



ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรือน
หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน

โดย

นายทศธรรม แนวบรรทัด

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรือน
หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน

โดย

นายทศธรรม แนวบรรทัด



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

EFFECTS OF LANDOWNER'S CONSENT TO CONSTRUCTION OF
BUILDING OR OTHER STRUCTURE ON THE LAND

BY

MR. THOSATUM NAEWBUNTAD



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
PRIVATE LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2018
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายทศธรรม แนวบรรทัด

เรื่อง

ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรียน หรือสิ่งปลูกสร้างลงที่ดินของตน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ไพโรจน์ นฤภพ.

(ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

Ken.

(รองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์

(ศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์)

คณบดี

มุนินทร์ พงศาปาน

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้าง โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน
ชื่อผู้เขียน	นายทศธรรม แนวบรรทัด
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ประกติ
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดิน ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ว่า เป็นการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ซึ่งเป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามมาตรา 144 ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะเห็นได้จากคำอธิบายในทางตำราและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยหลายฉบับด้วยกัน ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่กล่าวถึงการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างว่า เป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างมีสิทธิในที่ดินเนื่องจากการให้ความยินยอมอย่างชัดเจน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 เมื่อพิจารณารูปเรื่องที่ปรากฏในคำพิพากษาฉบับนี้จะพบว่า มีลักษณะเป็นการวินิจฉัยคดีเพื่อให้ความเป็นธรรมเฉพาะกรณี กล่าวคือ เพื่อให้โรงเรือนซึ่งไม่มีลักษณะเป็นเรือนหอตามมาตรา 1516 (เดิม) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักส่วนควบประการหนึ่ง ได้รับการยกเว้นโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 แทน ต่อมาแนวคำวินิจฉัยในเรื่องความยินยอมของเจ้าของที่ดินได้ขยายขอบเขตออกไปใช้กับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในกรณีอื่นๆ ด้วย จึงเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า การให้ความยินยอมในการปลูกสร้างสามารถก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้หรือไม่ เนื่องจากความยินยอมนั้น ย่อมมีเนื้อหาและระดับแห่งการแสดงเจตนาที่แตกต่างกันไปในแต่ละกรณี เฉพาะแต่ความยินยอมที่มีลักษณะเป็นเจตนาอย่างจริงจัง (Serious Intention) ถึงขนาดเป็นนิติกรรมสัญญาต่อสิทธิในที่ดินเท่านั้น ที่ควรยอมรับว่าเป็นสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน โดยหลักแล้วจะต้องมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดิน โดยไม่ปรากฏว่าลำพังเพียงแต่มีความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะทำให้สามารถยกเว้นหลักส่วนควบได้ แต่ก็มีกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า ซึ่งนอกจากจะรับรองข้อยกเว้นในเรื่องสิทธิเหนือพื้นดินแล้ว ยังบัญญัติให้ความยินยอม (consent) ของเจ้าของที่ดินมีผลยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบไว้อีกฐานหนึ่งอย่างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า มลรัฐหลุยเซียนามีแนวนโยบายเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีภาระผูกพัน (The Public Policy of Unencumbered Ownership) ซึ่งเป็นแนวนโยบายเฉพาะของมลรัฐเท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่ามีแนวนโยบายทำนองเดียวกันนี้ในประเทศอื่นๆ ที่ทำการศึกษา ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าเจ้าของที่ดินให้ความยินยอมในการปลูกสร้าง จึงต้องพิจารณาเนื้อหาของความยินยอมด้วยว่าถึงขนาดเป็นนิติกรรมสัญญาหรือไม่ หากปรากฏข้อเท็จจริงที่สอดคล้องถึงเจตนาอย่างจริงจังจึงเช่นว่านั้นแล้ว ไม่ควรวินิจฉัยว่าเป็นการปลูกสร้างโดยความยินยอมอีก แต่หากปรากฏเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินซึ่งไม่มีเนื้อหา หรือไม่สามารถเห็นได้ว่าเจ้าของที่ดินได้ให้ความยินยอมโดยมุ่งก่อสิทธิในที่ดิน ความยินยอมดังกล่าวย่อมไม่สามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้ หากการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นของหลักส่วนควบประการอื่นๆ อีก ก็ควรบังคับตามบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบโดยตรง คือ มาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 จึงจะต้องด้วยกรณี เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบโดยเฉพาะ โดยให้ความคุ้มครองทั้งในด้านคุณค่าของทรัพย์สินที่เข้าร่วมสภาพกันไม่ให้ถูกแยกทำลายได้โดยง่าย และคุ้มครองผู้ปลูกสร้างซึ่งสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปโดยอาศัยหลักการที่มีฐานมาจากหลักลาภมิควรได้ มิใช่ว่าเจ้าของที่ดินจะได้ทรัพย์สินไปโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าว ให้ผลทำนองเดียวกับการที่ผู้ปลูกสร้างต้องคืนการครอบครองที่ดินแก่ผู้มีสิทธิเอาคืนตามมาตรา 1376 ซึ่งนำหลักการในเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้อยู่นั่นเอง เพียงแต่มาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ได้บัญญัติผลบางประการที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในพื้นที่ดินโดยเฉพาะ

คำสำคัญ: ข้อยกเว้นหลักส่วนควบ, สิทธิในที่ดินของผู้อื่น, ความยินยอม

Thesis Title	EFFECTS OF LANDOWNER’S CONSENT TO CONSTRUCTION OF BUILDING OR OTHER STRUCTURE ON THE LAND.
Author	Mr. Thosatum Naewbuntad
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Private Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Kittisak Prokati, Ph.D.
Academic Years	2018

ABSTRACT

Most Thai jurists admit that a construction of building or other structures made by other person with consent of land’s owner shall be deemed as structures build in exercising of right over the land. This is one of the exceptions of acquisition of ownership by accession in article 144 as written in article 146 of Civil and Commercial Code. This provision is shown in many law explanation books and decisions of Thai Supreme Court. Thai Supreme Court no.1856/2512 is the first decision to address the consent of the land’s owner as a situation where the constructor has an exercise of right over the land because he is granted right from the owner. When probing into this decision, we will see that it is a decision that was made to give justness limited to the case, which is to give an exception to the house that is not qualified as a bridal house (according to Article 1516 (old)) which considered as an exception of acquisition of ownership by accession) to be considered as one by the use of construction by righteous entity in Article 146. Later on, the court’s decisions involve the consent of the land’s owner have expanded to apply with a construction of houses or buildings in other cases as well. This has led to the question whether a consent to construct causes the exercise over the land of another person or not, since the consent generally can be differentiated in contexts

and declaration of intention. Only the consent made in a serious intention in an extent that it is a juristic act which causes right of superficies, that should be accepted as the right over the land of another in Article 146 of Civil and Commercial Code.

Comparing to Dutch, French and German law, the exception of acquisition of ownership by accession generally takes place when right of superficies is caused, only the consent of the land's owner itself cannot exempt the acquisition of ownership by accession. However, there is the law of State of Louisiana which states that the consent of the land's owner can absolutely exempt such principle. That is because State of Louisiana has The Public Policy of Unencumbered Ownership, which is limited only to this state. This policy is not found in any other countries. Therefore, if there is an event where the land's owner grants a consent for a construction, there is the need to probe the context of such consent to see whether it is in an extent to be a juristic act or not. If there is such serious intention, then it should never be considered as a construction by consent of land's owner. On the other hand, if there is only a consent of the land's owner alone without any circumstances to tell that the land's owner has an intention to cause right of superficies, such consent naturally cannot exempt the acquisition of ownership by accession. Consequently, if the consent of the land's owner is not in accordant with other exceptions of the principle of accession, it should be applied with article 1310, 1311 and 1314 which portray the outcome of being a component part. Since, those articles are specifically made to solve the issues countering with acquisition of ownership by accession. They do not protect only the values of the combined property from taken apart easily, but also the constructor that had lost his ownership by a principle derived from the principle of unjust enrichment. These articles demand the land's owner to give some valuable consideration to the constructor in order to acquire the property. Which such protection giving the same effect as the builders have to return the possession of the land to those who have the right to return in accordance with section 1376, which applies the principles of unjust enrichment. Section 1310, 1311 and 1314 prescribes certain results that focus on the

(5)

protection of cases in the construction of building or other structures in other people land.

Keywords: Exceptions of accession, Rights over other people's land, Consent



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้ เพราะผู้เขียนได้รับคำชี้แนะ ได้รับความกรุณา และความช่วยเหลือที่เป็นประโยชน์ยิ่งจากผู้มีพระคุณหลายท่านด้วยกัน ขอขอบคุณศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ท่านทั้งสองได้สละเวลาอันมีค่า เมตตาชี้แนะให้ความรู้เกี่ยวกับประเด็นปัญหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างดียิ่ง ขอขอบคุณรองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการตั้งคำถามให้ขบคิด และให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้เสร็จสมบูรณ์ ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทุกท่าน ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษาที่ช่วยอำนวยความสะดวกและจัดการเกี่ยวกับการเรียน การดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์และประเมินผล เจ้าหน้าที่ห้องสมุดสัณฐานธรรมศักดิ์ ที่อำนวยความสะดวกในการใช้ทรัพยากรของห้องสมุดในการค้นคว้า เจ้าหน้าที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเจ้าหน้าที่หอจดหมายเหตุแห่งชาติที่แนะนำวิธีในการค้นคว้าหาข้อมูลจากเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องการร่างประมวลกฎหมาย หากปราศจากความช่วยเหลือจากทุกท่านเหล่านี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ย่อมไม่อาจที่จะสำเร็จลงได้

ขอขอบคุณบิดา มารดา ให้กำเนิด อบรมเลี้ยงดู ให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียน กับทั้งเป็นกำลังใจในการดำเนินชีวิตให้แก่ผู้เขียนตลอดมา ขอขอบคุณ คุณทิวานนท์ อุทัยคุณธัญพิสิษฐ์ สุธรรมโกศล และคุณมนต์ผกา แก้วแย้ม ที่คอยให้กำลังใจ แลกเปลี่ยนข้อมูลและให้คำปรึกษาในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ ขอขอบคุณเพื่อนๆ กลุ่มสามแฝด และคุณทิพย์ลักษณ์ นาเคน ที่คอยให้กำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยในความผิดพลาดดังกล่าว และความผิดพลาดที่เกิดขึ้นย่อมเป็นความผิดของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว

นายทศธรรม แนวบรรทัด

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	7
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	7
1.4 วิธีการศึกษา	8
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายไทย	10
2.1 การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ	10
2.1.1 หลักเกณฑ์ของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ	11
2.1.2 ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ	16
2.2 “สิทธิในที่ดิน” ที่ใช้เป็นฐานในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น	19
2.2.1 “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146 มีเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างไร	19
2.2.2 สิทธิเหนือพื้นดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	21
2.2.3 ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146	25
2.3 ผลของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น	30

2.3.1 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยข้อยกเว้น ของหลักส่วนควบ	30
2.3.2 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบ	31
2.3.2.1 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามนัยแห่งมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314	31
2.3.2.2 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยข้อยกเว้นไม่ถือว่าเป็น เป็นส่วนควบจะตกกลับเป็นส่วนควบภายหลังได้หรือไม่	39
2.3.2.3 การส่งคืนการครอบครองตามนัยแห่งมาตรา 1376	48
2.4 ความเป็นมาของบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดิน	56
2.4.1 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมาย ตราสามดวง	56
2.4.2 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์	59
บทที่ 3 ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง	73
3.1 ความหมายและองค์ประกอบของความยินยอม	73
3.1.1 การพิจารณาเนื้อหาของความยินยอม	79
3.1.1.1 การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิด	85
3.1.2 ลักษณะของการปรากฏขึ้นของความยินยอม	94
3.1.3 การพิจารณาถึงความมีอยู่ของความยินยอมที่ก่อให้เกิดสิทธิ	96
3.1.3.1 การพิจารณาความมีอยู่ของความยินยอมตามกฎหมายไทย	96
3.1.3.2 การพิจารณาความมีอยู่ของความยินยอม ตามกฎหมายต่างประเทศ	99
3.2 ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามคำพิพากษา	106
3.2.1 สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามคำพิพากษา	106
3.2.2 ความเป็นมาของคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องความยินยอม ในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น	108

บทที่ 4 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายต่างประเทศ	117
4.1 ข้อความคิดและหลักการของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ	117
4.2 แนวความคิดเรื่องบทบาทของเจตนาต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ	126
4.2.1 กฎหมายของประเทศที่พิจารณาความเป็นส่วนควบโดยอาศัยปัจจัยทางภาวะวิสัย : กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์	127
4.2.1.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ	127
4.2.1.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของประเทศเนเธอร์แลนด์	133
4.2.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศเนเธอร์แลนด์	137
4.2.2 กฎหมายของประเทศที่ยอมรับผลของการแสดงเจตนาที่มีลักษณะแบบอัตวิสัย : กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า	141
4.2.2.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของประเทศฝรั่งเศส	142
4.2.2.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของประเทศฝรั่งเศส	146
4.2.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศฝรั่งเศส	150
4.2.2.4 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า	153
4.2.2.5 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า	156

4.2.2.6 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรียนหรือ สิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า	165
4.2.3 กฎหมายของประเทศที่ยอมรับผลของการแสดงเจตนาที่มีลักษณะแบบ อติวิสัยเฉพาะบางกรณี : กฎหมายของประเทศเยอรมนี	171
4.2.3.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ โดยหลักส่วนควบ	172
4.2.3.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ โดยหลักส่วนควบของประเทศเยอรมนี	176
4.2.3.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรียนหรือ สิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศเยอรมนี	186
บทที่ 5 วิเคราะห์ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรียน หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน	201
5.1 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการ ปลูกสร้างโรงเรียนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น	201
5.2 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง เนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตาม มาตรา 146	217
5.3 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง ผลที่ตามมาของหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ	225
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	242
6.1 บทสรุป	242
6.2 ข้อเสนอแนะ	246
บรรณานุกรม	248
ประวัติผู้เขียน	258

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สินโดยอาศัยความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างทรัพย์สินเป็นเกณฑ์¹ เหตุกฎหมายต้องบัญญัติผลของความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะเป็นส่วนควบ ก็เพราะทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ของบุคคลอาจมีกรณีที่เข้ามาเกี่ยวเนื่องกัน ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุธรรมชาติหรือเพราะการกระทำของบุคคล หากทรัพย์สินมีเจ้าของต่างรายกัน ย่อมเกิดปัญหาว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเกี่ยวเนื่องกันนั้นใครจะเป็นเจ้าของ เจ้าของทรัพย์สินแต่ละสิ่งสามารถนำทรัพย์สินของตนกลับคืนไปได้หรือไม่ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเกี่ยวเนื่องกันนั้นมีสภาพไม่เป็นสาระสำคัญซึ่งกันและกัน และยังสามารถแยกออกเป็นส่วนตัวได้นัดชัดแจ้งโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าของควรนำทรัพย์สินส่วนของตนกลับคืนไปได้ แต่หากการเกี่ยวเนื่องกันนั้นมีลักษณะรวมสภาพ กล่าวคือ อยู่ในลักษณะที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้โดยปราศจากความเสียหาย ดังนั้นย่อมเกิดปัญหาว่าควรแยกทรัพย์สินนั้นออกจากกันหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ควร ปัญหาที่ตามมาคือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องรวมสภาพกันนั้นจะเป็นของผู้ใด และเมื่อพิจารณาได้แล้วว่าทรัพย์สินเป็นของผู้ใด ก็จะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า เจ้าของทรัพย์สินเดิมมีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือไม่ประการใด²

การเกี่ยวเนื่องของทรัพย์สินในลักษณะใดที่ทำให้กลายเป็นส่วนควบ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 144³ จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ทรัพย์สินสองสิ่งขึ้น

¹ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557), น. 54. ; เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น. 59-60.

² ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 56. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 59-62.

³ มาตรา 144 ส่วนควบของทรัพย์สิน หมายความว่า ส่วนซึ่งโดยสภาพแห่งทรัพย์สินหรือโดยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์สินนั้น และไม่อาจแยกออกจากกันได้ นอกจากจะทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือทำให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป

เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในส่วนควบของทรัพย์สินนั้น

ไป ซึ่งแต่เดิมมีสภาพความเป็นอยู่ต่างหากจากกัน ต่อมามีการเกี่ยวเนื่องกันในลักษณะรวมสภาพ โดยการรวมสภาพที่จะทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 วรรคแรก มีลักษณะต่างจากการรวมจำนวนเข้ากัน กล่าวคือมีการรวมกันทางกายภาพอย่างเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการรวมสภาพ และไม่สามารถแยกออกจากกันได้ นอกเสียจากทำลาย ทำให้บุบสลาย ทำให้เสียรูปทรง หรือสภาพไป⁴ ผลของการเป็นส่วนควบพิจารณาได้จากความในมาตรา 144 วรรคสอง ซึ่งโดยหลักแล้ว กฎหมายบัญญัติให้เจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นๆ ที่เข้าร่วมสภาพเป็นเจ้าของส่วนควบ กล่าวคือได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกิดจากการรวมสภาพเข้ากัน แต่ในบางกรณีกฎหมายก็บัญญัติให้เจ้าของทรัพย์สินที่รวมกันเป็นเจ้าของรวมในทรัพย์สินนั้น เช่นตาม มาตรา 1316 วรรคแรก

แต่มีใ้เชื่อว่าทรัพย์สินที่รวมสภาพกันจะเป็นส่วนควบเสมอไป กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นของการเป็นส่วนควบไว้ในมาตรา 145 วรรคสองและมาตรา 146 ซึ่งหากต้องด้วยกรณีดังกล่าวแล้ว ทรัพย์สินที่รวมสภาพกันนั้นไม่ถือว่าเป็นส่วนควบตามมาตรา 144 ผลคือเจ้าของทรัพย์สินเดิมสามารถแยกเอาทรัพย์สินของตนกลับคืนไปได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การแยกทรัพย์สินที่รวมสภาพออกจากกันย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการรวมสภาพกัน และยังเกิดความเสียหายแก่ตัวทรัพย์สินเดิมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ข้อยกเว้นของหลักส่วนควบจึงมีลักษณะเป็นการทำลายคุณค่าของทรัพย์สินที่เกิดจากการรวมสภาพกัน กับทั้งยังทำลายคุณค่าของทรัพย์สินเดิมที่ถูกแยกจากกันอยู่ในตัว

ข้อยกเว้นของหลักส่วนควบซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนให้ความสนใจ คือกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น โดยผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ใช้สิทธินั้นปลูกสร้างไว้ตามมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵ มีประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนให้ความสนใจดังนี้

(ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากที่ใดอ้างเฉพาะเลขมาตราให้ถือว่าเป็นมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย)

⁴ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 58-59. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 71-73. ; บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 28-32.

⁵ มาตรา 146 ทรัพย์สินซึ่งติดกับที่ดินหรือติดกับโรงเรือนเพียงชั่วคราวไม่ถือว่าเป็นส่วนควบกับที่ดินหรือโรงเรือนนั้น ความขอนี้ให้ใช้บังคับแก่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธินั้นปลูกสร้างไว้ในที่ดินนั้นด้วย

ประเด็นปัญหาประการแรก ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 146 ความว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” เกิดจากการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินเพียงเท่านั้นได้หรือไม่ โดยทั่วไปแล้ว “สิทธิ” หมายถึงอำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยื่นต่อบุคคลอื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของตน⁶ โดยมีกฎหมายเป็นสิ่งที่รับรองและกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิ ว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใดที่บุคคลจะใช้สิทธิของตน ดังนั้น สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 ย่อมต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองและกำหนดขอบเขตไว้ว่าสามารถทำได้แค่ไหนเพียงใด เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้⁷ การแสดงเจตนาที่จะก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวจึงต้องเป็นเจตนาอย่างจริงจัง⁸ (Serious Intention) มุ่งหมายที่จะให้เกิดผลใช้บังคับกันได้อย่างสิทธิ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นเกิดขึ้นโดยมีแต่เพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดิน จึงเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าความยินยอมดังกล่าวมีลักษณะอย่างไร เพราะเหตุว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมมีระดับความมุ่งผลทางกฎหมายแตกต่างกันไปได้ในแต่ละกรณี จึงไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่าหากปลูกสร้างโดยความยินยอมแล้วความยินยอมนั้นต้องมุ่งผลทางกฎหมายเป็นการก่อสิทธิเสมอไป การแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินอาจเป็นเพียงการละสิทธิเรียกร้องทำให้การปลูกสร้างนั้นไม่เป็นละเมิด โดยไม่มีเจตนามุ่งผลก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินแต่อย่างใดก็ได้

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยพบว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 83-85.

⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 15.

⁸ ผู้เขียนขอใช้คำว่า “เจตนาอย่างจริงจัง” ในการกล่าวถึงระดับของการแสดงเจตนาที่แสดงออกมาด้วยความต้องการที่จะให้เกิดผลผูกพันก่อสิทธิบังคับกันได้ โดยคำนี้ปรากฏอยู่ในวิทยานิพนธ์ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ โปรตดู วีรวัฒน์ จันทโชติ, “วัตถุที่ประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) น. 38, 62-66.

2208/2519⁹ แต่ไม่ปรากฏว่าศาลพิจารณการให้ความยินยอมนั้นว่าเป็นเจตนาอย่างจริงจังหรือไม่ ผู้เขียนจึงเกิดความสนใจว่า ความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินทุกกรณีหรือไม่ เพราะความยินยอมที่ปรากฏในความสัมพันธ์ลักษณะที่มีการยอมให้ปลูกสร้างนี้ เมื่อพิจารณาผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ความยินยอมเช่นนี้อาจส่งผลในทางตรงกันข้าม กล่าวคือไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ความแตกต่างดังกล่าวนี้พิจารณาได้จากความเห็นของนักวิชาการและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยซึ่งเป็นไปในทำนองที่ว่า การให้ความยินยอมเป็นเพียงการแสดงเจตนาที่ทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิดเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยินยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้อนุญาตหรือยินยอมยอมรับผลหรือภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น¹⁰ แต่ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดสิทธิ ซึ่งความยินยอมนั้นหากไม่ถึงขนาดเป็นสัญญาย่อมเลิกเสียเมื่อใดก็ได้¹¹ แต่เหตุใดเมื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในเรื่องส่วนควบ ศาลกลับวินิจฉัยรับรองให้ความยินยอมที่อาจมีลักษณะเช่นเดียวกันนี้สามารถก่อให้เกิดสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นได้

เหตุที่ผู้เขียนสนใจที่จะพิจารณาถึงลักษณะของการแสดงเจตนาในการก่อสิทธิที่ดินของผู้อื่น เนื่องด้วยแนวคิดในทางทฤษฎีของหลักส่วนควบมีข้อโต้แย้งกันอย่างมากกว่า ควรแล้วหรือไม่ที่จะให้เจตนาเข้ามามีบทบาทในการกำหนดความเป็นส่วนควบของทรัพย์ และหากยอมให้เจตนาเข้ามามีบทบาทแล้ว เจตนาในลักษณะใดควรได้รับการยอมรับว่าส่งผลต่อการเป็นส่วนควบของทรัพย์ได้ เพราะการแสดงเจตนาย่อมมีระดับความมุ่งประสงค์จะผูกพันต่างกันไปได้ หากยอมให้การแสดงเจตนามีลักษณะไม่ประสงค์จะผูกพันทางกฎหมายมีผลเป็นการยกเว้นหลักส่วนควบแล้ว หลักส่วนควบย่อมไม่มีทางเกิดผลได้เลย เพราะการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในลักษณะที่ไม่ใช่เจตนาอย่างจริงจังก็ทำลายหลักส่วนควบได้

ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนให้ความสนใจต่อมาคือ “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” มีความหมายว่าอย่างไร เมื่อพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 แล้วจะพบว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” คือสิทธิที่บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินได้รับจากเจ้าของที่ดิน มีเนื้อหาแห่งสิทธิ “ให้ปลูก

⁹ ฎ. 2208/2519 ผู้ร้องปลูกเรือนพิพาทในที่ดินของมารดาโดยได้รับความยินยอมของมารดาให้ปลูก เป็นการปลูกสร้างโรงเรือนซึ่งผู้ร้องมีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธินั้นปลูกทำลงไว้ จึงไม่กลายเป็นส่วนควบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146)

¹⁰ วารีนาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดกรณงานนอกสั่ง ลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), น. 79-88.

¹¹ เพ็งอ้ง, น. 88-89.

สร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง” ในที่ดินของเจ้าของที่ดินได้ และเมื่อพิจารณาผลตามมาตรา 146 ประกอบผลทั่วไปของหลักส่วนควบในมาตรา 144 จะพบว่า การยกเว้นหลักส่วนควบลักษณะเป็น การก่อสร้างเหนือพื้นดินตามนัยแห่งมาตรา 1410 ซึ่งเกิดขึ้นโดยนิติกรรมและตกอยู่ในบังคับมาตรา 1299 วรรคแรก ผลก็คือหากนิติกรรมนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 1299 วรรคแรก การได้มา ซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินย่อมไม่บริบูรณ์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้การก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินจะเป็นนิติ กรรมแล้วก็ตามก็อาจเกิดผลไม่บริบูรณ์ได้ แล้วเหตุใดเพียงการแสดงเจตนาให้ความยินยอมที่อาจไม่มุ่งผูก นิติสัมพันธ์แต่อย่างใดเลยจึงเกิดผลขึ้นได้ ดังนั้นการพิจารณาถึงเนื้อหาแห่งสิทธิในมาตรา 146 ว่าเป็น ประการใดจึงมีผลต่อการพิจารณาเรื่องระดับการแสดงเจตนาว่าสมควรมีผลเป็นการยกเว้นหลักส่วน ควบหรือไม่

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ผลที่ตามมาของหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ ผู้เขียนให้ความสนใจว่า นอกจากบทบัญญัติมาตรา 144 ตอนท้ายที่กล่าวว่าเจ้าของทรัพย์สินย่อมมี กรรมสิทธิ์ในส่วนควบของทรัพย์สินโดยมีข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 แล้ว ยังมีบทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ บัญญัติถึงการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินเช่นกันดังปรากฏอยู่ในมาตรา 1308 ถึง มาตรา 1315 โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของ ผู้อื่นคือมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 นั้น เมื่อพิจารณาความเห็นหลักที่ปรากฏใน ระบบกฎหมายไทยพบว่านักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่ากรณีที่จะต้องด้วยมาตรา 1310 และมาตรา 1311 ต้องได้ความเสียก่อนว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นส่วนควบตามมาตรา 144 กล่าวคือหาก โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 ก็จะมีผลต่อมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ด้วย แต่หากพิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรา 1310 และมาตรา 1311 นั้น ปรากฏอยู่ในบรรพ 4 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษ (*ius speciale*) ผลทางกฎหมายที่ตามมาก็จะเปลี่ยนแปลงไป

เมื่อพิจารณาเนื้อความตามมาตรา 1310 และมาตรา 1311 จะพบหลักกฎหมายสอง หลักปรากฏอยู่ในมาตราดังกล่าว คือหลักการได้กรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบ และหลักการในเรื่องลาภ มิควรได้ แต่การที่จะนำหลักการในเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้จะต้องปรากฏเสียก่อนว่าโรงเรือนหรือ สิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินตามมาตรา 1310 วรรคแรก หรือเจ้าของที่ดินเลือกให้ส่งคืนที่ดิน ในสภาพเดิมตามมาตรา 1310 วรรคสองและมาตรา 1311 ซึ่งการตกได้แก่เจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง มาตรา 1310 และมาตรา 1311 นี้อาจไม่ต้องตรงกับบทบัญญัติในมาตรา 146 ซึ่งยกเว้นไว้มิให้ทรัพย์สิน ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 144 ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าข้อยกเว้นหลักส่วน ควบในบทกฎหมายทั่วไปจะมีผลต่อบทบัญญัติพิเศษในบรรพ 4 ด้วยหรือไม่ และหากตีความว่า

บทบัญญัติในบรรพ 4 ในส่วนของการได้กรรมสิทธิ์นั้นมีค่าบังคับเหนือมาตรา 146 แล้ว จะส่งผลดีหรือร้ายเป็นประการใดเมื่อเทียบกับการปรับใช้ปรับใช้กฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบัน

นอกจากนั้นการพิจารณาว่า ทรัพย์ที่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 จะสามารถตกกลับมาเป็นส่วนควบได้หรือไม่นั้นก็ประเด็นที่ควรพิจารณาควบคู่ไปกับการพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจากหลักส่วนควบด้วยเช่นกัน เพราะเหตุว่าแม้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 (กรณีการปลูกสร้างโดยชั่วคราวและสิทธิอื่นนอกจากสิทธิเหนือที่ดินที่จดทะเบียนถูกต้องแล้ว) แต่ตราใบที่ยังไม่รื้อถอนออกไปจากที่ดิน ทรัพย์นั้นก็ยังคงสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์ติดตรึงตราอยู่กับที่ดินอย่างเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่ เมื่อบุคคลภายนอกพิจารณาจากสภาพภายนอกของทรัพย์ย่อมเห็นได้ว่่าก็ยังคงเป็นส่วนควบของที่ดินอยู่ ดังนั้นอาจมีการสละสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 ซึ่งเป็นผลให้ทรัพย์ตกกลับมาเป็นส่วนควบได้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ทรัพย์นั้นตกกลับมาได้โดยหลักส่วนควบจริงหรือไม่

เหตุที่ผู้เขียนสนใจพิจารณาผลทางกฎหมายของหลักส่วนควบในกรณีของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง เพราะเหตุว่าหลักส่วนควบนั้นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือทำให้เจ้าของทรัพย์ประธานได้ไปซึ่งหลักส่วนควบนั้น โดยผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างย่อมสูญเสียกรรมสิทธิ์ไป เมื่อพิจารณาลึกลงไปในแง่ของเจ้าของที่ดินเจ้าของที่ดินบางรายอาจจะพอใจที่ได้ประโยชน์จากการปลูกสร้างนั้น แต่บางรายอาจไม่ต้องการโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นเลยก็ได้ ในแง่ของผู้ปลูกสร้างผู้ปลูกสร้างบางรายอาจพอใจได้ประโยชน์จากหลักส่วนควบหากตนได้ค่าชดเชยโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตนสร้างลงไว้ แต่บางรายอาจอยากได้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างคืนไป และในบางกรณีหลักส่วนควบอาจส่งผลไปถึงบุคคลที่สามได้ ดังนั้นการพิจารณาผลทางกฎหมายที่ตามมาจึงเป็นประเด็นสำคัญ โดยผู้เขียนมุ่งหาคำตอบที่ว่า จะทำอย่างไรให้คุณค่าที่หลักกฎหมายส่วนควบมุ่งรักษายังคงอยู่ และผลที่ตามมานั้นมีความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง หากการปรับใช้หลักกฎหมายส่วนควบในปัจจุบันเป็นการทำลายคุณค่าของทรัพย์ หรือแนวทางการเยียวยาบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่เป็นธรรมควรปรับใช้กฎหมายอย่างไรเพื่อคุ้มครองผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยศึกษาถึงการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่เป็นส่วนควบในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะมุ่งเน้นการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมของเจ้าของที่ดินที่มีผลต่อการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นซึ่งเป็นประเด็นปัญหาประการแรกเป็นสำคัญ ส่วนประเด็นปัญหาประการที่สองและประการที่สามจะพิจารณาเป็นประเด็นรอง เพื่อชี้ให้เห็นถึงข้อดีและข้อเสียของการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ และชี้ให้เห็นว่าการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องส่วนควบเป็นทางแก้ปัญหาก็ดีแล้วหรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

ผู้เขียนมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาค้นคว้า ดังนี้

1. เพื่อศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความหลักกฎหมายในเรื่องส่วนควบ โดยพิจารณาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมว่า ความยินยอมในลักษณะใดเป็นเจตนาอย่างจริงจังที่ควรยอมรับว่าก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้ และศึกษาประเด็นเกี่ยวเนื่องว่า สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วมีเนื้อหาแห่งสิทธิเป็นอย่างไร กับทั้งพิจารณาด้วยว่าการปฏิบัติต่อโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันมีความเหมาะสมเพียงใด
2. เพื่อวิเคราะห์ถึงที่มาแห่งการวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อยกเว้นหลักส่วนควบตามมาตรา 146 กรณีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นว่า การพิจารณาว่าการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างก่อให้เกิดสิทธิถูกต้องตามหลักทฤษฎีในเรื่องการพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังของความยินยอม และหลักการเบื้องต้นที่หลักส่วนควบมุ่งคุ้มครองหรือไม่ หากไม่ต้องตรงตามทฤษฎีแล้ว มีเหตุผลอะไรที่ทำให้มีการพิจารณาไปในทำนองเช่นนั้น และศึกษาว่าหากการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องส่วนควบให้ถูกต้องจะเกิดผลดีขึ้นหรือแย่ลงอย่างไรต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง
3. เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับใช้กฎหมายว่า หากการปรับบทกฎหมายในเรื่องข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นในปัจจุบันมีความคลาดเคลื่อน ควรปรับบทกฎหมายอย่างไรจึงจะถูกต้องด้วยทฤษฎีกฎหมาย และต้องด้วยความยุติธรรมให้มากที่สุด โดยคำนึงถึงความสำคัญของหลักส่วนควบ แนวทางเยียวยาแก้ไขตามหลักส่วนควบ และการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเจ้าของที่ดิน ผู้ปลูกสร้าง คุณค่าของสิ่งปลูกสร้าง และบุคคลที่สามผู้เกี่ยวข้อง

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ และข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นในที่ดินของผู้อื่นว่า ความยินยอมในลักษณะใดที่เป็นเจตนาอย่างจริงจังถึงขนาดก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ซึ่งสามารถยกเว้นหลักส่วนควบได้ โดยศึกษาหลักการในทางทฤษฎีในเรื่องส่วนควบว่า แท้จริงแล้วหลักการเรื่องส่วนควบนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใด หากทรัพย์สินใดต้องตกเป็นส่วนควบ บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่กำหนดทางแก้ที่เป็นธรรมแล้วหรือไม่ โดยพิจารณามาตรา 1310

มาตรา 1311 และมาตรา 1314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับทั้งหลักกฎหมายเรื่องลามิควรได้ประกอบกัน เพื่อนำไปสู่ประเด็นที่ว่าแท้จริงแล้วสิ่งใดควรเป็นส่วนควบหรือไม่ เจตนาที่มีบทบาทอย่างไรต่อหลักส่วนควบ และหากปรับใช้หลักส่วนควบโดยถูกต้องแล้วจะสร้างประโยชน์หรือผลเสียมากกว่ากัน

1.4 วิธีการศึกษา

ผู้เขียนใช้วิธีการศึกษาโดยวิธีการค้นคว้ารวบรวมข้อมูลในลักษณะงานวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ตำรา วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง บทความจากวารสาร ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ปรากฏอยู่ในรูปของ บทความ คำพิพากษาศาลฎีกา และข้อมูลเอกสารทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ทั้งนี้เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษารวบรวมดังกล่าวมาศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องเหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาการใช้การตีความกฎหมาย ตลอดจนเปรียบเทียบปัญหาดังกล่าวกับการใช้และการตีความตัวบทกฎหมายที่มีเนื้อหาในทำนองเดียวกันในต่างประเทศ เพื่อสรุปผลทางกฎหมายเรื่องข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ ในประเด็นสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษานี้ เมื่อได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นแล้ว ผู้เขียนคาดว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ดังนี้

1. ก่อให้เกิดความเข้าใจในการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องส่วนควบ และข้อยกเว้นของหลักส่วนควบในประเด็นสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นว่า การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในลักษณะใดที่ควรส่งผลต่อหลักส่วนควบ และการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในปัจจุบันเป็นเช่นไร อันจะนำไปสู่ความเข้าใจถึงเหตุผลเบื้องหลังที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง และสามารถปรับใช้ข้อยกเว้นของหลักส่วนควบอย่างเหมาะสมได้ว่าควรมีความหมายและขอบเขตเพียงใดจึงจะสร้างสมดุลระหว่างหลักทั่วไป และข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ

2. สามารถวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายในเรื่องข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นว่า แท้จริงแล้วต้นทางของการวินิจฉัยว่าความยินยอมก่อให้เกิดสิทธินั้นมีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีผลในทางกฎหมายอย่างไร

กล่าวคือมีความเกี่ยวพันในเรื่องเรือนหอตามกฎหมายครอบครัวเดิม ซึ่งอาจถือได้ว่า เป็นข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดสิทธิเหนือที่ดินประกอบอยู่ด้วย

3. สามารถเสนอแนะแนวทางการปรับใช้กฎหมายในการตีความหลักกฎหมายเรื่องข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ ประเด็นสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นว่าควรตีความไปในทำนองเช่นใดจึงจะถูกต้องด้วยหลักทฤษฎีกฎหมาย และต้องด้วยความยุติธรรมให้มากที่สุดโดยคำนึงถึงสำคัญของหลักส่วนควบ แนวทางเยียวยาแก้ไขตามหลักส่วนควบที่มีอยู่แล้ว และการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเจ้าของที่ดิน ผู้ปลูกสร้าง บุคคลที่สามผู้เกี่ยวข้อง และคุณค่าของสิ่งปลูกสร้าง



บทที่ 2

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายไทย

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดิน เป็นการใช้ประโยชน์จากที่ดินที่พบเห็นได้ทั่วไป หากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นมีลักษณะเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของที่ดิน และไม่อาจแยกจากที่ดินได้นอกจากทำลาย ทำให้บุบสลาย ทำให้เปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดิน อย่างไรก็ตามในบางกรณี โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนควบของที่ดิน ซึ่งข้อยกเว้นของการเป็นส่วนควบอันเป็นประเด็นแห่งการศึกษาคือ ข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของผู้อื่น มีประเด็นที่ผู้เขียนให้ความสนใจว่าสิทธิที่ใช้เป็นฐานทางกฎหมายในปลูกสร้าง เกิดขึ้นได้โดยอาศัยเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินหรือไม่ สิทธิที่เกิดขึ้นนั้นมีเนื้อหาอย่างไร และการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างทั้งที่เป็นส่วนควบของที่ดินและที่ต้องด้วยข้อยกเว้นของหลักส่วนควบในปัจจุบันมีความเหมาะสมหรือไม่ การพิจารณาในประเด็นเหล่านี้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวข้องหลายมาตราด้วยกันดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เป็นการได้กรรมสิทธิ์อันเกิดจากการเกี่ยวเนื่องกันของทรัพย์สิน โดยกฎหมายรับรองความสำคัญและบัญญัติผลทางกฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สิน¹ เหตุที่ต้องมีหลักการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เพราะว่าสภาพความเป็นจริงในการใช้สอยทรัพย์สินของมนุษย์ อาจมีกรณีที่ต้องนำทรัพย์สินหลายสิ่งเข้ามาเกี่ยวเนื่องกันเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยที่เพิ่มขึ้น ทำให้ทรัพย์สินหนึ่งอาจประกอบด้วยทรัพย์สินอื่นๆ อีกหลายสิ่ง หากทรัพย์สินที่ประกอบเข้ากันมีเจ้าของรายเดียว ปัญหาในการพิจารณาว่าผู้ใดจะเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ย่อมไม่เกิดขึ้น ปัญหาจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีทรัพย์สินหลายสิ่งเข้ามาเกี่ยวเนื่องกัน แต่ทรัพย์สินที่รวมเข้ากันนั้นมีผู้ทรงกรรมสิทธิ์ต่างรายกัน หากพิจารณาอำนาจของผู้ทรงกรรมสิทธิ์มาตรา 1336 แห่งประมวล

¹ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557), น. 54. ; เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น. 59-60.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์² จะพบว่าผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของตน ทั้งในการใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผล ติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ โดยหลักแล้วเจ้าของทรัพย์สินจึงควรมีสืบทอดติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืน โดยแยกทำลายความเกี่ยวเนื่องระหว่างทรัพย์สิน แต่หากปล่อยให้เป็นอย่างนั้นทรัพย์สินที่เกิดจากการรวมเข้ากันจะถูกทำลาย ถูกแยกส่วนออกจากกันเพื่อให้เจ้าของนำทรัพย์สินของตนกลับคืนไป การกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ แต่ไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อมูลค่าและประโยชน์ของทรัพย์สินที่ต้องสูญเสียไปเปล่า เพราะเหตุว่า ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องรวมสภาพกันย่อมเกิดประโยชน์ในการใช้สอยขึ้นใหม่มีคุณค่าเพิ่มขึ้นมากกว่าเดิม หากปล่อยให้แยกทำลายโดยง่ายคุณค่าของทรัพย์สินย่อมลดลง เป็นที่เสียประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เสื่อมค่าเสื่อมราคาลงไป และแม้จะแยกทรัพย์สินออกจากกันได้ ทรัพย์สินแต่ละส่วนที่ถูกแยกจากกันก็จะมีสภาพดั่งเดิม เพราะเหตุว่า การแยกกันนั้นต้องทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป ดังนั้นจึงเกิดหลักกฎหมายว่า หากทรัพย์สินหลายสิ่งมีเจ้าของต่างรายกัน เกี่ยวเนื่องรวมสภาพเข้ากันจนถึงขนาดเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ซึ่งกันและกันแล้ว กฎหมายจะกำหนดสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สินโดยชี้ว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนควบ คือเจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวเนื่องรวมสภาพ เจ้าของทรัพย์สินเดิมที่ถูกครอบงำนำหน้าย่อมสิ้นกรรมสิทธิ์ไป คงมีแต่สิทธิทางหนี้ในการเรียกเอาค่าแห่งทรัพย์สินนั้นจากผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน³ แต่ในบางกรณีกฎหมายก็บัญญัติให้บรรดาเจ้าของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องรวมสภาพกันเป็นเจ้าของรวมในทรัพย์สินนั้น เช่นกรณีตามมาตรา 1316 วรรคแรก

2.1.1 หลักเกณฑ์การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

การเกี่ยวเนื่องกันของทรัพย์สินในลักษณะใดที่จะเรียกว่าเป็นส่วนควบ พิจารณาได้จากความในมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไปในเรื่องส่วนควบ ความว่า

² มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

³ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 56. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 59-60.

“มาตรา 144 ส่วนควบของทรัพย์ หมายความว่า ส่วนซึ่งโดยสภาพแห่งทรัพย์ หรือโดยจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์นั้น และไม่อาจแยกจากกันได้นอกจากจะทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือทำให้ทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป

เจ้าของทรัพย์ย่อมมีกรรมสิทธิ์ในส่วนควบของทรัพย์นั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถพิจารณาสาระสำคัญของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบได้ดังนี้

1. เป็นกรณีที่ทรัพย์สองสิ่งหรือกว่านั้นขึ้นไปแต่เดิมมีสภาพความเป็นอยู่ต่างหากจากกัน โดยทรัพย์นั้นอาจมีเจ้าของรายเดียวกันหรือต่างรายกันก็ได้ ต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเกี่ยวเนื่องกันจนมีความเป็นอยู่เป็นอันเดียวกัน ไม่ว่าส่วนเหล่านั้นจะเป็นของประเภทเดียวกันหรือชนิดเดียวกันหรือไม่ก็ตาม⁴

2. ทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกันต้องมีลักษณะเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์ที่เกิดจากการรวมกันนั้น ไม่ว่าจะโดยสภาพแห่งทรัพย์ที่เกิดจากการรวมกันนั้นเอง หรือโดยจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นเครื่องชี้ว่าเป็นสาระสำคัญของทรัพย์ กล่าวคือทรัพย์ที่จะตกเป็นส่วนควบต้องเป็นทรัพย์ส่วนที่ทำให้ทรัพย์ที่เกิดจากการรวมกันดำรงคงอยู่เป็นทรัพย์นั้นได้ การพิจารณาถึงการเป็นสาระสำคัญนั้นพิจารณาได้สองมิติ คือ สาระสำคัญของความเป็นอยู่โดยสภาพและสาระสำคัญของความเป็นอยู่โดยจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น⁵

สาระสำคัญของความเป็นอยู่โดยสภาพหมายความว่า ทรัพย์ที่ถูกทำให้เกี่ยวเนื่องกันเป็นสาระสำคัญตามปกติธรรมดาของทรัพย์ที่เกิดขึ้นจากการรวมกัน เช่น ล้อรถยนต์เป็นส่วนควบกับตัวรถยนต์ ส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่โดยสภาพสามารถเห็นเป็นประจักษ์ได้โดยง่าย สาระสำคัญของความเป็นอยู่โดยสภาพจะต้องพิจารณาให้ได้ว่า โดยสภาพต้องการส่วน

⁴ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 62-63. ; บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์*, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 28-29.

⁵ ประมุข สุวรรณศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 58. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 67-68. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 29-30. ; อานนท์ มาเฒ่า, *กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 174.

เช่นนั้น ถ้าขาดเสียจะมีความเป็นอยู่เช่นทรัพย์สินนั้นไม่ได้⁶ เช่น รถยนต์จะไม่สมบูรณ์เป็นรถยนต์ที่ใช้งานได้หากขาดซึ่งล้อรถ กล่าวโดยสรุปคือเป็นส่วนที่มีความจำเป็นเพื่อให้ทรัพย์สินที่เกิดจากการรวมสภาพสามารถใช้สอยได้อย่างสมประโยชน์อย่างที่ว่าทรัพย์สินที่เกิดขึ้นนั้นจะพึงอำนวยให้⁷

สาระสำคัญของความเป็นอยู่โดยจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นหมายความว่า จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นเครื่องชี้ว่าส่วนใดของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกันเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์สินนั้น เป็นเรื่องที่สามารถพิจารณาแยกต่างหากจากความเป็นอยู่โดยสภาพ การพิจารณาในมิตินี้มีได้พิจารณาจากสภาพทางกายภาพที่ปรากฏ แต่ใช้จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นเครื่องกำหนด เช่น โรงเรือนโดยสภาพแล้วมิใช่สาระสำคัญของที่ดิน แม้จะรื้อโรงเรือนออกไปที่ดินก็ยังมิสภาพสมบูรณ์เป็นที่ดิน เพียงแต่ว่าที่ดินที่มีโรงเรือนโดยจาริตประเพณีย่อมมีความเป็นอยู่คนละอย่างกับที่ดินที่ว่างเปล่า⁸ จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัยขึ้นอยู่กับว่าในช่วงเวลาดังกล่าว ผู้คนในท้องถิ่นจะมีจาริตเห็นว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสาระสำคัญที่ในความเป็นอยู่ของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่หรือไม่ เช่นในอดีตประเทศไทยไม่ได้มีอากาศร้อนรุนแรงมากนักเครื่องปรับอากาศมิใช่สาระสำคัญถึงขนาดเป็นส่วนควบของโรงเรือนโดยจาริตประเพณี แต่ปัจจุบันอากาศร้อนขึ้นเนื่องจากภาวะโลกร้อนประกอบกับลักษณะสิ่งปลูกสร้างในปัจจุบันที่มักเป็นตึกปิดทึบอากาศร้อนไม่ระบาย เครื่องปรับอากาศจึงอาจเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ความเป็นอยู่ของโรงเรือนหรือตึกต่างไปจากกรณีที่ไม่มีเครื่องปรับอากาศได้⁹ จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามนัยแห่งมาตรา 144 ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรอง ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าในสังคมนั้นมีการยอมรับว่าส่วนของทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญ ทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นส่วนควบตามกฎหมาย¹⁰

⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 68. ; อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 174.

⁷ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 58.

⁸ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 69. ; อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 174.

⁹ บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 31-32. ; พระยาเทพวิฑูร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240*, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2503), น. 363-364. ; มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น. 80-81.

¹⁰ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 58.

3. ส่วนของทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกันนั้นลำพังแต่มีลักษณะเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่เพียงเท่านั้นยังหาเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นส่วนควบไม่ ต้องปรากฏว่ามีการเกี่ยวเนื่องกันในลักษณะที่เรียกว่า “ลักษณะรวมสภาพ” ด้วย กล่าวคือการเกี่ยวเนื่องกันนั้นมีลักษณะที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้นอกเสียจากทำลาย ทำให้บุบสลาย ทำให้เสียรูปทรง หรือสภาพไป การรวมสภาพในลักษณะนี้เองเป็นเหตุแห่งความมุ่งหมายของบทบัญญัติเรื่องส่วนควบ กล่าวคือกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการแบ่งแยกทรัพย์ที่รวมสภาพกันอยู่จนเป็นเหตุให้ทรัพย์เหล่านั้นเกิดการแตกแยกทำลาย บุบสลาย เปลี่ยนไปจนไร้ประโยชน์ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 144 วรรค 1 ส่วนท้าย ที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นหากมีการแยกทรัพย์ออกจากกัน ดังนั้นแม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าทรัพย์ที่รวมสภาพกันนั้นมีลักษณะเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญต่อความเป็นอยู่ของทรัพย์ที่เกิดจากการรวมกันเพียงใดก็ตาม หากสามารถแยกออกจากกันได้เป็นปกติโดยไม่เกิดการทำลาย ทำ บุบสลาย ทำให้เสียรูปทรงหรือสภาพไปแล้ว กฎหมายย่อมไม่พิจารณาว่าเป็นส่วนควบ¹¹

ลักษณะรวมสภาพตามนัยแห่งมาตรา 144 ไม่ได้หมายความว่าจะต้องติดตังตรงหรือหลอมรวมเป็นเนื้อเดียวกันเสมอไป ข้อสำคัญอยู่ที่ว่ามีการรวมสภาพความเป็นอยู่เป็นทรัพย์อันเดียวกัน เช่นกระเบื้องมุงหลังคาอยู่เป็นส่วนควบของบ้าน แม้กระเบื้องจะไม่ได้ติดตังตรงตานั้นหนากับบ้านแต่ก็ถือได้ว่าเป็นส่วนควบของบ้าน เพราะหากแยกกระเบื้องมุงหลังคาออกเสีย ความเป็นอยู่ของบ้านจะเปลี่ยนไปอย่างมาก การรวมสภาพดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลหรือโดยธรรมชาติก็ได้ เช่น มีคนนำวัสดุอุปกรณ์มาปลูกสร้างบ้านบนที่ดิน หรือแม่น้ำพาดินมาสมทบเข้ากับที่ดินเกิดเป็นตึก¹² และการรวมสภาพโดยการกระทำของบุคคลนั้นไม่ว่าจะเกิดจากการ

¹¹ ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 59. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 71. ; พระยาเทพวิฑูร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 364. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 81-83. (รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพไว้ว่า ทรัพย์ที่รวมสภาพเข้ากันนั้น แม้บางกรณีจะสามารถแยกออกจากกันได้โดยไม่ทำลาย ทำ บุบสลาย เปลี่ยนแปลงรูปทรงของทรัพย์นั้นไป แต่อาจทำให้สภาพของทรัพย์นั้นเสียไปได้ เช่น กรณีของแบตเตอรี่ที่แม้ดึงเอาขั้วตะกั่วด้านในออก ขั้วตะกั่วอาจไม่เสียหาย ตัวแบตเตอรี่ภายนอกก็ยังคงสภาพเดิม แต่แบตเตอรี่นั้นย่อมไม่สามารถใช้งานได้สมประโยชน์อย่างแบตเตอรี่ได้อีกแล้ว คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อปี พ.ศ. 2534 จึงได้ขยายความมาตรา 144 ให้ครอบคลุมถึงการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์ด้วย)

¹² ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 59. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 72. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 82.

กระทำของเจ้าของทรัพย์สินนั้นเองหรือการกระทำของบุคคลอื่น ผู้ทำการรวมสภาพได้กระทำโดยรู้สำนึกหรือไม่ก็ตามไม่เป็นข้อสำคัญ เมื่อทรัพย์สินได้เข้ามาติดเนื่องรวมสภาพกันแล้วก็อาจเป็นส่วนควบได้¹³

4. ผลทางกฎหมายของการเป็นส่วนควบ โดยหลักแล้วกฎหมายบัญญัติให้เจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้าเป็นเจ้าของส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 วรรค 2 กล่าวคือได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกเป็นส่วนควบกับทรัพย์สินของตน หลักส่วนควบจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สิน กล่าวคือเป็นการชี้กรรมสิทธิ์อันเป็นการตอบคำถามว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งส่งผลคือเป็นการคุ้มครองคุณค่าทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินที่ควบกันมิให้สูญไปจากการแยกทำลาย สำหรับปัญหาว่าทรัพย์สินใดคือทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้า มีความเห็นว่าการวินิจฉัยว่าทรัพย์สินใดที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินส่วนที่สำคัญที่สุดในความเป็นอยู่ของทรัพย์สินที่เกิดจากรวมสภาพกัน มีลักษณะครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นที่มารวมสภาพได้ทั้งหมด กฎหมายจึงกำหนดให้ทรัพย์สินที่ถูกครอบงำสิ้นความเป็นอยู่อย่างเอกสภาพไป กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งหมดจึงตกให้แก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้า¹⁴ เว้นแต่ในบางกรณีเท่านั้นที่กฎหมายเห็นควรให้เจ้าของทรัพย์สินเดิมเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ร่วมกันตามส่วนของทรัพย์สิน เช่นกรณีตามมาตรา 1316 วรรคแรก ที่ไม่สามารถถือได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินประธาน

¹³ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 72. ; พระยาเทพวิฑูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 365-366.

¹⁴ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 62. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 63, 74-76. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 90-91. (การพิจารณาว่าเจ้าของทรัพย์สินใดที่จะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องเป็นส่วนควบกับทรัพย์สินของตนนั้น รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ได้ยกตัวอย่างหลักเกณฑ์ที่จะช่วยในการวินิจฉัยในเบื้องต้น 3 ประการ คือ ประการแรก พิจารณาจากลักษณะครอบงำนำหน้า (Identity) กล่าวคือพิจารณาว่าทรัพย์สินที่รวมสภาพกันนั้นสิ่งใดสำคัญบ่งบอกถึงความเป็นทรัพย์สินที่มารวมสภาพกัน อาจทดสอบได้โดยการตั้งคำถามว่า สิ่งที่มาวมกันนั้นคืออะไร ประการต่อมา คือประโยชน์ใช้สอย (Unity) พิจารณาจากลักษณะการใช้สอยทรัพย์สินเป็นสำคัญ กล่าวคือ ทรัพย์สินใดใช้สอยเป็นสำคัญ ทรัพย์สินนั้นเป็นประธาน เช่น รถกับล้อรถ ผู้ใช้ย่อมใช้สอยตัวรถเป็นสำคัญ ดังนั้นตัวรถคือทรัพย์สินประธาน ประการสุดท้ายคือราคา (Price) ทรัพย์สินใดมีราคาสูงอาจพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินประธานได้ ทั้งนี้การพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินประธานอาจต้องใช้หลักเกณฑ์ทั้งสามประการประกอบกัน กับทั้งต้องพิจารณาสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัยประกอบด้วย แต่บางกรณี การรวมสภาพกันนั้นอาจหาทรัพย์สินประธานไม่ได้ ดังเช่นกรณีตามมาตรา 1316 และมาตรา 1317)

ความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างทรัพย์สินที่ผู้เขียนมุ่งพิจารณา คือ การปลูกสร้าง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เมื่อพิจารณาความในมาตรา 1308 ถึงมาตรา 1315 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นว่า ที่ดินเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้าทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินเสมอ ดังอาศัยในกฎหมายโรมันว่า “ที่ดินกลืนสิ่งปลูกสร้าง (*Superficies solo cedit*)” ที่ดินจึงเป็นส่วนควบของทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินไม่ได้ แม้ว่าการปลูกสร้างจะได้ลงทุนลงแรง เสียค่าใช้จ่ายไปมากเท่าใดก็ตาม ที่ดินจึงเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะพิเศษที่ว่า หากมีการปลูกสร้าง โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือปลูกต้นไม้ลงไว้ในที่ดิน โดยหลักทรัพย์เหล่านั้นย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เว้นแต่จะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 145 วรรค 2 และมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵

2.1.2 ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติข้อยกเว้นของการเป็นส่วนควบไว้ในมาตรา 145 วรรคสอง และมาตรา 146 มีสาระสำคัญดังนี้

“มาตรา 145 ไม่ขึ้นต้นเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ไม่ขึ้นขึ้นอยู่
ไม้ล้มลุกหรือธัญชาติอันจะเก็บเกี่ยวผลได้คราวหนึ่งหรือหลายคราวต่อปี
ไม่เป็นส่วนควบกับที่ดิน

มาตรา 146 ทรัพย์สินซึ่งติดกับที่ดินหรือติดกับโรงเรือนเพียงชั่วคราวไม่ถือว่าเป็นส่วนควบกับที่ดินหรือโรงเรือนนั้น ความข้อนี้ให้ใช้บังคับแก่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธินั้นปลูกสร้างไว้ในที่ดินนั้นด้วย”

ความมุ่งหมายของบทบัญญัติเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ มีขึ้นเพื่อสงวนคุณค่าของทรัพย์สินมิให้เกิดการแยกทำลายโดยเปล่าประโยชน์ แต่ความมุ่งหมายของบัญญัติที่ยกเว้นไม่ให้ทรัพย์สินตกเป็นส่วนควบ ก็เพื่อประสงค์จะคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลบางจำพวก ในกรณีของไม้ล้มลุกหรือธัญชาติอันจะเก็บเกี่ยวผลได้คราวหนึ่งหรือหลายคราวต่อปีนั้น กฎหมายมีความประสงค์จะคุ้มครองผู้ที่ไม่มีที่ดินทำกินเป็นของตนเอง ซึ่งอาจจะต้องเช่า หรือขอใช้ที่ดินของผู้อื่นทำกิน หากปล่อยให้ไม้ล้มลุกหรือธัญชาติเป็นส่วนควบกับที่ดิน ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้ปลูกที่จะเก็บไปขายโดยลำพังมิได้ จะต้องซื้อหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของที่ดินให้เข้าเก็บได้อีกหาก หาก ใดๆ ก็ได้ปลูกปลูกไว้เอง ส่วนกรณีของทรัพย์สินซึ่งติดกับที่ดินหรือติดกับโรงเรือนเพียงชั่วคราว หาก

¹⁵ ประมวล สุวรรณศร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 62. ; เสนีย์ ปราโมช, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 63-65.

ยอมให้เจ้าของที่ดินเอาเป็นสิทธิเสียได้ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม สำหรับกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธิในนั้นปลูกสร้างไว้ในที่ดินนั้น ผู้ปลูกสร้างก็ได้ลงทุนทำไปโดยอาศัยสิทธิของตน หากไม่ให้ผู้ปลูกสร้างรื้อไปและถือได้เป็นของตน ย่อมเป็นการขัดขวางมิให้ผู้ปลูกสร้างใช้ที่ดินสมดังสิทธิของเขา หากให้ตกเป็นของเจ้าของที่ดินโดยผู้ที่มีสิทธิในที่ดินจะกล้าก่อสร้างปลูกปลูกลงไปเพื่อความสะดวกในการใช้ที่ดินของตน ท้ายสุดหากเป็นเช่นนั้นการมีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นก็จะไร้ประโยชน์¹⁶

ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบที่ผู้เขียนสนใจและเป็นประเด็นปัญหาอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาคือกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น โดยผู้มีสิทธิในที่ดินได้ใช้สิทธิของตนทำลงไว้ โดยจะพิจารณาว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” ที่ปรากฏในมาตรา 146 นั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร มีความหมายและกินความแค่ไหนเพียงใด แต่ก่อนจะกล่าวถึงสิทธิในที่ดินของผู้อื่นนั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินเป็นการชั่วคราวเสียก่อน เพราะเหตุว่าเป็นข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 เช่นกัน และอาจมีกรณีทับซ้อนกับการพิจารณาเรื่องการปลูกสร้างโดยมีสิทธิได้

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินเพียงชั่วคราว ถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของเรื่องส่วนควบตามมาตรา 146 โดยแท้จริง¹⁷ การพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกปลูกลงในที่ดินในลักษณะใดจะถือได้ว่าเป็นการปลูกสร้างเพียงชั่วคราวนั้น อาจเกิดปัญหาข้อถกเถียงขึ้นในการพิจารณาได้ เพราะเหตุว่า การปลูกสร้างที่ต้องด้วยลักษณะแห่งความเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 นั้นต้องมีการรวมสภาพเข้ากับที่ดิน หากไม่มีการรวมสภาพแล้วย่อมไม่มีกรณีให้ต้องพิจารณาถึงข้อยกเว้นหลักส่วนควบตามมาตรา 146 เลย เพราะไม่เป็นส่วนควบเสียแล้วตั้งแต่ต้น¹⁸ ดังนั้นจะพิจารณาอย่างไรว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่มีลักษณะรวมสภาพตามนัยแห่งมาตรา 144 จะเป็นการปลูกสร้างเพียงชั่วคราวตามนัยแห่งมาตรา 146

¹⁶ ประมุข สุวรรณศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 80-81.

¹⁷ ประมุข สุวรรณศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 66.

¹⁸ ประมุข สุวรรณศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 67. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 82. ; บัญญัติ สุขีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 32-33. ; อานนท์ มาเม้า, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 178.

เมื่อพิจารณาคำอธิบายในทางตำราของไทย เกี่ยวกับเรื่องการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินเพียงชั่วคราวว่าเป็นอย่างไรนั้น มีการอธิบายในทำนองที่ว่า จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป โดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมเป็นเครื่องช่วยในการวินิจฉัย เช่น เป็นการปลูกโรงเรือนขึ้นใช้ในงานเทศกาลประจำปี แม้จะปลูกสร้างอย่างรวมสภาพแต่เมื่อเป็นการปลูกสร้างในงานเทศกาลที่จัดขึ้นชั่วคราวแล้วย่อมไม่เป็นส่วนควบ¹⁹ การปลูกสร้างโดยอาศัยสัญญาเช่าก็อาจถือได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราว เพราะเหตุว่าสัญญาเช่าย่อมมีการสิ้นสุดสัญญา คือมีระยะเวลาจึงถือได้ว่าเป็นการชั่วคราวได้²⁰ การพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนี้มีปัญหาให้ต้องพิจารณาด้วยว่าเจตนาของผู้ปลูกสร้างมีส่วนหรือไม่อย่างไรในการพิจารณาเรื่องการปลูกสร้างเพียงชั่วคราว

ประเด็นปัญหาเรื่องเจตนาของผู้ปลูกสร้างนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงคำพิพากษา ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันในประเด็นเรื่องการปลูกสร้างชั่วคราวว่าจะพิจารณากันอย่างไร คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1380/2532 (ประชุมใหญ่)²¹ และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7340/2542²² จากคำพิพากษาทั้งสองฉบับนี้จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเจตนาของคู่กรณีสามารถเป็นเครื่องชี้ว่า การปลูกสร้างนั้นเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราวหรือไม่²³ แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์

¹⁹ ประมุข สุวรรณศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 67. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 82. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 32-33.

²⁰ ประมุข สุวรรณศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 67.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1380/2532 ไม่ยืนยันเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ปลูกไม้นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 108 วรรคแรก (มาตรา 145 วรรคแรก) แต่ถ้าไม่ยืนยันนั้น ผู้ปลูกมีเจตนาจะปลูกลงในที่ดินชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัดเพียงชั่วคราว ย่อมถือได้ว่าเป็นทรัพย์ที่ติดกับที่ดินเพียงชั่วคราวไม่กลายเป็นส่วนควบของที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 109 (มาตรา 146)

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7340/2542 ต้นยุคาลิปตัสเป็นต้นไม้ที่มีอายุหลายปีโดยสภาพถือว่าเป็นไม้ยืนต้น แม้โจทก์จะอ้างว่าปลูกไว้เพื่อตัดขายเป็นการปลูกลงในพื้นที่ดินเป็นการชั่วคราวแต่ก็ต้องใช้เวลาปลูกนานประมาณ 3 ถึง 5 ปีจึงจะตัดฟันนำไปใช้ประโยชน์ได้ และหลังจากตัดฟันแล้วต่อที่เหลือก็จะแตกยอดเจริญเติบโตขึ้นเป็นลำต้นใหม่ หลังจากนั้นประมาณ 3 ปีก็จะเจริญงอกงามเหมือนเดิม แสดงให้เห็นว่าโจทก์มีเจตนาปลูกต้นยุคาลิปตัสไว้เพื่อใช้ประโยชน์เป็นช่วงระยะเวลานานตลอดไปหาใช้ปลูกแล้วตัดฟันใช้ครั้งเดียวก็สิ้นสุด ต้นยุคาลิปตัสจึงเป็นส่วนควบของที่ดินพิพาท

²³ สมจิตร ทองศรี, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์*, (กรุงเทพมหานคร : กรุณสยาม พับลิชชิ่ง, 2557), น.25.

อานนท์ มาเม้า เห็นว่า การพิจารณาคำว่าเพียงชั่วคราวนั้นควรพิจารณาจากสภาพของทรัพย์โดยใช้มาตรฐานของวิญญูชนทั่วไปในการพิจารณา เพราะข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเป็นส่วนควบเป็นเรื่องเกี่ยวพันกับทรัพย์สินอันส่งผลต่อคนทั่วไป จึงไม่ควรตีความโดยพิจารณาจากเจตนาซึ่งเป็นเรื่องอัตวิสัยส่วนตัวของบุคคล²⁴

2.2 “สิทธิในที่ดิน” ที่ใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น

2.2.1 “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146 มีเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างไร

เพื่อทราบว่าสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 มีเนื้อหาอย่างไร จำต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของมาตรา 146 ในส่วนที่เกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นเสียก่อนว่า ทรัพย์ที่ได้รับการยกเว้นคือทรัพย์ใดบ้าง การใช้สิทธิในลักษณะใดจึงจะได้รับการยกเว้น และผลของการยกเว้นเป็นเช่นไร

1. ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิในทรัพย์โดยหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 146 ส่วนท้าย ทรัพย์ที่ไม่ตกเป็นส่วนควบเนื่องจากปลูกสร้างโดยผู้มีสิทธิในที่ดิน คือโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่มีใช้โรงเรือน (building or other structure) เช่นทางเดินคอนกรีต กำแพง สะพาน เป็นต้น²⁵ หากเป็นทรัพย์อื่นนอกจากจำพวกที่กล่าวมานี้ เช่นไม้ยืนต้น ย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 145 เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 145 วรรค 2 ในกรณีของต้นไม้ นั้น ศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช และพระยาเทพวิฑูรย์ ให้ความเห็นไว้ว่า เรื่องต้นไม้ปกติควรอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 145 วรรคสอง ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 146 อีก ดังนั้นต้นไม้ที่เป็นไม้ยืนต้นจึงเป็นส่วนควบ เว้นเสียแต่ว่าผู้ปลูกเป็นผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1416 เพราะเหตุว่าเมื่อได้แยกก่อสิทธิให้ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินได้เป็นเจ้าของต้นไม้ตามมาตรา 1410 แล้ว ก็ไม่มีเหตุผลอะไรที่จะให้เขาตัดเอาไปไม่ได้ ต้นไม้ที่เป็นไม้ยืนต้นจึงไม่เป็นส่วนควบหากผู้ปลูกทรงสิทธิเหนือพื้นดิน²⁶ แต่มี

²⁴ อานนท์ มาเม้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 177.

²⁵ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 82. ; บัญญัติ สุขีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 32-33. ; อานนท์ มาเม้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 178.

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 84. ; พระยาเทพวิฑูรย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 379.

ความเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์ อานนท์ มาเฝ้า เห็นว่ามาตรา 145 กล่าวถึงต้นไม้แบบทั่วไป หากมีข้อเท็จจริงเจาะจงมายังประเด็นการเพาะปลูกโดยมีสิทธิจึงไม่ควรปรับใช้มาตรา 145 และเห็นว่าสามารถปรับใช้มาตรา 146 โดยผ่านทางมาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ ฉะนั้นการปลูกต้นไม้ลงในที่ดินของผู้อื่นโดยมีสิทธิแล้ว ย่อมถือว่าต้นไม้เป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 146 ประกอบมาตรา 4 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁷

2. การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ต้องเป็นการปลูกสร้างโดยผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ใช้สิทธินั้นปลูกทำลงไว้ จึงจะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 หากเป็นการปลูกสร้างโดยเจ้าของที่ดินเอง หรือโดยบุคคลซึ่งไม่มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นแล้ว โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 144 วรรค 2 นอกจากนั้น แม้การปลูกสร้างจะได้ทำลงโดยผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นก็ตาม แต่หากการปลูกสร้างมิได้เป็นการใช้สิทธิในขอบเขตแห่งสิทธิของตนแล้วก็จะไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 146 เช่น ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิประเภทภาระจำยอมที่จะได้เดินผ่านในที่ดินของผู้อื่น จะใช้สิทธินั้นได้ก็แต่ในการเดิน หรือใช้รถยนต์ผ่านไปมาเท่านั้น หากมีสิทธิที่จะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินที่ใช้เป็นทางเดินนั้นไม่ ถ้าปลูกทำลงไปก็ไม่เรียกว่าเป็นการใช้สิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146²⁸

3. ลักษณะของการปลูกสร้างตามมาตรา 146 หมายถึง การปลูกสร้างที่ทำลงในที่ดิน มิได้หมายความว่าความถึงการปลูกสร้างที่รุกล้ำเข้ามาในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 1312 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁹

4. ผลของการได้รับยกเว้นตามมาตรา 146 ส่วนท้ายคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไม่ถือว่าเป็นส่วนควบของที่ดิน เท่ากับว่าเจ้าของที่ดินไม่ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ การพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะเป็นของผู้ใดนั้น แม้บทบัญญัติในมาตรา

²⁷ อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น. 179.

²⁸ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 83-84. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 35.

²⁹ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 85

146 จะมีได้บัญญัติไว้ชัด แต่ก็เห็นได้จากรูปเรื่องว่ากรรมสิทธิ์ย่อมเป็นของผู้ปลูกสร้างนั่นเอง ผู้ปลูกสร้างจึงอาจจำหน่ายโอนไปได้³⁰

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของข้อยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น โดยผู้มีสิทธิในที่ดินได้ใช้สิทธินั้นทำลงไว้ จะเห็นได้ว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” คือสิทธิที่บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังกล่าว มีเนื้อหาแห่งสิทธิ “ให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง” ในที่ดินของเจ้าของที่ดินได้³¹ และเมื่อพิจารณาผลตามมาตรา 146 ประกอบกับผลทั่วไปของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ในมาตรา 144 จะพบว่า การยกเว้นหลักส่วนควบทำให้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นของเจ้าของที่ดิน กรรมสิทธิ์จึงเป็นของผู้ปลูกสร้าง ดังนี้เห็นว่า เนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่น มีลักษณะเป็นการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต่างหากจากที่ดิน ซึ่งเข้าลักษณะเป็นการก่อสิทธิเหนือพื้นดินตามนัยแห่งมาตรา 1410 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.2 สิทธิเหนือพื้นดิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เพื่อที่จะพิจารณาเปรียบเทียบว่าสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 มีลักษณะเนื้อหาแห่งสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับสิทธิเหนือพื้นดินหรือไม่ จำต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของสิทธิเหนือพื้นดิน ตามมาตรา 1410 ดังจะกล่าวต่อไปนี้

“มาตรา 1410 เจ้าของที่ดินอาจก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินเป็นคุณแก่บุคคลอื่น โดยให้บุคคลนั้นมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนดินหรือใต้ดินนั้น”

³⁰ ประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.85. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 33-34. ; อานนท์ มาเฒ่า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 180. และ ฎ. 2577/2551 จำเลยปลูกสร้างบ้านคอนกรีต 2 ชั้น บนที่ดินที่โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมโดยได้รับอนุญาตจากโจทก์ บ้านหรือโรงเรือนที่จำเลยปลูกสร้างขึ้น แม้ใช้บันไดเพื่อขึ้นชั้นที่ 2 ของอาคารด้วยบันไดเดียวกัน ย่อมไม่ใช่ส่วนควบของที่ดินที่โจทก์มีกรรมสิทธิ์รวมตาม ป.พ.พ. มาตรา 144 โจทก์จึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในบ้านที่จำเลยสร้างขึ้นใหม่ บ้านดังกล่าวยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย

³¹ ประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 83-84. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 35.

จากความในมาตรา 1410 สามารถพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิเหนือพื้นดินได้ดังนี้

1. สิทธิเหนือพื้นดินเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งให้อำนาจแก่ผู้ทรงสิทธิที่จะเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกใดๆ ในที่ดินของผู้อื่น การที่บุคคลใดจะเป็นผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินนั้นมิได้สองกรณี กรณีแรกคือ เจ้าของที่ดินได้ก่อสิทธิเหนือพื้นดินโดยให้บุคคลอื่นปลูกสร้างโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกลงบนที่ดิน และมีข้อตกลงว่าให้ผู้ปลูกสร้างเป็นเจ้าของบรรดาสิ่งปลูกสร้างที่ทำลงบนที่ดินนั้น กรณีที่สองคือ มีโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกอยู่บนที่ดินแล้ว แต่เจ้าของที่ดินได้อนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้นให้บุคคลอื่นกับทั้งยังก่อสิทธิเหนือพื้นดินแก่บุคคลนั้นเพื่อให้ทรัพย์สินเหล่านั้นยังตั้งอยู่บนที่ดินได้³²

2. สิทธิเหนือพื้นดินเป็นสิทธิที่มีขึ้นได้เฉพาะในอสังหาริมทรัพย์ชนิดที่ดินเท่านั้น อสังหาริมทรัพย์ชนิดอื่นๆ ไม่สามารถก่อสิทธิเหนือพื้นดินได้ ต่างจากกรณีการจำยอม สิทธิเก็บกิน การติดพันในอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ในอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นนอกจากที่ดิน³³

3. สิทธิเหนือพื้นดินก่อขึ้นได้โดยเจ้าของที่ดินใช้นิติกรรมเป็นเครื่องมือก่อทรัพย์สินชนิดนี้ขึ้น ให้ผู้ทรงสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูก บนที่ดินหรือใต้ที่ดินของตนได้ บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินเช่นผู้ให้เช่าที่มีใช้เจ้าของที่ดินจะก่อสิทธิเหนือพื้นดินไม่ได้ และจากสภาพของการก่อสิทธิที่เป็นอำนาจของเจ้าของที่ดินที่จะก่อสิทธินี้เอง สิทธิเหนือพื้นดินจึงเกิดได้แต่โดยนิติกรรมเพียงอย่างเดียวเท่านั้น³⁴

เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินก่อขึ้นได้แต่โดยนิติกรรมแล้ว เจ้าของที่ดินจึงสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่นๆ เกี่ยวกับการทรงสิทธิเหนือพื้นดินของบุคคลอื่นได้ เช่นการโอนหรือตกทอดไปซึ่งสิทธิเหนือพื้นดินตามนัยแห่งมาตรา 1411 ระยะเวลาของการทรงสิทธิเหนือพื้นดินตามนัยแห่ง

³² ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 333. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 694. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 347. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 444-445. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วย ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 343.

³³ เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 696. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 347. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 444.

³⁴ ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 333. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 349. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 344.

มาตรา 1412 และมาตรา 1413 หรืออาจกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ได้ หากเงื่อนไขนั้นไม่ต้องห้ามตามกฎหมายย่อมมีผลบังคับได้³⁵ หากต่อมาปรากฏว่าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งเงื่อนไขนั้นเป็นสาระสำคัญในนิติกรรมก่อสิทธิเหนือพื้นดิน หรือละเลยไม่ชำระค่าเช่ากรณีที่ดินนิติกรรมก่อตั้งสิทธิกำหนดเรื่องค่าเช่าไว้ เจ้าของที่ดินย่อมบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินได้ตามนัยแห่งมาตรา 1414

4. เนื้อหาของสิทธิเหนือพื้นดิน คือการให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนที่ดินหรือใต้ที่ดิน หากเจ้าของที่ดินใช้นิติกรรมก่อสิทธิให้เข้ามาเกี่ยวข้องมีอำนาจอย่างอื่น ไม่ได้ให้เข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้างเพาะปลูกบนที่ดินหรือใต้ดินเลย การเข้ามาเกี่ยวข้องกับที่ดินดังกล่าวก็มีใช้สิทธิเหนือพื้นดิน³⁶ แต่หากเจ้าของที่ดินได้ก่อสิทธิเหนือพื้นดินขึ้นตามนัยแห่งมาตรา 1410 แล้ว ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินย่อมสามารถใช้ที่ดินเพื่อเข้าออกโรงเรือน หรือเพื่อเข้าถือเอาประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างนั้นได้ ถือได้ว่าเป็นอุปกรณ์ของสิทธิเหนือพื้นดินประการหนึ่งแม้เจ้าของที่ดินจะมีได้กำหนดลงไว้ในนิติกรรมที่ก่อสิทธิก็ตาม ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิได้ใช้สิทธิได้อย่างสมประโยชน์ตามสมควร³⁷

5. การระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเหนือพื้นดินอาจระงับไปโดยเงื่อนไขที่ปรากฏในนิติกรรมที่ก่อตั้งสิทธิขึ้นเอง เช่นกรณีระงับสิ้นไปเพราะเหตุที่ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินถึงแก่ความตาย โดยนิติกรรมก่อสิทธิมีเงื่อนไขห้ามมิให้มีการรับมรดกในสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1411 กรณีสิ้นระยะเวลาที่ได้กำหนดลงไว้ตามมาตรา 1412 หรืออาจระงับสิ้นไปเพราะคู่กรณีบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1413 หรือเจ้าของที่ดินบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินเพราะเหตุที่คู่กรณีอีกฝ่ายผิดเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญที่ระบุไว้ในเงื่อนไขก่อตั้ง หรือไม่ชำระค่าเช่าสองปีติดต่อกันตามมาตรา 1414³⁸ หรืออาจเป็นกรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังให้สิทธิเหนือพื้นดิน

³⁵ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 346-347.

³⁶ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 697-698. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 445.

³⁷ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 698-699. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 343.

³⁸ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 335-336. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 699-704. ; บัญญัติ สุขีระ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 350-351. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 449-451. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 347-350.

สิ้นผลไปเมื่อเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหลักตามหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมก็เป็นได้ เช่น ให้สิ้นผลไปเมื่อเจ้าของที่ดินโอนขายที่ดินให้กับบุคคลอื่น³⁹

แต่ในกรณีที่โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกสลายไป ไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม หากยังอยู่ในระยะเวลาตามนิติกรรมก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินแล้ว มาตรา 1415 บัญญัติให้สิทธิเหนือพื้นดินไม่สิ้นไปเพราะเหตุดังกล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์แห่งสิทธิในเรื่องสิทธิเหนือพื้นดินคือตัวที่ดิน ไม่ใช่ตัวโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกโดยตรง สิทธิเหนือพื้นดินโดยเนื้อแท้แล้วจึงไม่ใช่เพียงแต่สิทธิที่จะเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง และสิ่งเพาะปลูกเท่านั้น แต่เป็นสิทธิที่จะสามารถปลูกสร้างโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกเป็นของตนเองได้ แม้จะปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น กล่าวคือเมื่อยังมีที่ดินที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิอยู่ก็ยังใช้สิทธิเหนือพื้นดินได้ ดังนั้นแม้โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกเดิมจะสูญสลายไป แต่ก็สามารถสร้างขึ้นใหม่ตามสิทธิของตนที่ยังคงมีอยู่⁴⁰

เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินระงับสิ้นไปแล้วไม่ว่าจะโดยเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในนิติกรรมก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน หรือการบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินเพราะเหตุผิดเงื่อนไขก็ตาม มาตรา 1416 ได้บัญญัติถึงการปฏิบัติต่อโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกไว้โดยชัดเจนดังนี้

“มาตรา 1416 เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นไป ผู้ทรงสิทธิจะรื้อถอนโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกของตนไปก็ได้ แต่ต้องทำให้ที่ดินเป็นตามเดิม

แต่ถ้าเจ้าของที่ดินจะไม่ยอมรื้อถอนไป และบอกเจตนาจะซื้อตามราคาท้องตลาดไซ้ ท่านว่าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะไม่ยอมขายไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร”

เหตุที่กฎหมายยอมให้ผู้ทรงสิทธิรื้อถอนเอาไปได้ สืบเนื่องมาจากความในมาตรา 1410 ที่ให้บุคคลผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนที่ดินหรือใต้ที่ดินของเจ้าของที่ดิน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 146 เรื่องข้อยกเว้นของหลักส่วนควบแล้ว การปลูกสร้างดังกล่าวเป็นการปลูกสร้างโดยผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นจึงไม่ถือว่าเป็นส่วนควบของที่ดิน เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินระงับสิ้นลง มาตรา 1416 จึงบัญญัติอย่างชัดเจนให้รื้อถอนออกไปได้โดยทำให้ที่ดินให้กลับเป็นตามเดิมก่อนมีการปลูกสร้าง⁴¹

³⁹ วริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 348.

⁴⁰ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 337. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 704. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 352.

⁴¹ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 337. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 705-707. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 352-353.

แต่หากเจ้าของที่ดินไม่ยอมให้รื้อถอนโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก ออกไปจากที่ดิน และบอกเจตนาจะซื้อตามราคาท้องตลาด มาตรา 1416 วรรคสอง บัญญัติให้ผู้ทรง สิทธิเหนือพื้นดินต้องขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่เจ้าของที่ดิน ผลทางกฎหมายดังกล่าวเป็นผลจากการให้ ความสำคัญในหลักการและเหตุผลของหลักส่วนควบที่ไม่ต้องการให้โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่ง เพาะปลูกแยกออกไปจากที่ดินจนอยู่ในสภาพเสื่อมคุณค่า ก่อความเสียหายและความสูญเสียทาง เศรษฐกิจตามนัยแห่งมาตรา 144 สิทธิที่จะบังคับซื้อตามมาตรานี้เป็นสิทธิของเจ้าของที่ดินโดยเฉพาะ ไม่ใช่สิทธิของผู้ทรงสิทธิที่จะบังคับขายแก่เจ้าของที่ดิน ดังนั้นหากผู้ปลูกสร้างทิ้งไว้ไม่ยอมรื้อและ เจ้าของที่ดินไม่ประสงค์จะได้ไว้ อาจต้องบังคับการใช้สิทธิทางศาลให้ดำเนินการรื้อถอนออกไป⁴² สิทธิ ในการบังคับซื้อของเจ้าของที่ดินโดยไม่ยอมให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปนี้ หมายถึงเฉพาะกรณีจะมี การรื้อถอนเมื่อสิทธิเหนือพื้นดินระงับสิ้นลง หากเป็นการรื้อถอนในระหว่างที่สิทธิเหนือพื้นดินยังดำรง คงอยู่เจ้าของที่ดินจะใช้สิทธิบังคับซื้อไม่ได้ มาตรา 1416 ยอมให้ซื้อได้เฉพาะเมื่อสิ้นสิทธิและจะมีการ รื้อเอาไปเท่านั้น⁴³

จะเห็นได้ว่า สิทธิเหนือพื้นดินให้อำนาจอย่างชัดเจนในการปลูกสร้างโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นได้ แตกต่างจากทรัพย์สินสิทธิประการอื่นๆ ที่ไม่ได้ให้อำนาจเกี่ยว ด้วยการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นไว้อย่างชัดเจนเช่นมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ ตาม เนื่องจากมาตรา 146 ไม่ได้จำกัดว่าเฉพาะแต่สิทธิเหนือพื้นดินเท่านั้นที่เป็นสิทธิตามนัยแห่ง มาตรา 146 ดังนั้นจึงต้องพิจารณาด้วยว่าทรัพย์สิน และสิทธิอย่างอื่นๆ จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นสิทธิ ในที่ดินตามมาตรา 146 โดยจะขอนำไปพิจารณาในบทที่ 5 ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปรียบเทียบกับลักษณะ ของสิทธิในที่ดินของผู้อื่นที่เป็นข้อยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไปด้วยในตัว

2.2.3. ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 ว่ามีลักษณะเป็น อย่างไรแล้ว ต่อไปจะขอกล่าวถึงความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 ว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร จากการค้นคว้าคำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนพบว่า ใน ระยะแรกมีความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาว่าสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 มี ลักษณะเป็นอย่างไร ดังนี้

1. แนวความเห็นแรก เป็นความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ท่านมีความเห็นว่า “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146 เป็นทรัพย์สินสิทธิ โดยท่านได้ให้ความเห็นว่า

⁴² เฟิงอ้าง.

⁴³ เฟิงอ้าง.

“ข้อยกเว้นสำหรับโรงเรือนหรือการปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ใช้สิทธินั้นปลูกทำลงไว้ในที่ดินนั้น มีปัญหาสำคัญในเบื้องต้นว่า สิทธิของผู้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินหรือเป็นเพียงบุคคล สิทธิตามสัญญาก็ได้ ถ้าเป็นทรัพย์สินก็ไม่มีข้อสงสัย เช่น ตามมาตรา 1416 บัญญัติไว้ชัดว่าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินในที่ดินของผู้อื่น มีสิทธิที่จะรื้อถอนโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างของตนไปได้ แสดงว่าสิ่งเหล่านั้นไม่เป็นส่วนควบที่จะตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดิน เกี่ยวกับสิทธิเก็บกิน (ฎีกา 161/2491, ที่ 370,371/2511 2511 ฎ.413) ถ้าเป็นสิทธิเหนือพื้นดินที่ไม่จดทะเบียน ก็ไม่มีทรัพย์สินบริบูรณ์ที่จะอ้างได้ (ฎีกาที่ 681/2511 2511 ฎ.797) เกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิอาศัย ก็มีบรรทัดฐานเป็นนัยเช่นเดียวกัน (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 792/2474) เพียงแต่ยอมให้คนอื่นปลูกเรือนอยู่ ฎีกาที่ 892/2490 ตัดสินว่าไม่เป็นสิทธิ เรือนเป็นส่วนควบ (ฎีกาที่ 648/2506 2506 ฎ. 1200) แต่ต่อมาศาลตัดสินว่าไม่เป็นส่วนควบ โดยอ้างฎีกา 792/2474 ทั้งๆ ที่ผู้อาศัยมิได้จดทะเบียน (ฎีกาที่ 1856/2512 ฎ.2224, ที่ 860/2515 2515 ฎ.ธ. 728, ที่ 2079/2515 2515 ฎ.ธ.1396, ที่ 2751/2515 2515 ฎ.ธ. 1581) แต่สำหรับการปลูกสร้างที่ผู้เช่าทำลงในพื้นที่ที่เช่า นั้น มีคำพิพากษาฎีกาเช่นที่ 1001/2474, 423/2475, 550/2477, 45/2479 เป็นต้นด้วยหลักในมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) หากจะเป็นการถือว่าผู้เช่าเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน ก็มีเหตุผลที่จะสนับสนุนได้แต่เพียงว่า ในฐานะที่ผู้เช่าเป็นผู้ครอบครองที่ดินของผู้ให้เช่าอยู่นั้น ได้ชื่อว่าเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอย่างหนึ่งเหมือนกัน คือ สิทธิครอบครองยึดถือไว้ เพื่อใช้ประโยชน์ตามสิทธิของตน (ดูมาตรา 1367 คำพิพากษาฎีกาที่ 194/2479) แต่ถ้าเป็นผู้ทรงบุคคล สิทธิเท่านั้น จะเรียกว่ามีสิทธิในที่ดินไม่ได้ เพราะถ้าเป็นบุคคลสิทธิในนี้ ก็เป็นแต่ผูกพันกันเฉพาะตัวคน ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ หาใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่ และล้าพังการเช่าเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินใดๆ (คำพิพากษาฎีกาที่ 377/2478) หากผู้เช่าจะมีทรัพย์สินก็แต่ด้วยการครอบครองเท่านั้น ถึงอย่างไรก็ดี การปลูกสร้างของผู้เช่าบางที่จะถือเลยว่าเป็นการชั่วคราวเข้าในมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) ตอนต้นได้กระมัง (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 162/2477) ปัญหาข้อนี้ศาลถือมาตลอดมาว่าสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าทำลงในพื้นที่ดินโดยการเช่าไม่เป็นส่วนควบ (ฎีกาที่ 643/2592, ที่ 377/2500 2500 ฎ.221, ที่ 1134/2514 2514 ฎ.918, ที่ 203/2515 2515 ฎ.ธ.166) ศาลไม่ใช้มาตรานี้ในกรณีเจ้าของร่วมปลูกเรือนโดยไม่ปรากฏว่าเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) (ฎีกาที่ 1427/2515 2515 ฎ.ธ. 1112)”⁴⁴

2. แนวความเห็นที่สองเป็นความเห็นของศาสตราจารย์ประมวล สุวรรณศรี ท่านมีความเห็นไปในทำนองที่ว่า “สิทธิในที่ดิน” ตามมาตรา 146 เป็นบุคคลสิทธิได้ โดยท่านได้ให้ความเห็นว่า “ข้อสำคัญที่สุดจะต้องพิจารณากันสำหรับข้อยกเว้นเรื่องนี้คือ อย่างไรก็ตามเรียกว่า ผู้มีสิทธิใน

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 82-83.

ที่ดินใช้สิทธินั้นปลูกสร้างไว้ในที่ดิน ที่เรียกว่าสิทธินั้น ได้ทราบแล้วว่ามียู่ 2 อย่าง คือบุคคลสิทธิและทรัพย์สินสิทธิ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การที่ผู้หนึ่งจะใช้สิทธิในที่ดินของอีกผู้หนึ่งได้นั้นอาจทำได้โดยอาศัยทรัพย์สินสิทธิก็ได้ หรืออาศัยบุคคลสิทธิก็ได้ การใช้สิทธิโดยอาศัยทรัพย์สินสิทธินั้นก็เช่น ในกรณีที่บุคคลคนหนึ่งมีสิทธิเหนือที่ดิน ในอันที่จะเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกบนดินหรือใต้ดิน (มาตรา 1410) ในกรณีเช่นนี้ก็เป็นอย่างนั้นว่าการที่ผู้หนึ่งมีสิทธิเหนือที่ดิน ใช้สิทธิเหนือที่ดินนั้นปลูกทำสิ่งใดลงไว้ในที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกนั้นหากกลายเป็นส่วนควบกับที่ดินไปไม่ เข้าข่ายยกเว้นของของมาตรา 146 นี้โดยชัดแจ้ง และมาตรา 1416 ยังบัญญัติต่อไปด้วยว่า ให้ผู้ทรงสิทธินั้นรื้อถอนไปได้

แต่สำหรับการเข้าที่ดินตามธรรมดา โดยผู้เช่าและเจ้าของที่ดินมิได้ก่อให้เกิดสิทธิเหนือที่ดินขึ้น สิทธิที่ผู้เช่าจะมีอยู่ก็เฉพาะตามข้อกำหนดที่มีอยู่ในสัญญาเช่าซึ่งตามธรรมดาถือกันว่าเป็นบุคคลสิทธิ หาใช้ทรัพย์สินสิทธิไม่ฉะนั้นถ้าผู้เช่าใช้สิทธิตามข้อสัญญาเช่านี้ปลูกสร้างสิ่งใดๆ ลงบนที่ดิน จะเข้าบทบังคับให้ไต่ยกเว้นไม่เป็นส่วนควบตามมาตรา 146 ตอนท้ายนี้หรือไม่ ปัญหาเรื่องนี้ยังมีผู้ถกเถียงกันอยู่ ฝ่ายที่เถียงว่าต้องเป็นส่วนควบ ไม่เข้าข้อยกเว้นในมาตรา 146 อ้างว่า คำว่าสิทธิในที่ดิน ตามมาตรา 146 นั้น หมายถึงทรัพย์สินสิทธิเท่านั้น เพราะเป็นสิทธิที่มีที่ดินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ฉะนั้นการที่จะดูว่าสิ่งปลูกสร้างใดเข้าข้อยกเว้นไม่เป็นส่วนควบตามมาตรา 146 นี้จะต้องดูว่าสิทธิของผู้ปลูกสร้างนั้นเป็นทรัพย์สินสิทธิเสียก่อน ส่วนฝ่ายตรงข้ามก็มักจะเถียงว่า คำว่าสิทธิในที่ดินนั้นไม่จำเป็นต้องแปลว่าเป็นทรัพย์สินสิทธิเสมอไป ความหมายตามมาตรา 146 นี้ต้องแปลให้ได้ประโยชน์ตามความยุติธรรม ฉะนั้นเมื่อเจ้าของที่ดินให้สิทธิแก่อีกคนหนึ่งให้ทำการปลูกสร้างสิ่งใดลงไปในที่ดินของตนนั้นแล้ว ก็เรียกได้ว่าผู้ปลูกสร้างนั้นมีสิทธิปลูกสร้างในที่ดินนั้นแล้ว ข้อสำคัญมีเพียงว่า ต้องมีการแสดงออกโดยชัดเจนว่า เจ้าของที่ดินได้ให้สิทธิปลูกสร้างสิ่งนั้นๆ แก่ผู้ปลูกสร้างแล้ว มิใช่เพียงสัญญาเช่าเฉยๆ ซึ่งมาตรา 537 ลักษณะเช่าทรัพย์สินหมายถึงการอนุญาตให้ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินเท่านั้น และมาตรา 558 ยังได้ห้ามการตัดแปลงหรือต่อเติมไว้ด้วย ฉะนั้นถ้าในสัญญาเช่าที่ดินได้ปรากฏในข้อตกลงแน่ชัดว่าเป็นการเช่าเพื่อให้ผู้เช่าทำการปลูกสร้างสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงไปในที่ดินนั้นแล้ว ก็น่าจะถือว่า ผู้เช่านั้นมีสิทธิในที่ดินนั้นในอันที่จะปลูกสร้างสิ่งนั้นๆ ลงในที่ดินได้ เมื่อผู้เช่าได้ใช้สิทธินั้นปลูกทำลงในที่ดินนั้นแล้ว สิ่งปลูกสร้างนั้นก็ไม่ใช่ส่วนควบ เพราะเข้าข้อยกเว้นมาตรา 146 ซึ่งกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นไว้”⁴⁵

สำหรับแนวความเห็นที่สองนี้ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุขีวะ เห็นพ้องด้วย โดยท่านเห็นว่า นอกจากสิทธิเหนือที่ดินที่เป็นทรัพย์สินสิทธิที่มีเนื้อหาให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือน

⁴⁵ ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 68-69.

หรือสิ่งปลูกสร้างแล้ว สิทธิเหนือบุคคลหรือบุคคลสิทธิตามสัญญา คือสัญญาเช่าที่ดินเพื่อปลูกโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ก็ถือได้ว่าเป็นสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 และท่านยังมีความเห็นเพิ่มเติมออกไปเกี่ยวกับบุคคลสิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากสัญญาเช่าที่ดินด้วยว่า สิทธิตามสัญญาอื่นใดที่เจ้าของที่ดินยินยอมให้ผู้อื่นมีสิทธิปลูกสร้างในที่ดินของตน ซึ่งสิทธินั้นอาจบังคับกันได้แล้ว ก็ถือว่ามีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ แต่สิทธิตามสัญญาที่จะถือได้ว่าเป็นสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้นั้น ต้องเป็นสิทธิที่จะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามสัญญาโดยตรง⁴⁶ และยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านเห็นตามแนวความเห็นที่สองที่ว่าสิทธิในที่ดินของผู้อื่นมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิได้⁴⁷

นอกจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับได้ขยายขอบเขตของสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ออกไปในทำนองที่ว่า ความยินยอมของเจ้าของที่ดินให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างก็สามารถถือสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ นักกฎหมายหลายท่านก็ได้ให้คำอธิบายในทางตำราโดยอ้างอิงจากคำพิพากษากลุ่มดังกล่าวว่า การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างเป็นข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบประการหนึ่งด้วย โดยได้อธิบายปะปนกันไปกับกรณีปลูกสร้างโดยอาศัยอำนาจจากบุคคลสิทธิ⁴⁸

ประเด็นเรื่องการปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดิน ผู้เขียนขอกล่าวถึงความเห็นที่น่าสนใจของผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า ที่ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องการปลูกสร้างโดยมีสิทธิ กรณีของความยินยอมในการปลูกสร้างเป็นความเห็นที่สาม โดยท่านเห็นว่า “การสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยมีสิทธิ หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งสร้างโรงเรือนในที่ดินของอีกบุคคลหนึ่งโดยมีความชอบธรรมทางกฎหมายที่ยอมรับว่าผู้สร้างนั้นสามารถสร้างโรงเรือนดังกล่าวได้ การสร้างโดย “มีสิทธิ” จึงเป็นการสร้างที่มีเหตุอันจะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมายได้ว่า มิได้เป็นการ

⁴⁶ บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 34-35.

