญญัติของสัญญาทั้งสามใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ทั้งสิ้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ วัตถุแห่งสัญญาจึงหมายถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยไม่มีปัญหาในการพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาเหมือนกฎหมายไทย

กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะนี้ ได้แก่ สัญญาซื้อขายใช้คงรูป สัญญาซื้อขายสินค้าเปลือง และสัญญาฝากทรัพย์สิน โดยส่วนใหญ่ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในบทบัญญัติหลัก แต่มีบทบัญญัติในส่วนของสัญญาซื้อขายใช้คงรูปที่ระบุถึงวัตถุแห่งสัญญาว่า “ทุกอย่างที่อาจทำนิติกรรมได้” สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาว่านอกจากทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นหรือสิทธิอื่นสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ด้วยหรือไม่ โดยมีความเห็นเป็นสองแนว แนวแรกเห็นว่าเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่สามารถทำสัญญาซื้อขายใช้คงรูปได้เพราะว่าลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าวัตถุไม่มีรูปร่างหรือสิทธิก็อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายใช้คงรูปได้ด้วยเพราะสัญญาซื้อขายใช้คงรูปมิใช่สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบอีกต่อไปแต่เป็นสัญญาที่อยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินก็เกิดเป็นสัญญาได้

อนึ่ง การที่กฎหมายแต่ละประเทศมีการใช้คำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินแตกต่างกันแต่มีลักษณะที่ร่วมกันที่ได้รับการสืบทอดมาจากกฎหมายโรมันคือเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน จึงเป็นประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบการส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดสัญญาและลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกับคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นลักษณะสำคัญของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินมีลักษณะสำคัญคือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะก่อให้เกิดสัญญา โดยในกฎหมายไทยปรากฏในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ ในสัญญาซื้อขายปรากฏในมาตรา 641 “การยืมใช้คงรูปท่านว่าย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ยืม” สัญญาซื้อขายสิ่งเคลื่อนที่ปรากฏในมาตรา 650 วรรค 2 ว่า “สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืม” และสัญญาฝากทรัพย์สิน ปรากฏในมาตรา 657 “...ผู้ฝากส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง...” ในกฎหมายเยอรมันปรากฏในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนี้ สัญญาซื้อขายคงรูปปรากฏในมาตรา 598 “ต้องผูกพันตนให้ผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สิน” ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน(หรือสัญญาซื้อขายสิ่งเคลื่อนที่) ปรากฏในมาตรา 607 “...ผู้ให้ยืมตกลงส่งมอบให้แก่ผู้ยืมซึ่งสังกมทรัพย์สิน...” และสัญญาฝากทรัพย์สินปรากฏในมาตรา 688 “...ผู้รับฝากทรัพย์สิน...ได้รับการส่งมอบมาจากผู้ฝากทรัพย์สิน...” ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส ปรากฏในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังนี้ สัญญาซื้อขายคงรูปปรากฏในมาตรา 1875 “ สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้...” สัญญาซื้อขายสิ่งเคลื่อนที่ปรากฏในมาตรา 1892 “สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง...” และสัญญาฝากทรัพย์สินปรากฏในมาตรา 1919 “สัญญาฝากทรัพย์สินจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินโดยตรงหรือส่งมอบทรัพย์สินโดยสัญลักษณ์เท่านั้น” จากบทบัญญัติของทั้งสามประเทศย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายทั้งสามประเทศมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินเหมือนกัน คือต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะเกิดสัญญาขึ้นได้ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะได้วิเคราะห์ว่า การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นลักษณะสำคัญที่ทำให้เกิดทรัพย์สินสัญญาของแต่ละประเทศมีลักษณะอย่างไรและเหมือนกันหรือไม่ และการส่งมอบทรัพย์สินของแต่ละประเทศสามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้หรือไม่

4.2.1.1 ลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญา

นักกฎหมายไทยมีความคิดว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกคนหนึ่ง ในลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของผู้รับมอบทรัพย์สิน ซึ่งอาจเป็นการส่งมอบโดยตรง คือส่งมอบโดยอาศัยกริยาหยาบยี่นโดยตรง หรือส่งมอบโดยปริยาย คือส่งมอบโดยใช้สัญลักษณ์ของทรัพย์สิน หรือส่งมอบโดยการที่ทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในความครอบครองของผู้รับมอบทรัพย์สินนั้นแล้ว หรือผู้ส่งมอบได้เป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นได้แทนผู้รับมอบทรัพย์สิน

เป็นต้น โดยการส่งมอบที่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน อาจเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือส่งมอบโดยปริยายก็ได้ โดยการส่งมอบเป็นการส่งมอบให้ทรัพย์สินไปอยู่ในความครอบครองของคู่สัญญาผู้รับมอบทรัพย์สินจึงจะก่อให้เกิดสัญญา เช่น สัญญาเช่า ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าจึงจะก่อให้เกิดสัญญาได้ หรือสัญญาฝากทรัพย์สิน ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับฝากทรัพย์สินจึงจะก่อให้เกิดสัญญาได้ ซึ่งการส่งมอบในทางโดยตรง อันเป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินย่อมไม่มีปัญหาในการพิจารณาว่าทรัพย์สินได้ส่งมอบไปแล้วหรือไม่ แต่การส่งมอบโดยปริยายต้องพิจารณาว่าตัวทรัพย์สินได้ถูกส่งมอบไปหรือไม่และก่อให้เกิดสัญญาหรือไม่ โดยการส่งมอบโดยสัญลักษณ์ เช่น การส่งมอบกุญแจรถยนต์ สำหรับการยืมรถยนต์ เป็นต้น เช่นนี้ยังสามารถพิจารณาได้ว่าการส่งมอบอันก่อให้เกิดทรัพย์สินแล้ว หรือการส่งมอบด้วยการแสดงเจตนายึดถือแทนผู้รับมอบทรัพย์สินนั้น สามารถทำได้โดยการที่เจ้าของทรัพย์สินเดิมขายทรัพย์สินให้แก่เจ้าของทรัพย์สินใหม่ และขณะยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าของทรัพย์สินใหม่ เจ้าของทรัพย์สินเดิมได้ทำสัญญายืมกับเจ้าของทรัพย์สินใหม่ การยืมดังกล่าวจึงถือได้ว่าการส่งมอบแล้วเพราะตัวทรัพย์สินอยู่กับผู้ยืม เรียกว่าเป็นการส่งมอบด้วยการแสดงเจตนายึดถือแทน แต่การที่คู่สัญญาผู้ยืมและผู้ให้ยืมจะทำสัญญากันโดยเพียงแสดงเจตนาว่าได้มีการส่งมอบแล้วแต่ตัวทรัพย์สินมิได้อยู่กับผู้ยืมแต่อย่างใดเช่นนี้ย่อมไม่สามารถทำได้ ดังนั้น ลักษณะของการส่งมอบที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินจึงต้องมีการส่งมอบทางข้อเท็จจริงแล้วเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม โดยการส่งมอบตามกฎหมายไทยก่อให้เกิดสิทธิครอบครองแก่ผู้รับมอบทรัพย์สินหรือไม่มีความเห็นเป็นสองแนว ความเห็นแนวแรก¹ เห็นว่า การที่ยึดถือโดยมีเจตนาจะเอาไว้เพื่อตนแม้เพียงชั่วเวลาหนึ่งก็ได้สิทธิครอบครองตลอดชั่วระยะเวลาที่นั้น หรือการยึดถือเพื่อจะใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นแม้เพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นการยึดถือเพื่อตนที่เพียงพอจะให้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองแล้วไม่จำเป็นต้องถึงกับเจตนาที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งหากพิจารณาในลักษณะนี้แล้ว สิทธิครอบครองย่อมมีเสมอแก่ผู้ยืมทรัพย์สิน โดยสิทธิครอบครองมีทั้งกับผู้ยืมและผู้ให้ยืม โดยความเห็นแนวที่สองเห็นว่าการครอบครองเป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่ง ดังนั้น กรณีของการใช้สิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างบุคคลเท่านั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินสิทธิจึงไม่อาจจะเกิดสิทธิครอบครองได้สำหรับการใช้ทรัพย์สินตามสัญญา²

¹ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 377.

² ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 221.

สำหรับการส่งมอบในกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดเรื่องการส่งมอบโดยตรงและการส่งมอบโดยปริยายที่สืบทอดมาจากกฎหมายโรมันโดยมีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่ในกฎหมายเยอรมันความสัมพันธ์ของการส่งมอบกับการครอบครองแตกต่างจากกฎหมายไทย โดยการส่งมอบในกฎหมายเยอรมันเป็นการส่งต่อไปซึ่งการครอบครองทางข้อเท็จจริงเสมอ เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่มีหลักการเรื่องสิทธิครอบครองเหมือนกฎหมายไทย แต่เป็นการแสดงออกทางข้อเท็จจริงว่าใครเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยการส่งมอบในสัญญายืมและสัญญาฝากทรัพย์สินเป็นการส่งมอบการครอบครองทางข้อเท็จจริง (Direct Possession) โดยผู้ให้ยืมหรือผู้ฝากทรัพย์สินยังได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้ครอบครองโดยอ้อม (Indirect Possession) ทั้งนี้ การส่งมอบที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาทางหนี้เท่านั้นไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสิทธิในทางทรัพย์สิน ในลักษณะของสัญญาทางทรัพย์สินของกฎหมายเยอรมันแต่อย่างใด

ในกฎหมายฝรั่งเศสการส่งมอบทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินเป็นลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเป็นการส่งมอบโดยตรงหรือส่งมอบโดยปริยาย เช่นเดียวกับการส่งมอบในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน แต่การส่งมอบในกฎหมายฝรั่งเศสต่างจากกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันเพราะการส่งมอบในกฎหมายฝรั่งเศสมิได้เป็นการส่งมอบไปซึ่งการครอบครองเสมอ เนื่องจากการครอบครองในกฎหมายฝรั่งเศสจะต้องมีองค์ประกอบสองประการคือการครอบครองตัวทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง และเจตนาครอบครองทรัพย์สินเพื่อตนเอง จึงจะเรียกได้ว่าการครอบครองตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่ไม่มีเรื่องของสิทธิครอบครองที่มีในกฎหมายไทย และไม่มีเรื่องของการแยกการครอบครองเป็นการครอบครองโดยอ้อมและการครอบครองโดยตรงเหมือนกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น การส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศส จึงไม่ใช่การส่งมอบที่ก่อให้เกิดการครอบครองในการส่งมอบดังกล่าวด้วย แต่เป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินทางข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยผู้ยืมหรือผู้รับฝากทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศสมิได้รับความคุ้มครองในเรื่องของการครอบครองตามกฎหมายฝรั่งเศสเพราะว่าเป็นการครอบครองโดยไม่มีเจตนาเป็นเจ้าของ

4.2.1.2 ทรัพย์สินที่สามารถทำการส่งมอบทรัพย์สินได้

เนื่องจากทรัพย์สินมีความหมายรวมทั้งทรัพย์สินและสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าการส่งมอบทรัพย์สินสามารถทำได้ทั้งกับทรัพย์สินและสิทธิหรือไม่ โดยการส่งมอบทรัพย์สินทั้งโดยตรงและโดยปริยายสามารถทำได้กับทรัพย์สินซึ่งมีตัววัตถุมีรูปร่าง ซึ่ง

