



รายงานฉบับสมบูรณ์

พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินและแนวทางการปรับใช้กับบทบัญญัติ

มาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(Development of law on Things and the Implementation of
the Articles 137 and 138 of the Civil and Commercial Code)

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์

เสนอต่อ

คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มธ.

พฤศจิกายน 2567

คำนำ

รายงานวิจัยเรื่องพัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินและแนวทางการปรับใช้กับบทบัญญัติ มาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Development of law on Things and the Implementation of the Articles 137 and 138 of the Civil and Commercial Code) นี้ ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยที่ผู้วิจัย (ผู้เขียน) เป็นผู้สอน รายวิชา น. 202 กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิตของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งมีปัญหาที่สามารถนำไปใช้ในการเรียนการสอนต่อไปได้ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่า ด้วยทรัพย์สิน การศึกษาวิจัยเพิ่มเติมหลักกฎหมายโรมันจนถึงยุคสมัยใหม่โดยศึกษาทฤษฎีและกฎหมายปัจจุบัน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบที่สำคัญของระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างหนึ่ง จึงเป็นประโยชน์ในการ จัดการเรียนการสอนเพื่อนำไปสู่การเรียนรู้รายวิชาดังกล่าวและอาจนำไปเผยแพร่เพื่อประโยชน์แก่ผู้สนใจทั่วไป

อนึ่ง ในการอ้างอิงหลักกฎหมายโรมัน หากสามารถใช้ฉบับคำแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ และช่วยทำให้ สามารถเข้าใจความหมายได้ดียิ่งขึ้น ผู้วิจัยจะนำคำแปลภาษาอังกฤษใส่ไว้ในเชิงอรรถโดยอ้างอิงจากต้นฉบับ ของ Samuel P. Scott, *The civil law : including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo* (17 vol, Central Trust Co. 1932). แต่ในกรณีที่คำแปลภาษาอังกฤษอาจไม่ตรงกับ ความหมายที่แท้จริง จำเป็นต้องใช้คำในต้นฉบับภาษาละตินหรือที่มีคำแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส ผู้วิจัยจะนำต้นฉบับภาษา ละตินหรือใช้คำแปลภาษาฝรั่งเศสใส่ไว้ในเชิงอรรถโดยอ้างอิงจากต้นฉบับของหนังสือแปล *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Henri Hulot, Jean-François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Béranger trs, 7 vol, Scientia Verlag, 1979). ใน เรื่องแนววินิจัย (Digest) ซึ่งเป็นข้อความที่คัดมาจากการเห็นที่ถือเป็นบรรทัดฐานของนักนิติศาสตร์โรมัน ส่วนคำสอนกฎหมายเบื้องต้นหรือมูลบทนิติศาสตร์ของไอยุส จะใช้อ้างอิงจากหนังสือ *Institutes de Gaius*, trad. et commentées par C. A. Pellat, Paris, Thorel, 1844. และมูลบทนิติศาสตร์ของจักรพรรดิ จุสติเนียน จะใช้อ้างอิงจากหนังสือ Henri Hulot, *Les Institutes de l'Empereur Justinien* (vol 1, Chez Behmer et Lamort Editeurs 1806).

ผู้วิจัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้ให้ทุนสนับสนุนการวิจัยไว้ ณ โอกาสนี้

รองศาสตราจารย์ ดร. สมเกียรติ วรรณปัญญานันต์

ผู้วิจัย

7 พฤศจิกายน 2567

บทคัดย่อ

มาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งทรัพย์สินออกเป็น วัตถุ มีรูปร่าง และ วัตถุ ไม่มีรูปร่าง สอดคล้องกับหลักกฎหมายโรมันที่ใช้ในการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด ต่อมาในสมัยกลาง การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดแบ่งออกเป็น อสังหาริมทรัพย์ และ สงหากริมทรัพย์ งานวิจัยนี้นำเสนอการระบุปัญหาและข้อเสนอในการแก้ไขปัญหา รวมทั้งศึกษาผลเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ สัตว์ และกระแสไฟฟ้า

คำสำคัญ วัตถุ มีรูปร่าง วัตถุ ไม่มีรูปร่าง การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด อสังหาริมทรัพย์ สงหากริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์ สัตว์ กระแสไฟฟ้า

Abstract

According to *summa rerum divisio* in Roman law, the articles 137 and 138 of the Thai Civil and Commercial Code classifies things into corporeals and incorporeals. Later, in the Middle Age period, the *summa rerum divisio* are divided into movables and immovables. This research identifies a problem, implements a solution, and studies its effects regarding the property rights, animals and electricity.

Keyword corporeal things, incorporeal things, *summa rerum divisio*, immovable, movable, property rights, animals, electricity

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	1
บทคัดย่อ	2
สารบัญ	3
บทที่ 1 บทนำ	5
บทที่ 2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยโรมัน	8
2.1 กฎหมายโรมันโบราณ	8
2.2 กฎหมายโรมันยุคทอง	14
2.3 หลักคำสอนของไอยุส	20
2.3.1 การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด (<i>summa rerum divisio</i>): ทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (<i>res divini iuris</i>) และทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ (<i>res humani iuris</i>)	20
2.3.2 ประเภทอื่นๆ ของทรัพย์สิน	23
2.3.2.1 วัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง	23
2.3.2.2 ทรัพย์สินที่สำคัญ (<i>res Mancipi</i>) และทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (<i>res nec Mancipi</i>)	26
2.3.3 อิทธิพลต่อการกำหนดกฎหมายเบื้องต้นของจตุตถนิพน	30
บทที่ 3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลางและสมัยใหม่	43
3.1 ลักษณะผสมผสานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลาง	43
3.1.1 อิทธิพลของกฎหมายโรมัน	44
3.1.2 อิทธิพลของกฎหมายอนารยชน	48
3.1.3 อิทธิพลของระบบฟิวดัล	49
3.1.4 พัฒนาการที่ทำให้เกิดการคลี่คลายขยายตัวไปสู่การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดในสมัยกลาง เป็นการแบ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์	52
3.2 การเกิดใหม่ของกฎหมายโรมันและอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินต่อญี่ปุ่นและไทย	63
บทที่ 4 ข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินของกฎหมายไทย	73
4.1 แนวคิดตามกฎหมายเก่า	73
4.2 การรับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินผ่านทางกฎหมายญี่ปุ่น	74
4.2.1 หลักกฎหมายเยอรมัน	74
4.2.2 หลักกฎหมายญี่ปุ่น	77
4.2.3 คำอธิบายของผู้ร่างกฎหมายบางท่านที่สันนิษฐานว่าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ	80
บทที่ 5 แนวทางแก้ไขปัญหาว่าด้วยทรัพย์สินตามมาตรา 137 และมาตรา 138	81
5.1 มาตรา 137 มีที่ใช้แยกต่างหากจากมาตรา 138 หรือไม่	81
5.2 กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่	87
5.3 สัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่	97
5.4 กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่	104
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	114

6.1 สรุปผลการศึกษาวิจัย	115
6.2 ข้อเสนอแนะ	122
บรรณานุกรม	123

บทที่ 1

บทนำ

ความสำคัญและที่มาของปัญหาที่ทำการวิจัย

กรรมสิทธิ์ถือเป็นศูนย์กลางของสิทธิเหนือทรัพย์สิน ปัญหาว่ากรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง และหากจัดว่ากรรมสิทธิ์เป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ หรือภาระจำยอมซึ่งเป็นอุปกรณ์ของกรรมสิทธิ์หรือจำกัดครอบครองกรรมสิทธิ์จะจัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง นั้น ในการตอบคำถามนี้สามารถอธิบายได้ด้วยการพิจารณาตามแง่มุมทางเทคนิคและแง่มุมทางนิตินโยบาย

นักนิติศาสตร์โรมันจัดเรื่องกรรมสิทธิ์ในแง่เทคนิคด้วยความชัดเจนเป็นพิเศษโดยแยกกรรมสิทธิ์ออกจากสิทธิอื่นเหนือทรัพย์สินอย่างชัดเจน แม้ในเรื่องทรัพย์สินหรือการครอบครองที่นักนิติศาสตร์โรมันจัดเป็นเรื่องสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงเท่านั้น ในทางตรงกันข้าม กฎหมายจารีตประเพณีในสมัยกลางกลับมิได้แบ่งแยกความแตกต่างดังกล่าวอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในยุคกลางช่วงต้นจนถึงศตวรรษที่ 12 ยึดถือแนวคิดด้วย *saisine* ข้อความคิดว่าด้วย *saisine* มีอยู่ในลักษณะที่ถือว่า *saisine* เป็นทั้งสิทธิและข้อเท็จจริงในเวลาเดียวกัน มีความหมายครอบคลุมทั้ง กรรมสิทธิ์ ครอบครอง และทรัพย์สินอื่น นอกจากนี้ยังอาจรวมถึงสิทธิทางหนึ่งบางประการที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินอีกด้วย การเกิดใหม่ของหลักกฎหมายโรมันในช่วงปลายยุคกลางนำไปสู่การรับเอาหลักกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายโรมันแต่ก็ได้รับอิทธิพลของหลัก *saisine* ตามมาด้วย และต่อมาเมื่อก้าวเข้าสู่ยุคกฎหมายสมัยใหม่ ข้อความคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์ก็มีบางส่วนที่ก้าวข้ามแนวคิดดั้งเดิมตามหลักกฎหมายโรมันออกไป เพราะมีแง่มุมทางนิตินโยบายที่ต้องการทำลายหรือยกเลิกลักษณะพิวตัลของกฎหมายในช่วงยุคกลางอันเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาอีกต่อไป จึงมีการพัฒนาทฤษฎีสมัยใหม่ว่าด้วยปัจเจกชนนิยมหรือเสรีนิยมมากำกับกรรมสิทธิ์ที่รับรองแนวคิดโรมันโดยนำมาปรุงแต่งเพิ่มเติม¹

ตามบทบัญญัติบรรพ 1 ลักษณะ 3 ทรัพย์สิน แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ใช้บังคับโดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 ความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินเป็นไปตามมาตรา 98 ว่า “อันว่าทรัพย์สินนั้น โดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่าง” และมาตรา 99 ว่า “ทรัพย์สินนั้น ท่านหมายรวมรวมทั้งทรัพย์สิน ทั้งวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้” และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันต่อมาในมาตรา 137 ว่า “ทรัพย์สินหมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง” และมาตรา 138 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก่อให้เกิดข้อสงสัยหลายประการในการศึกษาหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน

ข้อสงสัยประการแรกเกิดจากการเขียนบทบัญญัติมาตรา 98 เดิมและมาตรา 137 ใหม่ ในลักษณะที่ทรัพย์สิน “ได้แก่” หรือ “หมายความว่า” วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยไม่ปรากฏองค์ประกอบเพิ่มเติมอื่นใดอีก แต่เมื่อพิจารณาความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 99 เดิม และมาตรา 138 ใหม่ กลับหมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ และนักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกันไปสองทาง ความเห็นที่หนึ่งเป็นไปในทางที่ว่า นอกจากเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์สินยังต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้

¹ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo, *Histoire du Droit Civil* (Dalloz 2002) 289-292.

ด้วย เนื่องจากมาตรา 137 ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 138 ไปพร้อมกัน² ในขณะที่ความเห็นที่สองแย้งว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องมีราคาหรือถือเอาได้³ เช่น ความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร. มานิตย์ จุมปา ซึ่งให้เหตุผลว่า “เหตุใดจะต้องแยกบัญญัติความหมายของทรัพย์สินไว้เป็นมาตราหนึ่งต่างหากให้ยุ่งยาก ... ทรัพย์สินได้มีรูปร่างเฉย ๆ แต่ไม่อาจมีราคาและถือเอาได้ ก็ไม่เป็นทรัพย์สิน เช่น พระจันทร์ ดวงอาทิตย์ ดาวเคราะห์อื่น ๆ เป็นต้น ส่วนหากทรัพย์สินได้มีรูปร่างและยังอาจมีราคาและถือเอาได้แล้วทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นทรัพย์สินด้วย” ประกอบกับมาตรา 143 บัญญัติเรื่องทรัพย์สินนอกพาณิชย์แสดงให้เห็นชัดเจนว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องถือเอาได้ ทรัพย์สินจึงมีความหมายเพียงที่มาตรา 137 นิยามไว้ คือ เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง สมควรทำการศึกษาวินิจฉัยหลักการทางทฤษฎีและหลักการใช้การตีความกฎหมายให้ชัดเจนเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยแสวงหาคำตอบว่า เหตุใดนักนิติศาสตร์โรมันจึงแบ่งแยกวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างออกจากกัน และมีพัฒนาการต่อมาในแต่ละยุคสมัยจนถึงยุคปัจจุบันอย่างไร

ข้อสงสัยประการที่สองเกิดขึ้นเมื่อทำการศึกษาลักษณะกฎหมายโรมันและกฎหมายต่างประเทศยุคใหม่ บ้างก็ว่า การแบ่งแยกวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างออกจากกันเป็นไปเพื่อแยกความแตกต่างระหว่างตัวทรัพย์สินและตัวสิทธิเหนือทรัพย์สินให้เกิดความชัดเจน แต่กลับเกิดปัญหาคือว่า *กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่ หรือกรรมสิทธิ์อาจเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างก็ได้* และหากจัดว่ากรรมสิทธิ์เป็นวัตถุที่มีรูปร่างแล้ว สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ หรือการระจำยอมซึ่งเป็นอุปกรณ์ของกรรมสิทธิ์หรือจำกัดครอบครองกรรมสิทธิ์จะจัดเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง

ข้อสงสัยประการที่สาม ในยุคปัจจุบัน กฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายออสเตรเลีย กฎหมายเยอรมัน กฎหมายสวิต และกฎหมายโปรตุเกส วางหลักการใหม่มาเปลี่ยนแปลงหลักการแบ่งแยกอย่างชัดเจนในลักษณะ *summa divisio* ระหว่างบุคคลและทรัพย์สิน โดยกำหนดหลักการใหม่ว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สินอีกต่อไป สัตว์จึงมีสถานะพิเศษในทางกฎหมาย เนื่องจากสัตว์ “ไม่ใช่บุคคล” และ “ไม่ใช่ทรัพย์สิน” อย่างไรก็ตาม หากไม่มีบทกฎหมายพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ กฎหมายของประเทศเหล่านี้ยังคงกำหนดให้กลับไปใช้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินได้อยู่ดี ส่วนกรณีกฎหมายฝรั่งเศส แม้ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สิน แต่ก็กำหนดให้ “สัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกนึกคิด (*sensibilité*) ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายคุ้มครองสัตว์ สัตว์อยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน” (ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 515-14) นำไปสู่ข้อสงสัยเช่นกันว่าจะสามารถแก้ไขปัญหการปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัตว์ได้อย่างไรหากถือว่าสัตว์มีใช้บุคคลและมีใช้ทรัพย์สินเช่นนี้ โดยบางท่านเสนอให้มีการปรับใช้หลักเกณฑ์ “คล้ายบุคคล” และ “คล้ายทรัพย์สิน” สำหรับกรณีของสัตว์ควบคู่กันไป

ข้อสงสัยประการที่สี่มีอยู่ว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ปัญหานี้เกิดขึ้นเมื่อมีปัญหาการลักกระแสไฟฟ้า จะสามารถลงโทษในความผิดฐานลักทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหา

² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 (โรงพิมพ์อักษรนิติ 2478) 16. (เป็นท่านแรกที่ให้ความเห็นทางวิชาการในแนวทางนี้และมีความตรงกับในตำราที่มักใช้อ้างอิงกันต่อมาในทางวิชาการคือ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (โรงพิมพ์อักษรสาสน์ 2521) 11 หรือ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (เนติบัณฑิตยสภา 2551) 12-13); ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (นิติบรรณการ 2550) 6, 31; บัญญัติ สุขิวัช, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 20 ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 21.

³ เทพพิรุณ (บุญช่วย วนิกกุล), พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 3 มาตรา 98-143 (โรงพิมพ์ปอทอง 2477) 347-348, 374; มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2562) 5.

การตีความคำว่าทรัพย์สินว่าจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไรระหว่างการตีความโดยคำนึงลักษณะทางกายภาพแห่งวัตถุประกอบกับหลักวิทยาศาสตร์หรือควรตีความโดยคำนึงถึงเหตุผลธรรมดาสามัญของประชาชนทั่วไป

วัตถุประสงค์/ประเด็นหลักของโครงการวิจัย

(1) ศึกษาแนวคิดและพัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินตามมาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) ศึกษาแนวคิดสมัยใหม่ว่าด้วยทรัพย์สินและแนวทางปรับใช้กับบทบัญญัติในเรื่องที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายไทย

วิธีวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร โดยพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย บันทึกกฎหมายสมัยเก่าโดยเฉพาะกฎหมายโรมัน คำพิพากษา ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ

ในการอ้างอิงหลักกฎหมายโรมัน หากสามารถใช้ฉบับคำแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ และช่วยให้สามารถเข้าใจความหมายได้ดียิ่งขึ้น ผู้วิจัยจะนำคำแปลภาษาอังกฤษใส่ไว้ในเชิงอรรถโดยอ้างอิงจากต้นฉบับของ Samuel P. Scott, *The civil law : including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo* (17 vol, Central Trust Co. 1932). แต่ในกรณีที่คำแปลภาษาอังกฤษอาจไม่ตรงกับ ความหมายที่แท้จริง จำเป็นต้องใช้คำในต้นฉบับภาษาละตินหรือที่มีคำแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส ผู้วิจัยจะนำต้นฉบับภาษาละตินหรือใช้คำแปลภาษาฝรั่งเศสใส่ไว้ในเชิงอรรถโดยอ้างอิงจากต้นฉบับของหนังสือแปล *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Henri Hulot, Jean-François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Béranger trs, 7 vol, Scientia Verlag, 1979).

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยทรัพย์สิน โดยเน้นการศึกษาหลักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์มากกว่าในระบบคอมมอนลอว์ และคำนึงถึงหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาในยุคโรมัน และยุคสมัยใหม่ อันเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายไทย เพื่อค้นหาหลักการใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินในประเทศไทย

บทที่ 2

หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยโรมัน

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หุ่น หรือภาระจำยอม ที่เป็นที่รู้จักกันในปัจจุบัน มีพัฒนาการต่อเนื่องกันมาในแต่ละยุคสมัย แต่พื้นฐานความคิดที่สำคัญได้รับอิทธิพลอย่างสำคัญจากหลักกฎหมายโรมัน โดยมีการแบ่งประเภทของทรัพย์สินโดยเริ่มต้นจากวัตถุมีรูปร่างก่อน โดยมีกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่แยกไม่ออกจากตัววัตถุมีรูปร่างนั่นเอง จากนั้น ด้วยพัฒนาการตามความจำเป็นของสังคมโรมัน จึงได้มีการยอมรับให้มีภาระจำยอมประเภทต่างๆ ขึ้นในลักษณะที่มีใช้วัตถุมีรูปร่าง หากแต่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ส่วนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นๆ ก็ได้เกิดขึ้นตามความจำเป็นของสังคมในยุคต่อๆ มา

ในการทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยโรมัน สมควรทำการศึกษาพัฒนาการแนวคิดกฎหมายโรมันโบราณ (2.1) ซึ่งยังไม่ปรากฏแนวคิดในเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่าง มาถึงการยอมรับแนวคิดว่าด้วยวัตถุไม่มีรูปร่างในกฎหมายโรมันยุคทอง (2.2) มาจนถึงหลักคำสอนของไคยอุส (2.3) ในตำรากฎหมายเบื้องต้นที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อนักนิติศาสตร์ในยุคสมัยใหม่และนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่างๆ ในระบบซีวิลลอว์กันสืบต่อมา

2.1 กฎหมายโรมันโบราณ

กฎหมายสิบสองโต๊ะ (หรือกฎหมายสิบสองมัด/แผ่น) ตามที่มีการกล่าวอ้างในที่ต่างๆ ของนักนิติศาสตร์โรมันกล่าวถึงแต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น⁴ และตามหลักกฎหมายโรมันโบราณยังไม่ปรากฏแนวคิดว่าด้วยวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด ความจำเป็นในการยอมรับแนวคิดว่าด้วยวัตถุไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นในช่วงยุคทองต่อมาต่างหากโดยเฉพาะความจำเป็นในการยอมรับหลักว่าด้วยภาระจำยอมเคียงคู่ไปกับกรรมสิทธิ์ เมื่อกรรมสิทธิ์แยกไม่ออกจากตัวทรัพย์สินนั่นเอง แต่ในเรื่องภาระจำยอมเป็นการรับรองสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินในฐานะที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง

การต่อสู้ระหว่างชาวโรมันกลุ่มพาทริเซียนกับกลุ่มเพลเบียน เนื่องจากชาวโรมันกลุ่มพาทริเซียนเป็นชนชั้นผู้ดี ส่วนชาวโรมันกลุ่มเพลเบียนเป็นชนชั้นสามัญชน เป็นผลมาจากการที่ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีมาจากกลุ่มพาทริเซียนเท่านั้น และผูกขาดความรู้ด้านกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว กฎหมายที่ผู้พิพากษากล่าวอ้างในการตัดสินคดีเป็นกฎหมายประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและเปิดช่องให้ศาลตัดสินคดีได้โดยสามารถใช้ดุลพินิจตามที่ศาลเห็นสมควรได้อย่างกว้างขวางอันนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้พิพากษาในการตัดสินคดี ผู้พิพากษาซึ่งล้วนเป็นชาวโรมันกลุ่มพาทริเซียนจึงถูกชาวโรมันกลุ่มเพลเบียนวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าทำหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมโดยขาดความเป็นกลาง กลุ่มเพลเบียนจึงเรียกร้องให้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นทางออกในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น⁵

กฎหมายสิบสองโต๊ะที่สร้างขึ้นเมื่อ 451 และ 450 ปีก่อนคริสตกาล เป็นการรวบรวมกฎหมายเอกชนกฎหมายอาญา และกฎหมายศาสนาของชาวโรมันให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรกภายหลัง

⁴ Mathieu-Antoine Bouchaud, *Commentaire sur la Loi des douze tables: dédié au premier consul*, (tome 1, 2nd edn, Imprimerie de la République, 1803) 608 – 610.

⁵ Paul Krueger, *Histoire des sources du droit romain*, (Translated by Jean Brissaud; Thorin & Fils, 1894) 10.

การสร้างกรุงโรม เป็นผลงานที่สร้างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างจำนวน 10 คนจำนวน 2 คณะสำหรับการร่างในปี 451 และปี 450 ก่อนคริสตกาลตามลำดับ เนื่องจากในการร่างครั้งที่หนึ่ง เมื่อแสดงผลการร่างกฎหมายจำนวน 10 โต๊ะ (แผ่น/มัด) ได้รับการวิจารณ์ว่าไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างชุดที่สองทำการร่างต่อมาและเพิ่มกฎหมายอีกจำนวน 2 โต๊ะ ซึ่งในปี 449 ก่อนคริสตกาล คณะกงสุลเสนอร่างกฎหมายสิบสอง โต๊ะต่อสมัชชาประชาชน⁶ และได้รับความเห็นชอบใช้ประกาศใช้บังคับกฎหมายสิบสองโต๊ะในที่สุด⁷ โดยเป็นผลมาจากข้อเสนอของกลุ่มเพลเบียนให้มีการประนีประนอมภายหลังช่วงเวลาที่เกิดเหตุการณ์ตึงเครียดระหว่าง กลุ่มเพลเบียนที่เรียกร้องประชาธิปไตยกับกลุ่มผู้ปกครองที่เป็นพวกพาทริเซียน โดยจะมีการบันทึกกฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้ร่วมกันระหว่างชาวโรมันที่เป็นกลุ่มเพลเบียนและกลุ่มพาทริเซียน ในปี 454 ก่อนคริสตกาล วุฒิสภาส่งคณะผู้แทนประกอบด้วยวุฒิสมาชิก 3 คน ได้แก่ Spurius Postumius Albus Regillensis, Aulus Manlius Vulso และ Servius Sulpicius Camerinus Cornutus ไปยังกรุงเอเธนส์ เพื่อ ศึกษาบทบัญญัติกฎหมายของโซลอนและกฎหมายของเมืองอื่นๆ เมื่อกลับกรุงโรม คณะกงสุลและสภาของกลุ่มเพลเบียนให้ความเห็นชอบให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายสิบสองโต๊ะโดยใช้เวลา 1 ปีสำหรับการร่างกฎหมายแต่ละครั้ง โดยคณะกรรมการร่างกฎหมายสิบสองโต๊ะชุดที่หนึ่งเป็นพวกพาทริเซียนทั้งหมด ส่วน ชุดที่สองผสมผสานกันระหว่างพวกพาทริเซียนและพวกเพลเบียน⁸

ต่อมา มีการนำกฎหมายสิบสองโต๊ะไปจารึกบนแผ่นทองแดง⁹ และนำไปแสดงในฟอรัมให้คนทั่วไปรับรู้ แต่ได้ถูกทำลายทั้งหมดในอีก 60 ปีต่อมา เมื่อชนเผ่าโกลบูกรุกเข้าเผาทำลายกรุงโรม ร่องรอยที่เหลืออยู่ของ กฎหมายสิบสองโต๊ะปรากฏตามที่มีการกล่าวอ้างไว้ในงานเขียนต่างๆ ของนักนิติศาสตร์โรมันพร้อมด้วย ข้อสังเกตเพิ่มเติมของนักนิติศาสตร์โรมันเหล่านี้ ซีเซโรกล่าวว่า ในวัยเด็กของตน เด็กๆ เรียนรู้ข้อความใน กฎหมายสิบสองโต๊ะโดยการท่องจำ¹⁰ กฎหมายสิบสองโต๊ะจึงขาดใจความที่สมบูรณ์ของต้นฉบับดั้งเดิมที่สูงย ูหยาบไปอย่างสิ้นเชิง ในยุคสมัยใหม่จึงกระทำได้แต่เพียงศึกษาค้นคว้าจากหลักฐานที่หลงเหลืออยู่เท่านั้น

เนื้อหาในกฎหมายสิบสองโต๊ะตามที่มีการกล่าวอ้างในที่ต่างๆ ของนักนิติศาสตร์โรมันซึ่งกล่าวถึงแต่ เฉพาะวัตถุมิรูปร่างเท่าที่เกี่ยวกับประเด็นที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ มีดังต่อไปนี้

แผ่นที่ 1 ว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในการพิจารณาคดี เจ้าของที่ดินอาจเป็นประกันแก่เจ้าของที่ดินรายอื่นได้ และพลเมืองอื่นใดก็อาจเข้า เป็นประกันในการพิจารณาได้หากมีความประสงค์เช่นนั้น¹¹

แผ่นที่ 6 ว่าด้วยทรัพย์สิน

กฎหมายสิบสองโต๊ะ (แผ่น) ยืนยันการมีอยู่ของวิธีการโอนทรัพย์สินแบบ *mancipatio* และ *in iure cessio*¹²

⁶ *comitia centuriata* เป็นสภาสูงสุดที่จัดตั้งขึ้นใหม่ในปี 450 ก่อนคริสตกาลซึ่งรวมคณะผู้แทนชาวโรมันทั้งหมด ทั้งกลุ่ม พาทริเซียนและกลุ่มเพลเบียน มีหน้าที่ตัดสินใจเรื่องการทำสงครามและสันติภาพ ผ่านร่างกฎหมาย และเลือกกงสุล ไพรทอร์ และตำแหน่งสำคัญอื่น รวมทั้งพิจารณาเรื่องร้องเรียนที่สำคัญทางการเมือง

⁷ Paul Krueger (เชิงอรรถ 5) 11-12.

⁸ Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit Romain* (tome 1, 5e edn, Domat-Montchrestien 1945) 32.

⁹ Pomponius กล่าวว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะจารึกบนงาช้าง (Digest, 1, 2, 2, 4.) แต่นักนิติศาสตร์โรมันส่วนใหญ่กล่าวว่า เป็น การจารึกบนแผ่นทองแดง

¹⁰ Raymond Monier (เชิงอรรถ 8) 32-33.

¹¹ Gell., 16, 10, 5 ; Cf. Cic., top., 2, 10 ; Gai., 1 ad XII tab., Digest, 2, 4, 22, 1.

¹² Paul., 1 Man., Vat. Fr., 50.

วัตถุที่ซื้อขายและส่งมอบจะตกเป็นของผู้ซื้อเมื่อได้ชำระราคาแก่ผู้ขายแล้วเท่านั้น หรือมิฉะนั้นได้ทำให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ขายด้วยวิธีการอื่น เช่น มอบลูกหนี้เพื่อเป็นประกันแก่ลูกหนี้หรือให้หลักประกันอื่น หลักการนี้มีอยู่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งนักนิติศาสตร์โรมันให้ข้อสังเกตว่าเป็นไปตามหลักเหตุผลตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*ius gentium*) กล่าวคือเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นเอง¹³

ในตำรากฎหมายโรมันของโมนิเยร์¹⁴ สรุปว่า กฎหมายโรมันโบราณที่มีมาก่อนบัญญัติกฎหมายสิบสองโต๊ะสำหรับการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่อาจมีผลทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทันทีโดยกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาแก่ผู้ขายอีกด้วย เนื่องจากในยุคเริ่มแรกยังไม่เกิดแนวคิดว่าการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอน แนวคิดว่าการโอนกรรมสิทธิ์นี้มาเกิดขึ้นในยุคทองซึ่งจะหันไปลดความสำคัญของการชำระราคาและนำไปสู่การตัดประเด็นพิจารณาในเรื่องการชำระราคาออกไปจากปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายอย่างสิ้นเชิง โดยหากเป็นการซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญให้ใช้แบบพิธี *mancipatio* เป็นหลัก และหากเป็นการซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่สำคัญให้ใช้แบบพิธีของการส่งมอบ (*traditio*) เป็นหลัก

กฎหมายสิบสองโต๊ะได้ยืนยันหลักการส่งมอบและชำระราคาตามกฎหมายประเพณีดั้งเดิมนี้นับต่อมา แต่โดยที่ในยุคกฎหมายสิบสองโต๊ะ การซื้อขายทรัพย์สินแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ (1) การซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่สำคัญหรือมีมูลค่าไม่มาก (*res nec mancipi*) เช่น ที่ดินที่ตั้งอยู่นอกดินแดนคาบสมุทรอิตาลี สัตว์เลี้ยงทั่วๆ ไป ผลิตผลการเกษตร และ (2) การซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญหรือมีมูลค่ามาก (*res mancipi*) เช่น ทาส ปราสาท ที่ดินและบ้านในดินแดนอิตาลี สัตว์พาหนะจำพวกม้า โค ลา และล่อ เป็นต้น โดยอูลิยักและมาลาฟอส¹⁵ ความหมายที่พิจารณาจากมูลค่าของทรัพย์สินเช่นนี้ ศาสตราจารย์ประวัติศาสตร์กฎหมายเอกชนอธิบายตามหลักคำสอนกฎหมายโรมันของโกยสุว่า *res mancipi* นี้ได้แก่ทรัพย์สินที่มีมูลค่ามาก¹⁶ สำหรับที่ดิน การแยกความแตกต่างระหว่างที่ดินในอิตาลีกับที่ดินในจังหวัดกล่าวคือที่ดินนอกอิตาลีนอกจากจะเป็นไปตามหลักเศรษฐศาสตร์ที่พิจารณาตามมูลค่าของทรัพย์สินแล้ว ยังสอดคล้องกับหลักในทางสังคมที่ให้ความสำคัญกับการจัดระเบียบโครงสร้างทางสังคมของอาณาจักรโรมันโบราณอีกด้วย เป็นการให้อำนาจกับพลเมืองโรมันเพื่อดำรงสถานะที่สูงกว่าผู้ที่ไม่มียศฐานะเป็นพลเมืองโรมัน กฎหมายสิบสองโต๊ะจึงมีบทบัญญัติตามหลัก *ius gentium* ว่าในการซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญต้องมีการส่งมอบและชำระราคาแก่กันเสียก่อนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจึงจะโอนไปยังผู้ซื้อ ส่วนการซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญซึ่งต้องทำตามแบบพิธี *mancipatio*

¹³ Institutes, 2, 1, 41.

¹⁴ Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit Romain* (tome 2, 4th edn, Domat-Montchrestien 1948) 151 – 157.

¹⁵ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé: 2. Les biens* (Thémis Droit, 2e edn Presses universitaires de France 1971) 21 – 22.

¹⁶ *Gaii Institutionum* 1, 192.

192. Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interveniat. Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.

แต่ในยุคทองต่อมา ในกรณีการซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) ซึ่งจะต้องกระทำตามแบบพิธี *Mancipatio* กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อทันทีโดยไม่ต้องส่งมอบก่อน และไม่จำเป็นต้องมีการชำระราคาแท้จริงอีกด้วย ตรงกันข้าม สำหรับการซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*) ในยุคทอง ได้เกิดหลักการทั่วไปว่าโดยการโอนกรรมสิทธิ์ในการซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่สำคัญตามหลักการส่งมอบและไม่จำเป็นต้องมีการชำระราคาแก่กันเสียก่อน เนื่องจากในช่วงศตวรรษสุดท้ายของยุคสาธารณรัฐก่อนที่จะเปลี่ยนเป็นยุคจักรวรรดิในยุคทอง อาจจะมีได้ชำระราคากันจริงตามธรรมเนียมปฏิบัติที่มักจะระบุกันในสัญญาซื้อขายว่ามีการชำระราคาแก่ผู้ขายแล้วก็มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์แล้ว เหตุผลอีกประการหนึ่งคือตามหลักในทางเศรษฐศาสตร์ มูลค่าเพิ่มหรือประโยชน์เพิ่มพูนที่ได้จาก *res Mancipi* ในยุคโรมันโบราณมีได้แตกต่างโดยมีนัยสำคัญไปจากมูลค่าเพิ่มจาก *res nec Mancipi* อีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในยุคทองมักจะมีการระบุในสัญญาซื้อขายว่าผู้ซื้อและผู้ขายต้องมีการรับประกันความรับผิดชอบในการชำระราคาและความรับผิดชอบเพื่อการรอนสิทธิ ในกรณีที่ผู้ซื้อจำต้องคืนทรัพย์สินแก่เจ้าของที่แท้จริง ผู้ขายต้องจ่ายค่าเสียหายสองเท่าของราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย แต่หากผู้ซื้อครอบครองทรัพย์สินจนได้กรรมสิทธิ์แล้ว ผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่เป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจครอบครองปกป้องได้ตามกฎหมายในขณะนั้น

โมเดสตินุสยืนยันว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะอนุญาตให้ทาสใช้เงินซื้อความเป็นอิสระได้ แต่การซื้อขายนี้ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขอันเคร่งครัดโดยจะต้องมีผู้ใช้เป็นทาสในบริเวณพื้นที่นั้นหรือเป็นทาสประเภทที่ไม่อาจปลดปล่อยได้¹⁷

ไกลุสยืนยันว่าตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ ในกรณีที่สามารถครอบครองปกป้องได้ตามกฎหมาย การครอบครองปกป้องวัตถุที่เป็นสังหาริมทรัพย์เสร็จสมบูรณ์ใน 1 ปี และ 2 ปีสำหรับการครอบครองปกป้องที่ดินและบ้าน¹⁸ ซึ่งซีเซโร¹⁹อธิบายไว้ว่าเมื่อใช้หลักเกณฑ์ใดกับที่ดินในชนบทแล้วก็ต้องนำหลักเกณฑ์เช่นนั้นไปปรับใช้กับบ้านในเขตเมืองด้วย²⁰ แต่กฎหมายสิบสองโต๊ะก็ไม่ประสงค์จะให้มีการครอบครองปกป้องที่มีเนื้อที่ต่ำกว่า 5 ฟุต²¹ โดยที่กฎหมายสิบสองโต๊ะคุ้มครองทรัพย์สินของพลเมืองโรมันอย่างถาวร บุคคลที่มีใช้พลเมืองโรมันหากแต่เป็นบุคคลตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*peregrinus*) ที่ถูกอาณาจักรโรมันปกครองตามหลัก *ius gentium* ไม่อาจครอบครองปกป้องทรัพย์สินของพลเมืองโรมันได้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของพลเมืองโรมันเป็นสิ่งที่โอนกันไม่ได้ตลอดไปสำหรับบุคคลต่างชาติ²²

¹⁷ *Modestinus lib. 9 Diffinitiarum.* - Digest, 40, 7, 25.

¹⁸ *Gaii Institutionum* 2, 42.

Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

¹⁹ ซีเซโรเป็นนักนิติศาสตร์โรมันคนสำคัญคนหนึ่งในช่วงยุคทองของจักรวรรดิโรมันซึ่งปกครองโดยจักรพรรดิออกุสตุส ได้รับการยกย่องว่าเป็นรัฐบุรุษชาวโรมัน นอกจากนี้ ยังเป็นนักคิดซึ่งได้รับอิทธิพลอย่างสูงจากแนวคิดแห่งสำนักสโตอิกอีกด้วย

²⁰ Cicero, *Topica*, 4, 23.

²¹ Cicero, *De Legibus*, 1, 21, 55.

²² ปรากฏตามโครงการแปล *de officiis* ของซีเซโร (The Project Gutenberg eBook of De Officiis) โดย Walter Miller <https://www.gutenberg.org/cache/epub/47001/pg47001-images.html#Pg405> สืบค้นเมื่อ 21 ตุลาคม 2566.

CICERO DE OFFICIIS

BOOK I MORAL GOODNESS

XII. This also I observe—that he who would properly have been called "a fighting enemy" (*perduellis*) was called "a guest" (*hostis*), thus relieving the ugliness of the fact by a softened expression; for

นอกจากนี้ในแผ่นที่ 6 ยังมีหลักเกณฑ์ว่า “ไม่อาจรื้อซื้อบ้านหรือต่นองุ่นที่ใช้สัมภาระของผู้อื่นมาทำการปลูกสร้างจากสิ่งปลูกสร้างหรือจากไร่องุ่นได้ (*tignum iunctum aedibus vineave sei concapit ne solvito*)” หมายความว่า เมื่อใครสร้างบ้านโดยเอาสัมภาระของผู้อื่นมาสร้างบ้าน จะไม่ถูกบังคับให้รื้อซื้อออกดังนี้ แม้จะไม่ใช่ซื้อ แต่อาจเป็นส่วนอื่นของบ้าน²³ เช่น หลังคา เสาบ้าน ผนังบ้าน ก็มีผลอย่างเดียวกับเรื่องซื้อ จึงตีความรวมไปถึงสิ่งของเหล่านี้ด้วยว่าจะรื้อไม่ได้เช่นเดียว จะตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรไม่ได้

ปัญหานี้ โกลุสวินิจัยความหมายเรื่องซื้อไว้ใน “ประมวลกฎหมายจูสตีเนียน (ตามที่เรียกกันต่อมาในสมัยกลางว่า *corpus iuris*)” ภาคแรกด้วยแนววินิจัย (*Digest*)²⁴ ว่า คำว่าซื้อตามกฎหมายสิบสองมัดหมายรวมถึงส่วนประกอบของสิ่งปลูกสร้างทุกประเภท ไม่จำกัดเฉพาะแต่เพียงซื้ออย่างเดียวเท่านั้น และในอีก 50 ปีต่อมา นักนิติศาสตร์โรมันอีกท่านหนึ่งคืออัลเปียนได้ขยายความคำว่า “ซื้อ” ซึ่งเป็นกรณีสำหรับสิ่งปลูกสร้างให้รวมไปถึงทุกสิ่งที่จำเป็นสำหรับต่นองุ่นสำหรับไร่องุ่นด้วย โดยไม่สามารถรื้อถอนออกไปได้เช่นเดียวกัน²⁵

อัลเปียนยืนยันต่อไปว่ากฎหมายสิบสองมัดจะไม่อนุญาตให้รื้อขึ้นส่วนไม้หรือต่นไม้ที่ขโมยมาออกจากบ้านหรือต่นองุ่นที่ประกอบกันเป็นส่วนหนึ่งของบ้านหรือต่นองุ่นไปแล้ว และไม่อาจฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินได้เช่นเดียวกัน โดยเกรงว่าสิ่งปลูกสร้างจะถูกทำลายหรือจะกระทบกระเทือนไร่องุ่น แต่อาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนสองเท่าของค่าสัมภาระได้²⁶

แผ่นที่ 7 ว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์

มีหลักเกณฑ์ในกฎหมายสิบสองมัดให้เว้นระยะห่างสองฟุตครึ่งระหว่างบ้านของตนกับบ้านของบุคคลอื่นเรียกว่า *ambitus* เพื่ออำนวยความสะดวกในการสัญจรไปมา²⁷

ในการฟ้องคดีเรื่องการรังวัดที่ดินตามที่บันทึกไว้ในกฎหมายสิบสองมัด มีหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติกฎหมายของโซลอนซึ่งมีผู้ฟ้องคดี ณ กรุงเอเธนส์ ว่าในกรณีที่มีผู้ปลูกต่นไม้เป็นรั้วใกล้ที่ดินของเพื่อนบ้านต้องไม่รุกล้ำเขตที่ดินของผู้อื่น ในกรณีที่ทำการก่อกำแพงต้องเว้นระยะห่างหนึ่งฟุต ในกรณีปลูกสร้างโรงเรือนต้องเว้นระยะห่างสองฟุต ในกรณีขุดหลุมต้องเว้นระยะห่างเท่ากับความลึกของหลุมนั้น ในกรณีขุดบ่อต้องเว้นระยะห่างเท่ากับ “หนึ่งก้าว”²⁸ ในกรณีปลูกต่นมะกอกหรือต่นมะเดื่อต้องเว้นระยะห่างเก้าฟุต หากเป็นต่นไม้อื่นต้องเว้นระยะห่างห้าฟุต²⁹

"enemy" (*hostis*) meant to our ancestors what we now call "stranger" (*peregrinus*). This is proved by the usage in the Twelve Tables: "Or a day fixed for trial with a stranger" (*hostis*). And again: "Right of ownership is inalienable for ever in dealings with a stranger" (*hostis*). What can exceed such charity, when he with whom one is at war is called by so gentle a name? And yet long lapse of time has given that word a harsher meaning: for it has lost its signification of "stranger" and has taken on the technical connotation of "an enemy under arms."

²³ *Paulus lib. 21 ad Edictum* - Digest, 6, 1, 23, 6.

²⁴ Digest, 50, 16, 62 (*Gaius, On the Provincial Edict*, Book XXVI).

²⁵ Digest, 47, 3, 1, 1 (*Ulpianus, On the Edict*, Book XXXVII.).

²⁶ *Ulpianus lib. 37 ad Edictum* - Digest, 47, 3, 1, 1.

²⁷ *Marcus Terentius Varro, De lingua Latina* 5.22; *Maecianus, assis distr.* 46.

²⁸ *passus* เป็นหน่วยวัดความยาวสมัยโรมันคิดเป็นประมาณ 148 เซนติเมตรเนื่องจากเท่ากับการวัดระยะแบบไป-กลับ จึงเป็นจำนวนสองก้าวในปัจจุบัน

²⁹ *Gaius. lib. 4 ad Legem XII tabularum* - Digest, 10, 1, 13.

เส้นทางต้องมีความกว้างแปดฟุตสำหรับเส้นทางตรงและสิบหกฟุตสำหรับทางโค้ง³⁰

ว่าด้วยเส้นทางเอกชน เจ้าของที่ดินต้องล้อมด้วยก้อนหินไว้ด้วย หากไม่กระทำบุคคลอื่นสามารถนำสัตว์ผ่านไป³¹

ในกรณีที่เจ้าของที่ดินระบายน้ำผ่านที่สาธารณะจนเกิดเป็นทางน้ำไหลและก่อความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งมุ่งให้หลักประกันการเยียวยาความเสียหายจากมูลเหตุละเมิดที่เจ้าของที่ดินนั้นต้องรับผิดชอบ³²

ให้ตัดต้นไม้มิให้สูงเกินกว่า 15 ฟุตจากระดับพื้นดินเนื่องจากเกรงว่าต้นไม้จะก่อความเสียหายหากล้มบนที่ดินของเพื่อนบ้าน³³

ในกรณีที่กระแสน้ำพัดต้นไม้ของที่ดินข้างเคียงจนเอนเข้ามาในเขตที่ดินของท่าน ท่านมีสิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายสิบสองโต๊ะขอให้โค่นต้นไม้ขึ้นได้³⁴

เมล็ดต้นโอ๊กที่หล่นเองตามธรรมชาติลงในที่ดินข้างเคียง เจ้าของที่ดินข้างเคียงย่อมมีสิทธิเก็บเอาได้³⁵

แผ่นที่ 8 ว่าด้วยละเมิด

ทรัพย์สินที่ถูกขโมยหรือที่เจ้าของถูกแย่งโดยใช้กำลังนั้นไม่มีผู้ใดอาจครอบครองปรปักษ์ได้ ถึงแม้ว่าจะมีบุคคลครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นนั้นโดยสุจริตมาเป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม เนื่องจากต้องห้ามมิให้กล่าวอ้างอายุความตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ นอกจากนี้ยังต้องห้ามตามกฎหมายจูเลียและเพลาทียา (*lex Julia et Plautia*) อีกด้วย³⁶

แผ่นที่ 12 ว่าด้วยความผิดอาญา

กฎหมายสิบสองโต๊ะห้ามถวายทรัพย์สินที่อยู่ระหว่างพิจารณาคดีแก่พระเจ้า หากฝ่าฝืนต้องโทษปรับสองเท่า การห้ามนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กฎหมายไม่ระบุว่าจะให้ค่าปรับตกเป็นของคลังแผ่นดินหรือแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง³⁷

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในกฎหมายสิบสองโต๊ะตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าในยุคของกฎหมายสิบสองโต๊ะยังไม่เกิดประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด พัฒนาการแนวคิดว่าด้วยการได้สิทธิโดยอายุความเป็นผลงานปรุงแต่งของนักนิติศาสตร์โรมันในช่วงต่อๆ มาเสียมากกว่า³⁸ ในช่วงเริ่มแรก ภาระจำยอมไม่อาจได้มาโดยอายุความ กฎหมายสิบสองโต๊ะกล่าวถึงแต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างและมีได้กล่าวถึงวัตถุไม่มีรูปร่างดังเช่นภาระจำยอม เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายสิบสองโต๊ะทั้งสิบได้วางหลักการว่าด้วยการครอบครองปรปักษ์ (*usucapio*) โดยการใช้หรือการครอบครองแต่ในขณะนั้นมีได้ยอมรับกันว่าวัตถุไม่มีรูปร่างอาจครอบครองกันได้ตามคำอธิบายของนักนิติศาสตร์โรมันหลายคน เช่น เอลิอุส กาลุส (*Aelius*

³⁰ *Gaius lib. 7. ad Edictum provinciale* - Digest, 8, 3, 8.

³¹ *Festus grammaticus Book 19 VIAE amsegetes vias muniunto : donicum lapides sunt: ni munierint, qua volent jumenta agito.*

³² *Paulus Lib. 16 ad Sabinum* - Digest, 43, 8, 5.

³³ *Ulpianus lib. 7 ad Edictum* - Digest, 43, 27, 1, 8.

³⁴ *Pomponius lib. 34 ad Sabinum* - Digest, 43, 27, 2.

³⁵ *Gaius lib. 7 ad Edictum provinciale* - Digest, 50, 16, 30, 4.

³⁶ *Institutes*, 2, 6, 2.

³⁷ *Gaius lib. 6 ad Legem XII Tabularum* - Digest, 44, 6, 3.

³⁸ Mathieu-Antoine Bouchaud (เชิงอรรถ 4) 608.

Gallus) ที่ให้ความหมายของการครอบครองว่าเป็นการใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง แต่ไม่รวมถึงฟาร์มหรือท้องทุ่งในชนบท เพราะการครอบครองอาจมีได้แต่เฉพาะวัตถุที่อาจจับต้องได้เท่านั้น (*Possessio est usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager : non enim possessio est, nisi in iis rebus, quae tangi possunt*)³⁹ ซึ่งคำว่า “วัตถุที่อาจจับต้องได้” นี้ นักนิติศาสตร์โรมันใช้ในการอธิบายคำว่าวัตถุมีรูปร่างนั่นเอง

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่กฎหมายโรมันในช่วงนี้ยังไม่อาจยอมรับการได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยอายุความได้คือ แต่เดิม *usucapio* เป็นวิธีการหนึ่งในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ภาระจำยอมเป็นสิ่งที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ เป็นแนวทางการให้ความเห็นในทางนิติศาสตร์ของนักนิติศาสตร์โรมันในยุคแรกๆ ที่ค่อนข้างเคร่งครัดตามที่ปรากฏในกฎหมายสิบสองโต๊ะนั่นเอง หลักการเช่นนี้ได้รับการยึดถือและใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีเรื่อยมาจนถึงยุคของซีเซโร⁴⁰

ดังนั้น ในยุคเริ่มแรกของอาณาจักรโรมันยังไม่มีพัฒนาการแนวคิดที่ว่าด้วยภาระจำยอมเกิดขึ้นมาแต่อย่างใด ต่อเมื่อมีความจำเป็นต้องรับรองหลักการว่าด้วยภาระจำยอมในยุคต่อมา โดยเริ่มจากการรับรองภาระจำยอมไว้สำหรับบางกรณีในวงแคบก่อน และต้องรอพัฒนาการในช่วงต่อๆ มาที่นำไปสู่การยอมรับภาระจำยอมในความหมายที่กว้างขึ้นกว่าแต่ก่อน จึงค่อยๆ เกิดการสร้างแนวคิดที่ว่าด้วยทรัพย์สินเหนือที่ดินแยกต่างหากออกจากตัวทรัพย์สินนั่นเองภายใต้หลักการว่าด้วยภาระจำยอม ซึ่งแบ่งออกเป็นภาระจำยอมทางบุคคล ได้แก่ อาศัย สิทธิเก็บกิน และภาระจำยอมทางทรัพย์สิน ได้แก่ ภาระจำยอมเหนือบ้านหรือที่ดิน⁴¹ ทั้งนี้ ในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ นักนิติศาสตร์โรมันในขณะนั้นมีได้แยกต่างหากออกมาจากตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างแต่อย่างใด กล่าวคือ ในขณะนั้นคำว่า “ทรัพย์สิน” ไม่รวมกรรมสิทธิ์ด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากกรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกันอยู่แล้วตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในยุคหลังๆ จึงได้เกิดการอธิบายเสียใหม่ว่ากรรมสิทธิ์ก็เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งด้วย

2.2 กฎหมายโรมันยุคทอง

ในช่วงนี้ บรรดานักนิติศาสตร์โรมันจำต้องหาทางแก้ไขปัญหาทางกฎหมายให้กับประชาชนในช่วงนั้น ส่งผลให้ในช่วงยุคทองมีการหันมาให้ความสำคัญกับประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินนอกเหนือไปจากเรื่องปัญหากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยเห็นว่าหากทำเช่นนี้ย่อมช่วยให้สามารถให้ความเป็นธรรมได้มากกว่าเดิมและสอดคล้องกับบริบทในทางสังคมโรมันที่เปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการยอมรับหลักการใหม่ๆ เพิ่มเติมจากสิ่งที่มีอยู่ก่อนแล้วในสมัยโรมันโบราณ

มุซิอุส สเกโวลา (Q. Mucius Scaevola) เป็นผู้หนึ่งที่มียุทธศาสตร์เด่นชัดในการสร้างหลักกฎหมายแพ่ง (*ius civile*) แยกเป็นอิสระออกจากหลักเกณฑ์เดิมที่มีมาตั้งแต่ในยุคกฎหมายดั้งเดิมตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยเขียนงานวางหลักการกฎหมายแพ่งเป็นจำนวน 18 เล่ม ส่งผลให้ศาลยุติธรรมในสมัยกลางนำไปใช้อ้างอิงและยอมรับการปรับใช้หลัก *usucapio* กับเรื่องภาระจำยอมในสมัยกลาง⁴² ในช่วงนี้นักนิติศาสตร์โรมันทราบดีว่าหลักการใหม่นี้มิได้ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่จะปรับใช้กฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็น

³⁹ Festus grammaticus Book 14 POSSESSIO.

⁴⁰ Mathieu-Antoine Bouchaud (เชิงอรรถ 4) 609.

⁴¹ Marcianus lib. 3. Regularum – Digest, 8, 1.

⁴² Mathieu-Antoine Bouchaud (เชิงอรรถ 4) 609.

กฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรไม่ได้ จึงมีหลักในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแบบขยายความออกไปเพื่อให้สามารถปรับใช้หลัก *usucapio* กับเรื่องภาระจำยอมได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดที่ใช้แบบเคร่งครัดกับเรื่องกรรมสิทธิ์เท่านั้น *ius civile* ในยุคทองจึงปรากฏตัวขึ้นเพื่อเป็นการเรียกขานหลักการทั่วไปว่าด้วยกฎหมายแพ่งตามกฎหมายโรมัน ด้วยเหตุนี้ในตำรากฎหมายเบื้องต้นที่ใช้สอนในโรงเรียนกฎหมายในช่วงสมัยจักรพรรดิจูสตีเนียนจึงใช้คำว่า “กฎหมายแพ่งกำหนดว่า (*jure civili constitutum fuerat*)”⁴³ โดยนักนิติศาสตร์โรมันในสมัยจักรพรรดิจูสตีเนียนอธิบายว่านักนิติศาสตร์โรมันในยุคทองขยายความหมายของตัวที่ดินโดยตรงซึ่งเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างนั้นเองเพื่อให้กินความรวมไปถึงเรื่องคุณลักษณะที่มีอยู่ในที่ดินซึ่งได้แก่เรื่องภาระจำยอมในที่ดินนั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ การครอบครองจึงขยายความจากการครอบครองวัตถุมีรูปร่างเพื่อให้สามารถกินความรวมไปถึงการครอบครองสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอันโดยเฉพาะในเรื่องภาระจำยอมได้อีกด้วย⁴⁴ นักนิติศาสตร์โรมันอธิบายเหตุผลที่มีการตีความแบบขยายความเช่นนี้ว่าเป็นไปเพื่อให้ทรัพย์สินหรือภาระจำยอมไม่ตกอยู่ในสภาพอันไม่แน่นอนอีกต่อไปทำนองเดียวกับที่มีการยอมรับให้มีการครอบครองทรัพย์สินวัตถุมีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) ได้ซึ่งเป็นการตีความหรือการใช้เหตุผลปรุงแต่งทางนิติศาสตร์เพื่อยุติสถานการณ์อันไม่แน่นอนที่ดำรงอยู่มาเป็นเวลานานในสมัยโรมันนั่นเอง⁴⁵ เป็นการสอดคล้องกับหลักการที่ว่าควรมีการรับรองหลักความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะซึ่งมีการอธิบายกันเช่นนี้ในยุคสมัยใหม่ต่อมา

ตัวอย่างกรณีที่มีการนำภาระจำยอมมาใช้โดยเทียบเคียงกับหลักการเรื่องครอบครองโดยให้เป็นเรื่องครอบครองโดยการสมมติ (*possession fictive*) หรือการแปลความหมายตามแนวทางการใช้ถ้อยคำของ เซเนกา (*Lucius Annaeus Seneca*) ภาระจำยอมในการตักน้ำหรือลำเลียงน้ำสิ้นสุดลงเมื่อละทิ้งไปสองปี และกลับคืนมาเมื่อใช้งานครบสองปี (*Servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur*)⁴⁶ อย่างไรก็ตาม ซีเซโรและโพลุยสยกตัวอย่างไว้เฉพาะกรณีการได้ภาระจำยอมโดยอายุความสำหรับที่ดินในเขตชนบท ดูเหมือนว่ามีการยกเลิกกรณีภาระจำยอมในเขตเมืองไปเสียเนื่องจากที่ดินในเขตอิตาลีเป็นทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*)⁴⁷

พัฒนาการการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นจากแนวคิดในทางปรัชญา นักปราชญ์แห่งสำนักสโตอิกที่ได้สร้างคำสอนขึ้นมาว่าโลกนี้แบ่งออกเป็น 2 องค์ประกอบได้แก่ เนื้อหากายภาพที่มีสถานะสงบนิ่งกับลมหายใจหรือจิตวิญญาณ⁴⁸ ซึ่งมีที่มาอันศักดิ์สิทธิ์และทำหน้าที่เคลื่อนไหวกายภาพ นักนิติศาสตร์โรมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งลาเบโอ (*Labeo*) ซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงแรกของคริสตกาลนำเอาแนวคิดนี้มาปรุงแต่งโดยแยกออกเป็นประการที่หนึ่ง วัตถุมีรูปร่าง (*res corporales*) ที่สามารถสัมผัสได้ และประการที่สอง วัตถุไม่มีรูปร่าง (*res incorporales*) ที่เป็นเรื่องสิทธิต่างๆ ซึ่งแบ่ง

⁴³ Institutes, 2, 6, 1.

⁴⁴ รายละเอียดโปรดดู สมเกียรติ วรรณานันต์, ‘ภาระจำยอมทางแพ่งกับภาระจำยอมทางปกครอง’ (งานวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

⁴⁵ Mathieu-Antoine Bouchaud (เชิงอรรถ 4) 610.

⁴⁶ Paulus, Sentent. recept. Lib.1, 17, 2.

⁴⁷ Mathieu-Antoine Bouchaud (เชิงอรรถ 4) 610.

⁴⁸ ในภาษากรีกใช้คำว่า *pneuma* แปลว่า จิตวิญญาณ (*spirit*)

ประเภทย่อยออกไปอีก 3 ประเภทย่อยคือ (1) ทรัพย์สินสิทธิ เช่น ภาระจำยอมต่างๆ (2) บุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้ และ (3) มรดก (*hereditas*) หมายถึงกองทรัพย์สินโดยรวม⁴⁹

นักนิติศาสตร์โรมันคนสำคัญอย่างอัลเปียนได้กล่าวอ้างลาเบโอผู้เป็นต้นคิดการแบ่งทรัพย์สินเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างว่า การคุ้มครองการครอบครองมรดกกับการคุ้มครองการครอบครองทรัพย์สินกล่าวคือมรดกตามแนวคำวินิจฉัยของไพรทอร์นั้นมีใช้สิ่งเดียวกัน การครอบครองทรัพย์สินในที่นี้มีวัตถุเป็นสิทธิมากกว่าจะเป็นวัตถุทางกายภาพที่แน่นอน ในลักษณะที่แม้ไม่มีวัตถุทางกายภาพที่แน่นอนในมรดกนั้น ลาเบโอกล่าวว่ก็ยังได้สิทธิในการคุ้มครองการครอบครองไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันกล่าวคือเป็นมรดกตามแนวคำวินิจฉัยของไพรทอร์⁵⁰

ซีเซโรซึ่งเป็นนักคิดสำนักสโตอิกอีกผู้หนึ่งและได้รับอิทธิพลของหลักปรัชญากรีกอีกเช่นกันว่า อธิบายว่าในการแบ่งประเภททรัพย์สินหรือวัตถุนี้กระทำได้ 2 วิธี คือ (1) **ตามวัตถุที่มันเป็นอยู่** (*quae sunt*) และ (2) **ตามความเห็นในทางภูมิปัญญาหรือตามที่เข้าใจ** (*quae intelliguntur*)⁵¹ เป็นการกำหนดประเภททรัพย์สินโดยจัดให้ความคิดจิตใจอยู่ตรงกันข้ามกับตัววัตถุที่มีอยู่ แก่นแท้ตรงข้ามกับความมีอยู่ ซีเซโรให้คำอธิบายประกอบว่า **วัตถุที่เป็นอยู่นี้สามารถมองเห็นและจับต้องได้** ตัวอย่างเช่น ฟาร์ม บ้าน กำแพง อุปกรณ์หยดน้ำ ทาสในบ้าน โคกระบือ เครื่องเรือน เงิน และอื่นๆ ส่วนวัตถุที่บางครั้งต้องมีการคิดกำหนดขึ้นมาสสำหรับท่าน โดยไม่สามารถแสดงให้เห็นโดยการสัมผัสได้ แต่สามารถพบเห็นและเข้าใจได้ด้วยจิตใจ ในลักษณะที่หากท่านให้ความหมายในเรื่องการใช้ การคุ้มครอง การเห็นชอบรับรู้ ว่าแม้ไม่มีตัวตนทางกายภาพ แต่ก็มีลักษณะบางอย่างปรากฏให้เห็นและแสดงให้เห็นในทางภูมิปัญญาให้เข้าใจได้ กล่าวคือเป็นเรื่องความคิดนั่นเอง

วัตถุไม่มีรูปร่างที่นักนิติศาสตร์โรมันปรุงแต่งขึ้นเป็นหลักกฎหมายจึงเป็นสิทธิต่างๆ เหนือตัววัตถุมีรูปร่างโดยแยกเป็นอิสระออกจากกรรมสิทธิ์ที่แยกไม่ออกจากตัววัตถุมีรูปร่าง ในสมัยโรมัน วัตถุไม่มีรูปร่างที่สำคัญจึงเป็นเรื่องภาระจำยอม ซึ่งแบ่งออกเป็นภาระจำยอมทางที่ดิน (ภาระจำยอมตามความหมายปัจจุบัน) และภาระจำยอมทางบุคคล (สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ฯลฯ) นั่นเอง

จากการแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเช่นนี้ จะต้องสังเกตให้ดีกว่ามีการแบ่งด้านหนึ่งออกเป็น “ตัวทรัพย์สิน (les choses)” กับอีกด้านหนึ่งเป็น “ตัวสิทธิ (les droits)” ดังเช่น

⁴⁹ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 267.

⁵⁰ Digest, 37, 1, 3, 1.

Ulpianus lib. 39 ad Edictum – Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

⁵¹ Cicero, Topica 5.26 ss.: Definitionum autem duo genera prima, unum earum rerum **quae sunt**, alterum earum **quae intelliguntur**. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest (quasi) corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco.

โปรดดู Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 15. – และดู Jean-François Courtine, ‘DOSSIER: Vocabulary of European Philosophies, Part 2, Res’ in: *Radical Philosophy* 139 (September/October 2006) 39. https://www.radicalphilosophyarchive.com/issue-files/rp139_article2_vocabularyofeuropeanphilosophiespart2.pdf สืบค้นเมื่อ 9 พฤศจิกายน 2566.