⁴⁷ อานนท์ มาเม้า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 177-178. ; พระยาเทพวิฑูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 382. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 86-87. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 209-210. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 26-28 ; ศรีราชา วงศารยางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560, น. 52.

⁴⁸ บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 35. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 87-88. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 27-28. ศรีราชา วงศารยางกูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 52.

สร้างที่ละเมิดสิทธิของเจ้าของที่ดิน”⁴⁹ และได้อธิบายรายละเอียดลงไปอีกว่า การสร้างโดยมีสิทธิมีสามประเภท⁵⁰ คือ

ประเภทแรก การสร้างโดยมีทรัพย์สินที่มีเนื้อหาแห่งสิทธิให้อำนาจผู้สร้างในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่น

ประเภทที่สอง การสร้างโดยมีบุคคลสิทธิ ซึ่งสามารถบังคับให้เจ้าของที่ดินต้องยอมให้ผู้ทรงสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินได้ ในลักษณะเป็นหนี้ต่างตอบแทนที่คู่กรณีมีสิทธิหน้าที่ต่อกัน เช่นสัญญาเช่าที่มีข้อสัญญาให้ปลูกสร้าง การยินยอมให้สร้างโรงเรือนต่างดอกเบี้ย และยินยอมให้สร้างในลักษณะเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น นิติสัมพันธ์ดังกล่าวมานี้จึงจากความตกลงของคู่กรณีก่อสิทธิขึ้น

ประเภทที่สาม คือการสร้างโดยได้รับอนุญาตหรือยินยอมโดยให้เปล่า ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินอนุญาตหรือยินยอม ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้บุคคลสามารถสร้างโรงเรือนในที่ดินของเจ้าของผู้นั้นได้ โดยการอนุญาตหรือยินยอมนั้นเป็นการให้ที่ผู้สร้างโรงเรือนไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือมีภาระชดใช้ในทางทรัพย์สินต่อเจ้าของที่ดิน โรงเรือนที่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยได้รับอนุญาตหรือยินยอมดังกล่าว ถือเป็นโรงเรือนที่สร้างโดยมีสิทธิประเภทหนึ่ง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การสร้างโดยมีสิทธิหมายถึงการสร้างที่มีความชอบธรรมทางกฎหมายที่ยอมรับว่าผู้สร้างสามารถสร้างโรงเรือนได้ จึงถือได้ว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของที่ดิน ท่านเห็นว่าการพิจารณาคำว่า “โดยมีสิทธิ” ในที่นี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าฝ่ายเจ้าของที่ดินมีหน้าที่หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาลักษณะของสิทธิโดยทั่วไปที่ต้องมีหน้าที่ประจำอยู่กับสิทธิด้วย⁵¹

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายทั้งสามความเห็นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการเห็นแรกและความคิดเห็นที่สองนั้นไม่ได้ถูกหรือผิดเสียทั้งหมด ส่วนความคิดเห็นที่สามเฉพาะในส่วนที่มีสาระว่า “การสร้างโดยได้รับอนุญาตหรือยินยอมโดยให้เปล่ามีลักษณะเป็นความชอบธรรมทางกฎหมาย ต่างจากการพิจารณาเรื่องสิทธิโดยทั่วไปที่ต้องมีหน้าที่นั้น” ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เพราะเหตุว่าการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินนั้นมีระดับการมุ่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละกรณี จึงไม่สามารถอนุมานได้ว่าความยินยอมจะก่อให้เกิดสิทธิได้ในทุกกรณี

⁴⁹ อานนท์ มาเฝ้า, กรรมสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), 177.

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, น.177-184.

⁵¹ เพิ่งอ้าง, น.177-178.

2.3 ผลของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น

2.3.1 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยช้อยยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา

146

โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยช้อยยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 นั้น ย่อมไม่ถือว่าเป็นส่วนควบของที่ดินที่จะตกได้เป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินตามหลักทั่วไปเรื่องส่วนควบ ดังนั้น ความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยจึงวินิจฉัยว่ากรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นของผู้ปลูกสร้าง ผู้ปลูกสร้างจึงอาจรื้อถอน หรือจำหน่ายจ่ายโอนโดยอาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่งมาตรา 1336 ได้⁵² ไม่ว่าจะรื้อถอนหรือจำหน่ายจ่ายโอนไปขณะที่สิทธิยังดำรงคงอยู่ หรือเมื่อสิทธิในที่ดินของผู้อื่นสิ้นสุดลงแล้ว เพราะเหตุว่า เมื่อถือได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิแล้ว แม้อต่อมาภายหลังสิทธินั้นสิ้นสุดลง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวก็ยังคงสถานะเป็นสิ่งที่เกิดจากการปลูกสร้างโดยมีสิทธิอยู่นั่นเอง เพียงแต่เมื่อสิ้นสิทธิในที่ดินแล้วย่อมต้องรื้อถอนออกไป เพราะเหตุว่าไม่มีสิทธิที่จะดำรงอยู่ในที่ดินต่อไปเท่านั้น⁵³ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงว่าผู้ปลูกสร้างมีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นมีมากมายหลายฉบับด้วยกัน เช่น ฎ.1772/2531, ฎ.3968/2532, ฎ. 3724/2533, ฎ. 5582/2536, ฎ.46/2539, ฎ.882/2544, ฎ.2577/2551, ฎ.2864/2559 เป็นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551 จำเลยปลูกสร้างบ้านคอนกรีต 2 ชั้น บนที่ดินที่โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมโดยได้รับอนุญาตจากโจทก์ บ้านหรือโรงเรือนที่จำเลยปลูกสร้างขึ้น แม้ใช้บันไดเพื่อขึ้นชั้นที่ 2 ของอาคารด้วยบันไดเดียวกัน ย่อมไม่ใช่ส่วนควบของที่ดินที่โจทก์มี

⁵² ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 68. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.85. ; บัญญัติ สุขิวัช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 33-34. ; อานนท์ มาเฒ่า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 179-180.

⁵³ อานนท์ มาเฒ่า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 179-180. (มีความเห็นทางกฎหมายอีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า เมื่อสิทธิในที่ดินหมดสิ้นลงแล้วสิ่งปลูกสร้างที่ทำลงไว้ย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เพราะสิทธิในที่ดินสิ้นไปแล้วผู้ทรงสิทธิจึงไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป : โปรตดู ศรีราชา วงศารยางกูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 54. แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาที่ถูกอ้างอิงในความเห็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการตกเป็นส่วนควบนั้นไม่ใช่เพราะสิ้นสิทธิแต่เป็นเพราะการแสดงเจตนาของคู่กรณีภายหลังสิ้นสิทธิมากกว่า)

กรรมสิทธิ์รวมตาม ป.พ.พ. มาตรา 144 โจทก์จึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในบ้านที่จำเลยสร้างขึ้นใหม่ บ้านดังกล่าวยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างจะทำการรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของตนออกไปจากที่ดิน มีปัญหาให้ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ปลูกสร้างจะต้องคืนที่ดินให้เจ้าของที่ดินในสภาพใด ประเด็นดังกล่าวนี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงเรื่องการคืนการครอบครองตามนัยแห่งมาตรา 1376 ประกอบด้วย

2.3.2 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบ

เมื่อปรากฏว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงตกเป็นส่วนควบของที่ดิน และตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 144 การตกได้แก่เจ้าของที่ดินมีปัญหาให้ต้องพิจารณาด้วยว่า เจ้าของที่ดินจำต้องชดใช้ราคาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างให้แก่ผู้ปลูกสร้างหรือไม่ ต่อประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งได้เป็นสองช่วงด้วยกัน ช่วงแรกคือเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน ช่วงที่สองคือเมื่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นอาจถูกพิจารณาว่าตกกลับเป็นส่วนควบของที่ดิน

2.3.2.1 การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามนัยแห่งมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314

เมื่อบุคคลใดปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่น และการปลูกสร้างนั้นไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 แล้ว แนวความเห็นทางกฎหมายส่วนใหญ่ และแนวคำพิพากษาของไทยวินิจฉัยว่า เมื่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดิน สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของที่ดินจะเป็นอย่างไรจะต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314

“มาตรา 1310 บุคคลใดสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้รู้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือนนั้น ๆ แต่ต้องใช้ค่าแห่งที่ดินเพียงที่เพิ่มขึ้นเพราะสร้างโรงเรือนนั้นให้แก่ผู้สร้าง

แต่ถ้าเจ้าของที่ดินสามารถแสดงได้ว่ามิได้มีความประมาทเลินเล่อ จะบอกปิดไม่ยอมรับโรงเรือนนั้นและเรียกให้ผู้สร้างรื้อถอนไป และทำที่ดินให้เป็นตามเดิมก็ได้ เว้นไว้แต่ถ้าการนี้จะทำไม่ได้โดยใช้เงินพอควรไซ้รู้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินจะเรียกให้ผู้สร้างซื้อที่ดินทั้งหมด หรือแต่บางส่วนตามราคาตลาดก็ได้”

“มาตรา 1311 บุคคลใดสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริตไซ้ร่า่านว่าบุคคลนั้นต้องทำที่ดินให้เป็นตามเดิมแล้วส่งคืนเจ้าของ เว้นแต่เจ้าของจะเลือกให้ส่งคืนตามที่เป็นอยู่ ในกรณีเช่นนี้เจ้าของที่ดินต้องใช้ราคาโรงเรือน หรือใช้ค่าแห่งที่ดินเพียงที่เพิ่มขึ้นเพราะสร้างโรงเรือนนั้น แล้วแต่จะเลือก”

“มาตรา 1314 ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุลอม

แต่ข้าวหรือธัญชาติอย่างอื่นอันจะเก็บเกี่ยวรวงผลได้คราวหนึ่งหรือหลายคราวต่อปี เจ้าของที่ดินต้องยอมให้บุคคลผู้กระทำการโดยสุจริต หรือผู้เป็นเจ้าของที่ดินโดยมีเงื่อนไขซึ่งได้เพาะปลูกลงไว้นั้น คงครองที่ดินจนกว่าจะเสร็จการเก็บเกี่ยวโดยใช้เงินค่านวนตามเกณฑ์ค่าเช่าที่ดินนั้น หรือเจ้าของที่ดินจะเข้าครอบครองในทันทีโดยใช้ค่าทดแทนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ได้”

มาตรา 1310 และมาตรา 1311 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในบรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่า การได้กรรมสิทธิ์ตามหมวดนี้ เป็นการได้มาโดยอาศัยหลักการโดยอยู่เบื้องหลัง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 1308 ถึงมาตรา 1316 จะเห็นได้ถึงลักษณะอันร่วมกันของกลุ่มบทบัญญัตินี้ คือ มีการเกี่ยวเนื่องรวมเข้ากันของทรัพย์สินหลายสิ่ง ดังนั้นความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของไทยจึงเห็นไปในทางเดียวกันว่า เป็นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ ดังนั้นการที่จะพิจารณามาตรานี้เหล่านี้ได้ จะต้องได้ความว่าทรัพย์สินนั้นเป็นส่วนควบเสียก่อน หากไม่เป็นส่วนควบแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตราเหล่านี้เลย⁵⁴

ด้วยเหตุที่บทบัญญัติว่าด้วยการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 มิได้บัญญัติว่าบุคคลผู้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินส่วนควบจะต้องขอใช้เป็นประการใดต่อเจ้าของทรัพย์สินเดิม และเนื่องจากการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบมีลักษณะเป็นการรับทรัพย์สินโดยผลของกฎหมาย จึงเกิดผลเสียหายตกแก่เจ้าของทรัพย์สินเดิม ผู้บัญญัติกฎหมายจึงเห็นว่าหากปล่อยให้มีการได้ไปเปล่าๆ โดยไม่บัญญัติถึงการขอใช้ทดแทนการได้มาเลย ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

⁵⁴ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 138. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 61,193-194, 201. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.139,143. ; พระยาเทพวิฑูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 368. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 88, 169,175. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 111.; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 210,213. ; อานนท์ มาเม้า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, น..142-143.

แก่เจ้าของทรัพย์ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักเหตุผลว่า ไม่ควรให้ผู้ใดได้อะไรของเขาไปเปล่าๆ⁵⁵ ซึ่งข้อความคิดในเรื่องนี้มีฐานมาจากหลักการในเรื่องลามิควรได้ บทบัญญัติมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 จึงมีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในกรณีที่เจ้าของที่ดินได้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไป

ก่อนที่จะพิจารณาลงไปในรายละเอียดของมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น นั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงลักษณะอันร่วมกันและพึงพิจารณาไปพร้อมกันได้ของมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ดังนี้

1. กรณีที่จะนำมาตรา 1310 มาตรา 1311 หรือมาตรา 1314 มาปรับใช้นั้น จะเกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลนำเอาสัมภาระไปปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น โดยการปลูกสร้างนั้นเป็นการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างขึ้นใหม่ทั้งหมด ไม่ใช่เป็นเพียงการต่อเติมโรงเรือนเดิม หรือสิ่งปลูกสร้างเดิมที่มีอยู่แล้ว⁵⁶ คำว่าโรงเรือนที่ปรากฏในมาตรา 1310 และมาตรา 1311 นี้ หมายถึงสิ่งปลูกสร้างที่มนุษย์อาจเข้าอยู่อาศัยหรือเข้าใช้สอยได้ เช่น อาคาร บ้านเรือน โรงงาน อาคารสำนักงาน ห้างสรรพสินค้า ร้านค้า โรงเพาะชำ เป็นต้น⁵⁷

2. แม้การปลูกสร้างโรงเรือนตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 จะเป็นกรณีที่บุคคลนำเอาสัมภาระไปปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นเหมือนกัน แต่ความแตกต่างระหว่างทั้งสองมาตรานี้คือความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง ซึ่งให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน คำว่า“โดยสุจริต”ตามนัยมาตรา 1310 นั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยและคำอธิบายของนักกฎหมายหลายท่านเห็นตรงกันว่า หมายถึงกรณีที่ผู้ปลูกสร้างไม่รู้ว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่น หรือเข้าใจว่าตนมีสิทธิปลูกสร้างทำลงไว้ได้ทั้งๆ ที่ความจริงไม่มีสิทธิเช่นนั้น⁵⁸ โดยความไม่รู้หรือความเข้าใจว่ามีสิทธิทำ

⁵⁵ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 141,144. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 194. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 209.

⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 200. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.143. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 215. ; อานนท์ มาเมาะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49*, น..147.

⁵⁷ อานนท์ มาเมาะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49*, น.147.

⁵⁸ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 139. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 202-203. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.144. ; มานิตย์ จุมปา,

ลงได้ที่จะถือได้ว่าเป็นความสุจริตนี้ มิใช่เป็นเพียงสิ่งที่ผู้ปลูกสร้างทักทักไปเอง แต่ต้องเป็นความไม่รู้หรือเข้าใจที่เกิดขึ้นจากปัจจัยสนับสนุนที่มีเหตุผลเพียงพอจนถึงขนาดสนับสนุนให้เกิดความไม่รู้ หรือความเข้าใจว่ามีสิทธิปลูกสร้าง เช่น ที่ดินดังกล่าวอยู่ติดริมป่าและมีลักษณะรกร้างมากจนไม่คาดว่ามีผู้อื่นถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น หรือเป็นกรณีที่มีประเพณีแห่งท้องถิ่นยอมให้ปลูกสร้างได้ แล้วผู้ปลูกสร้างเข้าใจไปว่าตนมีสิทธิในเช่นกัน เช่นกรณีที่มีประเพณีแห่งท้องถิ่นยอมให้ฝ่ายเจ้าบ่าวปลูกสร้างโรงเรือนลงในที่ดินของฝ่ายเจ้าสาวได้ แต่ผู้ปลูกสร้างต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าที่ดินมีสภาพรกร้าง หรือมีประเพณีเช่นนั้นจริง⁵⁹ ดังนั้นคำว่า “โดยไม่สุจริต” ตามมาตรา 1311 ย่อมมีความหมายตรงกันข้ามกับความสุจริตตามมาตรา 1310 กล่าวคือ ปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นโดยรู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่น หรือปลูกสร้างโดยควรจะรู้ว่าที่ดินเป็นของผู้อื่น แต่ด้วยความประมาทเลินเล่อของตนจึงไม่รู้และได้สร้างโรงเรือนลงในที่ดินนั้น⁶⁰

เมื่อพิจารณาการตีความคำว่า “โดยสุจริต” หรือ “โดยไม่สุจริต” ตามนัยมาตรา 1310 และมาตรา 1311 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง กล่าวคือมีความมุ่งหมายถึงความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งความไม่มีสิทธิหรือเสื่อมสิทธิ หรือ ความเชื่อว่าตนมีสิทธิที่จะกระทำการสิ่งนั้นได้ โดยคิดว่าตนมีความชอบธรรมที่จะทำได้ ซึ่งต่างจากความสุจริตตามนัยแห่งมาตรา 5, มาตรา 6, มาตรา 186, มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักสุจริตทั่วไปที่แฝงอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีความหมายกว้างกว่าความรู้หรือไม่รู้ มีลักษณะเป็นมาตรฐานที่สังคมมุ่งหวังให้คู่กรณีปฏิบัติต่อกัน จึงต้องพิจารณาลงไปในเนื้อหาตามแต่กรณี ฐานะ ลักษณะแห่งนิติสัมพันธ์ และพฤติการณ์แวดล้อมระหว่างคู่กรณี มิใช่เพียงแต่ความรู้หรือไม่รู้เท่านั้น⁶¹

อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 174. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 117. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 210.

⁵⁹ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 139. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 210-211.

⁶⁰ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 139. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 202-203. ; บัญญัติ สุขิระ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.144. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 174. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 117.

⁶¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น. 87-89.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 คำว่า "สุจริต" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1310 นั้น มีความหมายว่าผู้ปลูกสร้างได้ปลูกสร้างโรงเรือนลงในที่ดินโดยไม่ทราบว่าเป็นที่ดินของผู้ใดแต่เข้าใจว่าเป็นที่ดินของตนเองและเชื่อว่าตนมีสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินนั้นโดยชอบ⁶²

การพิจารณาความสุจริตของผู้ปลูกสร้างนี้ มีจุดเริ่มต้นในการพิจารณา คือตั้งแต่ช่วงเวลาแรกที่เริ่มทำการปลูกสร้างจนถึงเวลาที่มีการปลูกสร้างสำเร็จเสร็จลง หากในระหว่างระยะเวลาที่ผู้ปลูกสร้างอยู่ในฐานะสุจริต แม้ภายหลังทราบว่าที่ดินนั้นเป็นของบุคคลอื่นและตนไม่มีสิทธิที่จะปลูกสร้างได้ ผู้ปลูกสร้างก็ยังคงสถานะปลูกสร้างโดยสุจริตอยู่ แต่หากผู้ปลูกสร้างรู้ว่าที่ดินนั้นเป็นของบุคคลอื่นในระหว่างก่อสร้างไปได้ครึ่งหลังแต่ยังขึ้นทำต่อไปจนเสร็จ ผู้ปลูกสร้างย่อมตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตนับแต่นั้น⁶³

ต่อไปจะกล่าวถึงรายละเอียดเฉพาะของมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ดังต่อไปนี้

มาตรา 1310 บัญญัติว่า กรณีที่มีบุคคลเข้ามาปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต ให้เจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือน แต่จะต้องใช้ค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้างโรงเรือนนั้นให้แก่ผู้ปลูกสร้าง ค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นนี้คือ ส่วนที่เป็นलगงอกเพิ่มพูนขึ้นแก่มูลค่าของที่ดินเพราะเหตุที่มีโรงเรือนปลูกสร้างบนที่ดิน ไม่ใช่ต้นทุนหรือค่าสมภาระที่ใช้ในการปลูกสร้างโรงเรือน โดยค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นนี้ย่อมคิดคำนวณได้โดยตั้งเกณฑ์ว่าก่อนมีโรงเรือนที่ดินเดิมมี

⁶² คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นถึงการตีความเรื่องการปลูกสร้างโดยสุจริตอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างกับแนวการตีความเรื่องความสุจริตในคำพิพากษาก่อนๆ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2435/2523 ที่ตีความว่าการปลูกสร้างโดยสุจริตหมายถึงการรวมถึงการปลูกสร้างโดยรู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่นแต่ปลูกสร้างโดยเข้าใจว่าตนมีสิทธิสร้างได้ทั้งๆที่ความเป็นจริงไม่มีสิทธิด้วย โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 ได้กล่าวถึงเฉพาะกรณีไม่รู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่นเท่านั้น และโปรดดู อานนท์ มาเฝ้า, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 51, น.149,169.

⁶³ บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4, น.144. มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 9, น. 175. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 23, น. 117. ; อานนท์ มาเฝ้า, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 49, น.151.

มูลค่าเท่าใด และเมื่อมีโรงเรือนปลูกสร้างลงแล้วมูลค่าเพิ่มขึ้นหรือไม่เพียงใด เมื่อนำราคาเดิมหักด้วยราคาใหม่แล้วก็จะได้ค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นและต้องใช้ค่านั้นแก่ผู้ปลูกสร้าง⁶⁴

แต่หากเจ้าของที่ดินสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีความประมาทเลินเล่อในการปล่อยปละละเลยให้มีการปลูกสร้าง หรือทำให้เขาหลงเข้าใจผิดประการใดจนเข้ามาปลูกสร้างโรงเรือนโดยสุจริตตามความในวรรคแรก เช่น แสดงได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะแจ้งให้บุคคลอื่นทราบได้ว่าที่ดินนั้นเป็นของตน ดังเช่นการล้อมรั้ว ปิดป้ายเตือน เมื่อนำสืบได้เช่นนี้มาตรา 1310 วรรคสองเพิ่มทางเลือกให้แก่เจ้าของที่ดินในการบอกปิดไม่ยอมรับโรงเรือนนั้น แล้วเรียกให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปและทำที่ดินให้เป็นไปตามเดิมโดยค่าใช้จ่ายของผู้ปลูกสร้างก็ได้⁶⁵ เหตุที่กฎหมายบัญญัติทางเลือกให้เจ้าของที่ดินก็เพราะว่า ในบางกรณีโรงเรือนที่ผู้สุจริตปลูกสร้างลงนั้นอาจไม่เป็นที่พึงประสงค์แก่เจ้าของที่ดิน หรือขัดกับประโยชน์ใช้สอยของเจ้าของที่ดินได้ เช่น ที่ดินแปลงนั้นเจ้าของที่ดินต้องการทำสวนดอกไม้ แต่ผู้สุจริตเข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนอยู่อาศัย ดังนี้เป็นต้น แต่กฎหมายก็ได้กำหนดเงื่อนไขการบังคับให้รื้อถอน คือเจ้าของที่ดินต้องนำสืบถึงความไม่ประมาทเลินเล่อของตนด้วย⁶⁶

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ปลูกสร้างจะนำสืบถึงความไม่ประมาทเลินเล่อของตนได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การเรียกให้รื้อถอนออกไปและทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิมนั้นทำไม่ได้ โดยใช้เงินพอควร เช่น โรงเรือนนั้นปลูกสร้างอย่างใหญ่โต และการรื้อถอนจะทำให้ผู้ปลูกสร้างสูญเสียเงินไปมากกว่าราคาที่ดินนั้น เจ้าของที่ดินอาจเรียกให้ผู้สร้างซื้อที่ดินทั้งหมดหรือบางส่วนตามราคาตลาดก็ได้⁶⁷ แต่หากผู้สร้างไม่ยอมซื้อที่ดิน ผู้ปลูกสร้างก็ต้องดำเนินการรื้อถอนโรงเรือนออกไปโดยใช้เงินเกิน

⁶⁴ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 141. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 204. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.144. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 174. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 211.

⁶⁵ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 141. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 204. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.145. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 175. ; อานนท์ มาเม้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49*, น.158.

⁶⁶ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 142.

⁶⁷ ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 142. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 205. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.145. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 176. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 120.

สมควร⁶⁸ สิทธิในการเรียกให้ซื้อที่ดินนี้เป็นสิทธิของเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินจะเลือกใช้หรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ แม้ข้อเท็จจริงจะก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกให้ผู้สร้างโรงเรือนซื้อที่ดิน เจ้าของที่ดินยังสามารถเลือกที่จะชำระราคาตามความในวรรคแรกแทนการเรียกให้ซื้อที่ดินได้⁶⁹ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าของที่ดินจงใจไม่ใช้สิทธิเรียกให้ซื้อที่ดินทั้งๆ ที่ต้องด้วยกรณีตามความในมาตรา 1310 ส่วนท้าย กับทั้งผู้ปลูกสร้างแสดงความประสงค์จะรับซื้อที่ดินไว้ แต่เจ้าของที่ดินเรียกให้รื้อถอนออกไปสถานเดียวเพื่อกลับแล้งให้ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตต้องเสียค่าใช้จ่ายเกินสมควรในการรื้อถอน ดังนี้เห็นได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้

มาตรา 1311 บัญญัติผลในทางตรงกันข้ามกับมาตรา 1310 กล่าวคือ บุคคลผู้ปลูกสร้างโรงเรือนโดยไม่สุจริตต้องทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิมแล้วส่งคืนเจ้าของ ดังนั้นผู้ปลูกสร้างจึงต้องรื้อโรงเรือนออกไปและทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของตน เจ้าของที่ดินไม่จำต้องรับเอาโรงเรือนไว้ แม้ว่าการรื้อถอนนั้นจะใช้เงินเกินควรก็ตาม ผู้ปลูกสร้างจำต้องรับภาระนั้น เพราะเหตุว่าตนรู้อยู่แล้วว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่นยังทำการปลูกสร้างลงไป⁷⁰

ในกรณีผู้ปลูกสร้างไม่สุจริตนี้ เจ้าของที่ดินอยู่ในฐานะได้เปรียบ กล่าวคือจะบังคับให้รื้อถอนออกไปก็ได้ หรือจะเลือกรับเอาโรงเรือนนั้นไว้ก็ได้ ผู้ปลูกสร้างจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะรื้อเอาโรงเรือนไปได้เองโดยพลการ จำต้องกระทำตามความคิดอ่านของเจ้าของที่ดินว่าจะเลือกอย่างไร ในกรณีที่เจ้าของที่ดินแสดงความประสงค์จะรับโรงเรือนไว้ เจ้าของที่ดินก็ยังมีทางเลือกที่จะใช้ค่าทดแทนที่น้อยกว่า ต่างจากกรณีตามนัยแห่งมาตรา 1310 ที่มีค่าทดแทนเพียงสถานเดียว การใช้ค่าทดแทนตามมาตรา 1311 นี้ เจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกที่จะใช้ราคาโรงเรือน หรือค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการสร้างโรงเรือนก็ได้ตามแต่จะเลือก สิทธิในการเลือกนี้เป็นสิทธิของเจ้าของที่ดินแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้ปลูกสร้างจะไม่ยอมรื้อถอนไปและบังคับให้เจ้าของที่ดินใช้ราคาโรงเรือนไม่ได้⁷¹

⁶⁸ บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.146. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 211.

⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 205. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 176.

⁷⁰ ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 143. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 208. ; มานิตย์ จุมปา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 176.

⁷¹ ประมูล สุวรรณศร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 143-144. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 208. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.148. ; สมจิตร ทองศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 121. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 212-213.

มาตรา 1314 บัญญัติให้นำมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1313 มาใช้บังคับแก่การก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุโลม โดยผู้เขียนขอล่าวถึงกรณีของมาตรา 1310 และมาตรา 1311 ซึ่งตรงกับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนให้ความสนใจ กรณีตามมาตรา 1314 นี้ ใช้บังคับกับสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่มีใช้โรงเรือน เช่น สะพาน กำแพง ทางเดิน เป็นต้น และยักรวมถึงต้นไม้และธัญชาติอีกด้วย⁷² ดังนั้นในกรณีบุคคลเข้าปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นนอกจากโรงเรือน เช่น ทางเดิน ถังกักเก็บน้ำ หรือกำแพง ในที่ดินของผู้อื่น หากเป็นปลูกสร้างโดยสุจริต สิทธิและหน้าที่ของผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินย่อมบังคับตามมาตรา 1310 โดยอนุโลม แต่หากปลูกสร้างโดยไม่สุจริต สิทธิและหน้าที่ของผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินย่อมตามมาตรา 1311 โดยอนุโลมเช่นกัน

2.3.2.2 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยข้อยกเว้นไม่ถือว่าเป็นส่วนควบ จะตกกลับเป็นส่วนควบภายหลังได้หรือไม่

การพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้รับยกเว้นไม่ถือว่าเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 146 จะตกกลับมาอยู่ในสถานะของความเป็นส่วนควบอีกได้หรือไม่อย่างไรนั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจพิจารณาได้สองทางด้วยกัน ทางแรกคือเกิดจากการปรับบทมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ในฐานะเป็นบทกฎหมายพิเศษ อีกทางหนึ่งคือเกิดจากการแสดงเจตนาของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนควบในตอนแรกตกกลับเป็นของเจ้าของที่ดิน ดังนี้

1. การปรับบทมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ในฐานะเป็นบทกฎหมายพิเศษนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สืบเนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงที่ดินของผู้อื่นนั้นถูกบัญญัติแยกจากกันเป็นสองส่วน ส่วนแรกปรากฏอยู่ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์ มาตรา 144 โดยมีข้อยกเว้นคือมาตรา 146 ดังที่ได้พิจารณากันมาแล้วในข้อ 2.1 และ 2.2 อีกส่วนหนึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 4 ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ มาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ดังนั้นจึงเกิดประเด็นให้พิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 เป็นบทบัญญัติที่ทำหน้าที่ขยายความบทบัญญัติในเรื่องส่วนควบตามมาตรา 144 หรือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบท

⁷² ประมูล สุวรรณสร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 151. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 215. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.155. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 174. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 132-133.

กฎหมายพิเศษ ซึ่งจะใช้บังคับก่อนบทบัญญัติทั่วไป (*Specialls generalebus*) กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 อยู่ในบรรพ 4 ทรัพย์สิน ส่วนบทบัญญัติมาตรา 144 ถึงมาตรา 146 อยู่ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ดังนั้นบทบัญญัติในบรรพ 4 จึงเป็นบทบัญญัติพิเศษ ส่วนบทบัญญัติในบรรพ 1 เป็นบทบัญญัติทั่วไป⁷³ การพิจารณาความเป็นส่วนควบตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 จึงแยกเป็นพิเศษจากมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 ได้

ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ ได้กล่าวไว้แล้วข้างในคราวพิจารณาข้อ 2.3.2.1 โดยความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเห็นตรงกันว่า การพิจารณาว่าทรัพย์ใดจะตกเป็นส่วนควบหรือไม่ ต้องพิจารณาตามมาตรา 144 ถึงมาตรา 146 เป็นหลัก โดยเมื่อทรัพย์ตกเป็นส่วนควบแล้ว ผู้ที่เคยเป็นเจ้าของทรัพย์ซึ่งตกเป็นส่วนควบจะมีสิทธิได้ค่าทดแทนอย่างไร และลักษณะแห่งการรวมสภาพเป็นส่วนควบนั้นอาจเกิดมีผลที่แตกต่างกันได้ในกรณีอย่างใด มีบัญญัติไว้โดยละเอียดอีกส่วนหนึ่งในบรรพ 4 ตั้งแต่มาตรา 1308 ถึงมาตรา 1316 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในบรรพ 4 ส่วนใดที่กล่าวถึงการที่เจ้าของทรัพย์ประธานได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนควบ ย่อมเป็นผลจากหลักทั่วไปในมาตรา 144 ถึงมาตรา 146⁷⁴ ดังนั้นเมื่อพิจารณามาตรา 144 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปว่าด้วยการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ ประกอบกับมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งบัญญัติถึงการได้กรรมสิทธิ์ในกรณีที่มีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินซึ่งอาศัยหลักส่วนควบเท่านั้นจะเห็นได้ว่า เมื่อเป็นกรณีส่วนควบของที่ดินแล้วบทบัญญัติเรื่องส่วนควบตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ย่อมมีฐานการพิจารณาจากมาตรา 144 จึงอาจมีกรณีที่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 145 หรือมาตรา 146 ซึ่งเป็นเรื่องข้อยกเว้นมิให้ถือว่าเป็นส่วนควบของที่ดินได้เช่นกัน⁷⁵ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมเกิดผลว่า โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างใดหากไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาไปถึงมาตรา 1310 หรือ มาตรา 1311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ กล่าวคือต้องเป็นส่วนควบ

⁷³ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น. 131.

⁷⁴ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 138. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 61,193-194, 201. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.139,143. ; พระยาเทพวิฑูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 368. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 88, 169,175. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 111. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 210,213. ; อานนท์ มาเม้า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, น.142-143.

⁷⁵ เพ็งอ้าง.

ตามนัยแห่งมาตรา 144 ก่อน แล้วจึงจะพิจารณาว่าเจ้าของที่ดินจะต้องจ่ายเงินค่าส่วนควบนั้นตามมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 หรือไม่⁷⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2210/2526 ... จำเลยปลูกสร้างโรงเรือนลงในที่ดินซึ่งเช่าจากโจทก์ แม้จะปลูกสร้างโดยสุจริต ก็เป็นการปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยมีสิทธิโรงเรือนนั้นไม่กลายเป็นส่วนควบของที่ดิน และมีใช้เป็นการสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1310...

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544... จำเลยที่ 1 ได้ปลูกบ้านในที่ดินพิพาทโดยทราบที่ดินพิพาทเป็นของ ส. และได้ขออนุญาต ส. ปลูกบ้าน จึงไม่ทำให้บ้านตกเป็นส่วนควบของที่ดิน จำเลยที่ 2 เป็นภริยาจำเลยที่ 1 เข้าอยู่อาศัยในบ้านกับจำเลยที่ 1 ด้วย ดังนั้นจำเลยทั้งสองจะอ้างว่าได้ปลูกสร้างบ้านในที่ดินพิพาทโดยสุจริตและบังคับให้โจทก์ซึ่งเป็นทายาทของ ส. รับเอาบ้านแล้วใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นให้จำเลยทั้งสองตาม ป.พ.พ. มาตรา 1310 วรรคหนึ่ง มิได้ สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินตามบทบัญญัติ ป.พ.พ. มาตรา 1310 วรรคสอง มิได้เฉพาะกรณีที่ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินได้กระทำไปโดยสุจริตเท่านั้น ส่วนกรณีเจ้าของที่ดินแม้ประมาทเลินเล่อไม่ห้ามปรามขัดขวางมิให้ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดิน ก็ไม่มีผลที่ผู้ปลูกสร้างจะอ้างเอาประโยชน์ตามบทบัญญัติมาตรา 1310 วรรคสอง แห่ง ป.พ.พ. ได้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาว่ามาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 เป็นบทกฎหมายพิเศษซึ่งจะใช้บังคับก่อนบทบัญญัติทั่วไป (Specialls generalebus) แล้ว ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นก็คือ การพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะเป็นของเจ้าของที่ดินหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบรรพ 4 โดยตรง ดังนั้นแม้กรณีที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 ซึ่งยกเว้นผลของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบตามมาตรา 144 ซึ่งบททั่วไปได้ ก็อาจจะถูกพิจารณาว่าตกเป็นของเจ้าของที่ดินได้ตามบทบัญญัติในบรรพ 4

คำอธิบายเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่บ้างในคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินที่ดินหรือโรงเรือนเป็นการชั่วคราว ซึ่งเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 146 อีกประการหนึ่ง ซึ่งเมื่อพิจารณาเนื้อความตามนัยแห่งมาตรา 146 แล้วอาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่เป็นหลักใหญ่ของมาตรา 146 เสียด้วยซ้ำ โดยการปรับบทในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการบุกรุกเข้าไปสร้างทรัพย์สินที่ดินนั้นเพียงชั่วคราว แม้ไม่ตกเป็นส่วนควบตามมาตรา 146

⁷⁶ เพิ่งอ้าง.

เพราะเป็นการปลูกสร้างชั่วคราว แต่อาจอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 1311 ได้⁷⁷ ผลที่เกิดขึ้นคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นอาจถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนควบได้ตามนัยแห่งมาตรา 1311 เพราะเหตุที่ว่าเจ้าของที่ดินสามารถเลือกให้สิ่งค้ำที่ดินในสภาพเดิมพร้อมโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ และจากความเห็นในการปรับใช้มาตรา 1311 นี้เอง เห็นได้ว่าหากมีการเข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นเป็นการชั่วคราวแต่เข้าไปโดยสุจริตก็ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 1310 ได้

นอกจากนั้นเมื่อ พิจารณาความในมาตรา 1314 ซึ่งอนุโลมมาตรา 1310 มาตรา 1311 มาใช้บังคับการก่อสร้างใดๆ ที่ติดที่ดิน และการเพาะปลูกต้นไม้แล้ว ยังได้มีการกล่าวถึงเรื่องการเพาะปลูกธัญชาติด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วธัญชาติไม่ถือเป็นส่วนควบของที่ดิน ตามนัยแห่งมาตรา 145 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักส่วนควบประการหนึ่ง

“มาตรา 145 ไม่ย่นต้นเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ไม่ขึ้นขึ้นอยู่

ไม่ล้มลูกหรือธัญชาติอันจะเก็บเกี่ยวรวงผลได้คราวหนึ่งหรือหลายคราวต่อปีไม่เป็นส่วนควบกับที่ดิน”

ดังนั้นเมื่อเราพิจารณากฎอนุโลมหลักการตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 มาใช้กับเรื่องธัญชาติ ผลทางกฎหมายก็คือธัญชาตินั้นอาจตกเป็นของเจ้าของที่ดินได้ หากเจ้าของที่ดินเลือกดำเนินการภายในบังคับแห่งมาตรา 1314 วรรคสอง จึงเป็นกรณีที่ทำให้เห็นได้ว่า

⁷⁷ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 84-85. (ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายการปรับบทลักษณะนี้ในกรณีที่มีการบุกรุกเข้าไปสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นการชั่วคราว แต่ท่านได้อธิบายไปในทางตรงข้ามในคราวอธิบายการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบในบรรพ 4 หน้า 201 โดยท่านเห็นว่ากรการบุกรุกเข้าไปสร้างทรัพย์สินติดที่ดินเป็นการชั่วคราวไม่อยู่ในบังคับมาตรา 1311 เพราะเหตุว่า เมื่อได้รับยกเว้นตามมาตรา 146 ไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินแล้วจึงเป็นกรณีอยู่นอกวงเขตบังคับของมาตรา 144 วรรคสอง จะใช้มาตรา 1310 ถึงมาตรา 1315 มาบังคับไม่ได้ จึงยังไม่แน่ชัดว่าสุดท้ายแล้วท่านมีความเห็นอย่างไร แต่ผู้เขียนขอแสดงความเห็นของท่านมากล่าวไว้เพื่อชี้ให้เห็นว่า หากจะปรับบทมาตรา 1311 อย่างบทกฎหมายพิเศษแล้ว มีนักกฎหมายเห็นเป็นอย่างไบบ้าง) ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.33. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.26.

หากบทบัญญัติในบรรพ 4 บัญญัติไว้แตกต่างกับบทบัญญัติในบรรพ 1 ก็จะต้องบังคับตามบทบัญญัติพิเศษ คือมาตรา 1314⁷⁸

จากความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนชั่วคราว และการเพาะปลูกธัญชาติข้างต้น จะถือได้หรือไม่ว่าการพิจารณาความเป็นส่วนควบของทรัพย์ตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 146 ต่อประเด็นดังกล่าวนี้มีความเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจและวิเคราะห์ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นดังต่อไปนี้

ในประเด็นเรื่องบทกฎหมายพิเศษ (*Specialls generalebus*) ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ในส่วนของพิจารณาการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่จะอยู่ในบังคับมาตราเหล่านี้จะต้องตั้งอยู่บนฐานคิดในเรื่องส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 คือจะต้องเป็นส่วนควบตามหลักทั่วไปเสียก่อน เมื่อทรัพย์ตกเป็นส่วนควบแล้วจะมีปฏิบัติต่อกันอย่างไรระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างจึงค่อยมาพิจารณาบทบัญญัติในบรรพ 4 ซึ่งในส่วนของกรปฏิบัติระหว่างกันนี้เองที่ท่านเห็นว่าเป็นบทกฎหมายพิเศษที่บัญญัติผลทางกฎหมายเพิ่มเติมจากหลักในมาตรา 144 ที่มีได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องใช้ราคากันหรือไม่อย่างไร⁷⁹ ดังนั้นเมื่อกรณีต้องด้วยมาตรา 146 แล้ว ก็ไม่อาจที่จะปรับบทด้วยมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ได้อีก แม้ว่าถ้อยคำว่า “การปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยมิสิทธิ” นี้ จะอยู่ในขอบเขตของถ้อยคำว่า “บุคคลใดเข้าปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น” ซึ่งเป็นองค์ประกอบของมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ก็ตาม⁸⁰

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า จึงเห็นว่าการปรับบทมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 เข้ากับกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยมิสิทธิเป็นการปรับบทที่ไม่ถูกต้อง⁸¹ และยังได้พิจารณาต่อไปด้วยว่าการปรับบทในลักษณะนี้จะเกิดผลอย่างไร ดังนี้

⁷⁸ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 202. ; บุญญติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.155-156. ; มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 189. ; สมจิตร ทองศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 133. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 214-215.

⁷⁹ อานนท์ มาเฝ้า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, น.142-143, 145-146.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น.184-185.

⁸¹ เพิ่งอ้าง, น.185.

การปรับบทมาตรา 1310 เข้ากับกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยมิสิทธิ อาจเกิดขึ้นเพราะการให้เหตุผลว่า การที่ผู้ปลูกสร้างเข้าไปสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยมิสิทธิ มีลักษณะเป็นการสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 1310 และเมื่อปรากฏว่าเป็นการสร้างโรงเรือนเพราะเหตุที่เจ้าของที่ดินมอบสิทธิให้ ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริต เพราะเหตุว่าหากผู้ปลูกสร้างไม่สุจริตก็คงบุกรุกเข้ามาสร้างโดยไม่จำเป็นต้องรอให้ได้รับสิทธิจากเจ้าของที่ดิน⁸² แต่อย่างไรก็ตามการให้เหตุผลเช่นนี้อาจเกิดปัญหาตามมาได้ว่า ผู้สร้างโรงเรือนจะได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้นนอกจากสิทธิประโยชน์ที่เกิดจากการปลูกสร้างโดยมิสิทธิที่ได้รับไปก่อนแล้ว กล่าวคือเมื่อสิทธิในการปลูกสร้างสิ้นสุดลง ผู้ปลูกสร้างอาจอ้างได้ว่าตนไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการรื้อถอนเพราะโรงเรือนตกเป็นสิทธิแก่เจ้าของที่ดินแล้วตามนัยแห่งมาตรา 1310 ผลดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับให้เจ้าของที่ดินรับเอาโรงเรือนนั้นและต้องใช้ราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นให้แก่ผู้ปลูกสร้างอีกด้วย กล่าวคือได้ประโยชน์ถึงสองชั้นด้วยกัน⁸³

การปรับบทมาตรา 1311 เข้ากับกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยมิสิทธิ อาจเกิดขึ้นเพราะการให้เหตุผลว่า การที่ผู้ปลูกสร้างเข้าไปสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นนั้น เมื่อผู้ปลูกสร้างรู้อยู่แล้วว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่นจึงเป็นการปลูกสร้างโดยไม่สุจริตตามนัยแห่งมาตรา 1311⁸⁴ แต่อย่างไรก็ตามการให้เหตุผลเช่นนี้อาจเกิดข้อพิจารณาได้ว่า การตีความเรื่องความไม่สุจริตดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่ครบถ้วนเพียงพอ เพราะเหตุว่า เมื่อปรากฏว่าเป็นการปลูกสร้างโดยมิสิทธิแล้ว แม้จะรู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่นก็มิใช่กรณีปลูกสร้างโดยรู้ถือว่าตนไม่มีสิทธิ จึงไม่ต้องด้วยกรณีตามมาตรา 1311 และถึงแม้ว่าผลของมาตรา 1311 จะทำให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิเรียกให้รื้อโรงเรือนและทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิมซึ่งมีผลอย่างเดียวกับผลของการปลูกสร้างโดยมิสิทธิก็ตาม แต่เจ้าของที่ดินก็อาจใช้สิทธิตามความในวรรคสองคือเลือกให้ส่งคืนที่ดินในสภาพที่เป็นอยู่ ผู้สร้างโรงเรือนจึงไม่สิทธิที่จะปฏิเสธความประสงค์ดังกล่าวได้ ซึ่งจะให้ผลแตกต่างจากการบังคับตามข้อยกเว้นมาตรา 146 ที่ผู้ปลูกสร้างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนจึงสามารถรื้อถอนออกไปได้⁸⁵

ส่วนในกรณีการปรับบทมาตรา 1314 ในส่วนของัญชาติที่มาตรานี้บัญญัติให้นำมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 มาบังคับใช้กับการเพาะปลูกัญชาติโดยอนุโลมนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วัญชาติจะไม่ตกเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 145 แต่เมื่อมาตรา 1314 บัญญัติ

⁸² เพิ่งอ้าง, น.185. ; ศรีราชา วงศารยางกูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 126.

⁸³ อานนท์ มาเฝ้า, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, น.186.

⁸⁴ เพิ่งอ้าง, น.187.

⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น.187-188.

ให้การเพาะปลูกธัญชาติตกอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งตั้งอยู่บนฐานความคิดในเรื่องส่วนควบแล้ว การเพาะปลูกธัญชาติจึงเป็นกรณียกเว้นอย่างยิ่ง⁸⁶ โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ อานนท์ มาเม้าได้ให้ข้อสันนิษฐานว่า “เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความสำคัญกับธัญชาติว่าเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญและสร้างมูลค่าต่อตัวที่ดินทำนองเดียวกับสิ่งก่อสร้างและไม่ย่นต้นที่ติดตรึงตราอยู่ในที่ดินเช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แม้ธัญชาติจะมีได้มี “สาระสำคัญอย่างเดียวกัน” ในเรื่องสถานะของการเป็นส่วนควบกับที่ดินเหมือนเช่นกรณีสิ่งก่อสร้างและไม่ย่นต้น แต่ก็มี “สาระสำคัญอย่างเดียวกัน” ในเรื่องการเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญและสร้างมูลค่าต่อตัวที่ดิน ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีพิพาททำนองเดียวกัน กล่าวคือ ข้อพิพาทที่มีบุคคลหนึ่งทำทรัพย์สินที่มีลักษณะของสาระสำคัญเช่นว่านั้นได้เกิดขึ้นในที่ดินของผู้อื่น กฎหมายจึงนำมาบรรจุไว้ในมาตราเดียวกันเพื่อให้ใช้ผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันต่อไปนั่นเอง”⁸⁷

ข้อโต้แย้งในการปรับบทตามมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ข้างต้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเกิดจากการปรับบทมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 โดยแยกส่วนของบทบัญญัติออกจากกัน กล่าวคือส่วนที่พิจารณาว่าทรัพย์สินจะเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ใดส่วนหนึ่ง และส่วนของการชดเชยราคาต่อกันตามหลักกลาภมิควรได้อีกส่วนหนึ่ง มิได้พิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 เป็นบทกฎหมายพิเศษทั้งมาตรา เพราะเหตุว่าหากพิจารณาว่าเป็นบทกฎหมายพิเศษทั้งมาตราแล้ว ผลย่อมเกิดขึ้นทำนองเดียวกันกับความเห็นทางกฎหมายในมาตรา 1314 กล่าวคือเมื่อมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 บัญญัติถึงการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ซึ่งถ้อยคำกินความถึงการปลูกสร้างโรงเรือนที่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 ด้วย และโรงเรือนนั้นเป็นทรัพย์สินสำคัญยิ่งกว่าธัญชาติเสียอีก เมื่อบทบัญญัติในบรรพ 4 บัญญัติผลไว้ต่างกัน จึงต้องพิจารณาผลตามบทบัญญัติในบรรพ 4 ฐานเป็นบทกฎหมายพิเศษ แต่ทั้งนี้การตีความตามถ้อยคำดังนี้อาจไม่ต้องด้วยความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติตามนัยแห่งมาตรา 4 ก็เป็นไปได้

อุทาหรณ์ประกอบการพิจารณา 1. : นาย ก. ปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของนาย ข. โดยได้รับความยินยอมจากนาย ข. เนื่องจากนาย ก และนาย ข เป็นเพื่อนกัน จึงให้ปลูกสร้างลงได้

กรณีตามตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาว่าการให้ความยินยอมในลักษณะดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 โรงเรือนจึงตกเป็นส่วนควบของที่ดินของที่ดินตาม

⁸⁶ เฟิงอ้าง, น.267-268.

⁸⁷ เฟิงอ้าง, น.268.

นัยแห่งมาตรา 144 การปลูกสร้างโดยความยินยอมดังกล่าวจะถือว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริตหรือไม่

เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีทำนองดังว่านี้ มีตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 วินิจฉัยว่าการปลูกสร้างโดยทราบอยู่ว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่นไม่อาจรับฟังได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริต แต่คำพิพากษานี้ศาลได้วินิจฉัยลงไปว่า เมื่อเป็นการปลูกสร้างโดยความยินยอม จึงไม่เป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 146 จึงไม่ได้มีการพิจารณาผลตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 แต่หากพิจารณาว่าการปลูกสร้างโดยความยินยอมไม่ต้องด้วยกรณีตามมาตรา 146 แล้ว การปลูกสร้างโดยความยินยอมนี้จะถือว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริตหรือไม่

อุทธรณ์ประกอบการพิจารณา 2: นาย ก. ปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของนาย ข. โดยได้ทำสัญญาเช่าที่ดินมีข้อสัญญาให้ปลูกสร้างโรงเรือนได้

กรณีตามตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาว่าเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 แล้ว โรงเรือนจะไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรา 1310 และ 1311 เป็นบทบัญญัติพิเศษมีค่าบังคับเหนือมาตรา 146 แล้ว ผลทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นต่างออกไป กล่าวคือ การปลูกสร้างโรงเรือนโดยมีข้อสัญญาเช่านี้ จะพิจารณาว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริตหรือไม่ เพราะถึงขนาดเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิน่าจะยิ่งกว่าสุจริตเสียอีก แต่อย่างไรก็ตามหากปรับด้วยมาตรา 1310 ผลที่เกิดขึ้นก็จะทำให้ผู้ปลูกสร้างโดยมีสิทธิถูกริบโรงเรือนโดยผลของกฎหมายซึ่งเป็นผลที่ต่างจากเดิมอย่างตรงกันข้าม และอาจเกิดกรณีผู้ปลูกสร้างอ้างมาตรา 1310 เพื่อยึดยึดเอาประโยชน์จากเจ้าของที่ดินได้ และเจ้าของที่ดินก็ไม่สามารถพิสูจน์ตามความในวรรคสองแห่งมาตรา 1310 ได้ เพราะตนถึงขนาดจงใจให้สร้าง เจ้าของที่ดินจึงอาจถูกบังคับให้รับโรงเรือน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าการตีความเช่นนี้ส่งผลเสียมากกว่าผลดีหรือไม่

อุทธรณ์ประกอบการพิจารณา 3: นาย ก. ได้บุกรุกเข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของนาย ข. เป็นการชั่วคราวโดยไม่สุจริต ผลจะเป็นอย่างไร และหากปรากฏว่านาย ก. เข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนเป็นการชั่วคราวโดยสุจริตเนื่องจากเข้าใจว่าที่ดินของนาย ข. เป็นที่สาธารณประโยชน์ที่ประชาชนมีสิทธิใช้ ผลจะเป็นอย่างไร

กรณีตามตัวอย่างข้างต้นเมื่อเปรียบเทียบกับตัวอย่างที่สองจะให้ผลที่แตกต่างกันอยู่ ถึงแม้จะเป็นข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 เช่นเดียวกัน หากพิจารณาว่าเป็นการปลูกสร้างชั่วคราวตามนัยแห่งมาตรา 146 โรงเรือนนั้นจะไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน แต่หากพิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรา 1310 และ 1311 เป็นบทบัญญัติพิเศษมีค่าบังคับเหนือมาตรา 146

โรงเรือนก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนควบของที่ดินได้ สำหรับกรณีปลูกเข้าปลูกสร้างเห็นได้อย่างแน่ชัดว่าไม่สุจริต ซึ่งแม้พิจารณาว่าเป็นส่วนควบผู้ปลูกสร้างก็ต้องรื้อถอนไป ผลจึงไม่ต่างจากการบังคับตามมาตรา 146 ในแนวทางเดิม และในกรณีผู้ปลูกสร้างชั่วคราวโดยสุจริตนั้น เมื่อปรับด้วยมาตรา 1310 แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าเจ้าของที่ดินให้ปลูกสร้าง เจ้าของที่ดินก็อาจพิสูจน์ความไม่ประมาทของตนตามความในวรรคสองแห่งมาตรา 1310 ได้

2. เกิดจากการแสดงเจตนาของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้าง ให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 146 ตกกลับเป็นของเจ้าของที่ดิน กล่าวคือผู้ปลูกสร้างโดยมีสิทธิได้ทำการรื้อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้รับยกเว้นออกไปจากที่ดิน แต่กลับแสดงเจตนาสละสิทธิในทรัพย์สินให้ตกเป็นของเจ้าของที่ดิน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าแท้จริงแล้วโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะเป็นของเจ้าของที่ดินตามหลักกฎหมายเรื่องส่วนควบหรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับวินิจฉัยว่าสามารถเกิดขึ้นได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 561/2488 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 883/2544 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 370-371/2511 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4260/2550 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15233/2553 เป็นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 561/2488 เช่าที่ดินของผู้อื่นปลูกตึกโดยตกลงว่าจะให้ตึกเป็นสิทธิแก่เจ้าของที่ดินจะเป็นในทันทีหรือในภายหน้าก็ตาม เมื่อถึงกำหนดนั้น ๆ แล้วตึกย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินโดยไม่ต้องมีการโอนทะเบียน ในกรณีเช่นนี้ถ้าโจทก์ฟ้องขอให้จำเลยทำการโอนก็ต้องตัดสินยกฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15233/2553โจทก์ทำสัญญาเช่าที่ดินเพื่อปลูกสร้างสถานบริการน้ำมัน โดยมีข้อตกลงว่าเมื่อครบอายุสัญญาเช่าที่ดินแล้วยอมให้สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินตกเป็นเจ้าของที่ดิน ดังนั้นเมื่อครบอายุสัญญาเช่าที่ดิน สถานบริการน้ำมันรวมทั้งส่วนควบย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดิน.....

จากคำพิพากษาข้างต้นสามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า การพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 ไปแล้วครั้งหนึ่ง จะตกกลับมาเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินโดยหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 เกิดขึ้นได้ในกรณีผู้ปลูกสร้างแสดงเจตนาสละกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น หรือได้แสดงเจตนาตกลงเป็นสัญญากับเจ้าของที่ดิน ทั้งนี้ไม่ว่าจะให้ตกเป็นส่วนควบในทันทีที่ตกลงกันหรือในภายหน้าก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการได้มาซึ่งโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นอีก แนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นเป็นตัวอย่างในคำวินิจฉัยของนักกฎหมายหลาย

ท่านด้วยกัน ในคราวอธิบายเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ กล่าวคือนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่ากรณีนี้เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144⁸⁸

ต่อประเด็นดังกล่าว ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า มีความเห็นที่ต่างออกไป โดยท่านเห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้ไม่ใช่ว่าได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ แต่เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรมตามนัยแห่งมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง⁸⁹ เพราะเหตุว่า แม้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 แต่อย่างไรก็ตาม โดยสภาพแล้วโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ยังดำรงคงอยู่ในที่ดินย่อมมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่ในตัว และเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า มีการแสดงเจตนาของผู้ปลูกสร้างที่สละกรรมสิทธิ์ หรือหากเป็นข้อตกลงเช่นสัญญาเช่าที่ระบุไว้ให้ทรัพย์ตกเป็นของเจ้าของที่ดินเมื่อล่วงพ้นเวลาที่ตกลงกันไว้ หรือเมื่อมีเหตุการณ์อันใดเกิดขึ้น สัญญาเช่าดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลากำกับผลไว้ ดังนั้นเหตุที่เจ้าของที่ดินได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็เพราะนิติกรรม ไม่ใช่ได้กรรมสิทธิ์มาโดยหลักส่วนควบซึ่งได้ผ่านพ้นการพิจารณามาแล้ว⁹⁰ การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจึงควรอยู่ในบังคับมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า เห็นว่า เหตุที่ศาลตัดสินในทำนองเช่นว่านี้เกิดจากการที่ศาลได้ตีความเป็นประโยชน์ต่อหลักอิสระในทางแพ่ง (private autonomy) ที่รับรองให้เจตนาของบุคคลเกิดผลบังคับได้แม้ไม่ได้จดทะเบียนอย่างถูกต้อง⁹¹

ต่อประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะลักษณะที่ทับซ้อนกันของการเป็นอสังหาริมทรัพย์และการเป็นส่วนควบ กล่าวคือทรัพย์ที่ติดอยู่กับที่ดินในลักษณะติดตึงตราถาวรนั้น แม้จะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่ตราบเท่าที่ยังติดกับที่ดิน ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากภายนอกของทรัพย์ตราบใดที่ยังไม่ได้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดิน โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นก็ยังคง

⁸⁸ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 63, 70 ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 85. ; บุญฤดี สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.34,36. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 88. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 29-30.

⁸⁹ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *เอกสารทางวิชาการ บทความในรูปแบบจดหมาย คำมั่นสัญญา และ จดหมายเปิดผนึกถึงศาสตราจารย์นิรนาม*, (กรุงเทพ : นิติธรรม), น. 116-117.; อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.180-183.

⁹⁰ เพิ่งอ้าง.

⁹¹ อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.181-182.

อาจพิจารณาว่าเป็นส่วนควบกับที่ดินอยู่ ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาฎีกาว่าทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินนั้นยังคงเป็นส่วนควบอยู่ ดังนั้นบุคคลภายนอกที่พิจารณาเห็นได้ถึงการรวมสภาพของทรัพย์สินจึงได้รับความคุ้มครอง⁹²

2.3.2.3 การส่งคืนการครอบครองตามนัยแห่งมาตรา 1376

ในกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการเข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เมื่อผู้ปลูกสร้างไม่ต้องการใช้ที่ดินอีกต่อไป หรือสิ้นสิทธิในที่ดินแล้ว ผู้ปลูกสร้างจะต้องคืนที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดิน อย่างไรก็ตาม การคืนที่ดินดังกล่าวจะคืนโดยวิธีอย่างไร จะส่งมอบคืนโดยไม่ปฏิบัติการอย่างอื่นแก่เจ้าของที่ดินได้หรือไม่ ในประเด็นนี้พิจารณาได้ว่า การที่บุคคลใดเข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เป็นการเข้าไปยึดถือที่ดินส่วนที่ตนปลูกสร้างด้วยเจตนายึดถือเพื่อตน ดังนั้นเมื่อเลิกใช้ที่ดิน หรือสิ้นสิทธิในที่ดินแล้ว ผู้ปลูกสร้างย่อมต้องออกไปจากที่ดินและส่งคืนการครอบครองที่ดินส่วนที่ตนยึดถือไว้แก่เจ้าของที่ดิน ซึ่งต้องด้วยกรณีตามมาตรา 1376 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องของการคืนการครอบครองมีสาระสำคัญว่า

“มาตรา 1376 ถ้าจะต้องส่งทรัพย์สินคืนแก่บุคคลผู้มีสิทธิเอาคืนไשר์ ท่านให้นำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึง 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลามิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

เมื่อปรากฏว่าผู้ครอบครองต้องคืนการครอบครองให้แก่ผู้ที่มีสิทธิเอาคืน ซึ่งผู้ที่มีสิทธิเอาคืนในที่นี้หมายถึงผู้ที่มีสิทธิดีกว่าผู้ครอบครอง อาจเป็นได้ทั้งกรณีที่ผู้ครอบครองเดิมเรียกคืนการครอบครองตามมาตรา 1375 หรือเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินตามมาตรา 1336 ประกอบมาตรา 1375 และยังรวมไปถึงกรณีผู้ครอบครองได้ยินยอมคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้

⁹² คำพิพากษาฎีกาที่ 688/2511 โจทก์ซื้อเรือนพิพาทก่อนจำเลย โดยโจทก์จดทะเบียนการซื้อขายฝากต่อกรมการอำเภอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 71(2). ส่วนจำเลยจดทะเบียนการซื้อขายที่ดินและเรือนพิพาทต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดิน. ดังนั้นตราบใดที่เรือนพิพาทยังปลูกอยู่บนที่ดินที่จำเลยซื้อมา เรือนย่อมเป็นส่วนควบกับที่ดิน. การที่จะก่อตั้งกรรมสิทธิ์ในเรือนแยกออกจากหากจากที่ดิน จะทำได้ก็โดยการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1410. โจทก์เพียงแต่จดทะเบียนนิติกรรมซื้อขายเรือน หาได้จดทะเบียนก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินโดยให้โจทก์เป็นเจ้าของเรือนพิพาทอันเป็นสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินไม่. จำเลยซื้อที่ดินพร้อมด้วยโรงเรือนซึ่งเป็นส่วนควบกับที่ดิน และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว. สิทธิของจำเลยในเรือนพิพาทจึงดีกว่าของโจทก์.

ที่มีสิทธิดีกว่าด้วยความสมัครใจ หรือตามสัญญาที่มีต่อกันด้วย⁹³ การคืนการครอบครองดังกล่าวอาจมีกรณีที่ผู้ครอบครองได้ทำให้ทรัพย์สินที่ต้องส่งคืนแก่กันนั้นชำรุดเสียหาย หรืออาจเกิดดอกผลขึ้นในระหว่างที่ดินครอบครอง แม้กระทั่งอาจมีการปลูกสร้างทำางานบางอย่างในทรัพย์สินที่ดินครอบครองนั้น เมื่อจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่กันจึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าจะต้องคืนทรัพย์สินกันอย่างไร กฎหมายจึงบัญญัติให้คืนทรัพย์สินกันโดยนำบทบัญญัติในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้⁹⁴

ในการนี้ ผู้เขียนจะขอลำถึงหลักการในเรื่องลามิควรได้พอสังเขป เพื่อนำเข้าสู่การพิจารณาว่า ในการคืนทรัพย์สินระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างนั้นจะมีข้อปฏิบัติต่อกันอย่างไร และ เพื่อให้สามารถพิจารณาเชื่อมโยงถึงการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีข้อความคิดในเรื่องลามิควรได้ประกอบอยู่ด้วย

หลักกฎหมายว่าด้วยลามิควรได้ เป็นหลักกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเอาเปรียบซึ่งกันและกัน เป็นหลักประกันความยุติธรรมว่าบุคคลไม่ควรได้สิ่งใดที่เป็นของบุคคลอื่นไว้โดยปราศจากมูลเหตุที่จะอ้างได้ หรือไม่ต้องชดใช้ในสิ่งที่ตนได้มาและไม่สามารถคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของได้ เป็นมูลแห่งหนึ่งประการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดรับรองขึ้นเพื่ออุดช่องว่างไม่ให้บุคคลใดได้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปเปล่า หลักกฎหมายว่าด้วยลามิควรได้มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน ส่งผ่านข้อความคิดต่อมาทางประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ข้อความคิดเหล่านั้นจึงส่งผ่านมายังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งรับเอาแนวคิดในระบบประมวลกฎหมายมาด้วย หลักกฎหมายในเรื่องลามิควรได้ตั้งอยู่บนฐานของความสุจริตและความยุติธรรม ดังนั้นการคืนทรัพย์สินหรือชดใช้ราคาให้แก่กันจึงต้องคำนึงถึงความสุจริตและความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีประกอบด้วยเสมอ⁹⁵

หลักกฎหมายว่าด้วยลามิควรได้ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น โดยหลักแล้วปรากฏอยู่ในบรรพ 2 นี้ ลักษณะ 4 ลามิควรได้ เริ่มตั้งแต่มาตรา 406 ไปจนถึง มาตรา 419 โดยแบ่งออกได้เป็นส่วนด้วยกัน ส่วนแรก คือ หลักทั่วไปในเรื่อง

⁹³ เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 536-537. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.285. ; ศิริราชา วงศารยางกูร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 47*, น. 260.

⁹⁴ ประมุข สุวรรณศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 276. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.537. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 285-286.

⁹⁵ สุจิตรา ใจเอื้อ, “การคืนลามิควรได้”, (วิทยานิพนธ์ดุษฎี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 9-13.

ลามมิควรได้ ปรากฏในมาตรา 406 ซึ่งวางหลักเกี่ยวลักษณะของลามมิควรได้ว่าเป็นนิติเหตุที่มีลักษณะอย่างใด ส่วนที่สองคือ ข้อยกเว้นของสิทธิในการเรียกคืนลามมิควรได้ ปรากฏในมาตรา 407 ถึงมาตรา 411 ส่วนที่สาม คือหน้าที่ของผู้ต้องคืนลามมิควรได้ว่าจะต้องคืนกันอย่างไร ปรากฏในมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 ส่วนสุดท้ายคืออายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องฐานลามมิควรได้ ปรากฏอยู่ในมาตรา 419⁹⁶

การได้ทรัพย์สินในลักษณะใดจะถือได้ว่าเป็นลามมิควรได้นั้น พิจารณาได้จากความในมาตรา 406 ซึ่งวางหลักทั่วไปในการพิจารณาลักษณะของลามมิควรได้ และผลของการได้ลามมิควรได้นั้น มีสาระสำคัญดังนี้

“มาตรา 406 บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใดเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำให้ชำระหนี้ก็ดีหรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำให้ชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้นหรือเป็นเหตุที่ได้ สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 406 จะเห็นได้ว่า การได้ทรัพย์สินที่จะถือได้ว่าเป็นลามมิควรได้ บุคคลผู้ได้ลาภจะต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของตนในทำนองเดียวกับการได้กรรมสิทธิ์ กล่าวคือได้มาโดยมุ่งหมายจะให้เป็นลาภเข้าเพิ่มพูนในกองทรัพย์สินของตน แต่การได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นการได้มาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ กล่าวคือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่มีสิทธิที่จะได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการชำระหนี้โดยสำคัญผิด และเป็นทางให้บุคคลผู้เสียลาภหรือก็คือเจ้าของเดิมแห่งทรัพย์สินนั้นเสียเปรียบ⁹⁷ แต่การได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินของผู้ปลูกสร้างนั้น เป็นการได้มาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 1367 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ

⁹⁶ สุจิตรา ใจเอื้อ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95, น. 200.

⁹⁷ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้ ละเมิด (มาตรา 395 ถึง 452), จิตติ ติงศภัทิย์, ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร, ชวิน อุณหัทร, อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, มกราคม 2555, น.21-24. ; สุจิตรา ใจเอื้อ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95, น. 202-204.

ได้มาโดยการเข้ายึดถือเพื่อตน⁹⁸ และมีได้มีลักษณะเป็นลาภงอกขึ้นเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของผู้ครอบครองในทำนองเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์ จึงไม่ใช้กรณีเป็นลาภมิควรได้โดยตรง เพียงแต่มาตรา 1376 บัญญัติให้ใช้วิธีในการคืนทรัพย์ตามมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 เท่านั้น⁹⁹

การคืนทรัพย์ของผู้ครอบครองที่อนุโลมใช้วิธีการตามนัยแห่งมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 นั้น เมื่อพิจารณาให้ลึกลงไปจะเห็นได้ว่ามีผลบังคับต่างกันสองประการ กล่าวคือ มาตรา 412 ถึงมาตรา 415 เป็นเรื่องข้อต่อสู้เรื่องจะขอส่งคืนทรัพย์สินในสภาพอย่างไร เพียงไร โดยไม่ปรากฏว่าผู้ส่งคืนมีสิทธิเรียกร้องเอาอะไรจากผู้เรียกทรัพย์คืน โดยการส่งคืนนั้นแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์สามประการ กล่าวคือ หากทรัพย์ที่จะต้องส่งคืนเป็นเงิน การส่งคืนอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 412 หากเป็นทรัพย์อื่นนอกจากเงินอยู่ในบังคับมาตรา 413 หรือมาตรา 414 และหากทรัพย์ที่จะต้องส่งคืนนั้นได้เกิดมีดอกผลขึ้น การคืนดอกผลให้แก่กันจะอย่างไรอยู่ในบังคับมาตรา 415 ส่วนมาตรา 416 ถึงมาตรา 418 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้ส่งคืนทรัพย์ที่จะเรียกร้องเอาจากผู้ที่ได้รับทรัพย์คืน โดยค่าใช้จ่ายในการบำรุงทรัพย์อยู่ในบังคับมาตรา 416 ค่าใช้จ่ายอย่างอื่นนอกจากมาตรา 416 ที่ทำให้ทรัพย์สินมีราคาเพิ่มขึ้นอยู่ในบังคับมาตรา 417 และค่าใช้จ่ายในการตัดแปลงต่อเติมทรัพย์ อยู่ในบังคับมาตรา 418 โดยมาตราที่กล่าวมาข้างต้นให้ผลที่ต่างกันระหว่างผู้ที่ได้ทรัพย์ไว้โดยสุจริตหรือไม่สุจริต¹⁰⁰ เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ต้องส่งคืนทรัพย์ในการเรียกร้องเอาค่าใช้จ่ายที่เสียไปได้เพราะเหตุว่า เมื่อผู้มีสิทธิเรียกคืนได้ทรัพย์คืนไป ทรัพย์นั้นอาจอยู่ในสภาพที่ถูก

⁹⁸ ไพจิตร บุญญพันธุ์, การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น. 80-81. (สิทธิครอบครองตามมาตรา 1367 นั้น มีองค์ประกอบคือการที่บุคคลเข้ายึดถือทรัพย์สิน (corpus) โดยเจตนายึดถือเพื่อตน (animus) โดยการยึดถือ นั่น คือการเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์นั้นในทางกายภาพ โดยความเกี่ยวข้องนั้นพอที่จะใช้อำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นได้ตามควร ในลักษณะที่ห้วงกันมิให้คนอื่นรบกวนได้ ส่วนเจตนายึดถือเพื่อตนนั้น หมายความว่ายึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ยึดถือเอง ดังนั้น การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยปกติแล้วผู้ปลูกสร้างย่อมเข้ายึดถือที่ดินบริเวณนั้นเพื่อประโยชน์ของตนอยู่ในตัว)

⁹⁹ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น.21.

¹⁰⁰ เสนีย์ ปราโมช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 537-538.

ดูแลรักษา หรือต่อเติมจนมีมูลค่าเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นหากไม่มีการใช้ราคาคืน สภาพแห่งทรัพย์ที่ดีและ
งอกเงยขึ้นย่อมกลายเป็นลาภมิควรที่ผู้มียุติเรียกคืนได้รับเสียเอง¹⁰¹

การปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นในกรณีที่ไม่มิข้อ
สัญญากำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้องทำอย่างไรนั้น เมื่อวินิจฉัยปรับเข้าด้วยวิธีในการคินการครอบครอง
โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องการคินลาภมิควรได้โดยอนุโลมแล้ว มีมาตราที่เกี่ยวข้องในส่วนของการข้อต่อผู้
ในการคินที่ดิน คือมาตรา 413 และมาตรา 415 ส่วนมาตราที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเรียกกรัง
ค่าใช้จ่ายจากผู้เรียกทรัพย์คินคือมาตรา 416 ถึงมาตรา 418 สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

มาตรา 413¹⁰² ให้ผลบังคับโดยอนุโลม¹⁰³ คือ ผู้ครอบครองที่ดินส่วนที่มี
การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง หากเข้าครอบครองโดยสุจริตต้องส่งคืนที่ดินในสภาพที่เป็นอยู่
โดยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือบุบสลายของที่ดินนั้น แต่ถ้าผู้ครอบครองได้อะไรมาทดแทน
การสูญหายหรือบุบสลายจำต้องส่งคืนให้แก่เจ้าของที่ดิน แต่หากเข้าครอบครองโดยไม่สุจริตและ
ปรากฏข้อเท็จจริงว่าที่ดินที่ต้องส่งคืนไม่อยู่ในสภาพที่ดีดังเดิม ผู้ครอบครองต้องรับผิดชอบในความเสียหาย
หรือบุบสลายของที่ดินนั้นอย่างเต็มภูมิ คือเต็มค่าแห่งความเสียหาย แม้ความเสียหายหรือบุบสลายจะ
เกิดเพราะเหตุสุดวิสัยก็ตาม เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรความเสียหายย่อมเกิดขึ้นอยู่เองแม้ตนจะมีได้
เข้าครอบครองที่ดิน เช่น ที่ดินของนาย ข. เป็นที่ดินติดชายตลิ่ง นาย ก. ได้เข้ายึดถือเพื่อตนจึงได้สิทธิ
ครอบครอง ต่อมาแม่น้ำป่าไหลหลากทำให้ที่ดินนั้นพังทลายหายไปทั้งผืน หากนาย ก. สุจริต ย่อมไม่
ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใดเลย แต่หากนาย ข. ไม่สุจริต ต้องรับผิดชอบใช้ราคาที่ดินแก่นาย ก. เว้นแต่พิสูจน์ได้

¹⁰¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1
(ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2559), น. 436. ; ประสิทธิ์ ไชวโกลล,
คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จัดการงานนอกสิ่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 ,
(กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม), น.121.

¹⁰² มาตรา 413 เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคินนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงินและ
บุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้อง คินทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่และมีต้อง
รับผิดชอบในการที่ ทรัพย์นั้นสูญหายหรือบุบสลายแต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญ
หายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินได้โดยสุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบ
สลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั้งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึง
อย่างไรทรัพย์สินนั้นก็ต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่ตนเอง

¹⁰³ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 539.

ว่าถึงอย่างไรที่ดินนั้นก็ต้องพังทลายไปแม้ต้นไม้ได้เข้าครอบครอง เพราะเป็นที่ดินที่ติดทางน้ำตามธรรมชาติย่อมเกิดการพังทลายได้หากน้ำไหลแรง

มาตรา 415¹⁰⁴ ให้ผลบังคับโดยอนุโลม¹⁰⁵ คือ ผู้ครอบครองในที่ดินส่วนที่มีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง หากเข้าครอบครองโดยสุจริตย่อมได้ดอกผลอันเกิดแต่ที่ดินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ แต่หากต้องคืนที่ดินเมื่อใด ผู้ครอบครองย่อมตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตจำเดิมแต่เวลาเรียกคืนที่ดินนั้น เช่น ก. เข้าปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของ ข. โดยสุจริต ย่อมเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริตด้วย ต่อมา ก. ให้ ค. เข้าโรงเรือนและที่ดินส่วนนั้น ก. ย่อมได้ดอกผลคือค่าเช่าตลอดเวลาที่กฎหมายถือว่าสุจริต คือก่อนรู้ว่าที่ดินเป็นของ ข. หรือก่อนถูก ข. เรียกที่ดินคืน

มาตรา 416¹⁰⁶ ให้ผลบังคับโดยอนุโลม¹⁰⁷ คือ ในกรณีที่ผู้ครอบครองต้องคืนที่ดิน ไม่ว่าผู้ครอบครองจะได้ครอบครองโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม ผู้ครอบครองย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายทั้งหลายอันควรแก่การ เพื่อการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมทรัพย์สินที่ดินได้ครอบครองเต็มจำนวนที่ได้จ่ายไป แต่ผู้ครอบครองจะเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายตามธรรมดา หรือค่าภาระติดพันที่ต้องเสียไป ซึ่งค่าใช้จ่ายสองส่วนนี้เป็นคนละกรณีกับค่าใช้จ่ายอันควรแก่การ ในระหว่างที่ผู้ครอบครองมีสิทธิเก็บดอกผลตามมาตรา 415 ไม่ได้ เพราะเหตุว่าค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ลำพังแต่ได้ดอกผลมาย่อมคุ้มกันอยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น นาย ก. เข้าปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของนาย ข. ต่อมาฝนตกหนักน้ำได้ชะล้างดินบริเวณที่ปลูกสร้างออกไปเป็นจำนวนมากจนน่ากลัวว่าดินจะพังทลาย นาย ก. จึงได้ซื้อดินและหินคลุกมาถมเพื่อเพิ่มมวลให้กับที่ดินนั้น เมื่อนาย ก. ต้องคืนที่ดิน นาย ก. มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้เนื่องด้วยเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาที่ดินให้คงสภาพดี

¹⁰⁴ มาตรา 415 บุคคลใดได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ย่อมได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่

ถ้าผู้ที่ได้รับไว้จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะสุจริตจำเดิมแต่เวลาเรียกคืนนั้น

¹⁰⁵ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 540.

¹⁰⁶ มาตรา 416 ค่าใช้จ่ายทั้งหลายอันควรแก่การเพื่อรักษาบำรุงหรือซ่อมแซมทรัพย์สินนั้น ท่านว่าต้องชดใช้แก่บุคคลผู้คืนทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวน

แต่บุคคลเช่นนี้จะเรียกร้องให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายตามธรรมดาเพื่อบำรุงซ่อมแซมทรัพย์สินนั้น หรือค่าภาระติดพันที่ต้องเสียไปในระหว่างที่ดินคงเก็บดอกผลอยู่นั้นหาได้ไม่

¹⁰⁷ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 541.

มาตรา 417 และมาตรา 418¹⁰⁸ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นมากกว่ามาตราอื่นๆ เพราะเหตุว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ค่าใช้จ่ายที่เสียไปกับการปลูกสร้างถือไม่ได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันควรแก่การบำรุงรักษาที่ดิน กับทั้งไม่ใช่ค่าใช้จ่ายเพื่อดูแลที่ดินตามธรรมดา ตามนัยแห่งมาตรา 416 เพราะเหตุว่าการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ใช่การดูแลรักษาที่ดินให้คงสภาพสมบูรณ์

แต่อย่างไรก็ตาม การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินโดยมากแล้วย่อมทำให้ที่ดินมีมูลค่าสูงขึ้น ค่าใช้จ่ายที่เสียไปกับการปลูกสร้างจึงควรจะมีการชดเชยให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ทำการปลูกปักทรัพย์ลงไป ดังนั้นมาตรา 417 และมาตรา 418 จึงบัญญัติถึงค่าใช้จ่ายดังกล่าวด้วยโดยถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่นที่เกิดจากการดัดแปลงต่อเติมทรัพย์¹⁰⁹

มาตรา 417 ให้ผลบังคับโดยอนุโลม¹¹⁰ คือ ถ้าผู้ครอบครองที่ดินได้ครอบครองโดยสุจริต และได้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงไปซึ่งถือได้ว่าเป็นการดัดแปลงต่อ

¹⁰⁸ มาตรา 417 ในส่วนค่าใช้จ่ายอย่างอื่นนอกจากที่กล่าวมาในวรรคต้นแห่ง มาตรา ก่อนนั้นบุคคลผู้คืนทรัพย์สินจะเรียกให้ชดเชยได้แต่เฉพาะที่เสียไปในระหว่างที่ตนทำการโดยสุจริตและเมื่อทรัพย์สินนั้นได้มีราคาเพิ่มสูงขึ้นเพราะค่าใช้จ่ายนั้นในเวลาที่ดินและจะเรียกได้ก็แต่เพียงเท่าราคาเพิ่มขึ้นเท่านั้น

อนึ่ง บทบัญญัติแห่งมาตรา 415 วรรคสองนั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยแล้วแต่กรณี

มาตรา 418 ถ้าบุคคลรับทรัพย์สินอันมิควรได้ไว้โดยสุจริตและได้ทำการดัดแปลงหรือต่อเติมขึ้นในทรัพย์สินนั้น ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นต้องจัดทำทรัพย์สินนั้นให้คืนคงสภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง แล้วจึงส่งคืน เว้นแต่เจ้าของทรัพย์สินจะเลือกให้ส่งคืนตามสภาพที่เป็นอยู่ในกรณีเช่นนี้เจ้าของจะใช้ราคาค่าทำดัดแปลงหรือต่อเติม หรือใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นราคาทรัพย์สินเท่าที่เพิ่มขึ้นนั้นก็ได้แล้วแต่จะเลือก

ถ้าในเวลาที่จะต้องคืนทรัพย์นั้นเป็นพันวิสัยจะทำให้ทรัพย์สินคืนคงสภาพเดิมได้หรือถ้าทำไปทรัพย์สินนั้นจะบอบสลายไซ้ ท่านว่าบุคคลผู้ได้รับไว้จะต้องส่งคืนทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่และไม่มี สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อราคทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นเพราะการดัดแปลงหรือต่อเติมนั้นได้

¹⁰⁹ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น.57.

¹¹⁰ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 541. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น. 437-439.

เดิมขึ้นในที่ดินที่ตนมีสิทธิครอบครอง ค่าใช้จ่ายในการดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่นนอกจากมาตรา 416 ที่ทำให้ราคาที่ดินเพิ่มสูงขึ้น เมื่อถึงคราวจะต้องส่งคืนที่ดิน ผู้ครอบครองชอบที่จะเรียกให้ชดใช้ราคาได้เพียงเท่าราคาที่ดินที่เพิ่มสูงขึ้นเพราะการปลูกสร้างนั้น มิใช่ค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่สิ้นไปเพราะการปลูกสร้าง โดยผลของการนำมาตรา 415 มาใช้โดยอนุโลมจะให้ผลคือความสุจริตนั้นมีอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่ถูกเรียกคืนทรัพย์สิน หากถูกเรียกคืนเมื่อใดค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปหลังจากนั้นถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปโดยไม่สุจริต แม้ทำให้ที่ดินมีราคาเพิ่มขึ้นก็เรียกให้ชดใช้ไม่ได้ และค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปขณะที่ไม่สุจริตย่อมตกอยู่ในบังคับมาตรา 418

มาตรา 418 ให้ผลบังคับโดยอนุโลม¹¹¹ คือ ถ้าผู้ครอบครองได้ครอบครองที่ดินโดยไม่สุจริต และได้ทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงไปซึ่งถือได้ว่าเป็นการตัดแปลงต่อเดิมขึ้นในที่ดินที่ตนมีสิทธิครอบครอง ผู้ครอบครองต้องจัดให้ที่ดินนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง แล้วส่งคืนให้แก่เจ้าของ เว้นเสียแต่ว่าเจ้าของที่ดินผู้มีสิทธิเอาคืนเลือกให้ส่งคืนตามสภาพที่เป็นอยู่ เช่นนี้ผู้ครอบครองมีสิทธิที่จะได้รับใช้ราคา โดยเจ้าของที่ดินสามารถเลือกที่จะใช้ค่าที่ทำการตัดแปลง หรือต่อเดิมขึ้น ซึ่งก็คือค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เสียไปกับการตัดแปลงต่อเดิม หรือเลือกที่จะให้ใช้เงินเท่าที่การตัดแปลงหรือต่อเดิมนั้นได้ทำให้ราคาแห่งที่ดินสูงขึ้น กล่าวคือค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น จะเห็นได้ว่า เจ้าของที่ดินผู้มีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนมีสิทธิในการเลือก ทั้งในการเลือกที่จะให้หรือถอนส่งตัดแปลงต่อเดิมออกไป หรือเลือกที่จะเอาไว้ เมื่อเลือกที่จะเอาไว้แล้วก็ยังมียกเลิกอีก ครั้งหนึ่งว่าจะใช้ราคาอย่างใดแก่ผู้ตัดแปลงต่อเดิม แต่หากการคืนทรัพย์สินนั้นพันวิสัยที่จะทำให้ทรัพย์สินคงสภาพเดิมได้ หรือหากทำไปอาจทำให้ทรัพย์สินนั้นบอบสลาย ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินเส้นทางเลือกในการได้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิม ผู้ครอบครองจึงต้องส่งทรัพย์สินนั้นคืนแก่เจ้าของที่ดินตามสภาพที่เป็นอยู่ แต่ไม่มีสิทธิในการได้ค่าทดแทนแต่อย่างใดเลย

จะเห็นได้ว่า การคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้มีสิทธิเรียกคืนว่าจะต้องคืนในลักษณะอย่างใด และการชดใช้ราคาให้แก่ผู้ครอบครองจะได้รับการชดใช้เท่าใดนั้น ขึ้นอยู่กับความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ครอบครอง¹¹² ความสุจริตหรือไม่สุจริตตามหลักกฎหมายในเรื่องลามิควรได้ มี

¹¹¹ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 542.

¹¹² สุจิตรา ใจเอื้อ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95, น. 229-236. ; กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น.49-52. (บทบัญญัติในเรื่องลามิควรได้ ใช้คำว่าสุจริต และทุจริต ในทางตรงข้ามกัน โดยคำว่าสุจริตในหลักกฎหมายเรื่องลามิควรได้นั้นเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง คือมีความหมายเพียงว่ามิได้รู้เท่าถึงการไม่มีสิทธิ หรือไม่รู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิ ดังนั้นคำว่าทุจริตจึงมีความหมายในทางตรงข้าม กล่าวคือหมายถึงรู้ถึงการไม่มีสิทธิ หรือรู้ถึงความบกพร่องแห่ง

ลักษณะเช่นเดียวกับคำว่าสุจริตหรือไม่สุจริตตามมาตรา 1310 และมาตรา 1311 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.3.2.1 เพราะเหตุว่ามาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 มีข้อความคิดจากหลักกฎหมายเรื่องลามิควรได้ปรากฏอยู่เช่นกัน¹¹³

เมื่อพิจารณาดังนี้จะเห็นได้ว่า หากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกได้เป็นสิทธิแก่เจ้าของที่ดินแล้ว กฎหมายย่อมบัญญัติให้มีการชดเชยราคาทดแทนกันเสมอ ไม่ว่าจะโดยหลักการในเรื่องลามิควรได้ หรือหลักการในเรื่องทรัพย์สินตามนัยแห่งมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งมีลักษณะเป็นบทกฎหมายพิเศษของมาตรา 417 และมาตรา 418 ไม่ใช่เจ้าของที่ดินจะได้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไปเปล่าๆ

2.4 ความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน

หลังจากที่ได้พิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้ว ต่อไปขอกล่าวถึงพัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นว่ามีความเป็นมาอย่างไร ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาหาเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติและความเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยจะขอแบ่งการพิจารณาออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนของกฎหมายตราสามดวง และส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.4.1 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นในกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นปรากฏอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 52 และ 53 มีสาระสำคัญดังนี้

สิทธิ แต่การที่กฎหมายใช้คำว่าทุจริตจึงอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่ามีความหมายเหมือนกับที่นิยามไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) คือการแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งมีลักษณะเป็นเจตนาพิเศษเฉพาะเจาะจงลงไปกว่าความรู้หรือไม่รู้ ดังนั้น เพียงแต่รู้ถึงความไม่มีสิทธิย่อมเป็นการทุจริตตามหลักกฎหมายเรื่องลามิควรได้แล้ว ไม่จำต้องถึงขนาดที่มีเจตนาพิเศษเหมือนดังกรณีกฎหมายอาญา : ดังนั้นผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า ไม่สุจริต แทนคำว่าทุจริตเพื่อให้เข้าใจได้ว่ามีความหมายเป็นไปในทางตรงข้ามกับคำว่าสุจริตแทนคำว่าทุจริต)

¹¹³ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น.61-62.

“บทที่ 52 : ...ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพพระมหานครศรีอยุธยามหาดิลกภพ นพรัตนราชธานีบุรีรมย์ เปนที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลาย ผู้เปนข้าแผ่นดินอยู่ จะได้ เปนที่ราษฎรหาได้ และมีพิภพแก่กันดังนี้ เพราะมันอยู่แล้วมันละที่ บ้าน สวน มันเสีย และมีผู้หนึ่งเข้ามาอยู่แลล้อมทำเอาแลปลูกสร้างอยู่ ให้เปนสิทธิแก่มัน

อนึ่งถ้าที่นั้นมันมิได้ละเสีย แลมันล้อมทำไว้เปนค่านับ แต่มันหากไปราชการ กิจทุกขประการใดๆ ก็ดี มันกลับมาแล้วมันจะเข้าอยู่เล่าไซ้ ให้คืนให้มันอยู่เพราะมันมิได้ขัดที่นั้น เสีย ถ้ามันขัดที่เสียช้านานถึง 9 10 ปีไซ้ ให้แขวงจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มิได้นั้นอยู่ อย่าให้ที่นั้นเปล่าเปน ทำเนเสีย

อนึ่งถ้าที่นั้นมันปลูกต้นไม้ยะยะมาอันมีผลไว้ ให้ผู้อยู่ให้ค่าต้นไม้ นั้น ถ้ามัน พุนเปนโคกไว้ ให้บำเหน็จซึ่งมันพุนนั้นโดยควร ส่วนที่นั้นมิให้ซื้อขายแก่กันเลย

บทที่ 53 : อนึ่งผู้ยากเข้าขออาศัยอยู่ในที่บ้านท่านๆ ผู้อยู่ที่ก่อนให้อยู่ๆ ถึง 2 3 ปีก็ดี ครั้นรังเกียจกันแล้ว จะขับผู้ขอยู่นั้นเสียให้ออกจากที่นั้นว่าหาที่อื่นอยู่เถิด อย่าให้ผิดหมอง กันเลย ถ้าผู้ขอยูได้ปลูกเรือนเสาไม้จริงแลทำรั้วไว้เปนเขต เจ้าที่ยอมให้ปลูกให้ทำแล้วได้อยู่มาถึง 3 ปี ท่านว่าเปนสิทธิแก่มันผู้ขอยู ถ้ามันจะไปอยู่อื่นแลจะขายที่แลเรือนนั้นให้ขายแต่เรือน ที่นั้นให้สิทธิ แก่เจ้าของเดิม ถ้ามันหมียูจะขาย จำนำ จะให้แก่ผู้ใดๆ แลพี่น้องลูกหลานญาติพันธุ์ก็ดี ท่านว่ามีได้ ให้คงแก่เจ้าที่เดิม เหตุว่าเปนสิทธิแต่จะอยู่ ถ้าผู้ขอยูได้ปลูกแต่เรือนเสาไม้จริง มิได้ทำรั้วกันเปน เขตเรือน ตนอยู่ไปถึง 3 ปี ก็ดี ท่านว่าเจ้าที่ให้อาศัยไครอยู่ และผู้อยู่ไครจะเอาที่เป็นสิทธินั้นมิได้”¹¹⁴

ตามพระอาการเบตเสรจบทที่ 52 พระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของที่ดินใน แคว้นแคว้นแต่เพียงพระองค์เดียว ราษฎรมีสสิทธิเพียงใช้อยู่อาศัยทำกินเท่านั้น ไม่มีสิทธิเป็นเจ้าของ ที่ดิน ดังคำกล่าวที่ว่า “ที่ดินทั้งหมดเปนของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว หาได้ทรงเปนเจ้าชีวิตแต่ เพียงอย่างเดียว ทรงเปนพระเจ้าแผ่นดินด้วย”¹¹⁵ ความข้อนี้แสดงให้เห็นข้อความคิดเบื้องหลังในเรื่อง

¹¹⁴ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับ หลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น. 215-217.

¹¹⁵ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เปิดพระรูป เล็กเซอร์กฎหมายที่ดิน และกฎหมายแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จันทว่า, 2502), น. 17. ; โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 371.

การสงวนอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ว่าเป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในแว่นแคว้นแต่เพียงผู้เดียว อันเนื่องมาจากว่าในอดีตนั้น ข้อความคิดในเรื่องกรรมสิทธิ์และอำนาจทางปกครองยังสับสนปะปนกันอยู่ กฎหมายจึงไม่ยอมรับว่าราษฎรมีสิทธิเป็นเจ้าของที่ดินได้ เพราะเหตุว่าหากมีการยอมรับในทำนองเช่นว่านี้ สิทธิของราษฎรก็จะเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจของพระมหากษัตริย์ กล่าวคือหากราษฎรเป็นเจ้าของที่ดินได้ สถานะการเป็นพระเจ้าแผ่นดินอาจถูกกระทบกระเทือน พระมหากษัตริย์จึงต้องสงวนอำนาจความเป็นเจ้าของในที่ดินนั้นไว้¹¹⁶ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของที่ดินแต่เพียงผู้เดียวแล้ว ราษฎรก็เป็นได้แต่ผู้ที่ครอบครองที่ดินเพื่ออาศัยทำกินเท่านั้น ที่ดินจึงไม่นับว่าเป็นทรัพย์สินสำคัญในกองสมบัติของบุคคลและไม่ได้มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากทรัพย์สินทั่วไป¹¹⁷

เมื่อบุคคลมีเพียงสิทธิครอบครองทำกินในที่ดินเท่านั้น ไม่มีสิทธิเป็นเจ้าของ กรณีที่มีบุคคลอื่นเข้ามาปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินซึ่งมีผู้ครอบครองทำกินอยู่แล้ว สิทธิของผู้ครอบครองอยู่ก่อนจะมีประการใดย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้นั้นยังครอบครองทำกินอยู่หรือไม่ ดังจะเห็นได้จากพระอยการเบตเสรจบทที่ 52 และบทที่ 53 ที่กำหนดให้การมีอยู่ของการครอบครองทำกินของบุคคลเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะชี้ว่าบุคคลใดมีสิทธิในที่ดินนั้น

ตามพระอยการเบตเสรจบทที่ 52 หากมีบุคคลเข้าครอบครองทำประโยชน์ทำการปลูกสร้างในที่ดินที่มีผู้ครอบครองทำประโยชน์อยู่ก่อนแล้ว ถ้าพิจารณาได้ความว่าผู้ครอบครองเดิมละทิ้งที่ดินไป ผู้ที่เข้าครอบครองทีหลังก็จะได้ทำกินในที่ดินนั้นแทน แต่หากขาดจากการครอบครองไปเพียงชั่วคราวและปรากฏว่ามีการล้อมรั้วทำเขตแดนไว้ ผู้ครอบครองเดิมก็ยังมีสิทธิอาศัยทำกินในที่นั้นอยู่ และกรณีที่ผู้ครอบครองเดิมขาดสิทธิในที่ดินไปเนื่องมาจากการเข้าทำกินของบุคคลอื่นนี้ หากผู้ครอบครองเดิมได้ปลูกต้นอันมีผล หรือทำที่นั้นให้สูงเป็นโคกไว้ ให้ผู้เข้ามาอยู่ใหม่ที่ได้ครอบครองทำกินอยู่จ่ายค่าต้นไม้ หรือค่าทำโคกแก่ผู้ครอบครองเดิม¹¹⁸

ตามพระอยการเบตเสรจบทที่ 53 หากผู้ครอบครองทำประโยชน์เดิมได้ยินยอมให้บุคคลอื่นเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าถ้าผู้ขอยุ่ได้ปลูกเรือนเสาไม้จริงและทำรั้วไว้เป็นเขต เมื่อเวลาล่วงไป 3 ปีนับ ผู้ขอยุ่จะได้สิทธิครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินส่วน

¹¹⁶ โรแบร์ต แลงการ์ด, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 115*, น.375.

¹¹⁷ *เพ็งอ้าว*, น. 334-335.

¹¹⁸ *เพ็งอ้าว*, น. 384.

นั้น ผู้ครอบครองเดิมไม่สามารถไล่ออกไปได้เลย แต่หากผู้ขอยุ่ปลูกแต่เรือนเสาไม้จริง แต่ไม่ได้ทำรั้วกันเป็นเขตเรือนไว้ แม้เวลาล่วงไป 3 ปีผู้ขอยุ่ก็ไม่ได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองทำกิน¹¹⁹

จะเห็นได้ว่าการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายตราสามดวงนั้น เมื่อที่ดินเป็นของพระมหากษัตริย์แต่เพียงผู้เดียวแล้ว ผู้ครอบครองมีสิทธิเพียงใช้อยู่กินทำประโยชน์เท่านั้น¹²⁰ และเมื่อไม่มีอำนาจเด็ดขาดอย่างเจ้าของ คงมีเพียงสิทธิในการครอบครองทำประโยชน์ หากปรากฏว่าผู้ครอบครองละทิ้งที่ดินไป หรือยอมให้ผู้อื่นมาหวงกันสร้างอาณาเขตในที่ดินนั้นแล้ว ผลที่เกิดขึ้นถึงขนาดทำให้ผู้ครอบครองเดิมสิ้นสิทธิครอบครองทำกินในที่นั้นไปเลย และแม้ในกรณีที่ผู้ขอยุ่ทำการปลูกสร้างโรงเรือนแต่ไม่ได้หวงกันสร้างอาณาเขตไว้ กฎหมายตราสามดวงก็มีได้บัญญัติให้ผู้ครอบครองเดิมมีสิทธิในโรงเรือนได้แต่อย่างใด

2.4.2 การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการชำระสะสางกฎหมายเก่าในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช (รัชกาลที่ 1) อันเนื่องมาจากเหตุที่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นดำรงคงอยู่อย่างกระจัดกระจาย ไม่เป็นระเบียบ และมีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนอันเกิดมาจากดัดแปลงของคนโลกก่อให้เกิดความอยุติธรรม¹²¹ เมื่อได้มีการชำระสะสางให้เป็นระบบระเบียบและมีเนื้อความสอดคล้องกับความยุติธรรมแล้ว ได้มีการใช้กฎหมายตราสามดวงต่อมาจนถึงยุคแห่งการปฏิรูปกฎหมายไทย อันเนื่องมาจากความจำเป็นที่จะต้องปรับตัวเพื่อให้ทันต่อพัฒนาการทางสังคม เศรษฐกิจ และให้พ้นภัยคุกคามจากชาติมหาอำนาจตะวันตกที่ใช้

¹¹⁹ เฟิงอ้วง, น. 386.