นักกฎหมายไทยเห็นตรงกันในส่วนนี้เพราะเป็นลักษณะที่สามารถมองเห็นได้อย่างเป็นรูปธรรม และการส่งมอบวัตถุมีรูปร่างมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน แต่สำหรับการส่งมอบวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งไม่ปรากฏในกฎหมายโรมันอันเป็นรากฐานของกฎหมายระบบซีวิลลอว์ ประกอบกับลักษณะทางข้อเท็จจริงของวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมเห็นได้ว่า การส่งมอบโดยตรงย่อมไม่สามารถทำได้โดยแน่แท้เนื่องจากไม่มีวัตถุของทรัพย์สินนั้นที่จะสามารถจับต้องเพื่อส่งมอบกันได้ แต่การส่งมอบโดยปริยายซึ่งเป็นการส่งมอบสัญลักษณ์ของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แม้จะไม่ปรากฏในกฎหมายโรมัน แต่ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยมีความเห็นแยกเป็นสองแนว โดยแนวความเห็นแรกเห็นว่า สิทธิต่างๆซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่สามารถส่งมอบได้แม้โดยปริยาย เพราะไม่มีรูปร่างที่จะสามารถจับต้องได้ ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า วัตถุไม่มีรูปร่างก็สามารถส่งมอบได้ด้วยการส่งมอบโดยปริยาย โดยการส่งมอบวัตถุที่แสดงสิทธิย่อมถือว่าวัตถุไม่มีรูปร่างถูกส่งมอบด้วย³ เมื่อพิจารณารากฐานความคิดเรื่องการส่งมอบที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันพบว่า การส่งมอบโดยปริยายมีได้ก็แต่กับวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่มีเรื่องของการส่งมอบวัตถุอันแสดงถึงสิทธิจะถือว่าเป็นการส่งมอบแต่อย่างใด อีกทั้ง การส่งมอบวัตถุแสดงสิทธินั้นสิทธิดังกล่าวจะถูกส่งมอบไปหรือไม่ย่อมเป็นผลของกฎหมายไม่ใช่เรื่องที่จะการส่งมอบจะเป็นการทำให้เกิดการโอนไปซึ่งสิทธิได้ เช่น การส่งมอบใบหุ้น ย่อมมิใช่การก่อให้เกิดไปซึ่งการส่งมอบตัวหุ้นที่กฎหมายจะถือว่าหุ้นได้มีการส่งมอบไปแล้วแต่อย่างใด ข้าพเจ้าจึงเห็นด้วยกับความเห็นแรกว่า วัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่สามารถส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินได้ เพราะวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถส่งมอบได้โดยตรงหรือส่งมอบโดยสัญลักษณ์ในลักษณะที่ทำให้ตัวทรัพย์สินนั้นตกไปอยู่ในความครอบครองของคู่สัญญาแต่อย่างใด ดังนั้นการส่งมอบที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ ย่อมทำได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น วัตถุไม่มีรูปร่างจึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาของเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินได้ เพราะไม่สามารถส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดสัญญาได้

สำหรับรูปแบบของการส่งมอบที่กฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นการส่งมอบไม่ได้มีแค่กรณีของการส่งมอบทรัพย์สินทางข้อเท็จจริงที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินจากมือสู่มือเท่านั้น แต่กฎหมายเยอรมันยอมรับให้มีการส่งมอบที่เรียกว่าการส่งมอบระยะใกล้ (Übergabe kurzer Hand, short-handed

³ ศุภัททีย ศุภางคเสน, "สัญญานิยม: ศึกษาในเชิงทฤษฎี," หน้า 86-90.

delivery)⁴ คือการส่งมอบที่ตัวทรัพย์สินอยู่กับผู้ที่รับมอบทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว เพียงแต่ผู้รับโอนเปลี่ยนเจตนาจากที่ครอบครองทรัพย์สินเพื่อผู้โอนเป็นครอบครองทรัพย์สินเพื่อตนเอง ซึ่งปรากฏในมาตรา 854(2) และ มาตรา 929⁵ นอกจากนี้ยังมีการส่งมอบที่เรียกว่าการส่งมอบโดยเจตนา (constitutum possessorium) (Besitzkonstitut) ซึ่งเป็นการส่งมอบโดยการเปลี่ยนเจตนาของผู้ครอบครองทรัพย์สินจากที่ครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเองเป็นการครอบครองทรัพย์สินแทนบุคคลผู้รับมอบ ตามมาตรา 930⁶ ดังนั้นจากลักษณะของการส่งมอบตามกฎหมายเยอรมันที่ต้องมีการส่งมอบทางข้อเท็จจริง หรือการที่มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เป็นผู้แสดงเจตนาเพื่อให้เกิดการส่งมอบ ประกอบกับความคิดพื้นฐานของการครอบครองและกรรมสิทธิ์ของกฎหมายเยอรมันที่มีได้เฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้นการส่งมอบในกฎหมายเยอรมันจึงใช้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างเท่านั้น

ในส่วนของกฎหมายฝรั่งเศส แม้ว่าการครอบครองจะมีในสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย แต่การส่งมอบเพื่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสมีได้ก่อให้เกิดการส่งมอบการครอบครองเหมือนในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน แต่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง ซึ่งได้รับอิทธิพลความคิดมาตั้งแต่สมัยโรมัน ที่การส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาทำได้กับวัตถุไม่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่สามารถทำได้กับวัตถุไม่มีรูปร่าง อีกทั้ง การส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสไม่สามารถทำได้ด้วยการแสดงเจตนาหรือการทำเป็นหนังสือยอมรับว่ามีการส่งมอบแล้วแต่อย่างใด ดังนั้น การส่งมอบเพื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่สามารถมีในวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ซึ่งแตกต่างจากหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่สามารถถือได้ว่าได้มีการชำระหนี้แล้วด้วยการแสดงเจตนาหรือด้วยการทำหนังสือได้

⁴ Andreas Rahmatian, "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law," *Journal of Comparative Law* 3, 1 (2008): 208.

⁵ Section 929 For the transfer of the ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of the ownership suffices.

⁶ Section 930 If the owner is in possession of the thing, the delivery may be replaced by a legal relationship being agreed between the owner and the acquirer by which the acquirer obtains indirect possession.

4.2.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน

ลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินตามกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส มีลักษณะร่วมกันที่สำคัญสามประการ ประการแรกคือ มีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สิน จึงจะก่อให้เกิดสัญญาได้ดังที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น ประการที่สองคือ สัญญามีลักษณะที่ต้องมีการเก็บรักษาทรัพย์สิน ทั้งสัญญายืมใช้คงรูป และสัญญาฝากทรัพย์สิน คู่สัญญาผู้ที่ได้รับมอบทรัพย์สินจะต้องเก็บรักษาทรัพย์สินไว้ กล่าวคือ ต้องมีการเก็บรักษาและดูแลทรัพย์สิน คือ สงวนทรัพย์สินเหมือนวิญญูชนถึงสงวนทรัพย์สินของตน โดยในกฎหมายไทยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 644 มาตรา 659 และมาตรา 759 ในกฎหมายเยอรมันปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 603 และมาตรา 690 และกฎหมายฝรั่งเศสปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1880 มาตรา 1927 และ 1930 ซึ่งโดยลักษณะของทรัพย์สินที่จะต้องมีการเก็บรักษาต้องมีลักษณะที่สามารถบอบสลายหรือเสื่อมสลายได้หากไม่รักษาทรัพย์สินนั้นไว้ให้อยู่ในสภาพดี ซึ่งหากเป็นกรณีของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ย่อมไม่มีตัวทรัพย์สินที่จะเก็บรักษา การที่สิทธิจะเสื่อมสลายหรือมีการรอนสิทธิอย่างไร เป็นเรื่องของระยะเวลาของสิทธิและเรื่องของการคุ้มครองสิทธิ ซึ่งไม่อาจเก็บรักษาไว้ดังเช่นวิญญูชนได้ ไม่อาจพิจารณาได้ว่าบุคคลหนึ่งจะเก็บรักษาสิทธิดังเช่นที่รักษาทรัพย์สินได้อย่างไร ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดเรื่องของการเก็บรักษาทรัพย์สินจึงเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับโดยตรงได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น หากจะใช้กับวัตถุไม่รูปร่าง ย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้โดยตรงแต่ต้องเป็นการเทียบเคียงกฎหมายว่าจะเก็บรักษาสิทธิอย่างไร โดยเทียบเคียงกับการเก็บรักษาทรัพย์สินให้อยู่ในสภาพดีแทน เพราะสิทธิไม่อาจพิจารณาสภาพดีได้ในทางข้อเท็จจริง และลักษณะร่วมกันประการสุดท้ายคือ ต้องมีการส่งคืนทรัพย์สิน โดยการส่งคืนทรัพย์สินในกฎหมายไทยปรากฏในมาตรา 640 มาตรา 650 และมาตรา 665 ในการส่งคืนทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมันปรากฏในมาตรา 604 มาตรา 607 มาตรา 609 และมาตรา 695 และการส่งคืนทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศสปรากฏในมาตรา 1888 มาตรา 1902 และมาตรา 1944 โดยการที่มีบทบัญญัติให้คืนทรัพย์สินแม้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าการคืนทรัพย์สินจะทำด้วยรูปแบบใด แต่จากสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน การจะคืนทรัพย์สินในสภาพที่ดีให้กลับไปอยู่ในความครอบครองของผู้ให้ยืมหรือผู้ฝากทรัพย์สิน ย่อมต้องกระทำด้วยวิธีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมหรือผู้ฝากทรัพย์สิน จะทำโดยการแสดงเจตนาเพียงอย่างเดียวโดยถือว่าคืนทรัพย์สินแล้วย่อมไม่ถือว่ามีทรัพย์สินเกิดขึ้น ทั้งนี้หากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นสิทธิยืมไม่มีเรื่องของการส่งมอบสิทธิและส่งคืนสิทธิแต่เป็นเรื่องของ

ระยะเวลาที่สามารถใช้สิทธิได้ตามกฎหมาย ดังนั้นจากลักษณะทั้งสามประการของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน จึงเห็นได้ว่าเป็นลักษณะที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อใช้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวความคิดของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งทั้งสามประการประเทศได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน

4.2.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินก่อให้เกิดทรัพย์สินสัญญาประกอบด้วยลักษณะสำคัญของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ย่อมทำให้เห็นได้ว่าบทบัญญัติของ สัญญาใช้คงรูป สัญญาใช้สิ้นเปลือง และสัญญาฝากทรัพย์สิน มีลักษณะที่มุ่งใช้บังคับกับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น แม้ตัวบทบัญญัติจะใช้คำว่าทรัพย์สิน แต่ด้วยการเกิดของสัญญาและลักษณะของสัญญาไม่อาจทำกับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้เลย ประกอบการวิเคราะห์ลักษณะของการใช้คำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินในบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสแล้วพบว่า การเลือกใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เพียงคำเดียวโดยไม่ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” มาปะปนกับในบทบัญญัติก่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาวัตถุแห่งสัญญาว่าหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นหรือหมายถึงสิทธิด้วย ดังนั้นกฎหมายเยอรมันจึงไม่มีปัญหาในการตีความถึงวัตถุแห่งสัญญา แต่ในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศสที่มีการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ปะปนกับคำที่สื่อความหมายถึงวัตถุได้มีรูปร่างด้วย คือคำว่า “ทรัพย์สิน” หรือคำว่า “ทุกอย่างที่สามารถทำนิติกรรมได้” ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความวัตถุแห่งสัญญาและเกิดความเห็นที่แตกต่างกันในการปรับใช้กฎหมาย นอกจากนั้น เมื่อใช้คำที่สื่อความหมายถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยคือคำว่า “ทรัพย์สิน” ย่อมก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาอีกสองประการคือ ปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน และปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

ในกฎหมายไทยมีความเห็นเกี่ยวกับการเกิดของสัญญาด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบตัวทรัพย์สิน จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากไม่มีการส่งมอบตัวทรัพย์สินสัญญาไม่เกิด และไม่ก่อความผูกพันแก่คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินไม่ต้องมีตัวทรัพย์สินก็ได้ อาจเป็นการส่งมอบเอกสารสิทธิแทน

ทรัพย์สิน หรือการทำให้สิทธิไปอยู่ในการครอบครองของคู่สัญญา ก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น หากพิจารณาตามความเห็นของฝ่ายแรกที่ยอมรับว่าเฉพาะตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงจะทำการส่งมอบที่ก่อให้เกิดลักษณะของทรัพย์สินได้ ซึ่งเป็นแนวความคิดเช่นเดียวกับรากฐานของทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน ดังนั้น เมื่อใช้คำว่าทรัพย์สินในบทบัญญัติจึงทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับการส่งมอบที่จะทำให้เกิดสัญญาได้ ส่วนความเห็นที่สองเป็นความเห็นที่พิจารณาจากการที่บทบัญญัติของกฎหมายไทยใช้คำว่าทรัพย์สินในสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน จึงมีการตีความว่าวัตถุไม่มีรูปร่างควรจะทำสัญญาได้ด้วยและส่งผลให้ลักษณะสำคัญของการส่งมอบที่ต้องมีตัวทรัพย์สินถูกต้องความว่าหมายรวมถึงการส่งมอบสิทธิได้ด้วย โดยการทำให้สิทธิไปอยู่ในการครอบครองของผู้รับ ซึ่งการตีความเช่นนี้ย่อมทำให้หลักสำคัญของทรัพย์สินคือการส่งมอบที่ต้องมีตัวทรัพย์สินที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันสูญหายไป

ในกฎหมายเยอรมัน ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินไม่เกิด แต่อาจก่อความผูกพันในลักษณะของคำมั่นหากทำตามแบบของกฎหมาย โดยไม่มีความเห็นแตกต่างกันของนักกฎหมาย

ในกฎหมายฝรั่งเศส ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินไม่เกิด และไม่ก่อความผูกพันแก่คู่สัญญา อย่างไรก็ตามมีความเห็นของนักกฎหมายเพียงบางส่วนเห็นว่าสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ อาจไม่ต้องการส่งมอบกันก็เกิดสัญญาได้จากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

4.2.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา

ในกฎหมายไทยลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินคือสัญญาที่ผู้รับมอบทรัพย์สินมีหนี้ฝ่ายเดียวที่จะต้องคืนทรัพย์สินอีกทั้งระหว่างที่เก็บรักษาทรัพย์สินไว้ต้องดูแลรักษาหรือใช้ทรัพย์สินด้วยความระมัดระวัง แต่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจเก็บรักษาหรือมีการส่งคืนได้จึงมีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา

ในกฎหมายเยอรมันใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ซึ่งหมายถึงวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา

กฎหมายฝรั่งเศสมีการใช้คำว่า "ทุกอย่าง" จึงทำให้เกิดความเห็นที่เห็นว่า วัตถุไม่มีรูปร่างสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ด้วยโดยความเห็นดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานความคิดว่าสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบได้กลายเป็นสัญญาที่เกิดจากความยินยอมแล้วด้วยพัฒนาการของกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากวัตถุแห่งสัญญาเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมก่อให้เกิดปัญหาความสอดคล้องกับลักษณะที่ต้องมีการดูแลรักษาและส่งคืนทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาความหมายของ "ทรัพย์สิน" ในเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นทันทีเมื่อคู่สัญญาดกลงรายละเอียดของสัญญาเรียบร้อยโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือการทำตามแบบของกฎหมาย ซึ่งเป็นแบบของสัญญาที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันโดยเป็นรากฐานของสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส โดยเอกเทศสัญญาที่เกิดจากความยินยอมแต่ละประเทศมีการใช้คำว่าทรัพย์สินหรือคำว่าทรัพย์สินดังนี้

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมตามกฎหมายไทย ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่าทรัพย์สิน โดยใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" เป็นส่วนใหญ่

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมตามกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า โดยใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ในส่วนหลัก และหากต้องการให้สัญญาดังกล่าวทำกับสิทธิได้ด้วย จะมีบทบัญญัติที่ระบุไว้ว่า "สิทธิ" สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ โดยปรับใช้ตามความจำเป็น

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมตามกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่า โดยใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" และมีการใช้คำว่า "ทุกอย่าง" สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้

ทั้งนี้ แนวความคิดเรื่องระบบของสัญญาในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างกันโดยกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศสเป็นระบบสัญญาเดี่ยว

คือการทำสัญญาสามารถก่อผลทั้งทางทรัพย์สินและผลทางหนี้ได้พร้อมกัน ส่วนกฎหมายเยอรมันเป็นระบบสองสัญญาคือการทำสัญญาจะก่อให้เกิดผลทางหนี้เท่านั้น ส่วนผลทางทรัพย์สินจะต้องมีการทำสัญญาทางทรัพย์สินอีกสัญญาหนึ่งจึงจะเกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินได้ กฎหมายแต่ละประเทศจึงมีวัตถุประสงค์ของสัญญาและผลของสัญญาในสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมแตกต่างกัน จึงเป็นประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าวัตถุประสงค์และผลของสัญญาในกฎหมายแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกับคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน และสัญญาเช่าเช่นเดียวกันในทุกประเทศ แต่วัตถุประสงค์ของสัญญามีหลักการที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

4.3.1.1 วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายและสัญญาแลกเปลี่ยน

ในกฎหมายไทยวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือการที่ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อชำระเงินตอบแทนแก่ผู้ขาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 453 โดยกฎหมายเยอรมันวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือผู้ขายมีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อพร้อมทั้งรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อชำระเงินเป็นการตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 433 ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศสวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อชำระราคา เมื่อวิเคราะห์จากวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายในกฎหมายแต่ละประเทศที่แตกต่างกันแล้วพบว่า ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสเหมือนกันในส่วนที่วัตถุประสงค์ของสัญญาคือผู้ซื้อส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายแลกกับการชำระราคาโดยการส่งมอบดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินตกเป็นของผู้รับมอบทรัพย์สิน แต่กฎหมายไม่เลือกใช้คำว่าโอนกรรมสิทธิ์เหมือนในกฎหมายไทย เนื่องจากการหลักเรื่องกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ซึ่งหลักการนี้ในกฎหมายไทยกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันตามอทธิพลความคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ได้รับสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายไทยใช้คำว่าทรัพย์สินในบทบัญญัติของสัญญาซื้อขาย จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายของนักกฎหมายไทยเป็นสองความเห็นที่ว่าวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้สามารถทำสัญญาซื้อขายได้

หรือไม่ โดยความเห็นแนวแรกเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สิน อีกทั้ง จากการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อนที่จะใช้คำว่าทรัพย์สินมีการเสนอให้เติมคำว่าการซื้อขายสิทธิในบพบัญญัติด้วยแต่เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าคำว่าทรัพย์สินครอบคลุมสิทธิอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องมีคำว่าสิทธิอีกดังนั้นเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงน่าจะต้องการให้หมายรวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างที่สามารถทำการซื้อขายได้ด้วยโดยการโอนทรัพย์สินให้อยู่ในความเป็นเจ้าของของผู้ซื้อ เช่นการซื้อขายสิทธิครอบครอง ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5199/2546 , 137/2535 , 6803/2545 , 5199/2546 หรือการซื้อขายสิทธิเรียกร้อง เช่น สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5466/2539 สิทธิเช่าซื้อที่ดินพร้อมอาคารเป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายกันได้, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2550/2530, 349/2527 ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ในบพบัญญัติ อีกทั้งในการประชุมร่างกฎหมายก็ตกลงว่าจะใช้คำว่ากรรมสิทธิ์เพราะสัญญาซื้อขายมีวัตถุประสงค์หลักในการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ดังนั้น เจตนารมณ์ของสัญญาซื้อขายจึงน่าจะทำการซื้อขายได้แค่ทรัพย์สินที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้เท่านั้น ซึ่งคือเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง ดังนั้นวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่สามารถมีในวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความเห็นที่สองเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ในบพบัญญัติซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาดังนั้นจึงมีความสำคัญกว่าการใช้คำว่าทรัพย์สินเพียงอย่างเดียวตีความวัตถุประสงค์ของสัญญาแตกต่างไปจากบพบัญญัติที่กฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว อันจะส่งผลกระทบต่อระบบการศึกษากฎหมาย อีกทั้ง หากตีความว่าวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สินสามารถทำการซื้อขายได้ย่อมก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ของสัญญาซื้อขาย โดยหากบพบัญญัติต้องการให้ปรับใช้กับสิทธิได้ด้วยควรจะมีการบัญญัติให้ชัดเจน ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายเยอรมันแล้วพบว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมันมีเรื่องของกรรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ดังนั้น ทรัพย์สินที่จะซื้อขายกันต้องมีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่เนื่องจากบพบัญญัติของกฎหมายเยอรมันใช้คำว่าทรัพย์สินซึ่งหมายถึงวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นจึงไม่มีปัญหาความไม่สอดคล้องในการใช้คำว่าทรัพย์สินในกฎหมายกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหมือนกฎหมายไทย ซึ่งสัญญาซื้อขายของกฎหมายเยอรมันนอกจากสัญญาซื้อขายทรัพย์สินแล้ว กฎหมายเยอรมันยังบัญญัติเรื่องสัญญาซื้อขายสิทธิไว้เป็นการเฉพาะโดยให้นำหลักการของสัญญาซื้อขายทรัพย์สินมาปรับใช้จึงไม่เกิดปัญหาเช่นในกฎหมายไทย ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาซื้อขายมิได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ แต่มีวัตถุประสงค์ในการที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยประกันความเป็น

เจ้าของในทรัพย์สินนั้นคือมีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์สิน ดังนั้นการที่สัญญาซื้อขายของฝรั่งเศสสามารถทำได้กับทั้งทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างจึงไม่มีปัญหาดังเช่นกฎหมายไทย ทั้งนี้สำหรับสัญญาแลกเปลี่ยน ทั้งในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ต่างให้นำบทบัญญัติในเรื่องของสัญญาซื้อขายมาปรับใช้ทั้งสิ้น ประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ในสัญญาแลกเปลี่ยนจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย

4.3.1.2 วัตถุประสงค์ของสัญญาเช่า

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่าในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน คือเพื่อให้ผู้เช่าได้ประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินที่เช่าในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยมีการจ่ายค่าเช่าตอบแทนเป็นเงินค่าเช่า โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่สามารถนำมาเช่าได้เป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้

4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบ ผลของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม

เอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมมีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากเอกเทศสัญญาอื่นคือผลตามสัญญาเกิดขึ้นทันทีที่มีการตกลงกันโดยมิต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือมีกระบวนการอื่นใดอีกซึ่งเป็นเช่นเดียวกันทั้งในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ผลของสัญญาซื้อขายในแต่ละประเทศมีการกำหนดที่แตกต่างกัน โดยในกฎหมายไทยผลของสัญญาซื้อขายคือก่อให้เกิดผลทางหนี้และผลทางทรัพย์สินโดยทันทีตามลักษณะของกฎหมายที่สัญญาทางหนี้ยกให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินได้เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส โดยผลทางทรัพย์สินคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 456 แม้ว่าจะยังมิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อก็ตาม โดยการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นผลโดยกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นประเด็นปัญหาในกฎหมายไทยเมื่อทรัพย์สินที่นำมาทำการซื้อขายไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินในการโอนกรรมสิทธิ์ได้ โดยในกฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่วางหลักให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังผู้ซื้อทันทีเช่นเดียวกับกฎหมายไทย ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1583 แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาซื้อขายมิได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ แม้ไม่เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1583 ก็ไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาของกฎหมายฝรั่งเศสแต่อย่างใด เพราะผลที่เกิดจากสัญญาคือหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินของผู้ขายพร้อมกับรับรองการเป็นเจ้าของ ส่วนใน

กฎหมายเยอรมันผลของสัญญาซื้อขายไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สิน เนื่องจากกฎหมายเยอรมันเป็นระบบสองสัญญา ซึ่งสัญญาทางหนึ่งไม่อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทรัพย์สินได้ ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในกฎหมายเยอรมันไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะมีการทำสัญญาทางทรัพย์สิน โดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้วกรรมสิทธิ์พร้อมความเสี่ยงภัยจึงจะโอนไปยังผู้ซื้อด้วย โดยสัญญาซื้อขายเป็นเพียงก่อผลทางหนึ่งที่ผู้ขายจะต้องส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อต่อไปแลกกับการชำระราคา ซึ่งในกฎหมายเยอรมันเฉพาะทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์ได้เท่านั้นที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ จึงไม่มีปัญหาในการพิจารณาผลของกฎหมาย

4.3.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากความยินยอมตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

เมื่อวิเคราะห์แนวความคิดเรื่องระบบของสัญญาประกอบกับลักษณะของเอกเทศสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในแต่ละประเทศแล้ว พบว่าสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมในกฎหมายไทยเป็นประเทศเดียวเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาและปัญหาความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญาจากการใช้คำว่าทรัพย์สินในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

สัญญาซื้อขายตามกฎหมายไทยวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งกรรมสิทธิ์มีได้เฉพาะกับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งหมายถึง ทรัพย์สิน เท่านั้น แต่กฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดปัญหาวานักกฎหมายตีความว่าวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์ก็สามารถทำสัญญาได้ด้วย จึงเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาในการโอนกรรมสิทธิ์

สัญญาซื้อขายตามกฎหมายเยอรมันมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ แม้โดยลักษณะไม่สามารถมี "สิทธิ" เป็นวัตถุแห่งสัญญา แต่กฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการซื้อขายสิทธิไว้ว่าให้สามารถปรับใช้ได้เท่าที่จำเป็น จึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

สัญญาซื้อขายตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ระบุวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ แต่วัตถุประสงค์คือการโอนทรัพย์สิน ดังนั้น ทรัพย์สินจะมีกรรมสิทธิ์ หรือเป็นสิทธิอื่น ก็สามารถโอนแก่กันได้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญา จึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

4.3.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญา

สัญญาซื้อขายในกฎหมายไทยก่อให้เกิดผลในทางทรัพย์สินด้วยคือกรรมสิทธิ์โอนโดยทันทีเมื่อเกิดสัญญาโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน เว้นแต่กฎหมายกำหนดแบบในการโอนทรัพย์สินนั้นไว้ จึงเกิดปัญหาในกรณีของทรัพย์สินที่ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้ ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ จึงมีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญา

สัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมัน ก่อให้เกิดผลทางหนี้แต่ไม่ก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์จะไม่โอนจนกว่าจะมีการทำสัญญาทางทรัพย์สินต่อไป เช่นการส่งมอบ แต่ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินมีได้อยู่กับตัวทรัพย์สินแต่โอนไปยังผู้ซื้อโดยทันที จึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญา

สัญญาซื้อขายในกฎหมายฝรั่งเศสก่อให้เกิดผลคือการโอนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไปโดยไม่ต้องมีการส่งมอบหรือการกระทำอื่นอีก เว้นแต่กฎหมายกำหนดแบบในการโอนทรัพย์สินนั้นไว้ ดังนั้น ผลอาจเกิดทั้งผลทางหนี้และผลทางทรัพย์สินกรณีที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นทรัพย์สิน และอาจเกิดแค่ผลทางหนี้หากเป็นเรื่องของการซื้อขายสิทธิเรียกร้อง จึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญา

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ"ทรัพย์สิน"ในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ปรากฏตั้งแต่สมัยโรมันโดยมีลักษณะสำคัญคือการนำตัวทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ โดยอาจเป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินไว้ในครอบครองของเจ้าหนี้ ในลักษณะของสัญญาจำนำ หรือการให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จะบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบในลักษณะสัญญาจำนอง ซึ่งแนวความคิดเรื่องสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในกฎหมายโรมันได้ส่งต่อมายังกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสด้วย โดยสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในแต่ละประเทศ เป็นดังนี้

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ตามกฎหมายไทยอยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะสัญญา โดยใช้คำว่า "สังหาริมทรัพย์" และคำว่า "อสังหาริมทรัพย์" ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของ "ทรัพย์สิน" เมื่อความหมายของคำว่าทรัพย์สินกินความรวมถึงสิทธิทางหนี้ จึงก่อให้เกิดการตีความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ที่แตกต่างกันเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่าสังหาริมทรัพย์จึงมีความหมายรวมถึงสิทธิทางหนี้ด้วย เช่นสิทธิการเช่าอาคารพาณิชย์ นับว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ด้วย⁷ และฝ่ายที่สองเห็นว่าสังหาริมทรัพย์หมายถึงทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์และสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นเท่านั้น

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ของกฎหมายเยอรมันถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน โดยใช้คำว่า "สังหาริมทรัพย์" และคำว่า "อสังหาริมทรัพย์" ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของ "ทรัพย์สิน" โดยความหมายของทรัพย์สินในบริบทของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน จึงหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินและสิทธิเหนือทรัพย์สินเท่านั้น โดยไม่รวมสิทธิทางหนี้ด้วย ดังนั้น สังหาริมทรัพย์ในกฎหมายเยอรมันจึงหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้และสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นโดยไม่รวมถึงสิทธิทางหนี้

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ของกฎหมายฝรั่งเศสถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะ "ประกัน" โดยกฎหมายฝรั่งเศสใช้คำว่า สังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง (corporeal movable) กับสิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Set of corporeal movable) เท่านั้น สำหรับสัญญาจำนำ และใช้คำว่า ทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ (Right in rem on immovable) ในสัญญาจำนอง

อนึ่ง การที่กฎหมายแต่ละประเทศได้บัญญัติเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้มีการใช้คำที่สื่อถึงหลักประกันหนี้ที่แตกต่างกันและบทบัญญัติได้บัญญัติไว้ในส่วนของกฎหมายที่ต่างกัน จึงเป็นประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าหลักประกันที่ใช้ในการประกันหนี้ตามสัญญาและทรัพย์สินสิทธิที่เกิดจากสัญญาในกฎหมายแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกับคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

⁷ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 364.

4.4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักประกันที่ใช้ในการประกันหนี้ตามสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

สำหรับหลักประกันที่ใช้ในสัญญาจำนำตามกฎหมายไทยในบทบัญญัติหลักของสัญญาจำนำใช้คำว่า สัหาริมทรัพย์ ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างและสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว อันจะทำให้เกิดการประกันหนี้ที่มีตัวทรัพย์สินรองรับได้ แม้ว่าจะมีการตีความคำว่า สัหาริมทรัพย์โดยนักกฎหมายไทยบางส่วนว่าหมายรวมถึงสิทธิอื่นทั้งสิ้นที่มีใช้สิทธิเหนือสังหาริมทรัพย์ด้วย ก็เป็นเพียงความเห็นส่วนหนึ่งเท่านั้น โดยหลักการของกฎหมายที่ต้องการหลักประกันในตัวทรัพย์สินยังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของการคืนทรัพย์สินยอมส่งผลให้สัญญาจำนำระงับ อีกทั้งสัญญาจำนำยังต้องมีหลักสำคัญคือการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งทำได้กับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนำสิทธิที่มีตราสาร ตามมาตรา 750 หรือการจำนำใบหุ้นตามมาตรา 753 ซึ่งสิทธิทั้งสองเป็นสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับแต่กฎหมายได้บัญญัติให้สามารถนำมาจำนำได้ ซึ่งการจำนำสิทธิทั้งสองนี้ กฎหมายได้ยอมรับแล้วว่าสามารถเป็นหลักประกันได้จึงมีการบัญญัติไว้ต่างหากจากสัญญาจำนำในมาตรา 747 ส่วนสิทธิอื่นยอมไม่อาจนำมาจำนำได้ ส่วนในกฎหมายเยอรมัน การจำนำทรัพย์สินสามารถทำได้กับเฉพาะสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่เฉพาะเจาะจงว่าเฉพาะสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงจะทำสัญญาจำนำทรัพย์สินตามมาตรา 1205 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันแห่งสัญญาจำนำได้ แต่ไม่ใช่เรียกว่าสัญญาจำนำทรัพย์สิน แต่ต้องเป็นสัญญาจำนำสิทธิ ซึ่งมีบทบัญญัติในมาตรา 1273 โดยสิทธิที่จะจำนำได้จะต้องเป็นสิทธิที่สามารถโอนแก่กันได้ ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศสการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินปรากฏในมาตรา 2333 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยหลักประกันหนี้มีได้เฉพาะสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการจะประกันหนี้ด้วยสิทธิซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์มีการบัญญัติแยกไว้ต่างหากในมาตรา 2355 เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการบัญญัติเรื่องการจำนำในกฎหมายทั้งสามประเทศแล้วพบว่า กฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส การจำนำทรัพย์สินยอมทำได้กับสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการจะจำนำสิทธิอันมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้นั้นกฎหมายจะบัญญัติแยกไว้ต่างหากทำให้ระบบในการพิจารณาหลักประกันและการบังคับหลักประกันมีความชัดเจนระหว่างการจำนำที่มีตัวทรัพย์สินกับการจำนำที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับ แต่ในกฎหมายไทยมิได้แยกระหว่างการจำนำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นตัวทรัพย์สินกับการจำนำสิทธิซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ไว้แยกจากกันแต่รวมไว้ในบทบัญญัติเดียว อีกทั้งความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ใน