ภาระจำยอม การแบ่งเช่นนี้เป็นการกำหนดตำแหน่งแห่งที่ของกรรมสิทธิ์แยกต่างหากออกจากทรัพย์สินอื่น ๆ อย่างชัดเจนในลักษณะที่กรรมสิทธิ์กำหนดบังคับตัวเองในสภาพที่เป็นตัววัตถุตัวเอง แทนที่จะเป็นสิทธิเหนือตัววัตถุนั้น กรรมสิทธิ์รวมตัวเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับตัววัตถุนั้นเอง การแบ่งโดยใช้แนวคิดเชิงปรัชญาของสำนักสโตอิกเช่นนี้มุ่งหมายแบ่งประเภทของวัตถุ (les choses) ว่ามีรูปร่างหรือไม่รูปร่างเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับการวางหลักในทางกฎหมายลักษณะบุคคลหรือกฎหมายลักษณะหนี้แต่อย่างใด แต่การแบ่งเช่นนี้มุ่งหมายสกัดกั้นการอนุญาตให้มีการครอบครองสิทธิสำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างในช่วงยุคทองโดยถือกันว่าจะมีกรรมสิทธิ์มีได้แต่เฉพาะเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น การแบ่งเช่นนี้ส่งอิทธิพลต่อนักนิติศาสตร์ในยุคต่อมาเป็นเวลายาวนาน ต้องรอช่วงปลายศตวรรษที่ 18 จึงจะเกิดการยอมรับว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้⁵² ดังเช่น “กรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดง (propriété littéraire et artistique)” “กรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce)” รวมทั้งแนวคิดยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เช่น กรรมสิทธิ์ในหุ้น เป็นต้น

การแยกวัตถุไม่มีรูปร่าง (สิทธิ) กับวัตถุมีรูปร่าง (ตัวทรัพย์สินทางกายภาพ) ออกจากกันก่อให้เกิดข้อยุ่งยาก เมื่อมีทรัพย์สินทางกายภาพแล้วภาระจำยอมย่อมไม่อาจมีอยู่มีได้หากถือว่าภาระจำยอมเป็นวัตถุมีรูปร่างเพราะหากถือว่าภาระจำยอมเป็นอำนาจทางข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่เจ้าของทรัพย์สินมีกรรมสิทธิ์อยู่เหนือที่ดินนั้นอยู่แล้ว ย่อมไม่อาจมีภาระจำยอมในทรัพย์สินของตนเองได้อีก เราไม่อาจกล่าวได้ว่า เจ้าของที่ดินใช้ภาระจำยอมผ่านทางในที่ดินของตนเอง เนื่องจากผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นมีสิทธิใช้สอยที่ดินนั้นอยู่แล้ว กรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายโรมันมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 3 ประการคือ (1) สิทธิครอบครองและใช้สอย (usus) (2) สิทธิได้ดอกผล (fructus) และ (3) สิทธิจำหน่าย (abusus) ในทางตรงกันข้าม เมื่อพิจารณาในแง่ของสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง เมื่อมีการซื้อขายทรัพย์สินของผู้อื่นในทางข้อเท็จจริง ก็อาจได้สิทธิในภาระจำยอมไม่ต่างไปจากกรณีการใช้สิทธิเมื่อมีกรรมสิทธิ์ การครอบครองจึงมีอยู่เหนือสิทธิอื่นเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ในกรณีการครอบครองตัวภาระจำยอมไม่ต่างไปจากการครอบครองที่มีอยู่เหนือกรรมสิทธิ์ในกรณีเป็นการครอบครองวัตถุมีรูปร่าง อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์โรมันประสบปัญหาอยู่ระยะหนึ่งกว่าจะเกิดการยอมรับแนวคิดในลักษณะนี้ในเวลาต่อมา สาเหตุก็เนื่องมาจากในช่วงแรกของยุคทอง ถือกันว่าการครอบครองมีได้แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น หากเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างแล้วย่อมไม่สามารถครอบครองกันได้ เหตุผลคือในช่วงนั้นนักนิติศาสตร์โรมันมีความเห็นว่าครอบครองเป็นเรื่องอำนาจเหนือวัตถุมีรูปร่าง แนวคิดเรื่องครอบครองจึงอยู่ในวงจำกัดเคร่งครัดเฉพาะในเรื่องวัตถุมีรูปร่าง

ในช่วงต่อมา มีแนวคิดที่เปิดกว้างมากขึ้น นำไปสู่การยอมรับให้มีการครอบครองสิทธิได้ตามคำวินิจฉัยของไพรทอร์ เช่น คำวินิจฉัยยอมรับการคุ้มครองการครอบครองภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดิน (servitù prediali – servitudes prédiales) สำหรับภาระจำยอมบางประเภทและสิทธิเหนือพื้นดิน จึงเกิดหลักกฎหมายว่าด้วยภาระจำยอมโดยอายุความขึ้นตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

จากนั้น เข้าสู่ช่วงเกิดวิกฤตการณ์ในช่วงต้นยุคจักรวรรดิ เนื่องจากการออกกฎหมายสคริโบเนียโดยโพลุสยืนยันว่ากฎหมาย (lex Scribonia) วางบทบัญญัติอย่างแคบไว้โดยไม่อนุญาตให้ผู้รับมรดกทรัพย์สินกล่าวอ้างการได้ภาระจำยอมโดยอายุความ⁵³ สาเหตุที่ห้ามยังไม่แน่ชัด แต่สันนิษฐานกันว่าเป็นเพราะผู้ออก

⁵² Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 267-268.

⁵³ Digest, 41, 3, 4, 29.

Paulus, On the Edict, Book LIV.

กฎหมายประสงค์ให้มีการทำหนังสือสัญญาก่อตั้งภาระจำยอมมากกว่าจะปล่อยให้เกิดสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงที่จะนำไปสู่การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยอายุความดังเช่นที่เคยเป็นมาในอดีต แต่เกิดข้อโต้แย้งขึ้นมากมายและนำไปสู่สถานการณ์การใช้กำลังในหมู่พลเมืองและนำพาความไม่สงบขึ้นในบ้านเมืองนั่นเอง นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาขึ้นเพราะแนวคิดของสำนักสโติกที่แบ่งแยกวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างจนทำให้เกิดการไม่ยอมรับการได้ภาระจำยอมโดยอายุความตามมา ประกอบกับจักรพรรดิเฮเดรียนออกกฎหมายยกเลิกการครอบครองปรปักษ์ในฐานะทายาท (*pro hærede usucapio*) อีกด้วย ผลที่ตามมาคือเกิดเป็นวิกฤตการณ์ขึ้นเพราะภาระจำยอมซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการครอบครองได้อีกต่อไปและยังไม่อาจได้มาโดยอายุความอีกด้วย นำไปสู่การแก้ไขปัญหในช่วงต่อมาอีกครั้งหนึ่ง โดยการสร้างทฤษฎีว่าด้วย “คล้ายการครอบครอง (quasi-possession)” ขึ้นมารองรับ นำไปสู่การยอมรับแนวคิดที่เปิดกว้างอีกครั้งหนึ่ง⁵⁴

จาโวเลนุส (*Javolenus*) เขียนงานในช่วงปลายศตวรรษที่ 1 โดยนักนิติศาสตร์โรมันผู้นี้เป็นนักคิดในสำนักซาปิเียน จึงมีแนวคิดแตกต่างไปจากลาเบโอ (*Labeo*) ซึ่งเป็นนักคิดในสำนักโปรคูเลียน และเป็นการแตกต่างในลักษณะที่เป็นตรงกันข้าม จาโวเลนุสศึกษาสมมุติฐานของกรณีซื้อขายภาระจำยอมผ่านทาง⁵⁵ การที่ลาเบโอเสนอว่าผู้ขายไม่อาจส่งมอบภาระจำยอมแก่ผู้ซื้อได้เนื่องจากการส่งมอบตั้งอยู่บนพื้นฐานของการครอบครอง ผู้ซื้อจึงไม่อาจได้มาซึ่งภาระจำยอมได้ และลาเบโอเสนอให้แก้ไขปัญหโดยให้ผู้ขายให้หลักประกันว่าตนจะไม่โต้แย้งการใช้สิทธิผ่านทางของผู้ซื้อเนื่องจากผู้ขายไม่อาจส่งมอบภาระจำยอมแก่ผู้ซื้อได้ จาโวเลนุสให้ความเห็นว่าข้อเสนอของลาเบโอไม่เป็นการเพียงพอเนื่องจากผู้ซื้อจะได้ไปแต่เพียงสิทธิทางหนี้เท่านั้น แต่ยังไม่ได้มาซึ่งทรัพย์สินสิทธิ จาโวเลนุสจึงเสนอว่าให้นำหลัก “การใช้สิทธิ” มาแทนที่ “การส่งมอบการครอบครอง” โดยให้ถือว่าการใช้สิทธิมีผลเป็นการส่งมอบการครอบครอง (*usus juris pro possessione*) จึงจะสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของไพธอร์ในฐานะผู้ครอบครอง (*interdicta veluti possessoria*) ที่ยอมรับหลักการเรื่อง “คล้ายการครอบครอง (quasi-possession)” ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ยังคงมีผลใช้บังคับมาจนถึงยุคของจาโวเลนุส

ความเห็นของจาโวเลนุสได้รับการยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์โรมันในทันที เพราะแม้เวลาจะผ่านไปแล้วประมาณ 50 ปี โกลุสก็ยังคงเขียนงานยืนยันว่าการส่งมอบไม่อาจเป็นไปได้สำหรับภาระจำยอมหรือในกรณีทั่วไปสำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างต่าง ๆ การครอบครองปรปักษ์มรดกกระทำได้เพียงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างที่เป็น

(29) It is true that a release of a servitude can be acquired by usucaption, because the Scribonian Law, which established a servitude, prohibited the usucaption of one; but it does not grant a release if the servitude has already been extinguished. Hence, if I owe you a servitude, for instance, that which prevents me from building my house any higher, and I have kept it built higher for the prescribed time, the servitude will be extinguished.

⁵⁴ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 510-512.

⁵⁵ Digest, 8, 1, 20

Javolenus, On the Last Works of Labeo, Book V.

As often as a right of way or any other right attaching to land is purchased, Labeo is of the opinion that security should be given that nothing will be done by you to prevent the purchaser from availing himself of his right, because there can be no open delivery of a right of this description. I think that the use of such a right must be considered as equivalent to delivery of possession; and therefore interdicts corresponding to those relating to possession have been established.

มรดกเท่านั้น ส่วนมรดกที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่มีวัตถุแห่งการแย่งการครอบครอง จึงไม่อาจทำการครอบครองปรปักษ์กองมรดกในลักษณะที่เป็นนามธรรมได้⁵⁶ และประมาณ 100 ปีหลังข้อเสนอของจาโวเลนุส โพลุสยืนยันว่าเฉพาะแต่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่จะมีการครอบครองได้⁵⁷ แต่ในช่วงเวลาเดียวกัน อัลเปียนยืนยันว่าการส่งมอบภาระจำยอมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ และยังได้เสนอเพิ่มเติมอีกว่าไม่ใช่เป็นเพียงกรณี “ฉันคิดว่า” ตามที่จาโวเลนุสเขียนไว้เท่านั้น หากแต่เป็นเรื่องที่มันต้องเป็นเช่นนั้น (*constat* ในภาษาละติน) อัลเปียนเสนอต่อไปว่า การครอบครองสิทธิเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ เช่นกรณีครอบครองสิทธิเก็บกินครอบครองสิทธิอันเป็นภาระจำยอมจากการส่งมอบหรือการเข้าใช้สิทธิของทายาทโดยผู้ครอบครองภาระทรัพย์สินมิได้โต้แย้ง⁵⁸ เช่น การรับกรรมหรือภาระในการที่ต้องยอมให้ผู้อื่นขุดคลองผ่านใต้บ้านของตน เพราะต้องคุ้มครองผู้ที่ได้รับการส่งมอบภายใต้การต้องยอมรับกรรมของผู้ครอบครองภาระทรัพย์สิน หรือในกรณีภาระจำยอมที่มีอยู่เหนือที่ดินของผู้อื่นสำหรับทางเดินขนาดเล็ก เส้นทางขนาดกลางและขนาดใหญ่ และในการทำทางน้ำไหลผ่านที่ดินของผู้อื่น⁵⁹ ในทางเดินขนาดเล็กให้เดินผ่านเท่านั้น ไม่มีสิทธินำสัตว์พาหนะเข้าไปด้วย สำหรับเส้นทางขนาดกลางสามารถนำสัตว์พาหนะหรือรถโดยสารเข้าไปได้ ส่วนในเส้นทางขนาดใหญ่สามารถเดินผ่าน เดินเล่นพักผ่อน และนำสัตว์พาหนะหรือรถโดยสารเข้าไปได้ ภาระยอมที่มีอยู่เหนือที่ดินนี้หมายความว่ารวมถึงสิทธิในการชักน้ำในที่ดินของผู้อื่น สิทธินำสัตว์เลี้ยงเข้าไปกินน้ำหรือให้อาหาร สิทธิในการทำเตาหลอมหินปูนเพื่อทำแคลเซียมออกไซด์ (ปูนดิบ) รวมทั้งสิทธิในการขุดดินเพื่อหาหินหรือทราย โดยเป็นกฎหมายประเพณีที่บังคับได้ในฐานะที่เป็นภาระจำยอมและไพรทอร์บังคับให้เช่นนั้น⁶⁰

สมมุติฐานของจาโวเลนุสและอัลเปียนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางก่อนถึงสมัยจัสติเนียน แต่แทนที่จะใช้คำว่าครอบครองสำหรับกรณีวัตถุไม่มีรูปร่าง ก็ให้ใช้คำว่า “คล้ายครอบครอง (*quasi-possession*)” โดยให้นำผลทางกฎหมายในเรื่องครอบครองมาปรับใช้กับกรณีวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยในลักษณะเดียวกัน โดยเฉพาะการได้มาซึ่งวัตถุไม่มีรูปร่างโดยการส่งมอบหรือการใช้สิทธิเป็นเวลานานเสมือนหนึ่งเป็นการครอบครองปรปักษ์

อย่างไรก็ตาม หลักคำสอนของไคยอุสตามี่ปรากฏในตำรากฎหมายเบื้องต้น (*Institutes*) ในประมวลกฎหมายจัสติเนียน (*corpus iuris civilis*) ในภาพรวมยังคงได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในหมู่นักนิติศาสตร์สมัยใหม่ที่ศึกษาค้นคว้า ตีความ และวิพากษ์วิจารณ์ นำไปสู่การวางหลักกฎหมายแพ่งในแง่มุมต่างๆ ซึ่งจะปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ประเทศต่างๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรปและส่งอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่างๆ อันเป็นผลให้ประเทศต่างๆ เหล่านี้จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ในงานวิจัยชิ้นนี้จะได้นำเสนอในขอบเขตของการศึกษาวิจัยเรื่องทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และมาตรา 138 ต่อไป

⁵⁶ *Institutes*, เล่ม 2, บทที่ 19 และ 28.

⁵⁷ *Digest*, Book 41, Title 2 วิธีการได้มาหรือเสียไปซึ่งการครอบครอง, 3. โพลุส คำสั่งเล่มที่ 70.

⁵⁸ *Digest*, Book 6, Title 2 การฟ้องคดีเรียกคืนการครอบครองของผู้ครอบครองโดยสุจริต, 11. อัลเปียน คำสั่งเล่มที่ 16

⁵⁹ *Digest*, Book 8, Title 3 ภาระจำยอมที่มีอยู่เหนือที่ดิน, 1. อัลเปียน *Institutes* เล่ม 2

⁶⁰ โปรตุเกส สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, ‘ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน’ (งานวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 22 – 23.

2.3 หลักคำสอนของไอยุส

เมื่อได้พิจารณาหลักการแบ่งประเภททรัพย์สินหรือวัตถุ (*res*) ตามที่ไอยุสจัดแบ่งไว้ในตำรากฎหมายเบื้องต้น ข้อสังเกตเล่มที่สอง (*Gaii Institutionum commentarius secundus*) ทรัพย์สินอาจแบ่งออกเป็น “ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของเรา (*res in nostro patrimonio*)” และ “ทรัพย์สินนอกกองทรัพย์สินของเรา (*res extra nostrum patrimonio*)”⁶¹ ส่วนการแบ่งออกเป็นทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) และทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*) นั้น มีมาก่อนแล้วในกฎหมายโรมันยุคเริ่มแรกและยุคทอง สำหรับการแบ่งออกเป็นวัตถุมีรูปร่าง (*res corporales*) และวัตถุไม่มีรูปร่าง (*res incorporales*) นั้นพัฒนาขึ้นตามแนวคิดในเชิงปรัชญาของนักคิดสำนักสโตอิกในยุคทอง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1 และ 2.2

เมื่อไอยุสได้เกริ่นนำความว่าทรัพย์สินอาจแบ่งออกเป็น “ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของเรา (*res in nostro patrimonio*)” และ “ทรัพย์สินนอกกองทรัพย์สินของเรา (*res extra nostrum patrimonio*)” ดังกล่าวแล้ว ไอยุสได้เสนอต่อไปว่า ด้วยเหตุนี้ การแบ่งทรัพย์สินหรือวัตถุตามกฎหมายโรมันตามหลักการแบ่งชั้นสูงสุดหรือการแบ่งในชั้นแรกสุด (*summa divisio*) (2.3.1) จึงแบ่งออกตามกฎหมาย 2 ประเภทเนื่องจากทรัพย์สินส่วนหนึ่งเป็นไปตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (*divini iuris*) ในขณะที่ทรัพย์สินอีกส่วนหนึ่งเป็นไปตามกฎหมายของมนุษย์ (*humani iuris*)⁶² จากนั้น ไอยุสกล่าวถึงการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นประเภทอื่นๆ (2.3.2) อันได้แก่ วัตถุมีรูปร่าง และวัตถุไม่มีรูปร่าง ทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) และทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*) เหล่านี้ได้อิทธิพลต่อตำรากฎหมายเบื้องต้นของจูสติเนียน (2.3.3)

2.3.1 การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด (*summa rerum divisio*): ทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (*res divini iuris*) และทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ (*res humani iuris*)

บางท่านเห็นว่า *summa rerum divisio* เช่นนี้มีลักษณะเป็นไปในทางทฤษฎีมากกว่าในทางปฏิบัติ เพราะทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์แตกต่างจากทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ในบางประเด็นเท่านั้น ซึ่งในยุคจักรวรรดิเก่าหรือจักรวรรดิโรมันยุคหลังให้ความสำคัญในประเด็นการโอนว่าจะโอนต่อไปได้อย่างไรเสียมากกว่า แต่ก็ไม่ละทิ้งแนวทางดั้งเดิมในการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ไปโดยสิ้นเชิง⁶³

ไอยุสอธิบายว่า ทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ มี 3 อย่างคือ ทรัพย์สินอันศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) ทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosae*) และสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) *res sacrae* เป็นทรัพย์สินซึ่งอุทิศแก่เทพเจ้าตามความเชื่อของชาวโรมัน ส่วน *res religiosae* เป็นทรัพย์สินซึ่งอุทิศแก่ผู้ตาย และ *res sanctae* เป็นทรัพย์สินซึ่งอุทิศแก่อาณาแผ่นดิน

⁶¹ *Gaii Institutionum commentarius secundus*

1. *Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur.*

⁶² *Gaii Institutionum commentarius secundus*

2. *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

⁶³ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 17. - โดยผู้เขียนอ้าง Institutes, 2, 1, 1.

ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) มีลักษณะเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินที่เป็นของพระผู้เป็นเจ้าของพระผู้เป็นเจ้าของโดยเฉพาะทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosae*) มีลักษณะเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับโลกของผู้ตาย และสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) เป็นการแสดงเขตแดนที่อยู่กึ่งกลางระหว่าง “ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์หรือทรัพย์สินทางศาสนา” กับวัตถุหรือทรัพย์สินที่ปัจเจกบุคคลอาจมีได้ตามกฎหมาย⁶⁴

ในตำรากฎหมายเบื้องต้นของไอยุส ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินทางศาสนา (*res sacrae et religiosae*) เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์⁶⁵ โดยทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่ถวายแด่พระเจ้าสูงสุดและทรัพย์สินทางศาสนาเป็นสิ่งที่มอบแด่ดวงวิญญาณที่ล่วงลับไปแล้ว⁶⁶ อย่างไรก็ตาม ที่ดินจะเป็นทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ต่อเมื่อได้กระทำโดยอาศัยอำนาจของพลเมืองโรมัน เนื่องจากต้องมีการลงมติออกกฎหมายในเรื่องนั้นหรือการลงมติของวุฒิสภา⁶⁷ ในทางตรงกันข้าม เจ้าของที่ดินอาจทำให้ที่ดินที่ใช้ฝังศพตกเป็นทรัพย์สินทางศาสนาได้โดยความสมัครใจตามที่ได้อำนาจพิธีกรรมฝังศพแล้ว⁶⁸ แต่ในที่ดินนอกอิตาลี ส่วนใหญ่ไม่นับว่าตกเป็นที่ดินทางศาสนา เนื่องจากที่ดินเป็นของซีซาร์และบุคคลมีแต่เพียงการครอบครองและสิทธิเก็บกิน ถึงกระนั้นก็ดี แม้ไม่เป็นทรัพย์สินทางศาสนา ก็ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางศาสนา และในกรณีถวายแด่พระผู้เป็นเจ้าของ แม้มิได้กระทำโดยอาศัยอำนาจของพลเมืองโรมัน ก็ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางศาสนา และในกรณีถวายแด่พระผู้เป็นเจ้าของ แม้มิได้กระทำโดยอาศัยอำนาจของพลเมืองโรมัน ก็ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางศาสนา จึงถือว่าเป็นทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์⁶⁹ และสำหรับสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) ดังเช่นกำแพงและประตูเมืองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายศักดิ์สิทธิ์⁷⁰

สิ่งที่เป็นไปกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ไม่เป็นทรัพย์สินของผู้ใด ในขณะที่สิ่งที่เป็นไปกฎหมายของมนุษย์นั้นตามปกติเป็นทรัพย์สินของบางคน แต่ก็อาจเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของได้ด้วยเช่นกัน⁷¹ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) จึงมีได้ทั้งทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (*res nullius divini iuris*) และทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของตามกฎหมายของมนุษย์ (*res nullius humani iuris*)

ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์แบ่งออกเป็น 3 ประเภทย่อยคือ ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) ทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosae*) และสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) ตัวอย่างของ *res sacrae* เช่น โบสถ์ วิหาร ปาศักดิ์สิทธิ์ *res sanctae* ถือเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ แม้มิได้เป็นโดยสภาพแต่ก็ได้มีการวางไว้ภายใต้การคุ้มครองของพระผู้เป็นเจ้าของตามพิธีกรรมเฉพาะที่ป้อมปราการผู้ฝ่าฝืนซึ่งจะต้องได้รับโทษ

⁶⁴ Jean-Marie Thiveaud, ‘Muer l'immeuble en meuble: terre et monnaie, finance et immobilier les racines communes d'un très vieux rêve’ (1993) *Revue d'économie financière*, Numéro hors-série : La crise financière de l'immobilier : Réflexions sur un phénomène mondial, 94.

⁶⁵ *Gaii Institutionum commentarius secundus*

3. *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae.*

⁶⁶ *Gaii Institutionum* 2, 4.

⁶⁷ *Gaii Institutionum* 2, 5.

⁶⁸ *Gaii Institutionum* 2, 6.

⁶⁹ *Gaii Institutionum* 2, 7.

⁷⁰ *Gaii Institutionum* 2, 8.

8. *Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodam modo divini iuris sunt.*

⁷¹ *Gaii Institutionum* 2, 9.

9. *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.*

อาญา ดังนั้น กำแพงและประตูเมืองเป็นสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ รวมทั้งรูปปั้นเทพเจ้า *Terminus* หรือหินแสดงขอบเขตเมืองด้วย ส่วนทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosas*) นั้น มอบแด่ดวงวิญญาณผู้ล่วงลับ ได้แก่กรณีสุสาน⁷²

เหตุผลที่มีการกำหนดให้สถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) เป็นไปตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และห้ามปัจเจกบุคคลเข้ากระทำการใดๆ ที่เป็นการล่วงละเมิดเขตแดนศักดิ์สิทธิ์ดังกล่าว ดังเช่นกรณีของกำแพงและประตูเมืองเป็นสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ รวมทั้งรูปปั้นเทพเจ้า *Terminus* หรือหินแสดงขอบเขตเมือง นั้น อาจพิจารณาได้จาก *Numa Pompilius* กษัตริย์ในตำนานองค์ที่สองของชาวโรมันโบราณเชื้อสายซาปิเนียน ซึ่งปกครองกรุงโรมสืบต่อจากกษัตริย์ *Romulus* โดย *Numa Pompilius* ได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในสมัยโรมัน เป็นผู้บัญญัติเพิ่มสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) เข้าไปในกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ เพื่อแสดงถึงหลักความเชื่อถือที่พระผู้เป็นเจ้ามอบให้แก่มนุษย์ระหว่างความเชื่อถือที่ดีของเอกชนและความเชื่อถือมหาชนผ่านทางเทพเจ้า *Fides* ประกอบกับหลักการกำหนดเขตแดน (*borne*) โดยผ่านทางเทพเจ้า *Terminus* เพื่อเป็นปัจจัยหลักในการจัดระเบียบสังคมโรมัน เทพเจ้า *Fides* นับเป็นเทพเจ้าที่มีบทบาทสำคัญในการทำข้อตกลงและคำสาบานร่วมกันในการรักษาไว้ซึ่งสิ่งที่ เป็นของพระผู้เป็นเจ้ากับสิ่งที่ เป็นของมนุษย์อย่างมั่นคง เป็นการกำหนดเขตแดนระหว่างวัตถุที่อยู่ในเขตแดนของทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ภายใต้หลักประโยชน์ส่วนเอกชนกับวัตถุที่อยู่ในเขตแดนของทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ภายใต้หลักประโยชน์สาธารณะอย่างมั่นคงและแน่นอน⁷³ หลักเกณฑ์เช่นนี้อาจพบร่องรอยปรากฏอยู่ก่อนแล้วในสมัยกรีกโบราณ โดยเฉพาะที่กรุงเอเธนส์ มีภาษิตของชาวเอเธนส์ว่า “อย่าล่วงล้ำเขตแดน (*Ne dépasse pas la borne*)” เพลโตได้เขียนอธิบายไว้ในงานเขียนว่าด้วยกฎหมายดังนี้⁷⁴

ว่าด้วยเรื่องกฎหมายเกษตร ในนามของซุส พระเจ้าผู้เป็นประธานแห่งเขตแดน กฎหมายแรกของเรา โดยที่เป็นการวางโครงสร้างของเมืองในอุดมคติ กฎหมายแรกของเราจึงเป็นดังนี้ ไม่มีผู้ใดสามารถแตะต้องเขตแดนที่แบ่งแยกที่ดินของตนออกจากที่ดินของเพื่อนบ้าน เพราะเขาต้องอยู่โดยไม่เคลื่อนไหว การพยายามเคลื่อนที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ หินที่แสดงเขตแดนโดยการสาบานต้องปล่อยให้คงอยู่ ณ ที่นั้น

สำหรับวัตถุ (ทรัพย์สิน) ที่เป็นไปตามกฎหมายของมนุษย์ ไม่เพียงแต่ทรัพย์สินที่อาจโอนแก่กันได้เท่านั้น ทรัพย์สินนอกพาณิชย์บางอย่างก็เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ด้วยเช่นกัน ไกยุสแบ่งออกเป็นทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) และ ทรัพย์สินเอกชน (*res privata*)⁷⁵ โดยทรัพย์สินมหาชนจัดเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ เนื่องจากถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนรวม ส่วนทรัพย์สินเอกชนเป็นทรัพย์สินที่เป็นของปัจเจกชน⁷⁶

⁷² Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 265.

⁷³ Jean-Marie Thiveaud (เชิงอรรถ 64) 96.

⁷⁴ Platon, Lois, VIII.

⁷⁵ *Gaii Institutionum* 2, 10.

10. *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.*

⁷⁶ *Gaii Institutionum* 2, 11.

11. *Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt.*

2.3.2 ประเภทอื่นๆ ของทรัพย์สิน

ภายหลังการแบ่งประเภททรัพย์สินที่สำคัญที่สุดของไกอุสตามหลักการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดออกเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ข้างต้น ไกอุสยังได้กล่าวถึงประเภทอื่นๆ ของทรัพย์สินที่กฎหมายโรมันกล่าวถึงไว้อีก 2 กรณีคือ การแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง (2.3.2.1) กับ การแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) และทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*) (2.3.2.2) ด้วย

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายโรมันมิได้ให้ความสำคัญในการการแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด การแบ่งแยกอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ออกจากกันเป็นเรื่องของการพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์กฎหมายเอกชนในช่วงสมัยกลางและในยุคสมัยใหม่เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมาย (codification) จึงได้นำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่างๆ สืบต่อมา

2.3.2.1 วัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง

ไกอุสแบ่งประเภทของทรัพย์สินต่อไปอีกว่า “นอกจากนี้วัตถุบางอย่างมีรูปร่าง บางอย่างไม่มีรูปร่าง (*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporeales.*)”⁷⁷ จะเห็นได้ว่าการแบ่งเช่นนี้ ในกฎหมายโรมันมิใช่เกณฑ์หลักในการแบ่งประเภทของทรัพย์สินแต่อย่างใด แต่ก็เป็นกรแบ่งที่มีอยู่อีกประเภทหนึ่งในสมัยนั้น จึงได้นำมากล่าวไว้ภายหลังการกล่าวถึงการแบ่งประเภททรัพย์สินที่เป็นกรแบ่งประเภทในประการสำคัญหรือที่เรียกว่าการแบ่งชั้นสูงสุดที่ได้กล่าวมาก่อนแล้วในหัวข้อที่ 2 โดยมีการกล่าวถึงวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างในหัวข้อที่ 12 เท่านั้น

ไกอุสอธิบายต่อไปว่า วัตถุที่สามารถสัมผัสได้เป็นวัตถุมีรูปร่าง ตัวอย่างเช่น ที่ดิน มนุษย์ เสื้อผ้า ทองคำ เงิน และทรัพย์สินอื่นอีกมากมาย⁷⁸ มีข้อสังเกตว่าคำว่ามนุษย์ในที่นี้หมายถึงทาสนั่นเอง ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุที่ไม่สามารถสัมผัสได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ในลักษณะที่เป็นสิทธิเท่านั้น ดังเช่นมรดก สิทธิเก็บกิน หนี้ที่ตกลงทำสัญญากันไม่ว่าโดยวิธีใด มรดกที่แม้จะรวมวัตถุมีรูปร่างอยู่ด้วย ในเรื่องสิทธิเก็บกินแม้ดอกผลที่เก็บเกี่ยวจากที่ดินเป็นวัตถุมีรูปร่าง และสิ่งที่ผูกพันโดยผลแห่งหนี้โดยทั่วไปจะเป็นวัตถุมีรูปร่างเช่นที่ดิน มนุษย์ เงิน เนื่องจากสิทธิในตัวของมันเอง ไม่ว่าในเรื่องมรดก สิทธิครอบครองใช้สอยในเรื่องสิทธิเก็บกิน สิทธิในหนี้เหล่านี้ล้วนเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง การเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนี้เกิดขึ้นทั้งสิทธิในที่ดินเขตเมืองและชนบทซึ่งเรียกว่าภาระจำยอม⁷⁹

⁷⁷ Gaii Institutionum 2, 12.

⁷⁸ Gaii Institutionum 2, 13.

13. *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*

⁷⁹ Gaii Institutionum 2, 14.

14. *Incorporeales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius*

ปลานียล (Planiol)⁸⁰ ได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดของกฎหมายโรมันในการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็น วัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างตามแนวคำสอนของไอยุสว่า การแบ่งเช่นนี้**ไม่มีความหมายอันใด**เนื่องจากการวางตัวทรัพย์สินไว้ด้านหนึ่งกับวางสิทธิต่างๆ ไว้อีกด้านหนึ่ง เป็นการกล่าวถึงสองสิ่งซึ่งไม่มีลักษณะใดร่วมกัน ทั้งๆ ที่มีลักษณะแตกต่างกันอย่างเด่นชัด ที่ถูกต้องคือต้องเป็นการแบ่งโดยกล่าวว่ามีสิ่งใดบ้างในส่วนต่างๆ ในภาพรวมที่ยังคงมีลักษณะบางอย่างร่วมกันอยู่ ลักษณะที่เป็นตรงกันข้ามระหว่างสิทธิกับวัตถุมีรูปร่าง จึงมิใช่การแบ่งประเภททรัพย์สินแต่อย่างใด เป็นเพียงการเปรียบเทียบที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกันจึงไม่ควรแบ่งเช่นนี้ แต่ปลานียลก็ให้คำอธิบายต่อไปว่า การที่นักนิติศาสตร์โรมันมีแนวคิดที่แปลกเช่นนี้ เพราะพวกเขาคิดว่ากรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกัน กรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่มนุษย์อาจมีได้มากที่สุดเหนือตัวทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์จึงบ่งชี้เฉพาะตัวเองว่าเป็นตัวทรัพย์สินนั่นเอง กล่าวคือตัววัตถุมีรูปร่างนั่นเอง เป็นการกล่าวอ้างถึงวัตถุมีรูปร่างโดยตรงและกล่าวถึงสิ่งนี้โดยเฉพาะ ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องลักษณะของสิทธิที่เป็นกรรมสิทธิ์นั่นเอง แต่กรณีสิทธิอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจใช้ภาษาสื่อความหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นได้ โดยต้องแยกออกเป็นวัตถุมีรูปร่างกับลักษณะของสิทธิที่มีอยู่เหนือวัตถุนั้น เช่น บ้านที่ฉันมี ภาระจำยอม หรือสิทธิเก็บกิน สิทธินอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง จึงต้องกล่าวถึงในลักษณะที่แยกออกไปจากตัววัตถุมีรูปร่าง เนื่องจากมองเห็นได้เด่นชัดว่าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง กล่าวโดยสรุป การแบ่งแบบโรมันนำไปสู่การแยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์ที่แยกไม่ออกจากตัววัตถุมีรูปร่างประการหนึ่ง และสิทธิอื่นๆ ทั้งหมดในอีกประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ปลานียลอธิบายว่า การแบ่งออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างมีความสำคัญมากในกฎหมายโรมันเนื่องจากวัตถุมีรูปร่างอาจได้มาโดยวิธีการพิเศษดังเช่น *mancipatio in iure cessio* และ *traditio* ได้ แต่หากเป็นกรณีสิทธิอื่นอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถได้มาโดยวิธีพิเศษได้ หากแต่จะต้องกระทำโดยสัญญา การแบ่งแยกกันเด็ดขาดระหว่างการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมกับการได้มาโดยนิติกรรมโดยพิจารณาปริมาณของกรรมสิทธิ์แยกออกอย่างเด็ดขาดจากปริมาณของสัญญาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องกรรมสิทธิ์กับการบังคับใช้กับเรื่องสิทธิอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์นี้ ไม่มีอีกต่อไปในโลกยุคสมัยใหม่ เนื่องจากนิติกรรมเป็นมูลเหตุแห่งการได้มาทั้งกรณีกรรมสิทธิ์และสิทธิอื่นนอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศสหรือที่เรียกกันว่าประมวลกฎหมายนโปเลียนซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1804 ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ใดกล่าวถึงการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็น วัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างไว้โดยตรง แต่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศสก็เคารพหลักการแบ่งเช่นนี้จึงวางบทบัญญัติแจกแจงสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ไว้แยกต่างหากจากกันตามลักษณะที่เป็น วัตถุมีรูปร่างในมาตรา 518 ถึงมาตรา 525 สำหรับอสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 528 สำหรับสังหาริมทรัพย์ ส่วนที่มีได้เป็นวัตถุมีรูปร่างนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 526⁸¹ สำหรับอสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 529 สำหรับ

successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum quae etiam servitutes vocantur

⁸⁰ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des Facultés de droit*. (tome 1, 11e éd. avec la collaboration de Georges Ripert, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928) 709-710.

⁸¹ สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ ภาระจำยอมหรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิฟ้องคดีเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์

Article 526

Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent:

L'usufruit des choses immobilières;

Les servitudes ou services fonciers;

สังหาริมทรัพย์⁸² จากการตรวจสอบบทบัญญัติมาตรา 529 แห่งประมวลกฎหมายของชาวฝรั่งเศส เป็นเรื่องหนี้ และสิทธิฟ้องคดีในหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้ว หุ่น ตราสารหนี้ต่างๆ เงินปันผล รวมทั้งสิทธิการเช่าถาวรหรือตลอดชีวิต⁸³

อย่างไรก็ตาม วิลเลย์ (Villey) ได้แย้งแนวคิดของปลานียลที่เสนอว่า “ไม่ควรแบ่งประเภททรัพย์ ออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเพราะเป็นการเปรียบเทียบที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกัน” ซึ่งนำไปสู่ข้อสรุปของปลานียลว่า “กรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกัน” ทรัพย์ที่เป็นฐานทางข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้อความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์ แท้จริงแล้วเป็นคนละสิ่งกับตัววัตถุมีรูปร่างในทางกายภาพนั่นเอง ทรัพย์ยังประกอบด้วยองค์ประกอบต่างๆ ของลักษณะในทางกฎหมายอีกด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้การแบ่งแบ่งประเภททรัพย์ออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างจึงมิใช่เป็นการเปรียบเทียบที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกันแต่อย่างใด เนื่องจากทรัพย์ (*res*) ก็มีลักษณะเป็นสิทธิด้วยเช่นเดียวกัน โดยกรรมสิทธิ์มีลักษณะเป็นสถานการณ์ในทางทฤษฎี⁸⁴ และเป็นคนละเรื่องกับสิทธิซึ่งเป็นสถานการณ์ในทางอภิปรัชญาดังเช่นแนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลที่นักนิติศาสตร์ในยุคสมัยใหม่เพิ่งจะคิดประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่ในช่วงยุคสมัยใหม่เท่านั้นแต่อย่างใด และนักนิติศาสตร์โรมันมิได้ให้ความหมายของกรรมสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งมิได้ระบุตำแหน่งแห่งที่ของกรรมสิทธิ์ไว้แต่อย่างใดว่าจะต้องเป็นกรณีวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง เช่นนี้ กฎหมายโรมันยุคทองและยุคหลังๆ ต่อมาจึงมีการยอมรับให้สามารถมีเรื่องกรรมสิทธิ์ได้ทั้งกรณีวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง⁸⁵ แนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ควรนำไปปะปนกับปัญหาการแบ่งประเภททรัพย์ออกเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักคิดในยุคสมัยใหม่อีกหลายท่าน⁸⁶

Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

⁸² Georges Ripert และ Jean Boulanger, *Traité de Droit civil, d'après le traité de Planiol*, Tome II Obligations. Droits réels (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1957) n. 2170 – 2172. และดู Marcel Planiol และ Georges Ripert, *Treatise on the civil law* (12th edn, translated by the Louisiana State Law Institute, St. Paul, Louisiana State Law Institute, Baton Rouge 1959) 282 – 283.

⁸³ Article 529

Obligations and actions having as their object sums due or movable effects (*effets mobiliers*), shares, or interests in financial, commercial, or industrial concerns, even where immovables depending on these enterprises belong to the concerns, are movables by operation of law

Those shares or interests shall be deemed movables with regard to each shareholder only, as long as the concern lasts

Perpetual or life annuities (*rentes perpétuelles ou viagères*), either from the State or private individuals, are also movables by operation of law.

⁸⁴ Michel Villey, ‘Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains’ (1947) 25 *Revue historique de droit français et étranger*, 210.

⁸⁵ Michel Villey, *Le jus in re du droit romain classique au droit moderne* (Publication de l'institut de droit romain de l'université de Paris VI, 1950) 187.

⁸⁶ Frédéric Zenati, ‘Pour une rénovation de la théorie de la propriété’ (1993) *Revue trimestrielle de droit civil*, 305 <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/2010/2/1/Pour%20une%20r%C3%A9novation%20de%20la%20propri%C3%A9t%C3%A9.pdf> สืบค้นเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2566; Jean-Louis Halpérin, *Propriétés et droit subjectif: deux destins liés?*, 2010, hal-00460386, 8 – 9. <https://ens.hal.science/hal-00460386> สืบค้นเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2566.

อย่างไรก็ตาม การที่กรรมสิทธิ์กับทรัพย์สินวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์รวมเป็นหนึ่งเดียวกันนี้เป็นไปตามหลักธรรมชาติ การรวมเช่นนี้พบเห็นในการใช้ภาษาในชีวิตประจำวันอยู่แล้ว เช่น การกล่าวว่า “ทรัพย์สินนี้เป็นของฉัน” แต่จะไม่กล่าวว่า “ฉันมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนี้” ดังนั้น ในยุคทองของอาณาจักรโรมัน แม้ว่ากรรมสิทธิ์จะแยกออกจากวัตถุแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงกำหนดให้วัตถุกับสิทธิอยู่ตรงกันข้ามต่อไปอีกตามที่เป็นเช่นนี้มาตั้งแต่ยุคสาธารณรัฐซึ่งเป็นยุคโบราณก่อนหน้ายุคทอง โดยที่ในเรื่องของสิทธิจะไม่มีกรกล่าวถึงกรรมสิทธิ์ด้วยแต่อย่างใด⁸⁷

2.3.2.2 ทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) และทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*)

การแบ่งประเภทของทรัพย์สินในประการต่อมาของไอยุสเป็นเรื่องทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) กับทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*) บางท่านว่าสัตว์พาหนะเป็นทรัพย์สินที่สำคัญตั้งแต่เกิด แต่เนอวาและโพรกูลุส รวมทั้งนักคิดคนอื่นๆ ได้แย้งว่าสัตว์ดังกล่าวยังไม่เป็นทรัพย์สินที่สำคัญจนกว่าจะฝึกจนเชื่องและใช้งานได้เสียก่อน หากยังคงดุร้ายเกินไปก็ยังไม่เป็นทรัพย์สินที่สำคัญ ดูเหมือนว่าต้องรอจนสัตว์นั้นมีอายุเพียงพอที่จะฝึกได้เสียก่อน⁸⁸ สัตว์ป่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่สำคัญและไม่อาจฝึกให้เชื่องได้ ตัวอย่างเช่น หมี สิงโต รวมทั้งสัตว์ป่าอื่น เช่น ช้าง อูฐ และไม่อาจถือได้ว่าเป็นการฝึกให้เชื่องแม้ว่าสัตว์เหล่านี้จะมีการนำมาใช้งานโดยคล้องเชือกที่คอหรือใส่อานบนหลัง เนื่องจากเรายังไม่รู้จักระบุสัตว์เหล่านี้ในยุคปัจจุบัน ในเมื่อสัตว์บางอย่างฝึกได้ จึงเป็นทรัพย์สินที่สำคัญ แต่สัตว์บางอย่างฝึกไม่ได้ จึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ⁸⁹ แต่สำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างเกือบทั้งหมดเป็นทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ ยกเว้นภาระจำยอมในที่ดินชนบท เนื่องจากภาระจำยอมในที่ดินชนบทเป็นทรัพย์สินที่สำคัญแม้จะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างก็ตาม⁹⁰ ทั้งนี้ มีความแตกต่างอย่างมากระหว่างทรัพย์สินที่สำคัญ (*res Mancipi*) กับทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ (*res nec Mancipi*)⁹¹ กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ไม่สำคัญสามารถโอนแก่กันได้โดยสมบูรณ์โดยการส่งมอบ (*traditio*) แต่ต้องเป็นวัตถุมีรูปร่างจึงจะสามารถทำการส่งมอบได้⁹² ตัวอย่างเช่น ฉันส่งมอบสิ่งต่อไปนี้ให้

⁸⁷ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 17. - โดยผู้เขียนอ้าง Institutes, 2, 2, 1 – 3.

⁸⁸ Gaii Institutionum 2, 15.

15. Sed quod diximus ea animalia, quae domari solent, Mancipi esse ... statim ut nata sunt, Mancipi esse putant; Nerua uero et Proculus et ceteri diuersae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.

⁸⁹ Gaii Institutionum 2, 16.

16. At ferae bestiae nec Mancipi sunt, velut ursi, leones, item ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, velut elefanti et cameli, et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsoue domari solent; nam ne notitia quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam **res Mancipi** esse, quasdam **nec Mancipi**.

⁹⁰ Gaii Institutionum 2, 17.

17. Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.

⁹¹ Gaii Institutionum 2, 18.

18. Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi.

⁹² Gaii Institutionum 2, 19.

19. Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt **traditionem**.

คุณ เสื้อผ้า ทองคำ เงิน ไม่ว่าโดยการซื้อขาย ให้ หรือโดยมูลเหตุอื่นใด ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของคุณถ้าฉันเป็น เจ้าของทรัพย์สิน⁹³ การโอนที่ดินนอกอิตาลีกระทำได้โดยการส่งมอบเช่นเดียวกันเนื่องจากเป็นที่ดินของชนเผ่าอื่น ที่ดินในเขตปกครองตนเองของชนเผ่าอื่นซึ่งเป็นชนเผ่าพื้นเมืองนี้เรียกว่า *stipendiaria* ถือกันว่ารายได้จากที่ดินเหล่านี้เป็นของพลเมืองโรมัน ส่วนตัวที่ดินในจักรวรรดิโรมันที่อยู่นอกเขตอิตาลีเชื่อกันว่าเป็นทรัพย์สินของจักรพรรดิ⁹⁴

ในการโอนทรัพย์สินที่สำคัญจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งโดยปกติกระทำโดยแบบพิธีการโอนที่เรียกว่า *mancipatio* แต่ในบางครั้งก็อาจโอนแก่กันตามแบบพิธีการโอนในศาล (*in iure cessio*) ได้⁹⁵ เพียงแต่กระทำได้โดยมีข้อยุ่งยากอย่างมากเนื่องจากการจะไปร้องขอต่อศาลให้ดำเนินการโอนแบบเปิดศาลไต่สวนพิจารณานั้นไม่สามารถกระทำได้ง่ายเพราะศาลจะเปิดทำการตามปฏิทินที่ประกาศไว้เท่านั้น และปรากฏว่าในหลายยุคสมัยไม่มีประกาศปฏิทินทำการของศาลให้ประชาชนทราบแต่อย่างใด ส่วนใหญ่จึงเป็นการโอนตามแบบพิธี *mancipatio* เสียมากกว่า⁹⁶

แบบพิธีการโอน *mancipatio* นั้นที่ใช้กับที่ดิน แตกต่างจากที่ใช้กับทรัพย์สินอื่นในเรื่องทาสหรือสัตว์ เพราะจะทำการทาสได้ก็ต่อเมื่อปรากฏตัวตนของทาสหรือสัตว์อยู่ในขณะนั้นเท่านั้น ทรัพย์สินที่โอนต้องมีการยึดถืออยู่ในมือ (*manu res capitur*) แต่ถ้าเป็นที่ดินโดยทั่วไปย่อมมิได้อยู่ ณ ที่นั้น⁹⁷ การโอนกระทำโดยใช้ตาชั่งและเหรียญบรอนซ์ (*airain*)⁹⁸ เนื่องจากในสมัยก่อนมีการใช้เงินตราแต่เฉพาะเหรียญ *airain* มีทั้งเหรียญหนัก 1 ปอนด์โรมัน (*asses*)⁹⁹ 2 ปอนด์โรมัน ครึ่งปอนด์โรมัน และหนึ่งในสี่ปอนด์โรมัน โดยยังไม่มีเหรียญทอง

⁹³ *Gaii Institutionum* 2, 20.

20. *Itaque si tibi vestem uel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

⁹⁴ *Gaii Institutionum* 2, 21.

21. *In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus: stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur.*

⁹⁵ *Gaii Institutionum* 2, 22.

Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio.

⁹⁶ *Gaii Institutionum* 2, 25.

25. *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur; quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae quaerere.*

⁹⁷ *Gaii Institutionum* 1, 121.

121. *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui Mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei Mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Praedia vero absentia solent Mancipari.*

⁹⁸ *airain* เป็นเหรียญโลหะที่ทำได้ในยุคนั้น ส่วนใหญ่ทำด้วยบรอนซ์

⁹⁹ เหรียญ 1 *asses* หนักเท่ากับ 12 ออนซ์

หรือเหรียญเงินใช้กันตามที่ปรากฏในกฎหมายสิบสองโต๊ะ มูลค่าของเหรียญเหล่านี้กำหนดโดยน้ำหนัก มิใช่โดยจำนวน นับเป็น 1 ปอนด์ 2 ปอนด์ ... เช่น คำว่า *dupondius* หมายถึง มูลค่า 2 ตามน้ำหนัก การเรียกเช่นนี้ยังคงใช้กันอยู่ในทางปฏิบัติ และมีครึ่งปอนด์ รวมทั้งหนึ่งในสี่ปอนด์ เป็นไปตามสัดส่วนน้ำหนัก เมื่อมีการใช้จ่ายจึงต้องชั่งน้ำหนัก มิใช่ชั่งจำนวนเหรียญ จึงเป็นเหตุผลว่าทาสที่ได้รับอนุญาตให้จัดการเรื่องเงินตราได้ชื่อว่าเป็น ผู้จ่ายจากการนำเหรียญไปวางบนตาชั่งนั้น (*dispensatores*)¹⁰⁰

ตามหลักกฎหมายโรมัน *mancipatio* เป็นแบบพิธีในการโอนทรัพย์สินที่มุ่งให้มีการโอนเปลี่ยนมือที่ตัวทรัพย์สินโดยตรงภายใต้การรับรองของสาธารณะ (public) และตามแบบพิธีที่กำหนด อย่างน้อยต้องมีพยาน 5 คนซึ่งต้องเป็นพลเมืองโรมันทั้งหมด และมีพลเมืองโรมันในฐานะคนกลางอีก 1 คนถือตาชั่งสำหรับเงินตรา ภายหลังคนกลางผู้พิธีการโอนทรัพย์สินได้เขียนข้อความเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินในเอกสาร แล้วจึงทำการโอนทรัพย์สินแก่อีกบุคคลหนึ่งตามแบบพิธี ให้ผู้ซื้อกล่าวดังนี้ “ทรัพย์สินของท่านจงมาอยู่ในการดูแลของฉัน เพื่อให้ท่านสามารถทำนิติกรรมการโอนสอดคล้องกับกฎหมาย” และให้พยานคนหนึ่งกล่าวเสริมว่า “และโดยตาชั่งสำหรับเงินตรา” จากนั้น คนกลางใช้เหรียญเคาะตาชั่งแล้วส่งมอบเหรียญแก่ผู้รับโอนแทนราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย จากนั้น ผู้รับโอนถือเอกสารการโอนไว้ในมือแล้วกล่าวว่า “ตามที่เอกสารเขียนไว้นี้ อ่านดังนี้ ดังนี้”¹⁰¹ พยานและท่าน พลเมืองโรมัน มาเป็นพยานในเรื่องนี้ให้แก่นั่น และดังนี้เรียกว่า การเรียกขาน เนื่องจากการเรียกขานนี้กระทำโดยเปิดเผย และแน่นอนว่าการโอนนี้เขียนเป็นพิเศษลงในเอกสารการโอน เราเห็นการเรียกขานและยืนยันโดยใช้ภาษากล่าวประกาศเป็นการทั่วไป¹⁰²

‘Métrologie des monnaies romaines d'airain des origines au I^{er} siècle après J.-C.’ (1958) 6 *Revue numismatique*, 27-46. https://www.persee.fr/docAsPDF/numi_0484-8942_1958_num_6_1_888.pdf สืบค้นเมื่อ 7 พฤศจิกายน 2566.

¹⁰⁰ *Gaii Institutionum* 1, 122.

122. *Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere ... asses librales erant, et dipondii ... unde etiam dupondius dictus est, quasi duo pondo: Quod nomen adhuc in usu retinetur. Semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant. Tunc igitur et qui dabat alicui pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt.*

¹⁰¹ หมายถึงข้อความในเรื่องการโอนทรัพย์สินแก่กัน

¹⁰² *Gaii Institutionum* 2, 104. – ในบทนี้เป็นเรื่องการโอนโดยพินัยกรรม แต่เกอสูสอธิบายไว้ในที่นี้ด้วยว่านำไปใช้กับการโอนโดยวิธีอื่นได้ทั้งหมด

104. *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGE PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

มีข้อสังเกตว่าการชำระราคาในแบบพิธี *mancipatio* นี้ แม้เป็นเพียงการชำระราคาในเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น ทั้งๆ ที่โดยข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติอาจจะยังมิได้ชำระราคาแท้จริงแก่กัน แต่ไยสุยยืนยันว่าตามหลักกฎหมายโรมันก็ให้ถือว่ามิใช่เป็นการชำระราคาแก่กันแล้ว ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการชำระหนี้ หากใช้เหรียญ 1 ปอนด์เคาะตาซึ่งในกรณีที่ได้กระทำตามแบบพิธี *mancipatio* เกี่ยวกับการชำระหนี้ที่จัดขึ้นตามแบบพิธีจนครบถ้วนตามลักษณะแบบแผนที่ได้กล่าวมาข้างต้น (มีพยาน 5 คน มีคนกลางถือดาซึ่งและเหรียญ มีการกล่าวประโยคสูตรตามวิธีการ ฯลฯ) แล้ว กฎหมายโรมันก็ให้ถือว่ามีการชำระหนี้แก่กันแล้ว ตามหลักการชำระหนี้โดยการสมมุติ (*imaginariae solutionis*)¹⁰³

สำหรับการโอนในศาลกระทำโดยวิธีต่อไปนี้ คือ ให้ไปร้องขอต่อผู้มีอำนาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีสำหรับพลเมืองโรมัน ในเขตอิตาลีให้ผู้รับโอนยื่นคำร้องต่อไพรทอร์ (*praetor*) นอกเขตอิตาลีให้ผู้ยื่นคำร้องต่อผู้ปกครองจังหวัด (*praesidem provinciae*) ให้กระทำการโอนในศาลโดยยึดถือทรัพย์สินไว้แล้ว กล่าวหาว่า “ข้าพเจ้ายืนยันว่าทาสผู้นี้เป็นของข้าพเจ้าโดยมีการโอนแล้วตามตามกฎหมายสำหรับพลเมืองโรมัน (*jure Quiritium*)” เมื่อได้กล่าวอ้างยืนยันกรรมสิทธิ์เช่นนี้แล้ว ไพรทอร์จะสอบถามบุคคลที่จะโอนทรัพย์สินว่าจะอ้างกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นหรือไม่ หากผู้โอนปฏิเสธการอ้างกรรมสิทธิ์หรือมิได้กล่าวประการใด ไพรทอร์ซึ่งทำหน้าที่ตุลาการจะตัดสินคดีว่าทรัพย์สินนี้เป็นของผู้กล่าวอ้าง จึงเรียกว่า *in iure cessio* วิธีการเช่นนี้อาจกระทำได้เช่นเดียวกันในจักรวรรดิโรมันตามเขตจังหวัดต่างๆ นอกอิตาลีโดยผู้ปกครองจังหวัดนั้นๆ¹⁰⁴

ไยสุยยืนยันว่าวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจส่งมอบแก่กันได้ (*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est.*)¹⁰⁵ ทั้งนี้ ทรัพย์สินเหนือที่ดินในเขตเมืองโอนกันได้ตามแบบพิธี *in iure cessio* เท่านั้น ส่วนทรัพย์สินเหนือที่ดินในเขตชนบทต้องทำการโอนโดยวิธี *mancipatio*¹⁰⁶ สำหรับสิทธิเก็บกินอาวโอนกันได้โดยวิธี *in iure cessio* เท่านั้น¹⁰⁷ เป็นเช่นนี้สำหรับที่ดินในเขตอิตาลีเนื่องจากการโอนตามแบบพิธี

¹⁰³ Gaii Institutionum 3, 173 – 174.

173. Est et alia species *imaginariae solutionis*, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.

174. Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QVOD EGO TIBI TOT MILIBUS SESTERTIORUM IUDICATUS vel DAMNATUS SUM EO NOMINE ME A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENAEQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM. deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti soluendi causa.

¹⁰⁴ Gaii Institutionum 2, 24.

24. In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem, vel apud praesidem provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit. Idque legis actio vocatur. quae fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

¹⁰⁵ Gaii Institutionum 2, 28.

¹⁰⁶ Gaii Institutionum 2, 29.

29. Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam mancipari possunt.

¹⁰⁷ Gaii Institutionum 2, 30.

mancipatio และ *in iure cessio* ใช้สำหรับที่ดินเหล่านี้ แต่สำหรับที่ดินในจังหวัดต่างๆ (อยู่นอกเขตอิตาลี) ในการได้มาซึ่งสิทธิเกี่ยวกับ สิทธิผ่านทาง สิทธินำสัตว์เข้าไปในที่ดิน สิทธิใช้น้ำ สิทธิปลูกสร้างหรือไม่ปลูกสร้าง โรงเรือนให้บังแสงสว่างแก่เพื่อนบ้าน หรือสิทธิอื่นที่คล้ายกัน สามารถกระทำได้โดยการทำข้อตกลงหรือ สัญญา โดยที่ดินเหล่านี้ต้องไม่สามารถกระทำตามแบบพิธี *mancipatio* หรือ *in iure cessio* ได้¹⁰⁸ อย่างไรก็ตาม โดยที่ภาระจำยอมอาจมีได้ทั้งเหนือมนุษย์¹⁰⁹ และสัตว์อื่น จึงต้องเข้าใจว่าภาระจำยอมเหนือทรัพย์สินเหล่านี้ ก็สามารถจัดตั้งขึ้นในจังหวัดต่างๆ โดยวิธี *in iure cessio* ได้เช่นกัน¹¹⁰

2.3.3 อิทธิพลต่อตำรากฎหมายเบื้องต้นของจუსติเนียน

ปรากฏข้อความในตำรากฎหมายเบื้องต้น เล่มที่สอง (Book II) ของจักรพรรดิจัสติเนียน ซึ่งกล่าวถึง กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน โดยส่วนใหญ่ยึดถือตามแนวคำสอนของไกอุส เริ่มต้นจากลักษณะ 1 ว่าด้วยการแบ่ง ประเภทของทรัพย์สินและวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (*Titulus Primus. De rerum divisione et acquirendo ipsarum dominio.*)¹¹¹ โดยเริ่มต้นจากการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด (*summa rerum divisio*) โดยแบ่งทรัพย์สิน ออกเป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของเรา (*res in nostro patrimonio*) และทรัพย์สินนอกกองทรัพย์สินของเรา (*res extra nostrum patrimonio*) หรืออีกนัยหนึ่ง ทรัพย์สินต่างๆ แบ่งตามประเภทของทรัพย์สินออกเป็น ทรัพย์สินในพาณิชย์ (*res in commercio*) และทรัพย์สินนอกพาณิชย์ (*res extra commercio*) ซึ่งเป็นไปตามหลักในทางเศรษฐศาสตร์ทั้งคู่¹¹² เป็นการยืนยันตามหลักคำสอนของไกอุสทุกประการ โดยในตำรา

30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem; alii uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

¹⁰⁸ *Gaii Institutionum* 2, 31.

31. *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in prouincialibus praediis siue quis usumfructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiatur, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*

¹⁰⁹ หมายถึงทาส

¹¹⁰ *Gaii Institutionum* 2, 32.

32. *Sed cum ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus horum usumfructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse.*

¹¹¹ Henri Hulot, *Les Institutes de l'Empereur Justinien* (vol 1, Chez Behmer et Lamort Editeurs 1806), 50 – 63.

https://books.google.co.th/books?id=ou7JcGY6w_cC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false; John Baron Moyle, *The Institutes of Justinian* (5th edn Oxford, 1913) https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just2_Moyle.htm.

¹¹² Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 17. – ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาประเด็นการแบ่ง ประเภทของทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินในพาณิชย์กับทรัพย์สินนอกพาณิชย์ดูจะสมเหตุสมผลกว่า และไม่ต่างไปจากการแบ่งออกเป็น ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของเรากับทรัพย์สินนอกกองทรัพย์สินของเรา

กฎหมายเบื้องต้นของจักรพรรดิจูสตีเนียน อธิบายเหตุผลในการแบ่งเช่นนี้ว่า เนื่องจากตามกฎหมายธรรมชาติ (*ius naturale*) มีทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินส่วนรวมสำหรับทุกคน (*res communis omnium*) นอกจากนี้ทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) ทรัพย์สินบางอย่างเป็นของกลุ่มคนหรือชุมชนใดชุมชนหนึ่ง (*res universitatis*) ทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) แต่ส่วนใหญ่เป็นของปัจเจกชนโดยอาจได้กรรมสิทธิ์มาโดยวิธีการต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ในตำรากฎหมายเบื้องต้นดังกล่าว

เช่นนี้ เป็นการอธิบายสืบต่อกันจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของไกลุสด้วยว่า ทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ (*res humani iuris*) มิใช่มีแต่เพียงทรัพย์สินที่อาจโอนแก่กันได้เท่านั้น แต่ยังมีทรัพย์สินบางอย่างที่ไม่อาจโอนแก่กันได้ด้วย ดังนั้น ตำรากฎหมายเบื้องต้น เล่มที่สอง (Book II) ของจักรพรรดิจูสตีเนียนจึงขยายความเพิ่มเติมจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของไกลุสว่า ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของตามกฎหมายของมนุษย์แบ่งออกเป็น 3 ประเภทย่อยคือ (1) ทรัพย์สินส่วนรวมสำหรับทุกคน (*res communis omnium*) (2) ทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) และ (3) ทรัพย์สินของกลุ่มคนหรือชุมชน (*res universitatis*)

มาซิอาโนอธิบายในแนววินิจฉัย (Digest) ว่าทรัพย์สินส่วนรวมเป็นของทุกคนตามกฎหมายธรรมชาติ ได้แก่ อากาศ น้ำที่ไหล ทะเล ตามด้วยชายฝั่งทะเล¹¹³ จึงไม่อาจห้ามบุคคลใดเข้าไปในบริเวณชายฝั่งทะเล แต่จะต้องไม่เข้ายึดครองพื้นที่ซึ่งเพาะปลูกหรือสิ่งปลูกสร้างในบริเวณนั้นเป็นของตนเองเนื่องจากสิทธิในสิ่งเหล่านี้มิได้เป็นไปตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ ดังเช่นทะเล และมาซิอาโนอธิบายไว้ด้วยว่าเป็นหลักการที่ตกผลึกจากกฎหมายที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของไพรทอร์ที่มีมาก่อนเพราะกฎหมายของไพรทอร์เป็นผู้ตีความกฎหมายแพ่งที่เป็นอยู่ตามเทศกาลบ้านเมือง¹¹⁴

การแบ่งทรัพย์สินโดยกำหนดให้เป็นทรัพย์สินส่วนรวมสำหรับทุกคน (*res communis omnium*) นี้ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทางปรัชญาและงานวรรณกรรมของนักปราชญ์สำนักสโตอิก¹¹⁵ และมีอิทธิพลต่อผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 714 ว่า “มีวัตถุที่ไม่เป็นของผู้ใดและให้การใช้มีอยู่ร่วมกันสำหรับทุกคน วิธีการใช้ทรัพย์สินเหล่านี้ให้เป็นไปบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (*lois de police*)”¹¹⁶ เช่น อากาศ น้ำไหล ทะเล ชายฝั่งทะเล

¹¹³ Digest, Book I, Tit. 8. Concerning the division and nature of things.

2. Marcianus, Institutes, Book III.

Certain things are common to all by natural law; some belong to the entire community, some to no one, and the greater number to individuals; these are acquired in various ways respectively.

(1) Again, all the following things are common by natural law, namely the air, running water, the sea, and hence the shores of the sea.

¹¹⁴ Digest, Book I, Tit. 1. Concerning justice and law.

8. Marcianus, Institutes, Book I.

For honorary law itself is the living voice of the Civil Law.

¹¹⁵ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 18.

¹¹⁶ Article 714 (Création Loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803)

Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Des lois de police règlent la manière d'en jouir.

ส่วนหลักการว่าด้วย *lois de police* ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดไว้แล้วในมาตรา 3 ในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายบังคับตายตัว (*Jus cogens*)

Article 3 (Version en vigueur depuis le 21 mars 1804 - Création Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803)

ในส่วนของทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) แต่เดิมมีการแบ่งทรัพย์สินที่เป็นของรัฐออกเป็นทรัพย์สินที่พลเมืองใช้ร่วมกัน (*res in usu populi*) ในลักษณะที่เป็นการใช้ของมหาชน (*usage public*)¹¹⁷ หรือมีการใช้เป็นสาธารณะ (*public use*) ในลักษณะที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินอย่างหนึ่ง กับทรัพย์สินที่อยู่ในกองทรัพย์สินของคลังแผ่นดิน (*res in patrimonio fisci*) โดยมีได้ใช้เป็นสาธารณะ¹¹⁸ และเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (*domaine privé de l'Etat*)¹¹⁹ ซึ่งประกอบกันขึ้นในลักษณะเดียวกับทรัพย์สินของเอกชนอีกอย่างหนึ่ง ทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) จึงแตกต่างกับทรัพย์สินส่วนรวมสำหรับทุกคน (*res communis omnium*) เพราะนอกจากจะต้องพิจารณาสภาพแห่งทรัพย์สินแล้วยังจะต้องพิจารณาในประเด็นการใช้ทรัพย์สินนั้น (*nature du bien et son affectation*) อีกด้วย โดยอาจเป็นการใช้ทรัพย์สินที่มีมานานจนจำไม่ได้ว่าใช้มาแต่เมื่อใด (*immemorial*)¹²⁰ หรือเป็นไปตามคำสั่งของผู้มีอำนาจมหาชน¹²¹ โดยผลแห่งการนี้ ทรัพย์สินมหาชนอาจ

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. (บังคับทุกคน)

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résident en pays étranger.

¹¹⁷ Digest, Book XVIII, Tit. 1. Concerning the contract of purchase and agreements between purchaser and vendor, and what things cannot become the objects of the same.

6. Pomponius, On Sabinus, Book IX.

Celsus, the son, says that you cannot purchase a man whom you know to be free, nor any other property if you know that it is not subject to alienation; as, for instance, sacred and religious places, or such as are not the object of commerce, but are public property, which, while they do not absolutely belong to the people, **are used for public purposes**, as, for instance, the Campus Martius. (Digest, 18, 1, 6, 1.)

¹¹⁸ Digest, Book XVIII, Tit. 1. Concerning the contract of purchase and agreements between purchaser and vendor, and what things cannot become the objects of the same.

72. Papinianus, Questions, Book XII.

...

(1) Papinianus says that where a sale is made in the following terms, namely: "This sale shall be void if it has reference to anything sacred, religious, or public," and **the property is not in public use, but belongs to the Treasury**, its sale will be valid, and the vendor cannot avail himself of an exception because it will not be operative. (Digest, 18, 1, 72, 1.)

