



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้คงรูป

ธีรธรรม พูลเกษม

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปีการศึกษา 2565

LEGAL ISSUE REGARDING A LOAN FOR USE

TEERATH POONKASEAM



A Thematic Paper 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
Academic Year 2022



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมรงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้คงรูป

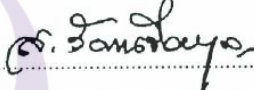
เสนอโดย อีรัตน์ พูลเกษม


สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายเอกชน

อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

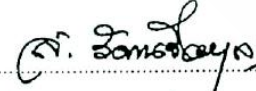
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมรงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมรงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล)

วันที่ ๒๐ เดือน ก.ค. พ.ศ. ๒๕๖๖

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้คงรูป
ชื่อผู้เขียน	ธีรธรรม พูลเกษม
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2565

บทคัดย่อ

สารนิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะยืมในหมวดยืมใช้คงรูป เนื่องจากบทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปยังมีความไม่ชัดเจนในบางเรื่อง ก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้บางประการ ประกอบกับสัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2468 จนถึงปัจจุบันโดยไม่เคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดดังกล่าวแต่อย่างใด จึงจำเป็นต้องศึกษาบทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศในระบบประมวลกฎหมาย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี

จากการศึกษาพบว่าสัญญายืมใช้คงรูปมีปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของผู้ยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 643 กล่าวคือ ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินหากผู้ยืมไม่มีความผิดในการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดกฎหมาย ผู้ยืมจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกส่งผลให้ผู้ยืมที่ได้ซ่อมแซมทรัพย์สินหรือได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืมแล้วไม่สามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอาที่บุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดได้ ปัญหาหน้าที่ของผู้ให้ยืมในการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ยืมเนื่องจากสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียว การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมเป็นเพียงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาไม่ใช่หน้าที่ของผู้ยืมตามสัญญายืมใช้คงรูป และปัญหาสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนก่อนกำหนดในกรณีที่ผู้ให้ยืมต้องการใช้ทรัพย์สินอย่างเร่งด่วนเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เนื่องจากปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 646 ได้กำหนดสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินคืนไว้เฉพาะกรณีที่ไม่ได้กำหนดเวลาและไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการยืมไว้เท่านั้น

จากการศึกษาปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าต้องแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดยืมใช้คงรูปโดยเพิ่มเติมวรรคสอง ของมาตรา 643 ว่า “แม้ผู้ยืมจะไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดในวรรคก่อนก็ตามผู้ยืมยังมีความรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินตลอดเวลาที่อยู่ในความครอบครองของผู้ยืม” และเพิ่มเติมเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้ยืมในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินในกรณีที่ผู้ให้ยืมรู้ถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและไม่ได้บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบ นอกจากนี้ ควรบัญญัติ

เพิ่มเติมว่า “ในระหว่างที่สัญญาเยี่ยมใช้คงรูปมีผลใช้บังคับ หากผู้เยี่ยมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินเนื่องจาก
พฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ผู้เยี่ยมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนก่อนกำหนด”

คำสำคัญ: ปัญหา, กฎหมาย, เยี่ยมใช้คงรูป

DPR



(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

อาจารย์ที่ปรึกษา

Thematic Paper Title	LEGAL ISSUE REGARDING A LOAN FOR USE
Author	Teerath Poonkaseam
Thematic Paper Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Program	Master of Laws
Academic Year	2022

ABSTRACT

This study aims to examine legal issues regarding loan for use in the Thailand Civil and Commercial Code. The provisions regarding loan for use are still unclear in some aspects, leading to problems in their utilization. Loan for use has existed in the Civil and Commercial Code since the year 2468 BE (1925 AD) without any amendments or additions. Therefore, it is deemed necessary to study loan for use provisions in order to provide a guideline for additional amendments by comparing such provisions with other countries with civil law systems, such as France and Germany.

From the study, it was found that there are problems regarding the liability of the borrower under Section 643 of the Civil and Commercial Code, which states that the borrower is not liable for the loss or damage of the property if the borrower did not breach any laws in the use of the property. The borrower is therefore not liable for any loss or damage caused by the acts of third parties. As a result, a borrower who has repaired the property or has compensated for the loss or damage, cannot take over the rights of the lender to call for a third party who made the infringement. Furthermore, the study has discovered a problem of the lender's duty to compensate for damages caused by the defects of the borrowed property because the loan for use contract is used as a unilateral contract. The delivery of the property to the borrower is only a condition of the validity of the contract, not the obligation of the borrower under the loan for use contract. Also, there is a problem about the lender's right to reclaim the borrowed property prematurely in the event that the lender wants to use the property urgently due to unforeseen circumstance as the current Civil and Commercial Code, Section 646, has set the right of the lender to only reclaim the property if the time limit is not specified and the purpose of the borrowing is not specified.

Therefore, the writer proposes a need to amend the Civil and Commercial Code in the section of loan for use by adding to the second paragraph of Section 643, stating that “even if the borrower does not use the property in violation of the prohibition in the previous paragraph, the borrower still has liability for any loss or damage of the property for the duration that it is in the borrower's possession.” Additionally, it should be added that the lender is liable for any damage caused by defects of the property in the event that the lender is aware of the defect and does not notify the borrower. Furthermore, it should be stipulated that “During the period that the loan for use contract is in effect, if the lender has a need to use the property due to unforeseen circumstances, the lender has the right to reclaim the property before the due date.”

Keywords: Issue, Legal, Loan for use



(Associate Professor Pinit Tipmanee)

Thematic Paper Advisor

กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ลงได้ ด้วยความเมตตา กรุณาจากรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพนมณี ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ได้ให้คำแนะนำชี้แนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่ตลอดมา จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนช่อกุล ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบสารนิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริกานต์ อยู่เรือง ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ ซึ่งได้ให้คำแนะนำจนสารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดี ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์ทุกท่าน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา ที่ได้ให้โอกาสผู้เขียนศึกษาในระดับมหาบัณฑิต และเป็นแรงใจตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา จนสามารถสำเร็จการศึกษาได้ในที่สุด

หากสารนิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดความรู้และข้อคิดอันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอขอบความดีทั้งหมดแก่บิดามารดา ครูอาจารย์ ผู้มีพระคุณทุกท่านตลอดจนผู้แต่งหนังสือ ตำรา บทความทั้งหลายที่ผู้เขียนได้ใช้ในการจัดทำและอ้างอิงในสารนิพนธ์ฉบับนี้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญานิยม และสัญญานิยมใช้คงรูปตามกฎหมาย.....	6
โรมัน	
2.1 ลักษณะของสัญญานิยม.....	6
2.2 ประวัติความเป็นมาสัญญานิยมและสัญญานิยมใช้คงรูป.....	8
2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ.....	16
2.4 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด.....	21
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานิยมใช้คงรูปของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	27
3.1 สัญญานิยมและสัญญานิยมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส.....	27
3.2 สัญญานิยมและสัญญานิยมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002.....	35
3.3 สัญญานิยมก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	39
3.4 สัญญานิยมและสัญญานิยมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	41

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายลักษณะยืมใช้คงรูปของประเทศไทย.....	60
4.1 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดของผู้ยืม.....	60
4.2 วิเคราะห์ปัญหาหน้าที่ของผู้ให้ยืมในการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากความชำรุด.....	66
บกพร่องของทรัพย์สินที่ยืม	
4.3 วิเคราะห์ปัญหาสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนก่อนกำหนด.....	69
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	72
5.1 บทสรุป.....	72
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	74
บรรณานุกรม.....	75
ประวัติผู้เขียน.....	79



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนในการใช้สอย จำหน่าย และได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะสามารถใช้สอยหรือหาประโยชน์ที่เป็นตัวเงินจากทรัพย์สินของตนได้แล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังอาจใช้ทรัพย์สินนั้นในการสร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างบุคคลโดยการให้ยืมทรัพย์สินนั้นได้ การที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินให้บุคคลอื่นยืมทรัพย์สินของตนจึงเกิดจากความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ของคนในสังคมโดยบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา การให้ยืมใช้คงรูปนั้นบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมใช้สอยโดยไม่มีค่าตอบแทน ผู้ยืมจึงอาจเป็นผู้ที่สนิทสนมใกล้ชิดกับผู้ให้ยืมเพราะอาศัยความไว้นั่นเชื่อใจและเป็นสัญญาที่ผู้ยืมได้ประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่การให้ยืมใช้สิ้นเปลืองนั้นผู้ให้ยืมต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ยืมและผู้ให้ยืมอาจได้รับค่าตอบแทนจากการให้ยืมทรัพย์สินโดยการคิดดอกเบี้ย ผู้ให้ยืมจึงอาจมิได้มีความคุ้นเคยกับผู้ยืมมาก่อน แต่เป็นบุคคลที่มีความสามารถในทางเศรษฐกิจดีกว่าผู้ยืม จะเห็นได้ว่าการยืมทำให้บุคคลได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นและสามารถใช้ทรัพย์สินได้ทันทีที่กับความต้องการของตน โดยการยืมจะเป็นการยืมในลักษณะใดก็จะต้องนำหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายของการยืมในลักษณะนั้นมาใช้บังคับ

ในสมัยโรมันถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ยืมจะต้องสงวนทรัพย์สินที่ยืมไปเช่นเดียวกับหัวหน้าครอบครัวที่ระมัดระวังดูแลกิจการของตนเองตามปกติ การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมต้องสงวนทรัพย์สินที่ยืมเช่นเดียวกับหัวหน้าครอบครัวที่ระมัดระวังดูแลกิจการของตนเองตามปกติเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้ให้ยืมซึ่งโดยทั่วไปไม่ได้ประโยชน์จากการให้ยืมและอาจต้องเสียประโยชน์เนื่องจากไม่สามารถใช้ทรัพย์สินในระหว่างที่ให้ยืมได้ หากผู้ให้ยืมพิสูจน์ได้ว่ามีผู้ดูแลสงวนทรัพย์สินด้วยความระมัดระวังได้ดีกว่าที่ผู้ยืมสงวนทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมต้องใช้มาตรฐานนั้นในการสงวนรักษาทรัพย์สินนั้น ความรับผิดชอบของผู้ยืมในสมัยโรมันเรียกว่า Custodia เป็นความรับผิดชอบที่มีความเคร่งครัดมากโดยผู้ยืมต้องรักษาทรัพย์สินให้ปลอดภัยและต้องรับผิดชอบในอุบัติเหตุซึ่งทำให้ทรัพย์สินบุบสลายหรือชำรุดเสียหายเนื่องจากเป็นเหตุที่กฎหมายถือว่าเป็นสิ่งที่ป้องกันได้ เช่น ผู้ยืมต้องรับผิดชอบหากหนังสือที่ยืมมาถูกบุคคลที่สามฉีกขาดหรือทำเปื้อน แต่ไม่ต้องรับผิดชอบถ้าโจรหรือข้าศึกทำให้หนังสือบุบสลายหรือชำรุดเสียหายเพราะกฎหมายถือว่าการปล้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจป้องกันได้ ทั้งจะต้องรับผิดชอบในการลักทรัพย์ไม่ว่าประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม เพราะการลักทรัพย์ถือว่าเป็นเหตุที่สามารถป้องกันได้ แต่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการปล้นทรัพย์สินเนื่องจากถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ในสมัยโรมันหากทรัพย์สินที่ยืมสูญหายหรือได้รับความเสียหายโดยเกิดจากการกระทำของผู้ยืมหรือบุคคลภายนอก ผู้ยืมต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

ทุกกรณี เว้นแต่การสูญหายหรือความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย ความรับผิดชอบในเชิง Custodia จึงเป็น ความรับผิดชอบต่อบุคคลเหตุการณ์ (Casus Minor) ซึ่งไม่รวมถึงเหตุสุดวิสัย (Vis Maior) ที่ถือว่าเป็นเหตุอันไม่อาจ ป้องกันได้ ถ้าผู้ยืมห่วงเหนียวทรัพย์สินไว้ไม่ส่งคืนในกำหนดจะมีความรับผิดชอบหนักกว่า Custodia มากโดย จะต้องรับผิดชอบต่ออุบัติภัยทุกอย่าง (Omnis Casus) รวมทั้งเหตุสุดวิสัย (Vis Maior) ด้วย ส่วนการฟ้องเรียก ค่าเสียหายนั้นผู้ยืมสามารถฟ้องผู้ที่ลักทรัพย์ได้ (Actio Furti) แต่ผู้ให้ยืมไม่มีสิทธิดังกล่าวเนื่องจากการได้รับการปกป้อง สิทธิตามสัญญาที่มีกับผู้ยืมแล้ว ต่อมาในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนผู้ให้ยืมมีสิทธิเลือกว่าจะฟ้องผู้ยืมหรือผู้ลัก ทรัพย์ หากผู้ให้ยืมฟ้องผู้ลักทรัพย์จะเป็นการตัดสิทธิผู้ยืมในการฟ้องผู้ที่ลักทรัพย์ แต่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบใน ความเสียหายต่อผู้ให้ยืมอีก¹

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ผู้ยืมมีหน้าที่ดูแล ปกป้องและรักษาทรัพย์สินเป็นอย่างดีในฐานะผู้ดูแลที่รอบคอบในการดูแล เก็บรักษา และสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ยืม เสมือนเจ้าของที่ระมัดระวัง และผู้ยืมจะใช้ทรัพย์สินที่ยืมได้เฉพาะการใช้โดยธรรมชาติของทรัพย์สินนั้น หรือที่กำหนด ไว้ในสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ถ้าผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในการอื่นหรือใช้ทรัพย์สินนานกว่าที่ควร ผู้ยืมต้อง รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุ นอกจากนี้ประมวลกฎหมาย ฝรั่งเศสมาตรา 1882 วางหลักว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมพินาศเนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุซึ่ง ผู้ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้โดยการใช้ทรัพย์สินของตนเอง หรือสามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขั้นเดียว ถ้าผู้ยืมเลือก ที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายของทรัพย์สินที่ยืม อย่างไรก็ตาม ผู้ยืมสามารถ ยอมรับความเสี่ยงในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยข้อตกลงพิเศษแม้ความเสียหายของทรัพย์สินที่ยืมจะไม่ได้เกิด จากความผิดของผู้ยืม กฎหมายสันนิษฐานว่ามีข้อตกลงดังกล่าวเมื่อทรัพย์สินนั้นมีการตีราคาในขณะที่ยืม ดังนั้น หากมีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืม ผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ความเสียหายนั้นจะเกิดจาก เหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุ

ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้นผู้ยืมไม่มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินในการอื่นนอกจากที่สอดคล้องกับสัญญา และ ผู้ยืมไม่มีสิทธิส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้ยืม นอกจากนี้ผู้ยืมมี หน้าที่คืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือภายหลังที่ได้ใช้สอยตามวัตถุประสงค์แล้ว และมี หน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่ยืมในการใช้ทรัพย์สินอย่างถูกต้องตามสัญญา

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทยมีกฎหมายที่เรียกว่า คัมภีร์พระราชศาสตร์และคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายหลัก โดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายพระมนู ของอินเดียโดยรับมาจากมอญซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศอินเดีย ในสมัยนั้นสัญญาอียัมปรากฏอยู่ในพระไอย การลักษณะกู่หนี่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ต่อมาประเทศไทยได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น ครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 6 โดยได้ประกาศใช้บรรพ 1 และบรรพ 2 ในปี พ.ศ. 2466 ภายหลังจากนั้น 2 ปี ได้มีการยกเลิกประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าว และใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 แทน

¹ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 187-189.

สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในลักษณะ 9 โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ สัญญาซื้อขายคงรูปบัญญัติไว้ในมาตรา 640 ถึง 649 และสัญญาซื้อขายสิ้นเปลืองบัญญัติไว้ในมาตรา 650 ถึง 656 บทบัญญัติในเรื่องสัญญาซื้อขายคงรูปไม่เคยมีการแก้ไขคงมีแต่การแก้ไขในหมวดซื้อขายสิ้นเปลืองเพียงครั้งเดียว ในปี พ.ศ. 2548 ในมาตรา 653 ในเรื่องจำนวนเงินคู่ที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้องบังคับคดี จาก 50 บาท เป็น 2,000 บาท เห็นได้ว่ากฎหมายอาจมีความล้าสมัยและไม่เป็นธรรมแก่กรณี เนื่องจากใช้มาเป็นระยะเวลานาน อีกทั้งไม่มีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น รวมถึงในบางเรื่องยังไม่มี การบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในหมวดซื้อขายคงรูปเพื่อให้เกิดความชัดเจนง่ายต่อการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยไม่มีข้อโต้แย้ง

ประการแรก ความรับผิดชอบของผู้ยืมนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 643 วางหลักว่า “ทรัพย์สินซึ่งยืมนั้น ถ้าผู้ยืมเอาไปใช้ในการอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น หรือ นอกจากการอันปรากฏในสัญญา เอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือเอาไว้นานกว่าที่ควรเอาไว้ ผู้ยืมจะต้อง รับผิดชอบในเหตุทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือบุบสลายไปอย่างหนึ่งอย่างใด แม้จะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะ พิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงจะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง” หากผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืน ข้อกำหนดตามมาตรา 643 โดยไม่ได้นำทรัพย์สินไปใช้ในการอื่นนอกจากอันเป็นปกติ นอกจากที่ปรากฏใน สัญญา ไม่ได้นำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้ หรือไม่ได้เอาทรัพย์สินไว้นานกว่าที่ควรจะเอาไว้ แต่ทรัพย์สิน ที่ยืมสูญหายหรือบุบสลายโดยเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกในระหว่างที่ยืม ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบใน ความสูญหายหรือบุบสลายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้ยืมที่มอบทรัพย์สินให้ผู้ยืมใช้ประโยชน์โดยไม่คิด ค่าตอบแทนและไว้เนื้อเชื่อใจว่าผู้ยืมจะสามารถรักษาทรัพย์สินนั้นให้ปลอดภัยตลอดเวลาที่อยู่ความครอบครอง ของผู้ยืมและส่งคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมแก่ผู้ให้ยืม หากผู้ยืมซ่อมแซมทรัพย์สินที่ยืมให้อยู่ในสภาพดีหรือได้ชดใช้ ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกให้แก่ผู้ให้ยืมแล้ว ผู้ยืมก็ไม่สามารถเข้ารับช่วงสิทธิของ ผู้ให้ยืมเพื่อเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกที่ทำให้ทรัพย์สินสูญหายหรือบุบสลายได้ เนื่องจากผู้ยืมไม่มีส่วนได้ เสียตามกฎหมายในการชดใช้ค่าเสียหาย แม้ผู้ให้ยืมได้รับสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือ สิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ผู้ยืมก็ไม่สามารถเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือ สิทธินั้นด้วยอำนาจกฎหมายได้ สิทธิเรียกร้องในการเรียกค่าเสียหายของผู้ให้ยืมจากบุคคลภายนอกจึงมิได้ เปลี่ยนมือมายังผู้ยืมแต่อย่างใด ผู้ยืมจึงไม่สามารถใช้สิทธิทั้งหลายของผู้ให้ยืมที่มีต่อบุคคลภายนอกในนามของ ตนเองได้ ทั้งที่รับผิดชอบตามสัญญาซื้อขายแก่ผู้ให้ยืมแล้ว

ประการที่สอง หากทรัพย์สินที่ยืมมีความชำรุดบกพร่องและผู้ให้ยืมไม่ได้บอกให้ผู้ยืมทราบถึงความ ชำรุดบกพร่องนั้น ถ้าผู้ยืมได้รับความเสียหายจากการใช้ทรัพย์สินที่ยืม ผู้ยืมจะเรียกให้ผู้ให้ยืมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากความชำรุดบกพร่องได้หรือไม่ เนื่องจากตามสัญญาซื้อขายคงรูปของประเทศไทยเป็นสัญญา ฝ่ายเดียวโดยผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ยืม อีกทั้ง การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมเป็น เพียงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อขายเท่านั้น มิใช่หน้าที่ของผู้ยืมตามสัญญาซื้อขายคงรูปแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ในลักษณะยืมใช้คงรูปให้ผู้ยืมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวได้

ประการสุดท้าย ถ้าผู้ให้ยืมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินที่ยืมในระหว่างที่สัญญายืมยังมีผลใช้ บังคับ และผู้ยืมไม่ได้ฝ่าฝืนข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สิน ตามมาตรา 643 หรือได้สงวนทรัพย์สินที่ยืมเหมือนเช่น วิทยุชนฟังสงวนทรัพย์สินของตนเอง อีกทั้งไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาให้ผู้ให้ยืมสามารถเรียกทรัพย์สินก่อน กำหนด ผู้ให้ยืมจะสามารถเรียกทรัพย์สินที่ผู้ยืมคืนก่อนกำหนดได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติลักษณะยืมใช้ คงรูปกำหนดสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินไว้เฉพาะกรณีที่มีได้ตกลงเรื่องระยะเวลาในการยืมและไม่ได้ กำหนดวัตถุประสงค์ของการยืมเท่านั้น โดยมาตรา 646 บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดเวลาไว้ ท่านให้คืน ทรัพย์สินที่ยืม เมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้วตามการอันปรากฏในสัญญา แต่ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนก่อน นั้นก็ได้เมื่อเวลาได้ล่วงไปพอแก่การที่ผู้ยืมจะได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว” วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าเวลา ก็มีได้กำหนดกันไว้ ทั้งในสัญญาก็ไม่ปรากฏว่ายืมไปใช้เพื่อการอันใดไซ้ ท่านว่าผู้ให้ยืมจะเรียกของคืนเมื่อไรก็ได้”

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกา โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เหมือนกับประเทศไทย โดยผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะในส่วนของสัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปเท่านั้น เพื่อเป็น แนวทางในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดยืมใช้คงรูปให้มีความสมบูรณ์และเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาวิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญายืม และสัญญายืมใช้คงรูปตามกฎหมายโรมัน
- 1.2.2 เพื่อศึกษาสัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.2.3 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายลักษณะยืมใช้คงรูปของประเทศไทยกับต่างประเทศ
- 1.2.4 เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ด้วยลักษณะยืมในหมวดยืมใช้คงรูปโดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปยังมีปัญหาหลายประการที่ต้องนำมาพิจารณาแก้ไข ทั้งเรื่องความรับผิดชอบของผู้ยืมในความสูญหายหรือบุบสลายแก่ทรัพย์สินในกรณีที่ความสูญหายหรือบุบสลายเกิดจากบุคคลภายนอก ความเสียหายที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่อง และการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนก่อน กำหนดในกรณีที่ผู้ให้ยืมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งปัจจุบันบทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปยังไม่มี

ชัดเจนเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว จึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติลักษณะยืมใช้คงรูปให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาความเป็นมา แนวความคิด ของสัญญายืมใช้คงรูป ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ยืมรวมทั้งสิทธิและความรับผิดของผู้ให้ยืมในสัญญายืมใช้คงรูป โดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยให้ถูกต้องเหมาะสม ชัดเจน และเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยทำการรวบรวมข้อมูลและบททวนเอกสารที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะยืมในส่วนยืมใช้คงรูป ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ บทบัญญัติของกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา ผลงานทางวิชาการ รายงานการวิจัย ตลอดจนนศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญายืม และสัญญายืมใช้คงรูปตามกฎหมายโรมัน
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงสัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหากฎหมายลักษณะยืมใช้คงรูปของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะเพื่อนำมาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะยืมในหมวดยืมใช้คงรูป

บทที่ 2

วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีสัญญาเดิม และสัญญาเดิมใช้คงรูปตามกฎหมายโรมัน

ในสมัยโรมันการที่บุคคลทำข้อตกลงระหว่างกัน ข้อตกลงนั้นจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น หากกฎหมายรับรองข้อตกลงนั้นโดย Institutes ของพระเจ้าจัสติเนียนได้แบ่งแยกสัญญาไว้เป็น 4 ประเภท ดังนี้¹

1. ทรัพย์สัญญาหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์ (Real contract)
2. สัญญาที่เกิดจากการกล่าวถ้อยคำ (Verbis contract)
3. สัญญาที่เกิดจากการทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Litteris contract)
4. สัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม (Consensus contract)

สัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวสามารถแบ่งตามรูปแบบการเกิดสัญญาได้ 2 กลุ่มได้แก่

1. สัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธี (Formal contract) ได้แก่ สัญญาที่เกิดจากการกล่าวถ้อยคำ และสัญญาที่เกิดจากการทำเป็นลายลักษณ์อักษร

2. สัญญาที่ไม่ต้องทำตามแบบพิธี (Informal contract) ได้แก่ ทรัพย์สัญญา และสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม² สัญญาเดิมเป็นสัญญาที่จัดอยู่ในกลุ่มของทรัพย์สัญญา

2.1 ลักษณะของสัญญาเดิม

สัญญาเดิมเป็นสัญญาลักษณะหนึ่งของทรัพย์สัญญา ทรัพย์สัญญา (Real contract) ตาม Institutions ของพระเจ้าจัสติเนียนแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ ยืมใช้สัปปะเลียง (Mutuum) ยืมใช้คงรูป (Commodatum) ฝากทรัพย์ (Depositum) และจำนำ (Pignus) สัญญาที่กล่าวมานี้จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์แล้วเท่านั้น ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์แก่กันข้อตกลงที่ได้ทำไว้ยังไม่ก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญา แม้ว่าข้อตกลงจะกำหนดให้มีการส่งมอบก็ตาม เพราะสัญญาทั้ง 4 ประเภทนี้เป็นสัญญาที่อาศัยการส่งมอบทรัพย์ในการเกิดสัญญา สัญญาเดิมที่เก่าแก่มากที่สุดซึ่งปรากฏในสมัยโรมันตอนต้นปรากฏอยู่ในรูปแบบของการกู้ยืมเงิน (Nexum) ในสมัยโรมันตอนต้นสัญญาจะมีผลสมบูรณ์บังคับได้จะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบ เป็นไปตามกฎหมายสิบสองโต๊ะในเรื่องหลักของการทำสัญญา สัญญาในยุคนี้มีได้เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ตรงกัน แต่เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาทำสัญญาถูกต้องตามแบบอันมีผลให้สัญญามีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับกันได้ การที่สัญญาจะสมบูรณ์และสามารถบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามที่ตกลงกันได้จึงต้องทำตามแบบเท่านั้น เพื่อให้เข้าถึงสัญญาเดิมควรทำความเข้าใจในรายละเอียดของความสมบูรณ์ของสัญญาในสมัยโรมันตอนต้นเสียก่อน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาในสมัยโรมันตอนต้นจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญา

¹ W.W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law* (The University 1957) 261.

² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Clarendon Press 1991) 167-196.

ได้ทำตามแบบของสัญญา โดยสัญญาจะสมบูรณ์เมื่อมีการทำ Stipulation ซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีในรูปแบบของคำถามและคำตอบซึ่งได้กำหนดแบบไว้ โดยฝ่ายหนึ่งตั้งคำถามว่าท่านให้คำมั่นเช่นนั้นเช่นนี้ใช่ไหม อีกฝ่ายตอบว่าใช่ ข้าพเจ้าให้คำมั่นเช่นนั้น ซึ่งหากตอบโดยวาจาถูกต้องตามแบบถ้อยคำที่กำหนดไว้ก็จะสมบูรณ์บังคับกันได้ หลักกฎหมายสัญญาโรมันดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ³ ซึ่งอาจแบ่งสัญญาโรมันออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้⁴

1. สัญญาที่ไม่ต้องมีแบบ (Informal contract) คือสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดว่าจะต้องมีการใช้คำพูดหรืออักษรอย่างไรให้สัญญาต้องปฏิบัติตาม เพียงแต่กำหนดหลักการกว้างๆ ไว้ เช่น สัญญาซื้อขาย (Emptio Venditio) ที่กฎหมายเองก็ได้กำหนดถ้อยคำไว้แน่นอนตายตัว สัญญาที่ปรากฏในสัญญาที่ไม่มีแบบนี้ ได้แก่ สัญญาทางทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญา (RE contract) อันเป็นสัญญาที่มีความผูกพันเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Res) คือ ถ้าฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์สินไปก็มีหน้าที่ต้องนำทรัพย์สินมาคืนนับได้ว่าเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ เช่น สัญญายืมใช้สลับเปลือง (Matuum) สัญญายืมใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์สิน (Depositum) และสัญญาจำนำ (Pigus) และสัญญาที่เกิดจากการตกลงยินยอม (Consensus contract) เป็นสัญญาที่เกิดจากความเห็นพ้องต้องกัน

2. สัญญาที่ต้องมีแบบ (Formal contract) สัญญาต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือในสัญญานั้นๆ กฎหมายกำหนดคำพูดและตัวอักษรไว้ คู่สัญญาต้องยึดถือถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเคร่งครัด หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามก็จะไม่เกิดสัญญานั้นๆ ขึ้น โดยสัญญาที่ต้องทำตามแบบนี้มีทั้งสัญญาที่ทำโดยวาจา เรียกว่า Verbis สัญญาที่ทำโดยวาจาจะทำได้โดยการทำ Stipulation ในลักษณะคำถามและคำตอบ และสัญญาที่ทำเป็นหนังสือเรียกว่า Litteris

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) ตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private of autonomy) เจตนาที่บุคคลแสดงออกมาในการทำสัญญาได้รับการคุ้มครอง แม้แต่รัฐก็ไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงการแสดงเจตนาทำสัญญาของบุคคลได้ แต่บุคคลไม่สามารถแสดงเจตนาทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นการพันวิสัย ผิดกับในสมัยโรมันตอนต้นที่บุคคลจะทำสัญญาแตกต่างไปจากสัญญาทั้ง 2 ลักษณะที่กล่าวมาไม่ได้ และสัญญาจะมีผลสมบูรณ์บังคับได้ต่อเมื่อทำตามแบบเท่านั้น

ในส่วนของสัญญา ยืม Nexum เป็นรูปแบบของสัญญา ยืมที่เก่าแก่ที่สุดตั้งแต่สมัยโรมันยุคตอนต้น ซึ่งมีลักษณะของหนี้อันเกิดจากการยืมเงินและหนี้ที่เกิดขึ้นคือการส่งมอบเงิน กฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็นต้นแบบในการจัดทำประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนได้กล่าวถึงรูปแบบของสัญญา ยืมในยุค

³ ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 130.

⁴ เติ้งอ่าง, 128.

ประวัติศาสตร์สมัยโรมัน โดยปรากฏว่าสัญญากู้ยืมเงิน (Nexum) เป็นรูปแบบสัญญาที่เกิดขึ้นก่อน สัญญาใช้สินเปลือง (Matumm) และสัญญาใช้คงรูป (Commodatum)

ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนกฎหมายสัญญาถูกรวบรวมอยู่ใน Institutiones ของจัสติเนียนที่มีโครงสร้างมาจาก Institutions ของ Gaius เป็นตำรากฎหมายเบื้องต้น โดยจักรพรรดิจัสติเนียนได้จัดทำประมวลกฎหมายเอกชนขึ้น ประมวลนี้มีชื่อเรียกว่า Corpus Juris Civile (ประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบางครั้งเรียกสั้นๆ ว่า Corpus ก็เป็นที่เข้าใจว่าเป็นผลงานของจักรพรรดิจัสติเนียน)⁵ โดยได้แบ่งทรัพย์สินหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งความสำคัญของการเกิดสัญญาอยู่ที่การส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Res Corporalis)⁶ มิใช่การตกลงกันของคู่สัญญาออกเป็น 4 ลักษณะ ดังนี้ สัญญาใช้สินเปลือง (Matuum) สัญญาใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาฝากทรัพย์สิน (Depositum) สัญญาจำนำ (Pignus)

2.2 ประวัติความเป็นมาสัญญาใช้และสัญญาใช้คงรูป

2.2.1 สัญญาใช้ในระยะแรก

ประวัติความเป็นมาของสัญญาใช้ในยุคแรกปรากฏชัดในรูปของสัญญากู้ยืม (Nexum) ปรากฏในระหว่างปี 510-526 ก่อนคริสตกาล ในช่วงต้นของสมัยประชาธิปไตย⁷ และในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึง Nexum อีก

สัญญา Re คือสัญญาที่มีหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสัญญา หนี้ตามสัญญา Re ประเภทหนึ่งคือสัญญากู้ยืม (Nexum) ซึ่งเป็นสัญญาที่เก่าแก่ที่สุดชนิดหนึ่งของกฎหมายโรมันซึ่งหนี้เกิดจากการรับทรัพย์สิน⁸

ในสัญญา Nexum นั้น จะเรียกลูกหนี้ว่า Nexi หรือ Nexus สัญญาประเภทนี้เป็นการกู้เงินที่ผูกพันเจ้าหนี้กับลูกหนี้ซึ่ง Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่าเป็นการที่ลูกหนี้ยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้จนกว่าเขาจะได้ชำระหนี้⁹ อาจกล่าวได้ว่า Nexi หรือ Nexus คือการที่ลูกหนี้กู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้ตามลักษณะที่กำหนดไว้ หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้จะตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ในการบังคับจับลูกหนี้และมีความผูกพันในการชำระหนี้ นอกจากนี้ Black's Law Dictionary ยังให้ความหมายของ Nexum ว่า ภายใต้

⁵ เติ้งอ๋าง, 29.

⁶ Barry Nicholas (เชิงอรรถ 2) 167.

⁷ บุญจรรณ ณ นคร, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะใช้สินเปลือง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัย 2555) 8.

⁸ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 158.

⁹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (A Thomson Business 2004) 1070.

บังคับของกฎหมายโรมัน ลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้จะต้องถูกจับหรือกลายเป็นทาสจนกว่าจะได้ชำระหนี้¹⁰ Gaius ไม่ได้อธิบายว่า Nexum จะต้องกระทำอย่างไร¹¹ แต่เป็นที่ทราบกันว่าต้องกระทำโดยอาศัยวิธี Per aes et libram ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับ Mancipatio¹² โดยในการทำ Per aes et libram นั้น จะต้องใช้ทองสัมฤทธิ์และตาชั่งต่อหน้าพยาน 5 คน พร้อมทั้งผู้ถือตาชั่ง (Libripens)¹³ ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 19 ได้มีการอธิบายกระบวนการในการทำ Nexum โดย Huschke ว่าจะต้องทำตามแบบพิธีโดยการทำ Scales and Copper ซึ่งเป็นการโอนตามแบบพิธีที่มีลักษณะคล้ายการโอน Mancipatio แตกต่างกันตรงที่ Scales and Copper เป็นการโอนตามกฎหมายนี้ ในขณะที่การโอน Mancipatio เป็นการโอนตามกฎหมายทรัพย์สิน กล่าวคือ ผู้ให้ยืมจะชั่งทองแดงให้ผู้ยืมอันเป็นสัญลักษณ์ของการยืม ส่วนการมอบเงินนั้นจะเกิดขึ้นภายหลังอีกครั้งหนึ่ง และผู้ยืมมีหน้าที่ในการกล่าวว่าผู้ยืมมีหน้าที่ในการชำระเงินคืนให้ตน การกล่าวถ้อยคำเช่นนี้ทำให้หนี้ของผู้ยืมที่มีต่อผู้ให้ยืมเกิดขึ้น และผู้ให้ยืมมีสิทธิบังคับผู้ยืมให้ชำระหนี้ได้ทันที โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาก่อนแต่อย่างใด เมื่อถึงกำหนดชำระแล้วผู้ยืมไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้ให้ยืมสามารถจับตัวฆ่า หรือขายผู้ยืมซึ่งเป็นลูกหนี้ให้เป็นทาสได้¹⁴ อย่างไรก็ตามก็มีความเห็นในเรื่องความหมายของคำว่า Nexum ที่ต่างออกไปจากความเห็นของ Huschke คือ ความเห็นของ Metteis อธิบายว่า Huschke มีความเห็นที่ไม่ตรงกับนักประวัติศาสตร์ที่อธิบายว่าการทำ Scales and Copper เป็นวิธีการเพื่อหลีกเลี่ยงวิธีการชำระหนี้ ซึ่งจะต้องกระทำภายหลังมีคำพิพากษาเท่านั้น หนี้ที่เรียกว่า Nexum จะต้องเกิดจากการกระทำอีกการกระทำ ซึ่งแยกออกต่างหากจากกัน ถึงแม้ว่าความเห็นของ Huschke จะแตกต่างออกไปแต่ก็เป็นความเห็นที่เป็นที่ยอมรับมากที่สุด¹⁵ เมื่อพิจารณาลักษณะสัญญา Nexum รวมทั้งวิธีการเกิด Nexum แล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุที่จะต้องส่งมอบอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ของ Nexum ซึ่งอาศัยวิธีการโอนแบบ Mancipatio ต้องเป็นเงิน¹⁶ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

การหลุดพ้นจากหนี้ตามแบบพิธีการ (Formal Release) เป็นเหตุให้สัญญา Nexum สิ้นสุดลง วิธีการชำระหนี้ตามแบบพิธีการนี้เรียกว่า Nexi Liberation (หมายถึง เงินที่ลูกหนี้ชำระให้เจ้าหนี้สำหรับการส่งมอบหรือการใช้ทรัพย์สินนั้น) หรือ Solution Per aes et libram (หมายถึง การชำระหนี้ด้วยทองสัมฤทธิ์และตาชั่ง) เป็นวิธีการชำระหนี้ใน Nexum ซึ่งปรากฏตั้งแต่อ่อนสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน ลูกหนี้จะต้องกระทำ

¹⁰ เฟ็งอ้าง.

¹¹ R.W. Lee, *The Element of Roman Law* (Sweet & maxwell 1956) 339.

¹² เฟ็งอ้าง.

¹³ Curzon L.B., *Roman Law* (Macdonald & Evans 1996) 135.

¹⁴ H.F. Jolowicz, *Historical Introduction of the study of Roman Law* (The University Press 1954) 167-168.

¹⁵ เฟ็งอ้าง.

¹⁶ Barry Nicholas (เชิงอรรถ 2) 160.

กระบวนการเดียวกัน โดยใช้ทองสัมฤทธิ์และตาชั่งต่อหน้าพยาน 5 คน พร้อมทั้งผู้ถือตาชั่ง (Libripens) เพื่อให้หลุดพ้นจากหนี้ซึ่งเกิดจากการส่งมอบ และลูกหนี้จะหลุดพ้นเมื่อได้กล่าวตามแบบพิธี ซึ่งวิธีการในการหลุดพ้นจากหนี้ดังกล่าวนี้ยังนำไปใช้ในหนี้ที่เกิดจากสัญญา Per aes et libram หรือในกรณีที่มีคำพิพากษาแล้ว¹⁷

สัญญา Nexum นี้ได้มีการใช้จนกระทั่งมีกฎหมาย Lex Poetelia ต่อมาได้มีการยกเลิกการใช้ Nexum เพราะได้มีการใช้ความรุนแรงทารุณลูกหนี้ผู้ยืมเงินโดยผู้ให้กู้เงินซึ่งมีชื่อว่า Lucius Papirius สัญญา Nexum จึงไม่ปรากฏในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน โดยในช่วงปี 326 ก่อนปีคริสตศักราชเด็กหนุ่มที่ชื่อ Gaius Publilius ได้ตกเป็นลูกหนี้ (Nexi หรือ Nexus) โดยการค้ำประกันหนี้ของบิดาอันทำให้ต้องผูกพันต่อ Papirius ผู้เป็นเจ้าของหนี้ Papirius มีความพอใจและปรารถนาต้องการมีความสัมพันธ์กับ Publilius เนื่องจาก Publilius เป็นเด็กหนุ่มที่หน้าตาดี Papirius ได้เกลี้ยกล่อมโดยใช้คำพูดที่ทำให้เข้าใจถึงความสัมพันธ์ที่ตนปรารถนา แต่ Publilius ปฏิเสธ เป็นเหตุให้ Papirius โกรธและได้เตือน Publilius ว่ามีความผูกพันเป็นเหมือนทาสของ Papirius และให้เข้าใจถึงสถานะดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้ทำให้ Publilius เปลี่ยนใจแต่อย่างใด Papirius ไม่สามารถระงับความโกรธและได้เขียนตี Publilius อย่างทารุณ ทำให้เขาต้องวิ่งหนีจนทำให้เรื่องเป็นที่รู้โดยทั่วกัน เหตุการณ์นี้นำไปสู่การพิจารณาทบทวนและทำให้มีการประกาศยกเลิกการใช้ Nexum ในเวลาต่อมา Lex Poetelia เป็นกฎหมายที่วางหลักการในเรื่องการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในหนี้ที่เกิดจาก Nexum ใหม่ โดยไม่อนุญาตให้เจ้าหนี้จับตัวลูกหนี้ลงเป็นทาสหรือประหารชีวิตลูกหนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษา หลักการที่สำคัญของกฎหมายนี้ทำให้การบังคับชำระหนี้เอาตัวลูกหนี้ก่อนมีคำพิพากษาไม่สามารถกระทำได้ และส่งผลให้หนี้ที่เกิดจาก Nexum หดไป สัญญาอืมใช้สินเปลือง (Matuum) จึงมีความสำคัญในเวลาต่อมา¹⁸

เมื่อได้ศึกษาถึงลักษณะความเป็นมาของสัญญา Nexum ในภาพรวมแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญา Nexum เป็นสัญญาที่ความผูกพันในการชำระหนี้ของลูกหนี้้นั้นมากกว่าความผูกพันในทางทรัพย์สิน เนื่องจากเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาตัวลูกหนี้ได้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ แตกต่างกับสัญญาอืม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เป็นเพียงความผูกพันในทางทรัพย์สินเท่านั้น เจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้จากตัวลูกหนี้ได้ แม้ลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ของตนได้ก็ตาม

¹⁷ Curzon. L.B. (เชิงอรรถ 13) 135.

¹⁸ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 176.

2.2.2 สัญญายืมใช้คงรูป

สัญญายืมใช้คงรูป *Commodatum* ถือได้ว่าเป็นสัญญาอันเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งตำรากฎหมายเบื้องต้น (*Institutions*) ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนได้แบ่งกลุ่มของสัญญาไว้ชัดเจน โดยมีต้นแบบมาจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของ *Gaius* จักรพรรดิจัสติเนียนได้แบ่งกลุ่มสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน (*Real contract*) หรือทรัพย์สินสัญญาออกเป็น 4 ประเภท คือ สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง (*Matuum*) สัญญายืมใช้คงรูป (*Commodatum*) สัญญาฝากทรัพย์สิน (*Depositum*) สัญญาจำนำ (*Pignus*)

2.2.2.1 ความหมายของสัญญายืมใช้คงรูป

Commodatum หรือ สัญญายืมใช้คงรูป คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยืมใช้ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (*Res Corporalis*) โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงภายในเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม *Labeo* ต้องการจำกัดสัญญายืมใช้คงรูปไว้เฉพาะสังหาริมทรัพย์ (*Res Mobiles*) เท่านั้น แต่ *Cassius* เห็นว่ารวมถึงสังหาริมทรัพย์ (*Res Soli*) ด้วย¹⁹ หลักการสำคัญอย่างหนึ่งของสัญญาประเภทนี้ คือ เป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน (*Gratuitus*) หากคู่สัญญาให้สิ่งตอบแทนเป็นเงินสัญญานั้นเป็นสัญญาเช่า แต่หากสิ่งให้ตอบแทนไม่ใช่เงินสัญญานั้นเป็นสัญญาไม่มีชื่อ (*Innominate contract*)²⁰ *Commodatum* เป็นสัญญาซึ่งอาศัยหลักสุจริต (*Bonae Fidei*) เป็นพื้นฐานโดยการกำกับดูแลและพัฒนาของไพรตอร์²¹ และจะเกิดขึ้นเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้วเท่านั้นเช่นเดียวกับสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง²²

2.2.2.2 ลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูป

สัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาที่นิยมใช้กันในหมู่เพื่อนฝูงรวมทั้งญาติ อย่างไรก็ตามก็พ้อคำอาจใช้สัญญายืมใช้คงรูปในการยืมสิ่งของเพื่อทำการค้าไม่ว่าจะนำไปประดับร้านหรือเพื่อความสง่างามและนิทรรศการ โดยผู้ยืม (*Commodatarius*) จะต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นวัตถุของสัญญายืมใช้คงรูป (*Res Commodata*) แก่ผู้ให้ยืม (*Commodator*) เมื่อได้ใช้ทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว²³ ลักษณะสำคัญซึ่งทำให้สัญญายืมใช้คงรูปแตกต่างจากสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมิได้โอนไปยังผู้ยืม ผู้ยืมไม่มีแม้กระทั่งการครอบครองมีแต่เพียงการเก็บรักษา (*Detention*) ทรัพย์สินเท่านั้น การครอบครองยังคงอยู่กับผู้ให้ยืม ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินจึงสามารถเป็นผู้ให้ยืมและฟ้องร้องตามสัญญานั้นได้²⁴ นอกจากนี้สัญญายืมใช้คงรูปยังไม่มีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียวเหมือนกับสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง²⁵ แต่มี

¹⁹ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 183.

²⁰ A.M. Prichard, *Leage's Roman Law* (Macmillan and Co. Ltd 1961) 326.

²¹ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 184.

²² H.F. Jolowicz (เชิงอรรถ 14) 300.

²³ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 184.

²⁴ เฟิงอ้าง, 185.

²⁵ Henry John Roby, *Roman Private Law* (volume 2, The University Press 1975) 91.