กฎหมายไทยก็ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันในการตีความของความหมายซึ่งอาจตีความรวมไปถึงสิทธิทางหนี้ที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับด้วย อันเป็นการบัญญัติเรื่องการจำหน่ายให้รวมทั้งการจำหน่ายทรัพย์สินและการจำหน่ายสิทธิไว้ในบทบัญญัติเดียวกัน อันก่อให้เกิดปัญหาความสอดคล้องกับหลักการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในสัญญาจำหน่ายทรัพย์สินที่จะสามารถบังคับจำหน่ายเอาในตัวทรัพย์สินได้ดังเช่นที่ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสยังคงแนวความคิดที่สืบทอดมาจากกฎหมายโรมันนี้ไว้อยู่ชัดเจน และทำให้สามารถพิจารณากฎหมายได้อย่างเป็นระบบระหว่างการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน กับการประกันหนี้ด้วยสิทธิ ซึ่งมีความเสี่ยงในการประกันหนี้ที่แตกต่างกัน

4.4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการก่อทรัพย์สินสิทธิจากสัญญาที่เกิดจากประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

ในกฎหมายไทยบทบัญญัติของสัญญาจำหน่ายและสัญญาจำนองอยู่ในส่วนของกฎหมายเอกเทศ สัญญาซึ่งลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ตามสัญญาระหว่างบุคคล อย่างไรก็ตาม ลักษณะพิเศษของสัญญาจำหน่ายและสัญญาจำนอง คือความผูกพันในหนี้ได้ขยายไปสู่ทรัพย์สินที่นำมาจำหน่ายและจำนองนั้น โดยเจ้าหนี้ที่รับจำหน่ายหรือจำนองสามารถบังคับชำระหนี้ได้จากตัวทรัพย์สินที่ประกันหนี้ไว้ในลักษณะของทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีเหนือตัวทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้น ทรัพย์สินสิทธิที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงเกิดจากความผูกพันตามสัญญาทางหนี้ที่ก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างบุคคลกับทรัพย์สินขึ้นด้วยแต่ได้ถูกบัญญัติไว้ในส่วนของกฎหมายสัญญาของประเทศไทย สำหรับกฎหมายเยอรมันสัญญาจำหน่ายและจำนอง ถูกบัญญัติไว้ในส่วนของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สิน และสัญญาจำหน่ายและจำนองของกฎหมายเยอรมันก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันเช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดยเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาประกันได้ การบัญญัติเรื่องของการจำหน่ายกับจำนองไว้ในส่วนของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินดังเช่นกฎหมายเยอรมัน จึงมีความสอดคล้องกับทรัพย์สินสิทธิที่เกิดจากสัญญาจำหน่ายและจำนองซึ่งเป็นสิทธิที่มีเหนือตัวทรัพย์สินประกัน อย่างไรก็ตาม สัญญาจำหน่ายในกฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติที่ให้ผู้สามารถจำหน่ายสิทธิ(Right) ได้ด้วย แม้ว่าสิทธิจะไม่สามารถมีทรัพย์สินสิทธิเหนือสิทธิดังกล่าวได้ แต่กฎหมายเยอรมันได้บัญญัติว่าให้ปรับใช้จากบทบัญญัติเรื่องจำหน่าย ดังนั้น การบังคับจำหน่ายจากสิทธิที่นำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ จึงนำหลักเกี่ยวกับการบังคับกับตัวทรัพย์สินมาปรับใช้ แต่มิใช่การก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิแต่อย่างใด ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาจำหน่ายและสัญญาจำนองอยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะประกันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคนกับหลักประกันที่นำมาประกันไม่ว่าจะเป็นคนหรือทรัพย์สิน โดย

ในส่วนของสัญญาจำนำและจำนองทรัพย์สินในกฎหมายฝรั่งเศส ก่อให้เกิดทรัพย์สินในตัวทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกัน และเช่นเดียวกันกับกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติให้สามารถจำนำสิทธิได้ด้วยโดยแยกบัญญัติไว้ต่างหาก แต่ในกฎหมายฝรั่งเศส ทรัพย์สินที่เกิดเหนือตัวทรัพย์สิน และสิทธิที่สามารถบังคับเอาจากสิทธิได้นั้น อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับหลักประกันที่นำมาประกันว่าจะก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือก่อให้เกิดเพียงบุคคลสิทธิเหนือสิทธิซึ่งมีความชัดเจนที่สุดในกฎหมายทั้งสามประเทศ ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่มุมของการก่อให้เกิดทรัพย์สินแล้ว พบว่า ในกฎหมายไทยเป็นประเทศเดียวที่มีปัญหาเรื่องการปรับใช้กับบทบัญญัติของกฎหมายเนื่องจากกฎหมายไทยมิได้แยกการจำนำสิทธิออกจากการจำนำทรัพย์สินโดยใช้คำว่าสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเพื่อพิจารณาแล้วหากนำสิทธิมาจำนำย่อมไม่อาจก่อให้เกิดทรัพย์สินในการบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนำได้ ซึ่งหลักการจำนำทรัพย์สินที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันและยังคงอยู่ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสคือการจำนำทรัพย์สินยอมก่อให้เกิดทรัพย์สิน อีกทั้งการที่กฎหมายไทยบัญญัติการจำนำและจำนองไว้ในส่วนของลักษณะสัญญา มิใช่ลักษณะทรัพย์สินหรือลักษณะประกัน ก็ย่อมทำให้หลักเกณฑ์ข้อนี้ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดขึ้นในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น

4.4.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่า ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

โดยเมื่อวิเคราะห์จากการใช้คำกับลักษณะของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในกฎหมายทั้งสามประเทศแล้วพบว่า กฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้ทรัพย์สินที่นำมาประกันหนี้ได้มีได้แต่เฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างกับสิทธิเหนือวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ส่วนกฎหมายไทยมีความเห็นที่ยอมรับให้มีการประกันหนี้ด้วยสิทธิที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับได้ด้วยจึงก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน และด้วยบทบัญญัติของกฎหมายไทยอยู่ในกฎหมายลักษณะสัญญาจึงทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญาดังนี้

4.4.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้คือการทำให้เจ้าหนี้มั่นใจว่ามีทรัพย์สินซึ่งรับไว้หรือได้จดทะเบียนไว้เป็นประกันการชำระหนี้แก่ตนกรณีที่ไม่ได้รับการชำระหนี้จาก

ลูกหนี้ แต่ในกฎหมายไทยประเภทของสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์เป็นประเภทที่แบ่งออกจากทรัพย์สินซึ่งความหมายของทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีวัตถุรองรับด้วย เช่นสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิทธิเรียกร้อง มิได้มีสภาพที่จะบังคับได้ และไม่อาจสร้างความมั่นใจแก่เจ้าหนี้ที่จะได้รับประกันหนี้ได้มากกว่าหนี้ประธานที่เป็นสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับเช่นกัน จึงเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ต้องการตัวทรัพย์สินในการประกันหนี้ในกรณีที่ตีความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ให้กินความรวมถึงสิทธิทางหนี้ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งด้วย

ในกฎหมายเยอรมันสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ในกฎหมายเยอรมันเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างกับสิทธิเหนือทรัพย์สิน โดยไม่รวมถึงสิทธิเรียกร้อง หรือสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับ จึงไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เจ้าหนี้จะสามารถบังคับเอากับตัวทรัพย์สินได้ โดยถือการครอบครองหรือการจดทะเบียนเป็นสำคัญ

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ใช้คำว่าทรัพย์สิน แต่เลือกใช้คำที่บ่งบอกว่าเฉพาะวัตถุมีรูปร่างกับสิทธิซึ่งมีตัวทรัพย์สินรองรับเท่านั้นที่ทำสัญญาจำนำได้ และเฉพาะอสังหาริมทรัพย์กับสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ที่ทำสัญญาจำนองได้ จึงไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา ที่เจ้าหนี้จะสามารถบังคับเอากับตัวทรัพย์สินต่อไปได้ โดยถือตามหนังสือสัญญาหรือการจดทะเบียนเป็นสำคัญ

4.4.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับทรัพย์สินสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดจากสัญญา

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ของกฎหมายไทยอยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะสัญญาแต่กลับก่อให้เกิดสิทธิที่มากกว่าการที่บังคับระหว่างตัวบุคคล คือก่อให้เกิดทรัพย์สินสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลอื่นได้ อีกทั้ง หากความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ของไทยมีการตีความรวมถึงสิทธิทางหนี้ย่อมไม่สามารถมีทรัพย์สินสิทธิเกิดขึ้นได้และก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับทรัพย์สินสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดจากสัญญา

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิเหนือทรัพย์สิน และการโอนสิทธิดังกล่าว โดยลักษณะของสิทธิที่เกิดแก่เจ้าหนี้เป็นทรัพย์สินสิทธิที่จะบังคับกับตัวทรัพย์สินหรือสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นต่อไปได้ จึงไม่เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องในกฎหมายเยอรมัน

เอกเทศสัญญาที่เกิดจากการประกันหนี้ในกฎหมายฝรั่งเศสถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะประกัน โดยสิทธิที่เกิด มีลักษณะที่สามารถอ้างกับบุคคลอื่นได้ และเป็นสิทธิที่ดีกว่าเจ้าหนี้อื่น โดยมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสได้เลือกใช้คำที่บ่งบอกถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างและสิทธิเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงไม่เกิดปัญหาความสอดคล้องในกฎหมาย

4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ "ทรัพย์สิน" ในสัญญาให้หรือการให้

การให้ในกฎหมายโรมันเริ่มต้นจากการเป็นรูปแบบหนึ่งของการโอนกรรมสิทธิ์แล้วต่อมาจึงมีการพัฒนาแนวความคิดเรื่องการให้ว่าหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายที่ไม่ใช่สัญญาและพัฒนามาสู่วิธีคิดที่ว่า การให้คือการให้โดยสเนหาที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ตอบแทนโดยอาจถือเป็นคำมั่นก็ได้หากทำตามแบบของกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดเรื่องการให้ได้สืบสายมายังกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งแต่ละประเทศมีแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินในสัญญาให้หรือการให้ดังนี้

ในกฎหมายไทย การให้ใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" และเป็นสัญญาเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นต้องมีการแสดงเจตนาของทั้งสองฝ่ายที่จะให้และที่จะรับ

ในกฎหมายเยอรมัน การให้เป็นเรื่องของสัญญา ที่จะต้องมีการยอมรับการให้ไม่เช่นนั้นไม่เกิดสัญญาให้ โดยในบทบัญญัติเรื่องการให้มิได้ใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" เหมือนเอกเทศสัญญาอื่น แต่ใช้คำว่า สินทรัพย์ "asset"

