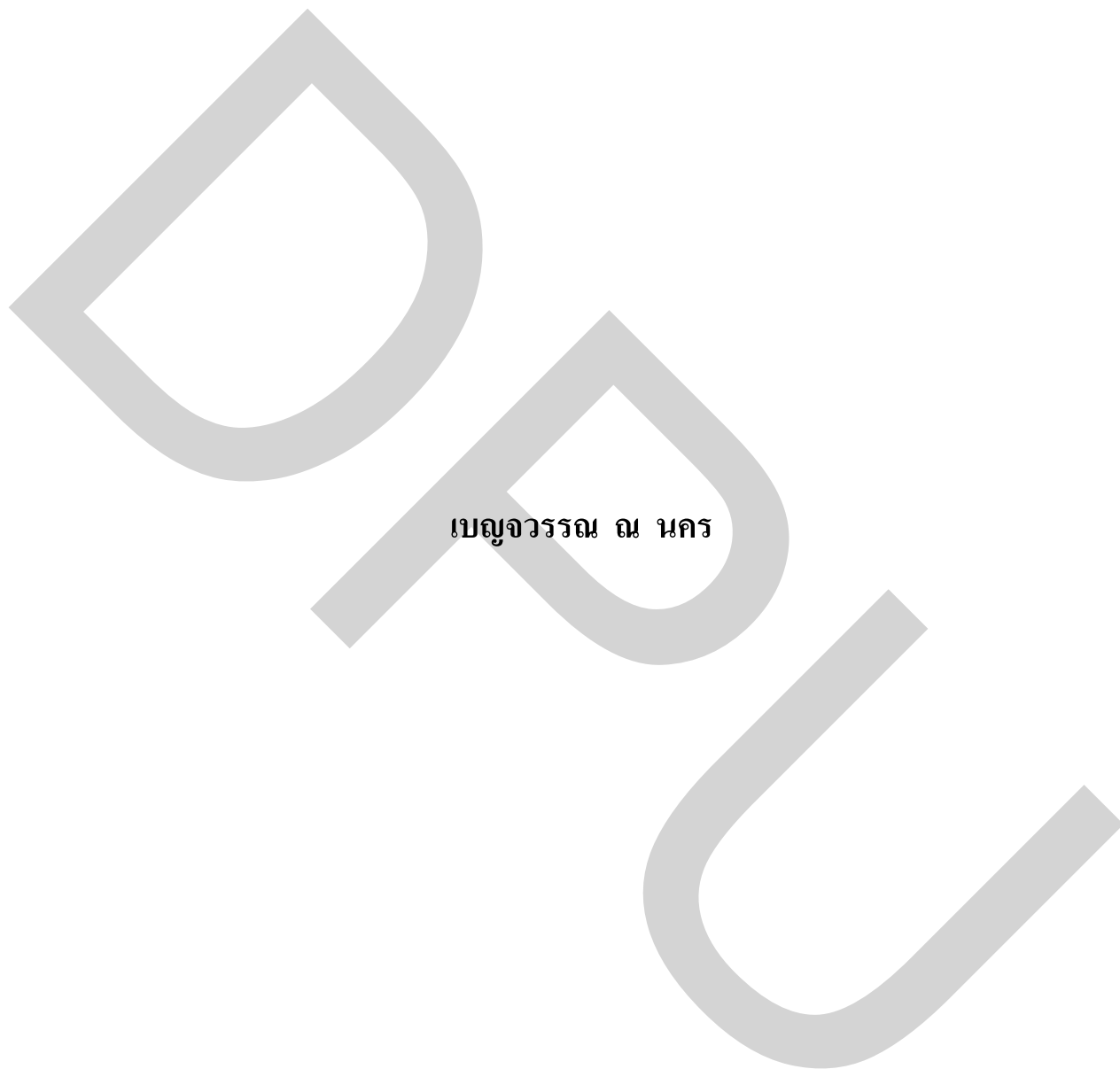


ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้ล้นเปลือง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
พ.ศ. 2555

**Legal issue regarding a loan for consumption**



**BENJAWAN NA-NAKORN**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2012**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ลงได้ ด้วยความเมตตา กรุณาให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาและข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่ตลอดมา จากรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการ รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร. อภิญญา เลื่อนฉวี ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งให้คำแนะนำ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดี ข้าพเจ้ารู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของคณะกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ท้ายที่สุด ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณบิดามารดาซึ่งได้ให้โอกาสแก่ข้าพเจ้าได้ศึกษา จนสำเร็จถึงขั้นปริญญาโทมา ณ บัณฑิต

เบญจวรรณ ณ นคร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญตาราง .....	ฉ
บทที่	
<b>1. บทนำ .....</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
<b>2. วรรณการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญาขี้ม และสัญญาขี้มใช้สินเปลือง</b>	
<b>    ตามกฎหมายโรมัน .....</b>	<b>6</b>
2.1 วรรณการของสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	6
2.2 ประวัติความเป็นมาสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	8
2.2.1 สัญญาขี้มในระยะแรก .....	8
2.2.2 สัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	11
2.2.2.1 ความหมายของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	12
2.2.2.2 ลักษณะของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	12
2.2.2.3 คำมั่นจะให้ขี้ม.....	13
2.2.2.4 หนี้ตามสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	14
2.2.2.5 วัตถุประสงค์สัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	15
2.2.2.6 หน้าที่ของผู้ขี้ม .....	17
2.2.2.7 ดอกเบี้ย.....	18
2.2.2.8 การฟ้องคดีของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	18

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
<b>3. สัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองของต่างประเทศ .....</b>	<b>20</b>
3.1 สัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองของประเทศเยอรมนี.....	20
3.1.1 สัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองก่อนประกาศใช้ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี.....	20
3.1.2 สัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900.....	21
3.1.2.1 ลักษณะของสัญญาขี้ม.....	21
3.1.2.2 สัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	24
3.1.3 สัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002.....	33
3.1.3.1 ลักษณะของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	34
3.1.3.2 ความหมายของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	34
3.1.3.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	34
3.1.3.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	35
3.1.3.5 คำมั่นจะให้ขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	35
3.1.3.6 แบบของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	36
3.1.3.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา.....	36
3.1.3.8 สัญญาขี้มเงิน.....	38
3.2 สัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส.....	56
3.2.1 ลักษณะของสัญญาขี้ม.....	56
3.2.1.1 ความหมายของสัญญาขี้ม.....	56
3.2.1.2 สัญญาขี้มเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ.....	57
3.2.1.3 สัญญาขี้มเป็นสัญญาฝ่ายเดียว.....	57
3.2.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	57
3.2.2.1 ลักษณะของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	57
3.2.2.2 ความหมายของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	58
3.2.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	58
3.2.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง.....	60

## สารบัญ (ต่อ)

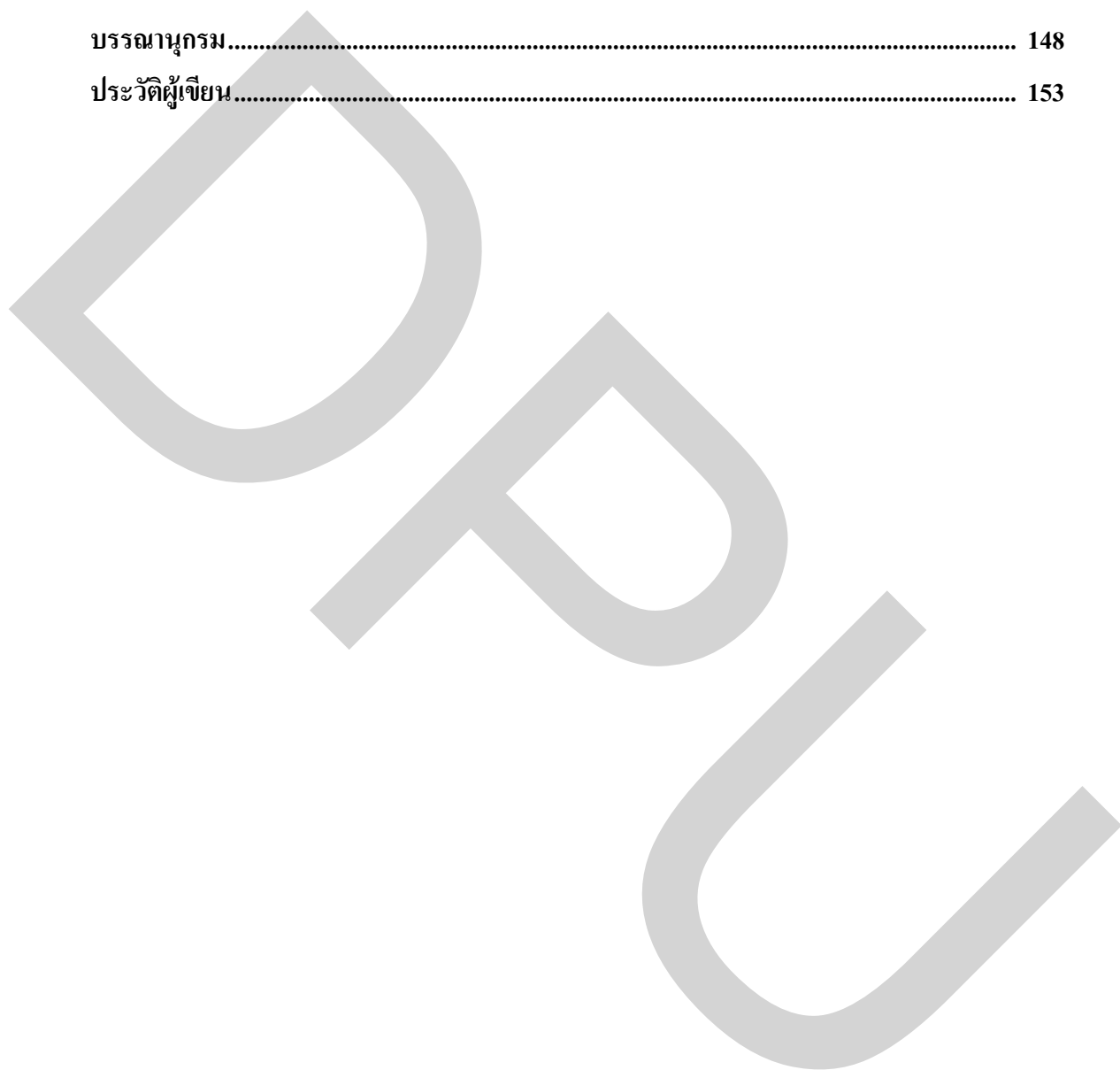
	หน้า
3.2.2.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้สິ้นเปลือง .....	61
3.2.2.6 แบบของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง.....	64
3.2.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา .....	65
3.2.2.8 สัญญากู้ยืมเงิน .....	67
3.2.2.9 ดอกเบี้ย.....	67
3.3 สัญญายืมและสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น.....	71
3.3.1 ลักษณะของสัญญายืม.....	71
3.3.1.1 ความหมายของสัญญายืม.....	71
3.3.1.2 สัญญายืมเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ .....	71
3.3.1.3 สัญญายืมเป็นสัญญาฝ่ายเดียว .....	71
3.3.2 สัญญายืมใช้สິ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น.....	72
3.3.2.1 ลักษณะของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง.....	72
3.3.2.2 ความหมายของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง.....	72
3.3.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง.....	72
3.3.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง .....	73
3.3.2.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้สິ้นเปลือง .....	73
3.3.2.6 แบบของสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง.....	74
3.3.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา .....	74
3.3.2.8 สัญญากู้ยืม .....	75
3.3.2.9 ดอกเบี้ย.....	75
4. สัญญายืมและสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองของประเทศไทย .....	77
4.1 สัญญายืมก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	77
4.1.1 ลักษณะของสัญญายืม.....	78
4.1.2 ประเภทของสัญญายืม .....	79
4.1.2.1 สัญญากู้.....	79
4.1.2.2 สัญญายืม .....	82
4.2 สัญญายืมและสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	83

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาขี้ม .....	85
4.2.1.1 ความหมายของสัญญาขี้ม.....	85
4.2.1.2 สาระสำคัญแห่งสัญญาขี้ม.....	86
4.2.1.3 วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้ม .....	90
4.2.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	91
4.2.2.1 ความหมายของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	91
4.2.2.2 ลักษณะของสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	92
4.2.2.3 วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	93
4.2.2.4 สัญญาขี้มใช้สินเปลืองเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ.....	94
4.2.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	95
4.2.2.6 สัญญาขี้มเงินตามสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	95
<b>5. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายลักษณะขี้มใช้สินเปลืองของประเทศไทย</b>	
<b>    กับต่างประเทศ.....</b>	<b>104</b>
5.1 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของ	
สัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	104
5.1.1 วิเคราะห์การเกิดสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	104
5.1.2 วิเคราะห์คำมั่นจะให้ขี้มใช้สินเปลืองและสัญญาจะให้ขี้มใช้สินเปลือง.....	108
5.1.3 วิเคราะห์การส่งมอบเป็นแบบตามสัญญาขี้มหรือไม่.....	122
5.2 วิเคราะห์ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มใช้สินเปลือง .....	125
5.3 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายลักษณะสัญญาขี้มเงิน.....	126
5.4 วิเคราะห์สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา.....	131
5.4.1 สิทธิหน้าที่ของผู้ให้ขี้ม.....	131
5.4.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้ขี้ม.....	134
5.5 วิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้กฎหมายตามสัญญาขี้มใช้สินเปลือง.....	136
<b>6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....</b>	<b>143</b>
6.1 บทสรุป.....	143
6.2 ข้อเสนอแนะ .....	146

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม.....	148
ประวัติผู้เขียน.....	153





สารบัญตาราง

ตารางที่

หน้า

5.1 ตารางเปรียบเทียบสัญญาณยืมใช้สั้นเปลืองของประเทศไทยและต่างประเทศ..... 138



หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้สິ้นเปลือง
ชื่อผู้เขียน	เบญจวรรณ ฅ นคร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะยืมในหมวดยืมใช้สິ้นเปลือง เนื่องด้วยสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2468 และได้แก้ไขเพิ่มเติมเพียงครั้งเดียวในปี พ.ศ. 2548 เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษาเป็นแนวทางปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดยืมใช้สິ้นเปลือง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศในระบบประมวลกฎหมาย อาทิเช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น

จากการศึกษาพบว่ายืมใช้สິ้นเปลืองที่ใช้บังคับอยู่นี้ได้มีปัญหาการตีความในทางวิชาการและในทางปฏิบัติ กล่าวคือ มาตรา 650 วรรคสอง เกิดการตีความทางวิชาการ อาทิเช่น ปัญหาการเกิดสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือว่าเกิดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สิน ปัญหาเรื่องการทำค้ำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมมิได้หรือไม่ ปัญหาการส่งมอบถือว่าเป็นแบบแห่งสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองหรือไม่ หรือแม้กระทั่งการตีความหมายทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา สัญญายืมใช้สິ้นเปลืองว่าจะมีความหมายกว้างเพียงไร นอกจากนี้จากการศึกษาพบปัญหาจากลักษณะทางกฎหมายของสัญญากู้ยืมซึ่งถือว่าเป็นสัญญายืมใช้สິ้นเปลือง ดังนั้นการบังคับสัญญากู้ยืมในทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองเป็นหลัก ทำให้เห็นได้ว่าสัญญากู้ยืมซึ่งเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่หนึ่งจะพึงมีเฉพาะทางฝ่ายลูกหนี้ผู้ยืมเท่านั้น จึงไม่สามารถบังคับกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้

จากการศึกษาปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าต้องแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองโดยการตัดบทบัญญัติว่าด้วยความบริบูรณ์ของสัญญายืมใช้สິ้นเปลืองใน มาตรา 650 วรรคสอง และเพิ่มเรื่องค้ำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมโดยพิจารณาจากคำตอบแทน นอกจากนี้การแก้ไขคำว่าทรัพย์สินชนิดใช้ไปสึ้นไปเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินชนิดใช้ไปสึ้นไป และต้องแยกสัญญากู้ยืมเงินออกจากสัญญายืมใช้สึ้นเปลืองโดยกำหนดลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินให้เป็นสัญญาต่างตอบแทน

Thesis Title                      Legal issue regarding a loan for consumption  
Author                                Benjawan Na-nakorn  
Thesis Advisor                    Associate Professor Pinit Tipmanee  
Department                        Law  
Academic Year                    2011

### **ABSTRACT**

This thesis' objective is to examine issues regarding a loan for consumption found in the Thailand's Civil and Commercial Code enacted since B.E. 2468 and amended in B.E. 2548. It is a comparative study between relevant laws among Civil law system countries such as Germany, France and Japan and its result will be used as a guidance to modify the Code regarding a loan for consumption.

The study has found that such enacted law regarding a loan for consumption has problems in interpretation academically and practically which is section 650 paragraph 2. Those issues are such as whether a contract is completed only on delivery of the property lent or not, whether a promise or an agreement to give a loan could happen or not, whether a delivery of such property is considered as a form of contract on a loan for consumption or not, and whether the interpretation of such property lent, which is called an object of a contract, has a wide scope of meaning or not. Furthermore, the study has discovered a problem relating to such loan in term of its enforcement which has to be mainly considered and followed by all provisions of law regarding a loan for consumption. It shows that a loan for consumption is a unilateral contract which means its obligation can only be on a borrower's side and, therefore, can't be fairly enforced by law to both parties of such contract.

As a final result, the writer has proposed a need to amend the Civil and Commercial Code regarding a loan for consumption by eliminating a provision on the completion of such contract under section 650 paragraph 2, using the word 'things' instead of 'property' in such provision, and lastly separating a loan of money out of a loan for consumption provision and considering such loan of money as a bilateral contract.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การยืมนั้นในอดีตเกิดจากการเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ของคนในสังคมเดียวกันที่มีความใกล้ชิดกัน เป็นการช่วยเหลือในลักษณะของการให้เพียงฝ่ายเดียวของผู้ให้ยืมมิได้หวังผลกำไรอันใดจากผู้ยืม โดยรูปแบบของสัญญานั้นจะขึ้นอยู่กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (Freedom of Contract) ต่อมากาลเวลาได้ล่วงเลยไปผู้คนในสังคมเริ่มมีการขยายมากขึ้นทำให้มีการ ยืมโดยอาศัยความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ของคนในชุมชน การยืมสามารถแบ่งได้โดยลักษณะของเจตนาการใช้ทรัพย์สินที่ยืมนั้นว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินแบบที่ยืมมาอย่างไร ก็กินไปอย่างนั้น หรือ อาจเป็นการยืมทรัพย์สินที่หากมีการใช้ทรัพย์สินนั้นแล้ว ทำให้ทรัพย์สินนั้นสิ้นไป เพียงแต่ผู้ยืมยังคงมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่เป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ยืมนี้ให้แก่ผู้ให้ยืมเท่านั้น ดังนั้นเมื่อเริ่มมีพัฒนาการยืมที่หลากหลาย และในด้านของผู้ให้ยืมและผู้ยืมนี้ก็จะอาจจะมีบุคคลที่รู้จักกันมาก่อน เช่นนี้กฎหมายจึงเริ่มมีบทบาทในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกัน เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อขัดแย้งกัน หรือหากเกิดข้อขัดแย้งกันและการขัดแย้งนั้นมีกฎหมายวางหลักกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แล้วก็จะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาพิจารณา

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้จัดทำครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 6 มีการจัดทำบรรพ 1 และบรรพ 2 ประกาศใช้ครั้งแรกใน ปี พ.ศ. 2466 ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับนี้แล้วใน 2 ปีต่อมาได้มีการประกาศยกเลิกและให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2468 แทน ในส่วนของสัญญายืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำต้นแบบของประเทศเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นจึงมีการแยกสัญญายืมออกเป็น 2 ประเภทคือ สัญญายืมใช้คงรูป (Loan for Use) มาตรา 640-649 และสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง (Loan for Consumption) มาตรา 650-656 ดังนั้นแล้วย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติต่างๆ ได้มีการวางหลักปรับใช้ด้วยบทกฎหมายย่อมอาจจะเป็นธรรมกับสังคมในสมัยหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นธรรมกับอีกสมัยหนึ่งก็ได้ ดังกรณีของสัญญายืมมีบทกฎหมายวางหลักข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาไว้อันอาจเป็นธรรมกับในสมัยที่ได้บัญญัติหลักนั้นๆ อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่าในส่วนของสัญญายืมที่กำหนดไว้ในบรรพ 3

เอกเทศสัญญา ลักษณะ 9 ยืม เมื่อมีการบัญญัติไว้ตั้งแต่อดีต เมื่อกาลเวลาผ่านไปนานเท่าใดยิ่งทำให้เห็นปัญหาบทบัญญัติลักษณะยืม ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 9 ว่าด้วยยืม ในหมวดยืมใช้สิ่งเปลืองมีการแก้ไขเพียงครั้งเดียวในปี พ.ศ. 2548 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 14) มาตรา 653 ในส่วนของการกู้ยืมจากเดิมที่กฎหมายบังคับให้หากกู้ยืมเกินกว่า 50 บาท ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องได้ โดยในการแก้ไขครั้งนั้นได้แก้ไขในส่วนของจำนวนเงินจาก 50 บาท มาเป็น 2,000 บาท ที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น แต่ในส่วนเรื่องอื่นยังคงหลักการไว้เช่นเดิม

นอกจากนี้ยังมีประเด็นต่างๆ ในทางวิชาการ อาทิ คำมั่นจะให้ยืม การส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ หรือแม้กระทั่งการตีความที่ขัดต่อนิติวิธีโดยในประเด็นที่เห็นได้ชัดคือการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 กับ มาตรา 652 โดย มาตรา 203 นั้นเป็นบทบัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ในเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ที่มีได้กำหนดระยะเวลาไว้ได้วางหลักไว้ว่า “ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้มีได้กำหนดลงไว้ หรือจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้ย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันคู่กัน” และในวรรคสองได้กำหนดว่า “ถ้าได้กำหนดเวลาไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้ย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นหาได้ไม่ แต่ฝ่ายลูกหนี้ย่อมจะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็ไ้” หลักในเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นปัญหาที่ว่าด้วยหนี้การที่จะพิจารณาว่าหนี้ถึงกำหนดชำระเมื่อไร ตามบทบัญญัติ มาตรา 203 อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ หนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระ และหนี้ที่มีกำหนดชำระ โดยหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระ มาตรา 203 วรรคแรก เจ้าหนีมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ทันทีและลูกหนี้ย่อมจะชำระหนี้ได้ทันทีเช่นกัน ขอสำหรับเวลาชำระหนี้ที่ได้กำหนดไว้ หมายความว่าถึงเวลาที่แน่นอนทุกอย่างไม่ว่าเป็นชั่วโมง วันเดือนปีตามปฏิทิน หรือไม่ใช่ตามปฏิทิน เช่นตกลงชำระหนี้เมื่อสิ้นฤดูทำนา เป็นต้น หนี้ที่มีกำหนดเวลาดังกล่าว เจ้าหนี้ย่อมจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลานั้นไม่ได้

ควรสังเกตว่า สัญญาใช้สิ่งเปลืองเป็นสัญญาที่ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืมโอนไปยังผู้ยืม ผู้ยืมมีสิทธินำไปใช้หมดไปได้ คงมีแต่หน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณ เช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งได้ยืมเท่านั้น ทรัพย์สินที่เปลืองไปจึงไม่มีอยู่ที่ลูกหนี้ ลูกหนี้ย่อมไม่พร้อมที่จะคืน เมื่อถึงคราวจะคืนก็ต้องหาทรัพย์สินประเภท ชนิดและปริมาณ เช่นเดียวกันมาคืนจำต้องใช้เวลาบ้าง เพราะถ้ามีทรัพย์สินอื่นพร้อมที่คืนได้เสมอ ก็คงไม่ต้องไปยืมจากผู้อื่นมาใช้ ในกรณีไม่ได้กำหนดเวลาคืนทรัพย์สินไว้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 652 จึงกำหนดสิทธิทางฝ่ายผู้ยืมที่จะเรียกทรัพย์สินคืนได้ก็ต่อเมื่อได้บอกกล่าวให้เวลา

อันสมควรเสียก่อน จะเรียกคืนทันทีไม่ได้ เมื่อ มาตรา 652 บัญญัติไว้โดยเฉพาะเช่นนี้ จึงไม่นำ มาตรา 203 ซึ่งเป็นบททั่วไปในเรื่องหนี้มาใช้บังคับได้ อย่างไร ดังนั้น เมื่อมีการตีความปรับใช้เช่นนี้ ย่อมส่งผลต่อประเด็นของแต่ละคดีต่างกัน เช่น หากจะนำ มาตรา 203 มาปรับใช้ทางฝ่ายผู้ยืมลูกหนี้ จะผิคนัดทันทีเมื่อทวงถามทำให้โจทก์สามารถฟ้องคดีได้ทันที แต่หากนำ มาตรา 652 มาปรับใช้ฝ่าย ผู้ให้ยืมต้องบอกกล่าวทวงถามก่อน เมื่อบอกกล่าวทวงถามแล้วผู้ยืมลูกหนี้ไม่คืนถึงจะตกเป็นผู้ผิคนัด ตาม มาตรา 204 โจทก์จึงจะมีสิทธิฟ้องคดีได้ นอกจากนี้ผลในเรื่องของการคิดดอกเบี้ยผิคนัด ก็ต่างกัน หากพิจารณาถึงคำว่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มี หลายประเภทและหากมีการปรับใช้ที่สับสนอย่างนี้แล้วผลที่เกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร จึงทำให้ต้อง แยกปัญหาให้ถูกต้องว่ากรณีใดจะใช้บทมาตราใดบังคับ

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างนี้เป็นที่เห็น ได้ว่ามีปัญหาของกฎหมายการปรับใช้กฎหมาย เหล่านั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิมและได้ใช้มานานประกอบทั้งมิได้มีการแก้ไขให้ ชัดเจนหรือเป็นธรรมขึ้น ต่างจากประเทศเยอรมนีในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (German Civil Code) ได้มีการปรับปรุงกฎหมายประมวลแพ่งครั้งใหญ่ในรอบ 100 ปีนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันขึ้น ในการปรับปรุงครั้งนี้ได้ กระทำในปี ค.ศ. 2002 ย่อมจะปรับปรุงให้ทันสมัย ปรับใช้ได้จริงกับปัจจุบัน อาทิในสัญญายืมใช้คง รูป Gratuitous loan ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 598-605 (Section 598-605) และสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง Contract for the loan of a thing มาตรา 607-609 (Section 607-609) และในสัญญากู้ยืมที่ได้กำหนด ไว้เป็นพิเศษตามมาตรา 488-498 (Subtitle 1 Loan contract section 488-498) ต่างจากของประเทศ ไทยในส่วนของการกู้ยืมเงินที่กำหนดไว้ในสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองและมีเพียง 4 มาตรา คือ มาตรา 653-656 ในบทบัญญัติว่าด้วยสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง การที่ประเทศเยอรมนีกำหนดหลักการ ไว้แตกต่างมากเช่นนี้ย่อมจะมีรายละเอียดที่พึงศึกษาว่าคืออะไร เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ ในประเทศไทยหรือไม่

จึงจำเป็นต้องทำการศึกษารายละเอียดกฎหมายในประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมาย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นอันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่นเดียวกับประเทศไทยซึ่งจะศึกษาหลักการและทฤษฎี รวมทั้งคำพิพากษาของประเทศไทยและ ต่างประเทศ โดยจะมุ่งศึกษาในส่วนของสัญญายืมและสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองเท่านั้น เพื่อนำมา ปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยว่าด้วยลักษณะยืมให้มีลักษณะ ทันสมัย ใช้ประโยชน์ได้จริง และให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมาของสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.2.2 เพื่อศึกษาสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองของต่างประเทศ
- 1.2.3 เพื่อศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวด สัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.2.4 เพื่อศึกษาปัญหาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวด สัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.2.5 เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะเพื่อนำมาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวดของขี้มใช้สิ้นเปลือง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะขี้มว่าด้วยขี้มใช้สิ้นเปลืองได้ได้มีการใช้มานานและมีการแก้ไขล่าสุดเฉพาะในเรื่องจำนวนเงินอันเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น มีปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายในลักษณะขี้มว่าด้วยขี้มใช้สิ้นเปลืองทั้งในทางวิชาการ และทางปฏิบัติ อาทิ ปัญหาคำมั่นจะให้ขี้มมีได้หรือไม่ สัญญาขี้มเงินควรแยกออกจากสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองหรือไม่ เป็นต้น

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตการศึกษานี้ คือ ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะขี้มว่าด้วยขี้มใช้สิ้นเปลือง โดยมุ่งศึกษาถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของหลักกฎหมาย โดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศและศึกษาถึงหลักการตีความกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยให้ถูกต้องเหมาะสม ชัดเจน และเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทุกฝ่าย ตลอดจนสร้างความเข้าใจถูกต้องแก่นักกฎหมายต่อไป

## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษา ดำเนินการค้นคว้าและวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary Research) คือ เป็นการศึกษาโดยรวบรวมข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้อง ทั้งในและต่างประเทศจากหนังสือ บทความ วารสาร และบทบัญญัติของกฎหมาย คำพิพากษาฎีกา วิทยานิพนธ์ ตลอดจนรายงานการวิจัย เพื่อนำมาวิเคราะห์ห้อย่างเป็นระบบ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ลักษณะขี้มในส่วนของสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมาของสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงสัญญาขี้มและสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองของต่างประเทศ
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวดสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวดสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง
- 1.6.5 ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะเพื่อนำมาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะขี้มในหมวดของขี้มใช้สิ้นเปลือง



## บทที่ 2

# วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญาเดิม และสัญญาเดิมนำใช้ สืบเนื่องตามกฎหมายโรมัน

การยืมได้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันยุคตอนต้นเห็นได้จากการกล่าวถึงสัญญาเดิมนำใช้สืบเนื่องในกฎหมายโรมัน ซึ่งกฎหมายโรมันได้มีความสำคัญต่อประเทศในระบบประมวลกฎหมายเนื่องจากหลักกฎหมายต่างๆ ในกฎหมายโรมันได้เป็นรากฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ต่างๆ อาทิ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และรวมทั้งประเทศไทย ดังนี้แล้วเพื่อจะก่อให้เกิดความเข้าใจในหลักกฎหมายของสัญญาเดิมนำใช้สืบเนื่องที่ได้มีแนวคิดมาตั้งแต่อดีต และยังคงมีหลักการเช่นเดิม จึงสมควรที่จะศึกษาสัญญาเดิมนำใช้สืบเนื่องในกฎหมายโรมันเพื่อให้เกิดความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น

### 2.1 วิวัฒนาการของสัญญาเดิมนำใช้สืบเนื่อง

สมัยโรมันยุคตอนต้น สัญญาเดิมนำใช้ปรากฏอยู่ในรูปการกู้ยืมเงิน (Nexum) ซึ่งถือได้ว่าเป็นสัญญาเดิมนำใช้ชนิดที่เก่าแก่ที่สุด การทำสัญญาในสมัยโรมันยุคตอนต้นจะมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้ นั้นจะต้องทำถูกต้องตามแบบ ปรากฏในหลักของการทำสัญญาในกฎหมายสิบสองโต๊ะ สมัยโรมันยุคตอนต้นสัญญาจะเกิดได้ต่อเมื่อได้ทำถูกต้องตามแบบ หากไม่เกิดจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาเสนอสนองตรงกันไม่ หากแต่เพียงสัญญาที่มีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามที่ตกลงได้นั้นจะต้องเกิดจากการทำตามแบบเท่านั้น ก่อนที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับสัญญาเดิมนำใช้จึงต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับรายละเอียดเบื้องต้นของความสมบูรณ์ของสัญญาในสมัยโรมันยุคตอนต้นว่าสัญญาเกิดได้อย่างไร เพื่อจะทำให้เข้าใจถึงสัญญาเดิมนำใช้เป็นอย่างดี

สัญญาในสมัยโรมันยุคตอนต้นรูปแบบทั่วไปของความสมบูรณ์ของสัญญามีได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้อย่างในปัจจุบัน แต่สัญญาจะเกิดได้เมื่อได้ทำตามแบบของสัญญาโดยเฉพาะ ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในลักษณะของเอกเทศสัญญา การทำสัญญาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้

มีการทำ Stipulatio<sup>1</sup> โดยกฎหมายสัญญาโรมันเป็นที่ปรากฏเป็นรูปธรรมอยู่แล้ว ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ<sup>2</sup> ซึ่งวิวัฒนาการของรูปแบบของสัญญาโรมันนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นได้ 2 ลักษณะ คือ<sup>3</sup>

1) สัญญาที่ไม่ต้องมีแบบ (Informal contract) คือสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดว่า จะต้องมีการใช้คำพูดหรืออักษรอย่างไรให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม เพียงแต่มีการกำหนดหลักการกว้างๆ ไว้ เช่น สัญญาซื้อขาย (Emptio venditio) ที่กฎหมายเองก็มิได้กำหนดถ้อยคำไว้แน่นอนตายตัว สัญญาที่ปรากฏในสัญญาที่ไม่มีแบบนี้ ได้แก่ สัญญาทางทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญา (RE contract) อันเป็นสัญญาที่มีความผูกพันเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Res) คือ ถ้าฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์สินไปก็มีหนี้สินต้องนำทรัพย์สินมาคืนนับได้ว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ เช่น สัญญาอืมใช้สิ่งเปลือง (Matuum) สัญญาอืมใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์สิน (Depositum) และสัญญาจำนำ (Pignus) และสัญญาที่เกิดจากการตกลงยินยอม (consensus contract) เป็นสัญญาที่เกิดจากความเห็นพ้องต้องตรงกัน

2) สัญญาที่ต้องมีแบบ (Formal contract) คือ สัญญาต้องทำตามแบบตามที่กฎหมายกำหนด คือ ในสัญญานั้นๆ กฎหมายได้กำหนดคำพูดและตัวอักษรไว้ และคู่สัญญาต้องยึดถือโดยเคร่งครัด หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามก็จะไม่เกิดสัญญานั้นๆ ขึ้น โดยสัญญาที่ต้องทำตามแบบนี้ มีทั้งสัญญาที่ทำโดยวาจา เรียกว่า Verbis สัญญาที่ทำโดยวาจาจะทำได้โดยการทำ Stipulatio กัน และสัญญาที่ทำเป็นหนังสือ เรียกว่า Literis

ในสมัยโรมันบุคคลจะทำสัญญานอกจากกล่าวมานั้นหาได้ไม่ ซึ่งต่างจากในปัจจุบันที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบุคคลแต่ละคนย่อมมีอิสระในการแสดงเจตนา (Autonomy of will) และเมื่อมีอิสระในการแสดงเจตนาแล้ว บุคคลเหล่านั้นย่อมต้องผูกพันตามเจตนาของตนที่ได้แสดงออกมา ทำให้เห็นได้ว่าการทำสัญญาโดยหลักทั่วไป บุคคลย่อมจะแสดงเจตนาทำสัญญาในรูปแบบใดก็ได้ตราบเท่าที่สัญญานั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่พ้นวิสัย โดยในสมัยโรมันยุคตอนต้นสัญญาจะผูกพันเมื่อเป็นไปตามแบบเท่านั้น

<sup>1</sup> Stipulatio คือ การที่ฝ่ายหนึ่งได้ตั้งคำถามว่าท่านให้คำมั่นเช่นนั้นเช่นนี้ใช่ไหม (Spondesne) อีกฝ่ายก็จะตอบว่าใช่ ข้าพเจ้าให้คำมั่นเช่นนั้น (Spondo) ซึ่งหากตอบโดยวาจาถูกต้องตามแบบถ้อยคำนั้นก็สมบูรณ์บังคับกันได้.

<sup>2</sup> ประชุม โคมฉาย ก (2552). กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. หน้า 130.

<sup>3</sup> แหล่งเดิม.

ในส่วนของสัญญาซื้อขายได้ปรากฏอยู่ในรูปแบบของสัญญาซื้อขายเงิน (Nexum) อันเป็นรูปแบบของสัญญาซื้อขายที่เก่ามากที่สุดดังที่เห็นได้ตั้งแต่สมัยโรมันยุคตอนต้น ซึ่ง Nexum เป็นสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะของหนี้อันเกิดจากการซื้อขายเงินเช่นนี้แล้วหนี้ที่เกิดขึ้นคือการส่งมอบเงิน ปรากฏว่าในยุคประวัติศาสตร์ของสัญญาซื้อขายในสมัยโรมันนั้นสัญญาซื้อขายเงิน (Nexum) เป็นรูปแบบสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลือง (Matuum) และสัญญาซื้อขายใช้คงรูป (Commodatum) อันเป็นที่เห็นได้ว่าได้มีการกล่าวถึงสัญญาซื้อขายในกฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยกฎหมายนี้เองก็เป็นต้นแบบของจัดทำประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน

ต่อมาในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนนั้นได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายเอกชนขึ้นมาประมวลนี้มีชื่อเรียกว่า Corpus Iuris Civile (ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบางครั้งอาจเรียกว่า Corpus ซึ่งก็เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นผลงานของจักรพรรดิจัสติเนียน)<sup>4</sup> กฎหมายสัญญานั้นได้ปรากฏอยู่ใน Institutiones เป็นตำรากฎหมายเบื้องต้น ซึ่ง Institutiones ของจัสติเนียนนั้นได้มีโครงสร้างตาม Institutiones ของ Gaius โดยในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนได้แบ่งลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสัญญา (Real contract) ในสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญานี้เองได้แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะคือ สัญญาซื้อขายใช้เงินเปลือง (Matuum) สัญญาซื้อขายใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์สิน (Depositum) สัญญาจำนำ (Pignus) สัญญาทั้ง 4 ลักษณะข้างต้นนี้ หากได้เกิดจากการตกลงกันของกลุ่มสัญญาไม่ ความสำคัญของสัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Res corporalis) เท่านั้น<sup>5</sup>

## 2.2 ประวัติความเป็นมาสัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลือง

### 2.2.1 สัญญาซื้อขายในระยะแรก

หากพิจารณาในทางประวัติความเป็นมาแล้วเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายในยุคแรกที่ปรากฏเห็นได้ชัดคือ สัญญาซื้อขาย (Nexum) ปรากฏในช่วงสมัยตอนต้นของสมัยประชาธิปไตย (Republic)<sup>6</sup> ซึ่งอยู่ในระหว่างปี 510–526 ก่อนคริสตกาล และไม่ปรากฏว่าได้มีการกล่าวถึง Nexum อีกในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

<sup>5</sup> Barry Nicholas a (1991). AN INTRODUCTION TO ROMAN LAW. p. 167.

<sup>6</sup> R.W. Lee. (1956). The Element of Roman Law. p. 339.

สัญญากู้ยืม (Nexum) ถือได้ว่าเป็นหนี้ตามสัญญา Re อันสัญญา Re นั้นคือสัญญา อันมีหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญา ดังนั้นแล้ว Nexum จึงเกิดจากการรับทรัพย์สินไปแล้ว จึงเป็นหนี้และถือได้ว่าเป็นสัญญาเก่าแก่ที่สุดชนิดหนึ่งของกฎหมายโรมัน<sup>7</sup>

สัญญา Nexum นี้เป็นการกู้เงินประเภทที่ผูกพันลูกหนี้กับเจ้าหนี้<sup>8</sup> โดยลูกหนี้ในหนี้ประเภทนี้ จะเรียกว่า Nexi หรือ Nexus ซึ่ง Nexi นั้นหากพิจารณาตามความหมายใน Black's Law Dictionary เป็นการที่ลูกหนี้ยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้จนกว่าหนี้ของเขาจะได้ชำระ<sup>9</sup> ส่วน Nexus ก็มีความหมายว่า การที่ลูกหนี้ยอมผูกพันต่อเจ้าหนี้จนกว่าหนี้จะได้ชำระเช่นกัน<sup>10</sup> นอกจากนี้ยังมีการให้ความหมายของคำว่า Nexus นั้นความหมายว่า ผู้ถูกผูกพัน<sup>11</sup> ไว้อีกด้วย ดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่าไม่ว่าทั้ง Nexi หรือ Nexus นั้นก็คือการที่ลูกหนี้กู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้ตามลักษณะที่กำหนดกันไว้แล้ว และไม่สามารถชำระคืนได้จึงต้องตกอยู่ภายใต้ความผูกพันของเจ้าหนี้ที่ให้อำนาจในการบังคับจับลูกหนี้ได้ ส่วนคำว่า Nexum ตามความหมายใน Black's Law Dictionary ให้ความหมายในกฎหมายโรมันยุคแรกนั้นลูกหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายโรมันนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้ อาจต้องถูกจับหรือยึดเป็นทาสไว้จนกว่าหนี้ของลูกหนี้จะได้ชำระ<sup>12</sup> การทำ Nexum นั้น Gaius หาได้กล่าวไว้ว่าการจะทำ Nexum จะกระทำได้อย่างไร<sup>13</sup> แต่เป็นที่เข้าใจว่าการทำ Nexum นั้น จะต้องกระทำโดยกระบวนการ Per aes et libram อันมีลักษณะคล้ายกับ Mancipatio<sup>14</sup> กระบวนการ Per aes et libram เป็นการกระทำอันเกี่ยวเนื่องด้วยกับการใช้ทองสัมฤทธิ์และตาชั่งต่อหน้าพยาน 5 คน และผู้ถือตาชั่ง (Libripens)<sup>15</sup> ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 ท่าน Huschke ได้อธิบายการทำ Nexum ไว้ว่าจะต้องกระทำตามแบบพิธีด้วยการทำ Scales and copper อันเป็นการโอนตามแบบพิธีคล้ายกับการโอน Mancipatio เพียงแต่ว่าการทำ Scales and copper นั้นเป็นการโอนตามกฎหมายว่าด้วยหนี้ ส่วน Mancipatio นั้นเป็นการโอนตามแบบพิธีเช่นกันแต่เรียกในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน คือ ผู้ให้ยืม จะชั่งทองแดงให้แก่ผู้ยืมซึ่งวิธีการดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นสัญลักษณ์ของการยืม แต่ในส่วนการมอบเงิน จะเกิดขึ้นต่างหากอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้ ท่าน Huschke ยังได้กล่าวไว้ว่าผู้ให้ยืมจะต้องเป็นผู้มี

<sup>7</sup> ประชุม โลมฉาย ข (2549). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*. หน้า 158.

<sup>8</sup> แหล่งเดิม.

<sup>9</sup> Bryan A. Garner. (2004). *Black's Law dictionary*. p. 1070.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> ประชุม โลมฉาย ข เล่มเดิม. หน้า 162.

<sup>12</sup> Bryan A. Garner. *Op.cit.* p. 1070.

<sup>13</sup> R.W. Lee. *Op.cit.* p. 339.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Curzon, L.B. (1966). *Roman Law*. p. 135.

หน้าที่ต้องกล่าวว่ามีหนี้ที่ที่ต้องชำระเงินคืนแก่ตน ซึ่งการกล่าวถ้อยคำเช่นนั้นทำให้ผู้ยืมมีหนี้ต่อผู้ให้ยืมและผู้ให้ยืมสามารถบังคับให้ผู้ยืมชำระหนี้แก่ตนได้ทันที หากต้องมีคำพิพากษาก่อนไม่เมื่อหนี้ถึงกำหนดต้องชำระแต่ผู้ยืมมีอาจชำระหนี้ได้ ย่อมจะทำให้ผู้ให้ยืมสามารถจับตัว มา หรือขายลูกหนี้เป็นทาส<sup>16</sup> อย่างไรก็ตามความหมายของคำว่า Nexum ที่ท่าน Huschke ได้อธิบายมีอีกความเห็นหนึ่งซึ่งมองต่างกันไปคือ ความเห็นของท่าน Metteis เห็นว่าตามแนวความเห็นของท่าน Huschke นั้นมีความเห็นต่างจากนักประวัติศาสตร์ที่เห็นว่าการทำ Scales and copper นั้นเป็นวิธีการที่ได้กระทำไปเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงวิธีการชำระหนี้ที่ต้องกระทำภายหลังมีคำพิพากษาอีกทางหนึ่งเท่านั้น โดยหนี้ที่เรียกว่า Nexum จะต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการกระทำอีกการกระทำหนึ่งแยกออกต่างหาก แต่ทั้งนี้ก็เป็นที่ยอมรับได้ว่าความเห็นของท่าน Huschke แม้จะแตกต่างออกไปแต่ก็ได้รับการยอมรับมากที่สุด<sup>17</sup> จากลักษณะของสัญญา Nexum ตลอดทั้งวิธีการก่อให้เกิด Nexum ดังที่กล่าวไว้แล้วนั้นเป็นที่ยอมรับได้ว่าวัตถุแห่งหนี้ใน Nexum เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะวิธีการโอนของ Mancipatio นั้นวัตถุที่จะส่งมอบจึงจำเป็นต้องเป็นเงิน<sup>18</sup> ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

การสิ้นสุดของสัญญา Nexum นั้นจะสิ้นสุดลงได้เมื่อได้มีการหลุดพ้นจากหนี้ด้วยตามแบบพิธีการ (Formal release) วิธีการชำระแบบพิธีการนี้ปรากฏว่ามีมาก่อนสมัยจักรพรรดิ จัสดิเนียน โดยวิธีการชำระหนี้ใน Nexum นี้จะเรียกว่า Nexi liberation (แปลว่า เงินที่ลูกหนี้ได้ชำระสำหรับการส่งมอบหรือการใช้ทรัพย์สินแทน) หรือ Solution per aes et libram (แปลว่า การชำระหนี้ด้วยทองสัมฤทธิ์และตาชั่ง) หากลูกหนี้ต้องการหลุดพ้นจากหนี้อันเกิดจากการส่งมอบในครั้งก่อนแก่ตนนั้น ลูกหนี้จะต้องกระทำการด้วยกระบวนการเดียวกันคือจะต้องมีการใช้ทองสัมฤทธิ์และตาชั่งต่อหน้าพยาน 5 คน และผู้ถือตาชั่ง (Libripens) โดยลูกหนี้จะหลุดพ้นภายหลังจากที่ได้กล่าวประกาศตามแบบพิธีที่เหมาะสมนั้นๆ ซึ่งวิธีการหลุดพ้นหรือการชำระหนี้ข้างต้นนี้เป็นวิธีที่ได้มีการใช้ในหนี้ที่เกิดจากสัญญา Per aes et libram หรือในกรณีที่ได้มีการพิพากษาในหนี้ดังกล่าว<sup>19</sup>

โดยสัญญา Nexum นี้ผู้เขียนได้กล่าวอ้างไว้ข้างต้นแล้วว่าเป็นคำที่มีได้ปรากฏในสมัยจักรพรรดิ จัสดิเนียนเนื่องจากเหตุว่า สัญญา Nexum นี้ได้มีการใช้จนกระทั่งเมื่อมีกฎหมาย lex Poetelia ซึ่งเหตุที่ได้มีการยกเลิกการใช้ Nexum นั้นเนื่องมาจากมีเหตุอันเกี่ยวเนื่องจากความต้องการความใคร่ของผู้ให้กู้เงินคนหนึ่งซึ่งได้มีการใช้ความรุนแรงทารุณลูกหนี้ผู้ยืม โดยผู้ให้กู้เงินดังกล่าวมีชื่อว่า “Lucius Papirius” เหตุการณ์ในครั้งนั้นได้เกิดในช่วงปี 326 ก่อนคริสตศักราช

<sup>16</sup> H.F Jolowicz. (1954). **Historical Introduction to the study of Roman Law.** pp. 167-168.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 160.

<sup>19</sup> Curzon. L.B. Op.cit. p. 135.

มีเหตุว่าในครั้งนั้นมีเด็กหนุ่มมีชื่อว่า “Gaius Publius” ได้เป็นผู้ค้าประกันหนี้ของพ่อ ดังนั้นแล้ว Publius จึงถือว่าเป็น ลูกหนี้ (Nexi หรือ Nexus) อันต้องผูกพันตนต่อ Papirius ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ (แต่ในอีกบันทึกหนึ่งโดย Halicarnassus ได้กล่าวว่า Publius ได้เป็นผู้ยืมเงินเองเพื่อนำมาจัดการงานศพของพ่อเขา) Publius เป็นเด็กหนุ่มที่มีหน้าตาดีจนทำให้ Papirius นั้นพอใจในตัวของเขา และ Papirius นั้นมีความปรารถนาที่ต้องการมีความสัมพันธ์กับเขา โดย Papirius นั้นได้พยายามเกลี้ยกล่อมโดยคำพูดซึ่งมีความนัยถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว แต่ Publius ได้ปฏิเสธ จนทำให้ Papirius โกรธจนได้เตือน Publius ให้รู้ถึงฐานะของเขาเองว่ามีความผูกพันเป็นดังทาส Papirius อยู่ แต่ Publius ก็ยังคงปฏิเสธอยู่เช่นเดิมที่เขาจะทำได้ ทำให้ Papirius นั้นโกรธจนลงโทษเขาด้วยการเขียนตัวอย่างทารุณ Publius ได้พยายามวิ่งหนี จนทำให้เรื่องเป็นที่รู้จักกันโดยทั่ว จากเหตุการณ์ครั้งนั้นจึงทำให้มีการคิดทบทวนและมีการประกาศยกเลิกการใช้ Nexum ในที่สุด<sup>20</sup> กฎหมายที่มีชื่อว่า Lex Poetelia นั้นเป็นกฎหมายที่มีสาระสำคัญว่าด้วยหลักเกณฑ์ห้ามจับตัวลูกหนี้เพื่อให้อาณาเป็นทาสหรือประหารชีวิตในหนี้ที่เกิดจาก Nexum ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการตัดสินคดีก่อนที่เจ้าหนี้จะจับตัวลูกหนี้ได้เช่นในอดีต เจ้าหนี้ก็มีอาจประหารชีวิตลูกหนี้หรือนำลูกหนี้ไปขายเป็นทาสได้อีกต่อไป ทำให้หนี้ที่เกิดจาก Nexum หดไป และทำให้มีการใช้สัญญายืมใช้สินเปลือง (Mutuum) มีความสำคัญขึ้นมาแทนที่<sup>21</sup>

ดังนั้นแล้วเมื่อพิจารณาภาพรวมของสัญญา Nexum แล้วย่อมจะทำให้เข้าใจได้ว่า สัญญา Nexum นั้นก็คือสัญญายืมกู้ยืมเงินกันโดยมีลักษณะที่พิเศษที่แตกต่างจากสัญญากู้ยืมเงินกันตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ ในสัญญา Nexum เป็นสัญญากู้ยืมเงินซึ่งตัวลูกหนี้หรือผู้ยืม (Nexi, nexus) ต้องมีความผูกพันต่อเจ้าหนี้ซึ่งมิได้แต่เพียงทรัพย์สินเท่านั้น ความผูกพันใน Nexum นี้ได้รวมถึงอำนาจบังคับชำระหนี้ได้จากตัวลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้นั้นมิอาจชำระหนี้ได้ จากหลักการดังกล่าวต่างจากปัจจุบันที่เจ้าหนี้หาอำนาจที่จะบังคับกับตัวลูกหนี้ไม่ได้

## 2.2.2 สัญญายืมใช้สินเปลือง

สัญญายืมใช้สินเปลือง Mutuum นั้นถือได้ว่าเป็นสัญญาอันเกี่ยวกับทรัพย์ซึ่งได้มีการแบ่งเป็นกลุ่มที่ชัดเจนในตำรากฎหมายเบื้องต้น (Institutiones) ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนได้นำต้นแบบมาจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของ Gaius จักรพรรดิจัสติเนียนแบ่งกลุ่มของทรัพย์สัญญาหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์ (Real contract) ออกเป็น 4 ประเภท คือ สัญญายืมใช้

<sup>20</sup> Wikipedia. (n.d.). Nexum. Retrieved January 7, 2011, from <http://en.wikipedia.org/wiki/Nexum>.

<sup>21</sup> ประชุม โฉมฉาย ข เล่มเดิม. หน้า 176.

สินเปลื้อง (Matuum) สัญญายืมใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์ (Depositum) สัญญาจำนำ (Pignus)

### 2.2.2.1 ความหมายของสัญญายืมใช้สินเปลื้อง

สัญญายืมใช้สินเปลื้องหรือที่เรียกว่า Mutuum คือสัญญาที่ให้ยืมทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Res corporalis) ซึ่งทรัพย์ที่ใช้แทนกันได้ ด้วยทรัพย์ประเภทเดียวกันกับที่ยืม (Res fungibiles) เช่น เงิน อาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น<sup>22</sup> คำว่า Fungibiles เป็นคำที่ใช้กับทรัพย์ในลักษณะที่มีปริมาณเท่ากัน (In genere suo functionem recipient Dig.12.1.2,1) หรือสามารถใช้แทนกันได้ (Mutual vice funguntur) โดยคำว่า fungibiles นี้เป็นคำที่คิดค้นขึ้นโดยนักมนุษยนิยมเยอรมันชื่อ ซาเซียส (Zasius)<sup>23</sup> ดังนั้น สัญญายืมใช้สินเปลื้องจึงเป็นสัญญาที่ต้องคืนทรัพย์ในประเภทเดียวกันกับที่ยืม โดยอาจเป็นเงินหรือสังกมทรัพย์ก็ได้

### 2.2.2.2 ลักษณะของสัญญายืมใช้สินเปลื้อง

สัญญายืมใช้สินเปลื้องถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) และถือว่าเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนก่อให้เกิดสิทธิกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ เช่น ในสัญญากู้ยืมเงินก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ให้ยืมที่จะได้รับเงินคืน และผู้ยืมก็มีหน้าที่ในการคืนเงินให้แก่ผู้ให้ยืมเท่านั้น เห็นได้ว่าผู้ยืมไม่มีสิทธิใดๆ และผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ใดๆ เช่นเดียวกัน<sup>24</sup> สัญญายืมใช้สินเปลื้องถือว่าเป็นทรัพย์สัญญาหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบ (Delivery) และตราใบใดที่ไม่มีการส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นจึงยังอาจถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น<sup>25</sup> โดยสัญญายืมใช้สินเปลื้องเป็นสัญญาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ยืมได้โอนไปยังผู้ยืมนับแต่ได้ส่งมอบทรัพย์นั้น

นอกจากนี้แล้วยังเห็นว่าการบังคับตามสัญญายืมใช้สินเปลื้องได้จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์อันเป็นลักษณะของสัญญาที่ไม่ต้องทำแบบพิธี (Informal contract) แบบพิธีตามกฎหมายโรมันคือ การกล่าวถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในสัญญา (Verbis contract) หรือการทำเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนด (Literis contract) ส่วนการส่งมอบทรัพย์ตามสัญญายืมใช้สินเปลื้องหาถือว่าเป็นแบบของสัญญายืมใช้สินเปลื้องตามหลักกฎหมายโรมัน แต่การส่งมอบทรัพย์ตามกฎหมายโรมันถือว่าเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายที่รับมอบทรัพย์นั้นที่จะต้องนำทรัพย์มาคืนจึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์เช่นในสัญญายืมใช้สินเปลื้อง

<sup>22</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 167.

<sup>23</sup> R.W. Lee. Op.cit. p. 290.

<sup>24</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 162.

<sup>25</sup> H.F Jolowicz. Op.cit. p. 297.

อย่างไรก็ตามสัญญาที่ยืมใช้สิ่งเปลี่ยนนี้เมื่อถือว่าเป็นสัญญาแล้วจึงต้องพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาโดยทั่วไปด้วยว่าสัญญาต้องเกิดจากเจตนา และส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งด้วย<sup>26</sup>

สัญญาที่ยืมใช้สิ่งเปลี่ยนนี้เป็นสัญญาฝ่ายเดียวและเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนได้ ดังนั้นในเรื่องของดอกเบี้ยที่มักปรากฏในสัญญาที่ยืมเงินนั้น หากคู่สัญญาต้องการที่จะให้มีการให้ดอกเบี้ยจึงต้องทำในรูปของ Stipulatio ต่างหาก<sup>27</sup>

### 2.2.2.3 คำมั่นจะให้ยืม

คำมั่นตามกฎหมายโรมันปรากฏอยู่ในรูปแบบการทำ Stipulatio ซึ่งจัดอยู่ในสัญญาประเภทที่ต้องทำตามแบบพิธี (Formal contract) และเป็นสัญญาที่ต้องทำด้วยวาจา (Verbis) กล่าวคือ สัญญาที่เกิดจากการเปล่งถ้อยคำวาจาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดย Stipulatio ได้มีความสำคัญเป็นอย่างมากในกลุ่มของสัญญาที่ต้องทำด้วยวาจาที่เกิดจากฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามและอีกฝ่ายตอบคำถามด้วยถ้อยคำวาจาตามแบบที่กฎหมายกำหนด จึงทำให้เกิดความผูกพันในฐานะที่ได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (Form)<sup>28</sup>

ลักษณะของ Stipulatio เป็นการทำสัญญาด้วยวาจาและถือว่าเป็นพัฒนาการก้าวแรกของสัญญาในกฎหมายโรมัน คือ เป็นการโต้ตอบคำถามและคำตอบของคู่สัญญาที่จะต้องกระทำกันในทันที ซึ่งคำถามและคำตอบนั้นย่อมต้องผูกพันแก่คู่สัญญาตามที่แสดงออกมาก่อนอย่างจริงจัง โดยภาษาที่ใช้ในการถามตอบเป็นภาษาละติน เช่น หาก stipulator (หมายถึง Promise) จะเป็นฝ่ายที่ตั้งคำถามนำก่อนโดยจะตั้งคำถามโดยใช้คำว่า “Spondes” (หมายถึง Do you promise) และ Promisor ต้องตอบว่า “Spondeo” (หมายถึง I promise)<sup>29</sup> การถามและการตอบในกฎหมายโรมันยุคตอนต้นเป็นการตั้งคำถามและการตอบคำถามของคู่สัญญาจะต้องมีการใช้คำเดียวกับคำที่ใช้ถามตอบ การทำ Stipulatio นี้ถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่ความผูกพันตามกฎหมายในภายหลังจากที่มีการทำ Stipulatio จะตกอยู่แก่ผู้ให้คำมั่น (Promisor) เพียงฝ่ายเดียวตามที่ตนได้ให้คำมั่นนั้นไว้<sup>30</sup> ดังนั้น ลักษณะสำคัญของ Stipulatio คือ การโต้ตอบคำถามและคำตอบที่ต้องกระทำด้วย

<sup>26</sup> W.W Buckland. (1957). *A Manual of Roman Law*. p. 272.

<sup>27</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 168.

<sup>28</sup> ธีวากร ยอดชาลย์. (2544). *คำมั่นจะทำสัญญา: ศึกษาในเชิงทฤษฎี*. หน้า 6.

<sup>29</sup> Britannica. (2011). Stipulation. Retrieved July 18, 2011, from

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/566546/stipulatio>

<sup>30</sup> Alan Watson. (1996). *Ancient Law and Modern Understanding*. อ้างถึงใน Bryan A. Garner. Op.cit. p. 1455.



ถ้อยคำวาจาที่ต้องตรงกัน (Oral) จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ได้ ซึ่งการถามและการตอบนี้จะต้องกระทำกันในทันทีทันใด จึงทำให้เห็นได้ว่าขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาต้องอยู่พร้อมหน้ากัน หากถึงช่วงเวลาในการถามตอบก็ส่งผลให้ไม่สมบูรณ์ที่จะเกิดเป็นสัญญาด้วยวาจา (Oral contract)<sup>31</sup>

การตั้งคำถามและคำตอบของการทำ Stipulatio มีข้อสังเกตว่าในขณะที่มีการทำ Stipulatio ฝ่ายผู้เริ่มตั้งคำถามก็คือฝ่ายผู้รับคำมั่น (Promisee) และในเนื้อหาของถ้อยคำจะมีการใช้คำว่า “Promise” กรณีนี้ลักษณะของความผูกพันตามกฎหมายจะตกอยู่แก่ฝ่ายผู้ให้คำมั่น (Promisor) เพียงฝ่ายเดียวซึ่งจะเป็นฝ่ายผู้ตอบคำถามหาใช่ผู้รับคำมั่นที่เป็นฝ่ายตั้งคำถามก่อนไม่ อันต่างจากลักษณะของการทำสัญญาในปัจจุบันที่ฝ่ายผู้ให้คำมั่นจะเป็นฝ่ายให้คำมั่นที่จะผูกพันตนเองเพียงฝ่ายเดียวก่อน อาทิ ผู้รับคำมั่น (Promisee) จะตั้งคำถามนำว่าท่านสัญญาเช่นนี้ ไช้ไหม “Do you promise to give me 1000 sesterces” และฝ่ายผู้ให้คำมั่น (Promisor) จะต้องตอบคำถามว่า “I do promise”<sup>32</sup>

การทำสัญญาด้วยวาจา (Verbis contract) ในรูปแบบของการทำ Stipulatio นี้เห็นได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดการกระทำที่มีผลต่อการแก้ไขปัญหของกฎหมายโรมันในกรณีกฎหมายมิได้บัญญัติยอมรับเรื่องใดไว้ หากว่าในกรณีนั้นได้มีการก่อให้เกิดความผูกพันของคู่สัญญาตามหลักของ Stipulatio แล้วเช่นนี้ก็ย่อมมีผลบังคับในทางกฎหมายได้

คำมั่นจะให้ยืมในกฎหมายโรมันมิได้มีการบัญญัติรับรองเรื่องนี้ไว้โดยตรงตลอดทั้งสัญญาใช้สินเปลื้องที่ความผูกพันเกิดต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน (Re contract) แต่เมื่อพิจารณาจากหลักของการทำ Stipulatio ข้างต้นแล้วคำมั่นจะให้ยืมย่อมมีผลบังคับได้ตามหลักของ Stipulatio ซึ่งความผูกพันของผู้ให้คำมั่นจะให้ยืมจะสมบูรณ์ในรูปแบบของสัญญาด้วยวาจา มิใช่ทรัพย์สินหรือสัญญาทางทรัพย์สิน (Re contract) แต่อย่างใดไม่

#### 2.2.2.4 หนี้ตามสัญญาใช้สินเปลื้อง

เมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมหนี้ที่เกิดขึ้นคือ การคืนทรัพย์สินชนิด ประเภท และปริมาณ เดียวกับที่ได้ยืมไป ซึ่งหนี้ในสัญญาใช้สินเปลื้องนี้เป็นที่เห็นได้ว่าเมื่อสัญญาใช้สินเปลื้องเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) หนี้หรือหน้าที่ผูกพันแก่ผู้ยืมเท่านั้น โดยเหตุที่ได้รับมอบทรัพย์สินมาแล้วจึงต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ให้ยืม

หนี้ในสัญญาใช้สินเปลื้องเป็นหนี้ทรัพย์สิน (Real debt) อันเป็นภาระผูกพันที่แท้จริง คือ ภาระผูกพันเกิดจากการที่ผู้ยืมลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินมาจึงมีพันธะจากการได้รับสิ่งของทรัพย์สิน หรือเงินจากผู้ให้ยืมซึ่งเป็นเจ้าหนี้ เมื่อผู้ยืมได้รับทรัพย์สินดังกล่าวจึงต้องมีพันธะต้องคืนให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งก็คือ ผู้ให้ยืมหรือเจ้าหนี้ทรัพย์สินดังกล่าว

<sup>31</sup> ริวากร ยอดชาญ. เล่มเดิม. หน้า 7.

<sup>32</sup> R.W. Lee. Op.cit. p. 297.