¹¹⁹ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 18.

¹²⁰ Digest, Book XLIII, Tit. 7. Concerning the interdict relating to public places and highways.

3. Ulpianus, On Sabinus, Book XXXIII.

Roads existing in any particular neighborhood, which have been derived from the contribution of land owned by private individuals, and **date from time immemorial**, are included in the number of public highways. (Digest, 43, 7, 3, 1.)

(1) A difference exists between roads of this kind and military highways, namely, military highways terminate at the seashore, or in cities, or at public streams, or at some other military highway, but this is not the case with roads through a neighborhood, for some of them terminate at military highways, and others end without any exit.

¹²¹ Digest, Book XLIII, Tit. 8. Concerning the interdict forbidding anything to be done in a public place or on a highway.

2. Ulpianus, On the Edict, Book LXVIII.

นำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวโดยเฉพาะแก่เอกชนบางรายเป็นการชั่วคราวได้ตามคำสั่งของผู้มีอำนาจมหาชน เนื่องจากเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องประโยชน์สาธารณะ ภายหลังการไต่สวนข้อเท็จจริง เจ้าหน้าที่อาจให้เอกชนยึดถือครอบครองทรัพย์สินมหาชนโดยเรียกเก็บภาษีหรือให้เช่าหรือขับไล่ออกไปได้ เช่น การปลูกสร้างอาคารลงในที่ดินมหาชนโดยไม่มีใครโต้แย้ง ไม่จำเป็นต้องรื้อถอนออกไปด้วยเกรงจะทำให้เมืองได้รับผลกระทบจากการรื้อถอน แต่หากการปลูกสร้างเป็นเหตุให้เสียหายแก่การใช้ทรัพย์สินของมหาชนต้องมีการไต่สวนโดยหัวหน้าเจ้าหน้าที่ด้านการโยธาสาธารณะ หากผลการไต่สวนดังกล่าวยืนยันการก่อความเสียหายแก่การใช้ทรัพย์สินของมหาชน อาคารดังกล่าวต้องถูกรื้อถอน แต่หากไม่ก่อความเสียหาย ให้ผู้ปลูกสร้างอาคารเสียภาษีการใช้ที่ดิน¹²² ในกรณีของงานโยธาสาธารณะ เอกชนไม่อาจเข้ายึดถือแนวเขตของที่ดินสาธารณะ ผู้ว่าเมืองต้องสอดส่องให้มีแนวเขตของที่ดินสาธารณะแยกออกอย่างชัดเจนจากแนวเขตของที่ดินเอกชน ถ้าปรากฏสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินสาธารณะมีเอกชนเข้าครอบครองให้มีการไต่สวนให้ได้ว่าสิ่งใดจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าระหว่างการขับไล่ออกไปหรือการให้เช่าที่ดิน¹²³ ในการล่องเรือในทางน้ำสาธารณะ ตามคำสั่งของไพรทอร์ ห้ามกีดขวางการขนถ่ายของและการล่องเรือของเอกชนผู้ใช้ทาง แต่ในทะเลสาบหรือหนองน้ำ ห้ามบุคคลจับปลาในที่ตั้งกล่าวโดยอ้างว่าได้เช่าจากเกษตรกรแล้ว อย่างไรก็ตาม หากได้ทำการเช่าจากเจ้าหน้าที่ของเมืองแล้วก็

(21) By a public highway we mean one whose soil belongs to the people, for we do not understand a private road to mean the same as a public one. In the case of a private road, the soil belongs to another, and we have only the right of walking and driving over it; but the soil of a public highway is owned by the community, and has been established with reference to direction, and within certain limits, **by him who had the right to render it public**, in order that everyone might travel upon it, and traverse it. (Digest, 43, 8, 2, 21.)

¹²² Digest, Book XLIII, Tit. 8. Concerning the interdict forbidding anything to be done in a public place or on a highway.

2. *Ulpianus*, On the Edict, Book LXVIII.

(17) If anyone constructs a house in a public place without anyone preventing it, he cannot be compelled to remove it, for fear that the city may be marred by its demolition; and because the interdict is prohibitory and not restitutory. If, however, the said building interferes with public use, it should be demolished on the application of the officer in charge of public works; but if it does not interfere with anything, a land tax can be imposed upon it, for the tax receives this name because it is paid on account of the ground.

¹²³ Digest, Book L, Tit. 10. Concerning public works.

5. *Ulpianus*, On the Duties of the Principal Magistrate of a City.

(1) The boundaries of public lands must not be retained by private individuals. Therefore, the Governor of the province shall see that public lands are separated from those belonging to private persons, and endeavor to increase the public revenues. If he finds that any public places or buildings are occupied by private persons, he must estimate whether they should be demanded for the benefit of the public, or whether it would be better to lease them for a sufficient rent; and he must always pursue the course which he thinks will be of the greatest advantage to the State.

สามารถจับปลาได้¹²⁴ หรือในกรณีการเก็บภาษีการใช้ท่าเรือชิซิลี¹²⁵ เมื่อรัฐเป็นเจ้าของจึงอาจถอนสภาพความเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของทรัพย์สินมหาชนได้โดยไม่ต่างกับการที่รัฐทำให้ทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่งตกเป็นทรัพย์สินมหาชน และรัฐอาจโอนทรัพย์สินมหาชนไปได้ และรัฐมีหน้าที่คุ้มครองพลเมืองผู้ใช้ทรัพย์สินมหาชนจากเหตุเดือดร้อนหรือห้ามการใช้ทรัพย์สินมหาชนในทางที่ผิด¹²⁶

¹²⁴ Digest, Book XLIII, Tit. 14. Concerning the interdict which has reference to the use of a public river for navigation.

1. *Ulpianus*, On the Edict, Book LXVIII.

The Praetor says: “I forbid violence to be used to prevent anyone from conducting a vessel or a boat upon a public river, or to hinder him from loading or unloading the same, on the bank of said river. I also forbid any interference with navigation on any lake, canal, or public body of water.”

...

(7) *Sabinus*, as well as *Labeo*, is of the opinion that an interdict will lie where anyone is forbidden to fish in a lake or pond, which he has leased from a farmer of the revenue. Therefore, if he has leased it from a municipality, it will be perfectly just for his rights to be protected by an interdict on account of the revenue to be obtained.

¹²⁵ Digest, Book L, Tit. 16. Concerning the signification of terms.

203. *Alfenus Varus*, Digest, Book VII.

It was stated in the law relating to the collection of duties in the harbors of Sicily: “That no one should pay any duty on slaves which he was taking to his own house for private use.” The question arose if anyone should send slaves from Sicily to Rome, for the purpose of cultivating land, whether or not he would be compelled to pay duty on them. The answer was that in this law two points were involved: first, what did the words, “Take to his own house,” mean; and second, what was the meaning of the expression, “For his private use”? Therefore, if the word “house” meant where someone lived, inquiry should be made whether this was in a province, or in Italy; or whether his house could only properly be said to be in his own country. On this point it was decided that anyone's house should be considered to be where he had his home, kept his accounts, and transacted his business. There is, however, great doubt as to the signification of the expression, “For his private use,” and it was decided that this only had reference to what was prepared for his subsistence. For the same reason it might also be asked with reference to slaves who are alleged to be for the use of their master whether stewards, porters, farmers, overseers, weavers, and farm laborers, who are employed in the cultivation of the soil, from which the owner obtains his living and supports himself, are meant; or whether all the slaves which any person purchased and kept for his own use, as well as those whom he employed for other purposes, and were not bought to sell again, are included. It seems to me that only those destined for the use of the head of the family, who are appointed for his personal service and support, which class includes valets, domestic, servants, cooks, attendants, and all others devoted to employments of this kind are meant.

¹²⁶ Digest, Book XLIII, Tit. 8. Concerning the interdict forbidding anything to be done in a public place or on a highway.

2. *Ulpianus*, On the Edict, Book LXVIII.

(9) Where anyone is prevented from fishing in, or sailing upon the sea, he will not be entitled to this interdict, just as in the case of a person who is prevented from taking part in games in a public field, or

สาธารณสมบัติของแผ่นดินตามแบบ *res in usu populi* นี้ไม่อาจโอนแก่กันได้¹²⁷ และไม่อาจกล่าวอ้างการได้สิทธิโดยอายุความได้¹²⁸ เช่นในกรณีเส้นทางคมนาคม ท่าเรือ ทางน้ำที่เดินเรือได้

สำหรับแม่น้ำและท่าเรือเป็นทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) ดังนั้น สิทธิในการประมงในแม่น้ำและท่าเรือจึงเป็นของทุกคน รวมถึงสิทธิในการใช้ชายฝั่งแม่น้ำและการใช้ตัวแม่น้ำเอง เนื่องจากเป็นไปตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*jure gentium*) แต่ละคนจึงมีสิทธิเดินเรือและผูกเรือตามต้นไม้มิใช่แม่น้ำได้¹²⁹

ทรัพย์สินของกลุ่มคนหรือชุมชน (*res universitatis*)

bathing in a public bath, or being present in a theater; but in all these cases an action for reparation of injury must be employed.

หลักเกณฑ์ที่แสดงไว้ในแนววินิจฉัยอีกกรณีหนึ่ง ได้แก่

Digest, Book XLVII, Tit. 10. Concerning injuries and infamous libels.

13. *Ulpianus*, On the Edict, Book LVII.

(7) Where anyone prevents me from fishing, or casting a net in the sea, can I bring the action for injury against him? Some authorities hold that I can do so, and among them is Pomponius. The majority, however, hold that the case is similar to that of a person who is not suffered to bathe publicly, or seat himself in a theatre, or go into, sit down, or associate with others in any public place, or where anyone does not permit me to make use of my own property, for he can be sued in an action for injury. The ancients granted an interdict to anyone who leased these public places, for it was necessary to prevent force from being used against him by which he would be unable to enjoy his lease. But if I prevent anyone from fishing in front of my residence, or farm-house, what must be said? Am I liable to an action for injury, or not? For the sea, as well as the shore and the air, is common to all persons, and it has very frequently been stated in rescripts that no one can be prevented from fishing, or hunting birds, but he can be prevented from entering upon land belonging to another. It has, nevertheless, improperly, and without the authority of law, been assumed that anyone can be prohibited from fishing in front of my residence or my farm-house; therefore, when anyone is prevented from doing so, he can still bring the action for injury. I, however, can prevent anyone from fishing in a lake which is my property.

¹²⁷ Digest, 18, 1, 6, 1.

¹²⁸ Digest, Book XLI, Tit. 3. Concerning the interruption of prescription, and usucaption.

9. *Gaius*, On the Provincial Edict, Book IV.

Corporal property is especially **subject to usucaption, with the exception of sacred and holy things, and such as are the public property** of the Roman people, and of cities, as well as persons who are free. (Digest, 41, 3, 9.)

45. *Papinianus Opinions*, Book X.

Prescription based upon long possession is **not usually granted for the acquisition of places which are public by the Law of Nations**. An instance of this is, where anyone abandons a building which he had constructed upon the seashore, or it was demolished, and another person, having built a house in the same place, the former opposes him by an exception based upon previous occupancy; or where anyone, for the reason that he alone has been accustomed to fish for years in a certain part of a river, under the same prescriptive right forbids another to do so. (Digest, 41, 3, 45,1.)

¹²⁹ *Institutes*, 2, 1, 2 and 4.

ทรัพย์สินที่เป็นของกลุ่มคนหรือชุมชนใดชุมชนหนึ่ง มิได้เป็นของสมาชิกในกลุ่มคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ หากแต่เป็นของสังคมนั้นหรือชุมชนนั้นร่วมกัน เช่น ศาลาประชาคม โรงละคร สนามกีฬา เส้นทาง¹³⁰ ตัวอย่างเพิ่มเติมคือ ละครสัตว์ ที่อาบน้ำของเมือง โดยมีหลักเกณฑ์เหมือนกับกรณีของทรัพย์สินมหาชน¹³¹ แม้ทรัพย์สินของกลุ่มคนหรือชุมชน (*res universitatis*) มิได้มีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) แต่ก็หมายถึงทรัพย์สินที่เป็นของเมืองหรือท้องถิ่นต่างๆ ที่มีใช้กรุงโรมนั่นเองด้วยเหตุผลที่ว่าเมืองหรือชุมชนเหล่านี้มิได้รับการยอมรับให้มีสภาพบุคคลแยกเป็นอิสระต่างหากและประมาณช่วงระหว่างศตวรรษที่ 2 และศตวรรษที่ 3 ยังถือกันว่าทั้ง *res publica* และ *res universitatis* เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของพลเมืองทั้งหลาย¹³²

ทรัพย์สินที่ไม่เป็นของผู้หนึ่งผู้ใด ได้แก่ ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ในทางศาสนา (*res sacrae et religiosae*) และสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*) เนื่องจากสิ่งที่เป็นไปตามกฎหมายศาสนาไม่เป็นทรัพย์สินของผู้ใด¹³³

ทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (*res divini iuris*) แบ่งประเภทย่อยออกเป็นสามประการเช่นเดียวกันตามแนวคำสอนของไกอุสคือ ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) ทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosae*) และสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (*res sanctae*)

ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) เป็นสิ่งที่ถวายแด่พระผู้เป็นเจ้าตามพิธีกรรมของพระบาทหลวงอาทิ โบสถ์ เครื่องสังฆบูชา มีข้อกำหนดห้ามโอนหรือเข้ายึดถือครอบครอง สถานที่ซึ่งมีการก่อสร้างโบสถ์ยังคงเป็นทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ต่อไปแม้สิ่งปลูกสร้างจะถูกทำลายตามที่ปาปิเนียนบันทึกยืนยันไว้¹³⁴ แต่ละคนสามารถเปลี่ยนสถานที่ในเขตที่ดินของตนให้เป็นสถานที่ทางศาสนาตามหลักเจตนาของตนเองสำหรับสุสานในที่ดินของตน แต่ไม่อาจกระทำได้ในที่ดินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์รวมซึ่งยังมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมและยังมิได้ทำพิธีถวายแด่พระศาสนา อย่างไรก็ตาม การฝังศพสามารถกระทำได้ในสถานที่ฝังศพร่วมกันแม้จะเป็นกรรมสิทธิ์รวมก็ตาม ในกรณีที่มิสิทธิเก็บกินแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์ เจ้าของจะฝังศพในที่ดินที่มีสิทธิเก็บกินครอบอยู่ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิเก็บกินก่อน การฝังศพยังอาจกระทำได้ในที่ดินมรดกของผู้อื่นหากได้รับความยินยอมจากทายาทและได้ทำพิธีถวายเป็นทรัพย์สินในพระศาสนาแล้ว โดยที่ไม่อาจอ้างว่าได้เปลี่ยนใจแล้วในภายหลังการทำพิธีกรรมได้¹³⁵

ทรัพย์สินทางศาสนา (*res religiosae*) เป็นสิ่งที่เป็นของจิตวิญญาณของผู้ตายหรือในนามของพระเจ้าในทางปฏิบัติ ได้แก่ สุสานและเครื่องสักการะต่างๆ¹³⁶ โดยได้กระทำตามพิธีกรรมทางศาสนาแล้ว แต่หาก

¹³⁰ Institutes, 2, 1, 6.

¹³¹ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 19.

¹³² Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 265.

¹³³ Institutes, 2, 1, 7.

¹³⁴ Institutes, 2, 1, 8.

¹³⁵ Institutes, 2, 1, 9.

¹³⁶ Digest, Book XLVII, Tit. 12. Concerning the violation of sepulchres.

2. Ulpianus, On the Edict of the Praetor, Book XVIII.

Where anyone demolishes a sepulchre, the Aquilian Law does not apply, but proceedings can be instituted under the interdict *Quod vi aut clam*. (คำสั่งห้ามใช้ความรุนแรงหรือกระทำโดยไม่เปิดเผย) This opinion was also stated by Celsus with reference to a statue torn from a monument. He also asks if it was not fastened with lead, or attached to the tomb, in any way, whether it should be considered a part of the monument, or a part of our property. Celsus says that it is a part of the monument, as a receptacle of bones, and therefore the interdict *Quod vi aut clam*, will be applicable.

เจ้าของที่ดินเพียงทำการฝังศพผู้ตายลงในที่ดินเท่านั้น ไม่มีผลทำให้สถานที่ฝังศพเป็นทรัพย์สินทางศาสนาไปทั้งหมด หากแต่ตกเป็นทรัพย์สินทางศาสนาเฉพาะแต่ส่วนที่ฝังศพไว้เท่านั้น¹³⁷

ลักษณะในทางศาสนาของสุสานส่งผลให้เป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ โดยไม่มีผลทำให้เสียสิทธิในการบำรุงรักษาสุสานนั้น รวมทั้งการจัดพิธีกรรมให้ผู้ตาย โดยเฉพาะการฝังศพอื่นซึ่งในยุคทองยอมรับลักษณะที่เป็นกองทรัพย์สินและอาจเป็นวัตถุแห่งการโอนได้¹³⁸

สถานที่ศักดิ์สิทธิ์ (res sanctae) ดังเช่นกำแพงและประตูเมืองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และด้วยเหตุนี้จึงไม่เป็นของผู้หนึ่งผู้ใด ผู้ใดฝ่าฝืนมีโทษประหารชีวิต¹³⁹ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงศูนย์ฝึกอาชีพโดยเฉพาะห้องโถง ประตู และขอบเขตสถานที่ รวมทั้งหินแสดงขอบเขตเมืองด้วย เหตุผลคือเพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันขอบเขตปริมณฑลระหว่างทรัพย์สินมหาชนกับทรัพย์สินเอกชน¹⁴⁰

สำหรับทรัพย์สินที่ปัจเจกชนอาจมีกรรมสิทธิ์ได้ มีวิธีการต่างๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ได้แก่ วิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายธรรมชาติ (*jure naturali*) กล่าวคือตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*jus gentium*) วิธีการอื่นๆ เป็นไปตามกฎหมายแพ่งกล่าวคือกฎหมายของพลเมืองโรมัน (*jus civile*)แน่นอนว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่เก่าแก่ที่สุดเพราะเกิดขึ้นพร้อมกับมนุษยชาติ ส่วนบทบัญญัติกฎหมายแพ่งเกิดขึ้นเมื่อนุญสร้างเมืองต่างๆ สถาปนาตุลาการ และเริ่มต้นร่างกฎหมายต่างๆ เท่านั้น¹⁴¹

ดังนั้น ตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*jus gentium*) สัตว์ป่า นก ปลา และสัตว์อื่นทั้งหมดที่อยู่ในทะเล บนท้องฟ้า และในที่ดิน ตกเป็นของบุคคลที่จับสัตว์นั้นได้ เป็นไปตามกฎธรรมชาติที่ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของตกเป็นของบุคคลแรกที่เข้าถือเอา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจับสัตว์ป่าหรือนกในที่ดินของตนหรือในที่ดินของผู้อื่นก็ล้วนมีผลไม่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม เจ้าของที่ดินมีสิทธิห้ามเข้าเขตที่ดินของตนเพื่อเข้าไปล่าสัตว์ สัตว์ต่างๆ เหล่านี้ตกเป็นของบุคคลที่จับได้ตราบเท่าที่ยังคงอยู่ในการควบคุมของบุคคลนั้น แต่ทันทีที่สัตว์หลุดพ้นเป็นอิสระตามธรรมชาติ กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นย่อมสิ้นสุดผลและอาจตกเป็นของบุคคลแรกที่จับได้ในรอบที่สอง ให้ถือว่าสัตว์หลุดพ้นเป็นอิสระตามธรรมชาติเมื่อหนีไปพ้นจากสายตาของบุคคลที่จับสัตว์นั้นมา หรือแม้อยู่ในสายตาก็ตามแต่เป็นการยกที่จะติดตามกลับคืนมาได้¹⁴²

ต่อคำถามที่ว่าในกรณีที่ทำให้สัตว์ป่าบาดเจ็บถึงขนาดที่สามารถจะจับได้ (*vulnerata sit, ut capi possit*) กรรมสิทธิ์ตกแก่บุคคลที่ทำให้สัตว์ป่าบาดเจ็บในทันทีหรือไม่ บางท่านเห็นว่ากรรมสิทธิ์ตกแก่บุคคลที่ทำให้สัตว์ป่าบาดเจ็บในทันทีและเป็นเจ้าของตราบเท่าที่ยังคงติดตามสัตว์นั้นอยู่ แต่หากหยุดติดตามจับสัตว์ กรรมสิทธิ์ก็สิ้นสุดลงและตกเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ อย่างไรก็ตาม บางท่านเห็นว่ากรรมสิทธิ์จะตกแก่ผู้นั้น

¹³⁷ Digest, Book XI, Tit. 7. Concerning religious places, the expenses of funerals, and the right to conduct the same.

2. *Ulpianus*, On the Edict, Book XXV.

(5) A burial-place is a spot where human bodies or bones are deposited. Celsus, however, says that a place which is destined for burial does not become religious entirely, but only that portion of it where the body is laid.

¹³⁸ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 19-20.

¹³⁹ Institutes, 2, 1, 10.

¹⁴⁰ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 21.

¹⁴¹ Institutes, 2, 1, 11.

¹⁴² Institutes, 2, 1, 12.

ต่อเมื่อจับสัตว์ได้เท่านั้น แต่ต่อมา เห็นกันว่ากรรมสิทธิ์จะตกแก่ผู้นั้นต่อเมื่อจับสัตว์ได้เท่านั้นเนื่องจากอาจมีเหตุขัดขวางที่ทำให้บุคคลอาจจับสัตว์ป่าบาดเจ็บไม่ได้¹⁴³

ตำรากฎหมายเบื้องต้น เล่มที่สอง ยังได้กล่าวถึงการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ อีกหลายกรณี เช่น ผึ้ง ไก่ ห่าน โค กระบือ อัญมณีในทะเล สัตว์เล็ก ที่งอกริมแม่น้ำ¹⁴⁴ แต่เกาะกลางทะเลซึ่งเกิดขึ้นได้ยากเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของที่ตกเป็นของบุคคลแรกที่เข้าถือเอา ต่างไปจากเกาะกลางแม่น้ำซึ่งเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก และเป็นกรรมสิทธิ์รวมของเจ้าของที่ดินฝั่งซ้ายและฝั่งขวาร่วมกันเนื่องจากการได้รับมรดกสืบต่อมาตลอดแนวแม่น้ำ แต่หากเกาะนั้นอยู่ใกล้ที่ดินฝั่งใดย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินฝั่งนั้น ส่วนกรณีแม่น้ำแยกเป็นสองสาขาล้อมรอบที่ดินของผู้ใด แล้วกลับมารวมกันในภายหลังจนเกิดเป็นเกาะขึ้นมาตรงกลาง ที่ดินยังเป็นของผู้ผู้นั้นอยู่เช่นเดิม¹⁴⁵ มีข้อสังเกตว่าในเวลาต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งในศตวรรษที่ 18-19 กำหนดให้เกาะที่เกิดขึ้นกลางทะเลหรือแม่น้ำตกเป็นของแผ่นดิน

ตำรากฎหมายเบื้องต้น เล่มที่สอง บทที่ 23 - 39 ยังได้กล่าวถึงการทำทรัพย์สินขึ้นใหม่โดยใช้สัมภาระของผู้อื่น การรวมทรัพย์สินต่างเจ้าของเข้าด้วยกันตามหลักส่วนควบ การทำสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตนด้วยสัมภาระของผู้อื่น การทำสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นด้วยสัมภาระของตน การเพาะปลูกในที่ดินของตนด้วยต้นกล้าของผู้อื่น จดหมายที่สลักด้วยทอง การวาดภาพลงบนผ้าใบของผู้อื่น การซื้อที่ดินโดยสุจริตโดยเชื่อว่าผู้ขายเป็นเจ้าของ การใช้สิทธิเก็บกินจะได้กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้ทรงเก็บสิทธิเก็บกินทำการเกี่ยวดอกผลนั้นด้วยตนเอง วิธีการเช่นนี้ใช้กับสัตว์ซึ่งตามกฎหมายโรมันและกฎหมายยุโรปสัตว์ในปศุสัตว์จัดเป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยความมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินโดยไม่ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ดังที่ใช้บังคับกันอยู่ตามกฎหมายไทย การจัดเก็บดอกผลจากสัตว์ เช่น ขนแกะ นมโค ไข่ไก่ โดยผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีหน้าที่จัดหาสัตว์มาทดแทนให้เท่าจำนวนสัตว์เลี้ยงที่ตายไป¹⁴⁶ การได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์มีค่าซึ่งซ่อนหรือฝังไว้และเจ้าของที่ดินพบทรัพย์สินนั้นในที่ดินของตน พบในสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ แต่ต้องแบ่งให้เจ้าของที่ดินครึ่งหนึ่งหากเป็นที่ดินของผู้อื่น ที่ดินของเจ้าชาย ที่ดินของคลังหรือของเมือง¹⁴⁷

¹⁴³ Institutes, 2, 1, 13. อ้างโดย John Baron Moyle (เชิงอรรถ 111).

13. It has been doubted whether a wild animal becomes your property immediately **you have wounded it so severely as to be able to catch it**. Some have thought that it becomes yours at once, and remains so as long as you pursue it, though it ceases to be yours when you cease the pursuit, and becomes again the property of any one who catches it: others have been of opinion that it does not belong to you till you have actually caught it. And we confirm this latter view, for it may happen in many ways that you will not capture it.

¹⁴⁴ Institutes, 2, 1, 14 – 21. อ้างโดย J. B. Moyle (เชิงอรรถ 111).

¹⁴⁵ Institutes, 2, 1, 22. อ้างโดย John Baron Moyle (เชิงอรรถ 111).

22. When an island rises in the sea, though this rarely happens, it belongs to the first occupant; for, until occupied, it is held to belong to no one. If, however (as often occurs), an island rises in a river, and it lies in the middle of the stream, it belongs in common to the landowners on either bank, in proportion to the extent of their riparian interest; but if it lies nearer to one bank than to the other, it belongs to the landowners on that bank only. If a river divides into two channels, and by uniting again these channels transform a man's land into an island, the ownership of that land is in no way altered.

¹⁴⁶ Institutes, 2, 1, 38.

¹⁴⁷ Institutes, 2, 1, 39.

ตามหลักกฎหมายธรรมชาติและโดยการส่งมอบ (*Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur*) เนื่องจากไม่มีสิ่งใดเป็นการเหมาะสมยิ่งกว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (*nihil enim tam conveniens est naturali aequitati*) การส่งมอบนี้เป็นสิ่งยืนยันเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประสงค์จะโอนทรัพย์สินแก่ผู้อื่น เช่นนี้ วัตถุมีรูปร่างไม่ว่าจะมีธรรมชาติเช่นใดก็ตาม อาจทำการส่งมอบได้ และเมื่อมีการส่งมอบโดยเจ้าของที่แท้จริงจึงเป็นการโอนทรัพย์สินโดยชอบ (*à domino tradita alienatur*) วิธีการเช่นนี้ใช้กับที่ดินของในเขตอิตาลีและที่ดินชนเผ่าในชนชาติต่างๆ ตามเขตจังหวัดต่างๆ ของจักรวรรดิโรมันด้วย¹⁴⁸ ซึ่งในยุคของจักรพรรดิจูสดีเนียนพลเมืองของชนชาติต่างๆ มีสถานะเป็นพลเมืองโรมันมาก่อนแล้ว ตั้งแต่ยุคของจักรพรรดิคาราคาลา ด้วยเหตุนี้การโอนโดยการส่งมอบจึงปรับใช้กับการโอนที่ดินในจักรวรรดิโรมันทุกประเภท ไม่แตกต่างกัน ส่วนวิธีการโอนตามแบบพิธีดั้งเดิมอย่าง *mancipatio* และ *in iure cessio* นั้น ได้ยกเลิกไปแล้วทั้งหมด

ตำรากฎหมายเบื้องต้น เล่มที่สอง (Book II) ภายหลังการกล่าวถึงกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน ในลักษณะ 1 ว่าด้วยการแบ่งประเภทของทรัพย์สินและวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (*Titulus Primus. De rerum divisione et acquirendo ipsarum dominio.*) โดยทรัพย์สินต่างๆ แบ่งตามประเภทของทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินในพาณิश्य์ และทรัพย์สินนอกพาณิश्य์ เนื่องจากตามกฎหมายธรรมชาติ (*ius naturale*) มีทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินส่วนรวม (*res communis*) สำหรับทุกคน นอกจากนี้ทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัพย์สินมหาชน (*res publica*) ทรัพย์สินบางอย่างเป็นของกลุ่มคนหรือชุมชนใดชุมชนหนึ่ง (*res universitatis*) ทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) แต่ส่วนใหญ่เป็นของปัจเจกชนโดยอาจได้กรรมสิทธิ์มาโดยวิธีการต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จึงกล่าวถึงต่อมาในลักษณะ 2 ว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง (*Titulus II. De rebus corporalibus, et incorporalibus*) โดยอธิบายต่อมาว่า “นอกจากนี้ วัตถุบางอย่างเป็นวัตถุมีรูปร่าง และ วัตถุบางอย่างเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง (*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. d'autres incorporelles.*)”

วัตถุมีรูปร่างเป็นวัตถุที่สามารถสัมผัสได้ อาทิ ที่ดิน ทาส (มนุษย์) เสื้อผ้า ทองคำ เงิน และสิ่งอื่นอีกไม่จำกัดจำนวน (*Corporales hae sunt, quae qui tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles.*)¹⁴⁹

วัตถุไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุที่ไม่สามารถสัมผัสได้ อยู่ในลักษณะที่เป็นสิทธิ เช่น มรดก สิทธิเก็บกิน สิทธิใช้สอย และหนี้ ตามวิธีการที่ตกลงกันอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามรดกอาจประกอบด้วยวัตถุมีรูปร่างได้ เนื่องจากดอกผลที่เก็บเกี่ยวจากที่ดินเป็นวัตถุมีรูปร่าง สิ่งที่ถูกพันตามหนี้มักจะเป็นวัตถุมีรูปร่างดังเช่น ที่ดิน ทาส เงิน แต่สิทธิในมรดก สิทธิเก็บกิน หนี้ โดยตัวของมันเองเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง¹⁵⁰

¹⁴⁸ Institutes, 2, 1, 40. อ้างโดย John Baron Moyle (เชิงอรรถ 111).

40. Delivery again is a mode in which we acquire things by natural law; for it is most agreeable to natural equity that where a man wishes to transfer his property to another person his wish should be confirmed. Consequently, corporeal things, whatever be their nature, admit of delivery, and delivery by their owner makes them the property of the alienee; this, for instance, is the mode of alienating stipendiary and tributary estates, that is to say, estates lying in provincial soil; between which, however, and estates in Italy there now exists, according to our constitution, no difference.

¹⁴⁹ Institutes, 2, 2, 1.

¹⁵⁰ Institutes, 2, 2, 2.

สำหรับสิทธิที่มีอยู่เหนือที่ดิน ไม่ว่าที่ดินในเมืองหรือที่ดินในชนบท ต้องจัดอยู่ในชั้นเดียวกัน ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าภาระจำยอม¹⁵¹

อย่างไรก็ตาม ที่ปรากฏในลักษณะ 2 ว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง (*Titulus II. De rebus corporalibus, et incorporalibus*) เป็นเพียงการแบ่งทรัพย์สินประเภทอื่นๆ มิใช่การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด (*summa rerum divisio*) เนื่องจากการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด (*summa rerum divisio*) ตำรากฎหมายเบื้องต้นของไคยอุส และ *corpus iuris civilis* ใช้หลักการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของเรา (*res in nostro patrimonio*) และทรัพย์สินนอกกองทรัพย์สินของเรา (*res extra nostrum patrimonio*) หรืออีกนัยหนึ่ง ทรัพย์สินต่างๆ แบ่งตามประเภทของทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินในพาณิชย์ (*res in commercio*) และทรัพย์สินนอกพาณิชย์ (*res extra commercio*) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม บางท่านก็ยังคงเข้าใจว่าไคยอุสใช้หลักการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดแบ่งออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างอยู่นั่นเอง¹⁵²

สำหรับการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์นั้น มิใช่การแบ่งอย่างสำคัญในสมัยโรมัน มีแต่เพียงหลักเกณฑ์บางประการที่ใช้แก้ปัญหาเฉพาะเรื่องในทางปฏิบัติในบางกรณีเท่านั้น โดยในตำรากฎหมายเบื้องต้นของไคยอุสและจูสตีเนียนมิได้กล่าวถึงการแบ่งทรัพย์สินประเภทนี้เสียด้วยซ้ำ แต่ต่อมาในสมัยกลางกลับกลายเป็นการแบ่งประเภทของทรัพย์สินชั้นสูงสุด โดยเข้ามาแทนที่การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุด แบบเดิมของกฎหมายโรมัน¹⁵³ เกณฑ์ในการแบ่งระหว่างสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ใช้การพิจารณาลักษณะในทางกายภาพของทรัพย์สินสอดคล้องกับความหมายตามรากศัพท์ของคำที่ใช้เรียก ในตำรากฎหมายเบื้องต้นของไคยอุส¹⁵⁴ อธิบายว่าอสังหาริมทรัพย์ได้แก่ที่ดินและทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน ส่วนสังหาริมทรัพย์นั้นมีลักษณะตรงกันข้ามเนื่องจากสามารถเคลื่อนย้ายได้โดยง่าย และยึดถือกันมาตามกฎหมายสิบสองโต๊ะว่า การครอบครองปรปักษ์วัตถุที่เป็นสังหาริมทรัพย์เสร็จสมบูรณ์ใน 1 ปี และ 2 ปีสำหรับการครอบครองปรปักษ์ที่ดินและบ้าน¹⁵⁵ การแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ในสมัยโรมันนั้นมีประโยชน์น้อยมาก และไม่มีทฤษฎีกฎหมายของอสังหาริมทรัพย์เกิดขึ้นแต่อย่างใด นักนิติศาสตร์โรมันเพียงแต่พิจารณาว่าวัตถุที่มีลักษณะเคลื่อนที่ไม่ได้โดยที่ดินเป็นอสังหาริมทรัพย์ ส่วนวัตถุมีรูปร่างที่มีใช้

¹⁵¹ Institutes, 2, 2, 3.

¹⁵² P. Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain* (tome 1, H. Hoste, 1871) 286.

¹⁵³ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 269.

¹⁵⁴ *Gaii Institutionum* 2, 54.

54. *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est (เพราะไม่ใช่ที่ดิน) [quia neque corporalis est]; et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur (ยึดถือที่ดิน), annua usucapio remansit.*

บทนี้เป็นการอธิบายหลักการได้สิทธิเกี่ยวกับในสังหาริมทรัพย์ใช้กำหนดอายุความ 1 ปีเพราะไม่ใช่ที่ดิน แต่หากเป็นกรณีอสังหาริมทรัพย์ต้องใช้กำหนดอายุความ 2 ปีเพราะเป็นการยึดถือที่ดิน

¹⁵⁵ *Gaii Institutionum* 2, 42.

Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

อสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแบ่งออกเป็นสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุที่ไม่เคลื่อนไหวกและสังหาริมทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ในตัวของมันเอง (*res se moventes*) ได้แก่สัตว์ โดยมีการกล่าวถึงสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ไว้ในหมวดที่ว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายโรมันจึงมิได้มีความหมายรวมไปถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยแต่อย่างใด วัตถุไม่มีรูปร่างเป็นเรื่องในอีกหมวดหมู่หนึ่งต่างหากไม่เกี่ยวกับ “สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์” ในสมัยโรมันที่นับเป็นเรื่องของวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น แต่การแบ่งเช่นนี้ก็มิได้มีประโยชน์อันใดอย่างแท้จริงในสมัยโรมัน หากจะมี ก็มีเพียงประโยชน์เพียงเล็กน้อยเท่านั้น¹⁵⁶ เช่น ในช่วงกลางศตวรรษที่ 2 มีประกาศของจักรพรรดิ *Antoninus Pius* กำหนดให้บังคับคดีโดยยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เสียก่อน หากไม่พอชำระหนี้ จึงจะยึดอสังหาริมทรัพย์เพื่อบังคับคดีต่อไปได้¹⁵⁷

นักนิติศาสตร์โรมันยังได้แบ่งประเภทย่อยของอสังหาริมทรัพย์ออกตามสภาพแห่งทรัพย์ซึ่งเป็นที่ดินที่มีสิ่งปลูกสร้าง (*urbana praedia*) กับที่ดินที่ไม่มีสิ่งปลูกสร้าง โดยอัลเปียนอธิบายไว้ในแนววินิจฉัย¹⁵⁸ว่า ที่ดินในเขตเมืองหมายถึงสิ่งปลูกสร้างทุกชนิด ไม่เพียงแต่ที่พบในเมืองเท่านั้น แม้ในหมู่บ้าน เมื่อเป็นสถานที่ทำการหรือสถานประกอบการค้าในเมือง หมู่บ้าน หรือในบริเวณอื่นที่ปลูกสร้างปราสาทหรือคฤหาสน์เพื่อการสันตนาการ เนื่องจากทำเลที่ตั้งว่าอยู่ในเขตเมืองหรือในชนบทนั้นไม่นับเป็นสิ่งสำคัญ ที่สำคัญคือคุณภาพของวัสดุปลูกสร้าง ด้วยเหตุนี้ ส่วนที่เป็นสวนของปราสาท คฤหาสน์ หรือบ้าน เมื่อจัดทำขึ้นเป็นส่วนประกอบของสิ่งปลูกสร้างนั้น ย่อมนับเป็น *urbana praedia* ด้วย แต่ถ้าสวนมิได้จัดทำขึ้นเพื่อหารายได้มากกว่าเพื่อการสันตนาการ เช่น ไร่่อ่ง ไร่มะกอก ย่อมมิใช่ *urbana praedia* กล่าวคือเป็นที่ดินที่ไม่มีสิ่งปลูกสร้างนั่นเอง

¹⁵⁶ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 270.

¹⁵⁷ Digest, 42, 1, 15, 2.

15. Ulpianus, On the Duties of Consul, Book III.

It was stated by the Divine Pius in a Rescript addressed to the magistrates of the Roman people, that those who appoint judges or arbitrators must authorize the execution of the judgments rendered by them.

(1) Our Emperor and his Father stated in a Rescript that even the Governor of a province could execute a judgment pronounced at Rome, if he was directed to do so.

(2) Hence, in the judicial sale of anything which has been taken in execution, movable property, such as animals, must first be sold. If the price of this is sufficient to satisfy the claim, well and good; if it is not, then the real property should be ordered to be taken in execution and sold. Where, however, there is no movable property, the land must be levied upon and sold, in the beginning. Courts are accustomed to decide that, if there is no movable property, the land must be taken into execution, for it is not usual in the beginning to take the land. If the land is not sufficient to pay the debt, or the debtor has none, then any credits which he may have are taken in execution and sold. It is thus that the Governors of provinces execute judgment.

¹⁵⁸ Digest, 50, 16, 198. (*Ulpianus libro secundo de omnibus tribunalibus*): ‘*Urbana praedia*’ omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana.

ต่อมา ในสมัยกลาง ได้หันมาให้ความสำคัญของการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ตามลักษณะของสังคมในสมัยกลางที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมานิกและระบบฟีวตัล จนถึงขนาดว่าในบันทึกกฎหมายประเพณีกลางของกรุงปารีส ฉบับ ปี ค.ศ. 1580 กำหนดให้การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดเป็นการแบ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์เลยทีเดียว โดยในการให้ความสำคัญของการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์นี้ แสดงออกโดยการขยายขอบเขตเนื้อหาครอบคลุมทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง และให้ความสำคัญกับผลในทางกฎหมายของการแบ่งประเภทของทรัพย์สินโดยกำหนดให้อสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง และวางหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของทรัพย์สิน (hiérarchie des biens) ขึ้นมา

159

¹⁵⁹ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 271-278.

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลางและสมัยใหม่

เมื่อพ้นยุคโรมัน กฎหมายโรมันมิได้หายสาบสูญไปทั้งหมด แต่ในสมัยกลางมีการรับเอาแนวคิดของกฎหมายโรมันมาใช้ปะปนกับหลักกฎหมายของชนเผ่าเยอรมานิก นำไปสู่ลักษณะผสมผสานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลาง ต่อมา เมื่อเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ ได้มีการเกิดใหม่ของกฎหมายโรมัน มีการศึกษาและปรุงแต่งหลักกฎหมายในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ได้มีอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง (และพาณิชย์) ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของญี่ปุ่นและของไทย จึงอาจแบ่งพิจารณาศึกษาได้ดังนี้

3.1 ลักษณะผสมผสานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลาง

3.2 การเกิดใหม่ของกฎหมายโรมันและอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินต่อญี่ปุ่นและไทย

3.1 ลักษณะผสมผสานของหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินในสมัยกลาง

มีข้อเท็จจริงที่น่าพิจารณาว่า ชนเผ่าโรมันมีประชากรเก่าแก่ที่เป็นเกษตรกรและมีผลทำให้เป็นเจ้าของที่ดิน ตรงกันข้ามชนเผ่าเยอรมานิกเป็นชนเผ่าเร่ร่อนและมิได้เป็นเกษตรกรมาแต่เดิม คนกลุ่มนี้เข้ายึดถือหลักแหล่งทำการเกษตรในภายหลังเท่านั้น และมีแนวคิดดั้งเดิมในการยึดถือหลักกรรมสิทธิ์ส่วนรวมในที่ดินก่อน หลังจากนั้นจึงเปลี่ยนเป็นหลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ แต่หลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์อาจมีหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่แตกต่างไปจากหลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากในกรณีสังหาริมทรัพย์อาจสูญหายหรือบุบสลายได้ง่าย เคลื่อนย้ายได้โดยง่าย ปัจเจกชนมีสิทธิโอนไปอย่างเด็ดขาดหากมีอำนาจยึดถือทรัพย์สินโดยตรงและเป็นอำนาจส่วนบุคคลของปัจเจกชนผู้นั้น ในขณะที่การโอนอสังหาริมทรัพย์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนยิ่งกว่า¹⁶⁰

ปัญหานี้เชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์หลักกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ซึ่งมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินและประโยชน์ที่ค้นพบหรือมูลค่าที่ให้กับทรัพย์สินนั้น แนวคิดประการแรกตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลัก**เศรษฐศาสตร์การเลี้ยงสัตว์**โดยที่ดินมีไว้เพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกัน ส่วนสัตว์เลี้ยง อาวุธ และม้าทั้งหลายนั้นเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลโดยการทำเครื่องหมายเพื่อระบุเป็นเจ้าของไว้ หากไม่ทำเครื่องหมายจะเป็นกรรมสิทธิ์ส่วนรวมของชุมชน ในขณะที่แนวคิดประการที่สองตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลัก**เศรษฐศาสตร์การเพาะปลูก** โดยมีกลุ่มเครือญาติอยู่เหนือปัจเจกบุคคล ทรัพย์สินที่ใช้อย่างคงทนถาวรเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของระบบเครือญาติ การแบ่งออกเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลกับทรัพย์สินของครอบครัว ที่ดินเป็นมีไว้ใช้ในครอบครัว อสังหาริมทรัพย์ไม่อาจยึดบังคับคดีได้และไม่อาจโอนแก่กันได้ แต่ก็มีกรณีที่ดินออกเป็นที่ดินของครอบครัวกับที่ดินที่ได้มาด้วยตนเอง ซึ่งที่ดินที่ได้มาด้วยตนเองนี้เจ้าของมีสิทธิจำหน่ายโอนต่อไปได้ ตรงกันข้าม การแบ่งออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ซึ่งหมายถึงวัตถุที่เคลื่อนที่ได้กับวัตถุที่เคลื่อนที่ไม่ได้เป็นการตอบสนองหลัก**เศรษฐศาสตร์การแลกเปลี่ยน** ฟาร์มปศุสัตว์ (cheptel) ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ทั้งตัวที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง รวมทั้งสัตว์ในฟาร์มด้วยเนื่องจากเกี่ยวเนื่องโดยตรงจากการใช้ประโยชน์ที่ดินนั้นตามลักษณะที่

¹⁶⁰ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 27 – 28.

เป็นองค์ประกอบที่จำเป็นต่อการมีอยู่ของฟาร์ม แต่หากมีการนำสัตว์ออกขายแยกต่างหากย่อมเป็นการขายสังหาริมทรัพย์ การแยกตามกฎหมายเยอรมานิคจึงเป็นการแบ่งแบบโบราณที่ยังมีข้อบกพร่อง และกลับมีการแบ่งตามกฎหมายประเพณีเป็นประเภทกลางๆ ประเภทพิเศษของดินแดนภาคเหนือของประเทศฝรั่งเศส ที่ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์และไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินประเภทพิเศษนี้เรียกว่า *catala*¹⁶¹ ประเพณีโบราณนี้ยึดถือตามธรรมเนียมดั้งเดิม โดยเฉพาะในเขตนอร์ม็องดี ในศตวรรษที่ 13 กล่าวกันว่า มีการแบ่งทรัพย์สินสูงสุดแบ่งออกเป็น *catala* กับ *feoda* ทำนองเดียวกับที่อังกฤษแบ่งออกเป็น *goods* กับ *chattels* ทั้งนี้ *catala* มีอยู่หลากหลายมาก เช่น ไม้ที่ยังไม่ถึงเวลาที่จะตัดเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ ไม้ผลที่ยังเก็บเกี่ยวไม่ได้ ต้นข้าวสาลีที่ใกล้ฤดูเก็บเกี่ยว สิ่งปลูกสร้างเล็กน้อยดังเช่นโรงนาและคอกม้า ส่วนที่ทอดได้ของกังหัน เป็นต้น¹⁶²

3.1.1 อิทธิพลของกฎหมายโรมัน

ด้วยอิทธิพลจากหลักคำสอนของนักนิติศาสตร์โรมัน มีผลว่าสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อย ในขณะที่อสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่ามาก ดังนั้น ทรัพย์สินในสมัยกลางหากมีความสำคัญทางสังคมหรือทางเศรษฐกิจเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์สินของเจ้าศักดินาย่อมถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ ไม่เพียงแต่ที่ดินพิวตัลเท่านั้น Pierre de Blois หรือตามชื่อในภาษาละตินว่า *Petrus Blesensis* ได้นำหลักปรัชญาที่อริสโตเติลและซีเซโรอธิบายไว้มากกล่าวไว้ในช่วงกลางศตวรรษที่ 12 ว่ามีการให้นักศึกษาศึกษาวิจัยเกี่ยวกับความเป็นไปของธรรมชาติ หลักการของสภาพของวัตถุ จากสิ่งหนึ่งไปยังสิ่งต่างๆ ที่หลากหลาย การแบ่ง สวรรค์ และรูปแบบของถ้อยคำ สวรรค์ของสิ่งที่เป็นสากล มูลเหตุของสิ่งต่างๆ การแบ่งประเภทของมูลเหตุที่เข้ามามีส่วนในสัญญาและคล้ายสัญญา¹⁶³ การฝึกฝนสติปัญญาเช่นนี้นำนักนิติศาสตร์ไปสู่ความสามารถในการแบ่งประเภทของทรัพย์สินและจัดตั้งระบบระเบียบขึ้นมาได้ เช่นนี้ การแบ่งประเภททรัพย์สินสูงสุดจึงเกิดขึ้นตามมา โดยในสมัยกลางเป็นการแบ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ แนวคิดกฎหมายโรมันที่ว่าสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยและอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่ามากได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในกล่าวไว้ในงานเขียนในสมัยกลางว่า “การครอบครองสังหาริมทรัพย์มีราคาถูก (*mobiliū rerū vilis est possessio*)” คำกล่าวเช่นนี้ไปกันได้ดีกับสังคมพิวตัลซึ่งที่ดินเป็น

¹⁶¹ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 28.

¹⁶² Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 32.

¹⁶³ Peter of Blois, *Petri Blesensis Bathoniensis archidiaconi Opera omnia: Epistolæ Volumen 1 de Petri Blesensis Bathoniensis archidiaconi Opera omnia: nunc primum in anglia ope codicum manuscriptorum editionumque optimarum*, John Allen Giles, Apud I.H. Parker, Londini, apud T. Rodd [and 4 others], 1847, 316.

101. - *Quidam antequam disciplinis elementaribus imbuantur, docentur inquirere de puncto, de linea, de superficie, de quantitate animæ, de fato, de pronitate naturæ, de casu et libero arbitrio, de materia et motu, de principiis corporum, de progressu multitudinis, et magnitudinis sectione, quid sit tempus, quid inane, quid locus, de eodem et de diverso, de diviso, et de dividuo et individuo, de substantia et forma vocis, de essentia universalium, de ortu, usuque et fine virtutum, de causis rerum, de refluxione oceani, de ortu Nili, de variis latentis naturæ secretis, de variis figuris causarum, quæ in contractibus vel quasi- contractibus, maleficiis, vel quasi maleficiis oriuntur, de primis rerum initiis, et aliis quampluribus, quæ plenioris scientiæ fundamentum, et eminentiores exigunt intellectus.*

แหล่งที่มีมูลค่าราคาที่สูงจริงในยุคนั้นอีกทั้งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในระบบฟิวดัลอีกด้วย กฎหมายประเพณีจึงตอบสนองความต้องการและจิตวิญญาณของสังคมเช่นนี้โดยให้ความคุ้มครองพิเศษแก่อสังหาริมทรัพย์ ทั้งในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์ การห้ามยึดไปบังคับคดี และสำหรับที่ดินอิสระมีหลักคุ้มครองทายาทในส่วนแบ่งทรัพย์มรดกเป็นพิเศษ ตรงกันข้ามสังหาริมทรัพย์ไม่มีกฎหมายพิเศษคุ้มครองเช่นนี้ จึงอาจโยกย้ายและโอนเปลี่ยนมือได้โดยง่าย อีกทั้งหลักกฎหมายครอบครัวมรดกให้ความสนใจสังหาริมทรัพย์น้อยมาก¹⁶⁴

ในช่วงศตวรรษที่ 13 จึงยังคงไม่ให้ความสำคัญกับสังหาริมทรัพย์มากเท่ากับการให้ความสำคัญแก่อสังหาริมทรัพย์ Beaumanoir บันทึกคำอธิบายกฎหมายประเพณีไว้ในหนังสือ *Coutumes de Beauvaisis* ลักษณะ 23 ว่าด้วยสังหาริมทรัพย์และมรดก (héritages)¹⁶⁵ โดยกล่าวถึงสังหาริมทรัพย์ในบทที่ 671¹⁶⁶ ว่าโดยทั่วไปเป็นวัตถุที่อาจขนย้ายจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งได้ แต่อาจมีวัตถุบางอย่างตามประเพณีของเราที่ไม่อาจขนย้ายได้ก่อนที่จะสุกหรือพร้อมที่จะเก็บเกี่ยวและถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่ในส่วนของมรดกหรืออสังหาริมทรัพย์นั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าตามบทที่ 672 – 678 โดยต้องมีลักษณะสามประการคือ ประการที่หนึ่ง ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้¹⁶⁷ ประการที่สอง ก่อให้เกิดรายได้แก่เจ้าของในแต่ละปี¹⁶⁸ และประการที่สาม ถาวรไม่สูญสลายไป¹⁶⁹

มีข้อสังเกตว่า ในยุคนั้น คำว่ามรดก (héritages) ใช้แทนคำว่าสังหาริมทรัพย์เนื่องจากในสมัยกลางอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่ได้มาโดยทางมรดกมากกว่าการได้มาในระหว่างมีชีวิตเป็นอันมาก จึงมีการใช้ถ้อยคำที่อาจสร้างความสับสนขึ้นได้เนื่องจากการใช้ถ้อยคำที่ปะปนกันไปถึงขนาดที่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 523¹⁷⁰ ก็ได้นำแนวคิดโบราณนี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงร่องรอยของกฎหมายประเพณีดั้งเดิมในสมัยกลาง ในส่วนนี้จึงมีใช้การรับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน หากแต่เป็นพัฒนาการตามสถานการณ์ความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสมัยกลางเสียมากกว่า โดยเป็นทรัพย์มรดกอันสืบสิทธิตกทอดมาไม่ใช่ทรัพย์อันเกิดจากการเข้าถือเอาที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ไม่มีเจ้าของ

¹⁶⁴ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 30.

¹⁶⁵ Philippe de Beaumanoir *Coutumes de Beauvaisis, texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique, par Am. Salmon, tome 1*, Paris: A. Picard et fils, (1899-1900) 340. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2208269/f344.item> สืบค้นเมื่อ 12 ธันวาคม 2566

¹⁶⁶ 671.- Les meubles, à parler généralement, sont toutes les choses que sont susceptibles d'être mues, c'est-à-dire toutes les choses qui peuvent être transportées (mues) d'un lieu à un autre. Mais certaines choses en font partie, selon notre coutume, qui ne peuvent être transportées avant le moment qu'elles sont mûres et qui sont jugées comme meubles, comme que vous le verrez plus bas.

¹⁶⁷ 672.- Les héritages sont les choses qui **ne peuvent être mues (transportées)** ...

¹⁶⁸ 672.- (Les héritages sont les choses qui ne peuvent être mues) et **qui rapportent chaque année** (valent par années) à leurs propriétaires (seigneurs) : ainsi, les terres labourables, les bois, les prés, les vignes, les jardins, les cens, les rentes, les fours, les moulins, les pressoirs, les maisons qui sont érigées (droites) tant qu'elles tiennent à chevilles, les cours d'eaux, les droits d'usage – pourvu qu'ils soient tenus de seigneurs –, les corvées, les hommages, les travers, les tonlieux. Toutes ces choses sont des héritages.

¹⁶⁹ 678.- On ne doit pas considérer (tenir) comme héritage une choses qui meurt, car ce qui meurt disparaît (faut) or héritage ne peut faillir.

¹⁷⁰ **Article 523** (Création Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés.

Beaumanoir อธิบายไว้ด้วยว่าหากมีการชุด ตัดหรือเก็บเกี่ยวแล้วทรัพย์สินย่อมพ้นสภาพความเป็นอสังหาริมทรัพย์และกลายเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่กลับมีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นส่วนใหญ่มีให้นำหลักการนี้มาใช้กับข้าวสาลีซึ่งแม้ใช้อุปกรณ์ตัดทั้งไว้ในทุ่งนาและยังมิได้ขนย้ายออกไปก็ตามก็ให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว เว้นแต่จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของ Clermont ส่วนอุ้งนั้นนั้นถือเป็นสังหาริมทรัพย์ทันทีที่ออกผลเพื่อเป็นการตอบแทนผลของการใช้แรงงาน สำหรับข้าวสาลีก็เช่นกัน แม้ยังมิได้เก็บเกี่ยว ให้คิดมูลค่าแรงงานเป็นสังหาริมทรัพย์ ข้าวโอ๊ต ไวน์ เหยี่ยวเงินตราที่ทำ ม้า โลหะทุกชนิด และสินค้าต่างๆ ที่สามารถขนส่งได้เป็นสังหาริมทรัพย์¹⁷¹ หลักการเช่นนี้ได้รับการยอมรับและนำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 520 ต่อไปด้วย¹⁷²

อย่างไรก็ตาม แนวคิดตามกฎหมายโรมันว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างยังคงมีอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายฝรั่งเศส โดยมีร่องรอยของการรับแนวคิดที่ว่าทรัพย์สินเป็นวัตถุมีรูปร่างเนื่องจากมีลักษณะเป็นวัตถุ เป็นรูปธรรม และมีรูปร่าง (*matérielle concrète et corporelle*)¹⁷³ มนุษย์ใช้สิ่งของในการบริโภค ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ใช้น้ำ ใช้ที่ดิน เก็บเกี่ยวผลิตผลทางการเกษตร ทำสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน จึงได้มีการวางบทบัญญัติเหล่านี้ในส่วนต่างๆ กระจายอยู่ในประมวลกฎหมายฝรั่งเศสในยุคสมัยใหม่โดยใช้คำว่า “วัตถุมีรูปร่าง (*choses*)” แทนที่จะใช้คำว่า “ทรัพย์สิน (*bien*)” เช่นในมาตรา 544 มาตรา 578 มาตรา 1197 มาตรา 1242 เป็นต้น

ในส่วนของวัตถุไม่มีรูปร่างในลักษณะที่เป็นสิทธิ ในยุคสมัยใหม่ นักนิติศาสตร์อธิบายว่าสิทธิซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนี้เป็นการให้ความหมายยอมรับบังคับกันได้ทางกฎหมายนั่นเองและพัฒนาไปสู่แนวคิดด้วยกองทรัพย์สิน (*patrimoine*) เช่น กรรมสิทธิในห้องชุดริมทะเล สิทธิในที่ดิน ทรัพย์สินต่างๆ เหนือวัตถุมีรูปร่าง และนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งให้ความเห็นขยายความไปถึงสิทธิในกลุ่มลูกค้าที่อาจโอนจำหน่ายแก่ผู้อื่นได้ (*clientèle*) สิทธิการเช่าอพาร์ทเมนต์ในกรณีที่น่าโอนกันได้ตามกฎหมาย สิทธิทางหนี้ที่มีราคาไม่ว่าจะมีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีความเห็นโต้แย้งกันอยู่ในทางวิชาการว่ากรรมสิทธิไม่อาจมีได้เหนือวัตถุไม่มีรูปร่าง จึงขึ้นอยู่กับว่าจะตีความคำว่าวัตถุไม่มีรูปร่างในความหมายอย่างแคบหรือในความหมาย

¹⁷¹ 673.- Les meubles sont toutes les choses qui viennent (issent = sortent) des héritages, aussitôt qu'elles sont cueillies, comme le bois quant il est coupé, le blé aussitôt qu'il est semé. Mais, pour le blé, il n'en est pas ainsi dans beaucoup de pays, mais il est héritage jusqu'au moment où il est fauché (soié) ; mais, à Clermont, nous (l') avons vu par trois fois approuver, et plus bas nous exposerons les cas qui ont donné lieu à ces décisions (les cas pour quoi ce fu jugié). Et, pour les vignes aussi, nous avons vu juger que, dès que la vigne est cultivée (faite) au point que le raisin est formé, les fruits (despueille) sont réputés meubles, et auparavant le prix du travail. Egalement, pour les blés avant qu'ils ne soient semés, le prix du travail de la terre est réputé meuble. L'avoine, le vin, l'argent monnayé (denier), les chevaux, tous les métaux et tels sortes de marchandises qui peuvent être transportées sont réputés meubles.

¹⁷² Article 520 (Version en vigueur depuis le 21 mars 1804, Création Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles.

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.

Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble.

¹⁷³ Michel Villey 'L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains' (1946) 24 *Revue historique de droit français et étranger* 209. <http://www.jstor.org/stable/43844228>. สืบค้นเมื่อ 1 ธันวาคม 2566.

อย่างกว้างด้วย¹⁷⁴ ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเคยมีบทบัญญัติมาตรา 1240 ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในช่วงระหว่างวันที่ 21 มีนาคม 1804 จนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2016¹⁷⁵ ว่า “การชำระหนี้โดยสุจริตแก่บุคคลที่ครอบครองหนี้ (celui qui est en possession de la créance) มีผลสมบูรณ์ แม้จะปรากฏในภายหลังว่าผู้ครอบครองไม่มีสิทธิก็ตาม”¹⁷⁶ ส่วน “กรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce)” เป็นผลมาจากการตีความกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวโดยคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1995 โดยศาลยุติธรรมสูงสุดแผนกคดีพาณิชย์¹⁷⁷ โดยที่ตามปกติสัญญาค้ำประกันไม่จำเป็นต้องมีค่าตอบแทนในการผูกพันตนเข้าค้ำประกันและมีคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันเป็นสาระสำคัญ โดยต้องมีการระบุแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบในสัญญาด้วยว่าลูกหนี้มีสถานะทางการเงินเช่นไรเพื่อคุ้มครองผู้ค้ำประกันมิให้จำต้องเสี่ยงภัยมากเกินไปในการเข้าผูกพันตน กฎหมายฝรั่งเศสคุ้มครองโดยใช้มาตรการการรับรู้สถานะทางการเงินของลูกหนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญของสัญญาค้ำประกันเพื่อเป็นหลักประกันในการตัดสินใจว่าตกลงใจเข้าผูกพันตามสัญญาค้ำประกันหรือไม่ แต่ในคดีนี้ศาลกลับมิได้นำมาปรับใช้ในคดีโดยศาลยุติธรรมสูงสุดแผนกคดีพาณิชย์ตัดสินว่าแม้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ แต่ในเมื่อเป็นการสัญญาค้ำประกันการเช่าระหว่างบริษัททั้งสองเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้แหล่งทุนในการซื้อสิทธิในกิจการค้า หากต่อมาบริษัทคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ศาลล่างจะตัดสินให้สังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติมาตรา 115 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 มกราคม 1985 โดยไม่ใช่วัตถุแห่งการบังคับคดีล้มละลายไม่ได้ เนื่องจากการบิดเบือนบทบัญญัติมาตรา 2279 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นและบัญญัติในวรรคหนึ่งว่าในเรื่องสังหาริมทรัพย์ครอบครองมีค่าเท่ากับกรรมสิทธิ์) ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงเป็นการตีความกฎหมายของศาลฝรั่งเศสว่าการครอบครองสิทธิในกิจการค้าอันเป็นเรื่องการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่างอยู่ในความหมายของคำว่าสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจมีกรรมสิทธิ์ได้ตามบทบัญญัติมาตรา 2279 ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน¹⁷⁸ และเป็นฐานที่มาของบทบัญญัติมาตรา 1303 ของไทยนั่นเอง¹⁷⁹

จะเห็นได้ว่า ปัญหาเหล่านี้ล้วนมีผลสืบเนื่องมาจากข้อโต้แย้งที่มีมานานแล้วในหมู่นักนิติศาสตร์สมัยโรมันโบราณและนักนิติศาสตร์ในยุคสมัยใหม่ได้นำกฎหมายโรมันที่เป็นรากฐานแนวคิดมาแต่แรกมาใช้ในการตีความเพื่อยกเหตุผลสนับสนุนความเห็นในทางวิชาการของตนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้นั่นเอง

¹⁷⁴ Nadège Reboul-Maupin, *Droit des biens* (HyperCours Dalloz, 9e edn, 2022) 23 – 27.

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสประกาศใช้โดยรัฐบัญญัติเลขที่ 1804-02-07 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 1804 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 มีนาคม 1804 เป็นต้นไป และสำหรับบทบัญญัติมาตรา 1240 ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในช่วงระหว่างวันที่ 21 มีนาคม 1804 จนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2016

¹⁷⁶ **Article 1240**

Version en vigueur du 21 mars 1804 au 01 octobre 2016

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

¹⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 21 novembre 1995, 93-19.535, Inédit.

¹⁷⁸ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ (เชิงอรธ 60) 55-60.

¹⁷⁹ มานวราชเสวี, พระยา, *หนังสือที่ระลึกครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี. ตอนที่ 2 ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5* (คณะกรรมการจัดงานเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ 2533) 52.