ลักษณะต่างตอบแทนซึ่งมีความแตกต่างจากสัญญาต่างตอบแทนทั่วไป โดยหนี้ของผู้ให้ยืมจะเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงบางประการซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ผู้ให้ยืมมิได้มีหนี้ต่อผู้ยืมในเวลาที่ยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่สมบูรณ์

2.2.2.3 วัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูป

ทรัพย์สินและทรัพย์สินในกฎหมายโรมัน หมายถึง สิ่งที่มีคุณค่าหรือมีค่าทางเศรษฐกิจ (Economic Value) ซึ่งสามารถกำหนดค่าหรือตีราคาเป็นหน่วยเงินตราได้²⁶ กฎหมายว่าด้วยการก่อให้เกิดโอน และใช้สอยทรัพย์สินในทางเศรษฐกิจ (Economic Assets) หรือกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (Res) ในสมัยโรมัน²⁷ ได้มีการแบ่งแยกทรัพย์สินตามตำรากฎหมายเบื้องต้นของจัสติเนียน (Institutiones) ออกเป็น 3 ประเภท²⁸ คือ

(1) Res movable (สังหาริมทรัพย์) และ Res immovable (อสังหาริมทรัพย์) การแบ่งลักษณะนี้เป็นการแบ่งโดยพิจารณาจากการยึดติดของทรัพย์สินกับที่ดินว่าสามารถแยกออกจากกันได้หรือไม่ ทรัพย์สินที่ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากที่ดินได้เป็นอสังหาริมทรัพย์ ส่วนทรัพย์สินที่ไม่ได้ติดกับที่ดินและสามารถเคลื่อนย้ายได้เป็นสังหาริมทรัพย์

(2) Res mancipi (ทรัพย์สินที่ส่งมอบยาก) และ Res nec mancipi (ทรัพย์สินที่ส่งมอบไม่ยาก) Res mancipi เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจจึงต้องมีการโอนตามพิธีกรรมพิเศษ โดยการส่งมอบจะมีพิธีพิเศษเพื่อให้ประชาชนรับรู้ว่าการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้เปลี่ยนมือแล้ว ทรัพย์สินที่ส่งมอบยาก ได้แก่ ทาส สัตว์ พาหนะ และสัตว์เลี้ยงสำคัญ 4 อย่าง (วัว ม้า ลา และล่อ) ที่ดินในโรมและภาระจำยอมเหนือที่ดินนั้น สัตว์ที่เป็นประโยชน์อื่น เช่น อูฐ และ ช้าง ส่วน Res nec mancipi ใช้วิธีการโอนโดยการยื่นให้ หรือการหยิบยื่นส่งให้ (tradition)²⁹

วิธีการส่งมอบอาจกระทำโดย

(1) Mancipatio เป็นวิธีการส่งมอบโดยคู่สัญญาต้องกระทำต่อหน้าสาธารณชนตามกรรมวิธีพิเศษ การโอนจะมีผลตามกฎหมายเมื่อมีการเปล่งถ้อยคำอย่างครบถ้วนตามสัญญา Verbis ทำให้เกิดจากเจตนาแต่เพียงอย่างเดียวไม่

(2) In iure cession เป็นวิธีการส่งมอบที่ต้องกระทำต่อหน้า Praetor โดยผู้รับมอบทรัพย์สินประกาศกรรมสิทธิ์ในขณะที่จับทรัพย์สินที่จะส่งมอบกัน การส่งมอบจะมีผลทางกฎหมายเมื่อได้กล่าวถ้อยคำอย่างครบถ้วนตามสัญญา Verbis คล้ายกับการส่งมอบแบบ Mancipatio

²⁶ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 3) 79.

²⁷ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 270.

²⁸ Barry Nicholas (เชิงอรรถ 2) 105.

²⁹ ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการกฎหมายโรมัน* (คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 212-213.

(3) Traditio เป็นวิธีการส่งมอบทรัพย์สินที่ส่งมอบได้ไม่ยาก (Res nec mancipi) โดยคู่สัญญาต้องมีความสามารถในการโอนและการรับโอนกรรมสิทธิ์ นอกจากนี้ผู้ส่งมอบต้องมีเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์ในขณะเดียวกันผู้รับมอบก็ต้องมีเจตนารับโอนกรรมสิทธิ์

เมื่อพิจารณาถึงการแบ่งทรัพย์สินตามกฎหมายโรมันแล้วจะเห็นว่าวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้คงรูปที่จะส่งมอบจะต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง (Res corporales) และต้องเป็นทรัพย์สินที่ไม่หมดสิ้นไปเพราะการใช้สอย เนื่องจากผู้เช่ามีหน้าที่ในการส่งคืนทรัพย์สินที่เช่าเมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญา³⁰ อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินซึ่งโดยสภาพอาจหมดสิ้นไปเพราะการใช้สอยสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้คงรูปได้ หากคู่สัญญาได้ตกลงกันโดยมีวัตถุประสงค์เช่นนั้น เช่น การเช่าผลไม้สดไปใส่ตู้สินค้า³¹ นักนิติศาสตร์สมัยโบราณได้เสนอให้ใช้คำว่า Commodatum เฉพาะในกรณีที่วัตถุแห่งสัญญาเช่าเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และให้ใช้คำว่า Utendum เฉพาะกรณีที่วัตถุแห่งสัญญาเช่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่ใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับทั้งสองกรณี โดยทั่วไปทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้คงรูปจะเป็นสังหาริมทรัพย์แต่ในบางครั้งก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน³²

2.2.2.4 หนี้ตามสัญญาเช่าใช้คงรูป

ผู้เช่าทรัพย์สิน (Commodatarius) มีหนี้ 3 ประการ ดังนี้³³

(1) ส่งคืนทรัพย์สินที่รับมา (In specie) ในเวลาและสถานที่ซึ่งได้ตกลงกัน ในสภาพที่เหมือนกับที่ได้รับมา จึงมีใช้แต่เพียงทรัพย์สินประเภทเดียวกัน (In genere) กับตอนที่รับมอบไปเหมือนในสัญญาเช่าใช้สินเปลือง (Matuum) กฎหมายยอมรับความรู้สึกหรือตามปกติ อย่างไรก็ตาม การคืนทรัพย์สินจะไม่สมบูรณ์จนกว่าจะได้ส่งมอบดอกผลของทรัพย์สินนั้นด้วย หากทรัพย์สินถูกส่งคืนในสภาพที่เลวกว่าเดิมจะถือว่าไม่มีการส่งคืนทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้จ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เช่าแล้ว

(2) ผู้เช่าไม่อาจใช้สอยทรัพย์สินนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ตกลงกันได้ ถ้าผู้เช่านำทรัพย์สินไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ที่ตกลงไว้ ผู้เช่าอาจถูกฟ้องด้วย Actio Commodati เพื่อให้ซ่อมแซมทรัพย์สินที่บุบสลาย แม้เขาจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อก็ตาม เนื่องจากผู้เช่าต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนำทรัพย์สินไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ที่ตกลงไว้ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม หากผู้เช่านำทรัพย์สินไปใช้ประโยชน์นอกเหนือจากที่ตกลงไว้เพราะเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าผู้ให้เช่าจะยินยอม เช่นนั้นผู้เช่าไม่ผิดฐานลักทรัพย์ แต่ถ้าผู้เช่าทุจริต หรือประมาทเลินเล่ออย่างรุนแรงถึงขนาดจงใจกระทำผิด (Dolus) ถือว่าผู้เช่าละเมิดฐานลักทรัพย์ (Furtum)

(3) ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ผู้เช่าจะต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่าไปเช่นเดียวกับหัวหน้าครอบครัวที่ระมัดระวังดูแลกิจการของตนเองตามปกติ กล่าวคือ ใช้มาตรฐาน Diligentia Exacta หรือ

³⁰ A.M. Prichard (เชิงอรรถ 20) 328.

³¹ Henry John Roby (เชิงอรรถ 25) 92.

³² J.A.C Thomas, *Textbook of Roman Law* (North-Holland Publishing company 1976) 274.

³³ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 185-186.

Exactissima ซึ่งกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบความผิดหรือความประมาทเล็กน้อยในลักษณะนามธรรม อย่างไรก็ตาม ถ้าใช้มาตรฐานความระมัดระวังของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้กิจการงานของตน (Diligentia quam suis rebus adhibere solet) ผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในลักษณะ Culpa levis in concreto (ความระมัดระวังที่ต่างจากการดำเนินการของหัวหน้าครอบครัวที่ระมัดระวังที่สุด) อันเป็นความผิดเล็กน้อย (Culpa Levis)³⁴ ในอดีตความรับผิดของผู้ยืมเรียกว่า Custodia เป็นความรับผิดที่มีความเคร่งครัดมากโดยต้องรักษาทรัพย์สินให้ปลอดภัย ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในการลักทรัพย์ไม่ว่าประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม เพราะการลักทรัพย์ถือว่าเป็นเหตุที่สามารถป้องกันได้ แต่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการปล้นทรัพย์เนื่องจากถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัย ถ้าใช้มาตรฐานความระมัดระวัง Custodia ผู้ยืมต้องรับผิดชอบทุกกรณีเว้นแต่เกิดจากเหตุสุดวิสัย

ถ้าผู้ยืมสามารถนำสืบหรือพิสูจน์ได้ว่ากรณีที่ทรัพย์สินสูญหายจากการลักทรัพย์ไม่ใช่ความผิดของตนหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อ ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้ยืม ในการฟ้องเรียกค่าเสียหายผู้ยืมสามารถฟ้องผู้ที่ลักทรัพย์ได้ (Actio Furti) แต่ผู้ให้ยืมไม่มีสิทธิดังกล่าวเนื่องจากได้รับการปกป้องสิทธิตามสัญญาที่มีกับผู้ยืมแล้ว ต่อมาในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนผู้ให้ยืมมีสิทธิเลือกที่จะฟ้องผู้ยืมหรือผู้ลักทรัพย์ หากผู้ให้ยืมฟ้องผู้ลักทรัพย์จะเป็นการตัดสิทธิผู้ยืมในการฟ้องที่ผู้ลักทรัพย์ แต่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อผู้ให้ยืมอีก

การปฏิบัติตนของหัวหน้าครอบครัวที่ดี (Bonus Paterfamilias) ในการสงวนทรัพย์สินของตนเองใช้กับสัญญายืมใช้คงรูป (Commodatum) อย่างเคร่งครัด เพราะเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้ให้ยืมซึ่งส่วนใหญ่ไม่ได้ประโยชน์จากการให้ยืม อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ให้ยืมนำสืบหรือพิสูจน์ให้เห็นได้ว่ามีผู้ดูแลสงวนทรัพย์สินด้วยความระมัดระวังได้ดีกว่าที่ผู้ยืมสงวนทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมต้องใช้มาตรฐานนั้นในการสงวนรักษาทรัพย์สิน นอกจากนี้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบต่อผลฉ้อฉลของตนด้วยเนื่องจากสัญญาเป็นสัญญาที่อาศัยความสุจริต การรับผิดในกรณีฉ้อฉลในกรณีที่สัญญาจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ยืมแต่เพียงฝ่ายเดียว เป็นไปตามหลักผู้สร้างหนี้ของตนขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้โดยเฉพาะไม่ต้องรับผิดชอบต่อความบกพร่องธรรมดา ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความสูญหายหรือบุบสลายเกิดจากเหตุสุดวิสัย ถ้าผู้ยืมมิได้มีส่วนในการก่อให้เกิดเหตุดังกล่าว กฎหมายถือว่าผู้ยืมที่นำทรัพย์สินเดินทางไปด้วย และถูกขโมยหรือโจรปล้นมีส่วนผิดและต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืม อย่างไรก็ตาม หากทรัพย์สินนั้นเป็นที่นิยมมากในหมู่ประชาชนก่อนหรือขณะที่มีการส่งมอบผู้ยืมต้องรับผิดชอบหนักขึ้นโดยจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความสูญหายหรือบุบสลายเกิดจากเหตุสุดวิสัย ด้วยอาศัยหลักการตีความเจตนาของคู่สัญญาอันขึ้นอยู่กับภาวะแวดล้อม³⁵

Schulz อธิบายว่าผู้ยืมมีความรับผิดในเชิง Dolus, Culpa และ Custodia การรับผิดในเชิง Culpa ได้เข้ามาแทนที่การรับผิดในเชิง Custodia ที่เป็นมาตรฐานตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงยุคทอง ความรับผิดในเชิง Custodia เต็มขนาดโดยไม่มีเงื่อนไขในเหตุการณ์ที่ถือว่าอาจหลีกเลี่ยงได้ถ้าเฝ้าระวังและดูแลทรัพย์สินอย่างดี แต่ไม่รับผิดในเหตุการณ์ที่ถือว่าอาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยความระมัดระวัง ผู้ยืมต้องรับผิดใน

³⁴ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 8) 187.

³⁵ เฟิงอ้าง.

อุบัติเหตุซึ่งทำให้ทรัพย์สินบุบสลายหรือชำรุดเสียหายเนื่องจากเป็นเหตุที่กฎหมายถือว่าเป็นสิ่งที่ป้องกันได้ เช่น ผู้ยืมต้องรับผิดชอบหนังสือที่ยืมมาถูกบุคคลที่สามฉีกขาดหรือทำเปื้อน แต่ไม่ต้องรับผิดชอบถ้าโจรหรือข้าศึกทำให้หนังสือบุบสลายหรือชำรุดเสียหายเพราะกฎหมายถือว่าการปล้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจป้องกันได้ นอกจากนี้ Schulz ยังมองว่าความคิดเรื่องความรับผิดชอบ Custodia ในยุคทองแสดงออกเป็นนามธรรมได้ไม่ถนัดนัก อาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบ Custodia เป็นความรับผิดชอบต่ออุบัติเหตุเล็กน้อย (Casus Minor) ซึ่งไม่รวมถึงเหตุสุดวิสัย (Vis Maior) ที่ถือว่าเป็นเหตุอันไม่อาจป้องกันได้ในเชิง Custodia อย่างไรก็ดี ถ้าผู้ยืมห่วงเหนียวทรัพย์สินไว้ ไม่ส่งคืนในกำหนดจะมีความรับผิดชอบหนักกว่า Custodia มากโดยจะต้องรับผิดชอบต่ออุบัติเหตุทุกอย่าง (Omnis Casus) รวมทั้งเหตุสุดวิสัย (Vis Maior) ด้วย³⁶

2.2.2.5 หน้าที่ของผู้ให้ยืม

เนื่องจาก Commodatum เป็นสัญญาซึ่งโดยทั่วไปให้ประโยชน์แก่ผู้ยืมเป็นส่วนใหญ่ ความรับผิดชอบของผู้ให้ยืมจึงจำกัดกว่าผู้ยืมโดยผู้ให้ยืม (Commodator) มีหน้าที่ดังต่อไปนี้³⁷

(1) ผู้ให้ยืมจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายอันคาดไม่ถึงหรือผิดปกติซึ่งผู้ยืมมีความจำเป็นต้องจ่ายไปอันเนื่องมาจากการใช้ทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม แม้ว่าค่าใช้จ่ายนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในลักษณะถาวร เนื่องจากทรัพย์สินได้สูญหายไปภายหลังก็ตาม แต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินตามปกติ

(2) ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Culpa Lata) หรือกลฉ้อฉล (Dolus) หากผู้ให้ยืมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินแต่มิได้แจ้งให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ถ้าผู้ให้ยืมจงใจให้ยืมถังใส่เหล้าองุ่นที่ชำรุดทำให้เหล้าองุ่นของผู้ยืมเสื่อมคุณภาพหรือรั่วไหลออกไป หรือถ้าผู้ให้ยืมให้ยืมทรัพย์สินที่ตนลักขโมยมาทำให้ผู้ยืมต้องจ่ายค่าเสียหาย ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการลักทรัพย์ และผู้ให้ยืมไม่อาจทำให้ผู้ยืมเสียหายโดยการเก็บลาภมิควรได้ไว้ เช่น หากผู้ยืมทำทรัพย์สินหายและต้องชำระเงินเพื่อให้ได้ทรัพย์สินคืนมาโดยความพยายามของผู้ให้ยืม ผู้ให้ยืมไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนและไม่สามารถเก็บไว้ได้แม้ไม่ได้เกิดจากกลฉ้อฉลก็ตาม อย่างไรก็ตามหากสัญญาเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ยืมโดยตรงผู้ให้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อธรรมดาด้วย (Culpa Levis) และถ้าผู้ให้ยืมยังไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้จนครบถ้วนผู้ยืมสามารถเก็บทรัพย์สินไว้เสมือนผู้รับจำนำทรัพย์สินจนกว่าจะมีการชำระหนี้

(3) ผู้ให้ยืมต้องให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินตามที่ตกลงกันจนกว่าจะครบกำหนดเวลา ถ้าผู้ยืมใช้ทรัพย์สินแตกต่างจากที่สัญญากำหนดไว้ ผู้ให้ยืมสามารถเรียกคืนทรัพย์สินได้ทันที

³⁶ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรุณ 8) 188-189.

³⁷ เพิ่งอ้าง.

2.2.2.6 การฟ้องคดีของสัญญายืมใช้คงรูป

ผู้ให้ยืมสามารถฟ้องคดีเพื่อบังคับให้ผู้ยืมปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้แก่ตนได้โดยใช้รูปคดี Actio Commodati Directa ส่วนผู้ยืมสามารถฟ้องผู้ให้ยืมให้ชดเชยค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งสูงกว่ามูลค่าของทรัพย์สินนั้นได้โดยใช้รูปคดี Actio Commodati Contraria เพราะแม้จะรักษาทรัพย์สินไว้ก็ไม่เพียงพอกับหนี้ที่ต้องชำระ นอกจากนี้ผู้ยืมสามารถฟ้องเรียกเงินค่าทรัพย์สินคืนจากผู้ให้ยืมได้ หากผู้ให้ยืมยึดทรัพย์สินคืนโดยผู้ยืมไม่รู้ และขณะเดียวกันผู้ให้ยืมฟ้องผู้ยืมให้ชดเชยมูลค่าของทรัพย์สินและผู้ยืมได้ชดเชยไปแล้ว โดยใช้รูปคดี Action Utilis อย่างไรก็ตาม การทำผิดในคดียืมใช้คงรูปไม่เป็นการเสียชื่อเสียง (Infamia)³⁸

Gaius อธิบายว่าบทสรุปคำฟ้องของสัญญายืมใช้คงรูปแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ In factum concepta เป็นบทสรุปคำฟ้องที่สร้างขึ้นมาจากข้อเท็จจริงโดยได้รับการพัฒนาโดยไพรตอร์ และ In ius concepta รุ่งขึ้นมาจากกฎหมายเอกชนซึ่งพัฒนาขึ้นมาในภายหลัง ตัวอย่างของสรุปคำฟ้อง In factum เช่น ให้ทิวซัสเป็นผู้พิพากษา ถ้าปรากฏว่าเอลุสฝากโต๊ะเงินไว้กับนูเมริอุส และนูเมริอุสทุจริตไม่ส่งโต๊ะเงินคืนให้เอลุส จงตัดสินให้นูเมริอุสจ่ายเงินค่าโต๊ะเงินให้กับเอลุส แต่หากไม่ปรากฏว่านูเมริอุสได้ทุจริตให้นูเมริอุสพ้นความผิด ตัวอย่างดังกล่าวเป็นบทสรุปคำฟ้องคดีฝากทรัพย์สิน (Actio Depositum) แต่ลักษณะเหมือนบทสรุปคำฟ้องคดียืมใช้คงรูป และคล้ายกับบทสรุปคำฟ้อง In ius concepta³⁹

2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ

หลักทั่วไปในเรื่องนี้นั้น การที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้โดยกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตนเกิดจากการที่บุคคลมีความสัมพันธ์กันในฐานะเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งหนี้ที่เกิดขึ้นย่อมผูกพันเฉพาะคู่กรณี บุคคลอื่นจะใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้เพื่อเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้ให้กับตนไม่ได้เพราะไม่ได้มีความสัมพันธ์กันในฐานะเจ้าหนี้กับลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม หากมีกฎหมายกำหนดให้สิทธิไว้ บุคคลอื่นย่อมใช้สิทธิของเจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้ได้

การรับช่วงสิทธิเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมายเท่านั้น ผู้รับช่วงสิทธิจะต้องมีส่วนได้เสียตามกฎหมายและจะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก่อนจึงจะมีสิทธิเข้าใช้สิทธิต่างๆ ของเจ้าหนี้ได้ หลักกฎหมายเรื่องการรับช่วงสิทธิทำให้บุคคลอื่นสามารถมีสิทธิต่างๆ ได้อย่างเจ้าหนี้ ผู้รับช่วงสิทธิสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกับลูกหนี้ได้ในนามของตนเอง โดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากเจ้าหนี้ให้ฟ้องคดีแทน หรือต้องอาศัยความยินยอมจากเจ้าหนี้แต่อย่างใด

การรับช่วงสิทธิมีจุดกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน นักกฎหมายฝรั่งเศส Planiol กล่าวว่า บุคคลซึ่งได้รับชำระหนี้โดยบุคคลอื่นจะต้องยอมให้ผู้ชำระหนี้ได้รับสิทธิในการฟ้องร้องลูกหนี้ของตนไป และผู้

³⁸ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรธ 8) 190-191.

³⁹ เฟ็งอ้าง.