ในการคืนทรัพย์สินผู้ยืมมีหนี้อันต้องชำระคือการคืนทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่คืนนั้นต้องมีใช้ทรัพย์สินอันเดิมที่ผู้ยืมได้รับมา แต่ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นชนิด ปริมาณ และคุณภาพเดียวกันกับผู้ยืมได้รับ<sup>33</sup> เพราะเหตุว่า การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาใช้สินเปลื้องนั้นเป็นการส่งมอบโดยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม ผู้ยืมจึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นประกอบทั้งการยืมใช้สินเปลื้องเป็นการใช้ในลักษณะ โภคยทรัพย์สิน โดยการให้ทรัพย์สินให้คืนไป

สำหรับกรณีค้ำประกันจะให้ยืมตามสัญญาใช้สินเปลื้อง เมื่อความสมบูรณ์ของสัญญาใช้สินเปลื้องต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาแก่ผู้ยืม ดังนั้นเมื่อไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินสัญญาใช้สินเปลื้องจึงยังไม่เกิด หนี้ตามค้ำประกันจะให้ยืมที่เกิดจากสัญญาใช้สินเปลื้องจึงไม่มี เว้นแต่ว่าค้ำประกันจะให้ยืมเกิดจากการทำ Stipulatio และในกรณีที่ได้มีการทำ Stipulatio ในเรื่องค้ำประกันจะให้ยืมหนี้ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้ค้ำประกันที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินก็จะเป็นการชำระหนี้อันเกิดจากการทำ Stipulatio และในเหตุผลของหนี้เช่นเดียวกันนี้การคืนทรัพย์สินในค้ำประกันจะให้ยืมก็ย่อมจะเกิดจากการทำ Stipulatio เช่นเดียวกันหาใช่หนี้ตามสัญญาใช้สินเปลื้องแต่เป็นการชำระหนี้ในหนี้ที่เกิดขึ้นจาก Stipulatio

#### 2.2.2.5 วัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลื้อง

กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (Res) ในกฎหมายโรมัน คือ กฎหมายที่ว่าด้วยการก่อให้เกิด โอน และใช้สอยทรัพย์สินในทางเศรษฐกิจ (Economic assets)<sup>34</sup> ตามตำรากฎหมายเบื้องต้นของจักรพรรดิจัสติเนียน (Institutiones) ได้มีการแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเภท<sup>35</sup> กล่าวคือ

1) Res movable (สังหาริมทรัพย์) และ Res immovable (อสังหาริมทรัพย์) การแบ่งในลักษณะนี้ได้พิจารณาลักษณะของการยึดติดของทรัพย์สินกับที่ดิน ซึ่งมีลักษณะที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้<sup>36</sup> หากไม่สามารถแยกออกจากที่ดินได้จะเป็นอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นแล้วหากทรัพย์สินไม่มีลักษณะยึดติดกับที่ดินอันจะสามารถแยกออกจากที่ดินหรือสามารถเคลื่อนย้ายได้จึงเป็นสังหาริมทรัพย์

การแบ่งทรัพย์สินเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์นี้พิจารณาจากการยึดติดอยู่กับที่ดินหรือหลักความสามารถในการเคลื่อนย้ายโดย Accarias นักนิติศาสตร์โรมันเป็นผู้ที่กล่าวในประเด็นนี้ ซึ่งได้ให้เหตุผลว่า การจัดทรัพย์สินที่ขนเคลื่อนที่ได้โดยตนเอง เช่น ทาสและสัตว์ และทรัพย์สินซึ่งโดยธรรมชาติอยู่กับที่ แต่สามารถเคลื่อนย้ายไปได้โดยแรงหรือกำลังภายนอก

<sup>33</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 167.

<sup>34</sup> ประชุม โฉมฉาย ข เล่มเดิม. หน้า 270.

<sup>35</sup> Barry Nicholas a Op.cit. p. 105.

<sup>36</sup> Ibid.

(เช่น โฉนดหรือหนังสือ) นอกจากนี้ Robaye นักนิติศาสตร์โรมันอีกท่าน ท่านได้เห็นว่าสังหาริมทรัพย์ นั้นคือ ทรัพย์อันอาจขนเคลื่อนย้ายได้ด้วยตนเองหรือขนเคลื่อนย้ายไปได้โดยไม่เสียหาย

ส่วนอสังหาริมทรัพย์ ก็คือ ที่ดินและสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับที่ดิน เช่น พืชซึ่งติดตรงตรา อยู่กับที่ดิน และสิ่งปลูกสร้างที่มนุษย์ก่อขึ้นเหนือที่ดินและไม่อาจขนย้ายไปได้<sup>37</sup>

2) *Res Mancipi* (ทรัพย์ที่ส่งมอบยาก) และ *Res nec Mancipi* (ทรัพย์ที่ส่งมอบไม่ยาก) การแบ่งทรัพย์ในแบบที่สองนี้ได้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากว่าในกฎหมายโรมันการ แบ่งทรัพย์ในลักษณะดังกล่าวทำให้มีการพิจารณาว่าเฉพาะแต่ *Res Mancipi* เท่านั้นที่จะส่งมอบ ให้กันตลอดทั้งสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นให้กันได้<sup>38</sup>

*Res Mancipi* หรือที่เรียกว่าทรัพย์ที่ส่งมอบได้ยากเนื่องจากว่าทรัพย์ที่จะส่งมอบได้นั้นจะต้องมีการโอนกันโดยอาศัยพิธีกรรมพิเศษ เพราะเป็นทรัพย์ที่สำคัญทางเศรษฐกิจ การส่งมอบจึงต้องมีพิธีพิเศษเพื่อห้ามหาชนทราบว่าเปลี่ยนผู้มึกรรมสิทธิ์แล้ว และทรัพย์เหล่านี้ ประกอบด้วย ทาส สัตว์พาหนะ และสัตว์เลี้ยงสำคัญ 4 อย่าง (วัว ม้า ลา และถ่อ) ที่ดินในโรมและ ภาระจำยอมเหนือที่ดินนั้น สัตว์ที่เป็นประโยชน์อื่น เช่น ช้าง และ อูฐ

*Res nec Mancipi* หรือที่เรียกว่าทรัพย์ที่ส่งมอบแก่กันได้โดยไม่ต้องมีพิธี ยุ่งยาก กล่าวคือ การยื่นให้ หรือหยิบยื่นส่งให้ (*tradition*)<sup>39</sup>

ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลือง (*Mutuum*) นั้น ได้มีลักษณะ ที่พิเศษต่างจากสัญญาใช้คงรูป สัญญาฝากทรัพย์ และสัญญาจำนำ ในเรื่องของการ โอน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นให้กับผู้ยืมไปด้วย จึงทำให้ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลือง มีความสำคัญในเรื่องของแบบพิธีการเหมือนกับถ้อยคำที่ปรากฏใน *Stipulatio* (อันเป็นสัญญา โดยวาจา) หรือ ตัวหนังสือในสัญญา *Litteris* (ลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือ) ซึ่งเป็นสัญญา เครื่องครัดตามแบบที่กฎหมายกำหนด (*Formal*) เช่นนี้จึงทำให้ท่าน *Accarias* เห็นว่า สัญญาใช้สิน เปลือง (*Mutuum*) มีลักษณะที่ค่อนข้างฝืนธรรมชาติเหมือนสัญญา *Verbis* และ *Litteris* อันยึดอยู่กับรูปแบบเป็นหลัก<sup>40</sup>

<sup>37</sup> ประชุม โฉมฉาย ค (2553). *วิวัฒนาการกฎหมายโรมัน*. หน้า 212-213.

<sup>38</sup> แหล่งเดิม.

<sup>39</sup> แหล่งเดิม.

<sup>40</sup> แหล่งเดิม.

วิธีการส่งมอบสามารถกระทำได้โดย<sup>41</sup>

1) Mancipatio การส่งมอบในวิธีนี้สามารถกระทำได้โดย คู่สัญญาต้องกระทำ ต่อหน้าสาธารณชนตามกรรมวิธี ในอดีตการส่งมอบแบบนี้จะใช้กับสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ต่อมาได้ มีนำมาใช้กับทรัพย์ที่ส่งมอบยากและเป็นทรัพย์ที่สำคัญทางเศรษฐกิจ และผลทางกฎหมายของการ โอนในแบบนี้ถือว่าเกิดขึ้นเพราะการเปล่งถ้อยคำให้ครบถ้วนตามสัญญา Verbis มิใช่ เกิดจากเจตนา แต่เพียงอย่างเดียว

2) In iure cession การส่งมอบในแบบนี้สามารถกระทำได้โดย คู่สัญญาต้อง ส่งมอบและรับมอบทรัพย์ต่อหน้า Praetor ผู้รับมอบทรัพย์จับทรัพย์ที่จะส่งมอบกันแล้วประกาศ กรรมสิทธิ์ ผลทางกฎหมายของการส่งมอบดังกล่าวนี้ถือว่าเกิดขึ้น โดยการเปล่งถ้อยคำวาจาตาม สัญญา Verbis คล้ายกับการส่งมอบแบบ Mancipatio

3) Traditio การส่งมอบในรูปแบบนี้ทรัพย์ที่จะส่งมอบต้องเป็นทรัพย์แบบ ส่งมอบได้ไม่ยาก (Res nec mancipi) โดยผู้ส่งมอบต้องมีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ และผู้รับมอบต้องมี เจตนาในการรับโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีความสามารถในการโอนและการรับโอน<sup>42</sup>

3) Res corporales (ทรัพย์มีรูปร่าง) และ Res incorporales (ทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง) ทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างนี้ได้แก่ สิ่งที่ต้องไม่ได้ อาทิเช่น สิทธิต่างๆ หนี้ และการระจำยอม<sup>43</sup>

เมื่อได้พิจารณาถึงการแบ่งทรัพย์ตามกฎหมายโรมันแล้วเห็นว่าลักษณะของ สัญญาซื้อขายสินเปลืองอันวัตถุแห่งสัญญานั้นจะต้องเป็นการส่งมอบทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Res corporales) และต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ตลอดทั้งทรัพย์นั้นต้องมีลักษณะใช้แทนกันได้ (Res fungibiles) ซึ่งทรัพย์นั้นอาจจะเป็เงิน หรือ สังหาริมทรัพย์อันใช้แทนกันโดยชนิด ปริมาณ คุณภาพเดียวกับที่ขี้มมา ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสินเปลืองนี้เป็นการพิจารณา ตามหลักการเสื่อมสลายหรือสินเปลืองหมดไปเพราะการใช้<sup>44</sup>

### 2.2.2.6 หน้าที่ของผู้ขี้ม

ผู้ขี้มมีหน้าที่ต้องส่งมอบคืนทรัพย์ชนิดเดียวกับที่ขี้มมาและกรณีของการขี้มเงิน ผู้ขี้มไม่จำเป็นต้องคืนเหรียญหรือธนบัตรที่ได้รับมาเพียงแต่ต้องคืนเป็นจำนวนเท่ากับที่ขี้มมาเท่านั้น และในกรณีของความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์ที่ขี้มนั้นเห็นว่าสัญญาซื้อขายสินเปลือง เป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นได้โอนจากผู้ให้ขี้มมายังผู้ขี้ม ผู้ขี้มจึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์

<sup>41</sup> ประชุม โฉมฉาย ก เล่มเดิม. หน้า 82-83.

<sup>42</sup> แหล่งเดิม.

<sup>43</sup> แหล่งเดิม.

<sup>44</sup> แหล่งเดิม.

ในทรัพย์สินและความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินจึงตกอยู่กับผู้ยืมเอง เช่นนี้หน้าที่ในการระงับรักษาทรัพย์สินจึงมีใช้หน้าที่ของผู้ยืมต่อผู้ให้ยืม นอกจากนี้หากได้มีการทำ *Stipulatio* เพื่อให้เรียกดอกเบี้ยผู้ยืมต้องชำระดอกเบี้ยดังกล่าวด้วย ซึ่งอัตราดอกเบี้ยนั้นได้มีการกำหนดไว้ตั้งแต่สมัยในกฎหมายสิบสองโต๊ะกฎหมายยอมให้คิด 12% ในปี 345 ก่อนคริสตศักราชกฎหมายยอมลดเหลือเพียง 6% จนกระทั่งในปี 340 ก่อนคริสตศักราชกฎหมาย *Lex Genucia* ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยดังกล่าว ซึ่งต่อมาสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนทรงยอมให้คิดดอกเบี้ยได้แต่ไม่เกิน 2 เท่าของเงินต้น<sup>45</sup>

### 2.2.2.7 ดอกเบี้ย

เนื่องจากสัญญาผู้ยืมใช้สิ่งเปลืองเป็นสัญญาที่อาจมีค่าตอบแทนกันได้ดังที่เห็นจากสัญญาผู้ยืมเงินที่สัญญาในสัญญาผู้ยืมเงินมีการตกลงให้มีการจ่ายดอกเบี้ยกันไว้ แต่การเรียกดอกเบี้ยตามสัญญาผู้ยืมใช้สิ่งเปลืองมิได้เกิดจากสัญญาผู้ยืมใช้สิ่งเปลืองโดยตรงแต่เกิดจากที่ผู้สัญญาได้มีทำ *Stipulatio* ในเรื่องดอกเบี้ยกันอีกต่างหากจึงทำให้ฝ่ายผู้ยืมเป็นผู้มีหน้าที่ผูกพันตนเองในการจ่ายต้นเงินและดอกเบี้ยนั้นให้แก่ฝ่ายผู้ให้ยืม<sup>46</sup>

อัตราดอกเบี้ยตามกฎหมายโรมันในสมัยบังคับใช้กฎหมายสิบสองโต๊ะได้กำหนดให้สามารถเรียกเก็บได้ 12% ของต้นเงินหรืออัตราสูงสุดร้อยละ 8.33 ต่อเดือน ต่อมาได้มีการออกกฎหมาย *Lex Genucia* ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยดังกล่าว ต่อมาในสมัยซีเซโรได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยให้เรียกเก็บได้ในอัตราสูงสุดไม่เกิน 1% ต่อเดือนหรือ 12% ต่อปี อัตราดอกเบี้ยนี้ได้มีการใช้มาจนกระทั่งถึงสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนที่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้หลายอัตราโดยขึ้นอยู่กับกรณีไป<sup>47</sup> คือ หากเป็นการกู้ยืมเพื่อการเดินเรือเรียกได้ร้อยละ 12 การกู้ยืมในกรณีนี้ผู้ให้ยืมจะได้รับเงินคืนต่อเมื่อเรือได้เดินทางไปถึงจุดหมายปลายทางอย่างปลอดภัย การกู้ยืมระหว่างเอกชนเรียกได้ร้อยละ 6 การกู้ยืมเพื่อดำเนินธุรกิจเรียกได้ร้อยละ 8 และการกู้ยืมเพื่อการเกษตรกรรมเรียกได้ร้อยละ 4<sup>48</sup> แต่สำหรับดอกเบี้ยทบต้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการอนุญาตให้เรียกเก็บได้แต่อย่างใด<sup>49</sup>

### 2.2.2.8 การฟ้องคดีของสัญญาผู้ยืมใช้สิ่งเปลือง

ผู้ให้ยืมย่อมสามารถฟ้องคดีเพื่อบังคับให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนแก่ตนได้ โดยหากเป็นสัญญาผู้ยืมเงินรูปคดีที่ใช้คือ *Action certae pecuniae creditae* และหากเป็นการให้ยืมทรัพย์สิน (Res) จะใช้รูปคดี คือ *Condictio triticaria* นอกจากนี้ การเรียกให้ผู้ยืมชำระหนี้เงินยังมีรูปแบบพิเศษ

<sup>45</sup> Curzon, L.B. Op.cit. pp. 139-140.

<sup>46</sup> R.W. Lee. Op.cit. p. 291.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Curzon L.B. Op.cit. pp.140.

<sup>49</sup> R.W. Lee. Op.cit. p. 291.

ผู้ให้ยืมสามารถทำให้ผู้ยืมเล่นการพนันโดยให้เล่นเดิมพันเป็นเงิน หนึ่งในสามของจำนวนเงินที่ฟ้องร้อง หากศาลตัดสินให้ผู้ให้ยืมชนะจำเลยต้องชำระเงินต้นกับอีก หนึ่งในสามของเงินต้น และในทางกลับกันหากผู้ให้ยืมแพ้ก็ต้องเสียเงินให้กับผู้ยืมเท่ากับหนึ่งในสามของเงินกู้<sup>50</sup>



---

<sup>50</sup> Curzon L.B. Op.cit. pp.140-141.

## บทที่ 3

### สัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องของต่างประเทศ

เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นเพื่อศึกษาสัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้อง ผู้เขียนจึงมุ่งพิจารณาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งจะศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น

#### 3.1 สัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องของประเทศเยอรมนี

##### 3.1.1 สัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีถือได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายของประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าได้ยกร่างโดยใช้กฎหมายโรมันเป็นพื้นฐาน คือ ในอดีตนั้นได้อยู่ภายใต้การปกครองของอาณาจักรโรมันช่วงที่อยู่ภายใต้การปกครองได้ใช้กฎหมายโรมันบังคับ จนกระทั่งอาณาจักรโรมันได้ล่มสลายอิทธิพลของกฎหมายโรมันจึงได้หมดไป และได้กลับมาใช้จารีตประเพณี (Custom) และประเพณี (Tradition) แทน อย่างไรก็ตามการใช้จารีตประเพณีเป็นการใช้ตามแต่ละท้องถิ่นแยกออกจากกันตามแต่ละรัฐ ทำให้การใช้กฎหมายในช่วงนั้นมีได้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การใช้จารีตประเพณีเริ่มหมดไปในช่วงยุคกลางเพราะเหตุว่าจารีตประเพณีขาดความเป็นกฎหมายร่วมกันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง ระบบศาล ความอ่อนแอทางการเมืองทำให้กฎหมายโรมันได้เริ่มเข้ามามีบทบาทอีกครั้งและได้พยายามที่จะจัดทำกฎหมายโดยใช้ภาษาเยอรมันบังคับแก่รัฐต่างๆ ที่อยู่ภายใต้อาณาจักรเยอรมัน ความพยายามในครั้งนี้เห็นได้จากการทำประมวลกฎหมายของบาวาเรีย Codex Maximilianeus Bavaricus civilis ในปี ค.ศ. 1756 และกฎหมายรัสเซีย (Preussisches allgemeines landrecht หรืออาจเรียกว่า ALR) ในปี ค.ศ. 1794 การเคลื่อนไหวทางด้านประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมันมีผลชัดเจนและก่อให้เกิดการคิดที่จะจัดทำประมวลกฎหมาย เมื่อเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมในฝรั่งเศสซึ่งเป็นผลให้ประเทศฝรั่งเศสเองได้มีการทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นเป็นครั้งแรก ทำให้ประชาชนชาวเยอรมันมีความตื่นตัวที่จะทำประมวลกฎหมาย อย่างไรก็ตามการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนีได้มี

ฝ่ายคัดค้านในแง่ที่ว่าหากจะจัดทำประมวลกฎหมายควรเกิดจากเจตนาของประชาชนในชาติ เป็นความคิดของฝ่ายสำนักประวัติศาสตร์ การคัดค้านครั้งนี้ทำให้มิได้มีการจัดประมวลกฎหมาย ในทันที การจัดทำประมวลกฎหมายจึงได้ล่าช้ากว่าประเทศฝรั่งเศสเกือบศตวรรษ การจัดทำที่ช้ากว่า จึงทำให้ได้กฎหมายที่สมบูรณ์แบบอย่างในประเทศต่างๆ อีกหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทย

### 3.1.2 สัญญาเช่าและสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900

สัญญาเช่าและสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงได้ประกาศใช้ครั้งแรกตามประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ. 1900 โดยสัญญาเช่านั้นได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 598 ถึง มาตรา 610 มาตรา 598 ถึง มาตรา 606 เป็นสัญญาเช่าว่าด้วยสัญญาเช่าใช้คงรูป (Loan for use) และ มาตรา 607 ถึง มาตรา 610 เป็นสัญญาเช่าว่าด้วยสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง (Loan for consumption) โดยลักษณะของสัญญาเช่าได้มี สาระสำคัญดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 3.1.2.1 ลักษณะของสัญญาเช่า

##### 1) ความหมายของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าตามกฎหมายนี้มีได้กำหนดความหมายไว้โดยเฉพาะ คงกล่าวเพียง ลักษณะของสัญญาเช่าที่ได้แยกเป็นประเภทไว้ คือ ในสัญญาเช่าได้มีการแบ่งสัญญาเช่าออกเป็น สัญญาเช่าใช้คงรูป (Loan of Use) ตาม มาตรา 598<sup>1</sup> และสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง (Loan for consumption) ตาม มาตรา 607<sup>2</sup> ซึ่งใน มาตรา 598 และ มาตรา 607 นี้ได้กล่าวถึงสาระสำคัญของ แต่ละสัญญาว่ามีลักษณะอย่างไรเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนของสัญญาเช่าไว้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของแต่ละสัญญาแล้วเห็นได้ว่าสัญญาเช่า คือ สัญญาที่ ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรืออย่างน้อยต้องเป็นบุคคลมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่ให้เช่า โดย ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่า เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น และผู้เช่าต้อง คืนทรัพย์สินที่เช่านี้ให้แก่ผู้ให้เช่า โดยการคืนทรัพย์สินเป็นข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างสัญญาเช่าใช้ คงรูปและสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงด้วย

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 598 บัญญัติว่า

“By a contract of loan for use the lender of thing is bound to permit the borrower to use the thing gratuitously.”

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 607 บัญญัติว่า

“A person who has received money or other fungible things as a loan is bound to return to the lender what he has received in things of the same kind, quality and quantity.”



## 2) สัญญาเืมเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

สัญญาเืมตาม มาตรา 598 และ มาตรา 607 วรรคแรก ต่างก็ได้ถือตามหลักทรัพย์สัญญาหรือสัญญาทางทรัพย์ (Re contract) อันเป็นหลักที่ได้ใช้มาตั้งแต่สมัยโรมันและประเทศเยอรมนีได้รับหลักการดังกล่าวมาจนกระทั่งได้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย<sup>3</sup> และเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งจึงวางหลักดังกล่าวไว้ใน มาตรา 598 วางหลักว่า สัญญาเืมใช้คงรูปผูกพันเมื่อผู้ให้เืมได้ให้ผู้เืมใช้ทรัพย์สินนั้น โดยไม่มีค่าตอบแทน และสัญญาเืมใช้สิ้นเปลืองตาม มาตรา 607 วรรคแรก วางหลักว่า บุคคลที่ได้รับเงินหรือทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปตามสัญญาเืม บุคคลนั้นต้องผูกพันต่อผู้ให้เืมที่ต้องคืนเงินหรือทรัพย์สินในชนิด ประเภท และปริมาณเดียวกับที่ได้เืมคืนต่อผู้ให้เืม สรุปได้ว่าความสมบูรณ์ของสัญญาเืมเกิดขึ้นจากการส่งมอบ เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เืม และเมื่อผู้เืมได้รับมอบทรัพย์สินนั้นไว้จึงเกิดความผูกพันแก่ผู้เืมที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนให้แก่ผู้ให้เืม เช่นนี้จึงถือได้ว่าสัญญาเืมเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาต่อเมื่อมีการส่งมอบแต่ต้องพิจารณาตามทฤษฎีของสัญญาลอยทางทรัพย์โดยเหตุว่าเป็นทฤษฎีที่ก่อให้เกิดผลภายหลังในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน อีกทั้งสัญญาเืมนี้แม้ความสมบูรณ์ของสัญญาจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินตามหลักของสัญญาทางทรัพย์ (Re contract) เช่นเดียวกับหลักพื้นฐานในกฎหมายโรมัน แต่เป็นที่น่าพิจารณาว่าในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มีการพัฒนาหลักทฤษฎีสัญญาทางหนี้ สัญญาทางทรัพย์ และสัญญาลอยทางทรัพย์แยกออกจากกันประกอบขึ้นมาเพื่ออธิบายถึงผลของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินว่าสมบูรณ์หรือไม่ เนื่องจากสัญญาทางหนี้คือสัญญาซึ่งก่อความผูกพันทางหนี้แก่คู่สัญญาเท่านั้นถือว่าเป็นมูลของสัญญานั้น สัญญาทางทรัพย์คือสัญญาซึ่งคู่สัญญาตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว คือ คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนี้เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นคู่สัญญา การแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ทำให้เกิดผลว่าแม้ว่ามูลของสัญญาไม่สมบูรณ์แต่หากได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทางทรัพย์โดยการส่งมอบแล้วหาทำให้การส่งมอบนี้เสียไป เพราะสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ได้แยกต่างหากจากกัน จึงเป็นที่มาของหลักสัญญาลอยทางทรัพย์ อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีการยอมรับเรื่องสัญญาลอยทางทรัพย์ เห็นได้ว่าในอดีตได้มีการถือนิติกรรมจะสมบูรณ์ได้จะต้องประกอบด้วยนิติกรรมที่สมบูรณ์และการส่งมอบ (Titulus et modus acquirendi) คือประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซียซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1794 ม. 4 ff.I9.I10 และตามประมวลกฎหมายแพ่งแห่งออสเตรีย ค.ศ. 1811 มาตรา 380 และ มาตรา 493 โดยความสมบูรณ์ในอดีตจะต้องประกอบด้วย

<sup>3</sup> สุธีร์ ศุภนิธย์ ก (2530). สัญญาเืมและฝากทรัพย์ การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและญี่ปุ่น. หน้า 10.

นิติกรรมที่สมบูรณ์ (Titulus) คือ นิติกรรมที่ก่อให้เกิดการโอนทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาให้ เป็นต้นนั้นจะต้องเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ และประการที่สอง ต้องมีการส่งมอบ (Modus) กล่าวคือต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการส่งมอบทรัพย์สิน (Traditio) กันจริงๆ หรือได้มีการกระทำอื่นใดที่ถือกันได้ว่ามีการส่งมอบกันแล้ว

สัญญาซื้อขายทางทรัพย์สิน Savigny เป็นผู้ซึ่งริเริ่มคิดค้นเพราะเหตุว่า สัญญาซื้อขายที่จะต้องมี การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือสัญญาอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แท้จริงแล้วหาเป็นเพราะการปฏิบัติเพียงเพื่อให้สัญญาสำเร็จไม่ แต่การส่งมอบทำให้เกิดสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

สำหรับการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายโดยเฉพาะในสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนได้มีลักษณะของสัญญาทางทรัพย์สินอยู่ด้วย หากการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนได้ไม่สมบูรณ์ไม่ว่าด้วยเหตุประการใด อาทิ ความบกพร่องของคู่สัญญา หากทำให้การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเสียไปไม่ แต่ถือว่าการโอนมีผลสมบูรณ์ตามสัญญาทางทรัพย์สินแล้ว ผลของการโอนทรัพย์สินไปโดยมูลสัญญาแม้จะบกพร่องก็หาทำให้การโอนที่ไม่มีผลนี้ จะทำให้ผู้โอนต้องสูญเสียทรัพย์สินไป แต่ปรากฏว่าผู้โอนสามารถมีทางแก้ในการเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้รับโอน ได้โดยอาศัยหลักกฎหมายได้เป็นสิทธิเรียกร้องทางหนี้ มิได้ใช้สิทธิเรียกร้องทางทรัพย์สินอันจะใช้หลักกรรมสิทธิ์ เนื่องจากนับตั้งแต่ผู้โอนได้ส่งมอบทรัพย์สินถือได้ว่าได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปแล้วผู้โอนจึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป ทำให้ผู้โอนมีอาจใช้สิทธิเรียกร้องทางทรัพย์สินโดยหลักกรรมสิทธิ์ได้ แต่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องทางหนี้โดยอ้างว่าการได้ทรัพย์สินดังกล่าวของผู้รับโอนได้มาโดยปราศจากมูลเหตุตามกฎหมาย จึงต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้โอนอันเป็นการใช้สิทธิในเรื่องกฎหมายตามสิทธิเรียกร้องในทางหนี้<sup>4</sup>

ผลของการพิจารณาในเรื่องสัญญาซื้อขายทรัพย์สินต่อสัญญาซื้อขายเห็นว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในเงินจำนวนดังกล่าวจึงเป็นของผู้โอน ผู้โอนยังคงมีสิทธิในทางทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ในการติดตามคืนได้ แต่ผลหาเป็นเช่นนี้ไม่ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน เนื่องจากสัญญาซื้อขายทางทรัพย์สินนี้แม้ว่ามูลแห่งนิติกรรมหรือสัญญาจะไม่มีผล หรือมีผลแต่ไม่อาจบังคับได้ เมื่อพิจารณาจากหลักสัญญาทางทรัพย์สินอันได้มีการตกลงในการโอนทรัพย์สิน การโอนย่อมเป็นผลให้ผู้รับโอน

<sup>4</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2532, มิถุนายน). “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน.” วารสารนิติศาสตร์, 19, 2. หน้า 78-88.

เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เพียงแต่ว่าเพื่อความยุติธรรมแก่คู่กรณีจึงได้มีทางแก้ไขในทางกฎหมาย โดยการใช้สิทธิเรียกร้องทางหนี้เป็นการใช้หลักลาภมิควรได้มาแก้ไข จึงทำให้ตามกรณีนี้ เมื่อผู้โอนเงินนั้นสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมแล้ว ผู้รับโอนจึงได้รับเงิน โดยปราศมูล อันจะอ้างได้ตามกฎหมายจึงต้องคืนเงินดังกล่าวตามหลักลาภมิได้แก่ผู้โอน

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ การส่งมอบทำให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การส่งมอบอาจกระทำโดยการส่งมอบโดยตรงและปริยายก็ได้สุดแต่จะทำให้ผู้ซื้อได้ครอบครองทรัพย์สิน ดังที่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของประเทศเยอรมนี

### 3) สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract)

สัญญาซื้อขายเป็นหลักการพื้นฐานมาตั้งแต่สมัยโรมันและเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งต่างก็เห็นว่าสัญญาซื้อขายยังคงมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว คือ ตาม มาตรา 598 และ มาตรา 607 หน้าที่หรือหนี้อันเกิดจากสัญญาซื้อขายจะมีแต่ฝ่ายผู้ซื้อเท่านั้น ผู้ซื้อต้องผูกพันในการคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ซื้อ ผู้ให้ซื้อมิได้มีหนี้หรือหน้าที่แต่อย่างใด

ลักษณะของสัญญาซื้อขายอาจเป็นได้ทั้งสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนเห็นได้จากสัญญาซื้อขายรูปที่จะต้องใช้ผู้ซื้อใช้ทรัพย์สินนั้นได้เปล่า แต่สำหรับสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องอาจเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ คือสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องได้มีบทบัญญัติเรื่องดอกเบี้ยซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ให้ซื้อที่จะได้รับดอกเบี้ย การที่ผู้ให้ซื้อได้รับดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องมิได้เป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน อันต่างจากสัญญาซื้อขายรูปที่ตามลักษณะของสัญญาต้องเป็นการให้ผู้ซื้อได้ใช้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเปล่าหรือต้องไม่มีค่าตอบแทน หากมีค่าตอบแทนอาจทำให้ลักษณะตามสัญญากลายเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน

#### 3.1.2.2 สัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้อง

##### 1) ลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้อง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 สัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องได้กำหนดไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ โดยได้วางหลักเกณฑ์ทั้งในส่วนที่ว่าด้วยหนี้ทั่วไป อาทิ วัตถุประสงค์แห่งหนี้ การชำระหนี้ การเลิกสัญญา เป็นต้น ตลอดจนยังได้กำหนดเอกเทศสัญญาต่างๆ อาทิ สัญญาซื้อขายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ และยืม ไว้ในบรรพ 2 สำหรับสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องได้กำหนดไว้ตั้งแต่ มาตรา 607 ถึง มาตรา 610 แต่สัญญาซื้อขายยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา อาทิ ความยินยอมของคู่สัญญา คู่สัญญาต้องมีความสามารถในการเข้าทำสัญญาตลอดทั้งวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องชอบด้วยกฎหมาย

## 2) ความหมายของสัญญาใช้เงินเปลือง

สัญญาใช้เงินเปลืองตามกฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดความหมายไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 607 สาระสำคัญของสัญญาใช้เงินเปลือง เป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ยืม อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ยืม โดยผู้ให้ยืมนี้ได้ส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ยืม<sup>5</sup>

## 3) การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาใช้เงินเปลือง

ความผูกพันของสัญญาใช้เงินเปลืองมีสาระสำคัญเหมือนกับกฎหมายโรมันจัดอยู่ในกลุ่มของทรัพย์สินสัญญา คือ สัญญาใช้เงินจะเกิดเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน หากตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบสัญญาใช้เงินย่อมไม่เกิด การส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมจากองค์ประกอบของสัญญาทั่วไป

อย่างไรก็ตามความผูกพันของคู่สัญญาในสัญญาใช้เงินเปลืองตามกฎหมายแพ่งนี้ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคู่สัญญาในสัญญาใช้เงินเปลืองอาจต้องตกอยู่ในความผูกพันก่อนจะเกิดสัญญาใช้เงินเปลืองอย่างสมบูรณ์ได้ปรากฏในรูปแบบของคำมั่นจะให้ยืม ตามมาตรา 610<sup>6</sup> ดังนั้นแล้วแม้ว่าสัญญาใช้เงินเปลืองจะยังมีได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ คือ อาจยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืม แต่ความผูกพันของคู่สัญญาหากได้มีการทำคำมั่นจะให้ยืมกันย่อมที่จะผูกพันคู่สัญญาได้

สัญญาใช้เงินเปลืองตาม มาตรา 607 วรรค 2<sup>7</sup> กล่าวถึงความผูกพันของคู่สัญญาว่าการผูกพันตามสัญญาใช้เงินเปลืองแม้จะมีได้ส่งมอบทรัพย์สินกันตามความเป็นจริง แต่หากว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นหนี้เงินหรือสิ่งของใดต่อบุคคลใดแล้ว แม้ว่าจะมีได้เกิดจากสัญญาใช้เงินแต่บุคคลดังกล่าวอาจตกลงกับเจ้าหนี้ให้ผูกพันกันตามสัญญาใช้เงินนี้ได้ ดังนั้น ความผูกพันของคู่สัญญาตามสัญญาใช้เงินเปลืองเห็นได้ว่า ย่อมเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินหรือการที่ผู้ยืมนั้นอาจได้รับมาแล้วโดยปริยายจากมูลหนี้อื่นที่มีไว้จากสัญญาใช้เงินเปลือง อาทิ กรณีการฝากทรัพย์สิน

<sup>5</sup> Ernest J. Schuster. (1907). *The Principles of German Law*. p. 254.

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 610 บัญญัติว่า

“A person who promises to make a loan, in the case of doubt, revoke the promise if a serious change for the worse in the financial circumstances of the other party comes about whereby the claim for repayment is endangered.”

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 607 วรรค 2 บัญญัติว่า

“A person who owes money or other fungible things for any other reason may agree with the creditor that the money or the things shall be owed as a loan.”

เมื่อผู้ฝากได้ส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้รับฝากทรัพย์สิน ผู้รับฝากทรัพย์สินอาจตกลงกับผู้ฝากทรัพย์สินว่าให้ผู้ฝากพันกันตามสัญญาใช้สินเปลือง<sup>8</sup> เมื่อมีการตกลงกันสิทธิและหน้าที่จึงต้องบังคับตามสัญญาใช้สินเปลือง หากใช้ตามสัญญาฝากทรัพย์สินไม่ การตกลงเปลี่ยนความผูกพันจากมูลหนี้อื่นมาผูกพันกันตามสัญญาใช้สินเปลืองตาม มาตรา 607 วรรค 2 ได้กำหนดให้ตกลงกับเจ้าหนี้ อาทิ ผู้ขายกาแฟ ได้ตกลงขายกาแฟจำนวน 100 กิโลกรัม และผู้ขายได้รับเงินจากผู้ซื้อแล้ว โดยมีการตกลงกับผู้ซื้อว่าให้เลื่อนการส่งมอบกาแฟออกไป กรณีดังกล่าวถือว่าผู้ขายเป็นหนี้เท่ากับจำนวนกาแฟ 100 กิโลกรัม ต่อผู้ซื้อเสมือนหนึ่งว่า ผู้ซื้อให้ยืม หรือในทางกลับกันหากได้มีการส่งมอบกาแฟ และคู่สัญญาได้ตกลงว่าให้เลื่อนการชำระราคาออกไป ผู้ซื้อจะเป็นหนี้เท่ากับจำนวนที่จะต้องชำระเสมือนว่าผู้ขายให้ผู้ซื้อยืม ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่ต้องระบุดังความยินยอมของเจ้าหนี้ไว้เนื่องจากการผูกพันตามมูลหนี้อื่นนั้นก็ย่อมจะมีบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเอกเทศสัญญารองรับไว้ นอกจากนี้จะเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อและมีได้ระบุไว้ในประมวลกฎหมาย อย่างไรก็ตามแม้มูลหนี้เหล่านั้นจะไม่มีกฎหมายรองรับไว้เป็นพิเศษแต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักสัญญาทั่วไป ซึ่งแต่ละมูลหนี้หากเป็นเรื่องที่มีกฎหมายรองรับย่อมจะมีหลักเกณฑ์ สิทธิหน้าที่ไว้โดยเฉพาะ เมื่อเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ย่อมจะพิจารณาได้ว่าความผูกพันตามมูลหนี้ไหนที่สิทธิของตนดีกว่ากัน

#### 4) ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลือง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 607 วรรคแรกวางหลักให้มีการส่งมอบเงิน (Money) หรือทรัพย์สินที่เปลี่ยนไป (Fungible things) ก็ได้ ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองจะต้องมีใช้ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (Specific things) เนื่องจากการยืมในสัญญาใช้สินเปลืองทรัพย์สินนั้นเพียงคู่สัญญาได้เจตนายืมทรัพย์สินและตั้งใจที่จะคืนทรัพย์สินดังกล่าวเพียงเป็นประเภทเดียวกับที่ยืมมา<sup>10</sup> ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองจึงหมายถึงทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีข้อจำกัดในการใช้ คือ อสังหาริมทรัพย์แม้เห็นได้ว่าสามารถส่งมอบกันได้โดยปริยาย แต่เนื่องจากสภาพการใช้ต้องเป็นการใช้ในความเป็นจริง ประกอบกับวัตถุประสงค์ของสัญญาใช้สินเปลืองเพียงเพื่อให้ผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินในลักษณะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน นักกฎหมายเยอรมันได้มีความเห็นว่า Fungible หมายถึงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น<sup>11</sup> ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อ มาตรา 607 กำหนดไว้ชัดว่าเป็น Fungible ทรัพย์สินซึ่งเป็น

<sup>8</sup> Chung Hui Wang. (1907). *The German Civil code.* p. 131.

<sup>9</sup> Ernest J. Schuster. *Op.cit.* p. 256.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

วัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองจึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ดังนั้นในประเด็นว่าอสังหาริมทรัพย์ หรือแม้กระทั่งวัตถุที่ไม่มีรูปร่างสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองได้หรือไม่จึงไม่มี

สัญญาใช้สินเปลืองมีข้อแตกต่างจากสัญญาใช้คงรูปที่สำคัญ คือ สัญญาใช้สินเปลืองคู่สัญญาอาจตกลงกันให้มีการคิดค่าตอบแทนกันได้<sup>12</sup> เห็นได้จากมาตรา 608<sup>13</sup> ที่ได้วางหลักเรื่องดอกเบี้ยในสัญญาใช้สินเปลือง ดอกเบี้ยตามสัญญาผู้ยืมจะต้องมีการตกลงกันจะถือมีการคิดดอกเบี้ยกันโดยปริยาย โดยมีได้ตกลงกันหาได้ไม่<sup>14</sup>

### 5) คำมั่นจะให้ยืมใช้สินเปลือง

สัญญาใช้สินเปลือง มาตรา 610 ได้บัญญัติถึงคำมั่นจะให้ยืมไว้โดยเฉพาะ การทำคำมั่นถือว่าเป็นการกระทำของบุคคลฝ่ายเดียวที่อาจก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้ (Unilateral acts-in-the-law creating obligation) ซึ่งในกฎหมายเยอรมันได้อธิบายถึงหนี้ลักษณะนี้ว่า หนี้จะต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งก็จริง แต่ก็หาจำเป็นที่บุคคลนั้นจะต้องรู้ถึงสิทธิของตนดังกล่าว หรือต้องยอมรับสิทธิดังกล่าว ดังนั้น จึงเกิดหนี้หรือความผูกพันตามสภาพแห่งหนี้<sup>15</sup> นอกจากนี้ยังมีความเห็นอีกว่าการที่คู่สัญญาเข้าทำความตกลงเพื่อจะก่อให้เกิดสัญญาชนิดที่แน่นอนนั้น ไม่มีหลักกฎหมายเยอรมันห้ามมิให้คู่กรณีเข้าทำสัญญาเพื่อจะทำสัญญา (Contract to make a contract)<sup>16</sup> ตลอดทั้งศาลในประเทศเยอรมนีได้ยอมรับการปรับใช้หลักสุจริตมาวินิจฉัยโดยนำหลัก (Culpa in contrahendo) เพื่อวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบของผู้ให้สัญญาในกรณีฝ่าฝืนสัญญาที่ตนได้ให้ไว้มาปรับใช้ ซึ่ง มาตรา 610 วางหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมไว้อย่างชัดเจนและได้วางหลักการพิเศษเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ให้ยืม คือ แม้จะมีการให้คำมั่นจะให้ยืมไว้ก็ตาม แต่หากปรากฏว่าภายหลังที่ได้ให้คำมั่นไว้แล้ว ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ยืมนั้นเปลี่ยนแปลง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงให้สิทธิแก่ผู้ให้ยืมที่จะบอกเลิกคำมั่นนั้นได้ อันเป็นบทบัญญัติพิเศษที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาไว้มากกว่าหลักการทั่วไป

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 บัญญัติว่า

“If interest is stipulated for on a loan it is payable, unless otherwise provided, at the end of year, and if the loan is to be repaid before the end of the year, at the time of repayment.”

<sup>14</sup> Ernest J. Schuster. Op.cit. p. 256.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> E.J Cohn. (1968). **Manual of German Law. Volume I.** pp. 113-114.

## 6) แบบของสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยน

เนื่องจากนักกฎหมายเยอรมันได้นำหลักกฎหมายโรมันมาพัฒนาและผสมผสานเข้ากับจารีตประเพณีกระบวนการทางความคิดและการให้เหตุผลที่เน้นให้เข้ากับความเป็นจริง ทางสังคมจึงเป็นผลให้กฎหมายแพ่งเยอรมันเต็มไปด้วยทฤษฎีทางกฎหมายมากมาย อาทิ สัญญาทางหนี้ สัญญาทางทรัพย์สิน สัญญาลอยทางทรัพย์สิน เป็นต้น สำหรับประเด็นในเรื่องแบบของนิติกรรมจึงต้องพิจารณาหลักการดังกล่าว เนื่องจากประเทศเยอรมนีได้มีหลักการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยเป็นแบบสัญญาคู่ คือ ต้องมีการพิจารณาแยกออกเป็นแบบในสัญญาทางหนี้ และแบบในสัญญาทางทรัพย์สิน

แบบของสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนพิจารณาจากสัญญาทางหนี้ เห็นว่าในการทำสัญญาในมูลทางหนี้ มิได้กำหนดแบบไว้อย่างเฉพาะตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract, Formfreiheit) และสามารถตกลงกันในสาระสำคัญของสัญญากันได้<sup>17</sup> สัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนซึ่งเป็นมูลก่อให้เกิดความผูกพันของคู่สัญญาเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้วางหลักเกณฑ์ให้ต้องกระทำการใด เพียงคู่สัญญาเจตนาต้องตรงกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สัญญาก็เกิดโดยไม่จำเป็นต้องทำตามแบบอีก ส่วนเรื่องการส่งมอบเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาสัญญาทางทรัพย์สินดังจะกล่าวต่อไป

แบบของสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนพิจารณาจากสัญญาทางทรัพย์สิน เนื่องจากสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม มีลักษณะเป็นสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งผู้โอนและผู้รับโอนต้องมีเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน หากทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบอีก<sup>18</sup> เพียงคู่สัญญาในสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนตกลงโอนทรัพย์สินและส่งมอบทรัพย์สินแล้ว สัญญาทางทรัพย์สินก็สมบูรณ์ จึงจะไม่พิจารณาถึงอสังหาริมทรัพย์

## 7) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

### 1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

สัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนเมื่อผู้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม สัญญาข้อมเกิดขึ้นมีผลบังคับใช้ ผู้ยืมข้อมมีสิทธิได้รับคืนทรัพย์สินโดยเป็นชนิด ประเภท และปริมาณเดียวกับที่ได้ส่งมอบให้แก่ผู้ยืม และหากในสัญญาใช้สินค้าเปลี่ยนเป็นหนี้ตามสัญญาผู้ยืมเงิน ผู้ยืมข้อมมีสิทธิได้รับดอกเบี้ย หากได้ตกลงกำหนดให้ผู้ยืมชำระดอกเบี้ยไว้ในสัญญาผู้ยืมดังกล่าว

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ โดยสุจริต. หน้า 30-37.

ตาม มาตรา 608 นอกจากนั้น ยังเห็น ได้อีกว่า มาตรา 610 ให้สิทธิแก่ผู้ให้ยืมเพิกถอนค้ำประกันจะให้ยืม ได้ถ้าหากว่าในระหว่าง เวลาที่ให้ค้ำประกันและเวลาในการปฏิบัติการชำระหนี้ ปรากฏว่าสถานะ ทางการเงินของผู้ยืมตกต่ำลง จนอาจเป็นอันตรายที่คาดการณ์ได้ต่อการชำระหนี้คืน

การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมมิได้ก่อให้เกิดหนี้แก่ฝ่ายผู้ให้ยืมในการ ส่งมอบ การส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงองค์ประกอบของสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนที่ทำให้สมบูรณ์เท่านั้น เว้นแต่ว่าผู้ให้ยืมได้ให้ค้ำประกันที่จะให้ยืมทรัพย์สิน ผู้ให้ยืมย่อมต้องผูกพันตามค้ำประกันของตนที่ได้ให้ไว้ เนื่องจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้ยอมรับหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนตาม มาตรา 610 อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการส่งมอบตามสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนต้องโอนตัวทรัพย์สินตลอดทั้งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน นั้นด้วย หากจะโอนเพียงสิทธิครอบครองในทรัพย์สินดังเช่นสัญญายืมใช้คงรูปไม่

นอกจากนั้นผู้ให้ยืมย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่เรียกคืนทรัพย์สินก่อนครบ กำหนดเวลาในสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยหนี้เว้นแต่ว่าในสัญญายืม ใช้สลับเปลี่ยนดังกล่าวจะมีได้กำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้คืนไว้ เช่นนี้ตาม มาตรา 609 วรรคแรก<sup>19</sup> ได้กำหนดว่าในกรณีกำหนดเวลาในการชำระหนี้มิได้กำหนดไว้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิ เตือนให้ชำระหนี้เวลาใดก็ได้ ดังนั้น หากว่ากำหนดเวลาในการชำระหนี้ตามสัญญายืมมิได้กำหนด ไว้ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนทรัพย์สินที่ผู้ให้ยืมได้ แต่ผู้ให้ยืมจะต้องปฏิบัติตามหลักดังกล่าวยอมสอดคล้องกับ มาตรา 241 เรื่องสิทธิของเจ้าหนี้ในบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ (Right to claim performance) คือ ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้เจ้าหนี้อาจจะมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยการ งดเว้นก็มีได้ เมื่อสัญญายืมใช้สลับเปลี่ยนได้เกิดขึ้นสิทธิ ในการเรียกให้ผู้ยืมชำระหนี้โดยการ คืนทรัพย์สินที่ยืมนั้น ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญายืมดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีกำหนดเวลา ในการชำระหนี้หรือไม่ หากเป็นสัญญายืมที่มีกำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้แน่นอน ผู้ให้ยืม หามีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ก่อนกำหนดเวลานั้นไม่ แต่หากเป็นสัญญายืมที่ไม่มีกำหนดเวลาในการ ชำระหนี้ไว้แน่นอน ตาม มาตรา 609 กำหนดให้ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนทรัพย์สินได้แต่ต้องมีการบอกกล่าว ล่วงหน้าให้ลูกทราบก่อน ซึ่งตาม มาตรา 609 วรรคแรก ก็บัญญัติไว้ต่างจากหลักทั่วไปในเรื่อง กำหนดเวลาในการชำระหนี้ (Time of Performance) มาตรา 271<sup>20</sup> ในบรรพหนี้<sup>21</sup> ที่วางหลักไว้ว่า

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 609 วรรคแรก บัญญัติว่า

“if the time for repayment of a loan is not fixed, its maturity depends upon the giving of notice by the creditor or the debtor.”

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900, มาตรา 271 บัญญัติว่า

“Time of Performance



หากกำหนดเวลาในการชำระหนี้มิได้กำหนดไว้ เจ้าหนี้อาจมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที และลูกหนี้อาจชำระหนี้ดังกล่าวได้ก่อน

## 2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

ตาม มาตรา 607 วรรคแรกเห็นได้ว่าเมื่อผู้ยืมได้รับมอบทรัพย์สินจากผู้ให้ยืม ผู้ยืมย่อมมีสิทธิในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น (Ownership) ดังได้พิจารณาจากลักษณะของสัญญาเช่าซื้อซึ่งสันนิษฐานได้ว่า สัญญาเช่าซื้อเป็นสัญญาที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้ยืมให้แก่ผู้ยืม อีกทั้งเห็นได้ว่าการส่งมอบมีลักษณะเป็นสัญญาทางทรัพย์สินแยกจากสัญญาทางหนี้ที่เป็นมูลแห่งหนี้ ดังนั้นเมื่อผู้ยืมได้รับมอบทรัพย์สินแล้วผู้ยืมย่อมจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หากว่ากรรมสิทธิ์จะโอนมายังผู้ยืมโดยยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น ไม่ อันเป็นหลักการโอนกรรมสิทธิ์ของหลักกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่แตกต่างจากหลักกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ที่เพียงการแสดงเจตนาเสนอสนองตรงกันเกิดเป็นสัญญาแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนทันที แม้จะมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ยืมอีกฝ่ายครอบครองก็ตาม เช่นนี้เมื่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนมายังผู้ยืม ผู้ยืมย่อมมีสิทธิในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่จะทำอย่างไรในทรัพย์สินได้ตลอดทั้งเรื่องการรับภัยพิบัติในทรัพย์สินผู้ยืมย่อมต้องรับผิดชอบต่อทรัพย์สินนั้นเอง เมื่อสัญญาเช่าซื้อซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ทำให้หน้าที่ดูแลและคุ้มครอง รักษาทรัพย์สินต้องตกเป็นภาระของผู้ยืม จึงมิได้บัญญัติไว้ในสัญญาเช่าซื้อซึ่งสันนิษฐานว่าสัญญาเช่าซื้อซึ่งรูปและในทางกลับกันในสัญญาเช่าซื้อซึ่งสันนิษฐานว่าไม่มีเรื่องความรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ชำระครบพร้อมเป็นหน้าที่ของผู้ยืมต้องรับผิดชอบไว้เช่นที่ กำหนดไว้ในสัญญาเช่าซื้อซึ่งรูป

สิทธิของผู้ยืมนั้น หากในสัญญาเช่าซื้อซึ่งสันนิษฐานว่าไม่มีกำหนดเวลาในการชำระหนี้ผู้ยืมย่อมมีสิทธิในการบอกกล่าวแก่ผู้ให้ยืม การแจ้งการชำระหนี้จะมีผลต่อผู้ให้ยืมได้ หากลูกหนี้พร้อมปฏิบัติการชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ยืมจะทำให้เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด หรือหากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งเห็นได้ว่าการแจ้งการบอกกล่าวนั้นเพื่อให้เจ้าหนี้รู้เพื่อที่รับชำระหนี้คืน และเมื่อมีการชำระหนี้คืนครบตามกำหนดนั้นก็ป็นอันระงับไป ในกรณีเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้กฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้สามารถวางทรัพย์สินที่สำนักงานวางทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ได้ปฏิบัติการดังกล่าวแล้ว หนี้ของลูกหนี้อันระงับไปเช่นกัน

1) Where no time for performance has been specified or is evident from the circumstances, the obligee may demand performance immediately, and the obligor may effect it immediately.

2) Where a time has been specified, then in case of doubt it must be assumed that the obligee may not demand performance, but the obligor may effect it prior to that time.”

<sup>21</sup> Chung Hui Wang. Op.cit. p. 132.

สำหรับหนี้ในสัญญาซื้อขายสินเปลืองเป็นที่ประจักษ์ว่าหนี้เบื้องต้น (Primary obligation) คือ หนี้ในการคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ซื้อ หลักการนี้ ถือได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญในสัญญาซื้อขายสินเปลืองซึ่งเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) เพราะหนี้ในมูลหนี้มีเพียงฝ่ายลูกหนี้เท่านั้น<sup>22</sup> ส่วนหนี้ในการชำระดอกเบี้ยต้องปรากฏว่ามีกำหนดไว้ในสัญญาหรือโดยกฎหมายเท่านั้น ถ้าไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาหรือกฎหมายอนุญาตไว้<sup>23</sup> ลูกหนี้ห้ามหนี้ต้องชำระดอกเบี้ยด้วยไม่ ดังนั้น ดอกเบี้ยโดยปริยายห้ามไม่<sup>24</sup> เมื่อมีการกำหนดเรื่องดอกเบี้ย แต่ไม่มีกำหนดเวลาในการชำระ ดอกเบี้ยจะจ่ายทุกสิ้นปี หากยังมีการกู้ยืมต่อเนื่องถ้าการกู้ยืมมีระยะเวลาสั้นกว่า 1 ปี ดอกเบี้ยจ่ายเมื่อมีการชำระหนี้คืนตาม มาตรา 608

### 8) สัญญากู้ยืม (Loan)

สัญญากู้ยืมเงิน (Loan) บัญญัติอยู่ในสัญญาซื้อขายสินเปลือง (Loan for consumption) และถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีบทบาทมากที่สุดประเภทหนึ่ง โดยได้มีการกล่าวถึงการยืมเงินไว้ตาม มาตรา 607 วรรคแรก ดังที่ได้กล่าวไว้ว่า “A person who received money...as a loan is bound to return lender...” การบัญญัติให้กู้ยืมเงินรวมอยู่กับสัญญาซื้อขายสินเปลืองเนื่องจากเงินเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย เมื่อมีการยืมเกิดขึ้นหนี้ในการคืนเงิน ไม่ว่าจะเป็นธนบัตรหรือเหรียญ ผู้ยืมคงผูกพันเพียงจำนวนเท่ากับที่ยืมมาเท่านั้น หากต้องคืนธนบัตรหรือเหรียญเดียวกับที่ได้รับมาไม่ สัญญากู้ยืมเงิน (Loan) เป็นสัญญาชนิดหนึ่งจึงต้องสมบูรณ์ตามองค์ประกอบของสัญญาก่อน และเมื่อสัญญากู้ยืมบัญญัติรวมอยู่ในสัญญาซื้อขายสินเปลือง บทบัญญัติต่างๆ ของสัญญาซื้อขายสินเปลืองจึงต้องนำมาปรับใช้กับสัญญากู้ยืมดังกล่าวด้วย

#### (1) ความหมาย

การกู้ยืมเงินกฎหมายใช้คำว่า Loan ดังที่ปรากฏใน มาตรา 607 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายสินเปลือง ในมาตราดังกล่าวกล่าวไว้ว่า “A person who received money or fungible things as a loan is bound to return lender...” เมื่อพิจารณาคำว่า Loan กฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้ให้บทนิยามไว้โดยเฉพาะ ซึ่งคำว่า “loan” ตาม Black’s law dictionary ให้ความหมายไว้ว่า การยืมโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันได้รับบางสิ่งบางอย่างใช้ชั่วคราว ตลอดทั้งได้ให้ความหมายไว้ว่าการยืมเงินโดยมีดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้

<sup>22</sup> Ernest J. Schuster. Op.cit. p. 139.

<sup>23</sup> E.J Cohn. Op.cit. p. 103.

<sup>24</sup> Ernest J. Schuster. Op.cit. p. 256.

(A sum of money lent at interest)<sup>25</sup> ดังนั้นแล้ว จึงเห็นได้ว่าคำว่า “loan” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันหมายถึงการกู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้

### (2) การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงิน

สัญญากู้ยืมเงินถือว่าเป็นสัญญาใช้เงินเปลืองชนิดหนึ่ง การเกิดสัญญากู้ยืมเงินจึงต้องพิจารณาจากสัญญาใช้เงินเปลือง คือ เมื่อมีการตกลงทำสัญญาก่อนมูลหนี้ในสัญญากู้ยืมเงินอันเป็นหลักในสัญญาทางหนี้ถือว่าสัญญากู้ยืมเงินได้เกิดขึ้นแล้ว เนื่องจากหลักกฎหมายเยอรมันสัญญาทางหนี้แยกออกจากสัญญาทางทรัพย์และเมื่อพิจารณาจาก มาตรา 607 ที่เป็นบทหลักในสัญญาใช้เงินเปลืองได้กำหนดให้มีการส่งมอบทรัพย์ในลักษณะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญากู้ยืมเงินนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การส่งมอบเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมจากหลักความยินยอมของคู่สัญญา จึงต้องมีการตกลงเรื่องส่งมอบทรัพย์ระหว่างคู่สัญญาโดยต้องส่งมอบเงินซึ่งเป็นทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวในลักษณะเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในเงินให้แก่ผู้ยืมซึ่งเป็นสัญญาทางทรัพย์ ผลของสัญญาทางทรัพย์เป็นหลักที่แตกต่างจากของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย เมื่อมีการตกลงระหว่างคู่สัญญาแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ย่อมโอนไปทันที แต่กฎหมายเยอรมันต้องมีการตกลงเป็นสัญญาทางทรัพย์อีกสัญญาหนึ่งกรรมสิทธิ์จึงจะโอน

### (3) การชำระหนี้

สำหรับสัญญากู้ยืมเงินในเบื้องต้นต้องพิจารณาว่าสัญญามีกำหนดเวลาในการชำระหนี้หรือไม่ หากมีการกำหนดเวลาชำระก็จะปฏิบัติตามสัญญา แต่หากไม่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 609 วรรคแรก วางหลักให้คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นทางฝ่ายเจ้าหนี้ หรือฝ่ายลูกหนี้ย่อมมีสิทธิกำหนดเวลาเพื่อจะชำระหนี้ดังกล่าวได้ ซึ่งหลักการใน มาตรา 609 ได้แตกต่างจากหลักทั่วไปในมาตรา 271 ดังกล่าวไว้แล้วข้างต้น โดยใน มาตรา 609<sup>26</sup> ได้กำหนดหลักเพิ่มขึ้นอีกว่าระยะเวลาในการบอกกล่าวนั้น 3 เดือน สำหรับการกู้เงินกว่า 300 มาร์ค และ 1 เดือน สำหรับจำนวนเงินที่น้อยกว่านั้น เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 609 วรรคแรก ซึ่งเป็นบททั่วไปที่ให้

<sup>25</sup> Bryan A. Gernar. Op.cit. p. 954.

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1990, มาตรา 609 บัญญัติว่า

“if the time for repayment of a loan is not fixed, its maturity depends upon the giving of notice by the creditor or the debtor.

The term of notice is three months in the case of loan more than three hundred marks; one month, in the case of loan of less amount.

If interest is not stipulated for, the debtor is entitled to make repayment even without notice.”

สิทธิแก่คู่สัญญาในการแจ้งกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ ส่วนในวรรคสองเป็นบทที่กำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโดยพิจารณาจากจำนวนเงินในการกู้ยืมเป็นหลัก ส่วนในวรรคสามได้วางหลักไว้ว่าหากในสัญญากู้ยืมเงินนี้มิได้มีการกำหนดเรื่องดอกเบี้ยที่ต้องชำระไว้ ลูกหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะชำระหนี้ที่กู้ยืมมาได้โดยมิจำเป็นต้องมีการบอกกล่าวซึ่งถือว่าเป็นบทยกเว้นอีกชั้นหนึ่งเพิ่มขึ้นมากกว่าที่กล่าวไว้ใน มาตรา 271

#### (4) แบบหรือ หลักฐานสัญญา

กฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือได้กำหนดสาระสำคัญเรื่องแบบอันจะต้องทำให้คู่สัญญาในสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้นไว้ เช่นนี้แล้วตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract)

#### (5) ดอกเบี้ย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดให้ผู้ให้กู้มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าการเรียกดอกเบี้ยได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญา เช่นนี้แล้วการเรียกดอกเบี้ยโดยปริยายจึงหาไม่

ดอกเบี้ยตามหลักกฎหมายแพ่งจะมีได้แต่ในหนี้เงิน (Debt) เท่านั้น<sup>27</sup> และดอกเบี้ยจะพึงชำระได้เมื่อคู่สัญญากำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญาหรือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งหากมิได้มีการตกลงอัตราดอกเบี้ยไว้เป็นอย่างอื่นอัตราดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันพึงใช้อัตราร้อยละ 4 ต่อปี<sup>28</sup>

### 3.1.3 สัญญาใช้สินเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002

เนื่องจากประเทศเยอรมนีได้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในรอบ 100 ปี นับแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1900 ซึ่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลักกฎหมายให้มีความทันสมัยมากขึ้น หรือเพิ่มหลักการที่สามารถปรับใช้ได้จริงโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลที่วางหลักไว้มาบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง ตลอดทั้งได้รวบรวมกฎหมายสารบัญญัติต่างๆ มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2002 สำหรับสัญญาใช้สินเปลืองมีการวางหลักต่างจากประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 1900 คือ ได้แยกบทบัญญัติอันเกี่ยวกับสัญญาใช้สินเปลืองออกจากสัญญาใช้สินเปลือง รายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

<sup>27</sup> E.J Cohn. Op.cit. p. 103.

<sup>28</sup> Ernest J. Schuster. Op.cit. p. 145.