3.1.2 อิทธิพลของกฎหมายอนารยชน

เมื่อจักรวรรดิโรมันตะวันตกล่มสลายในช่วงปลายศตวรรษที่ 5 พลเมืองโรมันยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโรมันและกฎหมายโรมันยังคงมีผลใช้บังคับสืบต่อมาในยุโรปจนถึงปลายศตวรรษที่ 11 เว้นแต่ในอิตาลีและดินแดนตอนใต้ของฝรั่งเศส รวมทั้งในดินแดนอื่นๆ สำหรับผู้ที่เป็พลเมืองโรมันมาแต่เดิม กฎหมายโรมันก็ยังคงใช้บังคับสืบต่อมาไม่ขาดสาย¹⁸⁰

ในเขตที่ปกครองโดยชนเผ่าเยอรมานิกใช้หลักบุคคลมิใช่หลักดินแดนเนื่องจากมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเยอรมานิกว่าบุคคลย่อมอยู่ในบังคับของกฎหมายที่พวกเขาถือกำเนิด¹⁸¹ กฎหมายเยอรมานิกปรับใช้หลักเกณฑ์ของชนเผ่าดั้งเดิมที่เล่าขานสืบต่อกันมาด้วยวาจา ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งเป็นราชอาณาจักรในที่ต่างๆ จึงได้มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้อิทธิพลของรูปแบบโบราณที่เรียกว่า *leges nationum Germanicarum* หรือในภาษาเยอรมันที่เรียกว่า *Volksrechte* โดยสอดคล้องกับสังคมเกษตรกรรมโบราณ เช่น กฎหมายซาลิก (*lex Salica* - กฎหมายของชนเผ่าแฟรงก์ซาลิกซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของชนเผ่าเยอรมานิกและเป็นบรรพบุรุษของชาวฝรั่งเศสในปัจจุบัน) ที่น่าจะอยู่ในช่วงปลายรัชสมัยของกษัตริย์โคลวิสประมาณ ค.ศ. 507 ถึง ค.ศ. 511 ราชอาณาจักรเยอรมานิกต่างๆ ในยุโรป เช่น แฟรงก์ ออสโตรกอทส์ วิซิกอทส์ และลอมบาร์ด ได้รวมเอาประชากรที่ถือกำหนดเป็นชาวโรมันและเยอรมานิกเข้าด้วยกัน ในการปรับใช้กฎหมายใช้หลักบุคคล (principle of the 'personality' of law) ไม่ว่าจะมียุทธ์อยู่ ณ ที่ใด และมีใครเป็นผู้ปกครองดินแดนนั้น ปัจเจกบุคคลยังคงอยู่ในบังคับของกฎหมายที่ตนมีถิ่นกำเนิด ในยุคของจักรพรรดิชาเลอมาญ (Charlemagne) ซึ่งเริ่มจากการเป็นกษัตริย์ของพวกแฟรงก์ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 768 เป็นกษัตริย์แคว้นลอมบาร์ดในปี ค.ศ. 774 และสถาปนาจักรวรรดิคาโรแล็งเจียนในปี ค.ศ. 800 แม้มีความพยายามให้มีการใช้กฎหมายเดียวกันบังคับแก่คนในจักรวรรดิแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ ต้องรอในยุคต่อมาที่ประสบปัญหาความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมายท่ามกลางบุคคลหลายชาติหลายภาษาที่มารวมกันอยู่ในดินแดนเดียวกันเกินกว่า 20 ชนเผ่าในหนึ่งตารางกิโลเมตร จึงได้มีการละทิ้งหลักบุคคลและเปลี่ยนไปใช้หลักดินแดน (principle of territoriality) แทน ทั้งนี้ โดยปรับใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่บุคคลเหล่านั้นอาศัยอยู่โดยไม่จำต้องคำนึงว่ามีแหล่งกำเนิดมาจากชนเผ่าใด¹⁸²

โดยที่เป็นกฎหมายประเพณี ย่อมมุ่งหมายผลในทางปฏิบัติมากกว่าการวางหลักการทางทฤษฎี การศึกษาวิเคราะห์ในทางทฤษฎีจึงมีอยู่อย่างจำกัด สิ่งที่บันทึกไว้และนำไปอ้างอิงเป็นหลักในการตัดสินใจตัดสินคดีในศาลจึงมีลักษณะที่มุ่งหมายตอบสนองการตัดสินใจเฉพาะเรื่องเฉพาะราวเป็นสำคัญ

ตามหลักกฎหมายเยอรมานิกอสังหาริมทรัพย์มีวัตถุเป็นที่ดินเป็นสำคัญ (*res soli*) ดังนั้น บ้านเป็นอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นบางแห่งไม่รวมเพิงไม้ที่รื้อถอนได้ง่าย ผลิตผลการเกษตรที่รอการเก็บเกี่ยว ถึงเก็บงุ่นในโรงงุ่น กังหันลมในที่ดิน นับว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกัน หรือตามที่ปรากฏ

¹⁸⁰ Bram Akkermans (2008), *The principle of numerus clausus in European property law*, Maastricht University, 56. <https://doi.org/10.26481/dis.20081017ba> สืบค้นเมื่อ 18 เมษายน 2567.

¹⁸¹ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 56.

¹⁸² Van Caenegem, R. C., *An Historical Introduction to Private Law (Introduction historique au droit privé)*, (trans. D. Johnston, Cambridge: Cambridge University Press, 1988) 18-19.

ในคำพิพากษาของศาลในปี ค.ศ. 1280 ซึ่งวินิจฉัยว่า “วัตถุทั้งหลายที่ตอกตะปู ลิ่ม หรือลงฐานราก”¹⁸³ หรือ แม้แต่ “อสังหาริมทรัพย์โดยวัตถุประสงค์ของการใช้ (immeuble par destination)” ตามกฎหมายประเพณี ก็ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์เช่นกัน¹⁸⁴ อย่างไรก็ตาม แม้ตามความเห็นทางวิชาการของผู้จัดบันทึกในบันทึก จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่เรียกว่า “Somme rural”¹⁸⁵ ปลาในบ่อ ปืนใหญ่ในปราสาท เป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยวัตถุประสงค์แห่งการใช้ จะได้มีการอธิบายความเห็นทางวิชาการไว้นอกจากจะคำนึงถึงประโยชน์ที่ได้ จากการใช้แล้วยังจะต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อสภาพแห่งทรัพย์นั้นด้วย เช่น ในบันทึกกล่าวไว้ว่าโดยสภาพนั้นบ่อ ปลาต้องมีปลา แต่แท้จริงแล้วตามกฎหมายประเพณีกลับถือว่าปลาในหนองน้ำ นักพิราบในกรงนกขนาดใหญ่ ผึ้งในรัง ล้วนเป็นสังหาริมทรัพย์เนื่องจากขาดลักษณะการใช้ทรัพย์โดยสภาพธรรมชาติ จึงมิใช่อสังหาริมทรัพย์ โดยวัตถุประสงค์ของการใช้แต่อย่างใด

3.1.3 อิทธิพลของระบบฟิวคัล

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 8 กฎหมายฟิวคัลได้พัฒนาขึ้นโดยเริ่มต้นขึ้นก่อนในช่วงการปกครองในระบบกษัตริย์ ของชนเผ่าแฟรงก์ จากนั้นจึงค่อยๆ แพร่ขยายไปยังดินแดนยุโรปตะวันตก กฎหมายฟิวคัลเป็นระบบกฎหมายที่มีแบบแผนของตนเองและแตกต่างไปจากกฎหมายโรมัน โดยใช้เวลาก่อร่างสร้างตัวประมาณ 400 ปีโดยไม่ได้เป็นผลมาจากการนิติบัญญัติโดยตรงหรือจากการการเรียนการสอนหรือนักวิชาการนิติศาสตร์ หากแต่เป็น พัฒนาการที่เกิดจากจาริตประเพณีโดยอาจเกิดจากการมีส่วนร่วมได้รับอิทธิพลมาจากอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ ของผู้ปกครองในบางกรณีที่เป็นรายละเอียดบางเรื่องหรือเป็นการกำหนดหลักการใหม่ในบางกรณีโดยเฉพาะ สำหรับ *libri feodorum* ซึ่งเป็นบันทึกรวบรวมกฎหมายฟิวคัลของแคว้นลือมบาร์ดจึงไม่อาจเกิดมีขึ้นจนกว่า จะถึงศตวรรษที่ 12¹⁸⁶ ส่วนบันทึกการรวบรวมกฎหมายจาริตประเพณีฝรั่งเศสที่มีชื่อเสียงมากที่สุดจัดทำ เผยแพร่ในศตวรรษที่ 13 ของ Philippe de Beaumanoir เป็นบันทึก Coutumes de Beauvaisis ประมาณ ปี ค.ศ. 1279 นอกจากนี้ยังมีบันทึกกฎหมายจาริตประเพณีกรุงปารีส (Coutume de Paris) ปรากฏในช่วง ปลายศตวรรษที่ 14 และเพิ่มเติมจนถึงปลายศตวรรษที่ 16 บันทึกกฎหมายจาริตประเพณีของกรุงปารีสและ

¹⁸³ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse (เชิงอรรถ 15) 31.

¹⁸⁴ กฎหมายไทยกับกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดความหมายของ “อสังหาริมทรัพย์” ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมาย แห่งฝรั่งเศส มาตรา 517 อสังหาริมทรัพย์มี 3 ประเภท ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์โดยสภาพ “อสังหาริมทรัพย์ by destination” และทรัพย์สินที่เหนืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งส่วนที่ไม่เหมือนกฎหมายไทยคือ “อสังหาริมทรัพย์ by destination” เพราะตาม กฎหมายไทยเป็นสังหาริมทรัพย์

“อสังหาริมทรัพย์ by destination” ได้แก่ ทรัพย์ที่แต่เดิมเป็นสังหาริมทรัพย์อยู่ แต่ต่อมากฎหมายให้ถือว่าเป็น อสังหาริมทรัพย์เนื่องจากมีความสัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้นกับตัวทรัพย์ประธานที่เป็นอสังหาริมทรัพย์โดยสภาพในสถานะที่ไปใช้ เป็นอุปกรณ์ (accessory) แก่ตัวทรัพย์ประธาน เช่น รูปปั้นที่นำไปติดในตัวอาคาร พรมที่นำไปติดตรงบันไดบ้าน สัตว์ที่เลี้ยงไว้ในฟาร์ม เครื่องมือเครื่องใช้ในอู่ซ่อมรถ เครื่องครัวที่ทำ built-in ในบ้านแล้ว ทั้งนี้ จะเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต่อเมื่อเข้า หลักเกณฑ์ครบเงื่อนไข 2 ประการคือ

1. ทรัพย์ทั้งสองมีเป็นของบุคคลเดียวกัน
2. ต้องมีการนำทรัพย์ไปสอยแล้วหรือนำไปติดอย่างถาวรกับทรัพย์ประธาน

¹⁸⁵ Jean Bouteiller, *Somme rural, ou Le grand coutumier général de pratique civil et canon* (revue, corrigé sur l'exemplaire manuscrit, illustré de commentaires et annotations par Louys Charondas Le Caron, Paris, Macé, 1603). อ้างโดย Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 31.

¹⁸⁶ Van Caenegem, R.C. (เชิงอรรถ 182) 20.

ดินแดนโดยรอบกรุงปารีส (Grand Coutumier de France) ที่เริ่มตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1388 สำหรับในเขตฝรั่งเศสตอนเหนือซึ่งเป็นดินแดนแห่งกฎหมายประเพณี¹⁸⁷ โดยรอบเป็นไปตามบันทึกกฎหมายในเขตชนบทที่เรียกว่า Somme Rural ซึ่งน่าจะจัดทำขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1393 ถึง 1396 ซึ่งใช้ศึกษากฎหมายกันอยู่โดยจำต้องเข้าสู่ระบบการศึกษาในมหาวิทยาลัย เพราะเขียนขึ้นโดยเน้นให้ประชาชนอ่านและทำความเข้าใจกันเองโดยสามารถเข้าถึงกันได้ในหมู่ประชาชนในชนบท

ระบบฟิวดัลทำให้เกิดการแบ่งประเภทของทรัพย์สินแบบใหม่ขึ้น โดยการแบ่งที่สำคัญที่สุดคือ ที่ดินอิสระ (aleu/alleu หรือ franc-aleu) และที่ดินฟิวดัล (fief) นอกจากนี้ยังมีการแบ่งประเภทอื่นๆ อีก แต่มีใช้ลักษณะเด่นในยุคฟิวดัลแต่อย่างใด ได้แก่ ทรัพย์สินฟิวดัลและทรัพย์สินที่ไม่มีฟิวดัล ทรัพย์สินของขุนนางและทรัพย์สินของสามัญชน

ในสมัยกลาง ลักษณะของ fief เป็นการผสมผสานระหว่างกรรมสิทธิ์กับอำนาจของผู้ปกครอง กรรมสิทธิ์สะท้อนลักษณะของตัวเจ้าของ แต่เป็นเจ้าของที่มีอำนาจปกครอง อำนาจ ความยุติธรรม และความ เป็นเจ้าขุนมูลนายผูกพันอยู่กับตัวที่ดินซึ่งเป็นมูลเหตุสำคัญของการมีอำนาจที่ยาวนานของระบบฟิวดัล **จึงมีผล เป็นการกำหนดให้อสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง** โดยเป็น ผลของพัฒนาการในทางเศรษฐกิจและการเกิดขึ้นของคุณค่าทางสังคมรูปแบบใหม่ภายใต้สังคมที่ยึดถือ เกษตรกรรมเป็นหลักซึ่งเป็นลักษณะของสมัยกลาง ที่ดินเป็นฐานการผลิตที่สำคัญและนำไปสู่ความมั่งคั่ง การมี ที่ดินในครอบครองจึงให้อำนาจทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองตามมาด้วย ด้วยเหตุนี้การแบ่งประเภทของ ทรัพย์สินออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์จึงมีความสำคัญมากในยุคนั้น แม้ตามกฎหมายเยอรมานิค ดั้งเดิมมิได้ให้ความสำคัญกับหลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลในที่ดินเนื่องจากเป็นไปตามแนวคิดที่ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ร่วมกันของชุมชน แต่ก็มีกรณีการคลี่คลายขยายตัวไปสู่การยอมรับความสำคัญของอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่สามารถ เป็นมรดกตกทอดไปสู่ทายาทโดยเป็นทรัพย์สินของครอบครัวได้ แม้ว่านักกฎหมายประเพณีในสมัยกลางจะ เลือกใช้คำว่า “มรดก” แทนคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” เนื่องจากให้ความสำคัญกับการตกทอดทางมรดกเป็น ทรัพย์สินในครอบครัว มิใช่ทรัพย์สินส่วนตัวของปัจเจกชน เนื่องจากถือหลักความสัมพันธ์ทางครอบครัวตาม หลักสืบสายโลหิตและมีสาระสำคัญอยู่ที่การมีทรัพย์สินไว้ใช้สอยร่วมกันภายในบ้านสำหรับสมาชิกในครอบครัว ทั้งในปัจจุบันและเมื่อมีการสืบทอดทางมรดกกันต่อไปในอนาคตอีกด้วย¹⁸⁸

ลักษณะการเกิดขึ้นของความสัมพันธ์ในระบบที่ดินฟิวดัล เห็นได้จากศัพท์กฎหมายคำว่า alleu ในช่วง ปลายยุคราชวงศ์คาโรแล็งเจียนหมายถึงที่ดินของครอบครัวที่สามารถตกทอดทางมรดกได้และยังหมายถึงที่ดิน ที่เป็นอิสระจากการตกอยู่ภายใต้ระบบฟิวดัลอีกด้วย เนื่องจากมีความหมายตามกฎหมายฟิวดัลในศตวรรษที่ 11 ว่า กรรมสิทธิ์ทางมรดก (หมายถึงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์) ที่เป็นอิสระจากหน้าที่หรือภาษีใดๆ (Propriété héréditaire, libre de toute obligation ou redevance) การมีที่ดินเป็นอิสระนี้มีชื่อเรียกว่า alleu หรือ Franc-alleu ซึ่งในศตวรรษที่ 11 คำที่บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่า alue นี้มีรากศัพท์มาจาก คำว่า alòd อันเป็นภาษาโบราณที่ใช้กันในเขตฟร็องโกเนียนของดินแดนแฟรงก์ต่ำ (Low Franconian - bas francique) หมายถึงดินแดนโบราณของชนเผ่าเยอรมานิกในแถบเยอรมานิคตอนใต้ เนเธอร์แลนด์ เขตฟลาน เดอร์ของเบลเยียม และบางส่วนของฝรั่งเศสและเยอรมนี โดยคำว่า alòd ประกอบขึ้นจากคำว่า “al” แปลว่า “ทั้งหมด” และคำว่า “od” แปลว่า “กรรมสิทธิ์”¹⁸⁹

¹⁸⁷ แตกต่างไปจากดินแดนตอนใต้ของฝรั่งเศสซึ่งปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรตามแบบกฎหมายโรมัน

¹⁸⁸ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 271.

¹⁸⁹ <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1230> สืบค้นเมื่อ 13 ธันวาคม 2566.

ด้วยเหตุนี้ ที่ดินอิสระ (aleu/alleu หรือ franc-aleu) จึงนับเป็นทรัพย์สินที่อยู่ตรงข้ามกับทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าศักดินาในระบบฟิวดัลซึ่งเรียกว่า fief คำว่า fief เกิดขึ้นประมาณปี ค.ศ. 960 ในแคว้นลียงเกอะด็อกทางตอนใต้ของฝรั่งเศส (Languedoc) ใช้สำหรับที่ดินที่ตกเป็นสิทธิแก่เจ้าศักดินาภายใต้ระบบการนำทรัพย์สินไปอยู่ใต้อารักขา อย่างไรก็ตาม ในแคว้นนอร์ม็องดีกลับใช้ในความหมายของอสังหาริมทรัพย์และตรงกันข้ามกับสังหาริมทรัพย์ซึ่งใช้คำว่า catallum หรือ cateu¹⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าศักดินาในระบบฟิวดัลซึ่งเรียกว่า fief นี้ อาจมีได้ทั้งเหนือวัตถุมีรูปร่าง (fiefs corporels) และวัตถุไม่มีรูปร่าง (fiefs incorporels) ทรัพย์สินของเจ้าศักดินาที่มีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่างนั้นย่อมเป็นไปตามความเป็นจริง ส่วนทรัพย์สินของเจ้าศักดินาที่มีอยู่เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นเพียงสิ่งที่ล่องลอยอยู่ในอากาศ (fiefs en l'air) ด้วยเหตุผลว่าเป็นเพียงสิทธิที่เกิดจากสิ่งที่ผูกพันตามหลักศักดินาที่ยอมตนเข้าผูกพันต่อเจ้าศักดินา (tenu à foi et hommage) เท่านั้น แต่มีผลผูกพันต่อกันตราบเท่าที่ความผูกพันในฟิวดัลระหว่างเจ้าศักดินากับผู้อยู่ใต้อารักขายังคงดำรงอยู่เช่นนั้น¹⁹¹

ในยุคฟิวดัลกรรมสิทธิ์ในที่ดินแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ ที่ดินอิสระ (aleu alleu หรือ franc-aleu) และที่ดินฟิวดัล (fief) ตามบันทึกกฎหมายประเพณีที่ใช้คำที่เข้าใจกันในยุคปัจจุบันย่อมหมายถึงการมีที่ดินอิสระเป็นการมีที่ดินของพระเจ้าในฐานะเช่นนั้น โดยไม่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการโอนหรือภาษีมรดก¹⁹²

การมีอยู่ร่วมกันระหว่าง fief กับ alleu หรือ aleu แสดงให้เห็นว่ามีการต่อสู้แข่งขันและการอยู่ร่วมกันระหว่างกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามสังคมดั้งเดิมกับกรรมสิทธิ์ที่ดินในสังคมสมัยใหม่ ในโลกของฟิวดัลเป็นโลกของทหารซึ่งทุกสิ่งตั้งอยู่บนฐานของการสวามิภักดิ์และการยอมผูกพันตามพันธสัญญาสวามิภักดิ์¹⁹³ โดยหลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลในที่ดินตามที่เข้าใจกันอยู่ในยุคปัจจุบันได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายโรมัน ที่กลับมามีความสำคัญอีกครั้งหนึ่ง

ส่วนการกล่าวถึงทรัพย์สินฟิวดัลเพื่อแยกความแตกต่างไปจากทรัพย์สินที่มีใช้ฟิวดัลนั้น มิได้เกิดขึ้นบ่อยเท่ากับการแสดงความแตกต่างที่สำคัญระหว่างที่ดินอิสระ (aleu alleu หรือ franc-aleu) และที่ดินฟิวดัล (fief) ในแคว้นแคว้นด้านทิศตะวันตกของฝรั่งเศสมีการกล่าวถึงอยู่บ้างในประเด็นค่าธรรมเนียมการโอนทรัพย์สิน แต่กลับปรากฏรายละเอียดที่แตกต่างกันในการปรับใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นแต่ละแห่งที่มีความหลากหลายว่ากรณีใดสมควรตกอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยทรัพย์สินฟิวดัลและกรณีใดสมควรตกอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยทรัพย์สินที่มีใช้ฟิวดัล ส่วนกรณีของทรัพย์สินของขุนนางและทรัพย์สินของสามัญชน อาจมีการกล่าวถึงในสถานการณ์ที่ดินฟิวดัลยอมเป็นทรัพย์สินของขุนนางอยู่ในตัว ส่วนทรัพย์สินของสามัญชนจะใช้เมื่อมีการนำออกให้เช่าระยะยาว แต่มีข้อสังเกตว่า แนวคิดเรื่องทรัพย์สินนอกพำนักไม่มีอยู่แม้แต่น้อยในยุคฟิวดัล ดังนั้น โบสถ์คริสต์จึงซื้อขายหรือให้แกกันได้ตามแนวปฏิบัติที่รู้จักกันดีในฐานะโบสถ์เอกชน สิทธิในการฟ้องคดีและสิทธิในการสร้างเหรียญตราตามปกติถือเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล¹⁹⁴

¹⁹⁰ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 29.

¹⁹¹ Charles Giraud, 'Précis de l'ancien droit coutumier français (deuxième article)' (1852) 3 Bibliothèque de l'École Des Chartes, 4. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/42994157>. Accessed 2 May 2024.

¹⁹² François-René vicomte de Chateaubriand, *Oeuvres complètes de M. le vicomte de Chateaubriand, tome 1, Essai sur les revolutions. Etudes historiques* (Lefèvre, 1836) 515.

¹⁹³ François-René vicomte de Chateaubriand, (เชิงอรรถ 192) 248.

¹⁹⁴ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 29.

3.1.4 พัฒนาการที่ทำให้เกิดการคลี่คลายขยายตัวไปสู่การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดในสมัยกลางเป็น การแบ่งระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์

ในเรื่องการแบ่งประเภทของทรัพย์สินในสมัยกลางมิได้มีการรับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ผสมผสานกับอิทธิพลของกฎหมายประเพณีของชนเผ่าเยอรมานิกและสถานการณ์ความเป็นจริงของสังคมในขณะนั้นประกอบกัน แม้ว่าสิทธิในมรดกไม่จำเป็นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายโรมันเสมอไป เนื่องจากการแบ่งประเภทของทรัพย์สินชั้นสูงสุดในยุคโรมันเป็นเรื่องทรัพย์สินตามกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินตามกฎหมายของมนุษย์ ตามด้วยคำอธิบายว่าวัตถุอาจแบ่งออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง โดยมีการกล่าวถึงอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์อยู่บ้างในกฎหมายโรมันแต่มิใช่การแบ่งประเภททรัพย์สินที่สำคัญ กล่าวคือ นอกจากจะมีใช้การแบ่งประเภทของทรัพย์สินชั้นสูงสุดแล้ว ยังมีใช้การแบ่งประเภททรัพย์สินในประเภทที่สำคัญในลำดับรองลงมาเสียซ้ำ และนักนิติศาสตร์โรมันกล่าวถึงอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ในส่วนของวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น แต่กฎหมายประเพณีของชนเผ่าเยอรมานิกให้ความสำคัญกับอสังหาริมทรัพย์เป็นอย่างมากโดยจะต้องมีลักษณะประจำที่ (fixité) ให้ผลผลิต (productivité) และมีความคงทนถาวร (durabilité)¹⁹⁵ โดย Beaumanoir อธิบายว่าในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ ต้องตรวจสอบเงื่อนไขสองประการคือ ประการที่หนึ่ง ต้องมีลักษณะถาวร (perpétuité) เนื่องจากมรดกไม่อาจหมดไปได้ กล่าวคือไม่อาจสูญสลายไปได้ และประการที่สอง วัตถุดังกล่าวต้องให้ดอกผลเป็นรายได้ประจำในแต่ละปีอย่างต่อเนื่อง (revenus réguliers valant par années)¹⁹⁶

นอกจากอสังหาริมทรัพย์จะกลายมาเป็นการแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่สำคัญในสมัยกลางแล้ว ยังมีการขยายขอบเขตความหมายรวมไปถึงวัตถุไม่มีรูปร่างอีกด้วย บันทึกกฎหมายประเพณีในเขต Orléanais ประมาณปี ค.ศ. 1260 ชื่อ Li livres de jostice et de plet ปรากฏในเล่มที่ 16 ลักษณะ 28¹⁹⁷ ในการให้ความหมายของมรดก (อสังหาริมทรัพย์) นอกจากจะใช้คำว่า สิ่งปลูกสร้าง (édefices) ทางน้ำ (doiz d'eue) สนาม (chans) ป่า (prez) ไร่องุ่น (vignes) สวน (jardins) กล่าวคือเป็นอสังหาริมทรัพย์สำหรับวัตถุมีรูปร่างแล้ว ยังใช้คำอื่นที่ยืนยันว่าอสังหาริมทรัพย์อาจหมายรวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างอีกด้วย เช่น ภาษีคงที่ที่ผู้ครอบครองที่ดินจ่ายให้กับเจ้าศักดินา (cens), ค่าผ่านทาง (marchiez) ค่าธรรมเนียมตลาด (foires) ซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น จากนั้นในศตวรรษต่อมา ปรากฏในเล่มที่ 2 ของบันทึกกฎหมายประเพณี Grand Coutumier de France ซึ่งจัดทำขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1385 ถึง 1389 ในสมัยกษัตริย์ชาร์ลส์ที่หกของ

¹⁹⁵ Deroussin David, *Histoire du droit privé* (2th edn, Editions Ellipses, 2018) 287.

¹⁹⁶ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 274.

¹⁹⁷ Li livres de jostice et de plet, XXVIII. Quel chose est mobles, § 1.

Quel chose est moebles? Quel chose est conquez? Quel chose est héritages?

Héritages est édefices, doiz d'eue, chans, prez, vignes, jardins, bois, estans, bêtes sauvages, sers, et plusors autres choses. Et tex choses ont cors. Estres (en outre) uns autres héritages qui n'ont point de cors: comme cens, marchiez, foires, paages, reliés, rachat, servise, usage, com an vois, comme en aler et à venir par autrui champ, et plusors autres choses semblables. Et tex héritages n'ont pas cors.

http://elec.enc.sorbonne.fr/josticeetplet/livre16/art_28 สืบค้นเมื่อ 12 ธันวาคม 2566.

ฝรั่งเศส ว่าสิทธิในการเรียกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมทางพิวตัลมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง กล่าวคือ อาจเป็นตัวที่ดินนั่นเองหรือเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือที่ดินพิวตัล (fief incorporel) นั้นก็ได้¹⁹⁸

ในขณะเดียวกัน อสังหาริมทรัพย์ก็มีความสำคัญมากเนื่องจากเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญและคงทนถาวร ตรงตามหลักฐานที่ Beaumanoir บันทึกคำอธิบายกฎหมายประเพณีไว้ในหนังสือ Coutumes de Beauvaisis ลักษณะ 23 ว่าด้วยสังหาริมทรัพย์และมรดก บทที่ 672 ข้างต้น ประกอบกับลักษณะประจำที่ (fixité) ครอบคลุมไปถึงสิทธิอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งยอมรับว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์พร้อมกันไปด้วย มีข้อสังเกตที่สำคัญว่าการใช้คำว่า “มรดก” แทนที่คำว่า “อสังหาริมทรัพย์” นี้ เป็นการให้ความสำคัญของอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างอยู่ด้วยในตัว กล่าวคือเป็นสิทธิไม่มีรูปร่างในอสังหาริมทรัพย์ที่มีอยู่เหนือที่ดินในสมัยกลางซึ่งในศตวรรษที่ 13 เรียกว่า “มรดก” ซึ่ง Pierre de Fontaines กล่าวถึง สิทธิพิวตัล (droits féodaux ou seigneuriaux) ที่หมายรวมถึง “กรรมสิทธิ์ของเจ้าศักดินาที่มีอยู่เหนือที่ดิน (tenures) และ “สิทธิต่างๆ ที่เจ้าศักดินาจะได้ประโยชน์จากที่ดินพิวตัล (droitures)” ทั้งหมด¹⁹⁹ เช่น ภาษีคงที่ที่ผู้ครอบครองที่ดินจ่ายให้กับเจ้าศักดินา (cens), ค่าผ่านทาง (marchiez) ค่าธรรมเนียมตลาด (foires) ซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเอง ประกอบกับในเวลาต่อมา การระจำยอมเหนือที่ดินตามกฎหมายโรมัน และทรัพย์สินอื่นๆ เช่น อาศัย สิทธิเก็บกิน ที่พัฒนามาจากการระจำยอมทางบุคคลตามกฎหมายโรมัน ก็ได้แปรสภาพมาเป็นอสังหาริมทรัพย์ในส่วนที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างในสมัยกลางอีกด้วย รวมทั้งสิทธิในการฟ้องคดีเรียกเอาอสังหาริมทรัพย์นิกนิตศาสตร์สมัยกลางนำเสนอโดยไม่มีข้อโต้แย้ง จนกระทั่งกฎหมายประเพณีในศตวรรษที่ 15 กำหนดให้เป็นอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย ส่วนสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์จากมูลเหตุละเมิดเหนือทรัพย์สินนั้น (créance immobilière) มีปัญหาในหมู่นิกนิตศาสตร์สมัยกลาง บางส่วนเห็นว่าไม่ใช่ทรัพย์สิน บางส่วนเห็นว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ดังเช่นเรื่องสิทธิซึ่งถือเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโรมัน ทั้งๆ ที่ตามกฎหมายโรมัน อสังหาริมทรัพย์ไม่อาจนับรวมอยู่ในประเภทของวัตถุไม่มีรูปร่างได้เลย ส่งผลให้กฎหมายในสมัยกลางแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น โดยกฎหมายในดินแดนตอนเหนือของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากกฎหมายประเพณีของชนเผ่าเยอรมานิกถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่กฎหมายในดินแดนตอนใต้ของฝรั่งเศสซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันถือว่าไม่ใช่ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด²⁰⁰ กล่าวคือ เป็นแต่เพียงเรื่องหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่เรื่องทรัพย์สิน

นักกฎหมายในสมัยกลางมักใช้คำว่า cateu ในความหมายของสังหาริมทรัพย์ ซึ่ง Beaumanoir บันทึกคำอธิบายไว้ในหนังสือ Coutumes de Beauvaisis ลักษณะ 23 ว่าด้วยสังหาริมทรัพย์และมรดก บทที่ 671 ว่าสังหาริมทรัพย์ในโดยทั่วไปเป็นวัตถุที่อาจขนย้ายจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งได้ และในบันทึก Grand coutumier de France²⁰¹ ลักษณะ 12 ว่าด้วยจำนวนทรัพย์สิน กล่าวไว้ตั้งแต่ส่วนแรกว่า “บางสิ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ อีกบางสิ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ได้แก่ ทองคำ เงิน ของใช้ในบ้าน ขนมันปิ้ง ไวน์

¹⁹⁸ Deroussin David, (เชิงอรรถ 195) 287.

¹⁹⁹ Pierre de Fontaines, *Conseil à un ami*, XXXIII, 12 (milieu XIIIe siècle) (éd. A.-J. Marnier, Paris, 1846) 385.

“*Nous appelons héritage toutes les teneures et totes les droitures qui nos eschèent de père ou de mère, ou de autres personnes de nostre lignage, nis les conquez qu'il firent: mès muebles et chateus n'apelons-nos pas héritage, encore nos soient il chéu des devant dites persones per prometre.*”

²⁰⁰ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 273.

²⁰¹ บางครั้งเรียกว่า “กฎหมายประเพณีของกษัตริย์ชาร์ลส์ที่หก (Coutumier de Charles VI)” กษัตริย์ชาร์ลส์ที่หกครองราชย์ระหว่างปี 1380 – 1422

และทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ง่ายจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งโดยไม่เป็นการทำลายสิ่งปลูกสร้าง หรือเป็นการรื้อถอนมรดก (หมายถึงสังหาริมทรัพย์)²⁰²

สิ่งที่เป็นไปอย่างค่อยเป็นค่อยไปและต่อเนื่องนี้นำไปสู่การแบ่งทรัพย์สินสูงสุดสมัยกลางออกเป็นสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ในที่สุด

สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นและเป็นไป ทั้งๆ ที่ในยุคโรมันสนใจแบ่งทรัพย์สินสูงสุดเป็นประการอื่น เนื่องจากเป็นพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันไปตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

โดยที่ปัจเจกบุคคลใช้อำนาจยึดถือตามความเป็นจริงและโดยตรงเหนือสังหาริมทรัพย์ของตนเนื่องจากเป็นกองทรัพย์สินส่วนบุคคล แตกต่างไปจากการถือสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นกองทรัพย์สินของครอบครัว จึงมีหลักว่า “กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตกติดไปกับตัวบุคคล (*mobilia sequuntur personam*)” หรือ “กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ผูกติดอยู่กับกระดูกของเจ้าของ (*mobilia ossibus inhaerent*)” และเป็นหลักประกันแห่งหนึ่งของบุคคลนั้น กฎหมายประเพณีส่วนใหญ่ในช่วงศตวรรษที่ 12 และต้นศตวรรษที่ 13 จึงบันทึกไว้ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้บังคับคดีเอาจากสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อช่วงปี ค.ศ. 1250 – 1260 เช่นที่ บันทึกไว้ใน *Li livres de justice et de plet* หรือหลังจากนั้นในบางแคว้นในเขตตะวันออกเฉียงเหนือ จึงเพิ่งจะมีการอนุญาตให้บังคับคดีเอาจากสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย แม้ว่ามีปัญหาบางประการในการบังคับคดีในเขตทางตอนใต้ของฝรั่งเศสเนื่องจากมีข้อขัดข้องตามกฎหมายประเพณีหรือข้อบังคับของเมืองใหญ่บางแห่งว่าศาลจะเข้าดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วยตนเองหรือไม่ หรือได้แต่บังคับให้ลูกหนี้นำทรัพย์สินออกขายตามที่ Beaumanoir บันทึกข้อสังเกตไว้ ว่าเจ้าหนี้ต้องบังคับคดีเอาจากสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เสียก่อน หากไม่เพียงพอในการบังคับชำระหนี้จึงจะสามารถยึดอสังหาริมทรัพย์ได้ในลำดับถัดมา²⁰³ หลักการนี้ Beaumanoir บันทึกไว้ว่าศาลเมืองลีสตัดสินในปี ค.ศ. 1318 ว่าจะบังคับคดีโดยยึดอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อบังคับเอาจากสังหาริมทรัพย์แล้วไม่เพียงพอ และมีปรากฏในจารีตประเพณีของแคว้นเบรอตานในเวลาต่อมาว่า “เมื่อสืบพบสังหาริมทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ก็ต้องละทิ้งอสังหาริมทรัพย์” หลักเกณฑ์เช่นนี้จึงมีอยู่ทั่วไปในช่วงปลายศตวรรษที่ 14²⁰⁴ แต่ต่อมาได้มีพระราชกำหนด Villers-Cotterêts ในปี ค.ศ. 1539 มาตรา 74 กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปตลอดทั้งราชอาณาจักรเนื่องจากได้มีกำหนดไว้ตามจารีตประเพณีในบางท้องถิ่นอยู่แล้ว โดยให้เจ้าหนี้บังคับคดีเอาจากอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ได้ทันทีโดยปราศจากเงื่อนไขว่าจะต้องบังคับเอาจากสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เสียก่อน ดังนั้น ภาษีตามกฎหมายต่างๆ ข้างต้นจึงหมดค่าบังคับในการปรับใช้ของศาลยุติธรรมตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา²⁰⁵

แม้กฎหมายประเพณีเยอรมานิคจะมีหลัก *saisine* ซึ่งมีได้แยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์และการครอบครองอย่างชัดเจน เมื่อเกิดปัญหาการณียึดถือทรัพย์สินตามสัญญาเช่าหรือฝากทรัพย์สินได้โอนทรัพย์สินโดยไม่สุจริตแก่บุคคลภายนอกซึ่งกระทำการโดยสุจริต เจ้าของทรัพย์สินมีเพียงสิทธิฟ้องคดีเอาจากลูกหนี้ของตนในฐานะที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ตามสัญญาเท่านั้น เนื่องจากตามบทกฎหมายซาลิก (*loi salique*) การฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สิน

²⁰² Jacques d'Ableiges, *Le Grand coutumier de France* (A. Durand, 1868) 207.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24494m/f255.item> สืบค้นเมื่อ 13 ธันวาคม 2566.

Les ungs sont meubles, les aultres immeubles. Les biens meubles sont comme or, argent, biens utensibles de maison, pain, vin et aultres choses qui sont de légier muables d'ung lieu en aultre sans destruction de édifice, ou par despouillement de héritage.

²⁰³ Deroussin David, (เชิงอรรถ 195) 291.

²⁰⁴ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 1000.

²⁰⁵ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 1001.

ไม่อาจกระทำได้อีกแต่จะเป็นกรณีทรัพย์สินหายหรือถูกขโมยเท่านั้น ผู้ที่ยอมมอบทรัพย์สินไว้ในครอบครองแก่ผู้อื่นโดยสมัครใจย่อมเป็นอันสูญเสีย *saisine* และต้องรับผิดชอบต่อผลเสียหายซึ่งตนต้องรับผิดชอบเอง ผลในทางกฎหมายเช่นนี้อาจอธิบายโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความประกอบได้ด้วยว่ามีได้มุ่งหมายคุ้มครองกรรมสิทธิ์ไว้เป็นพิเศษ แต่จะมีการคุ้มครองก็ต่อเมื่อการละเมิดสิทธิมีผลกระทบโดยมีนัยสำคัญต่อกองทรัพย์สินดังเช่นการลักทรัพย์ หรือมีการกระทำความผิดต่อความเชื่อถือ (ฉ้อโกงหรือลักทรัพย์โดยใช้อุบาย) โดยที่เป็นความผิดอาญา กระบวนพิจารณาทางอาญาย่อมไม่อาจใช้กับบุคคลภายนอกผู้รับโอนซึ่งมิได้กระทำความอาญาสถานใดได้เนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมานิกสายฝรั่งเศสมีแนวคิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์ในความหมายที่แคบกว่ากฎหมายโรมันมาก โดยมีได้มุ่งหมายเอาผิดกับผู้ยืมที่บิดเบือนความเชื่อถือและไม่สนใจจะพิจารณาถึงลักษณะการกระทำของผู้สนับสนุน เนื่องจากกฎหมายประเพณีในศตวรรษที่ 13 -14 กำหนดให้มีสิทธิฟ้องคดีเรียกคืนสิ่งหากรรมทรัพย์ได้แต่เฉพาะคดียืม คดีฝากทรัพย์ หรือคดีแอบลักทรัพย์เล็กๆ น้อย โดยไม่ใช้ความรุนแรง เช่น ล้วงกระเป๋า ย่องเบา (*action de larcin*) เท่านั้น มิใช่หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินตามแบบโรมัน

ความแตกต่างในการใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีสิ่งหากรรมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์เช่นนี้ นำไปสู่การประกาศหลักเกณฑ์การแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดโดยแยกออกเป็นสิ่งหากรรมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ปี ค.ศ. 1580 ในประกาศว่าด้วยประเพณีกรุงปารีส ค.ศ. 1580 (*Coutume de Paris de 1580*)²⁰⁶ โดยมีบทบัญญัติมาตรา 88 กำหนดว่า “ทรัพย์สินสองประเภทเท่านั้น ได้แก่สิ่งหากรรมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ (*il y a deux sortes et espèces de biens seulement : c'est à savoir les meubles et immeubles.*)”²⁰⁷ และยืนยันไว้ตามงานเขียนของ Antoine Loysel ในปี ค.ศ. 1607 – 1608 เรื่องสถาบันทางประเพณีหรือคู่มือคำอธิบายหลักเกณฑ์ต่างๆ ภาษีตามกฎหมาย ตั้งแต่โบราณถึงปัจจุบัน ตามกฎหมายประเพณีและกฎหมายที่ใช้บังคับในฝรั่งเศส เล่ม 2 ว่าด้วยลักษณะและเงื่อนไขแห่งทรัพย์สิน ลักษณะ 1 การแบ่งประเภทของทรัพย์สิน ส่วนที่ 1 บทที่ 209 กำหนดว่า “ทรัพย์สินทั้งหลาย หากไม่เป็นสิ่งหากรรมทรัพย์ก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ (*Tous les biens sont meubles ou immeubles.*)” โดยมีหมายเหตุอ้างอิงมาตรา 88 ของประเพณีกรุงปารีส ค.ศ. 1580 ไว้ด้วย²⁰⁸

²⁰⁶ *Coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, mises et rédigées par écrit par nous Chrestofle de Thou, Claude Anjorant, Mathieu Chartier, Jaques Viole et Pierre de Longueil (J. du Puys, 1581).

²⁰⁷ ต้นฉบับในฐานข้อมูลหอสมุดแห่งชาติฝรั่งเศสของ *Coutumes de la prévosté et vicomté de Paris* หรือ *Coutume de Paris de 1580* ดังกล่าว ปรากฏข้อความในหน้า 14 ดังนี้

Quels biens sont meubles & quels immeubles
LXXXVIII

En la preuosté & vicomté de Paris y a deux sortes & espèces de biens seulement : c'est à savoir les meubles & immeubles.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k8710464w/f57.image>. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2566.

²⁰⁸ Antoine Loysel, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel, ou, Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France* (tome 1, Videcoq, 1846) 231.

LIVRE II
DE LA QUALITÉ ET CONDITION DES CHOSSES.
TITRE PREMIER.
DE LA DISTINCTION DES BIENS.
I.

ภาษีตกกฎหมายของ Loysel บทที่ 209 นี้กลายเป็นถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 516 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1804²⁰⁹

นอกจากบทบัญญัติมาตรา 88 ของประเพณีกรุงปารีส ค.ศ. 1580 ดังกล่าวแล้ว มาตรา 90 และมาตรา 91 ยังได้บัญญัติต่อมาอีกด้วยว่า เครื่องใช้ในบ้านที่อาจเคลื่อนย้ายได้โดยไม่แตกหักและเสียหายให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์เช่นกัน แต่ถ้าเชื่อมโลหะและตะปู หรือเชื่อมด้วยปูนและทำให้ติดตรึงตราถาวรและไม่อาจเคลื่อนย้ายได้โดยไม่แตกหักและเสียหายให้ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ ดังเช่น กังหันลมและน้ำ โรงบดคั้นน้ำองุ่น ให้ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ในเมื่อไม่อาจแยกออกโดยไม่ทำให้หลุดเป็นชิ้นเล็กชิ้นน้อยหรือแยกส่วนออกจากกันได้ ในทางตรงกันข้าม หากสามารถกระทำเพื่อให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 90)²¹⁰ ปลาในหนองน้ำหรือคูน้ำให้ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่ถ้านำมาใส่ภาชนะวางขายในตลาดแล้วให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์²¹¹ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าเมื่อปลายังอยู่ในหนองน้ำหรือคูน้ำตามธรรมชาติยังคงถือเป็นส่วนหนึ่งของหนองน้ำหรือคูน้ำ แต่เมื่อนำเคลื่อนย้ายออกสถานที่อยู่ของปลาตามธรรมชาติแล้ว จึงมิได้เป็นส่วนเดียวกับหนองน้ำหรือคูน้ำอีกต่อไป²¹² หลักกฎหมายในสมัยกลางเช่นนี้ส่งอิทธิพลมาถึงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804 ด้วย โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 522 มาตรา 524 และมาตรา 525²¹³

209. *Tous biens sont meubles ou immeubles.*

V. l'art. 88 de la coutume de Paris, avec la conférence et les commentateurs, et Durantum, quaest. 22, lib. I.

²⁰⁹ Article 516 (Version en vigueur depuis le 21 mars 1804, Création Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Tous les biens sont meubles ou immeubles.

²¹⁰ ARTICLE XC. *Ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration, sont aussi reputes meubles: mais s'il tient à fer et à clous, ou sont scellez en plâtre et sont mis pour perpetuelle demeure, et ne peuvent estre transporter sans fraction et deterioration sont censez et reputes immeubles: comme un moulin à vent et à eau, pressoir édifié en une maison, sont réputés immeubles, quand ne peuvent être ôtés sans dépecer ou désassembler, autrement sont réputés meubles.*

²¹¹ XCI. *Poisson étant en estang ou en fosse est reputez immeuble: mais quand il est en boutique ou referuouer, est réputé meuble.*

²¹² Louis Le Caron, *Coustumes de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou droict civil parisien* (4th edn, Pierre Chevalier, 1605) 68.

²¹³ Article 522 (Version en vigueur du 21 mars 1804 au 18 février 2015, Créé par Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.

Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles.

Article 522 แม้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อย แต่ก็ยังคงหลักการเดิมไว้

(Version en vigueur depuis le 18 février 2015, Modifié par LOI n°2015-177 du 16 février 2015)

Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont soumis au régime des immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.

Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont soumis au régime des meubles.

Article 524 (Version en vigueur du 21 mars 1804 au 01 juillet 1985, Création Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.

Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds :

Les animaux attachés à la culture ;

Les ustensiles aratoires ;

Les semences données aux fermiers ou colons partiaires ;

Les pigeons des colombiers ;

Les lapins des garennes ;

Les ruches à miel ;

Les poissons des étangs ;

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ;

Les pailles et engrais.

Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.

Article 524 แม้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อย แต่ก็ยังคงหลักการเดิมไว้

(Modifié par LOI n°2015-177 du 16 février 2015)

Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.

Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination.

Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds :

Les ustensiles aratoires ;

Les semences données aux fermiers ou métayers ;

Les ruches à miel ;

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ;

Les pailles et engrais.

Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.

Article 525 (Création Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804)

Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou, lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.

หลักการในการแบ่งทรัพย์สินชั้นสูงสุดออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์นี้เป็นไปตามแนวทางการให้ความหมายในทางวิชาการที่ได้รับอิทธิพลมาจากนักนิติศาสตร์โรมันว่าทรัพย์สินนั้นมีมูลค่ามากหรือมูลค่าน้อย เพียงแต่มีการปรับเปลี่ยนเสียใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับที่ยึดถือกันในสมัยกลางว่าหากมูลค่าของทรัพย์สินนั้นมีมากก็กำหนดให้เป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่หากกลับมีมูลค่าน้อยก็กำหนดให้เป็นสังหาริมทรัพย์ ดังเช่นตามกฎหมายที่ใช้กันโดยทั่วไปในสมัยกลางตามมาตรา 89 ของประเพณีกรุงปารีส ค.ศ. 1580 กำหนดว่า “หนังสือแสดงรายได้และหนังสือรับสภาพหนี้ที่จัดทำขึ้นเพื่อแสดงมูลค่าแห่งนี้เป็นจำนวนเล็กน้อย ค่าสินค้าหรือสังหาริมทรัพย์อื่น ให้นับว่าและถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์”²¹⁴ ในการซื้อขาย สิทธิในหนี้ของผู้ขายซึ่งมีอยู่เหนือราคาของทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่สิทธิในหนี้ของผู้ซื้อซึ่งมีอยู่เหนือวัตถุที่ซื้อขายเป็นอสังหาริมทรัพย์ สิทธิของชาวไร่ชาวนาที่มีอยู่เหนือดอกผลในไร่นาเป็นสังหาริมทรัพย์ หนี้จำนองเป็นสังหาริมทรัพย์เนื่องจากจำนองเป็นเพียงอุปกรณ์แห่งหนี้เท่านั้น หนี้กระทำการเป็นสังหาริมทรัพย์เนื่องจากหากไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ได้แต่เรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น²¹⁵

พัฒนาการเช่นนี้สอดคล้องกับที่เซอร์เฮนรี ซัมเนอร์ เมน กล่าวไว้ว่า ดูเหมือนว่าแนวคิดในการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นหลายประเภทเกิดขึ้นด้วยตัวของมันเองในสังคมโบราณ ทรัพย์สินบางประเภทตกอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าทรัพย์สินบางประเภทที่มีศักดิ์ศรีสูงกว่า แต่ในขณะเดียวกัน ก็ปลดปล่อยหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ที่อยู่ครอบงำมอบให้แก่ทรัพย์สินที่ถือว่าสูงกว่า ในเวลาต่อมา หลักเกณฑ์การโอนทรัพย์สินและการตกทอดทางมรดกในทรัพย์สินที่ถือกันมาแต่ก่อนว่ามีสถานะต่ำกว่ากลับมีการยอมรับกันโดยทั่วไปในเวลาต่อมาว่ามีประโยชน์ยิ่งกว่าและโดยนวัตกรรมที่เกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป ความสามารถในการปรับเปลี่ยนรูปของทรัพย์สินที่มีคุณสมบัติต่ำกว่าได้ส่งผ่านไปยังทรัพย์สินที่ถือกันว่าสูงกว่า ประวัติศาสตร์กฎหมายทรัพย์สินโรมันคือประวัติศาสตร์ของการกลืนกลายของทรัพย์สินที่สำคัญไปสู่ทรัพย์สินที่ไม่สำคัญ²¹⁶ กล่าวคือมีพัฒนาการของการแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่คลี่คลาย

Il en est de même des tableaux et autres ornements.

Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration.

²¹⁴ LXXXIX. *Cédulas et obligations faites pour somme de deniers, marchandises ou autres choses mobilières, sont censez et réputés meubles.*

²¹⁵ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 33.

²¹⁶ Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (3rd edn, Charles Scribner, 1864) 264.

The idea seems to have spontaneously suggested itself to a great number of early societies, to classify property into kinds. One kind or sort of property is placed on a lower footing of dignity than the others, but at the same time is relieved from the fetters which antiquity has imposed on them. Subsequently, the superior convenience of the rules governing the transfer and descent of the lower order of property becomes generally recognised, and by a gradual course of innovation the plasticity of the less dignified class of valuable objects is communicated to the classes which stand conventionally higher. The history of Roman Property Law is the history of the assimilation of *res Mancipi* to *res nec Mancipi*.

สำหรับฉบับแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นงานวิชาการสำคัญที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ได้แปลไว้ดังนี้

Henry Sumner Maine *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes, traduit sur la 4e éd. anglaise par Jean-Gustave Courcelle-Seneuil* (Guillaumin: A. Durand et Pedone Lauriel, 1874) 256-257.

ขยายตัวไปตามบริบทในทางประวัติศาสตร์ระหว่างทรัพย์สินที่มีมูลค่ามากและทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยนั่นเอง ในสมัยกลางมีหลักว่าสิ่งที่เป็นอุปกรณ์ตามปกติต้องติดตามความเป็นไปของสิ่งที่เป็นประธาน (Les assesseurs suivent normalement le sort de la chose.) หลักเช่นนี้มีอยู่ทั้งในกฎหมายโรมัน²¹⁷ และกฎหมายเยอรมานิกสายฝรั่งเศส ในเขตปกครองโรมัน คนพื้นเมืองถือว่าเป็นอุปกรณ์ของที่ดิน ในยุคอาณานิคมถือว่าทาสในเขตอาณานิคมเป็นอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากเป็นอุปกรณ์ของที่ดินที่ตามกฎหมายประเพณีเป็นอสังหาริมทรัพย์ ตามวัตถุประสงค์ของการใช้ทรัพย์สินตามคำประกาศเดือนมีนาคม ค.ศ. 1685 แต่นักนิติศาสตร์สมัยกลางก็มิได้รับเอาแนวคิดโรมันไปใช้โดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น Pothier มีความเห็นว่าสัตว์เลี้ยงในฟาร์มปศุสัตว์ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งสร้างความยุ่งยากอย่างมากในการบังคับคดี จึงมีการออกกฎหมายในสมัยกลางหลายฉบับกำหนดเป็นพิเศษให้เป็นอสังหาริมทรัพย์ และต่อมาในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงมีบทบัญญัติมาตรา 522 กำหนดให้เป็นอสังหาริมทรัพย์²¹⁸

อันที่จริง ในสมัยกลางยังมีการกำหนดสิทธิอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะบางประการตามหลักกฎหมายพิวตัล แต่มิได้ส่งอิทธิพลไปถึงยุคสมัยใหม่เนื่องจากไม่มีประโยชน์อีกต่อไปในยุคต่อมานั้นคือสิทธิที่เรียกว่า *ius ad rem* ที่เป็นแนวคิดที่สร้างขึ้นโดยนักกฎหมายพระในศตวรรษที่ 13 ก่อนเพื่อเป็นสิทธิประเภทที่อยู่กึ่งกลางระหว่างสิทธิทางหนี้และทรัพย์สินสิทธิ จากนั้น นักปราชญ์ยุคหลังอักษรจารย์ (Post-Glossators) ได้นำไปพัฒนาในศตวรรษที่ 14 ได้นำแนวคิดนี้ไปใช้กับที่ดินพิวตัลและพัฒนาเป็นสิทธิอื่นเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างในอสังหาริมทรัพย์

ในทางกฎหมายพระ ได้มีหลัก *ius ad rem* กับพระบาทหลวงที่อยู่ในฐานะที่จะได้สิทธิในทางศาสนา แต่ยังมีได้เข้าสวมสิทธิเช่นนั้น ตัวอย่างเช่น พระบาทหลวงที่ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งอธิการ แต่ยังมีได้รับความเห็นชอบและเข้าพิธีแต่งตั้งจึงยังไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งดังกล่าวและรับรายได้ของตำแหน่งนี้ได้ ระหว่างนี้ ผู้เลือกตั้งตามหลักกฎหมายพระจะทำการเลือกตั้งอธิการอีกคนหนึ่งไม่ได้ แม้ผู้ได้รับเลือกจะยังไม่มียุติที่แท้จริงแต่ก็มีสิทธิที่อยู่ตรงกึ่งกลางเนื่องจากอยู่ในฐานะที่จะเข้าส่วยประโยชน์ในตำแหน่งนั้นได้ต่อไป

Il semble que l'idée de classer les biens en diverses espèces, se soit présentée spontanément à un grand nombre de sociétés primitives. Une espèce de biens est placée plus bas que les autres dans l'ordre de la dignité, mais en même temps elle est débarrassée des liens par lesquels l'antiquité a enchaîné les biens réputés supérieurs. Plus tard, l'avantage plus grand des règles relatives au transfert et à la succession des biens réputés inférieurs est généralement reconnu, et, au moyen d'innovations graduelles, la plasticité de la propriété inférieure est communiquée à la propriété que l'on considère comme supérieure. L'histoire du droit de propriété romain est l'histoire de l'assimilation des choses *mancipi* aux choses *nec Mancipi*.

<http://onala.free.fr/henrymaine1874.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566

หรือ

https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QaeKLuXYo-Yx1PSuH1sfm87ozv-ss3leqSHGPosgWdUmUKESEJwe6WCpoEJshY_UMBOGiBuDbag-7Yv3CJ_vksUgSL21XEgAEKs6BpWHACXeo50td4zM26i2qgB23Py9_HrDB6ho1bluZbi6emLWo3_2cyAuNoMsjcBRCNe0zVs_cImViSI9Wu0AhyfljwVzldkLtqFq6Zim-Ylvq4mMDVA4rKgLvJsyigROgsv3jG3P3Upq5p6WKkcjugTK9vWhTQ1_UhdAalcip9y9SJgRJcvnJCGUWRny8jJnzLEWNx9EvbaLnk สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2566

²¹⁷ Institutes, 2, 1, 26. และ Institutes, 3, 21, 5.

²¹⁸ Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, (เชิงอรรถ 15) 45.

อรรถกถาจารย์ (Commentators) หรือนักปราชญ์ยุคหลังอักขราจารย์ (Post-Glossators) โดยเฉพาะ Balde ในศตวรรษที่ 14 ได้นำหลัก *ius ad rem* ที่ใช้ในคริสต์จักรไปต่อยอดเพื่อปรับใช้กับกรณีกฎหมายว่าด้วยที่ดินพิพาทว่าเมื่อผู้อยู่ในอารักขาซึ่งเป็นผู้ซื้อได้รับความเห็นชอบ (investiture) เชิงสัญลักษณ์ แต่ยังมีได้รับโอนการครอบครองทรัพย์สินจากผู้ขายอยู่ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิ *ius ad rem* คำว่า investiture ในความหมายนี้มุ่งจะกล่าวถึงสิทธิเรียกร้องที่เกิดแต่บริวาร (vassal) ผู้ได้รับแต่งตั้งจากเจ้านาย (Feudal lord) ให้เป็นผู้ปกครองที่ดินตามแบบพิธีโดยยังได้รับมอบการครอบครองจากเจ้าศักดินาผู้แต่งตั้ง ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าศักดินาส่งมอบที่ดินให้ตนในฐานะผู้มีสิทธิจะได้ทรัพย์สินอยู่ก่อน (*ius ad rem*)²¹⁹ เจ้าศักดินายังคงมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้ทรงสิทธิ *ius ad rem* ต่อไปด้วย จากนั้นนักกฎหมายประเพณีได้พยายามขยายความหลักการนี้ไปสู่กรณีอื่น เช่น ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิ *ad rem* ทั้งๆ ที่ตามกฎหมายโรมันกำหนดให้มีทรัพย์สินเหนือวัตถุนั้นอยู่แล้ว หรือกรณีชาวนาที่เป็นผู้เช่ามีสิทธิ *ad rem* ทั้งๆ ที่ตามกฎหมายโรมันกำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีบุคคลสิทธิ (*ius in personam*) หรือสิทธิทางหนี้อยู่แล้ว เกี่ยวกับปัญหานี้ Pothier ตั้งข้อสังเกตว่า ในความเป็นจริง การขยายความนี้เป็นเรื่องที่ยากออกไปนอกขอบเขตของเรื่องมากเกินไปและทำให้เกิดความสับสนกับหลักการว่าด้วยหนี้ที่มีอยู่เกี่ยวกับวัตถุแห่งสิทธิทางหนี้ ในยุคสมัยใหม่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสจึงไม่เห็นประโยชน์ของการนำหลักการว่าด้วยสิทธิในรูปแบบ *ad rem* เช่นนี้มาใช้อีกต่อไป แนวคิดเช่นนี้จึงได้สูญหายไปในประเทศฝรั่งเศสยุคสมัยใหม่ อย่างไรก็ตาม ในช่วงศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายเอกชนเยอรมันบางท่านได้พยายามรักษาไว้ซึ่งแนวคิดเรื่อง *ius ad rem* แต่ไม่เป็นผล อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อคิดอยู่ว่า แนวคิดเรื่อง “ผู้อยู่ในฐานะอันจะให้จดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อน” ในระบบกฎหมายไทย อันที่จริงก็อาศัยแนวคิดนี้เป็นฐานนั่นเอง

ในความสัมพันธ์ระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ในสมัยกลาง เป็นไปตามหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของทรัพย์สิน (*hiérarchie des biens*) ซึ่งมีประโยชน์มากจากการแบ่งประเภททรัพย์สินชั้นสูงสุดเช่นนี้ ในยุคนั้น เหตุผลที่อธิบายความมีอยู่ของหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของทรัพย์สินโดยกำหนดให้อสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญมาก ในขณะที่สังหาริมทรัพย์มีความสำคัญน้อย ก็คือ (1) โดยทั่วไปสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าน้อย (2) สังหาริมทรัพย์เคลื่อนย้ายได้ง่าย และ (3) ในกรณีส่วนใหญ่ สังหาริมทรัพย์มีลักษณะเหมือนๆ กันหมด ไม่อาจบ่งชี้เฉพาะเจาะจงได้โดยง่าย²²⁰

ที่กล่าวว่า โดยทั่วไปสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าน้อย นั้น เห็นได้จากภาษิตกฎหมายที่ว่า “*res mobilis, res vilis*” หมายถึง “ของที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ ของนั้นราคาถูก” เหตุที่สังหาริมทรัพย์มีมูลค่าน้อยเนื่องมาจากเป็นวัตถุที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ดังเช่นอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ยังขาดลักษณะถาวร จึงไม่มีความสำคัญในกองทรัพย์สิน แนวคิดเช่นนี้ ทำให้ในบางท้องถิ่นถือว่าเครื่องประดับเพชรนิลจินดาและวัตถุที่มีมูลค่ามากเป็นอสังหาริมทรัพย์ไป แนวคิดที่ว่าสังหาริมทรัพย์มีมูลค่าน้อยนี้สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจในสมัยกลางช่วงแรก และแม้ต่อมาจะมีการผลิตเงินตราขึ้นใช้สำหรับการค้าพาณิชย์โดยสามารถกำหนดให้เงินตรามีมูลค่าได้ตามที่ต้องการและใช้ในการแลกเปลี่ยนจนสามารถทำให้สังหาริมทรัพย์มีมูลค่าและสร้างความร่ำรวยได้เท่าเทียมกับการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ตาม แต่ความมั่งคั่งเช่นนี้ก็ยังคงมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะสูญสลายหายทั้งหมดได้ จึงไม่ทำให้เหตุผลการมีอยู่ในลักษณะนี้หมดความสำคัญลง

²¹⁹ Jean Brissaud, *A History of French Private Law* (Translated by Rapelje Howell, Boston, Little, Brown, and company, 1912) 308.

²²⁰ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 276.