ชำระหนี้จะสอดเข้าฟ้องร้องได้หากเจ้าหนี้ปฏิเสธที่จะให้สิทธิในการฟ้องร้องลูกหนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้รับการชดเชยความเสียหายที่ตนได้ใช้หนี้แทนลูกหนี้ เนื่องจากผู้ชำระหนี้มีได้มีหนี้หรือความรับผิดชอบที่จะต้องชำระหนี้ แต่การชำระหนี้เป็นเพราะมีส่วนได้เสียอันเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้จึงควรให้สิทธิของเจ้าหนี้แก่ผู้ชำระหนี้⁴⁰

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ผู้พิพากษาในระบบ Common Law ได้คิดค้นหลัก Privity of Contract ขึ้นเพื่อค้นหาขอบเขตของสัญญา (Scope of Contract) บุคคลไม่สามารถใช้สิทธิต่างๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญาได้เว้นแต่บุคคลนั้นจะเป็นคู่สัญญาตั้งแต่แรกเนื่องจากสัญญาจะผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น นอกจากนี้บุคคลที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาไม่สามารถฟ้องร้องหรือถูกฟ้องโดยอาศัยข้อสัญญาได้เพราะไม่มีความสัมพันธ์ในฐานะคู่สัญญา⁴¹ หลักในการรับช่วงสิทธินี้เป็นข้อยกเว้นของหลัก Privity of Contract⁴² ผู้รับช่วงสิทธิไม่ใช่คู่สัญญาในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ แต่กฎหมายกำหนดให้ผู้รับช่วงสิทธิสามารถใช้สิทธิต่างๆ ของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ในการเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ รวมทั้งมีสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้ ผู้รับช่วงสิทธิแม้ไม่ได้เป็นคู่สัญญากับลูกหนี้จึงสามารถใช้สิทธิในนามตนเองเสมือนว่าตนเองเป็นเจ้าหนี้ได้

การที่กฎหมายกำหนดให้มีการรับช่วงสิทธิเพราะต้องการตอบแทนผู้ที่ชำระหนี้โดยให้สิทธิบุคคลดังกล่าวในการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองบุคคลที่มาชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ให้ได้รับการเยียวยาเพื่อไม่ให้ได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้โดยบุคคลที่มาชำระหนี้สามารถใช้สิทธิของเจ้าหนี้เสมือนตนเองเป็นเจ้าหนี้ เนื่องจากการชำระหนี้ของผู้รับช่วงสิทธิช่วยให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ในขณะที่ลูกหนี้ยังไม่ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ซึ่งเป็นประโยชน์กับเจ้าหนี้และไม่กระทบกระเทือนต่อผู้ให้หลักประกันหรือเจ้าหนี้อื่นแต่อย่างใด เพราะผู้รับช่วงสิทธิไม่ได้มีสิทธิเกินกว่าสิทธิของเจ้าหนี้เพียงแต่รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้มาเท่าที่ได้ชำระหนี้เท่านั้น

2.3.1 ทฤษฎีการรับช่วงสิทธิเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้เกินจากความเสียหายที่แท้จริง

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่คุ้มครองผู้ถูกไล่เบียด การรับช่วงสิทธิมีผลให้เจ้าหนี้พ้นจากการเป็นเจ้าหนี้เพราะผู้ที่มาชำระหนี้เข้ารับช่วงสิทธิและได้สิทธิของเจ้าหนี้ไปแล้ว เจ้าหนี้จึงไม่อาจเรียกให้ผู้ทำละเมิดใช้หนี้ให้ตนได้อีก หากไม่มีการรับช่วงสิทธิย่อมจะทำให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบหนี้ซ้ำซ้อนกันสองครั้ง De Becker กล่าวว่า เหตุที่ยอมให้ลูกหนี้เข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้สองครั้งอันเป็น

⁴⁰ ศรีณย์ พรหมสุรินทร์, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2533) 130-131.

⁴¹ David Ibbetson, *A History Introduction of the Law of the Obligations* (Oxford University Press 1991) 77.

⁴² ปุณณลลิตา ตวนสวัสดิ์, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิโดยผู้ให้หลักประกัน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) 8.

การหากำไรโดยไม่ชอบ⁴³ การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เป็นกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสองทาง เช่น ก. ยืมรถของ ข. ไปขับ เมื่อถึงกำหนดเวลาตามสัญญา ก. ไม่ยอมคืนรถให้ ข. แต่นำไปใช้อีก ต่อมา ค. ขับรถมาชนรถของ ข. ด้วยความประมาททำให้รถเสียหายอย่างมาก ก. ไม่สามารถคืนรถให้ ข. ได้ จึงใช้ราคาให้ ข. แทน จากตัวอย่าง ผู้ให้ยืมรถมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดและผู้ยืมเนื่องจากผู้ยืมผิดนัดไม่คืนรถภายในกำหนดจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อผู้ยืมได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืมแล้ว ผู้ยืมย่อมได้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่มีต่อผู้ทำละเมิดไปโดยการเข้ารับช่วงสิทธิ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้แล้วได้รับชำระหนี้เกินความเสียหายที่แท้จริงโดยเรียกให้ผู้ทำละเมิดชดใช้หนี้ อีก ดังนั้น เมื่อผู้ยืมเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้แล้วเจ้าหนี้อ่อนไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาจากผู้ทำละเมิดอีก

2.3.2 ทฤษฎีการรับช่วงสิทธิเพราะผู้ชำระหนี้มิได้เป็นผู้ก่อความเสียหายโดยตรง

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร อธิบายว่า ผู้ที่จะรับช่วงสิทธิตามมาตรานี้ได้คือลูกหนี้ที่ได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้เท่านั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้มิได้ก่อหนี้ขึ้นเองโดยตรง แต่มีผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทำให้ลูกหนี้ต้องชำระค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้เพราะกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือลูกหนี้เป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้วกฎหมายจึงให้ลูกหนี้ฟ้องร้องผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้ชำระให้เจ้าหนี้ไปโดยให้ลูกหนี้อยู่ในฐานะที่จะฟ้องร้องผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้อย่างเจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายเอง ส่วนเจ้าหนี้ไม่อาจฟ้องร้องให้ชำระค่าสินไหมทดแทนได้อีกเนื่องจากได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว⁴⁴

แนวคิดนี้มีลักษณะที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมทำให้เป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายไทย กล่าวคือ ลูกหนี้ที่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เพราะการกระทำของผู้ทำละเมิดมิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่เพราะการกระทำของผู้ทำละเมิดทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้และตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา ลูกหนี้จึงต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เมื่อกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงควรให้ลูกหนี้ได้รับการชดใช้คืนจากผู้ทำละเมิดโดยการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ชำระหนี้ไปโดยไม่ได้อำนาจให้เกิดความเสียหายโดยตรง ดังนั้น ผู้ที่ควรต้องรับผิดชอบโดยตรงจึงมิใช่ลูกหนี้แต่เป็นผู้ทำละเมิด

ในต่างประเทศกฎหมายได้แยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดซึ่งผู้ทำละเมิดจะมักจะได้รับผิดในความเสียหายมากกว่าผู้รับผิดในทางสัญญาในความเสียหายเดียวกัน เช่น ผู้รับขนส่งสินค้าไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ส่งสินค้าในความเสียหายอันเกิดจากการไม่ส่งสินค้าให้ หากผู้ส่งสินค้าไม่ได้แจ้งให้ผู้ขนส่งทราบถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจ ความรับผิดของผู้ขนส่งจึงถูกจำกัดตามมูลค่าของสินค้า แต่บุคคลที่ขับรถโดยประมาททำให้สินค้าที่ขนส่งได้รับความเสียหายต้องรับผิดชอบเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นเสมือนได้เอาทรัพย์สินไปจากเจ้าของ ในประเทศฝรั่งเศสการที่ผู้รับขนส่งทำให้ทรัพย์สินเสียหาย แม้ทรัพย์สินที่

⁴³ J.E. de Becker, *Annotated Civil code of Japan* (Butterworth 1909). 34.

⁴⁴ โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายว่าด้วยหนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป* (สำนักพิมพ์กรุงสยามพริ้นติ้ง กรุ๊ป 2532) 207.

เสียหายมีมูลค่ามากกว่าที่ผู้รับขนาคาดเห็นผู้รับขนกก็รับผิดชอบเพียงเท่าที่คาดเห็นเท่านั้น แต่ผู้ทำละเมิด โดยทำลายทรัพย์สินต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของทรัพย์สินในความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น⁴⁵ เช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่ผู้ผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้คาดเห็นเท่านั้นตามมาตรา 222 ในขณะที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหมด

แนวคิดที่ว่าคนชั่วจะต้องชดใช้ค่าเสียหายมากกว่าคนดีเป็นที่ยอมรับในทุกระบบกฎหมาย ในคอมมอนลอว์ผู้ทำละเมิดโดยจงใจต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ในเยอรมันตะวันตกผู้ที่รุกรานผู้อื่นต้องรับผิดชอบในผลของความเสียหายนั้น ในฝรั่งเศสผู้ผิดสัญญาโดยจงใจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่คาดเห็นไม่ได้ เห็นได้ว่าแนวคิดนี้ต้องการให้คนที่เลวน้อยกว่าจ่ายน้อยกว่า⁴⁶ โดยถือว่าผู้ที่ไม่ได้ผิดสัญญาโดยจงใจ เลวน้อยกว่าผู้ทำละเมิด

แนวความคิดนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายสวิสมาตรา 51⁴⁷ บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลหลายคน ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเดียวกันโดยมีความรับผิดชอบทางกฎหมายต่างกัน (เช่น ละเมิด สัญญา โดยผลของกฎหมาย) ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือกันระหว่างบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายร่วมกันมาใช้บังคับ

ค่าเสียหายให้ตกอยู่กับบุคคลก่อให้เกิดความเสียหายโดยละเมิดเป็นอันดับแรก ถัดไปได้แก่บุคคล ซึ่งต้องรับผิดชอบโดยผลของกฎหมายโดยปราศจากความผิดส่วนตัว หรือผู้ต้องรับผิดชอบตามสัญญา” จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ผู้ผิดสัญญา หรือบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ ต้องรับผิดชอบผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบเป็นคนแรก ส่วนกองทุนของรัฐมีความรับผิดชอบในลำดับถัดมาเนื่องจากไม่ได้ เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือในกรณีที่มีการประกันวินาศภัยบริษัทประกันภัยก็มีความรับผิดชอบในลำดับ ถัดมาจากผู้ทำละเมิดซึ่งมีความรับผิดชอบในลำดับแรก หลักกฎหมายนี้เรียกว่าหลักความรับผิดชอบก่อน หรือหลัก Priority⁴⁸

สังเกตได้ว่าตามแนวคิดนี้บุคคลที่มีความผิดมากที่สุดซึ่งต้องรับผิดชอบเป็นอันดับแรกก็คือผู้ทำละเมิด ส่วนผู้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาไม่ใช่ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจึงไม่ควรถูกลงโทษ ดังนั้น เมื่อผู้รับผิดชอบตาม สัญญาได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้แล้วจึงควรมีสิทธิที่จะไล่เบี้ยผู้ทำละเมิดต่อไป

2.3.3 ทฤษฎีการรับช่วงสิทธิเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้

อาจารย์จุกา กุลบุศย์ อธิบายว่า การรับช่วงสิทธินั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ เนื่องจากเมื่อทรัพย์สิน ของเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายหรือสูญหายเจ้าหนี้น้อยมได้รับความเดือดร้อน จึงได้สร้างหลักการรับช่วงสิทธิ ขึ้นเพื่อให้เกิดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยเร็วเพราะเมื่อลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เจ้าหนี้แล้วมิได้ เป็นการเสียเปล่าเนื่องจากลูกหนี้สามารถเรียกเอาลูกหนี้คนอื่นได้ การรับช่วงสิทธิจึงช่วยจูงใจให้ลูกหนี้รับ

⁴⁵ ศรีณีย์ พรหมสุรินทร์ (เชิงอรรถ 40) 58.

⁴⁶ เฟ็งอ้าง.

⁴⁷ Swiss Civil Code Section 51.

⁴⁸ ศรีณีย์ พรหมสุรินทร์ (เชิงอรรถ 40) 60.

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้เร็วยิ่งขึ้น เช่น เมื่อผู้ยืมส่งคืนทรัพย์สินเข้าเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเสียหายโดยมีผู้ทำละเมิด เจ้าของทรัพย์สินมักเรียกให้ผู้ยืมรับผิดชอบเพราะหาตัวได้ง่ายกว่าผู้ทำละเมิดซึ่งส่วนใหญ่จะหลบหนีหรือไม่อาจทราบตัวผู้ทำละเมิดได้ หากไม่มีหลักเรื่องการรับช่วงสิทธิเป็นเครื่องจูงใจลูกหนี้ให้ชำระหนี้ ลูกหนี้อาจป่วยเบี่ยงไม่ชำระค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างว่าเจ้าหนี้ควรไปฟ้องผู้ทำละเมิดก่อนเนื่องจากลูกหนี้เพียงส่งมอบทรัพย์สินคืนเข้าเท่านั้นมิได้เป็นผู้ทำละเมิด หากเป็นเช่นนั้นเจ้าหนี้ก็อาจต้องฟ้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้ซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก แต่หลักในการรับช่วงสิทธิย่อมทำให้ลูกหนี้ลดการป่วยเบี่ยงเช่นนั้น เพราะถึงอย่างไรเจ้าหนี้ก็ต้องใช้สิทธิในการฟ้องร้อง หากติดตามตัวผู้ทำละเมิดไม่พบหรือไม่ทราบตัวผู้ทำละเมิด ดังนั้น การที่ลูกหนี้รับใช้หนี้ให้เจ้าหนี้อย่อมเป็นประโยชน์แก่ตัวลูกหนี้เองมากกว่าจะรอให้มีการฟ้องร้องเสียก่อน เพราะการใช้หนี้โดยเร็วย่อมทำให้ลูกหนี้ประหยัดค่าสินไหมทดแทนในการเสียดอกเบี้ยหรือเสียเพียงเล็กน้อย และได้รับช่วงสิทธิเร็วขึ้นทำให้สามารถติดตามตัวผู้กระทำละเมิดได้ง่ายขึ้น

ทฤษฎีนี้มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 227 เนื่องจากใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สิน หรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้” มิได้ใช้คำว่า “เมื่อลูกหนี้ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้จนเต็มตามราคาทรัพย์สิน หรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้” แสดงให้เห็นว่า กฎหมายต้องการให้ความสำคัญกับเจ้าหนี้ในการที่จะได้รับความคุ้มครองเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น⁴⁹

แนวคิดทฤษฎีที่กล่าวข้างต้นแต่ละทฤษฎีก็ต่างมีเหตุผลที่รับฟังได้แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็อาจมีข้อโต้แย้งในบางประการ ทฤษฎีแรกเป็นที่ยอมรับว่าการรับช่วงสิทธิมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ถูกไล่เบียดโดยป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้สองครั้ง แต่ก็มีข้อโต้แย้งว่าเจ้าหนี้ไม่อาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้พร้อมกันสองคนอยู่ แล้วถึงแม้จะไม่มีหลักกฎหมายเรื่องรับช่วงสิทธิ แม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้อีกคนชำระหนี้ แต่หากเจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายแล้วเนื่องจากได้รับชำระหนี้เต็มตามราคาทรัพย์สินแล้ว เมื่อมีการฟ้องร้องขึ้นลูกหนี้ก็คงไม่ยอมให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เป็นครั้งที่สอง สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ในหน้ดังกล่าวจึงไม่อาจใช้บังคับได้ จนขาดอายุความ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายให้เกินความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่การที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างย่อมดีกว่าการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ทฤษฎีที่สองที่ให้มีการรับช่วงสิทธิเพื่อให้ลูกหนี้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายที่เสียไปเนื่องจากลูกหนี้มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่เจ้าหนี้ มีลักษณะเป็นการค้นหาผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเพื่อลงโทษ แม้เจ้าหนี้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากลูกหนี้แล้ว ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยถูกลูกหนี้ไล่เบียดอีกทอด ทำให้หลักการรับช่วงสิทธิเป็นหลักที่เข้ามาเสริมเรื่องละเมิด นอกจากนี้ยังมีข้อโต้แย้งว่าการที่ลูกหนี้เป็นฝ่ายผิดสัญญาย่อมมีความอย่างชัดเจนและไม่ได้ผิดน้อยกว่าผู้ทำละเมิด เพราะหากลูกหนี้ไม่ผิดสัญญาความเสียหายก็คงไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ความผิดจึงตกอยู่กับลูกหนี้ด้วยมิใช่ผู้ทำ

⁴⁹ ศรัณย์ พรหมสุรินทร์ (เชิงอรรถ 40) 60-61.

ละเมิดต้องรับผิดชอบฝ่ายเดียว ส่วนการอ้างว่าผู้ยืมมีความผิดน้อยกว่าผู้ละเมิดนั้นฟังไม่ขึ้นเพราะผู้ยืมอาจเอาทรัพย์สินไว้ใช้ประโยชน์โดยมีเจตนาร้ายที่จะให้เจ้าหนี้เสียหายก็เป็นได้ แม้ลูกหนี้จะไม่ถึงขนาดคาดหวังว่าจะมีผู้มาก่อนความเสียหายโดยตรง แต่ผู้ทำละเมิดก็อาจมีเจตนาที่จะก่อความเสียหายเพียงแต่กระทำโดยประมาทขาดความระมัดระวัง ในกรณีเช่นนี้ผู้ทำละเมิดจึงไม่น่าจะมีความผิดมากกว่าผู้ผิดสัญญา การที่ให้ผู้ที่ผิดสัญญาไปเรียกเอาจากผู้ทำละเมิดเพราะผู้ทำละเมิดเป็นฝ่ายผิดหรือมีความผิดมากกว่าจึงไม่อาจทำได้ เนื่องจากไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่าฝ่ายใดมีส่วนผิดมากกว่ากัน หรือหากจะถือตามแนวคิดนี้อย่างเคร่งครัด ก็จะต้องยอมให้ผู้ทำละเมิดรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไปเรียกเอากับผู้ผิดสัญญาด้วย แต่ไม่ปรากฏว่าสามารถทำเช่นนี้ได้เพราะกฎหมายอนุญาตให้มีการรับช่วงสิทธิเพียงทางเดียว นอกจากนี้ หากพิจารณามาตรา 217 จะเห็นได้ว่าลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อในระหว่างที่ผิดนัด ทั้งจะต้องรับผิดชอบในการที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ผิดนัดด้วย ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่ค่อนข้างหนักเพราะแม้ใช้ความระมัดระวังแล้วอุบัติเหตุก็อาจเกิดขึ้นได้ จึงเป็นข้อสนับสนุนว่าผู้ผิดสัญญาไม่ได้มีความผิดน้อยไปกว่าผู้ทำละเมิด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในทางกลับกันลำพังแต่เพียงการผิดสัญญาอย่างเดียวก็มิได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินจึงหนีไม่พ้นผู้ทำละเมิด และการที่ผู้ผิดสัญญาเจตนาไม่คืนทรัพย์สินภายในกำหนดแต่ยังไม่ได้กระทำความผิดอาญาถึงขั้นยกยอกทรัพย์สินคงถือไม่ได้ว่าผู้ทำละเมิดผิดน้อยกว่าผู้ผิดสัญญา นอกจากนี้แม้ผู้ผิดสัญญาจะมีความผิดมากหรือน้อยกว่าผู้ทำละเมิดแต่ก็รับผิดชอบอย่างหนักไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าผู้ทำละเมิดเพราะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นและการไล่เบี้ยจากผู้ทำละเมิดอาจไม่สามารถทำได้โดยง่ายเนื่องจากผู้ทำละเมิดมักจะหลบหนี ดังนั้น จึงน่าจะเป็นการเพียงพอและสมควรที่จะให้ผู้ผิดสัญญารับช่วงสิทธิจากเจ้าหนี้ได้

ทฤษฎีที่สามซึ่งอธิบายว่าการรับช่วงสิทธิมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้อาจไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดผู้ทำละเมิดจึงไม่อาจรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อไล่เบี้ยผู้ยืมได้ทั้งที่เป็นไปตามหลักการของแนวคิดนี้ เนื่องจากการที่ผู้ทำละเมิดและผู้ยืมต้องรับผิดชอบก็เพราะต้องการคุ้มครองเจ้าหนี้ นอกจากนี้ยังมีข้อโต้แย้งว่าลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายอยู่แล้วถึงแม้จะไม่มีหลักการรับช่วงสิทธิเป็นเครื่องจูงใจให้ชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายบังคับให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบแต่หากไม่มีเครื่องจูงใจให้รับผิดชอบแล้วก็อาจเกิดการหลีกเลี่ยงได้ง่ายซึ่งไม่เป็นคุณแก่เจ้าหนี้⁵⁰

2.4 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด

หลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาการกระทำของผู้กระทำว่ามีความรับผิดในทางละเมิดหรือไม่ คือ มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย เกิดความเสียหายแก่บุคคล

⁵⁰ ศรีณีย์ พรหมสุรินทร์ (เชิงอรรถ 40) 62-64.

อื่น และความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ทำละเมิด⁵¹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การกระทำของบุคคลนั้นก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยแก่บุคคลอื่น และบุคคลนั้นควรเป็นผู้รับภาระในการป้องกันความเสียหายหรือเป็นกรณีที่จะพิสูจน์ถึงความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อได้ยาก กฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลนั้นรับผิดชอบไม่ได้กระทำได้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เช่น กรณีความเสียหายเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล ของตกหล่นจากโรงเรือน ความเสียหายเกิดจากสัตว์ หรือสินค้า เป็นต้น แนวคิดดังกล่าวเป็นรากฐานของทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิดที่สำคัญ ดังนี้

2.4.1 ทฤษฎีรับภัย

ทฤษฎีรับภัยหรือทฤษฎีภัยที่สร้างขึ้น (Theorie du risquer) ถูกคิดขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสชื่อ Saleilles โดยถือว่าเมื่อมนุษย์ได้กระทำการใดแล้ว ย่อมเป็นการเสี่ยงภัยเพราะการกระทำนั้นอาจเป็นผลร้ายหรือดีก็ได้ ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต้องมีการชดใช้เยียวยา ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดตามทฤษฎีนี้มีองค์ประกอบสองประการ คือ ความเสียหายและความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างการทำของผู้กระทำละเมิดกับความเสียหาย อาจกล่าวได้ว่า การหาตัวผู้กระทำละเมิดก็คือ การหาตัวผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเพราะผู้ก่อให้เกิดความเสียหายก็คือผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับภัยแห่งการกระทำนั้นด้วย⁵² ความรับผิดชอบทางละเมิดตามทฤษฎีนี้จึงไม่ได้พิจารณาองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำว่ากระทำโดยจงใจหรือขาดความระมัดระวังแต่ประการใด โดยมีเหตุผลทางทฤษฎีมาสนับสนุน 2 ประการ คือ

ประการแรก เหตุผลทางกฎหมาย ผลแห่งความรับผิดชอบทางละเมิดมิใช่เป็นการลงโทษเช่นเดียวกับความรับผิดชอบทางอาญา แต่คือการบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ดังนั้น กฎเกณฑ์เรื่องละเมิดไม่ควรให้คำนึงถึงความผิดเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ทางอาญา เพียงแต่เป็นผู้ก่อความเสียหายก็ควรถือว่าเป็นละเมิดแล้ว

ประการที่สอง เหตุผลทางพฤติการณ์ ผู้เสียหายไม่ควรเป็นผู้รับเคราะห์ในความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งมิได้เกิดจากการกระทำของเขา แม้จะหาผู้รับผิดชอบไม่ได้ ต้องพิจารณาว่าภัยนั้นเป็นเพราะเหตุใด และผู้ที่ยกขึ้นต้องเป็นผู้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทฤษฎีรับภัยนี้แบ่งออกได้เป็น 3 ทฤษฎี ดังนี้

⁵¹ จิตติ ดิงศภัทย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา 395-452* (สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2557) 71.

⁵² จีต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 108.