¹²⁰ สิทธิในที่ดินของราษฎรจึงมีลักษณะเป็นสิทธิที่เบาบางคล้ายกับสิทธิของผู้ครอบครองในปัจจุบัน การที่ราษฎรจะมีสิทธิอยู่ได้จึงขึ้นอยู่กับว่าเขายังคงการครอบครองหวงกันเอาไว้หรือไม่ หากละทิ้งไปเสียแล้วมีบุคคลอื่นเข้ามาครอบครองทำกิน บุคคลนั้นย่อมได้ไปซึ่งสิทธิทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการที่ดินนั้นจะได้ถูกใช้สอยทำกิน และพระคลังก็จะได้รับประโยชน์จากการภาษีอากรที่ดินนั้นด้วย : โปรตดู โรแบร์ต แลงการ์ด, อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 115, น.382-383.)

¹²¹ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 1, (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น.4. ; โรแบร์ต แลงการ์ด, อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 115, น.27-28. ; อานนท์ มาเมาะ, อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.80.

ข้ออ้างเรื่องความล้าหลังของกฎหมายเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในประเทศ¹²² ในยุคแห่งการปฏิรูปนี้เองได้มีการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น โดยการรวบรวมบทบัญญัติของกฎหมายที่กระจัดกระจายเข้าเป็นหมวดหมู่เดียวกันหลังจากที่ว่างเว้นจากการปรับปรุงมานาน ทั้งนี้มีการสำรวจแนวคิดพื้นฐานของบทบัญญัติต่างๆ ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นตั้งอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายเดียวกันหรือไม่ มีความสอดคล้องต้องกันอย่างไร เมื่อรวบรวมเข้าแล้วบทบัญญัติใดโบราณเกินไปไม่สอดคล้องกับแนวความคิดสมัยใหม่ที่กำลังมีอิทธิพลมากขึ้นก็จะต้องมีการแก้ไข และเพิ่มเติมหลักกฎหมายใหม่ที่ไม่เคยปรากฏในประเทศเลยแต่เป็นหลักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับเข้าไว้ด้วย จึงเกิดผลสำเร็จเป็นประมวลกฎหมายขึ้น¹²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 4 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นคือมาตรา 144 มาตรา 146 มาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้มีที่มาอย่างไรสามารถพิจารณาได้ตามลำดับดังนี้

บทบัญญัติว่าด้วยส่วนควบและข้อยกเว้นหลักส่วนควบในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ในปัจจุบันคือมาตรา 144 และมาตรา 146 มีที่มาจากกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 675,677 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 95 นอกจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแล้วผู้ร่างยังได้อาศัยคำอธิบายหลักพงศาวดารกฎหมายเยอรมันของฮูบเนอร์ประกอบด้วย ร่างดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า *“A component part of a thing is that which according to its nature or local customs is essential to its existence and cannot be separated without destroying, damaging or altering it.”*

Whoever is the owner of a thing has the ownership in all its component parts.

Things temporarily fixed to land or to a building do not become component parts. The same rule applies to a building or other structure

¹²² รายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของไทย โปรดดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556)

¹²³ เรอเน กียอง, การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม (แปลโดย วิษณุ วรัญญู), (ม.ป.ท. : ม.ป.พ, ,ม.ป.ป.) น. 2-3.

which in the exercise of a right over another person's land has been fixed to the land by person who has such right.”¹²⁴

ต่อมาที่ประชุมคณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายได้แยกรา้งบทบัญญัติข้างต้นออกเป็นสองมาตรา ความในวรรคแรกและวรรคสองเกิดเป็นมาตรา 107 (เดิม) ความในวรรคสามเกิดเป็นมาตรา 109 (เดิม)¹²⁵ ซึ่งมาตราทั้งสองนี้เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ.2468 จากการที่ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าค้นร่างและรายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมายเมื่อคราวร่างมาตรา 107 และมาตรา 109 (เดิม) ผู้เขียนยังไม่มีพบเอกสารที่แสดงถึงการถกเถียงในเรื่องลักษณะของการปลูกสร้างชั่วคราว หรือการปลูกสร้างโดยผู้ทรงสิทธิในที่ดินอันเป็นข้อยกเว้นของหลักส่วนควบแต่อย่างใด

มาตรา 107 และมาตรา 109 (เดิม) ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาอีกครั้งหนึ่งในคราวการพิจารณาชำระส่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งสำเร็จผลมีประกาศให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ในปี พ.ศ. 2535 มีประเด็นที่เกี่ยวข้องเรื่องที่คุณเขียนให้ความสนใจดังนี้

1. มีการพิจารณาว่าหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 107 ของไทย เจ้าของทรัพย์สินสามารถทำนิติกรรมยกเว้นได้หรือไม่ หรือมาตรา 107 ของไทยจะมีความหมายในทำนอง Section 93 ของเยอรมันที่บัญญัติว่าส่วนควบของทรัพย์สินไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่แยกออกจากกันได้ ในประเด็นดังกล่าวคณะกรรมการฯ เห็นว่าเจ้าของทรัพย์สินสามารถทำได้ เช่น ในเวลาขายบ้านเจ้าของบ้านอาจยกเว้นไม่ขายบานประตู หรือห้องวิทยาศาสตร์ที่ตนสร้างไว้ในบ้านนั้น และทรัพย์สินสมัยใหม่อาจแบ่งแยกแปลกๆ แตกต่างกันได้มากไม่ควรห้ามไว้เด็ดขาด แต่ก็ได้หยิบยกความเห็นน่าสนใจตามตำราของพระยาเทพวิฑูรฯ ขึ้นพิจารณาประกอบ ซึ่งท่านที่เห็นว่าหลักส่วนควบเป็นบทบัญญัติอันเด็ดขาด เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะยกเว้นเสียโดยนิติกรรมไม่ได้ เช่น ก.ซื้อเชื้ออัฐจาก ข. โดยทำสัญญาว่าให้กรรมสิทธิ์ในอัฐยังคงเป็นของ ข. จนกว่า ข. จะได้รับชำระราคา ถึงกระนั้นถ้า ก.นำอัฐไปสร้างตึกกรรมสิทธิ์ในอัฐก็ขาดจาก ข. เมื่อนั้นเพราะได้รวมเป็นส่วนควบของตึกเสียแล้ว และบทบัญญัติในเรื่องส่วนควบมิได้บัญญัติไว้ชัดเจนดังเช่นวรรคท้ายของเรื่องอุปกรณ์ว่ามีทางที่จะยกเว้นผลดังกล่าวได้ หากเห็นว่าสามารถทำนิติกรรมยกเว้นได้ควรบัญญัติให้ชัดเจนลงไป

¹²⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/4 สำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2468 (19 พ.ค. – 31 ก.ค. 2468) น.395-396.

¹²⁵ เพิ่งอ้าง, น.400.

ดังเช่นในเรื่องอุปกรณ์ ผลสุดท้ายที่ประชุมก็ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนไปโดยปล่อยให้มีการตีความในภายหลัง¹²⁶

2. มีการพิจารณาว่า ข้อยกเว้นหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 109 จะทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างยังคงมีสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ เนื่องจากว่าโดยปกติแล้วโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ทำลงบนที่ดินเป็นทรัพย์สินที่ติดที่ดินในลักษณะถาวรจึงเป็นอสังหาริมทรัพย์ การที่มาตรา 109 ยกเว้นในกรณีปลูกสร้างชั่วคราวหรือทำลงโดยมีสิทธิอาจทำให้เห็นได้ว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นมีลักษณะติดที่ดินไม่เป็นการถาวร ต่อประเด็นดังกล่าวพอสรุปได้ว่า ความเห็นของกรรมการส่วนใหญ่เห็นไปในทำนองว่า ทรัพย์สินนั้นจะมีสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ต้องดูบทบัญญัติที่นิยามความเป็นอสังหาริมทรัพย์เป็นหลัก กล่าวคือพิจารณาถึงสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น ส่วนประเด็นในเรื่องสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 109 เมื่อครั้งการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2521 มิได้มีการถกเถียงกันอย่างชัดเจนว่ามีเนื้อหาอย่างไร แต่ได้มีการพูดถึงทั้งในทำนองที่ว่าสิทธิที่จะไปปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นถือว่าเป็นบุคคลสิทธิซึ่งต้องทำตามนิติกรรมสัญญาแล้วแต่ข้อตกลงของคู่กรณี และยังมีการกล่าวต่อไปด้วยถ้าเป็นการใช้สิทธิปลูกในที่ดินของผู้อื่นมีมาตรา 1410 บัญญัติไว้¹²⁷

3. มีการพิจารณาว่า สิทธิในที่ดินที่มีความหมายเพียงใด จะหมายความว่าถึงเฉพาะทรัพย์สินหรือรวมถึงบุคคลสิทธิด้วย ในการนี้ผู้เขียนขอยกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 เกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 100 (เดิม) เรื่องนิยามของอสังหาริมทรัพย์ มาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งมาตรา 100 (เดิม) มีเนื้อความว่า “อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ที่ดินกับทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น อนึ่ง คำว่าอสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายความว่ารวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับ

¹²⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1029-35/2521, 18 ตุลาคม 2521.(นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ กรรมการฯ ในขณะนั้น ได้ให้ความเห็นในทำนองที่ว่า การได้กรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 107 เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายเมื่อเข้าลักษณะดังกล่าวนิติกรรมไม่สามารถยกเว้นได้ การรื้อออกไปภายหลังเกิดขึ้นก็แต่โดยความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สินหลังจากที่กรรมสิทธิ์ตกได้แก่ตนแล้ว หากจะให้ผลว่าสามารถยกเว้นหลักส่วนควบได้โดยนิติกรรมควรบัญญัติให้ชัดเจนดังเช่นกรณีของอุปกรณ์)

¹²⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1034-40/2521, 22 พฤศจิกายน 2521.

กรรมสิทธิ์ในที่ดิน” ส่วนมาตรา 109 (เดิม) เกี่ยวด้วยข้อยกเว้นของหลักส่วนควบ มีเนื้อความว่า “ทรัพย์ซึ่งติดกับที่ดินหรือติดกับโรงเรือนเพียงชั่วคราวย่อมไม่กลายเป็นส่วนควบ วิธีอย่างเดียวกันนี้ ย่อมใช้บังคับแก่โรงเรือนหรือการปลูกสร้างอย่างอื่นอันผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธินั้นปลูกทำลงไว้ในที่ดินนั้น” เหตุที่นำทั้งสองมาตรานี้มากล่าวไว้ด้วยกันก็เพราะ มาตรา 100 ได้กล่าวถึงสิทธิเกี่ยวกับที่ดินไว้ด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 100 คณะกรรมการได้ให้ความเห็นว่า “สิทธิที่เป็นทรัพย์สินสิทธิและบุคคลสิทธิ : คณะกรรมการได้พิจารณาถ้อยคำว่า สิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินในร่างมาตรานี้ว่า ควรจะหมายถึงทรัพย์สินเท่านั้น หรือจะรวมถึงบุคคลสิทธิด้วย โดยมีกรรมการบางท่านเสนอว่า บุคคลสิทธิเป็นสิ่งที่มิราคาและถือเอาได้ เช่นสิทธิการเช่าสามารถโอนกันได้ตามกฎหมายและอาจถูกละเมิดได้ จึงเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งและอาจอยู่ในความหมายของสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินด้วย แต่คณะกรรมการได้พิจารณาเห็นว่า คำว่าสิทธิที่บัญญัติในเรื่องทรัพย์นี้มุ่งหมายถึงทรัพย์สินเป็นหลัก เพราะทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่สามารถหวนกันใช้ประโยชน์ตลอดจนเปลี่ยนการยึดถือตัวทรัพย์นั้นได้ตามความเป็นจริง และความเป็นเจ้าของจะใช้แย้งกับบุคคลอื่น ๆ ได้ทั่วไป สิทธิที่จะถือว่ามีลักษณะเป็นทรัพย์สินได้จึงต้องเป็นทรัพย์สิน ส่วนบุคคลสิทธิไม่อาจใช้เป็นวัตถุแห่งสิทธิได้ แต่เป็นเพียงสิทธิในทรัพย์สินและทรัพย์สินอีกทอดหนึ่ง บุคคลสิทธิเป็นสิทธิระหว่างบุคคลที่ใช้แย้งกับคู่กรณีหรือผู้ที่ทำให้สิทธินั้นเสียหายเท่านั้น โดยการโอนบุคคลสิทธิเป็นการโอนสิทธิและหน้าที่ของบุคคลนั้นมิใช่ตัวทรัพย์สิน การเคลื่อนไหวของบุคคลสิทธิจึงเป็นไปตามกฎหมายลักษณะหนี้ เช่นการโอนสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการเช่าก็เป็นไปตามหมวดว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องในลักษณะหนี้ และถ้าผู้ใดทำให้สิทธินั้นเสียไปก็อาจเป็นการกระทำละเมิดซึ่งต้องมีการชดเชยความเสียหาย แต่โดยสภาพของสิทธิเหล่านี้มิใช่ทรัพย์สินและไม่อาจนำบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องทรัพย์นี้ไปปรับใช้ได้ ฉะนั้นเมื่อบทบัญญัตินี้บัญญัติไว้ในลักษณะทรัพย์โดยกล่าวถึงสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินจึงต้องหมายถึงทรัพย์สินเท่านั้น” จะเห็นได้ว่า คำว่าสิทธิที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะทรัพย์นั้น หากเนื้อหาของสิทธิมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินแล้ว ย่อมเข้าลักษณะของการเป็นทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาถึง คำว่าสิทธิในการแก้ไขมาตรา 109 เดิม เป็นมาตรา 146 กลับมีความเห็นไปอีกแนวทางหนึ่ง ความว่า “สิทธิในที่ดิน : คณะกรรมการได้พิจารณาความหมายของคำว่าสิทธิในที่ดิน จะหมายถึงบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สิน โดยพิจารณาถึงคำพิพากษาฎีกาที่ว่า สิทธิตามสัญญาเช่าไม่ทำให้ทรัพย์นั้นเป็นส่วนควบ ในที่สุดคณะกรรมการเห็นควรคงคำว่าสิทธิในที่ดินไว้ โดยเห็นว่าเป็นบุคคลสิทธิก็ได้” ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นความเห็นที่เสนอโดยศาสตราจารย์บัญญัติ สุธิระ ซึ่งท่านดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการ

พิจารณาปรับปรุงกฎหมาย โดยท่านได้อ้างถึงแนววินิจฉัยของศาลฎีกาในเรื่องการปลูกสร้างโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่า และไม่ปรากฏว่ามีผู้แสดงความเห็นเป็นอย่างอื่นอีก¹²⁸

ส่วนบทบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติต่อโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 คือมาตรา 1310 มาตรา 1311 มาตรา 1314 และมาตราที่มีหลักการเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวมีพัฒนาการความเป็นมาอย่างไรพิจารณาได้ดังนี้

มาตรา 1310 ในปัจจุบันมีที่มาจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี ค.ศ. 1919 มาตรา 32 มีสาระสำคัญคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในปัจจุบัน กล่าวคือบุคคลผู้ปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือนนั้น แต่เจ้าของที่ดินต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ปลูกสร้าง โดยค่าทดแทนที่จ่ายนั้นขึ้นอยู่กับว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นสร้างมูลค่าเพิ่มให้แก่ที่ดินหรือไม่¹²⁹ สำหรับการพิจารณาความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง ในช่วงแรกกรรมการร่างกฎหมายมีความเห็นว่าผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตหมายถึงผู้ที่ปลูกโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นซึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าที่นั้น

¹²⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ครั้งที่ 264-40/2531, 10 ตุลาคม 2531. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, น. 312, 322.

¹²⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (Eng.) เลขแฟ้ม 0040/2473, น. 16.(Section 32 : If a person has in good faith constructed a building on a piece of land owned by another person, the owner of the land shall become owner of such building ;he must pay compensation to the constructor for any increase of value accruing to the land from the building and he is entitled to no compensation from the constructor for any decrease of value resulting from the same : ร่างเดิมนี้นี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในประเด็นความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง กับทั้งมีการพิจารณาตัดถ้อยคำในเรื่อง compensation และส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่อง decrease of value ออกปรากฏตามเอกสารหอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/8 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (9 พ.ค -30 มิ.ย. 2470) น.149 -150, 206-207.เนื่องจากกรรมการร่างฯ เห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องลามิควรรได้และละเมิดครอบคลุมถึงเรื่องดังกล่าวแล้ว และบทบัญญัติในมาตรา 32 อยู่ในหมวด Acquisition of ownership ควรกล่าวแต่ว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นบทบัญญัติในปัจจุบันจึงคงเหลือเพียงการใช้ราคาโรงเรือนเท่านั้นไม่ปรากฏถึงการใช้ค่าทดแทนอย่างอื่น)

เป็นของตน (a person in good faith believes that another person's land belongs to himself) ดังนั้นหากรูปเรื่องเป็นการปลูกขึ้นโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินก็มีใช้กรณีที่อยู่ในบังคับมาตรานี้¹³⁰ ต่อมาได้มีการเสนอความเห็นในทำนองที่ว่านอกจากการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยเข้าใจว่าเป็นของตนแล้ว ความสุจริตอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีบุคคลปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินโดยเชื่อว่ามีกรรมสิทธิ์ที่จะปลูกลงไป เช่น ก.แสดงตนโดยเปิดเผยว่าเป็นเจ้าของที่ดิน ก ให้ ข เช่าที่ดินนั้นโดยยอมให้ ข ปลูกโรงเรือนลงไว้ด้วย ต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงว่าที่ดินไม่ใช่ของ ก ดังนั้นควรปฏิบัติต่อ ข อย่างผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตด้วย¹³¹

มาตรา 1310 ในปัจจุบันร่างขึ้นโดยมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 555 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา 671 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 417 โดยคณะกรรมการฯ ได้ร่างขึ้นเป็นภาษาอังกฤษว่า “Section 1310 If a person has, in good faith, constructed a building upon another person's land, the owner of the land becomes the owner of the building, but he must pay the constructor for any increase of value accruing to the land by reason of the building

However, if the owner of the land can show that there has been no negligence on his part, he may refuse to take the building and require that it be removed by the constructor and the land put to its former condition ; but if this cannot be done without unreasonable cost he may require the constructor to buy the whole or part of the land at the market price”¹³²

นอกจากข้อพิจารณาเรื่องความสุจริตดังกล่าวไว้แล้วข้างต้นผู้เขียนยังไม่พบเอกสารที่ถกเถียงให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรา 1310 โดยละเอียดอีก จะมีก็แต่การพิจารณา

¹³⁰ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/8 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (9 พ.ค -30 มิ.ย. 2470) น.150.

¹³¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เลขแฟ้ม 0014/2472, ช่วงที่ 1 น. 109-110.

¹³² เฝิงอ้าง, น. 377.

ถ้อยคำเพียงเล็กน้อยเท่านั้น¹³³ แต่เมื่อพิจารณามาตราซึ่งเป็นที่มาแห่งต้นร่างแล้วผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 1310 เกิดขึ้นจากการผสมผสานหลักการในการแก้ปัญหาและเยียวยาผลกระทบจากกฎหมายหลายประเทศเข้าด้วยกัน กล่าวคือเมื่อมีการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตโรงเรือนนั้นย่อมตกได้แก่เจ้าของที่ดิน เมื่อตกได้แก่เจ้าของที่ดินแล้ว กฎหมายไม่ประสงค์จะให้ได้กรรมสิทธิ์ไปเปล่า จึงบัญญัติให้มีการชดใช้ราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับมาตรา 417 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประกอบกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 555 (ก่อนแก้ไข) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศส(เดิม) บัญญัติว่าเจ้าของจะบังคับให้รื้อถอนไปไม่ได้ ทำได้แต่เพียงการชดใช้ราคา โดยต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายทั้งหมดแก่ผู้ปลูกสร้าง ดังนั้นแม้ตามมาตรา 1310 จะมีผลให้เจ้าของที่ดินจำต้องรับเอาโรงเรือนไว้ แต่การชดใช้ราย่อมได้รับผลจากมาตรา 417 ของไทยเอง ซึ่งให้ความเป็นธรรมแก่ฝั่งเจ้าของที่ดินมากกว่าเดิม

ความในวรรคสองของมาตรา 1310 เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ ไม่ปรากฏในร่างมาตรา 32 เดิม ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 1310 วรรคสอง มีการผสมผสานหลักการจากประมวลกฎหมายต่างประเทศมากกว่าที่ระบุไว้ในต้นร่าง กล่าวคือ

ส่วนซึ่งให้เจ้าของที่ดินที่พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีความประมาทเลินเล่อ สามารถบอกปิดไม่รับโรงเรือน และเรียกให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนโรงเรือนไปได้ มีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งปรัสเซีย¹³⁴ มาตรา 327 ความว่า “ผู้ใดปลูกสร้างโรงเรือนลงในที่ดินของผู้อื่นโดยเจ้าของที่ดินมิได้รับรู้ด้วย เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะเลือกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไป และทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิม หรือจะรับโรงเรือนนั้นไว้ก็ได้” และ มาตรา 332 ความว่า “หากเจ้าของที่ดินรู้อยู่แล้วว่าได้มีการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดิน แต่มิได้ใช้ความระมัดระวังเพื่อคัดค้านการปลูกสร้างโรงเรือนนั้นตามควร เจ้าของที่ดินมีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายอันเกิดแก่ที่ดินของตนเท่านั้น”¹³⁵

¹³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เลขแฟ้ม 0014/2472, ช่วงที่ 7 น. 26-27 (มีการถกเถียงกันถึงถ้อยคำว่า Building กินความถึงสิ่งใดบ้าง).

¹³⁴ Wolff Martin, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich (Jena : Fischer , 1900), p 67-68.

¹³⁵ §. 327. Hat jemand ein für sich selbst bestehendes Gebäude auf fremdem Grunde und Boden ohne Vorwissen des Grundeigenthümers errichtet; so hängt es von dem Grundeigenthümer ab, das Gebäude zu erhalten, oder auf dessen

ส่วนที่กล่าวถึงการรื้อถอนไม่ได้โดยใช้เงินพอควร มีที่มามาตรา 671 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส¹³⁶ ผสมผสานกับสิทธิของเจ้าของที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งปรัสเซีย มาตรา 328 ถึงมาตรา 331 ความว่า

“มาตรา 328 หากเจ้าของที่ดินเลือกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไป และทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิม ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนย่อมมีหน้าที่ออกค่าใช้จ่ายในการนี้ และหากเกิดความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้าของที่ดิน ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนต้องรับผิดชอบตามพฤติการณ์แห่งความผิดของตน รวมทั้งการขาดกำไรหรือทางทำมาหาได้ของเจ้าของที่ดินด้วย

มาตรา 329 หากเจ้าของที่ดินเลือกให้ส่งโรงเรือนตามสภาพที่เป็นอยู่ เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรือนนั้น หรือจะเลือกให้ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนซื้อที่ดินอันเป็นที่ตั้งของโรงเรือนนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้

มาตรา 330 หากเจ้าของที่ดินต้องการได้โรงเรือนนั้นไว้เอง เจ้าของที่ดินต้องใช้ราคาค่าโรงเรือนตามราคาท้องตลาด

Wegschaffung und Abbrechung zu dringen., §. 332. Hat der Eigenthümer des Grundes und Bodens um den Bau gewußt, und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen; so muß er mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen. (แปลเป็นภาษาไทยโดย รศ. ดร. กิตติศักดิ์ ปกรติ)

¹³⁶ Art. 671

1 Where a person uses materials belonging to another in building work on his or her own land or materials of his or her own on land belonging to another, such materials become an integral part of the parcel of land.

2 However, where such materials are used against the will of their owner, the latter is entitled to demand that the materials be removed and returned to him or her at the landowner's expense to the extent this is possible without causing disproportionate damage.

3 On the same condition, where the materials were used against the will of the landowner, the latter may demand that they be removed from his or her land at the expense of the builder.

มาตรา 331 หากเจ้าของที่ดินเลือกให้ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนรับโรงเรือนนั้นไว้ (เรียกให้ซื้อที่ดินโดยไม่ต้องรื้อเรือน) ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนต้องชดใช้ราคาที่ดินแก่เจ้าของที่ดิน รวมทั้งค่าเสียหายอันเกิดแก่เจ้าของที่ดิน เพราะเหตุที่ดินแคบหรือสั้นลงจนเป็นเหตุให้เจ้าของที่ดินเสียหายแก่ทางทำมาหาได้ของตนด้วย”¹³⁷

เหตุที่กรรมการร่างกฎหมายเพิ่มเติมมาตรา 1310 วรรคสองขึ้นมา อาจเพราะในร่างเดิมและที่มาแห่งร่างนั้นคือมาตรา 555 ประมวลแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นการบังคับให้เจ้าของรับเอาโรงเรือนที่ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตทำลงไว้ซึ่งอาจฝ่าฝืนต่อความต้องการของเจ้าของที่ดิน กฎหมายจึงบัญญัติทางแก้ไขให้เจ้าของที่ดินสามารถบอกปิดไม่รับโรงเรือนและรื้อถอนออกไปโดยทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ได้บัญญัติให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิบอกปิดได้ทันทีหรือได้ในทุกกรณี เจ้าของที่ดินต้องแสดงให้เห็นได้ว่าตนมิได้มีความประมาทเลินเล่อปล่อยปละให้บุคคลอื่น เข้าใจโดยสุจริตเข้าไปปลูกสร้างด้วยจึงจะบอกปิดไม่รับโรงเรือนได้ การพิสูจน์นี้มีเค้าโครงมาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งปรัสเซีย ซึ่งก่อให้เกิดผลคือ การบอกปิดในกรณีนี้ทำได้ง่ายกว่าการพิสูจน์ความ

¹³⁷ §. 328. Wählt der Grundeigenthümer das letztere, so muß das Abbrechen und Wegräumen auf Kosten des Bauenden erfolgen; und dieser haftet noch außerdem, nach dem Grade seiner Verschuldung, dem Eigenthümer für den erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn.

§. 329. Verlangt der Grundeigenthümer die Erhaltung des Gebäudes, so kann er sich dasselbe entweder selbst zueignen, oder es mit dem dazu gehörenden Grunde und Boden dem Bauenden überlassen.

§. 330. Will der Grundeigenthümer das Gebäude behalten, so muß er dem Bauenden die verwendeten Baukosten, so weit sie den Werth des Gebäudes, nach der Schätzung der Sachverständigen, nicht übersteigen, erstatten.

§. 331. Will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden überlassen, so muß dieser ihm den Werth des Grundes und Bodens vergüten, und noch außerdem denjenigen Schaden erstatten, welchen der Eigenthümer, durch Verengung des nöthigen Platzes, oder sonst, nach seiner Lage und Gewerbe erweislich leidet. (แปลเป็นภาษาไทยโดย รศ. ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ)

ไม่สุจริตตามนัยแห่งมาตรา 1311 ข้อที่ว่าเจ้าของที่ดินต้องแสดงให้เห็นว่าตนมิได้ประมาทเลินเล่อนี้เองเป็นเรื่องไม่ปรากฏในมาตราที่เป็นต้นร่างของมาตรา 1310

นอกจากนั้นแม้เจ้าของที่ดินจะสามารถนำสืบว่าตนไม่ประมาทเลินเล่อ แต่หากปรากฏว่าการบอกปิดและรื้อถอนจะทำได้โดยใช้เงินพอควร เจ้าของที่ดินอาจเรียกให้ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตซื้อที่ดินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ ความในส่วนที่ว่ากรรื้อถอนจะทำได้โดยใช้เงินพอควรนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิที่มาจากมาตรา 671 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสที่ทำให้เจ้าของที่ดินไม่สามารถเรียกให้รื้อไปได้เพราะเหตุที่ทำได้โดยใช้เงินพอควร ส่วนการเรียกให้ผู้ปลูกสร้างซื้อที่ดินทั้งหมดหรือบางส่วนได้ซึ่งเป็นแนวทางแก้ปัญหาที่ซ้อนเข้ามาอีกชั้นหนึ่ง เป็นทางเลือกให้แก่เจ้าของที่ดินแทนที่จะเรียกให้รื้อไป น่าจะมีเค้ามาจากมาตราประมวลกฎหมายแพ่งปรัสเซีย ทางแก้ที่ซ้อนเข้ามานี้อาจเพื่อช่วยแก้ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 1310 วรรคสอง ที่อาจมีข้อขัดข้องบางประการเกิดขึ้น เพราะเหตุว่าเป็นการทำให้ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตถูกปฏิบัติในทำนองเดียวกับผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริต ทั้งๆ ที่เจ้าของที่ดินพิสูจน์ได้เพียงความไม่ประมาทของตนเท่านั้น แต่ยังไม่สามารถพิสูจน์ถึงความไม่สุจริตของผู้ปลูกสร้างได้ จึงมีบทบัญญัติซ้อนเข้ามาเพื่อคุ้มครองผู้ปลูกสร้างอีกชั้นหนึ่ง

มาตรา 1311 ในปัจจุบันมีที่มาจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี ค.ศ. 1919 มาตรา 33 มีเนื้อหาแตกต่างกับบทบัญญัติในปัจจุบันอยู่มาก กล่าวคือไม่ได้บัญญัติทางเลือกแก่เจ้าของที่ดินว่าสามารถเลือกให้ส่งคืนที่ดินในสภาพที่เป็นอยู่ได้หรือไม่อย่างไร¹³⁸ ต่อมากรรมการแผนกประมวลกฎหมายได้หยิบยกร่างดังกล่าวขึ้นพิจารณาปรับปรุงแก้ไข โดยได้พิจารณา

¹³⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว* เจิงอรรถที่ 131, น. 17. (Section 33 : If a person has in bad faith constructed a building on a piece of land owned by another person, he must at his own expense put the land in its former condition.

If it is impossible to put the land on its former condition or it would be damaged thereby, the owner of the land shall become the owner of the building, he shall be liable to no compensation to the constructor for any increase of value accruing to the land from the building, and he shall be entitled to compensation from him for any decrease of value resulting from the same : ความในวรรคสองนี้เมื่อครั้งถูกหยิบยกขึ้นพิจารณามีการพิจารณาตัดเรื่อง compensation และส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่อง decrease of value ออกดังเช่นกรณีตามมาตรา 1310 เช่นกัน ปรากฏตามเอกสารจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/8 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (9 พ.ค -30 มิ.ย. 2470) น.149 - 150, 206 – 207.)

ร่างความในวรรค 1 ขึ้นใหม่เนื่องจากวรรค 1 เดิมมีลักษณะที่จำกัดเกินไปที่จะให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปสถานเดียว ซึ่งหากว่ากันตามทางเศรษฐกิจแล้วการจำกัดดังกล่าวเป็นเหตุให้ทั้งเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างเสียหายโดยใช่เหตุ กรรมการฯ จึงเห็นควรร่างเป็นทำนองให้สามารถที่จะตกลงกันได้บ้าง โดยร่างใหม่มีข้อความเป็นทำนองว่า เมื่อบุคคลใดสร้างตึกลงในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริตบุคคลนั้นต้องคืนที่ดินให้ตามลักษณะเดิม เว้นแต่เจ้าของที่ดินจะเลือกรับเอาที่ตามลักษณะเช่นนั้น และในเรื่องเช่นนั้นเจ้าของที่ต้องเสียค่าตึกหรือราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้น ซึ่งที่ประชุมเห็นว่าร่างดังกล่าวเหมาะสมแล้ว และมีทางให้เจ้าของที่ดินเลือกได้ด้วย¹³⁹ โดยได้ร่างเป็นภาษาอังกฤษว่า “Section 1311 *If a person has in bad faith constructed a building on a piece of land owned by another person, he must return the land after having put it in its former condition at his own expense, unless the owner of the land chooses to have it returned in its present condition, in which case the owner must pay at his option either the cost of the building or a sum representing the increased value of the land.*” ความในมาตราดังกล่าวมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดนมาตรา 672 และประมวลกฎหมายแพ่งของไทยมาตรา 418¹⁴⁰ ส่วนความในวรรคสองเดิมนั้นเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายบรรพ 4 ไม่พบข้อความดังกล่าวอีกและผู้เขียนยังไม่พบเอกสารที่แสดงถึงการถกเถียงเกี่ยวกับมาตรา 1311 วรรคสองซึ่งนำไปสู่การถูกตัดออกดังกล่าว แต่จากการพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 418 ในปัจจุบันอาจเห็นได้ว่าเหตุที่ถูกตัดอาจมีสาเหตุมาจากการที่บทบัญญัติในลางมิควรได้บัญญัติไว้แล้วนั่นเอง

¹³⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 132*, น.189-190. (ความในมาตรา 33 วรรคแรกที่ได้รับการแก้ไขร่างเป็นภาษาอังกฤษว่า “*If a person has in bad faith constructed a building on a piece of land owned by another person, he must return the land after having put it in its former condition at his own expense, unless the owner of the land chooses to have it returned in its present condition, in which case the owner must pay at his option either the cost of the building or a sum representing the increased value of the land.*” ซึ่งนายเรเน กาสโซ ได้ร่างขึ้นโดยมีที่มาจากมาตรา 418 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย)

¹⁴⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น. 379.

มาตรา 1314 ในปัจจุบันมีที่มาจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี ค.ศ. 1919 มาตรา 35¹⁴¹ มีเนื้อหาทำนองเดียวกับมาตราในปัจจุบันคือให้นำมาตรา 1310 (มาตรา 32 เดิม) 1311 (มาตรา 33 เดิม) และมาตรา 1313 มาใช้บังคับกับการก่อสร้างใดๆ ที่ติดที่ดินและการเพาะปลูกด้วย โดยอนุโลม ความในวรรคสองของมาตรานี้คณะกรรมการร่างได้ร่างขึ้นโดยทำนองความในมาตรา 108 แห่งบรรพ 1¹⁴² (มาตรา 145 ในปัจจุบัน) โดยบทบัญญัติมาตรานี้มีที่มาจากประมวลแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 555 และประมวลแพ่งสวิสมาตรา 678¹⁴³

นอกจากบรรดามาตราที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงพัฒนาการของมาตรา 1410 เรื่องสิทธิเหนือพื้นดินอีกสักมาตราหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพื่อพิจารณาว่าเนื้อหาแห่งสิทธิเหนือพื้นดินมีการถกเถียงให้ความเห็นเป็นอย่างไบบ้างดังจะกล่าวต่อไปนี้

มาตรา 1410 ในปัจจุบันมีที่มาจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปี ค.ศ. 1919 มาตรา 162 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1012 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 779 ประมวลกฎหมายญี่ปุ่นมาตรา 265 มีเนื้อหาใกล้เคียงกับบทบัญญัติในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นสิทธิในการใช้ที่ดินของผู้อื่นโดยมีความมุ่งหมายให้ผู้ทรงสิทธิเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้น¹⁴⁴ สิทธิเหนือพื้นดิน (Superficies) เป็นสิทธิที่มีความเกี่ยวพันมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิคือที่ดินของผู้อื่น เนื้อหา

¹⁴¹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 132*, น. 205-206.209 (Section 35 : The provisions of Section 32,33 and 34 apply mutatis mutandis to person who, instead of constructing a building, has made a plantation or any other kind of work

However, in case of paddy of other crops to be harvested within one year of plantation, the owner of the land must either allow the person in good faith of the conditional owner who has made the plantation to remain in possession of such of compensation based on the rental value of the same, or take advance possession of the land on payment to the other party of compensation for the loss of the crop.)

¹⁴² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 132*, น. 206.

¹⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น. 379.

¹⁴⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 131*, น. 84. (Section 162 : Superficies is a real right by virtue of which a person, called the superfiary, is entitled to use another person's land for the purpose of owning structures thereon, with or without paying rent.)

แห่งสิทธิเหนือพื้นดินนั้นประกอบด้วยสิทธิถึงสามอย่างด้วยกัน ประการแรกคือสิทธิในที่ดิน ประการต่อมาคือสิทธิที่จะปลูกสร้าง ประการที่สามคือสิทธิในสิ่งที่ปลูกสร้างนั้น¹⁴⁵ สิทธิเหนือพื้นดินมีลักษณะพิเศษที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งที่อยู่บนที่ดินนั้นได้ ต่างกับสัญญาเช่าทั่วไปที่มีสิทธิเพียงใช้ประโยชน์จากที่ดินเท่านั้น แต่ในกรณีที่สัญญาเช่ามีข้อกำหนดในสัญญาให้ผู้เช่าทำการปลูกสร้างได้นั้น อาจทำให้สับสนได้ว่าเป็นกรณีสิทธิเหนือพื้นดินหรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวกรรมการฯ มีความเห็นไปในทำนองที่ว่าสิทธิเหนือพื้นดินนั้นเป็นเรื่องที่บุคคลผู้ทรงสิทธิมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินในที่ดินอย่างแท้จริง แม้ผู้เช่าจะมีสิทธิในการสร้างแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้เช่าจะเป็นเจ้าของสิ่งที่สร้าง¹⁴⁶ ความแตกต่างกับเรื่องสัญญาเช่าจึงมีจุดที่พิจารณาได้จากการเป็นเจ้าของดังกล่าว

¹⁴⁵ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/9 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (2 พ.ย.-31 ธ.ค.2470) น.1380.

¹⁴⁶ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/11 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2471 (1 ก.ย.-31 ต.ค. 2471) น.1179.

บทที่ 3

ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง

การที่เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตนนั้น ความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยส่วนใหญ่เห็นว่าความยินยอมสามารถก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาไปในรายละเอียดของการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างจะพบว่า ความยินยอมมีระดับที่แตกต่างกันไปอันเนื่องมาจากเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องในขณะให้ความยินยอม ซึ่งความแตกต่างนี้เองส่งผลให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในทุกรณี-

3.1 ความหมายและองค์ประกอบของความยินยอม

ความยินยอม เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายแพ่ง ซึ่งอาศัยความยินยอมเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งนำไปสู่การก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของปัจเจกชน เมื่อใดก็ตามที่ความยินยอมมีกฎหมายบัญญัติให้สามารถก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ เมื่อนั้นรัฐจะใช้อำนาจบังคับบัญชาให้เกิดผลตามการแสดงเจตนา¹ การที่รัฐเข้ารองรับบังคับความเคลื่อนไหวในสิทธิอันเกิดจากการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของปัจเจกชนนี้ ก็เพื่อส่งเสริมอิสระของปัจเจกชน (the autonomy of individuals) โดยอนุญาตให้ปัจเจกชนตัดสินใจกำหนดชะตากรรมของตนว่าจะจัดการสิทธิของตนอย่างไร ความยินยอมจึงสะท้อนให้เห็นข้อความคิดเกี่ยวกับปัจเจกชนนิยม (individualist) นอกจากนี้รัฐจะเข้าบังคับบัญชาตามเจตนาแล้ว รัฐยังเข้าควบคุมการแสดงเจตนาให้อยู่ในกรอบที่พึงเป็น เพื่อ

¹ Nancy S Kim, “Relative Consent and Contract Law”, Nevada Law Journal, Vol. 18, Issue 1, pp. 165-166. (Fall 2017).

รักษาความปลอดภัยทั้งต่อตัวผู้แสดงเจตนาเอง ต่อคู่กรณี และต่อสังคมส่วนรวมด้วย มิใช่จะยอมรับ บังคับตามความยินยอมเสมอไป²

ความยินยอมเป็นข้อความคิดที่มีความเป็นนามธรรม ยากที่จะให้คำจำกัดความได้อย่าง ชัดเจน เนื่องจากการที่ปัจเจกชนคนหนึ่งคนใดจะแสดงเจตนาให้ความยินยอมนั้น มีปัจจัยหลาย ประการเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงไม่สามารถให้คำจำกัดความในลักษณะ Binary Thinking³ ได้ อย่างไรก็ตาม สามารถจำแนกองค์ประกอบสำคัญที่พึงมีในการก่อให้เกิดความยินยอมได้ดังต่อไปนี้

1. การแสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม (Intentional Manifestation of Consent) เป็นการกระทำขั้นพื้นฐานที่สุด ซึ่งต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก การแสดงออกนี้อาจเกิด ด้วยคำพูด หรือการกระทำบางอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความยินยอม เช่นการพูดให้ความยินยอม การ แกลงให้ทราบ การลงลายมือชื่อให้ความยินยอม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบข้อแรกนี้มีสองส่วน ด้วยกัน คือส่วนการกระทำที่เป็นการแสดงให้เห็นถึงความยินยอม และส่วนเจตนาคือมีความประสงค์ ในการแสดงความยินยอมนั้นให้ปรากฏออกมา⁴

องค์ประกอบในข้อแรกเป็นการพิจารณาความยินยอมในเบื้องต้นเท่านั้น แต่การ พิจารณาว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมโดยแท้จริงหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาอีกสอง องค์ประกอบสำคัญ คือความรู้ และความสมัครใจด้วยเสมอ เพราะเหตุว่า หากพิจารณาแต่การ แสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม ก็จะเป็นการพิจารณาแต่เพียงเปลือกนอก กล่าวคือดูเหมือน ยินยอมเท่านั้น แต่ไม่ใช่ความยินยอมโดยแท้จริง⁵

² Chunlin Leonhard , “The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 63, Issue 1, pp. 59,64 (Fall 2012). ; Nancy S Kim, *supra note 1*, p. 166.

³ Orit Gan, “The Many Faces of Contractual Consent”, *Drake Law Review*, Vol. 65, Issue 3, pp. 626-628 (2017). (การให้คำจำกัดความแบบ Binary Thinking คือการวาง กรอบคำนิยามในทางตรงกันข้ามอย่างชัดเจน เช่น การแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน- มหาชน อัตวิสัย-ภาวะวิสัย เป็นต้น ซึ่งการให้คำนิยามความยินยอมโดยการจำกัดความในรูปแบบนี้ไม่ สามารถให้ความหมายที่ถูกต้องของความยินยอมได้ เพราะความยินยอมมีปัจจัยที่เข้ามาเกี่ยวข้อง หลายประการเกินกว่าจะนิยามให้ชัดเจนได้)

⁴ Nancy S Kim, *supra note 1*, pp. 171,173.

⁵ *Ibid.*, p. 171.

2. ความรู้ (The Knowledge Condition) องค์ประกอบข้อนี้ถือได้ว่าเป็นข้อที่ยากและสำคัญที่สุดในการพิจารณาองค์ประกอบของความยินยอม เพราะเหตุว่าการรับรู้และเข้าใจเรื่องราวของปัจเจกชนแต่ละคนมีความแตกต่างกัน ความรู้อาจถูกจำกัดด้วยอคติส่วนตัว ความยากในการประเมินข้อมูลที่ซับซ้อน และข้อจำกัดด้านเวลาในการพิจารณาไตร่ตรอง ซึ่งความต่างนี้เองอาจส่งผลให้เกิดความผิดพลาดของการแสดงเจตนาให้ความยินยอม การประเมินสภาพความรู้จำเป็นต้องมีการประเมินข้อมูลในแง่ของข้อมูลที่สร้างแรงจูงใจให้ผู้ให้ความยินยอม ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม และในแง่ของการกระทำของผู้รับความยินยอม⁶

ความรู้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยินยอม แต่เป็นการยากที่จะพิจารณาให้เห็นได้เป็นประจักษ์ว่าผู้ให้ความยินยอมมีความรู้เกี่ยวกับเรื่องที่ตนให้ความยินยอมหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องทางอ้อม ดังนั้นการประเมินว่าผู้ให้ความยินยอมมีความเข้าใจในความรู้หรือไม่จึงปรากฏออกมาในรูปแบบดังนี้⁷

(1) การเข้าถึงข้อมูล การเข้าถึงข้อมูลของผู้ให้ความยินยอมเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการให้ความยินยอมที่แท้จริง เพราะหากไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นได้อย่างเพียงพอแล้ว ผู้ให้ความยินยอมก็จะไม่สามารถประเมินตัวเลือกทั้งหมดได้ และความยินยอมที่เกิดจากข้อมูลที่จำกัดก็ไม่ใช่การส่งเสริมหลักอิสระของปัจเจกชน เพราะเหตุว่าหากปัจเจกชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นเพียงพอ เขาก็จะไม่สามารถจะเข้าใจและชั่งน้ำหนักข้อมูลอย่างระมัดระวังได้ ทำให้การตัดสินใจไม่มีอิสระที่แท้จริง สำหรับการเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความรู้ขึ้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดทำให้ผู้ให้ความยินยอมรู้แจ้งแทงตลอดไปถึงเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่จะต้องครบถ้วนเพียงพอให้ผู้ให้ความยินยอมเข้าใจและสร้างแรงจูงใจในการให้ความยินยอมที่ถูกต้อง กล่าวคือเป็นการเข้าถึงข้อมูลที่มีอยู่ในปัจจุบันทุกด้านที่จำเป็นต่อการตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ

(2) การพิจารณาความสามารถของผู้ให้ความยินยอม แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้ความยินยอมสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ ก็ยังไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่าเกิดความรู้ขึ้นอย่างถูกต้องหรือไม่ เพราะเหตุว่าหากผู้ให้ความยินยอมขาดความเข้าใจในข้อมูลที่ได้รับ ความยินยอมที่แท้จริงย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงความสามารถของผู้ให้ความยินยอม การพิจารณาเรื่องความสามารถนี้มีวัตถุประสงค์สองประการ ประการแรกเพื่อให้เข้าใจได้ง่ายขึ้นว่าบุคคลใดบ้างมีความสามารถที่จะเข้าใจข้อมูล เช่นผู้เยาว์อาจถูกตั้งข้อสังเกตว่ายังไม่สามารถเข้าใจข้อมูลต่างๆ ได้ดีพอ ประการที่สองคือเพื่อป้องกันการบีบบังคับและลดความยุ่งยากของการให้ความยินยอม โดย

⁶ Ibid., p. 172.

⁷ Ibid., pp. 28, 172-174, 176.

คุ้มครองบุคคลที่มีความอ่อนไหวเป็นพิเศษต่อแรงกดดัน และไม่สามารถรับมือต่อความกดดันให้แสดงความยินยอมได้ดีพอ ให้สามารถพ้นจากการถูกบีบบังคับ หรือคุ้มครองให้สามารถแสดงความยินยอมโดยแท้จริงได้

(3) การให้คำเตือนหรือคำบอกกล่าว หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้รับความยินยอมรู้ข้อมูลบางอย่างที่มีผลต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมแต่กลับปกปิดไม่แจ้งให้ทราบ มีปัญหาว่าจะมีผลต่อความยินยอมหรือไม่ ซึ่งโดยหลักแล้วผู้รับความยินยอมไม่มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลแก่ผู้ให้ความยินยอม เว้นแต่ประเภทของกิจการที่ทำหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีต้องการหน้าที่ในการแจ้งหรือให้คำเตือนเช่นนั้น เช่น ความยินยอมในทางการแพทย์ อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้รับความยินยอมจะไม่มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลให้ทราบ แต่พฤติกรรมการแจ้งข้อมูลที่ทราบก็มีผลในการช่วยประเมินเงื่อนไขข้ออื่นๆ กล่าวคือหากผู้รับความยินยอมแจ้งข้อมูลที่ตนทราบให้แก่ผู้ให้ความยินยอมเพื่อเป็นปัจจัยในการตัดสินใจ การพิจารณาปัจจัยอื่นๆ อาจลดระดับความเข้มข้นลงเพราะเหตุว่าผู้รับความยินยอมได้กระทำการโดยสุจริต

3. ความสมัครใจ (Voluntariness) องค์ประกอบข้อนี้อาจพิจารณาได้จากบริบทแวดล้อมของการแสดงเจตนา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีสถานการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดบีบบังคับ หรือล่อลวงให้เกิดความยินยอม ความยินยอมที่เกิดขึ้นนั้นย่อมไม่ใช่ความยินยอมโดยแท้จริง เนื่องจากผู้ให้ความยินยอมมิได้เลือกแสดงเจตนาด้วยตนเอง เช่น ถูกข่มขู่ หรือไม่ได้มีอำนาจควบคุมการแสดงเจตนาของตน นอกจากนี้การกระทำที่อยู่นอกอำนาจแห่งจิตใจ เช่น การจาม หรือชักกระตุกทำให้เกิดจากพัยกหน้าที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการยินยอม กรณีเช่นนี้ก็ไม่ใช่ความยินยอมโดยแท้จริง อนึ่ง ความสมัครใจอาจมีขึ้นหรือสิ้นไปตามแต่เหตุการณ์ที่มากระทบผู้แสดงเจตนาด้วย ความสมัครใจจึงมีลักษณะที่แปรปรวนขึ้นอยู่กับธรรมชาติของสถานการณ์ และผลประโยชน์ที่ขึ้นอยู่กับความยินยอมทั้งประโยชน์ทางศีลธรรมและทางกฎหมาย⁸

แรงจูงใจอันเกิดจากองค์ประกอบในเรื่องความรู้ มีความเกี่ยวข้องในการประเมินสภาพความสมัครใจ กล่าวคือ หากแรงจูงใจนั้นเกิดจากข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง การแสดงความยินยอมย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจไปด้วย เช่นกรณีที่มีความรู้ที่นั้นเกิดมาจากการกระทำที่ไม่ชอบของผู้รับความยินยอม หรือเป็นแรงจูงใจที่เกิดจากการบีบบังคับของฝ่ายที่รับความยินยอม เมื่อมีกรณีเช่นว่านี้องค์ประกอบในเรื่องความสมัครใจย่อมสิ้นไป⁹

⁸ Ibid., p. 172.

⁹ Ibid., pp. 173-174.

จากองค์ประกอบข้อสองและข้อสามจะเห็นว่า การประเมินความถูกต้องแท้จริงของ ความยินยอมนั้นนอกจากจะต้องพิจารณาปัจจัยทางอัตวิสัยคือเจตนาแสดงออก ความรู้ ความสมัครใจ ส่วนของผู้ให้ความยินยอมแล้ว ยังต้องพิจารณาการกระทำของผู้รับความยินยอมประกอบด้วย เพราะ เหตุว่า ธรรมชาติของความยินยอมย่อมก่อปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้ความยินยอมกับผู้รับความยินยอม การกระทำของผู้รับความยินยอมจึงมีผลต่อการให้ความยินยอมอยู่ด้วย และแม้การกระทำของ บุคคลภายนอกจะไม่ได้แยกออกไปเป็นองค์ประกอบข้อที่สี่ แต่ก็มีความสำคัญในการช่วยประเมิน องค์ประกอบข้ออื่นๆ เพราะเหตุว่าผู้รับความยินยอมอาจกระทำการที่เป็นการลดทอนเงื่อนไขของความ ยินยอมข้อใดข้อหนึ่งลงไป ไม่ว่าจะเป็นการปกปิดไม่แจ้งข้อความจริง หลอกลวง หรือทำการข่มขู่ บังคับให้ได้มาซึ่งความยินยอม¹⁰

องค์ประกอบทั้งสามประการข้างต้นเป็นสิ่งที่ความยินยอมที่โดยแท้จริงพึงมี แต่ไม่ได้ หมายความว่าหากมีองค์ประกอบทั้งสามประการแล้วความยินยอมจะสมบูรณ์ใช้บังคับได้ในทุกรูป เรื่อง ความยินยอมไม่สามารถให้คำนิยามและสรุปอย่างแน่นอนได้ว่ามีเนื้อหาเป็นอย่างไร เพราะเหตุ ว่าการปรากฏขึ้นของความยินยอม นอกจากจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าว ข้างต้นซึ่งมีความแปรปรวนพอสมควรแล้ว ยังมีปัจจัยอื่นๆ อีกหลายประการที่มีผลต่อเนื้อหาของ ความยินยอม ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่ทำให้ความยินยอมแตกต่างกันไปได้ เช่น การให้ความ ยินยอมต่อคู่กรณีที่มีความสัมพันธ์กันมาอย่างยาวนาน หรือมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน ย่อมมีระดับที่ แตกต่างกับความยินยอมที่ให้ต่อคนแปลกหน้าที่พบกันครั้งแรก ปัจจัยด้านอำนาจเหนือก็มีส่วน เกี่ยวข้องอย่างสำคัญ เพราะเหตุว่าแม้ไม่ปรากฏว่ามีการข่มขู่หรือหลอกลวง แต่หากเป็นความยินยอม ระหว่างบุคคลที่มีสถานะไม่เท่ากันแล้ว ย่อมมีความแตกต่างกับความยินยอมที่บุคคลสถานะเท่าเทียม กันพึงให้ต่อกัน ปัจจัยด้านสังคมก็มีความสำคัญเช่นกัน กล่าวคือความยินยอมจะต้องได้รับการยอมรับ ทางสังคมและวัฒนธรรมด้วย ดังนั้นผู้ให้ความยินยอมอาจได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ทางสังคม มาตรฐานทางสังคม ศีลธรรม จนเกิดการแสดงออกซึ่งความยินยอมอันมีลักษณะที่สังคมพึงประสงค¹¹ ความยินยอมในแต่ละกรณีจึงไม่เท่ากันตามแต่สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะความยินยอมมี

¹⁰ *Ibid.*, pp. 174-175.

¹¹ Nancy S Kim, *supra* note 1, p. 165. ; Orit Gan, *supra* note 3, pp. 632,637,651-652.

ลักษณะเป็นกระบวนการ (process) และมีพลวัต (dynamic) ที่ซับซ้อนเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพข้อเท็จจริง เวลาและสังคม ไม่ได้ขึ้นอยู่กับภาวะทางจิตใจของผู้แสดงเจตนาแต่เพียงอย่างเดียว¹²

จากที่กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปลำดับของการพิจารณาเรื่องการให้ความยินยอมได้ว่าในเบื้องต้นจะต้องปรากฏองค์ประกอบสำคัญสามประการ คือการแสดงความยินยอมให้ปรากฏ ความรู้และความสมัครใจ หลังจากนั้นจึงพิจารณาบริบทแวดล้อมความยินยอม ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ปัจจัยด้านอำนาจเหนือ และเรื่องทางสังคมซึ่งอยู่นอกอำนาจการควบคุมของปัจเจกชน และเมื่อรวมปัจจัยต่างๆ เข้าด้วยกันก็จะพบว่า ความยินยอมไม่สามารถให้คำนิยามได้แน่ชัดและมีระดับแตกต่างกันไปจากปัจจัยที่หลากหลายเหล่านี้¹³

ความยินยอมของบุคคลก่อให้เกิดความชอบธรรมได้ทั้งความชอบธรรมทางศีลธรรมและทางกฎหมาย ความชอบธรรมทางศีลธรรมหมายความว่า เมื่อบุคคลให้ความยินยอมแล้ว ผู้ให้ความยินยอมก็ต้องรักษาสัจจะ และยอมรับผลที่เกิดจากความยินยอมของตน ส่วนความชอบธรรมในทางกฎหมายหมายความว่า รัฐสามารถอาศัยความยินยอมนั้นเป็นฐานในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ หรือมาตรการต่างๆ โดยบัญญัติกฎหมายใช้บังคับแก่ปัจเจกชนได้ เช่นกำหนดการบังคับชำระหนี้แก่ลูกหนี้ การบังคับนั้นเป็นความชอบธรรมทางกฎหมายเพราะลูกหนี้ได้ยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพันตนเอง แม้ความยินยอมจะก่อให้เกิดความชอบธรรม แต่ความชอบธรรมทางศีลธรรมนั้นมีความแตกต่างจากความชอบธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ ความชอบธรรมทางศีลธรรมคือสิ่งที่ควรกระทำหรือละเว้นไม่กระทำเท่านั้น แต่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย เช่นเรื่องหนี้ทางศีลธรรม จะกระทำหรือละเว้นไม่กระทำก็เพื่อตอบสนองความชอบธรรมตามแต่ความสมัครใจเท่านั้น กล่าวคือบุคคลมีหน้าที่ทางศีลธรรมในการกระทำหรือละเว้นการกระทำบางอย่าง แต่ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายให้ทำเช่นนั้นและไม่สามารถฟ้องบังคับให้กระทำหรือละเว้นการกระทำได้ และหากความชอบธรรมทางศีลธรรมนั้นยกระดับขึ้นเป็นความชอบธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือมีกฎหมายบัญญัติรองรับบังคับให้ ก็จะกลายเป็น

¹² Nancy S Kim, *supra* note 1, pp. 168-169. ; Orit Gan, *supra* note 3, pp. 632,637,651-652.

¹³ Orit Gan, *supra* note 3, pp. 658-660.

ความชอบธรรมทางกฎหมายได้¹⁴ กล่าวโดยสรุปคือ ความยินยอมในขั้นต้นเป็นความชอบธรรมทางศีลธรรม แต่หากจะให้เป็นความชอบธรรมทางกฎหมายย่อมต้องอาศัยตัวบทกฎหมายรองรับบังคับให้

3.1.1 การพิจารณาเนื้อหาของความยินยอม

ความยินยอมอาจมีลักษณะเป็นความชอบธรรมทางศีลธรรม หรือทางกฎหมาย ขึ้นอยู่กับเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนมุ่งพิจารณาคือ ความยินยอมอย่างใดที่จะก่อให้เกิดสิทธิได้ จึงต้องมุ่งพิจารณาในส่วนของความยินยอมที่มีลักษณะเป็นความชอบธรรมทางกฎหมาย ในการนี้อาจพิจารณาโดยใช้ข้อความคิดเรื่องสิทธิเป็นเครื่องช่วยในการพิจารณาว่า ความยินยอมนั้นก่อให้เกิดความชอบธรรมทางกฎหมาย คือต้องตรงกับเนื้อหาแห่งสิทธิที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือเป็นเพียงความชอบธรรมทางศีลธรรมเท่านั้น หลักการดังกล่าวเรียกกันว่า Entitlement Theory

Entitlement Theory ตั้งอยู่บนฐานที่ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่สถาปนาสิทธิขึ้น สิทธิให้อำนาจและกำหนดขอบเขตที่ปัจเจกชนใช้ชีวิต กระทำการ แสวงสุข โดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น โดยระบุขอบเขตสิทธิของปัจเจกชนแต่ละประการให้ชัดเจนว่าสิ่งใดอาจถูกถือเอาได้และใครเป็นเจ้าของ อันเป็นการตีกรอบเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งการกำหนดขอบเขตนี้จะต้องกำหนดวิธีการได้มา เนื้อหา การโอน ข้อจำกัดต่างๆ และการระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิ ดังนั้น หากต้องการให้ความยินยอมยกระดับขึ้นกลายเป็นสิทธิ ผู้ให้ความยินยอมจึงต้องทราบถึงขอบเขตเหล่านี้ และให้ความยินยอมเพื่อให้เกิดผลตามขอบเขตนั้น โดยมุ่งผูกพันตนยินยอมต่อการบังคับตามกฎหมาย จึงจะถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมาย¹⁵

ข้อความคิดเรื่องสิทธิของปัจเจกชนเกิดขึ้นจากบริบททางสังคม กล่าวคือเมื่อปัจเจกชนเข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม เป็นธรรมชาติอยู่เองที่ย่อมมีการกระทบกระทั่ง ขัดแย้ง แย่งชิงทรัพยากรหรือผลประโยชน์ที่มีอยู่อย่างจำกัด เมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้น แรกเริ่มเดิมทีอาจใช้กำลังเข้าตัดสินจนนำไปสู่การทะเลาะวิวาทก่อความไม่สงบสุขในสังคม ต่อมาพบว่าวิธียุติข้อขัดแย้งที่ดีกว่าคือการจัดสรรให้ปัจเจกชนได้รับทรัพยากรหรือประโยชน์ตามสัดส่วนที่เขาพึงมีพึงได้ การจัดสรรประโยชน์ดังกล่าวอาศัยอำนาจในการจัดสรรจากกฎหมายซึ่งเป็นระเบียบข้อบังคับของสังคม ข้อ

¹⁴ Randy E Barnett, “Consent Theory of Contract”, *Columbia Law Review*, Vol. 86, Issue 2, pp. 296.304-305 (March 1986). ; Nancy S Kim, *supra note 1*, p. 170. ; Chunlin Leonhard , *supra note 2*, pp. 59-60. ; Orit Gan, *supra note 3*, p. 620.

¹⁵ Randy E Barnett, *supra note 14*, pp. 291.304-305.

ความคิดเรื่องสิทธิจึงกำเนิดขึ้นเพื่อจัดสรรและคุ้มครองประโยชน์ที่พึงมีพึงได้ให้แก่ปัจเจกชนในสังคม ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคล ซึ่งกฎหมายจะกำหนดวิธีการได้มา การใช้ การโอน ข้อจำกัด หรือการระงับสิ้นไปของสิทธิไว้¹⁶

การพิจารณาความหมายของสิทธิมิใช่เรื่องที่ทำได้โดยง่าย เพราะเหตุว่า สิทธิมีความหมายได้หลายนัยตามแต่สถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าสิทธิหมายถึงความคาดหวังอันชอบด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตของอารยะชน (A reasonable expectation involved in civilized life)¹⁷ อย่างไรก็ตาม มีคำอธิบายความหมายของสิทธิในแง่ต่างๆ ที่น่าสนใจดังต่อไปนี้¹⁸

1. สิทธิหมายถึงประโยชน์ (interest) ประโยชน์ที่จะยอมรับว่าเป็นสิทธิได้ จะต้องเป็นประโยชน์ที่ควรรับรองและคุ้มครองให้ ความหมายในแง่นี้มีมักถูกหยิบยืมมาใช้ในเชิงของจริยธรรมด้วย ประโยชน์ที่ควรรับรองและคุ้มครองให้ ถูกกำหนดของเขตโดยความเคารพต่อประโยชน์อื่นที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองให้เช่นกัน

2. สิทธิหมายถึงการยอมรับถึงข้อเรียกร้องให้กระทำการ (claim to acts) หรืองดเว้นไม่กระทำการ (forbearances) โดยบุคคลอื่นตกอยู่ในบังคับที่จะต้องทำให้เกิดผลประโยชน์ต่อผู้ทรงสิทธิ การยอมรับอาจแบ่งได้เป็นสองแง่ด้วยกัน กล่าวคือ ในแง่ของกฎหมาย การยอมรับเกิดขึ้นผ่านการบังคับโดยอำนาจรัฐ โดยองค์กรของรัฐ ในการคุ้มครองสิทธิซึ่งมีกฎหมายเป็นตัวกำหนดขอบเขต ในแง่ของศีลธรรม การยอมรับเกิดขึ้นโดยแรงกดดันของความรู้สึกทางศีลธรรมของชุมชนหรือสังคม หรือโดยองค์กรที่มีอิทธิพลต่อการควบคุมสังคมนอกจากองค์กรทางกฎหมาย เช่น ศาสนจักร อาจกล่าวได้ว่า การยอมรับเป็นสิ่งที่ช่วยให้ประโยชน์ได้รับความคุ้มครองหรือคุ้มครองให้

¹⁶ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น. 137. ; เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.4. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วย ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น.17.; Randy E Barnett, *supra note 14*, pp. 294-295.

¹⁷ Roscoe Pound, Jurisprudence Volume IV, (West Publishing : 1959), p. 56.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 56-57.

3. สิทธิหมายถึงสิ่งที่ใช้ในการกำหนดความสามารถในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับ ประโยชน์ที่ได้รับการรับรอง ความสามารถนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นอำนาจ (power)

4. สิทธิหมายถึงสิ่งที่ใช้ในการกำหนดเงื่อนไขบางประการซึ่งให้ผลเป็นการ สิทธิป้องกันการแทรกแซงการกระทำของบุคคลที่ได้กระทำไปด้วยปัญญา เช่น สิทธิที่กฎหมายรับรอง ย่อมเป็นการให้โอกาสผู้ทรงสิทธิในการมีเสรีภาพที่จะจัดการเรื่องต่างๆ ด้วยปัญญาและศักยภาพของตน การป้องกันการแทรกแซงนี้อาจรู้จักกันในชื่อเสรีภาพหรือความคุ้มกัน (liberties and privileges)

ความหมายของสิทธิข้างต้น สอดคล้องกับการให้ความหมายของนักกฎหมายไทยที่ได้ให้ความหมายของสิทธิว่า สิทธิสามารถพิจารณาได้ 2 แง่มุม กล่าวคือ ในแง่มุมของอำนาจ และในแง่มุมของประโยชน์ ในแง่มุมของอำนาจ สิทธิ ย่อมหมายถึงอำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้อยู่ต่อผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น อำนาจอันชอบธรรมนี้มีที่มาจากกฎหมาย เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมี เจตจำนง กล่าวคือเมื่อกฎหมายให้อำนาจแล้วบุคคลนั้นย่อมใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามเจตจำนงของเขา เช่นอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ผู้ทรงสิทธิย่อมมีเจตจำนงในการใช้สิทธิของตน จะ จำหน่ายทรัพย์ ทำลายทรัพย์ หรือดื้อไม่ใช้อำนาจแต่อย่างใดก็ได้ตามเจตจำนงของเขา ส่วนในแง่มุมของประโยชน์ สิทธิ หมายถึงประโยชน์ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับและยืนยันต่อผู้อื่นได้หรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ การพิจารณาในแง่นี้เป็นการศึกษาไปที่ประโยชน์ที่บุคคลมุ่งประสงค์ เพราะเหตุที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนงก็เพื่อประโยชน์บางประการที่บุคคลต้องประสงค์ให้เกิดมีขึ้น¹⁹

เมื่อได้พิจารณาความหมายของสิทธิดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถแยก พิจารณาองค์ประกอบของสิทธิตามกฎหมายได้ดังต่อไปนี้

1. สิทธิจะต้องเป็นความชอบธรรม ความชอบธรรมหมายถึงสิ่งที่ถูกต้อง เช่น หากนาย ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโทรทัศน์เครื่องหนึ่ง นาย ก. มีความชอบธรรมที่จะใช้สอยอย่างที่ต้องการ เป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้วที่จะใช้ได้ หากมีใครมาทูลทำลายถือไม่ได้เลยว่าเป็นการกระทำที่ ชอบธรรม ในปัจจุบันกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในการแบ่งขอบเขตว่าส่วนใดควรเป็นของใคร เมื่อรู้ว่าเป็นส่วน

¹⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการ บริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 83-85. ; หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 167. ; สมยศ เชื้อไทย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 137.

ของใครแล้วจะละเมิดมิได้ และผู้เป็นเจ้าของส่วนใดก็ย่อมมีความชอบธรรมที่จะแสวงหาประโยชน์ตามที่ตนเห็นสมควร บุคคลอื่นต้องเคารพไม่ก้าวล่วงเขตแดนแห่งความชอบธรรมที่กฎหมายกำหนดแบ่งขอบเขตไว้ ส่วนที่บุคคลมีความชอบธรรมจะได้และบุคคลอื่นต้องเคารพเรียกว่าสิทธิ ดังนั้น สิทธิคือขอบเขตหรือส่วนที่บุคคลมีความชอบธรรมในการกระทำการต่างๆ เพื่อให้ได้ประโยชน์ตามส่วนที่พึงได้และยืนยันต่อบุคคลอื่นได้²⁰

เมื่อพิจารณาจากคำว่าสิทธิ ในภาษาอังกฤษ “right” ภาษาฝรั่งเศส “droit” ภาษาเยอรมัน “Recht” และ “ius” ในภาษาละติน ซึ่งทั้งหมดนี้สามารถสื่อความหมายไปในทำนองเดียวกันว่า “ความถูกต้อง” ดังนั้นจึงเป็นเครื่องยืนยันได้ว่า สิทธิมิใช่เพียงอำนาจของบุคคลเท่านั้น แต่จะต้องมีส่วนความถูกต้องในตัวเองด้วยจึงจะเรียกว่าสิทธิได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายเกือบทั้งหมดอาจกล่าวในทำนองเดียวกันได้ว่า สิทธิคือความชอบธรรมหรือความถูกต้อง มีข้อยกเว้นเพียงบางกรณีเท่านั้นที่อาจไม่ใช่ความชอบธรรมแต่เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับ เช่นสิทธิของลูกหนี้ในการปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ในกรณีหนี้ขาดอายุความแล้ว หรือที่เรียกว่า “สิทธิปฏิเสธ”²¹

2. สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิ หรือที่เรียกกันว่า ผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ทรัพย์สินไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้จะเป็นได้ก็แต่เพียงวัตถุแห่งสิทธิเท่านั้น²²

3. สิทธินั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ยันกับบุคคลอื่นได้ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นอีกด้านหนึ่งของผู้ทรงสิทธิ ก็จะมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้มีหน้าที่ ที่จะต้องเคารพต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิ โดยตัวบุคคลผู้มีหน้าที่นั้นขึ้นอยู่กับว่า สิทธิที่ผู้ทรงสิทธิมีอยู่นั้นเป็นสิทธิประเภทใด หากเป็นสิทธิ

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 138.

²¹ *เพ็งอ้าว*. (เหตุที่สิทธิกับความชอบธรรมมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิดนั้นสืบเนื่องมาจากพัฒนาการของคำว่า *ius* ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีความคลุมเครือและสื่อความหมายได้หลายประการ เช่น สื่อถึงกฎหมาย และความชอบธรรมด้วย ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยเหตุผล ศีลธรรม หรือจารีตแห่งท้องถิ่น เป็นต้น ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสิทธิ ย่อมเชื่อมโยงไปถึงความชอบธรรมได้ แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่า ความชอบธรรมที่จะก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายได้นั้น ต้องเป็นความชอบธรรมตามกฎหมาย โปรดดู Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume IV*, (West Publishing : 1959), pp. 57-58.)

²² สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 139. ; หยุด แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 170.

สัมพัทธ์หรือที่มักเรียกว่าบุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้ ผู้ที่ต้องเคารพต่อสิทธิก็คือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางหนี้กับตนเท่านั้น แต่หากเป็นสิทธิเด็ดขาด ผู้ที่ต้องเคารพต่อสิทธินั้นคือบุคคลทุกคนบนโลกใบนี้ สำหรับตัวอย่างของสิทธิเด็ดขาดเช่น ทรัพย์สินสิทธิต่างๆ หรือสิทธิประการต่างๆ ดังปรากฏในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³

ความสามารถในการใช้ยันกับบุคคลอื่น เป็นลักษณะสำคัญของสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งการใช้ยันได้นั้น คือการที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิจึงยกสิทธิของตนขึ้นกล่าวอ้างยันเขาได้ ดังคำกล่าวที่ว่าสิทธิคือประโยชน์ที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ โดยมีกฎหมายให้กำลังอำนาจแก่สิทธิที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้น²⁴ เหตุที่ต้องพิจารณาถึงความสามารถของสิทธิในการใช้ยันกับผู้อื่นได้ตามกฎหมาย ก็เพราะคำว่าสิทธิมีความหมายได้หลายนัยด้วยกัน ซึ่งหากไม่ระบุให้แคลงไปว่าเป็นสิทธิตามกฎหมาย ก็อาจก่อให้เกิดความเข้าใจไปได้ถึงความชอบธรรมทางศีลธรรมซึ่งคำว่าสิทธิอาจกินความไปถึง การแยกสิทธิที่หมายถึงความชอบธรรมทางศีลธรรมออกจากสิทธิที่เป็นความชอบธรรมทางกฎหมายเกิดขึ้นจากพัฒนาการทางกฎหมายอย่างยาวนาน กล่าวคือ คำที่สื่อถึงสิทธิในช่วงแรกคือ *ius* มีความหมายหลายประการ ซึ่งกินความถึงกฎหมาย และความชอบธรรมด้วย ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยเหตุผล ศีลธรรม หรือจารีตแห่งท้องถิ่น ข้อความคิดเรื่องสิทธิตามกฎหมายและความชอบธรรมทางศีลธรรมเริ่มแยกออกจากกันอย่างชัดเจนในช่วง ค.ศ. 19 สิทธิที่เชื่อมโยงกับความชอบด้วยเหตุผล ชอบด้วยศีลธรรม ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติบางส่วนได้รับการรับรองเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง ความชอบธรรมทางศีลธรรมบางส่วนจึงกลายเป็นความชอบธรรมทางกฎหมาย แต่นั่นเองเป็นเหตุให้ความชอบธรรมทางศีลธรรมที่ยังไม่ได้รับการรับรองแยกขาดจากการเป็นสิทธิที่บังคับได้ตามกฎหมาย สิทธิตามกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นสิทธิอย่างแคบ และเนื่องด้วยคำว่า *ius* มีความหมายถึงกฎหมายด้วย จึงมีความพยายามในการสร้างเอกภาพระหว่างกฎหมายและสิทธิว่าเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ข้อความคิด

²³ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 139, 149–150. ; หยุต แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 170, 178–180. และ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

²⁴ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.4. ; ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *การใช้กฎหมายกับปัญหาในทางปฏิบัติที่ได้จากประสบการณ์*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 34-36.

เรื่องความชอบธรรมทางศีลธรรมจึงถูกแยกออกจากเรื่องสิทธิที่มีกฎหมายกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้²⁵

4. สิทธิจะต้องมีเนื้อหา หมายความว่าต้องมีข้อความเป็นประโยชน์ที่จะยืนยันคุ้มครองรักษา อาจเป็นผลประโยชน์ทางทรัพย์สินที่มีหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ เช่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 สามารถใช้สอย ควบคุม หวงกันทรัพย์สินของตนไม่ให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบ หากใครมาเอาทรัพย์สินไปก็มีสิทธิติดตามเอาคืนได้ สิ่งเหล่านี้เรียกกันว่าเนื้อหาแห่งสิทธิ เป็นเนื้อหาที่ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องเอาได้จากบุคคลผู้มีหน้าที่ เนื้อหาแห่งสิทธินั้นเองย่อมเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลมีหน้าที่ กล่าวคืออาจถูกบังคับการให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำตามเนื้อหาแห่งสิทธินั้น ผลของการบังคับการตามเนื้อหาแห่งสิทธิก็คือ วัตถุหรือบางสิ่งบางอย่างจะต้องเป็นที่รองรับการปฏิบัติตามเนื้อหานั้น สิ่งนี้เรียกว่า วัตถุแห่งสิทธิ²⁶ เช่นสิทธิเหนือพื้นดินเป็นสิทธิที่มีเนื้อหาเป็นการให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกบนที่ดินนั้น ที่ดินจึงเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่จะรองรับการใช้อำนาจตามเนื้อหาดังกล่าว

เนื้อหาแห่งสิทธิถูกกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในเบื้องต้นกฎหมายจะกำหนดเหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิ ซึ่งอาจเป็นเหตุที่อาศัยการกระทำของบุคคลหรือเป็นเหตุธรรมชาติที่กฎหมายเห็นควรว่าสามารถก่อให้เกิดสิทธิได้ เมื่อเกิดเหตุตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว สิทธิก็จะเกิดขึ้น และมีนิยาม เนื้อหา ชอบเขตที่จะบังคับกันได้ตามที่กฎหมายกำหนดรับรองไว้²⁷

²⁵ Roscoe Pound, *supra* note 17, pp. 61-63. ; ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น. 83-85. (ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสิทธิในกฎหมาย เรื่องที่ถูกกฎหมายกีดกันพิจารณาเสมอคือสิทธิสามารถใช้ยื่นต่อใครได้บ้างโดยความรับรองของกฎหมาย โปรดดู Ernest J Schuster, *The Principles of German Civil Law*, (Clarendon Press Oxford : 1907), p. 67.) (การแยกความชอบธรรมทางกฎหมายออกจากความชอบธรรมทางศีลธรรม เป็นประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในทางนิติปรัชญา เนื่องด้วยเป็นอิทธิพลของสำนักคิดกฎหมายบ้านเมือง โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 318-326. ; สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, 2561), น. 196-198. ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา*, (กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2561), น. 352, 471-475.)

²⁶ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น. 39. ; หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น. 170.

²⁷ Roscoe Pound, *supra* note 14, p. 85.

เมื่อนำข้อความคิดเรื่องสิทธิมาพิจารณาประกอบกับเรื่องความยินยอม จะเห็นว่า การพิจารณาว่าความยินยอมอย่างใดก่อให้เกิดสิทธิได้ขึ้นอยู่กับว่า ความยินยอมนั้นมีเนื้อหาต้องตรงกับเหตุที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นทางที่ก่อให้เกิดสิทธิได้หรือไม่ หากความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แสดงออกโดยผู้แสดงมีความรู้ที่ถูกต้องแสดงสมัครใจตามเนื้อหาแห่งสิทธิใน ย่อมเป็นความยินยอมที่สามารถก่อให้เกิดสิทธิที่มุ่งหมายขึ้นได้

ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ในบางกรณีอาจทับซ้อนกับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมอีกลักษณะหนึ่ง นั่นคือ การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในทางละเมิด ดังนั้น การพิจารณาความยินยอมในลักษณะละเมิดประกอบด้วย จะช่วยให้สามารถพิจารณาได้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า ความยินยอมในการปลูกสร้างของเจ้าของที่ดินมุ่งหมายก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 หรือไม่

3.1.1.1. การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิด

การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้น นอกจากจะพิจารณาได้ว่าอาจเป็นทางก่อให้เกิดสิทธิได้หากมีเนื้อหามุ่งก่อให้เกิดสิทธิแต่ในบางกรณี การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างอาจเป็นเพียงการแสดงเจตนายินยอมให้กระทำการ โดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของที่ดินแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดสิทธิอย่างใดก็เป็นได้

ความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิด มีทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวคือหลัก *volenti non fit iniuria* และเนื่องจากความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งเช่นกัน จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หลักการดังกล่าวให้ผลทางกฎหมายอย่างไร และแท้จริงแล้วความยินยอมที่เข้าใจกันว่าก่อให้เกิดสิทธิปลูกสร้างตามมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะเกิดจากการให้ความยินยอมที่มีผลเพียงทำให้การปลูกสร้างไม่เป็นละเมิด หรือเกิดจากลักษณะความสัมพันธ์ที่หนักแน่นจริงจังกว่านั้น คือมุ่งผูกนิติสัมพันธ์ถึงขนาดเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมสัญญา

หลัก *volenti non fit iniuria* สันนิษฐานว่ามีที่มาจากหลักกฎหมายโรมัน โดยพบว่ามีที่ยืนยันถึงเรื่องดังกล่าวในตำรากฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ว่า หลัก *volenti non fit iniuria* เป็นหลักกฎหมายโรมันที่มีมาตั้งแต่สมัยของอริสโตเติล และนักกฎหมายโรมันในยุคคลาสสิกได้นำกลับมาใช้ กับทั้งยังมีการกล่าวถึงในกฎหมายพระ (conon law) อีกด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวมีความหมายว่า สำหรับคนที่สมัครใจไม่อาจอ้างได้ว่าตนได้รับความไม่ยุติธรรม (“to a willing person no injury is done” or “no injury is done to a person who consent”)

สามารถอธิบายได้ว่า เมื่อบุคคลยินยอมก็ไม่อาจถือได้ว่าบุคคลนั้นได้รับความเสียหาย จึงไม่อาจฟ้องฐานละเมิดได้ สำหรับใครก็ตามที่ให้ความยินยอมชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพราะไม่มีใครจะกล่าวอ้างสิทธิซึ่งเขาเองได้เจตนาที่จะสละสิทธินั้นเสียแล้ว²⁸ ซึ่งในตำรากฎหมายของไทยกล่าวถึงในส่วนของกฎหมายอาญาว่าความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด และกล่าวถึงอยู่บ้างในกฎหมายลักษณะละเมิด²⁹

หลัก *volenti non fit iniuria* มีลักษณะของการปรับใช้ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยจะขอล่าถึงเฉพาะการปรับใช้หลัก *volenti non fit iniuria* ในทางแพ่งเท่านั้น หลักดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. ในระบบกฎหมาย Common law เช่นประเทศอังกฤษ มีการรับหลักการนี้ไปปรับใช้ในส่วนกฎหมายอาญา และกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งมีพัฒนาการในเรื่องนี้ค่อนข้างมาก โดยใน Osborn'concise Law Dictionary ได้ให้ความหมายของหลัก *volenti non fit iniuria* ว่า เมื่อบุคคลให้ความยินยอมก็ไม่อาจถือได้ว่าบุคคลนั้นได้รับความเสียหาย จึงไม่อาจฟ้องละเมิด บุคคลที่ให้ความยินยอมเท่ากับสละเสียซึ่งสิทธิ ไม่มีใครอ้างสิทธิซึ่งเขาเองได้สละสิทธินั้นไปเสียแล้วได้³⁰ ดังนั้นการกระทำที่โดยปกติแล้วเป็นการกระทำโดยจงใจก่อความเสียหายซึ่งเป็นการกระทำละเมิด แต่หากปรากฏว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดอาญาและไม่เป็นละเมิด เช่น การชกมวย เว้นแต่ตัวการกระทำนั้นเองเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้ เพราะเหตุว่าไม่มีใครที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นประกอบอาชญากรรมได้ โดยความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเกิดขึ้นโดยมิได้ถูกบังคับ ข่มขู่หรือถูกกลฉ้อฉล เพราะทำให้ความยินยอมบกพร่อง³¹ โดยผู้ให้ความยินยอมจะต้องรู้ และทราบอย่างแท้จริงถึงสภาพและผลของการกระทำที่ตนให้ความยินยอมนั้น ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างความยินยอมและการยอม โดย

²⁸ Osborn'concise Law Dictionary, p. 343 อ้างถึงใน ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 150.

²⁹ ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 151-152.

³⁰ Osborn'concise Law Dictionary, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28.

³¹ เพ็ญอ้าง.

การยอมนั้นอาจยอมเพราะถูกบังคับด้วยสภาพการณ์บางอย่าง เช่นถูกบังคับ แต่ความยินยอมที่มีผลในทางกฎหมายนั้นต้องเป็นไปโดยสมัครใจ รู้ถึงสภาพของการกระทำและผลที่ตามมา³²

2. ในระบบกฎหมายของประเทศซีวิลลอว์ มีตัวอย่างที่น่าสนใจเกี่ยวกับการปรับใช้หลัก *volenti non fit iniuria*

2.1 กฎหมายฝรั่งเศส ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ในองค์ประกอบเรื่องความเสียหายในกฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศส โดยถือว่าเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้ว ถือได้ว่าผู้เสียหายประสงค์จะให้ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นแก่ตน และเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้น ก็ถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้³³ โดยท่านอาจารย์รองพล เจริญพันธ์ ได้อธิบายว่า ในประเทศฝรั่งเศสใช้หลักการตีความกฎหมายลักษณะละเมิดให้เป็นบทกฎหมายเคร่งครัด โดยยอมให้มีการทำใช้ความยินยอมยกเว้นได้เพียงบางกรณีเท่านั้น เช่น ในเรื่องการชกมวยตามกติกา การแข่งรถ การแข่งกีฬาที่โดยสภาพของมันแล้วเป็นอันตรายในตัวของมันเอง และมีจารีตประเพณียอมให้มีการกระทำได้กล่าว³⁴ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการกล่าวถึงความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ก็มิได้ปรากฏคำอธิบายในทางตำราของฝรั่งเศสเกี่ยวกับหลัก *volenti non fit iniuria* ในตำรากฎหมายลักษณะละเมิดแต่อย่างใด³⁵

2.2 กฎหมายเยอรมัน ในระบบกฎหมายเยอรมันปรากฏหลักการเรื่องดังกล่าวในกฎหมายลักษณะละเมิด โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันอธิบายว่า ความยินยอมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการยกเว้นองค์ประกอบเรื่องความมิชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายลักษณะละเมิดของเยอรมัน (unlawfully) เพราะเหตุว่า การกระทำใดจะเป็นละเมิดหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับองค์ประกอบที่ว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ทำนองเดียวกับมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วน “โดยผิดกฎหมาย” ถือเป็นข้อต่อสู้ที่กฎหมายยอมรับที่สามารถขจัดความไม่ชอบด้วย

³² วิษณุ เครืองาม, “ความยินยอม - การยอมตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 1 ฉบับที่ 2, น. 162-164 (พฤษภาคม 2517). อ้างถึงใน ประพิน ประญาณภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) น. 33.

³³ เฟ็งอ้วง, น. 21.

³⁴ รองพล เจริญพันธ์, “การใช้หลัก Volenti Non Fit Injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด”, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 ปีที่ 9, น. 94-95 (ธันวาคม 2520). ; ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 154.

³⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 154.

กฎหมายได้ ความยินยอมจึงเป็นส่วนหนึ่งของข้อต่อสู้ได้หากความยินยอมได้ให้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ให้ความยินยอมรู้ถึงข้อเท็จจริงทั้งหมดและเป็นความยินยอมที่ได้ให้ก่อนมีการกระทำละเมิด³⁶

3. การปรับใช้หลัก *volenti non fit iniuria* ในระบบกฎหมายไทย

หลัก *volenti non fit iniuria* นั้น นักกฎหมายไทยหลายท่านได้ให้ความหมายอธิบายไว้แตกต่างกันไปดังจะกล่าวต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลผู้เข้าเสี่ยงภัย ยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้”³⁷

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ได้ให้ความหมายว่า “เมื่อให้ความยินยอม ก็ไม่ถือว่ามีความเสียหาย หรือที่นักกฎหมายบางท่านแปลความว่า ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด โดยได้ขยายความเพิ่มเติมว่า ถ้าผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมย่อมทำให้การนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”³⁸

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมตามกฎหมายคือการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำของตนเอง หรือให้ผู้อื่นกระทำการแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำให้เข้าใจได้ว่า

³⁶ รongพล เจริญพันธุ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น. 91. ; สุธีรา จินายน, “วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) น. 20. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 155.

³⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546), น. 21.

³⁸ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), น. 55.

ตนได้อนุญาตให้กระทำ³⁹ ความยินยอมของผู้เสียหายโดยสมัครใจยอมทำให้การกระทำไม่เป็น
ละเมิด”⁴⁰

ศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอม
หมายถึงการที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่ง กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง โดย
บุคคลผู้อนุญาตหรือยินยอมนั้นยอมรับผลหรือภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น โดยทั่วไปแล้วความ
ยินยอมทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย”⁴¹

เมื่อพิจารณาความเห็นดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การให้ความยินยอม
เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง จึงมีความเป็นไปได้ที่อาจจะเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมตามมาตรา 149
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องดังกล่าวมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย นัก
กฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความยินยอมของบุคคลในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งเข้าลักษณะ
เป็นนิติกรรมตามนัยแห่งมาตรา 149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่า
ความยินยอมในลักษณะนี้หาได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมไม่⁴²

ฝ่ายที่เห็นว่าความยินยอมเป็นนิติกรรม เห็นว่า เมื่อพิจารณาตามมาตรา
149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴³ จะพบว่า การที่บุคคลใดให้ความยินยอมออกมานั้น
เป็นการแสดงเจตนาให้ปรากฏ การให้ความยินยอมนั้นก็เพื่อระงับสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหม
ทดแทนของตน และโดยที่การให้ความยินยอมนั้น จะต้องให้โดยใจสมัคร ไม่ถูกหลอกลวง ฉ้อฉล หาก

³⁹ จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2555), น. 835-836.

⁴⁰ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เรียงมาตรา ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด (มาตรา 395 ถึง 452), จิตติ ดิงศภัทิย์,
ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร, ชวิน อุณัฏฐ, อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, มกราคม 2555, น. 72.

⁴¹ วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการ
งานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพฯ พับลิชชิง, 2557), น. 82.

⁴² อักษราทร จุฬารัตน์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา”, วารสารนิติศาสตร์
ฉบับที่ 1 ปีที่ 9, น. 61 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520).

⁴³ มาตรา 149 นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและ
ด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน
หรือระงับซึ่งสิทธิ

มีกรณีดังกล่าวไม่อาจกล่าวอ้างความยินยอมนั้นได้ ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าความยินยอมนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรม เพราะนิติกรรมจะเกิดเป็นผลต่อเมื่อใจสมัครนั่นเอง⁴⁴

ฝ่ายที่เห็นว่าความยินยอมมิใช่นิติกรรม เห็นว่า ความยินยอมของบุคคลผู้ได้รับผลร้ายไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติกรรม เพราะเหตุว่าแม้เป็นการแสดงเจตนาของบุคคล แต่ก็มิได้มุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมกับผู้รับความยินยอมแต่อย่างใด โดยแท้จริงแล้วความยินยอมมีลักษณะเป็นการที่ผู้ได้รับผลร้ายสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เขาเท่านั้น ส่งผลให้เขาไม่สามารถอ้างหรือเรียกร้องความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีกกับทั้งการให้ความยินยอมในกรณีนี้นี้อาจไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่งแต่เพียงอย่างเดียว การให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้อื่นอาจเข้าทำความเสียหายแก่ตนได้นี้ อาจก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในสังคมได้ จึงไม่ควรที่จะก่อสิทธิที่จะกระทำการดังกล่าวตามแต่เจตนา ดังนั้นการให้ความยินยอมจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆแก่ผู้ได้รับความยินยอม⁴⁵

ความเห็นดังกล่าวข้างต้น เป็นความเห็นที่พิจารณาเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายลักษณะละเมิดโดยตรง แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง จึงอาจเกิดกรณีทับซ้อนการพิจารณาการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นได้ ต่อประเด็นดังกล่าวมีความเห็นของนักกฎหมายดังต่อไปนี้

“ความยินยอมก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินของผู้อื่นหรือไม่

ปัญหานี้ได้มีการถกเถียงกันอยู่มาก ซึ่งข้าพเจ้าจะขอแยกความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายของอาจารย์จิตติ ติงศัทธีย์ ท่านเห็นว่าการให้ความยินยอมนั้นเป็นเพียงไม่ทำให้เป็นละเมิด แต่ไม่ถึงกับเป็นสิทธิตามกฎหมาย ไม่ถึงกับเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย เช่นสัญญาเช่าหรือสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิอื่นๆ ไม่ถึงขั้นเป็นสัญญาอันเป็นมูลแห่งหนึ่งประการหนึ่ง จึงไม่ควรรับเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินของผู้อื่น

2. ฝ่ายของอาจารย์บัญญัติ สุขิวัธ ท่านเห็นว่าการให้ความยินยอมนั้นเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เมื่อเจ้าของที่ดินแสดงเจตนาให้ความยินยอมให้ผู้ปลูกโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในพื้นที่ดินของตนได้ ก็ก่อให้เกิดนิติกรรม นิติกรรมที่ให้สิทธิแก่ผู้ได้รับความยินยอมให้มีสิทธิเหนือ

⁴⁴ สุธีรา จินายน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 71.

⁴⁵ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 163. ; อักษราทร จุฬารัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น. 61. ; สุธีรา จินายน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 72.

ที่ดินของผู้ให้ความยินยอมเพื่อการนั้น โรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างที่ได้รับความยินยอมให้ปลูกลงไป ย่อมไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) แต่นิติกรรมที่เกิดจากการ ให้ความยินยอมนี้ เป็นนิติกรรมที่ไม่มีกำหนดเวลา ผู้ให้ความยินยอมยกเลิกเมื่อใดก็ได้และเมื่อยกเลิก แล้ว ผู้ที่ได้รับความยินยอมก็ไม่มีสิทธิเหนือที่ดินนั้นต่อไป”⁴⁶

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายข้างต้นจะเห็นว่า ทั้งสองฝ่ายเห็น ตรงกันว่า ความยินยอมที่จะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้นั้นต้องมีลักษณะเป็นนิติกรรม แต่ เนื่องจากความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง จึงต้องพิจารณาว่าความยินยอมนั้นเป็นเจตนา อย่างจริงจังจะผูกนิติสัมพันธ์หรือไม่ด้วย กับทั้งเมื่อพิจารณาการให้ความยินยอมในกฎหมายลักษณะ ละเมิดซึ่งอาจเกิดการทับซ้อนกันได้นี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูก สร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอาจพิจารณาผลได้สองทาง ทางแรก คือผลของการยกเว้นหลักส่วน ควบ ซึ่งต้องพิจารณาในแง่ที่ว่า การแสดงเจตนาอันเป็นเจตนาอย่างจริงจังที่จะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน หรือไม่ อีกทางหนึ่ง คือเมื่อพิจารณาผลของความยินยอมในลักษณะละเมิดแล้ว ความยินยอมนั้นอาจ เป็นแต่เพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่เป็นการสละประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง เท่านั้น มิได้มุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันแต่อย่างใด ทำให้ความยินยอมนั้นมีผลเพียงทำให้ผู้ให้ความ ยินยอมไม่สามารถอ้างหรือเรียกร้องความคุ้มครองจากกฎหมายได้ แต่มิได้ก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินแก่ผู้ ได้รับความยินยอมให้ปลูกสร้าง ดังนั้น เมื่อการแสดงเจตนาครั้งเดียวกันอาจเกิดความทับซ้อน และ ก่อให้เกิดผลในทางตรงข้ามกันเช่นนี้ จึงควรวินิจฉัยให้ชัดเจนว่า ความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ ก่อให้เกิดสิทธิ หรือเป็นเพียงความยินยอมที่เป็นแต่เจตนาแสดงออกทางกฎหมาย⁴⁷ คือรู้ว่าตนกำลัง กระทำการอย่างหนึ่งซึ่งมีผลทางกฎหมาย คือสละประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองเท่านั้น

⁴⁶ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, กฎหมายลักษณะทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 16-18. ; บุญญติ สุขีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 34-35. ; สมจิตร ทองศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557), น. 26-27.

⁴⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น.101), (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น. 9-10.

มิได้มุ่งประสงค์ที่จะทำนิติกรรมก่อสิทธิในที่ดินที่ผูกพันบังคับกันได้แต่อย่างใด⁴⁸ หากมิได้มุ่งประสงค์ก่อสิทธิ ก็ควรเกิดผลแค่ไม่เป็นละเมิดเท่านั้น ไม่ควรพิจารณาว่าความยินยอมในลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างแต่อย่างใด

เหตุที่การแสดงเจตนาให้ความยินยอมมีผลต่างกัน ก็เพราะเนื้อหาและความมุ่งหมายของบทบัญญัติแต่ละเรื่องมีความแตกต่างกัน กฎหมายลักษณะนิติกรรมมุ่งหมายให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิจากการแสดงเจตนาของปัจเจกชน แต่กฎหมายลักษณะละเมิดมีความมุ่งหมายที่จะพิจารณาว่าเกิดการกระทำละเมิดหรือไม่และจะชดใช้กันอย่างไร⁴⁹ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะพบว่า มีหลายมาตราที่บัญญัติให้ความยินยอมเป็นองค์ประกอบที่ส่งผลทางกฎหมาย แต่ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นย่อมแตกต่างกันไปแม้จะได้ชื่อว่าเป็นความยินยอมเหมือนกัน ในการนี้ผู้เขียนขอหยิบยกการพิจารณาเรื่องผลที่เกิดขึ้นโดยนิติกรรม ซึ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ ได้พิจารณาไว้ในวิทยานิพนธ์ของท่าน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาว่าความยินยอมอย่างใดที่จะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ มีสาระสำคัญดังนี้

ผลในทางกฎหมายของการแสดงเจตนาที่เป็นนิติกรรมนั้น มิใช่เป็นผลทางกฎหมายประเภทใดก็ได้ แต่จะต้องเป็นผลที่มีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่บ่งบอกถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในนิติกรรมนั้นๆ กล่าวคือเป็นเนื้อหาสาระ (content) ของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ผลที่กำหนดสิทธิและหน้าที่นี้ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของกฎหมายลักษณะนิติกรรม ซึ่งเป็นเครื่องมือในการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน และข้อกำหนดนี้เองจะเป็นตัวกำกับให้ปัจเจกชนปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ดังนั้น เนื้อหาสาระของนิติกรรมจึงเกิดจากการกำหนดขึ้นโดยเจตนาของคู่กรณี อาจเรียกได้ว่าเป็น “ข้อกำหนดแห่งนิติกรรม” ซึ่งหมายถึงกฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาต่อกันว่ามีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากนิติกรรม⁵⁰

⁴⁸ สุพัชรินทร์ อัครจิตานนท์, “พัฒนาการของหลักกฎหมาย VOLENTI NON FIT INJURIA : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น.161.