เหตุผลการมีอยู่ของหลักการด้วยลำดับชั้นของทรัพย์สินที่ให้ความสำคัญกับอสังหาริมทรัพย์มากกว่าสังหาริมทรัพย์ในประการต่อมาที่ว่าสังหาริมทรัพย์เคลื่อนย้ายได้ง่ายนั้น เกิดจากการที่มักจะเรียกขานสังหาริมทรัพย์ในบันทึกกฎหมายประเพณีว่า “meubles meublants” หมายความว่าสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเครื่องตกแต่งอาคารสิ่งปลูกสร้าง สามารถเคลื่อนย้ายในการตกแต่งบ้านหรือสำนักงานกิจการค้าได้โดยง่าย ในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของตัวเจ้าของนั่นเอง สามารถเคลื่อนย้ายติดตามตัวเจ้าของไปได้เมื่อมีการเปลี่ยนถิ่นที่อยู่หรือภูมิลำเนา จึงมีภาษิตกฎหมายว่า “*mobilia sequuntur personam*” หมายความว่าสังหาริมทรัพย์ติดตามตัวบุคคล หรือ “*mobilia ossibus inhaerent*” หมายความว่า สังหาริมทรัพย์เกาะเกี่ยวกับกระดูกสังหาริมทรัพย์จึงผูกติดอยู่กับตัวบุคคลมากกว่าอสังหาริมทรัพย์

ประการสุดท้าย ในกรณีส่วนใหญ่ สังหาริมทรัพย์ ไม่อาจบ่งชี้เฉพาะเจาะจงได้โดยง่าย และมีลักษณะเหมือนๆ กันหมด จึงอาจสับสนปะปนกันได้ ก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายในสมัยกลางให้ความสำคัญกับการแบ่งชั้นสูงสุดออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ การแบ่งประเภทของทรัพย์สินสูงสุดออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์จึงได้เกิดขึ้นในสมัยกลาง

ผลของการแบ่งประเภทของทรัพย์สินสูงสุดออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์มีอยู่สามประการดังนี้²²¹

ผลประการที่หนึ่ง ตามหลักการว่าด้วยมูลค่าของทรัพย์สินและการผูกติดอยู่กับตัวบุคคลน้อยกว่าของอสังหาริมทรัพย์เมื่อเทียบกับสังหาริมทรัพย์ อีกทั้งอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะที่สามารถบ่งชี้เป็นการเฉพาะเจาะจงอยู่ในตัว จึงมีหลักตามกฎหมายประเพณีกำหนดข้อจำกัดการโอนอสังหาริมทรัพย์แก่กัน นอกจากนี้อสังหาริมทรัพย์ยังผูกติดอยู่กับครอบครัวมากกว่าตัวปัจเจกชน กฎหมายสมัยกลางจึงสร้างสถาบันทางกฎหมายว่าด้วย “ทุนสำรองมรดกชั้นต่ำสำหรับทายาท (*réserve successorale*)” ขึ้นมาและใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน “สิทธิในการเพิกถอนการได้สิทธิการเช่าตลอดชีวิต (*retrait lignager*)” และ “สิทธิในการเพิกถอนการโอนของเจ้าศักดินา (*retrait seigneurial*)” เพื่อปรับใช้กับอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะ นอกจากนี้ในการบังคับคดีของเจ้าหนี้ สิทธิในการยึดทรัพย์สินมีข้อจำกัดให้ยึดได้แต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ตามภาษิตกฎหมายที่ว่า “สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันแห่งหนึ่ง” และ “การยึดวัตถุเป็นการยึดสังหาริมทรัพย์”

ผลประการที่สอง การที่สังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่ไม่มีลักษณะบ่งชี้เฉพาะและอาจสับสนปะปนกันได้โดยง่าย จึงมีหลักกฎหมายหลายประการที่ปรับใช้กับสังหาริมทรัพย์แตกต่างไปจากกรณีของอสังหาริมทรัพย์ เช่น ในเรื่องผู้เยาว์ หน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สินใช้กับสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์หรือที่ผู้เยาว์เป็นผู้เช่ารวมไปกับสังหาริมทรัพย์ของผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งถือเป็นผู้ครอบครองดูแลทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่เช่านั้น ด้วย ดังนั้น ผู้แทนโดยชอบธรรมจึงมีสิทธิผู้ครอบครองดูแลและใช้สอยทรัพย์สินนั้น และผู้แทนโดยชอบธรรมมีหน้าที่ชำระหนี้ทั้งหมดของผู้เยาว์ โดยไม่ต้องมีการแบ่งแยกทรัพย์สินออกจากกันให้ชัดเจนเสียก่อนว่าเป็นทรัพย์สินของผู้เยาว์หรือของผู้แทนโดยชอบธรรมแต่อย่างใด หลักการที่มีอยู่ในสมัยกลางนี้แตกต่างไปจากสิ่งที่มีอยู่ในสมัยโรมันอย่างชัดเจน เพราะตามกฎหมายโรมันจะต้องมีการแยกทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ปะปนอยู่ออกจากกองทรัพย์สินของผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน และยังคงต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินแยกออกจากกันให้ชัดเจน หรือในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา โดยที่สังหาริมทรัพย์ที่ได้มามีลักษณะรวมกันโดยสับสนระคนกันอยู่ จึงตกอยู่ในกองทรัพย์สินร่วมกันระหว่างสามีภริยา นอกจากนี้ ในเรื่องการเรียกคืนสังหาริมทรัพย์ มีการปรับใช้หลักเกณฑ์มาเป็นเวลานานว่า “สิทธิของเจ้าของไม่ตกติดไปกับสังหาริมทรัพย์ (*meubles n'ont pas de suite*)” เชื่อมโยงกับภาษิตกฎหมายที่ว่า “ในเรื่องสังหาริมทรัพย์ ครอบครัวมีค่าเท่ากับกรรมสิทธิ์ (*en fait*

²²¹ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 277.

de meubles, la possession vaut titre)” ซึ่งหลักการนี้ยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน²²² ด้วยเหตุผลที่ว่า โดยทั่วไปการบังคับตัวสังหาริมทรัพย์ย่อมเป็นปัญหายุ่งยากที่จะเกิดอย่างถาวร และมีหลักกฎหมายในเรื่องการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินของเจ้าขุนมูลนายและทรัพย์สินของสามัญชนมีขอบเขตความหมายเฉพาะในกรณีของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น การแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามัญชนออกเป็นสินส่วนตัวและสินสมรสก็ใช้เฉพาะในเรื่องอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกัน

ผลประการที่สามคือ โดยที่อสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นส่วนบุคคลน้อยกว่าสังหาริมทรัพย์และมีตำแหน่งแห่งที่กำหนดได้แน่นอน จึงมีผลต่อหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลและจารีตประเพณีที่จะใช้บังคับกล่าวคือ หลักเขตอำนาจศาลในการฟ้องคดีคือหลัก “กฎหมายที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*lex rei sitae*)” หมายถึงกฎหมายแห่งถิ่นที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ในเขตศาล (*forum rei sitae*) ในทางตรงกันข้าม สำหรับสังหาริมทรัพย์ บังคับใช้ตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่เจ้าของทรัพย์สินมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ซึ่งมีการนำหลักการที่แตกต่างกันนี้มาใช้ในกฎหมายสมัยใหม่เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ในยุคสมัยใหม่ หลังจากจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ประโยชน์ในการแบ่งออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ได้ลดความสำคัญลง เนื่องจากกฎหมายสมัยใหม่ได้หันกลับไปให้ความสำคัญกับการแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างมากยิ่งขึ้น เหตุผลคือในยุคสมัยใหม่ เกิดพัฒนาการคลี่คลายขยายตัวในทางเศรษฐกิจและทางวัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากความมั่งคั่งในโลกยุคใหม่กลับไปปรากฏที่วัตถุไม่มีรูปร่างเป็นจำนวนมาก²²³

ในช่วงสมัยกลางเช่นเดียวกัน ทางฝั่งเยอรมนีได้มีการนำหลักกฎหมายโรมันมาปรับใช้เนื่องจากมีการเกิดขึ้นของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ และกฎหมายพิวตัลยังได้รวมความไปถึงหลักสิทธิที่เกิดจากหลักการฟ้องคดีตามกฎหมายโรมัน โดยผลแห่งการนี้ แนวคิดการแบ่งประเภททรัพย์สินขึ้นสูงสุดระหว่างวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างจึงดำรงอยู่ในช่วงสมัยกลางในภูมิภาคนี้เช่นเดียวกัน แต่เป็นไปในลักษณะที่กรรมสิทธิ์ใช้แนวคิดกฎหมายโรมันจึงมีความหมายแคบและจำกัดอยู่แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่าง ยังไม่มีการยอมรับว่ากรรมสิทธิ์อาจมีได้ในวัตถุไม่มีรูปร่าง²²⁴ สำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างกฎหมายโรมันมิได้ยอมรับให้มีกรรมสิทธิ์และต้องไปใช้แนวคิดเรื่องภาระจำยอมประเภทต่างๆ แทน ซึ่งในยุคสมัยใหม่จึงมีการพัฒนาแนวคิดเรื่องทรัพย์สินขึ้นมากเพื่อให้ครอบคลุมทั้งกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินอื่น

ในเยอรมนี สำนัก Glossators อธิบายว่าเจ้าศักดินาเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์โดยตรง (*dominium directum*) ส่วนผู้อยู่ในอารักขามีเพียงสิทธิใช้ทรัพย์สิน (*dominium utile*) เท่านั้น จึงเป็นการใช้แนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ในความหมายอย่างแคบตามแบบอย่างในกฎหมายโรมัน²²⁵ แต่สำนักนี้ก็ได้อธิบายว่าด้วยกองทรัพย์สินขึ้น โดยอธิบายหลักการตามกฎหมายโรมันว่า กองทรัพย์สินโดยทั่วไปที่เรียกว่า *universitas* มีอยู่เหนือวัตถุตามแนววินิจฉัย (Digest) เล่มที่ 37 ลักษณะ 1 บทที่ 3 โดยนักวิชาการในสำนักนี้อธิบายว่าประกอบด้วยกองทรัพย์สินในข้อเท็จจริง (*universitas facti*) ซึ่งมีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่าง เช่น ฝูงสัตว์เลี้ยง ห้างสมุด อาจรวมเป็นหนึ่งและนำไปใช้ทำธุรกรรมต่างๆ ได้ เช่น จำนำเป็นประกัน ให้โดยเสนาหา หรือเรียก

²²² หลักการดังกล่าวเป็นที่มาของบทบัญญัติมาตรา 1303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยกฎหมายแพ่งเยอรมันก็รับเอาหลักการนี้ไปใช้ด้วยเช่นเดียวกัน

²²³ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 278.

²²⁴ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 60-61.

²²⁵ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 62.

ทรัพย์สินมาทั้งกองทรัพย์สิน กองทรัพย์สินตามข้อเท็จจริงนี้มีอยู่แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างและไม่อาจรวมไปถึงหนี้ได้เพราะหนี้ไม่มีวัตถุมีรูปร่างอยู่ในกองทรัพย์สินตามความเป็นจริง จะต้องเป็นเรื่องทรัพย์สินเท่านั้นเนื่องจากต้องมีวัตถุมีรูปร่างอยู่ในกองทรัพย์สินนั้นด้วยตามข้อเท็จจริง ในขณะเดียวกัน กองทรัพย์สินยังมีอีกประเภทหนึ่งคือกองทรัพย์สินในสิทธิ (*universitas iuris*) ซึ่งมีอยู่เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างได้แก่สิทธินั่นเอง เช่น มรดกทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เหล่านี้จึงอาจมีอยู่เหนือหนี้ของเจ้าของกองทรัพย์สินได้ด้วย²²⁶

ต่อมา สำนัก Post-Glossators ให้คำอธิบายตามบริบทสังคมในขณะนั้น จึงให้ความหมายที่เปี่ยมเบนออกไปจากแนวคิดตามกฎหมายโรมัน โดยปรับใช้แนวคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในความหมายอย่างกว้างและอธิบายว่าตามกฎหมายพิวตัล มีทั้งกรรมสิทธิ์ของเจ้าศักดินาและผู้อยู่ในอารักขาซ้อนกันอยู่ในลักษณะที่เป็น *duplex dominium* โดยกรรมสิทธิ์ของเจ้าศักดินาเป็นกรรมสิทธิ์โดยตรงและกรรมสิทธิ์ของผู้อยู่ในอารักขาเป็นกรรมสิทธิ์โดยการใช้ Bartolus de Saxoferrato อธิบายความหมายของกรรมสิทธิ์ว่า “สิทธิในวัตถุมีรูปร่างมีอยู่ ... โดยสมบูรณ์ที่บุคคลมีอยู่ เว้นแต่ต้องห้ามตามกฎหมาย”²²⁷ และได้ให้ความหมายของกรรมสิทธิ์ต่อไปอีกว่าหมายรวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย²²⁸ นอกจากกรรมสิทธิ์โดยตรงและกรรมสิทธิ์โดยการใช้แล้ว ยังมี “คล้ายกรรมสิทธิ์ (*quasi-dominium*)” เป็นกรรมสิทธิ์ประเภทที่สามด้วย โดยกรรมสิทธิ์ประเภทที่สามนี้อาจได้มาโดยการครอบครองนานตามหลัก *usucapio*²²⁹

การสิ้นสุดของระบบพิวตัลเกิดขึ้นพร้อมกับการล่มสลายของสำนัก Post-Glossators แต่ไม่ได้หมายความว่าระบบพิวตัลไม่มีหลงเหลืออยู่อีกแล้ว เพียงแต่มีใช้ระบบหลักของสมัยกลางอีกต่อไปเท่านั้น เพียงมีได้มีอยู่อย่างเด่นชัดเท่านั้น เป็นผลมาจากการเกิดขึ้นของสำนักมนุษยนิยมที่มาปฏิเสธแนวคิดของสำนัก Glossators และสำนัก Post-Glossators โดย Molina²³⁰ เสนอให้ใช้แนวคิดกฎหมายโรมันโดยยึดถือแนวคิดกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงตามแบบโรมัน โดยกรรมสิทธิ์มีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่าง ส่วนทรัพย์สินสิทธิอื่นๆ ทั้งหลายมิใช่กรรมสิทธิ์แต่เป็นทรัพย์สินสิทธิอื่น

3.2 การเกิดใหม่ของกฎหมายโรมันและอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินต่อยุโรปและไทย

กฎหมายสมัยใหม่มักจะแยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินอื่นที่มีใช้กรรมสิทธิ์ออกจากกันอย่างชัดเจนทั้งๆ ที่ในยุคโรมันโบราณมิได้แยกสองสิ่งนี้อย่างชัดเจนเช่นนั้น โดยผลแห่งการนี้ แต่ละสำนักความคิดในยุคสมัยใหม่จึงนำมาสืบศึกษาและพัฒนาต่อยอดแนวคิดในแนวทางต่างๆ ที่พัฒนาขึ้นมาในภายหลัง แนวคิดที่ว่าด้วยกรรมสิทธิ์จึงแตกต่างกันไปตามแนวคิดที่พัฒนาขึ้นมาตามแต่ทฤษฎีของแต่ละสำนักนั่นเอง โดยเริ่มจากการค้นหามูลเหตุ (*causa*) หรือเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ที่เกิดจากหลักการฟ้องคดีในเรื่องทรัพย์สิน (*actio in rem*)²³¹ ผู้วิจัยเห็นว่าที่เป็นเช่นนี้เป็นเพราะกฎหมายโรมันมิได้ก่อร่างสร้างตัวจาก

²²⁶ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 287.

²²⁷ Commentary on D. 41.2.17.

²²⁸ Commentary on D. 41.2.17.

²²⁹ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 62-63.

²³⁰ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 63.

²³¹ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 64.

การมีกฎหมายประเพณีหรือบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ประกอบกันขึ้นเป็นหลักกฎหมายต่างๆ ขึ้นอย่างครบถ้วน จำเป็นต้องอาศัยการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปจากการตัดสินใจตัดสินคดีต่างๆ จึงค่อยๆ พัฒนาไปจากกฎหมายประเพณีหรือกฎหมายชาวบ้าน แล้วนักนิติศาสตร์โรมันจึงปรุงแต่งหลักนิติศาสตร์จนเกิดเป็นหลักกฎหมายลักษณะต่างๆ ขึ้น พร้อมกับการบัญญัติกฎหมายของผู้ปกครองในบางเรื่องในสมัยนั้น ทั้งนี้ ในยุคโรมัน กฎหมายที่เกิดจากการตัดสินใจจำเป็นต้องยอมรับการคุ้มครองตามหลักการฟ้องคดีเกี่ยวภาระจำยอมประเภทต่างๆ แยกต่างหากไปจากหลักการฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครอง และหลักการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์²³²

สำนัก Glossators เป็นสำนักแรกที่เสนอทฤษฎีในเรื่องนี้แต่ไม่ค่อยมีความชัดเจนเท่าใดนัก เพียงแต่อธิบายกว้างๆ ว่ามีความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์โดยตรงของเจ้าศักดินากับกรรมสิทธิ์ในการใช้ทรัพย์สินของผู้ที่อยู่ในอารักขา แต่กลับไม่ได้ให้ความหมายของกรรมสิทธิ์ไว้ และมีการอธิบายว่าข้อความคิดว่าด้วยเกิดจากการสร้างแนวคิดด้วย “สิทธิ” ในกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายพระโดยมีลักษณะในทางอ้อมวิสัย เนื่องจากเกิดจากหลักคำสาบานที่ชาวลัทธิ Franciscans สาบานว่าไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนตัวได้ จึงละสิทธิส่วนตัวในกรรมสิทธิ์ของตนที่เคยมีอยู่ นอกจากนี้ นักคิดในสำนัก Glossators ยังเสนอให้ยอมรับการขยายความข้อความคิดของกรรมสิทธิ์มิให้จำกัดอยู่แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยให้หมายรวมถึงวัตถุไม่มีรูปร่าง และให้เป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ด้วย²³³

สำนัก Post-Glossators ได้ทำการแยกความแตกต่างระหว่างทรัพย์สิน (ius in re) กับสิทธิทางหนี้ (ius in personam) ออกจากกันในช่วงศตวรรษที่ 15 – 16 นำไปสู่แนวคิดสมัยใหม่ที่แยกความแตกต่างในเรื่องนี้ แม้กฎหมายพระจะเคยแบ่งเช่นนี้มาแล้ว แต่การแบ่งแยกก็ยังไม่มีความชัดเจน และยังปรากฏแนวคิดด้วยสิทธิที่เรียกว่า ius ad rem ซึ่งเป็นสิทธิประเภทที่อยู่กึ่งกลางระหว่างสิทธิทางหนี้ (ius in personam) และทรัพย์สิน (ius in re) ดำรงอยู่ในขณะเดียวกัน และต่อมาสำนักมนุษยนิยมปฏิเสธการแบ่งกรรมสิทธิ์ออกเป็นหลายประเภท เช่น Donellus สรุปว่า emphyteusis ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ สิทธิเหนือพื้นดินและสิทธิจำนำไม่ใช่กรรมสิทธิ์แต่เป็นเพียงทรัพย์สินที่มาจากตัดรอนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สิน (imminutio of the rights of the owner)²³⁴

มูลเหตุที่สำนักมนุษยนิยมปฏิเสธการแบ่งกรรมสิทธิ์ออกเป็นหลายประเภท เป็นเพราะอิทธิพลของระบบพิวตัลในสมัยกลาง จึงมีการพิจารณา emphyteusis และสิทธิเหนือพื้นดินอย่างเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ในฐานะวัตถุไม่มีรูปร่างที่เป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ด้วย

สำนักธรรมเนียมหรือสำนักกฎหมายธรรมชาติได้พัฒนาแนวคิดตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา และเป็นรากฐานแนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย ได้ปฏิเสธแนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ซ้อนกันอยู่ในเวลาเดียวกันและใช้แก้ไขปัญหาในกรณีต่างๆ ที่แตกต่างกันสลับกันไปมาได้ระหว่างหลักกฎหมายโรมัน หลักกฎหมายพิวตัล หลักกฎหมายพระ และหลักกฎหมายประเพณี โดยหลักการว่าด้วยทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นไปตามหลัก numerus clausus ที่ว่าทรัพย์สินจะมีได้ก็แต่โดยกฎหมายก่อตั้งรับรองไว้เท่านั้น อีกทั้งยังมีหลักเสรีภาพทางทรัพย์สินในฐานะที่เป็นผลพวงของการปฏิวัติฝรั่งเศสเป็นหลักการสำคัญด้วย แม้ว่านักวิชาการในยุคกลางจะเสนอให้ยอมรับหลักการทั่วไปของกฎหมายโรมันว่าด้วยกรรมสิทธิ์ก็

²³² ในภาพรวมเรื่องนี้สามารถศึกษาได้จากงานวิจัยเรื่องนี้ของผู้วิจัย สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ (เชิงอรรถ 44).

²³³ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht. Band I, Älteres Gemeines Recht, 1500 bis 1800* (München, C.H. Beck, 1985) 291. อ้างโดย Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 65.

²³⁴ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 65.

ตาม แต่นักคิดในสำนักกฎหมายธรรมชาติ ก็ยอมให้มีข้อยกเว้นให้ใช้หลักกรรมสิทธิ์สองอย่างซ้อนกันได้ในบางกรณี แต่โดยหลักการกรรมสิทธิ์มีข้อความคิดที่เป็นหนึ่งเดียว (unitary concept of ownership) ซึ่งแตกต่างไปจากทรัพย์สินอื่น²³⁵ Grotius เสนอให้ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีอำนาจเด็ดขาดเหนือวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์²³⁶

สำนักมนุษยนิยมและสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงมีบทบาทในการขยายขอบเขตของกรรมสิทธิ์ให้รวมไปถึงการมีวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์โดยไม่จำกัดไว้แต่เฉพาะการกำหนดให้วัตถุมีรูปร่างเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์เท่านั้น ทั้งนี้ นักคิดในสำนักมนุษยนิยมได้วิเคราะห์กรรมสิทธิ์จากที่ปรากฏเป็นรูปธรรมในคดีต่างๆ ที่มุ่งหมายใช้บังคับรับรองสิทธิในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของผู้ทรงสิทธิ จึงได้มีการพิจารณาว่าในเมื่อหนี้เป็นมูลเหตุของการฟ้องคดี จึงอาจเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์หรือเป็นสิทธิทางทรัพย์สินได้เช่นเดียวกันนั่นเอง ส่วนนักคิดในสำนักกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ดังเช่นปูเฟนดอร์ฟ (Samuel von Pufendorf) ก็ได้วิเคราะห์กรรมสิทธิ์ในฐานะที่เป็นสิทธิซึ่งมีเนื้อหาและสาระดีเป็นของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจมีได้ทั้งใน *res* ที่ปูเฟนดอร์ฟหมายถึงวัตถุมีรูปร่าง และสิทธิต่างๆ (*jura*) อันเป็นวัตถุของกรรมสิทธิ์เช่นกันแต่ไม่มีรูปร่างได้ด้วย²³⁷

นอกจากนี้ยังมีเหตุผลความแตกต่างในพัฒนาการทางระบบกฎหมายของแต่ละประเทศด้วย หลักกฎหมายเยอรมันมีลักษณะแตกต่างไปจากหลักกฎหมายฝรั่งเศส เหตุผลสำคัญคือก่อนการประมวลหลักเกณฑ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง อาณาจักรและแคว้นต่างๆ ของชนเผ่าเยอรมานิกมิได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อีกทั้งมิได้มีระบบการปกครองแบบรวมศูนย์ดังเช่นฝรั่งเศสซึ่งมีระบบกษัตริย์หรือจักรพรรดิปกครองตลอดช่วงสมัยกลาง แต่แคว้นต่างๆ ในเยอรมนีก็มีปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการรวมศูนย์การปกครองและส่งผลกระทบต่อระบบความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอยู่บ้างคือการเกิดขึ้นของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์

ในปี ค.ศ. 1495 ได้มีการจัดตั้งศาลแห่งแผนกจักรวรรดิ (Reichskammergericht) ขึ้นและเป็นศาลสูงสุดของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์จนกระทั่งยุบไปในปี ค.ศ. 1806 ตั้งอยู่ที่แฟรงก์เฟิร์ต แล้วย้ายไปไมน์และเมืองอื่นๆ ทางตะวันตกเฉียงใต้ได้แก่เมือง Speyer ในปี ค.ศ. 1527 และเมือง Wetzlar ในปี ค.ศ. 1697 มีอำนาจ “ประสาทความยุติธรรมที่ถาวรแก่ดินแดน” รวมทั้งระงับข้อพิพาทระหว่างแคว้นต่างๆ ในจักรวรรดิ นอกจากนี้ ยังทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ในกรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาลสูงแห่งแคว้นต่างๆ ในจักรวรรดิรวมทั้งศาลแห่งนครต่างๆ ในจักรวรรดิเกี่ยวกับคดีแพ่งด้วย²³⁸ การทำหน้าที่ของ Reichskammergericht เช่นนี้มีผลเป็นการจัดระเบียบกฎหมายทั่วไปในจักรวรรดิเรียกได้ว่าเป็น Common Law ของจักรวรรดิ ทำนองเดียวกับที่ศาลยุติธรรมแห่งกรุงปารีสทำหน้าที่เดียวกันและทำให้เกิดเป็นกฎหมายทั่วไปในราชอาณาจักรเรียกได้ว่าเป็น Common Law ของฝรั่งเศส ก่อนที่จะเปลี่ยนเป็นระบบซีวิลลอว์เต็มรูปแบบโดยผลของการมีประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับในสองประเทศดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง

ในสมัยกลาง กฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสจึงเป็นผลมาจากการตัดสินใจของศาลยุติธรรม โดยเริ่มจากปรับใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก่อนเป็นอันดับแรก ในฝรั่งเศส หากศาลไม่พบกฎหมายประเพณีของท้องถิ่นนั้นที่จะยกมาปรับแก้คดีได้หรือไม่สามารถตัดสินคดีบนฐานทางกฎหมายของจารีตประเพณีแห่ง

²³⁵ G.C.J.J. Van den Bergh, *Eigendom: Grepen uit de geschiedenis van een omstrede begrip* (2nd edn, Deventer: Kluwer 1988) 37. อ้างโดย Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 70.

²³⁶ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis and Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (Feenstra 1976) 270-271. อ้างโดย Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 71.

²³⁷ Deroussin David, (เชิงอรรถ 195) 297.

²³⁸ <https://lha.sachsen-anhalt.de/aktuelles/publikationen/reichskammergericht> สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2567

ท้องถิ่น ศาลแห่งกรุงปารีสจะหันไปใช้จารีตประเพณีกลางแห่งกรุงปารีสบังคับแก่คดี ส่วนในเยอรมนี หากศาลเยอรมัน ไม่พบกฎหมายประเพณีของท้องถิ่นนั้นที่จะยกมาปรับแก้คดีได้หรือไม่สามารถตัดสินคดีบนฐานทางกฎหมายของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ศาลเยอรมันจะค้นหาหลักเกณฑ์ที่เป็นไปตามกฎหมายโรมัน²³⁹ เนื่องจากผู้พิพากษาได้รับการศึกษาอบรมความรู้เกี่ยวกับกฎหมายโรมันด้วย และพบว่ากฎหมายโรมันมีหลักเกณฑ์ที่พัฒนาจนมีเนื้อหาครอบคลุมแก่กรณีต่างๆ มากยิ่งกว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายประเพณี นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์เยอรมันยังได้เผยแพร่บันทึกความเห็นทางนิติศาสตร์เกี่ยวกับแนวคำพิพากษาต่างๆ ของ Reichskammergericht อีกด้วย²⁴⁰ ทั้งนี้ แม้พวก Glossators ในศตวรรษที่ 13 จะเน้นการศึกษาเพื่ออธิบายศัพท์กฎหมายใน *corpus iuris civilis* โดยใช้เทคนิคในการวิเคราะห์แยกแยะความแตกต่างเพื่อสามารถให้ความหมายของคำเดียวกันแต่มีความหมายแตกต่างกันในแต่ละสถานการณ์ได้²⁴¹ และต่อมาพวก Post-Glossators หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Commentators พยายามนำหลักกฎหมายโรมันมาประยุกต์ใช้ในสังคมยุคกลางนั่นเองในศตวรรษที่ 14 โดยศึกษากฎหมายจารีตประเพณีเยอรมานิกและกฎหมายพิวตัลควบคู่ไปด้วย แต่ต่อมาในศตวรรษที่ 15 ได้เกิดสำนักมนุษยนิยมที่ส่งอิทธิพลไปจนถึงศตวรรษที่ 17 ปฏิเสธแนวคิดของ Post-Glossators/Commentators โดยแก้ไขคำอธิบายที่ผิดพลาดในทางประวัติศาสตร์ และเริ่มสร้างรากฐานทางทฤษฎีที่มั่นคงขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งถูกแทนที่ด้วยสำนักธรรมเนียมหรือสำนักกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 17²⁴²

ต่อมา เมื่อประเทศฝรั่งเศสจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศส” หรือที่เรียกกันว่าประมวลกฎหมายนโปเลียนซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่นั้นปี ค.ศ. 1804 เยอรมนีไม่มีประมวลกฎหมายทั่วไปที่ประมวลเรื่องทางกฎหมายแพ่งให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในปี ค.ศ. 1814 Thibaut จึงเรียกร้องให้มีประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเอกสารตีพิมพ์เรื่อง “Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland” โดยอ้างหลักสากลนิยมตามแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือที่บางท่านเรียกว่าสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่ชาววิญญู (Friedrich Karl von Savigny) ได้โต้แย้งโดยใช้แนวคิดสำนักประวัติศาสตร์สาขากฎหมายโรมัน²⁴³ โดยเสนอให้มีการศึกษากฎหมายโรมันอย่างละเอียดลึกซึ้งเสียก่อน ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเยอรมนีมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงไปถึงจักรวรรดิโรมันตามประวัติศาสตร์ที่มีการก่อตั้งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ขึ้นในเยอรมนีในสมัยกลาง แนวคิดของชาววิญญูที่เสนอให้มีการศึกษา *corpus iuris civilis* อย่างลึกซึ้งเพื่อให้ได้หลักกฎหมายโรมันที่แท้จริงก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

วินชไตน์ (Windscheid) นักคิดสำนักประวัติศาสตร์ที่มีอิทธิพลมากที่สุดในสำนักประวัติศาสตร์และได้เข้าร่วมเป็นกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งชุดแรกๆ ที่เริ่มงานการร่างมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1874 ด้วยคณะกรรมการชุดแรกนี้ได้ตีพิมพ์เสนอรับฟังความคิดเห็นร่างประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1887 แต่มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกอย่างหนักและเข้มข้นด้วยข้อโต้แย้งในทางวิชาการและการที่ได้รับอิทธิพลจากสำนักประวัติศาสตร์สาขากฎหมายโรมันมากเกินไป โดยเฉพาะคำวิจารณ์ที่มีน้ำหนักอย่าง

²³⁹ แม้ว่าบ่อเกิดลำดับรองของกฎหมายของเยอรมนีในสมัยกลางจะเสริมด้วยกฎหมายพิวตัลและกฎหมายพระอยู่อีกประการหนึ่งก็ตาม

²⁴⁰ Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 169.

²⁴¹ Van Caenegem (เชิงอรรถ 182) 49.

²⁴² Bram Akkermans (เชิงอรรถ 180) 58.

²⁴³ สำนักประวัติศาสตร์แบ่งออกเป็นสองสาขา คือ สาขากฎหมายเยอรมานิกและสาขากฎหมายโรมัน

ยังของ Von Gierke ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1895 จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างชุดที่สองขึ้น ก่อนที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1900 เป็นต้นมา

ในส่วนเรื่องกรรมสิทธิ์ ชาววิญญู²⁴⁴อธิบายในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (Vermögensrecht) ว่าในฐานะที่เป็นสิทธิ กรรมสิทธิ์ปรากฏอยู่อย่างเรียบง่ายและอยู่ในรูปของกรรมสิทธิ์ภายใต้อำนาจควบคุมของบุคคลที่มีอยู่เหนือวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่จำกัดและมีอยู่แต่เพียงผู้เดียว อำนาจควบคุมอื่นของมนุษย์ในทางปัจเจกบุคคลเหนือสิ่งที่ไม่เป็นอิสระและอยู่นอกเหนือไปจากเรื่องกรรมสิทธิ์ เป็นสิ่งที่อาจคิดค้นขึ้นมาได้ การควบคุมของมนุษย์อย่างปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะไม่เป็นอิสระและนอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ไม่มีอาจมีขึ้นได้ แต่ก็อาจมีกรณีที่มีหลักเกณฑ์เชิงซ้อนและจำกัดตรวนกรรมสิทธิ์ในตัวของมันเองในเรื่องที่มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษในแต่ละกรณี จึงมีทรัพย์สินสิทธิ์อื่นที่ก่อตั้งขึ้นได้ ซึ่งชาววิญญูเรียกว่า *jura in re*²⁴⁵

ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีการรับเอาแนวคิดที่ทรัพย์สินจำกัดอยู่แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างตามหลักกฎหมายโรมันและเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปในยุโรปยุคนั้น ร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปรากฏในร่างมาตรา 778 ว่า “ทรัพย์สินโดยนิยามได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น” และยืนยันโดยร่างมาตรา 77 ของต้นร่างฉบับที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และกลายมาเป็นบทบัญญัติมาตรา 90 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั่นเอง

สำหรับญี่ปุ่น แม้ในช่วงแรกจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศส แต่ก็ได้เปลี่ยนมารับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมันเป็นหลักในเวลาต่อมา

ในร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับปี ค.ศ. 1890 ที่ได้รับอิทธิพลจากศาสตราจารย์ Boissonade นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสซึ่งเผยแพร่ต้นร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นพร้อมด้วยคำอธิบายหลักการ (exposé des motifs) รวม 4 เล่มในปี ค.ศ. 1891²⁴⁶ ถือตามแนวคิดในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยรับรองอย่างเป็นทางการว่าวัตถุไม่มีรูปร่างอาจเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินสิทธิ์อื่นได้ แต่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับใหม่ได้ละทิ้งรูปแบบฝรั่งเศสและหันไปใช้รูปแบบเยอรมันแทนโดยวางหลักการทั่วไปมาจำกัดให้วัตถุแห่งกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินสิทธิ์อื่นมีได้แต่เพียงวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น

ศาสตราจารย์บัวโซนาเด (Boissonade) ให้คำอธิบายว่า มูลเหตุการที่มาตรา 1 ของร่างประมวลกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยทรัพย์สินบัญญัติว่า “ทรัพย์สินได้แก่สิทธิต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นกองทรัพย์สิน ไม่

²⁴⁴ Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts* (Band 1, Veit, 1840) S. 56, 367.

Als Recht erscheint es einfach und vollständig in der Gestalt des Eigenthums, oder der unbeschränkten und ausschließenden Herrschaft einer Person über eine Sache. Eine noch außer dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreye Natur ist nicht denkbar.

²⁴⁵ Friedrich Karl von Savigny (เชิงอรธ 244) 369.

Eine noch außer dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreye Natur ist nicht denkbar; wohl aber läßt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigenthums denken, woraus dann, je nach den Bestimmungen jedes positiven Rechts, mehrere einzelne jura in re, als besondere Rechtsinstitute, gebildet werden können.

²⁴⁶ Naoki Kanayama, ‘Chose et bien’ (2012) in : *Le patrimoine au XXI^e siècle : Regards croisés franco-japonais* (Société de Législation Comparée, dir. par Michel Grimaldi, Naoki Kanayama, Naoya Katayama, et Mustapha Mekki) 89-99.

ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชน ทรัพย์สินแบ่งออกเป็นสองประเภทได้แก่ ทรัพย์สินและบุคคลสิทธิ (ผู้วิจัย - หมายถึงสิทธิทางหนี้) มีมูลเหตุมาจากการที่ในขณะนั้นยังไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดวางบัญญัติยืนยันจุดนี้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์สินเป็นสิทธิด้วย โดยมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ และในกรณีของกรรมสิทธิ์ ไม่ใช่วัตถุที่เป็นของเรา หากแต่เป็นกรรมสิทธิ์ ส่วนในเรื่องหนี้ ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับวัตถุโดยตรง จึงได้ร่างไว้แต่เพียงว่าทรัพย์สินมีผลใช้บังคับกับวัตถุและใช้บังคับกับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สิน ประทานหรือทรัพย์สินอุปการณ ทรัพย์สินประทาน ได้แก่ (1) กรรมสิทธิ์ไม่ว่าครบถ้วนสมบูรณ์หรือแยกส่วน (2) สิทธิเก็บกิน สิทธิใช้สอยและอาศัย (l'usage et l'habitation) (3) สิทธิการเช่า สิทธิการเช่าระยะยาว สิทธิเหนือพื้นดิน (4) สิทธิครอบครอง ทรัพย์สินอุปการณ ได้แก่ (1) ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ (2) สิทธิยึดหน่วง (3) สิทธิจำนำ (4) สิทธิมีประกันเหนืออสังหาริมทรัพย์โดยไม่ต้องส่งมอบ (nantissement immobilier) (5) บุริมสิทธิ (6) สิทธิจำนอง ทั้งนี้ ภาระจำยอมเป็นทรัพย์สินอุปการณของกรรมสิทธิ์ สิทธิยึดหน่วงและสิทธิอื่นที่ตกติดมาด้วยเป็นทรัพย์สินอุปการณที่ก่อตั้งเป็นประกันบุคคลสิทธิ²⁴⁷ ดังนั้น บัวโชนาตจึงร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นโดยให้ความหมายของ “วัตถุแห่งทรัพย์สิน” ในความหมายอย่างกว้างว่าล้วนเป็นวัตถุ (chose) ทั้งสิ้น โดยเห็นได้จากร่างมาตรา 6 วรรคหนึ่งว่า “วัตถุ ได้แก่ วัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง”²⁴⁸ โดยคำว่าวัตถุนี้ใช้ในรูปแบบพหูพจน์ (choses) การเขียนร่างกฎหมายนี้จึงสอดคล้องกับแนวคิดกฎหมายโรมันและไม่แตกต่างไปจากที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นชุดใหม่ได้ร่างตามแนวคิดกฎหมายเยอรมันที่ได้รับอิทธิพลอย่างสูงจากกฎหมายโรมันเช่นกัน

²⁴⁷ Art. 2. Les droits réels, s'exerçant directement sur une chose et opposables à tous, sont principaux ou accessoires.

Les droits réels principaux sont :

- 1e La propriété, pleine ou démembrée ;
- 2e L'usufruit, l'usage et l'habitation ;
- 3e Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie ;
- 4e Le droit de possession.

Les droits réels accessoires sont :

- 1e Les servitudes foncières ;
- 2e Le droit de rétention ;
- 3e Le gage ;
- 4e Le nantissement immobilier ;
- 5e Le privilège ;
- 6e L'hypothèque.

Les servitudes sont des droits réels accessoires de la propriété ; le droit de rétention et les autres droits qui le suivent sont des droits réels accessoires formant la garantie des droits personnels.

²⁴⁸ Art. 6. Les choses sont corporelles ou incorporelles.

Les choses corporelles sont celles qui tombent sous les sens physiques de l'homme, comme les fonds de terre, les bâtiments, les animaux, les ustensiles.

Les choses incorporelles sont celles que l'intelligence seule perçoit ; tels sont :

- 1e Les droits réels ou personnels eux-mêmes ;
- 2e Les droits des écrivains, des artistes et des inventeurs ;
- 3e L'universalité des biens et des dettes d'une société dissoute ou d'une communauté en liquidation.

ร่างมาตรา 6 วรรคสองกำหนดต่อไปว่า วัตถุที่มีรูปร่างได้แก่วัตถุที่ตกอยู่ภายใต้ประสาทสัมผัสทางกายภาพของมนุษย์ เช่น ที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง สัตว์ เครื่องใช้ วัตถุไม่มีรูปร่างได้แก่วัตถุที่สติปัญญาของมนุษย์เท่านั้นที่จะรับรู้ได้ ได้แก่ (1) ทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิในตัวของมันเอง (2) สิทธิของนักเขียน นักแสดง และนักประดิษฐ์ (3) กองทรัพย์สินและหนี้สินของห้างหุ้นส่วนบริษัทที่ยุบเลิกหรือล้มละลาย การร่างเช่นนี้จึงเป็นไปตามแนวคิดแบบฝรั่งเศสที่วิเคราะห์ความกฎหมายโรมันในลักษณะที่วัตถุไม่มีรูปร่างเป็นเรื่องสิทธิเท่านั้น แต่ก็อาจเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิก็ได้ตามแนวคิดของฝรั่งเศสที่ได้รับอิทธิพลมาจากสำนักมนุษยนิยมและสำนักกรรมนิยมหรือที่เรียกอีกชื่อหนึ่งว่าสำนักกฎหมายธรรมชาติด้วย จึงเป็นการยอมรับหลักการว่าด้วยวัตถุไม่มีรูปร่างอย่างกว้างขวางโดยรวมไปถึงสิทธิเก็บกินและสิทธิการเช่าด้วย นอกจากนี้ บัวโซนาตมิได้ให้ความสำคัญว่าทรัพย์สินต่างๆ ที่กล่าวมาจะต้องเป็นสิ่งหาทรัพย์สินหรือสิ่งหาทรัพย์สินหรือไม่อย่างไร เนื่องจากการแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่สำคัญอยู่การเป็นวัตถุที่มีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างเสียมากกว่า จึงร่างมาตรากำหนดให้วัตถุที่มีรูปร่างมีอะไรได้บ้างและวัตถุไม่มีรูปร่างมีอะไรได้บ้าง ข้างต้น

อย่างไรก็ตาม การวางบทบัญญัติเช่นนี้ของบัวโซนาตย่อมเกิดปัญหาขึ้นเมื่อพิจารณาว่า หากถือว่าบุคคลสิทธิบางอย่างเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ สมควรใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป แต่ร่างมาตรา 3 กลับกำหนดว่าบุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้ใช้กับบุคคลที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ²⁴⁹ การกำหนดให้แบ่งทรัพย์สินและสิทธิทางหนี้ออกจากกันของบัวโซนาตที่กำหนดไว้ในร่างมาตรา 1²⁵⁰ ย่อมไม่มีความหมายเนื่องจากการวางบทบัญญัติที่ขัดแย้งกันเองอยู่ในตัวเนื่องจากจะกลายเป็นว่ากรรมสิทธิ์อาจมิได้เหนือสิทธิทางหนี้ของบุคคลที่เกิดจากนิติกรรมทางหนี้ต่างๆ ไป ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนเป็นอย่างมาก และร่างประมวลกฎหมายของบัวโซนาตได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงว่าเขียนไม่เป็นระบบ สร้างความสับสน เขียนขัดแย้งกันเอง จึงมีการประกาศแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในปี 1892 ว่าจำเป็นต้องเลื่อนกำหนดการมีผลใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งที่จะจัดทำขึ้นใหม่จากเดิมที่วางแผนไว้ว่าจะเป็นปี 1893 ออกไปก่อนและแต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นชุดใหม่ในทันทีโดยเป็นชาวญี่ปุ่นทั้งชุด²⁵¹ โดยมีประเด็นปัญหาที่ไม่ชัดเจนในประเด็นความหมายของทรัพย์สินที่บัวโซนาตกำหนดไว้กว้างเกินไปและเป็นประเด็นปัญหาเร่งด่วนประการหนึ่งที่จะต้องแก้ไขความในต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในฉบับปรับปรุง โดยมาซากิระ โทมิอิ (Masaakira Tomii) ซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาเอกจากมหาวิทยาลัยลียงประเทศฝรั่งเศสแต่ได้ศึกษากฎหมายเยอรมันเป็นกฎหมายเปรียบเทียบและเป็นหนึ่งในสามของคณะกรรมการปรับปรุงร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้เสนอให้กำหนดความหมายให้แคบลงสำหรับข้อความคิดว่าทรัพย์สินให้มีความหมายจำกัดแต่เฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น แต่ไม่รวมไปถึงสิทธิทางหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมตามความหมายที่บัวโซนาตเคยร่างไว้อีกต่อไป ในที่สุดจึงมีการตกลงในหลักการเป็นการทั่วไปว่าทรัพย์สินหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ส่วนการปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินสำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างกรณีต่างๆ จะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นรายกรณี²⁵²

²⁴⁹ **article 3** Les droits personnels ou de créance, s'exerçant contre une personne déterminée, pour obtenir d'elle des prestations ou des abstentions ...

²⁵⁰ **article 1er** Les biens sont des droits réels ou des droits personnels.

²⁵¹ Naoki Kanayama (เชิงอรธ 246) 92.

²⁵² Arrêté de la série "Otsu", no 4, 1 du 19 mai 1893. อ้างโดย Naoki Kanayama (เชิงอรธ 245). - La chose désigne uniquement la chose corporelle, et l'application des règles sur les choses aux choses incorporelles sera prévue au cas par cas.

ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (Minpō) ซึ่งลงมติผ่านกระบวนการนิติบัญญัติในปี 1895 และมีผลใช้บังคับในปี 1896 จึงบัญญัติมาตรา 85 ว่า “คำว่าทรัพย์สินในประมวลกฎหมายนี้ได้แก่วัตถุมีรูปร่าง”²⁵³

ในระบบความคิดเช่นนี้ ทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทหรือทรัพย์สินอุปการณ ล้วนเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่างทั้งสิ้น ทรัพย์สินประเภทตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิการเช่าระยะยาว (*emphyteusis*) และการจำยอม ส่วนทรัพย์สินอุปการณ ได้แก่ สิทธิยืมหน่วง บุริมสิทธิ สิทธิจำนำ สิทธิจำนอง แต่สำหรับวัตถุไม่มีรูปร่าง ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไว้วางบทบัญญัติเฉพาะไว้สำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นกรณีๆ ไป โดยในกรณีแรกเป็นเรื่องการครอบครอง มาตรา 205 ว่าด้วย “คล้ายครอบครอง (*quasi-possession*)” กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการครอบครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่กรณีที่บุคคลใช้สิทธิทางทรัพย์สินของตนด้วยเจตนากระทำการเช่นนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเอง²⁵⁴ หมายความว่า เป็นกรณีครอบครองสิทธิ มิใช่ครอบครองวัตถุมีรูปร่าง โดยผู้ร่างประสงค์ให้มาตรา 205 ดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้ในการที่จะนำหลักการครอบครองมาใช้ในการครองครองสิทธิต่างๆ อันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้แก่ การจำยอม บุริมสิทธิ จำนอง สิทธิทางหนี้อันเกิดแต่สัญญาซื้อขาย ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ฯลฯ ที่แม้ไม่อาจครอบครองได้เนื่องจากมิใช่วัตถุมีรูปร่าง แต่ก็สามารถนำหลักเกณฑ์ว่าด้วย “คล้ายครอบครอง” มาปรับใช้แก่กรณีได้ในฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีที่ใช้ในทางปฏิบัติ เว้นแต่กรณีการได้มาโดยการครอบครองตามหลักอายุความได้สิทธิ จึงกล่าวได้ว่ามาตรา 205 นี้เป็นเพียงการวางบทบัญญัติตามแบบพิธีเท่านั้น แต่ไม่มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด²⁵⁵

สำหรับกรณีการได้สิทธิโดยอายุความไม่เพียงแต่ใช้กับการได้กรรมสิทธิ์เหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น มาตรา 163 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกำหนดให้บุคคลอาจได้สิทธิทางทรัพย์สินอื่นที่มีใช้กรรมสิทธิ์ซึ่งมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างโดยอายุความเนื่องจากครอบครองนานได้เช่นกัน²⁵⁶ ศาลญี่ปุ่นใช้มาตรานี้รับรองการได้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยอายุความ เมื่อเป็นการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ครบ 20 ปี เว้นแต่เป็นการครอบครองโดยสุจริตจะใช้เวลา 10 ปี ซึ่งมีประโยชน์ในทางปฏิบัติที่สามารถใช้รับรองความสมบูรณ์ของการครอบครองทรัพย์สินที่เช่าแม้สัญญาเช่าตกเป็นโมฆะก็ตาม และสามารถใช้นับแม้สัญญาเช่าตกเป็นโมฆะก็ตาม และสามารถใช้นับเจ้าของที่แท้จริงได้หากสัญญาเช่ากระทำโดยผู้ให้เช่าที่มีใช้เจ้าของทรัพย์สิน²⁵⁷ อย่างไรก็ตาม การได้สิทธิโดยอายุความตามหลักการครอบครองนานเหนือวัตถุไม่มีรูปร่างนี้ ศาลญี่ปุ่นตีความ

²⁵³

第四章 物

Chapter IV Things

(定義)

(Definition)

第八十五条 この法律において「物」とは、有体物をいう。

Article 85 The term “Things” as used in this Code shall mean tangible thing.

²⁵⁴ Section 4 Quasi-Possession

Article 205 The provisions of this Chapter shall apply *mutatis mutandis* to cases where a person exercises his/her property rights with an intention to do so on his/her own behalf.

²⁵⁵ Naoki Kanayama (เชิงอรรถ 245) 95.

²⁵⁶ Article 163 (Acquisitive Prescription of Property Rights other than Ownership)

A person who exercises any property right other than the ownership peacefully and openly with an intention to do so on his/her own behalf shall acquire such right after the elapse of 20 years or 10 years consistent with the distinction provided in the preceding Article.

²⁵⁷ Naoki Kanayama (เชิงอรรถ 246) 96.

มาตรา 163 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในคดี Popeye²⁵⁸ ว่าเมื่อเป็นปัญหาการได้สิทธิโดยอายุความในสิทธิของผู้อื่น จะต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติพิเศษในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ด้วย และโดยที่มาตรา 21 แห่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำงานของเขา” ดังนั้นในคดีดังกล่าวที่จำเลยผลิตเน็คไทเป็นรูป Popeye นอกจากจะต้องพิจารณาประเด็นการครอบครอง โดยสงบเปิดเผย ด้วยเจตนาใช้ประโยชน์เป็นของตนเอง ติดต่อกันเป็นเวลา 20 ปี (เนื่องจากผู้ผลิตจำเลยเน็คไทที่มีรูป Popeye ดังกล่าวทราบว่าตนมิใช่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ จึงไม่ใช้กำหนดอายุความ 10 ปี) แล้ว ยังจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับบทบัญญัติกฎหมายพิเศษว่าด้วยลิขสิทธิ์ด้วยว่า ตลอดระยะเวลา 20 ปีดังกล่าว ได้ปรากฏพฤติการณ์ชัดแจ้งว่าผู้ผลิตเน็คไทรูป Popeye ได้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยเป็นผู้ผลิตเน็คไทรูป Popeye จำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusivité) และเป็นลักษณะผูกขาด (monopole) กล่าวคือหากกันมิให้ผู้อื่นทำซ้ำเพื่อจำหน่ายด้วยเช่นกัน และหากพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติมาแล้วข้างต้นนี้ หากผู้สร้างสรรค์จะโต้แย้งหักล้างได้การสิทธิโดยอายุความเช่นนั้น ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่ผู้กล่าวอ้างว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้สิทธิมาโดยอายุความอย่างไร อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้สร้างสรรค์ได้ตีพิมพ์การ์ตูนอันมีรูปลักษณะ Popeye ในหนังสือพิมพ์และหนังสือการ์ตูน และต่อมาได้อนุญาตให้โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทแห่งหนึ่งในประเทศญี่ปุ่นมีลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียวในประเทศญี่ปุ่นในการทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจเกี่ยวกับอาหาร เครื่องเขียน เสื้อผ้า และสินค้าเบ็ดเตล็ด นอกจากนี้รูปลักษณะ Popeye ในเน็คไทของจำเลยยังไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากไปงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแต่อย่างใด ดังนั้นข้อต่อสู้ของจำเลยที่กล่าวอ้างการได้สิทธิโดยอายุความจึงปราศจากฐานทางกฎหมายและแฟคต์

ในส่วนทรัพย์สินอุปกรณ มาตรา 362 ยอมรับให้มีการจำนำสิทธิได้²⁵⁹ มาตรา 369 วรรคสอง ยอมรับให้มีการจำนองสิทธิเหนือพื้นดินและ *emphyteusis* ได้²⁶⁰ การยอมรับนี้สอดคล้องกับธรรมชาติของประกันด้วยทรัพย์สินที่มุ่งหมายพิจารณามูลค่าของวัตถุมากกว่าการมีตัวตนทางกายภาพ

ในการร่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจึงมีการเปลี่ยนแปลงจากการนำข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินและการครอบครองวัตถุมีรูปร่างจากต้นแบบฝรั่งเศสมาเป็นต้นแบบเยอรมันในเวลาต่อมาและกลายมาเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในปัจจุบัน²⁶¹

²⁵⁸ คำพิพากษาศาลสูงสุดลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1997 – อ้างโดย Naoki Kanayama, ‘La possession des choses corporelles et incorporelles’ (2012) in : *Le patrimoine au XXI^e siècle : Regards croisés franco-japonais* (Société de Législation Comparée, dir. par Michel Grimaldi, Naoki Kanayama, Naoya Katayama, et Mustapha Mekki) 423

²⁵⁹ Article 362 (Subject Matter of Pledges of Rights)

(1) Pledges may have property rights for their subject matters.

(2) In addition to the provisions of this Section, the provisions of the preceding three Sections (General Provisions, Pledges of Movables and Pledges of Immovable properties) shall apply *mutatis mutandis* to pledges under the preceding paragraph, to the extent that application is not inconsistent with the nature of the same.

²⁶⁰ Article 369 (Content of Mortgages)

(1)

(2) *Superficies and emphyteusis can be the subject matter of a mortgage. In such cases, the provisions of this Chapter shall apply mutatis mutandis.*

²⁶¹ Naoki Kanayama, (เชิงอรรถ 258) 416.

จะเห็นได้ว่าทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นวางหลักการเดียวกันว่า ทรัพย์สินโดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่างและเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็ได้รับเอา หลักการเดียวกันมาแสดงไว้ในมาตราแรกของบทบัญญัติลักษณะทรัพย์สินในบรรพ 1 นั้นเอง²⁶²

²⁶² รายละเอียดดู บทที่ 5 หัวข้อ 5.1

บทที่ 4

ข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินของกฎหมายไทย

ในการทำความเข้าใจข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินของกฎหมายไทย หากพิจารณาแนวคิดตามกฎหมายเก่า (4.1) อาจไม่พบความชัดเจนในประเด็นนี้เท่าใดนัก ดูจะเป็นเรื่องที่รับเอาข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินมาจากต่างประเทศเสียมากกว่า โดยเป็นการรับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินผ่านทางกฎหมายญี่ปุ่น (4.2) มากำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

4.1 แนวคิดตามกฎหมายเก่า

ตามกฎหมายเก่ามิได้แบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ หากแต่แบ่งตามหลักในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งถือตามคติในพุทธศาสนา โดยแบ่งเป็นทรัพย์สินที่มีวิญญาณ (สวิญญาณกทรัพย์) และทรัพย์สินที่ไม่มีวิญญาณ (อวิญญาณกทรัพย์) สาเหตุที่แบ่งเช่นนี้ เป็นไปตามหลักการในคัมภีร์พระพุทธานุศาสตร์ที่ได้มีการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้กับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ โดยมีข้อพิจารณาว่าทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้เป็นทรัพย์สินที่มีชีวิตและมีความสำคัญจึงจัดให้อยู่ในกองทรัพย์สินของบุคคลได้ ดังเช่น ทาส ปศุสัตว์ สัตว์พาหนะ รวมทั้งเงินทองรูปพรรณของบุคคลนั้นด้วย²⁶³ แต่มิได้กำหนดให้ที่ดินอยู่ในกองทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล เนื่องจากที่ดินมิใช่ทรัพย์สินที่มีความสำคัญยุคสมัยนั้น

คนไทยแต่โบราณพึงพาอาศัยกรรมเป็นพื้นฐานในการเลี้ยงชีพและเห็นความสำคัญของการใช้ประโยชน์ที่ดิน แต่ก็ไม่อาจนับรวมที่ดินเข้าในกองทรัพย์สินของบุคคลได้ เนื่องจากตามกฎหมายเก่า เอกชนไม่อาจเป็นเจ้าของที่ดินได้ ต่างไปจากทรัพย์สินตามกฎหมายประเพณีที่แทบไม่ต่างจากที่อื่นๆ ในโลกซึ่งบุคคลอาจมีกรรมสิทธิ์ได้ ดังเช่นอาวุธ เครื่องมือ สัตว์พาหนะ ในยุคดั้งเดิมทั่วโลก ที่ดินเป็นทรัพย์สินสมบัติร่วมกันในลักษณะที่เป็นของส่วนรวม เมื่อมีการเก็บของป่า ล่าสัตว์ เพาะปลูก ก็อาจมีการเข้าครอบครองทรัพย์สินส่วนรวมอยู่บ้าง ในบางกรณี ก็ยังไม่เป็นผลให้ที่ดินตกเป็นกรรมสิทธิ์ของปัจเจกบุคคล เพียงแต่อาจหวงแหนหวงกันได้บ้างเท่านั้น หากต่อมาได้อพยพออกจากที่นั้นหรือยุติกิจกรรมเช่นนั้นเสีย ที่ดินก็กลับมาเป็นของส่วนรวมโดยแท้²⁶⁴ กฎหมายเก่าของไทยคุ้มครองบุคคลจากการละเมิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หลายลักษณะ ในกฎหมายลักษณะโจรและลักษณะเบ็ดเสร็จมีบทบัญญัติเฉพาะไว้สำหรับความเสียหายซึ่งมีผู้ก่อขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เป็นพืชผล เช่น ข้าว หนาก มะพร้าว กล้วย อ้อย เครื่องมือในการกสิกรรม เช่น แอก ไถ คราด สัตว์เลี้ยงซึ่งรวมถึงปลา สัตว์พาหนะ รวมถึงกรณีที่สัตว์เลี้ยงหรือสัตว์พาหนะเข้าไปเหยียบย่ำทำลายหรือกินพืชผลในที่ดินเพาะปลูกที่ผู้อื่นอยู่อาศัยทำกิน²⁶⁵

การแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่ให้ความสำคัญกับการแบ่งออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์จึงเกิดขึ้นในภายหลัง เพราะแต่ก่อนมีหลักตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 42 ว่าที่ดินในแว่นแคว้นกรุงศรี

²⁶³ โรแบร์ต แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2* (มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, ไทยวัฒนาพานิช, 2526) 294.

²⁶⁴ โรแบร์ต แลงการ์ด (เชิงอรธ 263) 296.

²⁶⁵ โรแบร์ต แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1* (มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, ไทยวัฒนาพานิช, 2526) 129 – 132.

อยุธยาเป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายอยู่อาศัย แต่ต่อมาภายหลังการทำสนธิสัญญาบาวริง และสนธิสัญญาอื่นๆ กับต่างประเทศ ระบบเศรษฐกิจของไทยเปลี่ยนจากระบบเศรษฐกิจแบบเกษตรกรรมเลี้ยงตัวเองไปเป็นระบบเศรษฐกิจแบบเกษตรกรรมเพื่อการส่งออก เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินตามมาเป็นจำนวนมาก เพื่อยุติปัญหาดังกล่าว จึงมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการออกโฉนดที่ดินหลายฉบับ ตั้งแต่ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2544) เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประกาศใช้บังคับ บทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินในบรรพ 1 ซึ่งตรวจชำระใหม่และมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2468 จึงจัดแบ่งประเภทของทรัพย์สินที่สำคัญโดยแบ่งออกเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ และสาระสำคัญของอสังหาริมทรัพย์มีจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญกับที่ดิน แตกต่างไปจากสังหาริมทรัพย์ที่มีหลักเกณฑ์แตกต่างออกไป²⁶⁶

4.2 การรับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินผ่านทางกฎหมายญี่ปุ่น

การรับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยทรัพย์สินผ่านทางกฎหมายญี่ปุ่นนี้ มีข้อพิจารณาด้วยว่า ผู้ที่มีบทบาทในการร่างบทบัญญัติมาตรา 98 และมาตรา 99 ในบรรพ 1 และได้นำมาเขียนคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98-143 เผยแพร่ในปี พ.ศ. 2477 แต่กลับมิได้อธิบายเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสิ่งที่นักนิติศาสตร์ในประเทศเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นอธิบายไว้ จึงดูเหมือนว่าได้รับอิทธิพลจากหลักการตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ในระบบกฎหมายอังกฤษที่ผู้เขียนได้เดินทางไปศึกษาต่อในประเทศดังกล่าว ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ต่อมา แม้นักนิติศาสตร์ไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ แต่ก็ได้เขียนคำสอนชั้นปริญญาตรีที่มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ปีการศึกษา 2477 เช่นเดียวกัน แต่กลับอธิบายสอดคล้องกับที่เป็นอยู่ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่น ดังนั้น จึงมีประเด็นพิจารณาตามลำดับดังนี้

4.2.1 หลักกฎหมายเยอรมัน

4.2.2 หลักกฎหมายญี่ปุ่น

4.2.3 คำอธิบายของผู้ร่างกฎหมายบางท่านที่สันนิษฐานว่าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ

4.2.1 หลักกฎหมายเยอรมัน

ทฤษฎีเยอรมันอธิบายโดยใช้ข้อความคิดเรื่องสิทธิอำนาจเหนือ (Herrschaftsrechte) ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดและมีอำนาจเหนือทรัพย์สินซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กรณีคือ (1) เหนือวัตถุมีรูปร่าง (2) เหนือวัตถุไม่มีรูปร่าง และ (3) เหนือสิทธิ²⁶⁷

สิทธิอำนาจเหนือวัตถุมีรูปร่าง (Herrschaftsrechte an Sachen) ที่สำคัญเป็นเรื่องทรัพย์สินสิทธิที่บัญญัติไว้เป็นสำคัญในบรรพ 3 ของ BGB ซึ่งมีกรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินมากที่สุด โดยที่

²⁶⁶ มาตรา 100 (2468) อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ที่ดินกับทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินนั้นหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น อนึ่ง คำว่า อสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิในที่ดินด้วย

มาตรา 101 (2468) สังหาริมทรัพย์ ได้แก่ทรัพย์สินทั้งหลายอันอาจขนเคลื่อนจากที่แห่งหนึ่งไปแห่งอื่นได้ ไม่ว่าเคลื่อนด้วยแรงคนแห่งตัวทรัพย์สินนั้นเอง หรือเคลื่อนด้วยกำลังภายนอก อนึ่ง คำว่า สังหาริมทรัพย์ ท่านหมายรวมถึงกำลังแรงแห่งธรรมชาติอันอาจถือเอาได้ และทั้งสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ด้วย

²⁶⁷ Claude Witz, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires* (Litec 1992) 459.

มาตรา 90²⁶⁸ บัญญัติเรื่อง “ข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สิน” ว่า “ทรัพย์สินโดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น” หมายความว่า กรรมสิทธิ์ในความหมายของ BGB ใช้กับวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เป็นการให้ความหมายตามหลัก เศรษฐศาสตร์ว่ากรรมสิทธิ์ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของกองทรัพย์สินมีความหมายครอบคลุมสิทธิทางหนี้ เอาไว้ด้วย แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 903 ของ BGB จะเห็นได้ว่ากรรมสิทธิ์มีได้มีอยู่อย่างไม่มีข้อจำกัด ข้อจำกัดกรรมสิทธิ์อาจมีได้ในกรณีที่มิบทบัญญัติกฎหมายพิเศษกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือในกรณีที่ บุคคลภายนอกมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นดีกว่าเจ้าของ²⁶⁹ ข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ที่สำคัญตามกฎหมายเห็นได้จาก บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันมาตรา 14 วรรคสองที่กำหนดให้กรรมสิทธิ์มีผลผูกพัน บุคคลทั่วไป แต่ในขณะเดียวกันการใช้กรรมสิทธิ์ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย ดังนั้น การใช้ กรรมสิทธิ์จึงต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน²⁷⁰จึงได้วินิจฉัยว่า กฎหมาย ว่าด้วยทรัพยากรน้ำ (Wasserhaushaltsgesetz) ซึ่งวางบทบัญญัติเพิกถอนสิทธิของเจ้าของในการใช้น้ำใต้ดิน ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีสิทธิของบุคคลภายนอกที่ดีกว่าสิทธิของเจ้าของได้แก่ทรัพย์สินจำกัดครอบ กรรมสิทธิ์ทั้งหลาย เช่น สิทธิเก็บกิน สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินกรณีนำสัมภาระของผู้อื่นมาก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์หรือทำสังหาริมทรัพย์ขึ้นใหม่ (Verwertungsrechte)

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของนักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนหนึ่งในทางที่ว่าสิทธิที่เป็นผลมาจากนิติ สัมพันธ์ทางหนี้ก็สามารถจัดเข้าอยู่ในจำพวกสิทธิอำนาจเหนือได้เช่นกันในกรณีที่เป็สิทธิครอบครองหรือสิทธิ ในการใช้ทรัพย์สินที่เป็นผลมาจากสัญญาเช่าหรือสัญญายืม แต่ก็ไม่สามารถนับได้ว่าเป็นทรัพย์สินตามความหมาย ของ BGB จึงมีการเรียกสิทธิประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะว่า “สิทธิอำนาจเหนือสัมพันธ์เหนือทรัพย์สิน”²⁷¹

สิทธิอำนาจเหนือวัตถุไม่มีรูปร่าง (Immaterialgüterrechte) มีอยู่ในกรณีผลงานทางสติปัญญาหรือ ทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีอยู่ในลักษณะที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างโดยตรง คู่ขนานไปกับวัตถุมีรูปร่างตามที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 90 ของ BGB แต่โดยที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกล่วงละเมิดได้โดยง่าย จำต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิไว้ตามกฎหมายพิเศษ ผลจึงมีว่าสิทธิประเภทนี้จะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อเป็นไปตาม หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดและจะมีได้ก็แต่เฉพาะสิทธิที่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้เท่านั้น ไม่อาจก่อตั้งโดยเจตนาของคู่กรณีเพียงลำพังได้ ซึ่งในลักษณะนี้เป็นไปตามหลักที่เรียกว่า หลัก *numerus clausus* ของทรัพย์สินทางปัญญา เทียบได้กับหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ในมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์กล่าวคือหลักทรัพย์สินจะมีได้ก็แต่โดยการก่อตั้งโดยกฎหมายเท่านั้น นั่นเอง ทั้งนี้ กฎหมาย เยอรมันจำกัดระยะเวลาของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ไว้ด้วย เช่น ลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายว่าด้วย ลิขสิทธิ์ (Urheberrechtsgesetz) มาตรา 64 สิทธิของผู้สร้างสรรค์หมดอายุการคุ้มครองเมื่อครบ 60 ปีหลัง

²⁶⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 90 Begriff der Sache

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

²⁶⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 903 Befugnisse des Eigentümers

Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.

²⁷⁰ BVerfG 15.7.1981, BVerfGE 58, 300.

²⁷¹ Larenz AT, § 13 II 3, 217. อ้างโดย Claude Witz (เจิ้งอรรถ 267) 461.

การตายของผู้สร้างสรรค์²⁷² สิทธิบัตร ตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร (Patentgesetz) มาตรา 16 สิทธิบัตรมีระยะเวลาคุ้มครอง 20 ปีนับแต่วันถัดจากวันยื่นจดทะเบียนสิ่งประดิษฐ์²⁷³ สิทธิในเครื่องหมายการค้า ตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (MarkenG) มาตรา 47 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีอายุการคุ้มครอง 10 ปี แต่สามารถจดทะเบียนต่ออายุเพื่อขยายระยะเวลาการคุ้มครองได้ครั้งละ 10 ปี หากไม่มีการขยายระยะเวลาการคุ้มครอง ให้ลบรายการเครื่องหมายการค้านั้นออกจากทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยมีผลในวันสิ้นสุดการคุ้มครอง²⁷⁴

²⁷² Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

§ 64 Allgemeines

Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers.

²⁷³ Patentgesetz

§ 16

Das Patent dauert zwanzig Jahre, die mit dem Tag beginnen, der auf die Anmeldung der Erfindung folgt.

²⁷⁴ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz - MarkenG)

§ 47 Schutzdauer und Verlängerung

(1) Die Schutzdauer einer eingetragenen Marke beträgt zehn Jahre, gerechnet vom Tag der Anmeldung an (§ 33 Absatz 1).

(2) Die Eintragung der Marke wird auf Antrag des Markeninhabers oder einer durch Gesetz oder Vertrag hierzu ermächtigten Person um jeweils zehn Jahre verlängert, sofern die Verlängerungsgebühr entrichtet worden ist.

(3) Die Verlängerung der Schutzdauer kann auch dadurch bewirkt werden, dass die Verlängerungsgebühr und eine Klassengebühr für jede zu verlängernde Klasse ab der vierten Klasse der Klasseneinteilung der Waren und Dienstleistungen gezahlt wird. Der Erhalt der Zahlung gilt als Antrag des Markeninhabers oder einer ermächtigten Person nach Absatz 2.