2.4.1.1 ทฤษฎีความรับผิดโดยเด็ดขาด (Absolute Liability)

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลทางแพ่งยุคแรกๆ ไม่พิจารณาถึงความนึกคิดภายในจิตใจของผู้กระทำ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและทราบตัวผู้ก่อความเสียหาย ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่มีสิทธิปฏิเสธความรับผิด ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Absolute Liability) หรือทฤษฎีความรับผิดโดยไม่มีผิด (Liability without fault) มีรากฐานมาจากทฤษฎีรับภัยและเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย โดยถือว่าการกระทำของมนุษย์ที่กระทำขึ้นแล้วเป็นการเสี่ยงภัย ผู้กระทำต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น ถ้ามีความเสี่ยงภัยคือความเสียหายเกิดขึ้น เขาต้องรับเคราะห์และต้องรับความเสียหายนั้น⁵³

2.4.1.2 ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ในยุคแรกก่อนคริสตศตวรรษที่ 19 กฎหมายละเมิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดจึงมิได้พิจารณาถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่คำนึงถึงความเสียหายมากกว่า ต่อมาทฤษฎีนี้ขยายหลักความรับผิดทางละเมิดโดยต้องพิจารณาการจงใจกระทำหรือประมาทเลินเล่อด้วย เนื่องจากได้รับอิทธิพลทางศาสนาอย่างมากและถือว่าการทำละเมิดเป็นการประพฤติดิถีศีลธรรมอยู่ในตัว หลักดังกล่าวนี้คุ้มครองเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำมากกว่าสิทธิของผู้เสียหาย⁵⁴ ทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งการพิสูจน์ความรับผิดเป็นไปด้วยความยากลำบากเนื่องจากได้มีการนำเอาเทคโนโลยีการผลิตโดยใช้เครื่องจักรแทนแรงงานคนซึ่งมีความสลับซับซ้อนและทำให้เกิดความเสี่ยงภัยมากขึ้น ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมช่วงปลายศตวรรษที่ 19 มีผลให้หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดเปลี่ยนแปลงไป เพราะความเสียหายบางอย่างผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงสาเหตุที่เกิดขึ้นได้ หรือพิสูจน์ได้ยากเพราะเหตุที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลยแต่เพียงฝ่ายเดียว⁵⁵ รัฐจึงต้องเข้ามากำกับเพื่อให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองจากความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยกำหนดให้ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้จะไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและไม่ว่าการกระทำนั้นจะผิดกฎหมายหรือไม่ เป็นไปตามหลักที่ว่า การกระทำของบุคคลใดที่เกิดขึ้นย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้น และย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง

คดี Rylands V. Fletcher ในประเทศอังกฤษซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1868 มีข้อเท็จจริงว่า

⁵³ เฟ็งอ้าง, 105.

⁵⁴ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ลักษณะละเมิด (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2546) 7.

⁵⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่อง ประมวลกฎหมายอาญา ลัทธิรับภัยโดยใช้กลอุบายมิได้หรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (สำนักพิมพ์แสงทองการพิมพ์ 2517) 52.

⁵⁶ โจทก์และจำเลยมีที่ดินต่อเนื่องกัน โจทก์ทำเหมืองถ่านหินในที่ดินของตน ส่วนจำเลยเคยทำเหมืองแร่ในที่ดินของตนเองแต่ได้เลิกกิจการไปแล้ว และมีการขุดอุโมงค์เป็นช่องทางเดินเชื่อมต่อกับเหมืองแร่ในที่ดินของโจทก์ จำเลยไม่ทราบเรื่องการขุดอุโมงค์ดังกล่าว ต่อมาจำเลยได้ว่าจ้างผู้รับเหมาให้ก่อสร้างอ่างเก็บน้ำในที่ดินของตนเพื่อส่งน้ำไปยังโรงงานของจำเลยซึ่งอยู่ในที่ดินแปลงเดียวกัน เมื่ออ่างเก็บน้ำสร้างเสร็จและเริ่มใช้งานปรากฏว่าอ่างเก็บน้ำไม่สามารถกั้นน้ำได้ทำให้น้ำไหลผ่านที่ดินของจำเลยเข้าไปในอุโมงค์และเข้าไปในที่ดินของโจทก์ท่วมเหมืองถ่านหินซึ่งอยู่ติดกับที่ดินของจำเลยได้รับความเสียหาย โดยเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของผู้รับเหมาในการคำนวณอ่างเก็บน้ำอย่างเพียงพอโดยจำเลยไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวและไม่ได้ประมาทเลินเล่อด้วย คดีนี้ ท่านผู้พิพากษา แบล็คเบิร์น (Blackburn) วินิจฉัยว่า “บุคคลที่สร้างสิ่งใดขึ้นหรือก่อสร้างสิ่งใดในที่ดินของตน หรือมีหน้าที่ดูแลสิ่งใดเนื่องจากสิ่งนั้นอยู่ในที่ดินของตน บุคคลนั้นมีหน้าที่โดยเด็ดขาดที่จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นและต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นในทุกกรณี” จำเลยในคดีนี้แม้ไม่ได้ประมาทเลินเล่อแต่ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น คดี Rylands V. Fletcher ถือเป็นบรรทัดฐานของทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ต่อมาลอร์ดแคร์นส์ (Lord Cairns) ได้จำกัดหลักดังกล่าวเฉพาะการใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามปกติ ในกรณีที่จำเลยในคดีนี้ใช้ที่ดินผิดปกติโดยสร้างเขื่อนในบริเวณซึ่งเป็นเหมืองถ่านหินมากกว่าการพิจารณาถึงการที่น้ำไหลเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น หลักการนี้ได้ใช้ปฏิบัติกันต่อมา⁵⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า บุคคลอาจต้องรับผิดแม้ไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เพราะการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำละเมิดตามทฤษฎีนี้ไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของผู้กระทำ โดยพิจารณาเพียงว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดเท่านั้น ซึ่งผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากตัวทรัพย์สินและพิสูจน์ฐานะของบุคคลที่จะต้องรับผิด⁵⁸ แต่ผู้กระทำละเมิดไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ว่าไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

2.4.1.3 ทฤษฎีบทสันนิษฐานความรับผิด (Theory of Presumption Fault)

เป็นแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้นเนื่องจากความนึกคิดภายในใจของผู้ก่อความเสียหายเป็นเรื่องที่ยากจะหยั่งทราบหรือพิสูจน์ให้เห็นว่ามีความมุ่งหมายต่อผลแห่งความเสียหายนั้น หรือขาดความระมัดระวังจึงเกิดข้อสันนิษฐานความผิดขึ้นเพื่อลดภาระในการพิสูจน์ความผิดของผู้เสียหาย ข้อสันนิษฐานความรับผิดที่สำคัญมีที่มาจากการที่บุคคลมีหน้าที่ระมัดระวังดูแลบุคคลอื่นหรือสิ่งของ หากบุคคลหรือสิ่งของที่อยู่ในความดูแลก่อให้เกิดความเสียหาย ย่อมเข้าข้อสันนิษฐานว่าบุคคลผู้ดูแล

⁵⁶ William L., *Law of Torts* (4th edn, West Publishing 1978) 505-506.

⁵⁷ จันทิมา ก้อนจันทร์เทศ, ‘ความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 51-52.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง, 15.

มีความรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบ⁵⁹ โดยกฎหมายผลัการกระทำพิสูจนให้ฝ่ายจำเลยมีหน้าที่พิสูจนว่าการกระทำของตนเข้าช้อยกเว้นความรับผิดชอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจนถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของฝ่ายจำเลย อย่างไรก็ตาม จำเลยอาจพิสูจนเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้

แม้กฎหมายไทยจะไม่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีรับภัยโดยตรง⁶⁰ แต่ได้มีการนำทฤษฎีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ โดยผู้เสียหายต้องพิสูจนเพียงว่าได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการซึ่งการใช้และการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติ และผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจนให้เห็นว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการ⁶¹ นอกจากนี้มีการนำเอาทฤษฎีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดและทฤษฎีบทสันนิษฐานความรับผิดมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะ กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ครองหรือเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างในความชำรุดบกพร่อง หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอ กฎหมายเกี่ยวกับการบินพาณิชย์ และกฎหมายค่าทดแทนความเสียหายในการทำงาน เป็นต้น

⁵⁹ คชา ชิตโชติ, 'ของตกหล่นจากโรงเรือน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 16.

⁶⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2553) 11.

⁶¹ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 มาตรา 6.

2.4.2 ทฤษฎีความผิด (Theory of Fault)

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดมีความชัดเจนมากขึ้นว่าการที่ผู้กระทำจะมีความรับผิดต้องมีความผิดด้วย (No Liability without Fault) ทฤษฎีความผิดเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลจากระบบการค้าเสรี (Laissez-Faire) และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรปเพราะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความกล้าในการดำเนินกิจการมากขึ้น เนื่องจากทฤษฎีความรับผิดโดยปราศจากความผิดขัดขวางต่อความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรม หากความเสียหายเกิดขึ้นจากการทำอุตสาหกรรมผู้ประกอบการกิจการต้องรับผิดโดยไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดได้⁶² จึงมีการยอมหลักที่ว่า ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดเมื่อการกระทำของตนเป็นความผิด หรือหลักไม่มีความรับผิดถ้าปราศจากความผิด (Liability as a Result of Fault) การที่บุคคลใดจะต้องรับผิดในทางละเมิดจึงต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด (Fault) รวมทั้งองค์ประกอบภายในของผู้กระทำว่ากระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือไม่

ทฤษฎีรับภัยบุคคลที่ต้องรับผิดไม่จำเป็นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ส่วนทฤษฎีความผิดนั้นประกอบด้วยส่วนที่เป็นการกระทำ และส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายในเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความผิดในทฤษฎีความผิดและเป็นหลักสำคัญซึ่งเป็นจุดแบ่งระหว่างทฤษฎีความผิดและทฤษฎีรับภัย นอกจากนี้ การที่บุคคลจะต้องรับผิดตามทฤษฎีความผิดจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ ความผิดและความเสียหายซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ผู้เสียหายจึงต้องพิสูจน์ให้ครบองค์ประกอบของละเมิดว่ามีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นเป็นความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำผิดนั้น ผู้กระทำละเมิดถึงต้องรับผิด⁶³

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดเริ่มจากความรับผิดเมื่อมีความเสียหาย หรือทฤษฎีรับภัย จนไปสู่ความรับผิดเมื่อมีความผิด (Theory of Fault) ต่อมาเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปหลักความรับผิดเมื่อมีความผิดจึงขาดความเหมาะสมเพราะเป็นเรื่องยากที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดและความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการผลิตสินค้าซึ่งมีความซับซ้อนมาก ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดจึงกลับไปสู่หลักที่ว่าเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิด แต่เรียกชื่อใหม่ว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาด หรือ Strict Liability หรือ Absolute Liability หรือ No Fault Liability⁶⁴

⁶² สุขุม ศุภนิธย์ (เชิงอรรถ 54) 7.

⁶³ ประยูร กันไพเราะ, 'ความรับผิดทางละเมิดในความเสียหายทางจิตใจที่เกิดกับผู้ได้รับความเสียหายลำดับสอง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2554) 20-21.

⁶⁴ สุขุม ศุภนิธย์ (เชิงอรรถ 54) 9.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญายืมใช้คงรูปของประเทศไทยและต่างประเทศ

เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีอิทธิพลในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ในการศึกษาสัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปของประเทศไทย ผู้เขียนจึงพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ

3.1 สัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

3.1.1 ลักษณะของสัญญายืม

3.1.1.1 ความหมายของสัญญายืม

สัญญายืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง (Loan for Consumption or Simple Loans) บัญญัติไว้ในมาตรา 1892 ถึงมาตรา 1914 และสัญญายืมใช้คงรูป (Loan for Use or Commodates) บัญญัติไว้ในมาตรา 1875 ถึงมาตรา 1891 สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง มาตรา 1892 วางหลักว่า “ยืมใช้สิ้นเปลือง คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบ (Delivers) ทรัพย์สิน (Things) มีปริมาณแน่นอนซึ่งหมดไปโดยการไ้ทรัพย์สินนั้น ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะคืนทรัพย์สินในปริมาณ ชนิด (Kind) และคุณภาพ (Quality) เดียวกันให้แก่ผู้ให้ยืม¹ และสัญญายืมใช้คงรูปมาตรา 1875² วางหลักว่า “ยืมใช้คงรูป คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ยืมจะคืนทรัพย์สินนั้นภายหลังที่ใช้สอยเสร็จ” ความหมายของสัญญายืมตามมาตราดังกล่าว จึงหมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืม และผู้ยืมต้องส่งมอบทรัพย์สินเป็นปริมาณ ชนิด และคุณภาพเดียวกันกับที่รับไว้คืนในกรณีของสัญญายืมใช้สิ้นเปลือง หรือผู้ยืมมีหน้าส่งมอบทรัพย์สินตามที่ได้รับคืนในกรณีของสัญญายืมใช้คงรูป

3.1.1.2 สัญญายืมเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

สัญญายืมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นทรัพย์สินสัญญาอันเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสำคัญเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นการกระทำตามเจตนาของคู่สัญญา³ เป็นองค์ประกอบของความสมบูรณ์ในการเกิดขึ้นของสัญญายืมทำให้สัญญายืมมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย เมื่อผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืม นอกเหนือจากเจตนาของคู่สัญญาแล้วการส่งมอบ

¹ Civil Code Section 1892.

² Civil Code Section 1875.

³ ศุภัททียะ ศุภางคเสน, ‘สัญญายืม ศึกษาในเชิงทฤษฎี’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542)

ทรัพย์ที่ยืมจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาอันจะทำให้สัญญาเต็มสมบูรณ์มีผลใช้บังคับกันได้ ตามกฎหมาย

3.1.1.3 สัญญาเต็มเป็นสัญญาฝ่ายเดียว

สัญญาเต็มเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่ฝ่ายผู้ยืมเท่านั้น ผู้ยืมมีหนี้ในการคืนทรัพย์ปริมาณ ชนิด และคุณภาพเดียวกันกับที่ได้รับไว้ในกรณีที่สัญญาเต็มใช้สิ่งเปลือง หรือหนี้ในการที่จะต้องรักษาและส่งคืนทรัพย์ที่ยืมหากเป็นสัญญาเต็มใช้คงรูป การที่สัญญาเต็มเป็นสัญญาฝ่ายเดียวจึงเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของสัญญาเต็ม⁴

3.1.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญาเต็มใช้คงรูป

3.1.2.1 ลักษณะของสัญญาเต็มใช้คงรูป

ตามประมวลกฎหมายแพ่งกล่าวถึงลักษณะของสัญญาเต็มใช้คงรูปโดยกำหนดไว้ในมาตรา 1875 วางหลักว่า “ยืมใช้คงรูป คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ยืมจะคืนทรัพย์นั้นภายหลังที่ใช้สอยเสร็จ” ดังนั้น สัญญาเต็มใช้คงรูปจึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืมได้ส่งมอบการครอบครองทรัพย์ให้แก่ผู้ยืมใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สิ่งนั้นภายหลังที่ได้ใช้สอยเสร็จสิ้นแล้ว การส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ยืมมิได้มีลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ยืม มาตรา 1875 กำหนดไว้เพียงว่า “The parties delivers to the other a thing to be used, on condition that the borrower returns it after making use of it.” หมายความว่า ผู้ให้ยืมต้องส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ยืมใช้สอย แต่การใช้ทรัพย์มิได้ลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สูญสิ้นหรือหมดไปเพราะการใช้ทรัพย์นั้น ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์อันเดียวกันกับที่ได้รับมา การส่งมอบทรัพย์ตามสัญญาเต็มใช้คงรูปจึงเป็นเพียงการส่งมอบการครอบครองทรัพย์ให้แก่ผู้ยืมเท่านั้น ผู้ยืมไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ยืมแต่อย่างใด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1877 ว่า “The lender remains the owner of the thing loan.” หมายความว่า ผู้ให้ยืมยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์ที่ให้ยืม นอกจากนี้ สัญญาเต็มใช้คงรูปยังมีลักษณะเป็นการให้ยืมทรัพย์โดยไม่คิดค่าตอบแทนใด ๆ ผู้ยืมมีสิทธิใช้ทรัพย์ที่ยืมได้เปล่า ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1876 ว่า “Such loan is essentially gratuitous.” หมายความว่า การยืมนั้นเป็นการยืมโดยไม่เสียค่าตอบแทน หากมีการกำหนดค่าตอบแทนแก่กัน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นไม่ใช่สัญญาเต็มแต่เป็นสัญญาเช่า การไม่เสียค่าตอบแทนจึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาเต็ม หากสิ่งที่มอบให้สำหรับการยืมเป็นทรัพย์อันอื่นชนิดเดียวกัน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นไม่ใช่สัญญาเต็ม หรือสัญญาเช่า แต่เป็นสัญญาไม่มีชื่อ⁵

3.1.2.2 ความหมายของสัญญาเต็มใช้คงรูป

ประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้กำหนดความหมายของสัญญาเต็มใช้คงรูปไว้เพียงแต่กล่าวถึงลักษณะของสัญญาเต็มใช้คงรูปดังที่ปรากฏในมาตรา 1875 ดังที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น สัญญาเต็มใช้คงรูป คือ

⁴ เฟิงอ้าง.

⁵ Marcel Plaiol, *Treaties on the Civil Law* (11th edn, Louisiana State Law Institute 1939) 205.

สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้สอย โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งจะคืนทรัพย์สินนั้นภายหลังที่ใช้สอยเสร็จแล้ว

3.1.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญาอิมใช้คงรูป

นี่ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1131⁶ วางหลักว่า หน้าที่ปราศจากวัตถุประสงค์ หรือมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบ หรือมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ย่อมไม่มีผลบังคับ ส่วนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 1101⁷ วางหลักว่า สัญญา คือ ข้อตกลงซึ่งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนผูกพันตนต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนในการโอนกรรมสิทธิ์ ภาระทำการ หรืองดเว้นภาระทำการใด สัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงประกอบด้วยลักษณะ 2 ประการ คือ เป็นการกระทำของบุคคลสองฝ่ายขึ้นไปและสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาทำให้เกิดหนี้ตามกฎหมาย⁸ ดังนั้น องค์ประกอบที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์จึงประกอบด้วย คู่สัญญาที่มีความสามารถตามกฎหมาย เจตนาของคู่สัญญาในการทำสัญญา และวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹

สัญญาอิมใช้คงรูปเป็นทรัพย์สินสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งต้องพิจารณาการส่งมอบทรัพย์สินเป็นสำคัญ การส่งมอบทรัพย์สินทำให้สัญญาอิมใช้คงรูปเกิดขึ้นตามหลักทรัพย์สินสัญญาซึ่งประเทศฝรั่งเศสก็ใช้หลักทรัพย์สินสัญญาดังกล่าวโดยรับหลักการมาจากกฎหมายโรมัน เมื่อสัญญาอิมใช้คงรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของสัญญา กล่าวคือ สัญญาอิมใช้คงรูปต้องประกอบด้วยคู่สัญญา เจตนา และวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลซึ่งเป็นฝ่ายอนุรักษนิยม (Conservative) มีความเห็นเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาอิมใช้คงรูปเป็นไปตามหลักการทรัพย์สินสัญญา ความเห็นเช่นนี้เป็นความเห็นที่ยึดโยงกับกับแนวคิดดั้งเดิมสมัยโรมัน โดยถือว่าสัญญาอิมเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral Contract) และสัญญาอิมจะเกิดขึ้นไม่ได้หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน¹⁰

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของ M. Combesure ที่ต่างออกไปว่าไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติเรื่องทรัพย์สินสัญญาที่ก่อให้เกิดสัญญาโดยการส่งมอบทรัพย์สินไว้ในประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งมีลักษณะต่างจากสัญญาอื่นๆ สัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่มีในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งท่าน M. Combesure เห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาอิมมิใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดสัญญาอิม แต่การส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วจากความตกลงยินยอมของคู่สัญญา เพราะสัญญาอิมเป็นสัญญาที่เกิดขึ้น

⁶ Civil Code Section 1131.

⁷ Civil Code Section 1101.

⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ* (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2526) 74.

⁹ เพิ่งอ้าง, 94-107.

¹⁰ Barry Nicholas, *The French Law of Contract* (2nd edn, Oxford University 1992) 41-42.

จากความตกลงยินยอมของคู่สัญญา¹¹ ตามมาตรา 1134¹² วางหลักว่า สัญญาที่เกิดขึ้นถูกต้องตามแบบกฎหมายคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต อย่างไรก็ตาม ท่าน Planiol มีความเห็นแย้งเกี่ยวกับสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 1102 ว่าหนี้ในสัญญาต่างตอบแทนนั้นต้องมีอยู่ตั้งแต่ตกลงทำสัญญา แต่หนี้อันเกิดแต่การส่งมอบทรัพย์สิน คู่สัญญาไม่มีหนี้ต่างตอบแทนต่อกัน ดังนั้น การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาที่เกิดขึ้นต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สิน จึงมีลักษณะที่ต่างจากการชำระหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน¹³

การกล่าวถึงสัญญาที่ยืมว่าเป็นทรัพย์สินสัญญา แม้นักวิชาการจะมีความเห็นว่าสัญญาที่ยืมเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอม แต่ก็ได้ยอมรับว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสรับรองว่าสัญญาบางลักษณะเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน เมื่อมีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล ศาลย่อมบังคับใช้หลักกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ กล่าวคือ สัญญาเหล่านั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ถือได้ว่าสัญญาที่ยืมมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน¹⁴

3.1.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาที่ยืมใช้คงรูป

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1878 บัญญัติว่า “...which is not consumed by use may be the object of such an agreement.” เห็นได้ว่าทรัพย์สินนั้นต้องไม่สูญสิ้นหรือเปลืองไปเพราะการใช้ทรัพย์สินนั้น เช่น การยืมสิ่งมีชีวิตตามมาตรา 1894¹⁵ สิ่งใดก็ตามที่อยู่เชิงพาณิชย์ทั้งที่เคลื่อนที่ไม่ได้และเคลื่อนที่ได้ อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม มีความจำเป็นที่ทรัพย์สินที่ยืมนั้นมีลักษณะที่สามารถคงอยู่จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นไม่ได้บ่งบอกถึงความสิ้นเปลือง หรือการเปลี่ยนเจ้าของ โดยการคืนผู้ยืมมีภาระหน้าที่ในการส่งคืนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอันเดียวกับที่ได้ยืมมา ดังนั้น ไลน์ หรือ เงิน จึงไม่สามารถเป็นวัตถุของสัญญาที่ยืมใช้คงรูปได้ เนื่องจากไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้นอกจากโดยการตีมีไลน์หรือการใช้จ่ายเงิน สิ่งเหล่านี้มักเป็นวัตถุของสัญญาที่ยืมใช้สิ้นเปลือง¹⁶ ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาที่ยืมใช้คงรูปจึงอาจเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง

เมื่อได้มีการตกลงทำสัญญาที่ยืมใช้คงรูปกันแล้วประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1879¹⁷ วางหลักว่า ข้อผูกพันซึ่งเกิดขึ้นตามสัญญาที่ยืมใช้คงรูปตกแก่ทายาทของผู้ให้ยืมและทายาทของผู้ยืม แต่ถ้ายืมนั้นได้ตกลงเป็นการเฉพาะให้ผู้ให้ยืมเท่านั้นเป็นผู้ใช้สอยทรัพย์สิน ทายาทของผู้ยืมไม่มีสิทธิใช้สอย

¹¹ ศุภทัตติยะ ศุภางคเสน (เชิงอรรถ 3) 24.