⁴⁹ Randy E Barnett, *supra* note 14, p. 297.

⁵⁰ วีรวัฒน์ จันทโชติ, “วัตถุที่ประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) น. 3, 38, 62-66.

ดังนั้น การพิจารณาว่าความยินยอมก่อให้เกิดสิทธิหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของความยินยอมเป็นเกณฑ์ ว่าความยินยมนั้นมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิที่ผู้ให้ความยินยอมประสงค์หรือไม่ โดยพิจารณาจากตัวสภิตินั้นเองเป็นเครื่องช่วยชี้ให้เห็นเนื้อหาแห่งความยินยอมที่จะก่อสภิตินั้นขึ้น มิใช่ว่าเมื่อปรากฏว่ามีความยินยอมจะก่อให้เกิดสิทธิในทุกกรณี เพราะความยินยอมเป็นเพียงกระบวนการหนึ่งในที่จะก่อให้เกิดสิทธิได้หากมีลักษณะเป็นนิติกรรม แต่สภิติจะเกิดขึ้นและเนื้อหาเป็นอย่างไร ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาความยินยอมต้องตรงกับองค์ประกอบของสิทธิหรือไม่

เมื่อพิจารณาดังนี้แล้ว ความความยินยอมที่นักกฎหมายฝ่ายที่สองกล่าวถึง ไม่ใช่ความยินยอมตามหลัก *volenti non fit iniuria* แต่อาจหมายถึงนิติกรรมที่มุ่งก่อความผูกพันต่อกันในลักษณะความตกลงหรือสัญญา ซึ่งความตกลงหรือสัญญานั้นโดยสภาพแล้วก็มีความยินยอมเข้าร่วมปะปนอยู่ด้วยนั้นเองแต่มีได้ทำเพียงคนเดียว⁵¹ เพราะเหตุว่า ความยินยอมตามหลัก *volenti non fit iniuria* มีลักษณะเป็นการกระทำของผู้ให้ความยินยอมที่แสดงถึงการสละเสียซึ่งประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองของผู้ให้ความยินยอมเท่านั้น เป็นการที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยินยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่ง กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยผู้อนุญาตหรือยินยอมยอมรับผลหรือภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น มิได้มุ่งหมายก่อให้เกิดสิทธิแต่ประการใด

อุทาหรณ์ประกอบการพิจารณา : นาย ก. ปลุกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของนาย ข. โดยนาย ข. ให้ความยินยอม

กรณีจะเป็นอย่างไร ถ้า

1. นาย ก เป็นบุตรของนาย ข
2. นาย ก ไม่เคยรู้จักกับนาย ข มาก่อน นาย ข แสดงเจตนายินยอมให้ปลุก เพราะเมตตาสงสาร
3. นาย ก จะทำการสมรสกับบุตรสาวของนาย ข ในภายหน้า นาย ข จึงได้แสดงเจตนายินยอมได้ทำการปลุกเรือนหอลงบนที่ดินของตนเพื่อให้เป็นที่อยู่กินของบ่าวสาวบนที่ดินนั้น
4. นาย ก กับนาย ข ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินต่อกัน นาย ข จึงยินยอมให้นาย ก เข้ามาปลุกสร้างโรงเรือนในที่ดินไปพลางก่อน

⁵¹ ศนันทกรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 164.

จะเห็นได้ว่า ในแต่ละกรณีมีปัจจัยแวดล้อมทั้งภายนอกและภายในแตกต่างกัน ดังนั้นการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมจะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 หรือไม่ จึงไม่สามารถพิจารณาให้แน่ชัดได้ว่า หากเป็นความยินยอมแล้วจะก่อให้เกิดสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 ในทุกกรณี จำเป็นต้องพิจารณาเนื้อหาแห่งความยินยอมนั้นโดยอาศัยเนื้อหาและการตีความการแสดงเจตนา

อย่างไรก็ตาม ต่อประเด็นเรื่องสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า มีความเห็นว่าการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินก็ถือเป็นการปลูกสร้าง “โดยมีสิทธิ” ตามนัยแห่งมาตรา 146 ได้ แม้จะไม่ก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่แก่เจ้าของที่ดิน กล่าวคือแม้ขาดองค์ประกอบของสิทธิในส่วนการใช้อยันกับบุคคลอื่นได้ไป ท่านเห็นว่ายังคงเป็นความชอบธรรมที่ผู้ได้รับความยินยอมจะใช้ในการปลูกสร้างได้ โดยท่านกล่าวว่า “ผู้เขียนมิได้ผูกติดความคิดที่ว่า ต้องเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินต้อง “มีหน้าที่” ตอบแทนหรือต้องดำเนินการต่อผู้สร้างโรงเรือน “โดยมีสิทธิ” สำหรับผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “โดยมีสิทธิ” เป็นเรื่องที่พิจารณาความชอบธรรมของการสร้างโรงเรือนจากฝั่งการกระทำของผู้สร้างว่ามีหรือไม่ ถ้ามี ย่อมถือว่าเป็นการสร้างโดยมีสิทธิแล้ว”⁵² ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เพราะเหตุว่า ความยินยอมนั้นแม้จะก่อให้เกิดความชอบธรรมก็ตาม แต่ความชอบธรรมที่จะก่อให้เกิดสิทธินั้นต้องมีเนื้อหาแห่งสิทธิที่บังคับกันได้ตามกฎหมาย หากไม่แล้วก็เป็นเพียงความชอบธรรมทางศีลธรรมเท่านั้น และเนื่องจากความยินยอมมีหลายระดับนี้เอง จึงไม่ควรยกความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ยังอาจไม่แน่ชัดว่าผู้แสดงเจตนามุ่งก่อให้เกิดสิทธิหรือไม่ ให้มีผลเช่นเดียวกับสิทธิที่เกิดจากการแสดงเจตนามุ่งผลในทางกฎหมายในรูปแบบของนิติกรรม หากความยินยอมเช่นว่ามีลักษณะไม่จริงจังพอที่จะก่อให้เกิดสิทธิตามนัยแห่งมาตรา 146 ได้ ก็ควรพิจารณาให้ทรัพย์สินตกเป็นส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป เพราะเหตุว่าหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบก็มีเหตุผลในการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สินให้ถูกทำลายซึ่งเป็นเหตุผลที่สำคัญเช่นกัน

3.1.2 ลักษณะของการปรากฏขึ้นของความยินยอม

นอกจากตัวความยินยอมเองจะมีระดับแตกต่างกันแล้ว การปรากฏขึ้นของความยินยอมก็มีความแตกต่างกัน โดยความยินยอมสามารถปรากฏขึ้นมาในสามลักษณะใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ ความยินยอมโดยชัดแจ้ง ความยินยอมโดยปริยาย ความยินยอมจากการสันนิษฐาน

⁵² อานนท์ มาเฝ้า, กรรมสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.177-178.

สำหรับความยินยอมโดยชัดแจ้งและโดยปริยายนั้นเป็นความยินยอมตามความเป็นจริง แตกต่างจากความยินยอมจากการสันนิษฐานที่เป็นการคาดการณ์ความยินยอมโดยปราศจากการให้ความยินยอม

(1) ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (Express Consent) ความยินยอมโดยชัดแจ้งมีบทบาทสำคัญในกฎหมาย เช่นในกรณีของกฎหมายสัญญา ความยินยอมโดยชัดแจ้งย่อมแสดงให้เห็นว่าเกิดมีข้อตกลง หรือสัญญาขึ้นหรือไม่ ในกรณีกฎหมายละเมิดความยินยอมโดยชัดแจ้งย่อมแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมขึ้นหรือไม่ ซึ่งความยินยอมในกรณีสัญญาหรือละเมิดนี้มีความแตกต่างกันอยู่ด้วยในตัว กล่าวคือความยินยอมในกฎหมายสัญญานั้นย่อมมีระดับที่สูงกว่ากฎหมายละเมิด เพราะเหตุว่าในกฎหมายสัญญานั้นการตรวจสอบความยินยอมก็เพื่อผูกนิติสัมพันธ์ก่อสิทธิ ส่วนในกรณีละเมิดนั้นความยินยอมเป็นเพียงส่วนที่ชี้ให้เห็นว่าสิทธิที่มีอยู่แล้วของปัจเจกชนถูกละเมิดหรือไม่⁵³ โดยการกระทำอันเป็นการแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นการแสดงออกในลักษณะที่บุคคลอื่นเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่ามีการแสดงความยินยอม เช่นกล่าวออกมาด้วยวาจา ลงลายมือชื่อเข้าทำสัญญา เป็นต้น

(2) ความยินยอมโดยปริยาย (Implied Consent) เป็นกรณีที่ไม่ได้มีการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง แต่ได้มีการกระทำหรือมีพฤติการณ์บางอย่างที่ถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย เช่น มีการปฏิบัติการบางประการระหว่างคู่กรณี ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแต่กาลก่อน หรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการที่ทำการร่วมกัน เช่นธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้า ความยินยอมโดยปริยายจะหยิบยกขึ้นพิจารณาได้ต่อเมื่อไม่ปรากฏความยินยอมโดยชัดแจ้งเท่านั้น หากปรากฏความยินยอมโดยชัดแจ้งแม้ความยินยอมนั้นจะขัดกับความสัมพันธ์แต่กาลก่อนหรือขัดกับธรรมเนียมปฏิบัติที่กระทำร่วมกันแล้ว ย่อมต้องถือตามความยินยอมโดยชัดแจ้ง⁵⁴

(3) ความยินยอมจากการสันนิษฐาน (Hypothetical Consent) ความยินยอมจากการสันนิษฐานนี้โดยแท้จริงแล้วไม่มีการให้ความยินยอมในความเป็นจริง แต่เกิดจากการสันนิษฐานว่าเมื่อมีสถานการณ์ใดเกิดขึ้น ผู้ที่ตกอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้นพึงให้ความยินยอมหากเขาอยู่ในสถานะที่จะให้ได้ การสันนิษฐานนี้ตั้งอยู่บนฐานของความดี คุณค่า และประโยชน์สุขหรือเจตจำนงที่สมเหตุผลของมนุษย์ ไม่ได้ตั้งอยู่ในเจตจำนงของบุคคลผู้ให้ความยินยอมโดยแท้ ความ

⁵³ Tom W. Bell, “Graduated Consent in Contract and Tort Law: Toward a Theory of Justification”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 61, Issue 1, pp. 35-37 .(Fall 2010).

⁵⁴ Tom W. Bell, *supra* note 53, p 38.

ยินยอมจากการสันนิษฐานนี้ปรากฏในกฎหมาย เช่นหลักกฎหมายเรื่องจัดการงานนอกสั่ง แต่หากปรากฏว่ามีการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายแล้ว แม้มีพฤติการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าบุคคลทั่วไปพึงให้ความยินยอม ก็ถือไม่ได้ว่าผู้ไม่ยินยอมนั้นกลับเป็นผู้ให้ความยินยอมไปได้⁵⁵

3.1.3 การพิจารณาความมีอยู่ของความยินยอมที่ก่อให้เกิดสิทธิ

3.1.3.1 การพิจารณาความมีอยู่ของความยินยอมตามกฎหมายไทย

จากการพิจารณาเรื่องความยินยอมข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมของเจ้าของที่ดินให้บุคคลอื่นปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตน จะต้องมียุทธศาสตร์เป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมที่เป็นเจตนาอย่างจริงจัง ที่จะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 กล่าวคือ อย่างน้อยต้องมีลักษณะเป็นนิติกรรม ซึ่งการแสดงเจตนาให้ความยินยอมบางกรณีไม่เป็นแน่ชัดว่าเป็นเจตนาอย่างจริงจังหรือไม่ จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องค้นหาว่า ผู้แสดงเจตนามุ่งต่อผลในทางกฎหมายอย่างไร เพราะเหตุว่า การแสดงเจตนาของบุคคลในกรณีต่างๆ อาจมีความจริงจังที่แตกต่างกันไปตามแต่เหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องในขณะที่แสดงเจตนา การแสดงเจตนาบางอย่างอาจเป็นเพียงการแสดงเจตนาในทางอัธยาศัยสมาคม ซึ่งผู้แสดงเจตนาไม่ได้ประสงค์ที่จะก่อให้เกิดสิทธิอันจะนำไปสู่การบังคับการตามสิทธินั้น เช่น การนัดแนะกันไปเที่ยว รับประทานอาหาร การแสดงเจตนาบางอย่างอาจเป็นเพียงเจตนาแสดงออกทางกฎหมาย กล่าวคือผู้แสดงเจตนาอยู่ภายใต้งการกระทำการแสดงเจตนาที่มีผลในทางกฎหมายบางประการ แต่ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้นผู้แสดงเจตนาไม่ได้มุ่งประสงค์ให้เกิดขึ้นดังเช่นกรณีของนิติกรรม เหตุที่เกิดผลในทางกฎหมายขึ้นก็เพราะการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้⁵⁶ เช่น การลงลายมือชื่อในเอกสารทางกฎหมาย การเตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เป็นต้น

⁵⁵ Tom W. Bell, *supra* note 53, pp 39-40. ; อำนจ บุนนาค, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิชัยมนุษย์”, (วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น. 172. สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557) น. 13-14.

⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช , *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น. 5-6. ; หยุต แสงอุทัย , *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น. 202-203. ; หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ 1*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 18 ; ประกอบ หุตะสิงห์, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2507), น. 5-6. ; อัครพร จุฬารัตน์, *คำอธิบาย*

วิธีพิสูจน์ทราบถึงการแสดงเจตนาให้ความยินยอมว่าเป็นเจตนาอย่างจริงจังหรือไม่ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 และมาตรา 368 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตีความการแสดงเจตนา มีสาระสำคัญว่า

“มาตรา 171 ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร

มาตรา 368 สัญญานั้น ท่านให้ตีความไปตามความประสงค์โดยสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

เมื่อพิจารณาเนื้อความในทั้งสองมาตราข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้มีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาแล้ว ก็ยังไม่เป็นที่ยุติว่ากฎหมายจะรับบังคับบัญชาตามเจตนาเช่นนั้นเสมอไป การที่กฎหมายจะให้ผลบังคับตามเจตนาที่แสดงออกมา ในเบื้องต้นต้องปรากฏว่าเป็นเจตนาที่มุ่งผลทางกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องล้อเล่นเหลวไหล หรือเป็นเรื่องไม่มีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์เพื่อก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่บังคับกันได้จริงตามกฎหมาย เมื่อได้ความว่าเจตนาที่มุ่งผลในทางกฎหมายแล้ว ก็ยังต้องค้นคว้าหาเอาเจตนาที่แท้จริงว่าเป็นอย่างไร เพราะหากผู้แสดงเจตนาไม่ได้มีเจตนามุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดสิทธิอันใดโดยแท้จริงแล้ว การที่กฎหมายยอมรับบังคับให้เท่ากับเป็นการบังคับก่อก่อสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้แสดงเจตนาทั้งที่เขาไม่ประสงค์⁵⁷

การตีความการแสดงเจตนาเป็นการตีความเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงจากเจตนาที่ได้มีการแสดงออกมาแล้ว มิใช่เป็นการค้นหาเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจและยังไม่ได้มีการแสดงออกมาให้ปรากฏ เพราะเหตุว่าหากปล่อยให้มีการค้นหาเจตนาที่ยังมิได้มีการแสดงออกมาหรือถูกซ่อนอยู่ในใจแล้ว ก็จะกลายเป็นการคิดกำหนดตั้งเดาหรือแปลเจตนาเอาเองได้ตามใจชอบ ผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการเจตนาที่แท้จริงมาบังคับ⁵⁸ การตีความการแสดงเจตนาตามนัย

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 7. ; กิตติศักดิ์ ปกติ , เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น.101), น. 8-10. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2560), น.41.

⁵⁷ เสนีย์ ปราโมช , อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 50-51. ; หยุด แสงอุทัย , อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.62-64. ; อักษราทร จุฬารัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 56, น. 73-74.

⁵⁸ เสนีย์ ปราโมช , อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 53-54. ; หยุด แสงอุทัย , อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.63. ; อักษราทร จุฬารัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 56, น. 73.

แห่งมาตรา 171 และมาตรา 368 มีลักษณะเป็นการเปิดช่องให้ศาลพิจารณาได้เป็นรายกรณีไป หากเป็นเจตนาที่แท้จริงที่ค้นคว้าได้จากเจตนาที่แสดงออกมาแล้วย่อมนำมาบังคับให้เป็นผลได้ ไม่จำเป็นต้องบังคับตามถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรที่ปรากฏออกมาเสมอไป⁵⁹

มาตรา 171 เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับการตีความการแสดงเจตนาโดยทั่วไป กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ามีแสดงเจตนาของบุคคล เช่น เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นในการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของตน จะต้องฟังถึงเจตนาอันแท้จริงว่าเขามีความประสงค์จะผูกพันตนหรือไม่ ในลักษณะใด การพิจารณาเจตนาอันแท้จริงนี้จะต้องตั้งต้นจากเจตนาที่แสดงออกให้ปรากฏนั่นเอง ประกอบด้วยข้อเท็จจริงแวดล้อมการแสดงเจตนา นั้น ซึ่งกฎหมายมิได้จำกัดว่าจะต้องค้นหาพิสูจน์ด้วยสิ่งหนึ่งสิ่งใดโดยเฉพาะ⁶⁰ อาจจะใช้ทั้งถ้อยคำสำนวนที่ปรากฏแล้วส่วนหนึ่ง ประกอบกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะที่มีการแสดงเจตนา เช่น ความตระหนักรู้ถึงผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนา วัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั่นเอง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แสดงเจตนากับผู้รับการแสดงเจตนา จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ผู้แสดงเจตนาเคารพยึดถือ ประโยชน์ได้เสียของบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁶¹ เป็นต้น

มาตรา 368 เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการตีความการแสดงเจตนาที่สำเร็จเกิดเป็นสัญญาแล้ว และเนื่องจากสัญญาเกิดขึ้นจากเจตนาอันตรงกันและร่วมกันของคู่กรณี การค้นหาเจตนาที่แท้จริงจึงไม่สามารถทำได้โดยการพิจารณาการแสดงเจตนาของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายประกอบกัน โดยจะต้องตีความตามความประสงค์โดยสุจริต กล่าวคือจะต้องตีความสัญญาอย่างเป็นความประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาไปในทางที่เป็นความคาดหมายในทางสุจริต เป็นการตรวจสอบเจตนาอันร่วมกันของคู่สัญญา⁶² เหตุที่ต้องพิจารณาโดยอาศัยความประสงค์โดยสุจริตเพราะเหตุว่า ในการผูกนิติสัมพันธ์เกิดเป็นสัญญาขึ้นนั้น

⁵⁹ เฟื่องอ้าง.

⁶⁰ เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 16*, น. 54. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 56*, น. 28-29. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2560), น.157, 389.

⁶¹ หยุต แสงอุทัย , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 19*, น. 63.; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 56*, น. 29.

⁶² เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 16*, น. 346. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 60*, น. 393.

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมมีความมุ่งหมายต่อความสุจริตซึ่งกันและกัน⁶³ ดังนั้น การตีความไปในทางที่สุจริตในสัญญาจึงอาจนำไปสู่เจตนาที่แท้จริงที่ว่าคู่กรณีต่างก็มุ่งหมายที่จะผูกพันกันด้วยความสุจริต มิฉะนั้นแล้วย่อมไม่ก่อสัญญาขึ้น การตีความสัญญาตามความประสงค์โดยสุจริตนั้น จะต้องพิจารณาถึงปกติประเพณีประกอบด้วย โดยอาจเป็นประเพณีที่คู่กรณีเคยถือปฏิบัติต่อกันมาตลอด หรือเป็นประเพณีในวงการค้าขาย หรือในวงกิจการนั้นๆ แต่ไม่ว่าจะเป็นการตีความตามความประสงค์โดยสุจริตหรือตามปกติประเพณีก็ตาม จะต้องตีความเพื่อหาการตีความเพื่อหาเจตนาอันร่วมกันของคู่กรณีที่คู่กรณีมิได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เป็นการค้นหาเจตนาแท้ที่เห็นได้ มิใช่เป็นการตีความเพื่อสร้างเจตนาอันแท้จริงขึ้นใหม่⁶⁴

แม้มาตรา 171 และมาตรา 368 จะบัญญัติแยกต่างหากจากกัน แต่ก็ย่อมเห็นได้จากรูปเรื่องว่า เมื่อกฎหมายต้องการเจตนาที่แท้จริงมาบังคับให้เกิดผล การตีความการแสดงเจตนาตามนัยแห่งมาตรา 171 ย่อมอาศัยวิธีการดังปรากฏในมาตรา 368 เป็นเครื่องช่วยในการตีความการแสดงเจตนาโดยทั่วไปได้ด้วย⁶⁵ และการปรับใช้มาตรา 368 ในการตีความสัญญานั้น ความประสงค์โดยสุจริตและปกติประเพณีก็อาจอยู่ในกรอบของเจตนาที่แท้จริงตั้งแต่แรกแล้วได้เช่นกัน⁶⁶

3.1.3.2 การพิจารณาความมีอยู่ของความยินยอมตามกฎหมายต่างประเทศ

การพิจารณาว่าเจตนาของบุคคลที่แสดงออกมาควรยอมรับบังคับให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหรือไม่ เป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายทั้งหลายต้องพิจารณาว่าพึงมีลักษณะเป็นอย่างไร วิธีการพิจารณาในแต่ละระบบกฎหมายย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่แนวคิด และทฤษฎี

⁶³ เสนีย์ ปราโมช , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 346-347.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง.

⁶⁵ หยุต แสงอุทัย , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 62-63.

⁶⁶ (การตีความสัญญาตามนัยแห่งมาตรา 368 อาจไม่ได้เป็นไปตามเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีเสมอไป แต่อาจเป็นการตีความโดยอาศัยความเห็นของวิญญูชนในการพิจารณาว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นมีความหมายว่าอย่างไร การตีความทำนองนี้จะเกิดขึ้นเมื่อไม่ปรากฏถึงพฤติการณ์แวดล้อมที่สื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีว่าเป็นอย่างไร จึงต้องอาศัยปัจจัยภายนอกอื่นๆเป็นเครื่องชี้เจตนา : โปรตดู ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 60, น. 388. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56, น. 36.)

ทางกฎหมายที่ยึดถือ การพิจารณาถึงตัวชี้วัดเจตนาอย่างจริงจัง (Indicia of Seriousness)⁶⁷ ว่ามีอยู่หรือไม่อย่างนั้น ระบบกฎหมายบางประเทศมีหลักเกณฑ์ในการใช้พิจารณาว่าการแสดงเจตนาในลักษณะใดที่จริงจังและควรยอมรับบังคับให้ ข้อเท็จจริงใดบ้างที่เป็นหลักฐานของการแสดงเจตนาเข้าผูกนิติสัมพันธ์ก่อให้เกิดสิทธิ บางระบบกฎหมายพัฒนาหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ในการจำแนกแยกแยะขึ้นมาว่าการแสดงเจตนาใดมีนัยสำคัญทางกฎหมายที่จะผูกพันกันหรือไม่⁶⁸ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงการพิจารณาความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจังในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นว่า การแสดงเจตนาให้ความยินยอมนั้นมีระดับต่างกันได้

การพิจารณาความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจัง เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของทุกประเทศ ในการนี้ผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ โดยจะกล่าวถึงกรณีของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นระบบ Common Law หลังจากนั้นจะกล่าวถึงกรณีของประเทศฝรั่งเศส มลรัฐหลุยเซียน่า ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นระบบ Civil Law ดังนี้

1. ในระบบกฎหมาย Common law เช่นประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา การแสดงเจตนาจะถือว่ามีความจริงจังบังคับอย่างสิทธิได้ ก็ต่อเมื่อเป็นการแสดงเจตนาที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักต่างตอบแทน (Consideration) หลักต่างตอบแทนมีสถานะเป็นเงื่อนไขที่แสดงถึงความสมบูรณ์บังคับกันได้ของการแสดงเจตนา โดยข้อความคิดในเรื่องหลักต่างตอบแทนได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างละเอียดและซับซ้อนในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จนยากที่จะให้คำจำกัดความเพียงสั้นๆ ให้ครอบคลุมความหมายทั้งหมดได้ แต่อย่างไรก็ตามมีคำจำกัดความที่พอจะชี้ให้เห็นได้ถึงข้อความคิดในเรื่องหลักต่างตอบแทน คือคำจำกัดความจาก Exchequer Division of the English High Court คดี Currie v Misa ค.ศ. 1875 มีสาระสำคัญว่า สิ่งที่จะเรียกได้ว่าเป็นการต่างตอบแทนในสายตาของกฎหมายนั้นอาจประกอบไปด้วยสิทธิ ส่วนได้เสีย ประโยชน์ กำไร ที่คู่กรณี

⁶⁷ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to comparative law*, 2 ed. (Clarendon Press Oxford : 1992), p 417. (ประเด็นปัญหาที่มีการยกขึ้นถกเถียงกันในเรื่องความจริงจังในการแสดงเจตนา นั้น เป็นการพิจารณาการแสดงเจตนาในเรื่องคำมั่น การแสดงเจตนาให้ ซึ่งมีปัญหาว่าการให้คำมั่น หรือการแสดงเจตนาให้ นั้น ผู้แสดงเจตนามีความจริงจังที่จะบังคับกันได้ตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์และแนวคิดที่มีการถกเถียงกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นถึงความจริงจังของการให้ความยินยอมได้เช่นกัน เพราะเหตุว่าความยินยอมที่จะก่อให้เกิดสิทธิได้นั้นควรมีลักษณะเป็นนิติกรรมก่อสิทธิ)

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 418–419.

ฝ่ายหนึ่งทำให้เกิดเพิ่มพูนขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจจะเป็นการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องยอมทนต่อการเสื่อมเสีย หรือรับภาระความยุ่งยากไม่ว่าจะโดยการกระทำหรืองดเว้นการกระทำให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ลำพังแต่ความผูกพันในทางศีลธรรมไม่เป็นการเพียงพอ⁶⁹ การต่างตอบแทนตามหลัก Consideration จึงถือได้ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความประสงค์ที่จะผูกพันตนของผู้แสดงเจตนาได้

สาระสำคัญของหลักต่างตอบแทนนั้น คือการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องมีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์ โดยลักษณะความสัมพันธ์ของคู่กรณีจะเป็นแบบ *do-ut-des* ซึ่งมีความหมายว่าเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งตอบแทนให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องตอบแทนกลับมาด้วย⁷⁰ ดังนั้น หากคู่กรณีประสงค์จะบังคับตามการแสดงเจตนาที่ให้ไว้ต่อกัน จะต้องมีการตอบแทนแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง มิฉะนั้นแล้วจะไม่สามารถบังคับกันได้ โดยคุณค่าของการต่างตอบแทนกัน ไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าเท่ากันก็ถือว่ามีการต่างตอบแทนต่อกันแล้ว นอกจากนี้ หากเดิมตกลงกันไว้อย่างหนึ่งแต่ต้องการเพิ่มเติมข้อตกลงขึ้นมา ข้อตกลงนั้นจะบังคับได้ก็จะต้องมีการตอบแทนเพิ่มตามขึ้นมาด้วย มิใช่เป็นเพียงแต่สิ่งที่ต้องทำอยู่แล้วตามข้อตกลงเดิม หรือสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วตามข้อตกลงเดิม กล่าวคือการต่างตอบแทนนั้นต้องมีลักษณะเป็น *valuable consideration*⁷¹ ดังนั้น การแสดงเจตนาแต่เพียงอย่างเดียวจึงไม่มีผลทางกฎหมายที่จะผูกพันบังคับกันได้ เหตุผลที่การแสดงเจตนาต้องมีหลักต่างตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะเหตุว่า หากไม่มีหลักต่างตอบแทน การแสดงเจตนาอย่าง

⁶⁹ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra note 67*, p. 419. ; Hugh Beale. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, “Additional Requirements : Cause, Consideration and from” in Cases, Materials and Text on Contract Law. , ed. Walter van Gerven. (Oxford: Hart Publishers , 2010,), p .190.

⁷⁰ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra note 67*, p. 419.

⁷¹ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra note 67*, pp. 420-422. ; Ernest G. Lorenzen, “Causa and Consideration in the Law of Contracts”, Yale Law Journal, Vol. 28, Issue 7, p. 636. (แต่ทั้งนี้ผู้เห็นว่า การต่างตอบแทนควรจะเป็นเพียงหลักฐานหนึ่งที่แสดงถึงความยินยอมผูกพันกันเท่านั้น การสืบพิสูจน์ถึงความยินยอมจากเหตุปัจจัยอื่นๆ นอกจากการต่างตอบแทนควรทำได้ในระบบกฎหมาย *commom law* เพราะเหตุว่าการให้สิ่งตอบแทนกันไม่ได้แสดงถึงความยินยอมผูกพันกันเสมอไป โปรดดู Randy E Barnett, “Consent Theory of Contract”, Columbia Law Review, Vol. 86, Issue 2, pp. 312-313 (March 1986).

ใดๆ ก็สามารถผูกพันกันได้ การมีสิ่งตอบแทนแสดงให้เห็นถึงการให้อะไรบางอย่างที่มีค่าในสายตาของกฎหมาย ที่ควรบังคับตามการแสดงเจตนา นั้น หากการแสดงเจตนาใดไม่มีการตอบแทนซึ่งกันและกัน คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะบังคับตามเจตนา นั้นไม่ได้เพราะเมื่อตนไม่ได้ตอบแทนอะไรแก่เขา ก็ไม่ควรเรียกร้องเอาอะไรจากอีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาที่ไม่มีการตอบแทนกันจึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเป็นคำมั่นสัญญาที่ให้เปล่า (bare promise หรือ *nudum pactum*) เท่านั้น กฎหมายไม่บังคับให้เกิดผล⁷² แต่อย่างไรก็ตาม มีการแสดงเจตนาบางประเภทที่สามารถบังคับให้เกิดผลได้ ถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักต่างตอบแทน (Consideration) รู้จักกันในชื่อ “promissory estoppel” ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาคดี Central London Property Trust v. High Tree House ค.ศ. 1947 ของอังกฤษ และใน Restatement (Second) of contract : Section 90 ของสหรัฐอเมริกา ข้อยกเว้นดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า การแสดงเจตนาให้คำมั่นอย่างใด แม้ไม่มีการให้สิ่งตอบแทนกัน แต่หากผู้รับการแสดงเจตนา มีการเปลี่ยนแปลงสถานะไปอย่างสำคัญ เช่น ได้ลงทุนตระเตรียมรับประโยชน์ที่จะได้รับการแสดงเจตนาของผู้ให้คำมั่น และเขาได้เชื่อมั่นอย่างแนบแน่นในการแสดงเจตนา นั้น กับทั้งผู้แสดงเจตนา นั้นคาดเห็นได้ว่าเขาจะเชื่อเช่นนั้น การแสดงเจตนาเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นเจตนาอย่างจริงจัง ผู้กนิติสัมพันธ์บังคับกันได้แม้ไม่มีการให้สิ่งตอบแทนกันเลยก็ตาม⁷³

2. ในระบบกฎหมาย Civil law เช่นประเทศฝรั่งเศส และมลรัฐลุยเซียนา ซึ่งได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มีพิจารณาความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจังโดยใช้

⁷² ธีวกร ยอดชาญ, “คำมั่นจะทำสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 106-107. (วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้ทำการศึกษาค้นพบว่า คำว่า promise ในระบบกฎหมาย common law นั้น แต่เดิมมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ทั่วไปโดยไม่ได้จำแนกว่ามีลักษณะเป็นคำเสนอ คำสนอง เจตนาผูกนิติสัมพันธ์ ต่อมาเมื่อมีการรับเอาแนวคิดทฤษฎีการแสดงเจตนาจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป ก็เริ่มมีการพัฒนาหลักคำเสนอ คำสนอง เจตนาผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นมาโดยการนำหลักเหล่านั้นมาใช้ตัดสินคดี แต่อย่างไรก็ตามการบังคับให้ผู้แสดงเจตนาปฏิบัติตามที่ตนได้แสดงเจตนาไว้ต้องมีหลักต่างตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ (น.18-19, 97-98.))

⁷³ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. pp. 422-423. ; Hugh Beale. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, *supra* note 69, pp. .207-210. ; Randy E Barnett, *supra* note 14, pp. 314-315.

หลักการที่เรียกว่า cause หรือ causa⁷⁴ ข้อความคิดเรื่อง cause ปรากฏใน Art. 1131 ของประมวลแพ่งฝรั่งเศส และ Art. 1967 ของประมวลกฎหมายแพ่งหลุยเซียน่า ซึ่งยืนยันถึงหลักการดังกล่าวมีสาระสำคัญว่าหากความผูกพันนั้นปราศจาก cause ย่อมจะไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ดังนั้น cause จึงมีลักษณะเป็นเหตุผลทั่วไป (typical reason) ซึ่งบุคคลสามารถใช้ในการจำแนกแยกแยะลักษณะ จัดกลุ่มของการแสดงเจตนาในกรณีที่เกิดปัญหา⁷⁵

ข้อความคิดเรื่อง cause จำแนกออกเป็นสองประการ ประการแรกคือ Objective cause มีลักษณะเป็นวัตถุที่ประสงค์ของตัวนิติกรรมนั่นเอง กล่าวคือเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมนั้นว่ามีความประสงค์อย่างใด เช่นกรณีของสัญญาซื้อขาย วัตถุประสงค์ของตัวสัญญาก็คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการชำระราคาตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ หรือในกรณีของสัญญาให้ วัตถุประสงค์ของสัญญาก็คือการการจัดหา หรือให้บางสิ่งโดยไม่หวังผลตอบแทน ประการที่สองคือ Subjective cause มีลักษณะเป็นวัตถุที่ประสงค์ของตัวผู้แสดงเจตนาเอง เป็นการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจที่อยู่เบื้องหลังของความตกลงยินยอมของผู้แสดงเจตนา เป็นการตอบคำถามว่าเหตุใดจึงแสดงเจตนามุ่งผูกพันออกไปเช่นนั้น⁷⁶ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการแสดงเจตนาที่ปราศจาก cause ย่อมไม่สามารถรู้ได้เลยว่าจะบังคับการให้เกิดผลทางกฎหมายได้อย่างไร เนื่องจากไม่อาจรู้ได้ถึงความมุ่งหมายแห่งการแสดงเจตนา นั้น จึงเท่ากับว่าหากปราศจาก cause ก็จะไม่มีความ serious intent ในการแสดงเจตนา เช่น หากบุคคลแสดงเจตนาโดยล้อเล่น การแสดงเจตนา นั้นก็ไม่มี cause

⁷⁴ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. p. 424.

⁷⁵ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. p. 424.; Randy E Barnett, *supra* note 14, p. 311.; Ernest G. Lorenzen, *supra* note 71, p. 621.

⁷⁶ ดารารพร เตชะกำพุ, “แนวความคิดและหลักของ cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1, น. 38 (พฤษภาคม 2517). ; John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, The Principles of French law, (Oxford : University Press, 2008), p.348. อ้างถึงใน ญฐนน เกตุชาติ, “ปัญหาการดำรงอยู่ของสัญญาต่างตอบแทนในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธียอันจะโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ ตามมาตรา 372 ป.พ.พ.”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557) น. 53. ; Hugh Beale. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, *supra* note 69., pp. .171-172.

หรือหาวัตถุที่ประสงค์ของนิติกรรมที่ตนแสดงออกเสียไป เช่น พันวิสัยไปเสียแล้ว การบังคับตามนิติกรรมนั้นก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ นิติกรรมดังกล่าวก็ถือว่าปราศจาก cause เช่นเดียวกัน⁷⁷

สำหรับ cause ที่ใช้ในการพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังนั้น คือ Subjective cause ซึ่งพิจารณาในส่วนของความมุ่งหมายที่จริงจังของผู้แสดงเจตนาเอง มูลเหตุจูงใจที่แสดงถึงความจริงจังในการแสดงเจตนา อาจเป็นมูลเหตุจูงใจในด้านเศรษฐกิจ ซึ่งอาจต้องมีการแลกเปลี่ยนตอบแทนกัน แต่บางกรณีมูลเหตุจูงใจอาจไม่มีลักษณะที่ต้องการผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจตอบแทน ดังนั้น หากปรากฏว่าการแสดงเจตนาที่มุ่งผลต่อผลบางประการ แม้จะไม่ใช้ผลที่ได้รับอย่างเป็นรูปธรรมในทางเศรษฐกิจ แต่เป็นผลประโยชน์ในทางนามธรรม เช่น ในด้านชื่อเสียง เกียรติยศที่ได้จากการอวดอ้างเอาหน้าโดยแสดงเจตนาให้ปรากฏ เช่น การให้เพื่อการกุศลทำให้ได้มาซึ่งชื่อเสียงในทางสังคม การแสดงเจตนาโดยหวังผลเหล่านี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่มี cause เป็นการแสดงเจตนาที่มีลักษณะจริงจังควรค่าแก่การบังคับให้ แต่อย่างไรก็ตามผลที่ผู้แสดงเจตนามุ่งประสงค์นั้นต้องตั้งอยู่บนฐานของวัตถุประสงค์ทางสังคม เศรษฐกิจที่สามารถเข้าใจได้ (based on some comprehensible social-economic purpose) ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากจารีตประเพณีในขณะนั้น ด้วยเหตุนี้ cause จึงมีลักษณะเป็นเหตุผลทั่วไปที่สามารถใช้พิจารณาถึงแรงจูงใจและความจริงจังในการแสดงเจตนาได้⁷⁸

การพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังในระบบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ เดิมมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีอยู่ของ cause ในการพิจารณาถึงการแสดงเจตนาที่มีผลบังคับตามกฎหมายว่า จะต้องมีความจริงใจที่มีเหตุผลสำหรับการแสดงเจตนา นั้น ไม่ว่าแรงจูงใจจะมาจากความเมตตา กรุณา มิตรภาพ หรือความรู้สึกที่เหมาะสมประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นในทางการค้าหรือทางธุรกิจใดๆ กล่าวคือการแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์จะต้องมาจาก cause ที่ชักนำให้บุคคลเข้าผูกพันตนเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น⁷⁹ แต่ต่อมาบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง cause ถูกนำออกไป และเปลี่ยนเป็นการพิจารณาถึงการแสดงเจตนาของคู่กรณีว่ามีลักษณะที่มุ่งผลทางกฎหมายหรือไม่แทนการพิจารณาหา

⁷⁷ Ernest G. Lorenzen, *supra* note 71, p. 633.

⁷⁸ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67, pp. 424, 426. ;
ดาราพร เตชะกำพุ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น. 38-40.

⁷⁹ Ernest G. Lorenzen, *supra* note 71, p. 634.

cause กล่าวคือ ในปัจจุบันระบบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ใช้การตีความการแสดงเจตนา แทนข้อความคิดเรื่อง cause⁸⁰

การพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังในระบบกฎหมายเยอรมัน มีลักษณะที่แตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส กล่าวคือ ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้ให้ความสำคัญกับข้อความคิดในเรื่องหลักต่างตอบแทน (consideration) และ cause เพราะเหตุว่า แม้ข้อความคิดว่าด้วยหลักต่างตอบแทน (consideration) ในระบบกฎหมาย Common law จะสะท้อนความจริงที่ว่า การที่ปรากฏว่ามีการให้สิ่งตอบแทนต่อกันระหว่างคู่กรณีเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาอย่างจริงจัง แต่อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้ว แม้การแสดงเจตนาขึ้นจะไม่มี การให้สิ่งตอบแทนต่อกัน แต่ก็อาจมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่จริงจังผูกพันกันได้ การมุ่งเน้นถึงการตอบแทนกันนั้น อาจไม่ครอบคลุมถึงเจตนาอย่างจริงจังในรูปแบบอื่นๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วอาจค้นพบว่ามีความจริงจังที่จะผูกพันกันได้ เช่นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวผูกพันตนเองต่อบุคคลอื่น ในพฤติการณ์ที่สื่อแสดงว่าผู้แสดงเจตนาต้องการผูกพันด้วย หากพิจารณาตามหลักต่างตอบแทน (consideration) อย่างเคร่งครัดแล้วย่อมไม่มีทางเลยที่ผู้รับการแสดงเจตนาอันจริงจังนั้นจะบังคับตามเจตนาดังกล่าวได้⁸¹ ดังนั้นการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาอย่างใดมีลักษณะที่จริงจังนั้นควรขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี⁸²

ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้กล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วย cause ในการพิจารณาเจตนาอย่างจริงจัง เพราะเหตุว่าแม้ข้อความคิดว่าด้วย cause จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแยกแยะการแสดงเจตนาที่จริงจังออกจากการแสดงเจตนาอื่นๆ ที่มีความยืดหยุ่นกว่าหลัก consideration แต่ระบบกฎหมายเยอรมันก็ไม่ได้ใช้หลัก cause ในการวินิจฉัยเจตนาแต่อย่างใด เพราะเหตุว่า แม้โดยสภาพแล้วจะคาดหมายได้ว่าในการแสดงเจตนาที่มุ่งผลจริงจังบังคับได้นั้นมีสิ่งเรียกว่า cause ประกอบอยู่ แต่นั่นก็เป็นเพียงข้อสังเกตเบื้องต้นเท่านั้น กับทั้ง cause ก็ยังเป็นสิ่งที่ต้องปรากฏมีขึ้นอยู่แล้วตามธรรมชาติของการแสดงเจตนาที่มุ่งผลผูกพัน ไม่ได้มีลักษณะเป็นองค์ประกอบพิเศษเพิ่มเติมขึ้นมาเพื่อบังคับให้เจตนามีผลแต่อย่างใด cause จึงไม่ได้มีผลเป็นการ

⁸⁰ Chris-James Pretorius, “The basis of contractual liability in Dutch law”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 37, No. 3, pp. 383-384 (November 2004).

⁸¹ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. pp. 425-426.

⁸² *Ibid.*, p. 424.

จำกัดระดับการแสดงเจตนาที่ควรบังคับให้ แต่หากขึ้นอยู่กับเจตนาที่ตนเองต่างหาก⁸³ ดังนั้นระบบกฎหมายเยอรมันจึงใช้วิธีการตีความนิติสัมพันธ์ของบุคคล (The construction of the transaction) แทน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกันแล้วพบว่าการใช้หลักต่างตอบแทน (consideration) และหลัก cause นั้น มุ่งที่จะกำหนดตัวชี้วัดที่แน่นอนลงไปว่าเจตนาที่มีความจริงจึงบังคับได้ต้องมีสิ่งเหล่านี้ แต่ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับให้มีการแสวงหาสืบค้นอย่างไม่มีขอบจำกัดว่าการแสดงเจตนาที่มีความจริงจึงมุ่งผลในทางกฎหมาย หรือเป็นการแสดงเจตนาที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายที่ไม่ควรยอมรับบังคับบัญชาให้ เช่นการแสดงเจตนาเพื่อมารยาททางสังคมโดยแท้ หรือการกระทำเพื่อมิตรภาพ โดยให้มีการพิสูจน์อย่างไม่มีข้อจำกัดว่าต้องมีสิ่งใดมาเป็นตัวชี้วัดแน่นอน และหนทางที่ดีที่สุดคือปล่อยให้ป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะพิจารณากับการแสดงเจตนาดังกล่าว⁸⁴

จากการพิจารณาความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจังในระบบกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การพิจารณาความจริงจังของการแสดงเจตนาตามกฎหมายไทยมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายเยอรมัน ที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีนำเสนอสืบพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไร

3.2 ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามคำพิพากษา

3.2.1 สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามคำพิพากษา

เพื่อพิจารณาถึงลักษณะและผลของการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินในระบบกฎหมายไทย จำเป็นอยู่เองที่จะต้องพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่เกี่ยวข้องย้อนกลับของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามนัยแห่งมาตรา 146 ในฐานะ

⁸³ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. pp. 426-427. ; Hugh Beale. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, *supra* note 69., p. 214.

⁸⁴ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 67. p. 426-427. (กฎหมายเยอรมันได้รับอิทธิพลจาก old Germanic law ซึ่งยอมรับว่าบุคคลมีหน้าที่ในการรักษาสัจจะ (faith) ดังนั้น ทุกความผูกพันที่สร้างขึ้นโดยความตั้งใจจริงจัง (serious intention) ที่จะผูกพันตามกฎหมาย ควรเกิดผลบังคับได้ โปรดดู Ernest G. Lorenzen, “Causa and Consideration in the Law of Contracts”, *Yale Law Journal*, Vol. 28, Issue 7, p. 632.)

เป็นตัวอย่างทั้งในด้านข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและการปรับบทกฎหมายของศาลไทย โดยจำแนกคำพิพากษาศาลฎีกา⁸⁵ได้เป็นกลุ่มใหญ่ๆ สี่กลุ่มดังนี้

1. สิทธิในที่ดินอันเกิดจากอำนาจตามกฎหมาย : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7193/2547 (สิทธิในฐานะผู้ถือประทานบัตรเหมืองแร่ตาม พ.ร.บ. แร่), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2864/2559 (สิทธิในที่ดินตาม พ.ร.บ. จัดที่ดินเพื่อการครองชีพ)

2. ทรัพย์สินที่ดิน เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1170/2543, ทางอันเกิดจากภาระจำยอม : เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6189/2540, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3503/2561 , เจ้าของรวมคนหนึ่งใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ปลูกสร้างโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมคนอื่น : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2987/2517, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3545/2535, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5418/2560

3. สิทธิในที่ดินอันเกิดจากการมีข้อสัญญาให้อำนาจในการปลูกสร้างขัดแย้ง เช่น

สัญญาเช่า : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2210/2526, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3968/2532, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5582/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7872/2542, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 882/2544, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 883/2544, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5692/2546, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3134/2549, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4260/2550

สัญญาจะซื้อขาย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3583/2533, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3593/2533

4. ความยินยอมในการปลูกสร้าง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2516, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1773/2519, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2208/2519, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3712/2526, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1772/2531, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2532, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 678-680/2535, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 46/2539, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1886/2541, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1445/2543, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7084/2550, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2139/2552

⁸⁵ <http://deka.supremecourt.or.th/search>

กรณีตามข้อ 1 ถึง 3 เป็นเรื่องของการปลูกสร้างโดยผู้ปลูกสร้างมีสิทธิอย่างชัดเจน แต่กรณีตามข้อ 4 เป็นเรื่องที่ปรากฏว่ามีเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินเท่านั้น ไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นนิติกรรมสัญญาที่มีข้อกำหนดชัดเจนให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงได้ดังได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าความยินยอมดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิได้หรือไม่ อย่างไร

3.2.2 ความเป็นมาของคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักส่วนควบนั้น เท่าที่ผู้เขียนค้นพบ แรกเริ่มเดิมทีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเห็นว่า สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นจะต้องเป็นสิทธิที่อาจฟ้องร้องบังคับกันได้ โดยไม่ปรากฏเรื่องความยินยอมแต่อย่างใด จะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1868/2492 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า.

“...ตามธรรมดาโรงเรือนซึ่งปลูกสร้างลงในที่ดินย่อมเป็นส่วนควบของที่ดินใครเป็นเจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนนั้น นอกจากเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) โรงเรือนพิพาทจะต้องติดอยู่กับที่ดินตลอดไป มิใช่ชั่วคราว สิทธิที่จะปลูกโรงเรือนนั้นในที่ดินของผู้อื่นอันเป็นข้อยกเว้นของหลักส่วนควบนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เมื่อเจ้าของที่ดินได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยนิติกรรม อันผู้มีสิทธิอาจฟ้องร้องบังคับเอาได้เท่านั้น การปลูกสร้างทรัพย์สินใดติดลงไปในที่ดินของผู้อื่น โดยเจ้าของที่ดินมิได้ทักท้วงว่ากล่าวนั้น หากทำให้ผู้ปลูกเกิดสิทธิที่จะปลูกทำลงในที่ดินของผู้อื่นนั้นไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1310 และมาตรา 1311 จึงบัญญัติไว้บังคับในกรณีเช่นนี้ โดยถือหลักในเบื้องต้นว่าโรงเรือนนั้นย่อมเป็นส่วนควบกับที่ดิน และเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน...”

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าของเพียงแต่มิได้ทักท้วงว่ากล่าว ไม่ได้แสดงเจตนาให้ความยินยอมก็ตาม แต่สามารถนำมาพิจารณาในประเด็นที่ว่าสิทธิตามมาตรา 146 นั้น จะต้องมียกเว้นอย่างไร

และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 วินิจฉัยในทำนองเดียวกันไว้อีก ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 จำเลยได้บุตรสาวผู้ร้องเป็นภริยา และได้เข้าอยู่ในเรือนของผู้ร้องซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินของผู้ร้อง ต่อมาเรือนเก่าทรุดโทรม จึงรื้อลงสร้างหลังใหม่แทน หากจะฟังว่าจำเลยเป็นผู้ออกเงินค่าก่อสร้างเรือนหลังใหม่นี้ แต่เมื่อเรือนนี้มีลักษณะถาวรติดที่ดินและไม่ปรากฏเลยว่าจำเลยได้รับสิทธิหรืออำนาจที่จะปลูกเรือนหลังนี้ลงในที่ดินของผู้ร้องแต่ประการ

ใด กรณีจึงไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) จึงต้องถือว่าเรือนนี้เป็นส่วนควบของที่ดินที่ปลูกโรงเรือน และตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องตามมาตรา 107 (ปัจจุบันคือมาตรา 144)

ต่อมา แนวคำพิพากษาของไทยได้เปลี่ยนไปเป็นว่า ความยินยอมให้ปลูกสร้างสามารถก่อให้เกิดสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นได้ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว สามารถพิจารณาได้จากตัวอย่างคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 จำเลยได้บุตรสาวผู้ร้องเป็นภริยา และได้ปลูกเรือนพิพาทในที่ดินของผู้ร้องใช้เป็นที่อยู่อาศัยของจำเลยและภริยา แม้เรือนจะมีลักษณะถาวรติดที่ดิน แต่เมื่อตามพฤติการณ์เห็นได้ว่าผู้ร้องกับสามียินยอมให้ปลูกเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย กรณีจึงเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) ไม่ถือว่าเรือนพิพาทเป็นส่วนควบกับที่ดินของผู้ร้องและสามี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1386/2518 จำเลยปลูกเรือนในที่ดินของ ค. แล้วรื้อเรือนเดิมของ ค. พากันมาอยู่ที่เรือนหลังใหม่ที่จำเลยสร้างขึ้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับสิทธิหรืออำนาจที่จะปลูกบ้านนี้ เรือนเป็นส่วนควบของที่ดิน ไม่เข้ามาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2208/2519 ผู้ร้องปลูกเรือนพิพาทในที่ดินของมารดาโดยได้รับความยินยอมของมารดาให้ปลูก เป็นการปลูกสร้างโรงเรือนซึ่งผู้ร้องมีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นใช้สิทธินั้นปลูกทำลงไว้ จึงไม่กลายเป็นส่วนควบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 109

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2532 ส. บิดาผู้ร้องปลูกบ้านโดยใช้เงินของ ส. และจำเลยซึ่งเป็นมารดาผู้ร้องลงในที่ดินผู้ร้องซึ่ง ขณะปลูกนั้นผู้ร้องอายุไม่เกิน 7 ปี เพื่อใช้ เป็นที่อยู่อาศัยร่วมกัน พอถือว่าปลูกโดยผู้ร้องทั้งสามรู้เห็นยินยอมด้วย กรณีเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 109 บ้านพิพาทจึงไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินอันจะถือว่าเป็นของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามไม่มีสิทธิร้องขจัดทรัพย์บ้านพิพาทที่โจทก์นำยึด (คำพิพากษาศาลฎีกานี้ จะเห็นได้ว่า ไม่มีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมแต่อย่างใด)⁸⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2139/2552 ในการสร้างบ้านพักอาศัยพร้อมสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ รวมทั้งถนนลูกรังและเขื่อนหินเรียงกันดินบริเวณหน้าบ้านพักอาศัยของโจทก์นั้น ได้รับความ

⁸⁶ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2532 อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า หากเป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างปลูกโรงเรือนแล้วอาศัยอยู่ร่วมกันกับเจ้าของที่ดิน แม้ไม่ปรากฏว่าเจ้าของที่ดินให้สิทธิในการปลูกสร้าง แต่ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินตกลงเป็นเจ้าของรวมในเรือนที่ปลูกสร้างนั้นได้

ยินยอมและอยู่ในความรู้เห็นของเจ้าของที่ดิน จึงถือได้ว่าถนนลูกรังและเขื่อนหินเรียงกันดินบริเวณหน้าบ้านพักอาศัย เข้าข่ายยกเว้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 146 ที่จะไม่เป็นส่วนควบของที่ดิน

การเปลี่ยนแปลงของแนวคำพิพากษาดังกล่าว นายปรีดี สุจริตกุล และศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทัย ได้ทำบันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2208/2519 ไว้ มีเนื้อความที่เกี่ยวข้องเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้าง ความว่า⁸⁷

“ตามแนวคำพิพากษาฎีกาเดิมถือว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) นี้ ต้องเป็นสิทธิที่ผู้มีสิทธิฟ้องร้องบังคับเอาได้ เพียงแต่เจ้าของที่ดินยินยอมให้ปลูกยังไม่ถือว่าผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1868/2492, 1739/2498, 646/2506) (คำพิพากษาฎีกาที่ 646/2506 ที่จริงควรเป็นคำพิพากษาฎีกาที่ 648/2506 เพราะเหตุว่า คำพิพากษาฎีกาที่ 646/2506 เป็นคำพิพากษาในเรื่องกฎหมายอาญา จึงอาจเป็นการระบุเลขฎีกาคลาดเคลื่อน) ต่อมาคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 วางหลักใหม่ว่า เพียงแต่เจ้าของที่ดินยินยอมให้ปลูกก็เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 109 แล้ว (ปัจจุบันคือมาตรา 146) ไม่ถือว่าเรือนเป็นส่วนควบกับที่ดิน คำพิพากษาฎีกาต่อมา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 116/2513, 339/2516 จึงเดินตามแนวนี้นี้ มีแบบอย่างเช่นเดียวกันนี้ใน Amos, Introduction to French Law (1935) no.43 P.93 ผู้เช่า (tenant) มีแต่บุคคลสิทธิในที่เช่า แต่ก็ยังเป็นเจ้าของอาคารที่ผู้เช่าปลูกสร้างลงบนที่ดินนั้นชั่วระยะเวลาที่เช่า)”

จากบันทึกหมายเหตุดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มีแนวความคิดว่าการให้ความยินยอมนั้นอย่างน้อยต้องเป็นบุคคลสิทธิ จึงก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้ ดังพิจารณาได้จากตัวอย่างที่ยกขึ้นประกอบ ซึ่งเมื่อพิจารณาลงในเนื้อหาของคำพิพากษาฎีกาที่ 116/2513 แล้วพบว่า มีการตกลงยินยอมกันขึ้นเป็นสัญญาเลยทีเดียว มิใช่เพียงแต่ยินยอมให้ปลูกสร้างโดยมิได้ทำสัญญาผูกพันต่อกันต่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 339/2516 ที่ปรากฏข้อเท็จจริงของการอยู่ร่วมกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส แล้วฝ่ายชายปลูกบ้านลงในที่ดินฝ่ายหญิง จึงมีพฤติการณ์เห็นได้ว่ายินยอมให้ปลูก ซึ่งเป็นกรณีทำนองเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512

ศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทัย ได้แสดงความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ท่านทำบันทึกแต่เพียงผู้เดียว และในบทความของท่านเองหลายครั้ง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

“...การที่ผู้อาศัยปลูกเรือนลงในที่ๆตนอาศัย ไม่ใช่การใช้สิทธิ เป็นแต่การทำโดยความยินยอมอนุญาตของเจ้าของที่ดิน มีผลเพียงคุ้มกันมิให้ผู้ปลูกได้ชื่อว่าทำละเมิดเท่านั้น...”⁸⁸

⁸⁷ ปรีดี สุจริตกุล และ จิติติ ดิงศภัทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2208/2519.

“เคยมีฎีกาวินิจฉัยไปในทางที่ว่า การยินยอมให้ปลูกโรงเรือนในที่ดินเป็นสิทธิของผู้ปลูก ไม่ทำให้โรงเรือนเป็นส่วนควบโดยข้อยกเว้นตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) เช่นฎีกาที่ 1856/2512 ความจริงการยินยอมอนุญาตให้ปลูกเป็นแต่ทำให้ไม่เป็นละเมิด แต่ไม่ถึงกับเป็นสิทธิตามกฎหมาย ไม่ถึงกับเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเช่นสัญญาเช่าหรือสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิอย่างอื่น ความยินยอมที่ไม่ถึงขั้นเป็นสัญญาอันเป็นมูลแห่งหนึ่งประการหนึ่ง จึงไม่ควรนับเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) แต่ประการใด”⁸⁹

“...แท้จริงแล้วการอนุญาตให้ปลูกบ้าน ไม่ใช่เป็นการให้สิทธิด้วยซ้ำไป จึงต้องมาพิจารณาตามมาตรา 1310 ว่าจะมีสิทธิอย่างไร”⁹⁰

เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในช่วงแรกจะพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่เริ่มวางหลักให้ความยินยอมสามารถก่อให้เกิดสิทธิได้คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 ซึ่งมีความเห็นทางวิชาการที่เห็นว่า ลำพังแต่ความยินยอมไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาลงไปในเนื้อหาของคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า เหตุใดศาลจึงตัดสินในทำนองเช่นนั้น โดยจะขอเปรียบเทียบกับคำพิพากษาที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 จำเลยได้บุตรสาวผู้ร้องเป็นภริยา และได้เข้าอยู่ในเรือนของผู้ร้องซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินของผู้ร้อง ต่อมาเรือนเก่าทรุดโทรม จึงรื้อลงสร้างหลังใหม่แทน หากจะฟังว่าจำเลยเป็นผู้ออกเงินค่าก่อสร้างเรือนหลังใหม่นี้ แต่เมื่อเรือนนี้มีลักษณะถาวรติดที่ดิน และไม่ปรากฏเลยว่าจำเลยได้รับสิทธิหรืออำนาจที่จะปลูกเรือนหลังนี้ลงในพื้นที่ดินของผู้ร้องแต่ประการใด กรณีจึงไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) จึงต้องถือว่าเรือนนี้เป็นส่วนควบของที่ดินที่ปลูกโรงเรือน และตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ร้องตามมาตรา 107 (ปัจจุบันคือมาตรา 144)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 จำเลยได้บุตรสาวผู้ร้องเป็นภริยา และได้ปลูกเรือนพิพาทในที่ดินของผู้ร้องใช้เป็นที่อยู่อาศัยของจำเลยและภริยา แม้เรือนจะมีลักษณะถาวรติดที่ดิน แต่เมื่อตามพฤติการณ์เห็นได้ว่าผู้ร้องกับสามียินยอมให้ปลูกเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย กรณีจึงเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146) ไม่ถือว่าเรือนพิพาทเป็นส่วนควบกับที่ดินของผู้ร้องและสามี

⁸⁸ จิตติ ดิงศภัทิย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1181/2500.

⁸⁹ จิตติ ดิงศภัทิย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1386/2518.

⁹⁰ จิตติ ดิงศภัทิย์, “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน ตอน 2”, บทบัญญัติ เล่มที่ 39 ตอน 4, น. 402-403 (พ.ศ.2525).

คำพิพากษาฎีกาที่ 1386/2518 จำเลยปลูกเรือนในที่ดินของ ค. แล้วรื้อเรือนเดิมของ ค. พวกกันมาอยู่ที่เรือนหลังใหม่ที่จำเลยสร้างขึ้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับสิทธิหรืออำนาจที่จะปลูกบ้านนี้ เรือนเป็นส่วนควบของที่ดิน ไม่เข้ามาตรา 109 (ปัจจุบันคือมาตรา 146)

เหตุที่ยกเอาคำพิพากษาฎีกาทั้งสามเรื่องมากล่านั้น เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่ในการให้เหตุผลของศาล โดยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 ซึ่งกลับแนววินิจฉัยเดิมนั้น ในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ฟังข้อเท็จจริงแล้ววินิจฉัยโดยยกคำพิพากษาฎีกาที่ 648/2506 ขึ้นอ้างอิง ผลคือเมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างได้รับสิทธิอำนาจใดๆ จากเจ้าของที่ดิน เรือนพิพาทจึงเป็นส่วนควบต่อมาศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วยจึงวินิจฉัยดังที่ปรากฏข้างต้น โดยได้วินิจฉัยด้วยว่าคำพิพากษามาที่ศาลอุทธรณ์ยกขึ้นอ้างนั้น ข้อเท็จจริงไม่ตรงกับกรณีปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512

จากการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างคำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องแล้ว เห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกันนั้น คือในคำพิพากษาฎีกาที่ 648/2506 จำเลย ภริยาจำเลยซึ่งเป็นบุตรสาวผู้ร้อง และตัวผู้ร้อง ได้อาศัยอยู่ในเรือนเดิมของผู้ร้อง ต่อมามีการรื้อเรือนเดิมที่เคยอาศัยอยู่ด้วยกัน แล้วสร้างเรือนใหม่ จำเลย ภริยาจำเลยซึ่งเป็นบุตรสาวผู้ร้อง และตัวผู้ร้องเองเข้าอยู่ในเรือนใหม่นั้นด้วยกัน แต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 จำเลยได้ปลูกเรือนขึ้นเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยระหว่างจำเลยและภริยาต่างหาก ไม่ได้อยู่ร่วมกันกับผู้ร้อง ซึ่งความแตกต่างนี้ยังไปปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1386/2518 อีกด้วย มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องในคำวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 บุตร ค. ได้จำเลยที่ 2 เป็นสามีโดยไม่จดทะเบียน แม้จะฟังว่าบ้านพิพาทเป็นบ้านที่จำเลยที่ 2 เพิ่งปลูกขึ้นภายหลัง โดยจำเลยที่ 2 เป็นคนออกเงินค่าก่อสร้าง.และเมื่อก่อสร้างบ้านพิพาทเสร็จแล้ว จำเลยที่ 2 ก็รื้อเอาบ้านหลังเก่าเอาระเบียง ไม้ มาสร้างเป็นครัว แล้วจำเลยทั้งสอง ก็มาอาศัยอยู่ร่วมกับ ค. มิใช่จำเลยที่ 2 ก่อสร้างบ้านพิพาทเพื่ออยู่ร่วมกับจำเลยที่ 1 เพียงลำพัง ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ตรงกับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 648/2506 ศาลในคดีนี้จึงวินิจฉัยว่าเรือนเป็นส่วนควบ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1386/2518 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น⁹¹ จะเห็นได้ว่าศาสตราจารย์จิตติได้ยืนยันมาโดยตลอดว่าความยินยอมไม่ก่อให้เกิดสิทธิ เป็นแต่เพียงข้อแก้ตัวมิให้ได้ชื่อว่าทำละเมิดเท่านั้น แต่เหตุใดข้อเท็จจริงที่ว่าเป็นการแยกออกมาอยู่เพียงลำพังหรือไม่ จึงเป็นประเด็นในการวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 ว่า มีข้อเท็จจริงต่างกัน การปลูกสร้างโดยอาศัยความยินยอมในกรณีดังกล่าวจึงเป็นส่วนควบ

⁹¹ จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1386/2518.

ในประเด็นดังกล่าว สามารถพิจารณาได้จากส่วนหนึ่งของคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 ดังนี้

“.....จำเลยมาเป็นบุตรเขยผู้ร้องแล้ว 3 ปี จำเลยจึงได้ปลูกเรือนพิพาท.... จำเลยปลูกเรือนพิพาทขึ้นเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของจำเลยและภริยา แม้จะมีใช้ลักษณะเป็นเรือนหอ แต่ตามพฤติการณ์แห่งคดีก็เห็นได้ว่า ผู้ร้องและสามียินยอมให้จำเลยปลูกเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของจำเลยและภริยา เรือนพิพาทจึงไม่เป็นส่วนควบกับที่ดินของผู้ร้องกับสามี...”

จะเห็นได้ว่ามีประเด็นในเรื่องเรือนหอปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 ซึ่งในขณะนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ยังมีบทบัญญัติที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเรือนหอไว้โดยเฉพาะซึ่งก็คือมาตรา 1516 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า

“มาตรา 1516 (เดิม) เมื่อสามีภริยาขาดกัน และชายมีเรือนหอในที่ดินของฝ่ายหญิง ชายต้องรื้อเรือนนั้นไป แต่ถ้ารื้อไปจะเสียหายเกินถึงราคาตลาดของเรือนหอในขณะนั้น ให้นำมาตรา 1310 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้มาบังคับโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 1516 (เดิม) จะพบว่าการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นหากโรงเรือนมีลักษณะเป็นเรือนหอฝ่ายชายมีสิทธิรื้อถอนออกไปได้ การพิจารณาว่าการปลูกสร้างโรงเรือนในลักษณะใดที่จะเป็นเรือนหอ นั้น จากการค้นคว้ากฎหมายตราสามดวงในส่วนของพระไอยการลักษณะผัวเมีย ไม่ปรากฏว่ามีการอธิบายความหมายของโรงเรือนที่มีลักษณะเป็นเรือนหอไว้แต่อย่างใด และไม่ปรากฏบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าจะปฏิบัติอย่างไรต่อเรือนหอเมื่อการสมรสสิ้นสุด⁹² แม้ในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เดิม) ก็คงบัญญัติไว้แต่ผลของการ

⁹² พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เปิดพระรูป เล็กเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายผัวเมีย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จันทน์หว้า, 2502), น. 41-42. (พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงให้คำอธิบายไว้ว่า “ทรัพย์ระหว่างผัวเมียมีชื่อต่างๆ บางอย่างกฎหมายเอื้อเพื่ออธิบาย เช่นสินเดิมสินสมรส นอกจากนั้นมัวหมองเช่นขันหมากสินสอด แลที่ไม่พูดเลยเช่นทองหมั้นเรือนหอแลทรัพย์ส่วนตัว ทรัพย์สมบัติแบ่งเป็นหลายจำพวก ดังนี้เป็นการยุ่งแฉงนมากมาย และจะเป็นการงงต่อไปไม่มีที่สุด”); โรแบร์ต แลงกัต, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น. 22-26 (พระไอยการลักษณะผัวเมียที่พอจะกล่าวถึงเรื่องเรือนที่ให้อยู่อาศัยระหว่างสามีภริยา และเกี่ยวกับเรื่องการทำร้างจนนำไปสู่การหย่า ได้แก่ มาตรา 49 ซึ่งกล่าวถึงกรณีที่ชายลงจากเรือนละหญิงไว้ มาตรา 50 ซึ่งกล่าวถึงผัวเมียอยู่ด้วยกัน หญิงนั้นหา

เป็นเรือนหอเท่านั้น มิได้บัญญัติให้ชัดเจนไปว่าการปลูกสร้างโรงเรือนในลักษณะใดที่จะเป็นเรือนหอ คงกล่าวไว้แต่ว่าเป็นเรือนของฝ่ายชายปลูกสร้างลงในที่ดินของฝ่ายหญิงเท่านั้น

ดังนั้นความหมายและลักษณะของการเป็นเรือนหอโดยหลักแล้วอาจต้องพิจารณาหาความหมายจากบริบททางสังคมซึ่งมีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า เรือนหอคือเคสสถานที่คู่สมรสจะใช้อาศัยด้วยกันเมื่อทำการสมรส ซึ่งตามธรรมเนียมเรือนหอนี้ต้องทำให้เสร็จก่อนวันทำการสมรสโดยปลูกสร้างในที่ดินของฝ่ายหญิง เรื่องเรือนหอนี้กฎหมายไม่ได้บังคับว่าการสมรสต้องมีเรือนหอเสมอไป เรือนหอมีขึ้นสืบเนื่องจากประเพณีเดิมที่ชายเป็นฝ่ายปลูกเรือนหอ เรือนที่หญิงปลูกขึ้นจึงไม่ใช่เรือนหอ หากมีการปลูกเรือนขึ้นภายหลังโดยไม่มีข้อตกลงกันไว้ก่อนสมรสย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นเรือนหอ โดยเรือนสมัยก่อนปลูกได้ง่ายเพราะเป็นไม้ทั้งหลังและได้ปรุงแต่งเรียบเตรียมสับเข้ารูปไว้แล้ว ปลูกเพียง 1-2 วันก็สำเร็จเป็นเรือนได้⁹³ เรือนหอในอดีตจึงมีลักษณะที่เคลื่อนย้ายไปมาได้โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ในสมัยปัจจุบันเรือนหอหรือไม่ง่ายเพราะเหตุว่าการปลูกสร้างโรงเรือนในปัจจุบันก่อขึ้นด้วยอิฐปูน หากรื้อออกไปก็จะเป็นกองดินกองทรายเสียเปล่า⁹⁴ ด้วยเหตุนี้เองมาตรา 1516 จึงให้นามมาตรา 1310 มาปรับใช้โดยอนุโลมในกรณีการรื้อเรือนหอจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก

ศาสตราจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นว่า เรือนหอขึ้นถือเป็นที่ทรัพย์สินของฝ่ายชายที่มีอยู่ก่อนสมรส และบทบัญญัติมาตรา 1516 (เดิม) ยังมีบทบัญญัติว่าเมื่อสามี

ความผิดมิได้ และขายนั้นโกรธเก็บเอาทรัพย์สินสิ่งตนลงจากเรือนไป มาตรา 51 ซึ่งกล่าวถึงกรณีสามีภริยาโกรธเกลียดกัน ชายเก็บเอาสินเดิมและทรัพย์สินของลงจากเรือนนี้หญิง และเอาเม็ดพร้าววนพันเสาเรือนเสาหอหญิง มาตราเหล่านี้เป็นเหตุแห่งการหย่าส่วนหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งแม้จะกล่าวถึงเรื่องการปฏิบัติต่อทุน สินเดิม สินสอด ชันหมาก และสิ่งของเดิมแห่งชาย แต่ก็ได้กล่าวว่าเรือนนั้นเป็นเรือนหอหรือไม่และฝ่ายชายจะรื้อถอนออกไปได้หรือไม่เมื่อหย่ากัน)

⁹³ สอาด นาวิเจริญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2517), น. 41-42. ; เสฐียรโกเศศ, ประเพณีต่างๆบางเรื่อง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์, 2516), น. 141-142. ; ลักษณะ ศกุนะสิงห์, ความเชื่อและประเพณี : เกิด แต่งงาน ตาย, (กรุงเทพมหานคร : พราวเพลส, 2556), น. 83.

⁹⁴ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 92, น. 82.

ภริยาหย่าขาดจากกัน และชายมีเรือนหอในที่ดินของฝ่ายหญิง ฝ่ายชายต้องรื้อเรือนนั้นไป ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเรือนหอรั้นยังคงเป็นของชายอยู่⁹⁵

ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับเรื่องเรือนหอไว้ว่า หากไม่มีมาตรา 1516 บัญญัติไว้ อาจเกิดปัญหาขัดแย้งกันได้ระหว่างกฎหมายลักษณะทรัพย์ และกฎหมายลักษณะครอบครัว เพราะตามมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมนั้นจะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่ การที่ชายตกลงปลูกเรือนหอในที่ดินของฝ่ายหญิงโดยสงวนกรรมสิทธิ์ในเรือนหอไว้เป็นของฝ่ายชาย มีลักษณะเป็นทรัพย์สินประเภทสิทธิเหนือพื้นดิน ตามมาตรา 1410 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น หากฝ่ายชายไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนไว้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายชายย่อมไม่มีสิทธิอย่างใดในเรือนหอ ตรงกันข้าม เมื่อนำไปปลูกลงไว้ในที่ดินของฝ่ายหญิง เรือนย่อมตกเป็นส่วนควบเป็นกรรมสิทธิ์ของฝ่ายหญิงตามนัยมาตรา 107 (มาตรา 144) แต่เมื่อมาตรา 1516 บัญญัติไว้เป็นพิเศษให้ชายรื้อเอาไปได้ ต้องถือว่ามาตรา 1516 ในกฎหมายครอบครัวเป็นบทยกเว้นของบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะทรัพย์เรื่องส่วนควบ⁹⁶

ดังนั้นหากเรือนมีลักษณะเป็นเรือนหอย่อมไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 1516 ฝ่ายชายมีสิทธิรื้อไปได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 เรือนนั้นปลูกสร้างหลังสมรสถึง 3 ปี จึงไม่มีลักษณะเป็นเรือนหอและควรตกเป็นส่วนควบตามหลักทั่วไปในมาตรา 144 แต่ในกรณีนี้ศาลได้นำประเด็นเรื่องความยินยอมมาปรับโดยวินิจฉัยว่าความยินยอมในการปลูกสร้างก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 จึงไม่เป็นส่วนควบตามมาตรา 1516 ซึ่งอาจมีเหตุผลจากการปรับหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรมเฉพาะกรณี จึงไม่ควรนำมาเป็นหลักในการพิจารณาความยินยอมในการปลูกสร้างทุกเรื่อง มิฉะนั้นแล้วหลักส่วนควบซึ่งเป็นหลักทั่วไปจะถูกทำลายลงด้วยการตีความอย่างกว้างขวางของบทยกเว้นหลักส่วนควบในเรื่องสิทธิในที่ดินกรณีมีความยินยอมในการปลูกสร้าง

⁹⁵ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2558), น. 72-73.

⁹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น. 35, 243-248.

การที่ศาลมีคำพิพากษาให้ขายรื้อเรือนที่ไต่อยู่กับกรียาไปได้ แม้ลักษณะของการปลูกสร้างจะไม่ได้เป็นเรือนหอตามประเพณีโดยแท้ก็ตาม นอกจากที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2512 แล้วยังมีคำพิพากษาแก้ตัดสินไว้ในทำนองนี้ด้วย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 35/2561, คำพิพากษาฎีกาที่ 1502/2462 เป็นกรณีที่ฝ่ายชายจ่ายเงินค่าเรือนหอแก่หญิงแล้วฝ่ายหญิงยกเรือนของตนให้อยู่ต่างเรือนหอ เมื่อชายหญิงหย่าขาดจากกัน หญิงต้องคืนเงินค่าเรือนหอ หรือยอมให้ขายรื้อเรือนนั้นไป หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 592/129 เป็นกรณีชายหญิงออกเงินช่วยกันปลูกเรือนหอ เมื่อหย่ากันชายได้ส่วนที่ตนออกไปคืนด้วย ทั้งสองกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าแม้ว่าโดยหลักแล้วเรือนหอคือเรือนที่ฝ่ายชายได้ปลูกขึ้นซึ่งกรณีที่เป็นปัญหาคือเรือนหอที่ปลูกในที่ดินของหญิงหรือญาติฝ่ายหญิงก็ตาม แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าเรือนนั้นชายมิได้ปลูกขึ้นเพียงแต่จ่ายเงินค่าเรือนหอให้ฝ่ายหญิงแล้วฝ่ายหญิงยกเรือนของตนให้อยู่ หรือเป็นกรณีที่หญิงร่วมสร้างด้วยก็ตาม ศาลก็ถือเสมือนว่าเรือนนั้นเป็นเรือนหอ ถือเสมือนว่าเป็นสินเดิมของชาย เมื่อหย่าขาดจากกันชายอาจรื้อเรือนนั้นออกไปได้หรืออาจเรียกเงินค่าเรือนที่ได้ออกไปคืน⁹⁷

ในส่วนของการพิจารณากลุ่มคำพิพากษาต่อมา ที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมนั้น ผู้เขียนขอนำไปพิจารณาในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกันกรณีสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงที่ดินไปในคราวเดียวกัน

⁹⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก1/196 ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ลักษณะครอบครัว ตอน1) (8 ก.พ. 2472-26 ม.ค. 2474) น.145-146,169-170.

บทที่ 4

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็นเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น เมื่อพิจารณา ลึกลงไปแล้วย่อมเห็นได้ถึงปัญหาว่า เจตนาควรมีผลอย่างไรต่อหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ ซึ่ง ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอย่างมากระหว่างประเทศ โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ความคิดด้วยกัน คือ กลุ่มประเทศที่พิจารณาความเป็นส่วนควบโดยอาศัยปัจจัยทางภาวะวิสัย กลุ่ม ประเทศที่ยอมรับผลของการแสดงเจตนาแบบอัตวิสัย และกลุ่มประเทศที่ยอมรับผลของการแสดง เจตนาแบบอัตวิสัยในบางกรณี โดยในบทนี้จะขอลำถึงที่มาของหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบพอสังเขป ต่อจากนั้นจะขอลำถึงแนวความคิดในเรื่องบทบาทของเจตนาต่อหลักส่วนควบในประเทศ ต่างๆ ที่น่าสนใจ

4.1 ข้อความคิดและหลักการของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เป็นหลักกฎหมายที่มีมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินรูปแบบ *original modes* กล่าวคือได้กรรมสิทธิ์โดยตนเองไม่มี บุคคลอื่นโอนมาให้ เรียกว่า *accessio* (การรวมสภาพทำให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยอาศัยหลักส่วน ควบ) เกิดขึ้นในกรณีที่ทรัพย์สินอื่นมารวมเข้ากับทรัพย์สินที่มีความสำคัญครอบงำนำหน้า อาจเป็นการรวม สภาพโดยเหตุธรรมชาติหรือโดยฝีมือของมนุษย์ โดยทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้านั้นจะเป็น อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ ไม่ว่าทรัพย์สินที่มารวมสภาพด้นนั้นจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม โดยผลของการรวมสภาพต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นไม่สามารถแยกออกจากกันหรือไม่อาจทำให้ทรัพย์สิน กลับคืนสู่สภาพเดิมได้¹ หลัก *accessio* สามารถจำแนกย่อยลงไปตามลักษณะของทรัพย์สินที่มารวม

¹ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งไกล แหกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 95-98. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้น เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 116-117. ; Sofie Bouly, “Does The Expansion of The Concept ‘Immovable’ Influence Immovable Accession?” in Property Law Perspectives II. , ed. Bram Akkermans, Ernst Marais and Eveline Ramaekers. (Cambridge, UK : Intersentia Publishing Ltd, 2014), p. 111. ; Lars van Vliet,

สภาพกันได้หลายประการ ในที่นี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงเฉพาะกรณีของการรวมสภาพทรัพย์สินเข้ากับที่ดินตามกฎหมายโรมันซึ่งดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. *alluvio* เป็นกรณีที่ดินในแม่น้ำถูกน้ำพัดมาสู่ฝั่งทำให้เกิดทั้งอกริมตลิ่ง โดยที่ดินที่ถูกพัดมานั้นต้องมีลักษณะเป็นโคลนตมที่ปนมากับน้ำ²

2. *avulsio* เป็นกรณีที่ดินและต้นไม้ลอยมาติดที่ฝั่ง มีลักษณะต่างกับโคลนตมที่ปนมากับน้ำ เจ้าของที่ดินริมฝั่งจะได้กรรมสิทธิ์ในดินและต้นไม้ที่มาติดฝั่งเมื่อดินและรากของต้นไม้ที่ลอยมายึดกับฝั่งอย่างถาวรแล้ว³

3. *insula nata* เป็นกรณีที่เกาะหรือสันดอนเกิดขึ้นมาตามธรรมชาติของแม่น้ำ คือเป็นกรณีที่น้ำพัดโคลนตมมากเข้าจนเกิดการทับถมเป็นเกาะกลางแม่น้ำ หากเกาะนั้นอยู่ติดกับที่ดินริมฝั่งของผู้ใดก็ตกเป็นของผู้นั้น หากอยู่กลางแม่น้ำการแบ่งต้องลากเส้นกึ่งกลางแม่น้ำแล้วแบ่งให้เจ้าของที่ดินทั้งสองฝั่ง⁴

4. *alveus derelictus* เป็นกรณีที่ท้องน้ำเกิดต้นเขินขึ้นจากการที่น้ำเปลี่ยนเส้นทางเดิน การพิจารณาว่าท้องน้ำต้นเขินจะตกเป็นของผู้ใดทำได้โดยการลากเส้นกึ่งกลางแบบเกาะหรือสันดอนที่เกิดขึ้นกลางแม่น้ำ แล้วแบ่งให้แก่เจ้าของที่ดินริมฝั่งแต่ละฝั่ง⁵

การได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบตามลักษณะของทรัพย์สินทั้งสี่ประการข้างต้น มีลักษณะเป็นการรวมสภาพด้วยเหตุทางธรรมชาติ เมื่อพิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พบว่าหลักดังกล่าวยังคงปรากฏอยู่ในบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144 และบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ มาตรา 1308 และมาตรา 1309 กรณีตามมาตรา 1308 นั้นเป็นการรวมสภาพที่เรียกว่าทั้งอกริมตลิ่ง มีลักษณะการรวมสภาพ

“Creation” in *Cases, Materials and Text on Property Law*, ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers, 2012), p. 617. (การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินรูปแบบ original acquisition อาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีมีกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นใหม่จากการรวมสภาพระหว่างสังหาริมทรัพย์ด้วยกันเกิดเป็นทรัพย์สินใหม่ หรือในกรณีที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าขยายไปคลุมถึงทรัพย์สินที่มารวมสภาพเข้าด้วย ดังเช่นกรณีของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินขยายครอบคลุมถึงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง)

² ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 98.

³ เพิ่งอ้าง.

⁴ เพิ่งอ้าง.

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 99.

ทำนองเดียวกับกรณี *alluvio* หรือ *avulsio* ซึ่งกฎหมายไทยกำหนดให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งของนั้นตกได้แก่ เอกชนผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในที่ดินริมตลิ่ง ส่วนกรณีตามมาตรา 1309 นั้น มีลักษณะการรวมสภาพทำนองเดียวกับกรณี *insula nata* หรือกรณี *alveus derelictus* โดยกฎหมายไทยกำหนดให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งของลักษณะดังกล่าวถูกสงวนไว้เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน มิใช่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนดังเช่นกฎหมายโรมัน⁶

5. *inaedificatio* เป็นการได้กรรมสิทธิ์โดยการรวมสภาพที่เกิดจากฝีมือของมนุษย์ กล่าวคือ เป็นกรณีของการสร้างโรงเรือนในที่ดิน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากเป็นกรณีสร้างโรงเรือนบนที่ดินของตนโดยใช้สัมภาระของตนเช่นกันแล้ว ปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนและสัมภาระย่อมไม่เกิดขึ้น เพราะบุคคลผู้ปลูกสร้างย่อมเป็นเจ้าของโรงเรือนและสัมภาระนั้นอยู่แล้ว ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีที่เจ้าของสัมภาระกับเจ้าของที่ดินเป็นคนละคนกัน มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าใครจะเป็นเจ้าของโรงเรือนและสัมภาระที่ใช้ในการก่อสร้างนั้น⁷ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวกฎหมายโรมันได้ชี้ขาดลงไปว่า โรงเรือนย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดิน ตามหลักที่ว่าสิ่งที่ยึดติดอยู่กับที่ดินย่อมเป็นส่วนควบของที่ดิน (*superficies solo cedit*) ตราบใดที่โรงเรือนยังยึดติดกับที่ดิน เจ้าของสัมภาระจะเรียกคืนสัมภาระที่ใช้สร้างโรงเรือนไม่ได้ เพราะจะทำให้โรงเรือนสลายไปขัดต่อนโยบายในการรักษาสถิติปลูกสร้างให้ถาวร เจ้าของสัมภาระต้องรอให้โรงเรือนนั้นพังลงมาก่อนจึงจะสามารถนำเอาสัมภาระคืนไปได้ แต่ขณะที่โรงเรือนยังคงสภาพมั่นคงอยู่เจ้าของสัมภาระสามารถฟ้องแบบ *action in factum* ซึ่ง Praetor จะยอมให้ฟ้องตามข้อเท็จจริงเรียกค่าตอบแทนสัมภาระได้เท่านั้น ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่านโยบายสังคมโรมันไม่ประสงค์ให้เอกชนรื้อเรือนตามอำเภอใจ⁸

หลักกฎหมายโรมันที่ว่า สิ่งใดที่ยึดติดอยู่กับที่ดินย่อมเป็นส่วนควบของที่ดินแสดงให้เห็นว่า ขอบเขตของกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายโรมันครอบคลุมทุกสิ่งที่ตั้งอยู่บนที่ดินนั้น ดังคำกล่าวที่ว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินมีขอบเขตตั้งแต่บนรกขึ้นไปถึงสวรรค์ (*Cuius est solum, eius est usque ad coelom et usque ad inferno*) ขอบเขตของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมันจึงมีลักษณะเป็นเสา

⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷ เพิ่งอ้าง.

⁸ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 99-100. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 117-118.

แนวคิดที่ไม่มีจุดสิ้นสุด ด้วยเหตุนี้เองเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้พื้นที่ทั้งเหนือและใต้ที่ดินของตนได้⁹

ต่อมาเมื่อสังคมมนุษย์มีการพัฒนาเจริญขึ้น มนุษย์สามารถคิดค้นสิ่งต่างๆ เพื่อใช้แก้ปัญหาที่ประสบพบเจอในชีวิตประจำวัน สามารถตอบสนองต่อความต้องการของตนทั้งในเรื่องปากท้อง ความปลอดภัย ความสะดวกสบายในการใช้ชีวิตได้มากขึ้นกว่าเมื่อในอดีต ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ประชากรในสังคมมีการขยายตัวเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างรวดเร็ว มีความต้องการในการใช้ทรัพยากรของโลกเพื่อบำรุงบำเรอชีวิตเพิ่มมากขึ้น หนึ่งในทรัพยากรที่มีความสำคัญและมีจำนวนจำกัดก็คือที่ดิน เมื่อที่ดินมีจำนวนจำกัดแต่มีผู้ต้องการใช้มากขึ้น จึงเกิดกรณีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าเจ้าของที่ดินชอบที่จะมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้ที่ดินนั้นอยู่หรือไม่ เนื่องจากเมื่อมนุษย์สามารถคิดค้นวิทยาการต่างๆ เพื่อการดำรงชีวิตได้มากยิ่งขึ้น การใช้ประโยชน์ในที่ดินย่อมสามารถที่จะแสวงหาวิธีการที่บุคคลหลายๆ คนสามารถใช้ที่ดินนั้นร่วมกันได้ จึงเกิดแนวความคิดที่ว่ากรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินควรมีขอบเขตจำกัดกว่าเดิม กล่าวคือควรมีขอบเขตเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้ประโยชน์เท่านั้น มีขอบเขตสูงและลึกลงเท่าที่จำเป็นต้องใช้ประโยชน์ และในขอบเขตที่มนุษย์สามารถใช้ประโยชน์ได้นั้นย่อมสามารถที่จะแบ่งปันกันใช้ได้ ดังนั้นหลัก *superficies solo cedit* จึงอาจถูกจำกัดขอบเขตลงตามความจำเป็นของการแบ่งปันการใช้ทรัพยากรของมนุษย์¹⁰

ในปัจจุบัน ที่ดินถือได้ว่าเป็นทรัพยากรอย่างหนึ่งที่ใช้เป็นทุน เป็นปัจจัยการผลิตที่มีความสำคัญอย่างมากในกิจกรรมทางเศรษฐกิจรูปแบบต่างๆ เช่น การสร้างที่อยู่อาศัย โรงแรม สาธารณสถาน สถานที่ราชการ สถานที่ประกอบกิจการค้าหรืออุตสาหกรรมต่างๆ ความต้องการดังกล่าวผลักดันให้มีการแสวงหาที่ดินมาใช้ในการดำเนินการ ที่ดินจึงมีมูลค่าสูงขึ้นเนื่องจากลักษณะของที่ดินมีปริมาณรวมคงที่ (Fixed supply) กล่าวคือ ที่ดินที่อยู่ในระบบเศรษฐกิจมีปริมาณคงที่ ไม่สามารถสร้างเพิ่มเติมได้เหมือนทรัพยากรชนิดอื่น แต่ปริมาณความต้องการใช้งานของที่ดินไม่ได้คงที่ตามไปด้วย กล่าวคืออาจเพิ่มขึ้นหรือลดลง ความต้องการดังกล่าวขึ้นอยู่กับคุณลักษณะของที่ดินว่าสอดคล้องกับการใช้ประโยชน์ในกิจการที่มุ่งประสงค์หรือไม่ เช่น ขนาด คุณภาพของเนื้อดิน รูปทรง ความเรียบ ความชันของที่ดิน เป็นต้น นอกจากนี้ ความต้องการยังขึ้นอยู่กับทำเลที่ตั้งของที่ดินด้วย เนื่องจากที่ดินเคลื่อนที่ไม่ได้ ทำให้ทำเลที่ตั้งมีผลต่อการใช้ประโยชน์ เช่น ความสามารถในการเข้าถึงสถานที่

⁹ Sofie Bouly, “The Relation between The Superficies and The Ground” in *Property Law Perspectives* , ed. Bram Akkermans and Eveline Ramaekers, (Cambridge, UK : Intersentia Publishing Ltd, 2012), p 26.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

ต่างๆ เพื่อความสะดวก เช่น ดิทรถไฟฟ้า สวนสาธารณะ คุณภาพของสิ่งแวดล้อมที่ต่างกัน เช่น คุณภาพแหล่งน้ำ สภาพอากาศ เป็นต้น¹¹ สำหรับที่ดินที่มีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตั้งอยู่ นอกจากมูลค่าของตัวที่ดินเองแล้ว เจ้าของที่ดินยังได้มูลค่าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง กับทั้งยังได้มูลค่าที่เพิ่มขึ้นของที่ดินด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 1310 และมาตรา 1311 ที่กล่าวถึงค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น เพราะเหตุว่า ที่ดินที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมมีประโยชน์ใช้สอยเพิ่มมากขึ้น และเมื่อพิจารณาถึงการประเมินราคาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจะพบว่า การประเมินราคาตามความเป็นจริงมักประเมินโดยอาศัยประโยชน์ที่เกิดขึ้นในที่ดินนั้นเป็นตัวชี้วัดมูลค่าของที่ดินประการหนึ่งด้วย เช่น หลักการใช้ประโยชน์สูงสุดและดีที่สุด (Highest and Best Use Analysis) ที่พิจารณาการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินในเวลาปัจจุบัน การพิจารณาทางเลือกที่ดีที่สุดจากการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ไม่มีสิ่งปลูกสร้างเป็นการหามูลค่าของที่ดิน ส่วนการหามูลค่าที่เกิดจากสิ่งปลูกสร้างเป็นการหามูลค่าในทรัพย์สินทั้งหมด นอกจากนั้นยังมีหลักทางเศรษฐศาสตร์ที่พิจารณาถึงประโยชน์จากการใช้สอยแยกจากการพิจารณามูลค่าตัวทรัพย์สินด้วย เช่น หลักการมีสิทธิร่วมกัน (The Bundle of Right) ที่พิจารณาถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากตัวทรัพย์สินแยกต่างหากจากมูลค่าอันเกิดจากสภาพทางกายภาพของทรัพย์สิน เช่น สิทธิต่างๆ ในที่ดินหรือโรงเรือน ซึ่งอาจก่อให้เกิดประโยชน์ เช่น อาจมีการนำออกให้เช่าต่อกันได้¹² หลักการดังกล่าวข้างต้นนี้ชี้ให้เห็นได้ว่า ที่ดินที่มีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ย่อมมีมูลค่าที่เพิ่มขึ้นกว่าเดิม ดังนั้นการจำกัดขอบเขตของหลัก *superficies solo cedit* จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์เหล่านี้ด้วย

เมื่อพิจารณาการได้กรรมสิทธิ์กรณี *inaedificatio* กับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พบว่า หลักดังกล่าวยังคงปรากฏสาระสำคัญอยู่ในบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144 มาตรา 146 และปรากฏในบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1310 และมาตรา 1311 แต่ผลของหลักการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนี้มีรายละเอียดเพิ่มเติมมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากพัฒนาการทางกฎหมายที่มุ่งแก้ปัญหาให้เกิดผลเป็นการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สิน และคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

¹¹ นิกร น้อยพรม, “ตลาดที่ดินและรูปแบบของการใช้ที่ดินกับโครงสร้างของเมือง”, วารสารวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยราชภัฏเลย, Vol 12 No 42 , น. 1-3 (ตุลาคม-ธันวาคม 2560).

¹² ภคินี ก่อคุณากร, “การใช้มูลค่าตลาดเป็นฐานภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น. 19-21.

ปัจจุบันการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบเป็นหลักกฎหมายที่มีหน้าที่และความมุ่งหมายสำคัญสองประการ ประการแรก เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความมุ่งหมายนี้เรียกได้ว่าเป็นหน้าที่ในการป้องกันของหลักส่วนควบ (precautionary function of the rules of accession) และอีกประการหนึ่งคือ เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความมุ่งหมายนี้เรียกได้ว่าเป็นหน้าที่ในการเยียวยารักษาของหลักส่วนควบ (curative function of the rules of accession)¹³ โดยหน้าที่ทั้งสองประการดังกล่าวพิจารณาได้ดังนี้

1. หน้าที่ในการป้องกันของหลักส่วนควบ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีให้เกิดการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งการป้องกันความขัดแย้งของกรรมสิทธิ์ที่จะเกิดขึ้นทำได้โดยการกำหนดลงไปว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งสองสิ่งที่มาผสมผสานกันนั้นควรเป็นของบุคคลใด ในกรณีของที่ดินนั้น การกำหนดตัวบุคคลผู้ซึ่งจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รวมสภาพเข้ากับที่ดิน ระบบกฎหมายต่างๆ ในปัจจุบันยังสืบทอดข้อความคิดจากกฎหมายโรมันเรื่อง *superficies solo cedit* กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงบรรดาทรัพย์สินที่มาปลูกปักบนที่ดินนั้นได้¹⁴ เนื่องจากโดยสภาพของที่ดิน มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่เป็นรากฐานของการดำรงชีวิตตามความเป็นจริง สิ่งใดแม้มีค่ามากแต่หากไม่มีที่ดินย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดขึ้นได้ เนื่องจากลักษณะสำคัญนี้เอง ที่ดินจึงครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นที่มาปลูกปักบนที่ดินเสมอ ดังนั้นเจ้าของที่ดินจึงได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในส่วนควบของที่ดิน

2. หน้าที่ในการเยียวยารักษาของหลักส่วนควบ เป็นการพิจารณาผลที่ตามมาของหน้าที่ในประการแรก กล่าวคือ เมื่อหน้าที่ในการป้องกันการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์เกิดมีขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มาผสมผสานเป็นส่วนควบนั้นตกเป็นของบุคคลผู้สมควร ซึ่งกรณีของการปลูกปักทรัพย์สินลงบนที่ดิน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดิน ผลดังกล่าวนอกจากจะเป็นการขยายของเขตของกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินให้คลุมไปถึงทรัพย์สินที่รวมสภาพกับที่ดินแล้ว ยังมีลักษณะเป็นการทำให้เกิดการสูญเสียไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วย อาจเป็นได้ทั้งกรณีที่เจ้าของที่ดินใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นปลูกปักลงบนที่ดินของตน หรือมีบุคคลทำการการปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นความขัดแย้งของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมเกิดมีขึ้น เมื่อหน้าที่ประการแรกทำการชี้กรรมสิทธิ์ของบุคคลโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบของที่ดินตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่

¹³ Sofie Bouly, *supra* note 9, p. 28.