### 3.1.3.1 ลักษณะของสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง

สัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 บัญญัติไว้ใน มาตรา 607 ถึง มาตรา 610 ดังเดิม แต่ได้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะให้ยืมตาม มาตรา 610 ส่วน มาตรา 607 ถึง มาตรา 609 ได้วางหลักไว้ไม่ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 คงต่างเพียงสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลงจะใช้กับสิ่งของเท่านั้น (Chattel) ส่วนเงินแม้จะถือได้ ตามลักษณะของการยืมและการใช้ยังเป็นสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง แต่เนื่องจากความสำคัญของสัญญา กู้ยืมเงินที่ได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลาย มีการเอารัดเอาเปรียบในเชิงเนื้อหาของสัญญา บทบัญญัติเก่าที่ใช้จึงล้าสมัยไม่สามารถปรับใช้ได้จริง จึงได้แยกออกจากสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง รายละเอียด ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป สัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลงมีสาระสำคัญของสัญญาเช่นเดียวกับประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 คือ เป็นสัญญาที่มีบุคคลสองฝ่ายโดยบุคคลฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ยืม ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม โดยผู้ยืมมีหน้าที่คืนทรัพย์สินเป็นชนิด ประเภท และปริมาณ เดียวกับที่ยืมคืนให้แก่ผู้ให้ยืม

### 3.1.3.2 ความหมายของสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มิได้ให้ความหมายไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 มีการแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญาโดยการแยกทรัพย์สิน อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง ให้หมายถึงทรัพย์สิน (Things) เท่านั้น ดังนั้น สัญญายืมใช้ สິ่เปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2002 มีความหมายว่าเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ยืม อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ยืมโดยผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่ โอนกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินแก่ผู้ยืม และผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ได้รับมาคืนแก่ผู้ให้ยืม

### 3.1.3.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลง

ความผูกพันของสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มาตรา 607<sup>29</sup> ยังคงเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 คือ สาระสำคัญ ในการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้สິ่เปลี่ยนแปลงเหมือนกับกฎหมายโรมันโดยจัดอยู่ในกลุ่ม ของทรัพย์สินสัญญา คือ สัญญายืมเกิดได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน หากตราบใดยังไม่มีการส่งมอบ

<sup>29</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 607 (1) บัญญัติว่า

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

ทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายไม่เกิด โดยหลักดังกล่าวนักกฎหมายบางท่านได้ให้ความเห็นว่าเป็นที่ใช้นานและล้ำสมัย<sup>30</sup>

### 3.1.3.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายที่เปลี่ยนแปลง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มาตรา 607 (1) มีการเปลี่ยนแปลงคือ จะใช้บังคับเฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น (Things) ประกอบกับตาม มาตรา 607 (2)<sup>31</sup> ได้วางหลักไว้ว่า บทบัญญัตินี้ไม่ใช้กับกรณีการส่งมอบเงิน ซึ่งทรัพย์สิน (Things) โดยปกติย่อมมีความหมายที่กว้าง คือ ตาม Black's law dictionary อาจหมายถึงสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะมิใช่วัตถุหรือไม่ก็ได้ และทรัพย์สินยังจำแนกอีกออกไปได้อีกสามจำพวก คือ ทรัพย์สินสิทธิหรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน อสังหาริมทรัพย์ และรวมทั้งสิทธิครอบครองที่ดิน อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ได้จัดหมวดหมู่ โดยจัดเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แต่ทรัพย์สินตามที่กล่าวไว้ในมาตรานี้คงหมายถึงการยึดสังหาริมทรัพย์ (Chattels) เท่านั้น<sup>32</sup> นอกจากนั้นหากพิจารณาตามมาตรา 607 (2) ที่ได้วางหลักไว้ชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้ไม่ใช้กับกรณีการส่งมอบเงิน

### 3.1.3.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง

คำมั่นจะให้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 นี้ได้ถูกยกเลิก ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากสัญญาซื้อขายสิ่งเปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับนี้มุ่งใช้บังคับเฉพาะต่อทรัพย์สิน (Things) เท่านั้น ประกอบทั้งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ในสัญญาซื้อขายสิ่งเปลี่ยนแปลงที่รวมถึงเงินด้วย มาตรา 610 ในอดีตกล่าวถึงการกู้ยืมทรัพย์สินที่เป็นเงินตรา คือ โดยบทมาตราดังกล่าวพิจารณาสิทธิของผู้ให้ยืมว่าสามารถเพิกถอนคำมั่นจะให้ยืมได้หากว่าพฤติการณ์สถานการณ์ทางการเงินผู้ยืมนั้นตกต่ำลงมีความเสี่ยงต่อผู้ให้ยืมที่จะได้รับเงินคืน มาตรา 610 จึงให้สิทธิแก่ผู้ให้ยืมในการเพิกถอนคำมั่นของตนได้ เมื่อปรากฏว่าได้มีการแยกสัญญากู้ยืมเงินไว้ออกจากสัญญาซื้อขายสิ่งเปลี่ยนแปลงจึงทำให้มีการยกเลิกหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมออกไป หากยังคงวางหลักดังกล่าวไว้ ย่อมทำให้เกิดความเข้าใจผิดของนักกฎหมายในทางปฏิบัติได้

<sup>30</sup> Reinhard Zimmermann. (2005). *The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspective*. pp. 192-193.

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 607 (2) บัญญัติว่า

“The provisions of this title do not apply when what is handed over is money.”

<sup>32</sup> Basil Markesinis, Hannes UnBreath and Angus Johnston. (2006). *The German of Contract A Comparative Treaties*. p. 151.

### 3.1.3.6 แบบของสัญญาใช้สินเปลือง

สัญญาใช้สินเปลืองตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันสัญญาใช้สินเปลือง โดยสภาพของสัญญาจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะ โอนกรรมสิทธิ์ตาม มาตรา 607 (1) อันเป็นหลักเดิมมิได้เปลี่ยนแปลงจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าในกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งสัญญาทางหนี้กับสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกันดังนั้นการพิจารณาเรื่องแบบจึงจำเป็นต้องแยกพิจารณาจากสองสัญญาดังกล่าวนั้น

แบบของสัญญาใช้สินเปลืองพิจารณาจากสัญญาทางหนี้ เห็นได้ว่าสัญญาใช้สินเปลืองซึ่งเป็นมูลก่อให้เกิดความผูกพันของคู่สัญญา และตามกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้วางหลักเกณฑ์ให้ต้องกระทำการใด เพียงคู่สัญญาแสดงเจตนาตรงกันตามหลักอิสรภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) สัญญาที่เกิดโดยไม่จำเป็นต้องทำตามแบบ

สำหรับแบบของสัญญาใช้สินเปลืองตามสัญญาทางทรัพย์สิน เนื่องจากสัญญาใช้สินเปลืองต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินโดยการ โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ยืมอันเป็นเรื่องของสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งได้มีหลักว่าผู้โอนและผู้รับโอนต้องมีเจตนาในการโอนทรัพย์สินและต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน หากทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบอีกเพียงคู่สัญญาในสัญญาใช้สินเปลืองดังกล่าวเจตนาตกลงโอนทรัพย์สินและส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาทางทรัพย์สินก็สมบูรณ์ประกอบการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์กฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้กำหนดแบบไว้อย่างอสังหาริมทรัพย์ สัญญาใช้สินเปลืองทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจะมีได้แต่สังหาริมทรัพย์เท่านั้นจึงไม่ต้องพิจารณาถึงแบบของอสังหาริมทรัพย์อีก

### 3.1.3.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

#### 1) สิทธิและหน้าที่ของฝ่ายผู้ให้ยืม

สิทธิของผู้ให้ยืมเห็นว่าเมื่อสัญญาใช้สินเปลืองยังคงถือตามหลักของสัญญา Re มาตั้งแต่สมัยโรมัน ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิได้รับคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ได้ส่งมอบให้ผู้ยืมตาม มาตรา 607 (1) นอกจากนี้ผู้ให้ยืมยังมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญากล่าวคือ ตาม มาตรา 608 (1) ในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาในการคืนทรัพย์สินผู้ให้ยืมหรือผู้ยืมจะบอกสัญญาดังกล่าวเสียก็ได้ และ (2) กล่าวอีกว่าหากตามสัญญานั้นมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นสัญญาใช้สินเปลืองอาจถูกบอกเลิกได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยผู้ให้ยืมหรือผู้ยืมในเวลาใดก็ได้ ดังนั้นจึงถือว่า มาตรา 608<sup>33</sup> เป็นการวางหลักสัญญาใช้สินเปลืองหากมิได้มีกำหนดระยะเวลาไว้ย่อมจะสามารถบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 608 บัญญัติว่า

มีข้อสังเกตว่าใน มาตรา 608 มิได้กล่าวถึงระยะเวลาการบอกกล่าวหน้าไว้ ประกอบทั้งเมื่อพิจารณา มาตรา 608 (2) สามารถได้บอกเลิกได้ตลอดเวลาอันต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ที่มีการกำหนดระยะเวลาการบอกกล่าวจากจำนวนเงินที่กู้ยืมกัน และในมาตรา 609<sup>34</sup> ที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องชำระหนี้อย่างช้าที่สุดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากมาตราต่างๆ ในสัญญาอิมใช้ลีนเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 หาได้กล่าวถึงเรื่องค่าตอบแทนไว้ไม่ เมื่อพิจารณาจากการที่กล่าวไว้ว่าผู้ยืมต้องชำระอย่างช้าที่สุดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมไว้ เห็นได้ว่าในสัญญาอิมใช้ลีนเปลืองที่มีทรัพย์สิน (Things) เป็นวัตถุในสัญญาอิมอาจมีการตกลงกันในสัญญาว่าอาจให้ค่าตอบแทนกันได้ และเมื่อมีการชำระหนี้คืน ผู้ยืมย่อมชำระหนี้ช้าที่สุดเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมคืน ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 มีการกล่าวถึงเรื่องค่าตอบแทนไว้อย่างชัดเจนว่าอาจมีได้โดยกล่าวถึงไว้ในรูปของดอกเบี้ยที่เกิดจากหนี้เงิน (Debt) ในสัญญากู้ยืมเงิน

ส่วนหน้าที่ของฝ่ายผู้ให้ยืมเมื่อสัญญาอิมใช้ลีนเปลืองเป็นสัญญาฝ่ายเดียว คือหนี้ที่เกิดจากสัญญาอิมเพียงฝ่ายผู้ยืมเท่านั้น ดังนั้น หนี้ของผู้ให้ยืมตามสัญญาอิมใช้ลีนเปลืองจึงไม่มีอย่างใดก็ตาม เว้นแต่ว่าผู้ให้ยืมจะทำสัญญาจะให้ยืม (Contract to make a contract) ผู้ให้ยืมได้ผูกพันตนเองตามสัญญาจะให้ยืม

## 2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

ผู้ยืมมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาอิมใช้ลีนเปลืองได้ในกรณีที่ในสัญญาอิมนั้นมิได้กำหนดระยะเวลาในการคืนไว้ตามมาตรา 608

หนี้ของผู้ยืมเห็นได้ว่าผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินที่ยืมเป็น ชนิด ประเภท และปริมาณเดียวกับที่ยืมให้แก่ผู้ให้ยืมอันเป็นหลักของสัญญาฝ่ายเดียวตั้งแต่อดีตมา โดยหลักการดังกล่าวเห็นได้จาก มาตรา 607 (1) และ มาตรา 609 ที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินตามสัญญาอิมอย่างช้าที่สุดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมคืน

---

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

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

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 609 บัญญัติว่า

“The borrower must make the payment at the latest upon return of the thing handed over.”



### 3.1.3.8 สัญญากู้ยืมเงิน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ได้บัญญัติสัญญากู้ยืมไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่าสัญญากู้ยืมในอดีตถือว่าเป็นสัญญาใช้สินเปลืองอย่างหนึ่ง เนื่องจากสัญญากู้ยืมยังคงมีสาระสำคัญของสัญญาอยู่ในหลักเกณฑ์ของสัญญาใช้สินเปลือง คือ สัญญาใช้สินเปลืองลักษณะของการยืมทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ (Fungible things) และสัญญากู้ยืมวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเป็นเงินเท่านั้น ซึ่งเงินเมื่อพิจารณาจากลักษณะของทรัพย์สิน เห็นได้ว่าเงินมีลักษณะของการใช้ไปสิ้นไป การคืนทรัพย์สินอันเป็นหนี้ ทางฝ่ายผู้กู้ที่จะต้องคืนเป็นจำนวนเดียวกับที่ได้รับเท่านั้น ดังนั้นแล้ว ด้วยเหตุของลักษณะของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาใช้สินเปลืองและสัญญากู้ยืมที่ยังคงมีสาระสำคัญเหมือนกับสัญญาใช้สินเปลือง สัญญากู้ยืมเงินจึงถือเป็นสัญญาใช้สินเปลือง อันเป็นหลักที่มีมาแต่สมัยโรมัน อย่างไรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ได้แยกสัญญากู้ยืมเงินออกมาต่างหากจากสัญญาใช้สินเปลือง และได้วางหลักสาระสำคัญของสัญญากู้ยืมเงินที่ต่างจากเดิม นอกจากนี้ สัญญากู้ยืมเงินยังอยู่ในภายในหลักของความอิสระทางแพ่ง และเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ที่ย่อมมีอำนาจในการกำหนดข้อต่อรองทางสัญญา หรือตลอดทั้งสาระสำคัญของข้อสัญญาแต่ละฝ่ายได้ปราศจากอำนาจทางราชการ

จากหลักการดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาที่สำคัญ คือ ความเหลื่อมล้ำอำนาจในการต่อรองของคู่สัญญาโดยในสัญญากู้ยืมเงินเห็นได้ว่ามีความสำคัญมาตั้งแต่อดีตเพราะการยืมใช้สิ่งของกันเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมซึ่งมีลักษณะที่เอื้อเพื่อเพื่อแก่กัน แต่ในปัจจุบันแม้การยืมจะมีลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือกันแต่ด้วยสาเหตุของการยืมในปัจจุบันได้มีหลายสาเหตุและการยืมก็มีหลายรูปแบบ มีการหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายที่มีอยู่ จนกระทั่งประเทศต่างๆ รวมตลอดทั้งประเทศเยอรมนีได้มีแก้ไขปัญหาล่าช้าด้วยการออกกฎหมายเพื่อมาคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแออำนาจในการต่อรอง ปรากฏให้เห็นโดยการแก้ไขปัญหาคือทางศาล หรือการควบคุมด้วยการออกกฎหมาย<sup>35</sup> อาทิ ได้มีการนำหลักกฎหมายในบททั่วไปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ว่าด้วยหลักสุจริต หลักการตีความสัญญา มาปรับใช้แต่เนื่องจากการปรับใช้หลักเหล่านั้นยังคงไม่สามารถแก้ปัญหาได้ จนกระทั่งได้มีการออกกฎหมาย ดังเช่น The German Standard Form Contract Act 1977 เป็นกฎหมายที่ควบคุมสัญญาสำเร็จรูปโดยคุ้มครองในเชิงเนื้อหาของสัญญา The Act concerning Usury of 1880 เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยดอกเบี้ยเกินอัตรา

<sup>35</sup> นฤมล สุขสวัสดิ์. (2550). ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของธนาคารพาณิชย์: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาบัตรเครดิต. หน้า 6-7.

ซึ่งคุ้มครองผู้บริโภคให้ถูกเอาเปรียบจากการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สูงจากผู้ให้กู้ยืม<sup>36</sup>  
The Consumer Credit Act 1970 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสินเชื่อผู้บริโภค

ประเทศเยอรมนีได้ออกกฎหมายเหล่านั้นเพื่อมาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและจากสาเหตุของการกระจัดกระจายของบทกฎหมาย เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายในรอบ 100 ปี ซึ่งผู้ร่างกฎหมายต้องการรวบรวมเข้ามาอยู่ในประมวลเพียงเล่มเดียว โดยผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้พยายามปรับปรุงบทกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และเข้ากันได้ทั้งหลักทั่วไปในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไป (General contract law) และกฎหมายสัญญาผู้บริโภค (Consumer contract law)<sup>37</sup> เพราะเป็นที่เห็นได้ว่าปัญหาของการขนานกันของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไป กับกฎหมายว่าด้วยสัญญาผู้บริโภคนี้ยังเป็นประเด็นกันอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป (European law)<sup>38</sup> โดยการจัดประมวลกฎหมายในครั้งนี้ก็เพื่อความสะดวกต่อการปรับใช้ แยกไว้เป็นหมวดหมู่ ปรากฏจากการจัดลำดับเรียงเรียงกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ดังนั้นสัญญากู้ยืมเงินจึงได้มีการบัญญัติแยกสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภค แยกออกจากสัญญากู้ยืมทั่วไประหว่างเอกชนด้วยกัน เนื่องจากเมื่อคู่สัญญามีได้มีฐานะที่เท่าเทียมการต่อรองข้อสัญญาต่างๆ จึงมิได้อยู่ได้บนพื้นฐาน เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract)

การทำสัญญากู้ยืมเงินถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญและได้มีปัญหาที่เกิดขึ้นในปฏิบัติสำหรับความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาอันเป็นปัญหาหลักและยังได้ก่อให้เกิดการเชื่อมโยงถึงปัญหาอื่นๆ เช่นว่าอำนาจในการต่อรองของคู่สัญญา เนื้อหาข้อสัญญาในหนังสือสัญญา กู้เงินที่ไม่มีความเป็นธรรม ซึ่งก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งประเทศเยอรมนีได้แก้ไขปัญหานี้ดังที่เห็นได้จากมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็น หรือ พระราชบัญญัติสินเชื่อผู้บริโภคเพื่อแก้ปัญหาถึงความไม่เป็นธรรมเหล่านี้ อย่างไรก็ตามจุดเด่นของการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในครั้งนี้ได้มีการนำกฎหมายสารบัญญัติเหล่านั้นมารวบรวมเป็นเนื้อที่ชัดเจนในหมวดหมู่ต่างๆ และได้มีการเพิ่มหลักการต่างๆ อันให้สิทธิแก่ฝ่ายผู้เสียเปรียบในทางสัญญา ได้มีสิทธิที่สามารถต่อรองกับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้มากขึ้น

<sup>36</sup> Reinhard Zimmermann. Op.cit. p. 170.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

### 1) ความหมายและลักษณะของสัญญากู้ยืม

สัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ได้กำหนดไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 3 ว่าด้วยสัญญากู้ยืม ความช่วยเหลือทางการเงิน และสัญญาการผ่อนชำระระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค (Loan contract; financing assistance and contracts for delivery by installments between an entrepreneur and a consumer) คำว่าสัญญากู้ยืมเงิน มาตรา 488<sup>39</sup> วางหลักว่าสัญญากู้ยืมนั้นผู้ให้กู้จะต้องให้เงินแก่ผู้กู้ตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ ผู้กู้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระดอกเบี้ยและชำระเงินที่กู้ยืมให้แก่ผู้ให้กู้ตามวันที่ตกลงกันไว้ ซึ่งจากหลักที่วางไว้นี้ สัญญากู้ยืมจึงมีหมายความว่า สัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้กู้ มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบเงินตามจำนวนที่ได้ตกลงกันไว้แก่ผู้กู้ อีกฝ่ายหนึ่ง โดยผู้กู้จะต้องชำระเงินดังกล่าวคืนตลอดทั้งดอกเบี้ยคืนให้แก่ผู้ให้กู้ จากลักษณะที่กำหนดไว้สัญญากู้ยืมเงิน (Loan contract) และสัญญาใช้สิ่งเคลื่อน (Contract for the loan of thing) จึงได้มีความแตกต่างอยู่กันคนละมุม (Two different corners) โดยเฉพาะประเภทของหนี้ (Particular kind of obligation) ทำให้เกิดความไม่แน่นอนที่หลากหลายของประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายใหม่นี้<sup>40</sup>

สัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ผู้เขียนเห็นว่าสาระสำคัญของสัญญาได้แตกต่างจากหลักที่วางไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 สัญญากู้ยืมได้กำหนดไว้ในสัญญาใช้สิ่งเคลื่อน ซึ่งลักษณะของสัญญาใช้สิ่งเคลื่อนนั้นมีลักษณะของสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) ที่นี้จะมีเพียงฝ่ายผู้ยืมเท่านั้น แต่จาก มาตรา 488 ได้วางหลักเกณฑ์กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (Bilateral contract) อันเป็นลักษณะของสัญญาสองฝ่ายซึ่งคู่สัญญาต่างมีหน้าที่ซึ่งกันและกันตั้งสัญญาต่างตอบแทน ดังนั้นแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญากู้ยืมเงินนี้จึงมีลักษณะสัญญาสองฝ่าย เพราะฝ่ายผู้ให้ยืมจะต้องส่งมอบจำนวนเงินตามสัญญาให้แก่ผู้ยืม ซึ่งพิจารณาจากกฎหมายใช้คำว่า “Obliges” แปลว่าหนี้หรือหน้าที่ต่างกับสัญญาใช้สิ่งเคลื่อนใช้คำว่า “Agrees to hand over” หมายความว่าเพียงตกลงที่จะส่งมอบ ส่วนทางฝ่ายผู้ยืมมีหน้าที่ที่จะต้องคืนเงินตามสัญญาคืนแก่ผู้ให้ยืม

ส่วนสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคได้บัญญัติไว้ใน บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ โดยอยู่ในหมวดเดียวกับสัญญา แต่ได้มีการบัญญัติต่อท้ายจากมาตราในสัญญาที่ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 488 บัญญัติว่า

“(1) The loan contract obliges the lender to make available to the borrower a sum of money in the agreed amount. The borrower is obliged to pay interest owed and, at the due date, to repay the loan made available to him.”

<sup>40</sup> Reinhard Zimmermann. Op.cit. p. 200.

ซึ่งได้กำหนดไว้ใน มาตรา 491-498 อันเป็นการกำหนดเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญา ตลอดจนถึง สิทธิหน้าที่ หรือสิทธิในการบอกเลิกไว้อย่างเฉพาะ ส่วนบททั่วไปใน บรรพ 1 ได้มีการกล่าวถึง คำนิยามของคำว่าผู้บริโภค ผู้ประกอบการ ว่ามีลักษณะอย่างไรเพื่อนำไปใช้ได้อย่างทั่วไป ดังนั้น หากคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภคจึงต้องนำหลักเฉพาะดังกล่าว มาปรับใช้ มิได้ใช้หลักในสัญญาผู้ยืมทั่วไป

สำหรับความหมายและลักษณะของสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภคต้องพิจารณาจาก ลักษณะคำนิยามของคู่สัญญาก่อนว่า คู่สัญญานั้นต้องเป็นผู้บริโภค (Consumer) และเป็น ผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ซึ่งพิจารณาตาม มาตรา 13 และ มาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ. 2002 คำว่าผู้บริโภคได้กำหนดไว้ใน มาตรา 13<sup>41</sup> วางหลักว่า ผู้บริโภคหมายถึง บุคคล ธรรมดาผู้ซึ่งตกลงเข้าทำสัญญาโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ธุรกิจ หรือทางวิชาชีพของเขา ส่วนผู้ประกอบการ มาตรา 14<sup>42</sup> วางหลักว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือหุ้นส่วนในนิติบุคคล ผู้ซึ่งตกลงเข้าทำสัญญาในทางการค้า ธุรกิจ หรือในทางวิชาชีพของเขา ส่วนหุ้นส่วนในนิติบุคคล เป็นผู้ซึ่งสามารถมีสิทธิและความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น

เห็นได้ว่าสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภคนี้ได้กำหนดลักษณะของการเป็นสัญญา เพื่อผู้บริโภค โดยพิจารณาจากคู่สัญญาว่าเป็นผู้บริโภคหรือไม่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ และ ใน มาตรา 491<sup>43</sup> ว่าด้วยสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภค โดยวางหลักว่า

<sup>41</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 13 บัญญัติว่า

“A consumer means every natural person who enters into a legal transaction for a purpose that is outside his trade, business or profession.”

<sup>42</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 14 บัญญัติว่า

“(1) An entrepreneur means a natural or legal person or a partnership with legal personality who or which, when entering into a legal transaction, acts in exercise of his or its trade, business or profession.

(2) A partnership with legal personality is a partnership that has the capacity to acquire rights and to incur liabilities.”

<sup>43</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 491 บัญญัติว่า

“(1) The following provisions apply as supplementary provisions, subject to subsections (2) and (3) below, to nongratuitous loan contracts between an entrepreneur as lender and a consumer as borrower (consumer loan contract).

2) The following provisions do not apply to consumer loan contracts

(1) in which the disbursable loan (net loan amount) does not exceed 200 euros,

(1) บทบัญญัติต่อไปนี้นี้อยู่ภายใต้ข้อ (2) และ (3) ในสัญญากู้ยืมที่มีค่าตอบแทนระหว่างผู้ประกอบการเป็นผู้ให้กู้ยืมฝ่ายหนึ่ง และ ผู้บริโภคเป็นผู้ยืมอีกฝ่ายหนึ่ง (สัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภค)

(2) บทบัญญัติต่อไปนี้ไม่บังคับใช้กับสัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภค

ก. กรณีที่มีกู้เงิน (จำนวนเงินสุทธิ) ไม่เกิน 200 ยูโร

ข. กรณีที่ทำขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าอัตราของตลาด

ค. กรณีที่ทำเพื่อพัฒนาที่อยู่อาศัยและพัฒนาเมือง โดยการตกลงทำสัญญาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชนหรือบนพื้นฐานของทุนจากหน่วยงานของรัฐโดยตรงระหว่างสถาบันของกฎหมายมหาชนและผู้กู้ยืมในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าอัตราของตลาด

(3) นอกจากกรณีดังกล่าวนี้ไม่บังคับใช้

ก. มาตรา 358 (2) (4) และ (5) และ มาตรา 492 ถึง มาตรา 495 กรณีที่สัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภคที่ทำขึ้นในศาลตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือ ฎราสารที่ได้มีการจดทะเบียน หากว่าบันทึกที่ทำขึ้นในศาลหรือฎราสารการจดทะเบียนได้มีการระบุอัตราดอกเบี้ยต่อปี ค่าใช้จ่ายที่ได้มีขึ้นในขณะที่เข้าทำสัญญา และเงื่อนไขตามอัตราดอกเบี้ยต่อปีหรือค่าใช้จ่ายที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้

(2) which are entered into between an employer and an employee at rates of interest lying below the going market rates,

(3) which, in connection with the subsidisation of housing and urban development, are entered into on the basis of public-law approvals or on the basis of grants from public authorities directly between the public law institution awarding the subsidies and the borrower at rates of interest lying below the going market rates.

3) In addition, the following do not apply:

(1) section 358 (2), (4) and (5) and sections 492 to 495 to consumer loan contracts incorporated in a court record drawn up in compliance with the provisions of the Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung) or notarially recorded, if the record or the notarial instrument contains the annual rate of interest, the costs invoiced when the contract was entered into, and the conditions under which the annual rate of interest or the costs may be changed;

(2) section 358 (2), (4) and (5) and section 359 to consumer loan contracts serving the purpose of financing the purchase of securities, foreign currency, derivatives or precious metals.”

ข. มาตรา 358 (2) (4) และ มาตรา 359 ในกรณีที่สัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภคนั้น เพื่อวัตถุประสงค์ให้บริการสินเชื่อเพื่อการซื้อหลักทรัพย์ อัตราแลกเปลี่ยนต่างประเทศ อนุพันธ์หรือ โฉงที่มีค่า

จากหลักที่ มาตรา 491 ได้กำหนดไว้พิจารณาได้ว่าในช่วงของ มาตรา 491 (1) ได้กำหนดลักษณะของสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคไว้โดยมีสาระสำคัญที่สัญญานั้นต้องขึ้นโดยผู้บริโภค ฝ่ายหนึ่งและผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสัญญานั้นจะต้องมีลักษณะต้องมิคาคอบแทน (Nongratiuitous)

## 2) แบบของสัญญากู้ยืม

สัญญากู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 บัญญัติไว้ใน มาตรา 488-498 ซึ่งในสัญญากู้ยืมได้แบ่งการควบคุมโดยพิจารณาจากคู่สัญญา คือ หากเป็นสัญญา ระหว่างเอกชนด้วยกันบทบัญญัติมาตราที่ใช้บังคับ ได้แก่ มาตรา 488-490 แต่หากเป็นสัญญากู้ยืม ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการกำหนดไว้ใน มาตรา 491-498 การพิจารณาแบบจึงแยกจาก สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน

แบบของสัญญากู้ยืมระหว่างเอกชนในสัญญาทางหนี้เห็นได้ว่ากฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ. 2002 มิได้กำหนดแบบไว้แต่อย่างใด ดังนี้ เพียงคู่สัญญาเจตนาทำสัญญากู้ยืมโดยการ แสดงเจตนาทำคำเสนอ และคำสนองต้องตรงกัน สัญญากู้ยืมย่อมมีผลบังคับใช้ได้ แต่หาก เป็นสัญญากู้ยืมระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการเห็นได้ว่า มาตรา 492<sup>44</sup> กำหนดไว้ใน วรรค 1

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 492 บัญญัติว่า

“(1) Consumer loan contracts are to be entered into in writing unless a more stringent form is provided for. Entering into the agreement in electronic form is excluded. The requirement of written form is satisfied if the offer and acceptance by the parties to the contract are declared in writing in separate documents. The statement of the lender need not be signed if it is made with the help of automatic equipment. The contract declaration must be signed by the borrower and must indicate:

1. the net loan amount, and where applicable the maximum limit of the loan,
2. the total amount of all instalments to be paid by the borrower in redemption of the loan as well as for payment of interest and other costs, if, at the date when the consumer loan contract is entered into, the total amount is certain for the entire duration of the loan; for loans with variable conditions that are redeemed in instalments, a total amount on the basis of the loan terms that apply at the time the contract is entered into,
3. the manner of repayment of the loan or, if an agreement on this is not envisaged, the arrangements for the termination of the contract,

“การทำสัญญาต้องมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร เว้นแต่จะได้มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงการเข้าทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ แบบเป็นหนังสือมีผลใช้บังคับ หากการทำ เสนอและคำสนองของคู่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต่างเอกสารก็ได้ ซึ่งเอกสารฝ่ายผู้ให้กู้ไม่

---

4. the rate of interest and all other loan costs which, where their amount is known, are to be specified in detail, or else whose basis is to be indicated, including any brokerage fees to be borne by the borrower,

5. the effective annual rate of interest or, if the right is reserved to modify the rate of interest or other factors that determine the price, the initial effective annual rate of interest; together with the initial effective annual rate of interest there must also be information on the conditions under which the factors that determine the price can be modified and the periods of time to which charges resulting from an incomplete disbursement or from a loan surcharge are to be allocated when calculating the effective annual rate of interest,

6. the costs of any residual debt insurance or other insurance taken out in connection with the consumer loan contract,

7. security to be provided.

(1a) Notwithstanding subsection (1) sentence 5 no. 2, no total amount is to be indicated with regard to loans where drawing on the loan is left to the discretion of the borrower up to a maximum limit, or with regard to real estate loan contracts. Real estate loan contracts are consumer loan contracts in which placing the loan at the borrower's disposal is made dependent upon security by a security right in land and occurs on terms customary with regard to loan contracts secured by security rights in land and their interim financing; a waiver of a security under section 7 (3) to (5) of the Act on Building Societies (Gesetz über Bausparkassen) is equivalent to security by means of a security right in land. With regard to real estate loan contracts, the contractual declaration to be signed by the borrower must also contain a clear indication that the lender may assign claims from the loan contract without the consent of the borrower and may assign the contractual relationship to a third party unless assignment is ruled out in the contract or the borrower must consent to assignment.

(2) The effective annual rate of interest is the total charge per annum, to be expressed as a percentage of the net loan amount. The effective and the initial effective annual rate of interest are calculated in compliance with section 6 of the Statutory Order on Price Quotation (Verordnung zur Regelung der Preisangaben).

(3) The lender must supply to the borrower a copy of the contract declarations.

(4) Subsections (1) and (2) also apply to a power of attorney granted by a borrower to enable the attorney to enter into a consumer loan contract. Sentence 1 does not apply to a power of attorney for legal proceedings and a power of attorney notarially recorded.”

จำต้องลายมือชื่อก็ได้ การแสดงเจตนาทำสัญญาดังกล่าวต้องลายมือชื่อฝ่าย ผู้กู้ยืมและต้องมีการระบุข้อความดังต่อไปนี้

- (1) จำนวนเงินกู้ยืมสุทธิ และสามารถระบวงเงินเชื่อสูงสุดได้
- (2) หากว่าในวันที่ผู้บริโภครได้ตกลงทำสัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภค จำนวนยอดเงินทั้งหมดที่ตกลงผ่อนชำระสำหรับการชำระหนี้โดยผู้กู้ การกู้ยืมที่มีเงื่อนไขหลายอย่างในการใช้คืนในงวดที่ชำระ จำนวนยอดเงินทั้งหมดย่อมอยู่บนพื้นฐานของข้อสัญญาที่ผู้กู้ยืมที่ใช้อยู่ในเวลาที่ได้ตกลงทำสัญญากันนั้น โดยกำหนดจำนวนยอดเงินทั้งหมดของการผ่อนชำระทุกงวด ทั้งดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่นที่จะต้องชำระโดยผู้กู้ยืม
- (3) ถ้าในข้อตกลงนั้นมีได้กำหนดวิธีการชำระเงินกู้เอาไว้ ให้แบ่งชำระเป็นงวดๆ
- (4) อัตราดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ทั้งหมดซึ่งเป็นจำนวนที่รู้อยู่แล้ว จะต้องระบุไว้ในรายละเอียดในสัญญา หรือรายละเอียดที่เป็นพื้นฐาน ตลอดทั้งค่าธรรมเนียมรายหน้าที่เป็นภาระของผู้กู้ยืมด้วย
- (5) อัตราดอกเบี้ยประจำปีหรือหากว่าสิทธิที่สงวนเพื่อแก้ไขอัตราดอกเบี้ยหรือปัจจัยอื่นที่จะเป็นตัวกำหนดราคา อัตราดอกเบี้ยต่อปีที่มีผลเริ่มแรก รวมถึงอัตราดอกเบี้ยต่อปีที่มีผลใช้บังคับที่ต้องมีรายการที่ระบุถึงเงื่อนไขภายใต้ปัจจัยที่ระบุราคาที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ และระยะเวลาที่เป็นภาระคำนวณค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการชำระหนี้ที่ไม่สมบูรณ์หรือเกิดจากส่วนเพิ่มเติมของการกู้ยืมที่ถูกกำหนดไว้ เมื่อมีการคำนวณอัตราดอกเบี้ยต่อปี
- (6) ค่าใช้จ่ายของการประกันหนี้ใดๆ หรือประกันอื่นๆ เชื่อมโยงกับสัญญากู้ยืมผู้บริโภค
- (7) การจัดการค่าประกัน

วรรค 1a นอกจากอนุมาตรา (1) ประโยคที่ 5 ข้อ 2 นี้หากว่าไม่มีการระบุยอดเงินในการกู้ยืมทั้งหมดซึ่งเกี่ยวข้องกับกำหนัดจำนวนที่กู้ยืมไปจนถึงจำนวนที่มากที่สุด หรือที่จะพิจารณาถึงสัญญากู้ยืมเงินเพื่ออสังหาริมทรัพย์ สัญญากู้ยืมเงินเพื่ออสังหาริมทรัพย์ถือว่าเป็นสัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภคที่ผู้กู้ยืมนี้ได้กำหนัดขึ้นโดยขึ้นอยู่กับหลักประกันสิทธิในที่ดินและเกิดจากจารีตประเพณีตามสัญญาซึ่งประกันสิทธิในที่ดินและระยะเวลาในการชำระเงิน การสละการประกันภายใต้ มาตรา 7 (3)-(5) ของพระราชบัญญัติอาคารสาธารณะ (The Act on Building Societies) ซึ่งเทียบเท่ากับการประกันสิทธิในที่ดิน ในสัญญากู้ยืมเงินเพื่ออสังหาริมทรัพย์นี้การแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาอันต้องลายมือชื่อผู้กู้ยืมพร้อมทั้งมีการระบุว่าผู้ให้กู้ว่าจะเรียกหรือจากผู้กู้ยืมได้



โดยไม่ต้องบอกกล่าว และผู้ให้กู้ยืมอาจโอนสิทธิเรียกร้องโดยปราศจากความยินยอมของผู้กู้ยืม เว้นแต่ว่าสัญญากำหนดไม่ห้ามการโอนดังกล่าว หรือ ผู้กู้ยืมจะต้องให้ความยินยอมก่อน

วรรค 2 อัตราดอกเบี้ยที่เรียกเก็บทั้งหมดต่อปี โดยระบุไว้ชัดเจนเป็นอัตราส่วน ต่อจำนวนที่กู้ยืมทั้งหมด อัตราดอกเบี้ยต่อปีปกติและที่เพิ่มเติม กำหนด โดยการเปรียบเทียบกับ มาตรา 6 แห่งคำสั่งกำหนดปริมาณราคาเบื้องต้น

วรรค 3 ผู้ให้กู้ยืมต้องจัดให้ผู้กู้ยืมมีสำเนาสัญญาดังกล่าวอีกฉบับหนึ่ง

วรรค 4 การกระทำตามอนุมาตรา (1) และ (2) จะต้องมิหนังสือมอบอำนาจที่ ปลายมือชื่อผู้ยืมเพื่ออนุญาตให้ผู้รับมอบอำนาจเข้าทำสัญญากู้ยืมผู้บริโภคนี้ ความที่กล่าวไปใน วรรคแรกไม่รวมถึงหนังสือมอบอำนาจให้ดำเนินคดีแทนและหนังสือมอบอำนาจการบันทึกรับรอง ปลายมือชื่อ”

หากไม่ทำสัญญาตามแบบดังกล่าวสัญญาจะตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 494<sup>45</sup> ซึ่งเป็นบัญญัติที่ว่าด้วยผลทางกฎหมายของแบบที่บกพร่อง ซึ่งโดยหลักของมาตราได้กำหนดให้ สัญญากู้ยืมที่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบนั้นตกเป็นโมฆะหรือระบุไม่ครบตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 492 ช่วงท้ายในข้อ (1)-(6)

<sup>45</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 494 บัญญัติว่า

“1) The consumer loan contract and the power of attorney given by the consumer to enter into such a contract are void if written form is not complied with at all or if any of the items of information specified in section 492 (1) sentence 5 nos. 1 to 6 is lacking.

2) Irrespective of a defect under subsection (1), the consumer loan contract is valid to the extent that the borrower receives the loan or draws on it. However, the rate of interest agreed for the consumer loan contract (section 492 (1) sentence 5 no. 4) is reduced to the statutory rate of interest if there is no information on the rate of interest itself, on the effective annual rate of interest or on the initial effective annual rate of interest (section 492 (1) sentence 5 no. 5), or if there is no information on the total amount (section 492 (1) sentence 5 no. 2, (1a). The borrower has no liability to pay any charges not stated. Agreed installments must be recalculated, taking account of the reduced rate of interest or charges. If there is no information on the conditions under which the factors that determine the price may be changed, they may not be changed to the disadvantage of the borrower. If there is no information on security, it may not be called for; this does not apply if the net loan amount exceeds 50,000 euros.

3) If the effective or the initial effective rate of interest is stated at a rate that is too low, the rate of interest on which the consumer loan contract is based is reduced by the percentage by which the effective or initial effective rate of interest is too low.”

อย่างไรก็ตาม มาตรา 494 (2) วางหลักยกเว้นไว้ว่าภายใต้อำนาจตาม มาตรา 494 (2) สัญญากู้ยืมผู้บริโภคมักจะกลายเป็นผลสมบูรณ์หากว่าผู้กู้ยืมได้รับเงินหรือลงลายมือชื่อ สำหรับอัตราดอกเบี้ยที่ตกลงกันสำหรับสัญญากู้ยืมผู้บริโภคนี้ ตาม มาตรา 492 (1) วรรค 5 ข้อ 4 ให้ลดลงจนถึงอัตราดอกเบี้ยเบื้องต้น ถ้าในกรณีที่มิได้ระบุข้อความไว้สำหรับอัตราดอกเบี้ยนั้น สำหรับอัตราดอกเบี้ยต่อปีหรืออัตราดอกเบี้ยต่อปีเพิ่มเติม (ตาม มาตรา 492 (1) วรรค 5 ข้อ 5) หรือ ถ้าไม่มีข้อความใดกล่าวถึงจำนวนทั้งหมด (ตาม มาตรา 492 (1) วรรค 5 ข้อ 2, 1 (A)) ผู้กู้ยืมไม่ต้อง รับผิดชอบชำระค่าใช้จ่ายที่มิได้มีการระบุไว้ ข้อตกลงหนี้อุปโภค จำต้องคำนวณใหม่โดยคำนึงถึง อัตราดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายที่ถูกลดลงมา ถ้าไม่มีข้อความใดระบุถึงเงินประกัน ก็ให้ถือว่าไม่มีการ เรียกไว้สำหรับกรณีดังกล่าวนี้ ไม่ใช้กับการกู้ยืมที่มีมูลค่าทั้งหมดเกินกว่า 50,000 ยูโร

ส่วน มาตรา 494 (3) กำหนดไว้ว่า ถ้าอัตราดอกเบี้ย หรืออัตราดอกเบี้ย เพิ่มเติม ได้ระบุไว้ในอัตราที่ดำเนินไป อัตราดอกเบี้ยสำหรับสัญญากู้ยืมผู้บริโภคนี้ให้ลดลงมา ในอัตราส่วนพื้นฐานซึ่งอัตราดอกเบี้ยหรืออัตราดอกเบี้ยเพิ่มเติมที่ระบุไว้ดำเนินไปนั้น

ในกรณีดังกล่าวนี้ อัตราดอกเบี้ยจะลดลงไปตามหลักกฎหมายในเรื่องของ ดอกเบี้ยตาม มาตรา 247<sup>46</sup> ที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยนั้นจะขึ้นอยู่กับธนาคารกลางยุโรป (The European Central Bank) สำหรับหลักการดำเนินการรีไฟแนนซ์ล่าสุดนี้ แต่อย่างไรก็ตามผู้กู้ยืม ยังคงมีสิทธิเพิกถอนได้ตาม มาตรา 355 ภายใต้ มาตรา 495<sup>47</sup>

ดังนั้น เห็นได้ว่าแบบของสัญญาทางหนี้ของสัญญากู้ยืมตามปกติที่สร้างขึ้น ระหว่างเอกชนด้วยกันเองนี้ คู่สัญญายอมเข้าตกลงทำสัญญาได้โดยมิได้มีแบบบังคับไว้ ความสมบูรณ์ในทางหนี้ย่อมสมบูรณ์ แต่หากปรากฏว่าคู่สัญญาในสัญญากู้ยืมเป็นการทำสัญญา ระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ กฎหมายได้วางหลักให้คู่สัญญาต้องทำตามแบบ คือทำเป็น หนังสือ (Written form) ลงลายมือชื่อผู้กู้ยืมซึ่งเป็นผู้บริโภคเป็นสำคัญซึ่งกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ กำหนดให้ผลของสัญญากลายเป็นโมฆะหากมิได้ทำตามแบบโดยมิได้มีรายละเอียดดังที่ มาตรา 492

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 247 บัญญัติว่า

“(1) The basic rate of interest is 3.62%.\*\*) It changes on 1 January and 1 July each year by the percentage points by which the reference rate has risen or fallen since the last change in the basic rate of interest. The reference rate is the rate of interest for the most recent main refinancing operation of the European Central Bank before the first calendar day of the relevant six-month period.”

<sup>47</sup> Manfred Lowisch. (2003). New Law of Obligation in German Ritsumeikan Law Review No 2. p. 155. Retrieved January 7, 2011, from <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf>.

อย่างไรก็ตามในเรื่องของแบบตาม มาตรา 492 นี้ไม่บังคับใช้กับกรณีการกู้เบิกเงินเกินบัญชีตาม มาตรา 493 (1) ช่วงต้น

แบบของสัญญากู้ยืมระหว่างเอกชนในสัญญาทางทรัพย์สินเห็นว่าสัญญากู้ยืมทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือเงิน หลักของการส่งมอบสังหาริมทรัพย์เพียงผู้ให้กู้ยืมตกลงส่งมอบเงินและมีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ยืมสัญญากู้ยืมเงินในสัญญาทางทรัพย์สิน ก็สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในเงินตกแก่ผู้ยืม ส่วนสัญญากู้ยืมผู้บริโภคในสัญญาทางทรัพย์สินนี้ คู่สัญญาตกลงกันส่งมอบเงินและได้ส่งมอบเงินแก่กันสัญญากู้ยืมผู้บริโภคในสัญญาทางทรัพย์สินนี้ก็สมบูรณ์ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายแพ่งเยอรมัน ความเป็นผลเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาได้มีผลสำคัญมาก เนื่องจากหากพิจารณา มาตรา 494 ผลทางกฎหมายในเรื่องแบบของสัญญากู้ยืมผู้บริโภคได้ให้ความสำคัญกับการส่งมอบเงินซึ่งเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไว้อย่างเห็นได้ชัด คือแม้ว่าคู่สัญญาจะมีได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ใน มาตรา 492 แต่หากปรากฏได้มีการส่งมอบเงินที่กู้ยืมนั้นแล้ว สัญญาทางหนี้จากผลที่กลายเป็นโมฆะก็กลับกลายเป็นผลสมบูรณ์

### 3) สิทธิและหน้าที่ในสัญญากู้ยืม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 แบ่งสัญญากู้ยืมระหว่างเอกชนด้วยกันเองอย่างหนึ่ง และสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคอีกอย่างหนึ่ง ดังนี้แล้วการพิจารณาหน้าที่ของคู่สัญญาจะพิจารณาตามสัญญากู้ยืมระหว่างเอกชนกันอย่างหนึ่ง และตามสัญญากู้ยืม เพื่อผู้บริโภคอีกอย่างหนึ่ง

#### (1) หน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญากู้ยืมระหว่างเอกชนด้วยกัน

##### ก. สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้กู้

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มาตรา 488 (1) กำหนดให้ผู้ให้กู้ยืมมีสิทธิได้รับเงินสำหรับต้นเงินคืนสัญญากู้ยืมและหากมีการกำหนดให้มีการชำระดอกเบี้ยไว้ผู้ให้กู้ยืมมีสิทธิได้รับจำนวนตามอัตราดอกเบี้ยที่ตกลงจะชำระ นอกจากนี้ มาตรา 490 (1)<sup>48</sup> กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้กู้ยืมสามารถบอกเลิกสัญญากู้ยืมได้นอกเหนือจากสิทธิในเบื้องต้นตามสัญญากู้ยืมที่ได้ตกลงกัน โดยว่า “หากว่าสถานะทางการเงินของผู้กู้ หรือมูลค่าของหลักประกัน

<sup>48</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 490 (1) บัญญัติว่า

“(1) If there is or threatens to be a substantial deterioration in the financial circumstances of the borrower or in the value of a security given for the loan as a result of which the repayment of the loan is jeopardized (ที่เป็นอันตราย) even if the security is realized, the lender may give notice of termination of the loan agreement with immediate effect; in case of doubt, extraordinary notice of termination is available before the loan is paid out, under all circumstances, but, after the loan has been paid out, only as a general rule.”

ที่ให้ไว้ตามสัญญา ก็มีความเสี่ยง แม้ว่าหลักประกันดังกล่าวยังคงมีอยู่ ผู้ให้กู้ยืมแจ้งการบอกกล่าว เลิกสัญญา ก็ให้มีผล ได้ทันที ในกรณีมีข้อสงสัย หนังสือบอกเลิกสัญญา ดังกล่าว ย่อมมีผลบังคับ ใช้ได้ก่อนที่สัญญา จะมีผลบังคับใช้ภายใต้สถานการณ์ทั้งหมด และการกู้ยืมที่ได้รับไว้แล้วทำนั้น ให้ใช้หลักทั่วไป” ผู้เขียนเห็นว่ามีการกำหนดคล้ายกับ มาตรา 610 ในอดีตที่ ผู้ให้ยืมสามารถที่จะ เพิกถอนคำมั่นจะให้ยืมหากพฤติการณ์เสถียรภาพทางการเงินของผู้ยืมมีความเสี่ยงที่เปลี่ยนแปลง

ผู้เขียนเห็นอีกว่าบทบัญญัติ มาตรา 490 (1) กำหนดว่าหนังสือ บอกเลิกสัญญา ที่มีผลก่อนสัญญา จะมีผลใช้บังคับ จึงเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายเยอรมันยอมรับหลัก เรื่องสัญญาจะทำสัญญา คือ เนื่องจาก มาตรา 488 กำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ซึ่งกันและ กันอันต่างจากหลักเดิมที่กำหนดไว้ในสัญญา ยืมใช้เปลืองที่เป็นสัญญาฝ่ายเดียว ดังนี้เมื่อผู้ให้กู้ต้อง ส่งมอบจำนวนตามที่ตกลงกันให้แก่ผู้กู้ เห็นได้ว่าความมั่นคง เสถียรภาพของผู้ยืมลูกหนี้ที่จะชำระ คั้นมีความเสี่ยง บทกฎหมาย มาตรา 490 (1) จึงให้สิทธิแก่ผู้ให้กู้บอกเลิกสัญญาได้

หน้าที่ของฝ่ายผู้ให้กู้นั้นเห็นได้ว่า มาตรา 488 (1) กำหนดให้ผู้ให้กู้ ต้องจัดหาให้ผู้กู้ได้รับจำนวนตามที่ได้ตกลงกู้ยืมกันจนครบเท่านั้น ส่วนหน้าที่หรือหนี้ตาม มาตรา 488-490 มิได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามผู้ให้กู้คงอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยหนี้ทั่วไปด้วย

#### ข. สิทธิและหน้าที่ของผู้กู้

สิทธิของผู้กู้ยืมเป็นที่เห็นได้จากสาระสำคัญของ มาตรา 488 (1) ที่ผู้ยืมเมื่อได้แสดงเจตนาตกลงกู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้แล้วสัญญากู้ยืมก็เกิดขึ้น ผู้ยืมย่อมมีสิทธิได้รับเงิน ตามจำนวนที่ตกลงกัน และได้เพิ่มสิทธิของผู้กู้ยืมในการบอกเลิกสัญญาไว้ใน มาตรา 489<sup>49</sup> และ มาตรา 490 (2)<sup>50</sup>

<sup>49</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 489 บัญญัติว่า

“Right of the borrower to give notice of termination

1) The borrower may terminate a loan contract, in whole or in part, where for a specific period of time a fixed rate of interest has been agreed

if the pegging of the rate of interest ends prior to the time determined for repayment and no new agreement is reached on the rate of interest, observing a notice period of one month to end at the earliest at the end of the day on which the pegging of the rate of interest ends; if an adjustment of the rate of interest is agreed at certain intervals of up to one year, the borrower may only give notice to end at the end of the day on which the pegging of the rate of interest ends;

if the loan is granted to a consumer and not secured by a security right in land or a maritime lien, at the end of six months after complete receipt, observing a notice period of three months;

มาตรา 489 เป็นเรื่องสิทธิของผู้กู้บอกกล่าวเลิกสัญญาผู้ว่าสามารถ มีได้ดังในกรณีต่อไปนี้

มาตรา 489 (1) “ผู้กู้จะบอกเลิกสัญญาผู้ยืมดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือ บางส่วน ภายในระยะเวลาที่ได้มีการตกลงเรื่องอัตราดอกเบี้ย” คือ มาตรานี้ให้สิทธิในการเลิก สัญญาแต่ในสัญญาผู้ยืมในกรณีที่มีการตกลงเรื่องอัตราดอกเบี้ย ซึ่งในสัญญาผู้ยืมเงินจะประกอบด้วย เงินต้น และจำนวนเงินดอกเบี้ยจากสัญญาผู้ตามที่ได้ตกลงกัน ดังนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้กู้ยืม จะบอกเลิกสัญญาผู้ได้ไม่ว่าจะเลิกทั้งหมดคือทั้งในส่วนต้นเงิน หรือเฉพาะแต่ส่วนดอกเบี้ย ตามระยะเวลาที่ได้ตกลงกันเพื่อจ่ายดอกเบี้ยนั้น ซึ่งหากผู้กู้พร้อมที่จะชำระกฎหมายจึงให้สิทธิแก่ ผู้กู้สามารถเลิกสัญญาผู้ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม มาตรา 498 (1) วรรค 2 กำหนดว่า “หากดอกเบี้ยได้สิ้นสุด ก่อนเวลาที่กำหนดชำระคืน และไม่มีการตกลงอัตราดอกเบี้ยกันใหม่ ต้องแจ้งให้ทราบก่อนหนึ่ง เดือนถึงวันสุดท้ายของวันที่ชำระเสร็จของอัตราดอกเบี้ยที่สิ้นสุดนั้น หากได้มีการตกลง อัตราดอกเบี้ยในระยะเวลาเกินกว่าหนึ่งปี ผู้กู้ต้องแจ้งให้ทราบวันทีสิ้นสุดในวันสุดท้ายที่ต้องชำระ ดอกเบี้ยดังกล่าวก็ได้” คือ ในกรณีที่สัญญาผู้ยืมกำหนดระยะเวลาในการชำระดอกเบี้ย แต่ผู้กู้ได้ชำระ

---

in any case at the end of ten years after complete receipt, observing a notice period of six months; if, after the loan is received, a new agreement is reached on the repayment period or the rate of interest, the date of this agreement replaces the date of disbursement.

2) The borrower may terminate a loan contract with a variable rate of interest at any time, giving three months' notice of termination.

3) Termination by the borrower under subsections (1) or (2) is deemed not to have been given if the borrower does not repay the sum owed within two weeks after the notice of termination takes effect.

4) The right of termination of the borrower under subsections (1) and (2) above may not be excluded or made more difficult by contract. This does not apply to loans to the Federal Government, to a special fund of the Federal Government, a Land, a municipality, an association of municipalities, the European Communities or foreign regional or local authorities.”

<sup>50</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 490 (2) บัญญัติว่า

“The borrower may give early notice of termination of a loan contract where for a specified period of time a fixed rate of interest is agreed and the loan is secured by a security right in land or a maritime lien, complying with the notice periods in section 489 (1) no. 2, if his justified interests require this. There is such an interest in particular, without limitation, if the borrower has the need to otherwise realise the thing pledged to secure the loan. The borrower must compensate the lender for the damage incurred by the lender as a result of this early termination (compensation for early termination).”

ดอกเบี้ยครบก่อนที่จะถึงกำหนดชำระ และไม่ปรากฏในสัญญาอีกว่าคู่สัญญาได้มีการตกลงเรื่องอัตราดอกเบี้ยกันใหม่ เช่นนี้ ผู้กู้จะต้องแจ้งให้ทราบก่อนหนึ่งเดือนก่อนจะถึงวันสุดท้ายของวันที่จะต้องชำระดอกเบี้ยนั้น แต่หากปรากฏว่าในสัญญากู้นั้นได้มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยกันเป็นระยะเวลามากกว่าหนึ่งปี ผู้กู้อาจแจ้งให้ทราบวันสิ้นสุดสัญญากู้เป็นวันเดียวกับที่ต้องชำระดอกเบี้ยตามที่ได้กำหนดกันไว้ก็ได้

มาตรา 489 (1) วรรค 3 กำหนดว่า “การกู้ยืมเงินแก่ผู้บริโภครวมโดยไม่มี การประกันสิทธิในที่ดินหรือสิทธิยึดหน่วงทางเรือเมื่อสิ้นสุดเวลาหกเดือนหลังจากที่รับใบเสร็จ ให้แจ้งให้ทราบภายในเวลาสามเดือน” กรณีนี้เป็นการกู้ยืมเงินโดยคู่สัญญาเป็นผู้บริโภคและไม่มี การให้สิ่งใดไว้เป็นประกันหรือสิทธิยึดหน่วงที่มีสิ้นสุดลง เช่นนี้ผู้ยืมซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องแจ้งการ บอกละเลิกดังกล่าวภายในเวลาสามเดือนภายหลังจากเวลาหกเดือนที่ได้รับใบเสร็จการชำระ

มาตรา 489 (1) วรรค 4 กำหนดว่า “ในกรณีที่ครบเวลาสิบปีภายหลังจากที่ได้รับใบเสร็จต้องแจ้งให้ทราบภายในเวลาหกเดือน ถ้าภายหลังจากนั้นได้รับเงินกู้กันอีกให้ถือว่า มีข้อตกลงกันใหม่อันระยะเวลาในการชำระหนี้ หรืออัตราดอกเบี้ย วันที่ตกลงในสัญญานี้ให้ บังคับใช้แทนที่วันที่ได้ชำระเงิน” คือ ในกรณีที่สัญญากู้ครบกำหนดสิบ หากว่าภายหลังลูกหนี้ ได้รับใบเสร็จจากเจ้าหนี้ ลูกหนี้ต้องแจ้งการบอกกล่าวนั้นภายในหกเดือน ถ้าภายหลังปรากฏว่า ลูกหนี้ผู้ยืมนี้ได้รับเงินกู้กันใหม่อีก ให้ถือว่า มีข้อตกลงกันใหม่ทั้งระยะเวลาในการชำระหนี้ อัตราดอกเบี้ย วันที่ตกลงในสัญญาให้ถือว่าใช้บังคับแทนวันที่ได้ชำระ เช่นนี้ก็ถือได้สัญญากู้ยังคงมีอยู่ มิได้ระงับไปเสมือนดังว่าได้ทำสัญญาใหม่โดยปริยาย

มาตรา 489 (2) วางหลักว่า “ผู้กู้ อาจบอกละเลิกสัญญากู้ยืมนี้กับอัตรา ดอกเบี้ยที่ไม่คงที่ได้ตลอดเวลา ให้แจ้งให้ทราบสามเดือนของการสิ้นสุด” คือ ในสัญญากู้ยืมมีการ ตกลงเรื่องดอกเบี้ยกันไว้แต่ไม่ได้กำหนดอัตราที่คงที่ไว้เช่นนี้ผู้กู้จะบอกละเลิกสัญญากู้ได้โดยแจ้งให้ ทราบก่อนล่วงหน้าเป็นเวลาสามเดือน มาตรานี้ต่างกับ มาตรา 488 (3) วางหลักไว้ว่า “...หากใน สัญญากู้มิได้มีการตกลงเรื่องดอกเบี้ยไว้ ผู้กู้ย่อมจะชำระหนี้ได้โดยปราศจากการบอกกล่าวล่วงหน้า ได้” (...If interest is not owed, the borrower is also entitled to repay without giving notice of termination.) มาตรา 489 (2) เป็นเรื่องสัญญากู้ได้กำหนดดอกเบี้ยไว้สัญญา แต่ใน มาตรา 488 (3) ช่วงท้ายเป็นกรณีที่สัญญากู้มิได้กำหนดดอกเบี้ยไว้ในสัญญา

มาตรา 489 (3) วางหลักว่า “การบอกละเลิกสัญญาโดยผู้กู้ผู้นี้อยู่ภายใต้ อนุ (1) หรือ (2) ถือว่าไม่เป็นผลถ้าผู้กู้ไม่ได้ชำระเงินที่ค้างชำระภายในสองสัปดาห์ภายจากการแจ้ง การบอกละเลิก” คือ การบอกละเลิกสัญญาโดยผู้กู้ยืมได้มีการบอกกล่าวดังที่กำหนดอนุ (1) หรือ (2)

ถือว่าไม่ได้รับการบอกกล่าว ถ้าหากว่าผู้ภู่นั้นไม่ชำระคืนหนี้ภายในสองสัปดาห์หลังจากหนังสือบอกกล่าวมีผล

มาตรา 489 (4) วางหลักว่า “สิทธิในการบอกเลิกของผู้ภายในอนุ (1) และ (2) ดังกล่าวนั้น ไม่ได้รับการยกเว้นหรือทำให้ยากขึ้นตามสัญญา ซึ่งไม่ใช่กับการกู้ยืมของสหพันธรัฐ กองทุนพิเศษของสหพันธรัฐ ที่ดิน เทศบาล ประชาคมยุโรป หรือเจ้าหน้าที่ระดับภูมิภาคหรือท้องถิ่น”

สิทธิในการบอกเลิกสัญญาผู้ตาม มาตรา 490 (2) วางหลักว่า “ผู้กู้อาจบอกกล่าวล่วงหน้าถึงการเลิกสัญญาผู้เร็วกว่าระยะเวลาที่กำหนด กรณีที่ได้มีการตกลงเรื่องระยะเวลาของอัตราดอกเบี้ยคงที่ และการกู้ยืมที่มีการประกันด้วยสิทธิในที่ดินหรือสิทธิยึดหน่วงในเรือ ถ้าหากได้มีการเรียกดอกเบี้ยโดยชอบให้เป็นไปตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ใน มาตรา 489 (1) วรรค 2 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในดอกเบี้ยที่ปราศจากกำหนดเวลา ถ้าผู้กู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ให้กู้สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเกิดแก่ผู้ให้กู้เพราะการบอกเลิกสัญญาผู้เร็วกว่าระยะเวลาที่กำหนด” คือ มาตรานี้เป็นกรให้สิทธิแก่ผู้กู้ที่สามารถเลิกสัญญาผู้เร็วกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้ได้ โดยใช้สำหรับสัญญาผู้ที่มีการตกลงเรื่องระยะเวลาอันกำหนดต่ออัตราดอกเบี้ยคงที่ และสัญญาผู้ยืมที่มีการประกันด้วยสิทธิในที่ดินหรือสิทธิยึดหน่วงเรือ โดยหากสัญญาผู้ยืมทั้งสองกรณีดังกล่าวได้มีการเรียกดอกเบี้ยโดยชอบ หรือกรณีที่มีการเรียกดอกเบี้ยแต่ไม่มีกำหนดเวลาชำระ ผู้กู้มีสิทธิที่จะบอกกล่าวเลิกสัญญาผู้ได้โดยปฏิบัติตาม มาตรา 489 (1) วรรค 2 คือ ผู้กู้จะต้องแจ้งให้ทราบก่อนหนึ่งเดือนก่อนจะถึงวันสุดท้ายของวันที่จะต้องชำระดอกเบี้ยนั้น แต่หากว่าในสัญญาผู้ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยกันเป็นระยะเวลามากกว่าหนึ่งปี ผู้กู้อาจแจ้งให้ทราบวันสิ้นสุดสัญญาผู้เป็นวันเดียวกับที่ต้องชำระดอกเบี้ยตามที่ได้กำหนดกันไว้ก็ได้ ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิของผู้ผู้ตาม มาตรา 490 (2) หากพิจารณาจากหลักการของ มาตรา 490 ก่อให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่ามาตรานี้ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้กู้สามารถบอกเลิกสัญญาผู้ได้เร็วกว่ากำหนดที่ระบุไว้ เสมือนว่าผู้กู้ละประโยชน์ในเงื่อนไขที่มีไว้เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ ที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระก่อนกำหนดไม่ได้

(2) หน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภค

ก. สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้กู้

สิทธิของผู้ให้กู้ยืมนี้เห็นได้ว่าตามปกติของการทำสัญญาผู้ยืม ผู้ให้กู้ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับเงินต้นคืน และดอกเบี้ยเนื่องจากในสัญญาผู้ยืมผู้บริโภคได้กำหนดไว้ว่าต้องเป็นสัญญาที่ต้องมีค่าตอบแทน (Nongratuitouse) ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 491 (1) นอกจากนี้

ได้ปรากฏเรื่องสิทธิในการบอกเลิกของผู้ให้กู้ยืมตาม มาตรา 498<sup>51</sup> ได้ในกรณีที่มีการชำระเป็นงวดๆ ไว้หากปรากฏว่าผู้กู้ยืมได้ผิดนัดชำระเป็นเวลา 2 งวดติดต่อกัน คือ ผู้ให้กู้ยืมต้องบอกกล่าวการผิดนัดเพื่อบอกเลิกสัญญานั้นได้กรณีที่ผู้กู้ยืมผิดนัดเท่านั้น (Default) โดยหากปรากฏว่าผู้กู้ยืมได้ผิดนัด (Default) เป็นเวลา 2 งวดติดต่อกันไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน อย่างน้อย 10% ในกรณีที่สัญญาผู้กู้ยืมกำหนดเวลาไว้เกิน 3 ปี 5% ของจำนวนเงินในสัญญาผู้หรืองวดที่ผ่อนชำระราคาสินค้า และในกรณีที่ผู้ให้กู้ให้ระยะเวลา 2 สัปดาห์ สำหรับการชำระเงินในเงินที่ค้างชำระ และในกรณีที่ไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาดังกล่าวนี้ ผู้ให้กู้สามารถเรียกชำระเงินได้ทั้งหมด ดังกล่าวต่อไปนี้

มาตรา 498 ยังได้กำหนดให้ผู้ให้กู้สามารถเรียกชำระหนี้ตามสัญญา ยืมทั้งหมดในกรณีที่เป็นการกู้ยืมที่มีการผ่อนชำระเป็นงวดๆ ซึ่งใน มาตรา 498 ได้กำหนดสาระสำคัญไว้ดังต่อไปนี้

(ก) กรณีที่การชำระหนี้ยืมคืนโดยวิธีการผ่อนชำระ ผู้ให้ยืมอาจส่งหนังสือยกเลิกสัญญาอันเกิดจากการผิดสัญญาได้ ถ้า

1. ผู้กู้ยืมผิดนัดชำระหนี้อย่างน้อยสองคราวติดต่อกันสองงวด ทั้งหมดหรือบางส่วน และอย่างน้อยคิดเป็นร้อยละ 10 และในกรณีที่สัญญาผู้กู้ยืมติดต่อกันเกินกว่า 3 ปี คิดเป็นร้อยละ 5 ของตัวเลขจำนวนเงินที่ยืมทั้งหมด หรือราคาที่ผ่อนชำระ และ

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 498 บัญญัติว่า

“1) With regard to a loan that is to be repaid in instalments, the lender may only give notice of termination on account of the default in payment of the borrower if

(1) the borrower is in default in the payment of at least two consecutive instalments in whole or in part and by at least ten per cent, in the case of a consumer loan contract running for more than three years by five per cent, of the nominal amount of the loan or of the instalment price, and

(2) the lender has without result given the borrower a period of two weeks for payment of the amount in arrears and has declared that in the case of failure to pay within the period, the lender will demand the entire residual debt.