¹² Civil Code Section 1134.

¹³ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 573.

¹⁴ เพิ่งอ้าง.

¹⁵ Civil Code Section 1894.

¹⁶ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 204.

¹⁷ Civil Code Section 1879.

ทรัพย์สิน การส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาใช้คงรูปมิได้มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้ให้ยืมยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1888¹⁸ วางหลักว่า ผู้ให้ยืมจะรับทรัพย์สินที่ยืมคืนได้เฉพาะภายหลังจากกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ หรือมีการผิดข้อตกลง หรือภายหลังจากที่ได้ใช้สอยเสร็จสิ้นแล้ว โดยปกติแล้วเจ้าของจะเป็นผู้ให้ยืม แต่ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน หรือผู้เช่าก็สามารถเป็นผู้ให้ยืมได้ผู้เช่าสามารถให้เพื่อนหรือญาติของตนยืมอพาร์ทเมนต์ได้ การยืมสิ่งของของบุคคลอื่นสมบูรณ์ในสถานะสัญญา ระหว่างระหว่างคู่สัญญา แต่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสถานะของเจ้าของทรัพย์สิน ในกรณีนี้ผู้ให้ยืมต้องแสดงว่าเขาไม่ผิดอีกครั้ง¹⁹

3.1.2.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้คงรูป

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติเรื่องคำมั่นว่าจะซื้อขายไว้ในมาตรา 1589 1590 1675 ซึ่งคำมั่นฝ่ายเดียวในการจะซื้อขายดังกล่าวจะเกิดผลเป็นสัญญาซื้อขายเมื่อได้ตกลงกันเรื่องทรัพย์สินและราคาแล้ว หากมีการไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้คู่กรณีอาจเรียกค่าเสียหายได้ตามฐานในการคำนวณค่าเสียหาย²⁰นอกจากคำมั่นในการจะซื้อขายแล้วประมวลกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดคำมั่นในการทำสัญญาอื่นๆ ไว้

คำมั่นจะทำสัญญาในทางทฤษฎีแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญาเป็นคำมั่นที่เกิดจากผู้ให้คำมั่นแต่ฝ่ายเดียว เมื่อผู้รับคำมั่นใช้สิทธิตอบรับตามคำมั่น ผู้ให้คำมั่นจะถูกบังคับให้ต้องทำสัญญาตามที่ให้คำมั่นไว้ และคำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา เมื่อฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะขาย และอีกฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะซื้อจึงกลายเป็นคำมั่นต่างตอบแทน คำมั่นต่างตอบแทนต้องอาศัยการแสดงเจตนาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่าจะผูกพันซึ่งกันในการทำสัญญา²¹

มีความเห็นว่าคำมั่นฝ่ายเดียวตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว²² ซึ่งเป็นสัญญาในขั้นต้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำสัญญาขั้นสุดท้าย ผู้รับคำมั่นจึงมีสิทธิเลือกว่าจะทำคำสนองเพื่อให้เกิดเป็นสัญญาเมื่อใดก็ได้ สัญญาฝ่ายเดียวบัญญัติไว้ในมาตรา 1103²³ วางหลักว่า สัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อถือว่าคำมั่นเป็นสัญญาจึงต้องนำหลักของสัญญามาปรับใช้ด้วย โดยจะต้องพิจารณาเรื่องความยินยอมตั้งแต่ในขณะ

¹⁸ Civil Code Section 1888.

¹⁹ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 205.

²⁰ ศุภัททียะ ศุภางคเสน (เชิงอรรถ 3) 30.

²¹ อธิวกร ยอดชาญ, 'คำมั่นจะทำสัญญา: ศึกษาในเชิงทฤษฎี' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544) 78.

²² เบญจวรรณ ณ นคร, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้สอยเปลี่ยน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2555) 62.

²³ Civil Code Section 1103.

มีคำมั่นจะทำสัญญา หากใช้นำหลักความยินยอมมาพิจารณาเมื่อผู้รับคำมั่นแสดงเจตนาสนองรับไม่ ผู้รับคำมั่นอาจโอนสิทธิในการสนองรับคำมั่นให้แก่บุคคลอื่นได้ และหากผู้รับคำมั่นสนองรับยอมก่อให้เกิดสัญญาในขั้นสุดท้าย

มีความเห็นของอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะทำนิติกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวทำให้คำมั่นผูกพันผู้ให้คำมั่น²⁴ ผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นนี้อธิบายว่าหากผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้ในขั้นตอนก่อนทำสัญญา ผู้รับคำมั่นมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำมั่นได้ แต่ไม่อาจบังคับให้ผู้ให้คำมั่นปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้ได้²⁵ โดยศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับความเห็นนี้นอกจากนี้ ตามความเห็นของฝ่ายนี้เป็นการยอมรับว่านิติกรรมฝ่ายเดียวก่อให้เกิดหนี้ได้

บทบัญญัติในเรื่องสัญญาใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้กล่าวถึงคำมั่นจะให้ใช้คงรูปไว้โดยชัดแจ้ง แต่คำมั่นจะให้ใช้มทรัพย์ยอมใช้บังคับได้เช่นเดียวกับคำมั่นในเรื่องอื่นๆ เช่น การเปิดเครดิตให้แก่ลูกค้าของธนาคาร²⁶ หากบุคคลหนึ่งให้คำมั่นว่าจะให้ใช้มทรัพย์ยอมก่อให้เกิดหนี้ที่แก่บุคคลนั้นในการปฏิบัติตามคำมั่นของตนซึ่งการให้คำมั่นดังกล่าวอยู่ในขั้นตอนก่อนทำสัญญา และบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งผู้รับคำมั่นยอมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้เมื่อบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้ให้ไว้

3.1.2.6 แบบของสัญญาใช้คงรูป

การทำนิติกรรมระหว่างคู่สัญญาอันจะให้เกิดผลใช้บังคับได้ จะต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากสัญญาใดกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้คู่สัญญายอมสามารถตกลงทำสัญญากันได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา สัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้โดยไม่ต้องทำตามแบบพิธีการใดอีก²⁷

ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้คู่สัญญาต้องทำตามแบบเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาซึ่งมีชื่อเรียกว่า Solemn Act ในทางปฏิบัติมักจะกระทำต่อหน้าโนตารีโดยทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้น นิติกรรมดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย การทำสัญญาตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นี้เป็นการกระทำในลักษณะ Authentic Instrument คือ จะต้องทำเป็นหนังสือต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจในการจัดทำเอกสารนั้น และการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดถือว่าเป็นองค์ประกอบของนิติกรรมด้วย เช่น การรับรองบุตร การให้การทำพินัยกรรม การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การจำนอง เป็นต้น²⁸

²⁴ โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายว่าด้วยหนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป* (สำนักพิมพ์กรุงสยามพรินติง กรุ๊ป 2532) 31-32.

²⁵ Boris Stark, Henri Roland and Laurent Boyer, *Obligations* (Litec 1995) 77-78.

²⁶ Barry Nicholas (เชิงอรรถ 10) 41-42.

²⁷ สุตราตัน ภัทรานุรักษ์กุล, 'ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบแบบและระบบทะเบียน: ศึกษากรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551) 84-85.

²⁸ เพิ่งอ้าง.

การส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาใช้คงรูปซึ่งทำให้สัญญาใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ไม่ใช่แบบของสัญญาใช้คงรูปตามกฎหมาย แต่เป็นเงื่อนไขอันจะทำให้สัญญาใช้คงรูปสมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาใช้คงรูป สัญญาใช้คงรูปไม่สมบูรณ์แต่ไม่ได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

3.1.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

(1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม

ผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินคืนภายหลังกำหนดเวลาที่ตกลงกับผู้ยืม หรือเมื่อมีการผิดข้อตกลงระหว่างผู้ให้ยืมและผู้ยืม หรือภายหลังที่ผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยืมแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1888²⁹ และถึงแม้ว่าผู้ยืมยังต้องการใช้ทรัพย์สินอยู่ หากผู้ให้ยืมมีความต้องการใช้ทรัพย์สินอย่างรีบด่วนและไม่อาจคาดหมายได้ ศาลอาจบังคับให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมได้ตามพฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1889³⁰ สิทธิในการเรียกให้คืนทรัพย์สินนี้ไม่นำไปใช้กับสัญญาใช้สินเปลืองด้วย เนื่องจากผู้ยืมไม่มีสิ่งของที่ยืมอีกต่อไป เพราะเขาได้โอนหรือผลาญทรัพย์สินนั้นแล้ว ในขณะที่ผู้ยืมใช้คงรูปมักยึดหน่วงทรัพย์สินที่ยืมไว้³¹

โดยหลักแล้วผู้ให้ยืมไม่มีภาระหน้าที่ใด ก่อนการส่งมอบทรัพย์สินไม่มีสัญญาผูกมัดคู่กรณี ภายหลังการส่งมอบผู้ยืมไม่มีสิ่งใดที่จะเรียกร้องจากผู้ให้ยืมเนื่องจากสัญญาใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ยืมอาจมีภาระผูกพันบางอย่าง แต่ภาระหน้าที่ของผู้ให้ยืมนี้ไม่ได้เกิดขึ้นจากสัญญาใช้คงรูป³² กล่าวคือ ผู้ให้ยืมมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายคืนให้แก่ผู้ยืม ถ้าในระหว่างระยะเวลาของการยืมผู้ยืมถูกบังคับให้สงวนรักษาทรัพย์สินที่ยืมโดยเสียค่าใช้จ่ายพิเศษซึ่งจำเป็นและเร่งด่วนจนผู้ยืมไม่สามารถแจ้งผู้ให้ยืมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1890³³ ภาระผูกพันนี้เกิดจากการจัดการงานของผู้ยืม นอกจากนี้ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมมีความชำรุดบกพร่องซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ยืม ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบเมื่อได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้นและไม่ได้บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบล่วงหน้า ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1891³⁴ ภาระหน้าที่ของผู้ให้ยืมนี้เกิดจากการหลอกลวงของผู้ยืม³⁵

(2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

²⁹ Civil Code Section 1888.

³⁰ Civil Code Section 1889.

³¹ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 206.

³² เพิ่งอ้าง.

³³ Civil Code Section 1890.

³⁴ Civil Code Section 1891.

³⁵ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 206.

สิทธิของผู้ยืมตามสัญญายืมใช้คงรูปผู้ยืมเมื่อได้รับมอบทรัพย์สินจากผู้ยืมมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินได้ สัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียวผู้ยืมยอมเป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว ผู้ยืมไม่มีสิทธิยึดถือทรัพย์สินที่ยืมไว้เพื่อหักกลบหนี้ที่ผู้ยืมเป็นหนี้ผู้ยืมได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1885³⁶ การใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นทรัพย์สินที่ยืมมาใช้งานแทนเงินนั้นไม่อาจกระทำได้ กล่าวได้ว่า มาตรา 1185 บัญญัติขึ้นเพื่อปฏิเสธไม่ให้ผู้ยืมมีสิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สินแม้ว่าผู้ยืมจะเป็นเจ้าหนี้ของผู้ยืม³⁷ และในกรณีที่ผู้ยืมเสียค่าใช้จ่ายบางอย่างเพื่อใช้ทรัพย์สินผู้ยืมไม่อาจเรียกร้องจากผู้ยืมได้³⁸

ผู้ยืมมีภาระผูกพันสามประการ³⁹

(1) ดูแลปกป้องและรักษาทรัพย์สินเป็นอย่างดีในฐานะผู้ดูแลที่รอบคอบ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1880⁴⁰ วางหลักว่า ผู้ยืมมีหน้าที่ในการดูแล เก็บรักษา และสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ยืมเสมือนเจ้าของที่ระมัดระวัง ผู้ยืมจะใช้ทรัพย์สินที่ยืมได้เฉพาะการใช้โดยธรรมชาติของทรัพย์สินนั้น หรือที่กำหนดไว้ในสัญญา

(2) จำกัดการใช้งานของตนเฉพาะที่ได้ตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ถ้าผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในการอื่น เขาอาจถูกบังคับให้จ่ายค่าเสียหายแก่ผู้ยืมในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1881⁴¹ วางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในการอื่น หรือนานกว่าที่ควร ผู้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุ

(3) ส่งคืนทรัพย์สินเมื่อครบกำหนดระยะเวลาในการยืม

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมพินาศเนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ ซึ่งผู้ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้โดยการใช้ทรัพย์สินของตนเอง หรือในกรณีที่สามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขึ้นเดียว ผู้ยืมเลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายของทรัพย์สินที่ยืม ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1882⁴² ผู้ยืมซึ่งเป็นลูกหนี้ในทรัพย์สินที่ยืมมาจะหลุดพ้นเมื่อความเสียหายของทรัพย์สินเกิดขึ้นในระหว่างระยะเวลาของการยืมโดยปราศจากความผิดของผู้ยืม แต่ผู้ยืมสามารถยอมรับความเสียหายได้โดยข้อตกลงพิเศษ กฎหมายสันนิษฐานว่ามีข้อตกลงดังกล่าวเมื่อทรัพย์สินนั้นมีการตีราคาในขณะที่ยืม⁴³ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1883⁴⁴ วางหลักว่า หากมีการประเมินราคาทรัพย์สิน

³⁶ Civil Code Section 1885.

³⁷ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 206.

³⁸ Civil Code Section 1891.

³⁹ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 206.

⁴⁰ Civil Code Section 1880.

⁴¹ Civil Code Section 1881.

⁴² Civil Code Section 1882.

⁴³ Marcel Plaiol (เชิงอรรถ 5) 206.

⁴⁴ Civil Code Section 1883.

ที่ยืม ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้จะเกิดจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุก็ตามผู้ยืมเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ทรัพย์สินตกอยู่ในความเสี่ยงของผู้ยืม หากผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในทางที่ผิด หรือเก็บทรัพย์สินไว้เกิดเวลาที่กำหนด

ในกรณีที่ทรัพย์สินเสื่อมสภาพเนื่องจากการใช้งานและโดยปราศจากความผิดของผู้ยืม ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการเสื่อมสภาพนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1884⁴⁵ ถ้าบุคคลหลายคนร่วมกันยืมทรัพย์สินเดียวกันบุคคลเหล่านั้นมีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันต่อผู้ให้ยืม ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1887⁴⁶

3.2 สัญญาเช่าและสัญญาเช่าใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002

3.2.1 ลักษณะของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าตามกฎหมายเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันโดยใช้หลักทรัพย์สินสัญญา (Re Contract) กล่าวคือ สัญญาเช่าจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน และผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้มีความผูกพันในการคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้เช่า เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 598 วางหลักว่า สัญญาเช่าใช้คงรูปผูกพันเมื่อผู้ให้เช่าได้ให้ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินนั้นโดยไม่มีค่าตอบแทน⁴⁷ การส่งมอบอาจกระทำโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้โดยให้ผู้ยืมได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น

สัญญาเช่าตามกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับหลักกฎหมายโรมัน ผู้ให้เช่าไม่มีหนี้ใดต่อผู้ยืม ผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีหน้าที่ตามสัญญา และต้องผูกพันในการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้เช่า

สัญญาเช่าอาจมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ แต่สำหรับสัญญาเช่าใช้คงรูปไม่อาจมีค่าตอบแทนได้เพราะต้องเป็นการให้ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินได้เปล่าโดยไม่เสียค่าตอบแทน หากมีการคิดค่าตอบแทน สัญญานั้นอาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน

⁴⁵ Civil Code Section 1884.

⁴⁶ Civil Code Section 1887.

⁴⁷ สุธีร์ ศุภนิธย์, *สัญญาเช่าและฝากทรัพย์สิน การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและญี่ปุ่น* (โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530) 10.

3.2.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญายืมใช้คงรูป

3.2.2.1 ลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูป

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกล่าวถึงลักษณะของสัญญายืมใช้คงรูปโดยกำหนดไว้ในมาตรา 598⁴⁸ วางหลักว่า “ตามสัญญายืมใช้คงรูป ผู้ให้ยืมผูกบังคับให้อนุญาตให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย” ดังนั้น สัญญายืมใช้คงรูปจึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืม อนุญาตให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สิน โดยไม่คิดค่าตอบแทนการใช้สอย การใช้สอยทรัพย์สินนั้นผู้ยืมต้องเป็นผู้ใช้สอยทรัพย์สินด้วยตนเอง ผู้ยืมไม่อาจนำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยผู้ให้ยืมไม่ได้ยินยอมด้วย ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 603⁴⁹ วางหลักว่า “ผู้ยืมไม่มีสิทธิส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้ยืม” นอกจากนี้ ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 604⁵⁰

3.2.2.2 ความหมายของสัญญายืมใช้คงรูป

ประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 2002 มิได้กำหนดความหมายของสัญญายืมใช้คงรูปไว้ มาตรา 598⁵¹ วางหลักไว้เพียงว่า “สัญญายืมใช้คงรูป คือสัญญาที่ผู้ให้ยืมผูกพันตนโดยอนุญาตให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย” สัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 2002 มีความหมายว่าเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืม อนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินได้เปล่า

3.2.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้คงรูป

สัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา 598 เกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน หากยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินสัญญายืมใช้คงรูปยังไม่เกิดขึ้น การที่สัญญายืมใช้คงรูปเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นไปตามหลักทรัพย์สินสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน

3.2.2.4 ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุของสัญญายืมใช้คงรูป

สัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายเยอรมันไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เรียกว่า Sachleihe บุคคลที่ยืมบ้านเพื่อใช้ประโยชน์อยู่ภายใต้กฎของ Sachleihe เช่นเดียวกับบุคคลที่ยืมหนังสือหรือเครื่องจักรทางการเกษตร⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 598 บัญญัติว่า “The lender of a thing is obliged to permit the borrower to use the item at no charge.” ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้คงรูปอาจเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินตาม

⁴⁸ German Civil Code Section 598.

⁴⁹ German Civil Code Section 603.

⁵⁰ German Civil Code Section 604.

⁵¹ German Civil Code Section 598.

⁵² Ernest J. Shuster, *The Principle of the German Law* (Clarendon 1907) 254.

Black's law dictionary หมายถึงสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะมิวัตุหรือไม่ก็ได้ และทรัพย์แบ่งออกเป็นสามจำพวก คือ ทรัพย์สิทธิหรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน สงหาริมทรัพย์ และรวมทั้งสิทธิครอบครองที่ดิน

3.2.2.5 คำมั่นจะให้ยืมใช้คงรูป

การทำคำมั่นเป็นการกระทำของบุคคลฝ่ายเดียวที่อาจก่อให้เกิดหนี้ได้ กฎหมายเยอรมันกล่าวถึงหนี้ลักษณะนี้ว่า หนี้จะต้องเกิดประโยชน์แก่บุคคล แต่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องรู้ถึงสิทธิของตนหรือยอมรับสิทธิดังกล่าว ดังนั้น จึงเกิดหนี้หรือความผูกพันตามสภาพแห่งหนี้⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติถึงคำมั่นจะให้ยืมใช้คงรูปไว้โดยชัดแจ้ง แต่การที่คู่สัญญาเข้าทำความตกลงเพื่อก่อให้เกิดสัญญาลักษณะที่แน่นอนนั้นมีความเห็นว่า ไม่มีหลักกฎหมายเยอรมันห้ามมิให้คู่กรณีเข้าทำสัญญาเพื่อจะทำสัญญา (Contract to Make a Contract) รวมทั้งศาลเยอรมันยอมรับหลักสุจริตเพื่อนำมาปรับใช้กับคดีโดยใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่ฝ่าฝืนสัญญาที่ตนได้ให้ไว้

3.2.2.6 แบบของสัญญายืมใช้คงรูป

การพิจารณาเรื่องแบบของนิติกรรมตามกฎหมายเยอรมันจะต้องพิจารณาทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องสัญญาทางหนี้ สัญญาทางทรัพย์ เนื่องจากกฎหมายเยอรมันได้แบ่งแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ออกจากกัน โดยเป็นผลมาจากพัฒนาการทางความคิดของคนเยอรมันที่นิยมแยกข้อแตกต่างทางกฎหมายให้ชัดเจน และเป็นผลมาจากความจำเป็นที่ต้องชำระไว้ซึ่งความแน่นอนในระบบการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

การทำสัญญายืมใช้คงรูปที่เป็นมูลก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญาพิจารณาจากสัญญาทางหนี้ เห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดให้ต้องกระทำ การที่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract, Formfreiheit) เพียงพอที่ทำให้สัญญายืมใช้คงรูปเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องทำตามแบบอีก

การทำสัญญายืมใช้คงรูปพิจารณาจากสัญญาทางทรัพย์ เนื่องจากสัญญายืมใช้คงรูปต้องมีการส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ยืมโดยผู้ยืมได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองอันเป็นการตกลงโอนทรัพย์สินโดยมุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์นั้น ซึ่งสัญญาในทางทรัพย์จะสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้โอนและผู้รับโอนมีเจตนาในการโอนทรัพย์สินและมีการส่งมอบทรัพย์แก่กัน ตราบใดที่ยังมิได้มีการส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้คงรูปทรัพย์สินยังไม่เปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอน หากทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบอีก⁵⁴ ซึ่งตามสัญญายืมใช้คงรูปมุ่งหมายให้ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

⁵³ เฟ็งอ้าง, 256.

⁵⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546) 30-37.