¹⁴ Sofie Bouly, *supra* note 9, pp. 29-30. ; Lars van Vliet, *supra* note 1,

เจ้าของที่ดินแล้ว กฎหมายอาจกำหนดแนวทางเยียวยาแก่ผู้สูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยอาจกำหนดให้ต้องมีการใช้ราคาตอบแทนแก่ผู้ปลูกสร้างโดยไม่มีสิทธิ¹⁵ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศว่าจะกำหนดเงื่อนไขในการชดเชยเยียวยาแก่ผู้สูญเสียกรรมสิทธิ์อย่างไร

เพื่อให้หน้าที่และความมุ่งหมายทั้งสองประการมีผลบังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ จึงกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบว่า จะเกิดขึ้นเมื่อปรากฏความสัมพันธ์ของทรัพย์สินในลักษณะใด และเมื่อมีการซื้อกรรมสิทธิ์ลงไปแล้วผลที่ตามมาของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบจะเป็นเช่นไร ทั้งนี้แต่ละประเทศย่อมสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบแตกต่างกันได้ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลในทางกฎหมายอยู่เบื้องหลัง ซึ่งเหตุผลของการกำหนดให้มีการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในปัจจุบัน (the rationale of accession) ก็เพื่อคุ้มครองหลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่า (principle of preservation) และหลักการปกป้องบุคคลที่สาม (principle of protection of third parties)¹⁶ และเมื่อได้พิจารณาถึงเหตุผลของหลักการทั้งสองประการดังกล่าวแล้ว ก็จะเห็นได้ถึงคุณค่าของหลักการทั้งสองว่าเป็นที่มาแห่งความชอบธรรมที่จะบัญญัติกฎหมายส่งผลให้เจ้าของเดิมของทรัพย์สินสูญเสียไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน

หลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่า (principle of preservation) เป็นหลักที่มักถูกหยิบยกขึ้นกล่าวอ้าง เมื่อมีการโต้แย้งกันในเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เพราะเหตุว่าโดยธรรมชาติแล้ว เมื่อทรัพย์สินซึ่งแต่เดิมมีความเป็นอยู่ต่างหากจากกันได้มารวมเข้ากัน ย่อมมีคุณค่าเพิ่มขึ้นมากกว่าทรัพย์สินที่ยังคงอยู่อย่างเอกสภาพ ดังนั้นกฎหมายจึงควรคุ้มครองคุณค่าที่เพิ่มขึ้นมานี้โดยสงวนสภาพความเป็นหนึ่งเดียวของทรัพย์สิน (preservation of the unity of things) มิให้ถูกทำลายสิ้นไปโดยการแยกทรัพย์สินที่รวมสภาพออกจากกัน หลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าให้ข้อพิจารณาว่า ทรัพย์สินทั้งหมดที่รวมสภาพกันนั้น ย่อมก่อให้เกิดคุณค่าที่เพิ่มขึ้นมากกว่าการที่ทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่อย่างเอกสภาพ¹⁷ เช่น การที่อิฐ ปูน หิน ทราย ไม้ อยู่ในสภาพแยกต่างหากจากกัน แต่ละสิ่งย่อมมีคุณค่าในตัวของมันเอง แต่เมื่อทรัพย์สินเหล่านั้นมารวมกันเป็นบ้านหนึ่งหลัง ย่อมเกิดมูลค่าเพิ่มขึ้นมามากกว่ามูลค่าของสิ่งๆ หนึ่งที่เข้า

¹⁵ Sofie Bouly, *supra* note 1, p.112. ; Sofie Bouly, *supra* note 9, pp. 36-37.

¹⁶ L P W van Vliet, "Accession of Movable to Land : I", *Edinburgh Law Review*, Vol. 6, Issue 1, p. 67 (January 2002). ; Sofie Bouly, *supra* note 1, p.112.

¹⁷ Sofie Bouly, *supra* note 1, p.115. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, pp. 618-619. ; L P W van Vliet, *supra* note 16, pp. 69-70.

รวมกันในขณะที่ยังแยกเป็นวัสดุก่อสร้างอยู่ หากมีแยกส่วนที่รวมสภาพออกจากกัน ย่อมเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ทรัพย์สินแต่ละสิ่งที่มารวมสภาพกันอยู่ในตัว กับทั้งยังทำลายคุณค่าที่เพิ่มขึ้นมาจากการรวมสภาพไปด้วย การได้ทรัพย์สินส่วนของตนกลับคืนไปอาจเหลือคุณค่าอยู่เพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับคุณค่าที่เพิ่มมากขึ้นตราบเท่าที่ทรัพย์สินที่รวมกันนั้นคงสภาพอยู่ หลักกฎหมายเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยส่วนควบ (accession) จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายและการสูญเสียคุณค่าเช่นว่านี้ โดยกำหนดผลทางกฎหมายขึ้นมาว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รวมสภาพกันนั้นมีได้เพียงหนึ่งเดียว ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ซ้อนในทรัพย์สินที่รวมสภาพกันได้ การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจึงเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำนำหน้า เจ้าของทรัพย์สินเดิมไม่มีสิทธิ์ที่จะเรียกร้องเอาทรัพย์สินซึ่งถูกกลืนเป็นส่วนควบกลับไป ซึ่งผลดังกล่าวเป็นผลดีต่อสังคมโดยรวม เป็นการลดความเสี่ยงที่จะมีการสูญเสียคุณค่าเนื่องจากแยกทรัพย์สินออกจากกันโดยเปล่าประโยชน์¹⁸

เมื่อพิจารณาหน้าที่ในการป้องกันของหลักส่วนควบกับหลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าจะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายในปัจจุบัน ยังได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายโรมันเรื่อง *superficies solo cedit* ซึ่งให้ผลว่า ที่ดินเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินนั้นเสมอ สิ่งใดก็ตามที่ถูกนำมาก่อสร้างปลูกปักยึดติดไว้ย่อมถูกมองว่าเป็นเพียงส่วนที่สำคัญรองลงมาไม่ว่าสิ่งนั้นจะมีมูลค่ามากกว่ามูลค่าของที่ดินเปล่าๆก็ตาม¹⁹ เกิดผลทางกฎหมายคือเป็นทางที่เจ้าของที่ดินได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปักลงในที่ดิน และในขณะเดียวกันก็เป็นเหตุแห่งการระงับไปซึ่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินที่รวมสภาพกับที่ดิน ซึ่งผลดังกล่าวมีลักษณะเป็นขั้วกรรมสิทธิ์อันเป็นการป้องกันการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในขณะเดียวกันย่อมเป็นการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของทรัพย์สินที่ยึดติดเป็นส่วนควบกับที่ดินมิให้ถูกทำลาย

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ คือหลักการปกป้องบุคคลที่สาม (principle of protection of third parties) หลักการนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า สิ่งใดจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือส่วนควบหรือไม่ ควรเป็นสิ่งที่บุคคลภายนอกสามารถรับรู้ได้ด้วยตาเปล่าเห็นเป็นประจักษ์ (common opinion) ดังนั้น หากมีการซื้อขายที่ดินโดยมีโรงเรือนตั้งอยู่บนที่ดินด้วย ผู้ซื้อซึ่งเป็นบุคคลภายนอกควรมั่นใจได้ว่าจากลักษณะที่ปรากฏสู่ภายนอกโรงเรือนนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์และเป็นส่วนควบของที่ดินที่ตนจะได้ไป หลักการนี้จึงเป็นหลักการที่

¹⁸ Sofie Bouly, *supra* note 1, p. 115. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 618. ; L P W van Vliet, *supra* note 16, p 70.

¹⁹ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 67.

ปกป้องความคาดหวังอันชอบธรรม (justified expectations) ของบุคคลภายนอกที่หวังจะได้ส่วนควบของทรัพย์สินที่ดินซื้อ เพราะเหตุว่าเขาเห็นได้อย่างชัดเจนจากสภาพภายนอกว่าทรัพย์สินนั้นเป็นส่วนควบ กฎหมายจึงควรคุ้มครองความคาดหวังเช่นนี้ แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏว่าบุคคลภายนอกเข้าใจว่าตนจะได้ส่วนควบมาด้วยเจตนาสุจริตด้วย²⁰

เหตุผลที่หลักส่วนควบจะต้องปกป้องประโยชน์ของบุคคลที่สาม เนื่องมาจากลักษณะสำคัญประการหนึ่งของหลักส่วนควบคือการรวมสภาพ ซึ่งการรวมสภาพที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบนั้น ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับกันว่าต้องมีลักษณะที่เห็นเป็นประจักษ์ โดยเฉพาะการรวมสภาพของทรัพย์สินเข้ากับที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์จะมีผลเป็นพิเศษต่างจากการรวมสภาพของสังหาริมทรัพย์ด้วยกัน ผลประการแรก การรวมสภาพสังหาริมทรัพย์ใดเข้ากับที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์จะทำให้สังหาริมทรัพย์นั้นเปลี่ยนสถานะกลายเป็นอสังหาริมทรัพย์ ผลประการที่สองคือ การรวมสภาพสังหาริมทรัพย์เข้ากับที่ดินทำให้เจ้าของที่ดินได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่รวมสภาพเข้ากับที่ดินของตน กรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงครอบคลุมไปถึงสังหาริมทรัพย์ที่ติดกับที่ดินโดยที่ดินมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ครอบงำหน้าเสมอ ดังนั้น ระบบกฎหมายหลายๆ ระบบ จึงได้สร้างหลักการทางกฎหมายที่จะแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดิน เรียกว่าสิทธิเหนือพื้นดิน (superficies) โดยการแยกกรรมสิทธิ์ออกจากกันนี้ เป็นการยกเว้นผลทางกฎหมายประการที่สอง คือการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ (accession) แต่อย่างไรก็ตาม การดำรงคงอยู่ของสิทธิเหนือพื้นดินไม่สามารถเปลี่ยนแปลงผลของการรวมสภาพประการแรกได้ กล่าวคือโรงเรือนที่ติดกับที่ดินนั้นย่อมเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่นั่นเอง²¹ เมื่อการรวมสภาพก่อให้เกิดผลอย่างสำคัญถึงสองประการนี้เอง จึงต้องมีลักษณะที่ชัดเจนที่บุคคลภายนอกจะเห็นได้เป็นประจักษ์

จากที่ได้กล่าวถึงข้อความคิดและหลักการพื้นฐานของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวยังดำรงคงอยู่ตั้งแต่ในสมัยโรมันมาตราบจนกระทั่งในยุคปัจจุบัน แต่เนื่องจากสภาพการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมที่เปลี่ยนไปทำให้มีความต้องการใช้ที่ดินมากขึ้น แนวความคิดดั้งเดิมที่ว่าสิ่งใดที่ปลูกปกกลงในที่ดินย่อมเป็นของเจ้าของที่ดินนั้นจึงถูกตั้งคำถามว่ายังคงความศักดิ์สิทธิ์ในการใช้บังคับอยู่หรือไม่เพียงใด ซึ่งเหตุผลที่จะลดทอนหลักการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบนั้นมีได้หลายประการ เช่นความจำเป็นในการใช้ที่ดินเพื่ออยู่อาศัย อาจต้องมีการ

²⁰ Sofie Bouly, *supra note 1*, p. 115. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, p. 620. L P W van Vliet, *supra note 16*, pp. 67, 71-72.

²¹ Lars van Vliet, *supra note 1*, p. 619. ; L P W van Vliet, *supra note 16*, p. 70.

แบ่งสรรสิทธิในการใช้ที่ดินให้แก่บุคคลหลายราย เพื่อแก้ปัญหาการขาดแคลนที่ดินอันเนื่องมาจากประชากรที่เพิ่มขึ้นอย่างมากแต่ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีจำนวนมีน้อยราย หากไม่มีการกำหนดแบ่งสรรสิทธิในที่ดินให้เกิดมีขึ้น โอกาสที่บุคคลจะได้ใช้ที่ดินให้เกิดประโยชน์สูงสุดก็ลดลงไป การแบ่งสรรบันสิทธิในการใช้สอยที่ดินจึงมีลักษณะเป็นการให้บุคคลอื่นของจากเจ้าของที่ดินร่วมใช้ที่ดิน ในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดขอบเขตกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินมิให้คลุมไปถึงสิ่งที่บุคคลผู้มีสิทธิสร้างลงบนที่ดินนั้นด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ในการใช้สอยที่ดินได้ในความเป็นจริง อย่างไรก็ตาม การมีผลใช้บังคับของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบอาจมีความแตกต่างกันได้ในแต่ละประเทศ สิ่งหนึ่งที่เป็นปัจจัยของการพิจารณาความมีผลบังคับของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบที่ผู้เขียนมุ่งพิจารณาก็คือ การแบ่งสรรสิทธิในที่ดินโดยอาศัยเจตนาของบุคคล โดยจะพิจารณาว่าเจตนาในลักษณะใดมีผลต่อการสร้างสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ โดยจะพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ คือ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส มลรัฐหลุยเซียน่า และประเทศเยอรมนี

4.2 แนวคิดเรื่องบทบาทของเจตนาต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

เมื่อพิจารณาการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามนัยแห่งมาตรา 144 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งเป็นหลักทั่วไปจะพบว่า เป็นการกำหนดผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ของทรัพย์สิน มีลักษณะข้อเท็จจริงที่ว่าทรัพย์สินหนึ่งได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอีกทรัพย์สินหนึ่ง ในลักษณะที่มีการรวมสภาพเข้ากันจนถึงขนาดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญไม่ควรมีการแยกทำลายจากกัน กฎหมายจึงกำหนดผลให้กรรมสิทธิ์เป็นของเจ้าของทรัพย์สินที่มีลักษณะครอบงำหน้าทรัพย์สินอื่นๆ ที่มารวมสภาพ หรือเป็นเจ้าของรวมกันในบางกรณี โดยได้กำหนดข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบไว้ในมาตรา 145 และมาตรา 146 ข้อยกเว้นที่ผู้เขียนมุ่งพิจารณาคือข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 กรณีปลูกสร้างโดยมี “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” ซึ่งในระบบกฎหมายไทย ความเห็นส่วนใหญ่เห็นไปในทำนองที่ว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 นั้นเกิดขึ้นด้วยการแสดงเจตนาได้ โดยอาจเป็นการแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์เป็นนิติกรรมก่อสิทธิที่ชัดเจน หรือแม้กระทั่งการแสดงเจตนาให้ความยินยอมก็อาจก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 ได้ ผู้เขียนจึงเกิดความสนใจว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามกฎหมายต่างประเทศนั้น การแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าวมีผลอย่างไรต่อหลักส่วนควบ นอกจากนั้นผู้เขียนยังสนใจพิจารณาด้วยว่า ผลของหลักส่วนควบตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในเรื่องการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง และการขอใช้เยียวยาแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมมีลักษณะเป็นอย่างไร

ในส่วนของการพิจารณาผลของการแสดงเจตนาต่อการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ ผู้เขียนขอกล่าวในเบื้องต้นว่า ปัจจุบันระบบกฎหมายหลายประเทศยอมรับว่าเจตนามีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ แต่เจตนาในลักษณะใดที่สมควรยอมรับให้มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบยังมีความแตกต่างกันอยู่ โดยองค์ประกอบสำคัญที่เจตนาเข้าไปมีผลแทรกแซงการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบคือ การพิจารณาองค์ประกอบในส่วนของการรวมสภาพ ซึ่งโดยปกติแล้วการรวมสภาพนั้นสามารถพิจารณาได้จากสภาพภายนอกของทรัพย์สินนั่นเอง แต่ในปัจจุบัน เจตนาของคู่กรณีอาจมีผลเป็นการบั่นทอนทำลายผลของการรวมสภาพทางกายภาพนั้นได้ กล่าวคือ แม้มีการรวมสภาพเป็นที่เห็นประจักษ์ แต่อาจไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของทรัพย์สินตามหลักส่วนควบ กฎหมายบางประเทศยอมรับการผลของการแสดงเจตนาต่อหลักส่วนควบเฉพาะกรณีที่การแสดงเจตนาที่นั้นสอดคล้องกับปัจจัยทางภาวะวิสัย กฎหมายของบางประเทศยอมรับผลของการแสดงเจตนาต่อหลักส่วนควบแม้เป็นการแสดงเจตนาที่มีลักษณะแบบอัตวิสัย และกฎหมายของบางประเทศยอมรับผลของการแสดงเจตนาต่อหลักส่วนควบเฉพาะบางกรณีเท่านั้น

4.2.1 กฎหมายของประเทศที่พิจารณาความเป็นส่วนควบโดยอาศัยปัจจัยทางภาวะวิสัย: กฎหมายประเทศเนเธอร์แลนด์

กฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น มีความน่าสนใจที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับเพราะเหตุว่า เป็นตัวอย่างของการพิจารณาความเป็นส่วนควบโดยอาศัยปัจจัยทางภาวะวิสัยเป็นเครื่องบ่งชี้อย่างชัดเจน และมีการตีความบทบัญญัติว่าด้วยการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบค่อนข้างจะพิเศษกว่าประเทศอื่นๆ กล่าวคือมีทางที่จะได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบถึงสองทางด้วยกัน กล่าวคือโดยทางการเป็นส่วนควบของที่ดิน และโดยเหตุที่ทรัพย์สินนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์

4.2.1.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบกรณีสังหาริมทรัพย์รวมสภาพเข้ากับที่ดิน มีกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Article 3:3 Article 3:4 Article 5:3 และ Article 5:20 ของ Dutch Civil Code มีสาระสำคัญดังนี้

“Article 3:3 อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์

1. อสังหาริมทรัพย์ หมายถึงที่ดิน แร่ธาตุที่ยังมิได้ขุดแยกจากที่ดิน ต้นไม้ที่ปลูกบนที่ดิน โรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างที่ยึดติดกับที่ดินอย่างถาวร ไม่ว่าจะยึดติดกับที่ดินโดยตรงหรือโดยการเชื่อมต่อกับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆที่ยึดติดกับที่ดินนั้น

2. สंहาริมทรัพย์ คือ ทรัพย์อื่นที่มีใช้ส้งหาริมทรัพย์

Article 3:4 ส่วนควบ

1. คือบรรดาทรัพย์ซึ่งตามความเห็นของวิญญูชนเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์อีกสิ่งหนึ่ง ทรัพย์นั้นเป็นส่วนควบ

2. ทรัพย์ที่ติดเข้ากับทรัพย์ประธานในลักษณะที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อตัวทรัพย์นั้นเองและต่อทรัพย์ประธาน ทรัพย์นั้นเป็นส่วนควบของทรัพย์ประธาน

Article 5:3 การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ

ตราบเท่าที่ไม่มีบัพัญญูติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เจ้าของทรัพย์ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในบรรดาส่วนควบของทรัพย์นั้น

Article 5:20 ขอบเขตของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ตราบเท่าที่ไม่มีบัพัญญูติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นครอบคลุมบรรดาลิ่งเหล่านี้

.....

จ. โรงเรือนหรือสิ่งปลูกส้างที่ติดตริงตราอย่างถาวรบนที่ดิน ทั้งที่ติดกับที่ดินโดยตรงหรือโดยผ่านโรงเรือนหรือสิ่งปลูกส้างอื่นที่ติดบนที่ดินก่อนนั้น เว้นแต่จะเป็นส่วนควบกับอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น

.....”²²

²² Article 3:3 ‘Immovable’ and ‘movable’

1. ‘Immovable’ are the land, the not yet mined minerals, the plants connected with the land, and the buildings and constructions permanently attached to the land, either directly or through a connection with other buildings or constructions.

2. ‘Movable’ are all things that are not immovable.

Article 3:4 ‘Components’

1. All that, according to general accepted views (common opinion), forms a part of a thing, is a ‘component’ of that thing.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะเห็นได้ว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ โดยหลักส่วนควบกรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของ ประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น ได้รับข้อความคิดจากหลัก *superficies solo cedit* กล่าวคือเป็นการชี้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินให้ตกเป็นของเจ้าของที่ดิน เนื่องจากที่ดินมีสภาพธรรมชาติที่

2. A thing that is attached to another principal thing in such a way that it cannot be separated from it without causing meaningful damage to one of the things, becomes a component of the principle thing.

Article 5:3 Accession

As far as the law does not provide otherwise, the owner of a thing is the owner of all its components.

Article 5:20 Scope of the right of ownership of land

1. The ownership of land comprises, as far as the law does not provide otherwise:

- a. the topsoil;
- b. the layers of earth beneath the topsoil;
- c. the groundwater that comes to the surface naturally or through an installation;
- d. the water above the soil unless it has an open connection to water covering another's land;
- e. buildings and constructions permanently attached to the soil, either directly or through a connection with another building or construction, unless they are a component of someone else's immovable thing;
- f. plants (vegetation) and trees connected to the soil.

2. Contrary to paragraph 1, the ownership of a network, existing of one or more cables or pipelines which are used for transporting fixed, liquid or gaseous substances, energy or information, which are or will be installed in, on or above the land of others, belongs to the person who has lawfully installed them or to his legal successors.

สำคัญสามารถรองรับำนำหน้าทรัพย์สินอื่นๆ ที่มาปลูกปลงได้²³ การได้กรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวเกิดจากการที่ทรัพย์สินซึ่งแต่เดิมมีความเป็นอยู่ต่างหากจากกัน มีการรวมสภาพเข้ากัน เมื่อทรัพย์สินนั้นมีเจ้าของต่างรายกันย่อมเกิดความขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายจึงชี้กรรมสิทธิ์ลงไปว่าทรัพย์สินที่รวมสภาพเข้ากันนั้นจะเป็นของผู้ใด แต่การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินด้วยเหตุที่มีทรัพย์สินติดเข้ากับที่ดินของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น มีการปรับใช้กฎหมายไปในทางที่สามารถเกิดขึ้นได้สองทางด้วยกัน กล่าวคือเกิดขึ้นตาม Article 3:4 ประกอบ Article 5:3 ทางหนึ่ง และตาม Article 3:3 ประกอบ Article 5:20 อีกทางหนึ่ง

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบทางแรกคือ ตาม Article 3:4 ประกอบ Article 5:3 เป็นการได้กรรมสิทธิ์ตามความในนิยามของการเป็นส่วนควบและผลของส่วนควบโดยตรง เมื่อพิจารณาตาม Article 3:4 จะเห็นได้ว่าเป็นการถือเอาสภาพที่เห็นได้จากภายนอกเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นส่วนควบหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสองทางด้วยกัน ทางแรก เป็นการพิจารณาโดยอาศัยความเห็นของวิญญูชน (common opinion) ในการชี้ว่าทรัพย์สินใดเป็นส่วนควบหรือไม่ โดยพิจารณาจากสภาพภายนอกของทรัพย์สินนั้นเองว่าทรัพย์สินนั้นสามารถดำรงคงอยู่อย่างเอกสภาพ หรือเป็นเพียงส่วนที่ประกอบเข้าเป็นส่วนควบกับทรัพย์สินอื่น เช่น ตัวถังรถยนต์กับล้อ จากสภาพภายนอกวิญญูชนย่อมเห็นได้ว่าล้อเป็นเพียงส่วนควบของตัวถังรถยนต์สำหรับทางที่สอง ที่จะใช้ในการพิจารณาความเป็นส่วนควบของทรัพย์สินนั้นคือ การรวมสภาพนั้นไม่สามารถแยกจากตัวทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าได้นอกจากจะทำลายหรือก่อความเสียหายแก่ตัวทรัพย์สินนั้นเอง แนวทางที่สองนี้มีความสำคัญเมื่อความเห็นของวิญญูชนเพียงอย่างเดียวไม่สามารถชี้ได้ว่าทรัพย์สินที่ติดเข้ากับทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้านั้นเป็นส่วนควบ จึงพิจารณาจากความเสียหายจะที่เกิดขึ้นจากการแยกทรัพย์สินนั้นเองที่จะชี้ว่าสมควรเป็นส่วนควบของทรัพย์สินหรือไม่²⁴

²³ Sofie Bouly, *supra* note 9, pp. 30-31.

²⁴ Hendrik Goossens, “Legal System of Civil law in the Netherland : Acquisition of property rights”, Dutch Civil Law (DCL), Retrieved on July 12, 2018, from <http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem044.htm>. (การพิจารณาความเป็นส่วนควบตาม Article 3:4 ทั้งสองแนวทางไม่จำเป็นว่าจะต้องเกิดข้อเท็จจริงตาม ข้อ 1. และข้อ 2. พร้อมกันหรือเกิดตามลำดับกันไป ตัวอย่างเช่นหลังคาบ้าน แม้จะสามารถรื้อถอนออกไปจากบ้านได้โดยง่าย แต่ความเห็นของวิญญูชนย่อมเห็นได้ว่าหลังคานั้นเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของบ้าน หรือบางกรณีอาจเกิดข้อเท็จจริงต้องด้วยทั้งสองแนวทางก็ได้) ; Arthur F. Salomons, “National Report on the Transfer of Movables in The Netherlands” in National Reports on the Transfer

เมื่อพิจารณาการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่เปิดช่องให้การแสดงเจตนาของคู่กรณีที่มีบทบาทต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนควบ กล่าวคือ การพิจารณาว่าทรัพย์สินเป็นส่วนควบหรือไม่ กฎหมายมุ่งพิจารณาความเป็นจริงที่เกิดขึ้น (the factual situation) ว่าทรัพย์สินนั้นมีสภาพเป็นส่วนควบหรือไม่ และสภาพแห่งการเป็นส่วนควบดังกล่าว ไม่สามารถยกเว้นได้โดยการแสดงเจตนาเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณี²⁵

การได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบอีกทางหนึ่งคือ ตาม Article 3:3 ประกอบ Article 5:20 เป็นการได้มาอันเนื่องมาจากสภาพความเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่บนที่ดิน กรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงครอบคลุมไปถึงอสังหาริมทรัพย์เหล่านั้นด้วย สำหรับตัวอย่างการได้กรรมสิทธิ์ในกรณีนี้ ผู้เขียนขอยกข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาปี ค.ศ. 1997 ในคดี Portacabin ซึ่งถือได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก เกี่ยวกับประเด็นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบตาม Article 3:3 ประกอบ Article 5:20 และยังได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการพิจารณาการแสดงเจตนาของคู่สัญญาด้วยว่ามีผลอย่างไรต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักส่วนควบ²⁶

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาดังกล่าว เป็นกรณีที่นักธุรกิจคนหนึ่ง ต้องการขยายสำนักงาน จึงใช้ Portacabin มาสร้างต่อเติมติดกับอาคารเดิมที่ปลูกสร้างไว้แล้ว (Portacabin คือสิ่งปลูกสร้างขนาดเล็กที่ออกแบบให้สามารถเคลื่อนย้ายได้) โดยตัว Portacabin ติดอยู่ทั้งกับที่ดินและติดกับตัวสำนักงานอย่างแนบสนิท ลักษณะของการติดกับที่ดินเป็นการติดโดยใช้คอนกรีตเป็นฐานเชื่อมที่ดินกับ Portacabin นอกจากนั้นยังได้ทำการติดตั้งท่อระบายน้ำเสีย ท่อแก๊ส

of Movables in Europe Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia, ed. Wolfgang Faber / Brigitta Lurger. (Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011), p. 99. ; W.M. Kleyn, “The Law of property” in Introduction to Dutch law for Foreign lawyers, ed. D.C. Fokkema / J.M.J. Chorus / E.H. Hondius / E.Ch.Lisser (Deventer/The Netherlands : Kulwer, 1978), pp. 79-80.

²⁵ Hendrik Goossens, *supra* note 24.

²⁶ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 68. ; Ann Apers, “Party Autonomy in the Classification of Things ; Expansion of the Term ‘Immovable’” in Property Law Perspectives II , ed. Bram Akkermans , Ernst Marais and Eveline Ramaekers, (Cambridge, UK : Intersentia Publishing Ltd, 2014), pp 193-194. ; Ina Knobel, “Accession of movables to land, South African law and Dutch law”, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 45, Issue 1, p. 84 (March 2012).

ท่อประปา สายไฟฟ้าและสายโทรศัพท์ใน Portacabin กับทั้งมีการปลูกต้นไม้รายล้อมอาคารเดิมและ Portacabin ไว้ เมื่อพิจารณาด้วยสายตาเห็นได้ว่า Portacabin เป็นส่วนหนึ่งของอาคารเดิม ต่อมา ผู้สร้างได้จำนองที่ดินเป็นประกันหนี้กับธนาคาร ผลสุดท้ายที่ดินถูกยึดเพื่อบังคับชำระหนี้ ที่ดินจึงถูก ประมูลขายไปและธนาคารผู้รับจำนองได้ซื้อไว้เอง หลังจากนั้นผู้ตรวจภาษีได้ทำการบังคับขาย สหหาริมทรัพย์ทั้งหมดที่เป็นของผู้สร้างเพื่อชำระหนี้ภาษีอากรค้าง โดยผู้ตรวจภาษีได้ขาย Portacabin ไป เพราะเห็นว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ ต่อมา มีบุคคลภายนอกเข้าซื้อ Portacabin และรื้อ ถอนออกไปจากที่ดิน²⁷ กรณีดังกล่าวเกิดปัญหาโต้แย้งขึ้นว่า Portacabin มีสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ตาม Article 3:3 หากเป็นอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากลักษณะที่ติดตรึงตราถาวรแล้ว ย่อมมีลักษณะเป็นสิ่งที่ย่อมเป็นที่กรรมสิทธิ์ในที่ดินครอบคลุมไปถึงตามนัยแห่ง Article 5:20 เป็นการ ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามหลัก *superficies solo cedit* ประการหนึ่ง²⁸ ดังนั้นเมื่อมีการจำนอง ที่ดินทั้งแปลง สิทธิจำนองจึงครอบคลุมไปถึง Portacabin ตกเป็นวัตถุแห่งสิทธิจำนองด้วย แต่หากยังคง สภาพเป็นสังหาริมทรัพย์เนื่องจากเจตนาของผู้สร้างที่ไม่ประสงค์จะให้ติดตรึงตราถาวรกับที่ดินแล้ว ก็ จะไม่ตกเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่จะครอบคลุมไปถึงตามมาตรา 5:20 เมื่อไม่เป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน จึงไม่ตกอยู่ภายใต้สิทธิจำนอง

Dutch Supreme Court ได้วินิจฉัยว่า Portacabin เป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยพิจารณาตามนัยแห่ง Article 3:3 ซึ่งโรงเรือนจะกลายเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้เมื่อปรากฏว่า ลักษณะ (Character) และการก่อสร้าง (Construction) โรงเรือนบนที่ดินเป็นที่คาดหมายได้ว่าจะ ตั้งอยู่บนที่ดินนั้นเป็นการถาวร ทั้งๆ ที่ในทางเทคนิคแล้วมีความเป็นไปได้ที่จะเคลื่อนย้ายโรงเรือนไป ยังที่อื่น ซึ่งความคาดหมายได้นี้เป็นการคาดหมายได้จากความเห็นของวิญญูชน เจตนาของผู้สร้างจะมี บทบาทตราบเท่าที่เจตนาอันมีลักษณะเห็นได้โดยบุคคลทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเป็นการพิจารณาแบบ ภาวะวิสัยจากสภาพของทรัพย์นั่นเอง²⁹ ศาลไม่ได้ให้ความสำคัญกับเจตนาแบบอัตวิสัยของคู่กรณี แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ได้ถูกยืนยันอีกครั้งในคดี *Maritime Cargo Containers* ว่าเจตนาแบบอัต วิสัยไม่มีบทบาทใดๆ ต่อการเป็นอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 3:3 ซึ่งจะเป็นผลให้เกิดการได้กรรมสิทธิ์ ตามนัยแห่งมาตรา 5:20 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือเป็นกรณีที่มีการใช้ตู้คอน

²⁷ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 68.

²⁸ Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 621.

²⁹ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 69. ; Ina Knobel, *supra* note 26, p.84.

เทนเนอร์เพื่อเก็บรักษาสินค้าโดยมีการเชื่อมต่อสิ่งสาธารณูปโภคเข้าไปใช้ Dutch Supreme Court ตัดสินว่าผู้ดังกล่าวเป็นอสังหาริมทรัพย์โดยวางหลักในการพิจารณาไว้สี่ประการ³⁰ คือ

1. ทรัพย์ที่จะถูกพิจารณาว่าเชื่อมต่อกับที่ดินในสภาพติดตังตรงถาวรตาม มาตรา 3:3 นั้น ถ้ามีความมุ่งหมายโดยธรรมชาติ โดยหน้าที่ของมันเองให้ติดอยู่กับที่ และผู้สร้างมี เจตจำนงให้ตั้งอยู่อย่างถาวรแล้ว แม้ในความจริงอาจมีทางเคลื่อนย้ายออกไปได้ก็ไม่ใช่สิ่งที่ต้องนำมา พิจารณา

2. ในการตอบปัญหาที่ว่า โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นมีเจตจำนงให้ตั้งอยู่ อย่างถาวรหรือไม่ พิจารณาได้จากเจตจำนงของผู้สร้าง

3. เจตจำนงและความมุ่งหมายนั้น ต้องเป็นสิ่งที่เห็นได้จากภายนอก กล่าวคือเป็นที่วิญญูชนรับรู้ได้จากการพิจารณาภายนอก

4. ความเห็นของวิญญูชนนั้นแม้ไม่สามารถชี้ได้ว่าสิ่งใดเป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยธรรมชาติได้ แต่ก็ป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงสภาพการเชื่อมต่อรวมสภาพว่า อย่างไรจึงถือ ได้ว่าเป็นการรวมสภาพติดตังตรงถาวรแน่นอนถาวร

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ปลูกปักลงในที่ดิน ตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นเกิดขึ้นได้สองทาง ทางหนึ่งคือตาม Article 3:3 ประกอบ Article 5:20 อันกล่าวถึงขอบเขตของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ขยายไปถึงสิ่งที่ปลูกปักบนที่ดินได้ อีกทาง หนึ่งคือตาม Article 3:4 ประกอบ Article 5:3 ซึ่งเป็นเรื่องส่วนควบโดยตรง แต่ไม่ว่าพิจารณาตาม มาตราใดในกรณีของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่นก็เป็นการได้กรรมสิทธิ์ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานะของที่ดินตามหลัก *superficies solo cedit* ทั้งสิ้น³¹

4.2.1.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดย หลักส่วนควบของประเทศเนเธอร์แลนด์

ข้อยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้าง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ เกิดขึ้นได้โดย การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินขึ้น (a right of superficies) ก่อให้เกิดผลคือ ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่ง ปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่น สามารถใช้อำนาจอย่างผู้ทรงกรรมสิทธิ์เหนือโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตาม ความเป็นจริง แต่โดยนัยแห่งกฎหมายแล้ว การก่อสิทธิเหนือพื้นดินเป็นทางได้มาซึ่งข้อจำกัด

³⁰ Ann Apers, *supra* note 26, p. 193.

³¹ Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 625.

กรรมสิทธิ์ในที่ดิน (a limited property right vested on the land)³² ปรากฏใน Article 5 : 101 มีสาระสำคัญดังนี้

“ Article 5: 101 ความหมายของ "สิทธิเหนือพื้นดิน" และ "การเช่าที่ดิน"

1. สิทธิเหนือพื้นดินคือทรัพย์สินซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถมีหรือได้รับโรงเรือน สิ่งปลูกสร้างหรือพืช (สิ่งปลูกสร้าง) ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้

2. สิทธิเหนือพื้นดินอาจก่อตั้งขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น ทั้งอสังหาริมทรัพย์ที่ปลอดจากทรัพย์สินอื่น หรืออยู่ในบังคับของทรัพย์สินอื่น หรือตกอยู่ภายใต้สัญญาเช่า

3. อาจกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินต้องชำระค่าตอบแทนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ตกอยู่ในบังคับสิทธิเหนือพื้นดินได้ใน *The notarial deed* ก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน”³³

³² Hendrik Goossens, “Dutch Civil Law : Limited real right” Dutch Civil Law (DCL) Retrieved on July 12, 2018, from <http://www.dutchcivillaw.com/content/dutchcivillaw022.htm>. ; Arthur F. Salomons, *supra* note 24., pp. 105-106. (ตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ นอกจากกรณีสิทธิเหนือพื้นดินแล้วยังมีข้อยกเว้นหลัก *superficies solo cedit* อย่างอื่นอีก เช่นกรณีตาม Article 5:20 ข้อ E ตอนท้าย ซึ่งเป็นกรณีของโรงเรือนรुक้า หรือข้อยกเว้นตามกฎหมายพิเศษเช่นข้อยกเว้นในเรื่อง Apartment right หากคู่กรณีต้องการยกเว้นผลของหลักส่วนควบก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ดังนั้นลำพังแต่แสดงเจตนาระหว่างกันย่อมไม่เป็นผลให้ยกเว้นหลักส่วนควบได้ โปรดดู : Hendrik Ploeger, Aart van Velten and Jaap Zevenberger, Real Property Law and Procedure in the European Union : Report for the Netherlands (The European University Institute (EUI), January 15,2005), pp. 4-5.)

³³ Article 5:101 Definition of ‘right of superficies’ and ‘ground rent’

1. A right of superficies is a real property right which enables its proprietor - the ‘superficiary’ - to have or acquire for himself buildings, constructions or plants (vegetation) in, on or above an immovable thing owned by someone else.

2. The right of superficies may be established on someone else's immovable thing independent or dependent from another real property right or from a right of (farm) lease on that immovable thing.

การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นกรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินมอบสิทธิในการที่จะมีหรือได้รับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินให้แก่บุคคลอื่น ถือได้ว่าเป็นการมอบสิทธิในการใช้สอยที่ดินอย่างหนึ่งที่แยกตัวออกมาจากอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน เมื่อพิจารณาจากความใน Article 5: 101 จะเห็นได้ว่าเป็นการมอบสิทธิในการใช้ที่ดินให้มีผลอย่างเป็นทรัพย์สิน (real effect) และมีจุดมุ่งหมายพิเศษที่จะยกเว้นหลัก *superficies solo cedit* การมอบสิทธิโดยการสร้างสิทธิเหนือพื้นดินนี้ ต่างกับการมอบสิทธิในการใช้ที่ดินในอีกรูปแบบหนึ่ง คือกรณีที่ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในที่ดินมอบสิทธิในการใช้ที่ดินให้กับผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์ในที่ดินโดยทำเป็นข้อสัญญา (agreement) ระหว่างกัน ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิทางหนึ่งระหว่างเจ้าของที่ดินกับคู่สัญญาในการที่จะใช้สอยที่ดินตามข้อสัญญาที่ตกลงกันเท่านั้น ไม่เกิดผลทางทรัพย์สินที่จะใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้และไม่อาจเกิดผลในการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินเพราะเหตุว่า เป็นเพียงข้อตกลงในการมอบสิทธิการใช้ที่ดินของคู่สัญญาเท่านั้นมิได้ก่อสิทธิเหนือพื้นดินขึ้น เนื่องจากสิทธิเหนือพื้นดินเป็นทรัพย์สินที่มีผลใช้ยื่นได้ต่อบุคคลทั่วไป กฎหมายจึงจำกัดเนื้อหาของสิทธิและต้องมีแบบพิธีในการก่อสิทธิดังกล่าว³⁴ การก่อทรัพย์สินที่ต้องทำตามแบบพิธีนี้เรียกว่า “Closed System of Real Rights”³⁵

การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ต้องมีการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดิน เพื่อเป็นการประกาศการทรงทรัพย์สินดังกล่าวแก่บุคคลภายนอก โดยทำการก่อสิทธิเหนือพื้นดินในรูปของหนังสือ notarial deed และต้องมีการจดทะเบียนด้วย เมื่อมีการทำตามแบบพิธีดังกล่าวครบถ้วนถูกต้องแล้วจึงจะเกิดผลให้ผู้ทรงสิทธิสามารถมีหรือเป็นเจ้าของ

3. The notarial deed by which a right of superficies has been established may impose an obligation upon the superficiary to pay a sum of money - the ‘ground rent’ - at regular or irregular intervals to the owner of the encumbered immovable thing.

³⁴ Hendrik Goossens, *supra* note 32. ; W.M. Kleyn, *supra* note 24, pp. 73-74, 100.

³⁵ *Ibid.* : (เหตุที่เรียกว่า Closed System เพราะการก่อทรัพย์สินถูกจำกัดชนิดและเนื้อหาของสิทธิไว้โดยกฎหมาย บุคคลใดต้องการสิทธิการใช้ (the right to use) ที่มีผลทางทรัพย์สิน (real effect) สามารถเลือกก่อตั้งได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากใช้สัญญาในการก่อตั้งสิทธิการใช้กันเองระหว่างคู่กรณี ก็มีผลได้ในฐานะความผูกพันทางหนี้ เรียกว่า “Open System of Obligation”)

โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นได้ การเกิดผลสมบูรณ์เป็นทรัพย์สินเมื่อจดทะเบียนนี้ เรียกว่า constitutive effect³⁶

สิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประเทศอื่นๆ คือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในบังคับแห่งสิทธิเหนือพื้นดินนั้น โดยนัยแห่งกฎหมายแล้ว โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของเจ้าของที่ดินอยู่ ผู้ทรงสิทธิมิใช่ผู้ที่ได้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างแยกออกไปอย่างเด็ดขาด เพียงแต่ได้ไปซึ่งข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น เพราะเหตุว่า ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์มองว่าตราบใดที่โรงเรือนยังเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน ตราบนั้นยังไม่มีกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นใหม่อย่างเป็นเอกเทศในโรงเรือนนั้น กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังคงเป็นอันหนึ่งอันเดียวครอบคลุมไปถึงส่วนควบของที่ดิน แต่ข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ดังกล่าวให้อำนาจแก่ผู้ทรงเสมือนว่าเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจึงเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในความเป็นจริง เนื่องจากข้อจำกัดกรรมสิทธิ์นี้เป็นทรัพย์สินที่ใช้อย่างได้แม้แต่เจ้าของที่ดิน สิทธิเหนือพื้นดินอาจจะดำรงคงอยู่อย่างเป็นเอกเทศ หรืออาจถูกผูกติดไว้กับทรัพย์สิน หรือสิทธิในการใช้ที่ดินอื่นๆ ตามนัยแห่ง Article 5:101 (2) ก็ได้ เช่นในสัญญาเช่าที่คู่สัญญาตกลงก่อสิทธิเหนือพื้นดินให้ผู้เช่าปลูกสร้างโรงเรือนลงในที่ดินได้ในระหว่างสัญญาเช่า สิทธิเหนือพื้นดินดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ทรงสิทธิมั่นใจได้ว่าเมื่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นสุดลงแล้ว เขาสามารถรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ทำลงออกไปได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างให้แก่เจ้าของที่ดิน ทั้งนี้ตามนัยแห่ง Article 5:105³⁷

³⁶ Hendrik Goossens, *supra* note 24. ; Hendrik Ploeger, Aart van Velten and Jaap Zevenberger, Real Property Law and Procedure in the European Union : Report for the Netherlands (The European University Institute (EUI), January 15,2005), p.15. ; European University Institute (EUI), Real Property Law and Procedure in the European Union : General Report Final Version (The European University Institute (EUI), May 15, 2005), p. 33.

³⁷ Hendrik Goossens, *supra* note 32. and Article 5:105 Effects of the ending of a right of superficies

1. When the right of superficies ends, the ownership of the buildings, constructions and plants (vegetation) will by operation of law belong to the owner of the immovable thing that was encumbered with that right of superficies.

4.2.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศเนเธอร์แลนด์

เมื่อได้พิจารณาการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักส่วนควบแล้ว ย่อมมีประเด็นให้พิจารณาต่อไปด้วยว่า เมื่อทรัพย์สินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินจะมีการปฏิบัติอย่างไรต่อทรัพย์สินนั้น และจะต้องมีการชดเชยค่าทดแทนทรัพย์สินที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินอย่างไร จากการพิจารณาบทบัญญัติของ Dutch Civil Code พบว่าการชดเชยค่าทดแทนการสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกเป็นส่วนควบของเนเธอร์แลนด์ตั้งอยู่บนฐานของหลักกฎหมายในเรื่องลางมิควรได้ แม้ว่าการสูญเสียกรรมสิทธิ์ไปจะเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย แต่ก็ยังพิจารณาได้ว่าก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของทรัพย์สิน³⁸ จึงมีการชดเชยเยียวยาเกิดขึ้นปรากฏใน Article 3:120 3:121 และ Article 3:123 พิจารณาได้ดังนี้

การชดเชยค่าทดแทนกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบ ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเรื่องการคืนการครอบครอง โดยผู้เข้าไปปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ถือได้ว่าเป็นผู้ครอบครองที่ดินอยู่ในตัวตามนัยแห่ง Article 3:107 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ครอบครองมีอำนาจเหนือทรัพย์สินยึดถือทรัพย์สินไว้เพื่อประโยชน์ของตน³⁹ เมื่อเจ้าของที่ดินใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์เรียกคืนที่ดินผู้ครอบครองจะมีสิทธิหน้าที่ประการใดบ้างขึ้นอยู่กับความสุจริต การพิจารณาความสุจริตของผู้ครอบครองปรากฏใน Article 3:11 ประกอบ Article 3:118⁴⁰ ผู้ครอบครองโดย

2. As far as the notarial deed by which the right of superficies was established does not provide otherwise, the superficiary is, at the end of his limited property right, entitled to remove the buildings, constructions and plants (vegetation) that have been placed voluntarily on the encumbered immovable thing by himself or his predecessor or that have been taken over by him or his predecessors from the owner of the immovable thing non-gratuitously, provided that the encumbered immovable thing is restored to its original conditions.

3. Articles 5:99 and 5:100 apply accordingly, on the understanding that the superficiary only has a right of retention over the buildings, constructions and plants (vegetation).

³⁸ Arthur F. Salomons, *supra* note 24, p. 29.

³⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁰ Article 3:11 ‘Good faith’

สุจริตคือ ผู้ที่ขณะเข้าครอบครองทรัพย์สินเชื่อหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าตนมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น กล่าวคือ ไม่รู้ถึงข้อบกพร่องแห่งสิทธิที่มีอยู่ในขณะที่ตนเข้าครอบครอง ในทางตรงกันข้าม หากผู้ครอบครองรู้หรือควรรู้ถึงข้อบกพร่องดังกล่าวก็จะตกอยู่ในสถานะไม่สุจริตนับแต่นั้น⁴¹ เช่นกรณีสัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ แต่ผู้ครอบครองไม่รู้ถึงเหตุดังกล่าวเข้าครอบครองโดยเชื่อว่าเป็นที่ดินของตน ผู้ครอบครองในกรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริต

การคืนทรัพย์สินให้ผู้ครอบครองโดยสุจริตปรากฏใน Article 3:120⁴² มีสาระสำคัญว่า ผู้ครอบครองโดยสุจริตมีสิทธิในดอกผลธรรมดาและดอกผลดินนัยที่ตกได้แก่ตนแล้ว

A person has not acted in ‘good faith’ as a condition for a certain legal effect if he knew or in the circumstances reasonably ought to have known the facts or rights from which his good faith depends. The impossibility to conduct an inquiry does not prevent that a person, who had good reason to doubt, is regarded as someone who ought to have known the relevant facts or rights

Article 3:118 Possession in good faith

1. A possessor is in good faith when, at the moment on which he acquired his possession, he regarded himself as proprietor of the involved asset and reasonably could have regarded himself as such.

2. Once a possessor is in good faith, he is deemed to stay in good faith [irrespective of the knowledge he gains afterwards].

3. Good faith is presumed to be present; the absence of good faith has to be proven.

⁴¹ Arthur F. Salomons, *supra* note 24, p. 35.

⁴² Article 3:120 Possession in good faith (fruits, costs, damage and possessory lien)

1. The separated natural fruits and the due and payable civil fruits belong to the possessor who possesses the fruit bearing asset in good faith.

2. The proprietor of an asset, who claims its return from a possessor in good faith or who has received it back from such a possessor, must pay a compensation to him for the costs that the possessor has made with regard to that asset and for the damage for which the possessor is liable towards third persons

และหากผู้ครอบครองโดยสุจริตได้เสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นไป เจ้าของที่ดินมีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายนั้นแก่ผู้ครอบครอง トラバใดที่ผู้ครอบครองยังมิได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เสียไปและเขายังได้รับประโยชน์จากดอกผลอันเนื่องมาจากการครอบครอง ศาลอาจลดค่าชดเชยลงได้ถ้าการชดเชยเต็มจำนวนจะสร้างความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของทรัพย์สิน ความสุจริตของผู้ครอบครองตามมาตรานี้จะสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าของทรัพย์สินได้ใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน ภายหลังแต่นั้นผู้ครอบครองจะตกอยู่ในฐานะไม่สุจริต⁴³

การคืนทรัพย์สินกรณีผู้ครอบครองโดยไม่สุจริตปรากฏใน Article 3:121⁴⁴ มีสาระสำคัญว่า ผู้ครอบครองโดยไม่สุจริตต้องส่งมอบดอกผลธรรมดาและดอกผลดินนัยที่ตกได้แก่ตน

under Title 6.3 of the Civil Code on account of his possession of the asset, insofar the possessor is not yet compensated for these costs or liabilities through the meanwhile obtained fruits of the asset or through other advantages enjoyed by him on the basis of his possession. The court may limit the chargeable compensation if a full compensation would lead to an unreasonable advantage for the possessor towards the proprietor.

3. As long as the chargeable compensation meant in the previous paragraph has not been paid, the possessor in good faith may withhold compliance with his obligation to hand over the asset to the proprietor.

4. The provisions of the present Article apply as well to a person who believes and reasonably could have believed that he has lawfully acquired possession of the involved asset, even though he knows that the operations and formalities, necessary for the legal delivery of the presumed property right, have not taken place.

⁴³ Arthur F. Salomons, *supra* note 24, p. 141.

⁴⁴ Article 3:121 Possession not in good faith (fruits, costs and damage)

1. A possessor who is not in good faith is towards the proprietor not only obliged to return the asset itself, but also to hand over the separated natural fruits and the due and payable civil fruits, without prejudice to his liability on the basis of Title 6.3 of the Civil Code for damage suffered by the proprietor.

ในขณะที่ครอบครองทรัพย์สินแก่เจ้าของ สำหรับค่าใช้จ่ายที่ผู้ครอบครองโดยไม่สุจริตได้จ่ายไปนั้นจะเรียกคืนได้เท่าใดจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในเรื่องลามิควรได้⁴⁵ กล่าวคือหากค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปนั้นมีมูลค่าลดลงโดยมิใช่ความผิดของเจ้าของที่ดิน หรือการลดลงนั้นมีได้เกิดขึ้นในขณะที่เจ้าของที่ดินทราบถึงการมีหนี้ที่จะต้องคืนค่าใช้จ่าย ผู้ครอบครองโดยไม่สุจริตจะต้องรับผลร้ายที่เกิดขึ้นคือไม่ได้รับค่าทดแทนเต็มจำนวนที่จ่ายไป⁴⁶

ค่าใช้จ่ายที่ผู้ครอบครองมีสิทธิได้รับคืนจากเจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Article 3:120 และ 3:121 คือค่าใช้จ่ายที่ผู้ครอบครองได้จ่ายไปจริง โดยไม่ได้จำกัดว่าค่าใช้จ่ายที่จะ

2. The possessor, meant in the previous paragraph, is towards the proprietor only entitled to claim a compensation for the costs made on behalf of the asset or the collection of its fruits, as far as he could claim such a compensation on the basis of the statutory provisions for an unjustified enrichment.

3. The provisions of the present Article also apply to a possessor in good faith as from the moment on which the proprietor has invoked his right against him.

⁴⁵ Arthur F. Salomons, *supra* note 24, p. 141.

⁴⁶ Article 6:212 Requirements for an unjustified enrichment

1. A person who has been unjustifiably enriched at the expense of another person, has the obligation towards that other person to repair the damage up to the amount of his enrichment, as far as this is reasonable.

2. As far as the enrichment has been decreased as a result of an event which cannot be attributed to the enriched person, this decrease will not be taken into consideration in determining the size or amount of the enrichment that has to be repaired.

3. Where the enrichment has been decreased during a period in which the enriched person reasonably should not have been aware of the existence of an obligation to repair the damage, this decrease is not attributable to him. In determining this decrease the expenditures which the enriched person would not have made if there would not have been an enrichment, are taken into account as well.

เรียกคืนได้นั้นจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายอย่างไรก็ดี ดังนั้นค่าใช้จ่ายเพื่อการบำรุงรักษาทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการตกแต่ง หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดที่ผู้ครอบครองได้จ่ายไปจริง ผู้ครอบครองมีสิทธิเรียกคืนจากเจ้าของที่ดินได้ทั้งสิ้น โดยไม่คำนึงว่าค่าใช้จ่ายนั้นจะเพิ่มมูลค่าให้แก่ที่ดินหรือไม่ แต่หากปรากฏว่าค่าใช้จ่ายที่ผู้ครอบครองจ่ายไปนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดมูลค่าที่เพิ่มขึ้นแก่ที่ดิน ศาลอาจสั่งให้ลดจำนวนค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายคืนแก่ผู้ครอบครอง⁴⁷

นอกจากการชดเชยค่าใช้จ่ายตาม Article 3:120 และ 3:121 แล้ว เจ้าของที่ดินอาจเลือกที่จะโอนทรัพย์สินของตนแทนการชดเชยค่าใช้จ่ายตามนัยแห่ง Article 3:122 :ซึ่งทำให้ผู้ครอบครองเข้ามามีส่วนเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้น นอกจากนั้นผู้ครอบครองที่ได้สร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อาจเลือกที่จะรื้อถอนสิ่งที่ตนปลูกปลงไว้ในที่ดินแทนการเรียกร้องค่าใช้จ่ายตามนัยแห่ง Article 3: 123 โดยส่งมอบที่ดินคืนแก่เจ้าของในสภาพเดิม⁴⁸ และไม่ว่าผู้ครอบครองจะอยู่ในสถานะสุจริตหรือไม่ ก็มีสิทธิในการรื้อถอน (*ius tollendi*) โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างแทนการเรียกร้องค่าใช้จ่าย

4.2.2 กฎหมายของประเทศที่ยอมรับผลของการแสดงเจตนาที่มีลักษณะแบบอัตวิสัย : กฎหมายประเทศฝรั่งเศส และกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า

กฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนของประเทศฝรั่งเศสมีความน่าสนใจที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบ เพราะเหตุว่า ในขั้นตอนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น กรรมการผู้ร่างประมวลกฎหมายมีนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสหลายท่านด้วยกัน กับทั้งยังมีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องส่วนของฝรั่งเศสมาพิจารณาในการร่างด้วย การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงมีประโยชน์อย่างมากในการศึกษา

⁴⁷ Arthur F. Salomons, *supra* note 24, p. 144.

⁴⁸ Article 3:123 Right of the possessor to remove changes or additives he introduced to the asset

A possessor who has introduced certain changes or additives to the thing he possessed, may – instead of claiming a compensation as meant in Articles 3:120 and 3:121 - remove these changes or additives, provided that he restores the thing in its original condition.

4.2.2.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ ของประเทศฝรั่งเศส

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีสังหาริมทรัพย์รวมสภาพเข้ากับที่ดิน มีกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Art. 546 Art. 551 Art. 552 และ Art. 553 French Civil Code มีสาระสำคัญดังนี้

“Art. 546 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ ให้สิทธิเหนือทุกสิ่งซึ่งเป็นผลผลิต หรือเหนือสิ่งใดๆที่รวมสภาพเข้ากับทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าการรวมนั้นจะเป็นการรวมโดยธรรมชาติหรือโดยฝีมือของมนุษย์

สิทธิในผลผลิตหรือสิ่งใดๆที่รวมเข้ากับทรัพย์สินนั้น เรียกว่าสิทธิในส่วนควบ

Art. 551 ทุกสิ่งซึ่งเป็นหนึ่งเดียวกับ หรือรวมเข้ากับทรัพย์สินประธาน ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินประธาน โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

Art. 552 กรรมสิทธิ์ในที่ดินครอบคลุมรวมไปถึงกรรมสิทธิ์ในบรรดาสิ่งที่อยู่บนและใต้ที่ดิน เจ้าของที่ดินย่อมทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นบนที่ดินของตนได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องการระจำยอมหรือ Land Services

เจ้าของที่ดินย่อมปลูกสร้างบรรดาสิ่งปลูกสร้าง และขุดเจาะที่ดินของตนได้ตามประสงค์ และสามารถเก็บเอาสิ่งที่ค้นพบจากการขุดเจาะได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับเหมืองแร่ ข้อบังคับของตำรวจ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

Art. 553 บรรดาสิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก การงานที่ทำบน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพื้นดิน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าได้กระทำลงโดยเจ้าของที่ดิน โดยค่าใช้จ่ายของเจ้าของที่ดิน และตกเป็นของเจ้าของที่ดิน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่มิห้องใต้ดินอยู่ภายใต้อาคารของผู้อื่น หรือในส่วนหนึ่งส่วนใดในอาคารของผู้อื่น หากไม่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่กรรมสิทธิ์ในอาคาร บุคคลอื่นอาจเป็นเจ้าของห้องนั้นได้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย”⁴⁹

⁴⁹ Art. 546 Ownership of a thing, either movable or immovable, gives a right to everything it produces and to what is accessorially united to it, either naturally or artificially.

That right is called right of accession.

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะเห็นว่า Art. 546 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินว่า สามารถครอบไปถึงดอกผลของทรัพย์สินและสิ่งที่มารวมสภาพเข้ากับทรัพย์สินของตน ไม่ว่าดอกผลหรือการรวมสภาพนั้นจะเกิดเองตามธรรมชาติหรือโดยฝีมือของมนุษย์ก็ตาม โดยมี Art. 551 Art. 552 และ Art. 553 บัญญัติถึงรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มารวมสภาพกันว่าผู้ใดจะเป็นเจ้าของ ซึ่งการได้กรรมสิทธิ์กรณีดังกล่าวเรียกว่าการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ (Right of Accession)

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีที่สังหาริมทรัพย์ถูกปลูกปักเข้ากับที่ดินเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการรวมสภาพที่เรียกว่า *incorporation* ซึ่งในกรณีการรวมสภาพของสังหาริมทรัพย์เข้ากับที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์อื่น โดยหลักแล้วต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินแต่เดิมมีสภาพความเป็นอยู่ต่างหากจากกัน ต่อมามีการรวมสภาพเข้ากันในลักษณะที่ไม่สามารถแยกออก

Art. 551 Everything which unites and incorporates itself with a thing belongs to the owner, according to the rules hereafter laid down.

Art. 552

Ownership of the ground involves ownership of what is above and below it. An owner may make above all the plantings and constructions which he deems proper, unless otherwise provided for in the Title Of Servitudes or Land Services.

He may make below all constructions and excavations which he deems proper and draw from these excavations all the products which they can give, subject to the limitations resulting from statutes and regulations relating to mines and from police statutes and regulations.

Art. 553

All constructions, plantings and works on or inside a piece of land are presumed made by the owner, at his expenses and belonging to him, unless the contrary is proved; without prejudice to the ownership, either of an underground gallery under a building of another, or of any other part of the building, which a third party may have acquired or may acquire by prescription.

จากกันได้โดยปราศจากความเสียหายทั้งแก่ตัวสังหาริมทรัพย์ที่ติดนั้นเองหรือแก่ตัวอสังหาริมทรัพย์⁵⁰ โดยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะตกเป็นของเจ้าของทรัพย์ที่มีลักษณะครอบงำนำหน้าทรัพย์อื่นๆ ที่มารวมสภาพ ในกรณีของที่ดินนั้น ที่ดินจะถูกพิจารณาว่าเป็นทรัพย์ที่ครอบงำนำหน้าทรัพย์อื่นๆ ที่มาปลูกปักบนที่ดินเสมอตามหลัก *superficies solo cedit* ดังนั้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าเกิดความขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับทรัพย์ที่มารวมสภาพเข้ากันกับที่ดิน เช่นกรณีเจ้าของที่ดินใช้ทรัพย์ของผู้อื่นมาปลูกสร้างบนที่ดินของตน หรือกรณีบุคคลอื่นปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยมิชอบ การได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบก็จะเข้ามาแก้ปัญหาความขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ดังกล่าว⁵¹

ปัจจุบันการพิจารณาลักษณะของการรวมสภาพของทรัพย์ที่ก่อให้เกิดการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ กรณีสังหาริมทรัพย์ติดเข้ากับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นของฝรั่งเศส ตั้งอยู่บนหลักการสองประการด้วยกันคือ หลักประการแรกคือหลักการรวมสภาพอย่างแน่นหนา ในทางกายภาพ (physical criterion of removal causing damage) ซึ่งมีลักษณะการรวมสภาพ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นและ หลักความไม่สมบูรณ์ (criterion of incompleteness) หลักความไม่สมบูรณ์นั้นให้หลักในการพิจารณาว่า การได้กรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบอาจเกิดขึ้นได้แม้การแยกทรัพย์ออกจากกันจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังเช่นในกรณีของวัสดุก่อสร้างประเภทหลังคา หรือ ประตูบ้าน ซึ่งโดยลำพังตัวมันเองย่อมเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่วัสดุเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นต่อความเป็นบ้านโดยธรรมชาติ ดังนั้นเจ้าของบ้านจึงควรได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์เหล่านี้ไป เพราะเหตุว่าหลังคา หรือ ประตูของบ้านย่อมทำให้บ้านมีสภาพเป็นบ้านโดยสมบูรณ์ หากขาดไปบ้านจะไม่สมบูรณ์เป็นบ้าน ดังนั้น หลังคา ประตู จึงอาจถือได้ว่าเป็นส่วนควบของบ้านถึงแม้ว่าจะไม่มีการรวมสภาพกับบ้านอย่างแน่นหนา และการแยกหลังคาหรือประตูออกจากตัวบ้านจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายเลยก็ตาม แต่หากปรากฏว่าสังหาริมทรัพย์ใดไม่มีความจำเป็นต่อความสมบูรณ์ของบ้าน การจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบก็ต้องพิจารณาตามหลักการแรก คือต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าสิ่งนั้นรวมสภาพอย่างแน่นหนาจนถึงขนาดที่จะเกิดความเสียหายเมื่อแยกทรัพย์ออกจากกัน⁵²

⁵⁰ L P W van Vliet, “Accession of Movable to Land : II”, *Edinburgh Law Review*, Vol. 6, Issue 2, p. 199 (January 2002). ; Sofie Bouly, *supra note 1* , p. 112. ; Sofie Bouly, *supra note 9*, p. 31.

⁵¹ Sofie Bouly, *supra note 9*, p. 31.

⁵² L P W van Vliet, *supra note 50*, p. 200. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, p. 651.

จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วการรวมสภาพของทรัพย์สินถึงขนาดไม่สามารถแยกจากกันได้โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายยังคงเป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาถึงการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ส่วนหลักความไม่สมบูรณ์นั้นเมื่อพิจารณาต่อไปจะเห็นได้ว่า มีลักษณะทำนองเดียวกับการพิจารณาความเป็นส่วนควบโดยอาศัยความเห็นของวิญญูชน (common opinion) ตาม Article 3:4 ของกฎหมายเนเธอร์แลนด์⁵³ กล่าวคือการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์สำคัญในความเป็นอยู่อย่างสมบูรณ์ของทรัพย์สินนั้น จำเป็นอยู่เองที่ต้องอาศัยความเห็นของวิญญูชนในการพิจารณาว่า โดยทั่วไปแล้วสิ่งนั้นเป็นสิ่งสำคัญในความเป็นอยู่หรือไม่ เช่นกรณีของประตูบ้าน วิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสาระสำคัญของความเป็นบ้าน เพราะเป็นสิ่งจำเป็นต่อหน้าที่ของบ้านในการใช้เป็นที่อยู่อาศัยกันแดดกันฝน แต่หากเป็นกรณีของสรวายน้ำสร้างลงในที่ดินข้างบ้าน วิญญูชนย่อมเห็นได้ว่าสรวายนั้นไม่จำเป็นต่อการทำให้บ้านหรือที่ดินนั้นทำหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์ จะเห็นได้ว่า ความเห็นของวิญญูชนที่เห็นว่าสิ่งใดเป็นส่วนควบของทรัพย์สินหรือไม่ ขึ้นอยู่กับหน้าที่ของทรัพย์สินนั้นต่อทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าว่ามีลักษณะเติมเต็มหน้าที่หรือเติมเต็มความสมบูรณ์ของทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าหรือไม่⁵⁴

เมื่อพิจารณา Art. 552 และ Art. 553 ของ Civil Code จะพบว่า ทั้งสองมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักการในเรื่อง *superficies solo cedit* ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบกรณีมีการปลูกปลูกสิ่งหรือทรัพย์สินลงบนที่ดิน⁵⁵ แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีผลเป็นการตัดขาดในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เพราะเหตุว่าเมื่อพิจารณาความใน Art. 551 ประกอบเข้ากับความใน Art. 552 แม้กฎหมายจะบัญญัติไว้ว่ากรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินสามารถครอบคลุมไปถึงบรรดาทรัพย์สินที่มาปลูกปลูกลงบนหรือใต้ที่ดินได้ แต่เมื่อพิจารณาความใน Art. 553 ด้วยจะพบว่าหลักการใน Art. 551 และ Art. 552 นั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นเพียงข้อสันนิษฐานถึงอำนาจของกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินซึ่งมีอยู่ด้วยกันสามประการด้วยกัน⁵⁶ ประการแรกกฎหมายสันนิษฐานว่าบรรดาสิ่งปลูกสร้างบนและใต้พื้นดินนั้นสร้างขึ้นโดยเจ้าของที่ดิน ประการต่อมาคือสิ่งปลูกสร้างนั้นทำโดยอาศัยค่าใช้จ่ายของเจ้าของที่ดิน และประการ

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Sofie Bouly, *supra* note 9, p. 31.

⁵⁵ *Ibid.*, p.28.

⁵⁶ Sofie Bouly, *supra* note 9, p.29.; Marcel Planiol & George Ripert, *Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2*, 12 ed. (Louisiana State Law Institute : 1959), p. 609.

สุดท้ายคือให้สันนิษฐานว่าบรรดาสິงปลูกสร้างเหล่านั้นเป็นของเจ้าของที่ดิน ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวย่อมถูกหักล้างได้

4.2.2.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดย หลักส่วนควบของประเทศฝรั่งเศส

ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น เมื่อพิจารณา Art. 553 จะเห็นได้ว่าหลัก *superficies solo cedit* ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถูกลดระดับความสำคัญลงเป็นเพียงข้อสันนิษฐานตามกฎหมายซึ่งสามารถพิสูจน์หักล้างได้ บทบัญญัติใน Art. 553 จึงเปิดช่องให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามารถนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว กล่าวคือเป็นการนำสืบถึงการมีอยู่ของสิทธิเหนือพื้นดิน (right of superficies) โดยการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสสามารถก่อให้เกิดขึ้นได้โดยสัญญาระหว่างคู่กรณี แม้ไม่มีการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินก็ถูกก่อตั้งขึ้นได้ จึงเห็นได้ว่า ลำพังแต่การแสดงเจตนาของคู่กรณีก็สามารถยกเว้นข้อสันนิษฐานเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้⁵⁷ สำหรับการพิจารณาว่าเจตนาในลักษณะใดบ้างจะมีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายหลักส่วนควบสามารถพิจารณาได้จากแนวการวินิจฉัยของศาลสูงฝรั่งเศส (The Cour de Cassation) ในคำวินิจฉัยคดี David v Ruhl ปี ค.ศ. 1970 มีสาระสำคัญว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบไม่ใช่บทบังคับเด็ดขาด (*ius cogens*) คู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามารถแสดงเจตนาที่จะเลื่อนการเกิดผลออกไปหรือแม้กระทั่งยกเว้นมิให้เกิดการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบได้ โดยการแสดงเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลดังกล่าวอาจปรากฏเป็นสัญญาเช่าที่ดินที่ผู้เช่าและผู้ให้เช่าที่ดินสามารถแสดงเจตนาตกลงกันเป็นข้อสัญญาได้ว่าอาคารใดๆ ที่ผู้เช่าสร้างบนที่ดินจะยังคงเป็นทรัพย์สินของผู้เช่าและไม่ตกเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 551 การเลื่อนการเกิดผลหรือการยกเว้นผลของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบรู้จักกันในชื่อ *renonciation a l'accession*⁵⁸

ข้อสัญญาที่มีผลเป็นการเลื่อนหรือยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบปรากฏอยู่ในนิติสัมพันธ์ของสัญญาบางชนิดซึ่งมีบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดยกเว้นการได้

⁵⁷ Sofie Bouly, *supra* note 9, pp. 22-23, 29-30,

⁵⁸ L P W van Vliet, *supra* note 50. p. 200. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, pp. 652-653.

กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบไว้โดยสภาพของเนื้อหาสิทธิหน้าที่ของนิติสัมพันธ์นั้น⁵⁹ เช่นสัญญาเช่าระยะยาว (bail emphytéotique)⁶⁰ สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (bail à construction)⁶¹ สัญญาสัมปทานอสังหาริมทรัพย์ (thé concession immobilière)⁶² หรือสัญญาใช้ประโยชน์จากเหมือง⁶³

สำหรับสัญญาเช่าธรรมดา (a normal bail) คู่สัญญาอาจทำข้อตกลงยกเว้นหรือเลื่อนผลของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ (renunciation of accession) ได้ด้วยการตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่สร้างขึ้นโดยผู้เช่ายังคงเป็นของผู้เช่าจนกระทั่งสัญญาเช่าสิ้นสุดลง และเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของเจ้าของที่ดิน แต่เดิมนั้นมีความเห็นต่างกันว่าข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะมีผลเป็นการเลื่อน

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Code rural et de la pêche maritime Article L451-10 : *L'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose.*

⁶¹ Code de la construction et de l'habitation Article L251-2 : *Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations.*

⁶² Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière Article 48 : *La concession immobilière est le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou partie d'immeuble, bâti ou non bâti, en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire, pour une durée de vingt années au minimum et moyennant le paiement d'une redevance annuelle.*

La concession immobilière est consentie par ceux qui ont la capacité de disposer ; elle fait l'objet d'un acte authentique, publié au fichier immobilier et qui doit comporter une référence expresse aux dispositions du présent chapitre. Elle ne peut se prolonger par tacite reconduction.

La redevance est révisable selon les modalités prévues par le contrat.

⁶³ Code minier Article 36 *L'institution d'une concession, même au profit du propriétaire de la surface, crée un droit immobilier distinct de la propriété de la surface.*

Ce droit n'est pas susceptible d'hypothèques.

หรือยกเว้นหลักส่วนควบจนกระทั่งสิ้นสุดสัญญาเช่า (postponement of accession until the end of the lease) หรือทรัพย์สินนั้นจะเป็นส่วนควบตั้งแต่แรก (immediate accession at the moment of building) ต่อปัญหาดังกล่าวศาลสูงฝรั่งเศส (The Cour de Cassation) ได้มีคำวินิจฉัยในคดี *Pocchiola v Ferouillet* ในปี ค.ศ. 1964 ซึ่งวินิจฉัยไปในทำนองที่ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลเป็นการยกเว้นหลักส่วนควบแล้วในระหว่างเวลาที่สัญญาเช่ายังดำรงอยู่ บรรดาอาคารที่ปลูกสร้างโดยผู้เช่าภายใต้สัญญาเช่าธรรมดาเมื่อไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินผู้เช่าจึงรื้อถอนออกไปได้ ดังนั้นการยกเว้นหรือเลื่อนผลของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจึงก่อให้เกิดสิทธิที่เรียกว่าสิทธิรื้อถอน (*ius tollendi*) ผู้เช่าจึงสามารถรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปได้ แนวคำพิพากษานี้จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงความเห็นจาก Theory of immediate accession เป็น deferred accession.⁶⁴

จากลักษณะผลทางกฎหมายของสัญญาเช่าที่มีเนื้อหาหรือข้อตกลงของคู่กรณีเลื่อนหรือยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ โดยผู้เช่าสามารถรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของตนออกไปได้นี้เอง เห็นได้ว่าเนื้อหาของสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาเช่าดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินขึ้น (*droit de superficie*) เพราะเหตุว่าผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวรระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ดังนั้นในกรณีที่สัญญาเช่ามีเนื้อหาหรือมีข้อตกลงในการเลื่อนหรือยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจึงควรต้องพิจารณาว่าสิทธิเหนือพื้นดินได้เกิดขึ้นแล้วเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในสัญญาเช่า⁶⁵ จากความสัมพันธ์ของสิทธิและสัญญาที่เกิดขึ้นเชื่อมโยงกันนี้เอง

⁶⁴ L P W van Vliet, *supra note 50*, p. 201. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, pp. 653-654.

⁶⁵ L P W van Vliet, *supra note 50*, p. 201. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, pp. 653-654. ; Stéphane Glock, Real Property Law Project : France, (The European University Institute (EUI), 2005), p. 4. (การเริ่มให้สัญญาเช่าที่มีเนื้อหาเป็นการเลื่อนหรือยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินนี้พิจารณาได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงฝรั่งเศส (The Cour de Cassation) เลขคดี S.1866.441 วันที่ 5 November 1866)

กรรมสิทธิ์ของผู้เช่าจะสิ้นไปเมื่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นสุด กล่าวคือเมื่อสิทธิเหนือพื้นดินเกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาเช่าก็ย่อมสิ้นไปเมื่อสัญญาเช่าระงับลง กรรมสิทธิ์จึงตกกลับไปยังเจ้าของที่ดินตามหลักทั่วไป⁶⁶

แต่ในกรณีสัญญาอื่นๆ นอกจากสัญญาเช่า หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำข้อตกลงในการสงวนไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์ไม่ต้องการให้ทรัพย์สินตกเป็นส่วนควบของที่ดิน (retention of title clause) มีปัญหาว่าจะเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาผลของข้อสัญญาในการเลื่อนหรือยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบข้างต้นจะเห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินอยู่ในตัว ดังนั้นในสัญญาอื่นๆ หากคู่กรณีต้องการสงวนไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดิน ย่อมทำได้โดยการสร้างสิทธิเหนือพื้นดินขึ้น แนวคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสที่ให้ข้อพิจารณาว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบไม่ใช่บทบังคับเด็ดขาด (*ius cogens*) จึงแสดงเจตนายกเว้นได้ อาจทำให้เข้าใจผิดว่ายกเว้นได้ทุกกรณี ความจริงควรมีความหมายว่าคู่กรณีสามารถยกเว้นหรือเลื่อนผลของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบหลักโดยการสร้างสิทธิเหนือพื้นดินขึ้นมา ลำพังเพียงมีข้อตกลงในการสงวนไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์ (retention of title clause) ไม่ได้หมายความว่าก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินขึ้นในทุกๆ กรณี⁶⁷ ดังนั้นทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงในที่ดินโดยปราศจากข้อตกลงในการก่อสิทธิเหนือพื้นดินจึงตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามข้อสันนิษฐานใน Art. 552

สาเหตุที่สิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายฝรั่งเศสสามารถเกิดขึ้นได้ในลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิตามสัญญาเช่า เพราะเหตุว่า ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บังคับให้มีการดำเนินการจดทะเบียนการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือ จดทะเบียนการสร้างสิทธิใดๆ เหนือที่ดินดังกล่าว ดังนั้นสิทธิเหนือพื้นดินสามารถเกิดขึ้นได้ลำพังแต่เพียงมีสัญญาเช่าระหว่างกันและมีผลทันทีที่ทำสัญญาไม่เฉพาะแต่ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่ยังมีผลย้อนต่อบุคคลที่สามได้ด้วย การจดทะเบียนสิทธิในประเทศฝรั่งเศสจึงมีลักษณะเป็นเพียงการประกาศ (declaration) ให้บุคคลภายนอกทราบเท่านั้น⁶⁸ การก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินที่ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนเพื่อก่อให้เกิดสิทธิ จึงมีลักษณะเป็น

⁶⁶ L P W van Vliet, *supra* note 50, p. 201. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, pp .655-656.

⁶⁷ L P W van Vliet, *supra* note 50, pp. 201-203.

⁶⁸ L P W van Vliet, *supra* note 50, p. 204. ; European University Institute (EUI), *supra* note 36, p.33. ; Stéphane Glock, *supra* note 65, pp.9, 21, 24-25. ; Sjef van Erp, “General Issues : Setting the Scene” in Cases, Materials and Text on Property Law, ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers , 2012), p. 74.

ปฏิเสธต่อการปกป้องบุคคลที่สาม แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลที่สามเป็นบุคคลผู้สุจริตและสิทธิของเขาจะเข้าสู่กระบวนการจดทะเบียนสิทธิได้ก่อนเพื่อที่เขาจะได้รับคุ้มครองจากสิทธิที่ได้จดทะเบียนแล้ว ข้อตกลงในการสงวนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวถึงแม้จะเกิดขึ้นแล้วโดยสัญญาที่ไยยันบุคคลที่สามจำพวกนี้ไม่ได้ แต่สำหรับบุคคลที่สามจำพวกที่ไม่ได้จดทะเบียนสิทธิของตน ข้อตกลงดังกล่าวยังไยยันต่อบุคคลจำพวกนี้ได้⁶⁹

4.2.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศฝรั่งเศส

เมื่อมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น การกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ระหว่างเจ้าของที่ดินและเจ้าของทรัพย์สินที่ปลูกปักลงบนที่ดินนั้น หากไม่มีการหักล้างข้อสันนิษฐานเป็นอื่น กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกปักลงไปในที่ดินย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Art. 551 Art.552 และ Art. 553 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่กรรมสิทธิ์ แต่ถึงกระนั้นก็ตามหากให้เจ้าของที่ดินได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์โดยปราศจากการเยียวยาแก่เจ้าของทรัพย์สินที่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินเลย ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมสำหรับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบที่จะต้องมีการเยียวยาประการใดบ้าง เมื่อพิจารณา Civil Code ของประเทศฝรั่งเศสจะพบว่ามิบัญญัติไว้ใน Art. 555 มีสาระสำคัญดังนี้

“Art. 555 ในกรณีที่มีการเพาะปลูก มีสิ่งปลูกสร้าง หรือมีการงานทำลงในที่ดินของผู้อื่นโดยสัมภาระของผู้ปลูกสร้าง เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะเก็บทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหรือบังคับให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปได้ ทั้งนี้ภายใต้บังคับของวรรค 4 แห่งมาตรานี้

ในกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องการให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง การเพาะปลูกหรือการงานที่ทำลงในที่ดินออกไป บุคคลผู้เพาะปลูก ปลูกสร้าง ทำการงานต้องรื้อถอนออกไปโดยค่าใช้จ่ายของเขาโดยไม่ได้รับค่าทดแทนใดๆ และอาจถูกบังคับให้ชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของที่ดินด้วย

ในกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องการที่จะเก็บสิ่งปลูกสร้าง การเพาะปลูกหรือการงานที่ทำลงในที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของตน เจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกชดเชยค่าทดแทนแก่ผู้ปลูกสร้างตามมูลค่าของที่ดินที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการปลูกสร้างนั้น หรือเลือกที่จะชดเชยค่าทดแทนแก่ผู้ปลูกสร้างตามราคาของสัมภาระและค่าแรงในวันที่มีการชดเชยโดยคำนึงถึงสภาพของการเพาะปลูก สิ่งปลูกสร้างหรือการงานนั้น

⁶⁹ L P W van Vliet, *supra* note 50, pp. 204-205.

ในกรณีที่สิ่งปลูกสร้าง การเพาะปลูกหรือการงานที่ทำลงในที่ดินได้ทำลงโดยบุคคลผู้สุจริต เจ้าของที่ดินไม่สามารถบังคับให้หรือถอนออกไปได้ แต่เจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกที่จะชดเชยค่าทดแทนได้ตามความในวรรคก่อน”⁷⁰

Art. 555 บัญญัติขึ้นเพื่อทำหน้าที่บรรเทาผลร้ายของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กล่าวคือ เมื่อเจ้าของที่ดินได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบของที่ดินแล้ว เจ้าของที่ดินต้องชำระค่าทดแทนการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ดังกล่าวด้วย การเกิดผลตามนัยแห่ง Art. 555 เป็นกรณีที่บุคคลอื่นเข้ามาปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง เข้ามาทำการเพาะปลูก หรือทำการงานลงในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิจะทำได้⁷¹ เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้มีการตกลงทำสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการก่อสิทธิเหนือพื้นดินดังเช่นกรณีสัญญาเช่า หากปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างและ

⁷⁰ Art. 555 Where plantings, constructions or works were made by a third party and with materials belonging to the latter, the owner of the tenement has the right, subject to the provisions of paragraph 4, either to keep the ownership of them, or to compel the third party to remove them.

Where the owner of the tenement requires to have the constructions, plantings or works suppressed, it shall be done at the expense of the third party, and without any compensation for him; the third party may furthermore be ordered to pay damages for loss which the owner of the tenement may have suffered.

Where the owner of the tenement prefers to keep ownership of the constructions, plantings or works, he must, at his choice, repay the third party either a sum equal to that by which the tenement has increased in value, or the cost of the materials and the price of the labour appraised at the date of repayment, account being taken of the condition in which the said plantings, constructions or works are.

Where the plantings, constructions or works were made by an evinced third party who would not have been liable to restoring the fruits owing to his good faith, the owner may not insist on the suppression of the said works, constructions and plantations, but he has the choice to repay the third party either of the sums referred to in the preceding paragraph.

⁷¹ Sofie Bouly, *supra* note 9, p. 37.

เจ้าของที่ดินมีนิติสัมพันธ์ต่อกันในการปลูกสร้างและมีการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินขึ้นแล้วย่อมต้องบังคับไปตามนั้น⁷² และการที่จะเกิดผลบังคับตามมาตรา 555 นั้นต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าทรัพย์มิได้รวมเป็นเนื้อเดียวกับที่ดินโดยสิ้นเชิง กล่าวคือยังเห็นได้ว่าส่วนใดเป็นบ้าน ส่วนใดเป็นที่ดิน โดยผู้ปลูกสร้างได้ปลูกสร้างในนามและด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง⁷³

Art. 555⁷⁴ ได้บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินที่จะเลือกปฏิบัติต่อโรงเรือนสิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก หรือการงานที่ผู้ไม่มีสิทธิทำลงในที่ดินของตน โดยสิทธิที่จะเลือกนั้นขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง กล่าวคือ หากปลูกสร้างโดยไม่สุจริต เจ้าของที่ดินสามารถเลือกที่จะให้รื้อถอนออกไปจากที่ดินของตนได้กับทั้งยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตน แต่หากเจ้าของที่ดินต้องการเก็บโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก หรือการงานนั้นไว้ ก็จำต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ปลูกสร้าง โดยอาจเลือกจ่ายตามราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้าง หรือเลือกจ่ายตามราคาแห่งสัมภาระหรือแรงงาน แต่หากปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างได้ทำลงโดยสุจริต เจ้าของที่ดินไม่สามารถบังคับให้รื้อถอนออกไปได้ จำต้องรับทรัพย์ที่เป็นส่วนควบนั้นไว้ แต่มีสิทธิเลือกใช้ราคาตามค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้าง หรือจ่ายตามราคาแห่งสัมภาระหรือแรงงาน⁷⁵

⁷² *Ibid.*, p. 38.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Monika Hinteregger, “Protection of Ownership” in Cases, Materials and Text on Property Law. , ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers , 2012), pp. 131-133.) : Art.555 เป็นบทบัญญัติที่ประกอบด้วยหลัก rei vindication ทำให้เจ้าของสามารถเรียกเอาที่ดินของตนคืนในสภาพเดิมได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ กับทั้งยังมีหลักเกณฑ์ในการชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้ปลูกสร้างกรณีเจ้าของที่ดินต้องการให้ส่งที่ดินคืนในสภาพที่เป็นอยู่ เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ใช้บังคับในกรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น

⁷⁵ (แต่เดิมนั้น Art 555 วรรคสาม ไม่ได้ให้ทางเลือกแก่เจ้าของที่ดินที่จะเลือกใช้ราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้าง หรือเลือกจ่ายตามราคาแห่งสัมภาระหรือแรงงาน ในกรณีผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต เจ้าของที่ดินถูกบังคับให้ชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการปลูกสร้าง โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าที่เพิ่มขึ้นเลย ผลดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ไม่สุจริตได้รับการปฏิบัติดีกว่าผู้สุจริต กล่าวคือ เมื่อเจ้าของที่ดินตกลงรับอาการ ผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริตจะได้รับค่าใช้จ่ายทั้งหมดคืนอย่างแน่นอน ในขณะที่ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตอาจได้รับค่าใช้จ่ายคืนไม่เต็มค่าเนื่องจากเจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกราคาที่เพิ่มขึ้นซึ่งอาจต่ำกว่าราคาค่าปลูกสร้างได้ ต่อมามีการแก้ไขโดย Act no 60-464 of 17 May 1960 ให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกได้ด้วยในกรณีผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต และโปรดดู Marcel Planiol & George

การพิจารณาความสุจริตของผู้ปลูกสร้างตาม Art. 555 มีความสอดคล้องกับการพิจารณาการเป็นผู้ครองโดยสุจริตตาม Art. 550 กล่าวคือ ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตต้องเป็นบุคคลที่เข้าครอบครองที่ดินโดยเชื่อว่าที่ดินนั้นเป็นของตน แต่ในความเป็นจริงแล้วที่ดินเป็นของบุคคลอื่น ความเชื่อดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนฐานที่ว่า ผู้นั้นเชื่อโดยสุจริตใจ กล่าวคือไม่รู้ถึงข้อบกพร่องในการได้ที่ดินมา โดยเชื่อว่าตนได้มาโดยถูกต้องจากผู้มีอำนาจที่จะโอนให้⁷⁶ ดังนั้นผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริตจึงมีความหมายในทางตรงกันข้าม กล่าวคือเป็นบุคคลผู้เข้าปลูกสร้างโดยรู้อยู่ว่าตนได้ที่ดินนั้นมาโดยความบกพร่อง

ผลบังคับของ Art. 555 มิได้มีผลเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ การจะปรับใช้มาตรานี้ได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน กฎหมายจึงหาทางออกโดยการนำหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาใช้ให้มีการชดเชยค่าทดแทนแก่กัน (compensation) ซึ่งฐานของการชดเชยนี้มาจากหลักการในเรื่องลามิควรได้ (unjust enrichment) และถึงแม้จะมีการใช้ราคาแก่กันหรือมีการรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปก็ตามนั้นก็จะเป็นผลจากหลักการในเรื่องลามิควรได้ มิได้มีผลเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบแต่อย่างใด⁷⁷

4.2.2.4 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในกรณีที่มีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า มีรากฐานมาจาก

Ripert, Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2, 12 ed. (Louisiana State Law Institute : 1959), pp. 611-613.)

⁷⁶ Marcel Planiol & George Ripert, Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2, 12 ed. (Louisiana State Law Institute : 1959), pp. 610-612. and Art. 550 : A possessor is in good faith where he possesses as owner, under an instrument of transfer of whose defects he does not know.

He ceases to be in good faith from the time those defects are known to him.

⁷⁷ Sofie Bouly, *supra* note 9, p. 37. ; Marcel Planiol & George Ripert, *supra* note 76, p. 609.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code)⁷⁸ และมีการพัฒนาขึ้นในรูปแบบที่น่าสนใจต่อการศึกษา กล่าวคือการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักส่วนควบกรณีที่มีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นที่เกิดขึ้นในมลรัฐลุยเซียน่า เป็นเรื่องที่น่าสนใจกฎหมายมองว่ามีความวุ่นวายซับซ้อน และมีหลักเกณฑ์ที่คลุมเครือจนก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมจนถึงขนาดมีการเปรียบเทียบในแง่ลบว่าเมื่อหยิบยกมาพิจารณาเมื่อใดก็จะเห็นแต่ปัญหา (A Pile of Cans of Worms)⁷⁹ จึงก่อให้เกิดการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้หลายครั้งด้วยกัน

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบกรณีสังหาริมทรัพย์รวมสภาพเข้ากับที่ดินของมลรัฐลุยเซียน่ามีบทบัญญัติที่ต้องพิจารณาเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Art. 482 Art. 490 และ Art. 491 Louisiana Civil Code มีสาระสำคัญดังนี้

“Art. 482 การได้กรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบ

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินครอบคลุมรวมไปถึงกรรมสิทธิ์ในบรรดาสิ่งที่เป็นผลผลิตหรือสิ่งที่ยรวมสภาพเข้ากับทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าผลผลิตหรือการรวมสภาพนั้นจะเกิดโดยธรรมชาติหรือโดยฝีมือของมนุษย์ โดยมีรายละเอียดดังมาตรต่อไปนี้หลังจากนี้

Art. 490 การได้กรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบในสิ่งเหนือและใต้พื้นดิน

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินถือย่อมมีกรรมสิทธิ์ของทุกอย่างที่อยู่เหนือหรือใต้ที่ดินนั้น

เจ้าของที่ดินสามารถดำเนินการใดๆ เหนือหรือใต้ที่ดินของตนได้ตามความประสงค์ รวมทั้งได้รับบรรดาประโยชน์ทั้งหมดที่เกิดจากที่ดินของตน เว้นแต่จะถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือโดยสิทธิของบุคคลอื่น

Art. 491 โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ไม้ยืนต้นและพืชผล

โรงเรือน สิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ ที่ยึดติดกับพื้นดินอย่างถาวร ไม้ยืนต้น พืชผลหรือผลไม้มั้ยังไม่ได้เก็บเกี่ยว อาจเป็นของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่เจ้าของที่ดินได้ อย่างไรก็ตามให้สันนิษฐาน

⁷⁸ Stephanie Choasson, Touns, “Still A Pile of Cans of Worms : The law of artificial accession in relation to immovables”, *Loyola Law Review*, Vol. 51, Issue 4, p. 1026 (Winter 2005).

⁷⁹ เป็นคำกล่าวของ Symeon Symeonides, “Property : Error of Law and Error of Fact in Acquisitive Prescription” *Louisiana Law Review*, Vol. 47, Number 2, (November 1986)

ไว้ก่อนว่าสิ่งเหล่านี้เป็นของเจ้าของที่ดินจนกว่าจะปรากฏหลักฐานแสดงถึงการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ต่างหากจากที่ดิน โดยเป็นหลักฐานที่จดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ในท้องที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่”⁸⁰

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งสามมาตรานี้จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับ Art. 546 Art. 551 Art. 552 และ Art. 553 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยเป็นการกล่าวถึงการได้กรรมสิทธิ์อันเนื่องมาจากการรวมสภาพเข้ากับกับทรัพย์ที่มีลักษณะครอบงำนำหน้า ในกรณีของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดิน ที่ดินยังคงได้รับการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์ที่ครอบงำนำหน้าทรัพย์อื่นที่ปลูกปักได้อยู่ตามหลัก *superficies solo cedit*⁸¹ เมื่อพิจารณาความใน Art. 490 ประกอบ Art. 491 จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติ Art. 490 เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามหลักส่วนควบทำนองเดียวกับ Art. 553 ของกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเปิดช่องให้มีการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของได้โดยการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ หากสามารถพิสูจน์ได้ข้อสันนิษฐานว่าเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของทรัพย์ย่อมตกไป

⁸⁰ Art. 482. Accession.

The ownership of a thing includes by accession the ownership of everything that it produces or is united with it, either naturally or artificially, in accordance with the following provisions.

Art. 490. Accession above and below the surface.

Unless otherwise provided by law, the ownership of a tract of land carries with it the ownership of everything that is directly above or under it.

The owner may make works on, above, or below the land as he pleases, and draw all the advantages that accrue from them, unless he is restrained by law or by rights of others.

Art. 491. Buildings, other constructions, standing timber, and crops.

Buildings, other constructions permanently attached to the ground, standing timber, and unharvested crops or ungathered fruits of trees may belong to a person other than the owner of the ground. Nevertheless, they are presumed to belong to the owner of the ground, unless separate ownership is evidenced by an instrument filed for registry in the conveyance records of the parish in which the immovable is located.

⁸¹ Stephanie Choasson, Troups, *supra* note 78, p. 1026.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หากมีการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ตาม Art. 491 แล้ว ผู้ใดจะเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกบนที่ดินย่อมเป็นไปตามที่ได้จดทะเบียนแสดงไว้ การแยกการทรงกรรมสิทธิ์ของมลรัฐหลุยเซียน่าจึงต้องจดทะเบียนเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน แตกต่างจากกรณีของประเทศฝรั่งเศสที่อาจเกิดขึ้นได้โดยสัญญาระหว่างบุคคล สำหรับกรณีที่มิได้มีการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ มีปัญหาให้พิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกเข้ากับที่ดินจะเป็นของผู้ใด และหากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของเจ้าของที่ดินแล้วจะมีการเยียวยาอย่างไรแก่บุคคลผู้ปลูกสร้างสามารถพิจารณาได้จาก Art. 493 ถึง Art. 497⁸²

4.2.2.5 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า

ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า นอกจากการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ตาม Art.491 แล้ว กฎหมายยังบัญญัติข้อยกเว้นไว้ใน Art.493 Art.493.1 และ Art.493.2

ก่อนที่จะกล่าวถึงรายละเอียดของข้อยกเว้นดังกล่าว ผู้เขียนขอกล่าวถึงข้อความคิดสำคัญที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า ซึ่งมีผลอย่างมากในการพิจารณาว่าเหตุใดกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่าจึงให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนายินยอมให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่น

บทบัญญัติในเรื่องการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่าได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับหลักลามิควรได้ (The Principle Forbidding Unjust Enrichment) ซึ่งเป็นหน้าที่ในการเยียวยาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ กับทั้งยังให้ความสำคัญกับนโยบายในเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีภาระผูกพัน (The Public Policy of Unencumbered Ownership)⁸³ ซึ่งเป็นนโยบายเฉพาะของมลรัฐ สำหรับหลักการทั่วไปในเรื่องลามิควรได้ของมลรัฐหลุยเซียน่าปรากฏอยู่ใน Art. 2298 มีสาระสำคัญว่า

“Art. 2298 บุคคลใดมีกองทรัพย์สินเพิ่มพูนขึ้นจากการที่ผู้อื่นมีกองทรัพย์สินลดลงโดยปราศจากมูลเหตุ บุคคลนั้นมียหน้าที่ต้องชดใช้แก่บุคคลที่กองทรัพย์สินลดลง คำว่า “ปราศจากมูลเหตุ” ไม่รวมถึงกรณีที่บุคคลมีกองทรัพย์สินเพิ่มพูนขึ้นอันเนื่องมาจากนิติกรรมที่ชอบ

⁸² *Ibid.*, pp. 1026-1027.

⁸³ *Ibid.*, p. 1027.

หรือได้มาโดยผลของกฎหมาย การชดใช้ตามมาตรานี้เป็นบทสำรอง ไม่ใช่บังคับในกรณีกฎหมายอื่นกำหนดทางแก้ไขโดยเฉพาะ

ค่าทดแทนต้องชดใช้กันเท่าใดพิจารณาได้จากการที่บุคคลหนึ่งมีกองทรัพย์สินเพิ่มขึ้นเท่าใด หรือการที่บุคคลหนึ่งมีกองทรัพย์สินลดลงเท่าใด แล้วแต่ว่าจำนวนใดน้อยกว่ากัน

การพิจารณาการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สิน หรือการลดลงของกองทรัพย์สิน นั้นพิจารณาจากเวลาที่ยื่นฟ้องคดี หรือตามพฤติการณ์ในเวลาที่มีคำพิพากษา”⁸⁴

การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นลาภมิควรได้ตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่านั้นมีองค์ประกอบ 5 ประการคือ 1. ต้องมีการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สินของบุคคลหนึ่ง 2. ต้องมีการลดลงของกองทรัพย์สินของบุคคลอีกคนหนึ่ง 3. ต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างการเพิ่มขึ้นและลดลงของกองทรัพย์สินของบุคคลทั้งสอง กล่าวคือการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งเป็นผลมาจากการลดลงของกองทรัพย์สินของบุคคลอีกคนหนึ่ง 4. จะต้องไม่ปรากฏว่าการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สินนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือไม่มีมูลเหตุจูงใจได้ตามกฎหมาย และ 5. การเยียวยาตามหลักลาภมิควรได้จะใช้ได้ต่อไม่มีทางเยียวยาอื่นตามกฎหมาย⁸⁵

ส่วนนโยบายของมลรัฐหลุยเซียน่าในเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีภาระผูกพันเกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า กรรมสิทธิ์คือสิ่งที่มีลักษณะสามัญ (simple) มีรูปแบบเป็นอันหนึ่งอันเดียว

⁸⁴ Art. 2298. Enrichment without cause; compensation

A person who has been enriched without cause at the expense of another person is bound to compensate that person. The term "without cause" is used in this context to exclude cases in which the enrichment results from a valid juridical act or the law. The remedy declared here is subsidiary and shall not be available if the law provides another remedy for the impoverishment or declares a contrary rule.

The amount of compensation due is measured by the extent to which one has been enriched or the other has been impoverished, whichever is less.

The extent of the enrichment or impoverishment is measured as of the time the suit is brought or, according to the circumstances, as of the time the judgment is rendered.

⁸⁵ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, pp. 1027-1028.

