

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

Acquisition of Ownership of Movable Things by A Contract Other Than Sale

โอมาร์มุกตาร์ นาม¹

Omarmuktar Nam

(Received: January 7, 2020, revised: February 12, 2020, accepted: February 18, 2020)

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติถึงวิธีที่กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือจากบุคคลหนึ่งมายังอีกบุคคลหนึ่งอันเนื่องมาจากนิติกรรมไว้เป็นการทั่วไปเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยมาก แต่กลับบัญญัติเพียงเฉพาะบางเรื่องบางลักษณะ เช่น มาตรา 458 อันเป็นการดำเนินตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ถือว่าสัญญาในทางลักษณะหนึ่งได้มีผลเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไปในตัว แต่กฎหมายโรมันการโอนกรรมสิทธิ์จะต้องมีการส่งมอบการครอบครอง และตามกฎหมายแพ่งเยอรมันนอกจากจะมีการส่งมอบแล้วยังจะต้องยินยอมพร้อมใจให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือด้วย ทั้งนี้ โดยถือหลักว่านิติกรรมมีผลแต่เพียงทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในทางกฎหมายลักษณะหนึ่งที่จะต้องไปโอนกรรมสิทธิ์ให้เท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์จะผ่านมือต่อเมื่อได้ทำพิธีโอนกรรมสิทธิ์กันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน แต่กฎหมายลักษณะทรัพย์สินซึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 4 บัญญัติเฉพาะกรณีที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปโดยผลแห่งกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้

¹ นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์/หอพักบางกอกปาร์ค ห้อง 2821 ถนนพหลโยธิน ตำบลคลองหนึ่ง อำเภอคลองหลวง จังหวัดปทุมธานี 12120, omnumn@gmail.com.

Bachelor of Laws (Second Class Honours) Faculty of Law, Thammasat University, Graduate Student of Master of Laws Programme in Private Law, Faculty of Law, Thammasat University. Bangkok Park, Room 2821 Phahonyothin Road, Khlong Nueng, Khlong Luang District, Pathum Thani Province, email: omnumn@gmail.com

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงควรมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

คำสำคัญ: การโอนกรรมสิทธิ์, สังหาริมทรัพย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

Abstract

Unlike most codes of law in the Continental Europe, the Civil and Commercial Code of Thailand contains no general rules on the transfer of ownership from one person to another by means of a juristic act. Thailand provides the rules on the transfer of ownership only for certain types of juristic act such as Section 458 (Sale Contract), the rule which is indeed modelled from the principle contained in the French Civil Code, given that a contract once is formed will establish obligations between the parties and simultaneously transfer the ownership of the property which is the object of obligation without pursuing any further procedure. This is while the Roman law, on the other hand, further requires, delivery of the property in order to pass its possession to acquirer; whereas, the civil law of Germany requires the parties' mutual agreement to pass on the ownership in addition to the delivery of the property. Both are legally conceived that a juristic act merely creates obligations between the parties that further requires one to latterly transfer the ownership of a property (or a thing) and the ownership will be passed to acquirer only when the delivery procedure is duly performed in accordance with the law of property. Nonetheless, in Book IV of the Thai Civil and Commercial Code, the law of property in Thailand only mention about the transfer of ownership by operation of law. It is therefore suggested by view of the paper that the Civil and Commercial Code of Thailand should

introduce general provisions on the acquisition of ownership of movable things by a contract other than sale.

Keywords: Transfer of Ownership, Movable Things, Civil and Commercial Code

1. บทนำ

การศึกษากฎหมายเป็นการเรียนรู้หลักกฎหมายและระบบกฎหมาย กล่าวคือ เรียนรู้โครงสร้าง หมวดหมู่ ประเภท ข้อความคิดทางกฎหมายต่าง ๆ การใช้การตีความ และวิธีคิด วิธีการ รวมทั้งทัศนคติในระบบกฎหมาย ประมวลกฎหมายเป็นการรวบรวมกฎหมายในเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวพันกันมาไว้ในที่เดียวกันแล้วจัดหมวดหมู่ให้เป็นระบบระเบียบ มีข้อความสอดประสาน ทำความเชื่อมโยงถึงกันและกัน มีลักษณะวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นแกนกลางอันเป็นหลักการสำคัญ ๆ แห่งความสัมพันธ์ของคนในสังคมทั้งระบบ ประมวลกฎหมายจึงมีใช้กฎหมายพิเศษ (ius speciale) แต่เป็นกฎหมายทั่วไป (ius generale) ของระบบกฎหมาย การทำความเข้าใจประมวลกฎหมายจึงต้องมีวิธีคิด วิธีทำความเข้าใจอย่างเป็นระบบโดยการอ่านอย่างทำความเข้าใจกันให้ได้ความที่ถูกต้อง ประมวลกฎหมายของต่างประเทศต่าง ๆ เช่น ญี่ปุ่น ไต้หวัน เกาหลีใต้ ไทย ฯลฯ เป็นประมวลกฎหมายที่เลียนแบบมาจากยุโรป เมื่อรับเอาประมวลกฎหมายของยุโรปมาใช้ก็ย่อมจะต้องรับนิติวิธีรวมมาด้วย² ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ประมวลกฎหมายจะได้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายนั่นเอง

แม้ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันต่างเป็นระบบ Civil Law ด้วยกันก็ตาม ทว่าความคิด วิธีคิด วิธีการ และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนเองนั้นกลับแตกต่างกันในข้อสำคัญ³ ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่ง

² ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 4; สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 26, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 22.

³ สมยศ เชื้อไทย, *เรื่องเดียวกัน*, น. 31.

เยอรมันได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักประวัติศาสตร์ (Historische Rechtsschule)⁴ ซึ่งสำนักนี้ถือว่า ส่วนสำคัญของกฎหมายนั้นมาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณี ตรงกันข้ามกับฝรั่งเศสซึ่งถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญและมีความคิดเป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณี จะใช้จารีตประเพณีมาชี้ขาดตัดสินได้เฉพาะแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (École du droit naturel)⁵ และความคิดของการปฏิวัติฝรั่งเศส (Révolution française) เมื่อ ค.ศ. 1789 ซึ่งมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงสังคมและระบอบการปกครองไปสู่ระบอบใหม่ จึงมีความคิดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณีที่เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมเก่า นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “หลักทั่วไป” แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักทั่วไปบัญญัติไว้เป็นอีกบรรพหนึ่ง โดยเอกเทศ (Buch 1 Allgemeiner Teil) อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งแยกเรื่องหนี้ (Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse) และเรื่องทรัพย์สิน (Buch 3 Sachenrecht) ออกจากกัน ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมิได้แบ่งแยกกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี กรณีสังหาริมทรัพย์นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหาได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์อย่างชัดแจ้งอย่างใดไม่ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญางานลักษณะกลับปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยหนี้ในส่วนเอกเทศสัญญา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายและแลกเปลี่ยน ซึ่งวางหลักว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์ย่อมโอนไปยังคู่กรณีตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาแลกเปลี่ยนขณะเมื่อได้ทำสัญญากัน⁶

⁴ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น. 271-272.

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เรื่องเดียวกัน*, น. 381-383.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 และมาตรา 519; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 5, 21 วันที่ 1 มกราคม 2471; ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 519 ตอนต้น บัญญัติว่าอย่างชัดเจนว่า “บทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายนั้น ท่านให้ใช้ถึงการแลกเปลี่ยนด้วย . . .”

ทว่าในกฎหมายลักษณะให้กฎหมายกลับกำหนดว่าการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้⁷ ในบทที่ว่าด้วยสัญญาใช้สินเปลื้องนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ในโฉนดทรัพย์สินที่โอนตามสัญญาใช้สินเปลื้องย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยึด⁸ ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตหลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยนั้นเป็นอย่างไรกัน ไม่ว่าจะเป็นเช่าซื้อ ยืมใช้สินเปลื้อง และที่เห็นได้ชัดเจนซึ่งบทความนี้จะยกมาเป็นตัวอย่างในการนำเสนอก็คือจำทำของนั้นหาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไม่ อีกนัยหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่า คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งสัญญาอันมิใช่สัญญาซื้อขายไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยวิธีการอย่างไร กอปรกับเป็นเรื่องที่ยังไม่มีคำพิพากษากฎีกาวินิจฉัยไว้แต่อย่างใด

2. การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายแพ่งในหลายประเทศมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน, ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และประมวลกฎหมายแพ่งสวิตเซอร์แลนด์ฯ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขอนำเสนอบทกฎหมายของต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยควรมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเช่นกัน

2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil des Français)

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดในระบบสัญญาเดี่ยว (One agreement system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง solo consensu กล่าวคือ ระบบสัญญาเดี่ยวถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกับความสมบูรณ์ของสัญญา อีกนัยหนึ่ง การเกิดขึ้นของสัญญามีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาโอนไปทันทีโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน นักนิติศาสตร์ถือว่า ตามหลัก solo consensu หรือระบบสัญญา

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 21 วันที่ 1 มกราคม 2471.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 56 วันที่ 1 มกราคม 2471.

เดี๋ยวนี้อำนาจที่เกื้อหนุนก่อตั้งทั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ (สัญญาระหว่างคู่กรณี) และทรัพย์สิน (สิทธิเหนือทรัพย์สิน) พร้อมกัน โดยหลักใหญ่ของทฤษฎี solo consensu เดิมมีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété) ลักษณะ 3 สัญญาหรือหนี้อันเกี่ยวกับข้อตกลงภาคทั่วไป (Titre III. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général) หมวด 3 ผลแห่งหนี้ (Chapitre III. De l'effet des obligations.) ส่วนที่ 2 หนี้ในการให้ (Section 2. De l'obligation de donner.) มาตรา 1138 ซึ่งบัญญัติว่า

“L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée . . .”