การส่งมอบคือการกระทำให้ทรัพย์สินตกไปอยู่ในความครอบครองของผู้รับโอน การส่งมอบเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงและยอมสำเร็จเป็นผลได้ด้วยการส่งมอบและรับมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุที่จับต้องได้ คู่กรณีไม่จำเป็นต้องกระทำด้วยมือตนเองแต่อาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้ส่งมอบหรือรับมอบก็ได้ ผู้ส่งมอบและรับมอบอาจเป็นผู้ช่วยครอบครองทรัพย์สิน ผู้ครอบครองแทน หรือเป็นผู้กระทำการที่ได้รับมอบหมายก็ได้

3.2.2.7 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

(1) สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ยืม

สัญญายืมใช้คงรูปยึดหลักของสัญญา Re มาตั้งแต่ยุคโรมัน สิทธิของผู้ให้ยืมนั้นเห็นได้ว่าผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินที่ส่งมอบให้ผู้ยืมใช้สอยคืนตาม มาตรา 598 นอกจากนี้ผู้ให้ยืมยังมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ตามมาตรา 604⁵⁵ (2) ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ ผู้ยืมต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมภายหลังได้ใช้สอยตามวัตถุประสงค์แล้ว ผู้ให้ยืมอาจเรียกทรัพย์สินก่อนหน้านั้นได้ ถ้าเวลาผ่านไปนานจนผู้ยืมสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ (3) ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการยืมไว้และไม่ปรากฏว่ายืมไปเพื่อการใด ผู้ให้ยืมอาจเรียกทรัพย์สินในเวลาใดก็ได้ และ (4) ถ้าผู้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอย ผู้ให้ยืมอาจเรียกทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกได้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่ยืม นอกจากสิทธิในการได้รับทรัพย์สินและสิทธิในการเรียกทรัพย์สินแล้ว ผู้ให้ยืมยังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605⁵⁶ 1. ถ้าผู้ให้ยืมต้องการทรัพย์สินที่ยืมเนื่องจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ 2. ถ้าผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินฝ่าฝืนสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือทำให้ทรัพย์สินเสียหายโดยละเลยไม่ดูแลทรัพย์สินนั้น 3. ถ้าผู้ยืมตาย

หน้าที่ของผู้ให้ยืมนั้นผู้ให้ยืมมีความรับผิดชอบเพียงการกระทำโดยเจตนาและประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรงเท่านั้น ตามมาตรา 599⁵⁷ แต่หากผู้ให้ยืมหลอกลวงผู้ยืมโดยปกปิดข้อบกพร่องเกี่ยวกับกฎหมาย หรือข้อบกพร่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยืม เช่นนั้น ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ยืมสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามมาตรา 600⁵⁸ และหน้าที่ของผู้ให้ยืมในการชดเชยค่าใช้จ่ายอื่นๆ นั้น อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ไม่มีการอนุญาตเป็นการเฉพาะ ตามมาตรา 601 (2)⁵⁹

(2) สิทธิและหน้าที่ของผู้ยืม

สิทธิของผู้ยืมนั้นเห็นได้ว่าผู้ยืมมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมตามวัตถุประสงค์ แต่ผู้ยืมไม่มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินในการอื่นนอกจากที่สอดคล้องกับสัญญา และผู้ยืมไม่มีสิทธิส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอย

⁵⁵ German Civil Code Section 604.

⁵⁶ German Civil Code Section 605.

⁵⁷ German Civil Code Section 599.

⁵⁸ German Civil Code Section 600.

⁵⁹ German Civil Code Section 601 (2).

โดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้ยืมตามมาตรา 603⁶⁰ นอกจากนี้ผู้ยืมมีสิทธิเอาการติดตั้งที่เขาผูกติดกับทรัพย์สินไว้ ออก ตามมาตรา 601 (2)

สำหรับหน้าที่ของผู้ยืมนั้นผู้ยืมมีหน้าที่คืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือภายหลังที่ได้ใช้สอยตามวัตถุประสงค์แล้ว ตามมาตรา 604 และผู้ยืมมีหน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่ยืมในการใช้ทรัพย์สินอย่างถูกต้องตามสัญญา⁶¹ นอกจากนี้ ผู้ยืมมีหน้าที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายตามปกติในการเก็บรักษาทรัพย์สินที่ยืม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการยืมสัตว์ ผู้ยืมต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการให้อาหารสัตว์โดยไม่จำกัด ตามมาตรา 601 (1)⁶² แต่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการเปลี่ยนแปลงหรือการเสื่อมสภาพของทรัพย์สินที่ยืมซึ่งเกิดจากการใช้สอยที่สอดคล้องกับสัญญา ตามมาตรา 602⁶³

3.3 สัญญายืมก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทยมีกฎหมายที่เรียกว่า คัมภีร์พระราชศาสตร์และคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายหลัก โดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายพระมนูของอินเดียโดยรับมาจากมอญซึ่งได้รับอิทธิพลจากประเทศอินเดีย⁶⁴ สัญญายืมปรากฏอยู่ในพระไอยการลักษณะกัณฑ์ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นเป็นกฎหมายแม่บทและบังคับใช้แทนคัมภีร์พระธรรมศาสตร์

ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์รัชกาลที่ 1 สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกได้ชำระสะสางกฎหมายเก่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจนได้กฎหมายตราสามดวงที่มีตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว บังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรจนกระทั่งมีการจัดทำประมวลกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 6 โดยสัญญา ยืมถูกบัญญัติไว้ในลักษณะ 9 บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การผูกพันตามสัญญาในอดีตมีลักษณะแตกต่างจากการผูกพันตามสัญญาในปัจจุบัน ในอดีตบุคคลจะผูกพันตามสัญญาด้วยการทำสัญญาตามแบบพิธี หรือการส่งมอบทรัพย์สิน ในขณะที่ปัจจุบันการผูกพันตามสัญญาของบุคคลให้ความสำคัญกับเจตนาของบุคคลเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม สัญญา ยืมอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ สัญญา กู้หรือสัญญา ยืมใช้สิ่งเปลือง และสัญญา ยืมใช้คงรูป

⁶⁰ German Civil Code Section 603.

⁶¹ Ernest J. Shuster (เชิงอรรถ 52) 255.

⁶² German Civil Code Section 601 (1).

⁶³ German Civil Code Section 602.

⁶⁴ เบญจวรรณ ณ นคร (เชิงอรรถ 22) 77.

3.3.1 ลักษณะของสัญญาอัยม

สัญญาอัยมในอดีตก่อนมีการจัดทำประมวลกฎหมายหมายถึง สัญญาอัยมใช้คงรูปเหมือนที่บังคับใช้ในปัจจุบัน แต่สัญญาอัยมใช้สิ้นเปลืองในสมัยก่อนมิได้ปรากฏอยู่ในรูปของสัญญาอัยมเช่นเดียวกับปัจจุบัน แต่ปรากฏในรูปของสัญญาอัยม โดยกฎหมายตราสามดวงได้กล่าวถึงทรัพย์สัญญา หรือสัญญาที่ความผูกพันของคู่สัญญาเกิดจากการส่งมอบทรัพย์ 8 ประเภท คือ สัญญาฝากทรัพย์ สัญญาอัยมและสัญญาเช่า สัญญาซื้อขาย สัญญาให้ สัญญาจำนำ สัญญาจ้างและวาน สัญญาเช่าหุ้นส่วน สัญญาพินันชันต่อ⁶⁵ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่อาศัยความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการเกิดสัญญา บุคคลที่ได้รับมอบทรัพย์จากบุคคลหนึ่งมีความผูกพันในทางสัญญาต่อบุคคลที่ส่งมอบทรัพย์ให้ หากสัญญานั้นเป็นสัญญาอัยมเมื่อบุคคลที่ได้รับมอบทรัพย์ใช้สอยทรัพย์สิ้นเสร็จแล้วจะต้องคืนทรัพย์ให้ผู้ให้อัยม อย่างไรก็ตาม รายละเอียดของความผูกพันตามสัญญาจะเป็นประการใดขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญาโดยจะต้องพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด สัญญาอัยมใช้สิ้นเปลืองหรือสัญญาอัยมในสมัยก่อนคู่สัญญามีได้มีความเท่าเทียมกันในการทำสัญญาและจะสมบูรณ์ด้วยการทำตามแบบพิธี ดังนั้น จึงมีเพียงสัญญาอัยมใช้คงรูปเท่านั้นที่เป็นทรัพย์สัญญา

3.3.2 สัญญาอัยม

สัญญาอัยมในกฎหมายตราสามดวงหมายถึงสัญญาอัยมใช้คงรูป โดยได้บัญญัติแยกต่างหากจากสัญญาอัยมเนื่องจากสัญญาอัยมเป็นสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์เช่นเดียวกับสัญญาอื่น อาทิ สัญญาเช่า สัญญาซื้อขาย สัญญาจำนำ สัญญาฝาก และสัญญาพินันชันต่อ เป็นต้น และเป็นสัญญาชนิดให้เปล่าโดยไม่มีค่าตอบแทน โดยไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดกล่าวถึงหน้าที่ของผู้อัยมว่าจะต้องเสียบำเหน็จให้แก่ผู้ให้อัยม สัญญาอัยมจึงเป็นสัญญาที่ให้เปล่าคล้ายกับสัญญาให้⁶⁶ โดยสัญญาอัยมได้บัญญัติไว้ในพระไอยการบพเบ็ดเสร็จบพที่ 77 ถึง 85⁶⁷ แตกต่างกับสัญญาอัยมซึ่งเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธี

วัตถุประสงค์ของสัญญาอัยมจะต้องเป็นของที่การใช้สอยมิได้ทำให้ทรัพย์นั้นสิ้นไป เช่น ข้าว ไม้ โค กระบือ เกวียน เรือ ดังที่บัญญัติไว้ในพระไอยการบพที่ 77 สัญญาอัยมเป็นทรัพย์สัญญาหรือสัญญาที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์ โดยหลักในเรื่องการส่งมอบจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่ามีการส่งมอบทรัพย์ให้บุคคลหนึ่งและบุคคลนั้นผูกพันตนเนื่องจากได้รับทรัพย์นั้นไว้หรือไม่ โดยบทบัญญัติที่แบ่งประเภททรัพย์สัญญามีได้กล่าวว่าการส่งมอบจะทำให้สัญญาสมบูรณ์ แต่สัญญาเกิดจากการมอบทรัพย์และบุคคลที่ได้รับทรัพย์จะมีความผูกพันต่อผู้ที่ส่งมอบทรัพย์ให้ตน

⁶⁵ ร. แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2* (สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช 2526) 212-254.

⁶⁶ เฟิงอ้าง, 216.

⁶⁷ ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวง, *กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและทนายความ* (โรงพิมพ์กองทัพอากาศ 2447) 263.

เมื่อผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมเสร็จแล้วผู้ยืมมีหน้าที่ในการคืนทรัพย์สิน หากผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินเสร็จแล้วไม่ยอมคืนทรัพย์สินแต่กลับนำทรัพย์สินนั้นไปขายผู้ยืมต้องรับผิดชอบเสมือนว่าได้ลักทรัพย์นั้นไปโดยเป็นไปตามพระโอัยการบทที่ 82⁶⁸ และผู้ยืมมีหน้าที่ชดใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม หากทรัพย์สินได้สูญหายหรือบุบสลาย

ในการคืนทรัพย์สินผู้ให้ยืมมีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินคืนโดยผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินในสภาพเดียวกับที่ได้รับไป โดยก่อนที่จะมีการยืมทรัพย์สินกันผู้ให้ยืมและผู้ยืมจะต้องตรวจสอบสภาพของทรัพย์สินก่อนที่ผู้ยืมจะรับทรัพย์สินนั้นไป อย่างไรก็ตาม ผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถเรียกให้ชำระราคา 2 ใน 3 ของราคาทรัพย์สินได้ หากไม่ได้มีการตรวจสอบสภาพของทรัพย์สินก่อนที่จะส่งมอบ

เมื่อผู้ยืมไม่คืนทรัพย์สินภายหลังจากที่ได้ใช้สอยเสร็จแล้วถือว่าเป็นการลักทรัพย์ของผู้ให้ยืม อย่างไรก็ตามก็ตีผู้ให้ยืมซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิฟ้องร้องผู้ยืมเพื่อปฏิเสธว่ามีได้มีการยืมโดยจะมีผลทำให้ผู้ยืมมีความผิดฐานละเมิดประบัตสินท่าน และถูกปรับไหมเป็นทวีคูณคล้ายกับในทรัพย์สินสัญญาอื่น⁶⁹

3.4 สัญญายืมและสัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.4.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญายืม

3.4.1.1 ความหมายของสัญญายืม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดความหมายของสัญญายืมใช้คงรูปไว้ในมาตรา 640 ส่วนความหมายของสัญญายืมใช้สิ้นเปลืองกำหนดไว้ใน มาตรา 650 แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดความหมายของสัญญายืมแต่ละประเภทไว้ แต่ก็มิได้กำหนดนิยามของสัญญายืมไว้ว่ามีความหมายอย่างไร อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาความหมายของสัญญายืมได้ดังนี้

ท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ให้คำจำกัดความสัญญายืมไว้ว่า “เป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ยืมเมื่อใช้ทรัพย์สินแล้วผู้ยืมจะต้องคืนใช้ให้”⁷⁰

ท่านศาสตราจารย์กมล สนธิเกษตรริน ให้คำจำกัดความสัญญายืมไว้ว่า “สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ยืม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืมเพื่อใช้ทรัพย์สินนั้นและผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินที่ยืมให้แก่ผู้ให้ยืม”

ท่านอาจารย์สุปิน พูลพัฒน์ ให้คำจำกัดความของสัญญายืมว่า “เป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เรียกว่า ผู้ให้ยืม ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ยืมเพื่อใช้ทรัพย์สินนั้นโดยมีจำกัดหรือไม่จำกัด แล้วผู้ยืมจะคืนใช้ให้”

⁶⁸ ร. แลงการ์ด (เชิงอรรถ 65) 216.

⁶⁹ เพิ่งอ้าง.

⁷⁰ จิต เศรษฐบุตร, *ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ผากทรัพย์* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539) 3.

จากคำจำกัดความของท่านปรมาจารย์ทางกฎหมายที่กล่าวมาแล้วประกอบนิยามของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้องและสัญญาซื้อขายคงรูป ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาซื้อขายคือสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นโดยไม่มีค่าตอบแทน และผู้ยืมจะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม

การที่จะนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 9 สัญญาซื้อขายมาใช้บังคับจะต้องพิจารณาก่อนว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้นเป็นสัญญาซื้อขายหรือไม่ หากสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาซื้อขายแล้วก็จะนำบทบัญญัติเรื่องสัญญาซื้อขายมาใช้บังคับไม่ได้ แต่จะต้องนำบทบัญญัติในเรื่องนั้นมาใช้บังคับ เช่น การเล่นเกมแฮร์เปียวหายไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามมาตรา 653 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1327/2500, 698/2506, 1631/2508) หากเป็นเรื่องตัวการตัวแทน แม้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องกันได้ตามบทบัญญัติในเรื่องตัวการตัวแทน (คำพิพากษาศาลฎีกา 49/2481, 122/2501, 1080/2501, 882/2501, 559/2510) ถ้าเป็นเรื่องการยืมเพื่อใช้ประโยชน์แก่ผู้ให้ยืมตามหลักเกณฑ์ของราชการก็ไม่ใช้การกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2529)⁷¹

3.4.1.2 สารสำคัญของสัญญาซื้อขาย

(1) สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral Contract)

เมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่ผู้ยืมแล้ว หนึ่งจะเกิดแก่ฝ่ายผู้ยืมโดยผู้ยืมมีหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม สัญญาซื้อขายจึงเป็นสัญญาฝ่ายเดียวซึ่งก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน โดยในสัญญาซื้อขายหนึ่งจะเกิดแก่ฝ่ายผู้ยืม อย่างไรก็ดี สัญญาฝ่ายเดียวอาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน โดยพิจารณาจากการที่คู่สัญญามีได้มีหนี้ตอบแทนกันทั้งสองฝ่ายเหมือนสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาซื้อขายจึงไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ดังนั้น จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369⁷² มาใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายได้⁷³

ในสัญญาซื้อขายทั้ง 2 ประเภท ผู้ยืมมีหนี้ฝ่ายเดียวที่ต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม หากเป็นสัญญาซื้อขายคงรูปผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ยืมมา และผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สิน ประเภท ชนิด ปริมาณเดียวกับทรัพย์สินที่ยืมมาในกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าเปลื้อง เห็นได้ว่าผู้ให้ยืมไม่มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมแต่อย่างใด

⁷¹ ไพทิจิต เอกจริยกร, *คำอธิบายยืมฝากทรัพย์สิน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552) 16-18.

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369.

⁷³ สุธีร์ ศุภนิธย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชา เอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 29.

แม้สัญญาซื้อขายจะไม่ใช้สัญญาต่างตอบแทน แต่สัญญาซื้อขายก็อาจกำหนดให้มีค่าตอบแทนได้ การที่สัญญาซื้อขายมีค่าตอบแทนมิได้ทำให้สัญญาซื้อขายกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนเพียงแต่ทำให้ผู้ซื้อเพิ่มขึ้น โดยนอกจากจะต้องส่งทรัพย์สินที่ซื้อแล้วต้องเสียค่าตอบแทนในรูปของดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้ซื้ออีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 654 ว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยไว้เกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี” สัญญาซื้อขายที่เปลี่ยนเปลืองจึงไม่สามารถกำหนดค่าตอบแทนเกินร้อยละสิบห้าต่อปีได้

อย่างไรก็ดี ค่าตอบแทนในสัญญาซื้อขายมักปรากฏให้เห็นในสัญญาซื้อขายที่เปลี่ยนเปลืองเท่านั้น เนื่องจากสัญญาซื้อขายใช้กรุปเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน หากมีการกำหนดค่าตอบแทนในสัญญาซื้อขายใช้กรุป จะทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นเรื่องของสัญญาเช่า⁷⁴ แม้ในสัญญาซื้อขายใช้กรุปผู้ซื้อจะไม่ต้องเสียค่าตอบแทนแต่ก็มีหน้าที่ในการเสียค่าธรรมเนียมในการทำสัญญา ค่าส่งมอบและค่าส่งคืนทรัพย์สินตามมาตรา 642 และมีหน้าที่ในการสงวนทรัพย์สินที่ซื้อไปเหมือนเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง ตามมาตรา 644 รวมทั้งส่งคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ซื้อ หน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่เพิ่มขึ้นจากการคืนทรัพย์สินที่ซื้อเหมือนในสัญญาซื้อขายที่เปลี่ยนเปลืองแตกต่างกันตรงที่สัญญาซื้อขายที่เปลี่ยนเปลืองมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อทำให้ผู้ซื้อไม่มีหน้าที่ในการสงวนทรัพย์สินที่ซื้อเหมือนเช่นวิญญูชนเหมือนในสัญญาซื้อขายใช้กรุป ในสัญญาซื้อขายใช้กรุปนั้นผู้ให้ซื้อเพียงส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้ซื้อ ไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อ ผู้ซื้อจึงต้องชำระหนี้โดยการคืนทรัพย์สินอันเดียวกับที่ได้รับมา

(2) สัญญาซื้อขายสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาซื้อขายจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อเพียงคู่สัญญาได้ตกลงกันโดยแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันในการทำสัญญายังไม่ทำให้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้น หากยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อ สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสมบูรณ์คู่สัญญาต้องแสดงเจตนาในการทำสัญญาและส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุของสัญญาด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 641 ว่า “การให้ซื้อใช้กรุปนั้น ท่านว่ายอมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ซื้อ” และมาตรา 650 วรรคสอง บัญญัติว่า “สัญญานี้ยอมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อ” เมื่อสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาลักษณะหนึ่งการทำสัญญาซื้อขายจึงต้องครบองค์ประกอบในเรื่องสัญญาด้วย⁷⁵

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537.

⁷⁵ องค์ประกอบของสัญญา

- 1) คู่สัญญาต้องมีสภาพบุคคล โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่จะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมตามกฎหมาย ต้องไม่เป็นผู้เยาว์ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนไร้ความสามารถ หรือคนวิกลจริต ในขณะที่จรรยาบรรณ และจะต้องจดทะเบียนตามกฎหมายในกรณีที่เป็นนิติบุคคล

การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาเช่าแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้กำหนดวิธีไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร แต่ก็สามารถนำวิธีการในการส่งมอบตามมาตรา 462⁷⁶ มาปรับใช้กับสัญญาเช่าได้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁷⁷ การส่งมอบจึงมิได้จำกัดวิธีเพียงแต่ทำให้ทรัพย์สินอยู่ในเงื้อมมือของผู้เช่าในที่สุด โดยการส่งมอบอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือการส่งมอบโดยตรง กล่าวคือ ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เช่าโดยยื่นทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าโดยตรง และการส่งมอบโดยปริยาย กล่าวคือ ผู้ให้เช่าไม่ได้ยื่นทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าโดยตรง แต่กระทำให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้เช่า เช่น การส่งมอบกุญแจรถให้แก่ผู้เช่า หรือการโอนเงินเข้าบัญชีของผู้เช่า ไม่ว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินโดยตรงหรือโดยปริยายแก่กันก็จะทำให้สัญญาเช่าสมบูรณ์ตามกฎหมายและสามารถบังคับกันได้

ในขณะที่พิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาเช่าฉบับภาษาอังกฤษมีว่า “A loan for use is complete only on delivery of the property lent.” และ “A contract is complete only on delivery of property.”⁷⁸ โดยคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดือนตุลาคม 2465 มาตรา 630 และมาตรา 649⁷⁹ แปลความหมายว่าสัญญาเช่าใช้คงรูปและสัญญาเช่าใช้สิ้นเปลืองย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า ส่วนวิธีการในการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่านั้นถูกตัดออกไปโดยไม่ปรากฏว่าเป็นเพราะเหตุใดและได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายมาใช้บังคับ⁸⁰

3.4.1.3 วัตถุแห่งสัญญาเช่า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 640 และมาตรา 650 กำหนดให้วัตถุแห่งสัญญาเช่าใช้สิ้นและสัญญาเช่าใช้คงรูปคือ ทรัพย์สิน โดยสามารถพิจารณาความหมายของคำว่าทรัพย์สินได้

- 2) เจตนา บุคคลที่ทำสัญญาจะต้องแสดงเจตนาในการทำสัญญา การแสดงเจตนาของผู้สัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่แท้จริงและไม่ถูกแทรกแซง โดยจะต้องไม่เป็นการแสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ อีกทั้งเจตนาของผู้สัญญาจะต้องถูกต้องตรงกัน
- 3) วัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืน ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 4) แบบ การทำสัญญาจะต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิเช่นนั้น จะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 462.

⁷⁷ มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ฝากทรัพย์สิน* (นิติธรรม 2545) 6.

⁷⁸ Office of The Juridical Council, *DRAFT CIVIL AND COMMERCIAL CODE BOOK III* (pdf, Office of The Juridical Council no publication date).

⁷⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตุลาคม 2465 กองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย* (pdf, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2465) 67, 72.

⁸⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มีนาคม 2466* (pdf, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2466) 77, 110.