(4) Beziehen sich die Gebühren nur auf einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen ist, so wird die Schutzdauer nur für diese Waren oder Dienstleistungen verlängert. Werden lediglich die erforderlichen Klassengebühren nicht gezahlt, so wird die Schutzdauer, soweit nicht Satz 1 Anwendung findet, nur für die Klassen verlängert, für die die gezahlten Gebühren ausreichen. Besteht eine Leitklasse, so wird sie vorrangig berücksichtigt. Im Übrigen werden die Klassen in der Reihenfolge der Klasseneinteilung berücksichtigt.

(5) Das Deutsche Patent- und Markenamt unterrichtet den Markeninhaber mindestens sechs Monate im Voraus über den Ablauf der Schutzdauer. Das Deutsche Patent- und Markenamt haftet nicht für eine unterbliebene Unterrichtung.

(6) Der Antrag auf Verlängerung soll innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vor Ablauf der Schutzdauer eingereicht werden. Der Antrag kann noch innerhalb einer Nachfrist von sechs Monaten nach Ablauf der Schutzdauer eingereicht werden.

(7) Die Verlängerung der Schutzdauer wird am Tag nach dem Ablauf der vorausgehenden Schutzdauer wirksam. Sie wird in das Register eingetragen und veröffentlicht.

(8) Wird die Schutzdauer nicht verlängert, so wird die Eintragung der Marke mit Wirkung zum Ablauf der Schutzdauer gelöscht.

สิทธิอำนาจเหนือสิทธิ (Rechte an Rechte) BGB ได้บัญญัติรับรองกรณีสิทธิอำนาจเหนือสิทธิไว้หลายบทมาตรา ดังนั้น จึงไม่ควรพิจารณาแต่เพียงบทบัญญัติมาตรา 90 แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น กรณีที่มีสิทธิหนึ่งครอบอยู่เหนืออีกสิทธิหนึ่ง เช่น มาตรา 1068²⁷⁵ ของ BGB บัญญัติว่าวัตถุแห่งสิทธิเก็บกินอาจมีได้เหนือสิทธิเช่นกัน และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเก็บกินเหนือวัตถุมีรูปร่างมาใช้บังคับกับสิทธิเก็บกินเหนือสิทธิ มาตรา 1273 ของ BGB บัญญัติว่าสิทธิจำนองจำนำ (Pfandrecht) อาจมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นสิทธิได้เช่นกัน²⁷⁶

เมื่อได้พิจารณาบริบทของการมีบทบัญญัติอื่นนอกเหนือไปจากบทบัญญัติมาตรา 90 ของ BGB ข้างต้นแล้ว จึงเป็นที่เข้าใจกันในหมู่นักนิติศาสตร์เยอรมันว่าในทางกฎหมายอาจมีประเด็นพิจารณาได้ทั้งเรื่องวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างนั่นเอง

4.2.2 หลักกฎหมายญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีผลใช้บังคับวันที่ 16 กรกฎาคม 1898 ภายหลังจากที่บังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งร่างโดยบัวโซนาต (Boissonade, Gustave-Emile Boissonade de Fontarabie) มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี 1882²⁷⁷ ก่อนมีผลใช้บังคับ มีการประกาศล่วงหน้าเพื่อให้มีการเตรียมความพร้อมในหมู่ราษฎรคือส่วนแรกเป็นจำนวน 3 บรรพ คือ บททั่วไป ทรัพย์ และหนี้ ประกาศโฆษณาเมื่อวันที่ 27 เมษายน 1896 โดยพระราชบัญญัติเลขที่ 89 แห่งปีที่ 29 ของยุคเมจิ และส่วนที่สองสำหรับอีก 2 บรรพที่เหลือ คือ ครอบครัวและมรดก ประกาศโฆษณาเมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 1898 พระราชบัญญัติเลขที่ 9 แห่งปีที่ 31 ของยุคเมจิ

คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งชุดแรกได้รับการแต่งตั้งในเดือนเมษายน 1880 โดยดำเนินงานในสำนักงานสภาสูงเพื่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง (Senior Council's Office of Civil Code Codification) และมีคำสั่งยุบเลิกในวันที่ 31 มีนาคม 1886 จากนั้น มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่เพื่อทำการร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นในกระทรวงยุติธรรมซึ่งทำการร่างประมวลกฎหมายแพ่งสืบต่อมาในช่วงวันที่ 1 เมษายน 1886 ถึงวันที่ 18 เมษายน 1887 ควบคู่ไปกับการดำเนินงานของคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งในกระทรวงการต่างประเทศในช่วงวันที่ 6 สิงหาคม 1886 ถึงวันที่ 20 ตุลาคม 1887 เพื่อเตรียมการยกเลิกสนธิสัญญาไม่เสมอภาคกับต่างประเทศ โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบงานร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นครั้งนี้ โดยพิจารณาจากต้นร่างที่เสนอโดยบัวโซนาตมาแต่เดิมซึ่งไม่อยู่ในคณะกรรมการร่างชุดใดๆ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าคณะกรรมการร่างชุดแรกส่วนใหญ่เป็นผู้

²⁷⁵ BGB

§ 1068 Statutory definition of usufruct in rights

(1) *Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein.*

(2) *Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen*

²⁷⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 1273 Gesetzlicher Inhalt des Pfandrechts an Rechten.

(1) *Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.*

Etc.

²⁷⁷ แต่มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาใหม่ในปี 1907 และปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใหม่ในปี 1922 และปรับปรุงอีกครั้งในปี 1948.

พิพากษาและสมาชิกสภาสูง ส่วนคณะกรรมการร่างชุดที่สองมีนักวิชาการมหาวิทยาลัย 3 คนที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี และอังกฤษ มีบทบาทหลักในการนำเสนอและอภิปรายในงานร่างประมวลกฎหมายแพ่ง²⁷⁸

สาเหตุที่ในช่วงแรกญี่ปุ่นได้อาณัติกฎหมายฝรั่งเศสเป็นต้นแบบในการจัดทำประมวลกฎหมาย เป็นเพราะในช่วงปี 1850 – 1860 มีแต่กฎหมายฝรั่งเศสเท่านั้นที่เป็นต้นแบบที่ได้มาตรฐานสำหรับระบบซีวิลลอว์²⁷⁹ แต่ต่อมาเมื่อมีการโต้แย้งร่างประมวลกฎหมายแพ่งของบัวโซนาต คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งชุดใหม่จึงเปลี่ยนไปใช้ร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาเป็นต้นแบบ โดยอธิบายว่าเพื่อให้ญี่ปุ่นบรรลุวัตถุประสงค์ในการแสวงหาเส้นทางที่สอดคล้องกับบริบทของประเทศญี่ปุ่นเองจำเป็นต้องใช้วิธีการทางกฎหมายเปรียบเทียบเพื่อให้ได้มาซึ่งตัวบทกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับประเทศญี่ปุ่น โดยคณะกรรมการชุดใหม่นี้ประกอบด้วยศาสตราจารย์กฎหมายชาวญี่ปุ่นจำนวน 3 คนที่สำเร็จการศึกษาวิชานิติศาสตร์จากประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี และอังกฤษ ซึ่งผลการศึกษาเปรียบเทียบพบว่าต้องให้ความสำคัญกับหลักเหตุผลทางสติปัญญาเพื่อค้นหาแนวทางสร้างหลักเกณฑ์ที่สามารถให้ความเป็นธรรมในสังคมดังที่ประเทศญี่ปุ่นกำลังต้องการ โดยคณะกรรมการชุดใหม่มีความเห็นว่าภายหลังประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเข้ามาเป็นเวลาระยะหนึ่ง แม้จะเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งในประเทศอื่นๆ เป็นจำนวนมาก แต่วิชานิติศาสตร์ในประเทศฝรั่งเศสกลับมีแนวโน้มเสื่อมลง ขาดงานศึกษาทางนิติศาสตร์ใหม่ๆ เนื่องจากนักคิดฝรั่งเศสให้ความสำคัญชมความสมบูรณ์และความสวยงามในผลิตภัณฑ์อย่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่กำลังใช้บังคับอยู่ มิได้มีความก้าวหน้าในงานศึกษาวิจัยต่างๆ เหมือนเช่นที่ปรากฏงานศึกษาทางนิติศาสตร์จำนวนมากในประเทศเยอรมนีที่กำลังศึกษาเพื่อเตรียมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงมีการเสนอว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ควรใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้นแบบอีกต่อไปเนื่องจากเป็นประมวลกฎหมายที่เป็นมีเหตุผลทางประวัติศาสตร์มาจากการปฏิบัติฝรั่งเศสและมีรากฐานแนวคิดมาจากหลักปรัชญาในสำนักธรรมเนียมหรือสำนักกฎหมายธรรมชาติ นอกจากนี้ ดังนั้น จึงสมควรหันมาใช้รูปแบบเยอรมันที่กำลังดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตามหลักปรัชญาในสำนักประวัติศาสตร์ที่ให้ความสำคัญกับลักษณะเฉพาะประจำชาติและมีงานศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์จำนวนมาก²⁸⁰ เช่นนี้ จะเป็นการสอดคล้องต้องกันกับกรณีของประเทศญี่ปุ่นที่สอดคล้องคุณค่าพื้นฐานของประเทศญี่ปุ่นเองที่ต้องการแสวงหาความยุติธรรมในสังคมมากกว่าจะใช้แนวทางของประเทศอังกฤษที่ใช้หลักปรัชญาอรรถประโยชน์²⁸¹ สอดคล้องกับบทสรุปความเห็นของรัฐบาลญี่ปุ่นในช่วงนั้นว่าหลังจากการส่งบุคลากรไปศึกษาวิชานิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 เป็นต้นมา ได้ข้อสรุปว่าระบบมหาวิทยาลัยเยอรมันสำหรับการศึกษาวิชานิติศาสตร์เป็นระบบที่ดีที่สุดในโลกเนื่องจากในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 ศาสตร์ต่างๆ ของเยอรมนีอยู่ในช่วงยุคทอง ญี่ปุ่นจึงนิยมส่งคนไปศึกษาในประเทศเยอรมนี แล้วกลับมาเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัยซึ่งต่อมากลายเป็นศาสตราจารย์ในประเทศญี่ปุ่น นับเป็นกระบวนการ Germanization ของมหาวิทยาลัยญี่ปุ่นในยุคนั้น²⁸²

²⁷⁸ Shusei Ono, 'Comparative Law and the Civil Code of Japan (II)' (1997) 25 Hitotsubashi Journal of Law and Politics, 29 – 41.

²⁷⁹ Béatrice Jaluzot, 'Les origines du code civil japonais' (2015) 40 Zeitschrift für Japanisches Recht Journal of Japanese Law, 121–122.

²⁸⁰ ในภาษาญี่ปุ่นใช้คำว่า kokka (国家) ซึ่งตรงกับความหมายที่เข้าใจกันในวิชานิติปรัชญาว่า “วิญญาณประชาชาติ (Volksgeist)” นั้นเอง

²⁸¹ Béatrice Jaluzot (เชิงอรรถ 279) 135 – 136.

²⁸² Shusei Ono (เชิงอรรถ 278) 47 – 48.

ในขณะที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นชุดใหม่นี้กำลังเตรียมการปรับปรุงต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังไม่เสร็จเรียบร้อย มีแต่ต้นร่างฉบับที่หนึ่งและฉบับที่สองเท่านั้นที่เป็นฐานข้อมูลสำหรับงานศึกษาทางนิติศาสตร์ของญี่ปุ่นเพื่อเตรียมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งของตน โดยร่างแรก (Erster Entwurf) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเผยแพร่ในปี ค.ศ. 1888 และร่างฉบับที่สองที่มีบันทึกการประชุมประกอบ (Protokolle)²⁸³ เผยแพร่ในปี ค.ศ. 1894

ร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเป็นต้นแบบ เรียกกันว่า “ระบบ (Institutionssystem)” โดยไม่มีการแยกบรรพทั่วไปออกมาเป็นการเฉพาะจากบรรพอื่นๆ ระบบเช่นนี้มีผลทำให้ต้องมีการกล่าวซ้ำหลักเกณฑ์เดียวกันในแต่ละบรรพ ผลคืองานทั้งหมดมีบทมาตรากว่า 1,762 มาตรา บรรพ 1 ว่าด้วยทรัพย์สินมีจำนวน 572 มาตรา บรรพ 2 วิธีการได้มาซึ่งทรัพย์สินมีจำนวน 435 มาตรา บรรพ 3 ประกันแห่งหนี้มีจำนวน 298 มาตรา บรรพ 4 พยานหลักฐานและอายุความ มีจำนวน 164 มาตรา และบรรพ 5 บุคคลมีจำนวน 293 มาตรา

ร่างที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ใช้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบ ตามระบบที่เรียกว่า “ระบบแนววินิจัย (Pandektensystem)”²⁸⁴ โดยมีการจัดวางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ส่วนหน้าเป็นหนึ่งบรรพเสียก่อน ว่าด้วยบุคคลในฐานะที่เป็นประธานแห่งสิทธิ ทรัพย์สินในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิ และนิติกรรมที่เป็นข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่สิทธิได้มา เสียไป หรือเปลี่ยนแปลง แต่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นกลับไม่เดินตามร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเพราะได้นำเอาเรื่องทรัพย์สินไปไว้ในบรรพ 2 และนำเรื่องหนี้ไปไว้ในบรรพ 3 โดยวิธีการวางบทบัญญัติในบรรพทั่วไปดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงการกล่าวซ้ำโดยไม่จำเป็น ตัวประมวลกฎหมายมีลักษณะกระชับมากยิ่งขึ้นและมีจำนวนเหลือ 1,146 มาตรา และมีการทำความเชื่อมโยงข้ามบรรพอยู่เป็นจำนวนมาก

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นวางบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินตามแบบของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่กล่าวถึงเฉพาะแต่ทรัพย์สินโดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่างไว้เพียงมาตราเดียว โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากในวงการนิติศาสตร์เยอรมันเป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วในทางวิชาการและในทางปฏิบัติว่า จะเป็นทรัพย์สินได้ต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง รวมทั้งต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้อยู่ในตัว ดังนั้นในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจึงได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน ในแบบเดียวกับกับข้อความในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดไว้ใน มาตรา 778 ว่า “ทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น (Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.)” และตรงกับข้อความในบทบัญญัติมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ว่าด้วยความหมายของทรัพย์สินว่า “คำว่าทรัพย์สินที่ใช้ในประมวลกฎหมายนี้หมายความว่าวัตถุมีรูปร่าง (この法律において「物」とは、有体物をいう)” โดยความหมายของทรัพย์สินดังกล่าวยังปรากฏข้อความเช่นเดิมทุกประการในร่างฉบับที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ปรากฏในมาตรา 77 และมาเป็นบทบัญญัติมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 จนถึงปัจจุบัน

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 90 Begriff der Sache (ความหมายของทรัพย์สิน)

²⁸³ <https://www.archivportal-d.de/item/XNYUETVSQM67JXD5ZJGCI3W2Z4OISNG> สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2567

²⁸⁴ Shusei Ono (เชิงอรรถ 278) 46.

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. (ทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น)

4.2.3 คำอธิบายของผู้ร่างกฎหมายบางท่านที่สันนิษฐานว่าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ

พระยาเทพวิทูรซึ่งสำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษและเป็นกรรมการชำระประมวลกฎหมายได้เขียนคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 3 ว่าด้วยทรัพย์สินในบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึงเรื่องทรัพย์สินในมาตรา 98 ทรัพย์สินในมาตรา 99 และทรัพย์สินนอกพาณิชย์ในมาตรา 106 ดังนี้²⁸⁵

วัตถุบางอย่าง เช่น ทะเล อากาศ แม้จะเป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งอาจเข้าในบทวิเคราะห์ศัพท์แห่งคำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 98 ก็ได้ แต่ไม่เป็นวัตถุที่อาจถือเอาได้ กล่าวคือบุคคลไม่อาจถือกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของ จึงไม่เป็นทรัพย์สินตามความในมาตรา 99 (ดูคำอธิบายมาตรา 106 ในข้อ 2)

มาตรา 106 ทรัพย์สินนอกพาณิชย์

(2) ที่ว่าทรัพย์สินไม่สามารถจะถือเอาได้ หรือไม่มีเจ้าของโดยเฉพาะนั้น ก็เช่น ทะเล อากาศ เป็นต้น ซึ่งต้องระลึกว่า ทรัพย์สินเช่นนี้ไม่เป็นทรัพย์สินตามบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 99

แต่ที่ว่านี้ ต้องอย่าปนกับทรัพย์สินที่เรียกว่า ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) เช่น สัตว์ป่า หรือทรัพย์สินที่เจ้าของละทิ้งสิทธิกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินดังนี้เป็นทรัพย์สินที่อาจถือเอาได้ หรืออาจมีเจ้าของได้ (ดูมาตรา 1318) หากแต่ในขณะนั้นยังไม่มีเจ้าของเท่านั้น ทรัพย์สินเหล่านี้จึงไม่เป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามบทวิเคราะห์ศัพท์

จะเห็นได้ว่า พระยาเทพวิทูรให้คำอธิบายในทำนองที่ว่า ทรัพย์สินในมาตรา 98 ไม่จำเป็นต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้เนื่องจากเป็นเรื่องบทวิเคราะห์ศัพท์ของทรัพย์สินในมาตรา 99 เป็นอีกกรณีหนึ่งต่างหากไม่เกี่ยวข้องกัน และเห็นได้จากการใช้คำว่าทรัพย์สินกับเรื่องทรัพย์สินนอกพาณิชย์ในมาตรา 106 อีกด้วย และหากเป็นทรัพย์สินที่อาจถือเอาได้ หรืออาจมีเจ้าของได้ย่อมมิใช่ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามความหมายในมาตรา 106 แต่การอธิบายของท่านอาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าเป็นการได้รับอิทธิพลจากหลักการตีความกฎหมายแบบอังกฤษซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์หรือไม่ โดยอาจเป็นไปตามหลักการตีความตามตัวอักษรที่เรียกว่า Literal Rule มากกว่าจะพิจารณาหลักการปรับใช้กฎหมายและตีความกฎหมายที่เชื่อมโยงกันเป็นระบบและสามารถตีความบทบัญญัติอื่นๆ ที่เป็นบริบทแวดล้อมได้อย่างในระบบซีวิลลอว์ที่สามารถอธิบายได้ว่าทรัพย์สินในมาตรา 98 และทรัพย์สินในมาตรา 99 มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ในการพิจารณามาตรา 98 จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรา 99 จะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ จึงต้องมีลักษณะที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ปัญหาที่ผู้วิจัยจะได้นำมาพิจารณาในหัวข้อ 5.1 ตามประเด็นที่งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาเพื่อแก้ไขปัญหาคือที่น่าสงสัยนี้ต่อไป

²⁸⁵ เทพวิทูร (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา (เชิงอรรถ 3) 347-348, 374.

บทที่ 5

แนวทางแก้ไขปัญหาวาดด้วยทรัพย์ตามมาตรา 137 และมาตรา 138

จากการศึกษารากฐานแนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการแนวคิดที่คลี่คลายขยายตัวในต่างประเทศในบทที่ 2 ถึงบทที่ 4 ข้างต้น ประกอบกับที่จะได้กล่าวเพิ่มเติมตามประเด็นในบทนี้ อาจช่วยเป็นแนวทางแก้ไขปัญหานักนิติศาสตร์ไทยอาจมีความเข้าใจไม่ตรงกันในประเด็นต่อไปนี้ได้

5.1 มาตรา 137 มีที่ใช้แยกต่างหากจากมาตรา 138 หรือไม่

5.2 กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่

5.3 สัตว์เป็นทรัพย์หรือไม่

5.4 กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์หรือไม่

5.1 มาตรา 137 มีที่ใช้แยกต่างหากจากมาตรา 138 หรือไม่

ตามบทบัญญัติบรรพ 1 ลักษณะ 3 ทรัพย์ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ใช้บังคับโดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 ความหมายของทรัพย์และทรัพย์สินเป็นไปตามมาตรา 98 ว่า “อันว่าทรัพย์นั้น โดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่าง” และมาตรา 99 ว่า “ทรัพย์สินนั้น ท่านหมายรวมทั้งทรัพย์ ทั้งวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้” และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันต่อมาในมาตรา 137 ว่า “ทรัพย์หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง” และมาตรา 138 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

ข้อสงสัยจึงเกิดขึ้นจากการเขียนบทบัญญัติมาตรา 98 เดิมและมาตรา 137 ใหม่ ในลักษณะที่ทรัพย์ “ได้แก่” หรือ “หมายความว่า” วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยไม่ปรากฏองค์ประกอบเพิ่มเติมอื่นใดอีก แต่ในเมื่อพิจารณาความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 99 เดิม และมาตรา 138 ใหม่ กลับหมายรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ และนักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกันไปสองทาง

ความเห็นที่หนึ่ง: เป็นความเห็นฝ่ายข้างมากที่เห็นว่า นอกจากเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์ยังต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย เนื่องจากมาตรา 137 ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 138 ไปพร้อมกัน ได้แก่ความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช²⁸⁶ ซึ่งเป็นท่านแรกที่ได้ให้ความเห็นทางวิชาการในแนวทางนี้ และมีข้อความตรงกับในตำราที่มักใช้อ้างอิงกันต่อมาในทางวิชาการของท่านในฉบับตีพิมพ์เมื่อ พ.ศ. 2521²⁸⁷ นอกจากนี้ ยังตรงกับความเห็นในทางตำราของผู้สอนวิชากฎหมายทรัพย์สินที่ใช้อ้างอิงกันอย่างแพร่หลายในประเทศไทย ได้แก่ ศาสตราจารย์ ประมูล สุวรรณศร²⁸⁸ และศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ²⁸⁹ อีกด้วย

²⁸⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 (โรงพิมพ์อักษรนิติ 2478) 16.

²⁸⁷ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ (โรงพิมพ์อักษรสาส์น 2521) 11.

²⁸⁸ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์ (นิติบรรณการ 2550) 6, 31.

²⁸⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 20 ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 21.

ความเห็นที่สอง: เป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อย มีความเห็นแย้งความเห็นฝ่ายข้างมากกว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องมีราคาหรือถือเอาได้ ได้แก่ความเห็นของพระยาเทพวิฑูร²⁹⁰ และรองศาสตราจารย์ ดร. มานิตย์ จุมปา²⁹¹; รองศาสตราจารย์ ดร. มานิตย์ จุมปา ให้ความเห็นไว้ดังนี้

“เหตุใดจะต้องแยกบัญญัติความหมายของทรัพย์สินไว้เป็นมาตราหนึ่งต่างหากให้ยุ่งยาก ... ทรัพย์สินมีรูปร่างเฉย ๆ แต่ไม่อาจมีราคาและถือเอาได้ ก็ไม่เป็นทรัพย์สิน เช่น พระจันทร์ ดวงอาทิตย์ ดาวเคราะห์อื่น ๆ เป็นต้น ส่วนหากทรัพย์สินมีรูปร่างและยังอาจมีราคาและถือเอาได้แล้วทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นทรัพย์สินด้วย” ประกอบกับมาตรา 143 บัญญัติเรื่องทรัพย์สินนอกพาณิชย์แสดงให้เห็นชัดเจนว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องถือเอาได้ ทรัพย์สินจึงมีความหมายเพียงที่มาตรา 137 นิยามไว้ คือ เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง ...”

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ท้อธิบายว่าว่า ถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 (มาตรา 137 ปัจจุบัน) ทำให้เกิดความสงสัยได้บ้างเพราะบัญญัติไว้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่จะถือว่ามาตรา 98 เป็นบทวิเคราะห์ศัพท์โดยลำพังไม่ได้ ต้องอ่านตามความหมายที่รวมกันไว้ในมาตรา 99 (มาตรา 138 ปัจจุบัน) ลักษณะสำคัญที่ต้องพิจารณาคือวัตถุต้องอาจมีราคาและถือเอาได้ จึงจะถือเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินตามกฎหมายเนื่องจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินมีวงเขตจำกัดถึงวัตถุที่อยู่ภายใต้อำนาจตามความสามารถของมนุษย์²⁹²

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายเรื่องวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างไว้เป็นท่านแรกๆ ตั้งแต่เมื่อครั้งที่ท่านได้เป็นอาจารย์ผู้บรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สินในหลักสูตรชั้นปริญญาตรี ที่มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ปีการศึกษา 2477 ปรากฏตามหนังสือ “คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477”²⁹³ ว่า “เมื่อวัตถุแห่งสิทธิเป็นวัตถุมีรูปร่าง สิทธิและวัตถุแห่งสิทธิแยกจากกันเห็นได้ชัด เช่น ก. เป็นเจ้าของม้า ทรัพย์สินสิทธิของ ก. ที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์ในม้านั้นเป็นอย่างหนึ่งซึ่งเป็นนามธรรมมีอยู่ในความคิดความรู้ของกฎหมาย แต่ม้าที่เป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ของ ก. เป็นอีกอย่างหนึ่ง คือรูปธรรมตามความเป็นจริงจับต้องได้” ตามความเห็นของท่าน เมื่อวัตถุแห่งสิทธิเป็นวัตถุมีรูปร่าง มีการแยกกันอย่างชัดเจนระหว่างวัตถุมีรูปร่างกับวัตถุไม่มีรูปร่าง โดยวัตถุมีรูปร่างเป็นเรื่องตัวทรัพย์สินที่เป็นรูปธรรมและจับต้องได้ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นเรื่องของสิทธิที่เป็นนามธรรมและได้รับการรับรองตามกฎหมาย

ในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธิเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายไว้ว่า

“แต่ถ้าวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง สิทธิและวัตถุแห่งสิทธิต่างก็เป็นนามธรรมวัตถุไม่มีรูปร่างเหมือนกัน แยกจากกันให้เห็นไม่ได้ถนัดชัดแจ้ง แต่ก็ยังต่างกันในความเข้าใจในทางกฎหมาย เช่น ลิขสิทธิ์ โดยสภาพที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ย่อมรวมไว้ทั้งสิทธิและวัตถุแห่งสิทธิอยู่ในตัว แต่ตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิเจ้าของวรรณกรรมเป็นอย่างหนึ่ง ลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิเจ้าของวรรณกรรมเป็นอีกอย่างหนึ่ง สิทธิที่จะขายกับสิทธิที่ถูกขายต่างกันโดยนิตินัย สิทธิที่จะขายเป็นอำนาจรวมอยู่ในตัวสิทธิ ลิขสิทธิ์ที่ถูกขายเป็นแต่วัตถุ

²⁹⁰ เทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา (เชิงอรรถ 3) 347-348, 374.

²⁹¹ มานิตย์ จุมปา (เชิงอรรถ 3) 5.

²⁹² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (เชิงอรรถ 286) 16 – 17.

²⁹³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (เชิงอรรถ 286) 7. ตรงกับหนังสือคำอธิบายวิชาเดียวกันเล่มล่าสุดคือ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (เชิงอรรถ 287) 5-6.

แห่งสิทธิที่ต้องรองรับการใช้อำนาจขายไปนั้น สิทธิและวัตถุแห่งสิทธิจึงมีอยู่ต่างหากจากกัน แยกจากกันได้เสมอ”²⁹⁴

จากคำอธิบายข้างต้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช แสดงความเห็นไว้ว่าเมื่อวัตถุแห่งสิทธิเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง สิทธิและวัตถุแห่งสิทธิต่างก็เป็นนามธรรม โดยวัตถุไม่มีรูปร่างเหมือนกัน จึงมิได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน เพียงแต่มีความแตกต่างกันในความหมายของกฎหมาย โดยสิทธิยังคงแตกต่างกับวัตถุแห่งสิทธิอยู่ในทางกฎหมายเมื่อพิจารณาถึงสิทธิยังคงให้อำนาจดำเนินการต่างๆ ได้ทางกฎหมายในลักษณะต่างๆ ในขณะที่วัตถุแห่งสิทธิเป็นเพียงสิ่งที่รองรับอำนาจการใช้สิทธิต่างๆ เหล่านั้น

บุคคลผู้ทรงสิทธิ วัตถุแห่งสิทธิ และสิทธิในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันโดยมีสิทธิเป็นสายกลางเชื่อมบุคคลผู้ทรงสิทธิกับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิ²⁹⁵

ดูเหมือนว่า ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช จะให้ความสำคัญกับมาตรา 99 มากกว่ามาตรา 98 เนื่องจากท่านได้อธิบายปัญหานี้รวมกันไปด้วยเน้นที่มาตรา 99 ว่า คำว่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 (หมายถึงมาตรา 138 ปัจจุบัน) ได้บัญญัติไว้ในความหมายอย่างกว้าง กินความถึงวัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างใดๆ ที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ โดยศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายสอดคล้องกับคำอธิบายของนักนิติศาสตร์โรมันว่า วัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งที่จับต้องสัมผัสได้ และวัตถุไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้เช่นสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้หรือทรัพย์สินในทรัพย์สิน ก็นับรวมอยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์สินด้วย ทรัพย์สินจึงมีความหมายรวมทั้งตัวสิทธิและวัตถุแห่งสิทธิที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิเรียกร้องในเรื่องหนี้ก็อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินซึ่งว่าด้วยอำนาจของบุคคลเหนือทรัพย์สิน สิทธิเรียกร้องในหนี้นี้อาจเป็นแต่เพียงหนทางประการหนึ่งในการได้มาซึ่งทรัพย์สินในวัตถุทรัพย์สิน และกฎหมายลักษณะทรัพย์สินมุ่งหมายพิจารณาถึงวัตถุแห่งทรัพย์สินเป็นสำคัญ กล่าวคือวัตถุมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่อาจตกอยู่ในอำนาจแห่งทรัพย์สินของบุคคลตามมาตรา มาตรา 99 (หมายถึงมาตรา 138 ปัจจุบัน) นั้นเอง โดยในสมัยก่อนมนุษย์ถือเอาแต่วัตถุมีรูปร่างที่อาจจับต้องยึดถือได้ด้วยกำลังทางกายภาพ ความคิดที่จะถือเอาซึ่งวัตถุไม่มีรูปร่างดังเช่นลิขสิทธิ์นั้นยังไม่เกิดขึ้น ต่อมาโลกเจริญขึ้น วัตถุที่มนุษย์จะถือสิทธิเอาได้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น จนเกิดความคิดรับรู้ในกฎหมายว่าแม้วัตถุไม่มีรูปร่างที่จับต้องสัมผัสไม่ได้ ก็ยังเป็นของมีค่าหวงแหนที่จะถืออำนาจเอาได้ และจำหน่ายโอนกันได้โดยมีราคาคิดเป็นเงินได้ ซึ่งกฎหมายรับรู้แล้วในปัจจุบัน เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิทธิในวัฒนธรรมพาณิชย์ (Business goodwill)²⁹⁶ แต่ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช จะอธิบายถึงพัฒนาการที่มาแต่สมัยโรมันว่า ในช่วงแรกกฎหมายยอมรับวัตถุมีรูปร่างก่อน แล้วจึงยอมรับวัตถุไม่มีรูปร่างในภายหลัง แต่ท่านก็ได้อธิบายว่าในสายตาของนักนิติศาสตร์โรมัน วัตถุมีรูปร่างได้มีความหมายรวมไปถึงกรรมสิทธิ์อยู่ด้วยในตัว และพัฒนาการในสังคมโรมันได้นำไปสู่การยอมรับภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินซึ่งเป็นภาระจำยอมในความหมายปัจจุบัน และภาระจำยอมทางบุคคล (สิทธิเก็บกิน สิทธิใช้สอย (usu) สิทธิอาศัยในโรงเรือน (habitatione) ภารติดพันในอสังหาริมทรัพย์)²⁹⁷

²⁹⁴ เฟิงอ้าง 7-8.

²⁹⁵ เฟิงอ้าง 8.

²⁹⁶ เฟิงอ้าง 12-14.

²⁹⁷ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ (เชิงอรธ 44) 17-20.

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับเหตุผลของความเห็นที่หนึ่งซึ่งเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากกว่า นอกจากเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์ยังต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย เนื่องจากมาตรา 137 ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 138 ไปพร้อมกัน ด้วยเหตุผลสองประการดังนี้

เหตุผลประการที่หนึ่ง การที่บทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวถึงเฉพาะแต่ทรัพย์โดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่างไว้เพียงมาตราเดียว โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิ่งแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วในทางวิชาการและในทางปฏิบัติว่า จะเป็นทรัพย์ได้ต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง รวมทั้งต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้อยู่ในตัว ดังนั้นในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจึงได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน มาตรา 98 ตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 จึงได้บัญญัติว่า “อันว่าทรัพย์นั้น โดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่าง” อันตรงกับข้อความในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดไว้ใน มาตรา 778 ว่า “ทรัพย์ในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น (Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.)” และตรงกับข้อความในบทบัญญัติมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นว่าด้วยความหมายของทรัพย์ว่า “คำว่าทรัพย์ที่ใช้ในประมวลกฎหมายนี้หมายความว่าวัตถุมีรูปร่าง (この法律において「物」とは、有体物をいう)” โดยความหมายของทรัพย์ดังกล่าวยังปรากฏข้อความเช่นเดิมทุกประการในร่างฉบับที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ปรากฏในมาตรา 77 และมาเป็นบทบัญญัติมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 จนถึงปัจจุบัน

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 90 Begriff der Sache (ความหมายของทรัพย์)

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. (ทรัพย์ในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น)

เมื่อได้สืบค้นการร่างกฎหมายไทยเรื่องนี้ พบว่าตรงกับเอกสารอ้างอิงทางวิชาการ “ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5” ของพระยาของมานวราชเสวี ที่บันทึกไว้ว่ามาตรา 98 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 90 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 85²⁹⁸

ส่วนที่มาของบทบัญญัติมาตรา 99 ตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 นั้น พระยาของมานวราชเสวี ที่บันทึกไว้ว่ามาจากประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา มาตรา 2349 แต่เมื่อตรวจสอบแล้วกลับมิใช่เช่นนั้น เพราะมาตรา 2349 เป็นเรื่องสังหาริมทรัพย์

2349 [2315]. Movable things which have been rendered actually immovable by their physical attachment to the soil, are immovables by accession, when such attachment is of a permanent character.

จากการตรวจสอบเอกสารต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะ “รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ทำข้างวังหน้า วันที่ 23 กรกฎาคม พระพุทธศักราช 2468”²⁹⁹ ซึ่ง

²⁹⁸ มานวราชเสวี, พระยา (เชิงอรรถ 179) 3.

²⁹⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, สดก ม เล่ม 3 ม้วน 4 เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ทำข้างวังหน้า วันที่ 23 กรกฎาคม พระพุทธศักราช 2468.

เป็นการประชุมตรวจแก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 กับมาตราที่ร่างขึ้นใหม่ ปรากฏความดังนี้

“ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาตรา 98 ในร่างใหม่อีกครั้งหนึ่ง ที่ประชุมเห็นว่ามาตรานี้ได้อธิบายคำว่าทรัพย์สิน (things) ไว้แล้ว แต่หาได้อธิบายคำว่าทรัพย์สิน (property) ไว้ด้วยไม่ จึงตกลงกันร่างมาตรา 98 ทวิ อธิบายคำว่าทรัพย์สิน (property) ตามทำนองประมวลกฎหมายอาร์เจนไทน์ มาตรา 2346 เทียบกับคำอธิบายหลักกฎหมายของเรอแปร์การ์ปงเตีย (ดูมาตรา 98 ทวิ ในสำเนาข้างท้าย)”

สำเนาข้างท้ายรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ปรากฏความในส่วนที่เกี่ยวกับร่างมาตรา 98 ทวิ ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการจัดเรียงเลขมาตราเสียใหม่และกลายมาเป็นมาตรา 99 ตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 นั้นเอง ดังนี้

“98 bis. – Property includes a thing as well as incorporeal objects susceptible of having a value.

(Arg. 2346 Répert Carpentier. Vo. Biens. No.1).”

ผลการสืบค้นเอกสารการตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ของกรมร่างกฎหมาย³⁰⁰ ยืนยันว่า ร่างตามที่ปรากฏใน “รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ทำช่วงวันว่า วันที่ 23 กรกฎาคม พระพุทธศักราช 2468” ดังกล่าว ตรงกับต้นร่างที่พิจารณาในการประชุมตรวจแก้ในวันที่ “6 สิงหาคม พระพุทธศักราช 2464” โดยเรียงเลขมาตราใหม่มาเป็นมาตรา 99 ซึ่งร่างไว้เป็นภาษาอังกฤษ โดยเพิ่มข้อความจากเดิมที่เขียนแต่เพียงว่า “ซึ่งอาจมีราคา” เท่านั้น เป็นข้อความว่า “ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” ดังนี้

“99. – Property includes *things* as well as incorporeal objects susceptible of having a value *and of being appropriated*.

(Arg. 2346 Répert Carpentier. Vo. Biens. No.1).”

การปรับปรุงบทมาตราใหม่โดยมิได้มีแต่เพียงเรื่องทรัพย์สินในมาตรา 98 หากแต่เพิ่มมาตรา 98 ทวิ ซึ่งต่อมาเรียงบทมาตราใหม่จนกลายเป็นมาตรา 99 และเพิ่มคำว่า “และอาจถือเอาได้” นี้เป็นผลมาจากการที่พระยามานวราชเสวีได้ทำการติดต่อในการประชุมกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2468³⁰¹ และที่ประชุมกรรมการเห็นชอบตามร่างใหม่ที่กรมร่างกฎหมายเสนอ

ดังนั้น มาตรา 99 ตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2468 จึงมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา มาตรา 2346 นั้นเอง แต่ก็มีข้อสังเกตว่ามีการแก้ไขและตัดทอนถ้อยคำเล็กน้อย จากคำว่า “วัตถุ (things)” ในรูปพหูพจน์

³⁰⁰ กรมร่างกฎหมาย, การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468, หน้า 79/54 ถึงหน้า 79/55. สืบค้นจาก https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:163466 เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2567.

³⁰¹ กรมร่างกฎหมาย, การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468, หน้า 79/54. เป็นบันทึกกรมร่างกฎหมาย ลงวันที่ 6 สิงหาคม พระพุทธศักราช 2468

เป็น “วัตถุ (a thing)” ในรูปเอกพจน์ โดยมีการตัดคำว่า “และอาจถือเอาได้ (and of being appropriated)” ออกไปก่อน และเข้าใจได้ว่าการคำถ้อยคำดังกล่าวกลับมาใช้เพื่อเป็นกฎหมายในเวลาต่อมา

เหตุผลประการที่สอง ตามที่ผู้ร่างอ้างว่าร่างตามวิธีการตามหลักกฎหมายเปรียบเทียบ จึงไปพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายของประเทศอื่นประกอบด้วย โดยในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์ นอกจากการพิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แล้ว ยังได้มีการพิจารณาถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา และประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลด้วย โดยมีผู้ศึกษาในทางกฎหมายเปรียบและอธิบายว่า Dalmacio Vélez Sarsfield ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินาจัดทำร่างโดยใช้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลเป็นต้นแบบ และผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลคือ Freitas³⁰² แต่ในขณะเดียวกัน ดูเหมือนว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลเองก็ได้รับอิทธิพลจากชาวญูญี นักคิดชาวเยอรมันอีกต่อหนึ่งซึ่งได้เคยมีอิทธิพลต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาแล้วเช่นกัน³⁰³ อย่างไรก็ตาม Freitas อธิบายในต้นร่างกฎหมายตามแนวทางของกฎหมายโรมันว่าคำว่าวัตถุหรือทรัพย์นั้นทรัพย์ได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น และในการแบ่งระหว่างวัตถุมีรูปร่างกับวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ยอมรับกันทั่วไปเป็นการรวมทุกแนวคิดคิดเข้าด้วยกันอันเป็นผลมาจากปัญหาข้อยุ่งยากที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องจากความเห็นทางวิชาการและการปรับใช้กฎหมายแพ่งยุคใหม่³⁰⁴ โดยคำว่าวัตถุต่างๆ (cosas) ใช้ในความหมายที่ยืดหยุ่นเพื่อให้ครอบคลุมทุกสิ่งทุกอย่างที่มีอยู่ แม้ว่ากรรมสิทธิ์ของมนุษย์อาจมีได้เหนือวัตถุเท่านั้น แต่ก็อาจมีบางสิ่งในธรรมชาติที่มนุษย์ไม่อาจเข้าถือเอาได้เป็นของตนแต่ผู้เดียว (exclusive) เป็นต้นว่า ทะเล อากาศ แสงอาทิตย์ แต่สำหรับวัตถุแห่งสิทธิเอกชนต่างๆ ต้องมีลักษณะอาจมีราคาในระหว่างทรัพย์สินของเอกชนอีกด้วย³⁰⁵

³⁰² Poder Legislativo Nacional, *CODIGO CIVIL - SU APROBACION*, Ley N° 340. Sanción: 25/9/1869. Promulgación: 29/9/1869. B.O.: Publicado en Registro Nacional 1863/69, 513. Código Civil. Su aprobación https://www.ecofield.net/Legales/General/codigo_civil/ley340_ccivil.pdf สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2567.

La fuerza de las consideraciones legales de estos juriconsultos ha hecho decir a Freitas, en la nota que pone al primer artículo de su Proyecto de cód. civil para el Brasil, “ que el estado de la ciencia sobre este asunto era bien poco satisfactorio.”

³⁰³ Aproveche al nacional o al extranjero, como en general lo declara el cód. de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero sólo como un favor para los nacionales: legislación viciosa impregnada del "jus Quiritium", como dice Freitas. Sobre esta materia, véase a Savigny, t. 8, § 365.

³⁰⁴ Poder Legislativo Nacional (เชิงอรรถ 302), 318.

Freitas pone al art. 317 de su proyecto de código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por "cosas" los objetos materiales, y que la división en cosas corporales e incorporeales, atribuyendo a la palabra "cosas" cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles.

³⁰⁵ La palabra "cosas", en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares.

5.2 กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่

ในความหมายของการโอนโดยสมัครใจ นักนิติศาสตร์โรมันถือว่ากรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่แยกไม่ออกจากตัวทรัพย์สินและปะปนอยู่กับตัววัตถุมีรูปร่างนั้นอยู่ในตัว ส่วนการใช้กำลังแย่งชิงตัววัตถุอันมีรูปร่างนั้น ไม่เป็นเหตุให้ได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นไปแต่อย่างใด จากผลการศึกษาในหัวข้อ 2.1 สรุปความได้ดังนี้

กฎหมายโรมันโบราณที่มีมาก่อนบัญญัติกฎหมายสิบสองโต๊ะกำหนดการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่อาจมีผลทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทันทีโดยกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาแก่ผู้ขายอีกด้วย เนื่องจากในยุคเริ่มแรกยังไม่เกิดแนวคิดที่ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอน แนวคิดที่ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์นี้มาเกิดขึ้นในยุคทอง

ต่อมาในกฎหมายสิบสองโต๊ะ (แผ่น) กล่าวถึงแต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่าง โดยมีได้กล่าวถึงวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด และประการสำคัญ ในแผ่นที่ 8 ว่าด้วยละเมิด ทรัพย์สินที่ถูกขโมยหรือที่เจ้าของถูกแย่งโดยใช้กำลังนั้นไม่มีผู้ใดอาจครอบครองปักษ์ได้ ถึงแม้ว่าจะมีบุคคลครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นนั้นโดยสุจริตมาเป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม เนื่องจากต้องห้ามมิให้กล่าวอ้างอายุความตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ นอกจากนี้ยังต้องห้ามตามกฎหมายจูเลียและเพลเทีย (*lex Julia et Plautia*) อีกด้วย

ไคยสุยยืนยันว่าตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ ในกรณีที่สามารถครอบครองปักษ์ได้ตามกฎหมาย การครอบครองปักษ์วัตถุที่เป็นสังหาริมทรัพย์เสร็จสมบูรณ์ใน 1 ปี และ 2 ปีสำหรับการครอบครองปักษ์ที่ดินและบ้าน ซึ่งซิเซโรอธิบายไว้ว่าเมื่อใช้หลักเกณฑ์ใดกับที่ดินในชนบทแล้วก็ต้องนำหลักเกณฑ์เช่นนั้นไปปรับใช้กับบ้านในเขตเมืองด้วย แต่กฎหมายสิบสองโต๊ะก็ไม่ประสงค์จะให้มีการครอบครองปักษ์ที่มีเนื้อที่ต่ำกว่า 5 ฟุต โดยที่กฎหมายสิบสองโต๊ะคุ้มครองทรัพย์สินของพลเมืองโรมันอย่างถาวร บุคคลที่มีใช้พลเมืองโรมันหากแต่เป็นบุคคลตามกฎหมายของชนชาติต่างๆ (*peregrinus*) ที่ถูกอาณาจักรโรมันปกครองตามหลัก *ius gentium* ไม่อาจครอบครองปักษ์ทรัพย์สินของพลเมืองโรมันได้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของพลเมืองโรมันเป็นสิ่งที่โอนกันไม่ได้ตลอดไปสำหรับบุคคลต่างชาติ

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในกฎหมายสิบสองโต๊ะตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าในยุคของกฎหมายสิบสองโต๊ะยังไม่เกิดประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุไม่มีรูปร่างแต่อย่างใด พัฒนาการแนวคิดที่ว่าด้วยการได้สิทธิ์โดยอายุความเป็นผลงานปรุงแต่งของนักนิติศาสตร์โรมันในช่วงต่อๆ มาเสียมากกว่า ในช่วงเริ่มแรกภาระจำยอมไม่อาจได้มาโดยอายุความ กฎหมายสิบสองโต๊ะกล่าวถึงแต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างและมีได้กล่าวถึงวัตถุไม่มีรูปร่างดังเช่นภาระจำยอม เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายสิบสองโต๊ะทั้งสิบได้วางหลักการว่าด้วยการครอบครองปักษ์ (*usucapio*) โดยการใช้หรือการครอบครองแต่ในขณะนั้นมีได้ยอมรับกันว่าวัตถุไม่มีรูปร่างอาจครอบครองกันได้ตามคำอธิบายของนักนิติศาสตร์โรมันหลายคน เช่น เอลิอุส กาลุส (*Aelius Gallus*) ที่ให้ความหมายของการครอบครองว่าเป็นการใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง แต่ไม่รวมถึงฟาร์มหรือท้องทุ่งในชนบท เพราะการครอบครองอาจมีได้แต่เฉพาะวัตถุที่อาจจับต้องได้เท่านั้น (*Possessio est usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager : non enim possessio est, nisi in iis rebus, quae tangi possunt*) ซึ่งคำว่า “วัตถุที่อาจจับต้องได้” นี้ นักนิติศาสตร์โรมันใช้ในการอธิบายคำว่าวัตถุมีรูปร่างนั่นเอง

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่กฎหมายโรมันในช่วงนี้ยังไม่อาจยอมรับการได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยอายุความได้คือ แต่เดิม *usucapio* เป็นวิธีการหนึ่งในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ภาระจำยอมเป็นสิ่งที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ เป็นแนวทางการให้ความเห็นในทางนิติศาสตร์ของนักนิติศาสตร์โรมันในยุคแรกๆ ที่ค่อนข้างเคร่งครัดตามที่ปรากฏในกฎหมายสิบสองโต๊ะนั่นเอง หลักการเช่นนี้ได้รับการยึดถือและใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีเรื่อยมาจนถึงยุคของซีเซโร

ดังนั้น ในยุคเริ่มแรกของอาณาจักรโรมันยังไม่มีพัฒนาการแนวคิดที่ว่าด้วยภาระจำยอมเกิดขึ้นมาแต่อย่างใด ต่อเมื่อมีความจำเป็นต้องรับรองหลักการว่าด้วยภาระจำยอมในยุคต่อมา โดยเริ่มจากการรับรองภาระจำยอมไว้สำหรับบางกรณีในวงแคบก่อน และต้องรอพัฒนาการในช่วงต่อๆ มาที่นำไปสู่การยอมรับภาระจำยอมในความหมายที่กว้างขึ้นกว่าแต่ก่อน จึงค่อยๆ เกิดการสร้างแนวคิดที่ว่าด้วยทรัพย์สินเหนือที่ดินแยกต่างหากออกจากตัวทรัพย์สินนั่นเองภายใต้หลักการว่าด้วยภาระจำยอม ซึ่งแบ่งออกเป็นภาระจำยอมทางบุคคล ได้แก่ อาศัย สิทธิเก็บกิน และภาระจำยอมทางทรัพย์สิน ได้แก่ ภาระจำยอมเหนือบ้านหรือที่ดิน ทั้งนี้ ในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ นักนิติศาสตร์โรมันในขณะนั้นมิได้แยกต่างหากออกมาจากตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างแต่อย่างใด กล่าวคือ ในขณะนั้นคำว่า “ทรัพย์สิน” ไม่รวมกรรมสิทธิ์ด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากกรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกันอยู่แล้วตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในยุคหลังๆ จึงได้เกิดการอธิบายเสียใหม่ว่า กรรมสิทธิ์ก็เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งด้วย นักนิติศาสตร์โรมันในยุคทองขยายความหมายของตัวที่ดินโดยตรงซึ่งเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นวัตถุมีรูปร่างนั่นเองเพื่อให้กินความรวมถึงเรื่องคุณลักษณะที่มีอยู่ในที่ดินซึ่งได้แก่เรื่องภาระจำยอมในที่ดินนั้นด้วย ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อให้ทรัพย์สินหรือภาระจำยอมไม่ตกอยู่ในสภาพอันไม่แน่นอนอีกต่อไป

พัฒนาการการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นจากแนวคิดในทางปรัชญา นักปราชญ์แห่งสำนักสโตอิกที่ได้สร้างคำสอนขึ้นมาว่าโลกนี้แบ่งออกเป็น 2 องค์ประกอบได้แก่ เนื้อหากายภาพที่มีสถานะสงบนิ่งกับลมหายใจหรือจิตวิญญาณ ซึ่งมีที่มาอันศักดิ์สิทธิ์และทำหน้าที่เคลื่อนไหว กายภาพ นักนิติศาสตร์โรมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งลาเบโอ (*Labeo*) ซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงแรกของคริสตศักราชนำเอาแนวคิดนี้มาปรุงแต่งโดยแยกออกเป็นประการที่หนึ่ง วัตถุมีรูปร่าง (*res corporales*) ที่สามารถสัมผัสได้ และประการที่สอง วัตถุไม่มีรูปร่าง (*res incorporales*) ที่เป็นเรื่องสิทธิต่างๆ ซึ่งแบ่งประเภทย่อยออกไปอีก 3 ประเภทย่อยคือ (1) ทรัพย์สิน เช่น ภาระจำยอมต่างๆ (2) บุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้ และ (3) มรดก (*hereditas*) หมายถึงกองทรัพย์สินโดยรวม

นักนิติศาสตร์โรมันคนสำคัญอย่างอัลเปียนได้กล่าวอ้างลาเบโอผู้เป็นต้นคิดการแบ่งทรัพย์สินเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างว่า การคุ้มครองการครอบครองมรดกกับการคุ้มครองการครอบครองทรัพย์สิน กล่าวคือมรดกตามแนวคำวินิจฉัยของไพรทอร์นั้นมีใช้สิ่งเดียวกัน การครอบครองทรัพย์สินในที่นี้มีวัตถุเป็นสิทธิมากกว่าจะเป็นวัตถุทางกายภาพที่แน่นอน ในลักษณะที่แม้ไม่มีวัตถุทางกายภาพที่แน่นอนในมรดกนั้น ลาเบโอกล่าวว่ก็ยังได้สิทธิในการคุ้มครองการครอบครองไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันกล่าวคือเป็นมรดกตามแนวคำวินิจฉัยของไพรทอร์

ซีเซโรซึ่งเป็นนักคิดสำนักสโตอิกอีกผู้หนึ่งและได้รับอิทธิพลของหลักปรัชญากรีกอีกเช่นกันว่า อธิบายว่าในการแบ่งประเภททรัพย์สินหรือวัตถุนี้กระทำได้ 2 วิธี คือ (1) ตามที่วัตถุนั้นเป็นอยู่ (*quae sunt*) และ (2) ตามความเห็นในทางภูมิปัญญาหรือตามที่เข้าใจ (*quae intelliguntur*) เป็นการกำหนดประเภททรัพย์สินโดยจัดให้ความคิดจิตใจอยู่ตรงกันข้ามกับตัววัตถุที่มีอยู่ แก่นแท้ตรงข้ามกับความมีอยู่ ซีเซโรให้คำอธิบายประกอบว่า วัตถุที่เป็นอยู่นี้สามารถมองเห็นและจับต้องได้ ตัวอย่างเช่น ฟาร์ม บ้าน กำแพง อุปกรณ์หยดน้ำ ทาสในบ้าน โคกระบือ เครื่องเรือน เงิน และอื่นๆ ส่วนวัตถุที่บางครั้งต้องมีการคิดกำหนดขึ้นมาสำหรับท่าน โดยไม่

สามารถแสดงให้เห็นโดยการสัมผัสได้ แต่สามารถพบเห็นและเข้าใจได้ด้วยจิตใจ ในลักษณะที่หากท่านให้ความหมายในเรื่องการใช้ การคุ้มครอง การเห็นชอบรับรู้ ว่าแม้ไม่มีตัวตนทางกายภาพ แต่ก็มีลักษณะบางอย่างปรากฏให้เห็นและแสดงให้เห็นในทางภูมิปัญญาให้เข้าใจได้ กล่าวคือเป็นเรื่องความคตินั่นเอง และไยสุอธิบายในตำรากฎหมายเบื้องต้นในทำนองเดียวกันว่า วัตถุที่สามารถสัมผัสได้เป็นวัตถุมีรูปร่าง ตัวอย่างเช่น ที่ดิน มนุษย์ เสื้อผ้า ทองคำ เงิน และทรัพย์สินอีกมากมาย มีข้อสังเกตว่าคำว่ามนุษย์ในที่นี้หมายถึงทาสนั่นเอง ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุที่ไม่สามารถสัมผัสได้

วัตถุไม่มีรูปร่างที่นักนิติศาสตร์โรมันปรุงแต่งขึ้นเป็นหลักกฎหมายจึงเป็นสิทธิต่างๆ เนื้อตัววัตถุมีรูปร่างโดยแยกเป็นอิสระออกจากกรรมสิทธิ์ที่แยกไม่ออกจากตัววัตถุมีรูปร่าง ในสมัยโรมัน วัตถุไม่มีรูปร่างที่สำคัญจึงเป็นเรื่องการระจำยอม ซึ่งแบ่งออกเป็นการระจำยอมทางที่ดิน (การระจำยอมตามความหมายปัจจุบัน) และการระจำยอมทางบุคคล (สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ฯลฯ) นั่นเอง และในปัจจุบัน นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสยังคงยืนยันหลักการดังกล่าวว่า สิทธิต่างๆ ที่มีวัตถุมีรูปร่างเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นเป็นเรื่องของทรัพย์สินทั้งที่เป็นประธานและอุปกรณ์ (droits reels principaux et accessoires) เนื้อสิ่งหามทรัพย์สินและอสังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิเก็บกิน การระจำยอม สิทธิจำนำ สิทธิจำนอง แต่ไม่รวมกรรมสิทธิ์³⁰⁶

จากการแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเช่นนี้ จะต้องสังเกตให้ดีกว่ามีการแบ่งด้านหนึ่งออกเป็น “ตัวทรัพย์สิน (les choses)” กับอีกด้านหนึ่งเป็น “ตัวสิทธิ (les droits)” ดังเช่นการระจำยอม การแบ่งเช่นนี้เป็นการกำหนดตำแหน่งแห่งที่ของกรรมสิทธิ์แยกต่างหากออกจากทรัพย์สินอื่นๆ อย่างชัดเจนในลักษณะที่กรรมสิทธิ์กำหนดบังคับตัวเองในสภาพที่เป็นตัววัตถุนั่นเอง แทนที่จะเป็นสิทธิเนื้อตัววัตถุนั้น กรรมสิทธิ์รวมตัวเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับตัววัตถุนั่นเอง การแบ่งโดยใช้แนวคิดเชิงปรัชญาของสำนักสโตอิกเช่นนี้มุ่งหมายแบ่งประเภทของวัตถุ (les choses) ว่ามีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับการวางหลักในทางกฎหมายลักษณะบุคคลหรือกฎหมายลักษณะหนี้แต่อย่างใด แต่การแบ่งเช่นนี้มุ่งหมายสกัดกั้นการอนุญาตให้มีการครอบครองสิทธิสำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างในช่วงยุคทองโดยถือกันว่าจะมีกรรมสิทธิ์มีได้แต่เฉพาะเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น การแบ่งเช่นนี้ส่งอิทธิพลต่อนักนิติศาสตร์ในยุคต่อมาเป็นเวลายาวนาน ต้องรอช่วงปลายศตวรรษที่ 18 จึงจะเกิดการยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์บางส่วนว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้³⁰⁷ ดังเช่น “กรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดง (propriété littéraire et artistique)” “กรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce)” รวมทั้งแนวคิดยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20³⁰⁸ เช่นกรรมสิทธิ์ในหุ้น นอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดงและกรรมสิทธิ์ทางอุตสาหกรรมที่รับรองไว้ในประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Code de la propriété intellectuelle) หรือกรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce) ที่รับรองโดยคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสที่คุ้มครองให้มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้และจำหน่ายจ่ายโอนกิจการค้าที่มีองค์ประกอบได้แก่ กลุ่มลูกค้าในกิจการ ข้อมูลของลูกค้าในกิจการ สิทธิการเช่า และชื่อทางการค้า ทั้งหมดนี้ศาลฝรั่งเศสตีความกฎหมายว่าเป็นสิ่งหามทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (meubles incorporels) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 456 มาตรา 627 มาตรา 796 มาตรา 805 มาตรา 807 มาตรา 1031

³⁰⁶ Nadège Reboul-Maupin (เชิงอรรถ 174) 108.

³⁰⁷ Jean-Philippe Lévy และ André Castaldo (เชิงอรรถ 1) 267-268.

³⁰⁸ Nadège Reboul-Maupin (เชิงอรรถ 174) 108 – 109.

มาตรา 1062 มาตรา 1298 มาตรา 2119 หรือมาตรา 2279 แล้วแต่กรณี³⁰⁹ กิจการค้านี้ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เพียงแต่รับรองให้มีการขายได้ตามมาตรา L141-2 ถึงมาตรา L141-32 โดยมีได้บัญญัติไว้ว่าเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด

สำหรับสิทธิในกลุ่มลูกค้าทางการแพทย์ (clientèle médicale) แต่เดิมศาลฝรั่งเศสได้เคยตัดสินยืนยันมาเป็นเวลานานว่าการโอนสิทธิดังกล่าวแก่ผู้อื่นเพื่อนำไปใช้ในการประกอบวิชาชีพเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในที่สุดในปี ค.ศ. 2000 ศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสตัดสินคดีรับรองว่าเป็นสิทธิที่อาจโอนแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมายในคดีที่ศาลแพทยไอนคลินิกให้เพื่อนร่วมวิชาชีพ³¹⁰ ในคดีดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่า หากการโอนสิทธิในกลุ่มลูกค้าทางการแพทย์ในโอกาสที่มีการจัดตั้งหรือโอนกิจการในวิชาชีพมิใช่การไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าลูกค้ายังคงมีเสรีภาพในการเลือกที่จะเข้ารับการรักษาหรือไม่ (liberté de choix) อย่างไรก็ตามในคดีนี้ก็กลับปรากฏว่าไม่มีการเคารพสิทธิดังกล่าวของผู้ป่วย ดังนั้นจึงไม่สามารถอ้างการโอนสิทธิในกลุ่มลูกค้าทางการแพทย์เช่นนั้นได้ในคดีนี้ ซึ่งแม้ว่าศาลจะกำหนดเงื่อนไขบางประการเพื่อคุ้มครองบุคคลทั่วไปไว้ด้วย แต่ก็ยังคงเป็นการเปลี่ยนมาใช้ทฤษฎีที่เริ่มมีการยอมรับสิทธิในทางทรัพย์สินอาจมีอยู่เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเพิ่มมากขึ้น ทำนองเดียวกับที่เริ่มมีการยอมรับสิทธิในกิจการค้า (fonds de commerce) มาบ้างแล้ว³¹¹

ในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในหุ้นนี้ ศาลไทยตีความในยุคปัจจุบันว่าอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักการครอบครองปรปักษ์หุ้นได้เช่นเดียวกันตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2487 ที่ 38/2492 ที่ 3395/2529 ที่ 695/2534 และที่ 2475 - 2476/2566

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2487 โอนหุ้นบริษัทจำกัดชนิดระบุชื่อโดยไม่ได้ลงชื่อผู้รับโอนด้วย นับว่าใช้ไม่ได้แม้จะได้จดทะเบียนของบริษัทยังคงใช้ไม่ได้ มาตรา 1141 เป็นแต่ข้อสันนิษฐานว่าทะเบียนของบริษัทถูกต้องและไม่ใช่อันสันนิษฐานเด็ดขาด **หุ้นในบริษัทจำกัดเป็นสิทธิชนิดหนึ่ง การโอนหุ้นบริษัทจำกัดไม่สมบูรณ์ถ้าผู้รับโอนได้ปกครองมาเกิน 5 ปีก็อาจได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นตามมาตรา 1382**

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2492 คดีนี้ ศาลฎีกาได้เคยพิพากษามาแล้วครั้งหนึ่ง ให้ศาลชั้นต้นพิจารณาต่อไปว่า ป. ได้มีกรรมสิทธิ์ในหุ้นรายพิพาทโดยทางครอบครองมาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 หรือไม่ แล้วพิพากษาใหม่

ศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริงได้ว่าเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2479 โจทก์ได้มีหนังสือแจ้งไปยังจำเลยที่ 1 ให้ลงทะเบียนโอนหุ้นรายพิพาทให้แก่ ป. จำเลยที่ 1 ได้จัดการโอนโดยแก่ในทะเบียนให้แล้ว ได้ส่งบัญชีรายนามผู้ถือหุ้นไปยังกองทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทฯ ต่อมา ป. ได้รับเชิญจากจำเลยที่ 1 และได้เข้าประชุมในฐานะผู้ถือหุ้นหลายคราว ครั้งแรกก็คือ วันที่ 11 มกราคม 2479 ซึ่งเป็นการประชุมวิสามัญ ป. ตายเมื่อเดือนธันวาคม 2484 จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นมารดาได้ยื่นคำร้องขอรับมรดก ป.

ศาลชั้นต้นเห็นว่า นับแต่โจทก์บอกกล่าวการโอนให้จำเลยที่ 1 เปลี่ยนชื่อโจทก์ในทะเบียนและ ป. ได้เข้าประชุมใช้สิทธิครั้งแรกตั้งแต่วันที่ 11 มกราคม 2479 จน ป. ตายในเดือนธันวาคม 2484

³⁰⁹ Com. 12 nov. 2020, n° 17-31.713; Civ. 3e, 5 avr. 2018, n° 17-10.466; Crim. 16 nov. 2011, n° 10-87.866; Civ. 3e, 15 sept. 2010, n° 09-68.521; Com. 31 mars 2009, n° 08-14.180; Civ. 3e, 27 mars 2002, n° 00-20.732; Com. 29 janv. 2002, n° 99-18.092; Civ. 3e, 10 févr. 1999, n° 97-14.669; Com. 19 janv. 1988, n° 85-18.443.

³¹⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 novembre 2000, 98-17.731, Publié au bulletin

³¹¹ Deroussin David, (เชิงอรรถ 195) 485.