มีความว่า “หนี้ที่จะส่งมอบทรัพย์สินสำเร็จบริบูรณ์โดยเพียงแต่มีความยินยอมของคู่สัญญา

ความยินยอมนั้นมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังเจ้าหนี้ และความเสี่ยงภัยที่จะเกิดแก่ทรัพย์สินนั้นก็ตกไปยังเจ้าหนี้ในขณะเดียวกันอันเป็นเวลาที่ดินทรัพย์สินควรจะถูกส่งมอบ . . .”

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม (Code civil belge) มาตรา 1138 ปรากฏบทบัญญัติเช่นเดียวกันทุกถ้อยคำโดยที่ปัจจุบันยังมิได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า ราชอาณาจักรเบลเยียม (Royaume de Belgique) ยอมรับเอาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 จำนวน 2,281 มาตรา ไปใช้เป็นกฎหมายบ้านเมืองของตน⁹

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 2 แห่งรัฐกำหนด (ordonnance) เลขที่ 2016-131 เมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016 โดยกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

⁹ หยุด แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 35; หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 166.

บทบัญญัติแห่งบรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ลักษณะ 3 บ่อเกิดแห่งหนี้ (Titre III. Des sources d'obligations) ลักษณะ 4 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยหนี้ (Titre IV. Du régime général des obligations) และลักษณะ 4 ทวิ การพิสูจน์แห่งหนี้ (Titre IV bis. De la preuve des obligations) ในการนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังคงยืนยันหลัก solo consensus โดยปรากฏถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ลักษณะ 3 บ่อเกิดแห่งหนี้ อนุลักษณะ 1 สัญญา (Sous-titre Ier. Le contrat) หมวด 4 ผลแห่งสัญญา (Chapitre IV. Les effets du contrat) ส่วนที่ 1 ผลแห่งสัญญาระหว่างคู่กรณี (Section 1. Les effets du contrat entre les parties) ส่วนย่อยที่ 2 ผลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Sous-section 2. Effet translatif) มาตรา 1196 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat.”

มีความว่า “ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนสิทธิอื่น ๆ การโอนย่อมเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์” ทั้งนี้ หลัก solo consensus ง่ายตายแก่การปฏิบัติ เพราะเพียงแค่คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็โอนไปทันที อีกนัยหนึ่ง ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่สัญญาเกิดขึ้น ไม่ต้องมีแบบพิธีต่าง ๆ อันจะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปโดยล่าช้าหรืออาจโอนไปไม่ได้เลยด้วยสาเหตุเพราะทำแบบพิธีโอนไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นปัญหาที่จะไม่ปรากฏขึ้นในกฎหมายของประเทศที่ใช้ทฤษฎีสัญญาเดียวในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญา กอปรกับเป็นหลักที่ตรงกับความรู้สึกนึกคิดของคนธรรมดาสามัญซึ่งจะเข้าใจว่าเมื่อทำสัญญากันโดยมิได้มีเงื่อนไขอื่น กรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ หลักข้างต้นได้คุ้มครองลูกหนี้ผู้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นผู้เสียเปรียบ ในกรณีที่สัญญาตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะและได้มีการบอกกล่าวแล้ว ในกรณีที่ถือทฤษฎีสัญญาเดียวดังเช่นกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาแม้จะได้มีการส่งมอบกันแล้วก็ตกคืนกลับไปยังผู้โอนทันที แต่ทว่าในทางปฏิบัติผู้โอนก็ต้องเรียกร้องให้ส่งตัวทรัพย์สิน ทั้งนี้ หากผู้รับโอนไม่ยอมก็จำต้องฟ้องร้องคดีต่อศาล

นอกจากนี้ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยอ้อมมีสิทธิภายใต้กฎหมายที่จะใช้สอยจำหน่ายจ่ายโอน ได้ดอกผลของทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของนั้น ตลอดจนมีสิทธิที่จะติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิจะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ หรือขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน หรือแม้จะทำลายทรัพย์สินอันเป็นของตนนั้นเสียก็ย่อมได้ สิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวจะมีและเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อตัวทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เท่านั้น อันเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสิทธิ ในทางกลับกัน เมื่อตัวทรัพย์สินนั้นสูญสิ้นไปด้วยเหตุใดก็ตาม ย่อมส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของนั้นด้วย กล่าวคือ สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นก็ย่อมหมดไปด้วย เพราะฉะนั้น การที่ตัวทรัพย์สินสูญสิ้นไปหรือถูกทำลายหมดไปโดยเหตุพ้นวิสัยอันจะเอาผิดหรือโทษใครมิได้ ก็ย่อมเป็นผลร้ายหรือผลเสียต่อตัวผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเองเป็นธรรมดา ซึ่งก็คือผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินต้องเป็นผู้แบกรับเอาผลแห่งภัยพิบัติหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นของตนเองไป จะไปเรียกร้องให้ใครรับผิดชอบหรือชดใช้ความเสียหายแก่ตนย่อมมิได้ การที่เจ้าของทรัพย์สินย่อมต้องรับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของตนเองนี้ตรงกับหลักกฎหมายโรมันที่ว่า *res perit domino*¹⁰ (เจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้เสี่ยงภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินของตนเอง) อนึ่ง ฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย โดยกำหนดให้สัญญาซื้อขายส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ได้ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายสมบูรณ์แต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อทันที แต่ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยที่ถือหลักของ *res perit domino* กฎหมายที่แก้ไขใหม่มิได้เปลี่ยนหลักการดังกล่าว ทว่ามีการยอมรับกันในการตีความสัญญาที่ส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ (Eigentumsvorbehaltskausal) ในเรื่องของการโอนความเสี่ยงภัยว่า ในสัญญาที่ส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ผลแห่งภัยพิบัติโอนไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบ¹¹ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil) ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไปนั้น ยังคงยืนยันหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ โดย

¹⁰ ซึ่งตรงกับหลักทั่วไปที่ว่า “*casum sentit dominus*” เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต้องแบกรับความเสี่ยงภัยทั้งหลายในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายและถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย

¹¹ Murad Ferid und Hans Jürgen Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, 2. Auflage, 4 Bände (Heidelberg : Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, 1986), Band II : S. 152-154.

ปรากฏถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1196 วรรคสาม ตอนต้น ซึ่งบัญญัติว่า

“Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose.”

มีความว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ย่อมโอนบาปเคราะห์แห่งภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินนั้นด้วย” จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนเมื่อสัญญาสมบูรณ์ หมายความว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น เมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ กรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังเจ้าหนี้ เช่นนี้ เจ้าหนี้จึงเป็นผู้แบกรับภาระผลแห่งภัยพิบัติไปด้วย กล่าวคือ มิได้รับชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทว่ายังมีหน้าที่ต้องชำระราคา อีกนัยหนึ่ง ผู้ใดจะต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ขายขึ้นอยู่กับผู้ขายนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวในขณะที่เกิดภัยพิบัติหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการใช้หลัก solo consensu ล้วน ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีข้อดีในแง่ที่ว่า หากสัญญาตกเป็นโมฆะหรือมีการเลิกสัญญาเนื่องจากผิดนัดไม่ใช้ราคาทรัพย์สินแก่ผู้โอน ทำให้ผู้โอนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนแม้ว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้วก็ตาม เช่นนี้ ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้โอน เพราะอันตรายในการที่ทรัพย์สินถูกทำลายโดยบังเอิญได้ตกเป็นพับแก่ผู้รับโอนโดยมิต้องคำนึงว่ามีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นหรือไม่ แต่ในกรณีทรัพย์สินในอนาคตหรือทรัพย์สินที่สร้างขึ้นใหม่ย่อมจะเกิดความยุ่งยากในข้อที่ว่ากรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปตั้งแต่เมื่อใด เจ้าหนี้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวโดยสัญญาตั้งแต่เมื่อใด เพราะโดยสภาพผู้โอนจำต้องกระทำการให้ทรัพย์สินนั้นมีขึ้นเสียก่อน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ อาจเป็นที่มาของวาทะทางกฎหมายที่นักกฎหมายไทยต่างคุ้นชินกันว่า “เสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน ความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ”

2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch)

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันร่างขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 1896 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 เป็นต้นไป โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นระบบสัญญาคู่ (Two

agreements system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง traditio กล่าวคือ ระบบสัญญาคู่ถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคุณละเรื่องกับสัญญาและหนี้ สัญญามีผลเพียงก่อตั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ขึ้นระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปก็ต่อเมื่อมีการทำนิติกรรมอีกชั้นหนึ่งตามมา คือ การตกลงและส่งมอบทรัพย์สิน (traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur) ทั้งนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาหรือการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินซึ่งถือกันว่าเป็นนิติกรรมที่แยกเป็นอิสระจากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นแต่เพียงนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันในการโอนกรรมสิทธิ์ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์เป็นนิติกรรมลอย¹² กล่าวคือ มีผลเป็นอิสระแยกต่างหากจากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ อีกทั้งการโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์กันและมีการส่งมอบทรัพย์สินกัน (หลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยส่งมอบ) ในการนี้ การแบ่งแยกนิติกรรมทางทรัพย์สินและนิติกรรมทางหนี้ทำให้สามารถพิจารณานิติกรรมทางหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ใดส่วนหนึ่ง ส่วนนิติกรรมทางทรัพย์สินนั้นก็พิจารณาตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินอีกใดส่วนหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้โอนอาจตกลงโอนทรัพย์สินที่ตนยังมีได้เป็นเจ้าของก็ได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์ยังไม่ผ่านมือสัญญานี้ก็สมบูรณ์ และยังได้ผลดีในการคุ้มครองบุคคลภายนอก คือ แม้นิติกรรมทางหนี้ไม่สมบูรณ์ แต่นิติกรรมทางทรัพย์สินสมบูรณ์ และในระหว่างนั้นบุคคลภายนอกก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์เป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไป และมีผลดียิ่งในวงการธุรกิจ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 3 กรรมสิทธิ์ (Abschnitt 3 Eigentum) หมวด 3 การได้มาและการสูญเสียกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Titel 3 Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen) ส่วนที่ 1 การโอนทรัพย์สิน (Untertitel 1 Übertragung) มาตรา 929 ว่าด้วยข้อตกลงและการส่งมอบ (Einigung und Übergabe) ดังนี้

“ Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide

¹² ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน, *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (2) (มิถุนายน 2532), น. 78-102.

darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

มีความว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และทั้งสองฝ่ายตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป หากทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้รับโอนอยู่แล้ว เพียงการตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเป็นอันเพียงพอ” จะเห็นได้ว่า ตามมาตรานี้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ย่อมโอนไปยังผู้รับโอน เมื่อเจ้าของทรัพย์สินได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนจากฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ และการส่งมอบ

2.2.1 ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ (Einigung) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 929 ตอนต้น กรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ตกลงโอนกรรมสิทธิ์นั้นให้แก่ผู้รับโอน ด้วยเหตุนี้ จึงอธิบายกันว่าผู้โอนจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือน้อยที่สุดจะต้องเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น กล่าวคือ ผู้โอนต้องมีสิทธิโอนนั่นเอง โดยข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ย่อมอาศัยเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างผู้โอนทรัพย์สินกับผู้รับโอน และข้อตกลงนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่มุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดที่กำหนดตัวได้แน่นอน ทั้งนี้ เพราะการโอนทรัพย์สินซึ่งยังไม่สามารถกำหนดตัวแน่นอนได้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่าทรัพย์สินต้องมีทรัพย์สินที่เจาะจงตัวได้มาเป็นวัตถุรองรับ (Bestimmtheitsprinzip)¹³ เจตนาโอนทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีจะต้องมุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งทรัพย์สิน กล่าวคือ มุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินนั่นเอง เรียกข้อตกลงที่มุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินว่าข้อตกลงทางทรัพย์สินหรือสัญญาทางทรัพย์สิน (Dinglicher Vertrag) ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องแยกออกจากข้อตกลงทางหนี้หรือสัญญาทางหนี้ (Obligatorischer Vertrag) อย่างชัดเจน โดยข้อตกลงทางทรัพย์สินนี้ผู้โอนและผู้รับโอนตกลงกันให้ทรัพย์สินโอนเปลี่ยนมือไปโดยตรง แต่ข้อตกลงทางหนี้คู่กรณี

¹³ Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13. Auflage, (München : Verlag C.H.Beck, 1985), § 51 I b; Harry Westermann, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 5. Auflage, (Karlsruhe : C.F.Müller, 1966), § 38, 3.

มิได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินโดยตรง คู่กรณีเพียงแต่ตกลงผูกพันกันที่จะโอนทรัพย์สินหรือก่อความเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินต่อไปเท่านั้น ข้อตกลงทางนี้กับข้อตกลงทางทรัพย์สินจึงเป็นคนละเรื่องกัน และยิ่งกว่านั้นตามกฎหมายเยอรมันยอมรับกันว่าความมีผลหรือความไม่มีผลของข้อตกลงทั้ง 2 ประเภ่นี้ก็เป็นคนละเรื่องแยกเป็นอิสระจากกันและกันเช่นเดียวกัน (Abstraktionsprinzip)¹⁴

2.2.2 การส่งมอบ (Übergabe) ซึ่งนอกจากข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์แล้ว กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นประกอบข้อตกลงการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย การส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 929 ตอนต้นนั้นก็คือการกระทำให้ทรัพย์สินตกไปอยู่ในอำนาจครอบครองของผู้รับโอนนั่นเอง ในกรณีกรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อปรากฏว่าฝ่ายผู้รับโอนได้การครอบครองและฝ่ายผู้โอนสูญเสียการครอบครองไปโดยเด็ดขาด การส่งมอบในที่นี้หมายถึงการกระทำทางข้อเท็จจริงและโดยทั่วไปแล้วย่อมสำเร็จลงด้วยการส่งมอบและรับมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่จับต้องได้ การส่งมอบทรัพย์สินที่ว่านี้คู่กรณีไม่จำเป็นต้องกระทำด้วยมือตนเอง แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจจะให้คนของตนเป็นผู้ส่งมอบหรือรับมอบก็ได้ ผู้ที่ส่งมอบและรับมอบนี้อาจจะเป็นผู้ช่วยครอบครองทรัพย์สิน (Besitzdiener) ผู้ครอบครองแทน (Besitzmittler) หรือเป็นผู้กระทำการตามที่ได้รับมอบหมายอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้¹⁵

นอกจากการส่งมอบโดยตรงดังกรณีข้างต้น กรณีอาจเป็นการส่งมอบโดยปริยายก็ได้ หากผู้รับโอนได้ครอบครองตัวทรัพย์สินแล้ว เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่แสดงเจตนาโอนและรับโอนก็เพียงพอ¹⁶ ทำให้ผู้รับโอนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้เช่าหรือผู้ยืมในฐานะผู้ซื้อ แต่หากผู้โอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่ตกลงกันว่าต่อไปผู้โอนจะครอบครองแทน

¹⁴ ดู ปรีดี เกษมทรัพย์, สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน, *ดุสิตพาห*, 15 (1) (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511), น. 53-59.

¹⁵ Fritz Baur, *Op. cit.*, § 39 II, III.

¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch § 929 Einigung und Übergabe

“... Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

ผู้รับโอนตามนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งก็เพียงพอ¹⁷ เช่น การขายฝากโดยตกลงให้ผู้ขายฝากเช่าทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ หากมีบุคคลอื่นครอบครองทรัพย์สินอยู่ เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่ตกลงโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนก็เพียงพอ¹⁸ ดังเช่นปรากฏที่ว่าผู้ครอบครองแทนหรือมีผู้เช่าทรัพย์สินดังกล่าวอยู่

นอกจากนี้ ในสัญญาหรือหนี้ต่างตอบแทนมีหลักที่ว่าหนี้และการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งเป็นตัวก่อให้เกิดความผูกพันของอีกฝ่ายที่จะต้องชำระหนี้ส่วนของตนตอบแทน ทำให้ฝ่ายใดเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ของตนโดยจะโทษอีกฝ่ายไม่ได้แล้ว สิทธิที่จะเรียกอีกฝ่ายให้ชำระหนี้ให้แก่ตนในฐานะเจ้าของหนี้ก็ไม่ได้ด้วยเช่นกัน อันเป็นหลักทั่วไปในสัญญาหรือหลักต่างตอบแทน หลักทั่วไปดังกล่าวมักจะไม่เหมาะสมกับลักษณะจำทำของนัก เพราะหากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วไม่โอนไปด้วย เช่นในกรณีของสัญญาจำทำของที่ส่งมอบกรรมสิทธิ์ หากเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์สินที่จำทำภายหลังที่ได้ส่งมอบกันไปแล้ว ผู้รับจำก็ไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ว่าจ้างชำระสินจ้างได้ เพราะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำทำให้แก่ผู้ว่าจ้างไม่สามารถที่จะกระทำได้ ซึ่งก็หมายความว่าผู้รับจำต้องแบกรับความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่อยู่ในวงขอบเขตอำนาจของผู้ว่าจ้าง อันเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้รับจำ เพราะภัยพิบัตินั้นอาจจะไม่เกิดหรือหากยังอยู่ในวงขอบเขตอำนาจ (sphere) ของผู้รับจำแล้ว ผู้รับจำอาจป้องกันไม่ให้เกิดผลเช่นนั้นได้ หรือได้ดีกว่า ดังนั้น การที่ตัวทรัพย์สินอยู่ในการครอบครองของฝ่ายหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับต้องเป็นผู้รับผลร้ายเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง เช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรม เพราะฉะนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงผลอันไม่พึงปรารถนาดังกล่าวนั้น ในหลายประเทศจึงวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในความสัมพันธ์อย่างสัญญาต่างตอบแทน (Synallagma) โดยถือเอาหลักเกณฑ์ที่ว่าทรัพย์สินอยู่ในความครอบครอง หรืออำนาจของใครซึ่งผู้นั้นสามารถที่จะปกป้องปิดป้องภัยพิบัติต่าง ๆ ได้ดีกว่าใครแม้แต่เหตุสุดวิสัย นอกจากนี้ เมื่อส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำทำให้ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างสามารถที่จะใช้และได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์สินนั้น ผู้ว่าจ้างก็ควรที่จะต้องเป็นผู้แบกรับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดกับทรัพย์สินนั้นด้วย¹⁹ เช่นนี้ เมื่อทรัพย์สิน

¹⁷ Bürgerliches Gesetzbuch § 930 Besitzkonstitut

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch § 931 Abtretung des Herausgabeanspruchs

¹⁹ Hans Brox, *Besonderes Schuldrecht*, 5. Auflage, (München : C.H.Beck, 1977), S. 23.