At the latest when the lender specifies a period of time, the lender is to offer to the borrower to discuss the possibility of an arrangement by mutual consent.

2) If the lender terminates the consumer loan contract, the residual debt is reduced by the interest and other charges dependent on the duration of the loan which, if graduated calculation is used, apply to the period after the termination becomes effective.

3) Subsection (1) applies to real estate loan contracts on proviso that the borrower must be completely or partly in arrears in respect of at least two consecutive instalments and of at least 2.5 percent of the nominal amount of the loan.”



2. ผู้ให้กู้ยืมได้ให้เวลาผู้ยืมชำระหนี้ภายในระยะเวลา 2 อาทิตย์แล้วไม่ได้รับชำระหนี้เงินที่ค้างชำระ และผู้ให้กู้ยืมได้บอกกล่าวถึงการผิดนัดชำระหนี้ตามเวลาแล้วถึงหนี้ที่เหลือทั้งหมด

เมื่อถึงระยะเวลาสุดท้ายที่ผู้ให้กู้ยืมกำหนดระยะเวลาให้ผู้ให้กู้ยืมได้ส่งคำเสนอไปยังผู้กู้ยืม โดยอาจส่งคำบอกกล่าวโดยวาจาได้

(ข) ถ้าผู้ให้กู้ยืมยกเลิกสัญญาผู้ยืม หนี้ที่เหลือจะลดลงโดยอัตราดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่น โดยขึ้นอยู่กับระยะเวลาการกู้ยืม ซึ่งถ้าต้องใช้วิธีการแบ่งขั้นคำนวณแล้วนั้น ให้ใช้ระยะเวลาตั้งแต่การยกเลิกสัญญามีผล

(ค) อนุมาตรา (1) ให้ใช้กับสัญญาอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีมีข้อบังคับที่ผู้กู้ยืมต้องผ่อนชำระทั้งหมดหรือบางส่วนอย่างน้อยสองคราวติดต่อกัน และอย่างน้อยร้อยละ 2.5 ของจำนวนเงินกู้ทั้งหมด

สำหรับหนี้ของฝ่ายผู้ให้กู้ยืมนี้เห็นได้ว่าผู้ให้กู้ยืมนั้นมีหน้าที่ต้องส่งมอบเงินตามจำนวนที่ผู้ยืมให้แก่ผู้บริโภคนอกจากนี้ยังมีหน้าที่จะต้องทำสัญญาให้แก่ผู้บริโภค การแจ้งรายละเอียดที่จะต้องมีในสัญญาให้ผู้บริโภคทราบใน มาตรา 492a ที่กำหนดหน้าที่ความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้นไว้

โดย มาตรา 492a (1) ทางฝ่ายผู้ให้กู้ยืมมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งอัตราดอกเบี้ยที่ลดลงในกรณีที่ได้มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยกันไว้ และอัตราที่กำหนดไว้แล้วได้สิ้นสุดก่อนครบกำหนดชำระ ผู้ให้กู้ยืมต้องแจ้งให้ผู้ยืมทราบอย่างน้อยเป็นเวลาสามเดือนก่อนที่จะสิ้นสุดของอัตราที่กำหนดไว้แล้ว ไม่ว่าจะได้มีการเจรจาที่จะทำสัญญากันใหม่หรือไม่ในอัตราดอกเบี้ยดังกล่าว หากว่าผู้ให้กู้ยืมได้ประกาศถึงความตั้งใจของเขาไว้ เช่นนี้จะต้องมีการแจ้งอัตราดอกเบี้ยที่เสนอไว้ในเวลาที่มีการแจ้งถึงความตั้งใจเช่นนั้น

มาตรา 492a (2) ผู้ให้กู้จะต้องแจ้งแก่ผู้กู้ยืมเป็นเวลาอย่างน้อย 3 เดือนก่อนที่จะมีการบอกเลิกสัญญาผู้ยืม ไม่ว่าเขาจะได้มีการเจรจาที่จะต่อสัญญากู้ดังกล่าวไว้หรือไม่ หากผู้ให้กู้ยืมประกาศถึงเจตนาที่ต่อสัญญานั้น จะต้องมีการแจ้งถึงรายละเอียดที่บังคับไว้ตาม มาตรา 492 (1) ในช่วงท้ายดังกล่าวในเวลาที่ได้มีการแจ้งเจตนาของตน

มาตรา 492a (3) ถ้าได้มีการโอนสิทธิตามสัญญาผู้ยืม หนี้ตามอนุ (1) และ (2) นี้ย่อมมีผลต่อเจ้าหนี้คนใหม่ เว้นแต่เจ้าหนี้คนเก่าได้ตกลงกับเจ้าหนี้คนใหม่ว่าเฉพาะแต่เจ้าหนี้คนเก่าเท่านั้นที่มีหน้าที่ในการแจ้งดังกล่าวแก่ผู้ยืมทราบ

#### ข. สิทธิและหน้าที่ของผู้กู้ยืมเพื่อบริโภค

การกู้ยืมในสัญญากู้ยืมผู้บริโภคย่อมมีสิทธิในการคุ้มครองมากกว่าผู้กู้ยืมในระหว่างเอกชนด้วยเพราะเหตุว่า ผู้กู้ยืมซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมมีฐานะอ่อนแอกว่าผู้ประกอบการ การปฏิรูปกฎหมายในครั้งนี้จึงได้มีการกำหนดสิทธิต่างๆ ให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองมากขึ้น โดยสิทธิขั้นพื้นฐานคือมีสิทธิได้รับเงินตามสัญญากู้ยืม และผู้กู้ยืมมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งรายละเอียดในสัญญานั้นจากผู้ให้กู้ยืมตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ใน มาตรา 493 เพื่อคุ้มครองให้ทราบถึงรายละเอียดในสัญญาและนอกจากนี้ผู้กู้ยืมมีสิทธิในการเพิกถอนสัญญาที่ดังกล่าวได้ตาม มาตรา 495<sup>52</sup> ซึ่งสาระสำคัญการเพิกถอนนี้ได้ระบุไว้ในมาตรา 355 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิการเพิกถอนในสัญญาผู้บริโภคอันเป็นหลักทั่วไปใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภค สำหรับในสัญญากู้ยืมผู้บริโภคมาตรา 495 กำหนดไว้ในสัญญากู้ยืมผู้บริโภคนี้ผู้กู้ยืมย่อมมีสิทธิเพิกถอนตาม มาตรา 355 ได้ ดังนั้นแล้วสาระสำคัญที่กำหนดให้สิทธิผู้บริโภคตาม มาตรา 355 จึงย่อมเป็นสิทธิของผู้กู้ยืมด้วย

หนี้หรือหน้าที่ของผู้กู้ยืมเห็นได้ว่าผู้กู้ยืมจะต้องมีหน้าที่ชำระเงินต้นและดอกเบี้ยตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีที่ได้มีการตกลงให้ชำระแต่ไม่ได้กำหนดอัตรากันไว้ และผู้กู้ยืมจะต้องชำระให้ตรงตามที่กำหนดไว้มิฉะนั้นอาจเป็นเหตุให้ผู้ให้กู้ยืมบอกเลิกสัญญาได้และสามารถเรียกเงินคืนได้ทั้งหมด

#### 4) การผิคนัดชำระหนี้ในสัญญากู้ยืมผู้บริโภค

มาตรา 497 เป็นบทบัญญัติที่ได้กำหนดหลักในเรื่องการผิคนัดชำระหนี้ไว้ เฉพาะการปฏิบัติต่อการผิคนัดชำระดอกเบี้ย หรือในหนี้บางส่วน ซึ่ง มาตรา 497 ได้กำหนดไว้ดังกล่าวต่อไปนี้

(1) ผู้ยืมที่ผิคนัดชำระหนี้ตามสัญญาใช้เงินเปลือง ต้องชำระดอกเบี้ยต่อเนื่องในอัตราตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 288 (1) ในจำนวนที่ค้างชำระ แต่ไม่รวมถึงสัญญาอสังหาริมทรัพย์ กรณีดังกล่าวตามสัญญานี้อัตราดอกเบี้ยผิคนัดต่อปี รวมเป็นร้อยละ 2.5 นอกเหนือจากอัตราดอกเบี้ยพื้นฐาน นอกจากนี้แล้วผู้ให้ยืมอาจพิสูจน์ว่าความเสียหายมีมากกว่านั้น หรือผู้ยืมอาจพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นน้อยกว่านั้น

<sup>52</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 495 บัญญัติว่า

“1) In the case of a consumer loan contract, the borrower has a right of revocation under section 355.

2) Subsection (1) does not apply to the consumer loan contracts referred to in section 493 (1) sentence 1 if, under the contract, the borrower may repay the loan at any time without complying with a notice period and without additional charges.”

(2) ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นภายหลังจากการผิดสัญญาต้องลงบัญชีแยกเอาไว้ และต้องไม่ชำระในบัญชีปัจจุบันรวมกับจำนวนหนี้ที่ค้างชำระหรือสิทธิเรียกร้องอื่นของผู้ให้ยืม อันอยู่ภายใต้บังคับแห่งอัตราดอกเบี้ยตาม มาตรา 289 วรรค 2 พร้อมด้วยเงื่อนไขที่ผู้ให้ยืมอาจต้องเสียหายเพิ่มไปจนถึงจำนวนอัตราดอกเบี้ยขั้นต้น (มาตรา 246)

(3) การชำระหนี้โดยผู้ยืมซึ่งไม่เพียงพอที่จะชำระคืนหนี้ที่ถึงกำหนดชำระทั้งหมดนั้นให้ถือว่าเป็นหนี้ นอกเหนือจาก มาตรา 367 (1) ข้อแรก รวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ซึ่งรวมถึงจำนวนเงินที่ค้างอยู่ด้วย (อนุมาตรา 1) และรวมถึงดอกเบี้ย (อนุมาตรา 2) ผู้ให้ยืมอาจไม่ยกเลิกหนี้อุปกรณ์ การจำกัดสิทธิเรียกร้องสำหรับการชำระหนี้ยืมคืนและดอกเบี้ยที่ค้างชำระจากวันที่เริ่มต้นผิดนัด ภายใต้ อนุมาตรา (1) จนกระทั่งที่จะได้มีการระบุดำเนินการที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 197 (1) ข้อ 3 ถึง ข้อ 5 แต่ไม่เกิน 10 ปีนับตั้งแต่วันที่ทำสัญญา มาตรา 197 (2) ไม่ใช้กับกรณีสิทธิในการเรียกร้องดอกเบี้ย วรรค 1 ถึง 4 ไม่ใช้กับการขยายการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการบังคับชำระหนี้โดยคำพิพากษาของศาลที่เป็นเรื่องของการเรียกร้องดอกเบี้ย

(4) อนุมาตรา 2 และ 3 วรรค 1, 2, 4 และ 5 ไม่รวมถึงสัญญายืมอสังหาริมทรัพย์

### 3.2 สัญญายืมและสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

#### 3.2.1 ลักษณะของสัญญายืม

##### 3.2.1.1 ความหมายของสัญญายืม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีการแบ่งออกเป็นสองประเภทเช่นเดียวกับประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเทศอื่นๆ คือ ได้แบ่งออกเป็นสัญญายืมใช้คงรูป (Loans for Use or Commodates) บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 1875 - 1891 และสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง (Loans for Consumption or Simple Loans) บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 1892 - 1914 โดยมาตรา 1875<sup>53</sup> สัญญายืมใช้คงรูปวางหลักว่า “ยืมใช้คงรูป คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบ (Delivers) ทรัพย์สิน (Thing) ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ยืมจะคืนทรัพย์สินนั้นภายหลังที่ใช้สอยเสร็จสิ้น” และ มาตรา 1892<sup>54</sup> สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองวางหลักไว้ว่า “ยืมใช้สิ้นเปลือง คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบ (Delivers) ทรัพย์สิน (Things) ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้บุคคล

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1875 บัญญัติไว้ว่า “A loan for use or commodate is a contract by which one of the parties delivers to the other a thing to be used, on condition that the borrower returns it after making use of it.”

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1892 บัญญัติไว้ว่า “A loan for consumption is a contract by which one of the parties delivers to the other a certain quantity of things which are consumed by use, on condition that the latter shall return as much to him in the same kind and quality.”

ดังกล่าวใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะคืนทรัพย์สินในปริมาณ ชนิด (Kind) และคุณภาพ (Quality) เดียวกันให้แก่ตน” จากมาตราดังกล่าวความหมายของสัญญาซื้อขาย คือการที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้ซื้อส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ตามที่ได้รับไว้คืนให้แก่ผู้ซื้อ หากเป็นสัญญาซื้อขายใช้คงรูปต้องส่งมอบทรัพย์สินเดียวกับที่ได้รับไว้ คืนแก่ผู้ให้ซื้อ แต่หากเป็นสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นประเภท ชนิดและ ปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้คืน

### 3.2.1.2 สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีสาระสำคัญแห่งสัญญาซื้อขายเหมือนกับ กฎหมายโรมัน คือ สัญญาซื้อขายถือว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นหลักของ ทรัพย์สินสัญญาที่มาตั้งแต่อดีต การเกิดขึ้นของสัญญาซื้อขายจะสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมายจึงต้องมีการ ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้กับผู้ซื้อ การส่งมอบทรัพย์สินถือว่าเป็นการกระทำตามเจตนา ของคู่สัญญาในสัญญาซื้อขาย<sup>55</sup> ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินจึงถือว่าเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมของสัญญา อีกประการหนึ่งนอกเหนือจากเจตนาของคู่สัญญาที่จะต้องมิในกระบวนการเกิดขึ้นของสัญญาซื้อขาย<sup>56</sup>

### 3.2.1.3 สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว

ลักษณะสำคัญอีกประการของสัญญาซื้อขายคือ สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) หนึ่งอันเกิดจากสัญญาซื้อขายจะมีเฉพาะทางฝ่ายผู้ซื้อเท่านั้น หนึ่งที่เกิดแก่ฝ่ายผู้ซื้อคือ หนึ่งในการรักษาทรัพย์สินและส่งคืนทรัพย์สิน (ในกรณีสัญญาซื้อขายใช้คงรูป) หรือหนึ่งที่ต้องคืนทรัพย์สินในชนิด ประเภท และปริมาณเดียวกับที่ได้รับมา (ในกรณีของสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง)<sup>57</sup>

## 3.3.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง

### 3.2.2.1 ลักษณะของสัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งกล่าวถึงลักษณะของการซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงว่ามีลักษณะ อย่างไร ปรากฏใน มาตรา 1892 ที่วางหลักว่า “ซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่ง มอบ (Delivers) ทรัพย์สิน (Things) ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้บุคคลดังกล่าวใช้สอย โดยมี เงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะคืนทรัพย์สินในปริมาณ (Quantity) ชนิด (Kind) และคุณภาพ (Quality) เดียวกัน ให้แก่ตน” ดังนั้น สัญญาซื้อขายใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ซื้อ ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องคืนทรัพย์สินในปริมาณ ชนิด และคุณภาพเดียวกันคืนให้แก่ผู้ให้ซื้อ

<sup>55</sup> Marcel Plaiol. (1939). “Treaties on The Civil Law. Trans, Louisiana state law Institute.” 2, 1. p. 573. อ้างถึงใน สุภัททิยะ สุภางคเสน. (2542). สัญญาซื้อขาย ศึกษาในเชิงทฤษฎี. หน้า 24.

<sup>56</sup> แหล่งเดิม.

<sup>57</sup> แหล่งเดิม.

การส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมตามมาตรา 1892 กำหนดไว้โดยตรงว่า “...the parties delivers to the other a certain quantity of things which are consumed by use...” หมายความว่า ผู้ยืมต้องส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สิน การใช้ทรัพย์สินจึงเป็นลักษณะของการใช้ไปสิ้นไปในตัวทรัพย์สิน ประกอบทั้งเมื่อพิจารณาหน้าที่ที่ผู้ยืมต้องส่งมอบคืนทรัพย์สิน ผู้ยืมมีหน้าที่เพียงต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับมาเท่านั้น ดังนั้นเห็นได้ว่าสัญญาผู้ยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลงตามกฎหมายแพ่งต่างก็ได้ถือหลักของการส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ ผู้ยืมมิใช่เพียงจะส่งมอบการครอบครองเท่านั้น

### 3.2.2.2 ความหมายของสัญญาผู้ยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลง

กฎหมายมิได้กำหนดความหมายของสัญญาผู้ยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเพียงลักษณะของการยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลงไว้ในมาตรา 1892 ดังที่กล่าวไว้แล้วเท่านั้น สัญญาผู้ยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลง คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้บุคคลดังกล่าวใช้สอยโดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลที่ได้รับทรัพย์สินไว้นั้นจะต้องคืนทรัพย์สินในปริมาณ ชนิดและคุณภาพเดียวกับที่ได้รับไว้คืนแก่ผู้ยืม

### 3.2.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาผู้ยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลง

ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจากคำนิยามของคำว่าสัญญาวางหลักไว้ใน มาตรา 1101 วางหลักไว้ว่า สัญญา คือ ความตกลงบุคคลคนเดียวหรือหลายคนมีความผูกพันต่อบุคคลอื่นคนเดียวหรือหลายคนที่จะโอนกรรมสิทธิ์ หรือกระทำการใดหรืองดเว้นกระทำการใด<sup>58</sup> สัญญาตามกฎหมายแพ่งจะมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และสัญญาที่เกิดขึ้นมีผลทำให้เกิดหนี้บังคับได้ตามกฎหมาย<sup>59</sup> นอกจากนั้นตามมาตรา 1131<sup>60</sup> ได้วางหลักไว้อีกว่า หนี้ที่เกิดขึ้นต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ หากหนี้ปราศจากวัตถุประสงค์ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบ หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ย่อมไม่มีผลบังคับ ดังนั้นองค์ประกอบทั่วไปของสัญญาจึงต้องประกอบด้วย คู่สัญญาที่มีความสามารถที่จะทำสัญญา เจตนาของคู่สัญญาที่จะทำสัญญา วัตถุประสงค์ต้องชอบด้วยกฎหมาย<sup>61</sup>

<sup>58</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1101 บัญญัติว่า “A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.”

<sup>59</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2526). *หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ*. หน้า 74.

<sup>60</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1131 บัญญัติว่า “An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect.”

<sup>61</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 94-107.

สัญญาใช้สินเปลื้องนั้นเป็นสัญญาชนิดหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักของสัญญาทั่วไป คือ สัญญาใช้สินเปลื้องนั้นจะต้องประกอบด้วยคู่สัญญา เจตนา และวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากสัญญาใช้สินเปลื้องเป็นสัญญาที่ได้รับหลักของทรัพย์สินสัญญาที่พิจารณาการส่งมอบทรัพย์สินอีกประการประกอบด้วย สัญญาใช้สินเปลื้องเกิดขึ้นต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ อันเป็นหลักทรัพย์สินสัญญาที่ได้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันประเทศฝรั่งเศสเองก็ได้รับหลักการดังกล่าวมาเช่นกัน

การส่งมอบทรัพย์สินเป็นการกระทำที่สำคัญในการเกิดสัญญาใช้สินเปลื้องความเห็นเช่นนี้เป็นที่ยอมรับของศาลซึ่งเป็นความเห็นด้านอนุรักษนิยม (Conservative) อันเป็นความเห็นที่ยึดถือตามแนวคิดดั้งเดิมสมัยโรมัน คือ ถือว่าสัญญาใช้สินเปลื้องเป็นสัญญาฝ่ายเดียว และจะเกิดเป็นสัญญาใช้สินเปลื้องได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน<sup>62</sup>

นอกจากนี้มีความเห็นที่ต่างออกไปจากของศาล อาทิ M. Combescure มีความเห็นว่าสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบไม่มีในประเทศฝรั่งเศส เพราะเหตุว่าไม่มีการบัญญัติลักษณะของทรัพย์สินอันเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อันต่างสัญญาอื่นๆ อาทิ สัญญาต่างตอบแทนได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1102 สัญญาฝ่ายเดียวบัญญัติไว้ใน มาตรา 1103 เป็นต้น ซึ่งท่าน M. Combescure เห็นว่าสัญญาใช้สินเปลื้องนี้แท้จริงแล้วเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอมของคู่สัญญา (Consensual contract) ตาม มาตรา 1134<sup>63</sup> วางหลักว่า สัญญาที่เกิดขึ้นถูกต้องตามแบบกฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยสุจริตจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาใช้สินเปลื้องจึงมิใช่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสัญญาใช้สินเปลื้อง แต่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม<sup>64</sup> แต่ได้มีผู้เห็นแย้งต่อความเห็นดังกล่าวคือ ท่าน Planiol เห็นว่า สัญญาต่างตอบแทนนั้น หนี้ในสัญญาต่างตอบแทนต้องมีอยู่ตั้งแต่ตกลงทำสัญญา แต่หนี้อันเกิดแต่การส่งมอบทรัพย์สิน คู่สัญญาไม่มีหนี้ต่างตอบแทนต่อกัน ดังนั้น

<sup>62</sup> Barry Nicholas b (1992). **The French Law of Contract.** p. 41-42.

<sup>63</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1134 บัญญัติว่า “Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.

They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law.

They must be performed in good faith.”

<sup>64</sup> Ferdinand Combescure. (1903). **Existe-T-IL Contrat Reels En Droit Francais?.** pp. 480-491.

อ้างอิงใน สุภัททิยะ สุภาภคเสน. เล่มเดิม. หน้า 24.

การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาที่จะเกิดต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สิน จึงมีลักษณะที่ต่างจากการชำระหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน<sup>65</sup>

การกล่าวถึงการส่งมอบทรัพย์สินก่อให้เกิดสัญญาเช่า แม้จะมีความเห็นในทางวิชาการว่าสัญญาเช่าเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม แต่นักวิชาการเหล่านั้นได้ยอมรับว่า บทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยอมรับว่าสัญญาบางลักษณะที่เป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน แต่หากมีคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะยึดหลักกฎหมายตามที่อยู่ในประมวลกฎหมายนี้ คือ สัญญาเหล่านั้นจะเกิดต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ดังนั้น จึงถือว่าสัญญาเช่าจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน<sup>66</sup>

### 3.2.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สิ้นเปลือง

ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1892 บัญญัติไว้ว่า “...things which are consumed by use...” เห็นได้ว่าทรัพย์สินนั้นต้องเป็นทรัพย์สินชนิดที่หมดสิ้นเนื่องจากการใช้ ตลอดทั้งทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่สามารถทดแทนคืนได้ โดยการคืนผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินเป็นปริมาณ ชนิด และคุณภาพเดียวกันกับที่ได้รับมา ดังนั้นทรัพย์สินซึ่งจะเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สิ้นเปลืองได้จึงต้องเป็นสิ่งสลายทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งสิ่งสลายทรัพย์สินต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต วัตถุที่มีรูปร่างต้องมีลักษณะที่ต่างจากปัจเจกชน เช่น สัตว์ (Animal) เนื่องจากหากเป็นการยืมสิ่งมีชีวิตดังกล่าวต้องปรับใช้ตามบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาเช่าใช้คงรูปตามมาตรา 1894<sup>67</sup>

เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1893<sup>68</sup> ได้วางหลักให้ผู้ยืมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น และความเสียหายเกิดภายหลังจากที่ได้รับมอบทรัพย์สินจึงตกแก่ผู้ยืม การส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สิ้นเปลืองต้องมีลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินขณะส่งมอบ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ยืมจะไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้ยืมในขณะยืม และผู้ยืมได้รับทรัพย์สินนั้นไว้ด้วยความสุจริต ย่อมถือได้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาเช่า เนื่องจากว่า ในกรณีของ

<sup>65</sup> Marcel Plaiol. (1939). “Treaties on The Civil Law. Trans, Louisiana state law Institute.” 2, 1, p. 573. อ้างถึงใน สุภัททวิชะ สุภางคเสน. เล่มเดิม. หน้า 25-26.

<sup>66</sup> แหล่งเดิม.

<sup>67</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1894 บัญญัติว่า “Things which, although of the same kind, differ individually, such as animals, may not be given by way of loan of consumption: it is then a loan for use.”

<sup>68</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1893 บัญญัติว่า “Through such a loan, the borrower becomes the owner of the thing loaned; and the loss falls upon him, in whatever manner it occurs.”

สังหาริมทรัพย์นั้นทรัพย์อยู่ในความครอบครองของผู้ใดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ครอบครอง  
มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์

### 3.2.2.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้สลับเปลี่ยน

การที่จะพิจารณาคำมั่นจะให้ยืมตามกฎหมายฝรั่งเศสมีได้หรือไม่นี้จำเป็นต้อง  
พิจารณาก่อนว่าคำมั่นจะทำสัญญาได้หรือไม่ และหลังจากนั้นจึงพิจารณาเรื่องคำมั่นจะให้ยืมว่าจะ  
มีได้หรือไม่ และขัดกับการเกิดสัญญาอื่นที่จะเกิดต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์ที่ยืมหรือไม่ ตลอดทั้ง  
หากมีการยอมรับเรื่องคำมั่นจะให้ยืมว่าสามารถกระทำได้ และในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้  
คำมั่นในกรณีที่ผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นของตนที่ได้ให้ไว้ ผู้ให้คำมั่นจะต้องรับผิดชอบใด

คำมั่นจะทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งมีการกล่าวถึงเฉพาะคำมั่นฝ่ายเดียว  
ว่าจะซื้อหรือขาย (La promise unilaterial de vente) ปรากฏใน มาตรา 1589 มาตรา 1590  
มาตรา 1675 เท่านั้น คำมั่นฝ่ายเดียวจะซื้อหรือขายตามบทบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงว่าคำมั่น  
ฝ่ายเดียวจะซื้อหรือขายจะเกิดผลเป็นสัญญาซื้อขายเมื่อได้มีการตกลงในเรื่องทรัพย์และราคาและ  
หากผิดคำมั่นดังกล่าวก็เรียกค่าเสียหายได้โดยมีการกำหนดฐานในการคำนวณค่าเสียหาย<sup>70</sup>  
ส่วนคำมั่นจะทำสัญญาในเอกเทศสัญญาอื่นๆ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีได้กำหนดหลักเกณฑ์  
ทั่วไปให้ใช้บังคับ จึงต้องพิจารณาจากตำราในทางวิชาการเพื่อความเข้าใจ

คำมั่นจะทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งในทางทฤษฎีแบ่งได้ออกเป็น  
2 ประเภท คือ คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา (La promise unilaterial de contrat) คือ คำมั่นที่เกิดจาก  
ผู้ให้คำมั่นแต่ฝ่ายเดียวเท่านั้น และเฉพาะแต่ผู้ให้คำมั่นเท่านั้นที่จะถูกบังคับว่าต้องทำสัญญาเมื่อผู้รับ  
คำมั่นใช้สิทธิเลือกที่จะตอบรับตามคำมั่นที่ได้ให้ไว้ และคำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา  
(La promise reciproque de contrat) คำมั่นประเภทที่สองนี้ คำมั่นจะถือว่าเป็นการต่างตอบแทนหรือ  
สองฝ่ายต่อเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างผูกพันซึ่งกันและกันว่าจะทำสัญญา คือ เมื่อฝ่ายหนึ่งให้คำมั่น  
ว่าจะขาย และอีกฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะซื้อ เช่นนี้จึงกลายเป็นคำมั่นต่างตอบแทน<sup>71</sup> ซึ่ง  
ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งพิจารณาเฉพาะคำมั่นจะทำสัญญาฝ่ายเดียวเท่านั้นเพื่อจะทำความเข้าใจ  
ในประเด็นของคำมั่นจะให้ยืมว่าในประเทศฝรั่งเศสมีได้หรือไม่

<sup>69</sup> Marcel Plaiol. Op.cit. p. 207. อ้างถึงใน สุภัททิยะ สุภางคเสน. เล่มเดิม. หน้า 30.

<sup>70</sup> ริวากร ยอดชาญ. เล่มเดิม. หน้า 78.

<sup>71</sup> แหล่งเดิม.



ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ความเป็นว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำสัญญาถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว<sup>72</sup> ซึ่งสัญญาฝ่ายเดียวมาตรา 1103<sup>73</sup> วางหลักว่า สัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีนี้เป็นลักษณะของสัญญาในชั้นต้นเพียงเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำสัญญาขั้นสุดท้าย เพราะฉะนั้นจะผู้รับคำมั่นจึงมีสิทธิเลือกจะทำคำสนองเพื่อให้เกิดเป็นสัญญาในชั้นสุดท้ายเมื่อใดก็ได้ เมื่อคำมั่นถือว่าเป็นสัญญาการปฏิบัติตามคำมั่นต้องนำหลักของสัญญามาใช้ด้วย คือ ต้องนำความยินยอมมาพิจารณาตั้งแต่คำมั่นจะทำสัญญานั้นมิใช่จะนำหลักความยินยอมมาพิจารณาขณะที่ผู้รับคำมั่นใช้สิทธิเลือกสนองรับ โดยปกติแล้วภายหลังจากผู้ให้คำมั่นได้ให้คำมั่นนั้นแก่ผู้รับคำมั่น ผู้รับคำมั่นหรือผู้รับประโยชน์มีสิทธิทันทีในการที่จะใช้สิทธิเลือกสนองรับคำมั่นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ และสิทธินี้สามารถที่จะโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้รับคำมั่นมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาโดยการใชสิทธิเลือกตามที่ตนมีอยู่ซึ่งจะทำให้คำมั่นที่ได้เสนอมีกำสนองถูกต้องตรงกันและก่อให้เกิดสัญญาในชั้นสุดท้าย ผู้เขียนมีความเห็นว่าความเห็นในฝ่ายนี้ที่พิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญามีลักษณะสัญญาฝ่ายเดียวเนื่องจากเป็นพิจารณาจากลักษณะของคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะซื้อหรือขาย ซึ่งในคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะซื้อหรือขายนี้หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1589<sup>74</sup> วางหลักว่าคำมั่นจะซื้อหรือขายนี้มีลักษณะคล้ายกับการซื้อขายทั่วไปที่จะต้องได้รับความยินยอมของคู่สัญญาสองทั้งฝ่าย ดังนั้นในความเห็นฝ่ายแรกนี้จึงมีการพิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะซื้อหรือขายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว การที่พิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวถือว่าเป็นสัญญา บุคคลที่เกี่ยวข้องย่อมจะต้องมี 2 ฝ่ายเสมอ อันต่างจากหากพิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวเป็นนิติกรรมฝ่ายดังที่จะกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม ศาลฝรั่งเศสมีอีกความเห็นที่ คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral juridical act) เป็นการกระทำแต่ฝ่ายเดียว คือ เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (Unilateral declaration of will) คำมั่นจึงมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่น<sup>75</sup> ความเห็นดังกล่าวมีผู้เห็น

<sup>72</sup> Marcel Fermand Planiol. (n.d.). *Treaties on the civil Law*. pp. 788-789. See also Jacques Ghestin, *Traite de Civil les Obligations Le Contract Formation*. p. 9. และ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2514). “กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วย “ซื้อขาย”.” *บทบัญญัติ*, 4, 28. หน้า. 821.

<sup>73</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1103 บัญญัติว่า “It is unilateral where one or more persons are bound towards one or several others, without there being any obligation on the part of the latter.”

<sup>74</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1589 บัญญัติว่า “A promise of sale is the same as a sale, where there is reciprocal consent of both parties as to the thing and the price.”

<sup>75</sup> โสภณ รัตนกร. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* หนี้. หน้า 31-32.

ด้วยโดยให้เหตุผลว่าผู้ให้คำมั่นต้องปฏิบัติตามคำมั่นของตนโดยถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา (l'avant-contrat) ซึ่งหากผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้ ผู้รับคำมั่นสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แต่ไม่สามารถบังคับให้ทำสัญญา<sup>76</sup> ดังนั้น ความเห็นของฝ่ายหลังจึงมีการยอมรับว่านิติกรรมฝ่ายเดียวก่อให้เกิดหนี้ได้<sup>77</sup>

สำหรับประเด็นว่าหากคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำสัญญามีลักษณะทางกฎหมายเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้ได้หรือไม่ นักกฎหมายฝรั่งเศสบางท่านไม่ยอมรับว่านิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้ได้ แต่เห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ตามกฎหมายแต่ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้แต่อย่างใด<sup>78</sup> และหากมีความเสียหายจากการผิดคำมั่นผู้ให้คำมั่นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเนื่องจากผิดคำมั่น

จากความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายหลังว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำสัญญามีลักษณะทางกฎหมายเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวมากกว่าที่พิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำสัญญาเป็นสัญญาฝ่ายเดียว เนื่องจากหากพิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำสัญญาเป็นสัญญาฝ่ายเดียวย่อมต้องมีบุคคล 2 ฝ่ายเสมอที่แสดงเจตนาที่จะเข้าทำสัญญา แต่หากพิจารณาว่าคำมั่นฝ่ายเดียวเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลเพียงฝ่ายเดียวจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือควั่นจะกระทำการอย่างหนึ่งใดเท่านั้น และบุคคลที่แสดงเจตนาดังกล่าวต้องผูกพันตามการแสดงเจตนาของตนตามหลักอิสระแห่ง และความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาสำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้คำมั่นหากผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นของตนตามที่ได้แสดงเจตนาออกไป ผู้ให้คำมั่นย่อมต้องรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้รับคำมั่นได้

คำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองตามกฎหมายแพ่งมิได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติว่าด้วยสัญญายืมใช้สິงเปลือง ดังนั้นปัญหาว่าคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองมิได้หรือไม่เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าคำมั่นจะทำสัญญาย่อมจะมีได้ หากผู้จะให้ยืมให้คำมั่นว่าจะให้ยืมทรัพย์สินการให้คำมั่นเช่นนี้เป็นกรก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายผู้ให้คำมั่นที่จะต้องปฏิบัติตามคำมั่นนี้โดยถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา (l'avant-contrat) หรือคำมั่นจะทำสัญญา (La promesse de contrats) และหากฝ่ายที่ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นของตนผู้รับคำมั่นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำมั่น

<sup>76</sup> B. Starck, H. Roland, and L. Doyer. (1995). *Obligations*. pp. 77-78. อ้างถึงใน สุภัททิยะ สุภาภรณ์. เล่มเดิม. หน้า 74.

<sup>77</sup> แหล่งเดิม.

<sup>78</sup> Jean Gabriel. (1962). *The civil law of the Province of Quebec*. p. 249. อ้างถึงใน สุธีร์ สุภณิตย์ ข เล่มเดิม. หน้า 22.

ได้<sup>79</sup> ดังที่เห็นได้ว่าหากยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาเช่า แต่หากมีการทำคำมั่นจะให้เช่าไว้ต่อกัน เช่น การเปิดเครดิตให้แก่ลูกค้าของธนาคาร คำมั่นดังกล่าวนั้นย่อมมีผลบังคับได้เช่นเดียวกับคำมั่นอื่นๆ<sup>80</sup>

### 3.2.2.6 แบบของสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง

จากประเด็นว่าสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้กับผู้เช่า ดังนั้นจะถือได้หรือไม่ว่าการส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมของสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง

การทำสัญญาโดยทั่วไปตามกฎหมายแพ่งคู่สัญญาย่อมตกลงทำสัญญากันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เมื่อคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างตกลงทำสัญญาใดต่อกัน สัญญาดังกล่าวย่อมสมบูรณ์โดยไม่ต้องทำแบบพิธีการใดๆ อีก เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นในสัญญาบางประเภท ตามที่กฎหมายแพ่งได้กำหนดให้ต้องตามแบบแห่งนิติกรรมเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา<sup>81</sup>

แบบแห่งนิติกรรมเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้คู่กรณีต้องทำตามแบบ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า Solemn Act เป็นการกระทำในลักษณะ Authentic Instrument คือ จะต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ซึ่งมีอำนาจในการจัดทำเอกสารนั้นและถือว่าเป็นแบบที่เป็นองค์ประกอบของนิติกรรมด้วย ในทางปฏิบัติมักจะกระทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีมิฉะนั้นแล้ว นิติกรรมดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์ อาทิเช่น การรับรองบุตร การให้ การทำพินัยกรรม การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การจำนอง เป็นต้น<sup>82</sup>

การส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงที่จะมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย เป็นกรณีที่การส่งมอบเป็นเงื่อนไขที่จะทำให้สัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงสมบูรณ์ในทางกฎหมาย โดยการส่งมอบดังกล่าวมิได้ถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงจะมีผลทำให้สัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงตกเป็นโมฆะแต่อย่างใดไม่

<sup>79</sup> B. Starck, H. Roland, and L. Doyer. (1995). *Obligations*. pp. 77-78. อ้างถึงใน สุธีร์ ศุภนิคย์ ข เล่มเดิม. หน้า 25.

<sup>80</sup> Barry Nicholas b Op.cit. P. 41-42

<sup>81</sup> สุดารัตน์ ภัทธนาบุรุษกุล. (2551). ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน: ศึกษากรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์. หน้า 84-85.

<sup>82</sup> แหล่งเดิม.

### 3.2.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

#### 1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม

สิทธิของผู้ให้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเห็นได้ว่า ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิได้รับคืนทรัพย์สินจากผู้ยืมซึ่งเป็นหลักของทรัพย์สินสัญญา และเนื่องจากสัญญาใช้สินเปลืองเป็นสัญญาที่อาจมีค่าตอบแทนได้ ดังนั้นหากการยืมดังกล่าวได้มีการตกลงให้ดอกเบี้ยแก่ฝ่ายผู้ให้ยืม ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิในการเรียกให้ผู้ยืมชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ยืมด้วย

หน้าที่ของผู้ให้ยืมกฎหมายแพ่งได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้ยืมไว้ใน มาตรา 1898 ถึง มาตรา 1901 สรุปได้ดังต่อไปนี้

(1) หากมีความชำรุดบกพร่องอันเกิดแต่ทรัพย์สินที่ให้ยืม อันเป็นอันตรายต่อบุคคลที่ใช้ทรัพย์สินนั้น ซึ่งความชำรุดบกพร่องดังกล่าวนี้ผู้ให้ยืมได้รู้และมีได้บอกกล่าวเตือนให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1898<sup>83</sup> ประกอบ มาตรา 1891<sup>84</sup>

(2) ผู้ให้ยืมไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนก่อนครบกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ ปรากฏกฎหมายแพ่ง มาตรา 1899<sup>85</sup> นอกจากนี้แม้ว่าสัญญาใช้สินเปลืองจะมีได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้ ตามกฎหมายแพ่งสามารถที่จะให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนได้ภายในช่วงเวลาอันอาจอนุมานได้จากพฤติการณ์ทั้งปวงตาม มาตรา 1900 หรือว่า หากแม้จะได้มีการตกลงให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนได้เมื่อผู้ยืมพร้อมที่จะชำระ เช่นนี้ศาลอาจกำหนดเวลาในการชำระหนี้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดหน้าที่แก่ฝ่ายผู้ให้ยืมว่าไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ยืมชำระหนี้ได้ตามอำเภอใจ แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะมีได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้

จากกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าหนี้หรือหน้าที่โดยตรงทางฝ่ายผู้ให้ยืมมิได้กำหนดไว้ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นเพียงหน้าที่ที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาใช้สินเปลืองได้เกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์ และหนี้ที่เกิดจากสัญญาใช้สินเปลืองมีเพียงประการเดียวคือ หนี้ที่จะไม่เรียกให้ผู้ยืมส่งคืนทรัพย์สินก่อนกำหนดเวลา ส่วนกรณีความรับผิดชอบอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องนี้เห็นได้ว่าหนี้ในความ

<sup>83</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1898 บัญญัติว่า “In a loan for consumption, the lender is held to the liability established by Article 1891 for a loan for use.”

<sup>84</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1891 บัญญัติว่า “Where the thing loaned has such defects that it may cause harm to the person who uses it, the lender is liable, where he knew of the defects and did not warn the borrower.”

<sup>85</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1899 “The lender may not claim the things loaned back before the agreed time.”

เสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้<sup>86</sup> เพราะแม้ว่าทรัพย์สินที่ยืมจะชำรุดบกพร่อง แต่ถ้าความบกพร่องดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ใช้ทรัพย์สินที่ยืม ผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด และประเด็นว่าผู้ให้ยืมต้องบอกกล่าวแก่ผู้ยืมถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน การบอกกล่าวนี้เป็นเพียงกรณีที่มีความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาผู้ยืมใช้สลับเปลืองเท่านั้น มิได้เป็นหน้าที่ของผู้ให้ยืมโดยตรงที่จะต้องแจ้งถึงสภาพของทรัพย์สินแต่อย่างใด

สิทธิของผู้ให้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเห็นได้ว่า ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิได้รับคืนจากผู้ยืม และนอกจากนี้หากการยืมดังกล่าวได้มีการตกลงให้ดอกเบี้ยแก่ฝ่ายผู้ให้ยืม ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิในการเรียกให้ผู้ยืมชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ยืมด้วย

## 2) สิทธิหรือหน้าที่ของผู้ยืม

สิทธิของผู้ยืมตามกฎหมายแพ่งเห็นได้ว่าสัญญาผู้ยืมใช้สลับเปลืองเป็นสัญญาที่ผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืม ดังนั้นในเบื้องต้นเมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืมแล้ว ผู้ยืมอยู่ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และมีสิทธิใช้ทรัพย์สินดังกล่าวได้

หน้าที่ของผู้ยืมได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ตั้งแต่ มาตรา 1902 – มาตรา 1904 คือ มาตรา 1902<sup>87</sup> และ มาตรา 1903<sup>88</sup> กำหนดว่าผู้ยืมมีหน้าที่ต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมในปริมาณและคุณภาพเดียวกันกับทรัพย์สินที่ยืมมา หากผู้ยืมไม่สามารถคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ และได้มีการตกลงกันไว้สัญญา ผู้ยืมมีหน้าที่ที่จะต้องชำระราคาตามมูลค่าของทรัพย์สินซึ่งอาจคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินตามเวลาและสถานที่ส่งมอบทรัพย์สิน ถ้าไม่ได้ตกลงเวลาในการส่งคืน การคำนวณดังกล่าวให้คำนวณตามเวลาและสถานที่ที่ได้ทำการยืม ดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่า หนี้หรือหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินที่ยืมจึงเป็นหนี้โดยตรงทางฝ่ายผู้ยืม ซึ่งทรัพย์สินที่ส่งคืนนี้ตามสัญญาผู้ยืมใช้สลับเปลืองได้กำหนดเพียงว่าต้องเป็นทรัพย์สินอันเป็นปริมาณและคุณภาพเดียวกันกับที่ได้รับไว้

<sup>86</sup> ศุภทัทธิยะ ศุภางคเสน. เล่มเดิม. หน้า 30-31.

<sup>87</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1902 บัญญัติว่า “The borrower is bound to return the things loaned, in the same quantity and quality and at the time agreed.”

<sup>88</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1903 บัญญัติว่า “Where he is unable to do so, he is bound to pay their value taking into account the time and the place where the thing was to be returned according to the agreement.

Where those time and place have not been regulated, payment shall be made at the price of the time and the place where the loan was made.”

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ยืมไม่ชำระหนี้ตาม มาตรา 1904<sup>89</sup> ได้กำหนดให้ผู้ยืม ต้องชำระดอกเบี้ย (Interest) ให้แก่ผู้ให้ยืม นับแต่วันที่ถึงกำหนดคืนหรือนับแต่วันฟ้อง ซึ่งดอกเบี้ยในกรณีนี้มีใช้ ดอกเบี้ยอันเป็นค่าตอบแทนตามสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองซึ่งได้มีการกำหนดไว้ตั้งแต่ มาตรา 1905–1914 แต่ดอกเบี้ยตาม มาตรา 1904 เป็นดอกเบี้ยอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้มีใช้ดอกเบี้ยตามสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองโดยตรง เห็นได้จากการชำระดอกเบี้ยตาม มาตรา 1904 ต้องเป็นกรณีที่ผู้ยืมไม่ชำระหนี้ ตามสัญญา กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้ยืมต้องชำระดอกเบี้ยอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ซึ่งกำหนดเวลา ในการชำระดอกเบี้ยดังกล่าวให้เริ่มแต่วันที่ถึงกำหนดในการคืนหรือนับแต่วันฟ้อง

### 3.2.2.8 สัญญากู้ยืมเงิน

สัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองชนิดหนึ่ง โดยมีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่ง สัญญาเป็นเงินตราซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินจึงต้องพิจารณาการส่งมอบเป็นสำคัญอย่างสัญญาผู้ยืม ใช้สินเปลือง หรือตลอดทั้งเรื่องสิทธิหน้าที่ของผู้ให้ยืมและผู้ยืม คำมั่นจะให้ยืมยังคงถือหลักตาม เช่นเดียวกับสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองดังกล่าวไปแล้วข้างต้น

นอกจากนั้นแล้วสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ได้กำหนด แบบแห่งนิติกรรมไว้แต่อย่างใด ความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินจึงต้องพิจารณาการส่งมอบเงิน แก่ผู้ยืม ว่าผู้ยืมได้รับเงินจากผู้ให้ยืมแล้วหรือไม่ ส่วนการเป็นหนังสือคงกำหนดไว้แต่เพียงว่าใน สัญญากู้ยืมหากได้มีการกำหนดดอกเบี้ย การตกลงดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือตามกฎหมายแพ่ง มาตรา 1907

### 3.4.2.9 ดอกเบี้ย

ตามกฎหมายแพ่งสัญญาผู้ยืมใช้สินเปลืองหรือว่าสัญญากู้ยืมเงินถือว่าเป็นสัญญา ที่อาจมีค่าตอบแทนได้ (Loan at interest) ซึ่งอาจกำหนดเป็นเงินตรา โภคทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่น ดังที่ปรากฏใน มาตรา 1905<sup>90</sup> สำหรับสัญญากู้ยืมเงินได้กำหนดให้มีการเรียกดอกเบี้ยตามสัญญากันได้

<sup>89</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1904 บัญญัติว่า “Where the borrower does not return the things loaned or their value at the agreed time, he owes interest thereon from the day of the notice or of the judicial claim.”

<sup>90</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1905 บัญญัติว่า “It is lawful to stipulate interest for a simple loan, either of money, or of commodities, or of other movable things.”

การตกลงดังกล่าวจะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง คือ จะต้องมีการทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรตาม มาตรา 1907<sup>91</sup>

ดอกเบี้ยตามกฎหมายแพ่งตาม มาตรา 1907 เห็นได้ว่าดอกเบี้ยจะต้องกำหนด ชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือตามสัญญา สำหรับอัตราดอกเบี้ยตามสัญญาจะต้องไม่เกินกว่าที่กฎหมาย กำหนดโดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายเงินตราและการเงิน (Monetary and Financial Code) และ ประมวลกฎหมายการบริโภค (Consumer Code) ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะพิจารณาเฉพาะอัตรา ดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายการบริโภค อันเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้น

อัตราดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายการบริโภค มาตรา L.313-1 ถึง L.313-5<sup>92</sup> สามารถสรุปได้ว่า อัตราดอกเบี้ยการกู้ยืมเงินเป็นเรื่องที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ (ผู้กู้อาจ

<sup>91</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1907 บัญญัติว่า “Interest is statutory or conventional. Statutory interest is fixed by statute1. Conventional interest may exceed statutory interest whenever a statute does not so prohibit2.

The rate of conventional interest must be fixed in writing.

1. Monetary and Financial Code Art. L. 313-2
2. Consumer Code Art. L. 313-1 to L. 313-3.”

<sup>92</sup> ประมวลกฎหมายการบริโภคฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายการบริโภค มาตรา L313-1 บัญญัติว่า

“Under all circumstances, costs, commissions or repayments of any kind, whether direct or indirect, including those paid or owing to intermediaries acting in any capacity whatsoever in the granting of the loan, even if these costs, commissions or payments correspond to real disbursements, are added to the interest, for the determination of the loan’s annualised percentage rate, as well as for that of the reference effective rate.

For the application of articles L. 312-4 to L. 312-8, however, the charges relating to the guarantees by which the credits may be accompanied as well as legal officer’s fees, are not included in the annualised percentage rate defined hereinabove, where their amount cannot be given accurately upon final conclusion of the contract.

In addition, for loans which are the subject of scheduled depreciation, the annualised percentage rate must be calculated by taking into consideration the depreciation methods used for the loan.

The Council of state decree will determine the conditions governing the application of this article.

**ประมวลกฎหมายการบริโภคมาตรา L313-2** The annualised percentage rate determined as stated in article L. 313-1 must be mentioned in all written documents constituting a loan contract governed by this section of the code.

Any breach of the provisions of this article will be punished by a € 4,500 fine.

---

### **ประมวลกฎหมายการบริโภคมตรา L313-3**

Any contractual loan granted at an annual percentage rate which, at the time of its granting, is more than one third higher than the average percentage rate applied by the credit institutions during the previous quarter for loans of the same type presenting a similar risk factor, as defined by the administrative authority after consulting the Conseil national du crédit, constitutes a usurious loan.

Loans granted in connection with hire-purchase agreements are, for application of the present section, treated as contractual loans and considered to be usurious in the same way as cash loans having the same object.

The procedures for calculating and publishing the average percentage rates referred to in the first paragraph are determined by the regulations.

The provisions of the present article and those of Articles L. 313-4 to L. 313-6 are not applicable to loans granted to a natural person acting in his professional capacity or a legal entity carrying on an industrial, commercial, craft-sector, agricultural or non-commercial professional activity.

### **ประมวลกฎหมายการบริโภคมตรา L313-4**

Where a contractual loan is usurious, the excessive levies in respect of articles L. 313-1 to L. 313-3 are automatically charged on normal interest payable and secondarily on the loan capital.

If the loan capital and interest is paid off, the sums levied unreasonably must be repaid with legal interest from the day on which they are paid.

### **ประมวลกฎหมายการบริโภคมตรา L313-5**

Anyone who grants another a usurious loan or knowingly contributes for any reason and in any way, whether directly or indirectly, to the obtaining or granting of a usurious loan or a loan that may become usurious in the sense of article L. 313-3 due to his/her contribution is punishable by a two year imprisonment a € 45,000 fine or only one of these two penalties.

The court may, in addition, order:

1° The publication, in full, or in extracts, of its decision, at the expense of the convicted party, in the journals designated by it, as well as the posting of this decision in accordance with the terms provided for in article 131-35 of the French penal code;

2° The closure, whether temporary or final, of the company in which one or more persons responsible for administration or management is convicted in application of the first paragraph of this article, possibly accompanied by the appointment of any administrator or liquidator.

In the event of closure, the court fixes the period during which the offender or the company must continue to pay its employees wages, benefits and payments of any kind to which the latter has been entitled until this time. This periods must not exceed three months.



กำหนดเองก็ได้) แต่จะต้องระบุอัตราดอกเบี้ยไว้ในสัญญากู้ยืมเงินซึ่งอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวจะต้องไม่สูงกว่า 1 1/3 ของอัตราดอกเบี้ยที่ใช้อยู่ในไตรมาสที่แล้วของสถาบันการเงิน ซึ่งมีลักษณะการให้กู้ยืมเงินที่มีความเสี่ยงเช่นเดียวกันที่กำหนดโดยธนาคารแห่งชาติฝรั่งเศสซึ่งหากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษทางอาญาหรือถูกปรับ นอกจากนี้หากมีการจ่ายดอกเบี้ยที่เกินไปแล้วนี้จะต้องคืนดอกเบี้ยดังกล่าวให้แก่ผู้กู้ด้วย<sup>93</sup>

การกำหนดวงหลักให้โทษทางอาญาดังกล่าวของประมวลกฎหมายการบริโภคมักจะเป็นกฎหมายที่มีให้มีการเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา L 313-3<sup>94</sup> ซึ่งหากผู้ให้ยืมได้ระบุไว้ในสัญญากันไว้ผู้ยืมอาจปฏิเสธที่จะไม่ชำระอัตราที่เกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ได้<sup>95</sup>

อัตราดอกเบี้ยตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศสนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้มีการระบุเพดานอัตราดอกเบี้ยไว้โดยตรงแต่ให้พิจารณาตามประมวลกฎหมายการบริโภคที่ได้กำหนดให้ธนาคารแห่งชาติฝรั่งเศสเป็นผู้กำหนด ลักษณะของการกำหนดอัตราดอกเบี้ยของประเทศฝรั่งเศสจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดแบบลอยตัวซึ่งธนาคารแห่งชาติฝรั่งเศสจะประกาศในทุกวันที่ 15 เดือนมิถุนายนของแต่ละปี<sup>96</sup>

---

Recommendation of prosecution with regard to the offence referred to in the first paragraph hereinabove runs from the date on which the last collection was made, whether this was of interest or of capital.”

<sup>93</sup> ตริทส นิโครธางกูร และวิจิต จรัสสุขสวัสดิ์. (2545, กันยายน). การประกอบธุรกิจบัตรเครดิตในต่างประเทศ (ฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกา) (รายงานการวิจัย). หน้า 17.

<sup>94</sup> Eric Cafritz and Omer Tene. (2002). Conflict of Laws in International Loans to French Corporations: The Usury Question. Retrieved July 15, 2011, from <http://library.findlaw.com/2002/Oct/7/132384.html>

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> John Y. Gotanda. (2007). A Study of Interest. Retrieved July 15, 2011, from <http://law.bepress.com/villanovawps/papers/art83>.

### 3.3 สัญญาเช่าและสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

#### 3.3.1 ลักษณะของสัญญาเช่า

##### 3.3.1.1 ความหมายของสัญญาเช่า

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นสัญญาเช่าแบ่งออกเป็น 2 ประเภท เช่นเดียวกับประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) คือ สัญญาเช่าแบ่งออกเป็นสัญญาเช่าใช้คงรูป (Loan for Use) และสัญญาเช่าใช้สอยเปลี่ยนแปลง (Loan for Consumption) ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นไม่ได้ให้ความหมายของสัญญาเช่าไว้โดยตรง จึงต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาเช่าทั้งสองประเภท สรุปได้ว่า สัญญาเช่าคือสัญญาที่คู่สัญญาสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้เช่า ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่า ซึ่งผู้เช่ามีหน้าที่ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้เช่า

##### 3.3.1.2 สัญญาเช่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ร่างประมวลกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ซึ่งสัญญาเช่านี้ความผูกพันของคู่สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่ผู้เช่า หมายความว่าผู้ให้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่ผู้เช่า สัญญาเช่าย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เห็นได้ว่าเพียงแต่การแสดงเจตนาตกลงยืมทรัพย์สิน ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้สมบูรณ์ตามกฎหมาย ยังจะต้องประกอบด้วยการกระทำ คือการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา<sup>97</sup>

สัญญาเช่าตามกฎหมายแพ่งถือว่าเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยการกระทำ (Contract formed on acting) คือ นอกเหนือจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาแล้ว ยังต้องมีการกระทำประกอบด้วย คือการส่งมอบจึงจะทำให้สัญญาเช่าสมบูรณ์ มีผลบังคับได้ ดังนั้นตราบิตที่ยังไม่มีการส่งมอบจะมีผลเพียงเป็นการตกลงว่าจะยืมทรัพย์สินเท่านั้น<sup>98</sup>

##### 3.3.1.3 สัญญาเช่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว

สัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเป็นสัญญาที่ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่แก่ผู้เช่าฝ่ายเดียว<sup>99</sup> คือหนี้หรือหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้เช่า ซึ่งหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้ของผู้เช่าเพียงฝ่ายเดียว สัญญาเช่าจึงมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว

<sup>97</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์ ก เล่มเดิม. หน้า 15.

<sup>98</sup> J.E. de Becker. (1979). *Annotated Civil Code of Japan*. pp. 349, 400, 404.

<sup>99</sup> เล่มเดิม. หน้า 2.

### 3.3.2 สัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น

#### 3.3.2.1 ลักษณะของสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยน

ประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นได้วางหลักของสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนไว้ในมาตรา 587-592 ซึ่ง มาตรา 587<sup>100</sup> วางหลักไว้ว่าสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนจะมีผลสมบูรณ์เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับเงินหรือทรัพย์สินใด จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินผูกพันที่จะต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้ จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าการยืมในสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนการคืนทรัพย์สินที่ยืมต้องมีทรัพย์สินตัวเดียวกับที่ให้ยืม แต่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาที่ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนต้องเป็นที่เป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันแทนทรัพย์สินที่ยืม การยืมในสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนคู่สัญญาต้องมีเจตนาเพื่อการบริโภคในตัวทรัพย์สินนั้น และเมื่อได้บริโภคทรัพย์สินนั้นไปแล้วก็ย่อมไม่สามารถเอาทรัพย์สินอันเดิมมาคืนได้ จึงจำเป็นที่จะต้องเอาทรัพย์สินที่เป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันใช้แทน แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีการคืนทรัพย์สินอันเดิมก็ไม่ทำให้สัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนเปลี่ยนไปเป็นสัญญาอื่น<sup>101</sup>

สัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนแม้จะมีได้กล่าวถึงว่าจะต้องให้ค่าตอบแทนกันแต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นมาตรา 587 ก็หาได้บัญญัติว่าเป็นการให้ใช้ทรัพย์สินได้เปล่าแต่อย่างใดไม่ เช่นนี้คู่สัญญาในสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนจึงอาจตกลงให้ค่าตอบแทนในการใช้ทรัพย์สินก็ได้หรือจะให้ใช้ได้เปล่าก็ได้

#### 3.3.2.2 ความหมายของสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยน

ตามกฎหมายแพ่งญีปุ่นมิได้บัญญัติให้ความหมายของสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนไว้คงกล่าวเพียงว่าสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนมีลักษณะอย่างไรเท่านั้น ดังที่ปรากฏตาม มาตรา 587

#### 3.3.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยน

สัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นจะเกิดมีผลสมบูรณ์บังคับได้ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืมและการกระทำในการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญายืมใช้สິงเปลี่ยนถือว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากกระทำ (Contract formed on acting) อันต่างจากสัญญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นที่อาจเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่กรณี

<sup>100</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น, มาตรา 587 บัญญัติว่า “A loan for consumption shall become effective when one of the parties receives money or other things from the other party by promising that he/she will return by means of things that are the same in kind, quality and quantity.”

<sup>101</sup> J.E. de Becker. Op.cit. p. 7.

โดยการทำคำเสนอคำสนองต้องตรงกันย่อมเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ตามกฎหมาย (Consensual contract)<sup>102</sup>

ตามกฎหมายแพ่งความสมบูรณ์ของสัญญาใช้สินเปลืองขึ้นอยู่กับ การส่งมอบทรัพย์สิน แต่หากว่าคู่สัญญาในสัญญาอื่นๆ มีหนี้ที่จะต้องชำระเป็นเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตกลงเปลี่ยนความผูกพันตามสัญญาเดิมมาผูกพันกันตามสัญญาใช้สินเปลือง การเปลี่ยนความผูกพันเช่นนั้น มีผลบังคับได้ดังที่ปรากฏใน มาตรา 588<sup>103</sup> วางหลักไว้ว่า กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีหนี้ที่ต้องใช้เงินหรือทรัพย์สินได้ข้อตกลงใดตกลงหนึ่งซึ่งมิใช่สัญญาใช้สินเปลือง ถ้าคู่สัญญาตกลงจะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นสาระสำคัญในสัญญาใช้สินเปลืองก็ให้ถือว่าการตกลงเช่นนั้น มีผลเป็นสัญญาใช้สินเปลือง

#### 3.3.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลือง

ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น อาจจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นใด (Money or other things) ทรัพย์สินอื่นๆ อันอาจนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ นั้นพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่อาจจะเอาทรัพย์สินอื่นมาแทนที่ได้ (Fungible thing) ดังนั้นแล้วลักษณะของทรัพย์สินดังกล่าวจึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์

#### 3.3.2.5 คำมั่นจะให้ใช้สินเปลือง

ตามกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นยอมรับว่าสัญญาใช้สินเปลืองสมบูรณ์เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่มัด อย่างไรก็ตาม มาตรา 559<sup>104</sup> วางหลักไว้ว่าสัญญาใดที่มีลักษณะเป็นสัญญามีค่าตอบแทนให้นำบัญญัติเรื่องซื้อขายในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องคำมั่นจะซื้อจะขายมาใช้บังคับได้โดยอนุโลม ดังนั้นในสัญญาใช้สินเปลืองซึ่งถือได้ว่าเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนได้ คู่สัญญาย่อมสามารถทำคำมั่นจะให้มัดได้ นอกจากนี้เห็นได้ก็ว่าตามกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้วางหลักการลั่นผลผูกพันของคำมั่น

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น, มาตรา 588 บัญญัติว่า “In cases where any person has an obligation to provide money or other things under any arrangement which is not a loan for consumption, if the parties agree to regard such things as the subject matter of a loan for consumption, it shall be deemed that this establishes a loan for consumption.”

<sup>104</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น, มาตรา 559 บัญญัติว่า “The provisions of this Section shall apply mutatis mutandis to contracts for value other than contracts for sale; provided, however that this shall not apply when it is not permitted by the nature of the contract for value.”