(uniform) และสมบูรณ์แน่นอน (absolute dominion) กล่าวคือโดยหลักแล้วกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ควรรับรู้ได้โดยสามัญว่า เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ปลอดจากการผูกพันใดๆ เว้นแต่เป็นภาระผูกพันที่ได้รับการยอมรับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งภาระผูกพันใดบ้างที่จะจำกัดการใช้สอยกรรมสิทธิ์ได้นั้น ศาลฎีกา (The Louisiana Supreme Court) ได้ตัดสินไว้ในคดี State v. McDonogh's Ex're ในปี 1853 ว่า ภาระผูกพันประเภทข้อยกเว้นของการใช้กรรมสิทธิ์ (exceptions of use), สิทธิเก็บกิน (usufruct), และภาระจำยอม (servitude) เพียงสามประการดังกล่าวก็เพียงพอที่จะตอบสนองต่อความต้องการของหมู่ชน จึงไม่จำเป็นต้องมีภาระผูกพันกรรมสิทธิ์อย่างอื่นอีก โดยความผูกพันเหล่านี้พึงมีเพียงช่วงเวลาอันจำกัดเท่านั้น⁸⁶ ซึ่งแนวนโยบายนี้เมื่อพิจารณาประกอบหลักการในเรื่องลามาไมควร์ได้จะมีผลอย่างสำคัญในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่าว่า ไม่ควรที่จะบังคับให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินรับเอาทรัพย์สินที่ปลูกปลงบนที่ดินซึ่งเป็นการสร้างภาระผูกพันแก่เจ้าของที่ดิน และหากมีการรับเอาแล้วย่อมต้องมีการชดเชยค่าทดแทนหลักการในเรื่องลามาไมควร์ได้ ซึ่งหลักการทั้งสองประการนี้เป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลัง Art. 493 ถึง Art. 497⁸⁷

ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตาม Art. 493 Art. 493.1 และ Art.493.2 มีดังต่อไปนี้

“Art. 493 กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้าง

อาคาร สิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่ยึดติดกับที่ดินอย่างถาวร และการเพาะปลูก ที่ทำขึ้นในที่ดินของผู้อื่นด้วยความยินยอมของเจ้าของที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ปลูกสร้าง แต่หากปลูกสร้างโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินกรรมสิทธิ์ย่อมเป็นของเจ้าของที่ดิน

เมื่อเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้างอื่นที่ยึดกับที่ดินอย่างถาวร และการเพาะปลูก ไม่มีสิทธิที่จะมีสิ่งเหล่านี้ไว้บนที่ดินของผู้อื่นอีกต่อไป เขาต้องรื้อถอนทรัพย์สินของเขาออกไป โดยมีหน้าที่ทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิม หากเขาไม่รู้หรือออกไปภายใน 90 วัน หลังจากได้รับคำร้องขอให้รื้อเป็นหนังสือจากเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินอาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างนั้นโดยมีหนังสือบอกกล่าวว่าการได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปยังเจ้าของ สิ่งปลูกสร้าง เมื่อเจ้าของสิ่งปลูกสร้างได้รับจดหมายดังกล่าวแล้ว กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของ

⁸⁶ Ibid., p. 1028.

⁸⁷ Ibid.

เจ้าของที่ดินโดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน ในระหว่างที่เจ้าของที่ดินยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้าง ความเสี่ยงใดๆอันเกิดจากสิ่งปลูกสร้างนั้นยังตกเป็นภาระของเจ้าของสิ่งปลูกสร้าง

Art. 493.1 กรรมสิทธิ์ในส่วนควบ

ทรัพย์สินซึ่งรวมเข้ากับหรือติดกับอสังหาริมทรัพย์นั้นมีลักษณะเป็นส่วนควบ ตามมาตรา 465 และมาตรา 466 ย่อมตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

Art. 493.2 การสูญเสียกรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ สิทธิของเจ้าของเดิม

บุคคลผู้สูญเสียไปซึ่งกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจเรียกร้อง ต่อเจ้าของที่ดินหรือต่อบุคคลที่สามตามบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป”⁸⁸

⁸⁸ Art. 493. Ownership of improvements

Buildings, other constructions permanently attached to the ground, and plantings made on the land of another with his consent belong to him who made them. They belong to the owner of the ground when they are made without his consent.

When the owner of buildings, other constructions permanently attached to the ground, or plantings no longer has the right to keep them on the land of another, he may remove them subject to his obligation to restore the property to its former condition. If he does not remove them within ninety days after written demand, the owner of the land may, after the ninetieth day from the date of mailing the written demand, appropriate ownership of the improvements by providing an additional written notice by certified mail, and upon receipt of the certified mail by the owner of the improvements, the owner of the land obtains ownership of the improvements and owes nothing to the owner of the improvements. Until such time as the owner of the land appropriates the improvements, the improvements shall remain the property of he who made them and he shall be solely responsible for any harm caused by the improvements.

When buildings, other constructions permanently attached to the ground, or plantings are made on the separate property of a spouse with community assets or with separate assets of the other spouse and when such improvements are

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งสามมาตรานี้จะเห็นลักษณะพิเศษของกฎหมาย
 หลุยเซียน่าว่า มีการจำแนกลักษณะของการรวมสภาพออกเป็นสองประการ กล่าวคือกรณีตาม
 Art. 493 จะเป็นทรัพย์สินที่ปลูกปกรวมสภาพอยู่กับที่ดินในลักษณะถาวร ส่วน Art. 493.1 เป็นกรณีที่มี
 ลักษณะรวมสภาพเป็นเนื้อเดียวกันกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายประเทศอื่นๆ ที่
 จำแนกความเป็นส่วนควบจากลักษณะการติดที่ดินอย่างถาวรและการไม่สามารถแยกจากกันได้
 ประกอบกันไปเป็นมาตราเดียว ลักษณะของการรวมสภาพเป็นส่วนควบทั้งสองรูปแบบที่มีความ
 แตกต่างกันนี้ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่าจะพบว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ
 การพิจารณาลักษณะของการรวมสภาพทั้งสองรูปแบบดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Art. 463 ถึง
 Art. 465⁸⁹ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า Art. 463 เป็นกรณีที่มีการปลูกสร้างโรงเรือน สิ่งปลูก

made on community property with the separate assets of a spouse, this Article does not apply. The rights of the spouses are governed by Articles 2366, 2367, and 2367.1.

Art. 493.1. Ownership of component parts

Things incorporated in or attached to an immovable so as to become its component parts under Articles 465 and 466 belong to the owner of the immovable.

Art. 493.2. Loss of ownership by accession; claims of former owner

One who has lost the ownership of a thing to the owner of an immovable may have a claim against him or against a third person in accordance with the following provisions.

⁸⁹ Art. 463. Component parts of tracts of land.

Buildings, other constructions permanently attached to the ground, standing timber, and unharvested crops or ungathered fruits of trees, are component parts of a tract of land when they belong to the owner of the ground.

Art. 464. Buildings and standing timber as separate immovables.

Buildings and standing timber are separate immovables when they belong to a person other than the owner of the ground.

Art. 465. Things incorporated into an immovable.

Things incorporated into a tract of land, a building, or other construction, so as to become an integral part of it, such as building materials, are its component parts.

สร้าง สิ่งเพาะปลูกติดลงบนที่ดินในลักษณะติดตรึงตราแน่นหนาถาวร สิ่งที่ปลูกสร้างเหล่านั้นจะเป็น ส่วนควบ (component parts) ก็ต่อเมื่อเป็นของเจ้าของที่ดินด้วย สอดคล้องกับความใน Art. 464 ที่ บัญญัติว่าบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินสามารถเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของ ผู้อื่นได้ ซึ่งโดยหลักแล้วการให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะต้องปรากฏว่ามีการจด ทะเบียนตาม Art. 491 แต่เมื่อพิจารณาเนื้อความตามนัยแห่ง Art. 493 จะเห็นได้ว่าแม้ไม่ปรากฏว่ามีการ จดทะเบียนก็อาจมีการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างที่ทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตก เป็นส่วนควบของที่ดินได้⁹⁰

ส่วนการเป็นส่วนควบตามนัยแห่ง Art. 465 นั้น จะเป็นกรณีที่มีการรวม สภาพของทรัพย์สินเข้ากับทรัพย์สินประธานในลักษณะเป็นเนื้อเดียวกัน ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะแยกการ ทรรศกรรมสิทธิ์ได้อย่าง Art. 463 และ Art. 464 กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นส่วนควบและใช้กรรมสิทธิ์ให้ ตกเป็นของเจ้าของที่ดินตาม Art. 465 ประกอบ Art. 493.1

เมื่อได้พิจารณาลักษณะของการเป็นส่วนควบแล้ว ต่อไปจะกล่าวถึง รายละเอียดของ Art. 493 วรรคแรก ภายในบังคับแห่ง Art. 493 ถ้าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นส่วน ควบของที่ดินตาม Art. 463 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตาม นัยแห่ง Art. 463 ประกอบ Art. 490 และ Art. 491 หากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างมิใช่ส่วนควบของ ที่ดินตามนัยแห่ง Art. 493 เพราะเหตุว่าได้มีการแยกการทรรศกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Art. 464 ประกอบ Art. 491 กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะเป็นของผู้ใดย่อมเป็นไปตามการแยกกรรมสิทธิ์ที่ได้ทำลงไว้ นั้น แต่หากปรากฏว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นได้ทำลงโดยปราศจากการแยกกรรมสิทธิ์ตามนัย แห่ง Art. 464 ประกอบ Art. 491 แล้ว โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของผู้ใดจะถูกกำหนด โดยความยินยอมของเจ้าของที่ดิน⁹¹ หากเจ้าของที่ดินมิได้ให้ความยินยอมในการปลูกสร้าง โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของเจ้าของที่ดิน ในทางตรงกันข้ามหากมีการแสดงเจตนาให้ความ

⁹⁰ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78 , p.1035. (การตีความ Art. 491 ของมลรัฐหลุยเซียนามีการตีความไปในทำนองที่ว่าการจดทะเบียนมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ สาม แต่ในระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างนั้นสามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูก สร้างซึ่งทำให้ทรัพย์สินไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินได้ตามนัยแห่ง Art. 493 . ซึ่งการตีความดังกล่าว ปรากฏในคดี Gullatt v. Newell Industries, Inc., 29,322 (La.app.2 Cir.12/11/96); 688 So.2d 1191,1195 (1996) “The primary purpose of the public records doctrine is the protection of third persons against unrecorded interests.”)

⁹¹ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, p. 1036.

ยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้าง โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นก็จะยังคงเป็นของผู้ปลูกสร้าง ทำนองเดียวกับการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Art. 464 ประกอบ Art. 491 ซึ่งทำให้ทรัพย์ไม่ตกเป็นส่วนควบ

การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างมักปรากฏในรูปแบบของ สัญญาเช่า หรืออาจเป็นกรณีเจ้าของร่วมคนหนึ่งยอมให้อีกคนหนึ่งสร้าง หรืออาจเป็นกรณีผู้สร้างเป็นผู้จะซื้อที่ดินตามสัญญาจะซื้อขาย ซึ่งเมื่อเป็นการสร้างโดยความยินยอมแล้ว กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างจะยังคงเป็นของผู้สร้าง การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างอย่างชัดเจนนี้เองที่แสดงให้เห็นถึงแนวนโยบายในเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีข้อผูกมัด ที่ให้เจ้าของที่ดินสามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างเพื่อหลีกเลี่ยงผลบังคับของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามหลักส่วนควบได้ แต่หากไม่ปรากฏว่ามีความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้าง สิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกเป็นของเจ้าของที่ดิน การสร้างโดยไม่ได้รับความยินยอมนี้อาจเป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้ามาสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยไม่มีนิติสัมพันธ์กับเจ้าของที่ดิน เช่นกรณีของผู้ครองโดยสุจริตหรือไม่สุจริต⁹² เจ้าของที่ดินจึงไม่มีโอกาสในการแสดงเจตนากำหนดผลทางกฎหมายได้

ส่วนกรณีของ Art. 493.1 นั้น หากทรัพย์ที่เข้าร่วมสภาพกับอสังหาริมทรัพย์ ถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนควบ (component parts) ตามนัยแห่ง Art. 465 กล่าวคือรวมเป็นเนื้อเดียวกับอสังหาริมทรัพย์แล้ว ทรัพย์ที่รวมสภาพนั้นจะตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเจ้าของที่ดินหรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์⁹³

ความแตกต่างของการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่ง Art. 493 วรรคหนึ่งและ Art. 493.1 นั้น ตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์สองประการ หลักเกณฑ์ประการแรก คือ ความเป็นไปได้ในการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ปลูกปลงบนที่ดินออกจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ประการที่สองคือหากการแยกการทรงกรรมสิทธิ์มีความเป็นไปได้ ทรัพย์ประเภทใดที่สามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ต่างหากจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน⁹⁴

⁹² *Ibid.*, p. 1036.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Brad R. Resweber, “Opening the Can of Worms and Putting Them Back in : An Analysis of new Louisiana Civil Code Article 2695”, *Louisiana Law Review*, Vol. 67, Issue 2, p. 574 (Winter 2007).

หลักเกณฑ์ประการแรกคือ ความเป็นไปได้ที่จะแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินออกจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่เดิมนั้นบุคคลใดจะเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างที่สร้างบนที่ดินเป็นไปตามหลักกฎหมายโรมันในเรื่อง *superficies solo cedit* เจ้าของที่ดินจึงได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างเหนือที่ดินนั้น ไม่มีกรณีที่บุคคลอื่นสามารถมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนไปตามความจำเป็นแห่งยุคสมัย กฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่าได้ยอมรับว่าอาจมีกรณีที่สามแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินออกจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ กล่าวคือทรัพย์สินที่ปลูกปลูกลงบนที่ดินสามารถเป็นของบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินได้ เช่น โรงเรือน สิ่งปลูกสร้างอื่นที่ติดกับที่ดินอย่างถาวร ไม่ยื่นคัน พืชผลที่ยังไม่ได้เก็บเกี่ยวซึ่งมีการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Art. 491 ประกอบ Art. 463 และ Art. 464⁹⁵ นอกจากนั้นหลักความเป็นไปได้ที่จะแยกการทรงกรรมสิทธิ์ยังปรากฏอยู่ใน Art. 493 ด้วย ซึ่งอาจเป็นกรณีที่แม้ได้มีการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินออกจากที่ดินก็อาจพิจารณาเจตนาของเจ้าของที่ดินในการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ประการแรกจะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ปลูกปลูกบนที่ดินจะเป็นของผู้ใดนั้นจะต้องได้ความเสียก่อนว่ามีกฎหมายเปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ แต่ทรัพย์สินลักษณะใดบ้างที่เหมาะสมต่อการยอมรับให้มีการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ออกจากที่ดินนั้น จำต้องพิจารณาสภาพของทรัพย์สินด้วย ซึ่งสามารถพิจารณาได้ตามหลักเกณฑ์ประการที่สอง

หลักเกณฑ์ประการที่สองที่ต้องพิจารณาคือ สิ่งปลูกสร้างประเภทใดที่สามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ต่างหากออกจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การพิจารณาลักษณะของสิ่งปลูกสร้างว่าสามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ออกจากที่ดินได้หรือไม่นั้น แท้จริงแล้วเป็นสิ่งที่สามารถเห็นได้จากสภาพทางกายภาพของทรัพย์สินนั้นเอง สำหรับการพิจารณาว่าทรัพย์สินจะสามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินออกจากที่ดินได้นั้น เป็นการพิจารณาจากลักษณะของการรวมสภาพว่าได้รวมเข้ากับที่ดินจนถึงขนาดเป็นเนื้อเดียวกับที่ดินหรือไม่ หากเพียงแต่ติดตรึงตรากับที่ดินอย่างถาวรแต่ไม่ได้รวมเข้าเป็นเนื้อเดียวกับที่ดิน ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินที่แยกการทรงกรรมสิทธิ์ได้ตามนัยแห่ง Art. 463 และ Art. 464 ก็จะตกอยู่ในบังคับ Art. 493 บรรทัดแรก ซึ่งจะต้องพิจารณาเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการชี้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ แต่หากเป็นกรณีที่รวมเข้ากับที่ดินในลักษณะที่เป็นเนื้อเดียวกันกับที่ดินตามนัยแห่ง Art. 465 แล้ว ก็จะตกอยู่ในบังคับ Art. 493.1 กล่าวคือ

⁹⁵ Brad R. Resweber, *supra* note 94, p. 574.

กรรมสิทธิ์จะเป็นของเจ้าของที่ดินโดยไม่พิจารณาถึงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน เพราะเหตุว่าการรวมสภาพไม่สามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ได้⁹⁶

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสองประการในการพิจารณาผลตาม Art. 493 และ Art. 493.1 จะเห็นได้ว่า การพิจารณาลักษณะของการรวมสภาพนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรก เมื่อได้ความเป็นประการใดแล้วจึงจะมาพิจารณาถึงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินว่ามีผลอย่างไรต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน⁹⁷

สำหรับบทบัญญัติใน Art. 493 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่มีการเพิ่มเติมขึ้นครั้งแรกในปี 1984 เพื่อแก้ปัญหาในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างสิ้นสุดลง โดยการเพิ่มบทบัญญัติในปี 1984 นั้นได้กำหนดการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินว่า เมื่อเจ้าของโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่สร้างบนที่ดินของผู้อื่นตามความใน Art. 493 วรรคหนึ่ง สิ้นสิทธิในการที่จะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่น (loses consent to maintain an improvement on the land of another) กล่าวคือการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินสิ้นสุดลง เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นต้องรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไป โดยมีหน้าที่ทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิม หากไม่ยอมรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปภายใน 90 วัน หลังจากได้รับคำร้องขอให้รื้อถอนหรือเป็นหนังสือจากเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินจะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไปโดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน⁹⁸ โดยเจ้าของที่ดินจะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างทันที โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของที่ดินจะต้องการหรือไม่ (automatically transfers) เจ้าของที่ดินไม่มีสิทธิ์ที่จะบังคับให้รื้อถอนออกไป ไม่สามารถเรียกค่ารื้อถอนจากผู้ปลูก

⁹⁶ Brad R. Resweber, *supra* note 94, p. 575. ; Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, p. 1036.

⁹⁷ Brad R. Resweber, *supra* note 94, p. 575.

⁹⁸ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, p.1041. and Art.493 (1984 Revision). “When the owner of buildings, other constructions permanently attached to the ground, or plantings no longer has the right to keep them on the land of another, he may remove them subject to his obligation to restore the property to its former condition. If he does not remove them within ninety days after written demand, the owner of the land acquires ownership of the improvements and owes nothing to the owner of the improvements.”

สร้างได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ปลูกสร้างก็ไม่สามารถเรียกค่าทดแทนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้เช่นกัน⁹⁹ ซึ่งผลที่เกิดขึ้นนั้นขัดกับหลักการในเรื่องลามาไมควรได้ และการบังคับให้เจ้าของที่ดินรับไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์ ก็เป็นการขัดกับนโยบายของมลรัฐในเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่ควรมีข้อผูกมัด จึงมีการแก้ไข Art. 493 อีกครั้ง ในปี 2004 โดยสร้างทางเลือกให้แก่เจ้าของที่ดินว่าจะเลือกรับเอากรรมสิทธิ์หรือไม่ จากที่แต่เดิมเป็นการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทันทีเมื่อครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ทางเลือกใหม่นี้กฎหมายกำหนดให้เจ้าของที่ดินต้องส่งหนังสือบอกกล่าวว่าจะประสงค์จะได้กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับแก่เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง และกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะตกได้แก่เจ้าของที่ดินเมื่อหนังสือบอกกล่าวได้ไปถึงเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง โดยเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างยังคงไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทน แต่หากเจ้าของที่ดินไม่ต้องการกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ยังคงเป็นของผู้ปลูกสร้างอยู่ ดังจะเห็นได้จากความรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นยังคงเป็นของผู้ปลูกสร้าง แต่เจ้าของที่ดินก็ยังไม่สามารถบังคับให้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปได้¹⁰⁰

4.2.2.6 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของมลรัฐหลุยเซียน่า

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น หากไม่มีการจดทะเบียนแยกกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Art. 491 หรือไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่ง Art. 493 แล้ว โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดิน กรณีดังกล่าวมีปัญหาว่าผู้ปลูกสร้างจะได้รับการเยียวยาหรือไม่อย่างไร

บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกปักบนที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่ามีการแก้ไขหลายครั้งด้วยกัน ซึ่งการแก้ไขครั้งสำคัญคือการแก้ไขเมื่อปี 1979 บทบัญญัติที่บังคับแก่กรณีบุคคลสร้างสิ่งปลูกสร้างด้วยสัมภาระของตนบนที่ดินของผู้อื่นก่อนการแก้ไขบทบัญญัติลักษณะทรัพย์สินปี ค.ศ. 1979 คือ Art. 508 มีสาระสำคัญดังนี้

“Art. 508 เมื่อมีการปลูกต้นไม้ สร้างสิ่งปลูกสร้าง หรือทำการใดโดยบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินด้วยวัสดุของบุคคลนั้น เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะเก็บสิ่งเหล่านั้นไว้ หรือบังคับให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปหรือทำลายสิ่งปลูกสร้างเสีย

⁹⁹ Stephanie Choasson Toups, *supra* note 78, pp. 1041-1042.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1043.

ถ้าเจ้าของที่ดินเลือกที่จะให้มีการรื้อถอนทำลาย การรื้อถอนดังกล่าวจะต้องรื้อถอนด้วยค่าใช้จ่ายของผู้ปลูกสร้างขึ้นโดยไม่ได้รับค่าทดแทนใดๆ นอกจากนั้นผู้ปลูกสร้างอาจถูกบังคับให้จ่ายค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่เจ้าของที่ดิน

ถ้าเจ้าของที่ดินเลือกที่จะเก็บสิ่งปลูกสร้างไว้ เจ้าของที่ดินต้องชดใช้ค่าทดแทนแก่เจ้าของสัมภาระนั้น โดยชดเชยเฉพาะแต่มูลค่าของสัมภาระ และค่าแรงงาน โดยไม่คำนึงมูลค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงอันเนื่องมาจากการปลูกสร้างนั้น

อย่างไรก็ตาม หากการเพาะปลูก การปลูกสร้าง หรือการงานใดที่ทำลงโดยบุคคลซึ่งเป็นผู้ครองโดยสุจริต เจ้าของที่ดินไม่มีสิทธิเรียกร้องให้รื้อถอนการงาน การเพาะปลูก หรือสิ่งปลูกสร้าง แต่เจ้าของที่ดินมีทางเลือกในการชดใช้ราคาสัมภาระและค่าแรงงาน หรือเลือกที่จะชดใช้เงินจำนวนเท่ากับมูลค่าที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้างนั้น¹⁰¹

Art. 508 ใช้บังคับในกรณีที่บุคคลได้สร้างสิ่งปลูกสร้างด้วยสัมภาระของตนเองในที่ดินของผู้อื่น หากผู้สร้างไม่ใช่บุคคลผู้ครองโดยสุจริต เจ้าของที่ดินมีทางเลือกที่จะให้รื้อสิ่งปลูกสร้างออกไปโดยค่าใช้จ่ายของผู้ปลูกสร้าง หรือเลือกเก็บสิ่งปลูกสร้างไว้แล้วจ่ายราคาสัมภาระ

¹⁰¹ Article 508 When plantations, constructions and works have been made by a third person, and with such person's own materials, the owner of the soil has a right to keep them or compel this person to take away or demolish the same.

If the owner requires the demolition of such works, they shall be demolished at the expense of the person who erected them, without any compensation ; such person may even be sentenced to pay damages, if the case require it, for the prejudice which the owner of the soil may sustained.

If the owner keeps the works, he owes to the owner of the materials nothing but the reimbursement of their value and the price of workmanship, without any regard to the greater or less value which the soil may have acquired thereby.

Nevertheless, if the plantations, edifices or works have been made by a third person evicted, but not sentenced to make restitution of the fruit, because such person possessed bona fide, the owner shall not have a right to demand the demolition of the works, plantations or edifices, but he shall have his choice either to reimburse the value of the materials and the price of workmanship, or to reimburse a sum equal to the enhanced value of the soil.

และค่าแรงงานให้แก่ผู้ปลูกสร้าง แต่หากผู้สร้างเป็นผู้ครองโดยสุจริต (possessed bona fide) เจ้าของที่ดินจะถูกบังคับให้เก็บสิ่งปลูกสร้างไว้และใช้เงินค่าสัมภาระและค่าแรงงาน หรือราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้างตามแต่เจ้าของที่ดินจะเลือก¹⁰² จะเห็นได้ว่าผลบังคับของ Art. 508 มีลักษณะเป็นทำนองเดียวกับ Art. 555 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code)

นอกจากนั้น ศาลได้วางแนววินิจฉัยเพิ่มเติมเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าว สองประการ ประการแรกปรากฏในคดี Sander v. Jackson ในปี 1966 มีสาระสำคัญว่า แม้ว่าโดยหลักแล้วเจ้าของที่ดินจะต้องใช้เงินค่าสัมภาระและค่าแรงงานในการสร้างสิ่งปลูกสร้างในกรณีที่ผู้ปลูกสร้างเป็นผู้ครองโดยสุจริต (Art. 508 para. 4) แต่หากปรากฏว่าการสร้างสิ่งปลูกสร้างนั้นไม่ได้ทำให้มูลค่าของที่ดินเพิ่มขึ้นในความเป็นจริงแต่อย่างใดเลยเจ้าของที่ดินก็ไม่จำเป็นต้องใช้เงินทดแทนประการที่สองปรากฏในคดี Heirs of Wood v. Nichols ในปี 1881 มีสาระสำคัญว่า ในกรณีที่เจ้าของที่ดินเลือกที่จะเก็บสิ่งปลูกสร้างที่สร้างโดยผู้ครองโดยไม่สุจริตไว้ โดยหลักผู้สร้างจะได้รับชดใช้ราคาของสัมภาระและค่าแรงงาน (Art. 508 para. 3) แต่หากปรากฏว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นโดยธรรมชาติของมันไม่มีทางที่จะแยกออกจากที่ดินได้เลย เช่นคูน้า บ่อน้ำ ผู้สร้างซึ่งเป็นผู้ครองโดยไม่สุจริตจะไม่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยใดๆได้ เพราะเหตุว่าเมื่อลักษณะโดยธรรมชาติของสิ่งปลูกสร้าง ไม่สามารถแยกจากที่ดินได้ ย่อมเป็นการบังคับให้เจ้าของที่ดินรับเอาสิ่งปลูกสร้างไว้ เพราะเจ้าของที่ดินสูญเสียทางเลือกในการให้หรือถอนออกไปซึ่งไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของที่ดิน¹⁰³

ถึงแม้ว่าบทบัญญัติ Art. 508 จะคุ้มครองหลักลาภมิควรได้โดยให้มีการชดใช้ราคาแก่ผู้สร้างสิ่งปลูกสร้างแล้วก็ตาม แต่ก็ยังก่อให้เกิดผลที่ไม่น่าพึงพอใจ เพราะผู้ครองโดยไม่สุจริตนั้นอาจจะได้รับประโยชน์มากกว่าผู้ครองโดยสุจริต ในกรณีของผู้ครองโดยสุจริตกฎหมายยอมให้เจ้าของที่ดินเลือกที่จะใช้ราคา กล่าวคือใช้ราคาค่าสัมภาระและค่าแรงงาน หรือเลือกใช้คาราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น ส่วนในกรณีของผู้ครองโดยไม่สุจริตกฎหมายกำหนดให้ใช้ราคาค่าสัมภาระและค่าแรงงานในกรณีที่เจ้าของที่ดินเลือกเก็บที่ดินไว้ ดังนั้นเมื่อมูลค่าของที่ดินที่เพิ่มขึ้นน้อยกว่าราคาค่าวัสดุและค่าแรงงาน ผู้ครองโดยไม่สุจริตก็จะได้รับเงินมากกว่าเพราะเจ้าของที่ดินไม่มีทางเลือกที่จะจ่ายตามมูลค่าของที่ดินที่เพิ่มขึ้นซึ่งน้อยกว่า¹⁰⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 1979 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติลักษณะทรัพย์สินหลายมาตรา โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็น

¹⁰² Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, p. 1030.

¹⁰³ *Ibid.*, p.1031.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.1033. (มีลักษณะทำนองเดียวกับ Art 555 วรรค 3 ของประมวลแพ่งฝรั่งเศสก่อนมีการแก้ไขในปี 1960)

ส่วนควบนั้นปรากฏอยู่ใน Art. 494 ถึง Art. 497 ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมขึ้นจากเดิมที่มี Art. 508 เพียงมาตราเดียว¹⁰⁵ บทบัญญัติที่แก้ไขใหม่มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

Art. 494 นั้นเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินนำทรัพย์สินของผู้อื่นมาสร้างลงบนที่ดิน ไม่ใช่กรณีที่มีการสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของบุคคลอื่น ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึงในที่นี้¹⁰⁶ แต่จะกล่าวถึง Art. 495 Art. 496 และ Art. 497 ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ผู้เขียนให้ความสนใจ ดังนี้

“Art. 495 ทรัพย์สินซึ่งรวมสภาพหรือปลูกสร้างติดกับอสังหาริมทรัพย์โดยความยินยอมของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

บุคคลใดรวมสภาพหรือปลูกสร้างทรัพย์สินติดกับอสังหาริมทรัพย์โดยความยินยอมของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งทรัพย์สินนั้นตกเป็นส่วนควบตามนัยแห่ง Art. 465 หรือ Art. 466 หากไม่มีกฎหมายหรือนิติกรรมบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บุคคลผู้รวมสภาพหรือสร้างอาคารหรือถนนทรัพย์สินออกไปโดยมีหน้าที่ในการทำให้อสังหาริมทรัพย์กลับคืนสู่สภาพเดิม

ถ้าหากผู้รวมสภาพหรือปลูกสร้างไม่รื้อถอนไป เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจบังคับให้รื้อถอนออกไปโดยค่าใช้จ่ายของผู้รวมสภาพหรือปลูกสร้าง หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจเลือกที่จะเก็บทรัพย์สินไว้และจ่ายค่าชดเชยราคาเสื่อมภาวะและค่าแรงงาน ณ เวลาปัจจุบัน หรือเลือกชดเชยตามมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของอสังหาริมทรัพย์

Art. 496 การปลูกสร้างโดยผู้ครองสุจริต

เมื่อโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกหรือการงานทำลงโดยผู้ครองโดยสุจริต เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจเรียกให้รื้อถอนออกไปได้ แต่จำต้องต้องเก็บทรัพย์สินนั้นไว้และเลือกที่จะจ่ายค่าชดเชยราคาเสื่อมภาวะและค่าแรงงาน หรือจ่ายค่าชดเชยตามราคาส่งปลูกสร้างนั้นในเวลาที่ปัจจุบัน หรือเลือกชดเชยตามมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของอสังหาริมทรัพย์

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1034.

¹⁰⁶ Art. 494. Constructions by landowner with materials of another.

When the owner of an immovable makes on it constructions, plantings, or works with materials of another, he may retain them, regardless of his good or bad faith, on reimbursing the owner of the materials their current value and repairing the injury that he may have caused to him.

Art. 497 การปลูกสร้างโดยผู้ครองไม่สุจริต

เมื่อโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกหรือการงานทำลงโดยผู้ครองโดยไม่สุจริต เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจเลือกที่จะเก็บทรัพย์ไว้หรือเรียกให้รื้อถอนไปโดยค่าใช้จ่ายของผู้ครองโดยไม่สุจริต นอกจากนั้นยังอาจเรียกเอาค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ถ้าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เลือกที่จะเก็บทรัพย์ไว้ จะต้องจ่ายค่าชดเชยโดยมีสิทธิเลือกที่จะจ่ายค่าชดเชยราคาสัมภาระและค่าแรงงาน ณ เวลาปัจจุบัน หรือเลือกชดเชยตามมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของอสังหาริมทรัพย์”¹⁰⁷

¹⁰⁷ Art. 495. Things incorporated in, or attached to, an immovable with the consent of the owner of the immovable.

One who incorporates in, or attaches to, the immovable of another, with his consent, things that become component parts of the immovable under Articles 465 and 466, may, in the absence of other provisions of law or juridical acts, remove them subject to his obligation of restoring the property to its former condition.

If he does not remove them after demand, the owner of the immovable may have them removed at the expense of the person who made them or elect to keep them and pay, at his option, the current value of the materials and of the workmanship or the enhanced value of the immovable.

Art. 496. Constructions by possessor in good faith.

When constructions, plantings, or works are made by a possessor in good faith, the owner of the immovable may not demand their demolition and removal. He is bound to keep them and at his option to pay to the possessor either the cost of the materials and of the workmanship, or their current value, or the enhanced value of the immovable.

Art. 497. Constructions by bad faith possessor.

When constructions, plantings, or works are made by a bad faith possessor, the owner of the immovable may keep them or he may demand their demolition and removal at the expense of the possessor, and, in addition, damages for the injury that he may have sustained. If he does not demand demolition and removal, he is bound to pay at his option either the current value of the materials

บทบัญญัติใน Art. 495 เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อบรรเทาผลร้ายของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามนัยแห่ง Art. 493.1 ซึ่งโดยหลักแล้วหากทรัพย์สินนั้นมีลักษณะเป็นส่วนควบตามนัยแห่ง Art. 465 ก็จะตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามนัยแห่ง Art. 493.1 โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปลูกสร้างนั้นได้ทำขึ้นด้วยความยินยอมของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ Art. 495 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ปลูกสร้างที่จะรื้อสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไปได้ หากสามารถรื้อสิ่งปลูกสร้างออกไปจากอสังหาริมทรัพย์ได้โดยทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม หากไม่สามารถรื้อออกไปได้ผู้ปลูกสร้างอาจถูกบังคับโดยเจ้าของที่ดินให้รื้อออกไปโดยค่าใช้จ่ายของผู้ปลูกสร้างในกรณีที่เจ้าของที่ดินไม่ต้องการ แต่หากเจ้าของที่ดินเลือกที่จะเก็บส่วนควบนั้นไว้ก็จะต้องจ่ายค่าทดแทนแก่ผู้ปลูกสร้าง โดยสามารถเลือกจ่ายค่าทดแทนสัมภาระและแรงงานหรือค่าแห่งอสังหาริมทรัพย์ที่เพิ่มขึ้น แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายหรือนิติกรรมกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁰⁸

ส่วนบทบัญญัติ Art. 496 และ Art. 497 นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อบรรเทาผลร้ายของการปลูกสร้างโดยไม่ได้รับความยินยอมตามนัยแห่ง Art. 493 วรรคแรก ซึ่งกฎหมายกำหนดให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นตกเป็นของเจ้าของที่ดิน โดยบทบัญญัติใน Art. 496 ใช้บังคับในกรณีผู้ครองสุจริต และ Art. 497 ใช้บังคับในกรณีผู้ครองโดยไม่สุจริต¹⁰⁹ การปลูกสร้างโดย

and of the workmanship of the separable improvements that he has kept or the enhanced value of the immovable.

¹⁰⁸ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, p. 1037.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1055. (การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้ครองโดยสุจริตหรือไม่จึงเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาผลทางกฎหมายตาม Art. 496 และ Art. 497 โดยมีการนิยามความหมายของคำว่าผู้ครองโดยสุจริตใน Art. 487 ผู้ครองโดยสุจริตตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียนานั้น คือผู้ครองที่ได้เข้าครอบครองที่ดินโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ และเขาไม่ได้ทราบถึงความบกพร่องในการทรงของกรรมสิทธิ์ของเขาเลย กล่าวคือไม่รู้เลยว่าสิทธิของเขาบกพร่อง เช่น ขณะซื้อขายไม่ทราบเลยว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่น โดยบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ได้แก่ การซื้อขาย การแลกเปลี่ยน หรือการบริจาค หากไม่ใช่กรณีดังกล่าวแล้วก็จะไม่อยู่ในฐานะผู้ครองโดยสุจริต ดังนั้น หากเขาเพียงแต่เชื่อว่าผู้ขายเป็นเจ้าของที่แท้จริง ทั้งๆ ที่ปรากฏข้อเท็จจริงอยู่ว่าที่อาจไม่ใช่ของผู้ขาย แต่ตนเลือกที่จะเชื่อผู้ขาย ก็ยังไม่ได้เชื่อว่าเป็นผู้ครองโดยสุจริต ผู้ครองโดยสุจริตจะสิ้นความสุจริตต่อเมื่อเขาได้รู้ข้อสุจริตนี้ หรือมีการเรียกคืนทรัพย์สินจากเจ้าของที่แท้จริง (Art. 487. Possessor in good faith; definition : For purposes of

บุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าว เมื่อไม่ปรากฏว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน สิ่งปลูกสร้างจึงตกเป็นของเจ้าของที่ดิน แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติการเยียวยาให้แก่ผู้ปลูกสร้างโดยขึ้นอยู่กับความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ปลูกสร้าง ในกรณีผู้สร้างเป็นผู้ครองโดยสุจริตตาม Art. 496 เจ้าของที่ดินไม่อาจบังคับให้ผู้สร้างรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปได้ กฎหมายบังคับให้เจ้าของที่ดินรับสิ่งปลูกสร้างไว้และทำได้เพียงเลือกที่จะจ่ายค่าทดแทนตามมูลค่าของสัมภาระและแรงงาน หรือมูลค่าปัจจุบันของสิ่งปลูกสร้าง หรือเลือกที่จะจ่ายค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการสร้างนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าสิ่งปลูกสร้างนั้นไม่ก่อให้เกิดค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นในความเป็นจริงเลย เจ้าของที่ดินก็ไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินทดแทนใดๆ ตามแนววินิจฉัยในคดี *Sander v. Jackson* ในกรณีที่ผู้สร้างเป็นผู้ครองโดยไม่สุจริตตาม Art. 497 เจ้าของที่ดินมีทางเลือกที่จะให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปและทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมโดยค่าใช้จ่ายของผู้ครองนั้น หรือเลือกเก็บสิ่งปลูกสร้างไว้และจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้สร้าง โดยเลือกจ่ายค่าทดแทนตามมูลค่าปัจจุบันของวัสดุและค่าแรงหรือตามมูลค่าของที่ดินที่เพิ่มขึ้น¹¹⁰

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นของมลรัฐหลุยเซียน่าจะเห็นได้ว่า มีการให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาเป็นอย่างมาก โดยมีการบัญญัติในเรื่องการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างอย่างชัดเจน ดังปรากฏใน Art. 493 ซึ่งแม้จะมีได้มีการจดทะเบียนแยกการทรงกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Art. 491 ก็ยังคงมีผลได้ระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างซึ่งเป็นกรณีที่เจตนาแบบอัตวิสัยของคู่กรณีได้รับการยอมรับให้มีผลอย่างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องมาจากแนวนโยบายในเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ไม่มีข้อผูกมัด

4.2.3 กฎหมายของประเทศที่ยอมรับผลของการแสดงเจตนาแบบอัตวิสัยเฉพาะบางกรณี : กฎหมายประเทศเยอรมนี

กฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบของประเทศเยอรมนีนั้น มีความน่าสนใจที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบเพราะเหตุว่า บทบัญญัติว่าด้วยส่วนควบของประเทศเยอรมนีได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในการร่างบทบัญญัติว่าด้วยส่วนควบในส่วนของตนร่าง

accession, a possessor is in good faith when he possesses by virtue of an act translative of ownership and does not know of any defects in his ownership. He ceases to be in good faith when these defects are made known to him or an action is instituted against him by the owner for the recovery of the thing.))

¹¹⁰ Stephanie Choasson Touns, *supra* note 78, pp. 1037-1039.

มาตรา 146 โดยตรง ดังนั้นจึงมีความน่าสนใจที่จะศึกษาเปรียบเทียบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการใช้การตีความอย่างไรในประเทศต้นทาง

4.2.3.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของประเทศเยอรมนี

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบกรณีสังหาริมทรัพย์ได้รวมสภาพเข้ากับที่ดิน มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) Section 93 Section 94 และ Section 946 มีสาระสำคัญดังนี้

“Section 93 ส่วนควบของทรัพย์สิน

ส่วนควบของทรัพย์สิน คือส่วนซึ่งไม่สามารถแยกออกจากกันได้โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือการเปลี่ยนแปลงสภาพธรรมชาติแก่ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดหรือแก่ทรัพย์สินทุกสิ่งที่มา รวมกัน โดยส่วนควบนั้นจะไม่ตกเป็นวัตถุแห่งการแยกการทรงกรรมสิทธิ์

Section 94 ส่วนควบของที่ดินหรือโรงเรือน

ส่วนควบของที่ดินหมายความว่าความรวมถึงทรัพย์สินซึ่งติดกับที่ดินในลักษณะตรึงตราถาวร โดยเฉพาะอย่างยิ่งโรงเรือนและผลผลิตที่เกิดจากที่ดินตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังรวมสภาพกับที่ดินอยู่ เมล็ดพันธุ์จะกลายเป็นส่วนควบของที่ดินเมื่อถูกหว่านลงในที่ดิน ต้นไม้จะกลายเป็นส่วนควบของที่ดินเมื่อมีการปลูกลงในที่ดิน

ส่วนควบของโรงเรือนหมายความว่าความรวมถึงทรัพย์สินซึ่งถูกรวมสภาพเข้ากับโรงเรือน

Section 946 การรวมสภาพเข้ากับที่ดิน

ถ้าสังหาริมทรัพย์ได้รวมสภาพเข้ากับที่ดินในลักษณะที่เป็นส่วนควบของที่ดิน กรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมขยายไปสู่สังหาริมทรัพย์ที่รวมสภาพกับที่ดินด้วย”¹¹¹

¹¹¹ Section 93 Essential parts of a thing

Parts of a thing that cannot be separated without one or the other being destroyed or undergoing a change of nature (essential parts) cannot be the subject of separate rights.

Section 94 Essential parts of a plot of land or a building

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น อันเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเยอรมันนั้น หากทรัพย์สินที่ปลูกปักลงบนที่ดินต้องด้วยลักษณะของการเป็นส่วนควบตามนัยแห่ง Section 93 และ Section 94 โดยหลักแล้ว กฎหมายจะชี้กรรมสิทธิ์ให้ตกให้แก่เจ้าของที่ดิน ตามนัยแห่ง Section 946 สถานะของที่ดินยังคงได้รับการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์สินที่ครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นที่ปลูกปักลงบนที่ดินได้ตามหลัก *superficies solo cedit*

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบมีชื่อเรียกขานในระบบกฎหมายเยอรมันว่า “wesentliche Bestandteile” มี Section 93 เป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องส่วนควบที่บัญญัติถึงลักษณะของการรวมสภาพว่าเป็นกรณีที่ดินเกิดรวมสภาพเข้ากันจนถึงขนาดไม่สามารถแยกจากกันได้ นอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือเปลี่ยนสภาพแก่ทรัพย์สินนั้นเอง หรือแก่ทรัพย์สินที่มารวมเข้ากันนั้น ลักษณะของการรวมสภาพกันดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการรวมกันอย่างแน่นหนาจนวิญญูชนเห็นได้ว่าถึงขนาดทำให้เกิดการสูญเสียเอกสภาพไปไม่ควรที่จะแยกจากกันอีก กฎหมายจึงบัญญัติให้ไม่สามารถที่จะแยกการทรงกรรมสิทธิ์ได้ สภาพของการที่ไม่สามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ดังกล่าวเรียกว่า “sonderrechtsunfähiger Bestandteil”¹¹²

(1) The essential parts of a plot of land include the things firmly attached to the land, in particular buildings, and the produce of the plot of land, as long as it is connected with the land. Seed becomes an essential part of the plot of land when it is sown, and a plant when it is planted.

(2) The essential parts of a building include the things inserted in order to construct the building.

Section 946 Combination with a plot of land

If a movable thing is combined with a plot of land in such a way that it becomes an essential part of the plot of land, the ownership of the plot of land extends to this movable thing.

¹¹² L P W van Vliet, *supra note 16*, p. 74. ; Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany” in National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary, ed. Wolfgang Faber / Brigitta Lurger. (Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011), p. 70. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, p. 626.

การที่ Section 93 กำหนดหลักเกณฑ์ในการเป็นส่วนควบโดยพิจารณาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากมีการแยกทรัพย์สินออกจากกัน กับทั้งพิจารณาการเปลี่ยนสภาพของทรัพย์สินไปหากมีการแยกทรัพย์สินออกจากกันเป็นเงื่อนไขของการเป็นส่วนควบ แสดงให้เห็นถึงหลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของทรัพย์สิน (preservation of value) ที่พิจารณาว่าทรัพย์สินที่มารวมเข้ากันนั้นย่อมเต็มเต็มความสมบูรณ์ให้แก่กัน กับทั้งยังเพิ่มประสิทธิภาพ (function) ในการใช้งานทรัพย์สินนั้นให้มากขึ้น การที่ทรัพย์สินรวมกันเข้าแล้วย่อมมีคุณค่าเพิ่มขึ้นมากกว่าตอนที่ทรัพย์สินดำรงคงอยู่แยกต่างหากจากกัน ดังนั้นการแยกทำลายทรัพย์สินที่รวมกันเป็นส่วนควบนอกจากจะทำลายคุณค่าของทรัพย์สินนั้นเองแล้ว ยังทำลายคุณค่าที่เพิ่มขึ้นจากการรวมสภาพของทรัพย์สินด้วย ซึ่งไม่เกิดผลดีแต่อย่างใดเลยทั้งต่อเจ้าของทรัพย์สินและต่อสังคมที่จะสูญเสียคุณค่าและประโยชน์ในทางเศรษฐกิจไป¹¹³

เมื่อได้พิจารณา Section 93 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในเรื่องการรวมสภาพที่เป็นส่วนควบแล้ว ต่อไปจะขอกล่าวถึงเรื่องส่วนควบของที่ดินตามนัย Section 94 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ทำหน้าที่ขยายความของ Section 93 โดยระบุทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบของที่ดินให้แน่ชัดลงไปว่าทรัพย์สิน

¹¹³ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 75. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 627. (ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแยกทรัพย์สินเป็นสิ่งที่พิจารณาได้จากสภาพทางกายภาพของทรัพย์สินนั้นเอง แต่สำหรับการพิจารณาการเปลี่ยนสภาพของทรัพย์สินนั้นต้องพิจารณาถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (economic usefulness) ของทรัพย์สินที่มารวมกันและประโยชน์เมื่อทรัพย์สินนั้นแยกจากกันแล้ว กล่าวคือจะต้องพิจารณาว่าการที่ทรัพย์สินเข้ามารวมสภาพกันนั้นจะก่อให้เกิดหน้าที่หรือเกิดประโยชน์ขึ้นใหม่จากการรวมสภาพเข้ากัน และหน้าที่หรือประโยชน์นั้นจะไม่เกิดขึ้นหากทรัพย์สินดำรงอยู่อย่างเอกสภาพ หน้าที่หรือประโยชน์ที่เกิดขึ้นใหม่นี้เรียกได้ว่าเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสามารถยกตัวอย่างได้ว่า รถยนต์คันหนึ่งประกอบด้วยตัวถังและเครื่องยนต์ การจะพิจารณาว่าตัวถังและเครื่องยนต์นั้นเป็นส่วนควบหรือไม่ หากพิจารณาถึงการก่อความเสียหายในการแยกสภาพอาจพิจารณาได้ว่าไม่เป็นส่วนควบ แต่เมื่อมีพิจารณาถึงการเปลี่ยนสภาพของทรัพย์สินด้วยผลอาจต่างออกไป ถ้าหากการรวมสภาพของตัวถังและเครื่องยนต์นั้นก่อให้เกิดคุณค่าพิเศษ และจะสูญเสียไปเมื่อแยกมันออกจากกัน เช่น เป็นเครื่องยนต์และตัวถังพิเศษที่ต้องใช้ร่วมกันเท่านั้นนำเอาไปใช้กันรถยนต์คันอื่นไม่ได้ ดังนี้แล้วอาจเป็นส่วนควบเนื่องจากการแยกจากกันก่อให้เกิดการเปลี่ยนสภาพไป เพราะเหตุว่าเมื่อแยกจากกันแล้วตัวถังและเครื่องยนต์ที่มีลักษณะพิเศษจะสูญเสียคุณค่าไปเนื่องจากไม่สามารถนำไปใช้กับตัวถังหรือเครื่องยนต์แบบธรรมดาได้)

ใดบ้างที่จะได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนควบของที่ดิน¹¹⁴ ซึ่งทรัพย์สินที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนควบของที่ดินตามนัย Section 94 คือทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินในลักษณะตรึงตราถาวรโดยเฉพาะโรงเรือน ผลผลิตที่เกิดจากที่ดินตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังรวมสภาพกับที่ดินอยู่ เมล็ดพันธุ์ที่ถูกหว่านลงในที่ดิน และต้นไม้ที่ปลูกลงในที่ดิน

เหตุที่ Section 94 ต้องบัญญัติลักษณะของทรัพย์สินที่จะเป็นส่วนควบของที่ดินเพิ่มเติม ทั้งๆ ที่มี Section 93 บัญญัติไว้อยู่แล้ว เพราะเหตุว่า ในบางกรณีเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่า การแยกทรัพย์สินจะก่อให้เกิดการเสียหายหรือเสียสภาพตาม Section 93 หรือไม่ และทรัพย์สินบางอย่างแม้ว่าจะความเป็นไปได้ที่จะแยกออกจากที่ดินได้ แต่ด้วยลักษณะของการรวมสภาพของทรัพย์สินที่มีความมั่นคงยึดติดกับที่ดินอย่างถาวรวิญญูชนทั่วไป (*Verkehsauffassung*) ย่อมเห็นได้ว่าการแยกทรัพย์สินดังกล่าวออกจากที่ดินจะก่อให้เกิดความยุ่งยากที่จะต้องใช้ความพยายามอย่างมาก และใช้ค่าใช้จ่ายในอัตราที่สูงในการแยกทรัพย์สิน กฎหมายจึงบัญญัติให้ทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นส่วนควบของที่ดิน¹¹⁵

เมื่อทรัพย์สินต้องด้วยลักษณะการเป็นส่วนควบของที่ดินตามนัยแห่ง Section 93 และ Section 94 กฎหมายจะซื้อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบของที่ดินให้ตกได้แก่เจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Section 946 ที่บัญญัติให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินขยายไปสู่ทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบ เห็นได้ว่า กฎหมายเยอรมันได้รับข้อความคิดเรื่อง *superficies solo cedit* มาจากกฎหมายโรมัน¹¹⁶

¹¹⁴ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 76.; Ernest J Schuster, The Principles of German Civil Law, (Clarendon Press Oxford : 1907), p. 63. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 629.

¹¹⁵ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 76.

¹¹⁶ Christian Hertel and Hartmut Wicke, Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report:Germany (The European University Institute (EUI), November 25,2004), p.6. (หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าทรัพย์สินตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามนัยแห่ง Section 946 โดยไม่มีกรณีตามนัยแห่ง Section 95 แล้ว ทรัพย์สินนั้นจะถูกซื้อกรรมสิทธิ์ให้ตกเป็นของเจ้าของที่ดิน แม้มีการรื้อถอนภายหลังกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวก็ยังคงเป็นของเจ้าของที่ดินอยู่ ไม่ตกกลับไปเป็นของเจ้าของเดิม เจ้าของทรัพย์สินเดิมทำได้เพียงเรียกค่าสินไหมทดแทนตามนัยแห่ง Section 951 โปรดดู Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany” in National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 3:

การที่ Section 946 บัญญัติให้เจ้าของที่ดินได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง ก็เนื่องมาจากเหตุผลในการรักษาหลักความแน่นอนทางเศรษฐกิจ โดยมุ่งห้ามมิให้มีการแยกสิทธิในโรงเรือนออกจากที่ดิน แม้ว่าการแยกโรงเรือนออกจากที่ดินจะไม่ก่อความเสียหายแก่ที่ดินก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินว่าควรได้สิทธิในโรงเรือนที่ติดกับที่ดินไปด้วยในฐานะเป็นส่วนควบ โดยไม่ต้องตรวจสอบความมีสิทธิ หรือไม่มีสิทธิของเจ้าของที่ดินเหนือโรงเรือนที่ตั้งบนที่ดินนั้น ทำให้เกิดหลักที่ว่า ผู้เป็นเจ้าของที่ดินย่อมเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินทั้งสิ้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าใครเป็นผู้ปลูกสร้างโรงเรือน หรือใครเป็นเจ้าของสัมภาระที่ใช้ในการปลูกสร้าง และไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ปลูกสร้างจะรู้หรือไม่ ว่าได้ปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของผู้อื่น หรือเชื่อว่าตนเองเป็นเจ้าของที่ดิน หรือมีสิทธิในที่ดินที่ปลูกสร้างลงนั้น นอกจากนี้ ยังไม่ต้องคำนึงถึงว่าเจ้าของที่ดินจะรู้หรือควรได้รู้ ว่ามีผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของตน ไม่ว่าจะรู้ก่อนแล้ว หรือภายหลังก็ตาม กับทั้งไม่ต้องคำนึงว่าราคาที่ดินก่อนปลูกสร้างกับหลังปลูกสร้างจะแตกต่างกันเพียงใด สำคัญอยู่แต่เพียงว่า โรงเรือนนั้นเป็นสาระสำคัญในที่ดินหรือไม่ ตามนัยแห่ง Section 946 Section 93 Section 94 วรระกแรก ประโยคที่หนึ่ง เว้นแต่จะต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 95 BGB¹¹⁷ ซึ่งกล่าวถึงวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว (Merely temporary purpose) และการปลูกสร้างโดยผู้มีสิทธิในที่ดิน ทั้งสิทธิที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) และสิทธิที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายพิเศษคือ Regulation on Building Leases in 1919 (Verordnung über das Erbbaurecht)

4.2.3.2 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบของประเทศเยอรมนี

ข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้างโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินปรากฏอยู่ใน Section 95 มีสาระสำคัญดังนี้

Germany, Greece, Lithuania, Hungary. , ed. Wolfgang Faber / Brigitta Lurger. (Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011), p. 131.)

¹¹⁷ Wolff Martin, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich (Jena : Fischer , 1900), p. 63.

“Section 95 วัตถุประสงค์ชั่วคราว

(1) ทรัพย์ที่ติดกับที่ดินโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการติดเพียงชั่วคราวไม่เป็น ส่วนควบของที่ดิน ความข้อนี้ให้ใช้บังคับแก่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นซึ่งทำลงบนที่ดินของผู้อื่นโดย ผู้ทำเป็นผู้ทรงสิทธิในที่ดินและใช้สิทธินั้นทำลงไว้

(2) ทรัพย์ที่ถูกรวมสภาพเข้ากับโรงเรือนโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการติด เพียงชั่วคราวไม่เป็นส่วนควบของอาคาร”¹¹⁸

Section 95 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์โดยหลักส่วนควบ มิได้มีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันดังเช่นกรณี Section 946 แต่เป็น บทบัญญัติที่มาจากกฎหมายเยอรมันดั้งเดิม เป็นข้อยกเว้นหลักส่วนควบที่มีรากฐานเกี่ยวกับการ พิจารณาความเป็นอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันดั้งเดิมถือว่า โรงเรือนที่ปลูกสร้างด้วย ไม้ (wooden houses) เป็นเพียงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม อาคารที่ก่อสร้างด้วยหิน (stone building) เช่น โบสถ์ ศาลาว่าการ ที่อยู่อาศัยของคนร่ำรวย หรือปราสาทของอัศวิน ได้รับ การยอมรับทั้งทางข้อเท็จจริงและกฎหมายดั้งเดิมว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น แม้ที่บ้านที่ปลูกสร้าง ด้วยไม้จะมีลักษณะติดตรึงตราแน่นหนากับที่ดิน อันมีลักษณะอย่างอสังหาริมทรัพย์ตามที่เข้าใจกันใน ปัจจุบันก็ตาม แต่ตามกฎหมายเยอรมันดั้งเดิมก็ถือว่าบ้านไม้นั้นเป็นสังหาริมทรัพย์อยู่นั่นเอง ดังจะ เห็นได้จากภาษิตดั้งเดิมที่ว่า “Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis” : สิ่งใดที่คบเพลิงเผาผลาญ ได้ เป็นสังหาริมทรัพย์ (Whatever the torch consumes is a chattel.) ข้อความคิดดังกล่าวได้ ส่งผ่านมายังการพิจารณาความเป็นส่วนควบของที่ดินด้วย กล่าวคือ สิ่งปลูกสร้างที่มีลักษณะดังเช่น บ้านไม้ (wooden building) ยังคงถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ได้ติดตรึงตราทำนองเดียวกับสิ่งปลูกสร้างที่ทำด้วย หิน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นส่วนควบของที่ดินไปด้วย ข้อความคิดนี้ได้ขยายตัวมาปรับใช้กับกรณีบ้านของ ชาวเมืองที่สร้างขึ้นในที่ดินที่เจ้าเมืองให้เช่าอาศัย (leihen) โดยชาวเมืองมีสิทธิเป็นเจ้าของบ้านที่สร้าง

¹¹⁸ Section 95 Merely temporary purpose

(1) The parts of a plot of land do not include things that are connected with the land only for a temporary purpose. The same applies to a building or other structure that is connected with a plot of land belonging to another by a person exercising a right over that land.

(2) Things that are inserted into a building for a temporary purpose are not parts of the building.

ขึ้น¹¹⁹ ต่อมาเมื่อมีจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ข้อความคิดจากกฎหมายโรมัน คือหลัก *superficies solo cedit* ได้เข้ามามีบทบาท เรือนไม้ที่ปลูกสร้างอย่างแน่นหนาดีแล้วจึงเป็นส่วนควบของที่ดินที่กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะขยายไปถึงได้ แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายเยอรมันดั้งเดิมก็ได้ถูกละทิ้งเสียทีเดียว โดยมีการนำมาบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของการเป็นส่วนควบดังปรากฏใน Section 95¹²⁰

1. ทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการติดเพียงชั่วคราว

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของ Section 95 จะเห็นได้ถึงสาระสำคัญว่า ทรัพย์สินที่ติดกับที่ดิน หากติดโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว (for a temporary purpose) จะไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน ผลของการติดกับที่ดินเพียงชั่วคราวนี้ยังนำไปปรับใช้กับกรณีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่นโดยผู้ทรงสิทธิในที่ดิน (the holder of a right over another's land) ใช้สิทธิทำลงไว้ (in the exercise of this right) ด้วย บทบัญญัติมาตรานี้แสดงให้เห็นถึงการนำเจตนาในการปลูกสร้างมาพิจารณาความเป็นส่วนควบของที่ดินซึ่งต่างจาก Section 93 และ Section 94 ที่มีได้บัญญัติเปิดช่องให้เจตนาของคู่กรณีมีบทบาทต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบ¹²¹

การพิจารณาวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราวตามนัยแห่ง Section 95 ในบางกรณีสามารถอนุมานได้จากปัจจัยในทางภาวะวิสัย (objective factors) กล่าวคือ พิจารณาจากการติดกับที่ดินที่มีสภาพของการใช้งานในระยะเวลานั้นๆ (an attachment bring short-lived) การใช้งานในระยะเวลากำหนดนี้เองที่จะอนุมานได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว เช่น การสร้างร้านออกงานประจำปีที่มีระยะเวลาจำกัดบนที่ดินที่มีการใช้สอยหมุนเวียนเปลี่ยนไปตลอดเวลา ที่พักทหารที่สร้างขึ้นเพียงชั่วคราวยามสงคราม หรือสถานีรถไฟชั่วคราว เป็นต้น สิ่งปลูกสร้างชั่วคราวเหล่านี้ กฎหมายไม่ถือว่าเป็นส่วนควบของที่ดินอันเป็นที่ตั้งของสิ่งปลูกสร้างนั้นๆ ไม่ว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นจะติดตรึงตราอยู่กับที่ดินหรือไม่ก็ตาม และไม่ต้องคำนึงถึงว่าเจ้าของที่ดินหรือบุคคลอื่นใดเป็นผู้ปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างนั้นขึ้น และไม่ขึ้นอยู่กับว่าผู้ปลูกสร้างสิ่งนั้นปลูกสร้างโดยมีสิทธิหรือไม่ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการสร้างเพื่อใช้ในกิจการที่มีช่วงเวลาจำกัดแล้ว ย่อมเห็นได้โดยทั่วไปว่ามีวัตถุประสงค์ในการใช้

¹¹⁹ Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law* (Boston : Little, Brown, and Company , 1918), pp. 166-167,172.

¹²⁰ Wolff Martin, *supra note 117*, pp. 72-73, 85-86.

¹²¹ L P W van Vliet, *supra note 16*, p. 76. ; Lars van Vliet, *supra note 1*, p. 634.

งานเพียงชั่วคราว แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการติดอย่างแน่นหนากับที่ดินตามนัยแห่ง Section 93 และ Section 94 อาจนำไปสู่การอนุมานได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะติดกับที่ดินอย่างถาวรได้เช่นกัน¹²² ดังนั้น จึงเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนขึ้นได้ เพราะอาจเกิดข้อโต้แย้งได้ว่า ในเมื่อสภาพการติดเป็นการติดกับที่ดินอย่างแน่นหนาหากรื้อถอนไปจะก่อให้เกิดความเสียหาย การติดดังกล่าวจะเป็นการติดอย่างชั่วคราวได้อย่างไร เหตุนี้เองที่ทำให้เจตนาซึ่งเป็นเรื่องทางอัตวิสัยของคู่กรณีเข้ามามีบทบาทต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบ

เมื่อการพิจารณาว่าสิ่งปลูกสร้างใดเป็นสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวโดยใช้ปัจจัยทางภาวะวิสัย (objective factors) ไม่เป็นการเพียงพอ เจตนาของผู้ปลูกสร้างที่สร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นโดยมุ่งจะรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไปหลังจากได้ใช้สอยสิ่งปลูกสร้างนั้นตามความประสงค์เป็นการชั่วคราว ก็จะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณา เจตนาของคู่กรณีที่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบตามนัยแห่ง Section 95 มักปรากฏให้เห็นได้ในสัญญาเช่า (a lease contract) ซึ่งมีข้อสัญญาให้ผู้เช่าเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าสร้างบนที่ดินที่เช่า และเนื่องจากลักษณะสัญญาเช่าที่เป็นการเข้าใช้ประโยชน์จากที่ดินในช่วงเวลาอันจำกัดนี้เอง การปลูกปลูกสิ่งใดลงบนที่ดินในระหว่างระยะเวลาเช่าอาจอนุมานได้ว่าเป็นการสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราวตามนัยแห่ง Section 95 แต่เนื่องจากสัญญาเช่าเป็นบุคคลสิทธิผูกพันระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้เช่า บุคคลที่สามย่อมไม่อาจทราบได้เลยว่าการสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นการสร้างตามสัญญาเช่าซึ่งจะถือได้ว่าเป็นการสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราวหรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากสภาพภายนอกแล้วทรัพย์สินที่ติดที่ดินดังกล่าวอาจมีสภาพเป็นส่วนควบได้ เพราะเป็นการติดอย่างแน่นหนาถาวร ดังนั้นการยอมรับบทบาทของเจตนาแบบอัตวิสัยจึงกระทบต่อหลักการคุ้มครองบุคคลภายนอก (third party

¹²² L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 77. ; Christian Hertel and Hartmut Wicke, *supra* note 116, p. 6. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 634. ; Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 69-70.) (หากสภาพทางกายภาพของสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกทำลงไว้เพียงชั่วคราว ปลูกทำไว้เพียงหลวมๆ สามารถรื้อถอนได้ง่าย เช่น กระจัง เต็นท์ แผงตั้งขายสินค้า สิ่งปลูกสร้างเหล่านี้ล้วนไม่ได้ติดตรึงตราถาวรกับที่ดิน โดยสภาพแล้วย่อมจัดเป็นสังหาริมทรัพย์ แม้ว่าจะมุ่งปลูกสร้างไว้เป็นการถาวรก็ตาม ย่อมต้องถือว่าเป็นทรัพย์สินแยกต่างหากจากที่ดินและตกอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ว่าด้วยสังหาริมทรัพย์ และไม่จัดเป็นกรณีที่ตกอยู่ในบังคับมาตรา 95 วรรคแรก BGB เลย โปรดดู Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 82-83.)

protection)¹²³ ส่วนเจตนาแบบอัตวิสัยที่ปรากฏในสัญญาอื่นๆ ที่ไม่มีลักษณะหรือเนื้อหาที่สอดคล้องแสดงถึงการเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินชั่วคราวระยะเวลาอันจำกัดย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามนัยแห่ง Section 95 นี้ได้ กล่าวคือทรัพย์สินคงเป็นส่วนควบของที่ดินอยู่แต่คู่กรณีมีสิทธิทางหนึ่งที่จะบังคับระหว่างกันเท่านั้น¹²⁴

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ปลูกสร้างได้เปลี่ยนความมุ่งหมายที่จะใช้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเพียงชั่วคราว เช่น ปลูกสร้างโรงเรือนเพื่อใช้ในการแสดงสินค้า โดยเดิมทีเดิมมุ่งใช้เพียงชั่วคราว แต่เมื่อสิ้นสุดการแสดงสินค้าแล้ว ผู้ปลูกสร้างกลับเปลี่ยนใจใช้สิ่งปลูกสร้างนั้นเพื่อการอย่างอื่นเป็นการถาวร เช่น ใช้เป็นโกดังสินค้า ในกรณีเช่นนี้ สิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมแปรสภาพจากสิ่งปลูกสร้างชั่วคราว กลายเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรทันทีที่มีการเปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายในการใช้สิ่งปลูกสร้าง และย่อมกลายเป็นส่วนควบของที่ดินไปในเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นการทำลายสถานะของการยกเว้นหลักส่วนควบให้สิ้นสุดไปนับแต่นั้น ซึ่งกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายในการใช้สิ่งปลูกสร้างอาจเกิดขึ้นได้บ่อยๆ ระหว่างที่สิ่งปลูกสร้างนั้นยังคงตั้งอยู่บนที่ดิน¹²⁵

อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการใช้สิ่งปลูกสร้างจากชั่วคราวเป็นถาวร ไม่อาจถือว่าสำเร็จเสร็จลงในเวลาที่ผู้มีอำนาจใช้สอยหรือเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างนั้นตัดสินใจเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์แต่เพียงอย่างเดียวได้ เพราะการถือเอาการตัดสินใจเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของผู้มีอำนาจใช้สอยหรือเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างเป็นเกณฑ์ ย่อมทำให้ผลทางกฎหมายในเรื่องนี้ผูกติดอยู่กับปัจจัยทางอัตวิสัยของบุคคล และอาจขัดต่อความรู้สึกนึกคิดของวิญญูชนได้ ดังนั้น จึงไม่อาจถือว่าการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในการใช้สิ่งปลูกสร้างสำเร็จลงทันทีที่มีการตัดสินใจหรือแสดงเจตนาเช่นนั้น แต่ต้องถือว่า เวลาที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นแปรสภาพจากสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวมาเป็นสิ่งปลูกสร้างที่ติดตรึงถาวรกับที่ดิน คือ เวลาที่มีการดำเนินการตามความมุ่งหมายที่เปลี่ยนแปลงไปสำเร็จลงแล้ว กล่าวคือตั้งแต่เวลาที่มีการนำสิ่งปลูกสร้างมาใช้อย่างถาวรตามความประสงค์นั้นแล้ว¹²⁶

¹²³ L P W van Vliet, *supra* note 16, p. 77. ; Christian Hertel and Hartmut Wicke, *supra* note 116, p. 6.

¹²⁴ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, pp. 70, 122-123.

¹²⁵ Wolff Martin, *supra* note 117, p. 70

¹²⁶ *Ibid.*

อนึ่ง Section 95 วรรคแรก ประโยคที่หนึ่ง เป็นข้อยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในกรณีที่สิ่งปลูกสร้างชั่วคราวตั้งแต่แรกสร้างเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการปลูกสร้างโรงเรือนเป็นการถาวร แล้วต่อมามีการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการใช้โรงเรือนนั้นเป็นเพียงชั่วคราวในภายหลัง โดยไม่อาจถือได้ว่า โรงเรือนที่สร้างเป็นการถาวรเดิมได้ถูกรื้อถอนออกไป แล้วปลูกสร้างลงใหม่เป็นการชั่วคราวได้อีก เช่น กรณีที่มีการปลูกสร้างโรงเรือนเป็นการถาวร ต่อมากเจ้าของโรงเรือนตัดสินใจรื้อถอนโรงเรือน แต่ยังไม่ทันได้รื้อถอนก็กลับเปลี่ยนใจจะลอการรื้อถอนไว้ก่อน แล้วใช้สอยชั่วคราวในระหว่างนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการปลูกสร้างลงใหม่ แม้มีการใช้สอยโดยมุ่งประสงค์เพียงชั่วคราว ก็ไม่อาจทำให้โรงเรือนนั้นเป็นโรงเรือนที่ปลูกลงเพียงชั่วคราวบนที่ดินขึ้นมาได้ ดังนี้ โรงเรือนนั้นย่อมเป็นส่วนควบของที่ดินมาตั้งแต่ต้น แม้ก่อนรื้อถอน จะมุ่งใช้เป็นการชั่วคราวก็ไม่ทำให้เข้าข้อยกเว้นของหลักส่วนควบขึ้นมาได้ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าของที่ดินไม่อาจโอนกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนนั้นแก่ผู้เช่าอย่างสังหาริมทรัพย์ได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีขายวัสดุที่ได้จากการรื้อถอนเท่านั้น ทำนองเดียวกัน คู่กรณีก็ไม่อาจสมมติกันเองว่าได้มีการรื้อถอนโรงเรือนออกไปแล้วปลูกลงใหม่เป็นการชั่วคราวได้¹²⁷

ผลทางกฎหมายของการปลูกสร้างโรงเรือนที่ต้องด้วยกรณีตาม Section 95 วรรคแรกคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งทาลงไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว ไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน ดังนั้น ย่อมตกเป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์แยกต่างหากจากที่ดินได้ ไม่ต้องด้วยกรณีตามมาตรา 93 และด้วยเหตุนี้ การโอนที่ดินย่อมไม่มีผลเป็นการโอนสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวไปด้วย กล่าวคือ ผู้โอนไม่อาจอ้างสิทธิการโอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวในฐานะเป็นวัตถุแห่งสิทธิอันหนึ่งอันเดียวกันได้ ในกรณีเช่นนี้ การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินย่อมไม่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งปลูกสร้างไปด้วยได้ และการจำนองที่ดินย่อมไม่มีผลผูกพันสิ่งปลูกสร้างด้วยเช่นกัน และแม้ว่าเจ้าของที่ดินและเจ้าของสิ่งปลูกสร้างจะเห็นพ้องต้องกันว่า สิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นส่วนควบของที่ดิน ก็ไม่อาจทำให้สิ่งปลูกสร้างซึ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินเพียงชั่วคราวกลับกลายเป็นส่วนควบของที่ดินไปได้ ตราบเท่าที่สิ่งปลูกสร้างนั้นยังเป็นสิ่งปลูกสร้างที่มุ่งใช้เป็นสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวอยู่ โดยไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์และมีการใช้สิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นการถาวรเสียก่อน¹²⁸

ในกรณีที่สิ่งปลูกสร้างชั่วคราวเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวร สิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมสูญเสียสถานะข้อยกเว้นของหลักส่วนควบและกลายเป็นส่วนควบของที่ดิน พร้อมกันนั้น กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวที่เคยแยกออกจากกรรมสิทธิ์ที่ดิน ก็ย่อมหลอมรวมกลายเป็น

¹²⁷ *Ibid.*, p. 71

¹²⁸ *Ibid.*

ส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ตาม Section 946 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามหลักส่วนควบย่อมมีขึ้นแม้ว่าสิ่งปลูกสร้างจะมีได้เป็นส่วนควบของที่ดินมาก่อน ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ใน Section 946 รองรับผลของ Section 93 ซึ่งไม่ยอมให้บุคคลก่อสิทธิถือสิทธิในส่วนควบแยกต่างหากออกจากตัวทรัพย์สินได้ ดังนั้น หากบุคคลใดมีสิทธิเหนือสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวในฐานะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็สิทธิอาศัย หรือสิทธิเก็บกินในโรงเรือนของผู้อื่น หากสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวนั้นกลายเป็นส่วนควบของที่ดินแล้ว สิทธิเหนือทรัพย์สินในสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวนั้นย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป หรือในกรณีที่กรรมสิทธิ์ในที่ดินและกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวนั้นตกอยู่ในมือของบุคคลคนเดียว สิทธิเหนือทรัพย์สินในสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวย่อมระงับสิ้นไป เพราะวัตถุแห่งสิทธิคือสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวนั้นได้สิ้นสลายไปโดยผลของกฎหมายแล้ว¹²⁹ กล่าวคือ กลายเป็นส่วนควบของที่ดิน สิ้นสภาพการเป็นโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวที่เป็นวัตถุแห่งกรรมสิทธิ์แยกต่างหากจากที่ดินได้

2. โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกลงในที่ดินของผู้อื่นโดยมีสิทธิ

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลใดปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นโดยมีสิทธิในที่ดิน ผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับการปลูกสร้างชั่วคราว จะถูกนำไปปรับใช้กับปลูกสร้างที่มีลักษณะเช่นนั้นด้วย กล่าวคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไม่เป็นส่วนควบของที่ดิน จึงตกเป็นวัตถุแห่งการแยกถือกรรมสิทธิ์ต่างหากจากที่ดินได้ เจ้าของที่ดิน หรือผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่อาจได้สิทธิเหนือโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งมีผู้ปลูกสร้างลงบนที่ดินนั้นไว้โดยอาศัยการมีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ บ้านซึ่งผู้ทรงสิทธิเก็บกินใช้สิทธิเก็บกินปลูกลงไว้ในที่ดินที่ตนมีสิทธิเก็บกิน หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่ผู้ทรงสิทธิภาระจำยอมใช้สิทธิภาระจำยอมเหนือที่ดินของผู้อื่นปลูกสร้างลงไว้ในที่ดินนั้น ย่อมไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน และส่งผลให้ผู้ทรงสิทธิในที่ดิน ได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างที่ตนได้ปลูกสร้างลงไว้ในที่ดิน¹³⁰

Section 95 กล่าวถึงกรณีที่ผู้มิสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ย่อมก่อให้เกิดข้อสงสัยว่า สิทธิเช่นนั้นรวมไปถึงสิทธิเหนือบุคคล ดังเช่นสิทธิของผู้เช่าที่ดินด้วยหรือไม่ หากผู้เช่าที่ดินได้ปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่า จะถือได้หรือไม่ว่า ผู้เช่าเป็นผู้ปลูกสร้างโรงเรือนโดยมีสิทธิในที่ดิน ในประเทศเยอรมนี มีผู้สนับสนุนความเห็นนี้หลายท่านด้วยกัน เช่น Dernburg ในตำรากฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (ค.ศ.1898) หรือในตำราของ Endemann ว่าด้วยความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 5 (ค.ศ.1899) ซึ่งกล่าวถึงสิทธิของผู้

¹²⁹ Ibid., p. 72.

¹³⁰ Ibid., pp. 72-73.

ครอบครองที่ดินของผู้อื่นโดยอาศัยฐานบุคคลสิทธิโดยสุจริตว่า สามารถจัดเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นข้างต้นนี้มีข้อโต้แย้งได้ว่า คำว่าสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามความหมายที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 95 ย่อมหมายถึงทรัพย์สินเท่านั้น การอ้าง Section 95 ซึ่งเป็นบทยกเว้นหลักส่วนควบมาปรับใช้โดยขยายความ หรือโดยเทียบเคียงเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำ การจะอ้างว่าความมุ่งหมายของ Section 95 วรรคแรก ประโยคที่ 2 ว่ารวมไปถึงการปลูกสร้างโดยผู้เช่าด้วยนั้น แม้จะอ้างได้ว่าผู้เช่ามีสิทธิตามสัญญา สิทธิเช่นนั้นก็แม้แต่เพียงบุคคลสิทธิหรือสิทธิที่ปกติย่อมใช้อ้างได้เฉพาะต่อคู่สัญญาเท่านั้น สิทธิจากสัญญาเช่นนั้นไม่อาจนำมาเทียบเคียงได้กับทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นได้ ดังนั้น การขยายความคำว่าผู้ทรงสิทธิในที่ดินของผู้อื่นให้รวมไปถึงผู้เช่าด้วยเป็นการไม่ถูกต้อง มิฉะนั้นแล้ว บรรดาผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือมีบุคคลสิทธิที่ใช้ยื่นเจ้าของที่ดินได้ ที่ได้ปลูกสร้างสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงบนที่ดินย่อมอาจอ้างกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งปลูกสร้างเหล่านั้นในฐานะผู้ปลูกสร้างโดยมีสิทธิได้ทั้งสิ้น และทำให้ข้อยกเว้นหลักส่วนควบขยายออกไปไม่มีที่สิ้นสุด¹³¹

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่น (Recht an einem fremden Grundstück) ของประเทศเยอรมนีจะพบว่า การได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินเกิดจากข้อตกลง (agreement) ของผู้ทรงสิทธิในที่ดินซึ่งก็คือเจ้าของที่ดินกับบุคคลที่จะได้รับสิทธิในที่ดินของผู้อื่น และข้อตกลงก่อสิทธิดังกล่าวจะต้องได้รับการจดทะเบียนตามนัยแห่ง Section 873 มีสาระสำคัญว่า

“Section 873 การได้มาโดยการตกลงและจดทะเบียน

(1) การโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน การทรงสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ตลอดถึงการโอนและการเปลี่ยนแปลงสิทธิเช่นว่านั้นต้องมีการตกลงระหว่างผู้ทรงสิทธิในที่ดินกับบุคคลอื่น และจะต้องมีการจดทะเบียนการโอน การทรงสิทธิ และการเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวด้วย เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

(2) ก่อนการจดทะเบียนสิทธิดังกล่าว คู่สัญญาจะผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวเฉพาะกรณีที่ได้มีการบันทึกข้อตกลงต่อ notary หรือข้อตกลงนั้นได้ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานที่ดิน หรือได้รับความเห็นชอบจากเจ้าพนักงานที่ดิน หรือเมื่อผู้ทรงสิทธิในที่ดินได้ส่งหนังสือรับรองการจดทะเบียนให้คู่สัญญาแล้ว”¹³²

¹³¹ Ibid., p. 73-74.

¹³² Section 873 Acquisition by agreement and registration

จะเห็นได้ว่า ความเห็นทางกฎหมายที่เห็นว่าสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตาม Section 95 มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน สอดคล้องกับบัญญัติเรื่องการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตาม Section 873 ที่แสดงให้เห็นว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตาม Section 95 มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน (real rights) การได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวกฎหมายบังคับให้มีการจดทะเบียน ซึ่งการจดทะเบียนมีผลเป็นการก่อให้เกิดทรัพย์สินขึ้น (constitutive effect) มิใช่แต่เพียงการรับรองสิทธิที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น¹³³ ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น คือ ภาระจำยอม (Dienstbarkeit) ปรากฏใน Section 1020¹³⁴ สิทธิเก็บกิน (Nießbrauch) ปรากฏใน Section 1037¹³⁵ และสิทธิเหนือพื้นดิน (Erbbaurecht) ปรากฏใน

(1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law.

(2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other person an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Code [Grundbuchordnung].

¹³³ Christian Hertel and Hartmut Wicke, *supra* note 116, p. 13. ; European University Institute (EUI), *supra* note 36, p. 33.

¹³⁴ Section 1020 Considerate use

When using an easement, the person entitled must if possible observe the interest of the owner of the servient plot of land. If he maintains an installation on the servient plot of land in order to use the easement, he must keep the installation in a proper condition to the extent that the interest of the owner requires this..

¹³⁵ Section 1037 Transformation

(1) The usufructuary is not entitled to transform the thing or substantially change it.

Regulation on Building Leases in 1919 : Verordnung über das Erbbaurecht¹³⁶ บรรดาทรัพย์สินเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นสิทธิที่มีเนื้อหาให้อำนาจในการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้อื่นโดยมีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นอย่างชัดเจน ดังนั้นการปลูกสร้างโดยอาศัยทรัพย์สินประเภทภาระจำยอม หรือสิทธิเก็บกินย่อมอยู่ในบังคับของ Section 95¹³⁷ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินประเภทสิทธิเหนือพื้นดินแต่เพียงอย่างเดียว

มีข้อสังเกตว่า สิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายเยอรมัน ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) เหมือนทรัพย์สินชนิดอื่นๆ แต่ได้บัญญัติแยกออกไปเป็นกฎหมายพิเศษคือ The Regulation on Building Leases in 1919 (Verordnung über das Erbbaurecht) มีสาระสำคัญคือ เป็นบทกฎหมายที่ทำหน้าที่จำกัดสิทธิและสร้างภาระต่อเจ้าของที่ดิน โดยการให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินมีสิทธิในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนหรือใต้พื้นดินได้ ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะเข้าไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ผลดังกล่าวเป็นการยกเว้นหลัก *superficies solo cedit* ทำให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินสามารถมีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นของตนเองได้โดยไม่ต้องมีที่ดินเป็นของตน¹³⁸

สิทธิในที่ดินของผู้อื่นที่จะเป็นเหตุยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลัก ส่วนควบ จะต้องเป็นสิทธิที่มีอยู่ในขณะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินนั้น การมีสิทธินี้อาจหมายความว่ารวมถึงการมีสิทธิโดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขด้วยก็ได้ โดยสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่นปลูกทาลงไว้ ย่อมตกได้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินทันทีที่การปลูกสร้างสำเร็จเสร็จลง¹³⁹ และแม้สิทธิในที่ดินของผู้อื่นได้ระงับสิ้นไปแล้ว กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินย่อมไม่ระงับสิ้นไปตามสิทธิในที่ดิน แต่ในกรณีเช่นนี้ เจ้าของ

(2) The usufructuary of a plot of land may erect new facilities to extract stone, gravel, sand, loam, clay, marl, peat and other components of the ground, except where the economic purpose of the plot of land is materially altered as a result.

¹³⁶ L P W van Vliet, *supra* note 16, pp. 77-78.

¹³⁷ L P W van Vliet, *supra* note 16, pp. 77-78. ; Lars van Vliet, *supra* note 1, p. 635.

¹³⁸ Christian Hertel and Hartmut Wicke, *supra* note 116, p. 9-10. ; European University Institute (EUI), *supra* note 36, pp. 21-22.

¹³⁹ Wolff Martin, *supra* note 117, p. 70.

ที่ดินซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสิทธิในที่ดินของผู้ปลูกสร้างอีกต่อไป ย่อมไม่มีหน้าที่จะต้องยอมให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นอยู่ในที่ดินของตนต่อไปอีก ในขณะเดียวกัน เจ้าของที่ดินก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องโอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นให้แก่ตนแต่อย่างใด และเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าของที่ดินยอมรับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไว้ แล้วเรียกค่าทดแทนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น อย่างไรก็ตาม เจ้าของที่ดินกับเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง อาจตกลงกันให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นโอนไปเป็นของเจ้าของที่ดินในระหว่างที่ยังมีสิทธิในที่ดินอยู่ หรือหลังจากสิ้นสิทธิในที่ดินแล้วก็ได้ การโอนกรรมสิทธิในโรงเรือนแก่เจ้าของที่ดินในกรณีเช่นนี้ ย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยการตกลงและส่งมอบโรงเรือนแก่กัน โดยนাবทบัญญัติว่าด้วยการได้กรรมสิทธิในสังหาริมทรัพย์ คือ Section 929 BGB มาปรับใช้แก่กรณี¹⁴⁰

ผลทางกฎหมายของการโอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินปลูกสร้างลงไว้ในที่ดินแก่เจ้าของที่ดินนี้ มิได้เกิดจากผลของข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นผลของการเพิกถอนสถานะของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในฐานะที่เป็นทรัพย์สินแยกต่างหากจากที่ดินโดยไม่เป็นส่วนควบของที่ดินพร้อมกันไปด้วย ซึ่งมีผลทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นกลับกลายเป็นส่วนควบของที่ดินอีกครั้งหนึ่ง ตามนัยแห่ง Section 93 ประกอบ Section 946¹⁴¹

4.2.3.3 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบของประเทศเยอรมนี

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น หากไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่ง Section 95 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างย่อมเป็นส่วนควบของที่ดินและตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Section 946 ซึ่งผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่สูญเสียกรรมสิทธิในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไปจะมีสิทธิได้ค่าทดแทนจากเจ้าของที่ดินหรือไม่อย่างไร สามารถพิจารณาได้จากความใน Section 951 มีสาระสำคัญดังนี้

“Section 951 การชดเชยสำหรับการสูญเสียสิทธิ

(1) บุคคลซึ่งสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินของตนไปตามความใน Section 946 ถึง Section 950 อาจเรียกค่าชดเชยการสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินได้จากบุคคลผู้ได้รับสิทธิในทรัพย์สินนั้นไป

¹⁴⁰ Wolff Martin, *supra* note 117, p. 81.; Lars van Vliet, *supra* note 1, pp. 635-636.

¹⁴¹ Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 81-82.

การจ่ายค่าชดเชยจะเป็นประการใดอยู่ในบังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเรียกคืนลามิควรได้ แต่ทั้งนี้ผู้เสียสิทธิไม่สามารถเรียกให้มีการกลับคืนสู่สภาพเดิม

(2) บทบัญญัติเกี่ยวกับหนี้ที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายในกรณีมีการละเมิดบทบัญญัติเกี่ยวกับการชดใช้ค่าใช้จ่าย และสิทธิในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างไม่ได้รับผลกระทบการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามความใน Section 496 และ Section 497 ใช้ในกรณีที่ผู้ครอบครองมีสิทธิในการรื้อถอนอันเนื่องมาจากการอนุญาตของเจ้าของ (เจ้าของให้รื้อ) แม้ว่าการรวมสภาพนั้นจะมีได้เกิดจากการกระทำของผู้ครอบครองทรัพย์สินก็ตาม¹⁴²

การชดเชยสำหรับการสูญเสียสิทธิในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามนัยแห่ง Section 951 มีอยู่ด้วยกันสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก เป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างมีสิทธิเรียกค่าชดเชยจากเจ้าของที่ดินโดยอาศัยหลักการทางหนี้ในเรื่องลามิควรได้ตามนัยแห่ง Section 951 (1) ส่วนกรณีที่สอง เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติถึงสิทธิในการเรียกค่าเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิด กับทั้งค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และสิทธิในการรื้อถอนกรณีเจ้าของที่ดินอนุญาตให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปได้ตามนัยแห่ง Section 951 (2)

การเรียกค่าชดเชยการสูญเสียสิทธิกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามนัยแห่ง Section 951 (1) เป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ต้องใช้ค่าทดแทน

¹⁴² Section 951 Compensation for loss of rights

(1) A person who, as a result of the provisions of sections 946 to 950, suffers a loss of rights may require from the person to whose benefit the change of rights occurs payment in money under the provisions on the return of unjust enrichment. The restoration of the former state cannot be required.

(2) The provisions on the obligation to pay damages for torts and the provisions on the reimbursement of outlays made and on the right of removal of an installation are unaffected. In the cases of sections 946 and 947, the removal under the provisions applying to the right of removal of the possessor in relation to the owner is admissible even if the combination was not made by the possessor of the main thing.

ให้แก่ผู้ปลูกสร้าง การชดเชยดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องลามิควรได้¹⁴³ เมื่อพิจารณา บทบัญญัติในเรื่องลามิควรได้ที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยค่าทดแทนในกรณีนี้จะพบว่า มี Section 812 เป็นแม่บท¹⁴⁴ หากพิจารณาเนื้อหาของ Section 812 แต่เพียงอย่างเดียวจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการใช้ ค่าทดแทนตามหลักลามิควรได้ เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้หรือการได้ลามิควรโดยไม่มีฐาน ทางกฎหมาย หรือฐานทางกฎหมายเสียไปภายหลัง แต่เมื่อพิจารณา Section 951 (1) ประกอบด้วย จะพบว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ มิใช่กรณีไม่มีหนี้หรือฐานทางกฎหมายโดยตรง การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบเป็นการได้มาโดยมีฐานทางกฎหมายแล้ว เพียงแต่ กฎหมายเห็นควรให้นำหลักการใช้ค่าทดแทนในเรื่องลามิควรได้มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรม แก่ผู้ปลูกสร้าง ดังนั้นเจ้าของที่ดินจึงต้องชดเชยค่าทดแทนที่ผู้ปลูกสร้างได้เสียค่าใช้จ่ายในการปลูก สร้างไปตามนัยแห่ง Section 812 โดยเป็นการชดเชยตามนัยแห่ง Section 818 (2)¹⁴⁵ กล่าวคือ

¹⁴³ Ernest J Schuster, *supra* note 114, p. 351.; Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p. 34. (สิทธิเรียกร้องค่าชดเชยตาม Section 951 (1) โดยหลักแล้ว เป็นสิทธิ เรียกร้องต่อผู้ได้ลามิควรอันเนื่องมาจากการเสียสิทธิของผู้ปลูกสร้างซึ่งก็คือ เจ้าของที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในเวลาที่มีการปลูกสร้าง หรือผู้สืบสิทธิของเจ้าของที่ดินคนดังกล่าวเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินไปโดยไม่เสียค่าตอบแทน หากการได้ไปนั้น เป็นเหตุให้ผู้ได้ลามิควรโดยตรงหลุดพ้นจากการใช้ราคา ตามนัยแห่ง section 822 ด้วยเหตุนี้ บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินจากผู้ได้ลามิควรคนแรก คือเจ้าของที่ดิน อาจต้องรับผิดชอบตามหลักลามิควร ได้ ตาม Section 951 ประกอบ Section 822 BGB ด้วย โปรดดู: Wolff Martin, *supra* note 117, p. 64.)

¹⁴⁴ Section 812 Claim for restitution

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

(2) Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation.

¹⁴⁵ Section 818 Scope of the claim to enrichment

เจ้าของที่ดินจะต้องชดใช้ราคาแห่งโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างให้แก่ผู้ปลูกสร้าง โดยผู้ปลูกสร้างไม่สามารถเรียกให้มีการกลับสู่สภาพเดิมตามนัยแห่ง Section 818 (1) ได้¹⁴⁶ อันเนื่องมาจากผลของ Section 951 (1) ส่วนท้าย ทั้งนี้เพราะเหตุว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ได้ตกแก่เจ้าของที่ดินแล้ว จึงไม่สามารถเรียกร้องคืนมาได้อีกและยังเป็นการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าแห่งทรัพย์ที่รวมเข้ากันเป็นส่วนควมมีให้ถูกทำลายลง

การชดใช้ราคาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตาม Section 951 (1) คิดจากราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการมีอยู่ของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเท่านั้น โดยไม่จำเป็นว่าราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นจะต้องเท่ากับราคาค่าสมภาระแต่อย่างใด ซึ่งราคาค่าสมภาระอาจต่ำกว่า เท่ากับ หรือสูงกว่าราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นก็ได้ แต่หากปรากฏว่าราคาที่ดินไม่ได้เพิ่มสูงขึ้นเลย ดังเช่นในกรณีที่ที่ดินที่ปลูกสร้างมีค่าในการใช้เพื่อการเพาะปลูกยิ่งกว่าการมีสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้น หรืออาจเป็นไปได้ว่า ที่ดินอาจมีราคาสูงขึ้นในตอนต้นเพราะการปลูกสร้าง แต่ต่อมาราคาลดลงในภายหลัง หรือราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นสิ้นไปเพราะการที่สิ่งปลูกสร้างนั้นสูญสลาย ถูกทำลายไป เช่นถูกเพลิงไหม้หมด เมื่อเป็นเช่นนั้น เจ้าของที่ดินไม่จำเป็นต้องใช้ราคาแก่ผู้ปลูกสร้างเลย หน้าที่ในการชดใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นจึงจำกัดเพียงเท่าที่ทำให้ที่ดินมีราคาเพิ่มขึ้น และยังคงมีราคาสูงอยู่เช่นนั้นตามความเป็นจริง และในกรณีที่เกิดข้อพิพาทว่าราคาที่ดินเพิ่มขึ้นหรือไม่ เจ้าของที่ดินย่อมมีหน้าที่พิสูจน์ว่าราคาที่ดินเพิ่มขึ้นเพียงใด ตามนัยแห่ง Section 818 (3) BGB¹⁴⁷

1) The duty to make restitution extends to emoluments taken as well as to whatever the recipient acquires by reason of a right acquired or in compensation for destruction, damage or deprivation of the object obtained.

(2) If restitution is not possible due to the quality of the benefit obtained, or if the recipient is for another reason unable to make restitution, then he must compensate for its value.

(3) The liability to undertake restitution or to reimburse the value is excluded to the extent that the recipient is no longer enriched.

(4) From the time when the action is pending onwards, the recipient is liable under the general provisions of law.

¹⁴⁶ Ernest J Schuster, *supra* note 114, p. 401. ; Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p. 131.

¹⁴⁷ Wolff Martin, *supra* note 117, p. 65.

นอกการการใช้ค่าทดแทนตาม Section 951 (1) แล้ว Section 951 (2) ยังบัญญัติการทดแทนในอีกแห่งหนึ่ง คือการทดแทนในกรณีละเมิด การทดแทนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น และสิทธิการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดินโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดิน ซึ่งการทดแทนทั้งหลายเหล่านี้ไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการชดใช้ตามความในส่วนแรก¹⁴⁸ ค่าทดแทนตาม Section 951 (2) เกิดขึ้นในกรณีมีการเข้าครอบครองที่ดินและผู้ครอบครองปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ (without sufficient entitlement) สิ่งปลูกสร้างลงไปจึงตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เมื่อเจ้าของที่ดินอาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์เรียกทรัพย์คืนตามนัยแห่ง Section 985 อาจปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ปลูกสร้าง หรือผู้ปลูกสร้างอาจจ่ายค่าใช้จ่ายอย่างอื่น ๆ นอกจากค่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง 951 (1) ดังนั้น ผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินจึงมีหนี้ที่จะต้องชดใช้ให้แก่กัน ความสัมพันธ์ดังกล่าวเรียกว่า owner-possessor-relationship (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)¹⁴⁹

Section 951 (2) แสดงให้เห็นว่า การที่บุคคลเข้าครอบครอง และทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีสิทธิทำการปลูกสร้างได้ ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอยู่ด้วยในตัว แม้ว่าผู้ปลูกสร้างจะกระทำการโดยสุจริต ก็อาจเป็นการกระทำละเมิดโดยความประมาทเลินเล่อได้¹⁵⁰ การใช้ค่าทดแทนกรณีมีการครอบครองโดยละเมิดจะต้องทำอย่างไรนั้น พิจารณาได้จากความใน Section 992 กล่าวคือ หากผู้ครอบครองเข้าครอบครองที่ดินโดยละเมิด จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของที่ดินภายใต้บทบัญญัติในเรื่องละเมิดซึ่งบัญญัติถึงการคืนทรัพย์และชดใช้ค่าเสียหายในกรณีนี้ไว้โดยเฉพาะ¹⁵¹ การชดใช้ค่าทดแทนในกรณีละเมิดมิประการใดสามารถ

¹⁴⁸ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p 131.

¹⁴⁹ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, pp. 29-30. ; Monika Hinteregger, *supra* note 74, p .143. and Section 854 Acquisition of possession

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

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

¹⁵⁰ Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 68-69.

¹⁵¹ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p. 34.

พิจารณาได้จากความใน Section 823¹⁵² ซึ่งมีสาระสำคัญทำนองเดียวกับมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กล่าวคือผู้ใด โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อความเสียหายโดยละเมิดกฎหมายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินของบุคคลอื่น ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น ดังนั้นในกรณีที่ผู้ปลูกสร้างเข้าปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยละเมิด จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าของที่ดินอันเนื่องมาจากการละเมิดอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน¹⁵³ ลักษณะและของเขตแห่งหนึ่งซึ่งผู้ทำละเมิดต้องชดใช้เป็นประการใดนั้น เมื่อพิจารณาความใน Section 249¹⁵⁴ ซึ่งเป็นแม่บทในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะเห็นได้ว่าผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายในการเยียวยาเจ้าของที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิมก่อนการละเมิดกับทั้งยังต้องชดใช้ค่าทดแทนที่จำเป็นในการทำให้ที่ดินกลับคืนสู่สภาพเดิมด้วย¹⁵⁵ การกลับสู่สภาพเดิมตามกฎหมายของเยอรมันนั้น ทำได้โดยการยับยั้งมิให้มีการ

¹⁵² Section 823 Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

¹⁵³ Raymond Youngs, English, French & German Comparative Law, (Routledge-Cavendish New York : 2007), p 377.

¹⁵⁴ Section 249 Nature and extent of damages

(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.

(2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred.