ในกฎหมายฝรั่งเศส มีทั้งการให้ และสัญญาให้ โดยสัญญาให้ระหว่างมีชีวิต (gift inter vivo) เป็นสัญญาให้ที่กฎหมายบัญญัติไว้และต้องทำตามแบบ โดยในบทบัญญัติใช้คำว่า "property" และคำว่า "thing donated"

อนึ่ง เนื่องจากการให้หรือสัญญาให้ในกฎหมายแต่ละประเทศมีรูปแบบสัญญาที่แตกต่างกัน และวิธีการให้วัตถุไม่มีรูปร่างที่แตกต่างกัน จึงเป็นประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบว่ารูปแบบของสัญญาให้และการให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างในกฎหมายแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกับคำว่าทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

4.5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบของการให้หรือสัญญาให้

การให้ในกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่แสดงว่าการให้อยู่ในรูปแบบของสัญญาที่ต้องมีการแสดงเจตนาให้และเจตนารับ เพื่อให้ฝ่ายผู้ให้มิตริพย์สินลดลงและฝ่ายผู้รับมิตริพย์สินมากขึ้น โดยในกฎหมายไทยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 สำหรับกฎหมายเยอรมันปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 516 และในกฎหมายฝรั่งเศส ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 894 ซึ่งเป็นลักษณะที่เหมือนกันของสัญญาให้ทั้งสามประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะเป็นสัญญาที่ต้องมีการแสดงเจตนาเหมือนกันแต่รูปแบบของสัญญาทั้งสามประเทศแตกต่างกัน โดยในกฎหมายไทย การให้ทริพย์สินกฎหมายมีบทบัญญัติว่าการให้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทริพย์สินที่ให้ ตามมาตรา 525 ซึ่งผลของการไม่ส่งมอบทริพย์สินที่ให้อย่อมส่งผลให้สัญญาให้เป็นโมฆะ อันเป็นลักษณะของแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น สัญญาให้ในกฎหมายไทยจึงมีแบบของการให้คือการส่งมอบทริพย์ ส่วนในกฎหมายเยอรมัน สัญญาให้สินทริพย์มิได้มีการกำหนดแบบของสัญญาให้ไว้ว่าต้องมีการส่งมอบหรือต้องมีการทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด ขอให้ทำด้วยวิธีการใดเพื่อให้ทริพย์สินของผู้ให้ลดลงและทริพย์สินของผู้รับเพิ่มขึ้นโดยมีเจตนาร่วมกันทั้งสองฝ่ายและเป็นการให้โดยไม่มีค่าตอบแทน ก็เพียงพอที่ก่อให้เกิดสัญญาให้ ซึ่งมีความครอบคลุมการให้มากกว่าที่กำหนดแบบของการให้ไว้ในกฎหมายไทยและมีความยืดหยุ่นสำหรับสัญญาให้ว่าจะทำรูปแบบใดก็ได้ ไม่ว่าจะให้ด้วยการส่งมอบ ด้วยการปลดหนี้ หรือด้วยการโอนสิทธิ ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาให้ระหว่างมีชีวิตที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีแบบของสัญญาที่ต้องทำตามคือต้องทำเป็นหนังสือสัญญาต่อหน้าโนตารีตามมาตรา 931 ซึ่งเป็นแบบสำหรับการให้ทริพย์สินทุกประเภทที่ต้องการทำสัญญาให้ต่อกัน อย่างไรก็ตาม การให้ของฝรั่งเศสได้มีแต่ในบทบัญญัติ โดยแบบของการให้ใช้บังคับกรณีที่คุณสัญญาต้องการทำสัญญาให้ตามแบบของกฎหมายเท่านั้น แต่การให้ในกฎหมายฝรั่งเศสสามารถทำได้ด้วยการ ส่งมอบทริพย์สำหรับการให้วัตถุมีรูปร่าง หรือสามารถทำได้ด้วยการโอนสิทธิ หรือการปลดเปลื้องสิทธิของตน หรือการเข้าผูกพันชำระหนี้แทนผู้รับการให้ ซึ่งเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับได้รับโดยไม่มีแบบของกฎหมายมาบังคับ เพียงแต่หากต้องการจะทำตามแบบเพื่อให้มีหลักฐานการให้ไว้จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เมื่อพิจารณารูปแบบของการให้ทั้งสามประเทศแล้วจึงเห็นว่า สัญญาให้ในกฎหมายเยอรมันที่ไม่มีแบบของสัญญา และการให้ในกฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นการให้นอกบทบัญญัติซึ่งไม่มีแบบของสัญญาเช่นกัน เป็นหลักการที่แสดงว่าการให้เป็นเสรีภาพในการทำสัญญาที่จะให้กันระหว่างผู้ให้และผู้รับโดยกฎหมายไม่

มาจำกัดไว้แต่อย่างใด ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันที่ยอมรับการให้ในรูปแบบต่างๆ โดยพิจารณาจากการที่ทรัพย์สินฝ่ายหนึ่งลดลงและทรัพย์สินอีกฝ่ายหนึ่งเพิ่มขึ้น โดยไม่เอาแบบของการให้มาพิจารณาเป็นหลัก ซึ่งหลักการดังกล่าวย่อมสามารถใช้ได้กับการให้ทรัพย์สินทุกประเภท แต่ในกฎหมายไทยการที่กำหนดแบบของสัญญาให้ไว้ว่าต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินสัญญาจึงจะสมบูรณ์ แม้ในบทบัญญัติเรื่องการให้ในมาตรา 521 สัญญาให้จะใช้คำว่าทรัพย์สินและมีหลักการครอบคลุมเช่นเดียวกับในกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส แต่การที่สัญญาให้มีแบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ก่อให้เกิดปัญหาเมื่อต้องการให้ทรัพย์สินที่ไม่สามารถให้ได้ด้วยการส่งมอบ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิอาศัยหรือสิทธิเก็บกิน เป็นต้น เมื่อไม่สามารถทำตามแบบของการให้ได้จึงไม่อาจก่อให้เกิดการให้ทรัพย์สินเหล่านี้ได้และทำให้การให้ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างเกิดปัญหาว่าไม่สามารถทำตามแบบของกฎหมายได้

4.5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง

สำหรับการให้สิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามกฎหมายไทย ที่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะคือการใช้การปลดหนี้ หรือการให้ด้วยการชำระหนี้แทน ตามมาตรา 522 และการให้สิทธิซึ่งมีตราสาร ตามมาตรา 524 ส่วนสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอื่นนอกเหนือจากสองมาตรานี้ การให้สิทธิดังกล่าวคือการให้ทรัพย์สินตามมาตรา 521 ซึ่งหากไม่ได้มีแบบของกฎหมายกำหนดไว้ การให้ย่อมทำได้วิธีใดก็ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายไทยได้กำหนดแบบของสัญญาให้ไว้ว่าต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจึงจะสมบูรณ์ ซึ่งแบบดังกล่าวสามารถใช้ได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความเมื่อมีการให้วัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งมีความหมายรวมอยู่ในคำว่าทรัพย์สินตามบทบัญญัติเรื่องการให้ด้วย แม้ว่ากฎหมายจะมีบทบัญญัติสำหรับสิทธิซึ่งมีตราสารว่าสามารถให้ได้ แต่ก็ไม่ครอบคลุมถึงสิทธิไม่มีตราสารซึ่งอยู่ในนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินด้วย อีกทั้ง การให้สิทธิทางหนี้วิธีการของการให้สิทธิเรียกร้องไม่สามารถทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้น การให้ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามกฎหมายไทยจึงมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายเพราะไม่สามารถทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดได้ ส่วนการให้ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสสามารถทำได้วิธีใดก็ได้เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่มีแบบกำหนด และกฎหมายฝรั่งเศสการทำตามแบบเป็นเพียงวิธีการให้แบบหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น แต่การให้สามารถทำได้วิธีอื่นได้ด้วย

เพื่อให้ทรัพย์สินของผู้รับเพิ่มขึ้น ในกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสจึงไม่มีปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างเหมือนในกฎหมายไทย

4.5.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในสัญญาให้ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

เมื่อวิเคราะห์จากการใช้คำในบทบัญญัติเรื่องสัญญาให้ของกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสประกอบกับแบบของสัญญาให้ในกฎหมายทั้งสามประเทศว่ามีการกำหนดแบบของสัญญาให้อย่างไรและการให้ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างสามารถให้ได้ในรูปแบบใดนั้น พบว่าการกำหนดแบบของสัญญาให้ทรัพย์สินในประเทศไทยที่ต้องให้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาให้ทางทรัพย์สินและเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับการให้ทางหนี้ ดังนี้

4.5.3.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาสำหรับการให้ทางทรัพย์สิน

สัญญาให้ตามกฎหมายไทยจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ โดยผลของการไม่ส่งมอบทำให้ไม่เกิดสัญญาขึ้น และย่อมไม่เกิดเป็นค้ำประกันเช่นเดียวกันเพราะค้ำประกันที่จะต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น เมื่อการให้ทรัพย์สินต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน จึงมีปัญหากับความสอดคล้องกับการเกิดสัญญาเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" จึงทำให้มีปัญหาว่าการส่งมอบสิทธิเหนือทรัพย์สินย่อมไม่สามารถทำได้ด้วยการส่งมอบตัวทรัพย์สินเนื่องจากสิทธิเหนือทรัพย์สินอันได้แก่ทรัพย์สินที่ทั้งหลายเป็นสิทธิที่มีตัวทรัพย์สินรองรับเป็นตัวสิทธิเองไม่มีรูปร่างที่จะสามารถส่งมอบได้ การให้สิทธิดังกล่าวจึงไม่สามารถทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาให้ในกฎหมายเยอรมันคือการที่ทำให้สินทรัพย์ของอีกฝ่ายหนึ่งเพิ่มขึ้น ดังนั้น จึงไม่มีแบบของสัญญาในการให้ โดยการให้จะทำวิธีใดก็แล้วแต่ลักษณะของทรัพย์สินที่จะให้ทางทรัพย์สินต่อกัน โดยอาจทำได้ด้วยการส่งมอบหรือการจดทะเบียนแล้วแต่ว่าการโอนทรัพย์สินนั้นต้องทำด้วยวิธีใด จึงไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับการเกิดสัญญา

สัญญาให้ระหว่างมีชีวิตในกฎหมายฝรั่งเศสต้องทำตามแบบของสัญญาเท่านั้นจึงจะเกิดสัญญาให้ จึงไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องของสัญญา อีกทั้ง หากเป็นกรณีของการให้ทรัพย์สินซึ่ง

เป็นวัตถุประสงค์ที่ปรากฏ หลักเกณฑ์ของฝรั่งเศสจะถือว่าเกิดการให้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินเรียกว่า "การให้ด้วยการส่งมอบ" แต่หากเป็นการให้สิทธิหรือก่อให้เกิดสิทธิ จะเป็นลักษณะของการโอนสิทธิ

4.5.3.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญาให้ทางหนี้

สัญญาให้ในทางหนี้ คือ ทำให้สิทธิของตัวเองหมดไปด้วยการปลดหนี้หรือการกระทำแทนผู้รับการให้โดยการชำระหนี้แทน อย่างไรก็ตาม หากต้องการให้สิทธิทางหนี้หรือสิทธิเรียกร้อง จะเกิดปัญหาเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิทางหนี้ว่าไม่สามารถส่งมอบได้ แต่ต้องเป็นการทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้องตามที่กฎหมายกำหนด จึงเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องสำหรับการส่งมอบทรัพย์สินกับลักษณะการให้ทางหนี้ เพราะมาตรา 523 ใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" ซึ่งรวมสิทธิทางหนี้ด้วย