อันเป็นวัตถุประสงค์ในการชำระหนี้ในการส่งมอบ ปรากฏในทรัพย์ยังคงอยู่กับลูกหนี้ โดยลูกหนี้ยังมิได้ส่งมอบ ลูกหนี้ก็เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยอยู่ แต่เมื่อส่งมอบทรัพย์นั้นให้แก่เจ้าหนี้ ทรัพย์เข้าไปอยู่ในวงขอบเขตอำนาจของเจ้าหนี้ ความเสี่ยงภัยจึงโอนไปด้วย กล่าวคือลูกหนี้แบกรับความเสี่ยงต่อภัยพิบัติจนกว่าจะส่งมอบ การส่งมอบจึงเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยนั่นเอง ความคิดของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 446 ตอนต้น²⁰ อันเป็นบทกฎหมายทั่วไปครอบคลุมกับลักษณะจำทำของตามมาตรา 644-645 อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้ผู้ที่มีทรัพย์อยู่ในวงขอบเขตอำนาจ (sphere) ของตนเป็นผู้แบกรับภัยพิบัติที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์นั้น โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ในบทบัญญัติข้างต้นว่า การแบกรับความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้รับโอนพร้อมกับการส่งมอบ เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติมาตรานี้ข้างต้นก็คือ ผู้รับโอนนั้นย่อมเป็นผู้สามารถที่จะป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่ทรัพย์ที่เข้ามาอยู่ในความครอบครองของตนตั้งแต่บัดนั้นได้ดีที่สุด

2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (日本民法典)

โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นใช้ระบบสัญญาคู่เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทว่ามีได้ถือหลักการแบ่งแยกสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์ออกจากกันโดยเด็ดขาดอย่างเคร่งครัดดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกาศใช้ครบถ้วนพร้อมกันทั้ง 5 บรรพ เมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1896 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1898 เป็นต้นไป นับเป็นการดำเนินการก่อนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเสียอีก ซึ่งปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีจำนวนทั้งสิ้น 1,044 มาตรา อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปยังผู้รับโอนหรือไม่นั้นให้เป็นไปตามสัญญาทางทรัพย์ ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บรรพ 2 ทรัพย์สิน สิทธิ ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป (第一章 総則) มาตรา 176 บัญญัติว่า

²⁰ “Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.”

物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

มีความว่า “การก่อตั้งและการโอนไปซึ่งทรัพย์สินย่อมมีผลด้วยการแสดงเจตนาของคู่กรณี” กล่าวคือ เพียงการแสดงเจตนาของคู่กรณีว่าให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอนก็มีผลสมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปทันที แต่ผลของการโอนกรรมสิทธิ์นั้นยังใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกมิได้ จนกว่าจะได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ในกรณีสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องมีการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 178 บัญญัติว่า

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ、第三者に対抗することができない。

มีความว่า “การโอนไปซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว” อนึ่ง บทบัญญัติในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นหรือสัญญาในทางทรัพย์เป็นคุณละกรณีกับการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาในทางอื่นมีผลทำให้เกิดสัญญา กล่าวคือ สัญญาในทางทรัพย์ที่จะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอนต้องมีการแสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โอนไปยังผู้รับโอนด้วย ส่วนแบบของการโอนกรรมสิทธิ์นั้นมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตเป็นสำคัญ หากมีการแสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์โอนไปแล้วแต่ยังมิได้มีการทำให้ถูกต้องตามแบบ แม้จะถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปแล้วก็ตาม คงบังคับได้แต่เฉพาะระหว่างคู่กรณี สำหรับบุคคลภายนอกแล้วยังไม่มีผลแต่ประการใด

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (Schweizerisches Zivilgesetzbuch; Code civil suisse; Codice civile svizzero)

ดังที่ทราบกันบ้างแล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นหนึ่งในแม่แบบที่สำคัญในครั้งเมื่อสยามได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 เมื่อ พ.ศ. 2468 รวมถึงบรรพ 3 เมื่อ พ.ศ. 2471 และเตรียมจัดทำบทบัญญัติแห่งบรรพ 4 โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะเป็นระบบ เป็นตรรกะ กระชับ เข้าใจง่าย เพราะใช้ภาษาธรรมดาสามัญ เน้นในเรื่องการวางหลักทั่วไปและมีเจตจำนงในการไม่วางหลักเกณฑ์รายละเอียดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ความครบถ้วนโดยปราศจากช่องว่าง เพื่อเปิดช่อง

ให้ศาลและนักวิชาการทางนิติศาสตร์ได้มีส่วนในการพัฒนาคลีคลายตัวของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัญหาเฉพาะเรื่องได้ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1907 และให้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912 เมื่อนับรวมกับประมวลกฎหมายหนี้สวิสแล้วมีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้นเพียงราว 1,600 มาตรา ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งให้ความสำคัญแก่การวางหลักเกณฑ์อย่างละเอียดพิสดารนั้นมีบทบัญญัติทั้ง 5 บรรพ มากถึง 2,400 มาตรา เช่นนี้ ในแง่ของความเป็นระบบทางวิชาการนั้นเป็นที่รับกันว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดำเนินตามแบบอย่างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งอาจถือกันว่าเป็นประมวลกฎหมายที่มีลักษณะเป็นวิชาการมากที่สุดในช่วงเวลานั้นเป็นหลัก

ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (Das Sachenrecht; Des droits réels; Dei diritti reali) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะทั่วไปคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น เรื่องครอบครอง กรรมสิทธิ์ หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต และประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะรับแนวความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องการแบ่งแยกสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์สินออกจากกัน อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีเช่นกัน โดยปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 กรรมสิทธิ์ (Erste Abteilung. Das Eigentum; Première partie. De la propriété; Parte prima. Della proprietà) หมวด 20 กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Zwanzigster Titel. Das Fahrniseigentum; Titre vingtième. De la propriété mobilière; Titolo ventesimo. Della proprietà mobiliare) มาตรา 714 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.” (Deutsch)

“La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.” (Français)

“Per la trasmissione della proprietà mobiliare è necessario il trasferimento del possesso all’acquirente.” (Italiano)

มีความว่า “การส่งมอบการครอบครองยอมเพียงพอแล้วที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์”

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสต่างกับประมวลกฎหมายอื่น ๆ ในข้อที่สำคัญ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมิได้เป็นผลงานของคณะกรรมการที่จะประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านดังเช่นในประเทศอื่น หากแต่เป็นผลงานของผู้ทรงคุณวุฒิเพียงท่านเดียว คือ Eugen Huber (ค.ศ. 1849-1923) ด้วยภาษาเยอรมัน ซึ่งได้มีการถอดความเป็นภาษาฝรั่งเศสโดย Virgile Rossel (ค.ศ. 1858-1933) และถอดความเป็นภาษาอิตาลีโดย Brenno Bertoni (ค.ศ. 1860-1945) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงเป็นประมวลกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี โดยให้บทบัญญัติในแต่ละภาษามีค่าบังคับเท่าเทียมกัน²¹ การบัญญัติกฎหมายโดยเลือกใช้ถ้อยคำสำนวนให้น้ำหนักและความหมายเท่าเทียมกันทั้ง 3 ภาษา โดยเฉพาะการใช้ภาษากฎหมายชั้นสูงนั้น นับเป็นเรื่องที่ยากลำบากอย่างยิ่ง ดังนั้น การเลียงมาใช้ภาษาธรรมดาทั่วไปจึงทำให้การร่างกฎหมายง่ายดายมากยิ่งขึ้น

2.5 ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน (中華民國民法典)

ในครั้งเมื่อสยามเพิ่งได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง บรรพ 3 และกำลังจัดเตรียมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ปรากฏว่า สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน; 中華民國) ซึ่งกำลังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งอยู่เช่นกันได้กล่าววยกย่องสยามว่ามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แสดงออกซึ่งหลักวิชาทางนิติศาสตร์ที่ก้าวหน้าที่สุดฉบับหนึ่งในเวลานั้นและถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวล

²¹ วิลฟกัง ไพรแอร์ ฟอน มาร์แชล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย, แปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, วารสารนิติศาสตร์, 26 (1) (มีนาคม 2539), น. 128; ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; Constitution fédérale de la Confédération suisse; Costituzione federale della Confederazione Svizzera) มาตรา 70 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch und Italienisch . . .” (Deutsch)

“Les langues officielles de la Confédération sont l’allemand, le français et l’italien . . .” (Français)

“Le lingue ufficiali della Confederazione sono il tedesco, il francese e l’italiano . . .” (Italiano)

มีความว่า “ภาษาราชการของสมาพันธรัฐ ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี . . .”