จะให้ยืมไว้กล่าวคือ คำมั่นจะให้ยืมอาจสิ้นผลผูกพันได้ หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตกเป็นบุคคลล้มละลายไว้ในมาตรา 589<sup>105</sup>

สำหรับสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง แม้ตามกฎหมายบัญญัติว่าบัญญัติรองรับเรื่อง คำมั่นจะให้ยืมใช้สิ้นเปลืองไว้ เป็นผลให้ผู้ให้คำมั่นต้องปฏิบัติตามคำมั่นจะปฏิเสธการให้ยืมไม่ได้ แต่ไม่ถึงขั้นที่จะบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นของตน จะมีผลเพียงก่อให้เกิดสิทธิกับฝ่ายผู้รับคำมั่นในการเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายผู้ให้คำมั่นเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติเพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายกับฝ่ายที่ผิดคำมั่น มากกว่า<sup>106</sup>

### 3.3.2.6 แบบของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

ตามกฎหมายแพ่งไม่มีบทบัญญัติใดที่จะกล่าวว่าหากไม่มีการส่งมอบจะทำให้สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองตกเป็นโมฆะ ซึ่งการส่งมอบเป็นการกระทำที่จะทำให้สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง เกิดมีผลสมบูรณ์เท่านั้น ซึ่งตราบใดที่มีการตกลงยืมทรัพย์สิน แต่ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมให้แก่ ผู้ยืม สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองจะไม่สมบูรณ์ ผู้ยืมไม่สามารถฟ้องร้องให้ส่งมอบได้ หากว่าสัญญา ยืมใช้สิ้นเปลืองจะตกเป็นโมฆะไม่

### 3.3.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

#### 1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม

ตามสัญญาใช้สิ้นเปลืองเห็นได้ว่าเมื่อสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองสมบูรณ์ต่อเมื่อ ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม โดยการส่งมอบดังกล่าวมิได้ถือว่าเป็นหนี้ของผู้ให้ยืมแต่เป็นการ กระทำที่จะทำให้สัญญายืมสมบูรณ์ ดังนั้นแล้วผู้ยืมจะฟ้องร้องให้ผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้ไม่ได้ เว้นแต่ จะมีการให้คำมั่นจะให้ยืมหรือว่ามีการตกลงทำสัญญาจะให้ยืมกันไว้ ซึ่งหากได้มีการตกลงดังกล่าว ผู้ยืมย่อมฟ้องร้องให้ส่งมอบทรัพย์สินได้ตามหนี้อันเกิดจากคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืม แต่ไม่ถือว่าเป็นหนี้ตามสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

นอกจากนั้นตาม มาตรา 590 ได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมมีความรับผิดชอบในความ ชำรุดบกพร่อง คือ หากว่าทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองที่มีค่าตอบแทน ได้มีความชำรุด บกพร่อง ผู้ให้ยืมต้องจัดหาทรัพย์สินที่ปราศจากความชำรุดบกพร่องให้แทนทรัพย์สินนั้น สิทธิในการ เรียกค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวย่อมไม่ถูกตัดสิทธิ ดังนั้น การรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่อง

<sup>105</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น, มาตรา 589 บัญญัติว่า “The pre-contract of a loan for consumption shall lose its effect if a ruling for the commencement of bankruptcy procedures is subsequently made against one of the parties.”

<sup>106</sup> ชิวากร ยอดชาญ, เล่มเดิม, หน้า 78.

จะต้องเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนที่มีค่าตอบแทนเท่านั้น และในกรณีหากเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนที่ไม่มีค่าตอบแทน ผู้ซื้อไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้เปลี่ยนทรัพย์สินใหม่อันปราศจากความชำรุดบกพร่องได้ แต่เมื่อถึงกำหนดเวลาคืนสามารถจะคืนทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องเช่นเดียวกันให้แก่ผู้ให้ซื้อได้ และหากทรัพย์สินเช่นนั้นไม่ได้ ในเวลาที่คืนทรัพย์สิน ก็สามารถชดเชยราคาโดยคิดตามสภาพแห่งทรัพย์สินที่มีความชำรุด

## 2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อ

ตามสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนเป็นสัญญาที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อจึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับมอบจากผู้ให้ซื้อ และผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้ซื้อส่งมอบทรัพย์สินที่ปราศจากความชำรุดบกพร่องได้ในสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนที่มีค่าตอบแทน และหากว่าได้มีความเสียหายเกิดขึ้นผู้ซื้อยังมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้ซื้อได้ สำหรับหนี้หรือหน้าที่ของผู้ซื้อนอกจากการคืนทรัพย์สินในประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ได้รับมอบคืนแก่ผู้ให้ซื้อ หากได้มีการตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้ซื้อ ผู้ซื้อจะต้องให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้ซื้อด้วย อาทิ ดอกเบี้ย เป็นต้น

### 3.3.2.8 สัญญาผู้ซื้อ

ในกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนเป็นเงินตรา ตามกฎหมายแพ่งไม่ได้บัญญัติสัญญาผู้ซื้อเงินได้โดยเฉพาะ ดังนั้นสัญญาผู้ซื้อจึงเป็นไปตามหลักในสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนหรือตลอดทั้งในหลักทั่วไปว่าด้วยหนี้มาปรับใช้<sup>107</sup>

สำหรับหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาผู้ซื้อเงิน ได้มีการวางหลักไว้ว่าจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแสดงการผู้ซื้อแสดงต่อศาลซึ่งไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 559 (3)<sup>108</sup>

### 3.3.2.9 ดอกเบี้ย

การเรียกดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินตามกฎหมายแพ่งมีกฎหมายพิเศษ คือ Law of Restriction of Interest กำหนดมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หากมีการตกลงเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมถือว่าข้อตกลงนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลให้สัญญาผู้ซื้อที่มีข้อตกลงเรียกอัตราดอกเบี้ยเกินอัตรานั้น ตกเป็นโมฆะทั้งหมด ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ย อันเห็นได้ว่าในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทย<sup>109</sup> และในกรณีที่คู่สัญญาผู้ซื้อตกลงเรียกดอกเบี้ยแก่กัน แต่ไม่ได้รับอัตราดอกเบี้ยให้เป็นการแน่ชัด ผู้ให้กู้ย่อมจะเรียกได้ไม่เกินอัตราร้อยละ 5 ต่อปี

<sup>107</sup> แหล่งเดิม.

<sup>108</sup> แหล่งเดิม.

<sup>109</sup> แหล่งเดิม.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น มาตรา 404<sup>110</sup> จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นได้กำหนดเพดานอัตราดอกเบี้ยไว้ในการเรียกดอกเบี้ยตามสัญญากู้ยืมเงิน



---

<sup>110</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น, มาตรา 404 บัญญัติว่า “Unless the parties otherwise manifest their intention with respect to a claim which bears interest, the rate of such interest shall be 5% per annum.”

## บทที่ 4

### สัญญานิยมและสัญญานิยมใช้ถิ่นเปลืองของประเทศไทย

สัญญานิยมได้ใช้มานานตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาแต่ได้มีหลักการและแนวคิดที่ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน ดังนั้นเพื่อทำความเข้าใจสัญญานิยมและสัญญานิยมใช้ถิ่นเปลืองจึงแบ่งการพิจารณาตั้งแต่ก่อนจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อทำให้เกิดความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น

#### 4.1 สัญญานิยมก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายที่ได้มีการบังคับใช้ในช่วงก่อนจะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะใช้คัมภีร์พระราชศาสตร์และคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายหลัก อันสัญญานิยมนั้นเห็นได้ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในพระไอยการลักษณะกัณฑ์ โดยคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดียผ่านทางกฎหมายพระมนูของอินเดียผ่านทางมอญ<sup>1</sup> ประเทศไทยได้ยึดถือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายแม่บทเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัตนโกสินทร์ที่ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในสมัยรัตนโกสินทร์เป็นที่ทราบกันว่าในช่วงสมัยรัชกาลที่ 1 สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ได้มีการจัดการสะสางชำระกฎหมาย โดยนำกฎหมายเก่าในครั้งกรุงศรีอยุธยาที่ยังคงเหลือมาชำระสะสางจนได้มีกฎหมายตราสามดวง และได้มีการใช้กฎหมายตราสามดวงบังคับใช้จนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 6 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย สำหรับสัญญานิยมนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 9 สัญญานิยม

สัญญานิยมนั้นในอดีตได้ปรากฏมาตั้งแต่สมัยอยุธยาดังปรากฏในกฎหมายเก่า<sup>2</sup> แต่การจะทำความเข้าใจถึงสัญญานิยมในอดีตได้ จำต้องทำความเข้าใจถึงความผูกพันตามสัญญา

<sup>1</sup> พิธีชัย ไชยแสงสุกุล. (2538, มีนาคม). “พระราชศาสตร์และพระธรรมศาสตร์แห่งราชอาณาจักรสยามและอาณาจักรล้านนา.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 1. หน้า 163.

<sup>2</sup> กฎหมายเก่าในที่นี้คือ ตัวกฎหมายที่ใช้มาตั้งแต่สมัยอยุธยาจนต่อมาได้มีการจัดทำกฎหมายตราสามดวง โดยกฎหมายตราสามดวงนี้มีได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นใหม่ แต่นำกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยามารวบรวมใช้ให้เป็นหมวดหมู่ ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจะอธิบายโดยการนำหลักกฎหมายจากกฎหมายตราสามดวงที่ได้มีปรากฏเป็นหลักฐานแน่ชัดมาอธิบาย.



ในอดีตว่าบุคคลจะผูกพันโดยสัญญาได้อย่างไร เนื่องจากการผูกพันตามสัญญาในอดีต ได้แตกต่างจากในปัจจุบันที่มุ่งเน้นเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญ

บุคคลจะต้องผูกพันตนตามมูลหนี้สัญญาในอดีตต้องเกิดจากการทำสัญญาแบบพิธี หรือเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสัญญา แต่ในปัจจุบันเมื่อพิจารณาคำว่าหนี้ ได้มีความหมายแตกต่างจากในอดีต คือ เมื่อกล่าวถึงคำว่าหนี้จะหมายถึงสัญญาที่ทำขึ้น และคำว่าหนี้ก็ไม่เป็นที่ปรากฏในบทกฎหมายเรื่องอื่นอีก อาทิเช่น สัญญาเช่า สัญญาซื้อขาย สัญญาขี้ม สัญญาฝากทรัพย์สิน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามสัญญาขี้มได้ปรากฏในรูปของสัญญาคู่ (คือ สัญญาขี้มใช้สิ่งเปลือง) และในรูปของสัญญาขี้ม (คือ สัญญาขี้มใช้คงรูป) สัญญาคู่และสัญญาขี้มมีที่มาความสมบูรณ์ของสัญญา และการมีผลบังคับใช้ได้แตกต่างกัน รายละเอียดจะพิจารณาในประเภทของแต่ละสัญญาต่อไป

#### 4.1.1 ลักษณะของสัญญาขี้ม

สัญญาขี้มของประเทศไทยก่อนมีการจัดทำประมวลกฎหมายนี้เห็นได้ว่า สัญญาขี้มมีความแตกต่างจากสัญญาขี้มตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในปัจจุบัน แต่ในความแตกต่างนี้มีได้แตกต่างไปเสียทั้งหมด เนื่องจากคำว่าสัญญาขี้มในอดีตนั้นคงหมายถึงสัญญาขี้มใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ส่วนสัญญาขี้มในความหมายของสัญญาขี้มใช้สิ่งเปลืองในอดีตเห็นได้ว่าอยู่ในลักษณะของสัญญาคู่อันเป็นชื่อสัญญาที่ใ้เรียกกันในสมัยนั้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาลักษณะสัญญาขี้มจากความผูกพันของบุคคลอันเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งในสัญญาขี้มในปัจจุบัน เห็นได้ว่าในกฎหมายเก่าได้กล่าวถึงความผูกพันของบุคคลอันเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสัญญาอยู่ 8 ประเภท คือ สัญญาฝาก สัญญาขี้มและสัญญาเช่า สัญญาจำนำ สัญญาจ้างและวาน สัญญาซื้อขาย สัญญาให้ สัญญาเช่าหุ้นส่วน สัญญาพินันขันต่อ<sup>3</sup> ซึ่งสัญญาเหล่านี้เกิดขึ้นจากความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา และเมื่อมีความเท่าเทียมกันแล้วเมื่อบุคคลคนหนึ่งได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งแล้ว บุคคลที่ได้รับทรัพย์สินจึงมีความผูกพันต่อบุคคลที่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้ แต่จะมีรายละเอียดของความผูกพันในลักษณะใดจะต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาขี้ม เป็นสัญญาที่มีส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลคนหนึ่ง เช่นนี้บุคคลคนนั้นเมื่อได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จจำต้องคืนทรัพย์สินกล่าวแก่ผู้ให้ขี้ม อย่างไรก็ตามหากพิจารณาสัญญาขี้มในลักษณะของสัญญาขี้มใช้สิ่งเปลืองนี้ต้องพิจารณาจากสัญญาคู่ โดยสัญญาคู่นี้ได้เป็นสัญญาที่ปรากฏชัดมีการวางหลักไว้หลายบทกฎหมายด้วยกัน เนื่องจากสัญญาคู่ขี้ม ในอดีตความผูกพันในหนี้จะมีความผูกพันต่อดัวผู้ขี้มโดยตรงหรือแม้ตลอดทั้งผู้ที่เป็นสามี ภรรยาอื่นๆ ด้วย และการทำสัญญาคู่ในอดีต

<sup>3</sup> ร. แลงกาศ์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. หน้า 212-254.

ลักษณะของคู่สัญญาจะมีได้เท่าเทียมกันในสัญญาทรัพย์สิน สัญญา ประกอบทั้งลักษณะสัญญาผู้ยืมเงิน จำเป็นต้องทำตามแบบพิธีจึงจะสมบูรณ์ ดังนั้น สัญญาผู้ยืมเงินจึงมิได้เป็นทรัพย์สินสัญญาแต่อย่างใด

#### 4.1.2 ประเภทของสัญญาผู้ยืม

สัญญาผู้ยืมในอดีตมี 2 ประเภท คือ สัญญาผู้ และสัญญาผู้ยืมคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน แต่ละสัญญาจะมีลักษณะแตกต่างกันเป็นอย่างมาก หากไม่มีลักษณะของสัญญาผู้ร่วมกัน สัญญาผู้แต่ละประเภทมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

##### 4.1.2.1 สัญญาผู้

สัญญาผู้ตามกฎหมายเก่าหมายถึงหนี้ กล่าวคือสัญญาผู้ในกฎหมายเก่า ได้มีลักษณะที่เรียกว่าหนี้ โดยคำว่าหนี้ ในกฎหมายเก่าได้มีการใช้เพื่อมุ่งหมายถึงสัญญาผู้เพราะว่าตามกฎหมายเก่า ในบทบัญญัติของสัญญาลักษณะอื่นไม่ว่าจะเป็น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาผู้ยืม เป็นต้น ตลอดทั้งทรัพย์สินสัญญาอื่นๆ ด้วย ไม่ปรากฏว่ามีคำว่าหนี้ในบทกฎหมายเหล่านั้น ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงว่าหนี้ในอดีตจึงเข้าใจกันว่าหมายถึงสัญญาผู้นั่นเอง นอกจากนี้ในกฎหมายเก่าหาได้มีแม้กระทั่งคำว่าเจ้าหนี้ ลูกหนี้ในกฎหมายลักษณะอื่นไม่ คงจะปรากฏเฉพาะในสัญญาผู้ เนื่องจากการเข้ามาทำสัญญาผู้มักจะปรากฏว่าเมื่อบุคคลเข้ามาทำสัญญาผู้แล้วฐานะของคู่สัญญาจะไม่เท่าเทียมกัน โดยผู้กู้จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของเจ้าหนี้ผู้ให้กู้ โดยอำนาจบังคับบัญชาเห็นได้จากการใช้คำเรียกผู้ให้กู้ว่า “เจ้าหนี้” ซึ่งคำศัพท์คำนี้หมายถึงเฉพาะเจ้าหนี้ในสัญญาผู้เท่านั้น<sup>4</sup>

สัญญาผู้คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งได้รับเงินจำนวนหนึ่ง หรือสังกะทรัพย์ในปริมาณหนึ่ง เช่น ข้าว ดังนั้น บุคคลจึงมีหน้าที่ต้องส่งเงินจำนวนเดียวกัน หรือข้าวปริมาณเท่ากันภายในระยะเวลาหนึ่ง แก่ผู้ที่ตนได้รับมา ซึ่งในระหว่างนั้นจะต้องเสียดอกเบี้ยด้วย<sup>5</sup>

สัญญาผู้เป็นสัญญาที่ความสมบูรณ์ของสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อได้มีการทำตามแบบพิธี โดยการทำสัญญาตามแบบพิธี คือ การที่บุคคลเข้ามาปฏิบัติตามแบบพิธีที่ได้กำหนด เช่น การแสดงกริยาอาการบางประการ หรือให้ถ้อยคำบางอย่าง จึงถือว่าผู้ที่แสดงกริยาหรือถ้อยคำเข้ามาผูกพันซึ่งกันแล้วโดยการทำตามแบบนั้นๆ บุคคลที่เข้ามานั้นจึงหาใช่ผูกพันโดยการแสดงเจตนาของตน แต่โดยการปฏิบัติตามแบบพิธีที่ต้องการ ดังนั้นจึงเรียกว่าสัญญาตามแบบพิธี<sup>6</sup> การทำตามแบบพิธีได้กำหนดไว้ในพระไอยการลักษณะผู้หนี้ บทที่ 46 ซึ่งกำหนดไว้ว่า การทำสัญญาผู้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงจะสมบูรณ์<sup>7</sup> เช่นนี้ จึงถือได้ว่าสัญญาผู้ในอดีตจะสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

<sup>5</sup> แหล่งเดิม.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

<sup>7</sup> แหล่งเดิม.

และบังคับแก่คู่สัญญาได้จะต้องมีการปฏิบัติตามแบบพิธี หากได้สมบูรณ์เพราะการส่งมอบทรัพย์สินวัตถุแห่งสัญญาผู้นั้นไม่

วัตถุแห่งสัญญาในอดีตนั้น เห็นได้ว่า ต้องเป็นเงินหรือ สังกะษัตริย์ การกู้ยืมในอดีตหากพิจารณาจากความจำเป็นของคู่สัญญาผู้กู้เห็นได้ว่าเกิดจากความยากลำบากต้องได้รับความช่วยเหลือจากผู้ให้กู้เจ้าหนี้เพื่อให้พ้นจากหายนะ ดังนั้น ทรัพย์สินที่กู้กันนั้นจึงเป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เพื่อความอยู่รอดของลูกหนี้เพื่อให้พ้นจากหายนะเหล่านั้น ประกอบทั้งเมื่อพิจารณาลักษณะของสังกะษัตริย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 (ซึ่งปัจจุบันได้ยกเลิกแล้วถูกยกเลิกแล้วในปี พ.ศ. 2535) มาตรา 102 วางหลักว่า สังกะษัตริย์โดยปกติอาจจะใช้ของอื่นอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ เช่น ข้าว น้ำมัน เงินตรา ธนบัตร<sup>8</sup> จากความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ฉบับเก่าทำให้เข้าใจความหมายของสังกะษัตริย์ได้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายแม้จะใช้กฎหมายต่างประเทศมาใช้เป็นแบบฉบับเพื่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะความเข้าใจเกี่ยวกับคำศัพท์อันพึงใช้ในประมวลกฎหมายย่อมจักต้องใช้คำที่สามารถเข้าใจได้ในความเข้าใจประชาชนชาวไทยเป็นสำคัญ ดังนั้นคำว่าสังกะษัตริย์ จึงเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายเก่า ต่อมาเมื่อบัญญัติกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงยังคงได้บัญญัตินิยามดังกล่าวไว้จนกระทั่งความหมายเหล่านั้นมิได้ใช้จึงได้ยกเลิกในเวลาต่อมา

สัญญาเป็นสัญญาที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ คือ กรรมกรรม ซึ่งสัญญาใดๆ ที่กระทำให้ขึ้นสำหรับจำนวนเงินตั้งแต่หนึ่งพันตำลึงขึ้นไป จะต้องมีการกรรมกรรมแก่ใดเป็นสำคัญปรากฏตามพระไอยการ บทที่ 9 วางหลักว่า “ทวยราษฎรผู้หนี้ถือสินกันตั้งแต่ ตำลึงขึ้นไป ให้มีการกรรมกรรมแก่ใดเป็นสำคัญ (ให้ผูกคอกเบี้ยเดือนละเพ็อง) ถ้าหาเอกสารสำคัญมิได้ มาร้องฟ้องท่านว่า อย่าให้รับไว้บังคับบัญชา<sup>9</sup> กรรมกรรมตามความหมายในอดีตมุ่งหมายที่จะเรียกหนังสืออันจักทำขึ้นแล้วสามารถทำให้มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย สัญญาผู้นั้นเมื่อพระไอยการลักษณะผู้นี้ บทที่ 9 ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นกรรมกรรม โดยกรรมกรรมเมื่อพิจารณาประกาศว่าด้วยทำสารกรรมกรรมวันที่ 5 เดือน 10 แรม 13 ค่ำ ปีมะเมียโทศก จุลศักราช 1232 ข้อ 8 กำหนดว่า หนังสือกรรมกรรมผู้ไม่ต้องประทับตราอาเภอ เห็นได้ว่า เพียงแค่ทำเป็นหนังสือแก่ใดไว้แก่กันก็เพียงพอซึ่งแก่ใด หมายความว่า หมายถึง ชื่อ ประทับ ตรา อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นสำคัญ และมีจำนวนเงินลงไว้ด้วยตามบทที่ 36 กล่าวไว้ว่า<sup>10</sup> เมื่อได้มีการทำสัญญาโดยลงแก่ใดและจำนวนเงินในกรรมกรรมนั้น

<sup>8</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน. หน้า 28.

<sup>9</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหมื่น. (120). กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและทนายความ. หน้า 263.

<sup>10</sup> แหล่งเดิม.

แล้วยอมทำให้กรรมธรรมเป็นหนังสือที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เป็นที่สังเกตได้ว่าจกต้องลงทั้งแกงไต และจำนวนเงินนั้น ซึ่งหากในกรรมธรรม์ได้ลงแต่อย่างหนึ่งอย่างใดหาอาจบังคับได้ไม่ เพราะกฎหมายกำหนดไว้แล้วว่าจกต้องลงทั้งสองอย่างประกอบกัน สาเหตุที่ต้องมีการกำหนดให้ การกู้ยืมต้องทำเป็นหนังสือ เนื่องจากว่าหากพิจารณาจากพระไอยการลักษณะกู้หนี้แล้ว ย่อมจะเห็นถึงการที่ฐานะของลูกหนี้ถูกกระทบกระเทือนจากการเข้าทำสัญญา กู้หนี้ต้องถูกลดฐานะตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ ซึ่งสาเหตุนี้ทำให้ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาควบคุมเรื่องแบบของสัญญาไว้ เพราะการถูกลดอำนาจของบุคคลคนหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้และให้ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้อาจกระทบกระเทือนถึงพระราชอำนาจของกษัตริย์ที่มีอยู่คนในประเทศ

สัญญาเป็น สัญญาที่มีลักษณะพิเศษอีกอย่างที่ได้มีมาตั้งแต่อดีตคือ เรื่องค่าตอบแทนในรูปของดอกเบี้ย โดยการกู้ตั้งแต่เมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาคือ การยืมโดยมีดอกเบี้ย กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาได้ใช้คำว่ากู้จะหมายความว่า ลูกหนี้อยอมผูกพันตน ในการชำระหนี้ นอกจาก ต้นเงินแล้วลูกหนี้พึงชำระดอกเบี้ยแก่เจ้าหนี้ด้วย<sup>11</sup>

หนี้หรือหน้าที่ของลูกหนี้ผู้กู้เห็นได้ว่า ลูกหนี้มีหนี้ 3 ประการคือ หนี้ในการชำระต้นเงิน หนี้ในการชำระดอกเบี้ย ซึ่งหนี้ทั้งสองประการนี้เป็นการผูกพันในเรื่องทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้และหนี้ประการสุดท้ายเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องผูกพันตนอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของเจ้าหนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับ Nexum ในกฎหมายโรมันจะมีลักษณะที่คล้ายกันคือหากลูกหนี้มีอาชาระหนี้ของตนได้จกต้องผูกพันเป็นทาสต่อเจ้าหนี้ และในขณะเดียวกันการผูกพันตนอาจกล่าวได้ว่า มาจากการกู้เงินแล้วได้ผูกพันตนเป็นทาส ซึ่งการผูกพันตนเป็นทาสนี้ทำให้สามารถบังคับได้ถึงเนื้อตัวร่างกาย ด้วยวิธีใส่ข้อมัดเช่นน้ำตากแดด เพื่อเร่งรัดให้ใช้หนี้ก็ได้<sup>12</sup>

สิทธิผู้ให้กู้หรือเจ้าหนี้ ย่อมมีอยู่เหนือกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในการได้รับชำระหนี้ทั้งต้นเงิน และดอกเบี้ย ตลอดทั้งมีอยู่เหนือลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ นั้น ตามกฎหมายเก่าถือว่าลูกหนี้ได้กระทำละเมิดจกต้องชดใช้ค่าสินไหมแก่เจ้าหนี้ ตลอดทั้งหากไม่ชำระแล้วเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิอยู่เหนือตัวลูกหนี้ยอมจกบังคับโดยวิธีการใส่ข้อมัดเช่นน้ำตากแดดก็ได้ เพื่อเร่งใช้ชำระหนี้ แต่วิธีการเร่งรัดนี้สามารถกระทำต่อเมื่อได้มีคำพิพากษา คือ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะจับตัวลูกหนี้ซึ่งไม่ชำระหนี้ก่อนที่ศาลจะได้พิพากษาตัวลูกหนี้แล้ว แต่หากว่าลูกหนี้ได้ถูกบังคับชำระหนี้ด้วยการอันทารุณแล้ว ลูกหนี้ยังคงต้องยอมรับโดยความสงบ ลูกหนี้หาไม่มีสิทธิที่จะว่ากล่าว ค่าทอ หรือไปทูปตีเจ้าหนี้คืนกลับได้ไม่ ซึ่งกรณีเช่นนี้หากลูกหนี้ได้ไปค่าทอ ทูปตีเจ้าหนี้กลับในบทบัญญัติ 41 กำหนดลูกหนี้จะต้องเสียสินไหมในความผิดที่ตนได้ทำ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ให้กู้เจ้าหนี้

<sup>11</sup> ร. แลงกาศ์. เล่มเดิม. หน้า 182.

<sup>12</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2510). กฎหมายสมัยอยุธยา. หน้า 27.

จะมีอำนาจบังคับแก่ลูกหนี้ได้แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย คือเจ้าหนี้จะบังคับเอาแก่ตัวลูกหนี้ตามแต่อำเภอใจของเจ้าหนี้หาได้ไม่ เห็นได้จากหากผู้ให้กู้ยืมแย้งเอาทรัพย์สินของผู้กู้ไปโดยพลการแล้ว กฎหมายได้วางหลักให้เจ้าหนี้มีความรับผิดชอบในทางแพ่ง โดยการให้สูญเสียสิทธิในส่วนหนึ่งของหนี้สินและมีความรับผิดชอบเป็นพิเศษเฉพาะ ในกรณีที่ว่าวัตถุที่ได้รับมาได้สูญหายไปอย่างไรก็ตามกฎหมายก็หาได้ถือว่าเป็นการลัทธิทรัพย์ ไม่ประกอบทั้งหาได้ทำให้ทรัพย์ที่ลูกหนี้ยึดมาแล้วนั้นเป็นการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเช่นนั้นเสียทั้งหมด (ดูบทที่ 39, 40)<sup>13</sup>

#### 4.1.2.2 สัญญาขี้ม

ความหมายของกฎหมายกำหนดถึงสัญญาขี้มใช้คงรูป โดยสัญญาขี้มปรากฏในไอยการบทเบ็ดเสร็จ บทที่ 77 ถึง 85<sup>14</sup> สัญญาขี้มสังเกตได้ว่าได้มีบัญญัติแยกต่างหากจากสัญญาอื่นเนื่องจากว่า สัญญาขี้มเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธีประกอบทั้งหากพิจารณาถึงหนี้ในกฎหมายเก่าคือสัญญาขี้มเท่านั้น ดังนั้นสัญญาขี้มจึงได้มีบทบัญญัติต่างหากเป็นพิเศษโดยเฉพาะในกำหนดหลักเกณฑ์ แต่ในสัญญาขี้มเป็นสัญญาที่เกิดจากแนวคิดความผูกพันเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินเช่นเดียวกับสัญญาอื่น อาทิ สัญญาเช่า สัญญาซื้อขาย สัญญาจำนำ สัญญาฝาก สัญญาพินันขันต่อ เป็นต้น นอกจากนี้สัญญาขี้มถือว่าเป็นสัญญาชนิดให้เปล่าคล้ายกับสัญญาให้ คือ สัญญาขี้มจะไม่มีค่าตอบแทนใดๆ เห็นได้จากไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหน้าที่ของผู้ขี้มที่จะให้ค่าบำเหน็จแก่ผู้ให้ขี้มจึงทำให้สัญญาขี้มเป็นสัญญาชนิดให้เปล่า<sup>15</sup>

สัญญาขี้มเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่ขี้มหรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสัญญา หมายความว่า สัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินและเมื่อได้มีการส่งมอบ บุคคลผู้ที่ได้รับทรัพย์สินจึงมีความผูกพันต่อผู้ที่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้ตน สังเกตจากการแบ่งประเภทเป็นทรัพย์สินสัญญาได้ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นล้วนแต่มิได้มีคำว่าส่งมอบแล้วจะสมบูรณ์แต่อย่างใด หลักในเรื่องการส่งมอบเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลคนหนึ่ง และบุคคลนั้นต้องผูกพันตนอันเนื่องจากตนได้รับทรัพย์สินนั้นไว้

วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มเห็นได้ว่าเป็นขี้มของที่มีได้มีลักษณะสิ้นไปเพราะการใช้ทรัพย์สินนั้น อาทิ การขี้มสิ่งของ ช้าง ม้า โค กระบือ เรือ เกวียน เห็นได้จาก บทที่ 77<sup>16</sup> ได้กำหนดไว้

<sup>13</sup> ร. แลงกาศ์. เล่มเดิม. หน้า 168.

<sup>14</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหมื่น. เล่มเดิม. หน้า 263.

<sup>15</sup> ร. แลงกาศ์. เล่มเดิม. หน้า 216.

<sup>16</sup> พระไอยการบทเบ็ดเสร็จ บทที่ 77.

ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่ยืมมาเมื่อใช้เสร็จ หากผู้ยืมมิได้คืนทรัพย์สินที่ยืมแล้วนำไปขาย บทที่ 82 ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ยืมดังกล่าวโดยถือเสมือนว่าลัทธิ<sup>17</sup> นอกจากนี้หากทรัพย์สินได้สูญหาย ล้มตาย ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องชดเชยราคาทรัพย์สินนั้นๆ ให้แก่ผู้ให้ยืม

ผู้ให้ยืมมีสิทธิที่จะได้รับคืนทรัพย์สินจากผู้ยืม โดยการคืนทรัพย์สิน ผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินตามสภาพขณะที่ยืมไป เนื่องจากในการยืมนั้นทั้งฝ่ายผู้ให้ยืมและฝ่ายผู้ยืม จำต้องตรวจสอบสภาพของทรัพย์สินเสียก่อนที่ผู้ยืมรับทรัพย์สินนั้นไป หากมิได้กระทำการดังกล่าวผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิเรียกให้ชดเชยราคาทรัพย์สินนั้นได้ 2 ใน 3 ของราคาทรัพย์สิน

เมื่อผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเสร็จต้องคืนทรัพย์สินต่อเจ้าหนี้ หากว่าผู้ยืมมิคืนอาจถือได้ว่าเป็นการลักทรัพย์ของผู้ให้ยืม นอกจากนี้หากผู้ยืมไม่ส่งคืนทรัพย์สินที่ยืม ผู้ให้ยืมยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถฟ้องร้องกลับปฏิเสธว่ามีได้มีการยืม หรืออ้างว่าส่งคืนแล้ว เช่นนี้ผู้ยืมย่อมมีความผิดฐานละเมิดประบัตินินท้าน และถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณได้ ซึ่งลักษณะเช่นคล้ายกับทรัพย์สินสัญญาอื่นๆ<sup>18</sup>

#### 4.2 สัญญายืมและสัญญายืมใช้สลับแปลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การยืมเกิดจากความช่วยเหลือสัมพันธ์ไมตรีของผู้ใกล้ชิดสนิทสนมกันอันเป็นการให้ยืมของใช้ สิ่งของ แก่กันเพราะเนื่องจากฝ่ายหนึ่งมีของชิ้นนั้นๆ แต่อีกฝ่ายมิได้มี นอกจากนี้การยืมมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการให้ยืมเฉพาะบุคคลที่ใกล้ชิดต่อกันเท่านั้น ต่อมาเมื่อสังคมเติบโตขึ้นแม้บุคคลที่มีอาจจะรู้จักกันก็สามารถเกิดความสัมพันธ์ยืมตั้งกรณีของการยืมเงิน ซึ่งผู้ให้ยืมอาจเป็นสถาบันการเงินแล้วประกอบธุรกิจในการปล่อยเงินกู้ เป็นต้น

จากเหตุของการยืมเห็นได้ว่าต่อมาเมื่อสังคมได้มีการอยู่รวมกันเป็นกลุ่มใหญ่ขึ้นการที่คนหมู่มากจะสามารถอยู่ด้วยกันได้จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของแต่ละประเทศแต่ละรัฐ ส่วนประเทศไทยได้มีการบัญญัติวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญายืมอยู่ในบรรพ 3 ลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 640 ถึงมาตรา 656 รวมทั้งสิ้น 17 มาตรา สัญญายืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

<sup>17</sup> ร. แลงกาศ์. เล่มเดิม. หน้า216.

<sup>18</sup> แหล่งเดิม.

พาณิชย์แบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ แบ่งออกเป็นสัญญาซื้อขายรูป<sup>19</sup> และสัญญาซื้อขาย  
สินเปลือง<sup>20</sup>

การแบ่งสัญญาซื้อขายออกเป็น 2 ประเภท เป็นการแบ่งตามสภาพของการใช้ทรัพย์สินนั้นว่า  
มีการใช้ทรัพย์สินเป็นวัตถุของสัญญาซื้อขายเช่นไร เช่น หากซื้อหนังสือเพื่อไปอ่าน ซื้อรถเพื่อไปใช้เที่ยว  
ซื้อปากกาเพื่อมาใช้ ซื้อแหวนเพื่อนำมาใส่ เป็นต้น การซื้อในลักษณะข้างต้นเป็นการซื้อทรัพย์สินชนิดที่  
ไม่สิ้นไปหมด ไม่เสื่อมสภาพเพราะการใช้ทรัพย์สินนั้นซึ่งสามารถคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ซื้อนั้นได้  
โดยผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ซื้อมา แต่หากเป็นการซื้อทรัพย์สินในสภาพของตัวทรัพย์สินเอง  
เป็นชนิดใช้ไปสิ้นไปโดยสภาพของตัวทรัพย์สินนั้นๆ เช่น ซื้อข้าวสารไปรับประทาน ซื้อเงินเพื่อไปซื้อ  
ของ ซื้อข้าว โปดเพื่อไปขาย ซื้อน้ำตาลเพื่อมาทำกับข้าว เป็นต้น เห็นได้ว่าสภาพของการใช้ทรัพย์สินเป็น  
การใช้ทรัพย์สินชนิดหมดสิ้นไป เป็นการใช้ในลักษณะทำลายทรัพย์สินทำให้ทรัพย์สินไม่มีสภาพเดิม ดังนั้น  
ผู้ซื้อทรัพย์สินจึงมีหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินที่ตนซื้อมาคืนแก่ผู้ให้ซื้อโดยสามารถหาทรัพย์สินชนิด ประเภท และ  
ปริมาณเดียวกับที่ซื้อไปคืน และนอกจากนี้การแบ่งประเภทของทรัพย์สินต้องพิจารณาเจตนาของ  
คู่สัญญาเป็นสำคัญว่าเป็นการซื้อเพื่อวัตถุประสงค์เช่นไร ดังเช่น ซื้อไม้ ตะปู อิฐ เพื่อไปสร้างบ้าน  
เห็นได้ว่าการซื้อไม้ ตะปู อิฐ นั้นโดยสภาพของทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นชนิดที่สิ้นไปหมดไปหรือ  
เสื่อมสภาพเพราะการใช้เนื่องจากเจตนาของคู่สัญญาต้องการทำทรัพย์สินเพื่อไปสร้างบ้าน เห็นได้ว่า  
การซื้อทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการใช้โดยเจตนาทำลายทรัพย์สินให้สิ้นสภาพไป

อย่างไรก็ตามการจะพิจารณาหากจะไม่พิจารณาจากสภาพการใช้ทรัพย์สินและเจตนาของ  
คู่สัญญา การแบ่งประเภทของสัญญาซื้อขายจะพิจารณาจากทรัพย์สินที่ซื้ออันเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ว่า  
เป็นการซื้อชนิดใด เช่น ทรัพย์สินที่ซื้ออันเป็นวัตถุแห่งสัญญาเป็น ไม้ อิฐ ตะปู หนังสือ ปากกา เป็นต้น  
ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อเหล่านั้นย่อมไม่สิ้นไป เสื่อมเสียสภาพของทรัพย์สินเพราะการใช้ ดังนี้  
จึงเป็นการซื้อขายรูป แต่หากทรัพย์สินที่ซื้ออันเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อเป็น เงิน ข้าวสาร ข้าวโปด

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 640 บัญญัติว่า

“อันว่าซื้อขายรูปนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ซื้อ ให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า  
ผู้ซื้อซื้อขายทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่าและผู้ซื้อตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินนั้น เมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว.”

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 650 บัญญัติว่า

“อันว่าซื้อขายสินเปลืองนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้ซื้อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปนั้น  
เป็นปริมาณที่กำหนดให้ไปแก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกัน  
ให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ซื้อนั้น.”

ผลไม้ น้ำตาล เป็นต้น ทรัพย์สินที่ขี้มอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาขี้มโดยสภาพของทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่  
ยอมเสื่อมเสียสภาพ หดสั้นไปจากการใช้ ดังนั้นจึงเป็นสัญญาขี้มใช้สั้นเปลือง<sup>21</sup>

สรุปได้ว่า การพิจารณาว่าการขี้มลักษณะใดจะเป็นสัญญาขี้มใช้คงรูปหรือสัญญาขี้มใช้  
สั้นเปลืองจึงต้องพิจารณาจากสภาพการใช้และเจตนาของกลุ่มสัญญาประกอบกัน

## 4.2.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาขี้ม

### 4.2.1.1 ความหมายของสัญญาขี้ม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดความหมายไว้ กล่าวเพียงลักษณะ  
ของสัญญาขี้มแต่ละประเภทดังเช่นสัญญาขี้มใช้คงรูปจะกำหนดความหมายไว้ใน มาตรา 640  
ส่วนสัญญาขี้มใช้สั้นเปลืองจะกำหนดไว้ใน มาตรา 650 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตามในทางวิชาการ  
ได้มีปรัมาจารย์ทางด้านกฎหมายหลายท่านให้ความหมายของคำว่าขี้มไว้ดังต่อไปนี้

ท่านศาสตราจารย์จืด เศรษฐบุตร ให้คำจำกัดความสัญญาขี้มไว้ว่า “เป็นสัญญา  
ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ขี้ม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ขี้ม  
เมื่อใช้ทรัพย์สินแล้วผู้ขี้มจะต้องคืนใช้ให้”<sup>22</sup>

ท่านศาสตราจารย์กมล สนธิเกษตรริน ให้คำจำกัดความสัญญาขี้มไว้ว่า “สัญญา  
ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ขี้ม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขี้ม  
เพื่อใช้ทรัพย์สินนั้น และผู้ขี้มต้องคืนทรัพย์สินที่ขี้มแก่ผู้ให้ขี้ม”

ท่านอาจารย์สุปิน พูลพัฒน์ ให้คำจำกัดความของสัญญาขี้มว่า “เป็นสัญญา  
ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้ขี้ม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขี้ม  
เพื่อใช้ทรัพย์สินนั้น โดยมีจำกัดหรือไม่จำกัด แล้วผู้ขี้มจะคืนใช้ให้”

จากคำจำกัดความของท่านปรัมาจารย์ทางด้านกฎหมายข้างต้นประกอบ  
ความหมายของสัญญาขี้มใช้คงรูปและสัญญาขี้มใช้สั้นเปลือง ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาขี้มคือสัญญา  
สองฝ่ายโดยบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ขี้มซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือมีสิทธิครอบครอง  
ในทรัพย์สิน ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขี้ม และผู้ขี้มต้องคืนทรัพย์สิน  
ดังกล่าวแก่ผู้ให้ขี้ม

<sup>21</sup> ทรัพย์สินที่กล่าวมานั้นในช่วงก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2535 ทรัพย์สิน  
เหล่านั้นจัดได้ว่าเป็น โภคยทรัพย์สิน (Consumable things) ได้แก่ ทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์โดยยอมเสื่อมสภาพ  
ไปในทันทีเพราะการใช้มัน หรือเมื่อใช้ทรัพย์สินนั้นยอมสั้นสภาพไปในที่สุด.

<sup>22</sup> จืด เศรษฐบุตร ก (2529). ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขี้ม ผักกาดทรัพย์. หน้า 3.



การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาชื้อหรือไม่เป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากหากกรณี ที่พิพาทกันมิใช่เรื่องสัญญาชื้อแล้วบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศ สัญญา ลักษณะ 9 สัญญาชื้อ ก็จะมีนำมาใช้บังคับ จะต้องนำบทบัญญัติในเรื่องนั้นมาใช้บังคับเช่น ถ้าเป็นเรื่องการเล่นแชร์เปียหอย ก็มิใช่สัญญาชื้อ ดังนั้นจึงไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือตาม มาตรา 653 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1327/2500, 698/2506, 1631/2508) ถ้าเป็นเรื่องตัวการตัวแทนก็มิใช่ สัญญาชื้อ และต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องตัวการตัวแทน แม้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ พ้องร้องได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 49/2481, 122/2501, 1080/2501, 882/2510, 559/2510) ถ้าเป็นเรื่อง บัญชีเดินสะพัดก็มิใช่เรื่องสัญญาชื้อเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 (คำพิพากษา ฎีกาที่ 4805/2540) ถ้าเป็นเรื่องการชื้อเพื่อใช้ประโยชน์แก่ผู้ให้ชื้อตามหลักเกณฑ์ของราชการก็มิใช่ การสัญญาชื้อเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1211/2529)<sup>23</sup>

#### 4.2.1.2 สาละสำคัญแห่งสัญญาชื้อ

##### 1) สัญญาชื้อเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract)

สัญญาชื้อเป็นสัญญาฝ่ายเดียวหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน คือ สัญญาฝ่ายเดียวคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน แต่สัญญาฝ่ายเดียว ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว กรณีของสัญญาชื้อหนี้จะเกิดแก่ฝ่ายผู้ชื้อ คือ เมื่อผู้ให้ชื้อ ได้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ชื้อแล้ว ผู้ชื้อมีหนี้ที่จะต้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืน แก่ผู้ให้ชื้อ

นอกจากนี้สัญญาฝ่ายเดียวอาจเรียกอย่างได้อีกอย่างว่าสัญญาไม่ต่างตอบแทน โดยการเรียกเช่นนี้ เนื่องจากการพิจารณาจากสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาต่างมีหนี้ต่อกัน ทั้งสองฝ่าย<sup>24</sup> เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น สัญญาต่างตอบแทนปรากฏในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369<sup>25</sup> เมื่อสัญญาชื้อเป็นสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทนย่อมมีอำนาจบทบัญญัติ มาตรา 369 มาใช้บังคับได้<sup>26</sup>

<sup>23</sup> ไพบทิต เอกจริยกร. (2552). คำอธิบายชื้อ ผักทรัพย์สิน. หน้า 16-18.

<sup>24</sup> มานิตย์ จุมปา. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื้อ ผักทรัพย์สิน. หน้า 4.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 369 บัญญัติว่า

“ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมิยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือ ขอบปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด.”

<sup>26</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์ ข เล่มเดิม. หน้า 29.

ดังกล่าวมาแล้วว่าสัญญาซื้อขายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้ หนึ่งฝ่ายเดียว ในสัญญาซื้อขายใช้คงรูปคือ หนึ่งฝ่ายเดียวอันติดอยู่กับผู้ซื้อต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ซื้อมา และในสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลืองหนึ่งฝ่ายเดียวนั้นติดอยู่กับผู้ซื้อต้องคืนทรัพย์สิน ประเภท ชนิด ปริมาณเดียวกับทรัพย์สินที่ซื้อมา เห็นได้ว่า หนึ่งที่จะต้องคืนย่อมติดอยู่กับผู้ซื้อฝ่ายเดียว ในทางกลับกันฝ่ายผู้ให้ซื้อหาหนึ่งที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวแก่ผู้ซื้อไม่

อย่างไรก็ตามสัญญาซื้อขายแม้จะมีการกล่าวว่าเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน แต่ก็ใช้ว่า ในสัญญาขายนั้นจะมีค่าตอบแทนมิได้ คือ สัญญาขายที่มีค่าตอบแทนอาจปรากฏในรูปของดอกเบี้ย ในสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลืองดังที่ มาตรา 654 ได้กำหนดไว้ว่า ในสัญญาซื้อขายเงินจะเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 มิได้ อาจกล่าวได้ว่าสัญญาขายที่มีค่าตอบแทนเป็นดอกเบี้ยนี้หาได้ทำให้สัญญาขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนไม่ โดยนัยนี้อาจเห็นได้ว่าในสัญญาขายหนึ่งทางฝ่ายของผู้ซื้อลูกหนี้ จะมากขึ้นกว่าเดิม โดยจากปกติผู้ซื้อจะมีหนี้เพียงส่งคืนทรัพย์สินที่นั่นแต่หากในสัญญาขาย ที่ปรากฏในเรื่องการกู้ยืมเงิน นอกจากทางฝ่ายผู้ซื้อมีหนี้ที่ต้องคืนให้ครบจำนวนเท่าที่ซื้อมายังต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้ยืมด้วย

ในประเด็นเรื่องค่าตอบแทนปรากฏในสัญญาขายเห็นได้ว่ามักปรากฏอยู่ แต่เฉพาะสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลือง เพราะสัญญาซื้อขายใช้คงรูปเป็นการให้ยืมกันโดยไม่มีค่าตอบแทน หากมีการให้ยืมและมีค่าตอบแทนในสัญญาซื้อขายใช้คงรูปก็จะเป็นเรื่องของสัญญาเช่า<sup>27</sup> แต่การให้ยืมใช้คงรูปเป็นการให้ยืมโดยไม่คิดค่าตอบแทนเพียงแต่ผู้ยืมมีหน้าที่เสียค่าธรรมเนียมตาม มาตรา 642 หน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินตามมาตรา 644 และส่งมอบคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ยืมซึ่งเป็นหนึ่งฝ่ายเดียวของผู้ซื้อ สังเกตได้ว่า ในสัญญาซื้อขายใช้คงรูปหนึ่งในการส่งมอบคืนทรัพย์สินนี้ต้องเป็นทรัพย์สินอันเดียวกับที่ได้รับมาเนื่องจากในขณะที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม ผู้ให้ยืมเพียงแต่ส่งมอบการครอบครองเท่านั้น หาได้โอนกรรมสิทธิ์ตั้งสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลืองไม่ ดังนั้นในการส่งมอบคืนแก่ผู้ให้ยืมจึงต้องเป็นทรัพย์สินอันเดียวกับที่ส่งมอบมา ดังนั้นแล้วในสัญญาซื้อขายใช้คงรูป จึงไม่ปรากฏเรื่องของค่าตอบแทน เพราะว่าการให้ยืมใช้คงรูปเป็นการให้ยืมโดยอาศัย มิตรไมตรีต่อกัน ซึ่งหนี้และหน้าที่ของการดูแลรักษาสงวนทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายใช้คงรูปก็เป็นหน้าที่ที่เพิ่มจากการคืนทรัพย์สิน เช่นเดียวกับในกรณีของสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลืองซึ่งมีลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม กฎหมายจึงมิได้กำหนดหน้าที่ของผู้ซื้อที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายใช้สิ้นเปลืองตั้งสัญญาซื้อขายใช้คงรูป และ

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 537 บัญญัติว่า

“อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น.”

ในสัญญาใช้สินเปลืองก็สามารถมีค่าตอบแทนได้ เพราะเมื่อมีการตกลงเรื่องค่าตอบแทนกันได้ มิได้ทำให้ลักษณะสัญญาใช้สินเปลืองกลายเป็นสัญญาอื่นไป

## 2) สัญญาใช้สินเปลืองเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาใช้สินเปลืองเป็นสัญญาที่ลักษณะพิเศษแตกต่างจากรูปแบบของสัญญาทั่วไป ในสาระสำคัญ คือ สัญญาใช้สินเปลืองจะสมบูรณ์ (Complete) อันจะบังคับตามกฎหมายได้เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ขี้ม (Delivery) การส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาใช้สินเปลืองจะมีผลสมบูรณ์ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 641 วางหลักว่า การให้ขี้มใช้สินเปลืองนั้นย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ขี้มและ มาตรา 650 วรรคสอง วางหลักว่า สัญญาใช้สินเปลืองนี้ ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ขี้ม เช่นนี้หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเสนอสนองตรงกันเพื่อทำสัญญาใช้สินเปลืองแล้ว แต่ยังมีได้ว่าเกิดสัญญาใช้สินเปลืองขึ้นเนื่องจากยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน จึงเห็นได้ว่าสัญญาใช้สินเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสมบูรณ์ต้องประกอบด้วย การแสดงเจตนาตรงตรงกันของคู่สัญญาเพื่อทำสัญญาใช้สินเปลืองและจะต้องปรากฏด้วยว่ามีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลืองแล้ว นอกจากนี้เมื่อสัญญาใช้สินเปลืองยังคงต้องครบองค์ประกอบของสัญญา<sup>28</sup> ทั่วไปด้วย

<sup>28</sup> องค์ประกอบของสัญญา

1) คู่สัญญาต้องเป็นบุคคล อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยบุคคลนี้ต้องมีสภาพบังคับได้ตามกฎหมายกล่าวคือ หากเป็นบุคคลธรรมดาต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมาย ต้องไม่เป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ และในกรณีนิติบุคคลต้องมีการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคล โดยถูกต้องตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2) เจตนา บุคคลที่เข้าทำสัญญานั้นต้องแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาโดยถูกต้องตรงตามใจผู้แสดงเจตนาและเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของผู้แสดงเจตนาเอง อันมิได้เกิดจากการสำคัญผิด กลฉ้อฉล ข่มขู่ ประกอบทั้งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องแสดงเจตนาโดยถูกต้องตรงกัน

3) วัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์เป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งกระทำโดยการก่อให้เกิด สนวน ระบุซึ่งสิทธินั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่พันวิสัย และต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน

4) แบบ หากกฎหมายได้กำหนดแบบของสัญญานั้นๆ ไว้แล้ว การที่สัญญาเหล่านั้นจะสามารถบังคับได้จะต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากไม่ทำผลจะกลายเป็นโมฆะ ดังเช่น สัญญาซื้อขายตาม มาตรา 456 เป็นต้น.

ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืมมิได้กำหนดวิธีการเฉพาะไว้ วิธีการส่งมอบพิจารณาได้จาก มาตรา 462<sup>29</sup> เป็นบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขาย ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้โดยเทียบเคียงตามหลักการใช้กฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง<sup>30</sup> ซึ่งการส่งมอบนี้จะทำอย่างไรก็ได้เพื่อให้ทรัพย์สินอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ จึงได้มีการแบ่งแยกวิธีการส่งมอบออกเป็น 2 แบบ คือ การส่งมอบโดยตรง คือ การที่ผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมให้กับผู้ยืมโดยตรง เช่น มีการทำสัญญายืมหนังสือกัน ผู้ให้ยืมเพียงยื่นหนังสือให้ผู้ยืมรับไว้ เป็นต้น และการส่งมอบโดยปริยาย คือ เป็นการกระทำที่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาอยู่ในความครอบครองของผู้ให้ยืม เช่น ทำสัญญายืมรถ เช่นนี้ผู้ให้ยืมเพียงส่งมอบกุญแจรถให้แก่ผู้ให้ยืมหรือว่า ทำสัญญากู้เงิน 10 ล้าน หากผู้ให้ยืมอาจโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของผู้ยืม เท่านั้น ก็ถือได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมกันแล้ว โดยผู้ให้ยืมมีจำต้องยกรถเองทั้งคันเพื่อส่งมอบซึ่งเห็นได้ในความเป็นจริงมีอาจทำได้ หรือหากการที่ผู้ให้จะถือเงิน จำนวน 10 ล้าน มาเช่นนี้ แม้จะสามารถที่จะทำได้ แต่หากเลือกใช้วิธีการ โอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของผู้ยืมก็เห็นได้ถึงความสะดวกและปลอดภัยมากกว่า ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจึงอาจกระทำได้ด้วย การส่งมอบโดยตรง หรือการส่งมอบโดยปริยายก็ได้ เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้ว สัญญาที่ยืมก็เกิดและมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในขณะพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ในส่วนที่เกี่ยวกับความบริบูรณ์ของสัญญา ยืมคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อเดือนตุลาคม 2465 ได้ใช้ถ้อยคำว่าสัญญา ยืมใช้ซึ่งรูปและสัญญา ยืมใช้สิ้นเปลืองย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมดังปรากฏในร่าง มาตรา 630 และมาตรา 649<sup>31</sup> ประกอบทั้งเมื่อพิจารณาร่างฉบับภาษาอังกฤษมีว่า “A loan for use is complete only on delivery of the property lent.” และ “A contract is complete only on delivery of the property.”<sup>32</sup> และปรากฏอีกว่า ได้มีการกำหนดวิธีในการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมไว้ว่าให้นำบทบัญญัติเรื่องการส่งมอบ

<sup>29</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 462 บัญญัติว่า

“การส่งมอบนั้นจะทำอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้สุดแต่ว่าเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ.”

<sup>30</sup> มานิตย์ จูมปา. เล่มเดิม. หน้า 6.

<sup>31</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13 เล่มที่ 84. หน้า 67 และ 72.

<sup>32</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13 เล่มที่ 88.

ทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในสัญญาซื้อขายมาใช้บังคับ<sup>33</sup> ต่อมาปรากฏว่าได้ตัดเรื่องวิธีการส่งมอบในสัญญาขี้ออกไปโดยไม่ปรากฏเหตุผล<sup>34</sup>

#### 4.2.1.3 วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อ

ในสัญญาขี้อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อจะต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาขี้อประเภทใด หากเป็นสัญญาขี้อใช้คงรูปวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อพิจารณาได้จาก มาตรา 640 วางหลักให้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อคงรูปเป็น “ทรัพย์สิน” ซึ่งหากจะพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นจะมีความหมายว่าอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันด้วยลักษณะทรัพย์ตาม มาตรา 137<sup>35</sup> และ 138<sup>36</sup> เมื่อกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สินแล้วย่อมจะทำให้เข้าใจได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อใช้คงรูปนี้อาจเป็นได้ทั้งทรัพย์ที่มีรูปร่างและทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ อย่างไรก็ตามปัญหาได้เกิดขึ้นในทางวิชาการอีกว่าทรัพย์ที่มีรูปร่าง หากเป็นอสังหาริมทรัพย์จะเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อได้หรือไม่ เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์นั้นจะทำการส่งมอบได้อย่างไรอีกทั้งในกฎหมายลักษณะทรัพย์ก็ได้มีหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิอาศัยเข้ามารองรับไว้<sup>37</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า การส่งมอบนั้นมีจำต้องส่งมอบโดยตรงเสมอไป การส่งมอบย่อมกระทำโดยปริยายเช่นว่า เพียงส่งมอบกุญแจบ้านเพียงเท่านั้นย่อมทำให้ผู้ขี้อได้สิทธิในการครอบครองใช้บ้าน และในประเด็นว่าได้มีหลักเรื่องสิทธิอาศัยนี้เห็นได้ว่า ในกฎหมายลักษณะทรัพย์นั้นอันเป็นเรื่องการก่อตั้งทรัพย์สินนั้นได้เป็นการพิจารณาที่แตกต่างจากบทกฎหมายว่าด้วยเอกเทศสัญญาซึ่งแม้จะมีเรื่องทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา แต่ในเอกเทศสัญญาเป็นเรื่องของการก่อตั้งบุคคลสิทธิที่จะทำให้ผู้ขี้อสามารถมีสิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบได้เท่านั้น เมื่ออสังหาริมทรัพย์กฎหมายมิได้บัญญัติห้ามมิให้ขี้อกันไว้ เมื่อบุคคลแสดงเจตนาเสนอสนองต้องกันตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และเมื่อพิจารณาจากการส่งมอบทางกายภาพย่อมทำได้ด้วยการส่งมอบโดยปริยาย จึงเห็นได้ว่า การขี้ออสังหาริมทรัพย์ย่อมจะมีได้ สำหรับวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่างเห็นได้ว่ามีปัญหาทางวิชาการเช่นกัน โดยมีทั้งฝ่ายที่เห็นว่าสามารถทำสัญญาขี้อกันได้ และฝ่ายที่เห็นว่าทำสัญญาขี้อกันไม่ได้ ฝ่ายที่อ้างว่าทำสัญญาขี้อกันได้ อ้างว่าวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่างย่อมส่งมอบโดยปริยายได้ เช่นขอขี้อลิขสิทธิ์ของคนอื่น โดยเป็นการขี้อกันเปล่าไม่มีค่าตอบแทนใดๆ อาจเพราะ

<sup>33</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13 เล่มที่ 86. หน้า 77 และ 110.

<sup>34</sup> แหล่งเดิม.

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์หมายความว่า วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อใช้คงรูป.”

<sup>36</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 138 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินหมายความว่า ทรัพย์และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้อใช้คงรูปที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้.”

<sup>37</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 41-42.

เหตุเป็นญาติมิตร พี่น้องกัน จึงไม่มีค่าตอบแทนกันการยืมวัตถุไม่มีรูปร่างจึงกระทำได้ แต่อีกฝ่ายเห็นว่ามิอาจยืมกันได้เนื่องจากวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจส่งมอบกันได้และส่งคืนให้แก่กันมิได้เพราะไม่มีทรัพย์สินที่อาจจับต้องได้เลย<sup>38</sup>

สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างผู้เขียนเห็นว่า จากลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูปแม้ว่าจะมิได้กำหนดห้ามไว้แต่เนื่องจากสภาพของการส่งมอบและดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นเองเป็นปัจจัยที่สำคัญที่กฎหมายมุ่งให้ทรัพย์สินต้องมีรูปร่างประกอบทั้งการส่งมอบ แม้สามารถส่งมอบได้โดยตรงและส่งมอบโดยปริยาย แต่การอธิบายเรื่องของการส่งมอบมุ่งถึงการที่ผู้ยืมสามารถรับมอบการครอบครองจากผู้ให้ยืมไว้และทำให้ผู้ยืมมีสิทธิครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นอันเป็นการพิจารณาถึงการแสดงออกทางกายภาพที่สามารถจับต้องได้ ดังนั้นแล้วผู้เขียนจึงเห็นว่าวัตถุไม่มีรูปร่างจึงมิอาจเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมได้

วัตถุแห่งสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองตามมาตรา 650 ใช้คำว่า ทรัพย์สิน เช่นกัน เพียงแต่ว่า ในสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองได้กำหนดเพิ่มขึ้นมาอีกว่าต้องเป็นชนิดใช้ไปสิ้นไปรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

#### 4.2.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศต่างออกมาจากสัญญายืมใช้คงรูปเพราะ โดยหลักการสำคัญของการใช้ยืมใช้สิ้นเปลือง คือ การให้ยืมทรัพย์สินชนิดสิ้นไป และสามารถคืนทรัพย์สินแทนได้ด้วยชนิด ประเภท เดียวกันที่ยืม อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ในสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองเพียง 7 มาตรา ตั้งแต่ มาตรา 650 ถึง มาตรา 656 ซึ่งแท้จริงแล้วสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองได้มีบทบาทการใช้ชนิดกันอย่างแพร่หลาย ปรากฏจากการกู้ยืมเงินโดยกฎหมายวางหลักไว้ใน มาตรา 653 ถึง มาตรา 656 ดังแล้วเพื่อจะทำให้เข้าใจสัญญายืมใช้เปลืองจึงต้องพิจารณาว่า สัญญายืมใช้สิ้นเปลืองนั้นมีลักษณะอย่างไร ก่อนและจะกล่าวถึงสัญญากู้ยืมเงินอันถือว่าเป็นสัญญายืมเป็นใช้ว่ามีบทกฎหมายกำหนดวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างไรต่อไป

##### 4.2.2.1 ความหมายของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดคำนิยามของสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองไว้ใน มาตรา 650 วางหลักว่ายืมใช้สิ้นเปลือง คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไป เป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภทชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น ดังนั้นแล้วสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองก็คือประเภทหนึ่งของสัญญายืม ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าเมื่อพื้นฐานเป็นสัญญายืมแล้ว คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง

<sup>38</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 43.