¹⁵⁵ Raymond Youngs, *supra* note 153, pp. 482-483. (การพิจารณาว่าค่าสินไหมทดแทนตามนัยแห่ง Section 823 มีเนื้อหาและขอบเขตอย่างไรต้องพิจารณาเชื่อมโยงกับบทบัญญัติ

กระทำต่อไปซึ่งการละเมิดและเรียกให้มีการรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดิน¹⁵⁶ ซึ่งการทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมนี้เป็นค่าสินไหมทดแทนหลักที่ผู้ทำละเมิดพึงต้องกระทำก่อนเสมอ มิใช่ว่าจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินตั้งแต่แรก ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ทำละเมิดไม่สามารถทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมได้ จึงค่อยพิจารณาในเรื่องค่าเสียหายที่เป็นเงินเป็นลำดับถัดไป¹⁵⁷

ในการนี้เจ้าของที่ดินอาจกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมหรือไม่ก็ได้ หากกำหนดระยะเวลาดำเนินการและผู้กระทำละเมิดมิได้ดำเนินการภายในกำหนด เจ้าของที่ดินอาจเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินแทนการรื้อถอนของผู้ปลูกสร้าง ตามนัยแห่ง Section 250 แต่หากเจ้าของที่ดินมิได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไว้ เจ้าของที่ดินอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินได้ในกรณีที่การรื้อถอนไม่อาจทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมได้หรือไม่สามารถเยียวยาเจ้าของที่ดินได้อย่างเหมาะสม และหากการทำให้กลับสู่สภาพเดิมนั้นสามารถทำได้แต่จะใช้ค่าใช้จ่ายมากเกินไป ผู้ทำละเมิดจะต้องชดใช้เป็นเงินตาม Section 251¹⁵⁸ ซึ่งค่า

ในเรื่องนี้หลักทั่วไปในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งใช้บังคับกับทั้งค่าสินไหมทดแทนในเรื่องสัญญา ละเมิด และหนี้ค่าสินไหมทดแทนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น : โปรดดู E.J. Cohn, Manual of German Law, (Ocean Publication, Inc. London : 1968), pp. 104, 154.)

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 479. (บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการยับยั้งการกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดสิทธิของเจ้าของที่ดิน ได้แก่ BGB Article 862, 1029, 1004 และ 1090 โดยการเรียกให้ระงับการกระทำละเมิดดังกล่าวมักมีการเรียกให้รื้อถอนไปอยู่ในตัว (*Beseitigung*))

¹⁵⁷ Ernest J Schuster, *supra* note 114, p 184.

¹⁵⁸ Ernest J Schuster, *supra* note 114, pp. 185-186 ; E.J. Cohn, Manual of German Law, (Ocean Publication, Inc. London : 1968), pp. 105-106. and Section 250 Damages in money after the specification of a period of time

The obligee may specify a reasonable period of time for the person liable in damages to undertake restoration and declare that he will reject restoration after the period of time ends. After the end of the period of time the obligee may demand damages in money, if restoration does not occur in good time; the claim to restoration is excluded.

Section 251 Damages in money without the specification of a period of time

สินไหมทดแทนเป็นเงินนี้จะต้องชดใช้มากน้อยเท่าไรต้องพิจารณาความเสียหายที่เจ้าของที่ดินได้รับเป็นเกณฑ์¹⁵⁹

สิทธิในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างตามนัยแห่ง Section 951 (2) มีความสอดคล้องกับการเยียวยาให้กลับสู่สภาพเดิมก่อนมีการกระทำละเมิด เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างไม่ถูกตัดโดย Section 951 (1) เนื่องจากว่า หากปรับใช้ Section 951 (1) โดยให้เจ้าของที่ดินต้องยอมรับเอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง แล้วใช้ราคาตามหลักในเรื่องลามิครได้แต่เพียงอย่างเดียว อาจนำไปสู่ผลประหลาดได้ เช่น เจ้าของที่ดินซึ่งไม่ได้อยู่ในที่ดินของตนเป็นเวลานาน ต่อมาพบว่าผู้ปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของตนโดยที่เจ้าของที่ดินไม่มีโอกาสได้รู้ถึงการปลูกสร้างนั้นมาก่อน หากต้องใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินของตน ทั้งๆ ที่โรงเรือนนั้นไม่เป็นที่ต้องการหรือเป็นสร้างภาระแก่เจ้าของที่ดิน ย่อมทำให้เจ้าของที่ดินเสียหาย เช่น เจ้าของที่ดินต้องการใช้ที่ดินของตนจัดเป็นสวน หรือต้องการปลูกสร้างโรงเรือนตามความต้องการของตนในรูปแบบอื่น ไม่ใช่รูปแบบที่มีผู้อื่นมาปลูกสร้างลงบนที่ดิน หรือต้องการบ้านขนาดใหญ่กว่าที่ปลูกสร้างลงไว้ หรือต้องการใช้สัมภาระอย่างอื่นในการปลูกสร้าง ดังนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของที่ดิน และเลี่ยงผลอันไม่พึงประสงค์ กฎหมายจึงกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินในการเรียกให้รื้อถอนออกไปได้ โดยสิทธิดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Section 1004 BGB¹⁶⁰ ซึ่งให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะ

(1) To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.

(2) The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses. Expenses incurred as a result of the curative treatment of an injured animal are not disproportionate merely because they significantly exceed the value of the animal.

¹⁵⁹ E.J. Cohn, *supra* note 158, p. 108.

¹⁶⁰ E.J. Cohn, *supra* note 158, p. 180. ; Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 65-66. ; Monika Hinteregger, *supra* note 74, p. 148. And Section 1004 Claim for removal and injunction

(1) If the ownership is interfered with by means other than removal or retention of possession, the owner may require the disturber to remove the

เรียกให้ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตนโดยไม่มีสิทธิ รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไปได้ แม้ว่าโรงเรือนจะตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินตามหลักส่วนควบแล้วก็ตาม ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้ปลูกสร้างจะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินโดยสุจริตหรือไม่ และไม่ต้องคำนึงว่าการปลูกสร้างนั้นได้ทำให้ราคาที่ดินสูงขึ้นหรือไม่¹⁶¹

จะเห็นได้ว่า สิทธิในการเรียกราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นของผู้ปลูกสร้างตามนัยแห่ง Section 951 (1) และสิทธิในการเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไป ตามนัยแห่ง Section 951 (2) ประกอบ Section 1004 มีความขัดแย้งกันอยู่ในตัว เพราะเหตุว่า ในขณะที่ผู้ปลูกสร้างมีสิทธิเรียกให้ใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่ได้ใช้ปลูกสร้าง ในทางกลับกันเจ้าของที่ดินก็อาจใช้สิทธิของตนตัดสิทธิของผู้ปลูกสร้างโรงเรือนได้ด้วยการเรียกให้รื้อถอนโรงเรือน และทำให้ที่ดินกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ การใช้สิทธิของเจ้าของที่ดินในทำนองเช่นว่านี้มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของปรัสเซีย ที่รับรองให้เจ้าของที่ดินซึ่งพิสูจน์ว่าตนมิได้ประมาทเลินเล่อหรือรู้ถึงการปลูกสร้างโรงเรือนนั้นมาก่อน มีสิทธิที่จะเลือกรับเอาโรงเรือนเป็นของตนและชดใช้ราคาค่าโรงเรือนหรือเลือกที่จะเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไปก็ได้¹⁶² การใช้สิทธิเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างของเจ้าของที่ดิน อาจทำได้โดยเจ้าของที่ดินทำการรื้อถอนด้วยตนเอง เพราะเหตุว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นตกได้เป็นกรรมสิทธิ์ของตนแล้ว หรือจะเรียกให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปก็ได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้เจ้าของที่ดินต้องยอมรับว่า ผู้ปลูกสร้างย่อมได้กรรมสิทธิ์ในสัมภาระที่เกิดจากการรื้อถอนนั้น ทั้งๆ ที่โรงเรือนนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินแล้ว เพราะเหตุว่า การใช้สิทธิเรียกให้รื้อถอนต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักสุจริตด้วย¹⁶³

การที่สิทธิในการเรียกให้รื้อถอนต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักสุจริตนั้น แม้ไม่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 951 BGB โดยตรง แต่ก็เกิดเป็นผลมาจากหลักกฎหมายทั่วไปใน Section 242

interference. If further interferences are to be feared, the owner may seek a prohibitory injunction.

(2) The claim is excluded if the owner is obliged to tolerate the interference.

¹⁶¹ Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 65-66.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 67-68.

¹⁶³ *Ibid.*

BGB¹⁶⁴ หากเจ้าของที่ดินเลือกให้รื้อถอน ก็เท่ากับว่าไม่ได้มีการชดใช้ราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้ปลูกสร้าง เจ้าของที่ดินจึงไม่สามารถถือเอาสัมภาระเป็นกรรมสิทธิ์ของตนได้ จำต้องส่งมอบสัมภาระที่ได้จากการรื้อถอนนั้นให้แก่ผู้ปลูกสร้าง หรือยอมให้ผู้ปลูกสร้างซึ่งทำการรื้อถอนนำเอาสัมภาระไป แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าของที่ดินรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้น แล้วนำสัมภาระไปจำหน่ายหรือใช้สอย หรือเจ้าของที่ดินเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไป แต่ยังสงวนสิทธิที่จะถือเอาสัมภาระที่เกิดจากการรื้อถอนเป็นของตน ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ดังนั้นหากเจ้าของที่ดินต้องการถือเอาสัมภาระเป็นของตน เจ้าของที่ดินย่อมมีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้างนั้นให้แก่ผู้ปลูกสร้าง มิฉะนั้นแล้วก็ต้องส่งมอบสัมภาระคืนให้แก่ผู้ปลูกสร้าง¹⁶⁵ นอกจากนี้ หากก่อนการรื้อถอนปรากฏข้อเท็จจริงว่า ที่ดินมีราคาเพิ่มสูงขึ้นแล้วในลักษณะที่เจ้าของที่ดินพึงยอมรับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าของที่ดินอาจใช้ที่ดินนั้นเพื่อประโยชน์ตามความมุ่งหมายของตนได้แม้มีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตั้งอยู่ หรือปรากฏว่าเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไปแล้วนั้น ทำการใช้ประโยชน์จากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นแล้ว เจ้าของที่ดินย่อมได้ชื่อว่า ยอมรับว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นมีได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของที่ดิน เมื่อได้เข้าใช้ประโยชน์แล้วจึงต้องยอมชดใช้ราคาให้แก่ผู้ปลูกสร้าง และเสียสิทธิที่จะเรียกให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไป หากปฏิเสธไม่ยอมชดใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้น หรือกลับมาเรียกให้รื้อถอนไปอีกย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต¹⁶⁶

นอกจากค่าเสียหายในกรณีละเมิด และสิทธิในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างแล้ว ในบางครั้งผู้ปลูกสร้างอาจออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดินไป หรืออาจได้รับประโยชน์บางอย่างจากที่ดินนั้น เมื่อผู้ปลูกสร้างจะต้องคืนการครอบครองแก่เจ้าของที่ดิน¹⁶⁷ จึงต้องพิจารณาด้วยว่า ในระหว่าง

¹⁶⁴ Monika Hinteregger, *supra* note 74, p .153. and Section 242 Performance in good faith

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration. (ศาลเยอรมันได้ปรับใช้หลักสุจริต เพื่อควบคุมการใช้อำนาจอันเกิดแต่กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน โปรดดู E.J. Cohn, *supra* note 158, p. 180)

¹⁶⁵ Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 66-67.

¹⁶⁶ Wolff Martin, *supra* note 117, pp. 65-68.

¹⁶⁷ E.J. Cohn, *supra* note 158, p 179. (การเรียกคืนที่ดินจากผู้ครอบครองเป็นการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามนัยแห่ง Section 903 BGB ซึ่งให้อำนาจเจ้าของที่ดินจัดการที่ดินของตนได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือสิทธิของบุคคลอื่น เจ้าของที่ดินจึงเรียกคืนที่ดินของตนจากผู้

เจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างจะจัดการกับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดิน และประโยชน์ที่ได้รับอย่างไร การจัดการเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดินและประโยชน์ที่ได้รับมีดังต่อไปนี้

1. ผู้ครอบครองต้องคืนประโยชน์ที่ได้รับอันเนื่องมาจากการครอบครองให้แก่เจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Section 987 กล่าวคือ เมื่อเจ้าของที่ดินดำเนินการฟ้องร้องเรียกทรัพย์สินคืน ผู้ครอบครองต้องคืนประโยชน์ที่ดินที่ได้รับ (emoluments) ให้แก่เจ้าของที่ดิน และหากปรากฏว่าหลังการฟ้องร้องผู้ครอบครองได้กระทำการให้ตนไม่ได้รับประโยชน์ที่พึงได้รับด้วยความผิดของตนก็จะต้องชดใช้ส่วนที่ควรได้ให้แก่เจ้าของที่ดิน¹⁶⁸ ประโยชน์ที่ได้รับจากที่ดินนี้เมื่อพิจารณาความใน Section 99 และ Section 100¹⁶⁹ ประกอบกันแล้วจะพบว่า คือดอกผลของที่ดินที่ผู้ครอบครองได้.

ครอบครองได้ โดยสิทธิในการเรียกคืนที่เกิดจากกรรมสิทธิ์นี้ปรากฏใน Section 985 BGB การเรียกทรัพย์สินนี้เป็นหลักการที่มีรากฐานจากกฎหมายโรมันที่เรียกว่า *rei vindication* นอกจากนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดตาม Section 823 BGB ที่จะต้องคืนที่ดินให้เจ้าของก็เป็นการคุ้มครองอันมีรากฐานมาจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเช่นกัน)

¹⁶⁸ Section 987 Emoluments after litigation is pending

(1) The possessor must return to the owner the emoluments that he receives after litigation is pending.

(2) If after litigation is pending the possessor fails to take emoluments that he could take under the rules of proper management, he is obliged to reimburse the owner to the extent that he is at fault.

¹⁶⁹ Section 99 Fruits

(1) Fruits of a thing are the products of the thing and the other yield obtained from the thing in accordance with its intended use.

(2) Fruits of a right are the proceeds that the right produces in accordance with its intended use, in particular, in the case of a right to extract component parts of the soil, the parts extracted.

(3) Fruits are also the proceeds supplied by a thing or a right by virtue of a legal relationship.

Section 100 Emoluments

Emoluments are the fruits of a thing or of a right and the benefits that the use of the thing or the right affords.

มาอันเกิดจากการใช้ทรัพย์สินตามปกติธรรมดาของที่ดิน เช่น แร่ธาตุที่ขุดค้นพบในที่ดินหรือน้ำแร่ที่เกิดจากน้ำพุในที่ดินนั้นตามธรรมชาติ และยังรวมถึงประโยชน์อย่างอื่นที่พึงได้จากการใช้สอยที่ดินตามปกติด้วย¹⁷⁰

2. ผู้ครอบครองต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังมีการฟ้องร้องตามนัยแห่ง Section 989 กล่าวคือหลังการฟ้องร้องเริ่มขึ้นผู้ครอบครองมีความรับผิดชอบต่อเจ้าของที่ดินในความเสียหายที่เกิดแก่ที่ดินที่ตนครอบครอง¹⁷¹

ความรับผิดทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้นจะเริ่มต้นเมื่อใดนั้นพิจารณาได้จากความใน Section 990 จะเห็นได้ว่าความรับผิดของผู้ครอบครองเริ่มตั้งแต่เมื่อใดขึ้นอยู่กับความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ครอบครอง หากผู้ครอบครองเข้าครอบครองที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริตความรับผิดจะเริ่มขึ้นตั้งแต่แรกที่เข้าครอบครอง แต่หากผู้ครอบครองเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริตในเบื้องต้นแรกต่อมาภายหลังรับรู้ว่าคุณไม่มีสิทธิที่จะเข้าครอบครองได้ เช่น ได้รู้ถึงการฟ้องคดีของเจ้าของที่ดิน ความรับผิดจะเริ่มขึ้นนับแต่วันที่ผู้ครอบครองรู้ถึงความบกพร่องแห่งการครอบครอง ผู้ครอบครองจึงอยู่ในฐานะไม่สุจริตนับแต่เวลาดังกล่าว และต้องคืนผลประโยชน์ทั้งหมดแก่เจ้าของที่ดินนับแต่เวลาที่ตนไม่สุจริต¹⁷²

¹⁷⁰ Ernest J Schuster, *supra* note 114, p 64., ; E.J. Cohn, *supra* note 158, p. 73.

¹⁷¹ Section 989 Damages after litigation is pending

The possessor is, from the date when litigation is pending on, liable to the owner for the damage that occurs because as a result of the possessor's fault the thing deteriorates, is destroyed, or for another reason he cannot return it.

¹⁷² Ernest J Schuster, *supra* note 158, p 407. Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, pp. 178-179.

Section 990 Liability of possessor with knowledge

(1) If the possessor, when he obtained possession, was not in good faith, he is liable to the owner starting from the date of the acquisition under sections 987 and 989. If the possessor later discovers that he is not entitled to possession, he is liable in the same way from the date when he obtained the knowledge on.

ความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ครอบครองจึงมีผลต่อการคืนผลประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินตาม Section 993 กล่าวคือหากผู้ครอบครองเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริตและไม่ต้องด้วยกรณีตามนัยแห่ง Section 987 ถึง 992 กล่าวคือไม่มีเหตุที่จะทำให้ผู้ครอบครองโดยสุจริตกลับกลายเป็นไม่สุจริตไปได้ เช่น เข้าครอบครองที่ดินของผู้อื่นโดยเชื่อว่าตนเป็นเจ้าของที่ดินนั้นตลอดมาจนกระทั่งถูกเจ้าของที่ดินฟ้องร้อง ผู้ครอบครองโดยสุจริตซึ่งต้องคืนทรัพย์สินแก่เจ้าของที่ดินจะต้องคืนผลประโยชน์ที่ดินที่ได้รับด้วยหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าผลประโยชน์ที่ดินได้รับมาในระหว่างที่ยังสุจริตหรือยังคงสุจริตจนกระทั่งถูกฟ้องร้องนั้นเป็นผลประโยชน์ที่ได้มาโดยการจัดการทรัพย์สินตามปกติหรือไม่ (The rules of proper management) หากไม่ใช่ผลประโยชน์ที่ได้มาจากการจัดการทรัพย์สินตามปกติ ผู้ครอบครองต้องคืนให้แก่เจ้าของที่ดินตามหลักการในเรื่องลามาไมครได้ แต่หากเป็นประโยชน์ที่ได้มาโดยสุจริตและชอบด้วยหลักการจัดการทรัพย์สินดังกล่าวผู้ครอบครองไม่จำเป็นต้องคืนให้แก่เจ้าของที่ดิน ส่วนผู้ครอบครองโดยไม่สุจริตต้องคืนประโยชน์ที่ได้รับทั้งหมดแก่เจ้าของที่ดิน¹⁷³

3. ผู้ครอบครองโดยสุจริตมีสิทธิได้รับคืนซึ่งค่าใช้จ่ายที่ดินได้จ่ายไปด้วยความจำเป็นเพื่อการบำรุงรักษาที่ดิน (Necessary outlays) เช่นผู้ครอบครองจัดการถมที่ดินขึ้นและอัดให้แน่นเพื่อป้องกันที่ดินพังทลายในหน้าน้ำที่กำลังมาถึง การถมดินนี้เป็นมาตรการสำหรับรักษาที่ดินเพื่อมิให้พังทลายไปกับน้ำท่วมจึงถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็น แต่สำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของที่ดิน ผู้ครอบครองไม่สามารถเรียกให้เจ้าของที่ดินชดใช้ได้ถ้าขณะที่ตนเสียค่าใช้จ่ายไปนั้นตนยังได้รับผลประโยชน์จากการครอบครองที่ดินอยู่ด้วย¹⁷⁴ และหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าค่าใช้จ่ายที่จำเป็นนั้นได้จ่ายไปภายหลังที่ผู้ครอบครองถูกฟ้องหรือภายหลังที่ความรับผิดตามนัยแห่ง Section 990 เริ่มขึ้น กล่าวคือเป็นผู้ครอบครองโดยไม่สุจริต เจ้าของที่ดินจะต้องชดใช้คืนอย่างไรเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนที่ไม่ได้รับมอบอำนาจ (agency without specific authorisation)¹⁷⁵

(2) This does not affect a more extensive liability of the possessor for default

¹⁷³ Ernest J Schuster, *supra* note 114, pp. 377, 407. Monika Hinteregger, *supra* note 74, p. 144.

¹⁷⁴ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p. 181.

¹⁷⁵ Section 994 Necessary outlays

(1) The possessor may require from the owner reimbursement of the necessary outlays made on the thing. However, for the period for which the

ซึ่งอาจไม่ได้ค่าใช้จ่ายเต็มจำนวนที่ได้จ่ายไป¹⁷⁶ สำหรับค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นเพื่อการบำรุงรักษาทรัพย์สินผู้ครอบครองจะได้รับคืนเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นก่อนมีการฟ้องร้องหรือก่อนที่ความรับผิดชอบตาม Section 990 เริ่มขึ้น และจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าค่าใช้จ่ายนั้นได้ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินเพิ่มขึ้นด้วย (Useful outlays) กล่าวคือแม้เป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นแต่ก็เป็นค่าใช้จ่ายที่ทำให้มูลค่าของที่ดินเพิ่มขึ้นเจ้าของที่ดินจึงควรชดเชยให้แก่ผู้ครอบครองทรัพย์สิน¹⁷⁷

4. ผู้ครอบครองที่ดินอาจรื้อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดินได้ตามนัยแห่ง Section 951 (2) ประกอบ Section 997¹⁷⁸ กล่าวคือ ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่มีลักษณะเป็นส่วนควบของที่ดิน อาจรื้อออกไปได้โดยของเจ้าของที่ดินอนุญาตให้รื้อถอน ดังที่ได้พิจารณาแล้วในเรื่องสิทธิในการเรียกให้รื้อถอนของเจ้าของที่ดินตามนัยแห่ง Section 1004 โดย

emoluments remain due to him, the customary maintenance costs are not to be reimbursed him.

(2) If the possessor, after litigation is pending or after the beginning of the liability set out in section 990, makes necessary outlays, the duty of the owner to reimburse is governed by the provisions on agency without specific authorisation.

¹⁷⁶ Mary-Rose McGuire, *supra* note 112, p. 181.

¹⁷⁷ Section 996 Useful outlays

For outlays that are not necessary outlays, the possessor may require reimbursement only to the extent that they were incurred before litigation was pending and before the beginning of the liability defined in section 990 and the value of the thing is still increased by them at the time when the owner recovers possession of the thing.

¹⁷⁸ Section 997 Right of removal

(1) If the possessor has combined with the thing another thing as an essential part, the possessor may separate the thing and take possession of it. The provision of section 258 applies.

(2) The right to separate is excluded if the possessor may not require reimbursement of the outlay under section 994 (1) sentence 2 or the separation is not of benefit for him or he is reimbursed at least the value that the component would have for him after separation.

การรื้อถอนของผู้ครอบครองต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง Section 258 กล่าวคือ ผู้ครอบครองต้องทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของตนเอง แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ครอบครองไม่มีสิทธิในการได้ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาทรัพย์สินโดยปกติทั่วไปตามนัยแห่ง Section 994 (1) ส่วนที่สอง เพราะตนได้รับประโยชน์จากที่ดินไปแล้ว หรือกรณีที่มีการรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่มีประโยชน์กับผู้ครอบครองอีกต่อไป เช่นรื้อซากไปทำประโยชน์อะไรไม่ได้ และกรณีสุดท้ายคือเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินเลือกที่จะใช้ราคาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างให้แก่ผู้ครอบครองเท่ากับราคาของทรัพย์สินนั้นภายหลังการแบ่งแยกหรือกว่านั้นขึ้นไป ในกรณีเช่นนี้ผู้ครอบครองไม่สามารถรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินได้¹⁷⁹ เนื่องจากถือได้ว่าผู้ครอบครองได้รับประโยชน์ตอบแทนการปลูกสร้างไปแล้ว หรือไม่มีประโยชน์อันใดในการรื้อถอนออกไป จึงไม่อาจเข้าถือเอาสัมภาระเป็นของตนหลักจากการรื้อถอนได้อีก จึงสอดคล้องกับหลักสุจริตว่า เมื่อตนได้รับการตอบแทนการปลูกสร้างไปแล้วจึงไม่สามารถรื้อถอนเอาสัมภาระกลับคืนเป็นของตนได้อีก

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยหลักส่วนควบของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับหลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของทรัพย์สินและการปกป้องบุคคลที่สามไว้แตกต่างกัน ประเทศเนเธอร์แลนด์ให้ความสำคัญกับหลักการพื้นฐานของหลักส่วนควบอย่างยิ่งจนไม่ยอมรับให้เจตนาของคู่กรณีเข้ามามีบทบาท แต่อีกหลายๆ ประเทศก็ยอมรับให้เจตนาของคู่กรณีเข้ามามีบทบาทได้ไม่ว่าจะอย่างมากเช่นประเทศฝรั่งเศสหรือจำเพาะแต่บางกรณีเช่นประเทศเยอรมนี แต่เมื่อพิจารณาลงไปในรายละเอียดแห่งการแสดงเจตนาที่มีผลต่อหลักการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจะพบว่า มีทั้งการแสดงเจตนาที่อยู่ในลักษณะเป็นสัญญา เช่น มีการทำสัญญาเช่าที่ดินต่อกันดังเช่นที่ปรากฏในประเทศและเยอรมนี และการแสดงเจตนาที่เป็นเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินดังที่ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า นอกจากนั้นการปฏิบัติต่อโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบยังมีความแตกต่างกันด้วย ในบทต่อไปผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการและเหตุผลของหลักส่วนควบในประเทศต่างๆ กับรูปเรื่องที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันเป็นประการใด เพื่อพิจารณาหาบทสรุปทั้งในเรื่องของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อหลักส่วนควบและการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตามกฎหมายไทยว่าดีหรือด้อยกว่าอย่างไร

¹⁷⁹ Wolfgang Brehm/Christain Berger, *Sachenrecht*, (Mohr Siebeck Tübingen : 2006), pp. 171-172. ; Ernest J Schuster, *supra note 114*, p. 409.

บทที่ 5

วิเคราะห์ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรือน หรือ สิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของตน

5.1 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือ สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่น

การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของผู้อื่น ทั้งที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 144 ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ Article 3:3 Article 3:4 Article 5:3 และ Article 5:20 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Art. 546 Art. 551 Art. 552 และ Art. 553 ประมวลกฎหมายแพ่งมลรัฐหุลยเซียน่า Art. 482 Art. 490 และ Art. 491 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 93 Section 94 และ Section 946 จะเห็นได้ว่า ข้อความคิดในเรื่อง *superficies solo cedit* ยังคงได้รับการยอมรับว่าเป็นทางให้เจ้าของที่ดินได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกปักลงบนที่ดินของตน ที่ดินยังคงมีสถานะเป็นทรัพย์สินที่มีความพิเศษ สามารถครอบงำนำหน้าทรัพย์สินอื่นๆ ที่ปลูกปักลงบนที่ดินได้ แต่อย่างไรก็ตาม ระดับในการบังคับให้เกิดผลตามหลัก *superficies solo cedit* ของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเรื่องความมีผลของเจตนาต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ

เมื่อนำบทบัญญัติของประเทศต่างๆ เกี่ยวด้วยการพิจารณาความเป็นส่วนควบ และข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ มาพิจารณาเปรียบเทียบกับกรอบกฎหมายมาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะพบว่า ความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่ยอมรับการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน ในการให้บุคคลอื่นปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของตนว่ามีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบของทรัพย์สินตามมาตรา 146 กล่าวคือ เป็นทางก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน ทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นส่วนควบ ผลดังกล่าวมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายของมลรัฐหุลยเซียน่า ที่เปิดช่องให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินมีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ดังจะเห็นได้จาก Art 491 ที่บัญญัติให้การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบเป็น

เพียงข้อสันนิษฐานถึงอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินเท่านั้น¹ แม้ว่าโดยหลักแล้ว การยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ จะเกิดขึ้นในรูปของการก่อสิทธิเหนือพื้นดินซึ่งต้องมีการจดทะเบียนตาม Art. 491 แต่อย่างไรก็ตาม Art. 493 ได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน มีผลเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบอีกประการหนึ่งด้วย โดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะมีผลต่อหลักส่วนควบก็ต่อเมื่อ ทรัพย์สินที่ปลูกปักลงบนที่ดินยังมิได้หลอมรวมเป็นเนื้อเดียวกับที่ดิน ซึ่งในกรณีของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเช่นนั้น จึงสามารถแยกการทรงกรรมสิทธิ์ได้ตามนัยแห่ง Art. 463 ประกอบ Art. 464² การแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า ไม่มีข้อจำกัดว่า จะต้องเป็นความยินยอมในรูปแบบใด ดังนั้น ความยินยอมให้ปลูกสร้างจึงอาจปรากฏได้หลายหลายรูปแบบด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของสัญญาเช่า หรือสัญญาจะซื้อขายที่เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมให้ผู้ซื้อปลูกสร้างไปพลางก่อน หรืออาจเป็นเพียงความยินยอมในระหว่างญาติพี่น้องก็ตาม เหตุที่มีการยอมรับความยินยอมอย่างกว้างขวางเช่นนี้ก็เนื่องมาจากแนวนโยบายเฉพาะของมลรัฐหลุยเซียน่า เรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีภาระผูกพัน (The Public Policy of Unencumbered Ownership) ที่ไม่ประสงค์จะก่อให้เกิดภาระแก่เจ้าของที่ดินที่จะต้องรับเอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกทำลงในที่ดินของตน เจ้าของที่ดินจึงให้ความยินยอมเพื่อยกเว้นผลของการเป็นส่วนควบได้ โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองแนวนโยบายดังกล่าวอย่างชัดเจน ต่างจากมาตรา 146 ของไทย ที่ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างว่าเป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของหลักส่วนควบ คงบัญญัติแต่เพียงข้อยกเว้นในเรื่องการปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว และการปลูกสร้างโดยมีสิทธิเท่านั้น ดังนั้น การยอมรับความยินยอมของเจ้าของที่ดินตามกฎหมายไทย จึงต้องจำกัดเนื้อหาให้อยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่ให้ขยายขอบเขตมากเกินไปจนก่อให้เกิดผลยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในทุกกรณีที่ปรากฏว่ามีความยินยอมของเจ้าของที่ดิน

¹ Sofie Bouly, “The Relation between The Superficies and The Ground” in Property Law Perspectives , ed. Bram Akkermans and Eveline Ramaekers, (Cambridge, UK : Intersentia Publishing Ltd, 2012), p. 29. ; Marcel Planiol & George Ripert, Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2, 12 ed. (Louisiana State Law Institute : 1959), p 609. ; Stephanie Choasson, Touns, “Still A Pile of Cans of Worms : The law of artificial accession in relation to immovables”, Loyola Law Review, Vol. 51, Issue 4, p. 1026 (Winter 2005).

² Stephanie Choasson Touns, *supra* note 1, p. 1036.

การจำกัดเนื้อหาของความยินยอมในการปลูกสร้างตามกฎหมายไทย ผู้เขียนจะทำได้โดยพิจารณาข้อจำกัดของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในประเทศอื่นๆ นอกจากมลรัฐหลุยเซียน่า เพื่อหาทางเลือกที่เหมาะสม ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์จะพบว่า มีการจำกัดการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ที่ทำการศึกษา ก่อให้เกิดผลคือคุณค่าของทรัพย์สินจะได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ และสภาพของการเป็นส่วนควบสามารถเห็นเป็นประจักษ์ หรือรับรู้ได้โดยบุคคลภายนอก การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นกรณี Article 3:4 ประกอบ Article 5:3 หรือกรณี Article 3:3 ประกอบ Article 5:20 ต่างก็ไม่เปิดช่องให้การแสดงเจตนาแม้กระทั่งเป็นสัญญาระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้าง มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบของที่ดิน แต่ต้องถือเอาสภาพภายนอกที่เห็นได้เป็นประจักษ์ หรือความเห็นของวิญญูชน (common opinion) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นส่วนควบหรือไม่ อันเป็นการมุ่งพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นสภาพดังกล่าวไม่สามารถยกเว้นได้โดยการแสดงเจตนาของคู่กรณี ดังนั้น หากปรากฏว่ามีการตกลงเป็นข้อสัญญาระหว่างกัน ย่อมเกิดผลเพียงเป็นข้อสัญญาที่ก่อสิทธิทางหนี้ระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้ปลูกสร้าง ในการที่จะใช้สอยที่ดินตามที่ตกลงกันเท่านั้น ไม่อาจก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สินที่จะใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ และไม่อาจเกิดผลในการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดิน³ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาคดี Portacabin ที่ถือเอาลักษณะ (Character) และการก่อสร้าง (Construction) เป็นเกณฑ์ เจตนาของซึ่งรู้กันเฉพาะคู่กรณี ไม่สามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้⁴ ดังนั้น หากคู่กรณีต้องการขอยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ต้องทำการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตาม Article 5 : 101 ซึ่งเกิดขึ้นโดยการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดิน เพื่อเป็นการประกาศการทรงทรัพย์สินดังกล่าวแก่บุคคลภายนอก เมื่อทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนถูกต้องแล้ว จึงจะเกิดผลทางทรัพย์สินให้ผู้ทรงสิทธิสามารถมีหรือ

³ Hendrik Goossens, “Legal System of Civil law in the Netherland : Acquisition of property rights” Dutch Civil Law (DCL) Retrieved on July 12, 2018, from <http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem044.htm>.

⁴ L P W van Vliet, “Accession of Movable to Land : I”, Edinburgh Law Review, Vol. 6, Issue 1, p. 69 (January 2002). ; Ina Knobel, “Accession of movables to land, South African law and Dutch law”, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 45, Issue 1, p. 84 (March 2012).

เป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นได้ ดังนี้ กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์จึงไม่ยอมรับการแสดงเจตนาที่เป็นเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินให้ทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตน เพราะเหตุว่า แม้แต่ข้อตกลงในลักษณะเป็นสัญญา ยังไม่สามารถก่อให้เกิดผลยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้ ลำพังแต่ความยินยอมของเจ้าของที่ดินย่อมไม่มีผลเช่นกัน ข้อจำกัดของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบในลักษณะนี้ หากนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย จะทำให้เจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้าง หรือแม้กระทั่งสัญญาก่อสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ต้องมีการนำไปจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน จึงจะก่อให้เกิดผลเป็นสิทธิในที่ดินได้ หรือแม้กระทั่งการพิจารณาเรื่องการปลูกสร้างโดยชั่วคราว ก็จะต้องอาศัยปัจจัยทางภาวะวิสัยเป็นเกณฑ์สำคัญ หรืออาศัยความเห็นของวิญญูชนทั่วไปว่าทรัพย์สินนั้นมีลักษณะเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราวหรือไม่ ดังนั้นเพียงแต่ความยินยอมของเจ้าของที่ดินย่อมไม่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบของที่ดินเลย

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะพบว่า การจำกัดการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ มีระดับที่ลดลงกว่ากฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่ก็ยังคงมีการควบคุมเนื้อหาของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบอยู่ กล่าวคือกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเปิดช่องให้คู่กรณีแสดงเจตนายกเว้นหลักส่วนควบได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน ดังจะเห็นได้จาก Art 553 ที่บัญญัติว่า การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบเป็นเพียงข้อสันนิษฐานถึงอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินเท่านั้น⁵ โดยการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส สามารถปรากฏอยู่ในรูปของสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินได้ และมีผลทันทีที่ทำสัญญา กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องดำเนินการจดทะเบียนเพื่อก่อตั้งสิทธิเหนือที่ดิน การจดทะเบียนทรัพย์สินมีลักษณะเป็นเพียงการประกาศ (declaration) ให้บุคคลภายนอกทราบเท่านั้น⁶ สัญญาที่มีเนื้อหาแสดงถึงสิทธิเหนือพื้นดิน มีทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติ

⁵ Sofie Bouly, *supra* note 1, p. 29. ; Marcel Planiol & George Ripert, *supra* note 1, p. 609. ; Stephanie Choasson, Touts, *supra* note 1, p. 1026.

⁶ L P W van Vliet, "Accession of Movable to Land : II", *Edinburgh Law Review*, Vol. 6, Issue 2. p. 204 (January 2002). ; European University Institute (EUI), *Real Property Law and Procedure in the European Union : General Report Final Version* (The European University Institute (EUI), May 15,2005), p.33. ; Stéphane Glock, *Real Property Law Project : France*, (The European University Institute (EUI), 2005), pp.9, 21, 24-25. ; Sjef van Erp, "General Issues : Setting the Scene" in *Cases, Materials*

เนื้อหาไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่นสัญญาเช่าระยะยาว (bail emphytéotique) สัญญาเช่าเพื่อการก่อสร้าง (bail à construction) สัญญาสัมปทานอสังหาริมทรัพย์ (thé concession immobilière) หรือสัญญาใช้ประโยชน์จากเหมือง และกรณีที่เนื้อหาให้อำนาจในการปลูกสร้างและเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเกิดจากการตกลงกัน เช่นในสัญญาเช่าธรรมดา (a normal bail) โดยในสัญญานั้นต้องมีเนื้อหาที่ประสงค์จะก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินด้วย ข้อจำกัดของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบในลักษณะนี้ หากนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน จะทำให้การพิจารณาความยินยอมของเจ้าของที่ดินมีระดับสูงขึ้น โดยพิจารณาว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน อย่างน้อยต้องเป็นนิติกรรมสัญญาที่มีเนื้อหาในการให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลักษณะเดียวกับสิทธิเหนือพื้นดิน ซึ่งสอดคล้องกับการปรับบทมาตรา 1299 วรรคแรกของไทย ที่แม้จะมีได้มีการจดทะเบียนทรัพย์สิน แต่ก็ยังคงบังคับกันได้ระหว่างคู่กรณี ดังนั้น หากความยินยอมของเจ้าของที่ดินไม่ถึงขนาดเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินที่บังคับได้อย่างน้อยในฐานะที่เป็นบุคคลสิทธิ ความยินยอมดังกล่าวย่อมไม่สามารถยกเว้นความเป็นส่วนควบของทรัพย์สินในฐานะเป็นสิทธิในที่ดินได้

เมื่อพิจารณากฎหมายเยอรมันจะพบว่า แม้ Section 95 จะมีเนื้อความทำนองเดียวกับ มาตรา 146 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่การจำกัดการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบมีความแตกต่างกันอย่างมาก กล่าวคือ สิทธิในที่ดินตามนัยแห่ง Section 95 ต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินเท่านั้น การก่อทรัพย์สินดังกล่าวต้องมีการจดทะเบียน (constitutive effect) ตามนัยแห่ง Section 873⁷ โดยทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น คือ ภาระจำยอม (Dienstbarkeit) สิทธิเก็บกิน (Nießbrauch) และสิทธิเหนือพื้นดิน (Erbbaurecht) บรรดาทรัพย์สินเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นสิทธิที่มีเนื้อหาให้อำนาจในการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้อื่น โดยบัญญัติถึงสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นอย่างชัดเจน ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน หรือการก่อบุคคลสิทธิให้บุคคลอื่นทำการปลูกสร้าง

and Text on Property Law. , ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers , 2012), p .74.

⁷ Christian Hertel and Hartmut Wicke, Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report:Germany (The European University Institute (EUI), November 25,2004), p. 13. ; European University Institute (EUI), *supra* note 6, p.33.

โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตาม Section 95 แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การปลูกสร้างนั้นเกิดขึ้นในพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราว อาจต้องด้วยข้อยกเว้นในส่วนของ การปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการชั่วคราว ซึ่งเป็นข้อยกเว้นตาม Section 95 อีกประการหนึ่ง ข้อจำกัดของการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการพิจารณาความเป็นส่วนควบในลักษณะนี้ หากนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน จะทำให้การแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน หรือแม้กระทั่งการตกลงเป็นสัญญาต่อสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ไม่สามารถให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 ได้ แต่จะต้องพิจารณาว่าการแสดงเจตนา นั้นเข้าลักษณะของการปลูกสร้างชั่วคราวหรือไม่แทน ซึ่งการพิจารณาการปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราวตามกฎหมายเยอรมันนั้น อาจพิจารณาจากปัจจัยในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ พิจารณาจากการติดกับที่ดินที่มีสภาพของการใช้งานในระยะเวลาสั้นๆ แต่ในบางกรณี ลักษณะของการติดอย่างแน่นหนากับที่ดินตามนัยแห่ง Section 93 และ Section 94 ซึ่งเป็นลักษณะของส่วนควบอาจนำไปสู่การอนุมานได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีวัตถุประสงค์ติดกับที่ดินอย่างถาวร⁸ เมื่อเป็นเช่นนี้เจตนาของผู้ปลูกสร้างที่มุ่งจะรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปหลังจากได้ใช้สอยตามความประสงค์เป็นการชั่วคราว จะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณา การปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการชั่วคราวมักปรากฏให้เห็นได้ในสัญญาเช่า ซึ่งมีข้อสัญญาให้ผู้เช่าเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้เช่าสร้างบนที่ดินที่เช่า และเนื่องจากสัญญาเช่ามีลักษณะเป็นการเข้าใช้ประโยชน์จากที่ดินในช่วงเวลาอันจำกัด จึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว ส่วนสัญญาอื่นๆ ที่ไม่มีลักษณะหรือเนื้อหาที่สื่อแสดงถึงการเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินชั่วคราวเวลาอันจำกัด ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามนัยแห่ง Section 95 ได้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงคงเป็นส่วนควบของที่ดินอยู่ เพียงแต่คู่กรณีมีสิทธิทางหนี้ที่จะบังคับระหว่างกันเท่านั้น⁹

⁸ L P W van Vliet, *supra* note 4, p. 77. ; Christian Hertel and Hartmut Wicke, *supra* note 7, p. 6. ; Lars van Vliet, “Creation” in Cases, Materials and Text on Property Law. , ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers , 2012), p 634. ; Wolff Martin, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzübergang nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich (Jena : Fischer , 1900), p. 69-70)

⁹ Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany” in National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 3:

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการชั่วคราวตามกฎหมายเยอรมัน มีแนวทางพิจารณาใกล้เคียงกับคำอธิบายในทางตำราของไทย ว่าจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป โดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมเป็นเครื่องช่วยในการวินิจฉัย เช่นเป็นการปลูกโรงเรือนขึ้นใช้ในงานเทศกาลประจำปี แม้จะปลูกสร้างอย่างรวมสภาพกับที่ดิน แต่เมื่อเป็นการปลูกสร้างในงานเทศกาลที่จัดขึ้นชั่วคราวย่อมไม่เป็นส่วนควบ¹⁰ การปลูกสร้างโดยสัญญาเช่าก็อาจถือได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราว เพราะเหตุว่าสัญญาเช่าเป็นเพียงบุคคลสิทธิย่อมมีการสิ้นอายุสัญญา จึงถือได้ว่าเป็นการชั่วคราวได้¹¹ การพิจารณาการปลูกสร้างชั่วคราวโดยอาศัยเจตนาของคู่กรณี ได้รับการยอมรับโดยคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1380/2532 (ประชุมใหญ่) และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7340/2542 ซึ่งเป็นเรื่องของการปลูกต้นไม้¹² นอกจากคำพิพากษาในเรื่องต้นไม้แล้ว ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนเพียงชั่วคราวอยู่บ้าง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3968/2532 เป็นเรื่องการปลูกสร้างโดยสัญญาเช่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3724/2533 เป็นเรื่องอนุญาตให้ปลูกสร้างเพียงชั่วคราว ส่วนคำพิพากษาอื่นๆ ศาลวินิจฉัยโดยถือว่าความยินยอมก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน แทนการพิจารณาการปลูกสร้างเพียงชั่วคราว

การพิจารณาวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราวโดยอาศัยเจตนาของคู่กรณี ย่อมมีข้อโต้แย้งว่าควรพิจารณาจากปัจจัยทางภาวะวิสัยเท่านั้น เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับสภาพของทรัพย์สินจึงควรเป็นสิ่งที่เห็นได้เป็นประจักษ์จากสภาพภายนอก แต่เนื่องจากในบางกรณีสภาพของทรัพย์สินมีลักษณะติดตรึงอยู่กับที่ดินจนยากที่จะอนุมานได้ว่าเป็นการติดโดยชั่วคราว จึงเสี่ยงไม่ได้ที่จะต้องอาศัยเจตนาของคู่กรณีมาเป็นเครื่องวินิจฉัย แต่เจตนาดังกล่าวควรเป็นเจตนาที่ปรากฏให้บุคคลภายนอกสามารถรับทราบได้ด้วย เช่น มีการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยการดำเนินการตามความมุ่งหมายเพียงชั่วคราวให้

Germany, Greece, Lithuania, Hungary. , ed. Wolfgang Faber / Brigitta Lurger. (Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011) pp. 70, 122-123.

¹⁰ ประมูล สุวรรณสร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557), น. 67. ; เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น. 82. ; บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 32-33.

¹¹ ประมูล สุวรรณสร, อ้างแล้ว เจงอรรถที่ 10, น. 67.

¹² สมจิตร ทองศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557), น. 25.

ปรากฏสู่ภายนอก ดังเช่นกรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่คำนึงถึงความเห็นของวิญญาณเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

จากการพิจารณาการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และมลรัฐหลุยเซียน่า จะพบว่า สามารถจำแนกการแสดงเจตนาได้เป็นสามระดับด้วยกัน ระดับสูงสุดคือ การแสดงเจตนาที่ต้องถึงขนาดมุ่งก่อตั้งทรัพย์สินให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ซึ่งโดยหลักแล้วได้แก่สิทธิเหนือพื้นดิน การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับในทุกประเทศที่ทำการศึกษาว่าเป็นข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ระดับกลางคือ การแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีว่าอาจเป็นกรณีปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว และเป็นการแสดงเจตนาที่ครอบคลุมถึงคำว่าความยินยอมตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า ส่วนระดับต่ำสุดคือ การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนเฉพาะในมลรัฐหลุยเซียน่า

การแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินซึ่งมีผลเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบในฐานะเป็นสิทธิในที่ดิน มีจุดเริ่มต้นจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันจะพบว่า มีลักษณะเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ปลูกสร้างเนื่องจากโรงเรือนนั้นไม่มีลักษณะเป็นเรือนหอ ดังที่ได้พิจารณาไว้แล้วในบทที่ 3 ข้อ 3.2.2 แนวคำพิพากษาดังกล่าว ในระยะแรกได้ปรับใช้กับการปลูกสร้างโรงเรือนซึ่งมิได้มีลักษณะเป็นเรือนหอ แต่เป็นโรงเรือนที่ผู้อยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาปลูกขึ้นเพื่ออยู่อาศัย แต่เนื่องจากมิได้มีการสมรสตามกฎหมายจึงไม่อาจใช้สิทธิตามมาตรา 1516 (เดิม) ได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2516 แต่หากไม่ใช่โรงเรือนที่ปลูกเพื่อใช้อย่างเรือนหอแล้ว ย่อมเป็นส่วนควบของที่ดิน เช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1386/2518 ต่อมาการปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินได้ขยายขอบเขตไปใช้กับกรณีอื่นๆ นอกจากการปลูกสร้างโรงเรือนที่มีลักษณะเป็นเรือนที่ใช้อยู่กันระหว่างสามีภริยาด้วย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1773/2519 (เจ้าของที่ดินยินยอมให้ปลูกเรือนเพื่ออาศัย), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2208/2519 (มารดาให้บุตรปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของตน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3712/2526 (พระภิกษุให้พี่สาวปลูกโรงเรือนในที่ดินที่มี น.ส. 3 เพื่ออาศัยและทำข้าวปุ้นโต้ง), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1772/2531 (เจ้าของที่ดินยินยอมให้บุคคลที่ตนเลี้ยงดูปลูกบ้านบนที่ดินของตน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2532 (บิดาปลูกบ้านในที่ดินของบุตรโดยขณะปลูกบุตรอายุ 7 ปี แต่เมื่อปลูกอาศัยอยู่ร่วมกันศาลจึงเห็นว่าพอถือได้ว่าบุตรรู้เห็นยินยอม), คำพิพากษาศาล

ฎีกาที่ 678-680/2535 (ขายหญิงอยู่กับกันฉันทน์สามภรรยา ขายยินยอมให้ใช้ที่ดินของตนปลูกสร้าง โรงแรมเพื่อทำกิจการร่วมกัน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 46/2539 (สร้างถนนโดยความยินยอมของ เจ้าของที่ดิน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1886/2541 (ปลูกโรงเรือนก่อนการสมรสเพื่อใช้เป็นเรือนหอ โดยความยินยอมของพ่อภรรยา), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1445/2543 (พี่ชายของภริยารู้เห็นยินยอมให้ สามีน้องสาวปลูกสร้างบ้าน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 (เจ้าของที่ดินยินยอมให้ญาติ ของตนซึ่งมาขอปลูกบ้านทำการปลูกสร้าง), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7084/2550 (บิดามารดายินยอม ให้บุตรปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของตน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551 (พี่น้องร่วมบิดามารดา เดียวกันขออนุญาตปลูกสร้างบ้าน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2139/2552 (น้องชายสร้างถนนลูกรังและ เชื้อหินโดยความยินยอมของพี่สาวซึ่งเป็นเจ้าของที่ดิน)

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 ปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่า เจ้าของที่ดิน เป็นผู้ร้องขัดทรัพย์ เนื่องจากเกิดกรณีเจ้าหน้าที่ของผู้ปลูกสร้างนำยึดโรงเรือนเพื่อบังคับชำระหนี้ ซึ่งแต่ เดิมนั้น หากผู้ปลูกสร้างไม่มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น เพียงแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินให้ปลูก สร้าง โรงเรือนจึงเป็นส่วนควบของที่ดิน เจ้าหน้าที่ของผู้ปลูกสร้างจึงไม่สามารถนำยึดได้ เนื่องจากมิใช่ ทรัพย์ของลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ปลูกสร้างเช่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 แต่เมื่อศาลตัดสินว่า โรงเรือนไม่เป็นส่วนควบของที่ดิน เจ้าหน้าที่ของผู้ปลูกสร้างจึงได้รับผลจากการที่โรงเรือนไม่ตกเป็นส่วน ควบของที่ดิน กล่าวคือ เจ้าของที่ดินไม่สามารถร้องขัดทรัพย์ว่าโรงเรือนมิใช่ของผู้ปลูกสร้าง หากไม่มี บุคคลอื่นร้องขัดทรัพย์เข้ามาอีกเจ้าหน้าที่ย่อมสามารถนำยึดโรงเรือนเพื่อบังคับชำระหนี้ได้ เมื่อพิจารณา ดังนี้จึงเห็นได้ว่า การที่ศาลให้ความคุ้มครองประโยชน์ของผู้ปลูกสร้าง โดยรับรองให้ความยินยอมของ เจ้าของที่ดินก่อให้เกิดสิทธิในกรณีนี้ อาจมีเหตุผลเพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ผู้นำยึดโรงเรือนอยู่ด้วย เนื่องจากในกรณีนี้ผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกัน จึงอาจเกิดการคบคิด กันยกข้ออ้างให้โรงเรือนตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะไม่สามารถนำยึดโรงเรือนได้ แต่ อย่างไรก็ดีตามหากเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ของเจ้าของที่ดินนำยึดที่ดินพร้อมโรงเรือน การพิจารณาตามแนว คำพิพากษาเดิมว่าโรงเรือนตกเป็นส่วนควบของที่ดินย่อมเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่มากกว่า เนื่องจาก การขายโรงเรือนพร้อมที่ดินนั้นย่อมทำให้ราคาขายสูงขึ้นกว่าแยกขายเฉพาะที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง และผู้ปลูกสร้างย่อมเรียกร้องเอาราคาโรงเรือนจากเจ้าของที่ดินได้ในภายหลังอยู่แน่นอน ดังนั้นในกรณี ที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการร้องขัดทรัพย์ การพิจารณาประโยชน์ที่ได้รับจึงขึ้นอยู่กับว่าผู้นำยึดเป็น เจ้าหน้าที่ของใคร เหตุผลหลักของการวินิจฉัยจึงน่าจะมาจากเรื่องเรือนหอ แต่การรับรองผลของความ ยินยอมดังกล่าวสามารถยกเว้นหลักส่วนควบได้ ย่อมแลงมาด้วยการสูญเสียคุณค่าของโรงเรือนหรือ สิ่งปลูกสร้างในที่ดิน และทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบและทางเยียวยาผลร้ายโดยเฉพาะของ หลักส่วนควบมิได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา แม้ต่อมาแนวคำพิพากษาเรื่องการให้ความยินยอมของ

เจ้าของที่ดินจะได้รับการยอมรับโดยนักกฎหมายส่วนใหญ่จนอาจกล่าวได้ว่า อาจมีลักษณะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายชนิดที่มีได้บัญญัติขึ้น กล่าวคือเป็นคำพิพากษาที่ยอมรับกันมานาน ทำนองเดียวกับมาตรา 1627¹³ ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาความเป็นจริงในระบบกฎหมายไทยจะพบว่า แนวคำพิพากษาที่ได้รับการยอมรับกันมาอย่างยาวนานสามารถถูกกลับแนววินิจฉัยได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11058/2559 (ประชุมใหญ่) ที่กลับแนววินิจฉัยว่าสัญญาเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้อยู่เช่า ดังนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาจึงเป็นเพียงตัวอย่างของการปรับบทกฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายอาจหยิบยกขึ้นเป็นตัวอย่างการปรับบทกฎหมายได้เมื่อคำพิพากษานั้นมีเหตุผลที่ดี แต่ในกรณีของความยินยอมในการปลูกสร้างนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 146 บัญญัติว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” ย่อมเป็นอันชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่าต้องเป็นสิทธิตามกฎหมาย และเนื่องจากความยินยอมมีระดับแตกต่างกันไปได้ตามพฤติการณ์แวดล้อม ซึ่งอาจมีเหตุผลประการอื่นเข้ามามีส่วนในการวินิจฉัยของศาลได้อีก ดังนั้นจึงยังถือไม่ได้อย่างชัดเจนว่า คำพิพากษาเกี่ยวกับความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะเป็นแนววินิจฉัยว่าเป็นทางในการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้ทุกกรณี

การให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเกิดขึ้นโดยมีพฤติการณ์แวดล้อมต่างกันไป ทั้งการปลูกสร้างโดยผู้ไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าของที่ดิน และการปลูกสร้างโดยบุคคลผู้มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับเจ้าของที่ดิน เช่น เป็นเครือญาติ เป็นพี่น้อง เป็นบิดา มารดา หรือบุตร สามิภริยา หรือใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยา ซึ่งในกรณีความสัมพันธ์พิเศษนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาเกี่ยวกับการปลูกสร้างโดยความยินยอมหลายฉบับ เมื่อพิจารณาองค์ประกอบทั่วไปของความยินยอม คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม (Intentional Manifestation of Consent) ความรู้ (The Knowledge Condition) และความสมัครใจ (Voluntariness) ความสัมพันธ์เหล่านี้ย่อมมีผลบั่นทอนองค์ประกอบเรื่องความสมัครใจลงได้ บุคคลอาจให้ความยินยอมออกไปโดยเกรงในอำนาจเหนือทางสังคมบางประการ ไม่ได้สมัครใจโดยแท้จริง แต่แม้องค์ประกอบของความยินยอมข้างต้นไม่ได้รับผลกระทบจากความสัมพันธ์ดังกล่าว ดังกรณีที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา การที่ศาลยอมรับความยินยอมของเจ้าของที่ดินย่อมแสดงให้เห็นว่าอย่างน้อยต้องปรากฏจากพยานหลักฐานว่า องค์ประกอบพื้นฐานเหล่านี้มีอยู่อย่างครบถ้วนแล้ว อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์พิเศษเหล่านี้ย่อมมีผลต่อเนื้อหา และระดับของการให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง กล่าวคือ การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินอาจเป็นความยินยอมในเชิงศีลธรรมจรรยาเท่านั้น เพราะเหตุว่า การให้ความยินยอมในเบื้องต้นย่อม

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 25.

ก่อให้เกิดความชอบธรรมทางศีลธรรมที่ผู้ให้ความยินยอมจะต้องรักษาสัจจะ และยอมรับผลที่เกิดจากความยินยอมของตน แต่เนื่องจากมาตรา 146 บัญญัติถึงสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ดังนั้น ความยินยอมที่เป็นแต่ก่อให้เกิดความชอบธรรมทางศีลธรรมจึงไม่อาจให้ผลได้อย่างสิทธิตามกฎหมาย ความชอบธรรมทางศีลธรรมเป็นแต่สิ่งที่บอกว่าสิ่งใดควรกระทำหรือละเว้นไม่กระทำเท่านั้น แต่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย แม้เดิมความชอบธรรมทางศีลธรรมจะถูกรวมอยู่ในคำว่า “*ius*” ซึ่งหมายความว่าถึงสิทธิตามกฎหมายด้วยก็ตาม แต่ข้อความคิดเรื่องสิทธิตามกฎหมายและความชอบธรรมทางศีลธรรมถูกแยกออกจากกันอย่างชัดเจนแล้วตั้งแต่ช่วง ค.ศ. 19¹⁴ ดังนั้น การที่เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมในการปลูกสร้างแก่บุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์พิเศษ จึงมีแนวโน้มที่จะเป็นความยินยอมในเชิงศีลธรรมเพราะเหตุว่าในความเป็นจริงแล้ว ผู้ให้ความยินยอมที่มีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน อาจไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ผู้รับความยินยอมฟ้องร้องบังคับให้มีการปลูกสร้างอย่างสิทธิได้ แต่อย่างไรก็ตาม แนวโน้มดังกล่าวอาจไม่เป็นจริงเสมอไป จึงต้องมีวิธีการพิจารณาให้เห็นถึงเจตนาของผู้ให้ความยินยอม

การพิจารณาว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นเพียงความยินยอมที่ก่อความชอบธรรมทางศีลธรรม หรือก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายนั้นสามารถพิจารณาได้โดยใช้ปัจจัยชี้วัดเจตนาอย่างจริงจัง (Indicia of Seriousness) ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ใช้การตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 และมาตรา 368 มีลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ใช้วิธีการตีความนิติสัมพันธ์ของบุคคล โดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความการแสดงเจตนาให้ความยินยอมว่ามีความมุ่งหมายอย่างไร การตีความการแสดงเจตนาเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำเสนอหลักฐานได้ว่า การให้ความยินยอมดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินหรือไม่ ต่างจากการพิจารณาความมุ่งผลทางกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common law ประเทศฝรั่งเศสและมลรัฐหลุยเซียน่า ที่ใช้ปัจจัยอื่นๆ ในการบ่งชี้ถึงความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจังที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิที่ได้รับการยอมรับบังคับให้ตามกฎหมาย กล่าวคือ ในระบบกฎหมาย Common law เช่นประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา การแสดงเจตนาจะถือว่ามีความจริงจังบังคับอย่างสิทธิได้ ต้องเป็นการแสดงเจตนาที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักต่างตอบแทน (Consideration) ในระบบกฎหมาย Civil law เช่นประเทศฝรั่งเศส และมลรัฐหลุยเซียน่าซึ่งได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มีพิจารณาความมีอยู่ของเจตนาอย่างจริงจังโดยใช้หลักการที่เรียกว่า *cause* ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาได้ว่า ความยินยอมนั้นเป็นการแสดงเจตนาอย่างจริงจัง

¹⁴ Roscoe Pound, *Jurisprudence Volume IV*, (West Publishing : 1959), pp. 61-63.

หรือไม่ เช่น หากปรากฏว่ามีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์บางประการที่มีค่าระหว่างผู้ให้และผู้รับความยินยอม เช่น ผู้ปลูกสร้างยอมทำงานให้เจ้าของที่ดินในฐานะผู้ดูแลสวน หรือ ผู้ให้ความยินยอมอาจมีวัตถุประสงค์หวังผลตอบแทนบางประการจากการให้ปลูกสร้าง แม้มิใช่ผลตอบแทนในทางเศรษฐกิจ เช่น ประโยชน์ในด้านชื่อเสียง เกียรติยศ เป็นต้น อาจถือได้ว่าความยินยอมดังกล่าวเป็นเจตนาอย่างจริงจังได้ เช่นนาย ก. ต้องการลงสมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ได้เปิดให้ประชาชนผู้ไร้อำนาจที่ดินเข้าปลูกเรือนในที่ดินของตนโดยหวังชื่อเสียงว่าเป็นผู้โอบอ้อมอารี เช่นนี้อาจถือได้ว่า นาย ก. มีเจตนาอย่างจริงจังที่จะให้สิทธิในการปลูกสร้างแลกกับชื่อเสียงนั้นได้

การตีความการแสดงเจตนาให้ความยินยอมว่ามีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 หรือไม่ จะต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่า ความยินยอมของเจ้าของที่ดินมีเนื้อหาต้องตรงกับลักษณะของสิทธิที่ได้รับการยอมรับว่าสามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ซึ่งการพิจารณาโดยอาศัยเนื้อหาแห่งสิทธินี้สอดคล้องกับการพิจารณาเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี ที่การแสดงเจตนาเกี่ยวกับเรื่องนี้จะต้องมีเนื้อหาในการให้สิทธิปลูกสร้างและเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินเป็นเบื้องต้น คงมีแต่กรณีของมลรัฐหลุยเซียน่าเท่านั้นที่ไม่ได้จำกัดเนื้อหาของความยินยอมว่าจะต้องมีเนื้อหาเป็นอย่างไร เมื่อพิจารณาตั้งต้นจากเนื้อหาของสิทธิที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ จะทำให้สามารถแยกแยะความยินยอมที่มีลักษณะเป็นความชอบธรรมทางศีลธรรม ออกจากความยินยอมที่มีลักษณะจริงจังมุ่งก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายได้ เพราะหากความยินยอมให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ต้องตรงกับขอบเขตแห่งสิทธิ ย่อมถือได้ว่าความยินยอมนั้นไม่ได้แสดงออกมาเพื่อก่อให้เกิดสิทธิเช่นนั้น

ดังนั้น ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินตามมาตรา 146 จึงมีเนื้อหาที่แตกต่างจากความยินยอมที่มีการบัญญัติในมาตราอื่นๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ (มาตรา 21), การให้ความยินยอมแก่การแสดงเจตนาต่อผู้เยาว์ คนไร้ หรือเสมือนไร้ความสามารถ (มาตรา 170), การให้ความยินยอมให้ผู้เยาว์ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถบอกล้างโมฆียกรรม (มาตรา 175), การให้ความยินยอมของลูกหนี้ในการโอนหนี้ที่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้เฉพาะเจาะจง (มาตรา 306) เป็นต้น และยังมีอีกหลายมาตราที่บัญญัติถึงเรื่องความยินยอมไว้อย่างชัดเจน ความยินยอมที่ปรากฏในมาตราเหล่านี้ แม้มีจุดร่วมกับความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น คือจะต้องมีองค์ประกอบในเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม ความรู้ และความสมัครใจ แต่เนื้อหาของความยินยอมที่ก่อผลตามมาตราต่างๆ ย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ที่ระบุไว้ในมาตรานั้นๆ โดยความยินยอมที่จะก่อให้เกิดผลตามมาตรา 146 จะต้องเข้าลักษณะของการปลูก

สร้างชั่วคราว หรือมุ่งก่อสิทธิในที่ดิน กรณีของสิทธิในที่ดินนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นอย่างน้อยที่สุดควรมีเนื้อหาเช่นเดียวกับสิทธิเหนือพื้นดิน เพราะเป็นสิทธิที่ทุกประเทศยอมรับว่าเกิดขึ้นเพื่อยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบโดยเฉพาะ สิทธิเหนือพื้นดินจึงเป็นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้ เนื่องจากมีเนื้อหาเป็นปฏิปักษ์ต่อผลของหลักส่วนควบอย่างชัดเจน เมื่อระบบกฎหมายไทยไม่มีแนวนโยบายทำนองเดียวกับมลรัฐหลุยเซียน่า จึงต้องพิจารณาว่า การแสดงเจตนาที่จะก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ควรตั้งฐานอยู่บนเนื้อหาที่มุ่งหมายให้เกิดผลว่า โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกปลงไปจะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ผู้ปลูกสร้างมีสิทธิรื้อถอนออกไปได้ ซึ่งเป็นลักษณะของสิทธิเหนือพื้นดิน ดังนั้น ความยินยอมที่มีเนื้อหาในลักษณะดังกล่าว จึงต้องเป็นเจตนาอย่างจริงจังถึงขนาดเป็นนิติกรรมสัญญา

การพิจารณาความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยอาศัยเนื้อหาของสิทธิเป็นเครื่องช่วยพิจารณาย่อมชี้ให้เห็นได้ว่า ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน หรือเป็นเพียงความยินยอมที่ทำให้การปลูกสร้างเป็นเพียงการกระทำที่ไม่ละเมิดสิทธิของเจ้าของที่ดินด้วย เพราะเหตุว่า แม้ความยินยอมทั้งสองกรณีมีองค์ประกอบในเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม ความรู้ และความสมัครใจ เหมือนกับความยินยอมในกรณีอื่นๆ แต่เนื้อหาของความยินยอมย่อมขึ้นอยู่กับว่าเป็นการแสดงความยินยอมโดยมีเนื้อหามุ่งผลตามกฎหมายใด ความยินยอมในกรณีที่เกิดสิทธิ เช่น สัญญา กับความยินยอมในกรณีละเมิดมีความแตกต่างกันในตัว ความยินยอมในการก่อให้เกิดสิทธินั้นย่อมมีระดับที่สูงกว่าความยินยอมในกฎหมายละเมิด เพราะเหตุว่าในกฎหมายนิติกรรมสัญญานั้น การตรวจสอบความยินยอมก็เพื่อผูกนิติสัมพันธ์ก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ ส่วนในกรณีกฎหมายลักษณะละเมิด ความยินยอมเป็นเพียงส่วนที่ชี้ให้เห็นว่าสิทธิที่มีอยู่แล้วของปัจเจกชนถูกละเมิดหรือไม่¹⁵ ดังนั้น ในคดีละเมิดซึ่งมีความเกี่ยวพันกับการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่น การพิสูจน์ระดับของความยินยอมในคดีละเมิดก็เป็นไปเพื่อให้พ้นจากข้อกล่าวหาว่าได้กระทำละเมิดเท่านั้น ไม่ว่าจะพิสูจน์เพื่อชี้ให้เห็นว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นดังเช่นที่เป็นอยู่ในกฎหมายฝรั่งเศส หรือเพื่อให้พ้นจากองค์ประกอบเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายเยอรมัน ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงขนาดว่าตนมีสิทธิปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง แม้ในความเป็นจริงผู้ปลูกสร้างอาจได้รับความยินยอมที่ถึงขนาดเป็นนิติกรรมก่อสิทธิในที่ดิน

¹⁵ Tom W. Bell, “Graduated Consent in Contract and Tort Law: Toward a Theory of Justification”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 61, Issue 1, pp. 35-37 (Fall 2010).

แล้วก็ตาม เพราะเหตุว่า การพิสูจน์ถึงชั้นมีสิทธิในที่ดินอาจต้องการหลักฐานที่ชัดเจนกว่าเดิม ซึ่งผู้รับความยินยอมอาจหาไม่ได้ หรืออาจจับพ้องไม่ได้ว่าเป็นสิทธิในที่ดิน การที่ผู้รับความยินยอมต่อสู้ถึงชั้นมีสิทธิในที่ดินย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงกว่าต่อผู้ว่าได้รับความยินยอมซึ่งพิสูจน์ได้ง่ายกว่าการพิสูจน์ความมีสิทธิในที่ดิน ดังนั้น ในคดีที่มีรูปเรื่องเกี่ยวกับการกระทำละเมิด ผู้รับความยินยอมเพียงแต่นำสืบให้เห็นได้ว่าตนได้รับความยินยอมเพื่อทำลายองค์ประกอบเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดเท่านั้น ก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดินที่บังคับกันได้ เช่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2527 เหตุนี้เองเป็นฐานคิดทางกฎหมายของความเห็นว่าการให้ความยินยอมเป็นเพียงไม่ทำให้เป็นละเมิด แต่ไม่ถึงกับเป็นสิทธิตามกฎหมาย ไม่ถึงกับเป็นนิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ได้ เนื่องจากความยินยอมในลักษณะละเมิดอาจเป็นเพียงความยินยอมในทางข้อเท็จจริงที่ไม่มุ่งผลผูกนิติสัมพันธ์ก็ได้ ซึ่งความยินยอมที่ถูกพิสูจน์ในระดับเช่นนี้ ย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิได้เพราะเนื้อหาแห่งความยินยอมกินความไปไม่ถึงเนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดิน หากจะพิสูจน์ว่าความยินยอมเช่นนี้ก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้ ก็จะต้องพิสูจน์เพิ่มเติมขึ้นมา เพื่อยกระดับเนื้อหาของความยินยอมให้เป็นความยินยอมที่เป็นนิติกรรมที่มุ่งก่อให้เกิดสิทธิที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันสิทธิเหนือพื้นดิน

การพิจารณาเนื้อหาของความยินยอมแต่เพียงอย่างเดียว อาจเป็นการยากที่จะชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เจ้าของที่ดินผู้ให้ความยินยอมมีเจตนาอย่างจริงจังที่จะให้เนื้อหาแห่งความยินยอมนั้นผูกพันตนหรือไม่ เพราะเหตุว่า เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้าง เจ้าของที่ดินล้วนแล้วแต่ให้ความยินยอมที่มีเนื้อหาแสดงถึงการให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตนได้ทั้งสิ้น ดังนั้นจึงต้องอาศัยข้อเท็จจริงประการอื่นในการช่วยวินิจฉัยว่า ผู้ให้ความยินยอมมีเจตนาอย่างจริงจังที่จะผูกนิติสัมพันธ์ก่อสิทธิในที่ดินหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงที่เหมาะสมที่สุดในการใช้พิจารณาคือ การที่เจ้าของที่ดินได้ทำการส่งมอบที่ดินส่วนที่ใช้ในการปลูกสร้างให้ผู้รับความยินยอมได้ครอบครองโดยชอบ หากเจ้าของที่ดินเพียงแต่ให้ความยินยอมในการปลูกสร้าง แต่ยังไม่ได้กระทำการอันเป็นการส่งมอบที่ดินให้ผู้ปลูกสร้าง ย่อมเห็นได้ชัดว่าเป็นความยินยอมที่ยังเลื่อนลอยอยู่ และมีลักษณะที่สื่อแสดงถึงความชอบธรรมในทางศีลธรรมเท่านั้น ยังไม่มีสิ่งใดชี้ให้เห็นว่าเจ้าของที่ดินมุ่งผูกนิติสัมพันธ์กับผู้รับความยินยอม แต่หากเจ้าของที่ดินได้กระทำการส่งมอบที่ดินให้ผู้รับความยินยอมเข้าปลูกสร้างแล้วโดยชอบ ผู้ครอบครองก็จะได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองประการหนึ่ง นอกจากนั้น การส่งมอบดังกล่าวอาจถือได้ว่าเจ้าของที่ดินมีเจตนาอย่างจริงจังที่จะผูกนิติสัมพันธ์กับผู้ปลูกสร้าง สิทธิในการปลูกสร้างก็จะเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์เช่นว่านี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับความยินยอมจะพบว่า ล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินได้ทำการส่งมอบที่ดินให้ผู้รับความยินยอมเข้าทำการปลูกสร้างแล้วทั้งสิ้น แต่เหตุที่ศาลฎีกา

วินิจฉัยโดยอ้างความยินยอมของเจ้าของที่ดินแทนการวินิจฉัยว่าเป็นสิทธิที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ก็คือ การให้บุคคลอื่นปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตนนั้นโดยมากแล้วมักเกิดขึ้นในระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน จึงไม่ปรากฏว่ามีการต่างตอบแทนกันแต่อย่างใด การยินยอมให้ปลูกสร้างจึงมีลักษณะเป็นการให้เปล่า เมื่อเจ้าของที่ดินมุ่งผลทางกฎหมายโดยส่งมอบที่ดินให้ผู้รับความยินยอม เจตนาอย่างจริงจังนั้นจึงเข้าลักษณะของสัญญาให้สิทธิในที่ดิน ซึ่งสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 แท้จริงแล้วคือทรัพย์สินนั่นเอง ดังจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในข้อ 5.2 ดังนั้น การให้สิทธิในที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินตามนัยแห่งมาตรา 525 จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเป็นทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ แต่เมื่อคู่กรณีมิได้ทำการจดทะเบียนให้ถูกต้อง สัญญาให้ดังกล่าวย่อมไม่สมบูรณ์ จึงไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินได้ และไม่ต้องด้วยกรณีตามมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันในลักษณะบุคคลสิทธิ เนื่องจากมีกรณีตามมาตรา 525 บัญญัติผลไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงเห็นได้ว่า โดยสภาพแล้วไม่มีสิทธิอันใดเกิดจากการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินเลย แม้ความยินยอมนั้นจะมีลักษณะเป็นเจตนาอย่างจริงจังก็ตาม

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกากลุ่มแรกๆ ที่กล่าวถึงเรื่องการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะพบว่า ปรากฏเค้าโครงของการพิจารณาข้อเท็จจริงเรื่องการส่งมอบที่ดินให้แก่ผู้ได้รับความยินยอมอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 648/2506 นั้น เจ้าของที่ดินได้เข้าอยู่ร่วมในโรงเรือนที่สร้างขึ้นใหม่ในที่ดิน ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 เจ้าของที่ดินมิได้เข้าอยู่ร่วมในโรงเรือนนั้น ข้อเท็จจริงเช่นนี้ย่อมพิจารณาได้ว่า หากเจ้าของที่ดินเข้าอยู่ร่วมในโรงเรือนนั้นด้วย เจ้าของที่ดินอาจไม่ประสงค์ที่จะก่อตั้งสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ปลูกสร้าง การเข้าอยู่ในโรงเรือนนั้นด้วยย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ด้วยตนเอง โดยมิได้ส่งมอบการครอบครองที่ดินแต่อย่างใด แต่หากเจ้าของที่ดินมิได้เข้าอยู่ร่วมในโรงเรือนด้วย กรณีเช่นนี้อาจเห็นได้ว่าเจ้าของที่ดินมอบสิทธิในที่ดินให้ผู้ปลูกสร้างแยกต่างหากจากการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของตน เมื่อโรงเรือนตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 ไม่มีลักษณะเป็นเรือนหอ ศาลจึงอาจอาศัยข้อเท็จจริงเช่นนี้เพื่อสนับสนุนให้โรงเรือนไม่ตกเป็นส่วนควบ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการแยกการอยู่อาศัยต่างหากจากเจ้าของที่ดินทำนองเดียวกับเรือนหอที่ใช้อยู่กันระหว่างสามีภริยาโดยเฉพาะนั่นเอง

การพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ อาจยกตัวอย่างขึ้นได้อีกกรณีหนึ่งคือ กรณีของการได้ทรัพย์สินชนิดภาระจำยอม หากปรากฏว่าเจ้าของที่ดินยินยอมให้ผู้อื่นได้ใช้เดินผ่าน ข้อเท็จจริงเช่นนี้น่าจะไม่เป็นการใช้ทางอย่างเป็นทางการเป็นปึกษากับเจ้าของที่ดิน ผู้ใช้ทางไม่สามารถอ้างการได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยอายุความได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 579/2493, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2053/2522,

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2672/2523, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2533 เป็นต้น คำพิพากษาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า การใช้ทางภาระจำยอมโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน มีลักษณะเป็นการใช้ทางโดยการยอมรับและอาศัยสิทธิของเจ้าของที่ดินเท่านั้น ไม่ใช่การใช้ทางโดยปรปักษ์ แม้รูปเรื่องดังกล่าวเป็นการตั้งประเด็นในเรื่องการได้ภาระจำยอมโดยอายุความ แต่ก็อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า เหตุใดผู้ได้รับความยินยอมไม่ตั้งรูปเรื่องเป็นการได้ภาระจำยอมโดยทางนิติกรรม เนื่องจากปรากฏความยินยอมของเจ้าของที่ดินอยู่ด้วย ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะการพิสูจน์ให้เห็นว่าคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ก่อภาระจำยอมโดยนิติกรรมจะต้องมีข้อเท็จจริงที่ชัดเจนมากกว่าการให้ความยินยอม มิฉะนั้นแล้วศาลอาจไม่บังคับให้ ดังเช่นกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1084/2507, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 37/2513 เป็นต้น นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นได้ว่า ความยินยอมไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิได้ในทุกกรณี ในบางกรณีอาจเป็นเพียงการอาศัยสิทธิของเจ้าของที่ดินเท่านั้น ดังเช่นกรณีของการอยู่ร่วมเรือนที่ปลูกสร้างกับเจ้าของที่ดิน

ดังนั้น หากการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการปลูกสร้างของเจ้าของที่ดิน มีเนื้อหาแสดงถึงสิทธิที่ให้อำนาจในการปลูกสร้าง กับทั้งมีข้อเท็จจริงที่แสดงถึงเจตนาอย่างจริงจังของเจ้าของที่ดินแล้ว ควรที่จะพิจารณาว่านิติกรรมสัญญาที่เกิดจากเจตนาอย่างจริงจังดังกล่าวเกิดผลหรือไม่เท่านั้น ไม่ควรที่จะหยิบยกเรื่องความยินยอมมาใช้กล่าวอ้างว่าเป็นทางในการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้อีก แม้ว่าการพิจารณาความยินยอมของเจ้าของที่ดินจะทำให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปลูกสร้างโรงเรือนจบลงได้โดยง่ายและไม่ต้องพิพาทกันต่อไปอีก เนื่องจากเมื่อโรงเรือนไม่เป็นส่วนควบแล้วผู้ปลูกสร้างย่อมต้องรื้อถอนออกไป แต่การตีความทำนองเช่นนี้ย่อมเกินขอบเขตของคำว่าสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามมาตรา 146 อย่างชัดเจน ประกอบกับประเทศไทยไม่ปรากฏแนวนโยบายทำนองเดียวกับมลรัฐหลุยเซียน่า แนวการวินิจฉัยดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 จึงควรเป็นเรื่องอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีเท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว การยอมรับความยินยอมในการปลูกสร้างก็เปรียบเสมือนการหลีกเลี่ยงการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบต่างๆ ที่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏต้องด้วยกรณี ซึ่งทำให้หลักส่วนควบสิ้นผลบังคับไปโดยง่าย และคุณค่าที่หลักส่วนควบมุ่งคุ้มครองย่อมไม่ได้รับการหยิบยกขึ้นมาพิจารณา

5.2 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง เนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามมาตรา 146

ประเด็นปัญหาเรื่องเนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดินนี้ เป็นประเด็นปัญหาสืบเนื่องจากการพิจารณาความยินยอมของเจ้าของที่ดินว่ามีเนื้อหาอย่างไรจึงจะก่อสิทธิในที่ดินได้ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ตามนัยแห่งมาตรา 146 จะพบว่า สิทธิในที่ดินหลายกรณีสามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้ ทั้งสิทธิในที่ดินที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7193/2547 (สิทธิในฐานะผู้ถือประทานบัตรเหมืองแร่ตาม พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 73 : ปัจจุบันมีพ.ร.บ. แร่ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับใหม่ใช้บังคับให้สิทธิผู้ถือประทานบัตรในการปลูกสร้างได้ ตามมาตรา 59) , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2864/2559 (สิทธิในที่ดินตาม พ.ร.บ. จัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 มาตรา 15) ทรัพย์สินในที่ดิน เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1170/2543, ทางอันเกิดจากภาระจำยอม : เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6189/2540, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3503/2561 , เจ้าของรวมคนหนึ่งใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ปลูกสร้างโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมคนอื่น : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2987/2517, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3545/2535, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5418/2560 สิทธิในที่ดินอันเกิดจากการมีข้อสัญญาให้อำนาจในการปลูกสร้างขัดแย้ง เช่น สัญญาเช่า : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2210/2526, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3968/2532, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5582/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7872/2542, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 882/2544, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 883/2544, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5692/2546, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3134/2549, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4260/2550 สัญญาจะซื้อขาย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3583/2533, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3593/2533 รวมถึงความยินยอมในการปลูกสร้างที่ศาลพิจารณาก่อให้เกิดสิทธิได้ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 5.1 ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิในที่ดินที่ก่อให้เกิดผลเป็นการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบตามกฎหมายของประเทศต่างๆ จะพบว่า ระบบกฎหมายไทยยอมรับสิทธิในที่ดินของผู้อื่นอย่างกว้างขวาง กล่าวคือเมื่อพิจารณาได้ว่าเป็นสิทธิที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินแล้ว อาจถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 146 ได้ทั้งสิ้น

การพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่นกรณีเป็นสิทธิตามกฎหมาย หรือเป็นทรัพย์สินในที่ดินมีความยุ่งยากน้อยกว่าการพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิอันเกิดแต่นิติกรรมสัญญา เพราะเหตุว่า สิทธิตามกฎหมายบัญญัติไว้ และทรัพย์สินในที่ดินมีจำนวนจำกัดตามหลัก *numerus clausus* เนื่องจากสิทธิจำพวกนี้เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นสิทธิสมบูรณ์และมีผลบังคับได้แก่บุคคลทั่วไป (*erga omnes*) จึงสามารถพิจารณาจำนวนที่แน่นอนและเนื้อหาของสิทธิที่ชัดเจนได้จาก

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹⁶ ต่างจากสิทธิอันเกิดแต่นิติกรรมสัญญาที่เกิดขึ้นโดยเจตนาของบุคคล จึงมีจำนวนและเนื้อหาไม่จำกัด ดังนั้นหากพิจารณาให้สิทธิที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินในทุกรณีเป็นสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ได้แล้ว ย่อมทำให้ช้อยกเว้นของหลักส่วนควบกรณีปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดินขยายออกไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด¹⁷

สิทธิเหนือพื้นดินได้รับการยอมรับว่าเป็นช้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบโดยตรงในทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษา อย่างไรก็ตาม เมื่อถ้อยคำในมาตรา 146 ใช้คำว่า “สิทธิในที่ดินของผู้อื่น” มิได้ชี้ชัดลงไปว่าต้องเป็นทรัพย์สินชนิดสิทธิเหนือพื้นดินเท่านั้น จึงต้องพิจารณาด้วยว่า มีสิทธิในลักษณะอื่นใดบ้างที่จะก่อผลยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฝรั่งเศส และมลรัฐหลุยเซียน่าจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงช้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบซึ่งมีเนื้อความสอดคล้องถึงสิทธิอย่างอื่นๆ นอกจากสิทธิเหนือพื้นดิน มีเพียงประเทศเยอรมนีเท่านั้นที่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 146 ของไทย เมื่อพิจารณาจากกฎหมายเยอรมัน Section 95 ซึ่งเป็นที่มาแห่งมาตรา 146 จะพบว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามกฎหมายเยอรมันต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินชนิดที่แน่นอน แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะสิทธิเหนือพื้นดิน ทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น คือ ภาระจำยอม Section 1020 BGB¹⁸ สิทธิเก็บกิน Section 1037 BGB¹⁹ และสิทธิเหนือ

¹⁶ ประมุข สุวรรณศรี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 98-99. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 120-121. บัญญัติ สุขีวะ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 62. ; อานนท์ มาเฝ้า, กฎหมายทรัพย์สิน: ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 113-114.

¹⁷ Wolff Martin, *supra note 8*, p 63, pp. 73-74.

¹⁸ Section 1020 Considerate use

When using an easement, the person entitled must if possible observe the interest of the owner of the servient plot of land. If he maintains an installation on the servient plot of land in order to use the easement, he must keep the installation in a proper condition to the extent that the interest of the owner requires this.

¹⁹ Section 1037 Transformation

(1) The usufructuary is not entitled to transform the thing or substantially change it.

ที่ดิน ปรากฏใน Regulation on Building Leases in 1919 : Verordnung über das Erbbaurecht²⁰ ซึ่งบัญญัติถึงอำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อการใช้สิทธิในมาตราต่างๆ อย่างชัดเจน²¹ แตกต่างจากทรัพย์สินในบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่ทรัพย์สินอย่างอื่นๆ นอกจากสิทธิเหนือที่ดิน ไม่ได้บัญญัติถึงอำนาจในการปลูกสร้างอย่างชัดเจน คงบัญญัติไว้แต่เพียงสิทธิที่จะใช้ที่ดินให้สมประโยชน์แก่สิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของสามทรัพย์ที่สามารถกระทำการทุกอย่างอันจำเป็นเพื่อรักษาและใช้ภาระจำยอม (มาตรา 1391) สิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน (มาตรา 1417) การใช้และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ กรณีการติดพันในอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1429)

สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของสามทรัพย์ที่สามารถกระทำการทุกอย่างอันจำเป็นเพื่อรักษาและใช้ภาระจำยอม ตามมาตรา 1391 ไม่ใช่บทบัญญัติที่รองรับหรือให้อำนาจในการใช้สิทธิตามภาระจำยอมโดยตรง ซึ่งมาตรา 1387 ได้รับรองอำนาจเช่นนั้นไว้แล้ว แต่ถือได้ว่าเป็นสิทธิอันเป็นอุปกรณ์ที่จะสนับสนุนให้ผู้ทรงสิทธิได้ประโยชน์บริบูรณ์ในการใช้สิทธิอันเกิดจากอำนาจตามมาตรา 1387 โดยตรง เช่น หากเจ้าของสามทรัพย์ที่ได้สิทธิมีทางเดินบนที่ดินภารยทรัพย์ ย่อมใช้สิทธิตามมาตรา 1391 ทำการก่อสร้างทางเดินให้มีสภาพเหมาะสมแก่การใช้งานของตนได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการใช้สิทธิเพียงเท่าที่จะเป็นแห่งการใช้ภาระจำยอมเท่านั้น²²

สิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ตามมาตรา 1417 สิทธิเก็บกินถือเป็นทรัพย์สินที่จำกัดตัดทอนเอาอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 มาได้อย่างมาก ทั้งสิทธิที่จะครอบครอง ใช้สอย และถือเอาประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์ เช่น ดอกผล และจากการมีสิทธิครอบครองนี้เอง ทำให้ผู้ทรงสิทธิเก็บกินสามารถอ้างมาตรา 1372, 1374 และ

(2) The usufructuary of a plot of land may erect new facilities to extract stone, gravel, sand, loam, clay, marl, peat and other components of the ground, except where the economic purpose of the plot of land is materially altered as a result.

²⁰ L P W van Vliet, *supra* note 4, pp. 77-78.

²¹ L P W van Vliet, *supra* note 4, pp. 77-78. ; Lars van Vliet, *supra* note 8, p. 635.

²² ประมูล สุวรรณสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 316-317. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 642-643. ; บัญญัติ สุขิวัช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 324-325.

มาตรา 1375 ซึ่งให้ผลเสมือนมีสิทธิติดตามและเอาคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าบรรดาอำนาจแห่งเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 นั้น สิทธิเก็บกินได้ตัดทอนเอามาเกือบทั้งหมดคงเหลือเพียงสิทธิในการจำหน่ายเท่านั้นที่ยังคงอยู่แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์²³ สิทธิเก็บกินนั้นจะได้มาก็แต่โดยนิติกรรมเท่านั้น และต้องทำให้ผู้ทรงสิทธิได้ครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินโดยไม่ได้ระบุหรือจำกัดลักษณะการครอบครอง การใช้ หรือการถือเอาประโยชน์เฉพาะอย่างไว้ และหากสิทธิครอบครอง ใช้สอย หรือแสวงหาประโยชน์แต่อย่างใดไป ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นสิทธิเก็บกิน²⁴ เมื่อพิจารณาดังนี้จะเห็นได้ว่า เนื้อหาแห่งสิทธิเก็บกินมีลักษณะเทียบเคียงได้กับการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้นผู้ทรงสิทธิเก็บกินจึงสามารถปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินที่ตนมีสิทธิเก็บกินได้

การใช้และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ กรณีการะติตพันในอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1429 มีลักษณะทำนองเดียวกับการใช้และถือเอาประโยชน์ในสิทธิเก็บกิน แต่มีข้อแตกต่างกันคือ เจ้าของทรัพย์สินยังมียอำนาจประการอื่นๆ นอกจากการใช้และถือเอาประโยชน์ เช่น สิทธิครอบครอง นอกจากนั้น การใช้และถือเอาประโยชน์ในลักษณะการะติตพันต้องเป็นการใช้และถือเอาประโยชน์ที่มีการระบุไว้โดยจำกัด ต่างกับสิทธิเก็บกินที่ไม่สามารถจำกัดการใช้และถือเอาประโยชน์ได้²⁵ เช่น หากระบุให้ใช้ที่ดินทำการปลูกสร้างโรงเรือน ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิตามที่ระบุไว้เท่านั้น ในทางกลับกันหากระบุให้ใช้ที่ดินปลูกต้นไม้ ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถปลูกสร้างโรงเรือนลงบนที่ดินนั้นได้

ในส่วนทรัพย์สินประการอื่น เช่น สิทธิอาศัย เนื่องจากเป็นสิทธิในโรงเรือน จึงไม่ใช่สิทธิในที่ดินของผู้อื่นโดยสภาพ ส่วนสิทธิครอบครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ใช่สิทธิในที่ดินของผู้อื่นที่จะทำให้เกิดการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นส่วนควบ เพราะเหตุว่า สิทธิครอบครองเป็นทรัพย์สินที่มีเนื้อหาแห่งสิทธิต่างจากทรัพย์สินชนิดอื่น ทรัพย์สินชนิดอื่นกฎหมายกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิอาจใช้ และตระเวนกล่าวอ้างถึงอำนาจที่กฎหมายให้ไว้แก่ตนได้ เช่น กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 เป็นที่ประชุมแห่งสิทธิ เช่น สิทธิที่จะใช้สอย ได้ดอกผล มีสิทธิติดตามเอาคืนและมี

²³ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 338.; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 708-711, 714.; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 354-356.

²⁴ *เพ็งอ้าง.*

²⁵ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 346.; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 759

สิทธิขัดขวางหากันจากบุคคลอื่น หรือกรณีสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1410 ก็มีเนื้อหาแห่งสิทธิที่ ให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูกบนที่ดินได้ แต่สิทธิ ครอบครองไม่มีกฎหมายบัญญัติเนื้อหาแห่งสิทธิให้ใช้สิทธิโดยเปิดเผยเช่นนั้น ในเบื้องต้นมีเพียงข้อ สันนิษฐานตามมาตรา 1372 ถึงการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิครอบครองเท่านั้น ทรัพย์สิทธิอื่นอยู่เฉยๆ ก็ สามารถกล่าวอ้างได้ ผิดกับสิทธิครอบครองที่อยู่เฉยๆ จะอ้างว่ามีสิทธิอะไรไม่ได้ ต้องถูกรบกวนหรือ เข้าแย่งการครอบครอง จึงจะมีสิทธิฟ้องร้องขอให้ระงับหรือเรียกคืนการครอบครองได้ตามมาตรา 1374, 1375 สิทธิครอบครองจึงมีผลไปในทางต่อสู้ ไม่ใช่ในทางกล่าวอ้างตระเวนสิทธิเหมือน ทรัพย์สิทธิอย่างอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือครอบครองมีผลในทางรับ ไม่ใช่ในทางรุกเหมือนทรัพย์สิทธิอื่น ทั้งหลาย ในระหว่างที่ครอบครองอยู่ จะใช้อำนาจตามกฎหมายสิทธิอย่างไรก็ได้แต่ข้อสันนิษฐานว่าใช้ได้ เท่านั้น ห้ามมิบทบัญญัติใดในเรื่องสิทธิครอบครองที่รับรองว่ามีสิทธิใช้ หรือกระทำการใดๆ ได้โดยตรง ไม่²⁶ เมื่อไม่มีบทบัญญัติที่แสดงถึงเนื้อหาแห่งสิทธิที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูก สร้างในที่ดินของผู้อื่นได้แล้ว จึงมิใช่สิทธิในที่ดินที่ตามนัยแห่งมาตรา 146 ซึ่งหากถือว่าสิทธิ ครอบครองเป็นสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 อย่างหนึ่งแล้ว กรณีที่บุคคลบุกรุกเข้าไปปลูกสร้าง โรงเรือนในที่ดินของผู้อื่น ผู้บุกรุกที่เข้าไปยึดถือที่ดินโดยเจตนายึดถือเพื่อตนซึ่งได้สิทธิครอบครองใน ที่ดิน ก็จะสามารถเป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้เนื่องจากตนปลูกสร้างโดยมีสิทธิ ทั้งๆ ที่ สิทธิครอบครองมิได้ให้อำนาจผู้ทรงสิทธิในการทำเช่นนั้น

จะเห็นได้ว่า สิทธิอันเป็นอุปสรรคของภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน หรือภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์ สามารถมีเนื้อหาครอบคลุมถึงการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินได้ การ ปลูกสร้างโดยอาศัยสิทธิดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิอันเกิดจากอำนาจของภาระจำยอม หรือภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่ง มิได้มีเนื้อหาให้ปลูกสร้างโรงเรือนโดยเฉพาะเจาะจงอย่างสิทธิเหนือพื้นดิน หรือไม่ได้มีเนื้อหาแห่งสิทธิ ที่กว้างขวางเกือบเท่ากรรมสิทธิ์ดังเช่นสิทธิเก็บกิน แม้การปลูกสร้างจะได้ทำลงโดยผู้มีสิทธิเช่นนั้นก็ ตาม แต่หากการปลูกสร้างมิได้เป็นการใช้สิทธิในขอบเขตแห่งสิทธิของตนแล้วก็จะไม่ได้รับการยกเว้น ตามมาตรา 146 เช่น ผู้ทรงทรัพย์สิทธิประเภทภาระจำยอมที่จะได้เดินผ่านในที่ดินของผู้อื่น จะใช้สิทธิ นั้นได้ก็แต่ในการเดิน หรือใช้รถยนต์ผ่านไปมาเท่านั้น ไม่มีสิทธิที่จะทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่ง ปลูกสร้างลงในที่ดินที่ใช้เป็นทางเดินนั้น²⁷

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 415-416, 513-520.

²⁷ ประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 68.; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 83-84. ; บัญญัติ สุชีวะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 35.

สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอันเกิดแต่นิติกรรมสัญญา เช่น สัญญาเช่า หรือสิทธิตามสัญญาจะซื้อขาย ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นจำนวนมากว่า เป็นสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบุคคลสิทธิดังกล่าวจะพบว่า หากสัญญานั้นมีข้อตกลงให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ในระหว่างระยะเวลาที่เช่า หรือให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินไปพลางก่อนหลังจากทำสัญญาจะซื้อขาย เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเนื้อหาแสดงถึงทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างประการอื่น เนื้อหาแห่งสัญญา เช่นว่านั้นย่อมให้ผลที่สอดคล้องกับเนื้อหาแห่งสิทธิเหนือพื้นดินตามนัยแห่งมาตรา 1410 โดยตรงดังที่ได้พิจารณาไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.2.1 กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ให้อำนาจแก่ผู้ทรงสิทธิที่จะเป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกใดๆ ในที่ดินของผู้อื่นได้ ความสอดคล้องกันดังกล่าว ปรากฏให้เห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2513 (ตกลงให้ทำทางเท้าล้ำเข้าไปโดยเจ้าของที่ดิน), คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551 (พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันขออนุญาตปลูกสร้างบ้าน) กรณีเหล่านี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินของผู้อื่นในลักษณะของสิทธิเหนือพื้นดินที่ไม่ได้จดทะเบียนสิทธิให้บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน จึงใช้บังคับกันได้อย่างบุคคลสิทธิ ตามนัยแห่งมาตรา 1410 ประกอบมาตรา 1299 วรรคแรก²⁸ เหตุที่ผลทางกฎหมายของการไม่ปฏิบัติตามความในมาตรา 1299 วรรคหนึ่งเป็นเช่นนี้คือ การได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรค 1 กล่าวถึงได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยนิติกรรมที่เรียกว่านิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรืออีกชื่อหนึ่งคือนิติกรรมทางทรัพย์สิน เป็นนิติกรรมมีลักษณะต่างจากการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งสิทธิทางหนี้หรือที่เรียกว่าบุคคลสิทธิ นิติกรรมทั้งสองชนิดนี้แม้โดยสภาพอาจเกิดขึ้นได้พร้อมกัน แต่สาระสำคัญของนิติกรรมทั้งสองชนิดนี้ต่างกัน กล่าวคือ นิติกรรมทางหนี้ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้ก่อนิติกรรมมีอำนาจเหนือทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินพร้อมจะโอนไปหรือไม่ เพียงแต่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ที่จะกระทำการ จดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน เพียงเท่านั้นก็เพียงพอที่จะก่อหนี้ได้แล้ว แต่นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือนิติกรรมทางทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรค 1 ต่างออกไป เพราะเป็นนิติกรรมที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยตรง ดังนั้น ผู้ก่อจะต้องมีสิทธิเสียก่อนจึงจะทำนิติกรรมชนิดนี้ได้ และเมื่อเป็นเรื่องนิติกรรมตามบรรพ 4 ซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินก็จะเห็นได้ว่าต้องมีตัวทรัพย์สินอยู่ก่อนจึงจะเกิดทรัพย์สินที่จะโอนไปได้ตามหลักที่ว่า ทรัพย์สินมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ การตีความมาตรา 1299 วรรค 1 ในระบบกฎหมายไทยนั้น ความบริบูรณ์ของนิติกรรมทาง

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 146-150. ; ประมุข สุวรรณศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 102-104. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 65-80.