เป็นเวลาเกิน 5 ปี ป. ได้สิทธิในหุ้นรายพิพาทตามมาตรา 1382 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำเลยที่ 2 ย่อมได้สิทธิในทางมรดก พิพากษายกฟ้อง

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า นับตั้งแต่วันที่ 11 มกราคม 2479 ถึงวันที่ 8 ธันวาคม 2484 ยังไม่ถึง 5 ปี เพราะปี พ.ศ. 2483 มีเพียง 9 เดือน ป. จึงยังไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในหุ้นรายนี้ จำเลยที่ 2 ก็ยังไม่ได้รับช่วงสิทธิครอบครองหุ้นรายนี้ต่อแต่ประการใด พิพากษากลับ

จำเลยที่ 2 ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์มิได้ให้การแก้ฎีกาโต้เถียงเป็นอย่างอื่น ข้อเท็จจริงคงฟังได้ตามที่ศาลล่างฟังมา คดีนี้ปัญหามีแต่ในเรื่องนับระยะเวลาครอบครองหุ้น(ไม่ใช่ในหุ้น) เท่านั้นตามรูปคดี ข้อเท็จจริงถือได้ว่า ป. ครอบครองหุ้นนี้มาตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2479 ซึ่งเป็นวันที่จำเลยที่ 1 ได้แก้ทะเบียนลงชื่อ ป. เป็นผู้ถือหุ้น ตามคำร้องขอของโจทก์จะยกเอาข้อที่ว่า ป. ยังไม่ได้ทำอะไรเกี่ยวกับจำเลยที่ 1 จึงไม่เรียกว่าครอบครองนั้นไม่ได้ เพราะจำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้เรียกประชุม จึงไม่มีอะไรที่ ป. จะกระทำการเกี่ยวกับจำเลยที่ 1

พิพากษากลับ ให้บังคับคดีไปตามศาลชั้นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3395/2529 การระบุชื่อนาย ถ. บิดาผู้ร้อง นาง ร. ภรรยา นาย ถ. และระบุชื่อผู้ร้องว่าเป็นผู้รับโอนหุ้นมาจากบุคคลต่าง ๆ บิดาผู้ร้องคงจะเห็นว่ากิจการของบริษัทลูกหนี้กำลังจะเจริญรุ่งเรือง การได้รับหุ้นมาเป็นจำนวนมากย่อมเป็นสิ่งที่น่ายินดี เป็นธรรมดาที่บิดาผู้ร้องต้องแจ้งเรื่องเช่นนี้ให้ผู้ร้องทราบ ในฐานะที่ผู้ร้องเป็นบุตรและอยู่บ้านเดียวกัน ไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่จะต้องปกปิดเรื่องเช่นนี้ และก็ไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่ผู้ร้องจะได้แย้งปฏิเสธไม่ยอมรับหุ้นนั้น ในเมื่อการได้หุ้นมาในขณะนั้นเห็นได้ชัดว่ามีแต่ทางดีไม่เสียหาย บุคคลธรรมดาทั่วไปย่อมจะยินยอมรับไว้ตามพฤติการณ์ของผู้ร้องและบิดาผู้ร้องฟังได้ว่าผู้ร้องทราบว่าได้รับโอนหุ้นของบริษัทลูกหนี้มาเป็นของผู้ร้องในวันประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกหนี้ คือเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2513 ตามเอกสารหมาย จ.พ.ท. 1 แล้ว แม้การโอนหุ้นจะกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อฟังว่าผู้ร้องรู้เห็นมิได้โต้แย้งปฏิเสธการโอนหุ้นนั้น จึงถือได้ว่าผู้ร้องรับหุ้นนั้นไว้โดยเจตนา ยึดถือเพื่อตน ย่อมได้สิทธิครอบครองเมื่อนับแต่วันที่ผู้ร้องครอบครองหุ้น คือวันที่ 30 เมษายน 2513 จนถึงวันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทวงค่าหุ้นส่วนที่เหลือเป็นเวลาเกินกว่า 5 ปี หากการโอนหุ้นเป็นโมฆะ ผู้ร้องก็ได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองดังกล่าวแล้ว ผู้ร้องจึงต้องรับผิดชอบในมูลค่าหุ้นส่วนที่ยังชำระไม่ครบตามที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทวงถาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 695/2534 ม. กรรมการผู้จัดการของนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดได้ทำรายงานการประชุมโดยไม่มีการประชุมว่า เจ้าของหุ้นโอนหุ้นให้แก่ ม. และได้โอนหุ้น เป็นชื่อ ม. แล้ว และได้ส่งรายงานการประชุมไปเก็บไว้ที่สำนักงานพาณิชย์จังหวัด โดยไม่มีผู้ถือหุ้นรายใดทราบถึงเรื่องราวในรายงานการประชุมดังกล่าว ดังนั้นการที่ ม. ได้ครอบครองหุ้นดังกล่าวไว้จึงเป็นการกระทำโดยปิดบังซ่อนเร้น ไม่เปิดเผย ไม่ครบเกณฑ์ที่จะทำให้ ม. ได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นโดยการครอบครองปรปักษ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2475 - 2476/2566 ที่ผู้คัดค้านที่ 1 ฎีกาว่า การโอนหุ้นระหว่างผู้ร้องที่ 1 กับผู้ร้องที่ 2 ผ่าฝืนต่อข้อบังคับของบริษัทผู้คัดค้านที่ 2 ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ มาตรา 1129 วรรคหนึ่ง³¹² ตกเป็นโมฆะ ผู้ร้องที่ 2 ย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นของผู้ร้องที่ 1 นิติกรรมการไต่ถามกล่าวย่อมเสียเปล่ามาแต่ต้น เสมือนไม่เคยเกิดนิติกรรมนั้นขึ้น จะถือว่าผู้ร้องที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์หาได้ไม่ เพราะมิได้มีการแย่งการครอบครอง โดยเจตนายึดถือเพื่อตนมาแต่ต้น แต่เป็นการโอนให้โดยขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งนั้น เห็นว่าการโอนหุ้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นคนละกรณีกับการจะได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์หรือไม่ เนื่องจากการที่จะพิจารณาว่าการโอนหุ้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1129 ส่วนการพิจารณาว่าจะได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์หรือไม่ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 แม้การโอนหุ้นระหว่างผู้ร้องที่ 1 กับผู้ร้องที่ 2 ผ่าฝืนต่อข้อบังคับของบริษัทผู้คัดค้านที่ 2 ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1129 วรรคหนึ่ง **แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามมิให้ครอบครองปรปักษ์ในหุ้นดังกล่าว** ที่ศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเคราะห์เห็นว่า ผู้ร้องที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ครอบครองหุ้นโดยเจตนายึดถือเพื่อตน โดยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ติดต่อกันมานานกว่า 5 ปี จนได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครอง และพิพากษายืนตามคำสั่งของศาลล้มละลายกลางที่ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้คัดค้านที่ 1 มานั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของผู้คัดค้านที่ 1 ฟังไม่ขึ้น

ในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในหุ้นนี้ ศาลไทยตีความในยุคปัจจุบันว่าอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักการครอบครองปรปักษ์หุ้นได้ จึงอยู่ในแนวโน้มใหม่ของการตีความบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่และสอดคล้องกับพัฒนาการในต่างประเทศว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้และสอดคล้องกับพัฒนาการแนวคิดของนักนิติศาสตร์ยุคใหม่ส่วนที่ยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แต่ศาลไทยกลับนำแนวคิดนี้ไปใช้ในการตีความบทบัญญัติมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างกว้าง เพื่อรับรองหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในหุ้นโดยการครอบครองปรปักษ์ ทั้งๆ ที่ในต่างประเทศ อาทิ เช่น ประเทศอิตาลีและประเทศฝรั่งเศส ปฏิเสธการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองในกรณีเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ดังนี้

ศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศอิตาลีตัดสินคดี Mosciardi c. Société Minimax เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 1928³¹³ ว่าในเรื่องเครื่องหมายการค้า ตราบเท่าที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังคงใช้เครื่องหมายการค้า ติดต่อกันมาโดยสงบอยู่ต่อไป ไม่อาจนำหลักเกณฑ์กำหนดอายุความได้กรรมสิทธิ์ 10 ปี (usucapion décennale) มาใช้บังคับได้ ต่อเมื่อการครอบครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าสิ้นสุดลงเนื่องจากมิได้

³¹² มาตรา 1129 อันว่าหุ้นนั้นย่อมโอนกันได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมของบริษัท เว้นแต่เมื่อเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้น ซึ่งมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การโอนหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้นนั้น ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน มีพยานคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยลงชื่อรับรองลายมือชื่อ ๓ ด้วยแล้ว ท่านว่าเป็นโมฆะ อนึ่ง ตราสารอันนั้นต้องแถลงเลขหมายของหุ้นซึ่งโอนกันนั้นด้วย

การโอนเช่นนี้จะนำมาใช้แก่บริษัทหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ จนกว่าจะได้แจ้งการโอนทั้งชื่อและสำนักของผู้รับโอนนั้นลงในทะเบียนผู้ถือหุ้น

³¹³ Rome, Cour de cassation, 9 mars 1928. — Mosciardi c. Société Minimax โปรดดู La Propriété Industrielle: 1929 No. 1, *Revue mensuelle du Bureau international pour la protection de La Propriété Industrielle*, 24. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/120/wipo_pub_120_1929_01.pdf

ใช้เครื่องหมายการค้านั้นเป็นเวลา 10 ปีติดต่อกัน บุคคลอื่นจึงจะสามารถเข้าครอบครองสิทธินั้นโดยวิธี usucapion ซึ่งมีกำหนดอายุความ 10 ปีเช่นกันต่อไปได้

แม้คำวินิจฉัยของศาลอิตาลีจะยืนยันว่าการได้กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าโดยอายุความเกิดขึ้นไม่ได้ตราบเท่าที่เจ้าของวัตถุไม่มีรูปร่างนั้นยังคงใช้สิทธินั้นอยู่และมีได้ละทิ้งสิทธินั้นเป็นเวลา 10 ปีติดต่อกันก็ตาม แต่ก็ยังไม่มี ความชัดเจนว่า หลังจากสิทธิของเจ้าของเดิมสิ้นสุดลง เหตุใดบุคคลอื่นจึงมาสามารถได้กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าเดียวกันโดยอายุความได้ เหตุใดจึงไม่ต้องใช้วิธีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามวิธีการปกติ แต่สำหรับการใช้และการตีความกฎหมายเรื่องนี้ของศาลฝรั่งเศสกลับให้ความชัดเจนยิ่งกว่าในประเด็นที่ว่าวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการได้กรรมสิทธิ์โดยอายุความ (usucapion) ได้

ศาลยุติธรรมสูงสุดฝรั่งเศสในคดีที่ตัดสินโดยองค์คณะคดีแพ่ง 1 เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1960³¹⁴ วินิจฉัยว่า กิจการค้าเป็นกองทรัพย์สินโดยรวมของสังหาริมทรัพย์ที่มีธรรมชาติเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างและไม่อาจกล่าวอ้างการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2279 ได้ ในคดีนี้ สามีได้ขายกิจการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมของภริยา ภายหลังการหย่า หญิงหม้ายจึงฟ้องว่าการซื้อขายกิจการค้าไม่มีผลผูกพันใจทุกในฐานะเป็นเจ้าของรวมและยังคงเป็นสินสมรสตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตั้งแต่วันที่ 17 มีนาคม 1909 และขอให้ศาลสั่งให้แบ่งทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์รวมในลักษณะที่เป็นสินสมรสแก่ตนด้วย ศาลวินิจฉัยว่า แม้มีการซื้อขายกิจการค้าสืบทอดกันไปหลายทอดก็ตาม เจ้าของที่แท้จริงย่อมฟ้องคดีเรียกคืนกิจการค้าจากผู้รับโอนที่ไม่มีสิทธิในกิจการค้านั้นได้เสมอ

ศาลยุติธรรมสูงสุดฝรั่งเศสในคดีที่ตัดสินโดยองค์คณะคดีพาณิชย์ เมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2006³¹⁵ วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2279 ใช้บังคับได้เฉพาะแต่สังหาริมทรัพย์มีรูปร่างที่มีตัวตนแน่นอน (seuls meubles corporels individualisés) ลำพังใบอนุญาตให้จำหน่ายสุราที่มีธรรมชาติเป็นเช่นเดียวกับสังหาริมทรัพย์ไม่มีรูปร่าง (meuble incorporel) ในกรณีของกิจการค้า (fonds de commerce) ที่ไม่อาจทำการส่งมอบโดยอาศัยองค์ประกอบของการโอนโดยการส่งมอบให้อยู่ในเงื้อมมือของผู้อื่นได้ ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าใบอนุญาตดังกล่าวไม่อาจนำไปสู่การได้รับประโยชน์ของบทสันนิษฐานเด็ดขาดของมาตรา 2279 จึงเป็นการชอบแล้ว

ด้วยเหตุนี้ การอ้างครอบครองปรปักษ์ในสิทธิทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า จึงไม่อาจรับฟังได้ รวมไปถึงการครอบครองปรปักษ์สิทธิในบัญชีลูกค้า หรือบัญชีคนไข้ที่รับบริการทางการแพทย์ หรือสิทธิในข้อมูลข่าวสารอย่างอื่น รวมทั้งความลับทางการค้า ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการครอบครองปรปักษ์ได้ และสอดคล้องกับแนวคิดโรมันที่มีมาแต่แรกนั่นเอง

ปลานีล (Planiol) ได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดของกฎหมายโรมันในการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างตามแนวคำสอนของไถยุสว่า การแบ่งเช่นนี้ไม่มีความหมายอันใดเนื่องจากการวางตัวทรัพย์สินไว้ด้านหนึ่งกับวางสิทธิต่างๆ ไว้อีกด้านหนึ่ง เป็นการกล่าวถึงสองสิ่งซึ่งไม่มีลักษณะใดร่วมกัน ทั้งๆ ที่มีลักษณะแตกต่างกันอย่างเด่นชัด ที่ถูกต้องคือต้องเป็นการแบ่งโดยกล่าวว่ามิสิ่งใดบ้างในส่วนต่างๆ ในภาพรวมที่ยังคงมีลักษณะบางอย่างร่วมกันอยู่ ลักษณะที่เป็นตรงกันข้ามระหว่างสิทธิกับวัตถุมีรูปร่างจึงมิใช่การแบ่งประเภททรัพย์สินแต่อย่างใด เป็นเพียงการเปรียบเทียบที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกันจึงไม่ควรแบ่งเช่นนี้ แต่ปลานีลก็ให้คำอธิบายต่อไปว่า การที่นักนิติศาสตร์โรมันมีแนวคิดที่แปลกเช่นนี้ เพราะพวกเขาถือว่ากรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกัน กรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่มนุษย์อาจมีได้มากที่สุดเหนือตัวทรัพย์สิน

³¹⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 1960-03-02, Bulletin 1960, I, n° 141, p. 112 (rejet).

³¹⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 7 mars 2006, 04-13.569, Publié au bulletin

กรรมสิทธิ์จึงบ่งชี้เฉพาะตัวเองว่าเป็นตัวทรัพย์สินนั้นเอง กล่าวคือตัววัตถุมีรูปร่างนั้นเอง เป็นการกล่าวอ้างถึงวัตถุมีรูปร่างโดยตรงและกล่าวถึงสิ่งนี้โดยเฉพาะ ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องลักษณะของสิทธิที่เป็นกรรมสิทธิ์นั้นเอง แต่กรณีสิทธิอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจใช้ภาษาสื่อความหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นได้ โดยต้องแยกออกเป็นวัตถุมีรูปร่างกับลักษณะของสิทธิที่มีอยู่เหนือวัตถุนั้น เช่น บ้านที่ฉันมี ภาระจำยอม หรือสิทธิเก็บกิน สิทธินอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง จึงต้องกล่าวถึงในลักษณะที่แยกออกไปจากตัววัตถุมีรูปร่าง เนื่องจากมองเห็นได้เด่นชัดว่าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง กล่าวโดยสรุป การแบ่งแบบโรมันนำไปสู่การแยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์ที่แยกไม่ออกจากตัววัตถุมีรูปร่างประการหนึ่ง และสิทธิอื่นๆ ทั้งหมดในอีกประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ปลานียลอธิบายว่า การแบ่งออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างมีความสำคัญมากในกฎหมายโรมันเนื่องจากวัตถุมีรูปร่างอาจได้มาโดยวิธีการพิเศษดังเช่น *mancipatio in iure cessio* และ *traditio* ได้ แต่หากเป็นกรณีสิทธิอื่นอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่สามารถได้มาโดยวิธีพิเศษได้ หากแต่จะต้องกระทำโดยสัญญา การแบ่งแยกกันเด็ดขาดระหว่างการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมกับการได้มาโดยนิติกรรมโดยพิจารณาปริมาณผลของกรรมสิทธิ์แยกออกอย่างเด็ดขาดจากปริมาณผลของสัญญาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องกรรมสิทธิ์กับการบังคับใช้กับเรื่องสิทธิอื่นที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์นี้ ไม่มีอีกต่อไปในโลกยุคสมัยใหม่ เนื่องจากนิติกรรมเป็นมูลเหตุแห่งการได้มาทั้งกรณีกรรมสิทธิ์และสิทธิอื่นนอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศสหรือที่เรียกกันว่าประมวลกฎหมายนโปเลียนซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1804 ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ใดกล่าวถึงการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างไว้โดยตรง แต่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งของชาวฝรั่งเศสก็เคารพหลักการแบ่งเช่นนี้จึงวางบทบัญญัติแจกแจงสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ไว้แยกต่างหากจากกันตามลักษณะที่เป็นวัตถุมีรูปร่างในมาตรา 518 ถึงมาตรา 525 สำหรับอสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 528 สำหรับสังหาริมทรัพย์ ส่วนที่มีได้เป็นวัตถุมีรูปร่างนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 526³¹⁶ สำหรับอสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 529 สำหรับสังหาริมทรัพย์³¹⁷ จากการตรวจสอบบทบัญญัติมาตรา 529 แห่งประมวลกฎหมายของชาวฝรั่งเศส เป็นเรื่องหนี้และสิทธิฟ้องคดีในหนี้ที่กำหนดชำระแล้ว หุ่น ตราสารหนี้ต่างๆ เงินปันผล รวมทั้งสิทธิการเช่าถาวรหรือตลอดชีวิต³¹⁸

³¹⁶ สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ ภาระจำยอมหรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิฟ้องคดีเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ Article 526

Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent:

L'usufruit des choses immobilières;

Les servitudes ou services fonciers;

Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

³¹⁷ Georges Ripert และ Jean Boulanger (เชิงอรรถ 82) n. 2170 – 2172. และดู Marcel Planiol และ Georges Ripert (เชิงอรรถ 82) 282 – 283.

³¹⁸ Article 529

Obligations and actions having as their object sums due or movable effects (effets mobilier), shares, or interests in financial, commercial, or industrial concerns, even where immovables depending on these enterprises belong to the concerns, are movables by operation of law

Those shares or interests shall be deemed movables with regard to each shareholder only, as long as the concern lasts

Perpetual or life annuities (rentes perpétuelles ou viagères), either from the State or private individuals, are also movables by operation of law.

การบอนิเยร์ (Carbonnier) เสนอว่า “ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง” สมควรได้รับการยอมรับโดยเหตุผลว่าเพราะตัวสิทธิเป็นสาระสำคัญของความมีอยู่เพียงประการเดียวของการที่มีมูลค่าสำคัญของวัตถุไม่มีรูปร่างนั่นเอง ซึ่งอาจมีได้ทั้ง (1) กรณีมีวัตถุมีรูปร่างมารองรับสิทธิ และ (2) กรณีที่ไม่มีวัตถุมีรูปร่างมารองรับสิทธิและวัตถุไม่มีรูปร่างจึงเป็นสาระสำคัญในตัวของมันเองอย่างสมบูรณ์โดยไม่จำเป็นต้องเกี่ยวพันวัตถุมีรูปร่างใดๆ³¹⁹ แต่การบอนิเยร์ยอมรับว่าสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างโดยแท้นี้ก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ลักษณะซื้อขาย ซึ่งมีวัตถุแห่งการซื้อขายเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ยังได้บัญญัติรับรองเรื่องวัตถุไม่มีรูปร่างไว้ด้วย³²⁰ ในบรรพ 3 วิธีการต่างๆ ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ลักษณะ 5 ซื้อขาย หมวด 8 การส่งมอบสิทธิไม่มีรูปร่างบางประการ สิทธิทางมรดก (droits successifs)³²¹ และสิทธิที่พิพาทเป็นคดี (droits litigieux)³²² ดังนั้น การบอนิเยร์จึงเขียนคำอธิบายต่อมาท้ายหนังสือคำอธิบายกฎหมายแพ่งว่าด้วยทรัพย์สินว่า กรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่าง (les propriétés incorporelles) นั้นก็อาจมีได้เพิ่มเติมจากที่ยอมรับกันมาตามแนวคิดดั้งเดิมว่ากรรมสิทธิ์จะมีได้แต่เฉพาะเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เนื่องจากคำว่ากรรมสิทธิ์มีความหมายที่ขยายความออกไปถึงกรณีวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยในปัจจุบัน เพื่อให้มีลักษณะเป็นสิทธิของเจ้าของแต่ผู้เดียว (exclusive) ในการใช้ (usus) และจำหน่าย (abusus) วัตถุไม่มีรูปร่างนั้น โดยการมีอยู่ของสิทธิเหล่านี้เกิดจากกิจกรรมหรือการสร้างสรรค์ของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมในปัจจุบัน (กลุ่มลูกค้า กิจกรรมค้า) หรือที่เป็นมาจากกิจกรรมในอดีตที่ก่อให้เกิดผลิตผลทางทรัพย์สินทางปัญญา (ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร) รวมทั้งหนังสือใบหุ้นที่โอนกันได้³²³

ในประเทศไทย ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมชได้ให้ความเห็นในลักษณะเดียวกับที่ปรากฏตามแนวคิดดั้งเดิมโดยให้คำอธิบายลักษณะของกรรมสิทธิ์ตามบทบัญญัติมาตรา 1336 ว่าเป็นทรัพย์สินในวัตถุมีรูปร่าง อำนาจบางอย่างที่ระบุไว้ในมาตรา 1336 เป็นอำนาจที่ใช้ได้ก็แต่แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เช่นอำนาจติดตามเอาคืน จะติดตามเอาคืนวัตถุไม่มีรูปร่างนั้นเป็นไปไม่ได้³²⁴

ดังนั้น ตามกฎหมายไทย หากมีการพิจารณาพัฒนาการแนวคิดจากยุคดั้งเดิมไปสู่แนวคิดที่เริ่มคลี่คลายขยายตัวออกไปในยุคปัจจุบัน ก็น่าจะมีการยอมรับแนวคิดใหม่ๆ ที่ในต่างประเทศและที่ศาลไทยตัดสินยอมรับให้มีกรรมสิทธิ์ในวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย เช่นในเรื่องการครอบครองทรัพย์สิน แต่ก็ไม่ควรใช้ถ้อยคำใหม่ๆ ที่ไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยด้วย กล่าวคือ แม้ว่าในต่างประเทศเช่นประเทศฝรั่งเศสจะมีประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Code de la propriété intellectuelle) และมีภาคหนึ่งว่าด้วย

³¹⁹ Jean Carbonnier, *Droit Civil. Tome 3, Les Biens* (Themis droit, PUF, 11th edn 1983) 77 – 81.

³²⁰ Code civil

Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété (Articles 711 à 2278)

Titre VI : De la vente (Articles 1582 à 1701-1)

Chapitre VIII : Du transport de certains droits incorporels, des droits successifs et des droits litigieux (Articles 1689 à 1701-1)

³²¹ รองรับวิธีการแก้ไขปัญหาค่าในกรณีที่ถูกหนี้ถึงแก่ความตาย โดยเป็นการตีความมาตรา 1690 อย่างกว้างให้มีความหมายรวมถึงกรณีสิทธิทางมรดกซึ่งมีอยู่เหนือลูกหนี้ที่ถึงแก่ความตายด้วย มาตรา 1690 กำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลต่อบุคคลภายนอกเมื่อได้แจ้งการโอนสิทธิดังกล่าวแก่ลูกหนี้

³²² ใช้น้อยมากในทางปฏิบัติ เป็นกรณีที่เมื่อได้ฟ้องคดีแล้วอาจขายสิทธิดังกล่าวแก่ผู้อื่นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1597

³²³ Jean Carbonnier (เชิงอรรถ 319) 361 – 365.

³²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (เชิงอรรถ 286) 224.

“กรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดง (propriété littéraire et artistique)” ที่ใช้กับเรื่องลิขสิทธิ์ของงานวรรณกรรมและงานของศิลปิน กับอีกภาคหนึ่งว่าด้วย “กรรมสิทธิ์ทางอุตสาหกรรม” ที่ใช้กับเรื่องสิทธิบัตร ก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยแล้ว ก็ยังไม่เป็นการสมควรที่จะต้องแก้ไขกฎหมายปัจจุบันเพียงเพื่อเลือกใช้ถ้อยคำเสียใหม่ให้มีคำว่ากรรมสิทธิ์ แต่กลับจะไปขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 – 1386 ที่เป็นเหตุให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่กลับจะขัดต่อบทคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษว่าด้วยลิขสิทธิ์ไปเสีย แม้ว่าจะมีบทบัญญัติมาตรา 32/1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กล่าวถึงกรรมสิทธิ์ไว้ว่า “การจำหน่ายต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์โดยผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์” แต่ก็กลับมีความหมายที่แยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์ในวัตถุมีรูปร่างกับคำว่า “ลิขสิทธิ์” ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างออกจากกันอย่างชัดเจนด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นอกจากนี้ยังมีเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วม ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เหล่านี้ก็ไม่ควรเปลี่ยนถ้อยคำใหม่โดยไปนำคำว่ากรรมสิทธิ์มาใช้ตามแบบอย่างของต่างประเทศอันจะนำไปสู่ความสับสนและจะมีการกล่าวอ้างการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 – 1386 โดยไม่จำเป็น จึงไม่เป็นการสมควรที่จะมีการใช้คำว่ากรรมสิทธิ์กับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยแต่อย่างใด

5.3 สัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่

ในปัญหาว่าสัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่ แม้ในกฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่มุ่งเน้นการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์เป็นสำคัญ³²⁵ และได้มีความเชื่อมโยงกับหลักการเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด โดยมีบทบัญญัติแต่เพียงการให้ความหมายของสัตว์ตามพระราชบัญญัตินี้ว่า หมายถึงสัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์บ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง หรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และมีบทบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์จากการกระทำหรือดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความเจ็บปวด ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรืออาจมีผลทำให้สัตว์นั้นตาย และมีบทคุ้มครองมิให้มีการใช้สัตว์เพื่อการสัตว์เจ็บป่วย สัตว์ชรา หรือสัตว์ที่กำลังตั้งท้อง เพื่อแสวงหาประโยชน์ ใช้สัตว์ประกอบภารกิจ ใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะเหตุที่สัตว์นั้นเจ็บป่วย ชราหรืออ่อนอายุ รวมทั้งให้มีการจัดสวัสดิภาพสัตว์ในการเลี้ยงหรือการดูแลให้สัตว์มีความเป็นอยู่ในสภาวะที่เหมาะสม มีสุขภาพอนามัยที่ดี มีที่อยู่ อาหาร และน้ำอย่างเพียงพอ

ในระดับสากล มีความพยายามในการออกหลักเกณฑ์เพื่อให้มีค่าบังคับในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นข้อเสนอเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของสัตว์หรือข้อเสนอเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของสัตว์ (Universal Declaration of Animal Rights) ที่ยูเนสโกประกาศเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1987 ณ สำนักงานใหญ่ยูเนสโก กรุงปารีส แต่ได้รับการยอมรับค่อนข้างน้อยและค่อยๆ เลือนหายไปเนื่องจากขาดการยอมรับให้มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ นับเป็นความพยายามเบื้องต้นในการออกแบบหลักเกณฑ์เพื่อรับรองว่าสัตว์มีสิทธิในการมีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับมนุษย์ในด้านการรักษาสมดุลทางชีววิทยาและมีสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตของสัตว์ และสิทธิของสัตว์ย่อมต้องได้รับการยอมรับและเคารพเช่นเดียวกับสิทธิของมนุษย์ โดยให้มีกฎหมายรับรองสถานะพิเศษของสัตว์และสิทธิต่างๆ (specific legal status of animals and their rights)³²⁶

³²⁵ หลักการของกฎหมายฉบับนี้คือการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ

“เนื่องจากสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิ่งแวดล้อม จึงควรได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกกระทำการทารุณกรรม และเจ้าของสัตว์ซึ่งนำสัตว์มาเลี้ยงจะต้องจัดสวัสดิภาพให้เหมาะสมตามประเภทและชนิดของสัตว์ ทั้งในระหว่างการเลี้ยงดู การขนส่ง การนำสัตว์ไปใช้งาน หรือใช้ในการแสดง ดังนั้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ เพื่อให้สัตว์ได้รับการคุ้มครองตามธรรมชาติของสัตว์อย่างเหมาะสม”

³²⁶ THE UNIVERSAL DECLARATION OF ANIMAL RIGHTS

Article 1

All animals have equal rights to exist within the context of biological equilibrium. This equality of rights does not overshadow the diversity of species and of individuals.

Article 2

ต่อมา ได้มีความพยายามระลอกที่สองตามข้อมูลการรวบรวมรายชื่อจากประชาชนและองค์กรทั่วโลก เพื่อเสนอให้สหประชาชาติให้ความเห็นชอบปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์ (Universal Declaration on Animal Welfare) ซึ่งได้มีการยกย่องขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 16-17 มิถุนายน ค.ศ. 2000 และมีการปรับแก้ ข้อเสนอเรื่อยมาเป็นลำดับอีกหลายครั้ง เพื่อส่งเสริมให้รัฐบาลประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่สวัสดิภาพสัตว์ ในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิต มีความรู้สึก และสามารถรับรู้ถึงความเจ็บปวดได้ สมควรละเว้นการใช้ความรุนแรง ลด การทรมาน และยกระดับมาตรฐานสวัสดิภาพสัตว์ ไม่ว่าจะเป็นสัตว์ในฟาร์ม สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์ใน การวิจัย สัตว์ที่ใช้ในการเกษตรและการขนส่ง สัตว์ป่า หรือสัตว์ในการพักผ่อนหย่อนใจ

อย่างไรก็ตาม ในต่างประเทศ ได้มีพัฒนาการที่เกี่ยวกับการแบ่งประเภทของทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับสัตว์ โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ ประเทศในกลุ่มที่หนึ่ง มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สิน และหากมีการนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้บังคับกับสัตว์จะต้องเป็นเรื่องที่นำมาปรับ ใช้ในฐานะที่เป็นบพอนุโลมเท่านั้น หรือมิฉะนั้นก็เป็นการวางบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ ออสเตรีย (1988) เยอรมนี (1990) โปแลนด์ (1997 แต่โปแลนด์มิได้วางบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายแพ่ง หากแต่มีการนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์แทน) อาเซอร์ไบจาน (1999) มอลโดวา (2002) สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเพิ่มมาตรา 641 เอ ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2002 และมี ผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2003³²⁷ และลักเซมเบิร์ก (2003)³²⁸ เช็ก³²⁹ (2012) เนเธอร์แลนด์ (2013) แคว้นควิเบก³³⁰ ประเทศแคนาดา (2015) เบลเยียม (2020) และประเทศในกลุ่มที่สอง แม้ไม่มีบทบัญญัติพิเศษกำหนดว่า สัตว์มิใช่ทรัพย์สิน แต่ก็มิมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสัตว์ไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากทรัพย์สินทั่วไป และ กำหนดหลักเกณฑ์ให้สัตว์อยู่ในบังคับตามหลักการใช้กฎหมายลักษณะทรัพย์สินโดยตรงตามรูปแบบของบท กฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยทรัพย์สิน และมีใช้การใช้บท อนุโลม ได้แก่ ฝรั่งเศส (2015) โปรตุเกส (2017)³³¹ สโลวาเกีย (ไม่ทราบว่าแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย

All animal life has the right to be respected.

Article 9

1. The specific legal status of animals and their rights must be recognised by law.

2. The protection and safety of animals must be represented at the level of Governmental organizations.

³²⁷ Article 641a Swiss Civil Code:

(1) *Animals are not things.*

(2) *Where no special provisions exist for animals, they are subject to the provisions governing things.*

³²⁸ Article 20a (Liech.) (law of May 14, 2003)

³²⁹ Law No. 89/2012 Coll. Civil Code (Valid from January 1, 2014)

§ 494

Live animal has a special meaning and value as an already talented senses alive. Live animal and not a matter to the provisions on the live animal shall apply mutatis mutandis to the extent in which it does not contradict his nature.

³³⁰ Article 891.1 Civil Code of Québec:

Animals are not things. They are sentient beings and have biological needs.

³³¹ SUBTÍTULO I-A Dos animais

Artigo 201.º-B Animais

แพ่งเกี่ยวกับสัตว์ในปี ค.ศ. ไต)³³² สเปน (2022)³³³ ในส่วนของประเทศนอกสหภาพยุโรป แม้ศาลสหรัฐอเมริกา ปฏิเสธให้มีการฟ้องคดีนามของสัตว์³³⁴ แต่ผลเป็นตรงกันข้ามในประเทศอาร์เจนตินาและโคลัมเบีย โดยศาล อาร์เจนตินาตัดสินว่าลิงชิมแปนซีชื่อเซซีเลียที่อาศัยอยู่ในสวนสัตว์ประจำจังหวัดเมนโดซามีสภาพบุคคลซึ่งมิใช่ มนุษย์ (non human legal person) และศาลมีคำสั่งรับฟ้องคดี³³⁵ และศาลโคลัมเบียตัดสินว่าหมีที่ใช้ในการ แสดงชื่อซูโซและศาลมีคำสั่งรับฟ้องคดีในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่มนุษย์³³⁶ จึงมีผลเป็นการปรับใช้

Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza. (Animals are living beings endowed with sensitivity and subject to legal protection due to their nature.)

Aditado pelo seguinte diploma: Lei n.º 8/2017, de 03 de Março (amendment to the Portuguese Civil Code of March 3, 2017)

Artigo 201.º-C Proteção jurídica dos animais (Legal protection of animals)

A proteção jurídica dos animais opera por via das disposições do presente código e de legislação especial. (The legal protection of animals operates through the provisions of this code and special legislation.)

Aditado pelo seguinte diploma: Lei n.º 8/2017, de 03 de Março (amendment to the Portuguese Civil Code of March 3, 2017)

Artigo 201.º-D Regime subsidiário (Subsidiary regime)

Na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza. (In the absence of a special law, the provisions relating to things are subsidiarily applicable to animals, as long as they are not incompatible with their nature.)

³³² Slovakia, § 119 para 3 Civil Code (Občiansky zákonník)

A living animal has a special significance and value as a living creature capable of perception through its own senses and has a special status in civil law relations. The provisions on movable things shall apply to a living animal; this shall not apply if this is contrary to the nature of the animal as a living creature.

³³³ Art 333bis para 1 Civil Code (Código Civil)

Animals are living beings endowed with sentience. The legal regime of goods and things is applicable to them only in so far as it is compatible with their nature or with the provisions intended for their protection.

³³⁴ The Nonhuman Rights Project on Behalf of Hercules and Leo v. Samuel L. Stanley, as President of State University of New York at Stony Brook, 49 Misc 3d 746 (2015). อ้างโดย Anne Peters, *Introduction to Symposium on Global Animal Law (Part I): Animals Matter in International Law and International Law Matters for Animals*, 2017 AJIL Unbound, Volume 111, 253.

doi:10.1017/aju.2017.70 <https://www.mpil.de/files/pdf6/introduction-v2.pdf>

³³⁵ Tercer Juzgado de Garantías Mendoza, 3/11/2016, case no. P-72.254/15. อ้างโดย Anne Peters (เชิงอรรถ 334) 253.

³³⁶ Decision of the Colombian Supreme Court granting *habeas corpus* in favour of a spectacled bear (*tremarctos ornatus*) named Chucho, of July 26, 2017: Corte Suprema de justicia de Colombia [C.S.J.] [Supreme Court], julio 26, 2017, Luis Armando Tolosa Villabona, Magistrado ponente, AHC4806-2017, Radicación no. l7001-22-13-000-2017-00468-02. อ้างโดย Anne Peters (เชิงอรรถ 334) 253.

หลักเกณฑ์ที่สัตว์สามารถรับรู้สิ่งต่างๆ ได้โดยเป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่มนุษย์แต่มีความรู้สึกนึกคิดจึงมีสิทธิต่างๆ ได้ในประเทศเหล่านี้

ออสเตรียเป็นประเทศแรกในสหภาพยุโรปที่วางบทบัญญัติเป็นการนำสัตว์ออกจากสถานะทางกฎหมายในการเป็นทรัพย์สิน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 1988 ซึ่งบัญญัติว่า “สัตว์ไม่ใช่ทรัพย์สิน สัตว์ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายพิเศษ บทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ทรัพย์สินให้นำมาใช้บังคับแก่สัตว์เท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น³³⁷

เยอรมนีเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 90 เอ ตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 1990³³⁸ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กันยายน 1990 โดยกำหนดว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สิน และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 903 เกี่ยวกับอำนาจของเจ้าของว่า เจ้าของสัตว์ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์³³⁹

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

มาตรา 90a สัตว์

สัตว์ไม่ใช่ทรัพย์สิน สัตว์ได้รับความคุ้มครองตามบทกฎหมายเฉพาะให้นำบทบัญญัติว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างมาใช้บังคับกับสัตว์โดยอนุโลม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา 903 อำนาจของเจ้าของ

เว้นแต่กรณีมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือบุคคลภายนอกมีสิทธิดีกว่า เจ้าของทรัพย์สินอาจจำหน่ายวัตถุตามความประสงค์และหากผู้อื่นมิให้สอดเข้าเกี่ยวข้อง เจ้าของสัตว์ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ในการใช้อำนาจของเขา

แต่เดิม ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางบทบัญญัติมาตรา 528 ไว้ตั้งแต่ ค.ศ. 1804 กำหนดให้สัตว์เป็นทรัพย์สิน แล้วค่อยๆ เกิดวิวัฒนาการในการพัฒนาให้สัตว์มีสถานะในทางกฎหมายใกล้เคียงกับบุคคลมากยิ่งขึ้น³⁴⁰ โดยมีการออกรัฐบัญญัติเลขที่ 76-629 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1976 ว่าด้วยการคุ้มครองธรรมชาติ

³³⁷ § 285a ABGB

Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen. (Animals are not things; they are protected by special laws. The provisions in force for the things apply to animals only if no contrary regulation exists.)

³³⁸ Anne Peters (เชิงอรรถ 334) 252.

³³⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 90a Tiere

Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

§ 903 Befugnisse des Eigentümers

Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.

³⁴⁰ Jean-Pierre Marguénaud, ‘La personnalité juridique des animaux’ (1998) 20 Recueil Dalloz, 205. (halshs-02205034); Séverine Nadaud, ‘La promotion de l’animal au niveau de l’humain ? La reconnaissance de lapersonnalité animale, nouveau credo des jurists’ (2021) 12 Revue du droit des religions, mis en ligne le

โดยบทบัญญัติมาตรา 9 กำหนดให้สัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตและมีความรู้สึกนึกคิดที่กำหนดให้เจ้าของปฏิบัติตามเงื่อนไขบทบังคับการคุ้มครองทางชีวภาพตามลักษณะของเผ่าพันธุ์ จากนั้น รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 มกราคม 1999 ได้เข้ามาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 528 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยแยกสัตว์ออกจากทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ และในที่สุดศาลฝรั่งเศส³⁴¹ได้ตัดสินในลักษณะเป็นการผลักดันวิวัฒนาการในประมวลกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัตว์ออกไปอีกว่าสุนัขของคนตาบอดถือเป็น “บุคคลโดยวัตถุประสงค์ของการใช้ (personne par destination)” โดยในคดีดังกล่าว ยังมีได้หมายความว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้สัตว์เป็นบุคคลโดยวัตถุประสงค์ของการใช้ ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นสัตว์ยังคงเป็นสิ่งห้ามทรัพย์สินโดยสภาพอยู่ แต่ศาลฝรั่งเศสได้ตีความกฎหมายโดยให้ถือว่าหรือสมมติว่า (fictivement) ให้ถือปฏิบัติเสมือนเป็นบุคคล (traitée comme une personne) ด้วยเหตุผลของการนำสัตว์ไปใช้เพื่อประโยชน์ของบุคคลคล้ายกับเป็น “ขาเทียมที่มีชีวิต (prothèse vivante) ในคดีนี้มีผู้ทำให้สุนัขนำทางของคนตาบอดบาดเจ็บในอุบัติเหตุเหตุทางการจราจร และศาลตัดสินให้มีการเยียวยาในลักษณะที่เป็นความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล มิใช่ความเสียหายต่อทรัพย์สิน

ต่อมาฝรั่งเศสออกรัฐบัญญัติเลขที่ 2015-177 ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2015 ว่าด้วยการทำให้กฎหมายกระบวนการยุติธรรม และกิจการภายใน มีความทันสมัยและใช้ง่าย³⁴² โดยบทบัญญัติมาตรา 2 ให้เพิ่มมาตรา 515-14 เข้าในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในหมวดที่ว่าด้วยการแบ่งประเภทของทรัพย์สิน แต่ไม่ถึงกับบัญญัติว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สิน หากแต่วางบทบัญญัติว่าสัตว์เป็นสิ่งที่มีชีวิตจิตใจ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติคุ้มครองไว้ตามกฎหมายพิเศษ สัตว์อยู่ในบังคับของหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สิน³⁴³ ด้วยเหตุนี้ สัตว์จึงไม่เป็นสิ่งห้ามทรัพย์สินโดยสภาพ (meuble par nature) อีกต่อไป ผลจึงมีว่าสัตว์ไม่อาจตกเป็นอสังหาริมทรัพย์โดยการใช้ดังที่เคยบัญญัติในกฎหมายเก่าเช่นในเรื่องสัตว์ในฟาร์มการเกษตรได้อีกต่อไป จึงมีข้อสงสัยว่าตามกฎหมายฝรั่งเศส สัตว์มีสถานะในทางกฎหมายที่มีใช้บุคคลและมีใช้ทรัพย์สิน ดังนั้นจะเป็นเช่นใด จะนับเป็น “กึ่งทรัพย์สินหรือคล้ายทรัพย์สิน (quasi-bien) ได้หรือไม่ นักวิชาการฝรั่งเศสจึงรื้อแนวคิดที่ตกผลึกในเรื่องนี้ในอนาคต แต่ในปัจจุบัน แนวคิดการแบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์-อสังหาริมทรัพย์ได้แปรเปลี่ยนไปจากเดิมแล้ว โดยมีการปรับแก้ถ้อยคำบางประการในมาตรา 524 มาตรา 528 และมาตรา 533 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งให้สอดคล้องต้องกัน³⁴⁴

อย่างไรก็ตาม มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสัตว์ไว้เป็นพิเศษเป็นจำนวนมาก ได้แก่

- ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 521-1 ห้ามการกระทำที่เป็นการใช้กำลังร้ายแรงหรือทารุณสัตว์ในลักษณะต่างๆ ที่กำหนดองค์ประกอบไว้อย่างชัดเจน มาตรา Article 521-2 ห้ามทำการทดลองหรือวิจัยในสัตว์ที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์มาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนด

02 décembre 2021, consulté le 27 juin 2024. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1708> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1708>

³⁴¹ TGI Lille, 23 mars 1999 : D. 1999. 350, note X. Labbé.

³⁴² LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures

³⁴³ Article 515-14 Code civil

Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.

³⁴⁴ Nadège Reboul-Maupin (เชิงอรธ 174) 110.

- ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม มาตรา L411-2 กำหนดให้ออกกฤษฎีกากำหนดมาตรฐานและเงื่อนไขการกระทำต่อสัตว์ป่า เพื่อให้ความสำคัญและรักษาสัตว์ป่าให้สามารถดำรงอยู่ต่อไปในธรรมชาติได้

- ประมวลกฎหมายชนบทและการประมงทางทะเล มาตรา L214-1 กำหนดไว้เป็นหลักการตามรัฐกำหนดเลขที่ 2000-914 ลงวันที่ 18 กันยายน 2000 ว่าสัตว์ทั้งหลายเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกนึกคิด เจ้าของต้องจัดให้อยู่ในเงื่อนไขที่สอดคล้องกับความต้องการเฉพาะของสายพันธุ์ของสัตว์นั้นๆ³⁴⁵

- รัฐบัญญัติเลขที่ 2021-1539 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2021 มุ่งหมายป้องกันการกระทำที่ไม่ดีต่อสัตว์และส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างสัตว์กับมนุษย์³⁴⁶ กำหนดให้เพิ่มมาตรา L. 211-10-1 ในประมวลกฎหมายชนบทและการประมงทางทะเล ให้ผู้ครอบครองม้าทุกคนรับรองความรู้เกี่ยวกับความต้องการเฉพาะของสายพันธุ์ และหากนำมาไปใช้ในการประกอบอาชีพต้องปฏิบัติตามมาตรการเสริมตามที่กำหนดในกฤษฎีกานอกจากยังแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L. 214-8 กำหนดให้บุคคลธรรมดาผู้รับโอนสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน ไม่ว่าจะมีความอดทนหรือไม่ มีหน้าที่ลงนามในหนังสือรับรองข้อมูลพันธุกรรมและรับรู้ความต้องการเฉพาะของสายพันธุ์ของสัตว์นั้นๆ และวางบทบัญญัติมาตรา L. 212-13 เพิ่มอำนาจให้ตำรวจท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยท้องถิ่นมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดแก่สุนัข แมว และพังพอนตามประมวลกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย นอกจากนี้ มาตรา L. 413-10 ยังกำหนดห้ามการนำสัตว์ป่ามาแสดงเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโรงละครสัตว์) เมื่อพ้นกำหนดเจ็ดปีนับแต่วันที่รัฐบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ³⁴⁷ (ตั้งแต่ปี 2028 เป็นต้นไป) อีกด้วย

เบลเยียมออกพระราชบัญญัติลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2020 ว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายทรัพย์สิน³⁴⁸ มีผลใช้บังคับวันที่ 1 กันยายน 2021 กำหนดเป็นบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ และในลักษณะ 2 ว่าด้วยการแบ่งประเภททรัพย์สิน มีการวางบทบัญญัติว่าด้วยสัตว์ไว้เป็นพิเศษในปัจจุบันและมีสถานะในทางกฎหมายเป็นการเฉพาะ

ลักษณะ 2 การแบ่งประเภททรัพย์สิน

ส่วนที่ 1 การแบ่งทั่วไป

มาตรา 3.38 วัตถุ

³⁴⁵ Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce.

³⁴⁶ LOI n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes

³⁴⁷ Art. L. 413-10.

I.-Il est interdit d'acquérir, de commercialiser et de faire se reproduire des animaux appartenant aux espèces non domestiques en vue de les présenter au public dans des établissements itinérants.

Cette interdiction entre en vigueur à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes.

II.-Sont interdits, dans les établissements itinérants, la détention, le transport et les spectacles incluant des espèces d'animaux non domestiques. Cette interdiction entre en vigueur à l'expiration d'un délai de sept ans à compter de la promulgation de la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 précitée.

³⁴⁸ https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-04-fevrier-2020_n2020020347.html สืบค้นเมื่อ 17 เมษายน 2567.

วัตถุ ไม่ว่าโดยธรรมชาติหรือทำขึ้น มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง แตกต่างไปจากสัตว์ (se distinguent des animaux) วัตถุและสัตว์แตกต่างไปจากบุคคล (Les choses et les animaux se distinguent des personnes.)

มาตรา 3.39 สัตว์

สัตว์มีความรู้สึกนึกคิด (sensibilité) และมีความจำเป็นในการดำรงชีพ (besoins biologiques)

บทบัญญัติว่าด้วยวัตถุมีรูปร่างใช้บังคับกับสัตว์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองที่คุ้มครองสัตว์และเป็นกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

มาตรา 3.42 ดอกผลและผลิตภัณฑ์

(วรรคสาม) ภายใต้บังคับมาตรา 3.39 การเพิ่มขึ้นของสัตว์และผลิตภัณฑ์จากสัตว์ ให้ถือว่าเป็นดอกผล

ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจว่าในประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติบางประการตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่มุ่งเน้นการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์เป็นสำคัญเท่านั้น จะเป็นการเพียงพอหรือไม่หรือเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมแล้วที่จะนำประเด็นพัฒนาการในต่างประเทศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ใหม่ๆ ว่าด้วยสัตว์ ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สิน และหากมีการนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้บังคับกับสัตว์จะต้องเป็นเรื่องที่นำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทอนุโลมเท่านั้น ย่อมเป็นการดีกว่าวิธีการของบางประเทศเช่นประเทศฝรั่งเศสที่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเชิงประกาศหลักการว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สินโดยตรง แต่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษตามมาอีกมากมายหลายฉบับเพื่อวางบทคุ้มครองสัตว์เฉพาะเรื่องเฉพาะราวเป็นรายกรณีไป และยังคงมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินกับสัตว์โดยตรง ทั้งๆ ที่การให้นำบทกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้ในฐานะที่เป็นบทอนุโลมน่าจะเป็นการเหมาะสมยิ่งกว่า

5.4 กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่

งานเขียนของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ยืนยันว่าลักษณะคุณสมบัติที่อาจเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างนั้นต้องเป็นวัตถุที่ประกอบด้วยรูปและร่างในตัวเองโดยลำพัง มีตัวตน ส่วนกว้างยาว สูงต่ำ หรือ ส่วนกลมซึ่งกินที่ แต่กลับให้คำอธิบายต่อมาจนน่าจะสงสัยว่าแม้จะเป็นปริมาณเล็กน้อยจนมองไม่เห็นด้วยตาเปล่า ก็ยังคงเป็นวัตถุมีรูปร่างและเป็นทรัพย์สินนั่นเอง ตัวอย่างที่ท่านให้ไว้มีทั้งเชื้อโรคและปริมาณธรรมชาติ³⁴⁹ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างมีคุณสมบัติที่ไม่มีส่วนสัด ไม่มีความเต็ม ไม่กินที่ในตัว กล่าวคือไม่มีสภาพในธรรมชาติเสียเลย เพียงแต่มีอยู่ในความรับรู้ของกฎหมายเท่านั้น เช่น ลิขสิทธิ์ ปัญหาคือ “กำลังแรงแห่งธรรมชาติ” ตามบทบัญญัติมาตรา 101 เดิมว่าด้วยสังหาริมทรัพย์³⁵⁰ นั้น ซึ่งได้ให้บทวิเคราะห์ศัพท์คำว่าสังหาริมทรัพย์ไว้ต่างหากและกล่าวถึงกำลังแรงแห่งธรรมชาติไว้ หากเป็นไอน้ำหรือกระแสไฟฟ้าจะนับว่าเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมชมีความเห็นในเบื้องต้นว่าปริมาณวัตถุธรรมชาติต่างกับกำลังธรรมชาติเนื่องจากกำลังธรรมชาติที่เกิดขึ้นเป็นเพียงผลจากวัตถุธรรมชาติเท่านั้น **จึงเป็นเหตุการณ์แต่มิใช่วัตถุ**³⁵¹ จึงมิใช่ทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างทำนองเดียวกับแรงงานของคนซึ่งไม่นับว่าเป็นทรัพย์สิน ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2475³⁵² อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กลับอธิบายต่อไปว่ากำลังแรงแห่งธรรมชาติตามมาตรา 101 เดิมน่าจะต้องหมายถึงปริมาณวัตถุมีรูปร่างที่ทำให้เกิดกำลังธรรมชาติ ไม่ใช่กำลังธรรมชาติซึ่งเป็นเพียงผลในเหตุการณ์ แต่กลับอธิบายไว้ว่าปริมาณอิเล็กทรอนิกส์ของกระแสไฟฟ้าเป็นวัตถุมีรูปร่าง³⁵³ ซึ่งกรณีมีข้อสงสัยอยู่ว่า ในกระบวนการผลิตพลังงานไฟฟ้าเหตุใดจะนับว่าอิเล็กทรอนิกส์เป็นวัตถุได้หรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ แม้ในทางวิทยาศาสตร์จะมีผู้อธิบายกันอยู่แล้วว่าไฟฟ้าเป็นพลังงานชนิดหนึ่งที่เป็นส่วนประกอบในวัตถุธาตุทุกชนิดตามข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ย่อมเป็นที่ทราบกันแล้วว่าในแต่ละอะตอมประกอบด้วย โปรตอน นิวตรอน และอิเล็กตรอน ในกรณีของกระแสไฟฟ้า โปรตอนกับนิวตรอนนั้นอยู่นิ่งไม่เคลื่อนที่ ส่วนอิเล็กตรอนสามารถที่จะเคลื่อนที่จากอะตอมหนึ่งไปยังอีกอะตอมหนึ่งได้ การเคลื่อนที่จากอะตอมหนึ่งไปยังอีกอะตอมหนึ่งของอิเล็กตรอนนี้เองคือสิ่งที่เราเรียกว่ากระแสไฟฟ้า

ความเห็นของศาสตราจารย์จิติ ดิสงฆ์ ในที่ประชุมใหญ่ที่พิจารณาคดีลักกระแสไฟฟ้าตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501

³⁴⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (เชิงอรรถ 286)

³⁵⁰ เทียบกับบทบัญญัติมาตรา 140 ในปัจจุบันที่ตัดคำว่า “กำลังแรงแห่งธรรมชาติ” ออกไปเสีย

³⁵¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (เชิงอรรถ 286) 17-19.

³⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2475 ได้ความว่าจำเลยเป็นนายตรวจทางรถไฟมีนายกุลี และกุลีอยู่ในความควบคุม 5 กอง จำเลยได้ใช้กุลี 11 คนไปทำงานส่วนตัว แลลดเวลาทำงานของกุลีเหล่านั้นเสนอให้จ่ายเงินเดือนรัฐบาลมี ปัญหาว่าจำเลยจะมีผิดตามมาตรา 133 มาตรา 134 หรือมาตรา 136 หรือไม่

ศาลฎีกาตัดสินว่า การกระทำจำเลยต้องด้วยมาตรา 133 ไม่เพราะจำเลยมิได้ไปหากำไรแลผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างใด จำเลยคงเอาแต่ประโยชน์แรงงานกุลีที่รับจ้างนั่นเอง ซึ่งเป็นการยกยอกแรงงานทำนองยกยอกทรัพย์สินตามมาตรา 131 แต่ **มาตรานี้บัญญัติไว้เฉพาะเรื่องยกยอกทรัพย์สิน หาได้บัญญัติถึงแรงงานด้วยไม่** แลมาตรา 134 ถึงมาตรา 136 ที่โจทก์ขอมาก็ไม่ตรงกับรูปคดี จำเลยอาจมีผิดฐานอื่นด้วยเหตุที่จตเทจหรือแจ้งเท็จในเรื่องขอเบิกเงิน แต่โจทก์ไม่ได้ขอมาจึงให้ยกฟ้องโจทก์เสีย

³⁵³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (เชิงอรรถ 286) 28.

พิจารณาว่าบุคคลสามารถถือเอาวัตถุนั้นได้หรือไม่ หากทรัพย์นั้นสามารถเข้าถือเอาได้ก็ย่อมเป็นวัตถุที่ถูกลักได้ โดยคำว่าทรัพย์ในกฎหมายแพ่งและอาญามีการใช้ปะปนกัน อย่างคำว่า อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ควรเป็นเฉพาะวัตถุมีรูปร่างแต่กลับหมายถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องด้วย และยังให้เหตุผลดีกว่าประมวลกฎหมายอาญาแม้ขึ้นต้นว่าลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์แต่ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินอย่างความผิดฐานฉ้อโกงอยู่ อย่างไรก็ตามเสียก็มีฝ่ายที่ให้เหตุผลว่าเมื่อประมวลกฎหมายอาญาบางแห่งใช้คำว่าทรัพย์ บางแห่งใช้คำว่าทรัพย์สิน ก็ล้วนเห็นว่ามีเจตนารมณ์ในการบัญญัติที่แตกต่างกัน การตีความก็ต้องแตกต่างกันด้วย³⁵⁴

นอกจากนี้ ศาตราจารย์จิติ ตังศภัทย์ ได้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ปรากฏข้อความดังนี้

กระแสไฟฟ้าจะเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ได้หรือไม่นั้น เมื่อสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาเดิม เข้าใจกันว่า เป็นความผิดได้ เพราะวิเคราะห์ศัพท์คำว่า ทรัพย์ ในครั้งนั้น (มาตรา 6 ข้อ 10) หมายความว่า บรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ ฯลฯ แม้คำว่า สิ่งของ จะมีนัยไปในทางวัตถุมีรูปร่าง แต่ความสำคัญก็อยู่ที่ความสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ยิ่งกว่า แต่ตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีวิเคราะห์ศัพท์ คำว่า ทรัพย์ไว้ดังเช่นในกฎหมายเก่า จึงทำให้เข้าใจว่าการเลิกบทวิเคราะห์ศัพท์ ทำให้เห็นเจตนาที่จะให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 ซึ่งบัญญัติว่า ทรัพย์นั้นได้แก่วัตถุมีรูปร่าง ส่วนวัตถุที่มีราคา และถือเอาได้ตามนัยแห่งกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 6 ข้อ 10 เดิม นั้น ป.พ.พ. มาตรา 99 เรียกว่า ทรัพย์สิน ถ้าถือตามนี้ กระแสไฟฟ้าก็ไม่ใช่ทรัพย์ตามมาตรา 98 แต่เป็นทรัพย์สินตามมาตรา 99 และเป็นสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 101 อันหมายความว่ารวมถึง กำลังแรงแห่งธรรมชาติที่อาจถือเอาได้ ซึ่งตามอนุทนายของกรมร่างกฎหมายก็ยกตัวอย่างถึงแรงไฟฟ้าด้วย เมื่อไม่ใช่ทรัพย์ตามมาตรา 98 ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ เพราะในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ใช้คำว่า เอาทรัพย์ของผู้อื่น ฯลฯ ไป เป็นการลักทรัพย์ ส่วนบทมาตราอื่นในเรื่องทรัพย์ บางแห่งก็ใช้คำว่า ทรัพย์สิน เช่น มาตรา 337, 338, 341, 346, 347, 382 วรรค 2, 353, 354 เป็นต้น แสดงให้ชัดขึ้นอีกว่า ประมวลกฎหมายอาญาได้ตั้งใจใช้คำ ทรัพย์กับทรัพย์สิน โดยมีความหมายอันต่างกัน และคงจะใช้ตามความหมายต่างกันดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

แต่พิจารณาให้ดี ก็จะเห็นได้อีกว่า ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า ทรัพย์สิน ก็ยังใช้ปะปนกันอยู่นั่นเอง หาได้แยกออกเด็ดขาดดังที่น่าจะเข้าใจเช่นที่กล่าวแล้วไม่ ใน ป.พ.พ. มาตรา 100 และ 101 คำว่า อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์อะไรต่ออะไรในมาตราต่อ ๆ มา จะสนธิกับศัพท์อื่นหรือใช้แต่ลำพังคำว่า ทรัพย์ ลอย ๆ เช่น ในมาตรา 104, 105, 106 ฯลฯ ก็ใช้ในความหมายของทรัพย์สิน ส่วนในประมวลกฎหมายอาญา ก็ใช้สองคำนี้ปะปนอยู่เหมือนกัน เริ่มด้วยจั่วหน้าลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ก็รวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอยู่ด้วยในมาตรา 338 การขู่เอาประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน เรียกว่า ทำความผิดฐานรีดเอาทรัพย์ มาตรา 352 วรรค 2 ทรัพย์ตกอยู่ในครอบครองผู้ยกออกเป็นทรัพย์สิน หาย ฯลฯ เป็นต้น เมื่อพิจารณาโดยจริงจึงเข้า ก็เห็นอยู่ว่า คำว่า ทรัพย์ หรือ ทรัพย์สิน นั้นหาได้แยกใช้ต่างกันโดยเคร่งครัดเสมอไปไม่ นอกจากนี้ การลักทรัพย์ หมายถึง การลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่ง

³⁵⁴ ประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปีตามกฎหมายอาญา (เล่ม 3, กรุงเทพฯ, สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2538) 3469.

ป.พ.พ. เรียกว่า สัณฑทรัพย์ คำว่า สัณฑทรัพย์ ใน ป.พ.พ. ก็หมายความว่า กำลังแห่ง ธรรมชาติ เช่นแรงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีความ ถือเอาได้ และนำพาไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนี้ ก็ไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรง ไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริตแล้ว ไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป

เทียบตามกฎหมายต่างประเทศก็มีปัญหาอยู่เช่นกัน ตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกาไม่ถือ ว่าลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดตาม Common Law แต่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ที่เรียกว่า Larceny Act 1916 ของอังกฤษ³⁵⁵ (Archbold, Pleading & Practice. ed. 32. p. 550, 581.)³⁵⁶ ในอเมริกา

³⁵⁵ Larceny Act, 1916

LAWS OF THE UNITED KINGDOM

THE LARCENY ACT, 1916

(6 & 7 Geo. 5, Ch. 50.)

CHAPTER 50.

An Act to consolidate and simplify the Law relating to Larceny triable on Indictment and Kindred Offences.

[31st October, 1916.]

10. *Abstracting of electricity.* - Every person who maliciously or fraudulently abstracts, causes to be wasted or diverted, consumes or uses any electricity shall be guilty of felony, and on conviction thereof liable to be punished as in the case of simple larceny.

ทั้งนี้ ปรากฏคำอธิบายต่อมาด้วยว่า

"Maliciously" means intentionally and without lawful excuse (cf. Malicious Damage Act, 1861 (c. 97), s. 1, ante).

For summary trial, see Criminal Justice Act, 1925 (c. 86), s. 24, sched. 2, Vol. 11, title MAGISTRATES.

For other offences in relation to electricity, see Electric Lighting Act, 1882 (c. 56), Vol. 7, title ELECTRIC LIGHTING.

As to simple larceny see s. 2, p. 817, ante.

³⁵⁶ Archbold: *Criminal Pleading, Evidence & Practice* (32nd edn, 1949, by T. R. Fitzwalter Butler, Sweet & Maxwell/Stevens and Sons).

Abstracting electricity

This offence is created by section 13 of the Theft Act 1968

A person who dishonestly uses without due authority, or dishonestly causes to be wasted or diverted, any electricity shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

This section replaces section 10 of the Larceny Act 1916.

Theft Act 1968, Section 13.

13 Abstracting of electricity.

A person who dishonestly uses without due authority, or dishonestly causes to be wasted or diverted, any electricity shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

The following cases are relevant:

R v Hoar and Hoar [1982] Crim LR 606

Collins and Fox v Chief Constable of Merseyside [1988] Crim LR 247, DC

มักจะมี พ.ร.บ. ในเรื่องนี้บัญญัติให้เป็นความผิด แต่แม้จะไม่มี พ.ร.บ. โดยเฉพาะ ศาลก็ลงโทษฐานลักทรัพย์เหมือนกัน ไม่ถือการมีรูปร่าง หรือไม่มีรูปร่างเป็นสำคัญยิ่งกว่าการที่จะถือเอาได้ แรงไฟฟ้า เช่นเดียวกับแก๊ส เป็นวัตถุมีค่าแห่งสินค้า ซื้อมาขายกันได้ดังสังหาริมทรัพย์อื่น ซึ่งคนอื่นอาจเข้าถือเอาได้ วัดปริมาณได้โดยเครื่องวัด (Corpus Juris, 1924, Vol. 36, p. 738, Perkins, Criminal Law 1957, p. 194, Perkins, Cases & Material on Criminal Law, p. 110) กฎหมายอินเดียก็ถือว่าการลักไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์เช่นเดียวกัน แม้ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียจะมีวิเคราะห์ศัพท์คำว่า สังหาริมทรัพย์ (movable property) ว่า รวมทั้งวัตถุมิรูปร่างทุกชนิด เว้นแต่ที่ดินและสิ่งซึ่งติดกับพื้นดิน ฯลฯ จนกว่าจะขาดหลุดออกจากที่ดิน (Mayne, pp. 607, 609)³⁵⁷ ส่วน

R v McCreadie and Tume, 96 Cr App R 143, CA

Corpus Juris, 1924, American Law Book Company, Vol. 36, p. 738.

จากการสืบค้นเพิ่มเติม ผู้วิจัยพบข้อมูลกฎหมายของบางรัฐของสหรัฐอเมริกาที่น่าสนใจดังนี้

State of Michigan Senate **Bills Regarding Energy Theft** State Bill 1311 and State Bill 1312

- It is a felony to steal, attempt to sell, or transfer **electricity** or natural gas service.
- First offense is punishable by up to 5-years imprisonment and/or up to a \$5,000 fine.
- Second offense is punishable by up to 5-years imprisonment and/or up to a \$10,000 fine.

Felony: a serious crime that can be punished by more than one year in prison

Texas Penal Code - PENAL § 31.04. **Theft of Service**

Electricity theft is specifically covered by the Texas Penal Code 31.04 Theft of Service. To qualify as theft of service, someone has to receive a service with the expectation of compensation, but it's never made. Therefore, **stealing electricity** falls under this section of the penal code and is a crime.