เรียกว่า ผู้ให้ยืมให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืม ยืมทรัพย์สินนั้นแต่ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สิน แต่เนื่องจากสัญญายืมใช้สິงเปลืองเมื่อพิจารณาจากบทนิยามคำทรัพย์สินตาม มาตรา 650 แล้วเห็นได้ว่าการยืมใช้สິงเปลืองเป็นการให้ยืมทรัพย์สินชนิดใช้ไปสึนไป โดยผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินชนิดประเภทและปริมาณเดียวกับที่ยืม โดยมีต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ตนได้รับ

#### 4.2.2.2 ลักษณะของสัญญายืมใช้สึงเปลือง

##### 1) สัญญายืมใช้สึงเปลืองเป็นสัญญาสองฝ่าย

ตามประมวลกฎหมาย มาตรา 650 ได้กำหนดให้มีบุคคลฝ่ายหนึ่งคือผู้ให้ยืม และอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ยืม สัญญายืมใช้สึงเปลืองจึงเป็นสัญญาสองฝ่าย

##### 2) สัญญายืมใช้สึงเปลืองเป็นสัญญาที่ต้อง โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

ตาม มาตรา 650 ได้กล่าวไว้ว่าผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมนั้น เนื่องจากการยืมใช้สึงเปลืองลักษณะของการใช้ทรัพย์สินเป็นการใช้โดยมุ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมสภาพไป หรือเป็นการทำลายทรัพย์สิน ดังนั้นสัญญายืมใช้สึงเปลืองจึงต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมเป็นผลให้ผู้ยืมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เมื่อผู้ยืมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมสามารถมีสิทธิอันพึงได้ตามกฎหมายทรัพย์สินตาม มาตรา 1336 กำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย จ่าย โอน สงวนทรัพย์สินนั้น หรือติดตามทรัพย์สินนั้นจากผู้ที่ไม่มืสิทธิได้ยึดถือไว้ และเมื่อผู้ยืมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินย่อมตกเป็นพับแก่เจ้าของ โดยเหตุที่ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินตกเป็นแก่เจ้าของจึงเห็นได้ว่าในประมวลแพ่งและพาณิชย์เองก็มิได้กำหนดหน้าที่ในการดูแลรักษา สงวนทรัพย์สินดังสัญญา ยืมใช้คงรูป

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้ให้ยืมแก่ผู้ยืมเห็นได้ว่าเมื่อผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่ผู้ยืม ผู้ให้ยืมจึงต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น และหากพิจารณาในทางกลับกันหากผู้ให้ยืมมิได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นย่อมจะทำให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ผู้ยืมได้ เช่นนี้ย่อมมีอาจจะถือได้ว่ามีการทำสัญญายืมใช้สึงเปลืองกัน เพราะสัญญา ยืมใช้สึงเปลืองต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

##### 3) เป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน

เนื่องจากสัญญายืมใช้สึงเปลืองเป็นสัญญาชนิดที่สามารถมีค่าตอบแทนได้ ทำให้สัญญายืมใช้สึงเปลืองต่างจากสัญญายืมใช้คงรูปเพราะสัญญายืมใช้คงรูปกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องเป็นการให้ยืมโดยไม่มีค่าตอบแทน อย่างไรก็ตามเนื่องจากสัญญายืมใช้สึงเปลืองถือว่าเป็นสัญญาชนิดหนึ่งดังนี้โดยหลักของสัญญายืมที่ต้องเป็นสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญา

ไม่ต่างตอบ คือ สัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองก่อให้เกิดหนี้แต่เพียงฝ่ายผู้ขี้มเท่านั้นที่ต้องคืนทรัพย์ที่ขี้ม  
 ดังนี้ในเรื่องการให้ค่าตอบแทนจึงมิใช่เรื่องอย่างกรณีสัญญาต่างตอบแทนแต่อย่างใด โดย  
 ค่าตอบแทนในสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองเห็นได้จากสัญญาขี้มเงินที่ผู้ให้ขี้มมีสิทธิในการได้ดอกเบี้ย  
 จากผู้ขี้มได้ นอกจากนี้การให้ค่าตอบแทนในสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองนี้อาจจะอยู่ในรูปสิ่งของ  
 อย่างอื่นก็ได้ เช่นตกลงว่าขี้มข้าวสาร 1 ถัง แต่ผู้ขี้มต้องคืน 2 ถัง<sup>39</sup> เป็นต้น ดังนั้นการให้ค่าตอบแทน  
 นี้จึงอาจเป็นเงินหรือสิ่งของก็ได้

#### 4.2.2.3 วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลือง

วัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองตาม มาตรา 650 ได้ใช้คำว่า “ทรัพย์สินชนิด  
 ใช้ไปสิ้นไป” สังเกตได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองต้องเป็นทรัพย์สินตาม มาตรา 138 และ  
 ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นชนิดใช้ไปสิ้นไป โดยคำว่าทรัพย์สินตาม มาตรา 138 กำหนดว่า ทรัพย์ซึ่งเป็น  
 วัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ผู้เขียนเห็นว่าทรัพย์ที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง  
 ย่อมสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาขี้มได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ คือในสังหาริมทรัพย์  
 ย่อมจะปรากฏชัดทั้งในเรื่องการส่งมอบทางกายภาพและในเรื่องเจตนาของคู่สัญญา เช่น ขี้มข้าวสาร  
 เพื่อบริโภค เป็นต้น

ส่วนอสังหาริมทรัพย์เห็นได้ว่าคำว่าอสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 139<sup>40</sup> แม้จะ  
 สามารถส่งมอบได้ทางกายภาพโดยอาจส่งมอบโดยการส่งมอบกันโดยปริยายและแม้จะเจตนาที่ใช้  
 อย่างทรัพย์ชนิดใช้ไปสิ้นไป แต่เนื่องจากลักษณะของอสังหาริมทรัพย์ที่ได้กำหนดให้ยึดติดกับที่ดิน  
 เป็นสำคัญ หากได้มีแยกจากที่ดินแล้วหาทำให้กลายเป็นอสังหาริมทรัพย์ไม่ อาทิ ที่ดิน หากต้องการ  
 ขี้มที่ดินตามสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองนี้ย่อมจะต้องใช้ที่ดินผืนนั้นชนิดใช้ไปสิ้นไป อาทิ การขุดดิน  
 ออกไปขาย แต่เนื่องจากเมื่อได้ใช้ทรัพย์อย่างทำให้ทรัพย์หมดสภาพจากการเป็นทรัพย์ โดยการ  
 ขุดดินขึ้นมาแล้ว ดินที่ขุดขึ้นมาขี้มเป็นสังหาริมทรัพย์แล้วเพราะได้แยกขาดจากที่ดินนั้นแล้ว  
 อย่างไรก็ตามในสัญญาขี้มใช้สิ้นเปลืองผู้ขี้มมีหนี้ที่จะต้องคืนทรัพย์เป็นประเภท ชนิด และ

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050/2512

“การขี้มข้าวเปลือกซึ่งตกลงให้ดอกเบี้ยเป็นข้าวเปลือกในอัตรา 1 ถัง ต่อข้าวเปลือกที่ขี้ม 2 ถัง  
 มิใช่ดอกเบี้ยตามความหมายของกฎหมาย เพราะผลประโยชน์ที่เรียกเป็นดอกเบี้ยได้เกิดขึ้นได้จากเงินเท่านั้น  
 เมื่อตกลงจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนในการขี้มข้าวเปลือกกันไว้อย่างไร ผู้ขี้มจะต้องชำระตามข้อตกลงนั้น.”

<sup>40</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139 บัญญัติว่า

“อสังหาริมทรัพย์หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์อันอยู่ติดกับที่ดินที่มีลักษณะถาวรหรือประกอบเป็น  
 อันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์อันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบ  
 เป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย.”



ปริมาณเดียวกับที่ยืม จึงย่อมเห็นได้ว่าการคืนทรัพย์สินในสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างก็ต้องเป็น ตัวทรัพย์สินเดียวกับที่ยืมตั้งสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างแต่ต้องคืนที่ดินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณ เดียวกับที่ยืม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการเช่าสิ่งปลูกสร้างซึ่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นอสังหาริมทรัพย์นี้ ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากสภาพของอสังหาริมทรัพย์นั่นเองที่เมื่อได้ใช้ทรัพย์สินนั้น มิได้เป็นการ ใช้อสังหาริมทรัพย์แต่เป็นการใช้สิ่งปลูกสร้างเพราะทรัพย์สินได้กลายเป็นสภาพไปแล้วและผู้ยืมเองมีหนี้ เพียงต้องคืนที่ดินดังกล่าวเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ยืมได้

วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างนอกจากต้องเป็นทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์มีรูปร่างแล้ว ทรัพย์สินยังหมายถึงวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่างนี้ย่อม ขัดกับสภาพความเป็นจริงของการส่งมอบทางกายภาพเนื่องจากมีอายุรู้ได้ว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด ชนิดใด และมีปริมาณเท่าใด และการใช้ทรัพย์สินในสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างนี้ต้องใช้โดยมุ่งให้สภาพ แห่งทรัพย์สินเสื่อมไป ดังนี้เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่างย่อมขัดกับสภาพแห่งทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์ แห่งสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้าง

นอกจากนี้ทรัพย์สินจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างต้องเป็นทรัพย์สินแล้ว ทรัพย์สินนั้นต้องเป็นการใช้อย่างชนิดไปสิ้นไป แต่เดิมก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุศาสตร์มีการวางหลักคำว่า โภคยทรัพย์สิน ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเมื่อใช้ย่อมเสื่อมสภาพ หรือ เสื่อมสภาพไปในทันทีเพราะการใช้หรือซึ่งใช้ไปในที่สุดย่อมสิ้นเปลืองหมดไป เห็นได้ว่า โภคยทรัพย์สินในครั้งนั้นจำเป็นต้องเป็น อสังหาริมทรัพย์และต้องสิ้นเปลืองหมดไปเพราะการใช้เป็นสำคัญ ดังนั้น คำว่าทรัพย์สินชนิดไปสิ้นไปในสัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างมุ่งให้ทรัพย์สินนั้นสิ้นไป เสื่อมสภาพไป เพราะการใช้ ประกอบการกำหนดหนี้ของผู้ยืมก็ได้กำหนดให้ต้องคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด ปริมาณ เดียวกับที่ยืม อันตัวทรัพย์สินต้องมีใช้อย่างเดียวกับที่ยืมไป ทั้งนี้เพราะว่าโดยสภาพของการใช้ไปสิ้นไป ทรัพย์สินย่อมหมดสภาพจากการเป็นทรัพย์สิน กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้ยืมต้องผูกพันเพียงต้องคืนทรัพย์สิน ประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ยืมเท่านั้น

#### 4.2.2.4 สัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

สัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างเป็นสัญญาเช่าชนิดหนึ่งความสมบูรณ์ของสัญญา จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม อันเป็นที่ปรากฏใน มาตรา 650 วรรคสอง ที่ว่าสัญญานี้ ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม ดังนั้น สัญญาเช่าสิ่งปลูกสร้างนั้นจึงต้องมีองค์ประกอบ ในเรื่องของการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อทำให้สัญญานั้นสมบูรณ์ อันเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่ง นอกเหนือจากการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน

#### 4.2.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายสินค้า

##### 1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม

สิทธิของผู้ให้ยืมนี้เห็นได้ว่าเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ยืมนั้นคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ยืมได้ และหากในสัญญาได้ตกลงเรื่องดอกเบี้ยหรือค่าตอบแทนใดๆ เช่นนี้ผู้ให้ยืมย่อมที่จะเรียกให้ผู้ยืมให้ค่าตอบแทนนั้นได้ นอกเหนือจากทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญา นอกจากสิทธิดังกล่าวข้างต้นแล้วผู้ให้ยืมยังคงมีสิทธิตามบทบัญญัติว่าด้วยหนี้ทั่วไป อาทิ หากผู้ยืมมิส่งคืนทรัพย์สินภายในกำหนดเช่นนี้ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกให้ชดเชยทรัพย์สินที่ยืมและอาจเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 222<sup>41</sup> ส่วนหน้าที่นั้นไม่ปรากฏว่าผู้ให้ยืมมีหน้าที่อันใดต่อผู้ยืมเพราะสัญญาซื้อขายสินค้าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว

##### 2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

สิทธิของผู้ยืมเห็นได้ว่าผู้ยืมไม่มีสิทธิใดๆ เรียกร้องให้ผู้ให้ยืมปฏิบัติต่อตนได้ เนื่องจากหาได้มีกฎหมายที่ให้สิทธิใดๆ แก่ผู้ยืมไม่ อีกทั้งการเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ตนเห็นได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินมิได้เป็นหนี้อันมีในฝ่ายผู้ให้ยืม แต่การส่งมอบเป็นเพียงการทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าสมบูรณ์เท่านั้น แต่ในทางกลับเป็นฝ่ายผู้ยืมมีหน้าที่ในสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนแปลงทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นหนี้ในการคืนทรัพย์สิน หนี้ในการเสียดำจ่ายโดยเป็นค่าฤชาธรรมเนียมในการทำสัญญา ค่าส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สินที่ยืม หน้าที่เหล่านี้กฎหมายล้วนกำหนดให้เป็นหนี้ทางฝ่ายผู้ยืมทั้งสิ้น

#### 4.2.2.6 สัญญาซื้อขายเงินตามสัญญาซื้อขายสินค้า

การทำสัญญาซื้อขายเงินกันเนื่องจากการยืมเงินได้เป็นที่ปรากฏเป็นอย่างมาก กฎหมายจึงได้กำหนดหลักการไว้เพิ่มเติมจากการยืมซื้อขายสินค้าตามปกติ โดยกำหนดไว้ตั้งแต่มาตรา 653 ถึง มาตรา 656 สัญญาซื้อขายเงินเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าในลักษณะของการยืมเงินกัน ดังนี้ หลักการเบื้องต้นดังที่กล่าวไว้ จึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายเงินด้วย อย่างไรก็ตามสัญญาซื้อขายเงินได้กำหนดหลักการพิเศษเพิ่มขึ้นในเรื่องหลักฐานการฟ้องคดีที่การกู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท ต้องมีหลักฐานในการฟ้องคดีตาม มาตรา 653 และการคิดดอกเบี้ยใน มาตรา 654 มาตรา 655 และ มาตรา 656 เป็นเรื่องการส่งคืนทรัพย์สินอย่างอื่นแทนเงินกู้ หลักการที่กำหนดไว้จึงเป็นพิเศษบังคับใช้เฉพาะในสัญญาซื้อขายเงินเท่านั้น

<sup>41</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 78.

### 1) ความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงิน

ความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินต้องพิจารณาตามหลักที่กำหนดไว้ใน มาตรา 650 วรรค 2 ที่จะต้องมีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้กู้ยืมเงินก่อนสัญญาจึงจะสมบูรณ์ ซึ่งการส่งมอบเงินเห็นได้ว่าอาจส่งมอบโดยตรง เช่น การหยิบยื่นหรืออาจส่งมอบโดยปริยายก็ได้ คือ คู่สัญญาอาจผูกพันกันตามมูลสัญญาอื่นกันก่อน แล้วอาจมีการตกลงในภายหลังให้ระงับหนี้ด้วยการผูกพันตามมูลหนี้ในสัญญาอื่น เช่นนี้หากพิจารณาในเรื่องนี้ทั่วไปแล้วเป็นที่เห็นได้ว่าตรงกับหลักในเรื่องแปลงหนี้ใหม่<sup>42</sup> กรณีดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าคู่สัญญามีได้มีการกระทำทางกายภาพในการส่งมอบเงินกันจริง แต่ก็ถือได้ว่าการส่งมอบเงินตามสัญญากู้ยืมแล้ว และมีผลทำให้สัญญากู้ยืมบริบูรณ์ตามกฎหมาย

### 2) หลักฐานแห่งการกู้ยืมเงิน

สัญญากู้ยืมเงินเมื่อได้มีการส่งมอบเงินครบตามจำนวนในสัญญากู้ยืมเงิน สัญญากู้ยืมย่อมสมบูรณ์ แต่จะสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับได้หรือไม่ นั้น มาตรา 653<sup>43</sup> วางหลักไว้ว่าการกู้ยืมเงินกว่า 2000 บาท ต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ มิฉะนั้นแล้วคู่สัญญาหาอาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ หลักฐานเป็นหนังสือเป็นคุณละเรื่องกับความสมบูรณ์ของสัญญา คือ แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่หากมิได้มีการส่งมอบเงินกัน สัญญากู้ยืมเงินไม่สมบูรณ์หาอาจฟ้องร้องไม่ และหลักฐานเป็นหนังสือมิได้ถือว่าเป็นแบบอันกฎหมายจะบังคับให้ต้องทำที่หากมิได้ทำแล้วผลจะเป็นโมฆะตาม มาตรา 152

### 3) หลักฐานการใช้เงิน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 วรรคสอง<sup>44</sup> ได้กำหนดหลักที่เกี่ยวกับหลักฐานในการใช้เงินไว้ว่า หากได้มีการนำสืบเรื่องการใช้เงินต้องปรากฏว่าได้มีหลักฐานเป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อผู้ให้ยืม หรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืนแล้ว หรือ ได้มีการแทงเพิกถอนเอกสารนั้น

<sup>42</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1466/2498, 699/2522, 1671/2505, 1374/2505.

<sup>43</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 653 วรรคแรก บัญญัติว่า

“การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไป ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับหาได้ไม่.”

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 653 วรรคสอง บัญญัติว่า

“ในการกู้ยืมเงินมีหลักฐานเป็นหนังสืออัน ท่านว่าจะนำสืบการใช้เงินได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดงหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืนแล้ว หรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้นแล้ว.”

#### 4) ดอกเบี้ย

ดอกเบี้ยจะแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 กรณี<sup>45</sup> คือ จะพิจารณาดอกเบี้ยธรรมดา (Interest) และ ดอกเบี้ยทบต้น (Compound interest) ดอกเบี้ยทั้งสองกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้ผู้สัญญาจะพึงเรียกได้ตามสัญญาผู้ ดอกเบี้ยเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาในเรียกเก็บดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือตลอดทั้งมีการหลบเลี่ยงการเรียกเก็บโดยการกำหนดทรัพย์สินแทนดอกเบี้ย ดังจะวิเคราะห์ต่อไปนี้

##### (1) ดอกเบี้ย

เนื่องจากสัญญายืมใช้เงินเปลืองถือได้ว่าเป็นสัญญาที่อาจเรียกค่าตอบแทนกันได้ และในสัญญายืมเงินซึ่งถือได้ว่าเป็นหนี้เงินอันสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ตามกฎหมาย แต่พึงสังเกตว่าการจะเรียกดอกเบี้ยได้จะต้องมีการกำหนดไว้สัญญา หากมิได้กำหนดไว้มิได้มีการตราใดกำหนดให้สามารถมีเรียกได้โดยอัตโนมัติ สำหรับอัตราดอกเบี้ยอันจะพึงเรียกได้มาตราที่ไว้วางหลักไว้คือ มาตรา 654<sup>46</sup> ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดอัตราดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี แต่หากว่าสัญญายืมเงินกำหนดไว้เพียงว่าพึงเรียกดอกเบี้ยกันได้แต่มิได้กำหนดอัตราไว้ ตาม มาตรา 7<sup>47</sup> สามารถเรียกได้ร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ดอกเบี้ยที่กล่าวมานี้เป็นดอกเบี้ยที่สามารถเรียกได้จากมูลหนี้ตามสัญญายืมเงิน แต่หากปรากฏว่าผู้ยืมลูกหนี้ได้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว ผู้ให้ยืมสามารถเรียกดอกเบี้ยผิดนัดได้อีกตามมาตรา 224

สำหรับการเรียกดอกเบี้ยต้องพิจารณาว่า การจะเรียกดอกเบี้ยจะพึงเรียกเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ซึ่งในชั้นของอัตราดอกเบี้ยนี้จะมีการแยกออกไปอีกว่าสัญญายืมเงินนี้เป็นการยืมระหว่างเอกชนด้วยกันหรือว่า สัญญายืมระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ยืม

หากการยืมเงินระหว่างเอกชนด้วยกัน การกำหนดอัตราดอกเบี้ยจะต้องไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด จะต้องพิจารณากฎหมาย 2 ฉบับคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 วางหลักให้ห้ามมิให้เรียกเกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่หากมีการกำหนดเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ก็ให้ลดลงมาเหลือร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรานี้เห็นได้ว่าหากผู้สัญญาได้ฝ่าฝืน

<sup>45</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 108.

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 654 บัญญัติว่า

“ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดอัตราดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี.”

<sup>47</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 7 บัญญัติว่า

“ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมาย อันชัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี.”

เรียกเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด สัญญาจะบังคับได้เพียง ร้อยละ 15 แต่ข้อตกลงนั้นหาถือว่าตกเป็นโมฆะไม่ ต่อมาปรากฏว่าได้มีการออกประกาศพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับได้วางหลักให้มีโทษทางอาญาแก่ผู้ที่เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดโดยอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดคืออัตรา ร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง<sup>48</sup> โดยพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 3<sup>49</sup> ผลของการฝ่าฝืนการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราจะทำให้ตกเป็นโมฆะเพราะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

สัญญากู้ยืมระหว่างสถาบันการเงินและผู้ยืม เห็นได้ว่าในเรียกดอกเบี้ยจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ซึ่งสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับกำหนดไว้ใน มาตรา 4<sup>50</sup> และ มาตรา 6<sup>51</sup> อันจะทำให้การเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินจะพึงเรียกได้สูงสุดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และการเรียกดอกเบี้ยดังกล่าว

<sup>48</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 110.

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475, มาตรา 3 บัญญัติว่า

“บุคคลใด

(ก) ให้นำบุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ

(ข) เพื่อปิดบังการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราท่านบัญญัติไว้ในกฎหมาย บังอาจกำหนดข้อความอันไม่จริงในเรื่องจำนวนเงินกู้หรืออื่นๆ ไว้ในหนังสือสัญญา หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้ หรือ

(ค) นอกจากดอกเบี้ย ยังบังอาจกำหนดจะเอา หรือรับเอาซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของ หรือโดยวิธีเพิกถอนหนี้ หรืออื่นๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

<sup>50</sup> พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523, มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขภาวะเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย มีอำนาจกำหนดอัตรา ดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้กู้ยืมหรือคิดให้ผู้ให้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้า ต่อปีได้

ในการกำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยสำหรับ สถาบันการเงินบางประเภท หรือทุกประเภทโดยกำหนดเป็นอัตราสูงสุดหรือ อัตราที่อ้างอิงได้ในลักษณะอื่นก็ได้ และจะกำหนดเงื่อนไขให้สถาบันการเงิน ต้องปฏิบัติตามด้วยก็ได้

การกำหนดตามมาตรา นี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา.”

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า “เมื่อรัฐมนตรีกำหนดอัตราดอกเบี้ยตามมาตรา 4 แล้ว มิให้นำ มาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่ การคิดดอกเบี้ยของสถาบันการเงินที่รัฐมนตรีกำหนดตาม มาตรา 4.”

ไม่ตกอยู่ในบังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 โดยการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงินตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เห็นได้ว่าในช่วงระยะแรกได้มีการออกประกาศการคลังหลายฉบับเพื่อกำหนดอัตราดอกเบี้ยโดยลักษณะของการกำหนดจะกำหนดในแบบเพดานขั้นสูงสุดไว้ เช่น ให้ธนาคารพาณิชย์คิดดอกเบี้ยจากเงินที่ให้ผู้กู้ยืมได้ในอัตราไม่เกินอัตรา ร้อยละ 19 ต่อปี และให้บริษัทเงิน บริษัทหลักทรัพย์ คิดดอกเบี้ยจากเงินให้ผู้กู้ยืมได้ในอัตราไม่เกินอัตรา ร้อยละ 21 ต่อปี เป็นต้น และเห็นได้ว่านับแต่ พ.ศ. 2535 กระทรวงการคลังได้มีการออกประกาศการคลังให้สถาบันการเงินมีอำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยได้เอง<sup>52</sup>

## (2) ดอกเบี้ยทบต้น

ดอกเบี้ยทบต้นคือกรณีที่ผู้ให้กู้ได้นำจำนวนดอกเบี้ยทบเข้ากับต้นเงินเป็นระยะๆ ซึ่งโดยหลักแล้วจะส่งผลให้ดอกเบี้ยมีอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดและทำให้ออกเป็นโมฆะ โดยดอกเบี้ยทบต้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักไว้ใน มาตรา 655<sup>53</sup> เห็นได้ว่าจะห้ามมิให้มีการเรียกดอกเบี้ยทบต้นแต่การห้ามนี้ หาได้ห้ามอย่างเด็ดขาดไม่เนื่องจากว่าได้มีการวางข้อยกเว้นให้มีการเรียกดอกเบี้ยทบต้นโดยการทำสัญญาเรียกดอกเบี้ยทบต้นเป็นหนังสือ โดยมีเงื่อนไขว่าดอกเบี้ยต้องค้างชำระเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี หรือในกรณีที่หากประเพณีค้าขายที่มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด หรือการค้าขายอย่างอื่นที่มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นกันแล้ว ก็ยินยอมให้มีการคิดดอกเบี้ยทบต้นกันได้โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด<sup>54</sup>

## สัญญากู้ยืมเงินผู้บริโภค

หากเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบุคคลธรรมดาสองฝ่ายซึ่งจัดได้ว่าเป็นการทำสัญญากู้ยืมเงินกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 แต่ข้อเท็จจริงอาจเปลี่ยนเป็นว่าการกู้ยืมเงินเป็นการกู้ยืมเงินที่อยู่ภายในบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 คือ

<sup>52</sup> สุธีร์ สุกนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 118.

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 655 บัญญัติว่า

“ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยในดอกเบี้ยที่ค้างชำระ แต่ทว่าดอกเบี้ยที่ค้างชำระไม่น้อยกว่าหนึ่งปี คู่สัญญาผู้ยืมจะตกลงกันให้อวดดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงินแล้วให้คิดดอกเบี้ยในจำนวนที่ทบกันนั้นก็ได้ แต่การตกลงเช่นนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

ส่วนประเพณีการค้าขายที่คำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัดที่ดีในการค้าขายอย่างอื่นทำนองเช่นว่านี้ก็ดี หาอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติซึ่งกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นไม่.”

<sup>54</sup> สุธีร์ สุกนิตย์. เล่มเดิม. หน้า 120-121.

ผู้ให้ยืมอาจอยู่ในฐานะผู้ประกอบการและผู้ให้ยืมอาจอยู่ในฐานะผู้บริโภครวมกันตามกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ให้สิทธิแก่ผู้บริโภคร้องเรียนต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าหรือให้บริการในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค พื้นฐานของความคิดเหล่านี้ก็เพื่อมิให้ประชาชนผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ นอกจากนี้ยังมีประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่กำหนดให้ธุรกิจบางประเภทเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา คือ หากว่าสัญญาใดอยู่ในประเภทของสัญญาที่คณะกรรมการได้ประกาศให้ต้องถูกควบคุมจะต้องมีสาระสำคัญและเงื่อนไขตามที่คณะกรรมการได้ประกาศไว้ตามแต่ละประเภทสัญญานั้นๆ ซึ่งถ้าหากว่าสัญญาดังกล่าวไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าว หรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ก็ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแทน หรือให้ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้นแทน หรือในทางกลับกันหากว่าข้อสัญญานั้นคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาจะต้องไม่ใช่ข้อสัญญาใดแล้วหากว่าสัญญานั้นได้ใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาดังกล่าวเช่นว่านั้นเลย ประกอบทั้ง การคุ้มครองผู้บริโภคกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองโดยการกำหนดหน้าที่ต่อผู้ประกอบการธุรกิจต้อง ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาและแบบที่ถูกต้องให้ผู้บริโภค หากผู้ประกอบการนั้นฝ่าฝืนหรือละเลยไม่ส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้ประกอบการนั้นอาจต้องรับโทษทางอาญาได้

เมื่อสัญญากู้ยืมเงินนั้นได้เป็นสัญญากู้ยืมเงินที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจและคู่สัญญาอีกฝ่ายคือผู้ยืม สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวย่อมเป็นสัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค นอกจากนี้สัญญากู้ยืมประเภทดังกล่าวนี้ ได้มีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้ออกประกาศให้สัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคเป็นสัญญาที่ต้องถูกควบคุมตามที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น นอกจากนี้สัญญากู้ยืมเงินยังอาจเกี่ยวกับกฎหมายอื่นๆ เช่นพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยให้กู้ของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523

ดังนั้นหากเป็นสัญญากู้ยืมเงินในลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคสัญญากู้ยืมยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักของสัญญากู้ยืมทั่วไปด้วย และต้องมีรายละเอียดตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544 มีรายละเอียดดังนี้

ดังที่ข้อ 1 ในประกาศดังกล่าวได้กล่าวไว้ว่า ให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงิน เพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่ควบคุม

ส่วนข้อ 2 กำหนดคำนิยามของธุรกิจการให้กู้ยืมเพื่อผู้บริโภค และคำนิยามของผู้ประกอบการ คือ “ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภค” หมายความว่า กิจการที่ผู้ประกอบการ

ทำสัญญาให้ผู้บริโภคซึ่งมิใช่นิติบุคคลกู้ยืมเงินจากผู้ประกอบธุรกิจและนำเงินที่ได้รับจากการกู้ยืมเงินไปใช้สอยตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภคซึ่งมิใช่เป็นการนำไปใช้ในการประกอบกิจการเพื่อหารายได้ และได้ให้ความหมายของผู้ประกอบการไว้ว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ธนาคารพาณิชย์ ธนาคารที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ และนิติบุคคลที่ดำเนินธุรกิจให้กู้ยืมเงิน หรือ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ หรือการบริหารสินทรัพย์ประเภทสิทธิเรียกร้องที่เป็นเงิน

ข้อ 3 และ ข้อ 4 กำหนดข้อความในสัญญา เงื่อนไข สำคัญในสัญญากู้ยืมให้ผู้บริโภคว่าเป็นอย่างไร โดยข้อ 3 กำหนดไว้ว่าข้อ 3 สัญญากู้ยืมเงินที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภค ต้องมีข้อความภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร และจะต้องใช้ ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1) สัญญากู้ยืมเงินชนิดที่ให้ผู้ให้สิทธิผู้ให้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยได้ การเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยใดๆ เพิ่มขึ้น ผู้ให้กู้ต้องแจ้งให้ผู้กู้ทราบเป็นหนังสือ มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร ดังนี้

(1) แจ้งให้ผู้กู้ทราบล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

(2) ในกรณีเร่งด่วนแจ้งทางจดหมายหรือประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวัน ภาษาไทยที่แพร่หลายในประเทศล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และการแจ้งโดยประกาศทางหนังสือพิมพ์นั้น ให้แจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นหนังสือซ้ำอีกครั้งหนึ่ง การเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยตามวรรคหนึ่งไม่หมายความถึงการเปลี่ยนแปลงเฉพาะอัตราดอกเบี้ยลูกค้ำชั้นดีที่มีกำหนดระยะเวลา (MLR) อัตราดอกเบี้ยเบิกเกินบัญชี (MOR) และอัตราดอกเบี้ยลูกค้ำรายย่อยชั้นดี (MRR) ซึ่งทำให้อัตราดอกเบี้ยเปลี่ยนแปลงไป

2) การผิดสัญญาเรื่องใดของผู้ที่ผู้ให้กู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาจะต้องเป็นข้อที่ผู้ให้กูระบุไว้เป็นการเฉพาะด้วยตัวอักษรสีแดงหรือตัวดำ หรือตัวเอน ที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไปและก่อนการบอกเลิกสัญญาต้องแจ้งเป็นหนังสือ ไปยังผู้กู้และควรกำหนดระยะเวลาอันสมควรให้ผู้กู้แก้ไขการผิดสัญญาหรือผิดเงื่อนไขดังกล่าว

3) การจำหน่ายหรือการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญากู้ยืมเงิน หรือสิทธิจำนอง หรือสิทธิจำนำ หรือสิทธิในหลักประกันอื่นใดของผู้ให้กู้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ให้กู้ต้องแจ้งเป็นหนังสือ ไปยังผู้กู้ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหนึ่งงวดของการชำระเงินกู้ หรือดอกเบี้ย หรืองวดของการคิดดอกเบี้ย หรือจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้กู้มิเช่นนั้นจะยกเป็นข้อต่อสู้ผู้กู้ไม่ได้ ยกเว้นในกรณีที่มิกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าไม่ต้องทำการบอกกล่าวหรือแจ้งแก่ผู้กู้หรือขอความยินยอมจากผู้กู้



4) ในกรณีที่สัญญากู้ยืมเงินกำหนดให้ผู้กู้นำทรัพย์สินที่วางไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาไปเอาประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัย หรือกำหนดให้ผู้กู้ทำประกันชีวิตโดยกำหนดให้ผู้ให้กู้เป็นผู้รับประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัยหรือกรมธรรม์ประกันชีวิตดังกล่าว เมื่อผู้ให้กู้ได้รับเงินตามกรมธรรม์ประกันภัยหรือกรมธรรม์ประกันชีวิตแล้ว ต้องนำเงินที่ได้รับไปใช้เพื่อการซ่อมแซมทรัพย์สินให้ผู้กู้ หรือจัดหาทรัพย์สินอื่นทดแทนให้แก่ผู้กู้ หรือหักหนี้ที่ค้างชำระของผู้กู้ตามแต่กรณี เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ หากมีเงินคงเหลือต้องคืนให้แก่ผู้กู้

5) ในกรณีที่สัญญากู้ยืมเงินที่กำหนดให้มีการคิดค่าเบี้ยปรับ หรือค่าธรรมเนียมจากผู้กู้เพื่อการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดเวลาในสัญญา ผู้ให้กู้จะต้องกำหนดให้ชัดเจนในสัญญากู้ยืมเงินว่าจะคิดค่าเบี้ยปรับหรือค่าธรรมเนียมดังกล่าวในอัตราเท่าใดจากเงินจำนวนใด

6) ผู้ให้กู้จะส่งคำบอกกล่าวซึ่งตามกฎหมายหรือตามสัญญากำหนดให้ต้องแจ้งหรือบอกกล่าวเป็นหนังสือ โดยการส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับให้แก่ผู้กู้ตามที่ระบุไว้ในสัญญาหรือที่อยู่ของผู้กู้ได้แจ้งการเปลี่ยนแปลงไว้เป็นหนังสือครั้งหลังสุด

7) สัญญากู้ยืมเงินที่กำหนดให้ผู้กู้ต้องหาผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้ตกลงกับผู้กู้ว่าจะจัดให้มีการทำสัญญาค้ำประกัน ซึ่งมีค่าเตือนสำหรับผู้ค้ำประกันไว้หน้าสัญญาค้ำประกันนั้น โดยมีข้อความเป็นภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจนมีหัวเรื่องว่า “ค่าเตือนสำหรับผู้ค้ำประกัน” ใช้อักษรตัวหนาขนาดไม่เล็กกว่าสี่มิลลิเมตรและอย่างน้อยต้องมีข้อความตามเอกสารแนบท้ายประกาศฉบับนี้ โดยมีขนาดตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตรและจะกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันในสัญญาค้ำประกันมีสาระสำคัญตรงกับคำเตือนดังกล่าว

8) ผู้ให้กู้จะส่งมอบสำเนาหรือฉบับสัญญากู้ยืมเงินให้แก่ผู้กู้ไว้เป็นหลักฐานหนึ่งฉบับทันทีที่ผู้กู้ลงนามในสัญญา

ข้อ 4 ข้อสัญญาที่ผู้ให้กู้ทำกับผู้กู้ต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีความหมายทำนองเดียวกัน ดังต่อไปนี้

- 1) ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบจากการผิดสัญญาของผู้ให้กู้
- 2) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้กู้ออกเลิกสัญญากับผู้กู้หรือเรียกร้องให้ผู้กู้ชำระหนี้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดเวลาในสัญญา โดยผู้กู้มิได้ผิดนัดชำระหนี้ หรือผิดสัญญาหรือผิดเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญข้อใดข้อหนึ่งในสัญญา

3) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้กู้เลิกสัญญากับผู้กู้ได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้กู้

4) ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้กู้เปลี่ยนแปลงอัตราค่าบริการต่างๆ เกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงิน เว้นแต่ที่กำหนดไว้ใน ข้อ 3 (1)

## บทที่ 5

### วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายลักษณะยืมใช้สิ่งเปลืองของ ประเทศไทยกับต่างประเทศ

จากการศึกษาสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยและต่างประเทศเห็นได้ว่าสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองได้มีทั้งปัญหาทางวิชาการ และทางปฏิบัติโดยผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีเป็นหลัก แต่ในบางประเด็นผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีความเข้าใจที่ชัดเจนดังจะวิเคราะห์ต่อไปนี้

#### 5.1 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้สิ่งเปลือง

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 650 วรรค 2 กำหนดว่า “สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” จึงทำให้มีปัญหาว่า สัญญายืมใช้สิ่งเปลืองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้วเท่านั้นหรือไม่ อันเป็นเรื่องของการเกิดสัญญา คำนั้นจะให้ยืมและสัญญาจะให้ยืมตลอดทั้งประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน คือ การส่งมอบถือว่าเป็นแบบสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองหรือไม่

##### 5.1.1 วิเคราะห์การเกิดสัญญายืมใช้สิ่งเปลือง

เนื่องจากปัญหาของการเกิดสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองมีความแตกต่างจากสัญญาชนิดอื่นที่ย่อมสมบูรณ์เพียงคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเสนอ สนองต้องตรงกันสัญญาย่อมเกิด แต่ในสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองซึ่งได้รับอิทธิพลตามกฎหมายโรมัน คือ หนี้ตามสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองจะเกิดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ มาตรา 650 กำหนดว่าสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองจะบริบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้น ในเบื้องต้นผู้เขียนจะวิเคราะห์หลักการเกิดสัญญาทั่วไปก่อนเพื่อทำความเข้าใจเปรียบกับลักษณะการเกิดของสัญญายืม หลังจากนั้นจะวิเคราะห์เปรียบเทียบสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองกับประเทศต่างๆ

การเกิดสัญญาโดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดกระบวนการเกิดสัญญาไว้ใน บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา โดยในหมวด 1 ได้กล่าวถึงวิธีการก่อให้เกิดสัญญาตั้งแต่ มาตรา 354 ถึง มาตรา 368 พิจารณาถึงลักษณะการทำ คำเสนอคำสนอง

สัญญาถือว่าเป็นนิติกรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่เป็นบ่อเกิดแห่งมูลหนี้อื่นทำให้บุคคลที่ได้แสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันยอมตกลงอยู่ในภาวะผูกพันตนตามที่ตกลงทำสัญญากันไว้ และหลักสัญญาโดยทั่วไป สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำคำเสนอ สอนงต้องตรงกัน (Consensual contract) คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) หรือสัญญาบางประเภทกฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบเพิ่มในความสมบูรณ์ของสัญญา คือ สัญญาบางประเภทจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (Formal contract) ดังเช่นที่ สัญญาซื้อขาย มาตรา 456 สัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 ที่กฎหมายได้กำหนดแบบไว้ว่า หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เป็นต้น

คำว่าสัญญาในอดีตตามกฎหมายโรมันสัญญาอันจะบังคับได้ตามกฎหมายจะต้องทำตามแบบที่ได้กำหนดไว้ซึ่งต่างจากปัจจุบันที่สัญญาจะบังคับต้องเกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ และสนองต้องตรงกัน สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมิได้กำหนดให้ความหมายไว้ แต่อย่างไรก็ตามได้มีท่านผู้ทรงคุณวุฒิได้อธิบายไว้ในตำรากฎหมายดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.จืด เศรษฐบุตร ให้ความหมายไว้ว่า สัญญาคือนิติกรรมหลายฝ่าย กล่าวคือเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป<sup>1</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี โสคติพันธุ์ ให้ความหมายไว้ว่า สัญญา หมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ สอนงต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติกรรม<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ให้ความหมายไว้ว่า สัญญาคือ นิติกรรมหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดโดยการแสดงเจตนาของบุคคลเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนี้ ในแต่ละฝ่ายอาจกระทำโดยบุคคลเพียงคนเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้<sup>3</sup>

<sup>1</sup> จืด เศรษฐบุตร ข (2524). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 247.

<sup>2</sup> จำปี โสคติพันธุ์. (2546). คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. หน้า 253-254.

<sup>3</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา. หน้า 312.

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาคือ การที่บุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายต่างได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต่อกันโดยต่างมุ่งที่ก่อความผูกพันตน ดังนั้นเมื่อสัญญาได้เกิดแล้วบุคคลผู้แสดงเจตนาต้องรับผลผูกพันในการแสดงเจตนาของตน คือ ความผูกพันที่เรียกว่าหนี้ (Obligation) ซึ่งอาจเป็นหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน (Bilateral contract) ซึ่งคู่สัญญาอาจมีหนี้ซึ่งกันและกัน หรือในสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) ที่หนี้จะเกิดเพียงแต่บุคคลเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นก็ได้

สำหรับสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 650 วรรค 1 เห็นได้ว่า คือ การที่บุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืม และอีกฝ่ายเรียกว่าผู้ยืม โดยผู้ให้ยืมได้ตกลงให้ผู้ยืมได้ยืมทรัพย์สิน และผู้ยืมมีหนี้ที่ต้องคืนทรัพย์สินประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ยืมให้แก่ผู้ให้ยืม สัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องในเบื้องต้นหากพิจารณาเพียงแต่ มาตรา 650 วรรค 1 อาจทำให้เข้าใจว่าสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องเป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงของคู่สัญญา แต่ความจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากใน มาตรา 650 วรรค 2 ได้วางหลักเพิ่มเติมไว้อีกว่า สัญญาซื้อขายนี้บริบูรณ์เมื่อได้ส่งมอบที่ยืม ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความสมบูรณ์ของสัญญาอันเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินยังปรากฏใน สัญญาให้ มาตรา 523 สัญญาฝากทรัพย์สิน มาตรา 657 สัญญาจำนำ มาตรา 727 และสัญญาเก็บของในคลังสินค้า มาตรา 771 จึงทำให้มีการตีความออกไปอีกว่า สัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องความสมบูรณ์ของสัญญามีได้สมบูรณ์เพียงเพราะการแสดงเจตนาของคู่กรณีเท่านั้นแต่สัญญาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ในทางปฏิบัติศาลได้มีคำพิพากษายอมรับมาโดยตลอด<sup>4</sup>

การเปรียบเทียบการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้องเห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 สัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้อง (Loan for consumption) ตาม มาตรา 607<sup>5</sup> วรรคแรกวางหลักว่า “บุคคลใดได้รับเงินหรือทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปโดยการยืม บุคคลนั้นต้องผูกพันในการคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ได้รับมาคืนแก่ผู้ให้ยืม” และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 สัญญาซื้อขายใช้เงินเปลื้อง (Loan for things) มาตรา 607<sup>6</sup> วรรคแรกวางหลักว่า

<sup>4</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249-250/2476, 1379/2479, 520/2503, 182/2481, 1466/2498, 699/2522, 1374/2505, 1557/2524, 1379/2493, 1772/2506, 1175/2508, 2820/2515, 4684/2536.

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันค.ศ. 1900, มาตรา 607 บัญญัติว่า

“A person who has received money or other fungible things as a loan is bound to return to the lender what he has received in things of the same kind, quality and quantity.”

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002, มาตรา 607 (1) บัญญัติว่า

“การทำสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าตกลงที่จะส่งมอบทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปให้แก่ผู้เช่า โดยผู้เช่ามีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินเนื่องจากการได้รับทรัพย์สินนั้นไว้คืนแก่ผู้ให้เช่า เป็นชนิด คุณภาพ และปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้ ดังนั้น สัญญาเช่าสิ้นเปลืองของประเทศเยอรมนีทั้งฉบับเก่าและฉบับใหม่ต่างยังคงยึดถือหลักตามทรัพย์สินสัญญา (Re contract) มาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งเป็นหลักที่ความผูกพันเกิดเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้น เห็นได้ว่า สัญญาเช่าสิ้นเปลืองตามประเทศเยอรมนีย่อมเกิดมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน เพียงแต่ว่าในประเทศเยอรมนีทั้งสองมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างในประเทศไทยที่ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสองว่า สัญญาเช่าสมบูรณ์เมื่อส่งมอบเท่านั้น

จากการพิจารณาการก่อให้เกิดสัญญาเช่าสิ้นเปลืองทั้งของประเทศเยอรมนีและประเทศไทย เห็นได้ว่าสัญญาเช่าสิ้นเปลืองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า ซึ่งเป็นหลักการที่ได้ยอมรับมาตั้งแต่อดีต อย่างไรก็ตามเนื่องจากในประเทศเยอรมนีในปี 2002 ได้แยกสัญญาเช่าเงินออกจากสัญญาเช่าสิ้นเปลืองและตาม มาตรา 488 นั้น ได้กำหนดลักษณะความสมบูรณ์ของสัญญาเช่าเงินได้ขึ้นอยู่กับกรส่งมอบ จึงถือว่าสัญญาเช่าที่แยกออกไปได้มีความทันสมัยกับยุคปัจจุบันที่ยอมรับเพียงการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาที่เชื่อมผูกพันกันได้ แต่สำหรับประเทศไทยเนื่องจากสัญญาเช่าเงินยังคงบัญญัติอยู่ในสัญญาเช่าสิ้นเปลือง ดังนั้นแล้วความสมบูรณ์ของสัญญาจึงยังตามหลักในเรื่องสัญญาเช่าสิ้นเปลืองเป็นสำคัญ

สำหรับประเทศฝรั่งเศสเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1892<sup>7</sup> ที่วางหลักว่า ยืมใช้สิ้นเปลือง คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบ (Delivers) ทรัพย์สิน (Things) ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้บุคคลดังกล่าวใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะคืนทรัพย์สินในปริมาณชนิด (Kind) และคุณภาพ (Quality) เดียวกันให้แก่ตน จากมาตราดังกล่าวเห็นว่าการเกิดสัญญาเช่าของประเทศฝรั่งเศสเกิดจากการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้เช่า โดยผู้เช่ามีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับไว้คืนให้แก่ผู้เช่า ดังนั้นหนี้ของสัญญาเช่าจึงเกิดเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินจึงถือว่าเป็นองค์ประกอบ

---

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

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, มาตรา 1892 บัญญัติว่า

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

เพิ่มเติมของสัญญาอีกประการหนึ่งนอกเหนือจากเจตนาของคู่สัญญาที่จะต้องมิในกระบวนการของการเกิดขึ้นของสัญญา

สำหรับประเทศญี่ปุ่นได้ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นตามประเทศเยอรมนีโดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 เป็นต้นร่าง จึงเห็นได้ว่าหลักการสาระสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจึงคล้ายกับประเทศเยอรมนีซึ่งสัญญาใช้สินเปลืองได้บัญญัติไว้ในมาตรา 587<sup>8</sup> ซึ่งวางหลักว่า สัญญาใช้สินเปลืองจะมีผลสมบูรณ์เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใด จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินที่จะต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้ การเกิดสัญญาใช้สินเปลืองของประเทศญี่ปุ่นจะเกิดมีผลสมบูรณ์บังคับได้ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืมและการกระทำในการส่งมอบเพื่อให้เกิดสัญญาใช้สินเปลืองถือว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการกระทำ (Contract formed on acting) อันต่างจากสัญญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่อาจเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่กรณี โดยการทำคำเสนอคำสนองต้องตรงกันย่อมเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ตามกฎหมาย (Consensual contract)

จากการพิจารณาเปรียบเทียบการก่อให้เกิดสัญญาใช้สินเปลืองระหว่างประเทศไทยกับประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นเห็นว่าประเทศไทยได้มีหลักการเกิดสัญญาใช้สินเปลืองเหมือนกับทั้งสามประเทศดังกล่าว อันสัญญาใช้สินเปลืองจะเกิดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมแล้วเท่านั้น และสำหรับประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นคงต่างจากประเทศเยอรมนี สำหรับสัญญาผู้ยืมเงินที่ได้แยกออกจากสัญญาใช้สินเปลืองจึงทำให้ลักษณะของสัญญาผู้ยืมการเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญามีได้พิจารณาตามสัญญาใช้สินเปลืองอีกต่อไป

## 5.1.2 วิเคราะห์คำมั่นจะให้ยืมใช้สินเปลืองและสัญญาจะให้ยืมใช้สินเปลือง

### 5.1.2.1 คำมั่นจะให้ยืมใช้สินเปลือง

เนื่องจากปัญหาในทางวิชาการที่เกิดขึ้นได้มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องคำมั่นจะให้ยืมและสัญญาจะให้ยืมว่าสามารถมีได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุของการเกิดปัญหาดังกล่าวเกิดจากการยอมรับหลักเรื่องคำมั่นจะทำสัญญาและสัญญาจะทำสัญญาของประเทศไทยได้มีบัญญัติไว้เฉพาะเพียงบางเอกเทศจึงทำให้มีการพิจารณากันว่าสัญญาใช้สินเปลืองที่มีได้มีกฎหมาย

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น, มาตรา 587 บัญญัติว่า “A loan for consumption shall become effective when one of the parties receives money or other things from the other party by promising that he/she will return by means of things that are the same in kind, quality and quantity.”

วางหลักรับรองดังกล่าวไว้และหากได้มีการตกลงว่าจะให้ยืมทรัพย์สินตามลักษณะของสัญญาให้ยืมใช้สลับเปลี่ยนแล้วผลจะเป็นอย่างไร

เนื่องจากประเทศไทยมิได้มีการยอมรับการทำค้ำประกันจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมทำให้เกิดปัญหาได้ เช่น นาย ก. ซึ่งเป็นนักธุรกิจต้องการสินเชื่อเพื่อมาขยายธุรกิจ โดย นาย ก. ได้ยื่นคำขอสินเชื่อต่อธนาคาร A. ในวันที่ 1 มกราคม และเมื่อธนาคาร A. ได้พิจารณาคำขอสินเชื่อของ นาย ก. และได้พิจารณาเอกสารตลอดทั้งความสามารถในการชำระหนี้ของ นาย ก. จนธนาคาร A. ได้อนุมัติวงเงินสินเชื่อให้แก่ นาย ก. แล้วได้แจ้งให้ นาย ก. ทราบในวันที่ 20 มกราคม ธนาคาร A. ได้นัดหมายให้ นาย ก. มารับเงินและเซ็นสัญญาเงินกู้ในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ โดยภายหลังจากที่ นาย ก. ได้รับทราบการอนุมัติวงเงินดังกล่าว นาย ก. นั้นได้ไปติดต่อเพื่อทำสัญญาเช่าพื้นที่ในห้างสรรพสินค้า B โดยได้วางเงินมัดจำไปแล้ว และ นาย ก. ยังได้ไปติดต่อห้างหุ้นส่วนจำกัด C เพื่อให้มาตกแต่งร้าน ต่อมาปรากฏว่าในวันที่ 25 มกราคม ได้มีคำสั่งของสรรพากรในเรื่องการค้างชำระค่าภาษีอากร เมื่อธนาคารทราบเรื่องดังกล่าวในวันที่ 28 มกราคม จึงได้มีการแจ้งการยกเลิกคำขอสินเชื่อของนาย ก. จากอุทธรณ์ดังกล่าวนี้ สามารถนำมาวิเคราะห์ในเบื้องต้นได้ว่า

การที่ นาย ก. ได้ยื่นคำขออนุมัติสินเชื่อต่อธนาคาร A. ถือว่าเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางโดยจะสัญญาจะเกิดได้ต่อเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 ดังนั้นแล้วเมื่อ นาย ก. ทำคำเสนอโดยการทำคำขอสินเชื่อขึ้นให้แก่ธนาคาร A. สัญญาการอนุมัติสินเชื่อจึงเกิดเมื่อคำบอกกล่าวสนองของธนาคาร A. ไปถึง นาย ก. ดังนี้แล้วสัญญาจึงเกิดเมื่อวันที่ 20 มกราคม อย่างไรก็ตามเนื่องจากกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการทำสัญญากู้ยืมเงินจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรค 2 ที่กล่าวว่าสัญญาจะบริบูรณ์ต่อเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม ดังนั้นแล้วจากอุทธรณ์ดังกล่าวข้างต้นเมื่อธนาคาร A. ในขณะนั้นยังมิได้มีการส่งมอบเงินให้แก่ นาย ก. กรณีจึงถือไม่ได้ว่าเกิดสัญญากู้ยืมกันแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรค 2 และจากอุทธรณ์ข้างต้นมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังจากที่ นาย ก. ได้รับแจ้งเรื่องการอนุมัติสินเชื่อ นาย ก. ได้ไปทำสัญญาเช่าพื้นที่และจ้างตกแต่งร้านเนื่องจาก นาย ก. ได้นั้นมั่นใจว่าสามารถขยายกิจการของตนได้อย่างแน่แท้ เพราะได้รับแจ้งเรื่องการอนุมัติสินเชื่อแล้ว ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าธนาคารได้ยกเลิกสินเชื่อดังกล่าวจึงทำให้ นาย ก. จะต้องถูกริบมัดจำค่าเช่าพื้นที่และถูกเรียกค่าเสียหายจากการยกเลิกการจ้างตกแต่ง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ นาย ก. แต่ นาย ก. ก็ไม่สามารถเรียกให้ธนาคารชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการอนุมัติแก่ตนได้ เนื่องจากว่าสัญญากู้ยืมนั้นไม่บริบูรณ์เนื่องจากยังมิได้ส่งมอบเงินให้ นาย ก. สัญญากู้ยืมจึงยังมิได้เกิดขึ้น และในสัญญากู้ยืมหนี้ที่เกิดขึ้นจะพึงแก่ผู้ผู้ฝ่ายเดียว ฝ่ายธนาคารผู้ให้กู้มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบเงินดังกล่าวแต่อย่างใด



เห็นได้ว่าการที่ธนาคารไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ นาย ก. ทั้งที่ธนาคารพิจารณาอนุมัติคำขอสินเชื่อและได้บอกกล่าวแก่ นาย ก. ว่า นาย ก. มีสิทธิที่จะได้รับเงินดังกล่าว เช่นนี้หากได้มีการยอมรับหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืม ย่อมจะทำให้ นาย ก. มีสิทธิในการต่อสู้เรียกร้องให้ทำสัญญาหรือว่าสามารถเรียกค่าเสียหายอันพึงได้จากการยกเลิกการอนุมัติของธนาคารได้ ย่อมจะทำให้ นาย ก. ได้รับความเป็นธรรมจากใช้กฎหมาย

ดังนั้นจึงทำให้ทางวิชาการมีการวิเคราะห์ถึงการก่อให้เกิดสัญญาของสัญญาใช้ใช้สินเปลือง และเมื่อกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ถือว่าสัญญาใช้ใช้สินเปลืองบริบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์ จึงทำให้เห็นว่า หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์ที่ยืมสัญญาใช้ไม่เกิด เมื่อพิจารณาหลักของสัญญาใช้ใช้สินเปลืองเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่หนึ่งจะมีเฉพาะแต่ผู้ยืมเท่านั้น จึงทำให้สัญญาจะให้ยืมไม่มีตามกฎหมายไทย ดังที่ปรากฏจากการไม่ยอมรับของศาลที่จะบังคับตามการแสดงเจตนาของผู้ทำสัญญาจะทำสัญญาในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน อาทิ สัญญาจะจำนอง<sup>9</sup> ดังนั้นหากผู้ให้ยืมที่ประสงค์จะให้ผู้ยืมยืมทรัพย์ แต่ต่อมาภายหลังผู้ให้ยืมได้เปลี่ยนใจไม่ส่งมอบทรัพย์ตามการแสดงเจตนาของตน ย่อมจะทำให้ในทางปฏิบัติของศาลไทยอาจยอมบังคับให้<sup>10</sup> แต่มีข้อสังเกตว่าหากการแสดงเจตนาของผู้ให้ยืมได้แสดงไว้ในมูลหนี้อื่นและได้มีข้อตกลงในสัญญานั้นว่าจะให้ยืมปรากฏว่ากรณีดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาใช้ยืมยิ่งกว่าสัญญาธรรมดา (คำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525)<sup>11</sup> จากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงแบ่งการพิจารณาระหว่างเรื่องคำมั่นจะให้ยืมใช้สินเปลืองและสัญญาจะให้ยืมใช้สินเปลืองอธิบายตามลำดับ

คำมั่นจะทำสัญญามีได้บัญญัติให้ความหมายไว้คงมีเพียงความเห็นของปรมาจารย์ด้านกฎหมายให้ความหมายดังต่อไปนี้

<sup>9</sup> คำพิพากษาฎีกา ที่ 2286/2538

“การที่จำเลยมอบโฉนดที่ดินพร้อมด้วยใบมอบอำนาจและเอกสารอื่นให้แก่โจทก์เพื่อจดทะเบียนจำนองประกันหนี้ในการที่จำเลยนำเช็กไปขายลดแก่โจทก์ถึงแม้จะมีข้อกำหนดให้นำไปจดทะเบียนจำนองได้หลังจากเรียกเก็บเงินตามเช็กไม่ได้ก็ตามแต่ก็เป็นเรื่องที่จำเลยมีเจตนาจะเอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันนั่นเองเมื่อไม่ได้มีการจดทะเบียนจำนองให้ถูกต้องตามกฎหมายสัญญาจำนองจึงเป็น โฆษะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 115 เดิมและมาตรา 174 ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ไม่ได้บัญญัติไว้ในที่ใดให้มีสัญญาจะจำนองได้เมื่อสัญญาจำนองตกเป็น โฆษะและสัญญาจะจำนองมีขึ้นไม่ได้ตามกฎหมายโจทก์จึงไม่อาจอ้างถึงสัญญาดังกล่าวและไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยจดทะเบียนจำนองที่ดินไว้กับโจทก์เพื่อเป็นประกันหนี้ขายลดเช็ก.”

<sup>10</sup> ปีญา ฤนอมรอด. (2552). รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2552 เล่ม 1. หน้า 236.

<sup>11</sup> แหล่งเดิม.

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า “การที่ฝ่ายหนึ่งบอกว่าจะให้คำมั่น อีกฝ่ายหนึ่งรับเอาว่าจะให้ไว้ ดังนั้นก็ดี เป็นแต่การรับรู้ของอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น จะถือว่ามี การสนอง รับในการที่เขาเสนอให้คำมั่นนั้นไม่ได้ ด้วยเหตุว่าคำสนองจะต้องเป็นนิติกรรมมุ่งผูกพันแต่ฝ่ายที่ รับรู้ในคำมั่น ไม่มีเจตนาที่จะผูกพันด้วย ให้คำมั่นแล้วจะรับเอาตามคำมั่นหรือไม่ก็ได้ ไม่มี ความผูกพันอะไรจะเป็นนิติกรรมแสดงเจตนาทำคำสนองไม่ได้ เมื่อไม่มีคำสนองก็ไม่มีสัญญา ข้อ สัญญาถ้าเป็นสัญญาแล้ว กฎหมายจะเรียกว่าคำมั่นทำไม ที่จะเรียกว่าสัญญาฝ่ายเดียวก็เหมือนกับจะ ว่าตบมือข้างเดียวดัง ซึ่งเป็นไปไม่ได้ บางทีที่เข้าใจกันว่าเป็นสัญญาให้คำมั่น จะเกิดแต่การศึกษา หลักกฎหมายอังกฤษโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายไทยที่ดำเนินตามกฎหมายของประเทศซึ่งใช้ประมวล กฎหมาย ในอังกฤษนั้นเขาถือว่าคำมั่นเฉยๆ ไม่มีผลผูกพัน ต้องทำเป็นสัญญา ให้สินจ้างกันไว้ ต่างหากเพื่อยึดคำมั่นไว้ จึงเรียกว่าสัญญาให้คำมั่น แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย การแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือให้คำมั่นมีผลผูกพันได้โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นสัญญา หลักใน เรื่องสัญญาให้คำมั่นจึงใช้ไม่ได้ แต่คำมั่นจะซื้อจะขายนี้ต่างกับสัญญาจะซื้อจะขาย เพราะในสัญญา จะซื้อจะขายมีคำเสนอสนองเกิดเป็นสัญญามีข้อผูกพันกันอยู่ทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเสนอว่าจะซื้อ อีก ฝ่ายรับว่าจะขาย ต่างกับคำมั่นว่าจะซื้อจะขายที่ผูกพันคู่กรณีแต่ฝ่ายเดียว อีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้สนอง รับว่าจะไม่บอกกล่าวขายหรือซื้อจึงไม่มีสัญญา หากไม่บอกกล่าวเช่นนั้นและผู้ให้คำมั่นได้ปฏิบัติ ตามมาตรา 454 วรรค 2 แล้ว คำมั่นก็เป็นอันไร้ผล ไม่ผูกพันผู้ให้คำมั่นต่อไป”<sup>12</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่า “การให้คำมั่นจะทำสัญญาโดยผู้ให้ คำมั่น ไม่ได้สินจ้างตอบแทนอะไรเลย ทั้งสัญญาที่ผู้ให้คำมั่นจะทำสัญญาก็เป็นสัญญาชนิด ไม่มี ค่าตอบแทน เช่น สัญญาซื้อใช้คงรูป ดังนี้ ก็หาเหตุผลได้ยากเหมือนกันว่าใช้บังคับได้เพราะเป็นเรื่อง อธิปไตยมากกว่า เป็นต้นว่า ก. ให้คำมั่นโดยไม่เรียกสินจ้างเป็นการตอบแทนว่าจะให้ ข. ยืมรถยนต์ ของตน ดังนี้จะใช้บังคับไม่ได้ในเมื่อต่อมา ก. กลับไม่ให้ยืมรถยนต์นั้น แต่ถ้าผู้ให้คำมั่นได้สินจ้าง ตอบแทนในการให้คำมั่นก็ดี หรือสัญญาให้คำมั่นจะมาเป็นสัญญาชนิดมีค่าตอบแทน เช่น แทนที่จะ เป็นสัญญาซื้อใช้คงรูปกลับเป็นสัญญาเช่ารถยนต์ ดังนี้คำมั่นจะทำสัญญาอย่างอื่นใช้บังคับได้”<sup>13</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ให้ความเห็นว่า “คำมั่นจะทำสัญญาประเภทอื่น นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้เฉพาะในเอกเทศสัญญาต้องนำบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยคำเสนอสนองอัน เป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้น คำเสนอไม่มีสินจ้างอย่างไร คำเสนอจะถอนได้

<sup>12</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2520). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 472-473.

<sup>13</sup> จิต เศรษฐบุตร . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 278.

อย่างไร และคำเสนอสิ้นความผูกพันได้อย่างไรย่อมใช้บังคับสำหรับคำมั่นจะทำสัญญาในสัญญาประเภทอื่นนี้ได้ด้วย<sup>14</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าคำมั่นจะทำสัญญา คือ การแสดงเจตนาของบุคคลเพียงฝ่ายเดียวต่อบุคคลอื่น เพื่อจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือควั่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยนัยนี้จึงทำให้ลักษณะของคำมั่นจะทำสัญญาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มิใช่สัญญาเพราะสัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาเสนอสนองตรงกัน

คำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทยได้กล่าวไว้เพียงบางเอกเทศสัญญาบางลักษณะ คือ คำมั่นจะซื้อและคำมั่นจะขายตาม มาตรา 454 และ มาตรา 456 คำมั่นจะให้ตาม มาตรา 526 คำมั่นจะขายในสัญญาเช่าซื้อตาม มาตรา 572 และคำมั่นจะให้สินจ้างตาม มาตรา 575 สำหรับคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมมิได้หรือไม่ ได้มีความเห็นที่แตกต่างกันของท่านผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายโดยสามารถแบ่งออกความเห็นดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

ความเห็นฝ่ายแรก คำมั่นจะให้ยืม หรือสัญญาจะให้ยืมมิได้ โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ ซึ่งเห็นว่าการส่งมอบมิใช่หนี้อันเกิดจากสัญญา แม้จะปรากฏว่าได้มีการตกลงกันเป็นหนังสือ แต่ตราบใดที่ไม่มีการส่งมอบก็หาอาจนำหลักฐานดังกล่าวมาฟ้องร้องบังคับได้ไม่<sup>15</sup>

ความเห็นที่สองเห็นว่า สัญญาจะให้ยืมสมบูรณ์ได้โดยการแสดงเจตนาอันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สิน ความเห็นในฝ่ายนี้เห็นว่าสัญญาจะให้ยืมเป็นสัญญาอีกชนิดหนึ่งที่ไม่ใช่จึงไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนคำมั่นจะให้ยืมถือได้ว่าเป็นการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวตาม มาตรา 149 และมีความเห็นอีกว่า การบังคับให้ส่งมอบตามสัญญาจะให้ยืมก็ได้อันเป็นการฟ้องร้องให้บังคับตาม มาตรา 213 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป หาได้ฟ้องโดยอาศัยบทมาตราจากสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองในเรื่องสัญญากู้ไม่<sup>16</sup>

ความเห็นที่สามเห็นว่า จะต้องมีการแบ่งแยกลงไปอีกระหว่างคำมั่นจะให้ยืมและสัญญาจะให้ยืม โดยพิจารณาว่าคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมเป็นชนิดที่มีค่าตอบแทนหรือไม่ คือหากว่าเป็นสัญญาจะให้ยืมชนิดที่ไม่มีค่าตอบแทนมักเป็นการทำสัญญาให้คำมั่นที่จะให้ยืมโดยอภัยภัยไม่ตรีต่อกัน และยังเห็นอีกว่าคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืม หากมีการยอมรับให้มิได้

<sup>14</sup> สักดิ์ สนองชาติ. เล่มเดิม. หน้า 367-368.

<sup>15</sup> ประวิติ ปัตตพงศ์. (2487). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์สิน เก็บของในคลังสินค้า ประณีประนอมยอมความ. หน้า 4. อ้างถึงใน สุธีร์ สุภนิตย์ ก เล่มเดิม. หน้า 17.

<sup>16</sup> วิเศษจรรยาภรณ์, หลวง. (2493). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์สิน เก็บของในคลังสินค้าการพะนันและขันต่อ. หน้า 4. อ้างถึงใน สุธีร์ สุภนิตย์ ก เล่มเดิม. หน้า 18.