กฎหมายแพ่งได้หันควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิส²² โดยชาวไต้หวันคนหนึ่งซึ่งมีความสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน อีกทั้งเป็นเจ้าของผลงานการแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งถือได้ว่ามีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็คือ Wang Chung Hui (王寵惠; ค.ศ. 1881-1958) โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันได้มีการประกาศใช้ที่ละบรรพคล้ายกับกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จนกระทั่งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันครบถ้วนทั้ง 5 บรรพ เมื่อ ค.ศ. 1930 ซึ่งปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 1,225 มาตรา ทั้งนี้ อาจจะด้วยเหตุผลข้างต้นจึงเป็นปัจจัยทำให้ Wang Chung Hui ผู้เป็นเจ้าของผลงานแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและเป็นประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ได้มีการจัดทำโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันสอดคล้องตามโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมีการจัดเรียงลำดับเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทว่ามีได้เป็นไปดั่งเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งมีได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทั้งที่กรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมีการรับรู้ถึงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันก็ได้ประกาศใช้ในห้วงเวลาใกล้เคียงกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งนี้ บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป (第一章 通則) มาตรา 761 ดังต่อไปนี้

動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。

讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。

²² ดูความเห็นของ René Guyon (ค.ศ. 1876-1963) จากหนังสือเสนาบติกระทรวงยุติธรรมถึงราชเลขาธิการ เรื่อง การทำคำอธิบาย, คำเปรียบเทียบและอุทธรณ์ร่างบรรพ 4 ในจดหมายเหตุรัชกาลที่ 7 ย. 5 1/5 เรื่องที่ 30, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร

讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。

มีความว่า “การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอก ” จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่น มาตรา 761 ข้างต้น สะท้อนให้เห็นถึงการรับแนวความคิดทางทฤษฎีตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีได้มีความผิดเพี้ยนหรือแหวกแนวเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่นมิได้บัญญัติให้เป็นไปตามหลัก solo consensu ดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย

ทั้งหมดที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งในต่างประเทศมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้

3. การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

หลังจากที่ได้พิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว ในส่วนนี้จึงวิเคราะห์เกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเพื่อนำไปสู่การเห็นควรที่จะให้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา

เมื่อผู้ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเริ่มต้นเรียนรู้ทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา ตัวอย่างอุทาหรณ์ในการนำเสนอเพื่อประกอบความเข้าใจในตัวบทและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมีก็จะออกมาในลักษณะสัญญาซื้อขาย ต่อมา

เมื่อมาถึงเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยหนี้หลักทั่วไปหรือผลแห่งหนี้ ก็เป็นไปในทำนองเดียวกันเพียงแต่อธิบายเนื้อหารายละเอียดพิสดารยิ่งขึ้น นำเสนอตัวอย่างอุทธรณ์ประเด็นปัญหาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้หลายกรณีจากสัญญาซื้อขาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาหลักกฎหมายแพ่งของไทยจึงถูกผูกขาดทางความคิดอยู่แต่กับหลัก solo consensus กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ณ ที่นี้ ผู้เขียนจึงขอแนะนำเสนอหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาจ้างทำของอันเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดในการแสดงถึงหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของในบริบทที่เกี่ยวข้องนี้ จำต้องมีทั้งหนี้กระทำการและหนี้ส่งมอบทรัพย์ โดยหนี้กระทำการเป็นหนี้ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของทุกกรณีจะขาดไปไม่ได้ ด้วยสภาพการณ์ดังกล่าว การโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่สามารถเป็นไปตามหลัก solo consensus ให้เหมือนดังเช่นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพราะเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องตรงกันแล้ว ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จากผู้รับจ้างยังมิได้โอนไปทันทีที่สัญญาจ้างทำของเกิด อีกนัยหนึ่ง เมื่อสัญญาจ้างทำของเกิดขึ้น ด้วยผลของสัญญา ณ ขณะนั้นผู้ว่าจ้างยังมิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นผลแห่งความสำเร็จของการที่จ้างทำนั้นแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 7 จ้างทำของ ตั้งแต่มาตรา 587 ถึงมาตรา 607 รวมจำนวน 21 มาตรา²³ จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาจ้างทำของกับการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน โดยผู้ว่าจ้างมิใช่เพียงแต่ต้องการใช้และการจำหน่ายของชั่วคราวเท่านั้น ยังต้องการจะใช้ของเป็นการถาวร กล่าวคือ ต้องการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แห่งสิ่งของนั้น ด้วยเหตุนี้ เจตนารมณ์แห่งกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ผู้รับจ้าง 2 ประการ คือ (1) มอบการครอบครองสิ่งของอันเป็นผลสำเร็จแห่งการงานที่จ้างทำ (2) โอนกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งของ ทว่าเพียงแค่ส่งมอบการครอบครองอย่างเดียวไม่พอ ต้องโอนกรรมสิทธิ์ด้วย

²³ ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 40-45 วันที่ 1 มกราคม 2471.

เรื่องโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะทรัพย์ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ต้องมืองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ส่งมอบทรัพย์ และตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือ ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์มิใช่เป็นเรื่องของสัญญาจ้างทำของ แต่เป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์และผู้ว่าจ้างก็ได้กรรมสิทธิ์ไป แม้ว่าสัญญาจ้างทำของเองจะปรากฏภายหลังว่าเป็นโมฆะ หรือถูกบอกล้างโมฆียะกรรม เช่น ก. หลอกหลวงโดยจ้าง ข. ให้ทำสิ่งของให้แก่ ก. ต่อมาอีก 2 วัน ข. ผู้รับจ้าง จึงได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์โอนสิ่งของนั้นให้แก่ ก. ผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ ข. ผู้รับจ้าง บอกล้างโมฆียะกรรมได้แต่เฉพาะสัญญาจ้างทำของ ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สมบูรณ์เพราะไม่เกี่ยวกับการหลอกหลวงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ก. จึงยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ได้รับโอนมาอยู่ ข. จึงต้องเรียกทรัพย์คืนจาก ก. ในฐานะลามิควรได้

เหตุผลที่ถือว่ากรรมสิทธิ์ผ่านมือต่อเมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการโฆษณาโดยเปิดเผย การที่ผู้รับจ้างทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในทางลักษณะหนี้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ตรงกับความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปที่ไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อผู้ว่าจ้างไปจ้างผู้รับจ้างให้ทำของสิ่งหนึ่ง ผู้ว่าจ้างรับของมาและมอบเงินอันเป็นสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง เช่นนี้ ก็อาจนึกไปว่าเป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียว คือ สัญญาจ้างทำของความจริงมีสัญญาถึง 3 สัญญา คือ (1) สัญญาในทางลักษณะหนี้เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างส่งมอบทรัพย์และผู้ว่าจ้างส่งมอบสินจ้าง (2) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์ โดยผู้รับจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นโอนไปยังผู้ว่าจ้าง พร้อมกับได้ส่งมอบทรัพย์ (3) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์ โดยผู้ว่าจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสินจ้างโอนไปยังผู้รับจ้างพร้อมกับได้ส่งมอบสินจ้างให้ เมื่อมีการส่งมอบของที่จ้างทำให้แก่ผู้ว่าจ้างในเวลาภายหลังที่ได้ทำสัญญาจ้างทำของกันแล้ว คนธรรมดาสามัญก็พอเข้าใจได้ว่ามีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ เนื่องจากการส่งมอบของและการใช้สินจ้างกันในภายหลัง อีกทั้งผู้ว่าจ้างได้กรรมสิทธิ์ในของมาในขณะที่ได้รับของ ส่วนผู้รับจ้างได้กรรมสิทธิ์ในสินจ้างเมื่อได้รับสินจ้าง

เหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกสัญญาในทางทรัพย์และสัญญาในทางหนี้ออกจากกันก็คือ ทำให้สามารถพิจารณาสัญญาจ้างทำของตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ในทางลักษณะนี้ได้โดยเฉพาะ ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ก็นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิ (Verfügungsgeschäft)²⁴ มาใช้โดยเฉพาะ ผู้รับจ้างย่อมสามารถทำสัญญาจ้างทำของในทรัพย์ซึ่งตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือแต่สัญญาจ้างทำของก็สมบูรณ์ ในทางกลับกัน แม้สัญญาจ้างทำของไม่สมบูรณ์แต่หากสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สมบูรณ์ เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างก็ได้กรรมสิทธิ์ในของ และหากมีการขายต่อมา ผู้ซื้อที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ว่าจ้างไม่ต้องไปคำนึงว่าผู้ขายให้แก่ตนได้กรรมสิทธิ์มาโดยสัญญาจ้างทำของในทางลักษณะหนี้ที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการคุ้มครองการค้าของประชาชน ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นย่อมมีความสำคัญระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง สำหรับบุคคลภายนอกนั้นการรับซื้อหรือการรับจำหน่ายของต่อมาย่อมขึ้นอยู่กับว่าสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ที่โอนกรรมสิทธิ์ให้ันสมบูรณ์หรือไม่ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ก็ง่ายขึ้น

ผลของการแบ่งแยกสัญญาในทางทรัพย์และสัญญาในทางหนี้ให้ออกจากกัน ในกรณีที่ผู้รับจ้างทำสัญญาซื้อขายของอย่างเดียวกันแก่บุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกในฐานะผู้ซื้อได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ก่อน ผู้ซื้อผู้นั้นก็ได้กรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับกรณีบุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้รับการครอบครองโดยสุจริต

ท่านมิให้ใช้มาตรานี้บังคับถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งระบุไว้ในมาตราก่อนและในเรื่องทรัพย์สินหาย กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิด”

กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มาตรา 1303 วรรคสอง ซึ่งมีให้นำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับนั้น เป็นกรณีที่บุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน

²⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 76.

โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน โดยที่สิ่งหาทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำ ความผิด บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ แม้จะได้การครอบครองมาโดยเสีย ค่าตอบแทนและโดยสุจริต ก็ไม่อาจอ้างว่าตนมีสิทธิที่ดีที่สุดตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ได้แต่อย่างใด แต่กรณีเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง ทั้งนี้ เมื่อศึกษาที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 1303 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน²⁵ จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง มีความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เฉพาะทรัพย์ที่ถูกพรากจากเจ้าของทรัพย์โดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเจ้าของ กรรมสิทธิ์ เช่น ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฯลฯ ฉะนั้น กรณีที่เจ้าของทรัพย์ส่งมอบ การครอบครองให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยสมัครใจแล้วต่อมาบุคคลนั้นยังยกทรัพย์ออกไป โอนจนทำให้ทรัพย์นั้นตกไปอยู่ในการครอบครองของผู้อื่น เช่นนี้ ไม่อาจถือว่าเป็นกรณี ทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด กรณีนี้จึงต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง²⁶ นอกจากนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 มีที่มาจากหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้ซื้อทรัพย์โดยสุจริตในสังคมที่เต็มไปด้วย การค้าพาณิชย์ จึงจำเป็นต้องวางหลักกฎหมายที่สนับสนุนความไว้วางใจของ บุคคลผู้สุจริต แต่การตรามาตรานี้ปรากฏว่าถ้อยคำลายลักษณ์อักษรในตัวบทไม่ตรงกับหลัก กฎหมายของประเทศที่ไปรับมา²⁷ ซึ่งใช้ถ้อยคำชัดเจนว่าเป็นทรัพย์ที่ได้มาโดยการลักทรัพย์ (wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden)²⁸ กล่าวโดยสรุป ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch § 932 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

²⁶ ดู วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.252-256; vgl. Kittisak Prokati, Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht, (Magister iuris, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987), S. 73-86.

²⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, เรื่องเดียวกัน, น. 256.

²⁸ Bürgerliches Gesetzbuch § 935 (1)

ซึ่งอยู่ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ฉะนั้น ในกรณีที่บุคคลผู้ได้มาซึ่งการครอบครองสิ่งหาริมทรัพย์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนมิได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง เพราะเหตุว่าข้อเท็จจริง เช่น ต้องด้วยกรณีทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง ผู้นั้นยังอาจจะได้รับความคุ้มครองในพฤติการณ์พิเศษตามบทกฎหมายเฉพาะ เช่น พฤติการณ์พิเศษในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 ถึงมาตรา 1332 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีพฤติการณ์พิเศษเช่นนั้นเกิดขึ้น²⁹

ด้วยเหตุนี้ หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทน ได้นำทรัพย์ของผู้ว่าจ้างไปขายให้แก่บุคคลภายนอก โดยที่ผู้รับจ้างเองสำคัญผิดไปว่าทรัพย์ดังกล่าวเป็นของตน เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้การครอบครองทรัพย์ดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม³⁰ มิใช่สิทธิสืบต่อ ทั้งนี้ มิได้เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในกรณีดังกล่าว หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทน ได้เบียดบังเอาทรัพย์นั้นโดยไม่สุจริต กรณีจึงเป็นการยกยอกทรัพย์ เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้การครอบครองทรัพย์ดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม³¹ มิใช่สิทธิสืบต่อเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมิใช่กรณีทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง แต่อย่างใด อีกทั้งมิได้เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนด้วย

เช่นนี้ จึงเห็นได้ว่า หากนักกฎหมายไทยยึดมั่นถือนั่นอย่างหลับทูลกลับตาโดยผูกขาดในหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งหาริมทรัพย์โดยสัญญาที่จะอาศัยเจตนาตกลงโอนทรัพย์แก่กันเพียงลำพังประการเดียว กรณีจะเป็นปัญหาต่อไปว่าเมื่อได้โอนทรัพย์ไป

²⁹ Vgl. Kittisak Prokati, “Rezeption des deutschen Sachenrechts in Thailand bezüglich der Eigentumsübertragung und des gutgläubigen Erwerbs an beweglichen Sachen,” *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, Herausgegeben von Yu-Cheol Shin, Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3, (Seoul : Bobmunsu (Verlag der Juristischen Texte), 2013), S. 258 ff.

³⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, น. 97.

³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, น. 97.

แล้วหากมีบุคคลภายนอกผู้สุจริตมาซื้อทรัพย์สินนั้นจากผู้โอน บุคคลภายนอกผู้สุจริตจะมีทางได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเมื่อทำการโอนรายหลังนั้นผู้โอนเป็นผู้มิได้มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอีกต่อไป เนื่องจากในห้วงเวลาก่อนหน้านั้นผู้โอนได้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอนรายแรกเรียบร้อยแล้ว

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาในทางหนึ่งและสัญญาในทางทรัพย์ออกจากกัน แม้กฎหมายเยอรมันเองก็เพิ่งจะแบ่งแยกออกจากกันในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในสมัยที่ใช้กฎหมายทั่วไป (Gemeines Recht) ซึ่งเดิมได้ใช้หลักสัญญาซื้อขายและสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาอันหนึ่งอันเดียวกัน (Einheit von Kaufvertrag und Übereignung)³² อย่างไรก็ตาม ระบบของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งแบ่งแยกสัญญาในทางลักษณะทรัพย์และสัญญาในทางลักษณะหนึ่งออกจากกันนั้น อาจมีการไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์และสัญญาในทางลักษณะหนึ่ง โดยเฉพาะยังไม่เห็นด้วยที่ให้มีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ และยังไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแบ่งแยกโดยบัญญัติให้สัญญาในทางลักษณะทรัพย์เป็นนิติกรรมลอย (Abstraktes Rechtsgeschäft) อีกทั้งไม่เห็นด้วยกับหลักที่ว่ากรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือต่อเมื่อมีการส่งมอบ ทั้งนี้ ต้องยอมรับความเป็นจริงว่า การแบ่งแยกสัญญาในทางลักษณะหนึ่งและสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ออกจากกันนั้น คนธรรมดาสามัญย่อมไม่รู้สึกรู้ว่าเป็นเช่นนั้น ทว่าแม้คู่สัญญาจะมีได้สำนึกว่ามี 2 สัญญา แต่การไม่สำนึกดังกล่าวมิได้สำคัญในเชิงหลักการแต่ประการใด ความสำคัญอยู่ที่ในสัญญานั้นเองมีความหมายอยู่แล้วว่ามี 2 สัญญา เมื่อทำสัญญาจ้างทำของไปแล้ว และจะส่งมอบกันภายหลัง คู่สัญญาก็เห็นได้ชัดว่า จะมีการโอนกรรมสิทธิ์กันในภายหลัง ทั้งนี้ ในการทำสัญญาจ้างทำของดังที่ได้มีข้อตกลงกันนั้น อาจเป็นไปได้ว่าคู่สัญญาทำสัญญาจ้างทำของและตกลงกันในเรื่องที่จะโอนกรรมสิทธิ์สำเร็จบริบูรณ์แล้ว โดยมีพักต้องตกลงกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ผ่านมือนี้ อีก เช่นนี้ เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์เมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือไปเมื่อนั้น นอกจากนี้ ระบบกฎหมายที่ถือว่ากรรมสิทธิ์ได้

³² Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2 Bände, 9. Auflage, (München : C.H.Beck Verlag, 1968), Band I : S. 16.

ผ่านมือไปโดยมิได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น ปราศจากการค้ำึงถึงว่าการครอบครองทรัพย์สินเป็นสัญลักษณ์ภายนอกของการที่กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป ทว่าอย่างน้อยผู้ว่าจ้างที่เห็นผู้รับจ้างครอบครองทรัพย์สินอยู่ย่อมไว้วางใจได้ว่า ผู้รับจ้างเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ฉะนั้น การให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเมื่อมีการโอนการครอบครอง ในกรณีปกติทั่วไปจึงควรจะต้องถือว่าถูกต้องและสมเหตุสมผลมากกว่า มีข้อควรสังเกตว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินจะต้องอยู่ในครอบครองเสียก่อนจึงจะถือว่าตกอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างอย่างเด็ดขาด และเจ้าหน้าที่ของผู้รับจ้างจะมายึดทรัพย์สินดังกล่าวมิได้นี้ ตรงกับความคิดของคณธรรมดาสามัญทั่วไป เพราะการครอบครองทรัพย์สินได้แสดงให้เห็นอำนาจอันแท้จริงของเจ้าของทรัพย์สินนั้น การได้กรรมสิทธิ์โดยมิได้มีการครอบครองทรัพย์สินจึงทำให้กรรมสิทธิ์ตกอยู่ในภยันตราย กล่าวคือ อาจสูญเสียกรรมสิทธิ์ไปเพราะบุคคลภายนอกผู้สุจริต ฉะนั้น หากพิจารณาจากแง่ความต้องการของธุรกิจติดต่อกันแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับกรณีที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปจริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีข้อยกเว้นเช่นกันคือมีวิธีแทนการส่งมอบได้ เช่นตกลงให้ผู้รับจ้างเป็นผู้รับฝากหรือยืมทรัพย์สินนั้น ทว่ามิใช่วิธีที่ดีที่สุดสำหรับคุ้มครองการติดต่อในทางธุรกิจ

ในการพิจารณาปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาจ้างทำของนั้น นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะเริ่มพิจารณาปัญหานี้โดยตั้งต้นจากหลักว่าด้วยความสมบูรณ์เด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ อีกทั้งอ้างภาษีตกกฎหมายที่ว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนเป็นที่ตั้ง ประกอบกับหลักความเสียหายตกเป็นพับแก่เจ้าของ ด้วยเหตุนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นใหม่ และการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์จากผู้ไม่มีสิทธิ เหล่านี้จึงเป็นไปได้เพียงแค่อยกเว้นปลิกย่อยเท่านั้น โดยนักกฎหมายไทยพยายามเลี่ยงที่จะไม่อธิบายถึงประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ในบริบทกฎหมายลักษณะจ้างทำของหรืออาจถึงขนาดปฏิเสธการอธิบายหลักกฎหมายข้างต้นออกไปโดยใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนมาหักล้าง หากจะกล่าวในทางตำรา จะพบว่าตำรากฎหมายต่างประเทศซึ่งนักกฎหมายไทยสามารถใช้เป็นเครื่องมือทำความเข้าใจกฎหมายให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปได้นั้น นอกจากภาษาอังกฤษเป็นส่วนใหญ่แล้วคงจะหนีไม่พ้นภาษาฝรั่งเศสซึ่งสังเกตได้ว่ามีผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากฝรั่งเศสหลายคนตั้งแต่ก่อนที่ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 จะมีผลใช้บังคับเมื่อ พ.ศ. 2468 เสียด้วยซ้ำไป แต่ทว่าผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากเยอรมันเมื่อ พ.ศ. 2478 คล้อยหลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง 6 บรรพ มีผลใช้บังคับไปแล้วทั้งสิ้น จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่คำอธิบายในตำรากฎหมายของฝรั่งเศสย่อมจะยิ่งทำให้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยที่เริ่มมีกระแสแนวความคิดไปทางระบบ Civil Law ในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และการโอนภาระความเสี่ยงภัยติดเป็นไปตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และส่งผลให้นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับกฎหมายฝรั่งเศสรู้สึกอึดอัดที่จะปรับใช้หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบและหลักการความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นแนวของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะเห็นได้จากในตำรากฎหมายลักษณะจำทำของที่สำคัญในระยะหลังมานี้ ซึ่งจำนวนมากมิได้กล่าวถึงหรืออธิบายหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบ ถึงแม้ว่าโดยที่มาและโดยสภาพของสัญญาจำทำของกรณีดังกล่าวจะจำกัดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อนึ่ง มีการอธิบายอย่างกล้าหาญโดยฟันธงไปว่า หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จำทำตามสัญญาจำทำของนั้นโอนไปโดยวิธีส่งมอบ แต่ทว่าอรรถาธิษฐานมิได้ชี้แจงว่ากรณีเช่นนี้ปรากฏสัญญาโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นสัญญาในทางทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากการสัญญาจำทำของอันเป็นสัญญาในทางหนี้ ยิ่งไปกว่านั้น กลับตีความบทบัญญัติว่าด้วยการโอนภาระความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 603 และมาตรา 604 ว่าเป็นไปตามหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่เจ้าของ โดยมีได้กล่าวถึงหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองแม้แต่น้อย เช่นนี้ จึงกลับกลายเป็นว่าคำอธิบายถูกละเลยในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ปรากฏจากการพิจารณากฎหมายเปรียบเทียบในเชิงโครงสร้างประกอบกับในเชิงเนื้อหาอย่างแท้จริง ทั้งที่หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบและหลักการความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิสและประมวลกฎหมายหนี้สวิสซึ่งบัญญัติออกเป็น 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ภาษาฝรั่งเศส และภาษาอิตาลี อันเป็นเหตุทำให้มีความสะดวกแก่นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับภาษาฝรั่งเศส ในการเข้าถึงหลักการทาง

ทฤษฎีของกฎหมายระบบ Civil Law ตระกูล Romanist (Pandectist) ยิ่งขึ้นไปด้วย แต่ทว่าองค์ความรู้กระแสหลักยังยึดมั่นถือมั่นอยู่กับหลัก “เสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาเกิดกรรมสิทธิ์โอน” โดยเป็นปฏิกิริยาต่อหลักการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบ นอกจากนี้ ยังผูกขาดอยู่แต่กับหลัก “ความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ” อย่างหลับลับตา โดยเป็นปฏิกิริยาต่อหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองอีกด้วย

ในกรณีที่ทำสัญญาจ้างทำของโดยสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ แม้ผู้รับจ้างได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จ้างทำนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว แต่มีการตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ยังอยู่ในมือผู้รับจ้างจนกว่าผู้ว่าจ้างจะชำระสินจ้างครบถ้วน เช่นนี้ หากยึดมั่นถือมั่นอยู่แต่เพียงหลักความเสี่ยงโอนตามกรรมสิทธิ์ก็ต้องถือว่าภาระความเสี่ยงยังไม่โอนไปยังผู้ว่าจ้าง หากสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จ้างสูญหรือเสียหายไป ผู้รับจ้างในฐานะผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมต้องรับภาระความเสี่ยง ทั้งที่ ณ เวลานั้น ผู้ว่าจ้างอาจได้สิทธิประโยชน์อย่างอื่นจากการจ้างทำของนั้นแล้ว เช่น มีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินที่ตนได้ตกลงจ้างทำไว้แล้วนั้นต่อไปยังบุคคลภายนอก แม้ว่าขณะนั้นกรรมสิทธิ์จะยังไม่โอนมาเป็นของผู้ว่าจ้างก็ตาม หรือในกรณีที่ยังไม่ชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ว่าจ้างแล้วหรือไม่ และคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างพิพาทกันว่ากรรมสิทธิ์อยู่ที่ฝ่ายใด กรณีเช่นนี้ การถือหลักกรรมสิทธิ์เป็นเครื่องกำหนดว่าความเสี่ยงตกเป็นพับแก่ฝ่ายใดย่อมเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก เพราะผู้ว่าจ้างต้องรับภาระความเสี่ยงเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างย่อมไม่มีอำนาจควบคุมทรัพย์สินเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำนั้น และไม่สามารถจะวางมาตรการระวังป้องกันทรัพย์สินดังกล่าวได้เลย ด้วยเหตุนี้ ความเสี่ยงควรจะตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้างจนกว่าผู้รับจ้างจะได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ซึ่งสอดคล้องกับหลักต่างตอบแทน และหลักผู้ครอบครองย่อมมีฐานะที่จะปกป้องทรัพย์สินได้ดีที่สุด ทั้งนี้ สังหาริมทรัพย์อันเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำตามสัญญาจ้างทำของโดยเหตุผลของเรื่อง (Natur der Sache) ย่อมเป็นการแยกแยะระบุเจาะจงตัวทรัพย์สินแล้ว เช่นนี้ จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้มีการจำแนกหรือเจาะจงตัวทรัพย์สินก่อนส่งมอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ หลักความเสี่ยงย่อมตกแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์หากนำมาปรับใช้อย่าง “เหินเหินตาบอด” แก่สัญญาจ้างทำของที่คู่สัญญาดตกลงยอมให้ผู้รับจ้างสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ไว้แม้มีการส่งมอบแล้วก็ตาม เช่นนี้ ความเสี่ยงในความสูญหรือเสียหายของทรัพย์สินเป็นผลสำเร็จแห่งการที่

จ้างทำย่อมตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้าง หากทรัพย์สินดังกล่าวเกิดสูญหายหรือเสียหายในระหว่างที่กรรมสิทธิ์ยังอยู่กับผู้รับจ้าง ในการนี้ เมื่อผู้รับจ้างย่อมต้องรับความเสี่ยง ผู้ว่าจ้างซึ่งมิใช่ฝ่ายที่ต้องรับภาระความเสี่ยงย่อมยกเหตุที่ตนมิได้รับชำระหนี้ด้วยการส่งมอบชิ้นอ้างเพื่อเรียกร้องให้ผู้รับจ้างต้องคืนสินจ้างให้แก่ผู้ว่าจ้าง หรืออ้างเป็นเหตุให้ไม่ต้องชำระสินจ้างแก่ผู้รับจ้างได้ กรณีจะยอมให้มีการตีความเป็นไปดังเช่นที่ว่านี้กระนั้นหรือ ฉะนั้น ทรรศนะที่ว่าในกรณีสัญญาจ้างทำของโดยสงวนกรรมสิทธิ์ไว้ในมือผู้รับจ้างนั้น ความเสี่ยงควรจะโอนไปยังผู้ว่าจ้างพร้อมกับการส่งมอบ เพราะในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การถือหลักความเสี่ยงโอนไปพร้อมการส่งมอบย่อมสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมต่างตอบแทนยิ่งกว่า เมื่อผู้รับจ้างกระทำการทั้งปวงอันตนพึงต้องกระทำ ซึ่งทรัพย์สินได้ตกอยู่ในเงื้อมมือผู้ว่าจ้าง กอปรกับผู้ว่าจ้างได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นและอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายที่จะปกป้องทรัพย์สินได้ดีที่สุดแล้ว นับแต่เวลานั้น ผู้ว่าจ้างจึงควรรับความเสี่ยงไปด้วย ไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวจะโอนไปยังผู้ว่าจ้างแล้วหรือไม่ก็ตาม จึงกล่าวได้ว่า การโอนภาระความเสี่ยงในทรัพย์สินอันเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำตามสัญญาจ้างทำของนั้น ไม่ควรจะผูกติดอยู่กับการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ควรจะโอนไปพร้อมกับการส่งมอบ การจะปล่อยให้ผู้รับจ้างต้องรับภาระความเสี่ยง ทั้งที่ผู้รับจ้างไม่อยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินและไม่อาจดูแลทรัพย์สินนั้นได้แล้ว ย่อมไม่เป็นธรรม

การแยกสัญญาออกเป็น 2 สัญญา ทำให้การใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีทำได้ง่ายขึ้น เพราะสามารถแยกปรับบทกฎหมายใช้ได้ถูกต้องว่าเรื่องใดเป็นเรื่องของทรัพย์สิน เรื่องใดเป็นเรื่องหนี้ ด้วยเหตุที่แยกกฎหมายบังคับใช้แก่กรณีโดยถูกต้อง ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ ก็จะทำให้พิจารณาว่าจะต้องใช้กฎหมายไทย หรือกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีได้โดยง่าย เพราะในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481³³ ได้แยกหลักใน

³³ ดูรายละเอียดได้ที่ หยุต แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา), พิมพ์ครั้งที่ 1, (พระนคร : โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), น. 261-265, 278-287; หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 113-114.

การนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในเรื่องของหนี้และเรื่องของทรัพย์สินต่างกันอยู่แล้ว อีกทั้งการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ไม่รู้ถึงความบกพร่องในสัญญาในลักษณะหนี้มีอยู่เพียงใด แต่ถ้าสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีเดิมสมบูรณ์ ผู้รับโอนยอมโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอกได้โดยสมบูรณ์ โดยถือว่าเขาได้กรรมสิทธิ์มาแล้ว ไม่ขัดกับหลักผู้รับโอน ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะผู้โอนในกรณีหลังนั้นมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบริบูรณ์แล้ว นอกจากนี้ ยังทำให้คู่กรณีมีโอกาสยับยั้งซึ่งใจไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งในกรณีโมฆียะกรรมอันเกิดแต่กลฉ้อฉลข่มขู่ หรือสำคัญผิด เพราะมีช่วงเวลาค้นกลางในกรณีที่ไม่ได้โอนกรรมสิทธิ์ไปทันทีที่ทำสัญญาลักษณะหนี้

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน แต่ก็มีระบบแตกต่างกันในบางเรื่อง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นกฎหมายผสม คือ หลายมาตราที่นำมาจากกฎหมายสวิสและฝรั่งเศส ทั้งที่เทียบเคียงมาจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นเป็นส่วนมาก ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งได้ประกาศใช้ก่อนหน้าตั้งนานนั้นก็ไม่ได้³⁴ โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเอากฎหมายจากหลายประเทศมาผสมกันนี้เอง การอธิบายบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงยากมาก³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้จัดทำขึ้นในคราวเดียวและประกาศใช้พร้อมกันทั้ง 6 บรรพ แต่อย่างใด ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจัดทำขึ้นในห้วงเวลาที่แตกต่างกัน ซึ่งท้ายที่สุดได้ส่งผลกระทบต่อปัญหาความเป็นระบบหลายประการ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในแต่ละบรรพ ผู้ร่างกฎหมายได้ร่างด้วยความยากลำบาก เพราะต้องศึกษาประมวลกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ในห้วงเวลาที่สยามยังมีผู้รู้กฎหมายและภาษาต่างประเทศไม่มากมายเท่าใดนัก ทั้งยังต้องร่างให้สอดคล้องกับประเพณีและวัฒนธรรมของสยามในเวลานั้นด้วย กอปรกับการจัดทำประมวลกฎหมาย

³⁴ หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, น. 166.

³⁵ หยุต แสงอุทัย, การได้ทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์, นิติสาร, แผนกสามัญ, 15 (10) (ตุลาคม 2485), น. 23,

จำเป็นต้องมีความสอดคล้อง สอดประสานเป็นเนื้อเดียวกันโดยมิให้ขัดแย้งกัน ลำพังเพียงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพให้สอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันก็เป็นการยากมากพอสมควรแล้ว เพราะเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพนั้นมีจำนวนมาก แต่เวลาที่ใช้ในการจัดทำมีเพียงเล็กน้อยค่อนข้างจำกัดอย่างยิ่ง เพราะมีปัญหาทางการเมืองเป็นกรอบกำหนด เช่นนี้ เมื่อทยอยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจนครบถ้วนแล้ว โอกาสที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละบรรพจะสอดคล้องกันให้เป็นระบบเดียวกันยิ่งทวีความยากลำบากอีกมหาศาล

ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย เมื่อพิจารณาสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายดังเช่นสัญญาจ้างทำของเป็นอาทิ จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตั้งอยู่บนฐานของหลักความเป็นประจักษ์ (Abstraktionsprinzip) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ แม้สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกันแล้ว (consensus ad idem) แต่ว่าการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปเมื่อใดอย่างนั้นเป็นเรื่องในทางทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นจะตกไปยังผู้ว่าจ้างก็ต่อเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกิดขึ้น โดยแบ่งแยกออกจากนิติกรรมก่อให้เกิดความผูกพัน เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์ที่จ้างทำโดยประสงค์ให้มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น อีกทั้งยังมีการส่งมอบสินจ้างเกิดขึ้นอีกนิติกรรมหนึ่งด้วย ทั้งนี้กรณีนี้ได้เป็นไปตามหลักความเป็นเงื่อนไข (Konditionsprinzip)³⁶ ซึ่งเมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามสัญญานั้นจะตกไปยังผู้รับโอนทันทีแต่อย่างใด

โดยการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้แบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ให้ออกจากกันโดยเด็ดขาด เช่น กล่าวถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ในบทบัญญัติสำหรับลักษณะหนี้ดังเช่นในเรื่องสัญญาซื้อขายและสัญญาให้นั้น มีเรื่องการนิติบัญญัติเพราะบรรพ 4 ทรัพย์สิน ประกาศใช้บังคับหลังจากบรรพ 3 เอกเทศสัญญา อีกทั้งสัญญาซื้อ

³⁶ Vgl. Murad Ferid und Hans Jürgen Sonnenberger, Op. cit., Band II : S. 879, Randnummer 3

ขายและสัญญาให้เป็นสัญญาในชีวิตประจำวัน ฉะนั้น เมื่อประกาศใช้บรรพ 3 จึงมีบทบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวด้วย ทำให้ความคิดของนักศึกษากฎหมายไทยไม่ชัดเจน การที่เอาเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ไปปะปนกันทำให้เข้าใจผิดไปว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องผลของสัญญาตามลักษณะหนี้ ซึ่งอันที่จริงมิใช่เช่นนั้น ผลของสัญญาตามลักษณะหนี้เป็นแต่ทำให้คู่กรณีต้องจัดการส่งมอบทรัพย์สินและจัดการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน แต่ปัญหาที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้เปลี่ยนมือไปโดยแท้จริงหรือไม่ วิธีการโอนกรรมสิทธิ์เป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ ในการศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องแบ่งแยกเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ให้ออกจากกันโดยเด็ดขาด ไม่ควรจะทำให้ความคิดของเราปะปนกันโดยอาศัยเหตุที่กฎหมายของเราบัญญัติไว้ในที่เดียวกัน

เมื่อปรากฏว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นใหม่หลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายหนี้สวิสประกาศใช้แล้ว ฉะนั้น จึงน่าเชื่อว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คงจะดำเนินตามหลักกฎหมายทั้งสองนี้ยิ่งกว่าจะดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเก่ากว่า นอกจากนี้ การจัดโครงสร้างบรรพ หมวด ส่วนของบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยิ่งกว่าใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หลักทั่วไปในการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ของกฎหมายไทย ควรยึดระบบที่ตั้งอยู่บนหลักการโอนโดยต้องส่งมอบ ด้วยถือเอาการส่งมอบการครอบครองเป็นการกระทำตามสัญญาลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 1303/1 “ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายนี้ การโอนทรัพย์สินสิทธิอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น แต่หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม นอกจากนี้ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอน

อาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์นั้นคืนจากบุคคลภายนอก”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายระบบ Civil Law ในตระกูล Germanist (Pandectist) ที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส หรือแม้กระทั่งประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ล้วนแต่มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อย่างไรก็ตามเนื่องจากนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยมีแนวความคิดตามหลักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ หันไปยอมรับหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของเจตนาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยิ่งกว่า นักกฎหมายไทยที่มีแนวความคิดเช่นนี้จึงมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนหลัก “กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปทันทีที่ทำสัญญากัน” ให้เป็นหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคัดค้านการบัญญัติหลักทั่วไปที่จะเป็นไปตามหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยการส่งมอบ

ฉะนั้น ดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่า หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ใด ๆ เลย ในประเด็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาข้างทำของจะส่งผลให้เกิดช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2532). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์. *วารสารนิติศาสตร์*. ปีที่ 19 (2), 78-102.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2511). สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน. *ดุสิตพาห*. ปีที่ 15 (1), 53-59.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. (2562). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- โวล์ฟกัง ไพรแฮร์ ฟอน มาร์แชล. (2539). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย. แปลโดย กิตติศักดิ์ ปกติ. *วารสารนิติศาสตร์*. ปีที่ 26 (1), 122-141.
- สมยศ เชื้อไทย. (2562). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2482). *การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา)*. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร : โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ.
- หยุด แสงอุทัย. (2485). การได้ทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์. *นิติสาร*. แผนกสามัญ. ปีที่ 15 (10), 21-33.
- หยุด แสงอุทัย. (2517). *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2524). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2552). *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2560). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Baur, Fritz. (1985). *Lehrbuch des Sachenrechts*. 13. Auflage. München : Verlag C.H.Beck.
- Brox, Hans. (1977). *Besonderes Schuldrecht*. 5. Auflage. München : C.H.Beck.
- Fenet, Pierre-Antoine. (1856). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. 1er édition. 15 Tomes. Paris : Videcoq.

- Ferid, Murad und Sonnenberger, Hans Jürgen. (1986). *Das Französische Zivilrecht*. 2. Auflage. 4 Bände. Heidelberg : Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH.
- Heck, Philipp Nicolai von. (1930). *Grundriß des Sachenrechts*. 1. Auflage. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Larenz, Karl. (1968). *Lehrbuch des Schuldrechts*. 9. Auflage. 2 Bände. München : C.H.Beck Verlag.
- Planiol, Marcel Ferdinand. (1928). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 11^e édition. 3 Tomes. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Prokati, Kittisak. (1987). Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht. (Magister iuris. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn).
- Prokati, Kittisak. (2013). Rezeption des deutschen Sachenrechts in Thailand bezüglich der Eigentumsübertragung und des gutgläubigen Erwerbs an beweglichen Sachen. *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*. Herausgegeben von Yu-Cheol Shin. Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3. 1. Auflage. S. 241-268. Seoul : Bobmunsu (Verlag der Juristischen Texte).
- Westermann, Harry. (1966). *Lehrbuch des Sachenrechts*. 5. Auflage. Karlsruhe : C.F.Müller.