³⁵⁷ ในปัจจุบัน อินเดียมีบทกฎหมายเฉพาะว่าด้วยความผิดอาญาฐานลักกระแสไฟฟ้าตามกฎหมายว่าด้วยกระแสไฟฟ้า ค.ศ. 2003

Electricity Act, 2003 [No.36 of 2003]. Section 135 Theft of Electricity.

(1). (Subs. by Act 26 of 2007, Sec. 13 (w.e.f.. 15th June 2007) *Whoever, dishonestly,--*

(a) taps, makes or causes to be made any connection with overhead, underground or under water lines or cables, or service wires, or service facilities of a licensee or supplier, as the case may be; or

(b) tampers a meter, installs or uses a tampered meter, current reversing transformer, loop connection or any other device or method which interferes with accurate or proper registration, calibration or metering of electric current or otherwise results in a manner whereby electricity is stolen or wasted; or

(c) damages or destroys an electric meter, apparatus, equipment, or wire or causes or allows any of them to be so damaged or destroyed as to interfere with the proper or accurate metering of electricity; or

(d) uses electricity through a tampered meter; or

(e) uses electricity for the purpose other than for which the usage of electricity was authorised, so as to abstract or consume or use electricity shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to three years or with fine or with both:

Provided that in a case where the load abstracted, consumed, or used or attempted abstraction or attempted consumption or attempted use--

(i) does not exceed 10 kilowatt, the fine imposed on first conviction shall not be less than three times the financial gain on account of such theft of electricity and in the event of second or subsequent

conviction the fine imposed shall not be less than six times the financial gain on account of such theft of electricity;

(ii) exceeds 10 kilowatt, the fine imposed on first conviction shall not be less than three times the financial gain on account of such theft of electricity and in the event of second or subsequent conviction, the sentence shall be imprisonment for a term not less than six months, but which may extend to five years and with fine not less than six times the financial gain on account of such theft of electricity:

Provided further that in the event of second and subsequent conviction of a person where the load abstracted, consumed, or used or attempted abstraction or attempted consumption or attempted use exceeds 10 kilowatt, such person shall also be debarred from getting any supply of electricity for a period which shall not be less than three months but may extend to two years and shall also be debarred from getting supply of electricity for that period from any other source or generating station:

Provided also that if it is proved that any artificial means or means not authorised by the Board or licensee or supplier, as the case may be, exist for the abstraction, consumption or use of electricity by the consumer, it shall be presumed, until the contrary is proved, that any abstraction, consumption or use of electricity has been dishonestly caused by such consumer.

(1A) Without prejudice to the provisions of this Act, the licensee or supplier, as the case may be, may, upon detection of such theft of electricity, immediately disconnect the supply of electricity:

Provided that only such officer of the licensee or supplier, as authorised for the purpose by the Appropriate Commission or any other officer of the licensee or supplier, as the case may be, of the rank higher than the rank so authorised shall disconnect the supply line of electricity:

Provided further that such officer of the licensee or supplier, as the case may be, shall lodge a complaint in writing relating to the commission of such offence in police station having jurisdiction within twenty-four hours from the time of such disconnection:

Provided also that the licensee or supplier, as the case may be, on deposit or payment of the assessed amount or electricity charges in accordance with the provisions of this Act, shall, without prejudice to the obligation to lodge the complaint as referred to in the second proviso to this clause, restore the supply line of electricity within forty-eight hours of such deposit or payment.]

(2) (Subs. by Act 26 of 2007, Sec. 13 for the words “Any officer authorized” (w.e.f. 15th June 2007) [Any officer of the licensee or supplier as the case may be, authorised] in this behalf by the State Government may--

(a) enter, inspect, break open and search any place or premises in which he has reason to believe that electricity (Subs. by Act 57 of 2003, Sec. 5 for the words “has been or is being or is likely to be” (w.e.f. 27th January, 20004). [has been or is being], used unauthorisedly;

(b) search, seize and remove all such devices, instruments, wires and any other facilitator or article which has been, or is being, used for unauthorised use of electricity;

(c) examine or seize any books of account or documents which in his opinion shall be useful for or relevant to, any proceedings in respect of the offence under sub-section (1) and allow the person from whose custody such books of account or documents are seized to make copies thereof or take extracts therefrom in his presence.

(3) The occupant of the place of search or any person on his behalf shall remain present during the search and a list of all things seized in the course of such search shall be prepared and delivered to such occupant or person who shall sign the list:

กฎหมายฝรั่งเศส เรื่องลักทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 179 (ที่ถูกคือ 379) ใช้คำว่า choses (ที่ถูกคือ une chose - ผู้วิจัย) แทนคำว่า biens โดยมุ่งหมายให้เข้าใจถึงความสามารถที่จะถือเอาได้ และศาลก็ตัดสินว่า แรงไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ เช่นเดียวกับกฎหมายอิตาลี แต่ผิดกันกับกฎหมายเยอรมัน นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่า การลักแรงไฟฟ้าเป็นความผิดโดยไม่ต้องมี พ.ร.บ. พิเศษโดยเฉพาะ (Garraud, Droit Penal, ed. 3, t. 6 no. 2375, pp. 109-113)³⁵⁸ เหตุนี้จึงไม่น่าพลาดอันใดที่ศาลฎีกาตีความว่า การลักกระแสไฟฟ้าก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์

บรรณาธิการ

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่างานเขียนของเรอเนกาโร (René Garraud) นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสที่กล่าวถึงวัตถุไม่มีรูปร่างดังเช่นข้อมูล หนี้ หรือความคิด มีข้อสังหาริมทรัพย์ จึงสามารถเคลื่อนย้ายหรือถูกลักได้ งานเขียนดังกล่าวจึงมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของศาลในคดีอาญาเนื่องจากในขณะนั้นได้เกิดมีวิวัฒนาการด้านเทคโนโลยีขึ้นตามมามากมายโดยเฉพาะการเกิดขึ้นของอินเทอร์เน็ตและส่งผลกระทบต่อชีวิตประจำวันของประชาชนเป็นอย่างมาก ผู้พิพากษาจึงต้องคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวด้วย นำไปสู่การตัดสินคดีโดยการตีความแบบขยายความบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้จำเลยมีความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้าได้

Provided that no inspection, search and seizure of any domestic places or domestic premises shall be carried out between sunset and sunrise except in the presence of an adult male member occupying such premises.

(4) The provisions of the Code of Criminal Procedure, 1973 (2 of 1974), relating to search and seizure shall apply, as far as may be, to searches and seizure under this Act.

³⁵⁸ René Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal* (3e éd., Sirey, 1935, n. 2375), 109 – 113.

(16) *Crim.*, 3 août 1912, D. 1913. 1, 439, S. 1913, 1, 337, note J.-A. Roux ; *Crim.*, 3 juin 1937, S. 1939, 1, 37 ; RSC 1938. 77, obs. H. Donnedieu de Vabres ; v. aussi : *Crim.* ; 8 janv. 1958, Bull. crim. n. 33 ; JCP 1958, II, 10546, note Delpech ; D. 1958, somm. 100 ; RSC 1958. 858, obs. P. Bouzat ; *Crim.*, 10 avr. 1964, Bull. crim. n. 108 ; *Crim.*, 11 oct. 1978, Bull. crim. n. 270 ; D. 1979. 76, note D. Vuitton ; RSC 1979. 337, obs. P. Bouzat ; *Crim.*, 12 déc. 1984, Bull. crim. n. 403 ; RSC 1985. 579, obs. P. Bouzat.

(17) Selon ce texte, « la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol ».

Article 311-2

La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol.

(18) V. par ex. *Crim.*, 14 nov. 2000, Bull. crim. n. 338 ; D. 2001. 1423, note B. de Lamy ; Dr. pénal 2001, comm. n o 28, note M. Véron ; RSC 2001. 385, obs. R. Ottenhof ; *Crim.*, 22 sept. 2004, Bull. crim. n. 218 ; D. 2005. 411, note B. de Lamy ; AJ pénal 2005. 22, obs. J. Leblois-Happe ; RSC 2005. 852, obs. R. Ottenhof ; RPDP 2005. 239, obs. V. Malabat ; RTD com. 2005. 179, obs. B. Bouloc ; JCP 2005, II, n. 10034, note A. Mendoza-Caminade ; *Crim.*, 21 sept. 2011, n. 11-80.305, RPDP 2012. 931, note F. Chopin ; *Crim.*, 16 nov. 2011, Bull. crim. n. 233 ; D. 2012. 137, note G. Beaussonie ; RSC 2012. 169, obs. J. Francillon ; Dr. pénal 2012, comm. n. 1, note M. Véron ; JCP 2012, n. 322, note S. Detraz ; RPDP 2012. 914, obs. S. Fournier ; RTD com. 2012. 203, obs. B. Bouloc ; *Crim.*, 22 févr. 2012, n. 11-82.963 ; *Crim.*, 22 oct. 2014, JCP 2015, n. 52, note G. Beaussonie et G. Bagrain, RPDP 2014. 883, obs. G. Beaussonie (à propos d'un salarié ayant extrait clandestinement des données confidentielles d'une base informatique interne à la société qui l'employait).

(19) G. Beaussonie, La protection pénale de la propriété sur l'information, Dr. pénal 2008, étude, n. 19.

(20) *Crim.*, 7 nov. 1974, Bull. crim. n. 323.

(21) *Crim.*, 20 juin 2006, n. 05-86.491.

ด้วย อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1992 ได้มีการออกรัฐบัญญัติเลขที่ 92-685 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1992 ว่าด้วยการปฏิรูปบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดอาญาต่อทรัพย์สิน โดยเพิ่มบทบัญญัติพิเศษในประมวลกฎหมายอาญาเสียใหม่ได้แก่มาตรา 311-2 โดยบัญญัติว่า “มาตรา 311-2 การเอาไปโดยทุจริตซึ่งพลังงานและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์”³⁵⁹

เกี่ยวกับประเด็นปัญหาการลักกระแสไฟฟ้านี้ ในตำราของศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล³⁶⁰ ปรากฏความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างไปจากความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช และ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ โดยได้อ้างอิงความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเยอรมันและหลักการสำคัญว่าด้วยการใช้การตีความกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นว่ากระแสไฟฟ้าเป็นพลังงานรูปแบบหนึ่งที่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้เป็นความผิด

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร เห็นด้วยกับศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย วัตถุมีรูปร่างก็คือ “ทรัพย์” อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ต้องไม่ไร้ค่าหรือไร้ราคาเสียทีเดียว และสภาพการรวมตัวของทรัพย์ไม่ใช่สิ่งสำคัญ อาจเป็นของเหลว ไอ และก๊าซก็ได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 “ระบุแต่ผล” เท่านั้น แต่มีได้ระบุเหตุผลว่าเพราะอะไรการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ และศาลก็ได้สรุปว่าแล้วทรัพย์ในมาตรา 334 รวมความถึงกระแสไฟฟ้าอย่างแน่นอนแล้วหรือไม่ การตัดสินเช่นนี้จึงเป็นการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ต้องห้ามสำหรับกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีความเห็นว่าทรัพย์นอกจากจะเป็นวัตถุแล้วจะต้องมีรูปร่างด้วย พลังงาน ความร้อน ความเย็น แสง เสียง นิวเคลียร์ ไม่ใช่วัตถุมีรูปร่างจึงไม่เป็นทรัพย์ที่จะลักได้ แต่แหล่งก่อให้เกิดพลังงานต่าง ๆ หรือแสง เสียง เป็นทรัพย์ที่สามารถลักได้ ยกตัวอย่างเช่น ก๊าซหุงต้ม

ในเรื่องนี้ Ernest Joseph Schuster³⁶¹ ให้คำอธิบายไว้ในหนังสืออธิบายหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นฉบับภาษาอังกฤษซึ่งนิยมใช้อ้างอิงกันในหมู่นักนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ ทั่วโลกว่าควรตีความโดยคำนึงถึงเหตุผลธรรมดาสามัญของประชาชนทั่วไป คือถือว่าสิ่งที่มิรูปร่างกินเนื้อที่เท่านั้นที่เป็นทรัพย์ หากสิ่งใดไม่มีรูปร่างแล้วสิ่งนั้นไม่อาจเป็นทรัพย์ได้ตามนัยแห่งความหมายของกฎหมาย ในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็น

³⁵⁹ Loi n. 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens

Art. 311-2. - La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol.

³⁶⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2559), 32.

³⁶¹ Ernest Joseph Schuster, *The Principles of German Civil Law* (Clarendon Press 1907) 58.

The definition contained in B.G.B. 90 which declares that only corporal objects are things avoids the peculiar difficulty of English law; but the term ‘corporal objects’ - even leaving aside the metaphysical questions to which reference has been made - is in itself ambiguous. **Some German writers** declare that only such things are corporal objects as are **tangible and occupy space, whilst others** are of opinion that anything which can be perceived **by its physical effects** and can form the object of rights is a corporal object. **This would include energy of all sorts, such as water power, electricity, heat, &c. Having regard to the necessity of taking the popular conceptions as a basis the first-mentioned view appears more satisfactory.** (เน้นโดยผู้วิจัย)

ทรัพย์สินหรือไม่ ต้องพิจารณาตามความเข้าใจของคนทั่วไปโดยถือความมีตัวตนแน่นอน มิใช่เพียงจับต้องได้ในทางกายภาพ หากเป็นแต่เพียงพลังงานดังเช่นกระแสไฟฟ้าไม่ควรนับว่าเป็นทรัพย์สิน

เป็นที่น่ายินดีและผู้วิจัยย่อมเห็นพ้องด้วยกับข้อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา และอยู่ในช่วงของการรับฟังความคิดเห็นเพื่อพิจารณาดำเนินการในขั้นตอนต่อไปของการเสนอร่างกฎหมาย โดยมีหลักการสำคัญให้มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะว่าการลักกระแสปวดไฟฟ้าให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์สิน เนื่องจากเป็นการสอดคล้องกับหลักทฤษฎีและหลักกฎหมายในต่างประเทศ โดยเฉพาะที่ปรากฏในกฎหมายเยอรมันทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวการตีความกฎหมายของศาลเยอรมัน

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดฐานลักทรัพย์สิน)
มีหลักการและรายละเอียดที่เกี่ยวข้องดังนี้³⁶²

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560

“การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปใช้โดยทุจริต ให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์สิน”

การรับฟังความคิดเห็น

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (การปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์สิน)

คำชี้แจง

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์สิน โดยกำหนดให้การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดซึ่งอาจมีราคาหรือถือเอาได้ของผู้อื่นโดยทุจริต ให้ถือเป็น การลักทรัพย์สิน

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้พิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดฐานลักทรัพย์สินเสร็จแล้ว เห็นสมควรจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการ รับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้าน และเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน ทั้งนี้ ท่านสามารถร่วมแสดงความคิดเห็นได้ตั้งแต่บัดนี้จนถึงวันที่ 2 เมษายน 2567

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา

โทร. 098 257 1118 (นายสุนทรา)

โทรสาร 02 282 2701

ร่าง

.....

.....

.....

.....

.....

การลัดกระแไฟฟ้าเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยที่ประมวลกฎหมายอาญายังไม่ได้บัญญัติความผิดดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จึงสมควรปรับปรุงความผิดฐานลักทรัพย์ (มาตรา 334) ให้ครอบคลุมตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่พิพากษาให้การลัดกระแไฟฟ้าหรือสัญญาณโทรศัพท์จากตู้โทรศัพท์เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2542 (ประชุมใหญ่)) และเห็นควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงพลังงานอื่นใดด้วย

คำอธิบายหลักการหรือประเด็นสำคัญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่นำมาปรับปรุงความคิดเห็น

การกำหนดให้การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริตเป็นความผิดลักทรัพย์ โดยเพิ่มความเป็นวรรคสองของมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ผู้เกี่ยวข้อง

ผู้ใช้กฎหมายและประชาชนทั่วไป

เหตุผลความจำเป็นของการให้มีระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการหรือการกำหนดโทษอาญารวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ

การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริตถือเป็นความผิดลักทรัพย์ ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงที่ละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและสังคม

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่ากระแไฟฟ้ามิใช่ทรัพย์ ตามแนวทางที่มีการอธิบายมาแล้วข้างต้น รวมทั้งแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติพิเศษให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์ และมีความเห็นเพิ่มเติมว่าบทบัญญัติมาตรา 2 และมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นเรื่องสำคัญในการใช้กฎหมายอาญาที่ต้องมีหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาเป็นหลักมิให้มีการตีความกฎหมายอาญาอย่างกว้างหรือแบบขยายความจนกระทั่งไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมายที่ควรต้องมีการเตือนล่วงหน้า โดยต้องมีกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาในเรื่องการกำหนดความผิดอาญาและโทษอาญา

แม้มีปัญหาที่น่าคิดว่า แม้นในอนาคตมีอาญาบทบัญญัติพิเศษที่กำหนดว่า “การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปใช้โดยทุจริต ให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์” จะมีแนวทางการตีความบทบัญญัติพิเศษเช่นนี้อย่างไร ตัวอย่างเช่น หากมีผู้นำขดน้ำไปลักลอบแช่ไว้ในตู้เย็นของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเอาผ้าไปตากไว้ในห้องที่เจ้าของติดตั้งเครื่องทำความร้อนไว้โดยเจ้าของไม่ได้อนุญาต ก็อาจจะต้องรับผิดฐานลักทรัพย์ได้ ใช่หรือไม่ แต่ก็อาจให้คำตอบได้ว่า หากมีการวินิจฉัยว่าต้องรับผิดฐานลักทรัพย์ด้วยนั้น ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยเหตุผล เนื่องจากขัดต่อหลักการสำคัญในเรื่องหลักประกันในกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 และมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผลที่ตามมาคือในกรณีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่คลุมเครือจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาตามหลักการในมาตรา 227 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

นักนิติศาสตร์โรมันจัดเรื่องกรรมสิทธิ์ในแง่เทคนิคด้วยความชัดเจนเป็นพิเศษโดยแยกกรรมสิทธิ์ออกจากสิทธิอื่นเหนือทรัพย์สินอย่างชัดเจน แม้ในเรื่องทรัพย์สินหรือการครอบครองที่นักนิติศาสตร์โรมันจัดเป็นเรื่องสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงเท่านั้น ในทางตรงกันข้าม กฎหมายจารีตประเพณีในสมัยกลางกลับมิได้แบ่งแยกความแตกต่างดังกล่าวอย่างชัดเจน แต่หลังจากนั้นนักนิติศาสตร์ช่วงปลายสมัยกลางต่อเนื่องถึงยุคสมัยใหม่ได้กลับมาฟื้นฟูแนวคิดกฎหมายโรมัน นำไปสู่การยึดถือหลักวัตถุมีรูปร่างเป็นสำคัญ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างมีที่ใช้ค่อนข้างแคบอยู่ในระยะแรก อย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไปได้เริ่มมีพัฒนาการที่ให้อัตถุไม่มีรูปร่างขยายการขอบเขตการบังคับใช้ออกไปมากยิ่งขึ้นเรื่อยๆ เห็นได้จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่กล่าวว่าวัตถุไม่มีรูปร่างมีการขยายของเขตการบังคับใช้ออกไปมากยิ่งขึ้นในยุคปัจจุบัน³⁶³ และพัฒนาการของคำพิพากษาใหม่ๆ ที่ตัดสินว่าผลผลิตทางสติปัญญาทั้งหลายเป็นทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินใด ๆ ที่สามารถถือเอาได้ (*un bien quelconque, susceptible d'appropriation*) ดังนั้น ในคดีอาญาในฐานะความผิดฉ้อโกงเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินจึงมีความหมายรวมทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างใดๆ ก็ตาม³⁶⁴ ศาลยุติธรรมสูงสุดฝรั่งเศสตัดสินลงโทษในความผิดฐานฉ้อโกงในคดีต่างๆ อย่างกว้างขวาง เช่น การใช้อุบายหลอกลวงและได้ไปซึ่งเลขบัญชีธนาคาร³⁶⁵ ได้ไปซึ่งแนวคิดโครงการจัดทำระบบงานคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น³⁶⁶ การเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ตในที่ทำงาน³⁶⁷ รหัสผ่านเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์³⁶⁸ ข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้า³⁶⁹ ล้วนเป็นทรัพย์สินที่อาจถูกฉ้อโกงได้

ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาแนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการแนวคิดที่มีอยู่เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหานักนิติศาสตร์ไทยอาจมีความเข้าใจไม่ตรงกันในประเด็นต่อไปนี้

- (1) มาตรา 137 มีที่ใช้แตกต่างหากจากมาตรา 138 หรือไม่
- (2) กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่
- (3) สัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่
- (4) กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่

ผลการศึกษาปัญหาทั้งสี่ประการดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้สรุปและมีข้อเสนอแนะเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

³⁶³ François Terré and Philippe Simler, *Droit civil : les biens* (Paris, Dalloz 10th edn, 2018) n.69.

³⁶⁴ Bertrand de Lamy, 'Abus de confiance et biens immatériels: extension du domaine des possibles' (2005) *Recueil Dalloz*, 411

³⁶⁵ Crim. 14 nov. 2000, n° 99-84.522.

³⁶⁶ Crim. 22 sept. 2004, n° 04-80.285.

³⁶⁷ Crim. 19 mai 2004, n° 03-83.953.

³⁶⁸ Crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416.

³⁶⁹ Crim. 16 nov. 2011, n° 10-87.866; Crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929.

6.1 สรุปผลการศึกษาวิจัย

พิจารณาตามประเด็นศึกษาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง มาตรา 137 มีที่ใช้แยกต่างหากจากมาตรา 138 หรือไม่

ข้อสงสัยอันเกิดจากการเขียนบทบัญญัติมาตรา 98 เดิมและมาตรา 137 ใหม่ ในลักษณะที่ทรัพย์สิน “ได้แก่” หรือ “หมายความว่า” วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น โดยไม่ปรากฏองค์ประกอบเพิ่มเติมอื่นใดอีก แต่ในเมื่อพิจารณาความหมายของทรัพย์สินในมาตรา 98 เดิม และมาตรา 138 ใหม่ กลับหมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ และนักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกันไปสองทาง ความเห็นที่หนึ่งเป็นไปในทางที่ว่า นอกจากเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์สินยังต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ด้วย เนื่องจากมาตรา 137 ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 138 ไปพร้อมกัน ในขณะที่ความเห็นที่สองแย้งว่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องมีราคาหรือถือเอาได้ ทั้งนี้ ความเห็นที่หนึ่งเป็นความเห็นฝ่ายข้างมาก

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับเหตุผลของความเห็นที่หนึ่งซึ่งเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากว่า นอกจากเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์สินยังต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ด้วย เนื่องจากมาตรา 137 ต้องใช้ประกอบกับมาตรา 138 ไปพร้อมกัน ด้วยเหตุผลสองประการดังนี้

เหตุผลประการที่หนึ่ง การที่บทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวถึงเฉพาะแต่ทรัพย์สินโดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่างไว้เพียงมาตราเดียว โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วในทางวิชาการและในทางปฏิบัติว่า จะเป็นทรัพย์สินได้ต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง รวมทั้งต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้อยู่ในตัว ดังนั้นในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจึงได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน มาตรา 98 ตามพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวชำระใหม่ พ.ศ. 2468 จึงได้บัญญัติว่า “อันว่าทรัพย์สินนั้น โดยนิตินัยได้แก่วัตถุมีรูปร่าง” อันตรงกับข้อความในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดไว้ใน มาตรา 778 ว่า “ทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น (Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.)” และตรงกับข้อความในบทบัญญัติมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นว่าด้วยความหมายของทรัพย์สินว่า “คำว่าทรัพย์สินที่ใช้ในประมวลกฎหมายนี้หมายความว่าวัตถุมีรูปร่าง (この法律において「物」とは、有体物をいう)” โดยความหมายของทรัพย์สินดังกล่าวยังปรากฏข้อความเช่นเดิมทุกประการในร่างฉบับที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ปรากฏในมาตรา 77 และมาเป็นบทบัญญัติมาตรา 90³⁷⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 จนถึงปัจจุบัน สอดคล้องกับกฎหมายโรมัน

เหตุผลประการที่สอง ตามที่ผู้ร่างอ้างว่าร่างตามวิธีการตามหลักกฎหมายเปรียบเทียบ จึงไปพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายของประเทศอื่นประกอบด้วย โดยในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์สิน นอกจากการพิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

370

BGB

มาตรา 90 ความหมายของทรัพย์สิน

ทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น

และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แล้ว ยังได้มีการพิจารณาถึงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา และประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลด้วย ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินาจัดทำร่างโดยใช้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลเป็นต้นแบบ และผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลคือ Freitas แต่ในขณะเดียวกัน ดูเหมือนว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งบราซิลเองก็ได้รับอิทธิพลจากชาววิญญู นักคิดชาวเยอรมันอีกต่อหนึ่ง ซึ่งได้เคยมีอิทธิพลต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาแล้วเช่นกัน อย่างไรก็ตาม Freitas อธิบายในต้นร่างกฎหมายตามแนวทางของกฎหมายโรมันว่าคำว่าวัตถุหรือทรัพย์สินนั้นทรัพย์สินได้แก่วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น และในการแบ่งระหว่างวัตถุมีรูปร่างกับวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ยอมรับกันทั่วไปเป็นการรวมทุกแนวคิดคิดเข้าด้วยกันอันเป็นผลมาจากปัญหาข้อยุ่งยากที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องจากความเห็นทางวิชาการและการปรับใช้กฎหมายแพ่งยุคใหม่ โดยคำว่าวัตถุต่างๆ (cosas) ใช้ในความหมายที่ยืดหยุ่นเพื่อให้ครอบคลุมทุกสิ่งทุกอย่างที่มีอยู่ แม้ว่าการกรรมสิทธิ์ของมนุษย์อาจมิได้เหนือวัตถุเท่านั้น แต่ก็อาจมีบางสิ่งในธรรมชาติที่มนุษย์ไม่อาจเข้าถึงเอาได้เป็นของตนแต่ผู้เดียว (exclusive) เป็นต้นว่า ทะเล อากาศ แสงอาทิตย์ แต่สำหรับวัตถุแห่งสิทธิเอกชนต่างๆ ต้องมีลักษณะอาจมีราคาในระหว่างทรัพย์สินของเอกชนอีกด้วย

ชาววิญญูอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในเรื่องกรรมสิทธิ์ไว้ว่า ในฐานะที่เป็นสิทธิ กรรมสิทธิ์ปรากฏอยู่อย่างเรียบง่ายและอยู่ในรูปของกรรมสิทธิ์ ภายใต้อำนาจควบคุมของบุคคลที่มีอยู่เหนือวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่จำกัดและมีอยู่แต่เพียงผู้เดียว อำนาจควบคุมอื่นของมนุษย์ในทางปัจเจกบุคคลเหนือสิ่งที่ไม่เป็นอิสระและอยู่นอกเหนือไปจากเรื่องกรรมสิทธิ์ เป็นสิ่งที่อาจคิดค้นขึ้นมาได้ การควบคุมของมนุษย์อย่างปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะไม่เป็นอิสระและนอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ไม่อาจมีขึ้นได้ แต่ก็อาจมีกรณีที่มีหลักเกณฑ์เชิงซ้อนและจำกัดตรอนกรรมสิทธิ์ในตัวของมันเองในเรื่องที่มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษในแต่ละกรณี จึงมีทรัพย์สินอื่นที่ก่อตั้งขึ้นได้ ซึ่งชาววิญญูเรียกว่า *jura in re*³⁷¹ ดังนั้น แม้กฎหมายเยอรมันจะมิได้กล่าวว่วัตถุมีรูปร่างต้องมีลักษณะอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย แต่จากหลักการใช้และการตีความกฎหมายก็สามารถตีความได้เช่นนั้น ดังเช่นที่นักนิติศาสตร์บราซิลและอาร์เจนตินาใช้แนวทางของนักนิติศาสตร์เยอรมันอธิบาย และได้ขยายความว่าสำหรับวัตถุแห่งสิทธิเอกชนต่างๆ ต้องมีลักษณะอาจมีราคาในระหว่างทรัพย์สินของเอกชนและต้องมีลักษณะอาจเข้าถึงเอาได้อีกด้วยนั่นเอง

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอว่า มาตรา 137 จึงมิได้มีที่ใช้แยกต่างหากจากมาตรา 138 แต่อย่างใด หากแต่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงซึ่งกันและกันอยู่ จำเป็นต้องปรับใช้ควบคู่กันไป นักนิติศาสตร์โรมันเริ่มแบ่งแยกวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างออกจากกัน โดยในระยะเริ่มแรกได้เริ่มการวางหลักเกณฑ์รับรองวัตถุมีรูปร่างก่อน โดยมีความหมายครอบคลุมไปถึงกรรมสิทธิ์อยู่ในตัว โดยกรรมสิทธิ์ตามแนวคิดโรมันโบราณเป็นสิ่งปะปนอยู่กับวัตถุมีรูปร่างอย่างแยกไม่ออก ต่อมาเกิดพัฒนาการในสมัยโรมันยุคทองและยุคหลังจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ใหม่เพื่อคุ้มครองภาระจำยอมทางทรัพย์สินและภาระจำยอมทางบุคคลในฐานะที่เป็นสิทธิแยกตัวออกจากกรรมสิทธิ์จึงได้เกิดแนวคิดว่ด้วยวัตถุไม่มีรูปร่างขึ้น และในยุคสมัยใหม่พัฒนามาเป็นหลักทรัพย์สินที่พยายามอธิบายกรรมสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินมากกว่าจะเป็นวัตถุมีรูปร่างโดยตรง และภาระจำยอมทางทรัพย์สินและภาระจำยอมทางบุคคลพัฒนามาเป็น ภาระจำยอม อาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ที่เรียกกันว่าทรัพย์สินที่จำกัดตรอนกรรมสิทธิ์ และเริ่มแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินที่ประธานและทรัพย์สินที่อุปถัมภ์ตามมา หากทำความเข้าใจเช่นนี้ ก็จะช่วยให้มีหลักการใช้และการตีความกฎหมายเรื่องวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาได้มากยิ่งขึ้น

³⁷¹ Friedrich Karl von Savigny (เชิงอรรถ 244) 367, 369.

ประเด็นที่สอง กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่

ข้อสงสัยนี้เกิดขึ้นเมื่อทำการศึกษาหลักกฎหมายโรมันและกฎหมายต่างประเทศยุคใหม่ บ้างก็ว่า การแบ่งแยกวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างออกจากกันเป็นไปเพื่อแยกความแตกต่างระหว่างตัวทรัพย์สินและทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินให้เกิดความชัดเจน แต่กลับเกิดปัญหาคือว่า กรรมสิทธิ์จัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่ หรือกรรมสิทธิ์อาจเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างก็ได้ และหากจัดว่ากรรมสิทธิ์เป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ หรือภาระจำยอมซึ่งเป็นอุปกรณ์ของกรรมสิทธิ์หรือจำกัดครอบครองกรรมสิทธิ์จะจัดเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง

กฎหมายโรมันโบราณที่มีมาก่อนบัญญัติกฎหมายสิบสองโต๊ะสำหรับการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่อาจมีผลทำให้ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทันทีโดยกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่ซื้อขายจะโอนไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาแก่ผู้ขายอีกด้วย เนื่องจากในยุคเริ่มแรกยังไม่เกิดแนวคิดที่ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอน แนวคิดที่ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์นี้มาเกิดขึ้นในยุคทอง

ในช่วงเริ่มแรก ภาระจำยอมไม่อาจได้มาโดยอายุความ กฎหมายสิบสองโต๊ะกล่าวถึงแต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างและมีได้กล่าวถึงวัตถุไม่มีรูปร่างดังเช่นภาระจำยอม เนื่องจากคณะกรรมการร่างกฎหมายสิบสองโต๊ะทั้งสิบได้วางหลักการว่าด้วยการครอบครองปรปักษ์ (*usucapio*) โดยการใช้หรือการครอบครองแต่ในขณะนั้นมีได้ยอมรับกันว่าวัตถุไม่มีรูปร่างอาจครอบครองกันได้ นักนิติศาสตร์โรมันหลายคนอธิบายว่าวัตถุมีรูปร่างหมายถึงวัตถุที่อาจจับต้องได้ และมีการอธิบายความหมายของการครอบครองว่าเป็นการใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง แต่ไม่รวมถึงฟาร์มหรือท้องทุ่งในชนบท เพราะการครอบครองอาจมีได้แต่เฉพาะวัตถุที่อาจจับต้องได้เท่านั้น แต่เดิม *usucapio* เป็นวิธีการหนึ่งในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ แต่ภาระจำยอมเป็นสิ่งที่ไม่อาจมีกรรมสิทธิ์

ในยุคเริ่มแรกของอาณาจักรโรมันยังไม่มีพัฒนาการแนวคิดที่ว่าด้วยภาระจำยอมเกิดขึ้นมาแต่อย่างใด ต่อเมื่อมีความจำเป็นต้องรับรองหลักการว่าด้วยภาระจำยอมในยุคต่อมา โดยเริ่มจากการรับรองภาระจำยอมไว้สำหรับบางกรณีในวงแคบก่อน และต้องรอพัฒนาการในช่วงต่อๆ มาที่นำไปสู่การยอมรับภาระจำยอมในความหมายที่กว้างขึ้นกว่าแต่ก่อน จึงค่อยๆ เกิดการสร้างแนวคิดที่ว่าด้วยทรัพย์สินเหนือที่ดินแยกต่างหากออกจากตัวทรัพย์สินนั่นเองภายใต้หลักการว่าด้วยภาระจำยอม ในขณะนั้นคำว่า “ทรัพย์สิน” ไม่รวมกรรมสิทธิ์ด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากกรรมสิทธิ์กับวัตถุมีรูปร่างเป็นสิ่งเดียวกันอยู่แล้วตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในยุคหลังๆ จึงได้เกิดการอธิบายเสียใหม่ว่ากรรมสิทธิ์ก็เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งด้วย

พัฒนาการการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นจากแนวคิดในทางปรัชญา นักปราชญ์แห่งสำนักสโตอิกที่ได้สร้างคำสอนขึ้นมาว่าโลกนี้แบ่งออกเป็น 2 องค์ประกอบได้แก่นี้อากาศกายภาพที่มีสถานะสงบนิ่งกับลมหายใจหรือจิตวิญญาณ และนำเอาแนวคิดนี้มาปรุงแต่งโดยแยกออกเป็นประเภทที่หนึ่ง วัตถุมีรูปร่าง (*res corporales*) ที่สามารถสัมผัสได้ และประเภทที่สอง วัตถุไม่มีรูปร่าง (*res incorporales*) ที่เป็นเรื่องสิทธิต่างๆ ซึ่งแบ่งประเภทย่อยออกไปอีก 3 ประเภทย่อยคือ (1) ทรัพย์สิน เช่น ภาระจำยอมต่างๆ (2) บุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้ และ (3) มรดก (*hereditas*) หมายถึงกองทรัพย์สินโดยรวม ซีเซโรอธิบายว่าในการแบ่งประเภททรัพย์สินหรือวัตถุนี้กระทำได้ 2 วิธี คือ (1) ตามที่วัตถุนั้นเป็นอยู่ (*quae sunt*) และ (2) ตามความเห็นในทางภูมิปัญญาหรือตามที่เข้าใจ (*quae intelliguntur*) วัตถุที่เป็นอยู่นี้สามารถมองเห็นและจับต้องได้ ส่วนวัตถุที่บางครั้งต้องมีการคิดกำหนดขึ้นมาสำหรับท่าน โดยไม่สามารถแสดงให้เห็นโดยการสัมผัสได้ แต่สามารถพบเห็นและเข้าใจได้ด้วยจิตใจ แม้ไม่มีตัวตนทางกายภาพ แต่ก็มีลักษณะบางอย่างปรากฏให้เห็นและแสดงให้เห็นในทางภูมิปัญญาให้เข้าใจได้ กล่าวคือเป็นเรื่องความคิดนั่นเอง วัตถุที่สามารถสัมผัสได้เป็นวัตถุมีรูปร่าง ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุที่ไม่สามารถสัมผัสได้

จากการแบ่งประเภทของทรัพย์สินออกเป็นวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างเช่นนี้ จะต้องสังเกตให้ดูว่ามีการแบ่งด้านหนึ่งออกเป็น “ตัวทรัพย์สิน (les choses)” กับอีกด้านหนึ่งเป็น “ตัวสิทธิ (les droits)” ดังเช่น ภาระจำยอม การแบ่งเช่นนี้เป็นการกำหนดตำแหน่งแห่งที่ของกรรมสิทธิ์แยกต่างหากออกจากทรัพย์สินอื่นๆ อย่างชัดเจน การแบ่งเช่นนี้มุ่งหมายสกัดกั้นการอนุญาตให้มีการครอบครองสิทธิสำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างในช่วงยุคทองโดยถือกันว่าจะมีกรรมสิทธิ์มีได้แต่เฉพาะเหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น การแบ่งเช่นนี้ส่งอิทธิพลต่อนักนิติศาสตร์ในยุคต่อมาเป็นเวลายาวนาน ต้องรอช่วงปลายศตวรรษที่ 18 จึงจะเกิดการยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์บางส่วนว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ดังเช่น “กรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดง (propriété littéraire et artistique)” “กรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce)” รวมทั้งแนวคิดยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เช่นกรรมสิทธิ์ในหุ้น นอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปะการแสดงและกรรมสิทธิ์ทางอุตสาหกรรมที่รับรองไว้ในประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Code de la propriété intellectuelle) หรือกรรมสิทธิ์ในกิจการค้า (propriété des fonds de commerce) ที่รับรองโดยคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสที่ตีความบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ไม่มีรูปร่าง (meubles incorporels)

ในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในหุ้นนี้ ศาลไทยตีความในยุคปัจจุบันว่าอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักการครอบครองปรปักษ์หุ้นได้ จึงอยู่ในแนวโน้มใหม่ของการตีความบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่และสอดคล้องกับพัฒนาการในต่างประเทศว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็อาจมีกรรมสิทธิ์ได้และสอดคล้องกับพัฒนาการแนวคิดของนักนิติศาสตร์ยุคใหม่ส่วนที่ยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แต่ศาลไทยกลับนำแนวคิดนี้ไปใช้ในการตีความบทบัญญัติมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างกว้าง เพื่อรับรองหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในหุ้นโดยการครอบครองปรปักษ์ ทั้งๆ ที่ในต่างประเทศ อาทิ เช่น ประเทศอิตาลีและประเทศฝรั่งเศส ปฏิเสธการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองในกรณีเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง

ด้วยเหตุนี้ การอ้างครอบครองปรปักษ์ในสิทธิทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า จึงไม่อาจรับฟังได้ รวมไปถึงการครอบครองปรปักษ์สิทธิในบัญชีลูกค้า หรือบัญชีคนไข้ที่รับบริการทางการแพทย์ หรือสิทธิในข้อมูลข่าวสารอย่างอื่น รวมทั้งความลับทางการค้า ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการครอบครองปรปักษ์ได้ และสอดคล้องกับแนวคิดโรมันที่มีมาแต่แรกนั่นเอง

ประเด็นที่สาม สัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่

ข้อสงสัยนี้เกิดขึ้นเมื่อพบพัฒนาการของกฎหมายในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายออสเตรีย กฎหมายเยอรมัน กฎหมายสวิส และกฎหมายโปรตุเกส วางหลักการใหม่มาเปลี่ยนแปลงหลักการแบ่งแยกอย่างชัดเจนในลักษณะ *summa divisio* ระหว่างบุคคลและทรัพย์สิน โดยกำหนดหลักการใหม่ว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สินอีกต่อไป สัตว์จึงมีสถานะพิเศษในทางกฎหมาย เนื่องจากสัตว์ “ไม่ใช่บุคคล” และ “มิใช่ทรัพย์สิน” อย่างไรก็ตาม หากไม่มีบทกฎหมายพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ กฎหมายของประเทศเหล่านี้ยังคงกำหนดให้กลับไปใช้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินได้อยู่ดี ส่วนกรณีกฎหมายฝรั่งเศส แม้มีได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สิน แต่ก็กำหนดให้ “สัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกนึกคิด (sensibilité) ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายคุ้มครองสัตว์ สัตว์อยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน” (ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 515-14) นำไปสู่ข้อสงสัยเช่นกันว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาการปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัตว์ได้อย่างไรหากถือว่าสัตว์มิใช่บุคคลและมีทรัพย์สินเช่นนี้ โดยบางท่านเสนอให้มีการปรับใช้หลักเกณฑ์ “คล้ายบุคคล” และ “คล้ายทรัพย์สิน” สำหรับกรณีของสัตว์ควบคู่กันไป

ในปัญหาว่าสัตว์เป็นทรัพย์สินหรือไม่ แม้ในกฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่มุ่งเน้นการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์เป็นสำคัญ³⁷² และมีได้มีความเชื่อมโยงกับหลักการเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด โดยมีบทบัญญัติแต่เพียงการให้ความหมายของสัตว์ตามพระราชบัญญัตินี้ว่า หมายถึงสัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์บ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง หรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และมีบทบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความเจ็บปวด ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรืออาจมีผลทำให้สัตว์นั้นตาย และมีบทคุ้มครองมิให้มีการใช้สัตว์เพื่อการสัตว์เจ็บป่วย สัตว์ชรา หรือสัตว์ที่กำลังตั้งท้อง เพื่อแสวงหาประโยชน์ ใช้สัตว์ประกอบกามกิจ ใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะเหตุที่สัตว์นั้นเจ็บป่วย ชราหรืออ่อนอายุ รวมทั้งให้มีการจัดสวัสดิภาพสัตว์ในการเลี้ยงหรือการดูแลให้สัตว์มีความเป็นอยู่ในสภาวะที่เหมาะสม มีสุขภาพอนามัยที่ดี มีที่อยู่ อาหาร และน้ำอย่างเพียงพอ

ในระดับสากล มีความพยายามในการออกหลักเกณฑ์เพื่อให้มีค่าบังคับในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นข้อเสนอเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของสัตว์หรือข้อเสนอเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์

อย่างไรก็ตาม ในต่างประเทศ ได้มีพัฒนาการที่เกี่ยวกับการแบ่งประเภทของทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวกับสัตว์ โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ **ประเทศในกลุ่มที่หนึ่ง** มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สิน และหากมีการนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้บังคับกับสัตว์จะต้องเป็นเรื่องที่นำมาปรับใช้ในฐานที่เป็นบพอนุโลมเท่านั้น หรือมิฉะนั้นก็เป็นการวางบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ ออสเตรเลีย (1988) เยอรมนี (1990) โปแลนด์ (1997 แต่โปแลนด์มิได้วางบัญญัติไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายแพ่ง หากแต่มีการนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์แทน) อาเซอร์ไบจาน (1999) มอลโดวา (2002) สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเพิ่มมาตรา 641 เอ ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2002 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2003 และลักเซมเบิร์ก (2003) เช็ก (2012) เนเธอร์แลนด์ (2013) แคว้นควิเบก ประเทศแคนาดา (2015) เบลเยียม (2020) และประเทศในกลุ่มที่สอง แม้ไม่มีบทบัญญัติพิเศษกำหนดว่าสัตว์มิใช่ทรัพย์สิน แต่ก็มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสัตว์ไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากทรัพย์สินทั่วไป และกำหนดหลักเกณฑ์ให้สัตว์อยู่ในบังคับตามหลักการใช้กฎหมายลักษณะทรัพย์สินโดยตรงตามรูปแบบของบทกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยทรัพย์สิน และมีใช้การใช้บพอนุโลม ได้แก่ ฝรั่งเศส (2015) โปรตุเกส (2017) สโลวาเกีย (ไม่ทราบว่าแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัตว์ในปี ค.ศ.ใด) สเปน (2022) ในส่วนของประเทศนอกสหภาพยุโรป แม้ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธมิให้มีการ

³⁷² หลักการของกฎหมายฉบับนี้คือการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ

“เนื่องจากสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิ่งแวดล้อม จึงควรได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกกระทำการทารุณกรรม และเจ้าของสัตว์ซึ่งนำสัตว์มาเลี้ยงจะต้องจัดสวัสดิภาพให้เหมาะสมตามประเภทและชนิดของสัตว์ ทั้งในระหว่างการเลี้ยงดู การขนส่ง การนำสัตว์ไปใช้งาน หรือใช้ในการแสดง ดังนั้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ เพื่อให้สัตว์ได้รับการคุ้มครองตามธรรมชาติของสัตว์อย่างเหมาะสม”

ฟองคตินามของสัตว์ แต่ผลเป็นตรงกันข้ามในประเทศอาร์เจนตินาและโคลัมเบีย โดยศาลมีคำสั่งรับฟ้องคดี ในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่มนุษย์ จึงมีผลเป็นการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่สัตว์สามารถรับรู้สิ่งต่างๆ ได้โดยเป็น สิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่มนุษย์แต่มีความรู้สึกนึกคิดจึงมีสิทธิต่างๆ ได้ในประเทศเหล่านี้

ออสเตรียเป็นประเทศแรกในสหภาพยุโรปที่วางบทบัญญัติเป็นการนำสัตว์ออกจากสถานะทาง กฎหมายในการเป็นทรัพย์สิน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 1988 ซึ่งบัญญัติว่า “สัตว์ไม่ใช่ทรัพย์สิน สัตว์ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายพิเศษ บทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ทรัพย์สินให้นำมาใช้บังคับแก่สัตว์เท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” ต่อมา ประเทศอื่นๆ จึงได้แก้ไขกฎหมายตามมา แต่แบ่งออกเป็นสองลักษณะตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งมีทั้ง บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและบทบัญญัติในกฎหมายพิเศษอื่นๆ

หากในอนาคตมีบทบัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สิน และหากมีการนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้บังคับกับสัตว์จะต้องเป็นเรื่องที่นำมาปรับใช้ในฐานที่เป็นบท อนุโลมเท่านั้น อาจเกิดปัญหาคิดได้เช่นกันว่าหากมีผู้เอาสัตว์เลี้ยงเช่นสุนัขของผู้อื่นไปโดยทุจริต จะถือว่าเป็น การลักทรัพย์หรือไม่ เพราะแม้จะกำหนดให้นำมาใช้โดยอนุโลม ก็น่าคิดว่าจะปรับใช้ในกฎหมายอาญาซึ่งมี หลักว่าต้องปรับใช้กฎหมายโดยเคร่งครัดได้เพียงใดอยู่ดี ดังนั้น ก็ต้องมีการพิจารณาให้มีบทบัญญัติพิเศษให้ถือ ว่าเป็นการลักทรัพย์ด้วยเช่นเดียวกัน การวางหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายแพ่งจึงไม่ควรพิจารณาแต่เฉพาะใน ขอบเขตของกฎหมายแพ่งแต่เพียงอย่างเดียว เพราะอาจมีผลกระทบต่อกฎหมายอื่นในระบบกฎหมายทั้งระบบได้ ด้วยเช่นกัน

ประเด็นที่สี่ กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่

ข้อสงสัยที่ว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ปัญหาได้เกิดขึ้นเมื่อมีปัญหาการลักกระแสไฟฟ้า จะ สามารถลงโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาการตีความคำว่า ทรัพย์สินว่าจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไรระหว่างการตีความโดยคำนึงถึงลักษณะทางกายภาพแห่งวัตถุประกอบกับ หลักวิทยาศาสตร์หรือควรตีความโดยคำนึงถึงเหตุผลธรรมดาสามัญของประชาชนทั่วไป

แม้งานเขียนของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช จะเริ่มต้นด้วยการยืนยันว่าลักษณะคุณสมบัติที่ อาจเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างนั้นต้องเป็นวัตถุที่ประกอบด้วยรูปและร่างในตัวเองโดยลำพัง มีตัวตน ปริมาณ วัตถุประสงค์ต่างกับกำลังธรรมชาติเนื่องจากกำลังธรรมชาติที่เกิดขึ้นเป็นเพียงผลจากวัตถุประสงค์เท่านั้น จึง เป็นเหตุการณ์แต่มีใช้วัตถุ จึงมีใช้ทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างทำนองเดียวกับแรงงานของคนซึ่งไม่นับว่า เป็นทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กลับอธิบายต่อไปว่ากำลังแรงแห่งธรรมชาติตาม มาตรา 101 เดิมน่าจะต้องหมายถึงปริมาณวัตถุมีรูปร่างที่ทำให้เกิดกำลังธรรมชาติ ไม่ใช่กำลังธรรมชาติซึ่งเป็น เพียงผลในเหตุการณ์ แต่กลับอธิบายไว้ว่าปริมาณอิเล็กทรอนิกส์ของกระแสไฟฟ้าเป็นวัตถุมีรูปร่าง ทำให้เกิดข้อ สงสัยขึ้น

ในทำนองเดียวกัน ศาสตราจารย์จิตติ ตังศักดิ์ได้ให้ความเห็นในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาที่พิจารณาคดี ลักกระแสไฟฟ้าตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 และได้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวไว้ พิจารณาว่าบุคคลสามารถถือเอาวัตถุนั้นได้หรือไม่ หากทรัพย์สินนั้นสามารถเข้าถือเอาได้ก็ย่อมเป็น วัตถุที่ถูกลักได้ โดยคำว่าทรัพย์สินในกฎหมายแพ่งและอาญามีการใช้ปะปนกัน อย่างคำว่าอสังหาริมทรัพย์และ อสังหาริมทรัพย์ควรเป็นเฉพาะวัตถุมีรูปร่างแต่กลับหมายถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวข้องด้วย ทั้งในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า ทรัพย์สิน ก็ยังใช้ปะปนกันอยู่นั่นเอง มิได้แยก ออกจากกันเด็ดขาด เทียบตามกฎหมายต่างประเทศก็มีปัญหาอยู่เช่นกัน ตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกาไม่

ถือว่าลักกระแไฟฟ้าเป็นความผิดตาม Common Law แต่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ที่เรียกว่า Larceny Act 1916 ของอังกฤษ ในอเมริกาก็จะมีกฎหมายในเรื่องนี้บัญญัติให้เป็นความผิด กฎหมายอินเดียก็ถือว่าลักไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์เช่นเดียวกัน ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสนั้นศาลตีความว่าแรงไฟฟ้าเป็นทรัพย์ที่ลักกันได้ เช่นเดียวกับกฎหมายอิตาลีเช่น แต่ผิดกันกับกฎหมายเยอรมันที่ศาลตีความว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจตัดสินได้ว่าในขณะกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของนักนิติศาสตร์สาขากฎหมายอาญาในประเทศไทยฝ่ายข้างมากเห็นทำนองเดียวกับนักนิติศาสตร์และศาลเยอรมันว่าต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษจึงจะมีความผิดฐานลักกระแไฟฟ้าได้ ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น กระแไฟฟ้าเป็นพลังงาน มิใช่ทรัพย์ การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่ต้องห้ามสำหรับกฎหมายอาญา และสอดคล้องกับความเห็นในทางวิชาการของนักนิติศาสตร์เยอรมันที่เสนอว่าควรตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงเหตุผลธรรมดาสามัญของประชาชนทั่วไป คือถือว่าสิ่งที่มีรูปร่างกั้นเนื้อที่เท่านั้นที่เป็นทรัพย์ หากสิ่งใดไม่มีรูปร่างแล้วสิ่งนั้นไม่อาจเป็นทรัพย์ได้ตามนัยแห่งความหมายของกฎหมาย ในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์หรือไม่ ต้องพิจารณาตามความเข้าใจของคนทั่วไป โดยถือความมีตัวตนแน่นอน มิใช่เพียงจับต้องได้ในทางกายภาพ หากเป็นแต่เพียงพลังงานดังเช่นกระแไฟฟ้าไม่ควรนับว่าเป็นทรัพย์

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่ากระแไฟฟ้ามิใช่ทรัพย์ ตามแนวทางที่มีการอธิบายมาแล้วข้างต้น และมีความเห็นเพิ่มเติมว่าบทบัญญัติมาตรา 2 และมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นเรื่องสำคัญในการใช้กฎหมายอาญาที่ต้องมีหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาเป็นหลักมิให้มีการตีความกฎหมายอาญาอย่างกว้างหรือแบบขยายความจนกระทั่งไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมายที่ต้องมีการเตือนล่วงหน้า โดยต้องมีกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาในเรื่องการกำหนดความผิดอาญาและโทษอาญา

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

(1) ทำความเข้าใจพัฒนาการแนวคิดและเหตุผลในการวางบทบัญญัติมาตรา 137 และมาตรา 138 ที่มีการร่างโดยเริ่มต้นจากการคำนึงถึงบทบัญญัติต้นแบบในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่กล่าวไว้แต่เฉพาะบทบัญญัติว่าด้วย “ทรัพย์สิน” แต่กลับมีการเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วย “ทรัพย์สิน” โดยเป็นผลมาจากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายประเทศอื่นและคำอธิบายในทางตำราที่ล้วนได้รับอิทธิพลโดยตรงจากแนวคิดในทางวิชาการของนักนิติศาสตร์เยอรมัน ซึ่งในที่สุดเมื่อเป็นเรื่องกฎหมายแพ่งเรื่องเดียวกัน จำเป็นต้องนำมาปรับใช้ควบคู่กันไป มิใช่แยกกันปรับใช้

(2) ยอมรับแนวคิดใหม่ๆ ที่สอดคล้องกับพัฒนาการแนวคิดของนักนิติศาสตร์ยุคใหม่ส่วนที่ยอมรับการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยไม่ยึดติดกับแนวคิดดั้งเดิมที่จำกัดความหมายของกรรมสิทธิ์ให้คงมีอยู่เหนือวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น

(3) ในประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติบางประการตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่มุ่งเน้นการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์เป็นสำคัญเท่านั้น จะเป็นการเพียงพอหรือไม่ หรือเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมแล้วที่จะนำประเด็นพัฒนาการในต่างประเทศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ใหม่ๆ ว่าด้วยสัตว์ ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สิน และหากมีการนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้บังคับกับสัตว์จะต้องเป็นเรื่องที่นำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทอนุโลมเท่านั้น ย่อมเป็นการดีกว่าวิธีการของบางประเทศเช่นประเทศฝรั่งเศสที่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเชิงประกาศหลักการว่าสัตว์มีใช้ทรัพย์สินโดยตรง แต่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษตามมาอีกมากมายหลายฉบับเพื่อวางบทคุ้มครองสัตว์เฉพาะเรื่องเฉพาะราวเป็นรายกรณีไป และยังคงมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินกับสัตว์โดยตรง ทั้งๆ ที่การให้นำบทกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินมาใช้ในฐานะที่เป็นบทอนุโลมน่าจะเป็นการเหมาะสมยิ่งกว่า

(4) เห็นด้วยกับข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560

“การเอาพลังงานไฟฟ้าหรือพลังงานอื่นใดซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปใช้โดยทุจริต ให้ถือว่าเป็นการลักทรัพย์”

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- เทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 3 มาตรา 98-143 (โรงพิมพ์ปอทอง 2477).
- บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 20 ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565).
- ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน (พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).
- ประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปีตามกฎหมายอาญา (เล่ม 3, กรุงเทพฯ, สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2538)
- ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์ (นิติบรรณการ 2550)
- มานวราชเสวี, พระยา, หนังสือที่ระลึกครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี. ตอนที่ 2 ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5 (คณะกรรมการจัดงานเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปีพระยามานวราชเสวี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ 2533)
- มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2562)
- โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, ไทยวัฒนาพานิช, 2526)
- _____, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, ไทยวัฒนาพานิช, 2526)
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2559)
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 (โรงพิมพ์อักษรนิติ 2478)
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำบรรยาย มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองพุทธศักราช 2479 (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2484)
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ (โรงพิมพ์อักษรสาส์น 2521).
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ (เนติบัณฑิตยสภา 2551).

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Archbold: *Criminal Pleading, Evidence & Practice* (32nd edn, 1949, by T. R. Fitzwalter Butler, Sweet & Maxwell/Stevens and Sons).

- Coustumes de la prévosté et vicomté de Paris*, mises et rédigées par écrit par nous
Chrestofle de Thou, Claude Anjorant, Mathieu Chartier, Jaques Viole et Pierre de
Longueil (J. du Puys, 1581).
- Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien* (Henri Hulot, Jean-
François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Béranger trs, 7 vol, Scientia
Verlag 1979).
- Adolphe-Marie Du Caurroy, *Institutes de Justinien* (vol 2, 7th edn, G. Thorel 1846).
- Antoine Loysel, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel, ou, Manuel de plusieurs et diverses
règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et
plus ordinaire de la France* (tome 1, Videcoq, 1846).
- Christian Larroumet, *Droit civil: Les biens, droits réels principaux* (Collection Droit civil, Série
Enseignement, vol 2, Economica 1988).
- Claude Witz, *Droit privé allemand_1. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale,
Loi sur les conditions générales d'affaires* (Litec 1992).
- Deroussin David, *Histoire du droit privé* (2th edn, Editions Ellipses, 2018).
- Ernest Joseph Schuster, *The Principles of German Civil Law* (Clarendon Press 1907).
- François-René vicomte de Chateaubriand, *Oeuvres complètes de M. le vicomte de
Chateaubriand, tome 1, Essai sur les revolutions. Etudes historiques* (Lefèvre, 1836).
- François Terré and Philippe Simler, *Droit civil : les biens* (Paris, Dalloz 10th edn, 2018)
- Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts* (Band 1, Veit, 1840).
- G.C.J.J. Van den Bergh, *Eigendom: Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*
(2nd edn, Deventer: Kluwer 1988)
- Gaius, *Institutes de Gaius: récemment découvertes dans un palimpseste de la bibliothèque
du chapitre de Vérone* (Jean-Baptiste-Etienne Boulet tr, Mansut 1827).
- Georges Ripert and Jean Boulanger, *Traité de Droit civil, d'après le traité de Planiol, tome II
Obligations. Droits réels* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1957).
- Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif
français* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1957).
- Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht. Band I, Älteres Gemeines Recht, 1500 bis 1800*
(München, C.H. Beck, 1985).
- Henri Hulot, *Les Institutes de l'Empereur Justinien* (vol 1, Chez Behmer et Lamort Editeurs
1806).
- Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud and François Chabas, *Leçons de droit civil,
Tome 2, Biens, Droits de propriété et ses démembrements* (8e edn, Montchrestien
1994).
- Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its
Relation to Modern Ideas* (3rd edn, Charles Scribner, 1864).

Henry Sumner Maine *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, traduit sur la 4e éd. anglaise par Jean-Gustave Courcelle-Seneuil (Guillaumin: A. Durand et Pedone Lauriel, 1874).

Hiroshi Oda, *Japanese Law* (Oxford Scholarship Online May 2009 DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199232185.001.1).

Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis and Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (Feenstra 1976)

Jacques d'Ableiges, *Le Grand coutumier de France* (A. Durand, 1868).

Jean Bouteiller, *Somme rural, ou Le grand coustumier général de pratique civil et canon* (revue, corrigé sur l'exemplaire manuscrit, illustré de commentaires et annotations par Louys Charondas Le Caron, Paris, Macé, 1603).

Jean Brissaud, *A History of French Private Law* (Translated by Rapelje Howell, Boston, Little, Brown, and company, 1912)

Jean Carbonnier, *Droit civil, vol 3, Les biens* (11e edn, Presses universitaires de France 1983).

Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *Histoire du Droit Civil* (Dalloz 2002).

John Baron Moyle, *The Institutes of Justinian* (5th edn Oxford, 1913).

Joseph Ernest De Becker, *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan* (Butterworth & Co. 1921)

Léo Domenget, *Institutes de Gaius* (Librairie de Jurisprudence de Cotillon 1847).

Louis Le Caron, *Coutumes de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou droict civil parisien* (4th edn, Pierre Chevalier, 1605).

Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des Facultés de droit* (tome 1, 11e éd. avec la collaboration de Georges Ripert, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928)

Marcel Planiol and Georges Ripert, *Treatise on the civil law* (12th edn, translated by the Louisiana State Law Institute, St. Paul, Louisiana State Law Institute, Baton Rouge 1959)

Mathieu-Antoine Bouchaud, *Commentaire sur la Loi des douze tables: dédié au premier consul*, (tome 1, 2nd edn, Imprimerie de la République, 1803)

Michel Fromont, *Droit Allemand des affaires, Droit des biens et des obligations* (Domat 2001).

Michel Fromont and Alfred Rieg, *Introduction au droit allemand (République fédérale)*. (Cujas 1991).

Michel Villey, *Le jus in re du droit romain classique au droit moderne* (Publication de l'institut de droit romain de l'université de Paris VI, 1950).

Nadège Reboul-Maupin, *Droit des biens* (HyperCours Dalloz, 9e edn, 2022).

P. Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain* (tome 1, H. Hoste, 1871).

Paul Ourliac และ Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé: 2. Les biens* (Thémis Droit, 2e edn Presses universitaires de France 1971).

Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens* (2e edn, Editions Thémis 2007).

Pierre de Fontaines, *Conseil à un ami, XXXIII, 12 (milieu XIIIe siècle)* (éd. A.-J. Marnier, Paris, 1846).

Poder Legislativo Nacional, *CODIGO CIVIL - SU APROBACION, Ley N° 340. Sanción: 25/9/1869. Promulgación: 29/9/1869*. B.O.: Publicado en Registro Nacional 1863/69

Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit Romain* (tome 1, 5e edn, Domat-Montchrestien 1945).

_____, *Manuel élémentaire de droit Romain* (tome 2, 4th edn, Domat-Montchrestien 1948).

Rudolf Hübner, Francis S Philbrick, Paul Vinogradoff และ William E Walz. *A history of Germanic private law* (Little Brown 1918)

Samuel P. Scott, *The civil law : including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo* (17 vol, Central Trust Co. 1932)

Van Caenegem, R.C., *An Historical Introduction to Private Law (Introduction historique au droit privé)*, (trans. D. Johnston, Cambridge: Cambridge University Press, 1988)

บทวิจารณ์

Béatrice Jaluzot, 'Les origines du code civil japonais' (2015) 40 Zeitschrift für Japanisches Recht Journal of Japanese Law.

Bertrand de Lamy, 'Abus de confiance et biens immatériels: extension du domaine des possibles' (2005) Recueil Dalloz.

Charles Giraud, 'Précis de l'ancien droit coutumier français (deuxième article)' (1852) 3 Bibliothèque de l'École Des Chartes.

Frédéric Zenati, 'Pour une rénovation de la théorie de la propriété' (1993) Revue trimestrielle de droit civil.

Ishimito Masao, 'L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais' (1954) 6 Revue internationale de droit comparé 4.

Jean-Pierre Marguénaud, 'La personnalité juridique des animaux' (1998) 20 Recueil Dalloz.

Le Roy Max, 'Métrologie des monnaies romaines d'airain des origines au IIe siècle après J.-C.' (1958) 6 Revue numismatique

Marita Giménez-Candela, (2018). 'The De-objectification of Animals in Spanish Civil Code'. (2019) 15 Journal of Animal & Natural Resource Law 145.

Michel Villey, 'Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains' (1947) 25 Revue historique de droit français et étranger.

Michel Villey 'L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains' (1946) 24 Revue historique de droit français et étranger.

Naoki Kanayama, 'Chose et bien' (2012) in : *Le patrimoine au XXI^e siècle : Regards croisés franco-japonais* (Société de Législation Comparée, dir. par Michel Grimaldi, Naoki Kanayama, Naoya Katayama, et Mustapha Mekki)

_____, 'La possession des choses corporelles et incorporelles' (2012) in : *Le patrimoine au XXI^e siècle : Regards croisés franco-japonais* (Société de Législation Comparée, dir. par Michel Grimaldi, Naoki Kanayama, Naoya Katayama, et Mustapha Mekki)

Séverine Nadaud, 'La promotion de l'animal au niveau de l'humain ? La reconnaissance de lapersonnalité animale, nouveau credo des jurists' (2021) 12 Revue du droit des religions.

Shusei Ono, 'Comparative Law and the Civil Code of Japan (II)' (1997) 25 Hitotsubashi Journal of Law and Politics,

วิทยานิพนธ์

Bram Akkermans, The Principle of *numerus clausus* in European Property Law (Maastricht University 2008).

บล็อกและเว็บไซต์

<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A1230>.

Jean-Louis Halpérin, Propriétés et droit subjectif: deux destins liés?, 2010, hal-00460386, 8 – 9. <https://ens.hal.science/hal-00460386> สืบค้นเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2566.

เอกสารต้นร่างกฎหมาย

กรมร่างกฎหมาย, *การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468*, เล่ม 79.

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, สดก ม เล่ม 3 ม้วน 4 เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ทำค้างวังนำ วันที่ 23 กรกฎาคม พระพุทธศักราช 2468.