จะมีลักษณะที่คล้ายกับเรื่องสัญญาให้ เพียงแต่สัญญาให้จะสมบูรณ์ก็โดยการส่งมอบ เช่นนี้จึงทำให้เห็นว่าสัญญาจะให้ยืมในลักษณะนี้ย่อมจะเข้าข่ายแห่งสัญญาให้ด้วย ดังนั้นจึงได้เห็นว่าสัญญาจะให้ยืมหรือค้ำประกันจะให้ยืมในชนิดที่ไม่มีค่าตอบแทนไม่ได้ แต่หากเป็นค้ำประกันจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมที่มีค่าตอบแทนนี้เห็นได้ว่าเช่นนี้ฝ่ายผู้ให้ยืมนี้ย่อมได้รับประโยชน์จากการให้ยืมเช่นในสัญญากู้ยืมเงินที่มีการเรียกดอกเบี้ยได้<sup>17</sup>

ปัญหาถึงความแตกต่างดังกล่าว ได้มีผู้ให้ความเห็นอีกว่าต้องพิจารณาว่าแยกค้ำประกันจะทำสัญญา และสัญญาจะทำสัญญาว่าจะมีผลเป็นอย่างไร บังคับได้เพียงใด คือ ค้ำประกันจะทำสัญญาเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตนฝ่ายเดียว ส่วนการทำสัญญาจะทำสัญญาเป็นกรณีที่มีคู่สัญญาสองฝ่ายแสดงเจตนาผูกพันตนเพื่อประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญากันต่อไป<sup>18</sup>

ค้ำประกันจะทำสัญญาเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตนฝ่ายเดียวเพื่อกระทำการตามที่ตนได้ให้ค้ำประกัน ซึ่งค้ำประกันถือว่าอยู่ในกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา แต่มีหลักต่างจากคำเสนอในเรื่องกำหนดระยะเวลาในการทำเสนอที่ไม่ได้บ่งระยะเวลา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดให้คำเสนอนั้นย่อมสิ้นผลผูกพันภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายที่จะได้รับคำสนอง ซึ่งต่างจากค้ำประกันที่ได้ระบุหลักการดังกล่าวไว้ ค้ำประกันจึงมีผลผูกพันผู้ให้ค้ำประกันตลอดไปด้วย

ในประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับค้ำประกันจะทำสัญญา ต้องพิจารณาว่าค้ำประกันซึ่งเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวก่อให้เกิดหนี้ได้หรือไม่ ความเห็นฝ่ายหนึ่งเห็นว่าค้ำประกันไม่สามารถก่อให้เกิดหนี้เพราะหนี้ต้องเป็นกรณีที่มีบุคคลสองฝ่ายมีนิติสัมพันธ์กันแต่ค้ำประกันเป็นกรณีของบุคคลเพียงฝ่ายเดียว<sup>19</sup> ส่วนความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่าการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนั้นก่อให้เกิดหนี้ได้ แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติกำหนดให้มีการแสดงเจตนาแสดงออกในนิติสัมพันธ์ แต่ก็มิได้หมายความว่า การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวจะก่อเป็นมูลแห่งหนี้ได้แต่เฉพาะบทบัญญัติกฎหมายกำหนดแต่ต้องให้หมายความรวมถึงต้องเกิดจากทั้งการแสดงเจตนาตลอดถึงจากบทบัญญัติของกฎหมายด้วย<sup>20</sup> ซึ่งในประเด็นนี้หากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนียอมรับให้การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวถือว่าเป็นมูลแห่งหนี้ได้

<sup>17</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร ก เล่มเดิม. หน้า 5-6.

<sup>18</sup> สุธีร์ สุภินิตย์ ก เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>19</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2504). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. หน้า 434. อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร ข หน้า 247.

<sup>20</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2524). มูลแห่งหนี้. หน้า 3. อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร ข เล่มเดิม. หน้า 247.

ผลของการทำคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันในประเทศเยอรมนี โดยปกติแล้วการทำคำมั่นถือว่าเป็นการกระทำของบุคคลฝ่ายเดียวที่อาจก่อให้เกิดหนี้ได้ (Unilateral acts-in-the-law creating obligation) สำหรับคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 610 และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ได้ยกเลิกคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองในสัญญายืมใช้สິงเปลืองออกไป แต่อย่างไรก็ตามศาลเยอรมันได้ยอมรับเรื่องคำมั่นจะให้ยืมว่าก่อให้เกิดหนี้ได้อันจะเป็นผลผูกพันผู้ให้ยืมได้ ดังนั้นจึงถือได้ว่าประเทศเยอรมนีได้ยอมรับหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองที่จะบังคับแก่ผู้ให้คำมั่น เป็นผลให้หากผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้ให้ไว้ เมื่อผู้รับคำมั่นจะตอบรับคำมั่นแต่ผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตาม เมื่อมีความเสียหายเกิดจากการผิดคำมั่นของตนเป็นผลให้ผู้รับคำมั่นมีสิทธิเรียกให้ผู้ให้คำมั่นชดใช้ค่าเสียหายได้

สำหรับประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้มีการบัญญัติรับรองเรื่องคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองไว้โดยตรงอย่างประเทศเยอรมนี แต่เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับเรื่องคำมั่นจะทำสัญญา โดยถือว่าคำมั่นฝ่ายเดียวเป็นขั้นตอนก่อนสัญญา เช่นนี้ หากผู้จะให้ยืมให้คำมั่นจะให้ยืมทรัพย์สิน การให้คำมั่นเช่นนี้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ให้คำมั่นดังกล่าวที่จะต้องปฏิบัติตามคำมั่น โดยถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา และหากฝ่ายที่ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นของตน ผู้รับคำมั่นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำมั่นได้เท่านั้น แต่จะบังคับให้ทำสัญญาไม่ได้

สำหรับประเทศญี่ปุ่น ได้ยอมรับหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองไว้อย่างชัดเจนปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 589 วางหลักการไว้คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 มาตรา 610 คือ คำมั่นจะให้ยืมใช้สິงเปลืองอาจสิ้นผลผูกพันได้หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกเป็นบุคคลล้มละลาย แต่อย่างไรก็ตามคำมั่นจะให้ยืมที่ได้ยอมรับนี้ใช้เฉพาะกรณีคำมั่นจะให้ยืมในสัญญายืมใช้สິงเปลืองเท่านั้น หาได้รวมถึงคำมั่นจะให้ยืมในสัญญายืมใช้สິงเปลืองรูปแบบอื่น เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 559 ที่ได้กำหนดไว้ว่าสัญญาใดที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนให้นำบทบัญญัติเรื่องซื้อขายมาใช้บังคับไว้โดยอนุโลม จากมาตราดังกล่าวนี้จึงทำให้เห็นได้ว่าสัญญายืมใช้สິงเปลืองเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน ดังนั้นแล้วคู่สัญญาย่อมสามารถจะทำคำมั่นจะให้ยืมได้

จากการศึกษาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าแม้คำมั่นจะให้ยืมจะมีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาหลักอิสระทางแพ่ง และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในปัจจุบัน ปัจเจกชนทุกคนย่อมมีสิทธิในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม หรือสัญญาได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับกรณีของคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ เพียงแต่คำมั่นจะให้ยืมมีลักษณะที่แตกต่างจากการให้คำมั่นจะทำสัญญาทั่วไป อาทิ คำมั่นจะซื้อจะขาย กรณีดังกล่าวเมื่อผู้ให้คำมั่นจะซื้อหรือจะขาย

ได้แสดงเจตนาออกไป และผู้รับค้ำประกันได้แสดงเจตนาตอบรับยอมเกิดเป็นสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ซึ่งต่างกับค้ำประกันจะให้ยืมที่มีวัตถุประสงค์จะทำสัญญายืม แต่สัญญายืมจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมจึงจะบริบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย ดังนั้นค้ำประกันจะให้ยืมแม้ว่าผู้ให้ค้ำประกันได้แสดงจะให้ยืมต่อผู้รับค้ำประกัน และผู้รับค้ำประกันได้แสดงเจตนาตอบรับค้ำประกัน ก็ไม่ถือว่าเกิดเป็นสัญญายืมเสร็จเด็ดขาดตั้งสัญญาซื้อขาย แต่ผลของการตอบรับค้ำประกันจะให้ยืมจะเกิดเป็นสัญญาจะให้ยืม สำหรับประเด็นผู้รับค้ำประกันจะให้ยืมจะสามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้ค้ำประกันส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ผู้ยืมได้หรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นควรวิเคราะห์ในสัญญาจะให้ยืม

ดังนั้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติเรื่องค้ำประกันจะให้ยืมใช้สั้นเปลื้องไว้อย่างชัดเจนในหมวดยืมใช้สั้นเปลื้อง แม้ว่าผลของการตอบรับค้ำประกันจะไม่ก่อให้เกิดสัญญายืมเพราะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินกันอีกครั้ง แต่การบัญญัติค้ำประกันจะให้ยืมไว้ในสัญญายืมใช้สั้นเปลื้องที่ลักษณะของสัญญาอาจมีการตกลงเรื่องค่าตอบแทน ผลประโยชน์ให้แก่กัน ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการใช้กฎหมาย และทำให้ฝ่ายผู้รับค้ำประกันจะให้ยืมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้ค้ำประกันกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามค้ำประกันของตน

สัญญาจะให้ยืมใช้สั้นเปลื้อง

สำหรับสัญญาจะทำสัญญาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้บางลักษณะคือ สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาจะซื้อจะขายสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 456 เท่านั้น และในทางปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปรากฏเฉพาะสัญญาจะให้เช่าหรือค้ำประกันจะให้เช่า<sup>21</sup> นอกเหนือจากนี้ไม่ปรากฏว่าได้มีการตัดสินยอมรับหรือวางหลักทั่วไปของสัญญาจะทำสัญญากับเอกเทศสัญญาอื่นๆ ดังเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกา 2286/2538 ในสัญญาจะจำนองอย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้มีความเห็นที่ต่างจากเหตุผลของศาล โดยให้เหตุผลว่าการฟ้องให้ไปจดทะเบียนสัญญาจะจำนองเป็นการฟ้องตาม มาตรา 213 ให้ลูกหนี้

<sup>21</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 626/2490

“ทำสัญญาเช่าและมีข้อสัญญาว่า ถ้าครบกำหนด 2 ปี ตามสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่ามีสิทธิจะเช่าต่อไปอีก 2 ปี เมื่อแจ้งความจำนองต่อผู้ให้เช่าแล้ว ผู้ให้เช่าจะปฏิเสธไม่ได้ และเมื่อครบกำหนดแล้วก็มีสิทธิในเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ดังนี้ เป็นค้ำประกันสัญญาของผู้ให้เช่าซึ่งสมบูรณ์ไม่ใช่เงื่อนไข ตาม มาตรา 152 เมื่อผู้เช่าได้แจ้งความจำนองดังกล่าวแล้ว ผู้ให้เช่าจะไม่ยอมให้เช่าไม่ได้”

ตามคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ เห็นได้ว่าแม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติค้ำประกันจะให้เช่า หรือสัญญาจะให้เช่าไว้ แต่การตัดสินดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ของบุคคล.”

ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นผู้เขียนเห็นสมควรพิจารณาหลักสัญญาจะทำสัญญาและ จึงพิจารณาต่อว่าสัญญาจะให้ยืมใช้สืมเปลืองสามารถบังคับได้หรือไม่

สัญญาจะทำสัญญา คือสัญญาที่ได้เกิดจากคู่สัญญาสองฝ่ายได้แสดงเจตนาอันเพื่อจะ ผูกพันเป็นสัญญาเสร็จเด็ดขาดในอนาคต และสัญญาจะทำสัญญาได้แตกต่างจากคำมั่นจะทำสัญญา คือ คำมั่นเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาผูกพันบุคคลคนเพียงฝ่ายเดียว แต่สัญญาจะทำสัญญาเกิดจาก บุคคลสองฝ่ายเข้าทำการตกลง

สัญญาจะให้ยืมใช้สืมเปลือง คือ สัญญาที่คู่สัญญาสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาจะยืม ทรัพย์สินไปสืมไป ซึ่งรวมถึงกรณีสัญญาจะกู้ยืมเงินเนื่องจากสัญญาจะกู้ยืมเงินเป็นลักษณะหนึ่ง ของสัญญาจะยืมใช้สืมเปลือง แต่การทำสัญญาจะยืมดังกล่าวยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่ง สัญญา จึงไม่เป็นสัญญาจะยืมโดยบริบูรณ์ตามมาตรา 650 วรรคสอง แต่ถือว่าความผูกพันของสัญญา ดังกล่าวเป็นความผูกพันก่อนเกิดสัญญา หรือที่เรียกว่าสัญญาเบื้องต้นหรือสัญญาจะทำสัญญานั้นเอง

อนึ่งการพิจารณาสัญญาจะให้ยืมใช้สืมเปลืองว่ามีผลบังคับได้เพียงไร ผู้เขียนจะ พิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญาจะทำสัญญาประเภทอื่นที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองดังต่อไปนี้

#### 1) สัญญาจะให้เช่า

คำพิพากษาฎีกา 1583/2538

“โจทก์ทำหนังสือ สัญญาเช่าอาคารพร้อมที่ดินกับจำเลยมีกำหนด 8 ปี 6 เดือน 5 วัน ตกลงกันว่าจะไป จดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในกำหนด 6 เดือน ดังนี้โจทก์จะฟ้อง บังคับให้จำเลยจดทะเบียนการเช่าตามที่ตกลงกันหาได้ไม่ มิฉะนั้นจะเท่ากับว่ายอมให้ทำสัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์ระหว่างกันเองให้มีผลผูกพันเกินกว่าสามปีได้โดยไม่ต้องให้มี การจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2132-2135/2538

“โจทก์ทั้งสี่ได้เช่าตึกแถวพิพาทจาก พ. มีกำหนดครั้งละ 10 ปี โดยไม่ปรากฏว่าก่อน หรือหลังจากที่ พ. ให้โจทก์ทั้งสี่เช่าได้มีการก่อสร้างหรือต่อเติมตึกแถวพิพาทลงได้ความแต่เพียงว่า โจทก์ทั้งสี่ให้เงินตอบแทนแก่ พ. เพื่อขอทำสัญญาเช่าต่อจากสัญญาเดิมไปอีก 10 ปี โดยโจทก์แต่ละ คนชำระเงินคนละ 100,000 บาท ดังนั้นเงินที่โจทก์ทั้งสี่อ้างว่าให้แก่ พ. จึงหาใช่เงินช่วยก่อสร้าง ตึกแถวพิพาทอันจะทำให้สัญญาระหว่างโจทก์ทั้งสี่กับ พ. เป็นสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่า ธรรมดาไม่ โจทก์ทั้งสี่กับ พ. เพียงแต่ทำหนังสือสัญญาเช่ามีกำหนด 10 ปี โดยนำไปยื่นคำขอต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่แล้วแต่ยังมีได้มีการจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจาก ส. ถึงแก่กรรมเสียก่อนการจดทะเบียนสิทธิการเช่ารายพิพาทนี้จึงยังไม่บริบูรณ์จนกว่าจะได้จดทะเบียน

ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนี้ข้อตกลงเช่ากันใหม่อีก 10 ปี จึงไม่สมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 โจทก์ทั้งสองจะอ้างระยะเวลาเช่า 10 ปี มาใช้ยื่นแก่จำเลยหาได้เพราะต้องห้ามตามบทกฎหมายดังกล่าวเมื่อสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าซึ่งเป็นการเช่าธรรมดาอันมิใช่สัญญาต่างตอบแทนและสัญญาเช่าดังกล่าวก็ยังมีได้จดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 โจทก์ทั้งสองจะบังคับให้จำเลยในฐานะทายาทหรือผู้จัดการมรดกของ พ. จดทะเบียนการเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสองหาได้ไม่”

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1538/2538 เป็นการวินิจฉัยว่าหากมีการทำสัญญาจะให้เช่าต่อไปอีก แต่ยังมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม มาตรา 538 กรณีดังกล่าวหาอาจบังคับผู้ให้เช่าไปจดทะเบียนได้ไม่ และตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2132-2135/2538 ได้วินิจฉัยอีกว่าแม้จะได้อื่นค่าของจดทะเบียนไว้แล้ว แต่ต่อมาผู้ให้เช่าถึงแก่กรรม ผู้เช่าไม่สามารถฟ้องบังคับทายาทของผู้ให้เช่าจดทะเบียนได้ไม่ ในประเด็นของผลบังคับของสัญญาจะให้เช่าดังกล่าวนี้ ศาสตราจารย์พิจิตร บุญญพันธุ์ มีความเห็นแย้งกับคำพิพากษาดังกล่าว โดยเห็นว่าการฟ้องบังคับให้จดทะเบียนสัญญาเช่าย่อมกระทำได้ เป็นการฟ้องบังคับตาม มาตรา 213 ว่าด้วยหนี้ทั่วไป มิใช่ฟ้องบังคับตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ ดังที่ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่อง คือ เมื่อตกลงทำสัญญาเช่ากันแล้ว ย่อมเกิดสัญญาเป็นนิติกรรมระหว่างกันตาม มาตรา 149 จึงถือว่ามีมูลหนี้ที่จะเรียกร้องให้บังคับกันได้ตาม มาตรา 194 หากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อ่อมฟ้องร้องต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ได้ตาม มาตรา 213 คือ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นแล้วเพียงแต่ยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งตาม มาตรา 538 เป็นเพียงหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีมิได้ถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งหากไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบ นิติกรรมจะตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 152 นอกจากนี้ยังเห็นอีกว่าการเกิดนิติกรรมหรือสัญญากับการทำให้ถูกต้องตามแบบเป็นคนละเรื่องกัน

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกา 5337/2540 กลับหลักคำพิพากษาฎีกา 1538/2538 และ 2132-2135/2538 โดยได้วินิจฉัยว่า “จำเลยทั้งแปดได้ทำสัญญาให้โจทก์ที่ 2 เช่าพื้นที่คาบฟ้าอาคารพิพาทเพื่อติดตั้งป้ายโฆษณาที่กำหนด 30 ปี ตามสัญญาเช่าทรัพย์สินเอกสารหมายเลข จ.10 ซึ่งเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่โจทก์ที่ 2 และจำเลยทั้งแปดมีเจตนาที่จะจดทะเบียนการเช่าและได้อื่นเรื่องราวของจดทะเบียนการเช่าต่อเจ้าพนักงานแล้วแต่ไม่สามารถจดทะเบียนการเช่าให้เสร็จในวันเดียวกันได้เพราะต้องประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้านก่อนมีกำหนดเวลา 30 วัน แต่ในระหว่างนั้นจำเลยทั้งแปดได้ขอยกเลิกหนังสือมอบอำนาจที่มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจจากโจทก์ที่ 2 ดำเนินการจดทะเบียนการเช่าดังกล่าวแทนจำเลยทั้งแปด เป็นเหตุให้โจทก์ที่ 2 ไม่สามารถจดทะเบียนการเช่าได้ จึงเป็นการไม่ชอบ การที่โจทก์ที่ 2 ฟ้องร้องขอให้บังคับจำเลยทั้งแปดจดทะเบียนการเช่า จึงเป็นการขอให้จำเลยทั้งแปดปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้การเช่า



ได้มีการจดทะเบียนซึ่งจะทำให้มีผลบังคับเต็มตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า กรณีมิใช่การฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาเช่าหรือโดยอาศัยสิทธิแห่งสัญญาเช่าซึ่งฟ้องร้องให้บังคับคดีได้เพียง 3 ปี โจทก์ที่ 2 จึงฟ้องบังคับให้จำเลยทั้งแปดจดทะเบียนการเช่าได้ ไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538” ผู้เขียนเห็นว่าตามคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้เป็นการปรับใช้มาตรา 213 ว่าด้วยหนี้ทั่วไป เพื่อบังคับให้ผู้ให้เช่าจดทะเบียนให้แก่ผู้เช่าตามเหตุผลเดียวกับที่ศาสตราจารย์ไพจิตรได้กล่าวไว้ข้างต้น และถือว่าเป็นการวินิจฉัยที่อยู่บนพื้นฐานหลักความศักดิ์ของการแสดงเจตนา<sup>22</sup> ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกา 206/2542 และคำพิพากษาฎีกา 5542/2542<sup>23</sup> วินิจฉัยตาม

<sup>22</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 5337/2540 “คำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเหตุไว้นี้เป็นอีกคำพิพากษาศาลฎีกาอีกฉบับหนึ่งซึ่งยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้...นับว่าเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ก้าวล้ำให้มีผลในทางปฏิบัติมากขึ้น.”

<sup>23</sup> คำพิพากษาฎีกา 206/2542

“สัญญาเช่าที่ดินพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลย ลงวันที่ทำสัญญาคือ 12 กุมภาพันธ์ 2536 ซึ่งกำหนดอายุการเช่าไว้เป็นเวลา 20 ปี 2 เดือน เริ่มตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2536 เป็นต้น ไปจนถึงวันที่ 31 มีนาคม 2556 ตราบใดที่ยังมิได้มีการจดทะเบียน การเช่า สัญญาดังกล่าวนี้ย่อมมีผลบังคับได้เพียง 3 ปี คือมีผลบังคับจนถึงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2539 ข้อกำหนดต่างๆ ทุกข้อในสัญญาเช่าพิพาทย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาตามระยะเวลาดังกล่าวเช่นกัน ดังนี้ ข้อกำหนดให้ผู้เช่าและผู้ให้เช่าต้องไปจดทะเบียนการเช่าตามสัญญา ให้เรียบร้อยภายในวันที่ 31 มีนาคม 2536 ตามข้อ 5 และ 6 แห่งสัญญาเช่าพิพาท ย่อมมีผลผูกพันโจทก์และจำเลยให้ต้องปฏิบัติตามตราบเท่าที่สัญญาเช่าดังกล่าว มีผลบังคับได้คือวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2539 เช่นกันเมื่อปรากฏว่าโจทก์ได้อาศัยข้อกำหนดแห่งสัญญาเช่า ข้อที่ 5 และ 6 บอกกล่าวเรียกร้องให้จำเลยปฏิบัติ การชำระหนี้คือไปจดทะเบียนการเช่าตั้งแต่วันที่ 26 กันยายน 2537 และฟ้องร้องเพื่อการบังคับใช้สิทธิ ดังกล่าวเป็นคดีนี้เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2539 ภายในระยะเวลาที่สัญญาเช่าพิพาทซึ่งรวมถึงข้อกำหนดข้อ 5 และ 6 ยังมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย จำเลยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันนั้น จำเลยไม่มีเหตุใดๆ ที่จะหลุดพ้น ความรับผิดชอบตามสัญญาที่ได้ผูกพันไว้โดยชอบดังกล่าว จึงชอบศาลจะบังคับให้จำเลยไปจดทะเบียนการเช่าเช่นนี้ได้ (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 1/2542)

คำพิพากษาฎีกา 5542/2542

“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 หากได้บัญญัติให้การเช่ามีกำหนดว่าสามปีขึ้นไป จะต้องจดทะเบียนการเช่าในทันทีหรือในขณะที่ทำสัญญาไม่ ดังนั้น การที่โจทก์และจำเลยสมัครใจทำสัญญาเช่ากันเป็นหนังสือมีกำหนด 20 ปี 5 เดือนนั้น ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนการเช่า สัญญาเช่าดังกล่าวย่อมมีผลบังคับได้ 3 ปี และข้อกำหนดทุกข้อตามสัญญา โดยเฉพาะข้อที่ระบุให้ผู้เช่าต้องไปจดทะเบียนการเช่าตามสัญญาภายในวันที่ 15 ตุลาคม 2536 โดยผู้ให้เช่าเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียมและค่าอากรในการจดทะเบียนการเช่านั้นก็ย่อมผูกพันจำเลยให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาภายในระยะเวลาดังกล่าวด้วย เพราะข้อตกลงไปจดทะเบียนการเช่าภายหลังเป็นเจตนาของคู่สัญญาที่จะดำเนินการให้ถูกต้องตามที่มาตรา 538 กำหนดไว้ เมื่อโจทก์บอกกล่าวให้จำเลยไป

จากคำพิพากษาดังกล่าวสรุปได้ว่า การทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปี หรือ กำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า ถ้าไม่มีข้อตกลงจะไปจดทะเบียนการเช่าในภายหลังหรือไม่ มีพฤติการณ์ที่แสดงว่าคู่สัญญาไม่เจตนาจะไปจดทะเบียนการเช่า (อันถือว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะสัญญาจะให้เช่า) ผู้เช่าจะเรียกร้องหรือฟ้องให้ผู้เช่าไปจดทะเบียนการเช่าไม่ได้ แต่ถ้าสัญญาเช่ามีข้อตกลงจะไปจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาไปดำเนินการขอจดทะเบียนการเช่าแล้วแต่ยังไม่เสร็จสิ้น หากไม่ปรากฏว่าคู่สัญญาไม่เจตนาไปจดทะเบียนการเช่าในระยะเวลา 30 ปี นับแต่สัญญาเช่ามีผลบังคับ ก็สามารถบังคับให้จดทะเบียนการเช่าได้ อันถือว่าเป็นการฟ้องร้องเพื่อให้ผู้ให้เช่าปฏิบัติตามภาระหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงตาม มาตรา 213 มิใช่ฟ้องร้องบังคับตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์

## 2) สัญญาจะจำนอง และสัญญาจะจำนำ

### คำพิพากษาฎีกา 1183/2521

“จำเลยสัญญาจะจำนองที่ดินเป็นประกันการที่คนภายนอกจะซื้อน้ำมันจากโจทก์ โจทก์ขายน้ำมัน ไปก่อนจดทะเบียนจำนอง จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในการที่ไม่จดทะเบียนจำนอง โจทก์เรียกค่าน้ำมันเชื่อเพลิงจากจำเลยไม่ได้”

### คำพิพากษาฎีกา 2286/2538

“สัญญาจะจำนองไม่มีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่เหมือนสัญญาจะซื้อขายทรัพย์สิน สัญญาจะแลกเปลี่ยนและค้ำประกันจะให้ตามมาตรา 456 วรรคสอง มาตรา 519 และ มาตรา 526 การที่จำเลยมอบโฉนดที่ดินพร้อมใบมอบอำนาจและเอกสารอื่นให้โจทก์เพื่อจดทะเบียนจำนองประกันหนี้ขายลดเช็ค โดยมีข้อกำหนดให้จดทะเบียนจำนองได้หลังจากเรียกเก็บเงินตามเช็คไม่ได้ เป็นเรื่องที่จำเลยเจตนาจะเอาทรัพย์จำนองเป็นประกัน เมื่อไม่ได้จดทะเบียนจำนองให้ถูกต้อง สัญญาจำนองจึงเป็น โฆษะ”

จากคำพิพากษาฎีกา 1183/2521 เป็นการวินิจฉัยโดยพิจารณาตามกฎหมายลักษณะจำนอง มาตรา 714 เมื่อยังมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจำนองจึงตกเป็น โฆษะ การที่โจทก์ฎีกาว่าจำเลยผิดสัญญาจำนองไม่ตามข้อตกลง ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในค่าน้ำมันเชื่อเพลิง เท่ากับว่าศาลถือว่าสัญญาจะจำนองไม่มีกฎหมายรับรองเช่นสัญญาจะซื้อจะขาย<sup>24</sup> และ

---

จดทะเบียนการเช่าภายในกำหนดที่ระบุในสัญญาแล้ว จำเลยไม่ยอมไป โจทก์จึงฟ้องร้องบังคับใช้สิทธิดังกล่าว ภายในระยะเวลาที่สัญญาเช่าและข้อกำหนดยังมีผลบังคับได้ จำเลยจึงต้องไปจดทะเบียนการเช่าให้แก่โจทก์ตามสัญญา.”

<sup>24</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา 1183/2521 ของท่าน จิตติ ดิงศักดิ์ยี่.

ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกา 2286/2538 ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาจะจ้างจะไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งสัญญาจะซื้อจะขาย ดังนั้น จากคำพิพากษาฎีกา 2286/2538 ย่อมพิจารณาได้ว่า หากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดสัญญาจะทำสัญญาเรื่องใดไว้ กรณีย่อมจะบังคับตามสัญญาจะทำสัญญาในเอกเทศอื่นมิได้ อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ได้มีความเห็นจากคำพิพากษาฎีกา 2286/2538 โดยให้เหตุผลว่าการฟ้องให้จดทะเบียนจ้างเป็นการฟ้องตามหลักนี้ทั่วไปตาม มาตรา 213 หากใช่เป็นการฟ้องตามกฎหมายลักษณะจ้างไม่ เหตุผลดังกล่าวได้อธิบายในทำนองเดียวกับสัญญาจะเช่าดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

สำหรับการทำสัญญาจะจ้างได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ดังอธิบายไว้ข้างต้น การจ้างเป็นการประกันการชำระหนี้ชนิดหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เป็นอสังหาริมทรัพย์ และนอกจากการจ้างแล้ว ตามกฎหมายได้มีจำนำซึ่งเป็นการประกันการชำระหนี้เช่นเดียวกับการจ้างคงต่างเพียงการจำนำเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยสังหาริมทรัพย์ สำหรับการทำสัญญาจะจ้างนั้นมิได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานอย่างสัญญาจะจ้าง แต่ได้มีความเห็นทางวิชาการของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่าถ้าเพียงลูกหนี้สัญญาว่าจะส่งมอบทรัพย์สินเป็นจำนำ แต่ต่อมากู้หนี้กลับละเลยไม่ส่งมอบตามสัญญาดังกล่าว กรณีเช่นนี้เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินจำนำตาม มาตรา 213 วรรค 1 ได้<sup>25</sup>

สัญญาจะให้

คำพิพากษาฎีกา 1931/2537

“จำเลยทำหนังสือสัญญาให้ที่ดินมีโฉนดโดยเสน่หาแก่โจทก์ โดยจะนำไปจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินภายในกำหนด 7 วัน แต่เมื่อการให้ยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมให้ย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่โจทก์ได้”

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ มีความเห็นแย้งกับคำพิพากษาฎีกานี้ โดยเห็นว่าสามารถฟ้องบังคับให้จดทะเบียนการให้ได้โดยอาศัยหลักทั่วไปเรื่องหนี้ตาม มาตรา 213 มาปรับใช้

---

“โจทก์ยอมรับว่าเมื่อจำเลยยังไม่จดทะเบียนจ้าง จะบังคับจ้างเป็นประกันหนี้ค้ำประกันนั้นเชื่อเพลิงที่จำเลยประกันลูกหนี้ของโจทก์ไว้ไม่ได้ โจทก์จึงฎีกาว่าจำเลยผิดสัญญาไม่จ้างตามข้อตกลง ศาลยังคงวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในค้ำประกันเชื่อเพลิงอยู่นั่นเอง คงเป็นบรรทัดฐานได้ว่าสัญญาจะจ้างไม่มีกฎหมายรับรองตั้งสัญญาจะซื้อจะขายที่มีผลบังคับได้ก่อนที่จะทำการซื้อขายตามแบบที่บังคับไว้.”

<sup>25</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2502). ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน. หน้า 142. อ้างถึงใน ไพจิตร ปุญญพันธุ์. (2547). ค้ำประกันสัญญา และจดหมายเปิดผนึกถึงศาสตราจารย์นิรนาม. หน้า 29

จากการศึกษาคำพิพากษาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะทำสัญญาหรือสัญญาเบื้องต้น หากเป็นกรณีที่สัญญาเกิดจากการเสนองตรงกันเพียงอย่างเดียว คู่สัญญาขอมฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ถือว่าเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องตาม มาตรา 213 ว่าด้วยหนี้ทั่วไป มาปรับใช้ สำหรับกรณีของค้ำประกันจะให้ยืมใช้สลับเปลี่ยนที่หากฝ่ายผู้รับค้ำประกันตกลงตอบรับค้ำประกันแล้ว ถือได้ว่าเป็นสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนเนื่องจากความสมบูรณ์ของสัญญา ยืมถือการส่งมอบเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กรณีดังกล่าวมีผู้เห็นว่าสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสำคัญ ก่อนและหลังเกิดสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนผู้ให้ยืมไม่มีหนี้ใดๆ ดังนั้น ผู้จะยืม (ผู้รับค้ำประกันจะให้ยืมเดิม) จะบังคับให้ผู้จะยืม (ผู้ให้ค้ำประกันจะให้ยืมเดิม) ส่งมอบทรัพย์สินมิได้และจะใช้คำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาได้<sup>26</sup> แต่ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนเป็นการเรียกให้ชำระหนี้ตาม มาตรา 213 ว่าด้วยหนี้ทั่วไปเนื่องจากสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนเพื่อก่อให้เกิดสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนบริบูรณ์เสร็จเด็ดขาดแต่มิใช่ถือว่าเป็นเรียกตามสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนโดยตรง ดังนั้นความเห็นที่ว่าหนี้ของสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนก่อนและหลังส่งมอบผู้ให้ยืมไม่มีหนี้ใดๆนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามิอาจนำมาเป็นหลักคิดของสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนได้ไม่ เพราะเป็นการใช้กฎหมายคนละเรื่องกัน และสำหรับสัญญาจะยืมเงินอันเป็นสัญญาจะยืมใช้สลับเปลี่ยนชนิดหนึ่งดังนั้น หากมีการทำสัญญาจะยืมเงินกัน เช่นนี้ ขอมฟ้องร้องบังคับส่งมอบเงินได้ดังเหตุผลที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

อนึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบปัญหาของการยอมรับหลักสัญญาจะทำสัญญาหรือค้ำประกัน จะให้ยืมเห็นได้ว่าได้มีการยอมรับหลักเรื่องค้ำประกันจะทำสัญญาตั้งแต่สมัยกฎหมายโรมัน โดยในอดีตนั้นการยอมรับ หลักค้ำประกันจะให้ยืมสามารถที่จะผูกพันผู้ให้ค้ำประกันได้โดยการทำ Stipulatio ถือเป็นกระบวนการตั้งคำถามและคำตอบซึ่งการทำ Stipulatio เป็นการก่อให้เกิดการกระทำที่มีผลต่อการแก้ไข ปัญหาของกฎหมายโรมันในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติเรื่องใดไว้ แต่หากปรากฏว่าผู้ให้ค้ำประกันได้ทำ Stipulatio ไว้ต่อกันแล้วผู้ให้ค้ำประกันจึงต้องผูกพันตนตามหลักในเรื่อง Stipulatio ดังนั้นหากผู้ให้ค้ำประกันจะให้ยืมทรัพย์สินได้มีการตั้งคำถามและคำตอบตามหลักในเรื่อง Stipulatio ผู้ให้ค้ำประกันจะให้ยืมจึงต้องผูกพันตนที่จะปฏิบัติตามค้ำประกันนั้นต่อผู้รับค้ำประกันหรือผู้จะยืมทรัพย์สินนั้น และต่อมาหลักการดังกล่าวนี้ ก็ได้ยอมรับในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

<sup>26</sup> สุภัททิยะ ศุภางคเสน. (2542). สัญญาจะยืม ศึกษาในเชิงทฤษฎี. หน้า 76 และ หน้า 78-83.

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศในระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศเยอรมนี ได้ยอมรับหลักดังกล่าวให้มีการทำสัญญาจะทำสัญญา (Contract to make a contract) โดยการใช้หลักในเรื่องดังกล่าวนี้ศาลได้พิจารณาจากหลักสุจริต ซึ่งหลักสัญญาจะทำสัญญาสามารถปรับใช้ไปเป็นหลักทั่วไป และนอกจากนี้ในอดีตรประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 มาตรา 610 อันเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำมั่นจะให้ยืมใช้สິนเปลือง แม้ถูกยกเลิกตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรยกเลิกเรื่องคำมั่นจะให้ยืมใช้สິนเปลือง ไปนั้นหาใช่ว่าจะไม่มีการยอมรับให้ทำคำมั่นจะให้ยืมใช้สິนเปลืองหรือสัญญาจะให้ยืมใช้สິนเปลืองไม่ เพราะอย่างไรแล้วการยอมรับหลักเรื่องสัญญาจะทำสัญญาไว้เป็นหลักทั่วไป ประกอบทั้งเมื่อพิจารณาสัญญากู้ยืมเงินแม้ภายหลังจะได้แยกออกจากสัญญายืมใช้สິนเปลืองไว้เป็นเอกเทศต่างหาก แต่ในเรื่องคำมั่นจะให้ยืมนี้ที่ผู้ทำคำมั่นจะให้ยืมที่อาจเพิกถอนคำมั่นของเขานั้นหากปรากฏในภายหลังว่าสถานะทางการเงินของอีกฝ่ายได้ตกต่ำลง ซึ่งหลักนี้ได้มาปรากฏอยู่ในสัญญากู้ยืมเงิน มาตรา 490 (1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 จึงเห็นได้ว่าคำมั่นจะให้ยืมใช้สິนเปลืองของประเทศเยอรมนีมุ่งพิจารณาจากเรื่องค่าตอบแทนเป็นสำคัญ เช่นนี้จึงทำให้ปัญหาการพิจารณาหลักเรื่องคำมั่นจะทำสัญญา หรือ สัญญาจะทำสัญญาจึงไม่เป็นปัญหา และนอกจากนี้ยังพบว่าในประเทศในระบบลายลักษณ์อักษรเช่นประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน และประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่าการทำคำมั่นจะทำสัญญาเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา

ดังนั้นจากการศึกษาในประเด็นเรื่องการทำคำมั่นจะให้ยืมและสัญญาจะยืม ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการยอมรับให้มีการทำคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะทำสัญญาดังกล่าวได้ โดยการยอมรับว่าจะควรพิจารณาจากหลักการใด ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาจากหลักในเรื่องค่าตอบแทน เพราะจากการศึกษาพบว่าในต่างประเทศต่างได้ยอมรับจากเรื่องดังกล่าวและทำให้สามารถบังคับแก่ฝ่ายที่ผู้ทำคำมั่นจะให้ยืม หรือผู้ทำสัญญาจะให้ยืมได้อันก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อการบังคับใช้กฎหมายได้

### 5.1.3 วิเคราะห์การส่งมอบเป็นแบบตามสัญญายืมหรือไม่

จากการที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ประเด็นเรื่องการส่งมอบเป็นแบบหรือไม่นี้ ได้มีความเห็นที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

ความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่า การส่งมอบตามสัญญายืมนี้ถือว่าเป็นแบบแห่งสัญญายืม เช่นนี้เมื่อถือว่าเป็นแบบแล้ว ผลของการไม่ทำตามแบบย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>27</sup>

ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า การส่งมอบหาใช่แบบแห่งสัญญายืม แต่ถือได้ว่าการส่งมอบอยู่ในชั้นของการแสดงเจตนาเท่านั้น<sup>28</sup>

<sup>27</sup> จิต เศรษฐบุตร ก (2529). ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ผักกัณฑ์. หน้า 4.

จากปัญหาการพิจารณาดังกล่าวในเบื้องต้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าคำว่าแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หมายความว่าถึงเรื่องใดบ้าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดให้ความหมายของคำว่าแบบเอาไว้คงมีแต่การบัญญัติถึงผลของการที่มีได้ทำตามแบบดังที่ได้กำหนดไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไปลักษณะ 4 นิติกรรม หมวด 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปใน มาตรา 152 ว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” เช่นนี้แล้วเมื่อ มาตรา 152 ได้บัญญัติไว้ในบททั่วไปจึงต้องนำไปบังคับแก่ทุกนิติกรรมที่แท้จริง คือนิติกรรมทุกประเภทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากว่าในบทกฎหมายเรื่องใดได้กำหนดให้จะต้องทำตามแบบ นิติกรรมจะมีผลบังคับใช้ได้เมื่อได้ทำตามแบบดังที่กฎหมายได้กำหนดไว้<sup>29</sup> อาทิ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 456 วางหลักว่า สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ตกเป็นโมฆะ หรือสัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 วรรค 2 วางหลักว่า สัญญาเช่าซื้อ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ เป็นโมฆะ เป็นต้น

สำหรับแบบแห่งนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยสามารถจำแนกออกเป็นสามแบบ<sup>30</sup> กล่าวคือ

- 1) แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (Made in writing and registered by competent official)
- 2) แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ (Registered)
- 3) แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือโดยไม่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (Made in writing)

จากปัญหาเรื่องการส่งมอบจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นแบบของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนแปลงเห็นได้ว่าปัญหานี้ได้เกิดขึ้นเนื่องจากขณะที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปราศฎอยู่ในความเห็นของพระยาเทพวิฑูร ที่มีความเห็นว่า “การส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้นับเนื่องอยู่ในแบบเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม”<sup>31</sup> ในขณะที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในขณะนั้นประเทศไทยอยู่ในสภาพบังคับที่จะต้องจัดทำประมวลกฎหมาย โดยได้มีการตัดสินใจ

<sup>28</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2504). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 434. อ้างถึงใน สุธีร์ ศุภนิตย์ ข เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>29</sup> ไกรสร บารมีอวยชัย. (2522). แบบแห่งนิติกรรม. หน้า 2-3.

<sup>30</sup> แหล่งเดิม.

<sup>31</sup> แหล่งเดิม.

ในการเลือกที่จัดทำโดยใช้ระบบกฎหมายหลายลักษณะอักษรเป็นต้นฉบับเพื่อร่าง และในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ได้มีการร่างโดยยึดต้นฉบับของประเทศเยอรมนีและประเทศสวิส ประเทศดังกล่าวได้มีพื้นฐานหลักความคิดโดยยึดถือตามหลักกฎหมายโรมัน เช่นนี้จึงเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาเป็นอย่างยิ่งว่าเมื่อหลักกฎหมายโรมันนั้น ไม่ได้มีการยอมรับว่าการส่งมอบนี้เป็นแบบของการทำสัญญา คือ สัญญาอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน (สัญญา Re) ซึ่งในสัญญาอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้สัญญาจะบังคับแก่คู่สัญญาได้ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นแล้ว ความผูกพันของคู่สัญญาเกิดจากการส่งมอบ แต่หาได้ถือว่าการส่งมอบเป็นแบบไม่ อย่างไรก็ตามเมื่อมาถึงสมัยของการจัดทำประมวลกฎหมายเห็นได้ว่าประเทศต่างๆ ได้ยอมรับหลักเรื่องอิสระในทางแพ่ง (Autonomy of will) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการทำสัญญา (Sanctity of contract) มาเป็นหลักพื้นฐานของการบังคับตามสัญญาตามที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาหาได้ยึดถืออยู่กับหลักการส่งมอบแต่อย่างเดียวแล้วไม่

จากวิวัฒนาการในการส่งมอบทรัพย์สินได้ตกทอดมาถึงสมัยของการจัดทำประมวลกฎหมายในประเทศต่าง และประเทศเยอรมนี ตลอดทั้งประเทศต่างๆ ได้ยอมรับหลักการนี้โดยการยอมรับหลักการดังกล่าวเป็นเพียงการกล่าวถึงว่าเมื่อส่งมอบทำให้สัญญานั้นมีผลบังคับตามสัญญานั้นได้เท่านั้น แต่หากพิจารณาในทางกลับกัน หากว่าไม่ส่งมอบผลจะเป็นอย่างไร เช่นนี้เห็นได้ว่าหากไม่ส่งมอบสัญญาไม่เกิดเป็นผลสมบูรณ์แต่ก็ไม่ถึงกับความผูกพันที่ได้กระทำก่อนหน้าจะไม่เกิดไม่ คือ สัญญากู้ยืมเงินเมื่อถือว่าเป็นสัญญากู้ยืมใช้สิ่งเปลือง ดังนั้น การส่งมอบจึงเป็นเพียงองค์ประกอบของสัญญากู้ยืมเงิน แต่หากว่าไม่มีการส่งมอบ สัญญากู้ยืมไม่เกิด แต่ไม่ถึงขนาดว่าสัญญากู้ยืมจะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 อันเป็นบทบัญญัติวางหลักในเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งหากพิจารณาเรื่องแบบแห่งนิติกรรมของประเทศเยอรมนีเป็นที่เห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีมีหลักการเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ สำหรับการส่งมอบทรัพย์สินสัญญากู้ยืม โดยประเด็นดังกล่าวได้มีข้อแตกต่างที่สำคัญคือ ความผูกพันของคู่สัญญาก่อนที่จะมีการส่งมอบได้มีการยอมรับว่าได้เกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นหากปรากฏว่าแม้จะยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน แต่หากว่าได้ตกลงว่าจะส่งมอบก็ถือว่าบังคับได้โดยถือหลักสัญญาจะทำสัญญา (Contract to make a contract) ในประเด็นนี้ประเทศเยอรมนีมิได้ถือว่าการส่งมอบเป็นแบบอย่างใด

ดังนั้นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีเรื่องการส่งมอบเป็นแบบหรือไม่ เห็นว่าประเทศเยอรมนีได้รับหลักของสัญญา Re จากโรมัน สัญญากู้ยืมจึงสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ เพราะหากว่ายังมีได้ส่งมอบทรัพย์สินกันแต่ได้มีการตกลงที่จะให้ยืมแล้ว การตกลงดังกล่าวย่อมจะบังคับได้ตามหลักคำมั่นจะให้ยืม และสัญญาจะทำสัญญา และจากการศึกษาพบว่าต้องพิจารณาจากสัญญากู้ยืมจากสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน โดยในสัญญาทางหนี้เป็นสัญญาที่เป็นมูลให้คู่สัญญา

บังคับกันได้ กฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้กำหนดแบบในการทำสัญญาไว้ ส่วนสัญญาทางทรัพย์สินเป็นการตกลงของกลุ่มสัญญาที่เสนอ สอนองในการส่งมอบทรัพย์สิน เพียงแค่ทำให้อีกฝ่ายได้ครอบครองไม่ว่าจากการส่งมอบโดยตรง หรือโดยปริยาย สัญญาทางทรัพย์สินก็สมบูรณ์

สำหรับประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นหาได้ถือว่าการส่งมอบเป็นแบบของนิติกรรมไม่ คือ การส่งมอบทรัพย์สินเพื่อก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินเปลืองถือว่าเป็นเพียงเงื่อนไขที่จะทำให้สัญญาซื้อขายสินเปลืองสมบูรณ์ในทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหากว่าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวแล้วผลของการไม่ส่งมอบไม่ถือว่าจะทำให้สัญญาซื้อขายสินเปลืองตกเป็นโมฆะ

จึงเห็นได้ว่าทั้งประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่นมิได้ถือว่าการส่งมอบเป็นแบบของสัญญาแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่า การส่งมอบมิใช่แบบแต่เพียงองค์ประกอบเพิ่มเติมที่จะทำสัญญาซื้อขายสมบูรณ์เท่านั้นอันจะเป็นผลให้คู่สัญญาต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายลักษณะซื้อขายเท่านั้น แต่หากว่าสัญญาซื้อขายไม่เกิด ก็สามารถนำหลักสุจริตมาปรับใช้ตีความเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

## 5.2 วิเคราะห์ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสินเปลือง

เนื่องจากในทางวิชาการในประเทศไทยมักมีประเด็นถกเถียงกันถึงทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุแห่งสัญญากันมาตลอด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มักใช้คำว่าทรัพย์สินในบทมาตราที่กำหนดสาระสำคัญของลักษณะของสัญญานั้น สำหรับสัญญาซื้อขายสินเปลืองได้กล่าวไว้ในมาตรา 650 วรรค 2 “...ทรัพย์สินชนิดไปสิ้นไป...” ดังนั้นแล้วในเบื้องต้นหากพิจารณาเพียงแต่คำว่าทรัพย์สิน ย่อมจะมีความหมายกว้างไม่ว่าจะเป็นทั้งสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ รวมตลอดทั้งวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง และทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสินเปลืองได้นี้จึงอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อได้อ่านข้อความที่ต่อท้ายคำว่าทรัพย์สินระบุไว้ว่าทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นชนิดไปสิ้นไป เช่นนี้หากเป็นสังหาริมทรัพย์ย่อมจะไม่มีปัญหาในการปรับใช้ แต่หากกรณีอสังหาริมทรัพย์ ตลอดทั้งวัตถุที่ไม่มีรูปร่างนี้จะถือได้หรือไม่ว่าสามารถใช้เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายสินเปลือง

สัญญาซื้อขายสินเปลืองเห็นได้ว่าเป็นบทมาตราที่กำหนดขึ้นมาในการซื้อขายโดยลักษณะที่ผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม ทั้งนี้ก็โดยเหตุผลว่าผู้ยืมอาจใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่ทำลายตัวทรัพย์สินนั้น เช่น ข้าว ไข่เพื่อรับประทาน ไม้ใช้เพื่อก่อสร้างบ้าน เป็นต้น ดังนั้นจึงทำให้กฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินเปลืองจึงได้บัญญัติในลักษณะที่ผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ยืม จากเหตุผลดังกล่าวหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในลักษณะ



เพื่อให้ผู้ยืมที่ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าวสามารถหาทรัพย์สินที่เป็นชนิดและปริมาณเดียวกับที่ยืมมาคืนได้

ประเทศเยอรมนีในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 พิจารณาได้ว่าทรัพย์สินที่จะสามารถใช้เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้อง ตาม มาตรา 607 วรรคแรก คือ เงินและทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไป (Fungibles thing) ซึ่งคำว่า Fungibles thing หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่างและเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ได้มีการแก้ไขกฎหมายสำหรับ มาตรา 607 วรรคแรก มีความหมายเพื่อใช้กรณีที่เป็นสิ่งของเท่านั้น (Things) ซึ่งได้มีการอธิบายว่ามุ่งหมายให้ใช้กรณีที่เป็น (Chattel) เท่านั้น

สำหรับประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1892 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้องได้นั้นต้องมีลักษณะหมดสิ้นไปเนื่องจากการใช้ (“...things which are consumed by use...”) ดังนั้นแล้วทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้องจึงต้องหมายถึงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

ส่วนประเทศญี่ปุ่นตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 588 ได้วางหลักว่า “...money or other things...” ดังนั้นทรัพย์สินจะเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้องได้อาจจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นใด ซึ่งทรัพย์สินที่กล่าวถึงนี้จะต้องมีลักษณะที่สามารถเอาทรัพย์สินอื่นมาแทนได้ ดังนั้นแล้วลักษณะของทรัพย์สินจึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นเห็นได้ว่าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้องจะต้องเป็นทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 650 ได้วางหลักโดยใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ หากมีการใช้ว่า “ทรัพย์สินชนิดไปสิ้นไป” การตีความย่อมจะไม่เกินเลยไปถึงสังหาริมทรัพย์ และวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่เนื่องจากถ้อยคำในประมวลได้ใช้คำว่าทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิ้นไปจึงทำให้มีการตีความในทางวิชาการที่อาจเห็นได้ว่าเกิดจากความจริงของการปรับใช้กฎหมาย

### 5.3 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายลักษณะสัญญาผู้ยืมเงิน

เนื่องจากในปัจจุบันมีการกู้ยืมเงินกันมากขึ้นซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดหลักกฎหมายการกู้ยืมเงินรวมอยู่กับสัญญาเช่าใช้สอยเปลื้อง และได้กำหนดหลักเกณฑ์การกู้ยืมเงินไว้โดยเฉพาะตั้งแต่ มาตรา 653 ถึง มาตรา 656 เห็นได้ว่านับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มา ได้มีการแก้ไขเพียงครั้งเดียวในปี 2548 โดยแก้บทบัญญัติมาตรา 653 วรรคแรก เป็นการแก้ไขในเรื่องจำนวนเงินจาก 50 บาท เป็น 2,000 บาท

ซึ่งหากปรากฏว่าคู่สัญญาได้กู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท จะต้องมีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือ มิฉะนั้นแล้วจะนำมาฟ้องร้องบังคับต่อศาลไม่ได้ ประเด็นที่วิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์นี้จะพิจารณาเฉพาะลักษณะทางกฎหมายของสัญญากู้ยืมเงิน

สัญญากู้ยืมเงินถือว่าเป็นสัญญาใช้สິ่เปลือง ดังนั้นแล้วลักษณะทางกฎหมายของสัญญากู้ยืมจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาใช้สິ่เปลืองที่มีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) ซึ่งบางครั้งนักกฎหมายไทยบางท่านได้แปลว่าสัญญาไม่ต่างตอบแทน

ปัญหาจากหลักเรื่องสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญากู้ยืมเงินมีประเด็นว่าสัญญาฝ่ายเดียวนั้นนี้ที่เกิดขึ้นจะพึงมีแต่เฉพาะฝ่ายลูกหนี้ผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียว จึงทำให้มีปัญหามาพิจารณาว่าสัญญากู้ยืมควรแยกออกต่างหากจากสัญญาใช้สິ่เปลืองหรือไม่

จากปัญหาดังกล่าวเห็นได้ว่าสาเหตุของปัญหาเกิดขึ้นเนื่องจากการกู้ยืมในปัจจุบันมีแทบจะทุกวัน ไม่ว่าจะเป็นการกู้ยืมเงินนี้จะเป็นการกู้ยืมเงินในระบบ คือเป็นการกู้ยืมจากสถาบันการเงินในประเทศ หรือนอกระบบกล่าวคือ เป็นการกู้ยืมระหว่างประชาชนด้วยกันซึ่งมีการคิดอัตราดอกเบี้ยที่สูง แต่เนื่องจากการกู้ยืมในลักษณะดังกล่าวสามารถกระทำกันได้ง่ายมาก และไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก ดังเช่นสามารถพบเห็นการประกาศต่างตามเสาไฟฟ้า ผู้โทรศัพท์สาธารณะ อันต่างกับการกู้ยืมเงินในระบบจากสถาบันทางการเงินที่จะมีขั้นตอนการพิสูจน์รายได้ของผู้กู้ยืมก่อนว่าจะพึงสามารถชำระหนี้ตามจำนวนเงินที่กู้ยืมนั้นคืนแก่ผู้ให้กู้ได้ หรือแม้กระทั่งหากผู้กู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินอันเกิดจากการเชือชวน โฆษณา อันมีลักษณะการทำเป็นขั้นเป็นตอน การกรอกข้อความรายละเอียดต่างๆ แล้ว ต่อมาภายหลังหากปรากฏว่าธนาคารผู้ให้กู้เปลี่ยนใจไม่ให้ลูกหนี้กู้ยืมตามที่ได้ตกลงไว้ ย่อมจะทำได้

สัญญาฝ่ายเดียวตามสัญญากู้ยืมนี้ที่เกิดขึ้นจะพึงมีแต่ฝ่ายลูกหนี้ผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว แต่หากพิจารณากับปัญหาที่กล่าวไว้ข้างต้น ธนาคารผู้ให้กู้เปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเงินตามจำนวนที่ผู้ให้กู้ เช่นนี้ไม่มีบทกฎหมายใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ธนาคารหรือผู้ประกอบการธุรกิจให้กู้ยืมเงินอื่นที่มีใช้สถาบันการมีความรับผิดชอบได้ เห็นได้ว่าตามมาตรา 650 สาระสำคัญโดยทั่วไปเป็นการก่อให้เกิดหนี้เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นเมื่อกฎหมายมิได้ระบุความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้ ประกอบทั้งบททั่วไปในสัญญาใช้สິ่เปลืองก็เป็นเพียงหนี้เพียงฝ่ายเดียว ย่อมจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยไม่มีการกำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้กู้ยืมต่อผู้ยืม อันต่างกับหากกรณีสัญญากู้ยืมเงินมีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่ต่างฝ่ายต่างมีหนี้ต้องชำระซึ่งกันและกัน

สัญญากู้ยืมเงินตามกฎหมายไทยนอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการออกประกาศของคณะกรรมการควบคุมสัญญา ของสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคได้กำหนดให้ถือได้ว่าเป็นธุรกิจที่ต้องควบคุมสัญญา การควบคุมดังกล่าวมีข้อจำกัดการใช้ คือจะใช้เฉพาะกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นผู้ประกอบการตามประกาศดังกล่าวเท่านั้น แต่การพิจารณาลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 ผู้เขียนเห็นว่าเนื้อหาในประกาศเป็นการกำหนดลักษณะของข้อความต่างๆ ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างผู้ประกอบการกับผู้กู้ แต่จากประกาศดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่ารัฐได้มีการยอมรับถึงการมีหน้าที่ของฝ่ายผู้ให้กู้ยืมเงินในระดับหนึ่ง เช่นนี้ หากจะกล่าวว่าสัญญากู้ยืมนั้นผู้ให้กู้ยืมไม่มีหน้าที่ใดๆ ต่อผู้กู้ยืมย่อมหาถูกต้องไม่

สำหรับความหมายของสัญญาต่างตอบแทน มิได้กำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มี มาตรา 369 วางหลักว่า ในสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายจะชำระ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้

นอกจากนี้ได้มีความเห็นของท่านผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายอธิบายไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ สักดิ์ สนองชาติ อธิบายว่า สัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างเป็นเจ้าหนี้ซึ่งกันและกัน หรือสัญญาซึ่งคู่สัญญาต่างมีหนี้ที่จะต้องชำระตอบแทนกัน<sup>32</sup>

ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ อธิบายว่า สัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน หรือมีหนี้ที่จะต้องชำระตอบแทนกัน ทั้งนี้ยังเห็นอีกว่า สัญญากู้ยืมเงิน โดยมีดอกเบี้ย ถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง ดัง สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น<sup>33</sup>

รองศาสตราจารย์จำปี โสทธิพันธุ์ อธิบายว่า สัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่มีลักษณะต่างจากสัญญาธรรมดาตรงที่สัญญาต่างตอบแทนก่อให้เกิดหนี้ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนกัน ส่วนสัญญาประเภทอื่นๆ อาจก่อให้เกิดหนี้ต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวก็ได้<sup>34</sup>

ผู้เขียน เห็นว่าสัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่ความสมบูรณ์เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองของคู่สัญญา และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1697/2493<sup>35</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 1242/2505<sup>36</sup> วางหลักของ

<sup>32</sup> สักดิ์ สนองชาติ. เล่มเดิม. หน้า 378.

<sup>33</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 359.

<sup>34</sup> จำปี โสทธิพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 324.

<sup>35</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1697/2493

สัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยพิจารณาจากผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างกัน ในสัญญาพิจารณาการบังคับสัญญาตั้งสัญญาต่างตอบแทนคือ คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายจะชำระตาม มาตรา 369

ประเด็นที่ต้องพิจารณาของสัญญากู้ยืมเงินมีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้นเห็นว่า ย่อมทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเจ้าของและลูกหนี้ซึ่งกันและกันทั้งสองฝ่าย และสัญญาย่อมเกิดเมื่อแสดงเจตนาเสนอสนองตรงกัน เป็นผลให้เกิดหนี้ที่จะบังคับแก่กันได้ สำหรับประเด็นเรื่องการบังคับชำระหนี้หากลักษณะทางกฎหมายของสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาต่างตอบแทน เห็นได้ว่า เรื่องการบังคับชำระหนี้ตามหลักหนี้ทั่วไป มาตรา 213 วางหลักให้หากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิร้องขอต่อศาลสั่งบังคับชำระหนี้ได้ เนื่องจากถือว่าเกิดเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ขึ้นด้วยการแสดงเจตนาเสนอสนอง หนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินจึงเกิดขึ้น เป็นผลให้เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิเรียกให้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ พิจารณาเปรียบเทียบกับสัญญาเช่าทรัพย์ที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหากผู้ให้เช่าไม่จดทะเบียนการเช่าให้แก่ผู้เช่า ผู้เช่าย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลบังคับให้ผู้ให้เช่าจดทะเบียนการเช่าได้<sup>37</sup> ในประเด็นนี้หากว่าสัญญากู้ยืมเงินยังคงถือ

---

“ทำสัญญากู้ยืมเงินกัน โดยมีข้อตกลงในสัญญาว่า ผู้กู้ยืมให้ผู้ให้เช่าทำการค้าในร้านที่ผู้กู้ได้เช่าจากผู้อื่นในวันนั้นตลอดไป จนกว่าผู้ให้เช่าจะออกไป และเมื่อผู้กู้ออกไปจากร้านเมื่อใด ผู้กู้จะใช้เงินที่กู้ยืมให้ทันที ดังนี้ เป็นสัญญาต่างตอบแทน ทราบใดที่สัญญายังไม่เลิก และผู้ให้เช่าไม่ได้ทำผิดสัญญาแล้ว ผู้กู้ก็ไม่มีเหตุอะไรจะฟ้องขับไล่ผู้ให้เช่าได้.”

<sup>36</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1242/2505.

“จำเลยผู้เงินโจทก์ มอบปิ่นให้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เมื่อจำเลยเสนอขอชำระหนี้เงินกู้ โจทก์ก็ตั้งคืบปิ่นที่เป็นประกันให้ และให้จำเลยชำระหนี้เสียก่อน ส่วนปิ่นจะคืนภายหลังหากได้ไม่ ละนั้น เมื่อโจทก์ไม่ยอมคืนปิ่นก็ถือว่าจำเลยไม่ผิดนัด ยังไม่ต้องชำระหนี้เงินกู้.”