สัญญาให้ในกฎหมายเยอรมัน ครอบคลุมทั้งการให้ทางทรัพย์สินและทางหนี้ที่จะทำด้วยวิธีการใดก็ได้เพื่อให้เกิดการโอนไปยังสิทธิทางทรัพย์สินหรือสิทธิทางหนี้เพื่อให้สินทรัพย์ของผู้รับเพิ่มขึ้น โดยแบบของสัญญาขึ้นอยู่กับลักษณะของการโอนสิทธิหรือทรัพย์สินนั้น จึงไม่เกิดปัญหาความสอดคล้องกับลักษณะของสัญญาให้ทางหนี้

การให้ทางหนี้ในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ผู้รับ หรือทำให้ผู้รับปลดปล่อยจากหนี้ อาจเป็นการให้โดยการโอน หรือการให้โดยอ้อม หรือการให้ที่เป็นสัญญาอุปถัมภ์ก็ได้ อีกทั้ง หากทำตามแบบของกฎหมายฝรั่งเศสก็อาจเป็นสัญญาให้ระหว่างมีชีวิตก็ได้ ดังนั้น การให้ทางหนี้หรือสัญญาให้ทางหนี้ ในกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญา

จากการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การนิยามความหมายตามกฎหมายไทยซึ่งมีความหมายที่กว้างเกินกว่าการนำคำดังกล่าวมาใช้ได้ในทุกบริบทของกฎหมายอีกทั้งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบรรพ 3 เอกเทศสัญญามีการใช้คำว่าทรัพย์สินและคำว่าทรัพย์สินปะปนกันทั้งที่มีการนิยามความหมายของคำทั้งสองไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง บทบัญญัติในเรื่องเอกเทศสัญญาส่วนใหญ่เลือกใช้คำว่า ทรัพย์สิน มากกว่าคำว่า ทรัพย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นอันแสดงให้เห็นว่านิยามคำว่าทรัพย์สินไม่

สามารถใช้ได้กับคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา ซึ่งทำให้ระบบกฎหมายของไทยเกิดความสับสน เนื่องจากการใช้เลือกใช้คำว่าทรัพย์สินที่ไม่ตรงกับนิยามความหมายของทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันที่เลือกใช้คำว่าทรัพย์สินเป็นหลักเท่านั้น โดยหากกรณีที่ต้องการจะให้ได้สามารถทำสัญญากับสิทธิได้ด้วยกฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ หรือการใช้คำว่าทรัพย์สินซึ่งไม่มีนิยามความหมายไว้และปล่อยให้ไปไปตามบริบทของกฎหมายซึ่งไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้คำว่าทรัพย์สินเหมือนเช่นกฎหมายไทย ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสแม้ไม่มีนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินไว้เลย แต่กฎหมายฝรั่งเศสมีการเลือกใช้คำว่าทรัพย์สินที่สื่อความหมายถึงวัตถุมีรูปร่างมากกว่าจะเลือกใช้คำว่าทรัพย์สิน โดยการเลือกใช้คำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาน้อยกว่ากฎหมายไทย เพราะเกิดความเห็นที่แตกต่างกันในกรณีที่ต้องมีการตีความคำว่าทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งบางครั้งก็มีการตีความว่ารวมถึงสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความที่ขยายไปถึงสิทธิซึ่งไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับด้วยดังเช่นกฎหมายไทย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงบทสรุปของการศึกษาว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาตามกฎหมายไทยมีลักษณะของปัญหาอย่างไรและนำเสนอข้อเสนอแนะเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายไทยโดยใช้การวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทที่ 4 มาเป็นแนวทางในการพิจารณาข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากเอกเทศสัญญาเป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาที่มีการใช้เป็นประจำในสังคมซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยโรมันจนกระทั่งปัจจุบัน ลักษณะสำคัญของสัญญาแต่ละประเภทเป็นสิ่งที่สอดคล้องเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบลักษณะสำคัญคือการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งทำได้กับวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น สัญญาที่เกิดจากความยินยอมคือผลของสัญญาเกิดขึ้นที่ตกลงกัน สัญญาที่มีทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้คือมีทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นประกัน และการให้ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือเป็นการทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของผู้รับเพิ่มขึ้นและผู้ให้ลดลง ซึ่งหากลักษณะสำคัญของสัญญาแต่ละประเภทหายไปย่อมทำให้ไม่สามารถระบุได้ว่าสัญญาที่จะทำขึ้นในอนาคตจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าสัญญาที่ทำขึ้นเป็นเอกเทศสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ อย่างไรก็ตามเนื่องจากเอกเทศสัญญาทุกประเภทต้องมีวัตถุแห่งสัญญาซึ่งอาจเป็น ทรัพย์สิน หรือ ทรัพย์สิน แล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายจะบัญญัติไว้ และด้วยความหมายของคำทั้งสองมีความหมายที่แตกต่างกัน การนิยามความหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” จึงส่งผลต่อการตีความลักษณะสำคัญของสัญญาโดยในกฎหมายไทยได้นิยามความหมายของทั้งคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน ส่วนในกฎหมายเยอรมันมีนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินแต่ไม่มีนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สิน และกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีนิยามความหมายของทั้งคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน

สำหรับคำว่า “ทรัพย์สิน” การมีนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินส่งผลดีมากกว่าการไม่มีนิยามความหมาย เพราะทำให้กฎหมายสามารถเลือกใช้คำที่จะสื่อความหมายว่าหมายถึงเฉพาะวัตถุมี

รูปร่างเท่านั้นได้โดยไม่เกิดความเห็นที่แตกแยกของนักกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีการนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินไว้ในกฎหมายฝรั่งเศส แม้คำว่า Chose จะมีการใช้แทนคำว่าทรัพย์สิน แต่ก็ยังมีการตีความให้คำดังกล่าวรวมถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นด้วยเพราะไม่มีการให้นิยามความหมายไว้ และส่งผลให้เอกเทศสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสเมื่อมีคำอื่นที่อาจสื่อความหมายถึงสิทธิมาเกี่ยวข้อง การตีความคำว่า Chose จะขยายไปถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย และก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะการเกิดของสัญญาในเอกเทศสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบของกฎหมายฝรั่งเศส

สำหรับคำว่า “ทรัพย์สิน” หากไม่นิยามความหมายไว้ในกฎหมายประเทศต่าง ๆ มีแนวความคิดที่ตรงกันว่าหมายถึงวัตถุมีรูปร่างคือทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างคือสิทธิซึ่งที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่บุคคลจะถือเอาได้ และการปรับใช้ความหมายของคำว่าทรัพย์สินจึงมีความยืดหยุ่นตามบริบทของกฎหมายโดยมิได้หมายรวมถึงทรัพย์สินทุกอย่าง แต่เฉพาะที่บริบทของกฎหมายจะครอบคลุมได้ ซึ่งไม่นิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินส่งผลดีในการบังคับใช้กฎหมายและระบบของกฎหมายมากกว่าการนิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ดังเช่นกฎหมายไทย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายเพราะเมื่อมีปรากฏคำว่าทรัพย์สินย่อมหมายถึงทุกอย่างที่สามารถเป็นทรัพย์สินได้ ไม่สามารถจำกัดให้ความหมายแคบลงตามบริบทของกฎหมายได้ อันส่งผลให้เกิดปัญหาในการพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาในหลายประการได้แก่ ประการแรกสำหรับในสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน การใช้คำว่าทรัพย์สินก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะการเกิดของสัญญาที่การส่งมอบทรัพย์สินทำได้กับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อีกทั้งเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ผู้รับมอบทรัพย์สินเพื่อให้เกิดสัญญาต้องมีการเก็บรักษาและส่งคืนทรัพย์สิน ซึ่งทำได้กับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ประการที่สองปัญหาการใช้คำว่าทรัพย์สินในสัญญาที่เกิดจากความยินยอมเฉพาะสัญญาซื้อขายและแลกเปลี่ยนซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งกรรมสิทธิ์สามารถมีได้เหนือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น การใช้คำว่าทรัพย์สินจึงก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับผลของสัญญาที่จะต้องก่อให้เกิดผลในการโอนกรรมสิทธิ์ และไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาคือทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายต้องมีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนได้ ประการที่สามการใช้คำว่าสังหาริมทรัพย์ ซึ่งในนิยามความหมายของสังหาริมทรัพย์ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” จึงมีความเห็นว่าย่อมรวมถึงสิทธิทางหนี้ซึ่งไม่มีตัวทรัพย์สินรองรับได้ด้วย ทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ต้องมีตัวทรัพย์สินหรือสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ แต่สิทธิทางหนี้ไม่มีตัวทรัพย์สินหรือสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่จะประกันการชำระหนี้ ทั้งนี้ สำหรับการปรับใช้คำว่าทรัพย์สิน

ในสัญญาให้ตามกฎหมายไทยไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย แต่ปัญหาเกิดจากการบัญญัติว่าสัญญาสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถให้ด้วยการส่งมอบได้จึงเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับการเกิดของสัญญาสำหรับการให้ทรัพย์สินที่ต้องมีการส่งมอบและไม่สอดคล้องกับลักษณะของสัญญาสำหรับการให้ทางหนี้ที่ต้องทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดซึ่งไม่ปรากฏวิธีการให้ในสัญญาให้

ดังนั้น ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าการเลือกนิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” เพียงคำเดียวโดยปล่อยให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” เป็นไปตามการตีความจากบริบทของกฎหมายตามกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการนำคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินมาใช้ในเอกเทศสัญญา โดยคำที่ใช้ในบทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นคำว่าทรัพย์สิน ซึ่งมีความหมายที่ชัดเจนและหากต้องการให้เอกเทศสัญญาดังกล่าวมีวัตถุแห่งสัญญาครอบคลุมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยก็อาจใช้คำว่า สิทธิ โดยบัญญัติเพิ่มเป็นบทบัญญัติอีกข้อหนึ่งเพื่อให้สามารถนำหลักเกณฑ์ที่สามารถใช้กับทรัพย์สินได้โดยตรงมาปรับใช้กับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ดังนั้นในกฎหมายเยอรมันจึงไม่มีปัญหาเรื่องความหมายของคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาแต่อย่างใด ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสมีปัญหาบ้างและกฎหมายไทยมีปัญหามากที่สุดตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่สี่แล้ว

5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากปัญหาความหมายของคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาเริ่มต้นมาจากการใช้คำว่าทรัพย์สินและคำว่าทรัพย์สินปะปนกันในบทบัญญัติและมีการนิยามความหมายของคำว่าทรัพย์สินเอาไว้จนทำให้ไม่สามารถตีความตามบริบทของกฎหมายได้อีกทั้งยังส่งผลต่อบริบทของกฎหมายให้เกิดความไม่ชัดเจน ข้าพเจ้าจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อให้เกิดการใช้คำว่าทรัพย์สินได้โดยไม่ก่อให้เกิดปัญหาแก่ระบบของกฎหมายและบทบัญญัติของกฎหมายดังนี้