ทรัพย์มิได้พราออกจากผลของนิติกรรมทางหนี้ ดังจะเห็นได้จากตอนต้นของมาตรา 1299 วรรค 1 ความว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งให้ผลว่าหากนิติกรรมทางหนี้ตกเป็นโมฆะ นิติกรรมทางทรัพย์ย่อมเสื่อมเสียไปด้วย มิใช่เพียงแต่ไม่บริบูรณ์ แต่หากนิติกรรมทางหนี้มีผลบังคับได้ จึงจะมาพิจารณาผลของนิติกรรมทางทรัพย์อีกครั้งหนึ่งว่านิติกรรมทางทรัพย์นั้นทำให้การได้มาซึ่งทรัพย์สิทธิบริบูรณ์หรือไม่ ตามมาตรา 1299 วรรค 1²⁹ จึงเห็นได้ว่า ในกรณีที่นิติกรรมทางทรัพย์ที่ทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง แต่หากนิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้มีผลบังคับได้ ก็ย่อมบังคับกันได้ระหว่างคู่กรณีให้เป็นไปตามที่ตกลงกันนั้น ผลที่เกิดขึ้นในลักษณะเช่นนี้ ชี้ให้เห็นได้ว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามนัยแห่งมาตรา 146 โดยเนื้อแท้แล้วคือทรัพย์สิทธิเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน Section 95 นั้นเอง ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนอีกตัวอย่างหนึ่ง คือกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1084/2507 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 37/2513 เกี่ยวกับเรื่องภาระจำยอม ที่ศาลวินิจฉัยว่าหากไม่ได้มีการจดทะเบียนภาระจำยอม อาจใช้บังคับกันได้อย่างบุคคลสิทธิเท่านั้น

เหตุที่ระบบกฎหมายไทยยอมรับให้บุคคลสิทธิซึ่งมิได้บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิทธิ สามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบได้ ในขณะที่ประเทศต้นทางคือเยอรมนีไม่ยอมรับว่าบุคคลสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในที่ดิน อาจเนื่องมาจากว่า การยอมรับบุคคลสิทธิดังกล่าวไม่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 688/2511 (ประชุมใหญ่) จึงทำให้การยอมรับให้บุคคลสิทธิที่มีเนื้อหาให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่สามผู้สุจริต ซึ่งสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สาม การยอมรับให้บุคคลสิทธิลักษณะเช่นนี้เป็นสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ผลที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีและบุคคลภายนอกมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ผลต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริต เมื่อบุคคลภายนอกไม่สามารถรับรู้ได้ว่าผู้ปลูกสร้างกับเจ้าของที่ดินมีนิติสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร จึงต้องให้ความคุ้มครองโดยพิจารณาความเป็นส่วนควบจากสภาพภายนอกของทรัพย์ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงเป็นส่วนควบของที่ดิน แนวการวินิจฉัยนี้จึงสอดคล้องกับการคุ้มครองบุคคลภายนอกตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ และเยอรมนี แต่ผลสำหรับคู่กรณี เมื่อพิจารณาจากบุคคลสิทธิได้โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิทธิ โรงเรือนนั้นกลับไม่เป็นส่วนควบ ผลดังกล่าวนี้คล้ายกับผลของการให้ความสำคัญกับบุคคลสิทธิของประเทศฝรั่งเศสอยู่หลายๆ ซึ่งในสามประเทศข้างต้นนี้ การพิจารณา

²⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน”, อุลพาน, (2511). ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์”, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 19, น. 78 – 102 (2517).

ความเป็นส่วนควบจะให้ผลเหมือนกันทั้งในระหว่างคู่กรณีและบุคคลภายนอก กล่าวคือเมื่อทรัพย์ใดไม่ตกเป็นส่วนควบแล้ว ก็ย่อมมีผลต่อบุคคลภายนอกเป็นอย่างเดียวกัน เว้นแต่กฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่าที่มีการปรับใช้ทำนองเดียวกับกฎหมายของไทย คือ การพิจารณาความยินยอมของเจ้าของที่ดินทำให้ทรัพย์ไม่ตกเป็นส่วนควบ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลภายนอก จะต้องพิจารณาว่ามีการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินหรือไม่ การพิจารณาดังนี้แม้จะเกิดผลดีคือบุคคลภายนอกได้รับการคุ้มครอง แต่ผลที่เกิดขึ้นอาจแปลกประหลาดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่แบ่งแยกผลทางหนี้และผลทางทรัพย์อย่างชัดเจน เช่นกรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่พิจารณาว่าข้อตกลงเช่นนี้ ทรัพย์ยังคงเป็นส่วนควบอยู่ เพียงแต่คู่กรณีมีสิทธิทางหนี้เท่านั้น หรือกรณีของประเทศเยอรมันที่ไม่ยอมรับว่าบุคคลสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในที่ดิน แต่ให้พิจารณาในส่วนของการปลูกสร้างโดยชั่วคราวแทน

แต่หากนิติกรรมทางหนี้ดังกล่าวตกเป็นโมฆะหรือไม่บริบูรณ์ เช่นมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เช่นนี้ย่อมเกิดผลว่าไม่มีความผูกพันทางสัญญาอันอาจบังคับกันได้แต่อย่างใดเลยระหว่างคู่กรณี เพราะเหตุที่ต้องด้วยมาตรา 1299 วรรคหนึ่งความว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งเป็นเรื่องผลของนิติกรรมทางทรัพย์ไม่พรากออกจากนิติกรรมทางหนี้ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เมื่อนิติกรรมทางหนี้เสียไปก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณานิติกรรมทางทรัพย์เลย³⁰ ซึ่งกรณีจะเกิดขึ้นได้เมื่อบุคคลสิทธิดังกล่าวเป็นสัญญาให้ซึ่งมีเนื้อหาให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ซึ่งเนื้อหาทำนองนี้ต้องด้วยลักษณะของสิทธิเหนือพื้นดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 ประกอบมาตรา 139 จึงต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หากปรากฏว่าไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญาให้ดังกล่าวจึงไม่บริบูรณ์ ไม่ก่อให้เกิดแม้บุคคลสิทธิที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดิน³¹ ด้วยเหตุนี้เองศาลจึงหยิบยกเรื่องความยินยอมขึ้นพิจารณาเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงได้โดยไม่ต้องฟ้องเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการปลูกสร้างกันต่อไป แทนที่จะพิจารณาว่าสัญญาให้ไม่บริบูรณ์ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงต้องตกเป็นส่วนควบของที่ดิน

³⁰ ประมูล สุวรรณสร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 102-103. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 148-149. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 72-73.

³¹ จิตติ ดิงศภัทัย, “การได้มาซึ่งทรัพย์สิทธิในอสังหาริมทรัพย์”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 11 ฉบับที่ 1, น. 13-14 (พ.ศ.2523).

5.3 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่อง ผลที่ตามมาของหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ

ผลที่ตามมาของหลักกฎหมายว่าด้วยส่วนควบ เป็นประเด็นปัญหาสืบเนื่องจากการพิจารณาความยินยอมของเจ้าของที่ดิน ซึ่งช่วยชี้ให้เห็นว่าเหตุใดเมื่อทรัพย์ต้องด้วยกรณีของการเป็นส่วนควบแล้ว ไม่ควรเลี่ยงไปปรับบทความยินยอมอีก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับผลที่ตามมาของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ กรณีปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น คือมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 และการคืนการครอบครองที่ดินตามมาตรา 1376 ซึ่งบัญญัติให้นำหลักการเรื่องลามิควรรได้ตามมาตรา 412 ถึง 418 มาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อเปรียบเทียบกับบัญญัติของประเทศเนเธอร์แลนด์ คือ Article 3:120 3:121 และ Article 3:123 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือ Art. 555 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งหุลยเซียน่า Art. 494 ถึง Art. 497 และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 951 จะพบว่า บทบัญญัติเหล่านี้ล้วนประกอบไปด้วยหลักการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์ที่มารวมเข้ากัน ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองบุคคลผู้สูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ของตนไปโดยหลักส่วนควบด้วย แต่ระดับของการคุ้มครองคุณค่าทั้งสองประการนี้ อาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศขึ้นอยู่กับว่า ประเทศนั้นให้ความสำคัญคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน หรือคุ้มครองความสุจริตของผู้ปลูกสร้างอย่างไร

ตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ การชดใช้ค่าทดแทนกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบของที่ดิน ขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง การพิจารณาความสุจริตเป็นไปตาม Article 3:11 ประกอบ Article 3:118 ผู้ครอบครองโดยสุจริต หมายถึงบุคคลที่ขณะเข้าครอบครองที่ดิน เชื่อหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าตนมีสิทธิเข้าครอบครอง กล่าวคือ ไม่รู้ถึงข้อบกพร่องแห่งสิทธิที่มีอยู่ในขณะที่ตนเข้าครอบครอง หากปรากฏว่าผู้ครอบครองรู้หรือควรรู้ถึงข้อบกพร่องดังกล่าวก็จะตกอยู่ในสถานะไม่สุจริตนับแต่นั้น³² ซึ่งการคืนทรัพย์แบ่งออกเป็นสองกรณี คือ การคืนดอกผลที่ได้รับ และการคืนค่าใช้จ่ายประการอื่นเกี่ยวกับที่ดิน สำหรับการคืนดอกผลนั้น หากผู้ปลูกสร้างสุจริต ก็ไม่ต้องคืนดอกผลที่ตกได้แก่ตนแล้วในระหว่างที่ดินยังสุจริต แต่หากอยู่ในสถานะไม่

³² Arthur F. Salomons, “National Report on the Transfer of Movables in The Netherlands” in National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia ., ed. Wolfgang Faber / Brigitta Lurger. (Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011), p. 35.

สุจริตเมื่อใดก็ต้องส่งคืนดอกผลที่ได้รับแก่เจ้าของที่ดินนับแต่เวลาที่ไมสุจริต ในส่วนของค่าโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดินนั้น หากผู้ปลูกสร้างสุจริต เจ้าของที่ดินมีหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายนั้นแก่ผู้ปลูกสร้างเต็มจำนวน แต่ศาลอาจนำดอกผลที่ได้รับไปแล้วมาหักกับค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้ แต่หากผู้ปลูกสร้างไมสุจริต ก็มีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายคืนเพียงเท่าที่ค่าใช้จ่ายนั้นยังมีมูลค่าเท่าเดิมอยู่³³ เช่นหากราคาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ได้ตกลงไปกว่าราคาปลูกสร้าง เช่นนี้จึงจะได้รับค่าใช้จ่ายเต็มจำนวน แต่หากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างมีราคาตกลง ผู้ปลูกสร้างก็พึงได้รับเงินเท่าราคาที่เป็นอยู่นั้น ตาม Article 3:120, Article 3:121 แต่ทั้งนี้ ผู้ปลูกสร้างอาจเลือกที่จะรื้อถอนสิ่งที่ตนปลูกปลูกลงไว้ในที่ดินแทนการเรียกร้องค่าใช้จ่ายตามนัยแห่ง Article 3: 123 โดยส่งมอบที่ดินคืนแก่เจ้าของในสภาพเดิม ไม่ว่าผู้ครอบครองจะอยู่ในสถานะสุจริตหรือไม่ก็ตาม

การชดใช้ค่าทดแทนกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส Art. 555 เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติต่อโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก หรือการงานที่ผู้ไม่มีสิทธิทำลงในที่ดินของตน สิทธิในการเลือกดังกล่าวขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง กล่าวคือ เป็นบุคคลที่เข้าครอบครองที่ดินโดยเชื่อว่าที่ดินนั้นเป็นของตน แต่ในความเป็นจริงแล้วที่ดินนั้นเป็นของบุคคลอื่น โดยผู้นั้นจะต้องเชื่อโดยสุจริตใจ กล่าวคือ ไม่รู้ถึงข้อบกพร่องในการได้ที่ดินมา และเชื่อว่าตนได้ที่ดินมาโดยถูกต้องจากผู้มีอำนาจที่จะโอนให้³⁴ ดังนั้น ผู้ปลูกสร้างซึ่งรู้ถือว่าตนได้ที่ดินมาด้วยความบกพร่อง ก็จะอยู่ในสถานะไมสุจริต กรณีที่ผู้ปลูกสร้างไมสุจริต เจ้าของที่ดินสามารถเลือกให้รื้อถอนโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก หรือการงานออกไปจากที่ดินของตน กับทั้งยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนได้ แต่หากเจ้าของที่ดินต้องการเก็บโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง สิ่งเพาะปลูก หรือการงานนั้นไว้ ก็จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ปลูกสร้าง โดยอาจเลือกจ่ายตามราคาแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้าง หรือเลือกจ่ายตามราคาแห่งสัมภาระหรือแรงงาน แต่หากปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างได้ทำลงโดยสุจริต เจ้าของที่ดินไม่สามารถบังคับให้รื้อถอนออกไปได้ จำต้องรับทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบนั้นไว้ แต่มีสิทธิเลือกใช้ราคาตามค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการปลูกสร้าง หรือจ่ายตามราคาแห่งสัมภาระหรือแรงงาน

การชดใช้ค่าทดแทนกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า ขึ้นอยู่กับความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ปลูกสร้างเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ข้างต้น แต่ได้มีการระบุถึงเหตุแห่งความสุจริตอย่างจำเพาะเจาะจงลงไปว่า ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตคือ ผู้ที่ได้เข้าครอบครองที่ดินโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ และไม่ได้ทราบถึง

³³ *Ibid.*, p.141.

³⁴ Marcel Planiol & George Ripert, *supra* note 1, pp. 610-612

ความบกพร่องในการทรงของกรรมสิทธิ์ของตน เช่น ขณะซื้อขายไม่ทราบเลยว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่น หากเข้าครอบครองที่ดินในลักษณะอื่นถือว่าเป็นผู้ไม่สุจริตทั้งสิ้น³⁵ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับการพิจารณาความสุจริตของประเทศฝรั่งเศส แต่มีความชัดเจนและจำเพาะเจาะจงกว่า ในกรณีผู้ปลูกสร้างอยู่ในฐานะสุจริต ตาม Art. 496 เจ้าของที่ดินไม่อาจบังคับให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปได้ จำต้องรับเอาสิ่งปลูกสร้างไว้ และทำได้เพียงเลือกที่จะจ่ายค่าทดแทนตามมูลค่าของสัมภาระและแรงงาน หรือมูลค่าปัจจุบันของสิ่งปลูกสร้าง หรือเลือกที่จะจ่ายค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการสร้างนั้น แต่หากสิ่งปลูกสร้างไม่ก่อให้เกิดค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นในความเป็นจริง เจ้าของที่ดินก็ไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินทดแทนใดๆ ในกรณีที่ผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต Art. 497 บัญญัติให้เจ้าของที่ดินสามารถเลือกที่จะให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปและทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมโดยค่าใช้จ่ายของผู้ปลูกสร้าง หรือเลือกเก็บสิ่งปลูกสร้างไว้และจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้สร้าง โดยเลือกจ่ายค่าทดแทนตามมูลค่าปัจจุบันของวัสดุและค่าแรงหรือตามมูลค่าของที่ดินที่เพิ่มขึ้น³⁶

การชดเชยค่าทดแทนกรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบตามกฎหมายประเทศเยอรมนี Section 951 มีสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก เป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างมีสิทธิเรียกค่าชดเชยจากเจ้าของที่ดินโดยอาศัยหลักการทางหนี้ในเรื่องลามิควร์ได้ตามนัยแห่ง Section 951 (1) โดยเป็นการชดเชยตามนัยแห่ง Section 818 (2) กล่าวคือ เจ้าของที่ดินจะต้องชดเชยราคาแห่งโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างให้แก่ผู้ปลูกสร้าง โดยผู้ปลูกสร้างไม่สามารถเรียกให้มีการกลับสู่สภาพเดิมตามนัยแห่ง Section 818 (1) ได้³⁷ การชดเชยราคาโรงเรือนคิดจากราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการมีอยู่ของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเท่านั้น หากปรากฏว่าราคาที่ดินไม่ได้เพิ่มสูงขึ้นเลย เจ้าของที่ดินไม่จำเป็นต้องใช้ราคาแก่ผู้ปลูกสร้าง ตามนัยแห่ง Section 818 (3) BGB³⁸ การชดเชยราคาดังกล่าวไม่ได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตกับไม่สุจริตแต่อย่างใด

ส่วนกรณีที่สอง กฎหมายบัญญัติถึงสิทธิในการเรียกค่าเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิด ค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปตามที่กฎหมายบัญญัติ และสิทธิในการรื้อถอนกรณีเจ้าของที่ดินอนุญาตให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปได้ตามนัยแห่ง Section 951 (2) ค่าชดเชยในกรณีละเมิดแสดงให้เห็นว่า การที่บุคคลเข้าครอบครองและทำการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง

³⁵ Stephanie Choasson Toups, *supra* note 1, p. 1055.

³⁶ *Ibid.*, pp.1037-1039.

³⁷ Ernest J Schuster, *supra* note 14, p 401. ; Mary-Rose McGuire, *supra* note 9, p. 131.

³⁸ Wolff Martin, *supra* note 8, p. 65.

ในที่ดินของผู้อื่น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีสิทธิทำการปลูกสร้าง ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอยู่ในตัว แม้ผู้ปลูกสร้างจะกระทำการโดยสุจริต แต่ก็อาจเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้ จึงต้องใช้ค่าทดแทนเพื่อละเมิด ส่วนการรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปนั้น แม้ผู้ปลูกสร้างจะเรียกให้รื้อถอนเองไม่ได้ แต่เจ้าของที่ดินมีสิทธิในการเลือกให้รื้อถอนออกไปโดยอาศัยอำนาจตาม Section 1004 BGB แม้ว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินตามหลักส่วนควบแล้วก็ตาม โดยไม่คำนึงถึงความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง และไม่ต้องคำนึงว่าการปลูกสร้างนั้นได้ทำให้ราคาที่ดินสูงขึ้นหรือไม่³⁹ แต่การที่สิทธิในการเรียกให้รื้อถอนต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักสุจริต แม้ไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 951 BGB โดยตรง แต่ก็ เป็นผลมาจากหลักกฎหมายทั่วไปใน Section 242 BGB⁴⁰ สำหรับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดินไป หรือประโยชน์บางอย่างจากที่ดินนั้น เมื่อผู้ปลูกสร้างจะต้องคืนการครอบครองแก่เจ้าของที่ดิน ก็จะต้องพิจารณาคืนให้แก่กัน โดยค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง

จะเห็นได้ว่า การชดเชยราคาให้แก่ผู้ปลูกสร้าง หรือการเลือกให้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไป ส่วนใหญ่แล้วจะผูกติดอยู่กับการพิจารณาความสุจริตของผู้ปลูกสร้าง เว้นแต่กฎหมายแพ่งเยอรมันที่นำเรื่องดังกล่าวไปพิจารณาในชั้นของการชดเชยค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับที่ดิน นอกเหนือจากราคาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบนิยามของความสุจริตตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ข้างต้นจะพบว่า ความสุจริตในการปลูกสร้างสามารถจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ประเภทแรกคือความสุจริตในความเป็นเจ้าของ ดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่า อีกประเภทหนึ่งคือความสุจริตในความมีสิทธิ จะเห็นได้จากกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่กล่าวถึงความสุจริตว่าหมายถึงการไม่รู้ถึงข้อบกพร่องแห่งสิทธิที่มีอยู่ในขณะที่ตนเข้าครอบครองซึ่งกินความได้ทั้งความสุจริตในความเป็นเจ้าของและความสุจริตในความมีสิทธิ เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับความสุจริตมาตรา 1310 มาตรา 1311 ของไทยจะพบว่า ความสุจริตในการปลูกสร้างตามกฎหมายไทยหมายความว่าถึงกรณีที่ผู้ปลูกสร้างไม่รู้ว่ที่ดินเป็นของบุคคลอื่น (สุจริตในความเป็นเจ้าของ) หรือเข้าใจ

³⁹ Wolff Martin, *supra* note 8, pp. 65-66.

⁴⁰ Monika Hinteregger, “Protection of Ownership” in *Cases, Materials and Text on Property Law*, ed. Sjef van Erp/Bram Akkermans. (Oxford: Hart Publishers, 2012), p. 153.

ไปว่าตนมีสิทธิปลูกสร้างทำลงไว้ได้ทั้งๆ ที่ความจริงไม่มีสิทธิเช่นนั้น (สุจริตในความมีสิทธิ)⁴¹ ซึ่งการพิจารณาให้ความสุจริตรวมถึงกรณีเข้าใจไปว่าตนมีสิทธิปลูกสร้างทั้งๆ ที่ความเป็นจริงไม่มีสิทธินี้ สอดคล้องกับความเห็นของกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เห็นว่า การพิจารณาว่าผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตหมายถึงผู้ที่ปลูกโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นซึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าที่ดินนั้นเป็นของตน แคลงเกินไป จึงเกินความไปไม่ถึงการปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดิน⁴² ต่อมาได้มีการเสนอความเห็นในทำนองที่ว่า นอกจากการปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยเข้าใจว่าเป็นของตนแล้ว ความสุจริตอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีบุคคลปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินโดยเชื่อว่ามี ความชอบธรรมที่จะปลูกลงไป⁴³ ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในทำนองเช่นว่านี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2435/2523 ที่วินิจฉัยว่า การปลูกสร้างโดยสุจริตหมายความว่า การปลูกสร้างโดยรู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่น แต่ปลูกสร้างโดยเข้าใจว่าตนมีสิทธิสร้างได้ทั้งๆ ที่ความเป็นจริงไม่มีสิทธิด้วย เมื่อพิจารณาดังนี้จะเห็นได้ว่า หากเจ้าของที่ดินให้ความยินยอม แม้ความยินยอมนั้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิ แต่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริตได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าผู้ปลูกสร้างรู้ว่าที่ดินนั้นเป็นของบุคคลอื่น จึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโดยไม่สุจริตเช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 ได้กล่าวถึงเฉพาะกรณีไม่รู้ว่าที่ดินนั้นเป็นที่ดินของผู้อื่นเท่านั้น จึงจะถือได้ว่าสุจริต⁴⁴

ก่อนที่จะวิเคราะห์การปรับใช้มาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 กับ การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึงเหตุแห่งความเห็นที่แตกต่างในเรื่องการ

⁴¹ ประมูล สุวรรณสร, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 10, น. 139. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 10, น. 202-203. ; บุญญติ สุขีวะ, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 10, น.144. ; สมจิตร ทองศรี, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 12, น. 117. ; มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น. 174. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 210.

⁴² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ม.สคก3/8 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (9 พ.ค -30 มิ.ย. 2470) น.150.

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เลขแฟ้ม 0014/2472, ช่วงที่ 1 น. 109-110.

⁴⁴ อานนท์ มาเม้า, กรรมสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.149,169.

ปรับบทกฎหมายมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 กับกรณีทรัพย์ที่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 146 เสียก่อน เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความสุจริตข้างต้น จากที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 2.3.2.2 ว่า ความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเป็นไปในทำนองเดียวกันว่า การพิจารณาว่าทรัพย์ใดจะตกเป็นส่วนควบหรือไม่ ต้องพิจารณาตามมาตรา 144 ถึงมาตรา 146 เมื่อทรัพย์ตกเป็นส่วนควบแล้ว ผู้ที่เคยเป็นเจ้าของทรัพย์ซึ่งตกเป็นส่วนควบจะมีสิทธิได้ค่าทดแทนอย่างไร และลักษณะแห่งการรวมสภาพเป็นส่วนควบนั้นอาจเกิดมีผลที่แตกต่างกันได้ในกรณีอย่างใด มีบัญญัติไว้โดยละเอียดอีกส่วนหนึ่งในบรรพ 4 ตั้งแต่มาตรา 1308 ถึงมาตรา 1316 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในบรรพ 4 ส่วนใดที่กล่าวถึงการที่เจ้าของทรัพย์ประธานได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนควบ เป็นผลจากหลักทั่วไปในมาตรา 144 ถึงมาตรา 146⁴⁵ แต่เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการได้กรรมสิทธิ์ กรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นถูกบัญญัติแยกจากกันเป็นสองส่วน ส่วนแรกปรากฏอยู่ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์มาตรา 144 วรรคสอง โดยมีข้อยกเว้นคือมาตรา 146 อีกส่วนหนึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 4 ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ จึงมีความเห็นทางกฎหมายอีกทางหนึ่งว่า บทบัญญัติในมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายพิเศษ ซึ่งจะใช้บังคับก่อนบทบัญญัติทั่วไป การพิจารณาความเป็นส่วนควบตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 จึงแยกเป็นพิเศษจากมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 ได้ ก่อให้เกิดผลคือ การพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะเป็นของเจ้าของที่ดินหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบรรพ 4 โดยตรง ดังนั้น แม้กรณีโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องด้วยข้อยกเว้นตามนัยแห่งมาตรา 146 อาจจะถูกพิจารณาว่าตกเป็นของเจ้าของที่ดินได้ตามบทบัญญัติในบรรพ 4 คำอธิบายเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในตำราบางเล่ม โดยเป็นการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์ที่ติดกับที่ดินหรือโรงเรือนเป็นการชั่วคราว⁴⁶ นอกจากนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 1314 ซึ่งอนุโลมมาตรา 1310

⁴⁵ ประมุข สุวรรณศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 138. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 61,193-194, 201. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.139,143. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 88, 169,175. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 111. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น. 210,213. ; อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น.142-143. ; พระยาเทพวิฑูร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240*, (พระนครฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2503), น. 368.

⁴⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 84-85. ; บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.33. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.26.

มาตรา 1311 มาใช้บังคับการก่อสร้างใดๆ ที่ติดที่ดิน และการเพาะปลูกต้นไม้ ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการเพาะปลูกธัญชาติ ซึ่งโดยหลักแล้วธัญชาติไม่ถือเป็นส่วนควบของที่ดิน ตามนัยแห่งมาตรา 145 ดังนั้นหากพิจารณาการอนุโลมหลักการตามมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 มาใช้กับเรื่องธัญชาติ ผลทางกฎหมายก็คือธัญชาตินั้นอาจตกเป็นของเจ้าของที่ดินได้ หากเจ้าของที่ดินเลือกดำเนินการภายในบังคับแห่งมาตรา 1314 วรรคสอง จึงเป็นกรณีที่ทำให้เห็นได้ว่า หากบทบัญญัติในบรรพ 4 บัญญัติไว้แตกต่างกับบทบัญญัติในบรรพ 1 ก็จะต้องบังคับตามบทบัญญัติพิเศษ คือมาตรา 1314⁴⁷

ความเห็นเกี่ยวกับการปรับบทกฎหมายในลักษณะที่สองนี้ไม่ปรากฏในประเทศที่ผู้เขียนพิจารณา เพราะเหตุว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาการเป็นส่วนควบในต่างประเทศไม่ได้มีลักษณะเป็นการชี้กรรมสิทธิ์ในตัวของมันเอง เพียงแต่บอกถึงลักษณะของการเป็นส่วนควบหรือไม่เท่านั้น โดยจะมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพราะเหตุเป็นส่วนควบแยกออกจากการพิจารณาสภาพของความเป็นส่วนควบอย่างชัดเจน และไม่ได้มีเนื้อความที่แสดงให้เห็นถึงความขัดกันดังเช่นกรณีตามมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่บัญญัติชี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอยู่ในตัว และมีการชี้กรรมสิทธิ์อีกครั้งหนึ่งในบรรพ 4 ด้วย ความขัดกันดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งขึ้นได้ว่า บทบัญญัติในบรรพ 4 คือมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 จะมีค่าบังคับเหนือ มาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 หรือไม่ เมื่อพิจารณาเนื้อความในมาตรา 1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 จะเห็นได้ว่า มีเนื้อความครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่ต้องด้วยข้อยกเว้นของการเป็นส่วนควบตามมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 ได้ กล่าวคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกทำลงโดยชั่วคราว หรือโดยมีสิทธิยอมเป็นการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นอยู่ด้วยในตัว แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของต่างประเทศจะเห็นได้ชัดขึ้นว่า การที่ต้องพิจารณาถึงความสุจริตของผู้ปลูกสร้างแสดงให้เห็นว่า ในระหว่างผู้ปลูกสร้างและเจ้าของที่ดินไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันในทางที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการปลูกสร้าง แต่เป็นการปลูกสร้างอันเกิดจากความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องในการเข้าครอบครองที่ดิน⁴⁸ ดังนั้น โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกสร้างเพียงชั่วคราวซึ่งไม่ปรากฏว่ามีนิติสัมพันธ์ในทางก่อให้เกิดสิทธิในการปลูกสร้างแล้ว อาจนำมาตรา

⁴⁷ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 202. ; บัญญัติ สุขิวัช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.155-156. ; มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น. 189. ; สมจิตร ทองศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 133. ; วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น. 214-215.

⁴⁸ Arthur F. Salomons, *supra note 32*, p. 35. ; Monika Hinteregger, *supra note 40*, p. 131-133. ; Stephanie Choasson Touns, *supra note 1*, p.1036. ; Mary-Rose McGuire, *supra note 9*, pp. 29-30. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 203.

1310 มาตรา 1311 และมาตรา 1314 มาปรับใช้ได้โดยไม่ก่อให้เกิดผลขัดแย้งกับการปรับใช้มาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 มากนัก แต่หากเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิก็ตาม เมื่อนำมาปรับใช้กับมาตรา 1310 และมาตรา 1311 อาจไม่ต้องด้วยกรณีกล่าวคือไม่ใช่เรื่องของผู้ปลูกสร้างไม่มีนิติสัมพันธ์กับเจ้าของที่ดิน

ความขัดกันดังกล่าวอาจมีเหตุมาจากการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่บัญญัติในแต่ละบรรพร่างและประกาศใช้ต่างเวลากัน กล่าวคือบรรพ 1 ประกาศใช้เมื่อ วันที่ 11 พฤศจิกายน 2468 แต่บรรพ 4 ประกาศใช้เมื่อ 1 เมษายน 2475 บทบัญญัติในบรรพ 1 คือมาตรา 107 (เดิม) หรือก็คือมาตรา 144 ในปัจจุบันจึงบัญญัติชี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้เพื่อให้ใช้บังคับได้ในระหว่างที่บรรพ 4 ยังไม่ใช้บังคับ

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต ตามมาตรา 1310 และมาตรา 1314 กฎหมายบัญญัติให้เจ้าของที่ดินจำต้องรับเอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไว้ และใช้ค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นให้แก่ผู้ปลูกสร้าง คือ ใช้ส่วนที่เป็นलगอกเพิ่มพูนขึ้นแก่มูลค่าของที่ดินเพราะเหตุที่มีโรงเรือนปลูกสร้างบนที่ดิน ไม่ใช่ต้นทุนหรือค่าสมภาระที่ใช้ในการปลูกสร้าง การบังคับให้รับเอาโรงเรือนแล้วใช้ราคานี้ มีลักษณะทำนองเดียวกับ ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ Article 3:120 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Art. 555 วรรค 4 และประมวลกฎหมายแพ่งมลรัฐหุยเซียน่า Art. 496 ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 951 ไม่ได้บัญญัติไว้ทำนองเช่นนั้น แต่บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินที่จะเรียกให้รถถอนออกไปได้ไม่ว่าผู้ปลูกสร้างจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการใช้ราคาจะพบว่า การใช้ราคาที่ตั้งอยู่บนฐานค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น เป็นการใช้ราคาที่เป็นธรรมแก่เจ้าของที่ดินโดยไม่ทำให้เสียเปรียบแก่ผู้ปลูกสร้าง เนื่องจากเจ้าของที่ดินย่อมได้รับประโยชน์จากราคาที่เพิ่มขึ้นแล้ว จึงมีหนี้ที่จะต้องใช้ราคาแก่ผู้ปลูกสร้าง นั้นโดยผู้ปลูกสร้างย่อมมีความเสี่ยงที่จะสูญเสียโรงเรือนโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนอยู่บ้างหากค่าแห่งที่ดินไม่เพิ่มขึ้นเลย ผิดจากกรณีที่เจ้าของที่ดินจำต้องใช้ค่าสมภาระเต็มจำนวน ซึ่งให้ผลตรงข้ามกับมาตรา 1310 กล่าวคือผู้สร้างจะไม่เสียอะไรไปเลย แต่เจ้าของที่ดินอาจขาดทุนได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เจ้าของที่ดินถูกบังคับให้รับโรงเรือนแล้ว การใช้ราคาตามมาตรา 1310 ย่อมก่อให้เกิดสมดุลระหว่างประโยชน์มากกว่า การเลือกให้ใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นนี้นับว่าผู้ร่างกฎหมายได้ชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียเป็นอย่างดี เนื่องจาก Art.555 ซึ่งเป็นที่มาแห่งต้นร่างนั้น ก่อนการแก้ไขดังปรากฏในปัจจุบันได้บัญญัติให้ใช้ราคาค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการปลูกสร้าง แม้การปลูกสร้างนั้นไม่ได้เพิ่มมูลค่าแห่งที่ดินก็ตาม จะเห็นได้ว่าอาจเป็นผลร้ายกว่าการพิจารณาราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นที่เจ้าของที่ดินจะจ่ายเงินก็ต่อเมื่อตนได้ประโยชน์เพิ่มพูนจากการปลูกสร้างแล้ว

การที่มาตรา 1310 บังคับให้เจ้าของที่ดินจำต้องรับเอาโรงเรือนกรณีผู้ปลูกสร้างสุจริต เป็นการคุ้มครองคุณค่าทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินให้สูญหายไป และยังมีการขัดใช้เยียวยาแก่ผู้ปลูกสร้างตามหลักกลาภมิควรได้ จึงเป็นมาตรานำบัญญัติถึงหน้าที่ในการป้องกันการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ (precautionary function of the rules of accession) และหน้าที่ในการเยียวยารักษาผลร้ายจากการสูญเสียกรรมสิทธิ์ (curative function of the rules of accession) ไว้อย่างครบถ้วน แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตด้วยการบังคับให้เจ้าของที่ดินจำต้องรับโรงเรือน ทั้งๆ ที่เขาอาจไม่ต้องการโรงเรือนเช่นนั้นในที่ดินของตนก็ได้ กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินย่อมถูกระทบกระเทือน กฎหมายของบางประเทศจึงคุ้มครองความสำคัญของกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินมากกว่า ดังจะเห็นได้จาก Section 951 BGB ที่ไม่ได้บังคับให้เจ้าของที่ดินต้องรับเอาโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง

เมื่อพิจารณามาตรา 1310 วรรคสอง จะพบว่า กฎหมายให้สิทธิเจ้าของที่ดินในการบอกปิดไม่รับเอาโรงเรือน หากพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีความประมาทเลินเล่อ เป็นการให้โอกาสแก่เจ้าของที่ดินที่จะใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของตนเรียกให้รื้อถอนออกไปได้ทำนองเดียวกับที่กฎหมายเยอรมันให้ความคุ้มครองเจ้าของตาม Section 951 (2) ประกอบ Section 1004 ซึ่งให้ผลเสมือนว่าเป็นการผลักให้ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริตตามมาตรา 1311 แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้ละทิ้งหลักการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินที่รวมกันเป็นส่วนควบ โดยได้บัญญัติข้อยกเว้นซ้อนไว้อีกชั้นหนึ่งเพื่อให้เจ้าของที่ดินสามารถเรียกให้ซื้อที่ดินแทนการรื้อถอนออกไปซึ่งจะเสียทั้งมูลค่าแห่งโรงเรือน มูลค่าแห่งที่ดิน และราคาค่ารื้อถอนเกินควรอีกด้วย มาตรา 1310 วรรคสองจึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะพิเศษและซับซ้อน เกิดจากการผสมผสานหลักกฎหมายหลายประเทศเพื่อให้คุ้มครองคุณค่าหลายประการด้วยกัน⁴⁹ แต่อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าของที่ดินจะใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์เรียกให้รื้อถอนไปได้นั้น ต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตทำนองเดียวกับการใช้สิทธิเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไปตามกฎหมายเยอรมันที่ต้องอยู่ในบังคับ Section 242 ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าของที่ดินจงใจไม่ใช้สิทธิเรียกให้ซื้อที่ดินต่างๆ ที่ต้องด้วยกรณีตามความในมาตรา 1310 ส่วนท้าย กับทั้งผู้ปลูกสร้างแสดงความประสงค์จะรับซื้อที่ดินไว้ แต่เจ้าของที่ดินเรียกให้รื้อถอนออกไปสถานเดียวเพื่อกลับแล้งให้ผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตต้องเสียค่าใช้จ่ายเกินสมควรในการรื้อถอน ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

เมื่อเปรียบเทียบมาตรา 1310 กับการคืนที่ดินตามมาตรา 1476 ประกอบมาตรา 417 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้มีความใกล้เคียงกัน เพราะเหตุว่ามาตรา 1310 มี

⁴⁹โปรดดู บทที่ 2 ข้อ 2.4.2.

ที่มาจากมาตรา 417 กล่าวคือเจ้าของที่ดินจำต้องใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มสูงขึ้นเพราะการปลูกสร้างให้แก่ผู้ครองโดยสุจริต แต่มาตรา 417 มีความแตกต่างกับมาตรา 1310 อยู่สองประการ ประการแรก มาตรา 417 ไม่มีเนื้อหาส่วนที่เป็นการซื้อกรรมสิทธิ์ในที่ดิน คงมีแต่การคืนทรัพย์ตามหลักกลาภมิควรได้เท่านั้น จึงไม่มีลักษณะเป็นการบังคับให้เจ้าของที่ดินต้องรับโรงเรือนไว้ ข้อแตกต่างประการที่สองคือ ไม่มีเนื้อหาทำนองเดียวกับมาตรา 1310 วรรคสอง ที่ให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดินในการเรียกให้รื้อถอนโรงเรือนออกไป หรือเรียกให้ซื้อที่ดินกรณีไม่สามารถรื้อถอนออกไปได้

การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 1311 และมาตรา 1314 กฎหมายบัญญัติให้ผู้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยไม่สุจริตต้องทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองแล้วส่งคืนเจ้าของ เจ้าของที่ดินไม่จำเป็นต้องรับเอาโรงเรือนไว้ แม้ว่าการรื้อถอนนั้นจะใช้เวลาเกินควรก็ตาม เว้นแต่เจ้าของที่ดินจะรับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นไว้แล้วเลือกที่จะใช้ราคาโรงเรือน หรือค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะการสร้างโรงเรือนก็ได้ บทบัญญัตินี้มีลักษณะทำนองเดียวกับ กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Art. 555 วรรค 1 ถึง 3 ประมวลกฎหมายแพ่งมลรัฐหลุยเซียน่า Art. 497 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 951 ให้ผลเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ใน การพิจารณาเปรียบเทียบมาตรา 1310 และมาตรา 1314 กล่าวคือเจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกรับไว้หรือเรียกให้รื้อถอนไปก็ได้ ส่วนกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ผู้ปลูกสร้างจำต้องรับเอาโรงเรือนไว้ เช่นเดียวกับกรณีปลูกสร้างโดยสุจริต เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการใช้ราคาจะพบว่า การให้สิทธิเจ้าของที่ดินในการเลือกใช้ราคาโรงเรือน หรือค่าสมภาระ มีลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าของที่ดินเลือกทางที่ดีที่สุด ต่างจากกฎหมายของเนเธอร์แลนด์ที่การใช้ราคาของเจ้าของที่ดินตั้งฐานอยู่ที่ราคาค่าสมภาระ เพียงแต่อาจได้ประโยชน์อยู่บ้างหากราคาค่าสมภาระตกลง แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของเยอรมันจะเห็นได้ว่า เจ้าของที่ดินจะต้องใช้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้นเพราะสิ่งปลูกสร้างนั้น ซึ่งเมื่อชั่งน้ำหนักผลประโยชน์แล้วจะพบว่า เจ้าของที่ดินอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบเนื่องจากตนจะใช้ราคาก็ต่อเมื่อได้รับประโยชน์เพิ่มพูนขึ้นแล้ว และสิทธิในการบอกปิดก็ยังคงมีอยู่ด้วย

ในกรณีผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต เห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน เนื่องจากกฎหมายของประเทศที่ทำการศึกษายกเว้นประเทศเนเธอร์แลนด์ บัญญัติให้เจ้าของที่ดินอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบ กล่าวคือจะสามารถใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์บังคับให้รื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตนไม่ประสงค์ออกไปก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการป้องกันการขัดแย้งกันของกรรมสิทธิ์ (precautionary function of the rules of accession) หน้าที่ในการเยียวยารักษาผลร้ายจากการสูญเสียกรรมสิทธิ์ (curative function of the rules of accession) ยังคงได้รับการพิจารณาอยู่ จะเห็นได้จากการที่กฎหมายบัญญัติว่าเจ้าของที่ดินมีสิทธิเลือกรับเอาโรงเรือนนั้น และเมื่อเลือกที่จะรับโรงเรือนนั้นไว้แล้วก็มิสิทธิเลือกอีกชั้นหนึ่งว่าจะใช้ราคาในลักษณะ

ใด ซึ่งโดยหลักแล้วคือการไ้ราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้น หรือราคาโรงเรือนนั่นเอง⁵⁰ และเนื่องจากมาตรา 1311 ให้ความสำคัญกับกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ผู้ปลูกสร้างจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะรื้อเอาโรงเรือนไปได้เองโดยพลการ เว้นแต่ในกรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ยอมให้ผู้ปลูกสร้างรื้อถอนออกไปได้

เมื่อเปรียบเทียบมาตรา 1311 กับการคืนที่ดินตามมาตรา 1476 ประกอบมาตรา มาตรา 418 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้มีความใกล้เคียงกัน เนื่องจากมาตรา 1311 มีที่มาจากมาตรา 418 กล่าวคือ ผู้ครอบครองที่ดินโดยไม่สุจริตต้องทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมแล้วส่งคืนที่ดินแก่เจ้าของ เว้นแต่เจ้าของที่ดินเลือกให้ส่งคืนตามสภาพที่เป็นอยู่ ผู้ครอบครองจึงจะได้รับใช้ราคา ค่าตัดแปลงต่อเติม หรือค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้น แต่มาตรา 418 มีความแตกต่างกับมาตรา 1311 คือ หากพ้นวิสัยที่จะคืนทรัพย์สินนั้นในสภาพเดิมได้ หรือหากทำไปอาจทำให้ทรัพย์สินนั้นบอบสลาย ทำให้เจ้าของที่ดินสันทัดเลือกในการได้ที่ดินกลับคืนสู่สภาพเดิม ผู้ครอบครองจึงต้องส่งที่ดินคืนแก่เจ้าของที่ดินตามสภาพที่เป็นอยู่ โดยไม่มีสิทธิในการได้ค่าทดแทน

โดยหลักแล้ว การเข้าปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นเป็นการปลูกสร้างโดยชั่วคราว โดยมีสิทธิ หรือโดยไม่มีสิทธิประการใดเลยก็ตาม ย่อมเป็นการครอบครองที่ดินของผู้อื่นอยู่ในตัว เมื่อถึงคราวต้องส่งคืนทรัพย์สิน การคืนทรัพย์สินตามมาตรา 1376 ประกอบมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินในทุกกรณี จึงสามารถนำมาปรับใช้กับการคืนที่ดินได้ด้วย ในกรณีที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบของที่ดิน การปรับใช้มาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะ แก่กรณีย่อมให้ผลที่ดีกว่าการคืนทรัพย์สินตามหลักทั่วไป ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า หากผู้ปลูกสร้างสุจริต มาตรา 1310 ย่อมให้ความคุ้มครองแก่ผู้ปลูกสร้างโดยบังคับให้เจ้าของที่ดินจำต้องรับเอาโรงเรือนนั้นไว้ ซึ่งเป็นการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าทางเศรษฐกิจอยู่ในตัว โดยเจ้าของที่ดินต้องใช้ค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้ปลูกสร้าง ซึ่งมีได้ทำให้เจ้าของที่ดินต้องเสียประโยชน์แต่อย่างใดเลย เพียงแต่ต้องถูกบังคับให้รับโรงเรือนเท่านั้น และหากเจ้าของที่ดินไม่ต้องการโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง กฎหมายก็ยังกำหนดขั้นตอนในการบอกปิดไม่รับโรงเรือนไว้ อีกชั้นหนึ่งเพื่อคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สิน แม้เจ้าของที่ดินไม่สามารถพิสูจน์เพื่อบอกปิดได้ ก็เพราะเนื่องมาจากความผิดของตนเอง กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองแก่ผู้ปลูกสร้างมากกว่ากรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ต่างจากมาตรา 417 ที่บัญญัติเพียงเรื่องคืนทรัพย์สินเท่านั้น โดยมีได้มีลักษณะมุ่งสงวนคุณค่าทางเศรษฐกิจของทรัพย์สิน โดยบังคับให้รับเอาโรงเรือน แต่หากผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต แม้มาตรา

⁵⁰ ประมูล สุวรรณศร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 143-144 (คำอธิบายทำนองเช่นว่านี้ปรากฏอยู่ในตำราของศาสตราจารย์ประมูล สุวรรณศร เพียงแต่ท่านกล่าวไว้อย่างสั้นๆ ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วจะทำให้เห็นอย่างชัดเจนมากขึ้น)

1311 จะให้ผลทำนองเดียวกับมาตรา 418 วรรคแรก แต่เมื่อพิจารณามาตรา 418 วรรคสองจะเห็นได้ว่าผู้ปลูกสร้างอาจเสียไปเปล่าซึ่งสิทธิในสัมภาระ การปรับใช้มาตรา 1311 จึงให้ความคุ้มครองที่ดีกว่าแก่ผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริต โดยเจ้าของที่ดินมิได้เสื่อมสิทธิประการใดในการเลือกรับที่ดินหรือใช้ราคาซึ่งต้องใช้อยู่แล้ว

ในกรณีที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 การปรับใช้มาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 แก่กรณีย่อมไม่เหมาะสม เนื่องจากจะทำให้ทรัพย์สินที่ไม่ตกเป็นส่วนควบตกกลับมาเป็นส่วนควบอีกครั้งหนึ่งซึ่งเป็นผลประหลาด แม้มาตรา 1310 หรือ มาตรา 1311 จะประกอบไปด้วยหลักการสำคัญสองส่วน กล่าวคือหลักการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ และหลักกลาภมิควรได้ และเป็นมาตราที่อยู่ในลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษก็ตาม แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า มาตราที่เกี่ยวข้องด้วยลักษณะของการเป็นส่วนควบ กับบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบย่อมเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงในลักษณะที่ไม่ขัดแย้งกัน จึงควรพิจารณาว่า ในส่วนของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ ย่อมเป็นผลจากความในมาตรา 144 นั้นเอง แม้ในส่วนของการคืนทรัพย์สินตามหลักกลาภมิควรได้ที่ปรากฏในมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 นั้น โดยเนื้อหาแล้วจะมีลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษของมาตรา 417 หรือมาตรา 418 ซึ่งอาจใช้ในการคืนทรัพย์สินกรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ แต่เมื่อองค์ประกอบในส่วนของการซื้อกรรมสิทธิ์ขัดแย้งกัน จึงต้องหวนกลับไปใช้มาตรา 417 หรือมาตรา 418 จะทำให้เกิดความเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากมาตรา 417 และมาตรา 418 ไม่มีเนื้อหาที่เป็นการซื้อกรรมสิทธิ์ ดังนั้น โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ไม่ตกเป็นส่วนควบก็ยังคงเป็นของผู้ปลูกสร้างอยู่นั่นเอง ซึ่งต้องรื้อถอนออกไปจากที่ดิน หากไม่ยอมรื้อถอนออกไป เจ้าของที่ดินย่อมใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ในการเรียกให้รื้อถอนออกไปได้ การคืนที่ดินโดยพิจารณามาตรา 417 และมาตรา 418 ประกอบด้วยจะเป็นประโยชน์ในกรณีที่ผู้ปลูกสร้างไม่ประสงค์จะรื้อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไปและเจ้าของที่ดินก็ต้องการโรงเรือนเช่นนั้น แต่ไม่ปรากฏว่ามีข้อตกลงระหว่างกันจึงเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าของที่ดินที่ต้องการโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างมิให้ทรัพย์สินไปเปล่า

หากปรากฏว่าการปลูกสร้างนั้นเป็นการปลูกสร้างโดยมีสิทธิ ซึ่งโดยหลักแล้วสิทธิตามมาตรา 146 ย่อมมีเนื้อหาเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1410 ดังนั้นจึงอาจนำมาตรา 1416 มาปรับใช้แทนมาตรา 417 ได้ ซึ่งจะให้ผลในการคุ้มครองทรัพย์สินเพิ่มเติมขึ้นมาก กล่าวคือผู้ปลูกสร้างโดยมีสิทธิเมื่อสิ้นสิทธิไปแล้วย่อมต้องรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างของตนออกไป แต่เจ้าของที่ดินมีสิทธิเรียกรับซื้อได้ และผู้ปลูกสร้างก็ยังสามารถนำสืบต่อสู้เพื่อไม่ขายได้ด้วยหากมีเหตุอันสมควร ดังนั้นเห็นได้ว่าเป็นผลดีต่อการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของทรัพย์สิน การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน และการคุ้มครองผู้ปลูกสร้างตามหลักกลาภมิควรได้ สำหรับการปรับบทในลักษณะ

ดังกล่าว ปรากฏในคำคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551 ซึ่งนำมาตรา 1413 มาปรับใช้กับสิทธิเหนือที่ดินที่มีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิได้

กรณีของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นประเด็นปัญหาหลักนั้น หากเป็นความยินยอมที่มีในนิติกรรมที่มีเนื้อหาในการก่อสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือน หรือเป็นความยินยอมที่จริงจังแต่มีลักษณะเป็นการให้ทรัพย์สินในที่ดินซึ่งไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 525 โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมตกเป็นส่วนควบของที่ดิน แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีการให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการปลูกสร้างโดยสุจริตหรือไม่ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ความสุจริตตามกฎหมายไทยนั้นแบ่งได้เป็นความสุจริตในความเป็นเจ้าของ กล่าวคือ ไม่ทราบว่าเป็นที่ดินของผู้อื่น กับความสุจริตในความมีสิทธิ ซึ่งก็คือเชื่อว่าตนมีอำนาจปลูกสร้างได้ ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่จะช่วยพิจารณาในเรื่องนี้ได้แบ่งออกเป็นสองแนวด้วยกัน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2435/2523 ที่ตีความว่าการปลูกสร้างโดยสุจริตหมายความว่ารวมถึงการปลูกสร้างโดยรู้ว่าเป็นที่ดินของผู้อื่น แต่ปลูกสร้างโดยเข้าใจว่าตนมีสิทธิสร้างได้ทั้งๆ ที่ความเป็นจริงไม่มีสิทธิด้วย แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9526/2544 ได้กล่าวถึงเฉพาะกรณีไม่รู้ว่าที่ดินนั้นเป็นที่ดินของผู้อื่นเท่านั้น จึงจะถือได้ว่าสุจริต ซึ่งเมื่อพิจารณาในเนื้อหาของความยินยอมจะเห็นได้ว่าผู้รับความยินยอมย่อมต้องรู้ว่าที่ดินนั้นเป็นของบุคคลอื่น ความสุจริตในความเป็นเจ้าของย่อมสิ้นไปคงเหลือแต่ความสุจริตในความมีสิทธิเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมาย และกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการพิจารณาความสุจริตจะเห็นได้ว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติระบุถึงความสุจริตในการปลูกสร้างว่าเกิดขึ้นได้ในกรณีใดอย่างชัดเจนดังเช่นกรณีของมลรัฐหลุยเซียน่าแล้ว ความสุจริตในความมีสิทธิย่อมเป็นความสุจริตในการปลูกสร้างได้ ผู้รับความยินยอมที่จะอยู่ในฐานะผู้ปลูกสร้างโดยสุจริตจะต้องไม่รู้ว่าสิทธิของตนบกพร่องไป เช่น บิดาให้บุตรปลูกสร้างโรงเรือนในที่ดินของตนโดยส่งมอบการครอบครองที่ดินส่วนนั้นให้บุตร ดังนี้ โดยเนื้อหาแล้วย่อมเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน เมื่อไม่ทำตามแบบยอมไม่บริบูรณ์ แต่เนื่องจากพฤติการณ์ที่แสดงความจริงจังนั้นเองทำให้บุตรเข้าใจได้ว่าตนมีสิทธิ กรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นบุตรเป็นผู้สุจริต ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้แม้จะมีลักษณะเป็นการบังคับให้เจ้าของที่ดินต้องรับโรงเรือนไว้ และเจ้าของที่ดินไม่สามารถปฏิเสธไม่รับโรงเรือนได้เพราะถึงขนาดมุ่งก่อสิทธิให้เข้ามาปลูกสร้าง จึงไม่สามารถพิสูจน์ความไม่ประมาทเลินเล่อได้ แต่ผลร้ายดังกล่าวก็มาจากการกระทำของเจ้าของที่ดินเอง ทำให้เจ้าของที่ดินต้องยอมรับผลโดยสภาพ แต่หากผู้รับความยินยอมรู้อยู่แล้วว่าความยินยอมนั้นไม่ใช่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิ เช่นนี้อาจพิจารณาได้ว่าผู้รับความยินยอมอยู่ในฐานะผู้ไม่สุจริตตามมาตรา 1311 แทน เนื่องจากรู้อยู่แล้วว่าเป็นที่ดินของผู้อื่นและตนไม่มีสิทธิจะปลูกสร้างได้ เช่น ผู้ปลูกสร้างได้รับสิทธิตามสัญญาจะซื้อขายที่ดิน แต่สัญญาดังกล่าวทำขึ้นเพื่อจะซื้อที่ดินมาเปิดบ่อน โดยคู่กรณีรู้ถึงเหตุ

นี้ ดังนั้นเป็นกรณีที่ผู้ปลูกสร้างรู้ว่าที่ดินเป็นของบุคคลอื่น และรู้ว่าตนไม่มีอำนาจสร้างได้ อันเนื่องมาจากสัญญาจะซื้อขายที่ดินนิติกรรมที่เป็นโมฆะซึ่งตนรู้ถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะ จึงเป็นกรณีตามมาตรา 1311 ซึ่งการวินิจฉัยในลักษณะนี้ย่อมเป็นผลต่อการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สิน และยังมี การชดเชยเยียวยาตามบทบัญญัติเฉพาะอย่างชัดเจน แต่การวินิจฉัยในทำนองนี้ย่อมเป็นการยุ่งยากกว่า การวินิจฉัยยอมรับให้ความยินยอมทำให้ทรัพย์สินไม่ตกเป็นส่วนควบตามคำพิพากษาศาลฎีกาหลายๆ ฉบับ เพราะเหตุว่าจะต้องมาพิจารณาทั้งเรื่องความสุจริต และค่าทดแทนกันอีกครั้งหนึ่ง ต่างกับการวินิจฉัยให้ทรัพย์สินไม่ตกเป็นส่วนควบแล้วทำการรื้อถอนออกไปซึ่งทำให้ข้อพิพาทจบลงโดยง่าย แต่ไม่เป็นการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งในปัจจุบันโรงเรือนนั้นปลูกสร้างด้วยวัสดุที่ยากแก่การรื้อถอน เมื่อต้องรื้อถอนออกไปย่อมได้แต่เศษซากไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป และทำให้หลัก ส่วนควบสิ้นผลบังคับไปในทางความเป็นจริงเนื่องจากเพียงอ้างถึงความยินยอมก็ยอมทำลายหลักส่วนควบได้โดยง่าย และเมื่อพิจารณาให้ดีแล้วการคืนทรัพย์สินในกรณีปลูกสร้างโดยความยินยอมตามแนวคำพิพากษาของศาลย่อมอยู่ในบังคับมาตรา 1376 ประกอบมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 ซึ่งอาจต้องพิจารณาหลักการในเรื่องลางมิควรได้เช่นเดียวกัน

สำหรับการพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ตกเป็นส่วนควบไปแล้วจะกลับมาเป็นส่วนควบอีกได้หรือไม่ นั้น เป็นประเด็นข้างเคียงกับการพิจารณามาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ระบบกฎหมายไทย ยอมรับว่าเจตนาของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างก่อเกิดผลดังกล่าวได้ กล่าวคือโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมกลับกลายเป็นส่วนควบของที่ดินอีกครั้งหนึ่ง โดยจะเกิดขึ้นในกรณีผู้ปลูกสร้างแสดงเจตนาสละกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น หรือได้แสดงเจตนาตกลงเป็นสัญญากับเจ้าของที่ดิน ทั้งนี้ไม่ว่าจะให้ตกเป็นส่วนควบในทันทีที่ตกลงกันหรือในภายหน้าก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการได้มาซึ่งโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นอีก อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า เห็นว่า กรณีดังกล่าวนี้ไม่ใช่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบ แต่เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางนิติกรรมตามนัยแห่งมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง เนื่องจากทรัพย์สินนั้นยังคงสภาพเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่ในตัว การตกกลับมาในลักษณะดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นจากนิติกรรม ไม่ใช่ได้กรรมสิทธิ์มาโดยหลักส่วนควบซึ่งได้ผ่านพ้นการพิจารณาแล้ว

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ จะพบว่า สิทธิเหนือพื้นดินตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประเทศอื่นๆ คือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในบังคับแห่งสิทธิเหนือพื้นดินนั้น โดยนัยแห่งกฎหมายแล้ว โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของเจ้าของที่ดินอยู่ ผู้ทรงสิทธิเพียงแต่ได้ไปซึ่งข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น ครอบครองที่ดินที่โรงเรือนยังเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน ก็ยังไม่มีกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นใหม่ในโรงเรือนนั้น กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังคงครอบคลุมไปถึงส่วนควบของที่ดิน สิทธิเหนือพื้นดินเพียงแต่ให้อำนาจแก่ผู้ทรงเสมือนว่าเป็นเจ้าของ

โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นตามความเป็นจริง เนื่องจากข้อจำกัดกรรมสิทธิ์นี้เป็นทรัพย์สินที่ใช้นั้นได้ แม้แต่เจ้าของที่ดิน ดังนั้นจึงไม่มีกรณีที่ต้องพิจารณาว่าโรงเรือนนั้นตกกลับไปเป็นส่วนควบหรือไม่⁵¹

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสพิจารณาว่า การตกกลับเป็นส่วนควบอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีสัญญาที่ก่อสิทธิเหนือพื้นดินสิ้นสุดลง กล่าวคือ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่สร้างขึ้นโดยผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินที่เกิดจากสัญญา ยังคงเป็นของผู้ทรงสิทธิอยู่จนกระทั่งสัญญาลิ้นสุดลง และเมื่อสัญญาลิ้นสุดลง หากผู้ปลูกสร้างไม่รื้อถอนออกไป กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของเจ้าของที่ดิน กล่าวคือ เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินเกิดขึ้นเนื่องจากสัญญา ก็ย่อมสิ้นไปเมื่อสัญญาระงับลง กรรมสิทธิ์จึงตกกลับไปยังเจ้าของที่ดินตามหลักส่วนควบ⁵²

ประมวลกฎหมายแพ่งหุลยส์เซียน่าพิจารณาว่า การตกกลับเป็นส่วนควบเกิดขึ้นได้ในกรณี เมื่อผู้ปลูกสร้างสิ้นสิทธิในการที่จะปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของผู้อื่น ผู้ปลูกสร้างต้องรื้อถอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกไป โดยมีหน้าที่ทำที่ดินให้กลับสู่สภาพเดิม หากไม่ยอมรื้อออกไปภายใน 90 วัน หลังจากได้รับคำร้องขอให้รื้อเป็นหนังสือจากเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินอาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างนั้น โดยมีหนังสือบอกกล่าวว่าการได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปยังเจ้าของ สิ่งปลูกสร้าง เมื่อเจ้าของสิ่งปลูกสร้างได้รับจดหมายดังกล่าวแล้ว กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินโดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน⁵³

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันพิจารณาว่า การตกกลับไปเป็นส่วนควบเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีของการปลูกสร้างชั่วคราวและการปลูกสร้างโดยมีสิทธิ การตกกลับเป็นส่วนควบกรณีปลูกสร้างโดยชั่วคราวนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากผู้ปลูกสร้างเปลี่ยนความมุ่งหมายที่จะใช้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเพียงชั่วคราว เป็นการใช้อย่างถาวร ในกรณีเช่นนี้สิ่งปลูกสร้างย่อมแปรสภาพจากสิ่งปลูกสร้างชั่วคราวกลายเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรทันทีที่มีการเปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายในการใช้และกลายเป็นส่วนควบของที่ดินไปในเวลาเดียวกัน แต่จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงให้บุคคลภายนอกเห็นด้วยว่า ได้มีการดำเนินการตามความมุ่งหมายที่เปลี่ยนแปลงไปสำเร็จลงแล้ว กล่าวคือมีการนำสิ่งปลูกสร้างมาใช้

⁵¹ Hendrik Goossens, “Dutch Civil Law : Limited real right” Dutch Civil Law (DCL) Retrieved on July 12, 2018, from <http://www.dutchcivillaw.com/content/dutchcivillaw022.htm>.

⁵² L P W van Vliet, *supra* note 6. p. 201. ; Lars van Vliet, *supra* note 8, pp. 655-656.

⁵³ Stephanie Choasson Toups, *supra* note 1, pp.1041-1042.

อย่างถาวรตามความประสงค์⁵⁴ สำหรับการปลูกสร้างโดยมีสิทธินั้น การตกกลับเป็นส่วนควบจะเกิดขึ้นในกรณี เจ้าของที่ดินกับเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ตกกลับให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นโอนไปเป็นของเจ้าของที่ดินในระหว่างที่ยังมีสิทธิในที่ดินอยู่ หรือหลักจากสิ้นสิทธิในที่ดินแล้ว การโอนกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนแก่เจ้าของที่ดินในกรณีเช่นนี้ ย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยการตกลงและส่งมอบโรงเรือนแก่กัน โดยนำบทบัญญัติว่าด้วยการได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ คือ Section 929 BGB มาปรับใช้แก่กรณี⁵⁵ เหตุที่กฎหมายเยอรมันพิจารณาว่าทรัพย์ตกกลับเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินโดยหลักส่วนควบ เนื่องจากผลทางกฎหมายของการเปลี่ยนความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือการโอนโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งผู้มีสิทธิในที่ดินปลูกสร้างลงไว้ในที่ดินแก่เจ้าของที่ดิน มิได้เกิดจากผลของข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นผลของการเพิกถอนสถานะของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในฐานะที่เป็นทรัพย์แยกต่างหากจากที่ดินโดยไม่เป็นส่วนควบของที่ดินพร้อมกันไปด้วย ซึ่งมีผลทำให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นกลับกลายเป็นส่วนควบของที่ดินอีกครั้งหนึ่ง ตามนัยแห่ง Section 93 ประกอบ Section 946 ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ใน Section 946 รองรับผลของ Section 93 ซึ่งไม่ยอมให้บุคคลถือสิทธิในที่ดินส่วนควบแยกต่างหากออกจากตัวทรัพย์ได้⁵⁶

เมื่อพิจารณาการที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ต้องด้วยข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบ กลับกลายมาเป็นส่วนควบอีกครั้งหนึ่ง จะพบว่า เหตุผลของระบบกฎหมายเยอรมันเป็นเหตุผลที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยมากที่สุด เพราะตั้งอยู่บนฐานของข้อยกเว้นในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ดังนั้นการที่ศาลพิจารณาว่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นตกกลับเป็นส่วนควบได้จึงมีเหตุผลที่รับฟังได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องไม่ลืมว่า มาตรา 144 ของไทยมิได้มีบทบัญญัติชัดเจนที่ไม่ประสงค์จะแยกการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบดังเช่น Section 93 ของเยอรมัน กับทั้งยังมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า มาตรา 144 ของไทยไม่ได้ห้ามการแยกการทรงกรรมสิทธิ์ดังเช่นกฎหมายของเยอรมัน แต่ก็ได้ยืนยันอย่างชัดเจนว่าควรสนับสนุนให้แยกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือไม่ โดยปล่อยให้มีการตีความกันในภายหลัง⁵⁷ เมื่อพิจารณาดังนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าผลทางกฎหมายของการตกกลับนี้ มีความเกี่ยวพันกันอยู่ระหว่างนิติกรรมของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูก

⁵⁴ Wolff Martin, *supra* note 8, p. 70.

⁵⁵ Wolff Martin, *supra* note 8, p. 81.; Lars van Vliet, *supra* note 8, pp. 635-636.

⁵⁶ Wolff Martin, *supra* note 8, p 81-82.

⁵⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1029-35/2521, 18 ตุลาคม 2521.

สร้าง กับหลักส่วนควบ ซึ่งต้องพิจารณาว่าเป็นการได้กรรมสิทธิ์มาตามหลักการใดกันแน่ โดยอาจเทียบกับกรณีของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์มาโดยพินัยกรรม ว่าเป็นการได้มาโดยนิติกรรมหรือความตายของเจ้ามรดกซึ่งเป็นการได้มาโดยมาตรา 1299 วรรคสองเช่นเดียวกับการได้มาโดยหลักส่วนควบ ซึ่งอาจเทียบเคียงได้ว่า เป็นการได้มาซึ่งที่ดินโดยหลักส่วนควบ เพราะสภาพทางกายเป็นส่วนควบนั้น เกิดมีอยู่แล้ว โดยนิติกรรมระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้ปลูกสร้างดังกล่าวเป็นเพียงการระงับเสียซึ่งสิทธิในที่ดินในรูปแบบของการโอนให้แก่กัน หรืออาจเป็นเพียงเงื่อนไขของความระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิในที่ดินเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามต้องคำนึงถึงความสุจริตของเจ้าของที่ดินและผู้ปลูกสร้างด้วย หากคู่กรณีดังกล่าวสมคบกันหลีกเลียงภาษีชัดเจน อาจถือได้ว่านิติกรรมที่ให้ตกให้แก่เจ้าของที่ดินตามหลักส่วนควบนั้นไม่มีผลบังคับ ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 120/2559



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การที่เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของตน ความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเห็นตรงกันว่า เป็นทางให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินของผู้อื่น อันเป็นข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ โดยหลักส่วนควบตามมาตรา 146 เมื่อพิจารณาความเป็นมาของคำพิพากษาจะพบว่า คำพิพากษาที่เป็นจุดเริ่มต้นของการยอมรับว่าความยินยอมของเจ้าของที่ดินสามารถก่อให้เกิดสิทธิตามมาตรา 146 ได้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2512 เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีพบว่า การยอมรับให้ความยินยอมสามารถก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้นั้นมีเหตุผลมาจากการที่ศาลตีความบทบัญญัติ มาตรา 146 (มาตรา 109 เดิม) เพื่อให้ความเป็นธรรมเฉพาะกรณี กล่าวคือ แต่เดิมนั้นการปลูกสร้างโรงเรือนที่มีลักษณะเป็นเรือนหอบนที่ดินของฝ่ายภริยา เรือนหอดังกล่าวถือได้ว่าเป็นทรัพย์ของฝ่ายชายอยู่ เมื่อหย่าขาดจากกันฝ่ายชายสามารถรื้อเอาไปได้ โรงเรือนที่มีลักษณะเป็นเรือนหอจึงไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 1516 (เดิม) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักส่วนควบประการหนึ่ง แต่โรงเรือนในคำพิพากษานี้ไม่มีลักษณะเป็นเรือนหอ ศาลจึงวินิจฉัยให้เรือนไม่ตกเป็นส่วนควบตามมาตรา 146 (มาตรา 109 เดิม) แทน ก่อนคำพิพากษานี้ การปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินถือไม่ได้ว่าเป็นการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยมีสิทธิในที่ดิน เนื่องจากไม่สามารถบังคับความยินยอมดังกล่าวอย่างสิทธิได้ ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ ได้แสดงความเห็นโต้แย้งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้างไว้หลายครั้งด้วยกัน โดยท่านเห็นว่าความยินยอมในการปลูกสร้างอาจเป็นเพียงการให้ความยินยอมที่มีผลในทางละเมิดเท่านั้น ไม่ใช่การยินยอมที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในที่ดิน ดังนี้ย่อมเห็นได้ว่า การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินอาจต้องพิจารณาต่อไปในเนื้อหาแห่งความยินยอมว่าเป็นเช่นไร มิใช่ว่าเมื่อปรากฏความยินยอมของเจ้าของที่ดินแล้วจะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในการปลูกสร้างทุกกรณี

ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง การพิจารณาว่าความยินยอมมีความสมบูรณ์หรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบสามประการด้วยกัน คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาให้ความยินยอม จะต้องมีการกระทำหรือพฤติการณ์ที่ชี้ให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวให้ความยินยอม ประการที่สองคือความรู้ ผู้ให้ความยินยอมต้องมีความรู้ว่ตนกำลังให้ความยินยอมในเรื่องใด และประการที่สามคือความสมัครใจ ผู้ให้ความยินยอมต้องสมัครใจที่จะให้ความยินยอม มิใช่ถูกบังคับโดยสถานการณ์อย่าง

หนึ่งอย่างใด องค์ประกอบทั้งสามประการนี้เป็นสิ่งที่ความยินยอมในทุกกรณีพึงมี แต่เนื้อหาของความยินยอมย่อมแตกต่างกันไปได้อีกตามเหตุปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าเจ้าของที่ดินให้ความยินยอมในการปลูกสร้าง ในขั้นแรกต้องพิจารณาเนื้อหาของความยินยอมว่าเป็นอย่างไร เนื่องจากอาจเป็นความยินยอมที่มีเนื้อหาเพียงทำให้การกระทำของผู้ปลูกสร้างไม่เป็นละเมิดต่อเจ้าของที่ดินเท่านั้น หรือเป็นความยินยอมในทางศีลธรรมจรรยาที่เกิดขึ้นเพราะความสัมพันธ์พิเศษระหว่างคู่กรณี เช่น ความยินยอมระหว่างคนในครอบครัว หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน ไม่ได้มุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมาย ความยินยอมที่จะก่อให้เกิดสิทธิตามมาตรา 146 ได้ จึงต้องเป็นความยินยอมที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมก่อสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นซึ่งเจ้าของที่ดินแสดงเจตนาโดยประสงค์จะบังคับกันได้ ซึ่งข้อเท็จจริงที่จะช่วยในการพิจารณาเจตนาอย่างจริงจังนั้นคือ การที่ผู้ให้ความยินยอมส่งมอบที่ดินให้เข้าปลูกสร้าง เมื่อพิจารณาคำพิพากษาเกี่ยวกับความยินยอมในการปลูกสร้างจะพบว่า ล้วนแล้วแต่มีการส่งมอบที่ดินให้แก่กัน อันมีลักษณะเป็นเจตนาอย่างจริงจังแล้วทั้งสิ้น แต่เหตุที่ศาลหยิบยกเรื่องความยินยอมในการปลูกสร้างมาวินิจฉัยเนื่องมาจากกว่า โดยเนื้อแท้แล้วสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 คือทรัพย์สินสิทธิ แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมักเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ปลูกสร้าง จึงไม่ปรากฏว่ามีการต่างตอบแทนกันแต่อย่างใด ดังนั้นการแสดงเจตนาอย่างจริงจังดังกล่าวจึงต้องด้วยลักษณะของสัญญาให้ทรัพย์สินซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 525 ไม่เกิดผลคือสิทธิในที่ดินประการใด ศาลจึงน่าจะหยิบยกประเด็นเรื่องความยินยอมขึ้นพิจารณาเพื่อให้ข้อพิพาทจบสิ้นไปโดยต่างฝ่ายต่างคืนทรัพย์สินให้แก่กัน เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า การแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบจำแนกได้เป็นสามระดับด้วยกัน ระดับสูงสุดคือ การแสดงเจตนาที่ถึงขนาดก่อตั้งทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น โดยหลักแล้วได้แก่สิทธิเหนือพื้นดิน การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับในทุกประเทศที่ทำการศึกษว่าเป็นทางให้ได้มาซึ่งข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบระดับกลาง คือ การแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีว่าอาจเป็นกรณีปลูกสร้างโดยมีวัตถุประสงค์เพียงชั่วคราว และเป็นการแสดงเจตนาที่ครอบคลุมถึงคำว่าการยินยอมตามกฎหมายของมลรัฐหลุยเซียน่าซึ่งทำให้ทรัพย์สินไม่ตกเป็นส่วนควบได้ ส่วนระดับต่ำสุดคือ การให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดิน การแสดงเจตนาในระดับนี้ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนเฉพาะในมลรัฐหลุยเซียน่า โดยกฎหมายไทยยอมรับการแสดงเจตนาทั้งสามระดับว่าก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ได้ทั้งสิ้น ในส่วนของการยอมรับความยินยอมของเจ้าของที่ดินนั้น มลรัฐหลุยเซียน่ายอมรับความยินยอมของเจ้าของที่ดินว่าสามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ใน

ทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้เนื่องจากมีแนวโน้มนโยบายเฉพาะเรื่องกรรมสิทธิ์ไม่มีข้อผูกมัด ดังนั้นเมื่อไม่ปรากฏแนวโน้มนโยบายเช่นนี้ในประเทศไทย จึงไม่ควรยอมรับความยินยอมของเจ้าของที่ดินว่าก่อให้เกิดสิทธิได้ในทุกกรณี แต่ควรพิจารณาว่าอย่างน้อยการแสดงเจตนาที่มีผลต่อการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบของไทยควรมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิที่มีเนื้อหาให้สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง ทั้งนี้ตามนัยแห่งมาตรา 1299 วรรคแรก เนื่องจากหลักส่วนควบมีเหตุผลสำคัญในการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สินที่เข้ามารวมสภาพกัน หากไม่มีเหตุผลที่สำคัญเช่นเป็นแนวโน้มนโยบายเฉพาะของรัฐแล้ว การแสดงเจตนาที่มีผลทำลายหลักส่วนควบได้ต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน มิฉะนั้นแล้วการแสดงเจตนาให้ความยินยอมที่ยังไม่แน่ชัดว่ามีเนื้อหาเป็นอย่างไรก็สามารถทำลายหลักส่วนควบลงได้ ประกอบกับโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในปัจจุบัน มีได้รื้อถอนออกไปอย่างง่ายดายดังเช่นกรณีเรือนในอดีต ดังนั้นการวินิจฉัยให้โรงเรือนเป็นส่วนควบของที่ดินในกรณีที่ปรากฏความยินยอมที่ไม่ถึงขนาดเป็นนิติกรรม ย่อมเป็นการคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สินมากกว่า

สำหรับการพิจารณาว่าสิทธิในที่ดินของผู้อื่นตามมาตรา 146 มีเนื้อหาอย่างไร เมื่อพิจารณาประกอบด้วยผลทางกฎหมายของการที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นส่วนควบตามมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 จะเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของผู้ปลูกสร้างอยู่ ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นมีความสอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิเหนือพื้นดินตามมาตรา 1410 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างโดยตรง เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า ทุกประเทศที่ทำการศึกษาล้วนยอมรับว่าการยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบทำได้โดยการก่อตั้งก่อสิทธิเหนือพื้นดินขึ้น แต่การก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินอาจแตกต่างกันไป กล่าวคือในประเทศเนเธอร์แลนด์ เยอรมนี และมลรัฐหลุยเซียน่า การก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินทำได้โดยการจดทะเบียน แต่ประเทศฝรั่งเศส สิทธิเหนือพื้นดินเกิดขึ้นโดยนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่กรณีที่มีเนื้อหาเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดิน แต่อย่างไรก็ตามบางประเทศได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นของหลักส่วนควบกรณีปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไว้นอกเหนือจากการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน กล่าวคือมลรัฐหลุยเซียน่ายอมรับให้ความยินยอมของเจ้าของที่ดินสามารถยกเว้นการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยหลักส่วนควบได้โดยมิได้จำกัดเนื้อหาแห่งความยินยอมว่าต้องมีลักษณะเป็นอย่างไร เนื่องจากมลรัฐหลุยเซียน่ามีนโยบายพิเศษที่ไม่ประสงค์จะสร้างภาระแก่กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินโดยบังคับให้เจ้าของที่ดินต้องรับโรงเรือนซึ่งตกเป็นส่วนควบของที่ดินของตน ส่วนประเทศเยอรมันมีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 146 ของไทยที่บัญญัติไว้กว้างๆ เพียงว่า สิทธิในที่ดินของผู้อื่น แต่สิทธินั้นจะต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินด้วย ดังนั้นจึงหมายความว่ารวมถึงทรัพย์สินอื่นๆ ที่มีเนื้อหาให้ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง แต่หากเป็นเพียงบุคคลสิทธิย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นสิทธิในที่ดินที่จะยกเว้นหลักส่วนควบได้ ซึ่งสิทธิในที่ดินตาม

มาตรา 146 ของไทยย่อมหมายถึงทรัพย์สินที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน แต่ต่างกันตรงที่ว่า กฎหมายไทยยอมรับให้บุคคลสิทธิที่ให้อำนาจในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นสิทธิในที่ดินตามมาตรา 146 ได้ แต่เมื่อพิจารณาความในมาตรา 1299 วรรคแรกย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า มิใช่ว่าบุคคลสิทธิที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินทุกกรณีจะเป็นสิทธิตามมาตรา 146 ได้ แต่ต้องมีเนื้อหาเช่นเดียวกับทรัพย์สินที่ให้อำนาจปลูกสร้างนั่นเอง เพียงแต่ไม่บริบูรณ์เนื่องจากไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น

ในส่วนของการปฏิบัติต่อโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตกเป็นส่วนควบ โดยหลักแล้ว การเข้าปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เป็นการครอบครองที่ดินของผู้อื่นอยู่ในตัว จึงอยู่ภายบังคับของการคืนทรัพย์สินตามมาตรา 1376 ประกอบมาตรา 412 ถึงมาตรา 418 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของการคืนทรัพย์สินในทุกกรณี แต่ในกรณีของการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นส่วนควบของที่ดินนั้น การปรับใช้มาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะแก่กรณีย่อมให้ผลที่ดีกว่าการคืนทรัพย์สินตามหลักทั่วไป เนื่องจากมาตรา 1310 มีการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าทางเศรษฐกิจ โดยให้เจ้าของที่ดินรับโรงเรือนไป แล้วใช้ราคาค่าแห่งที่ดินที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้ปลูกสร้าง หากเจ้าของที่ดินไม่ต้องการโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง กฎหมายก็ยังกำหนดขั้นตอนในการบอกปิดไม่รับโรงเรือนไว้อีกชั้นหนึ่งเพื่อคุ้มครองคุณค่าของทรัพย์สิน ต่างจากมาตรา 417 ที่บัญญัติเพียงเรื่องคืนทรัพย์สินเท่านั้น และหากผู้ปลูกสร้างไม่สุจริต แม้มาตรา 1311 จะให้ผลทำนองเดียวกับมาตรา 418 วรรคแรก แต่เมื่อพิจารณามาตรา 418 วรรคสองจะเห็นได้ว่าผู้ปลูกสร้างอาจเสียไปเปล่าซึ่งสิทธิในสัมภาระ การปรับใช้มาตรา 1311 จึงให้ความคุ้มครองที่ดีกว่าแก่ผู้ปลูกสร้างโดยไม่สุจริต แต่ในกรณีที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามมาตรา 144 ประกอบมาตรา 146 การปรับใช้มาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 แก่กรณีย่อมไม่เหมาะสม เนื่องจากจะทำให้ทรัพย์สินที่ไม่ตกเป็นส่วนควบตกกลับมาเป็นส่วนควบอีกครั้งหนึ่ง แม้ในส่วนของการคืนทรัพย์สินตามหลักสามัญควรได้ที่ปรากฏในมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 โดยเนื้อหาแล้วจะมีลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษของมาตรา 417 หรือมาตรา 418 ซึ่งอาจใช้ในการคืนทรัพย์สินกรณีมีการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างได้ แต่เมื่อองค์ประกอบในส่วนของการชี้กรรมสิทธิ์ขัดแย้งกัน จึงต้องหวนกลับไปใช้มาตรา 417 หรือมาตรา 418 จะทำให้เกิดความเหมาะสมมากกว่า

ประเด็นเรื่องโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะตกกลับมาเป็นของเจ้าของที่ดินโดยหลักส่วนควบได้หรือไม่นั้น เห็นได้ว่า กฎหมายของทุกประเทศได้บัญญัติทางที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นจะตกกลับมาเป็นส่วนควบไว้ โดยเหตุที่ทรัพย์สินตกกลับมาเป็นส่วนควบได้นั้น ก็เนื่องมาจากการที่ทรัพย์สินนั้นยังมีลักษณะรวมสภาพกับที่ดินอยู่นั่นเอง เมื่อคู่กรณีแสดงเจตนาอันมีลักษณะเป็นการยกเลิกผลทาง

กฎหมายของการเป็นส่วนควบแล้ว ทรัพย์ย่อมกลับมามีสภาพเป็นส่วนควบของที่ดินอีกครั้งหนึ่ง วิธีการที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจะตกกลับมาเป็นส่วนควบของที่ดินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของ ไทยนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศเยอรมนี ที่คู่กรณีสามารถแสดงเจตนาเปลี่ยน ลักษณะการปลูกสร้างชั่วคราวและกระทำการใช้ทรัพย์ในลักษณะถาวรได้ หรืออาจตกลงโอนทรัพย์ ให้แก่กันได้โดยไม่ต้องจดทะเบียนโอนในลักษณะการโอนอสังหาริมทรัพย์ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่กรณีกระทำการโอนให้ตกกลับไปเป็นส่วนควบเพราะต้องการหลีกเลี่ยงการเสียภาษี การโอนให้ตก กลับไปเป็นส่วนควบไม่ควรจะมีผลเพราะมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาประเด็นปัญหาเรื่องผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่น ปลูกสร้างโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินของตน ผู้เขียนมีความเห็นดังนี้

เมื่อปรากฏกรณีที่เจ้าของที่ดินให้ความยินยอมในการปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูก สร้าง หากไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการให้ความยินยอมดังกล่าวมีเนื้อหาในการก่อให้เกิดสิทธิในการ ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น กล่าวคือ ไม่ปรากฏหลักฐานของเจตนาอย่าง จริงจัง (serious intention) เช่น ไม่ปรากฏว่ามีการแสดงเจตนา หรือตกลงกันเป็นนิติกรรมสัญญา ก่อ สิทธิในการปลูกสร้างโรงเรือน ปรากฏเพียงความยินยอมของเจ้าของที่ดินให้ปลูกสร้างเท่านั้น ควร พิจารณาว่าการให้ความยินยอมนั้นไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินตามนัยแห่งมาตรา 146 ได้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นย่อมเป็นส่วนควบของที่ดิน เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยไม่ปรากฏ แนวนโยบายที่มีลักษณะเช่นเดียวกับของมลรัฐหลุยเซียนาซึ่งให้ความสำคัญกับเจตนาของเจ้าของที่ดิน เป็นพิเศษ และทางแก้ปัญหาคือทรัพย์ตกเป็นส่วนควบของที่ดินนั้นก็จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีที่ เกี่ยวข้องมากกว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องความยินยอมที่มักจะต้องมีการรื้อถอนโรงเรือนหรือ สิ่งปลูกสร้างออกไปโดยอาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เมื่อความยินยอมของเจ้าของที่ดินไม่ ต้องด้วยลักษณะเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิในที่ดินได้ โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างจึงตกเป็นส่วนควบ ของที่ดิน โดยนำมาตรา 1310 มาตรา 1311 หรือมาตรา 1314 มาใช้บังคับแก่การปลูกสร้างดังกล่าว ขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้รับความยินยอม

สำหรับการพิจารณาว่าควรปรับใช้มาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 แก่การปลูกสร้างที่ ต้องด้วยข้อยกเว้นของการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โดยหลักส่วนควบหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำมาตรา 1376 ประกอบ มาตรา 417 และมาตรา 418 มาปรับใช้แก่กรณี เนื่องมาจากว่าผลที่เกิดขึ้นมีเพียง

ผลในทางลางมิควรได้เท่านั้น ต่างกับการนำมาตรา 1310 หรือมาตรา 1311 ซึ่งมีลักษณะเป็นการชี้
กรรมสิทธิ์มาปรับแก้กรณี แต่หากเป็นเรื่องการปลูกสร้างโดยมีทรัพย์สินชนิดสิทธิเหนือพื้นดินแล้ว
อาจนำมาตรา 1416 มาปรับใช้แทนมาตรา 417 ได้ แต่หากเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่ให้อำนาจในการ
ปลูกสร้าง ควรพิจารณาว่าการที่บุคคลสิทธิมีเนื้อหาเช่นนั้นก็มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเหนือ
พื้นดินขึ้น เพียงแต่เมื่อยังไม่จดทะเบียนจึงไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเนื้อหาแห่ง
บุคคลสิทธินั้นต้องตรงกับสิทธิเหนือพื้นดิน จึงอาจนำมาตรา 1416 มาปรับแก้กรณีได้เช่นกัน



บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ. เปิดพระรูป เล็กเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายผังเมือง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จันทน์, 2502.

กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ล่ามมิควรได้ ละเมิด (มาตรา 395 ถึง 452). จิตติ ดิงศักดิ์, ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร, ชวิน อุ่นภัทร, อำนาจ ตั้งศิริพิมาน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

กิตติศักดิ์ ประกิต. หลักสุจริต และเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

จิตติ ดิงศักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2555.

เทพวิฑูร, พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2503

บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2553.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งไกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2558.

ประสิทธิ์ โฉมโลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จัดการงานนอกสั่ง ล่ามมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2557.

ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546.

_____. การใช้กฎหมายกับปัญหาในทางปฏิบัติที่ได้จากประสบการณ์. (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549).

_____. การสร้างความรู้เข้าใจเกี่ยวกับการฟ้องให้จดทะเบียนและลักษณะสิทธิครอบครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546.

_____. เอกสารทางวิชาการ บทความในรูปแบบจดหมาย คำมั่นสัญญา และ จดหมายเปิดผนึกถึงศาสตราจารย์นิรนาม. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2547.

มานวราชเสวี, พระยา. อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 ฉบับกรมร่างกฎหมาย. ม.ป.ท. : ม.ป.พ, 2533.

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

เรอเน กียอง. การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม (แปลโดย วิษณุ วรรณุญ). ม.ป.ท. : ม.ป.พ. ม.ป.ป.

โรแบร์ต แลงการ์ด. ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 1,2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482.

_____. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ลักขณา ศกุนะสิงห์. ความเชื่อและประเพณี : เกิด แต่งงาน ตาย. กรุงเทพมหานคร : พราวเพลส, 2556.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2561.

วารี นาสกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสิ่งลามิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร : กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

_____. กฎหมายลักษณะทรัพย์. (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.

_____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549.

สมจิตร ทองศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : กรู๋สยาม พับลิชชิง, 2557

สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

_____. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.

สอาด นาวิเจริญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2517

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. ม.ป.ท. : ม.ป.พ. 2534.

เสฐียรโกเศศ. ประเพณีต่างๆบางเรื่อง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ, 2516.

เสนีย์ ปราโมช. อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551.

_____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

_____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวรวมฤดก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

อานนท์ มาเม้า. กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

_____. กรรมสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

บทความ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน.” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 19 (2517).

จิตติ ดิงศภัทัย. “การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์.” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2523).

_____. “ปัญหาบางเรื่องเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สิน ตอน 2.” บทบัญญัติ เล่มที่ 39 ตอน 4 (พ.ศ.2525).

นิกร น้อยพรม. “ตลาดที่ดินและรูปแบบของการใช้ที่ดินกับโครงสร้างของเมือง.” วารสารวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยราชภัฏเลย Vol 12 No 42 (2017).

ปรีดี เกษมทรัพย์. “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน.” จุลพาห. (2511).

รองพล เจริญพันธ์. “การใช้หลัก Volenti Non Fit Injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด.” วารสารนิติศาสตร์ (ฉบับที่ 3 ปีที่ 9). (ธันวาคม 2520).

อัคราทร จุฬารัตน์. “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์ (ฉบับที่ 1 ปีที่ 9) (มิถุนายน-สิงหาคม 2520).

วิทยานิพนธ์

ณฐนน เกตุชาติ. “ปัญหาการดำรงอยู่ของสัญญาต่างตอนแทนในกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย อันจะโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ ตามมาตรา 372 ป.พ.พ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ธิดากร ยอดชาญ. “คำมั่นจะทำสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

ประพิณ ปรัชญาภรณ์. “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

ภคินี ก่อคุณากร. “การใช้มูลค่าตลาดเป็นฐานภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วีรวัฒน์ จันทโชติ. .วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

สุจิตรา ใจเอื้อ. “การคืนลาภมิควรได้.” วิทยานิพนธ์ดุขฎิบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สุทธิพงษ์ กิจชัยเจริญพร. “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของตัวแทนผู้ป่วย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

สุธีรา จินายน. “วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

สุพัชรินทร์ อัสวธิตานนท์. “พัฒนาการของหลักกฎหมาย VOLENTI NON FIT INJURIA : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551

อำนาจ บุบผามาศ. “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยมนุษย์.” วิทยานิพนธ์ดุขฎิบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

เอกสารอื่นๆ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (Eng.) เลขเพิ่ม 0040/2473.

_____. ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เลขเพิ่ม 0014/2472. ช่วงที่ 1.

_____. ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เลขเพิ่ม 0014/2472. ช่วงที่ 7.

_____. รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1029-35/2521. 18 ตุลาคม 2521.

_____. รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1034-40/2521. 22 พฤศจิกายน 2521.

_____. รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ครั้งที่ 264-40/2531. 10 ตุลาคม 2531.

หोजดหมายเหตุแห่งชาติ. ม.สคก1/196 ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ลักษณะ-ครอบครัว ตอน1) (8 ก.พ. 2472-26 ม.ค. 2474).

_____. ม.สคก3/11 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2471 (1 ก.ย.-31 ต.ค. 2471).

_____. ม.สคก3/4 สำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2468 (19 พ.ค. – 31 ก.ค. 2468).

_____. ม.สคก3/8 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (9 พ.ค -30 มิ.ย. 2470)

_____. ม.สคก3/9 สำเนารายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2470 (2 พ.ย.-31 ธ.ค.2470)

จิตติ ดิงศรัทีย. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1181/2500.

_____. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1386/2518.

ปรีดี สุจริตกุล และ จิตติ ดึงศักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกาที่ 2208/2519.

BOOKS

Bram Akkermans and Eveline Ramaekers (eds). Property Law Perspectives . , Intersentia Publising Ltd, 2012.

Bram Akkermans, Ernst Marais and Eveline Ramaekers (eds). Property Law Perspectives II .Intersentia Publising Ltd, 2014 .

E.J. Cohn. Manual of German Law. Ocean Publication. Inc. London, 1968.

Ernest J Schuster. The Principles of German Civil Law. Clarendon Press Oxford, 1907.

Konrad Zweigert and Hein Kotz. Introduction to comparative law. 2 ed. Claredon Press Oxford, 1992.

Marcel Planiol & George Ripert. Treatise on the Civil Law Volume 1 Part 2. 12 ed. Louisiana State Law Institute, 1959.

Raymond Youngs. English, French & German Comparative Law. Routledge-Cavendish New York, 2007.

Roscoe Pound. Jurisprudence Volume IV. West Publishing, 1959.

Rudolf Huebner. A History of Germanic Private Law. Boston : Little, Brown, and Company, 1918

Sjef van Erp/Bram Akkermans (eds). Cases, Materials and Text on Property Law. Oxford: Hart Publishers, 2012.

W.M. Kleyn. The Law of property. in Introduction to Dutch law for Foreign lawyers. ed. D.C. Fokkema / J.M.J. Chorus / E.H. Hondius / E.Ch.Lisser. Deventer/The Netherlands : Kulwer, 1978.

Wolff Martin. Der Bau auf fremdem Boden. insbesondere der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena : Fischer, 1900.

Wolfgang Brehm/Christain Berger. Sachenrecht. Mohr Siebeck Tübingen : 2006

Wolfgang Faber / Brigitta Lurger (eds). National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia. Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011.

Wolfgang Faber / Brigitta Lurger (eds). National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary. Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011.

ARTICLES

Brad R. Resweber. "Opening the Can of Worms and Putting Them Back in : An Analysis of new Louisiana Civil Code Article 2695." Louisiana Law Review. Vol. 67. Issue 2 (Winter 2007).

Chris-James Pretorius. "The basis of contractual liability in Dutch law." The Comparative and International Law Journal of Southern Africa. Vol. 37. No. 3 (November 2004).

Chunlin Leonhard. "The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law." Case Western Reserve Law Review. Vol. 63. Issue 1 (Fall 2012).

Ernest G. Lorenzen. "Causa and Consideration in the Law of Contracts." Yale Law Journal. Vol. 28. Issue 7.

Ina Knobel. "Accession of movables to land, South African law and Dutch law." Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 45. Issue 1 (March 2012).

L P W van Vliet. "Accession of Movable to Land : I." Edinburgh Law Review. Vol. 6. Issue 1 (January 2002).

_____. "Accession of Movable to Land : II." Edinburgh Law Review. Vol. 6. Issue 2 (January 2002).

Nancy S Kim. "Relative Consent and Contract Law." Nevada Law Journal. Vol. 18. Issue 1 (Fall 2017).

Orit Gan, "The Many Faces of Contractual Consent." Drake Law Review. Vol. 65. Issue 3 (2017).

Randy E Barnett, "Consent Theory of Contract." Columbia Law Review. Vol. 86. Issue 2 (March 1986).

Stephanie Choasson, Toups. "Still A Pile of Cans of Worms : The law of artificial accession in relation to immovables." Loyola Law Review. Vol. 51. Issue 4 (Winter 2005).

Tom W. Bell, "Graduated Consent in Contract and Tort Law: Toward a Theory of Justification." Case Western Reserve Law Review, Vol. 61. Issue 1 (Fall 2010).

ACADEMIC DOCUMENTS

Christian Hertel and Hartmut Wicke. Real Property Law and Procedure in the European Union : National Report:Germany The European University Institute (EUI). (November 25, 2004).

European University Institute (EUI). Real Property Law and Procedure in the European Union : General Report Final Version The European University Institute (EUI), (May 15, 2005).

Hendrik Ploeger, Aart van Velten and Jaap Zevenberger. Real Property Law and Procedure in the European Union : Report for the Netherlands The European University Institute (EUI). (January 15, 2005).

Stéphane Glock. Real Property Law Project : France. (The European University Institute (EUI). (2005).

ELECTRONIC MEDIA

Hendrik Goossens Dutch Civil Law : Limited real right Dutch Civil Law (DCL) <http://www.dutchcivillaw.com/content/dutchcivillaw022.htm>, July 12, 2018.

Hendrik Goossens. Legal System of Civil law in the Netherland : Acquisition of property rights. Dutch Civil Law (DCL).<http://www.dutchcivillaw.com>, July 12, 2018.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายทศธรรม แนวบรรทัด
วันเดือนปีเกิด	7 พฤษภาคม 2533
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2555 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ปีการศึกษา 2556 : เนติบัณฑิตไทย สมัย 66

ผลงานทางวิชาการ

ทศธรรม แนวบรรทัด. “ผลแห่งความยินยอมของเจ้าของที่ดินในการให้ผู้อื่นปลูกสร้างโรงเรือน หรือ
สิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินของตน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน) คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.