<sup>37</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5337/2540

จำเลยทั้งแปดได้ทำสัญญาให้โจทก์ที่ 2 เช่าพื้นที่อาคารพิพาทเพื่อติดตั้งป้ายโฆษณาที่กำหนด 30 ปี ตามสัญญาเช่าทรัพย์สินเอกสารหมายเลข จ.10 ซึ่งเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่โจทก์ที่ 2 และจำเลยทั้งแปดมีเจตนาที่จะจดทะเบียนการเช่าและได้ยื่นเรื่องราวขอจดทะเบียนการเช่าต่อเจ้าพนักงานแล้วแต่ไม่สามารถจดทะเบียนการเช่าให้เสร็จในวันเดียวกันได้เพราะต้องประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้านก่อนมีกำหนดเวลา 30 วัน แต่ในระหว่างนั้นจำเลยทั้งแปดได้ขอยกเลิกหนังสือมอบอำนาจที่มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจจากโจทก์ที่ 2 ดำเนินการจดทะเบียนการเช่าดังกล่าวแทนจำเลยทั้งแปด เป็นเหตุให้โจทก์ที่ 2 ไม่สามารถจดทะเบียนการเช่าได้ จึงเป็นการไม่ชอบ การที่โจทก์ที่ 2 ฟ้องร้องขอให้บังคับจำเลยทั้งแปดจดทะเบียนการเช่า จึงเป็นการขอให้จำเลยทั้งแปดปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้การเช่าได้มีการจดทะเบียนซึ่งจะทำให้มีผลบังคับเต็มตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า กรณีมิใช่การฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาเช่าหรือโดยอาศัยสิทธิแห่งสัญญาเช่าซึ่งฟ้องร้องให้

หลักสัญญาฝ่ายเดียวตามสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง เห็นได้ว่าย่อมจะเกิดปัญหาในวิชาการและทางปฏิบัติดังกรณีของการบังคับสัญญาจะทำสัญญาที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อคำมั่นจะให้อิมใช้สิ้นเปลืองและสัญญาจะให้อิมใช้สิ้นเปลือง

สำหรับประเทศเยอรมนีตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ได้มีบทบัญญัติที่มีลักษณะที่คล้ายกับประเทศไทย คือสัญญาอิมเงินถือเป็นสัญญาอิมใช้สิ้นเปลืองชนิดหนึ่ง แต่หากมีปัญหาการบังคับใช้ศาลเยอรมันยอมรับการปรับใช้หลักสัญญาจะทำสัญญามาใช้บังคับ ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปี ค.ศ. 2002 ได้แยกสัญญาอิมเงินออกจากสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง และได้มีการกำหนดไว้ว่าหากเป็นการอิมเงินจะไม่นำมาบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยสัญญาอิมใช้สิ้นเปลืองมาใช้บังคับ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มาตรา 488 กำหนดลักษณะสัญญาอิมเงินคือ สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้กู้ มีหน้าที่จะต้องส่งมอบเงินตามจำนวนที่ได้ตกลงกันให้แก่ผู้กู้ อีกฝ่ายหนึ่ง โดยผู้กู้จะต้องชำระเงินดังกล่าวคืนตลอดทั้งดอกเบี้ยคืนให้แก่ผู้ให้กู้ การวางหลักดังกล่าวเห็นว่า กฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาอิมเงินไว้ทั้งสองฝ่าย มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนโดยต่างฝ่ายต่างมีหนี้ซึ่งกันและกัน จึงทำให้สัญญาอิมเงินของประเทศเยอรมนีเปลี่ยนหลักจากสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทนมาเป็นสัญญาต่างตอบแทน การแก้ไขลักษณะดังกล่าว ทำให้ความสมบูรณ์ของการเกิดสัญญาอิมเงินในประเทศเยอรมนีสามารถเกิดขึ้นได้จากการตกลงทำคำเสนอสนองตรงกัน เมื่อเกิดเป็นสัญญาแล้ว ย่อมเกิดหนี้ขึ้นส่งผลต่อฝ่ายผู้ให้กู้หากไม่ส่งมอบเงินตามที่ตกลงไว้ในสัญญา ผู้กู้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้กู้ส่งมอบเงินอันถือว่าเป็นการเรียกร้องให้ปฏิบัติชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

นอกจากนี้สัญญาอิมเงินของประเทศเยอรมนีได้วางหลักเกณฑ์ของสัญญาอิมเงินเพื่อผู้บริโภคไว้ต่อจากสัญญาอิมระหว่างเอกชน ทำให้เห็นได้ว่าการแก้ไขโดยการแยกสัญญาอิมเงินออกจากสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง ทำให้เกิดการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ ของสัญญาอิมใช้สิ้นเปลืองได้ในขณะเดียวกัน

สำหรับประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นสัญญาอิมเงินยังคงอยู่ภายใต้บทบัญญัติของสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง ดังนั้นแล้วลักษณะของสัญญาอิมเงินของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นจึงยังคงถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตามเนื่องจากทั้งสองประเทศได้ยอมรับหลักคำมั่นจะให้อิมหรือสัญญาจะให้อิมสามารถบังคับแก่คู่กรณีได้ จึงทำให้ในเบื้องต้นปัญหาความรับผิดชอบของผู้ให้คำมั่นจะให้อิมหรือผู้จะให้อิมไม่มีซึ่งต่างกับประเทศไทยที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวมาปรับใช้

---

บังคับคดีได้เพียง 3 ปี โจทก์ที่ 2 จึงฟ้องบังคับให้จำเลยทั้งแปดจดทะเบียนการเช่าได้ ไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538.”

## 5.4 วิเคราะห์สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา

สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการวิเคราะห์ผู้เขียนแบ่งพิจารณา โดยจะพิจารณาเปรียบเทียบหลักที่สำคัญและในข้อเหมือนและข้อแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกับต่างประเทศ

### 5.4.1 สิทธิหน้าที่ของผู้ให้ยืม

สิทธิของผู้ให้ยืมตามสัญญายืมใช้สິนเปลืองของประเทศไทยเห็นได้ว่าผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิได้รับเงินหรือสิ่งของที่ให้ยืมคืน และมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยหรือค่าตอบแทนอันถือได้ว่าเป็นค่าตอบแทนจากผู้ยืม ส่วนหน้าที่เกิดขึ้นกับฝ่ายผู้ให้ยืมนี้เห็นได้ว่าเมื่อสัญญายืมใช้สິนเปลืองและสัญญากู้ยืมยังคงถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) หนี้สำหรับผู้ให้ยืมจึงไม่มี

สิทธิของผู้ให้ยืมสำหรับสัญญายืมใช้สึนเปลืองตามประมวลแพ่งเยอรมันปี ค.ศ. 1900 มีหลักการเช่นเดียวกับประเทศไทย คือ ผู้ให้ยืมจะมีสิทธิในการได้รับเงินหรือสิ่งของที่ให้ยืมแล้วคืน และมีสิทธิได้ค่าตอบแทนตามสัญญาได้ด้วย และผู้ให้ยืมมีสิทธิที่จะเพิกถอนค้ำนั้นจะให้ยืมได้ ซึ่งหลักในเรื่องการเพิกถอนค้ำนั้นจะให้ยืมกฎหมายไทยมิได้กำหนดไว้ และนอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนสำหรับดอกเบี้ยประเทศเยอรมนีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องมีการระบุเรื่องดอกเบี้ยไว้จึงจะสามารถเรียกได้ ต่างกับประเทศไทยที่กฎหมายมิได้ระบุไว้ว่าการเรียกดอกเบี้ยจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในเรื่องดอกเบี้ยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกำหนดเฉพาะอัตราดอกเบี้ยเท่านั้น

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 สัญญายืมใช้สึนเปลืองยังคงหลักการไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในสัญญากู้ยืม กล่าวคือ ในสัญญากู้ยืมเงินได้มีการกำหนดสิทธิของผู้ให้ยืมที่เพิ่มเติมกล่าวคือ สิทธิของผู้ให้กู้ตาม มาตรา 490 (1) ให้สิทธิแก่ผู้ให้กู้ยืมสามารถบอกเลิกสัญญากู้ยืมได้นอกเหนือจากสิทธิในเบื้องต้นตามสัญญากู้ยืมที่ได้ตกลงกันซึ่งเป็นการบอกเลิกเฉพาะในกรณีสถานะทางการเงินของผู้กู้หรือมูลค่าของหลักประกันที่ให้ไว้ตามสัญญากู้ยืมนั้นมีความเสี่ยงแม้ว่าหลักประกันดังกล่าวยังคงอยู่ ผู้ให้กู้แจ้งการบอกกล่าวเลิกสัญญากู้ดังกล่าวโดยให้มีผลทันที นอกจากนี้หากปรากฏว่าสัญญากู้ยืมเป็นสัญญากู้ยืมเพื่อผู้บริโภคกฎหมายได้กำหนดหลักเพิ่มเติมเรื่องการบอกเลิกสัญญาไว้ คือ สิทธิในการบอกเลิกสัญญานี้หากได้ปรากฏว่าผู้กู้ได้ผิดนัดชำระหนี้สองงวดติดต่อกัน และผู้ให้กู้สามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนและสามารถโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคลภายนอกได้โดยปราศจากความยินยอมจากลูกหนี้ เว้นแต่ว่าจะได้กำหนดระบุไว้ในสัญญาห้ามกระทำการเช่นนั้น ซึ่งการโอนสิทธิเรียกร้องได้กำหนดต่างหากจากเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง

ในมูลหนี้ทั่วไป คือ การโอนสิทธิเรียกร้องเห็นได้ว่าผู้ให้กู้สามารถโอนได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวลูกหนี้หรือได้รับความยินยอมจากลูกหนี้อื่นต่างจากในเรื่องหนี้ทั่วไป

จากการเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้นนั้นสิทธิของผู้ให้ยืมตามสัญญาอืมใช้สินเปลื้องของประเทศไทยนั้นเห็นได้ว่าสิทธิของผู้ให้ยืมที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะพึงเป็นสิทธิเรียกให้ชำระเงินที่ได้ส่งมอบนั้นคืนและดอกเบี้ยด้วยเท่านั้น แต่เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลแพ่งเยอรมันปี ค.ศ. 1900 สิทธิของผู้ให้ยืมมีข้อแตกต่างเพียงเรื่องการเพิกถอนคำมั่นจะให้ยืมได้เท่านั้นที่กำหนดไว้ต่างจากของประเทศไทย และเมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 เห็นได้ว่าสิทธิของผู้ให้กู้ตามสัญญาอืมใช้สินเปลื้องยังคงเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 แต่ในส่วนสัญญาอืมเงินสิทธิของผู้ให้กู้ได้ปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดในเรื่องสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ทันทีหากปรากฏว่าสถานะทางการเงินได้ของผู้ยืมได้ลดลง และในสัญญาอืมเพื่อผู้บริโภคนั้นได้เพิ่มในเรื่องการบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีหากปรากฏว่าผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้ในสัญญาอืมที่มีการผ่อนชำระ และสามารถ โอนสิทธิเรียกร้องและเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนก็ได้

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิในการได้รับทรัพย์สินและหากมีการตกลงเรื่องดอกเบี้ยผู้ยืมจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่ผู้ให้ยืมตามข้อตกลงนั้น นอกจากนี้ในด้านหน้าที่หรือของผู้ให้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้ยืม คือ หากมีความชำรุดบกพร่องอันเกิดแต่ทรัพย์สินที่ให้ยืม อันเป็นอันตรายต่อบุคคลที่ใช้ทรัพย์สินนั้น ซึ่งความชำรุดบกพร่องดังกล่าวนี้ผู้ให้ยืมได้รู้และมิได้บอกกล่าวเตือนให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ยืม ซึ่งความรับผิดชอบนี้ได้เป็นหนี้โดยตรงแต่ถือว่าเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังสัญญาอืมใช้สินเปลื้องได้เกิดขึ้นและภายหลังที่ได้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ยืมแล้ว กรณีความรับผิดชอบอันเกิดจากความชำรุดบกพร่อง เห็นได้ว่าหนี้ในความเสียหายอาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ เพราะแม้ว่าทรัพย์สินที่ยืมจะชำรุดบกพร่อง แต่ถ้าความบกพร่องดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ใช้ทรัพย์สินที่ยืมนี้ ผู้ให้ยืมจะไม่มีหนี้ที่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด และประเด็นว่าผู้ให้ยืมต้องบอกกล่าวแก่ผู้ยืมถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน การบอกกล่าวเป็นเพียงกรณีที่มีความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้สินเปลื้องเท่านั้น มิได้เป็นหน้าที่ของผู้ให้ยืมโดยตรงที่จะต้องแจ้งถึงสภาพของทรัพย์สินแต่อย่างใด

ประเทศญี่ปุ่นผู้ให้ยืมมีสิทธิในการได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยหากได้ตกลงกันไว้และตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 590 ได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมมีความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง คือ หากว่าทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญาอืมใช้สินเปลื้องที่มีค่าตอบแทนได้มีความชำรุดบกพร่องผู้ให้ยืมต้องจัดหาทรัพย์สินอื่นที่ปราศจากความชำรุดบกพร่องให้แทนทรัพย์สินนั้น สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวย่อมไม่ถูกตัด ซึ่งการรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องจะต้องเป็นสัญญา

ยืมใช้สิ่งเปลี่ยนที่มีค่าตอบแทนเท่านั้น เนื่องจากหากเป็นสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนที่ไม่มีค่าตอบแทน ผู้ยืมไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้เปลี่ยนทรัพย์สินใหม่อันปราศจากความชำรุดบกพร่องได้ แต่เมื่อถึงกำหนดเวลาคืนสามารถจะคืนทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องเช่นเดียวกันให้แก่ผู้ให้ยืมได้ และหากไม่สามารถคืนทรัพย์สินเช่นนั้นได้ ในเวลาที่คืนทรัพย์สินก็สามารถชดเชยราคาโดยคิดตามสภาพแห่งทรัพย์สินที่มีความชำรุด

จากการเปรียบเทียบสิทธิของผู้ให้ยืมกับประเทศต่างๆ เห็นได้ว่าสิทธิในเบื้องต้นของผู้ให้ยืมคือ การได้รับทรัพย์สิน และหากว่าได้มีการตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้ยืมไว้ในสัญญา ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้ค่าตอบแทนตามสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนได้ ซึ่งสิทธิของผู้ให้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้กำหนดสิทธิเดิมแก่ผู้ให้ยืมสามารถบอกเลิกสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนได้ ส่วนหน้าที่ของผู้ให้ยืมเห็นได้ว่าสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนเป็นสัญญาฝ่ายเดียวจึงทำให้ผู้ให้ยืมไม่มีหนี้หรือหน้าที่ต่อผู้ให้ยืมแต่อย่างใดอันเป็นหลักที่ได้รับมาตามกฎหมายโรมัน เว้นแต่ว่าประมวลกฎหมายของแต่ละประเทศจะได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น ความรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องไว้

หนี้ของผู้ให้ยืมในสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เห็นได้ว่าตาม มาตรา 650 ที่กำหนดไว้ผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ตามสัญญาแต่อย่างใดเลยแม้กระทั่งการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมหาถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยนไม่ การส่งมอบเป็นองค์ประกอบที่เพิ่มเติมจากเจตนาของคู่สัญญาที่ทำให้สัญญายืมสมบูรณ์เท่านั้น

หนี้ของผู้ให้ยืมในสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยน และสัญญาผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี 1900 นี้ได้วางหลักเช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่ผู้ให้ยืมไม่มีหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญายืมใช้สิ่งเปลี่ยน อย่างไรก็ตามในประเด็นก็มีข้อที่แตกต่างจากกฎหมายไทยคือ กฎหมายเยอรมันได้ยอมรับหลักค้ำประกันจะให้ยืมและสัญญาจะทำสัญญาได้ ซึ่งหากปรากฏว่าได้มีการให้ค้ำประกันไว้หรือว่าได้มีการทำสัญญาจะยืมกันได้ผู้ให้ยืมมีหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามค้ำประกันของตนหรือตามสัญญาจะยืม หนี้ตามสัญญายืมใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 วางหลักเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 จะพึงมีข้อแตกต่างก็เพียงในสัญญาผู้ยืม ที่การส่งมอบถือได้ว่าเป็นหนี้ตามสัญญาผู้ยืมแล้ว คือได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมต้องจัดหาจำนวนเงินตามสัญญาผู้ส่งมอบให้ผู้ยืม จึงถือได้ว่าการส่งมอบเป็นหนี้ตามสัญญาผู้ยืม หนี้หรือหน้าที่ในประการอื่นจะพบได้ว่าจะมีการกำหนดไว้ในเรื่องสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภค กล่าวคือผู้ให้ยืมต้องส่งมอบสัญญาผู้ยืมให้แก่ผู้ยืมอีกฉบับให้แก่ผู้ยืม และ



ผู้ให้กู้ยืมมีหน้าที่ในการแจ้งความสัมพันธ์ต่างๆ ของคู่สัญญา อาทิ หน้าที่ในการแจ้งการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยที่ลดลงในกรณีที่ได้มีการตกลงกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ หน้าที่จะต้องแจ้งการบอกเลิกสัญญาไม่ว่าฝ่ายผู้ยืมจะมีเจตนาต่อหรือไม่

จากการศึกษาในเรื่องสิทธิและหนี้หรือหน้าที่ของผู้ให้กู้ยืมนี้เห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้มีการแยกสัญญาที่ออกจากสัญญาใช้เงินเปลืองส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือ หนี้ในเรื่องการส่งมอบนี้ถือได้ว่าเป็นหนี้ตามสัญญาผู้ยืมเงินของฝ่ายผู้ให้กู้ และนอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดรายละเอียดที่เป็นสิทธิอันจะพึงมีแก่ฝ่ายผู้ให้กู้คือการบอกเลิกสัญญา ซึ่งการบอกเลิกสัญญาในสัญญาใช้เงินเปลือง โดยทั่วไปก็อาจบอกได้ แต่ในสัญญาผู้ยืมประเด็นที่น่าพิจารณาคือ การบอกเลิกโดยอาศัยพฤติการณ์การเปลี่ยนแปลงทางการเงินของลูกหนี้ที่จะทำให้อายุผู้ให้กู้ยืมถึงเห็นได้ว่า หากให้มีการกู้ยืม ฝ่ายผู้ให้กู้ยืมจะมีความเสี่ยงในการที่จะไม่ได้รับเงินคืน นอกจากนี้หากเป็นสัญญาผู้ยืมเพื่อผู้บริโภค ผู้ให้กู้ยังสามารถบอกเลิกได้ในกรณีที่ผู้ยืมผิดนัดชำระหนี้ในมูลหนี้ที่มีการผ่อนชำระยอดหนี้ สิทธิที่เกิดขึ้นนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นทั้งสิทธิและหนี้ของผู้ให้กู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวไว้ไม่น้อยมาก และหากจะปรากฏก็อาจอาศัยพระราชบัญญัติต่างๆ หรือประกาศการให้ธุรกิจการให้กู้ยืมเงินผู้บริโภคที่ถือได้ว่าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ซึ่งจากที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 มาแล้วนั้นเห็นได้ว่า การควบคุมจะเป็นการควบคุมในเชิงข้อความของสัญญา ซึ่งหาได้กล่าวถึงหนี้หรือหน้าที่ที่ผู้ให้กู้ยืมจะพึงมีได้ ประกอบทั้งแม้จะมีประกาศมาเพื่อลดความเสี่ยงเปรียบในเชิงข้อสัญญาของผู้ยืมแต่อย่างไรแล้ว เมื่อถือได้ว่าเป็นกรณีที่ทำสัญญาคู่กัน ยังคงต้องพิจารณาลักษณะทางกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ที่หนี้ของผู้ให้กู้ที่กฎหมายได้กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามแทบจะหาไม่ได้เลย

#### 5.4.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยสิทธิของผู้ยืม คือการได้รับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้เงินมา ซึ่งการได้ทรัพย์สินตามมูลหนี้ในสัญญาใช้เงินเปลืองเป็นการได้มาในลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์มา

สิทธิของผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ผู้ยืมย่อมมีสิทธิในการได้รับทรัพย์สินตามสัญญาใช้เงินเปลืองเหมือนกับของประเทศไทย แต่ในสัญญาใช้เงินเปลืองในกฎหมายเยอรมัน ได้ยอมรับการทำค้ำประกันจะให้ยืมได้ ดังนั้นเมื่อได้มีค้ำประกันจะให้ยืมแล้วผู้ที่ได้รับค้ำประกันเช่นว่านั้นย่อมมีสิทธิเรียกให้ผู้ทำค้ำประกันส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ที่ได้รับค้ำประกันซึ่งก็คือผู้ยืมได้ และผู้ยืมมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ ส่วนสิทธิของผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ผู้ยืมมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ซึ่งการบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้สามารถที่จะ

บอกได้ทันที เนื่องจากมิได้มีการกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวเอาไว้ นอกจากนี้สิทธิของผู้กู้ในสัญญาอิมผู้บริโภคนั้น ได้กำหนดสิทธิไว้ให้แก่ผู้บริโภค คือ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาในกรณีต่างที่กฎหมายได้กำหนดไว้ อาทิ สามารถบอกเลิกสัญญาได้ทั้งหมดหรือบางส่วนภายในระยะเวลาที่ได้ตกลงเรื่องดอกเบี้ยกัน สามารถบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่การกู้ยืมดังกล่าวไม่มีการให้หลักประกันใดต่อกัน เป็นต้น

สำหรับสิทธิของผู้ยืมของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นผู้ยืมมีสิทธิในการรับมอบทรัพย์สินตามสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง อันเป็นหลักการเดียวกับประเทศไทยและประเทศเยอรมนี

หน้าที่ของผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไทย ผู้ยืมมีหน้าที่หลักคือคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้จากผู้ให้ยืม และนอกจากนี้ยังมีหน้าที่ในการเสียค่าธรรมเนียมต่างๆ เนื่องจากกฎหมายไทยได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ยืมฝ่ายเดียว

หน้าที่ของผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เห็นได้ว่าในกฎหมายเยอรมันทั้งฉบับปี ค.ศ. 1900 และ ค.ศ. 2002 ต่างก็ให้มีหน้าที่เหมือนกันไม่ว่าจะเป็นทั้งสัญญาอิมใช้สิ้นเปลืองและสัญญาอิมยืม ต่างก็ได้กำหนดให้ฝ่ายผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ยืมหรือเงินคืนให้แก่ผู้ให้ยืม และนอกจากนี้ยังเห็นได้ว่าในสัญญาอิมเงินผู้บริโภคนั้นยังได้กำหนดสัญญาอิมยืมต้องทำตามแบบคือต้องทำเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อของผู้ยืมเป็นสำคัญ

สำหรับประเทศฝรั่งเศสหน้าที่ของผู้ยืมได้กำหนดถึงปริมาณและคุณภาพของทรัพย์สินที่คืนว่าจะต้องคืนในปริมาณและคุณภาพเดียวกับที่ได้รับมา หากผู้ยืมไม่สามารถคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้และได้มีการตกลงกันไว้สัญญา ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องชำระราคาตามมูลค่าของทรัพย์สินซึ่งอาจคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินตามเวลาและสถานที่ที่ส่งมอบทรัพย์สิน ถ้าไม่ได้ตกลงเวลาในการส่งคืน การคำนวณดังกล่าวให้คำนวณตามเวลาและสถานที่ที่ได้ทำการยืม นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ยืมไม่ชำระหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดให้ผู้ยืมชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้ยืม นับแต่วันที่คืนหรือนับแต่วันฟ้อง ซึ่งดอกเบี้ยในกรณีนี้มีใช้ดอกเบี้ยอันมีลักษณะเป็นค่าตอบแทนตามสัญญาอิมใช้สิ้นเปลือง แต่เป็นดอกเบี้ยอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ของผู้ยืม

สำหรับประเทศญี่ปุ่นหน้าที่ของผู้ยืมยังคงเป็นหนี้ในการคืนทรัพย์สินในประเภท ปริมาณและคุณภาพเดียวกับที่ได้รับไว้ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับทั้งประเทศไทย ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากหนี้ในการคืนทรัพย์สินเช่นนี้เป็นหลักการพื้นฐานตั้งแต่กฎหมายโรมันตามหลักทรัพย์สินสัญญา

## 5.5 วิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้กฎหมายตามสัญญาเช่าที่ดินเปลือง

ในการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ผู้เขียนได้พิจารณาจากการที่ศาลปรับใช้ มาตรา 652 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในสัญญาเช่าที่ดินเปลืองกับ มาตรา 203 ในเรื่องหนี้ทั่วไป โดยเป็นประเด็นเรื่องหนี้กู้ยืมที่มีได้มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ คือปัญหานี้ได้เกิดขึ้นเนื่องจากศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้มีการเรียกให้ชำระหนี้ได้ทันทีในหนี้ที่มีได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ในสัญญาเช่าซึ่งเป็นสัญญาเช่าที่ดินเปลือง กรณีเป็นการที่ศาลได้ปรับใช้กฎหมายไม่ตรงกับหลักของนิติวิธีกล่าวคือ การปรับใช้หลักกฎหมายนั้นเป็นที่เห็นได้ว่าต้องปรับใช้ตามกฎหมายเฉพาะก่อนหากว่าในได้มีกฎหมายได้กำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่หากว่าในเรื่องนั้นๆ กฎหมายมิได้กำหนดไว้จึงจะพิจารณาตามหลักทั่วไป

เห็นได้ว่าศาลได้ปรับใช้ มาตรา 203 อันเป็นบทในเรื่องหนี้ทั่วไปในกรณีที่หนี้หนี้มีได้กำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ได้ไว้ ซึ่งในมาตรานี้ได้มีการวางหลักไว้ว่าเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ได้โดยพลันคู่กัน แต่ใน มาตรา 652 กำหนดไว้ว่าหากมิได้มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้ เจ้าหนี้จะบอกกล่าวทวงถามก่อนก็ได้<sup>38</sup> อย่งไรก็ตาม

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2103/2535

สัญญาเช่าเงินไม่ได้กำหนดเวลาชำระคืนเงินคืนไว้ โจทก์ผู้ให้กู้ย่อมจะเรียกให้จำเลยผู้ชำระหนี้ได้โดยพลัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคแรก และมีอำนาจฟ้องให้จำเลยชำระหนี้โดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 652 ก่อนก็ได้ จำเลยเพียงแต่ยกเอาข้อความที่จำเลยอุทธรณ์ขึ้นมากล่าวในคำฟ้องฎีกาว่าจำเลยอุทธรณ์ว่าอย่างไร ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าอย่างไรแต่จำเลยมิได้ยกข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายขึ้นโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ว่าไม่ชอบหรือผิดพลาดข้อไหนอย่างไร เป็นฎีกาไม่ชัดเจน ชัดต่อ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 249 วรรคแรก ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2539

คำสั่งศาลชั้นต้นที่ว่าคดีที่โจทก์ฟ้องเป็นคดีไม่มีข้อยุ่งยากให้ดำเนินคดีอย่างคดีมโนสาร เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อจำเลยมิได้โต้แย้งไว้ก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา จำเลยจึงไม่อาจอุทธรณ์ในปัญหาข้อนี้ได้ การเรียกให้ชำระหนี้เงินยืมซึ่งมิได้กำหนดเวลาอันจะพึงชำระหนี้ไว้ ต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคแรก มิใช่เป็นการเรียกให้คืนทรัพย์สินซึ่งยืมไปตาม มาตรา 652 เมื่อสัญญาเช่ายืมมิได้กำหนดวันชำระคืน โจทก์ผู้ให้กู้ย่อมจะเรียกให้จำเลยผู้ชำระหนี้โดยพลันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8172/2551

สัญญาเช่าเงินไม่ได้กำหนดเวลาชำระคืนเงินคืนไว้ โจทก์ย่อมเรียกให้จำเลยชำระหนี้ได้โดยพลันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคหนึ่ง และถือเป็นระยะเวลาที่ผู้ให้กู้อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้ อายุความจึงเริ่มนับแต่วันถัดจากวันทำสัญญาเช่าเงินแต่ละฉบับ ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดอายุความการกู้ยืมเงินไว้ โดยเฉพาะต้องให้อายุความทั่วไป 10 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/30.”

หากปัญหาว่าผู้กู้ยืมเงินตกเป็นผู้ผิดนัดเมื่อใด ศาลได้ปรับใช้ มาตรา 652<sup>39</sup> ดังนั้นเห็นว่า มาตรา 203 เป็นบทบัญญัติในเรื่องนี้ทั่วไปสำหรับหนี้ที่มีได้กำหนดระยะเวลา และมีได้มีบทบัญญัติเอกเทศ กำหนดไว้อย่างเฉพาะ ส่วน มาตรา 652 เป็นบทบัญญัติในเอกเทศสัญญาในสัญญาใช้เงินเปลี่ยนแปลง ตามหลักนิติวิธีที่ถูกต้องเมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาใช้เงินเปลี่ยนแปลงหรือในสัญญาผู้กู้ยืม โดยในสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้ ศาลจะต้องปรับใช้ตาม มาตรา 652 มิใช่ศาลจะเลือกปรับมาตรา 203 ก่อน

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 นี้ได้มีการวางหลักคล้ายกับ มาตรา 652 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องของระยะเวลาในการบอกกล่าวโดยในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดไว้ โดยพิจารณาจากจำนวนเงินที่กู้ยืม แต่ของไทยหาได้กำหนดไว้ไม่ กล่าวไว้แต่เพียงว่าสามารถบอกกล่าวก็ได้

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ต้องแยกพิจารณาจากสัญญาใช้เงินเปลี่ยนแปลงและสัญญาผู้กู้ยืม คือหากในสัญญาใช้เงินเปลี่ยนแปลงได้กำหนดให้สามารถบอกกล่าวได้โดยมิได้กำหนดระยะเวลา กล่าวคือ หากในสัญญานั้นมิได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้ผู้ให้ยืมหรือผู้ยืมจะบอกเลิกสัญญาเมื่อไหร่ก็ได้ เพราะสัญญาใช้เงินเปลี่ยนแปลงในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ใช้เฉพาะการยืมสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสิ่งของเท่านั้น เพราะการกู้ยืมเงินได้แยกออกไปต่างหากแล้ว ซึ่งหากในประเด็นเดียวกันนี้สัญญาผู้กู้ยืมเงินได้กำหนดโดยพิจารณาจากว่าได้มีกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้หรือไม่ หากไม่ได้กำหนดย่อมจะบอกเลิกได้ทันทีเช่นกัน

สำหรับประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกรณีกำหนดเวลาในการชำระหนี้มิได้กำหนดไว้ผู้ยืมชำระหนี้คืนได้ภายในช่วงเวลาอันอาจอนุมานได้จากพฤติการณ์ทั้งปวงตาม มาตรา 1900 หรือว่าหากแม้จะได้มีการตกลงให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนได้เมื่อผู้ยืมพร้อมที่จะชำระ เช่นนี้ ศาลอาจกำหนดเวลาในการชำระหนี้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงตาม มาตรา 1901 ดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดหน้าที่แก่ฝ่ายผู้ให้ยืมว่าไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ยืมชำระหนี้ได้ตามอำเภอใจ แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะมีได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้

สำหรับประเทศญี่ปุ่นตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 591 วรรคแรก กำหนดว่าหากคู่สัญญามีได้ตกลงเวลาในการคืนทรัพย์สินที่ยืมไว้ ผู้ให้ยืมจะบอกกล่าวให้คืนทรัพย์สินภายในเวลาอันควรซึ่งจะกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้นก็ได้ และวรรคสอง ได้กำหนดไว้อีกว่าผู้ยืมจะคืนทรัพย์สินที่ยืมในเวลาใดๆ ก็ได้ซึ่งการบัญญัติตาม มาตรา 591 วรรคแรก ได้คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 652 ของประเทศไทย

<sup>39</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 105.

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาเรื่องนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาในการชำระแท้จริงแล้วมิได้มีปัญหา อันเกิดจากตัวบทกฎหมาย แต่เกิดจากปรับใช้กฎหมายของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งในประมวลกฎหมาย เยอรมัน ได้การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ละเอียดกว่ากฎหมายไทย เห็นได้จากกำหนดเวลาในการ บอกกล่าวจะพิจารณาจากจำนวนที่กู้ยืมหรือตลอดทั้งการเสียดอกเบี้ยเป็นสำคัญ ทั้งเห็นได้จาก สัญญากู้ยืมที่เมื่อได้แยกออกจากสัญญาอื่นใช้สิ้นเปลืองแล้ว ในประเด็นการบอกกล่าวในสัญญาอื่น นี้ย่อมบอกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้เช่นกัน สำหรับประเทศฝรั่งเศสก็ได้มิได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมจะเรียกให้ ผู้ยืมได้ตามอำเภอใจ โดยจะกำหนดโดยให้ศาลพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นสำคัญ และประเทศญี่ปุ่น ก็ได้กำหนดให้ต้องมีการบอกกล่าวแก่ผู้ยืมก่อน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเมื่อได้พิจารณาเปรียบเทียบกับ ประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่กำหนดเวลาในการชำระหนี้ในสัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลืองไม่ได้กำหนดไว้ ประเทศต่างๆ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แก่ผู้ให้ยืมต้องปฏิบัติได้ กำหนดให้สามารถเรียกได้โดยพลันตามอำเภอใจผู้ให้ยืมไม่ ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาอื่นใช้สิ้นเปลือง ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาอาจเป็นทรัพย์ เช่น พืชผล ข้าวสาร หรือสิ่งอื่นใดซึ่งผู้ยืมสามารถคืนได้ เป็นประเภท ชนิดและปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้ ดังนั้น หากยังคงถือตามคำพิพากษาฎีกาอาจทำให้เกิดการ ใช้กฎหมายขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

ตารางที่ 5.1 ตารางเปรียบเทียบสัญญาอื่นใช้สิ้นเปลืองของประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเด็น เปรียบเทียบ	ประมวล กฎหมายแพ่ง และพาณิชย์	ประมวล กฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ. 1900	ประมวล กฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ. 2002	ประมวล กฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส	ประมวล กฎหมายแพ่ง ญี่ปุ่น
ความสมบูรณ์ของ สัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลือง 1. การเกิดสัญญา	บัญญัติไว้อย่าง ชัดเจนใน มาตรา 650 วรรคสอง เกิดเมื่อส่งมอบ ทรัพย์	ไม่ได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจน คงกล่าวถึงเพียง สาระสำคัญของ สัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลืองตาม มาตรา 607	ไม่ได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจน คงกล่าวถึงเพียง สาระสำคัญของ สัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลืองตาม มาตรา 607	ไม่ได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจน คงกล่าวถึงเพียง สาระสำคัญของ สัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลืองตาม มาตรา 1892	ไม่ได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจน คงกล่าวถึงเพียง สาระสำคัญของ สัญญาอื่นใช้ สิ้นเปลืองตาม มาตรา 587

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น
2. คำมั่นจะให้ยืม และสัญญาจะให้ยืม	ไม่ยอมรับคำมั่นจะให้ยืมและสัญญาจะให้ยืม	บัญญัติไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 610	บทบัญญัติคำมั่นจะให้ยืมถูกยกเลิกแต่ศาลในประเทศเยอรมนีได้ยอมรับบังคับให้แก่สัญญา	ไม่ได้บัญญัติไว้แต่ได้ยอมรับบังคับโดยถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา	ไม่ได้บัญญัติไว้แต่ได้ยอมรับบังคับโดยถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนทำสัญญา
3. การส่งมอบถือว่าเป็นแบบของสัญญาใช้สินเปลืองหรือไม่	ไม่ถือว่าเป็นแบบ	ไม่ถือว่าเป็นแบบ	ไม่ถือว่าเป็นแบบ	ไม่ถือว่าเป็นแบบ	ไม่ถือว่าเป็นแบบ
4. ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้สินเปลือง	ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินเปลือง	ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินเปลือง (fungible things) และเงิน (money)	ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินเปลือง	ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินเปลืองและเงิน	ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินเปลืองและเงิน
5. ลักษณะของสัญญากู้ยืมเงิน	สัญญาฝ่ายเดียว	สัญญาฝ่ายเดียว	สัญญาต่างตอบแทน	สัญญาฝ่ายเดียว	สัญญาฝ่ายเดียว

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น
6. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา 1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม	1. ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้	1. ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ 2. ผู้ให้ยืมมีสิทธิเพิกถอนค้ำประกันจะให้ผู้ยืมได้หากปรากฏว่าภายหลังสถานะทางการเงินของผู้ยืมได้อำแย่ลง 3. สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ อันต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ที่ได้กำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโดยพิจารณาจากจำนวนเงินที่ผู้ยืม 4. ผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ต่อฝ่ายผู้ให้ยืม เว้นแต่จะได้ผูกพันตนโดยให้ค้ำประกันจะให้ผู้ยืมหรือทำสัญญาจะให้ผู้ยืมต้องผูกพันตามที่ได้ให้ค้ำประกันหรือสัญญาจะนั้นต่อผู้ยืม	1. ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ 2. ผู้ให้ยืมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้และในกรณีที่สัญญาไม่ได้มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้ ผู้ให้ยืมอาจบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ อันต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ที่ได้กำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโดยพิจารณาจากจำนวนเงินที่ผู้ยืม 3. ผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ต่อฝ่ายผู้ให้ยืม เว้นแต่จะได้ผูกพันตนโดยให้ค้ำประกันจะให้ผู้ยืมหรือทำสัญญาจะให้ผู้ยืมต้องผูกพันตามที่ได้ให้ค้ำประกันหรือสัญญาจะ	1. ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยกรณีที่ได้ตกลงกัน 2. ผู้ให้ยืมมีหน้าที่ในกรณีหากมีความชำรุดบกพร่องอันเกิดแต่ทรัพย์สินที่ให้อันเป็นอันตรายต่อบุคคลที่ใช้ทรัพย์สินนั้นซึ่งความชำรุดบกพร่องดังกล่าวนี้ ผู้ให้ยืมได้รู้และมิได้บอกกล่าวเตือนให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบค่าเสียหายแก่ผู้ยืม	1. ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินและดอกเบี้ยในกรณีที่ได้ตกลงกัน 2. ผู้ให้ยืมหน้าที่ต่อผู้ยืม หากว่าทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญาใช้เปลี่ยนแปลงที่มีค่าตอบแทนได้มีความชำรุดบกพร่อง ผู้ให้ยืมต้องจัดหาทรัพย์สินที่ปราศจากความชำรุดบกพร่องให้แทนทรัพย์สินที่สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวย่อมไม่ถูกตัดสิทธิ

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น
2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม	<p>1. ผู้ยืมมีสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับไว้</p> <p>อย่างเจ้าของ</p> <p>กรรมสิทธิ์</p> <p>2. ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับต่อผู้ให้ยืม</p> <p>และผู้ยืมต้องชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้ยืมหากได้มีการตกลงไว้ในสัญญา</p> <p>3. ผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมค่าส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สิน</p>	<p>1. ผู้ยืมมีสิทธิในทรัพย์สินอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์</p> <p>2. ผู้ยืมมีสิทธิในการคืนทรัพย์สินโดยไม่ต้องบอกกล่าวกรณีการกู้ยืมเงินที่ไม่ได้ตกลงให้ชำระดอกเบี้ย</p> <p>3. ผู้ยืมมีสิทธิในการบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญาในกรณีที่นี้ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้ ซึ่งระยะเวลาในการบอกกล่าวขึ้นอยู่กับจำนวนเงินที่กู้ยืมกัน</p> <p>4. ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกับที่ได้รับไว้ หากมีการตกลงให้ชำระดอกเบี้ยผู้ยืมต้องชำระดอกเบี้ยต่อผู้ให้ยืมด้วย</p>	<p>1. ผู้ยืมมีสิทธิในทรัพย์สินอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์</p> <p>2. ผู้ยืมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้</p> <p>3. ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวให้แก่ผู้ให้ยืม</p>	<p>1. ผู้ยืมมีสิทธิในทรัพย์สินอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์</p> <p>2. ผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมในประเภท ปริมาณ และคุณภาพเดียวกันกับทรัพย์สินที่ยืมมา หากผู้ยืมไม่สามารถคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้และได้มีการตกลงกันไว้สัญญา ผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องชำระราคาค่ามูลค่าของทรัพย์สินซึ่งอาจคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินตามเวลาและสถานที่ส่งมอบทรัพย์สิน ถ้าไม่ได้ตกลงเวลาในการส่งคืน การคำนวณดังกล่าวให้คำนวณตามเวลาและสถานที่ที่ได้ทำการยืม</p> <p>3. ผู้ยืมต้องชำระดอกเบี้ย (interest) ให้แก่ผู้ให้ยืม นับแต่วันที่ตั้งกำหนดคืนหรือนับแต่วันฟ้อง</p>	<p>1. ผู้ยืมมีสิทธิในทรัพย์สินอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์</p> <p>2. ผู้ยืมมีสิทธิเรียกให้ผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินโดยปราศจากความชำรุดบกพร่องได้</p> <p>3. ผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องส่งคืนทรัพย์สินในประเภท ปริมาณ และคุณภาพเดียวกับที่ได้รับให้แก่ผู้ให้ยืม</p>



ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเด็นเปรียบเทียบ	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น
ดอกเบี้ย	กำหนดอัตราดอกเบี้ย	กำหนดอัตราดอกเบี้ย	กำหนดอัตราดอกเบี้ย	กำหนดอัตราดอกเบี้ย	กำหนดอัตราดอกเบี้ย
การปรับใช้กฎหมายตามสัญญาซื้อขายสินค้าเคลื่อนที่ สัญญาซื้อขายสินค้าเคลื่อนที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้	มาตรา 652 ผู้ให้ยืมต้องบอกกล่าวทวงถามแก่ผู้ยืมให้คืนทรัพย์สินภายในเวลาอันควร	มาตรา 609 วรรคแรก กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่กำหนดเวลาในการชำระหนี้มิได้ กำหนดไว้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิแจ้งเตือนให้ชำระหนี้เวลาใดก็ได้ มาตรา 609 วรรคสองกำหนดไว้ว่าระยะเวลาในการบอกกล่าวนั้น 3 เดือน สำหรับการกู้เงินกว่า 300 มาร์ค และ 1 เดือน สำหรับจำนวนเงินกู้ที่น้อยกว่านั้น	ตามมาตรา 608 (1) ในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาในการคืนทรัพย์สินผู้ให้ยืมหรือผู้ยืมจะบอกสัญญาดังกล่าวเสียก็ได้ และ (2) ยังได้กล่าวไว้อีกว่า หากตามสัญญานั้นมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สัญญาซื้อขายสินค้าเคลื่อนที่อาจถูกบอกเลิกได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยผู้ให้ยืมหรือผู้ยืมในเวลาใดก็ได้	มาตรา 1900 หากสัญญาซื้อขายสินค้าเคลื่อนที่มีได้ กำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้ก็ตาม กรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสามารถที่จะให้ผู้ยืมชำระหนี้คืนได้ภายในช่วงเวลาอันอาจอนุมานได้จากพฤติการณ์ที่พึง	มาตรา 591 ได้กำหนดไว้ว่าหากคู่สัญญาได้ตกลงเวลาในการคืนทรัพย์สินไว้ ผู้ให้ยืมจะบอกกล่าวให้คืนทรัพย์สินภายในเวลาอันควรซึ่งจะกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้นก็ได้ และใน (2) ได้กำหนดไว้อีกว่าผู้ยืมจะคืนทรัพย์สินที่ข่มในเวลาใดๆ

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาถึงลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือของต่างประเทศ เห็นได้ว่ามีปัญหาทางกฎหมายของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือไม่ว่าในทางวิชาการ หรือในทางปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย ผู้เขียนจึงได้สรุปความจากการศึกษาและเสนอแนะแนวทางบังคับใช้และตีความดังต่อไปนี้

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาสัญญาซื้อขายและสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือพบว่าสัญญาซื้อขายมีลักษณะเป็นสัญญาทางทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญา โดยแนวคิดดังกล่าวได้ปรากฏมาตั้งแต่สมัยโรมันเกิดจากการที่ในสมัยโรมันตอนต้นสัญญาจะเกิดขึ้นมีผลบังคับได้เมื่อได้มีการทำตามแบบพิธี เช่น การทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการกล่าวถ้อยคำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เท่านั้น สัญญาไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองตรงกันอย่างไรในปัจจุบัน สำหรับสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งกฎหมายโรมันถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดจากผู้ยอมรับมอบทรัพย์สินของผู้ให้ซื้อ ผู้ซื้อจึงมีความผูกพันต้องคืนทรัพย์สินเช่นเดียวกับที่ได้รับไว้ หรือคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิดและปริมาณเช่นเดียวกับที่ได้รับไว้คืนแก่ผู้ให้ซื้อ หลักการดังกล่าวเมื่อถึงยุคจัดทำประมวลกฎหมายของแต่ละประเทศทั้งประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสที่ถือว่าเป็นต้นแบบของประเทศในระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่างได้รับหลักของสัญญาทางทรัพย์สินมาเป็นหลักการวางหลักของสัญญาซื้อขาย

สำหรับสัญญาซื้อขายของประเทศไทยถือว่าเป็นสัญญาทางทรัพย์สินซึ่งเป็นสัญญาที่ความผูกพันของคู่สัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน โดยสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือได้วางหลักไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง สัญญาซื้อขายมีบริบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ จากการวางหลักดังกล่าวจึงทำให้เกิดการตีความเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือว่าจะเกิดมีผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อส่งมอบ หรือเกิดเมื่อมีการตกลงกัน เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ต่างถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดเมื่อมีการส่งมอบแล้วเท่านั้น โดยการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายสินค้าเปลี่ยนมือได้ถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมของ

สัญญาใช้สินเปลื้องแต่ถือว่าองค์ประกอบที่เพิ่มเติมต่างจากสัญญาทั่วไปอาทิ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาตัวแทน เป็นต้น

ถ้าหากคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมเมื่อพิจารณากฎหมายในสมัยโรมันแม้จะถือว่าไม่มีการทำคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมตามสัญญาใช้สินเปลื้องแต่ตามกฎหมายโรมันได้ยอมรับว่าหลัก Stipulatio คือ การที่บุคคลทั้งสองฝ่ายต่างได้กล่าวถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อทั้งสองฝ่ายได้กล่าวถ้อยคำตรงกัน บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องผูกพันตามหลัก Stipulatio จากหลักการดังกล่าวนี้ถือว่ากฎหมายโรมันได้ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาในกรณีที่ไม่มีการยอมรับสัญญาเรื่องใดไว้ หากเพียงคู่สัญญาได้กล่าวถ้อยคำตรงกัน และไม่เป็นการตกลงที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวย่อมจะบังคับได้ สำหรับประเทศไทยการเกิดสัญญาใช้สินเปลื้องเกิดเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง จากการศึกษาพบว่าหากยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินแต่ผู้จะให้ยืมได้ให้คำมั่นจะให้ยืมไว้หรือผู้จะให้ยืมได้ตกลงทำสัญญาจะให้ยืมกับผู้จะยืมและปรากฏว่าผู้จะให้ยืมไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมกรณีดังกล่าวจะบังคับต่อผู้จะให้ยืมได้เพียงใด ตามกฎหมายไทยได้กำหนดคำมั่นจะทำสัญญาไว้บางเอกเทศสัญญา เช่น คำมั่นจะซื้อจะขาย คำมั่นจะให้ ประกอบทั้ง ปรากฏว่าในทางปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายของศาลไม่ยอมรับคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืม โดยเหตุว่าหากกฎหมายมีเจตจำนงที่จะยอมรับหลักคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนตั้งเรื่องคำมั่นจะซื้อจะขาย จากการศึกษาเปรียบเทียบตั้งแต่วิวัฒนาการของสัญญาใช้สินเปลื้องตั้งแต่สมัยกฎหมายโรมันในสมัยนั้นไม่มีคำมั่นจะให้ยืมตามสัญญาใช้สินเปลื้อง แต่หากปรากฏว่าได้มีการกล่าวถ้อยคำว่าทำตามหลัก Stipulatio ต่อกันคำมั่นจะให้ยืมย่อมจะบังคับแก่ผู้ให้คำมั่นจะให้ยืมได้ และเมื่อพิจารณาจากเปรียบเทียบกับประเทศ ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น เห็นได้ว่าประเทศเหล่านั้นได้ยอมรับหลักคำมั่นจะให้ยืม หรือสัญญาจะให้ยืมสามารถบังคับแก่ผู้ให้คำมั่นหรือผู้จะให้ยืมได้ ซึ่งหลักคำมั่นจะให้ยืมตามประเทศเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ส่วนประเทศฝรั่งเศสแม้จะมีได้กล่าวถึงคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่นักกฎหมายฝรั่งเศสต่างก็ถือว่าคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมอยู่ในกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา ดังนั้นผู้ให้คำมั่นจึงต้องผูกพันตนตามคำมั่นที่ให้ไว้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการยอมรับหลักคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าในต่างประเทศได้ยอมรับบังคับคำมั่นจะให้ยืมหรือสัญญาจะให้ยืมไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายของแต่ละประเทศหรือจากการตีความปรับใช้กฎหมายอันก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

สำหรับทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้สินเปลืองตั้งแต่สมัยโรมันทรัพย์สินนั้นต้องเป็นวัตถุที่จับต้องได้เพื่อให้การส่งมอบโดยการหยิบยื่น หรือการส่งมอบทางการภาพสามารถกระทำกันได้ ในปัญหาเรื่องทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่าได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “ทรัพย์สินชนิดใช้สินเปลือง” จึงทำให้เกิดการตีความถึงว่าอาจจะเป็นได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ หรือแม้กระทั่งวัตถุไม่มีรูปร่าง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นต่างถือเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ โดยการใช้เพียงคำว่า ทรัพย์สินชนิดใช้สินเปลืองไปหรือเงินเท่านั้น

นอกจากนี้จากการศึกษาสัญญาอืมเงินถือว่าเป็นสัญญาอืมใช้สินเปลือง ดังนั้นลักษณะทางกฎหมายของสัญญาอืมเงินต้องพิจารณาตามสัญญาอืมใช้สินเปลือง โดยสัญญาอืมใช้สินเปลืองถือว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral contract) หนี้ตามสัญญาอืมใช้สินเปลืองจะพึงต่อผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น จากลักษณะทางกฎหมายของสัญญาอืมเงินที่เป็นสัญญาฝ่ายเดียวจึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาที่หนี้และความรับผิดชอบมีต่อผู้ยืมเงินเพียงฝ่ายเดียว เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับต่างประเทศเห็นได้ว่าเหมือนกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นอันสัญญาอืมเงินถือว่าเป็นสัญญาอืมใช้สินเปลืองชนิดหนึ่งแต่เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งของสองประเทศดังกล่าวได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ให้ยืมไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้ผู้ให้ยืมมีหน้าที่บางประการเช่น การส่งมอบทรัพย์สินที่ต้องปราศจากความชำรุดบกพร่องเป็นต้น ประกอบทั้งนักกฎหมายของทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น ได้ยอมรับหน้าที่ของผู้ให้ยืมต่อผู้ยืมก่อนที่จะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม หากปรากฏว่าผู้ให้ยืมได้ให้คำมั่นจะให้ยืมไว้ จากกรณีดังกล่าวจึงพิจารณาได้ว่าแม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นจะมีได้แยกสัญญาอืมเงินออกจากสัญญาอืมใช้สินเปลืองแต่ก็ได้มีการยอมรับถึงหน้าที่ของผู้ให้ยืมอันมีต่อผู้ยืม

สำหรับประเทศเยอรมนีตามประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2002 ได้แยกบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาอืมเงินออกจากสัญญาอืมใช้สินเปลือง จึงทำให้สัญญาอืมเงินมีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาต่างตอบแทนทั้งฝ่ายผู้ให้ยืมและฝ่ายผู้ยืมต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคไว้ต่างหากจากสัญญาอืมเงิน จึงทำให้การปรับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการการกู้ยืมเงิน

ของประเทศเยอรมนีมีความทันสมัย และสามารถปรับได้อย่างเป็นธรรมชาติต่อคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรอง ในการเข้าทำสัญญาที่ต่างกัน

นอกจากปัญหาในทางวิชาการยังพบว่าในทางปฏิบัติการปรับใช้กฎหมายของสัญญาใช้สินเปลืองได้มีการปรับใช้ มาตรา 203 กับ มาตรา 652 ผิดหลักนิติวิธี เนื่องจากสัญญาใช้สินเปลืองตามกฎหมายไทยได้กำหนดวางหลักเรื่องหนี้ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ไว้ โดยเฉพาะตาม มาตรา 652 แต่หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นกลับปรากฏว่าศาลได้มีคำพิพากษาในการปรับใช้ด้วยบทกฎหมายโดยใช้ มาตรา 203 ในหมวดหนี้ทั่วไปมาใช้บังคับ ซึ่งผลของการปรับใช้จะมีความแตกต่างกันคือ หากศาลพิจารณาโดยใช้ มาตรา 652 ผู้ให้ยืมเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวทวงถามก่อน แต่หากปรับใช้ มาตรา 203 ผู้ให้ยืมย่อมเรียกให้ผู้ยืมชำระหนี้ได้โดยพลัน เมื่อพิจารณาสัญญาใช้สินเปลืองที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ของต่างประเทศเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศจะมีได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมสามารถเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน แต่จะมีการกำหนดไว้แตกต่างกันในรายละเอียด อาทิตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 กำหนดให้ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินที่กู้ยืม ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ในหมวดสัญญาใช้สินเปลืองเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวก่อน แต่ไม่ได้มีกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวเนื่องจากสัญญาใช้สินเปลืองได้แยกสัญญาผู้ยืมเงินออกจากสัญญาใช้สินเปลือง และเมื่อพิจารณาสัญญาผู้ยืมที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันคงกำหนดระยะเวลาเพื่อบอกกล่าวโดยพิจารณาจำนวนเงินที่กู้ยืมและอัตราดอกเบี้ยเป็นสิ่งสำคัญ สำหรับประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดให้คำนวณตามเวลาและสถานที่ที่ทำการยืม ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้บอกกล่าวภายในเวลาอันควร ดังนั้นจากการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศในประเด็นสัญญาใช้สินเปลืองเห็นได้ว่าไม่มีการบัญญัติเพื่อให้ผู้ยืมสามารถเรียกได้โดยพลัน

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

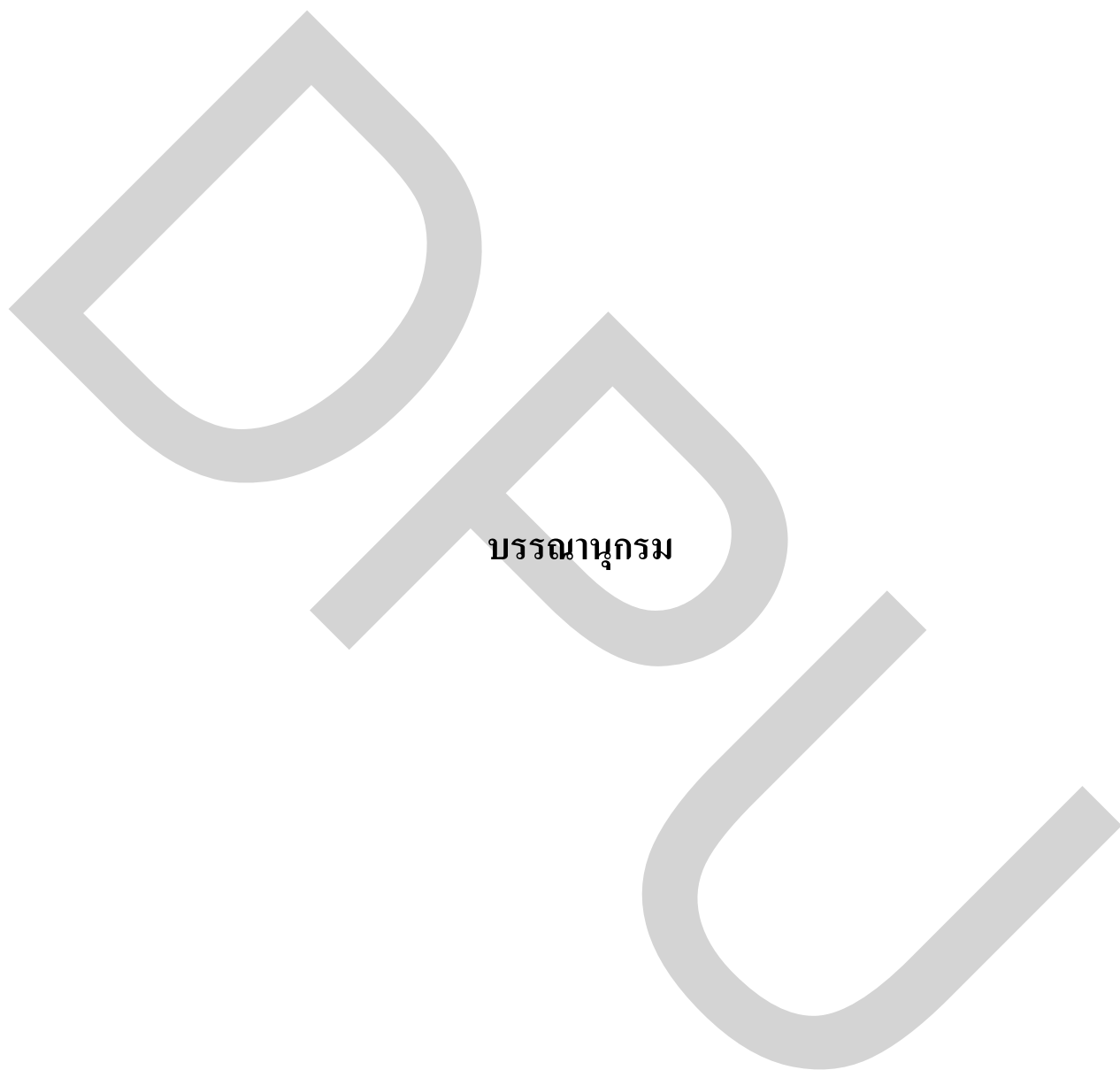
1) จากปัญหาความสมบูรณ์ของสัญญาใช้สินเปลืองจากการศึกษาได้พบว่าปัญหาดังกล่าวได้เกิดขึ้นเนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศได้บัญญัติความสมบูรณ์ของสัญญาใช้สินเปลืองตาม มาตรา 650 วรรค 2 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าควรตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไป และควรบัญญัติหลักเรื่องคำมั่นจะให้ยืมไว้ โดยกำหนดให้พิจารณาจากคำตอบแทนตามสัญญา

2) ควรแก้ไขคำว่า “ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสิน” เปลี่ยนเป็นคำว่า “ทรัพย์สินชนิดใช้ไปสินไป” แทนจะทำให้ไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความในทางวิชาการขัดกับลักษณะของสัญญาใช้สินเปลือง

3) ควรแยกสัญญากู้ยืมเงินออกจากสัญญาใช้สินเปลืองโดยกำหนดให้สัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาต่างตอบแทนอันผลจะบังคับแก่คู่สัญญาได้ทั้งสองฝ่าย

4) ประเด็นเรื่องปรับใช้กฎหมายตามสัญญาใช้สินเปลือง จากปัญหาการตีความปรับใช้ มาตรา 652 กับ มาตรา 203 ในกรณีกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้มิได้กำหนดไว้ เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตัดสินในลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินเป็นประเด็นสำคัญโดยคำนึงถึงขั้นตอนการบอกกล่าวทวงถามก่อนฟ้อง ศาลจึงได้ตัดสินโดยใช้บทบัญญัติ มาตรา 203 แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากสัญญาใช้สินเปลืองทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญา อาจเป็นทรัพย์สินอื่นที่มีใช้เงินก็ได้ ดังนั้นแล้วโดยหลักการตีความควรจะบังคับใช้ มาตรา 652 ก่อนใช้ มาตรา 203 เนื่องจาก มาตรา 652 เป็นบทบัญญัติที่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ จะนำหลักทั่วไปมาใช้ก่อนย่อมขัดต่อนิติวิธีการปรับใช้กฎหมาย

จากการศึกษาปัญหากฎหมายของสัญญาใช้สินเปลืองผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะยืม ในหมวดยืมใช้สินเปลือง เพื่อให้กฎหมายของไทยมีประสิทธิภาพ ทันสมัยกับยุคปัจจุบัน



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

## ภาษาไทย

## หนังสือ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). **หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิต เศรษฐบุตร. (2529). **ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ฝากทรัพย์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จำปี โสทธิพันธุ์. (2546). **คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ตรีทศ นิโครธางกูร และวิชิต จรัสสุขสวัสดิ์. (2545, กันยายน). **การประกอบธุรกิจบัตรเครดิตในต่างประเทศ (ฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกา)**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ไพทวิชิต เอกจริยกร. (2552). **คำอธิบายยืม ฝากทรัพย์**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประชุม โฉมฉาย. (2549). **หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2552). **กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2552). **วิวัฒนาการกฎหมายโรมัน**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปัญญา ถนอมรอด. (2552). **รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์. (2547). **คำมั่นสัญญาและจดหมายเปิดผนึกถึงศาสตราจารย์นิรนาม**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- มานิตย์ จุมปา. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2527). **กฎหมายว่าด้วยสัญญา**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.



- ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหมื่น. (120). **กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและทนายความ**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองหลวงไทย.
- ร. แลงกาศ์. (2526). **ประวัติศาสตร์กฎหมายกฎหมายไทย เล่ม 2**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- เสนีย์ ปราโมช. (2510). **กฎหมายสมัยอยุธยา**. กรุงเทพฯ: ศิวพร.
- \_\_\_\_\_. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์**. กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง.
- สุธีร์ สุภณีย์. (2530). **สัญญาเยี่ยมและฝากทรัพย์ การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและญี่ปุ่น**. โครงการศึกษาวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชา เอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- โสภณ รัตนากร. (2553). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้**. กรุงเทพฯ.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

### บทความ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2532, มิถุนายน). “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์.” **วารสารนิติศาสตร์**, 19, 2. หน้า 78-102.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2523). “หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ.” **วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ฉบับพิเศษ อนุสรณ์ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย**, หน้า 73-133.
- พิรินัย ไชยแสงสุกุล. (2538, มีนาคม). “พระราชศาสตร์และพระธรรมศาสตร์แห่งราชอาณาจักรสยามและอาณาจักรล้านนา.” **วารสารนิติศาสตร์**, 25, 1. หน้า 160-166.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. (2514). “กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วย “ซื้อขาย”.” **บทบัญญัติ**, 4, 28. หน้า. 821.

### วิทยานิพนธ์

- กานดา ภูเขียวชาตวิทย์. (2529). **การบังคับใช้กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- ไกรสร บารมีอวยชัย. (2522). **แบบแห่งนิติกรรม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธวัชกร ยอดชาญ. (2544). **คำมั่นจะทำสัญญา: ศึกษาในเชิงทฤษฎี**. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นฤมล สุขสวัสดิ์. (2550). **ปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของธนาคารพาณิชย์: ศึกษาเฉพาะกรณี  
สัญญาบัตรเครดิต**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ศุภัททิยะ ศุภางคเสน. (2542). **สัญญาอ้อม ศึกษาในเชิงทฤษฎี**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุदारัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล. (2551). **ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน:  
ศึกษากรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

#### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- วิชาญ ปัสพงษ์. (2551). ประเภทอัตราดอกเบี้ยเงินกู้. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2554 July, จาก  
<http://www.learners.in.th/blog/charn3029/157086>

#### เอกสารอื่น ๆ

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). **ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13 เล่มที่ 84. หน้า 67 และ  
หน้า 72.**

#### ภาษาต่างประเทศ

#### BOOKS

- Barry Nicholas. (1991). **An Introduction to Roman Law**. Oxford: Clarendon Press.
- Barry Nicholas. (1992). **The French Law of Contract (2nd)**. New York: Oxford University.

- Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston. (2006). **The German Law of Contract: A Comparative Treatise (2nd ed.)**. Oxford and Portland, OR: Hart.
- Bryan A. Garner. (2004). **Black's Law dictionary**. West: A Thomson Business.
- Chung Hui Wang. (1907). **The German Civil code**. London: Stevens and Sons.
- Curzon. L.B. (1966). **Roman Law**. Macdonald & Evans.
- E.J Cohn. (1968). **Manual of German Law. Volume 1**. London: The British Institute of International and Comparative Law Dobbs Ferry,N.Y. Oceana.
- Ernest J. Schuster. (1907). **The Principles of German Law**. Oxford: Clarendon.
- H.F Jolowicz. (1954). **Historical Introduction to the study of Roman Law**. Cambridge: The University.
- R.W. Lee. (1956). **The Element of Roman Law**. London: Sweet & Maxwell.
- Reinhard Zimmermann. (2005). **The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspective**. New York: Oxford University.
- W.W Buckland. (1957). **A Manual of Roman Law**. Cambridge: The University.

#### ELECTRONIC SOURCES

- Eric Cafritz and Omer Tene. (2002). Conflict of Laws in International Loans to French Corporations: The Usury Question. Retrieved July 18, 2011, from [library.findlaw.com/2002/Oct/7/132384.html](http://library.findlaw.com/2002/Oct/7/132384.html)
- John Y. Gotanda. (2007). A study of interest. Retrieved July 18, 2011, from [law.bepress.com/villanovalawps/papers/art83](http://law.bepress.com/villanovalawps/papers/art83)
- Manfed Lowisch. (2003). New Law of Obligation in German Ritsumeikan Law Review No 2. Retrieved January 7, 2011, from <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf>.
- Stipulation. (2011). Retrieved July 18,2011, from <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/566546/stipulatio>
- Wikipedia. Nexum. Retrieved January 7, 2011, from <http://en.wikipedia.org/wiki/Nexum>.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	เบญจวรรณ ฉ นกร
วัน เดือน ปีเกิด	22 พฤศจิกายน 2527
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีการศึกษา 2549 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 62 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2552