5.2.1 เปลี่ยนจากคำว่า “ทรัพย์สิน” เป็นคำว่า “ทรัพย์สิน” ในบทบัญญัติหลักของเอกเทศสัญญา

เนื่องจากคำว่า “ทรัพย์สิน” มีความหมายชัดเจนว่าหมายถึงเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้นการใช้คำว่าทรัพย์สินจะทำให้บทบัญญัติหลักของแต่ละเอกเทศสัญญาจะทำให้เกิดความชัดเจนว่าเอกเทศสัญญาดังกล่าวสามารถทำได้เฉพาะกับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น และลักษณะของสัญญาก็สามารถทำได้กับ

วัตถุมีรูปร่างซึ่งจะทำให้ไม่เกิดปัญหาเหมือนกับการใช้คำว่าทรัพย์สินซึ่งมีความหมายที่กว้างเกินไป อีกทั้ง ในกรณีที่กฎหมายต้องการให้เอกเทศสัญญาดังกล่าวสามารถทำกับวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย สามารถทำได้โดยการบัญญัติเป็นมาตราใหม่ให้เอกเทศสัญญาดังกล่าวสามารถทำได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วย หรือให้สามารถทำได้กับสิทธิด้วย โดยการนำบทบัญญัติหลักของเอกเทศสัญญามาปรับใช้ อีกทั้ง การใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เพียงคำเดียวในบทบัญญัติหลักยังเป็นการแก้ปัญหาคำที่ใช้คำที่ปะปนกันของกฎหมายระหว่างคำว่าทรัพย์สินและคำว่าทรัพย์สินได้ด้วย อันจะก่อให้เกิดการใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบมากยิ่งขึ้น ไม่เกิดการตีความที่แตกต่างกันและเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องในกฎหมายไทย

5.2.2 สร้างแนวทางในการตีความกฎหมาย

ระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติ ควรมีการตีความความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามบริบทของกฎหมายโดยไม่ยึดนิยามความหมายตามมาตรา 138 มากกว่ากว่าเนื้อหาและลักษณะของกฎหมายในบทบัญญัตินั้นโดยตรง โดยในเอกเทศสัญญาบางประเภทมีลักษณะที่ทำให้ได้กับเฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น คือสัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์สิน ที่มีลักษณะของสัญญาคือการส่งมอบที่ทำได้กับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น และสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ที่มีลักษณะของสัญญามีวัตถุประสงค์คือกรรมสิทธิ์ที่จะโอนระหว่างคู่สัญญา ทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์ได้มีเพียงทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น อีกทั้ง เอกเทศสัญญาให้ ที่มีเรื่องของการให้ทรัพย์สินที่มีการส่งมอบทรัพย์สินอันแสดงออกถึงการให้ว่าสมบูรณ์แต่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถส่งมอบที่แสดงออกถึงการให้ได้ อันอาจทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาการเกิดของสัญญาและการปรับใช้กฎหมาย ข้าพเจ้าจึงเสนอให้ตีความความหมายของคำว่าทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาว่ามีความหมายที่อยู่ในจำกัดตามบริบทของสัญญาเท่าที่ยอมให้สามารถทำสัญญาเหล่านั้นได้ คือให้ทรัพย์สินในเอกเทศสัญญาเหล่านี้มีความหมายเพียงทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างหากว่าต้องการทำสัญญาลักษณะนี้มิใช่ว่าจะไม่สามารถทำสัญญาต่อกันได้ แต่คู่สัญญาสามารถตกลงกันและทำสัญญาได้อันก่อให้เกิดความผูกพันกัน และได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเช่นกัน ในลักษณะของสัญญาทางแพ่งประเภทหนึ่งที่ไม่มีชื่อซึ่งอยู่ในความคุ้มครองบนหลักพื้นฐานของสัญญา โดยข้อดีของการตีความเช่นนี้จะทำให้เกิดการใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบและทำให้ผู้ที่ทำสัญญากันมีความชัดเจนว่าสัญญาที่ทำขึ้นอยู่ในบังคับของเอกเทศสัญญาหรือไม่ เนื่องจากปัจจุบันทรัพย์สินได้ขยายความหมายออกไปอย่างกว้างขวางมาก ไม่

ว่าจะเป็น เงินตราอิเล็กทรอนิกส์ หรือรูปแบบของสิทธิแบบใหม่ เหล่านี้รวมอยู่ในความหมายของคำว่า ทรัพย์สินทั้งสิ้นแต่เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างตั้งนั้น ผู้ที่ต้องการทำสัญญาจะได้มีความระมัดระวังในการ ทำสัญญาเหล่านั้นว่ายังไม่มียกเว้นเฉพาะที่กฎหมายคุ้มครองไว้จะต้องใช้ความระมัดระวังในการ ทำสัญญาเข้าผูกพันระหว่างกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่ามิชอบดีกว่าการ ที่ปัจจุบันมีการตีความคำว่า ทรัพย์สิน ในเอกเทศสัญญาว่ามีความหมายตามมาตรา 138 โดยไม่อยู่ใน จำกัดของลักษณะของเอกเทศสัญญานั้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา เรื่องการซื้อขายสิทธิ เรียกร้อง การซื้อขายหุ้น ที่ถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมี เหตุผลเบื้องหลังที่ต้องการคุ้มครองการซื้อขายเหล่านั้นให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ ข้าพเจ้าเห็นว่า ผู้ทำสัญญาระหว่างกันย่อมได้รับความคุ้มครองจากสัญญาดังกล่าวอยู่แล้วตามที่ได้ แสดงเจตนาเข้าผูกพันกัน อีกทั้ง ลักษณะของสัญญาแท้จริงแล้วไม่สามารถใช้กับทรัพย์สินดังกล่าวได้ โดยตรง การปรับใช้ดังกล่าวขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับความต้องการผูกพันกัน ระหว่างคู่สัญญาก็เป็นได้ ซึ่งขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และก่อให้เกิดความไม่เป็นระบบของ กฎหมาย ข้าพเจ้าจึงเสนอให้มีการตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” ในเอกเทศสัญญาในกฎหมายไทยไปใน แนวทางเดียวกันโดยให้หมายถึงคำว่า “ทรัพย์สิน” ส่วนทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างให้เป็นเรื่องของ เสรีภาพในการทำสัญญาที่สามารถทำสัญญาและผูกพันกันได้โดยลักษณะของสัญญาทางแพ่งที่เป็น สัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- จิต เศรษฐบุต. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- . วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2551.
- ประมุข สุวรรณศร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์. แก้ไขเพิ่มเติมโดย พัฒน์ เนียมกฤษ และบุญทรง พุกษาพงษ์. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2557.
- ปรีชา สุมาวงศ์. คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. "สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน." ตุลพาท เล่ม 1 ปี 15 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2515).
- ปัญญา ถนอมรอด. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.

- ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบาย เช่าทรัพย์ - เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- . คำอธิบาย ยืม ผากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 14 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- พจน์ ปุષปะาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม กู้ยืม ผากทรัพย์. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2527.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. "ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ทรัพย์สินในอนาคตหรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาใช้บังคับกันได้: วัตถุประสงค์กับการชำระหนี้." ตุลพาท เล่ม 2 ปีที่ 48 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2544).
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- มานิช สุทธิวาทนฤพุดิ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า การพินันและขั้นตอน. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด คุณพินอักษรกิจ, 2526.
- ร.แลงกาด์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- รุ่งโรจน์ แซ่จ้าว. "การซื้อขายสิทธิเรียกร้อง." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- วิชญ์ เครื่องงาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

- . คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์ - เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2557.
- ศุภัททัย ศุภางคเสน. "สัญญาเยี่ยม: ศึกษาในเชิงทฤษฎี." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- สมจิตร์ ทองศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- สำเรียง เมฆเกรียงไกร. คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ ลีสซิ่ง. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560.
- สี่เหมย โจว. "ปัญหาเกี่ยวกับหลักการเคลื่อนไหวซึ่งทรัพย์สินโดยการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขาย." วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- สุธีร์ ศุภานิตย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขเพิ่มเติมโดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มุรินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). พิมพ์ครั้งที่ 4, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มุรินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2556.

ภาษาอังกฤษ

- A.M. Prichard. Leage's Roman Private Law. New York: ST Martin's Press, 1967.
- Andreas Rahmatian. "A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law." Journal of Comparative Law 3, 1 (2008).
- Athanassios N. Yiannopoulos. "Introduction to the Law of Things: Louisiana and Comparative Law." Loiusana Law Review 22, 4 (June 1962).
- . "Possession." Loiusana Law Review 51, 3 (January 1991).
- Barry Nicholas. French Law of Contract. 2nd Ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- . An Introduction to Roman Law. Oxford: Charendon Press, 1962.
- Bell, John, Sohpie Boyron, and Simon Whittake. Principle of French Law. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Ernst J. Cohn and others. A Manual of German Law. London: H.M. Stationery Off, 1905.
- Howard D. Fisher. The German Legal System and Legal Language. 4th Ed. USA: Routledge-Cavendish, 2009.
- Lawson, F.H., A.E. Anton, and L. Naville Brown. Amos and Walton's Introduction to French Law. 3rd Ed. Oxford: Oxford University Press, 1967.
- Macel Planiol. Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2. Trans. By Louisiana State Law Institute, 11 Ed. Paris: Librairie Generale de Drait et de Jurisprudence, 1959.
- . Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 1. Trans. By Louisiana State Law Institute, 11 Ed. Paris: Librairie Generale de Drait et de Jurisprudence, 1959.

- . Treatise on the Civil Law Volume 2 Part 2. Trans. By Louisiana State Law Institute, 11 Ed. Paris: Librairie Generale de Drait et de Jurisprudence, 1959.
- . Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2. Trans. By Louisiana State Law Institute, 11 Ed. Paris: Librairie Generale de Drait et de Jurisprudence, 1959.
- Manfred Pieck. "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law." Annual Survey of International & Comparative Law 3, 1 (1996).
- Markesinis, Basil, Hannes Unberath, and Angus Johnston. The German Law of Contract. 2nd Ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- Nigel g. Foster and Satish Sule. German Legal System and Laws. 3rd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Paul du Plessis. Textbook on Roman Law. 4th Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Reinhard Zimmerman. The Law Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford: Juta Co., Ltd., 1992.
- Roger J. Goebel. "Reconstructing the Roman Law of Real Security." Tulane Law Review 71 (1961).
- Roscoe Pound. Jurisprudence Volume 4. Minnesota: West Publishing Co., Ltd., 1959.
- Rudolph Huebner. History of Germajnic Private Law. Boston: Little, Brown and Company, 1981.
- Solene Rowan. "The New French Law of Contract." International and Comparative Law Quarterly 66, 4 (October 2017).
- W.W. Buckland. A Manual of Roman Private Law. 2nd Ed. Cambridge: the University Press, 1953.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายพรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์ เกิดเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2530 สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสิริรัตนาร สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2553 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2557 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งรองกรรมการผู้จัดการใหญ่ ด้านบริษัทสัมพันธ์ บริษัท เครือเจริญโภคภัณฑ์ จำกัด