ตามมาตรา 137 และมาตรา 138 เมื่อกฎหมายกำหนดให้ทรัพย์สินอันวัตถุแห่งสัญญาอืมต้องเป็นทรัพย์สิน ดังนั้น ทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้จึงสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมได้ อสังหาริมทรัพย์ก็สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมได้โดยการส่งมอบโดยปริยาย ส่วนสิทธิอาศัยในกฎหมาย ลักษณะทรัพย์สินเป็นการก่อตั้งทรัพย์สิน⁸¹ ที่มีอยู่เหนือตัวทรัพย์สินเป็นคนละเรื่องกับสัญญาอืมที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น สำหรับวัตถุไม่มีรูปร่างมีความทางวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าวัตถุไม่มีรูปร่างก็สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมได้โดยใช้การส่งมอบโดยปริยาย เช่น ลิขสิทธิ์ ฝ่ายที่สองเห็นว่าวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมได้เพราะไม่อาจส่งมอบและส่งคืนแก่กันได้ เนื่องจากเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งไม่อาจจับต้องได้แต่อย่างใด⁸²

3.4.2 ลักษณะทั่วไปของสัญญาอืมใช้คงรูป

สัญญาอืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศออกจากสัญญาอืมใช้สิ้นเปลืองโดยมีหลักการสำคัญของการอืมใช้คงรูป คือ การให้อืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดรายละเอียดของการอืมใช้คงรูปไว้ในมาตรา 640 ถึง มาตรา 649 โดยบัญญัติไว้เพียง 10 มาตรา

3.4.2.1 ความหมายของสัญญาอืมใช้คงรูป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดคำนิยามของสัญญาอืมใช้คงรูปไว้ในมาตรา 640 บัญญัติว่าอืมใช้คงรูป คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้อืมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้อืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่า และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อได้ใช้สอยเสร็จ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาอืมประเภทหนึ่งที่มีพื้นฐานมาจากสัญญาอืม คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้อืมให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ยืม ยืมทรัพย์สินโดยผู้ยืมมีหน้าที่ในการคืนทรัพย์สิน แต่สัญญาอืมใช้คงรูปเป็นการให้อืมทรัพย์สินที่ไม่สูญสิ้นไปเพราะการใช้ทำให้ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่อืม ผู้ยืมมีหน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินเหมือนเช่นวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และต้องคืนทรัพย์สินขึ้นเดียวกับที่ได้รับมา

⁸¹ ทรัพย์สินสิทธิ

- 1) เป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่เหนือตัวทรัพย์สินสามารถบังคับเอากับตัวทรัพย์สินนั้นได้โดยตรง
- 2) มีทรัพย์สินเป็นตัวรองสิทธิ ทรัพย์สินชิ้นหนึ่งมีทรัพย์สินสิทธิได้อันเดียว กรณีเจ้าของรวมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเดียว เพียงแต่บุคคลหลายคนเป็นเจ้าของร่วมกัน
- 3) การไม่ใช่ไม่ทำให้ทรัพย์สินสิทธิสิ้นไป หรือทรัพย์สินสิทธิไม่สิ้นไปเพราะการไม่ใช่ ยกเว้น ภาวะจำยอม ตามมาตรา 1399 และภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 1434
- 4) เป็นสิทธิในเชิงกีดกัน

⁸² สุธีร์ ศุภานิตย์ (เชิงอรรถ 73) 43.

3.4.2.2 ลักษณะของสัญญาอืมใช้คงรูป

สัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง คู่สัญญาจึงมีนิติสัมพันธ์โดยการแสดงเจตนา ทำความตกลงระหว่างบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามเจตนาของคู่สัญญา สัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่าย มีคู่สัญญาสองฝ่ายเหมือนกับสัญญาทั่วไป ได้แก่ ผู้ให้อืมฝ่ายหนึ่งและผู้อืมอีกฝ่ายหนึ่ง หลักกฎหมายเรื่องอืมใช้คงรูปเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้อืมและผู้ให้อืม เมื่อสัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาชนิดหนึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันกำหนดความสัมพันธ์ในเรื่องต่าง ๆ ให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ได้ หากเรื่องที่กำหนดบัญญัติไว้ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้อืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งและผู้อืมจะคืนทรัพย์สินนั้น โดยผู้อืมมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินภายในระยะเวลาจำกัดตามที่ตกลงกับผู้ให้อืมไว้ ผู้อืมมีหน้าที่คืนทรัพย์สินเมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว สัญญาอืมใช้คงรูปจึงมิใช่สัญญาที่มุ่งโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่กัน แต่เป็นสัญญาที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา⁸³

การใช้สอยทรัพย์สินนั้นผู้อืมสามารถใช้สอยทรัพย์สินได้เปล่าโดยไม่มีค่าตอบแทน เนื่องจากมาตรา 640 บัญญัติว่า สัญญาอืมใช้คงรูป ผู้ให้อืมตกลงให้ผู้อืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่ง “ได้เปล่า” ผู้ให้อืมให้อืมทรัพย์สินโดยไม่คิดค่าตอบแทนในการใช้สอยเป็นการแลกเปลี่ยน สัญญาอืมใช้คงรูปจึงเป็นสัญญาที่ “ไม่มีค่าตอบแทน” และ “ไม่ต่างตอบแทน” ผู้อืมเป็นคู่สัญญาที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาอืมใช้คงรูปแต่เพียงฝ่ายเดียว และในขณะเดียวกันผู้อืมก็เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ตามสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวเช่นกัน นอกจากนี้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดลักษณะของการใช้สอยทรัพย์สินได้เปล่าซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาอืมใช้คงรูปไว้เช่นกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 1876 บัญญัติว่า การอืมเพื่อการใช้สอยจะต้องไม่มีค่าตอบแทน, ประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 598 บัญญัติว่า การให้อืมแบบไม่มีค่าตอบแทนผู้ให้อืมจะต้องให้ผู้อืมใช้สอยทรัพย์สินโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 593 ก็กำหนดลักษณะเฉพาะประการนี้ไว้เช่นเดียวกันสำหรับอืมเพื่อการใช้สอย⁸⁴

การที่ผู้ให้อืมจะให้บุคคลใดอืมทรัพย์สินไปใช้สอยผู้ให้อืมจะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของบุคคลนั้นเป็นสำคัญเนื่องจากการให้ทรัพย์สินได้เปล่า และผู้อืมได้รับไปเพียงสิทธิครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเท่านั้น คุณสมบัติของผู้อืมจึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาอืมใช้คงรูป การที่ผู้ให้อืมให้อืมทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งจึงเป็นการให้ความไว้นับถือแก่ผู้อืมโดยการให้ความไว้นับถือเช่นนี้นำมาซึ่งผลในทางกฎหมายสองประการ กล่าวคือ ประการแรก ผู้อืมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อผู้ให้อืมในการกระทำต่อ

⁸³ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ, *หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะอืม-ฝากทรัพย์สิน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 55-56.

⁸⁴ เพิ่งอ้าง, 57-58.

ทรัพย์สินที่ยืมให้ไปเป็นไปตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายความไว้วางใจจากผู้ให้ยืม ได้แก่ หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจแห่งตน และหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ประการที่สอง คุณสมบัติของผู้ยืมเป็นสาระสำคัญของสัญญาอืมใช้คงรูป หากมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดมากระทบคุณสมบัติของผู้ยืมย่อมส่งผลต่อสัญญาอืมใช้คงรูปด้วย และอาจมีผลให้สัญญาอืมใช้คงรูปสิ้นสุดลง ดังนั้น การตกลงทำสัญญาอืมใช้คงรูปโดยผู้ให้ยืมสำคัญผิดในตัวผู้ยืมย่อมเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมทำให้สัญญาอืมตกเป็นโมฆะได้⁸⁵

มาตรา 640 ตอนท้ายบัญญัติว่า “ผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว” แสดงให้เห็นว่าในสัญญาอืมใช้คงรูปผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ให้ยืมเมื่อผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมเสร็จแล้ว โดยผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สิน “อันเดียวกันกับ” ที่ยืมไปจากผู้ให้ยืม ผู้ยืมไม่สามารถคืนด้วยทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์สินที่ยืมไปได้ แม้จะเป็นชนิดหรือประเภทเดียวกันกับทรัพย์สินที่ผู้ยืมยืมไปจากผู้ให้ยืม หรือมีมูลค่าสูงกว่าทรัพย์สินที่ยืมไปก็ตาม ไม่เช่นนั้น สัญญาดังกล่าวย่อมมิใช่สัญญาอืมใช้คงรูป เนื่องจากทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้คงรูปเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ไม่อาจหาทรัพย์สินอื่นมาแทนทรัพย์สินที่ยืมได้⁸⁶

ผู้ยืมมีสิทธิใช้สอยหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยืมเป็นผลมาจากการส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ยืมใช้สอยตามสัญญา โดยผู้ยืมได้รับมอบการครอบครองในตัวทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้ยืมมายังผู้ยืม ผู้ให้ยืมยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืม ผู้ยืมจึงไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมเหมือนกับเจ้าของทรัพย์สินหรือใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินที่ยืมอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 ได้ แต่จะอยู่ในฐานะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินและมีสิทธิใช้สอยได้ตามสัญญา

การที่สัญญาอืมใช้คงรูปเป็นสัญญาที่ไม่ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่งผลดังนี้⁸⁷

(1) ผู้ให้ยืมในสัญญาอืมใช้คงรูปไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้ยืมสัญญาอืมใช้คงรูปก็มีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด หรือในกรณีเป็นผู้ให้ยืมแม้ไม่มีกรรมสิทธิ์ก็อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ยืมที่ทำให้ทรัพย์สินที่ยืมเสียหาย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 526/2526 โจทก์ติดต่อซื้อรถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุเพื่อใช้ในราชการโดยโจทก์ได้รับรถยนต์มาใช้ก่อนในวันเกิดเหตุจำเลยยืมรถยนต์จากโจทก์ไปใช้และเกิดอุบัติเหตุได้รับความเสียหายโจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญาอืมใช้คงรูปเมื่อรถยนต์ที่จำเลยยืมไปใช้เกิดความเสียหาย แม้โจทก์จะได้ชำระค่าซ่อมรถยนต์ให้แก่ผู้ซ่อมหรือเจ้าของรถยนต์ไปแล้วก็ตาม ก็ถือว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิตามสัญญาอืมใช้คงรูปเกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 55 โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

⁸⁵ จีดี เศรษฐบุตร และ จิตติ ดิงศักดิ์, *หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524). 348.

⁸⁶ เฟิงอ้าง, 58.

⁸⁷ สุธีร์ ศุภนิศย์ (เชิงอรรถ 73) 47-49.

(2) หากทรัพย์สินที่ยืมสูญหายหรือบุบสลายอันเป็นผลจากการกระทำของบุคคลภายนอก ผู้ยืมไม่อยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้มีการชดใช้ราคาทรัพย์สินหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายดังกล่าวในนามของตนเองเพราะผู้ยืมไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1180/2519 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยชนรถจักรยานยนต์ของโจทก์โดยละเมิด แต่ได้ความว่ารถจักรยานยนต์เป็นของน้องชายโจทก์ โจทก์ไม่ใช่เจ้าของรถและการที่เกิดเหตุชนกันก็เป็นการใช้จักรยานยนต์ของโจทก์ตามปกติธรรมดา โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยใช้ค่าซ่อมและค่าเสื่อมราคาซึ่งเป็นค่าเสียหายอันเกี่ยวกับตัวรถโดยตรง และคำพิพากษาฎีกาที่ 3451/2524 ทรัพย์สินที่ยืมบุบสลายเพราะการกระทำของบุคคลภายนอกมิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ยืม ผู้ยืมจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของทรัพย์สินเมื่อไม่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของทรัพย์สินโจทก์ก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับช่วงสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินที่จะเรียกร้องให้จำเลยผู้ทำละเมิดรับผิดชอบได้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ยืมจะไม่สามารถฟ้องผู้ทำละเมิดให้ชดใช้ราคาทรัพย์สินหรือค่าเสียหายเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินในกรณีที่บุคคลภายนอกกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินที่ยืมเพราะมิใช่เจ้าของทรัพย์สินก็ตาม แต่ผู้ยืมมีสิทธิฟ้องผู้ทำละเมิดเรียกค่าทดแทนเนื่องจากขาดประโยชน์ในการใช้ทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญาได้ เพราะเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการได้ใช้สอยทรัพย์สิน

(3) หากเกิดความวินาศแห่งทรัพย์สินที่ยืม โดยมีใช้ความผิดของผู้ยืมแล้ว ผู้ยืมยอมหลุดพ้นจากความรับผิดโดยสิ้นเชิง โดยเป็นไปตามหลักที่ว่าความวินาศแห่งทรัพย์สินยอมตกแก่ผู้เป็นเจ้าของ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 534/2506 ยืมรถยนต์ของผู้อื่นไปใช้ตามปกติแล้วถูกรถของบุคคลภายนอกชนเสียหายโดยไม่ใช่เพราะความผิดของฝ่ายผู้ยืม ผู้ยืมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย การยืมใช้ครั้งนั้นผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมตามป.พ.พ. มาตรา 640 ก็จริง แต่นั่นเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องที่เป็นไปตามปกติยิ่งกว่านั้นยังมีบทบัญญัติไว้ดีกว่าหากผู้ยืมนำไปใช้การอย่างอื่นผิดปกติหรือให้บุคคลภายนอกใช้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในอันตรายเสียหายแม้ในเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 643 และได้บัญญัติหน้าที่ของผู้ยืมไว้ตามมาตรา 644 ว่าผู้ยืมมีหน้าที่สงวนทรัพย์สินเช่นวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนหากกระทำเช่นนี้แล้วเกิดอันตรายเสียหายขึ้นก็ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการชำระหนี้อันเป็นหลักทั่วไปมาวินิจฉัย โดยเหตุนี้เมื่อปรากฏว่าจำเลยผู้ยืมมิได้มีส่วนในการกระทำให้เกิดอันตรายเสียหายแก่รถยนต์ของโจทก์ จำเลยใช้อย่างวิญญูชนพึงกระทำแล้วจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 219 และคำพิพากษาฎีกาที่ 529/2529 คำฟ้องของโจทก์ก็กล่าวหาว่า จำเลยยืมรถยนต์ไปจากโจทก์ ต่อมาเกิดอุบัติเหตุชนกับรถยนต์บรรทุกของบุคคลอื่น รถยนต์เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างที่โจทก์ดูแลและทดลองใช้อยู่ โจทก์ชำระเงินค่าซ่อมให้เจ้าของรถไปแล้ว จำเลยมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้เงินให้แก่โจทก์ ตามคำฟ้องไม่ปรากฏเหตุตามมาตรา 643 ที่จะทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในความเสียหายที่เกิดขึ้นเลย จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้โจทก์

3.4.2.3 การเกิดและความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้ครั้งรูป

สัญญายืมใช้ครั้งรูปเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ตรงกันของคู่สัญญาโดยผู้ให้ยืมตกลงที่จะให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งภายในระยะเวลาอันมีจำกัด โดยผู้ให้ยืมไม่เรียกค่าตอบแทนการให้ใช้สอย

ทรัพย์สินนั้นและผู้มีก็ตกลงที่จะคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ให้ยืมเมื่อใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมเสร็จแล้ว คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปแล้วไม่ปรากฏว่าสัญญายืมใช้คงรูปจะต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญายืมใช้คงรูปเพิ่มเติมขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างผู้ให้ยืมและผู้ยืม ได้แก่ “การส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 641 ความว่า “การให้ยืมใช้คงรูปนั้น ท่านว่าย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ยืม” การส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมจึงเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาของผู้ให้ยืมที่ตกลงจะให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินนั้นอย่างแท้จริง มิใช่หน้าที่ของผู้ยืมที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมอันเป็นผลมาจากการที่สัญญายืมใช้คงรูปสมบูรณ์ตามกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาสมบูรณ์ประเภทหนึ่ง สัญญายืมใช้คงรูปจะเกิดขึ้นและสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมแก่กันแล้ว⁸⁸

3.4.2.4 วัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูป

วัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูป มาตรา 640 ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” โดยทรัพย์สินตามมาตรา 138 หมายความว่าทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูปจะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีได้สิ้นเปลืองเสื่อมสภาวะหรือเปลี่ยนแปลงสภาพไปเพราะการใช้สอยทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าจะเป็เพราะทรัพย์สินนั้นเองหรือวัตถุประสงค์ของผู้ยืมในการใช้สอยทรัพย์สิน วัตถุประสงค์ที่เป็สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์จึงสามารถเป็นวัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูปได้

สังหาริมทรัพย์ทั้งหลายย่อมสามารถยืมแก่กันและเป็นวัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูปได้ หากการใช้สอยสังหาริมทรัพย์นั้นผู้ยืมมิได้มีเจตนาที่จะทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นตัดขาดจากผู้ให้ยืม เช่น รถยนต์ กล้องถ่ายรูป หนังสือ เครื่องประดับต่างๆ หรือแม้กระทั่งการยืมสิ่งมีชีวิตอย่างสัตว์เลี้ยงหรือสัตว์พาหนะ ซึ่งผู้ยืมมิได้ทำให้ทรัพย์สินนั้นเสื่อมสลายหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือสภาวะไปเพราะการใช้สอยทรัพย์สินนั้น อสังหาริมทรัพย์ก็สามารถเป็นวัตถุประสงค์สัญญายืมใช้คงรูปได้เช่นกัน หากผู้ยืมมิได้มีเจตนาที่จะใช้สอยอสังหาริมทรัพย์นั้นแบบเด็ดขาดในลักษณะกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นตกมาเป็นของตน การยืมใช้คงรูปอสังหาริมทรัพย์ เช่น การยืมบ้านพักตากอากาศ ห้องชุดในอาคารชุด หรือห้องพักในหอพักเพื่อใช้พักอาศัยเป็นการชั่วคราว

⁸⁸ นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ (เชิงอรรถ 83) 59-60.

อย่างไรก็ตาม สंहारิมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้คงรูป จะต้องเป็น“ทรัพย์เฉพาะสิ่ง” ที่ได้กำหนดแน่นอนแล้วว่าเป็นทรัพย์อันใดซึ่งมีอาจหาทรัพย์สินหรือสิ่งของอย่างอื่นมาทดแทนได้ เนื่องจากผู้อืมไม่อาจคืนด้วยทรัพย์สินหรือสิ่งของอื่นได้แม้จะเป็นประเภท ชนิด และปริมาณ เดียวกันก็ตามเพราะผู้อืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่อืมด้วยทรัพย์สินอันเดียวกันกับที่อืมไปจากผู้ให้อืมเท่านั้น ไม่เช่นนั้นเท่ากับผู้อืมปฏิบัติหน้าที่ของตนผิดไปจากสัญญาอืมใช้คงรูปและอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบต่อผู้ให้อืมได้

ตามนัยมาตรา 138 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น เจตนารมณ์ของกฎหมายทรัพย์สินที่จะเป็น วัตถุแห่งสัญญาอืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มุ่งเน้นไปที่ทรัพย์มีรูปร่างเป็นสำคัญ เนื่องจากทรัพย์สินมีรูปร่างสามารถส่งมอบและส่งคืนแก่กันได้อย่างชัดเจน บทบัญญัติต่างๆ ที่ใช้บังคับในความ เกี่ยวพันระหว่างคู่สัญญาก็ยังแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามุ่งหมายถึงเฉพาะแต่ทรัพย์มีรูปร่างโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้ให้อืมในการเรียกคืนทรัพย์สินซึ่งให้อืมในกรณีที่มีได้มีกำหนดเวลาไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้ถ้อยคำว่า “ของ” อย่างชัดเจนเพื่อมุ่งหมายถึงทรัพย์สินที่อืมดังที่ปรากฏ ในบทบัญญัติมาตรา 646 วรรคสองความว่า “ถ้าเวลาก็ได้กำหนดกันไว้ทั้งในสัญญาก็ไม่ปรากฏว่าอืมไปใช้ เพื่อการใดไซ้ร้ท่านว่าผู้ให้อืมจะเรียกของคืนเมื่อไรก็ได้” ด้วยเหตุผลประการต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นเห็นว่า ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้คงรูปนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์น่าจะมุ่งหมายถึงเฉพาะ ทรัพย์มีรูปร่าง⁸⁹

ในกรณีทรัพย์สินที่อืมเป็นสังหาริมทรัพย์ทั่วไป ผู้ให้อืมสามารถส่งมอบทรัพย์สินโดยชัดเจน ด้วยการส่งมอบโดยตรงหรือทางกายภาพ โดยการหยิบยื่นหรือการส่งตัวทรัพย์เพื่อให้อยู่ในการครอบครองของ ผู้อืม และทำให้การครอบครองทรัพย์สินของผู้อืมเกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกันหรือใกล้เคียงกันกับผู้ให้อืมส่ง มอบทรัพย์สินดังกล่าว แต่ในบางกรณีผู้ให้อืมไม่สามารถหยิบยื่นหรือส่งตัวทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้อืมได้โดยตรง เช่น การอืมรถยนต์หรือเครื่องจักร ผู้ให้อืมเพียงทำให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อืมเพื่อให้ผู้อืม สามารถใช้สอยประโยชน์ได้โดยวิธีการอย่างอื่นที่เหมาะสม เช่น ส่งมอบกุญแจรถยนต์หรือรหัสหรือ ข้อมูลเกี่ยวกับระบบการใช้งานและการควบคุมเครื่องจักรแก่ผู้อืมแทนการส่งมอบทรัพย์สินนั้นโดยตรง ส่วนอสังหาริมทรัพย์⁹⁰ การส่งมอบย่อมไม่สามารถที่จะยกบ้านพักหรือห้องชุดมาส่งมอบแก่ผู้อืมได้จึงมักกระทำ ด้วยการส่งมอบโดยปริยายหรือโดยพฤติการณ์เช่นกัน เช่น การส่งมอบกุญแจบ้านหรือกุญแจห้องชุดแก่ผู้อืม

3.4.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอืมใช้คงรูป

ในสัญญาอืมใช้คงรูปผู้อืมเป็นคู่สัญญาฝ่ายเดียวที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา โดยผู้ให้อืม ไม่ได้รับประโยชน์อันใดตามสัญญา ผู้อืมมีสิทธิที่จะใช้สอยทรัพย์สินที่อืมอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาอืมใช้คงรูป ภายในระยะเวลาที่ตกลงไว้กับผู้ให้อืม ผู้ให้อืมไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่อืมก่อนกำหนดเวลาที่ตกลงกันได้ หากมิได้กำหนดเวลาไว้ผู้อืมย่อมมีสิทธิที่จะใช้สอยทรัพย์สินที่อืมภายในระยะเวลาอันสมควรดังที่บัญญัติไว้

⁸⁹ เฟิงอ้อาง, 63.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139.

ในมาตรา 646 ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเพื่อการตามที่ตกลงกันในสัญญาเสร็จแล้ว นอกจากนี้ในกรณีที่มิได้กำหนดเวลาอันไว้และไม่ชัดเจนว่าผู้ยืมทรัพย์สินนั้นไปเพื่อการใด แม้ว่าผู้ให้ยืมจะสามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ยืมในเวลาใดก็ได้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่าผู้ให้ยืมจะต้องให้ผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้วตามวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย⁹¹ ผู้ยืมยังได้รับการคุ้มครองสิทธิของตนจากบุคคลภายนอก หากมีผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการรบกวนการครอบครองทรัพย์สินที่ยืม ผู้ยืมก็มีสิทธิที่จะได้รับการปลดเปลื้องการรบกวนนั้นได้โดยจะขอต่อศาลให้สั่งห้ามด้วยก็ได้⁹² ในทำนองเดียวกัน หากมีผู้แย้งการครอบครองทรัพย์สินที่ยืมโดยมิชอบด้วยกฎหมายผู้ยืมก็มีสิทธิที่จะได้คืนซึ่งการครอบครองทรัพย์สินนั้น⁹³ เว้นแต่บุคคลที่แย้งการครอบครองนั้นจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ยืมดีกว่าผู้ยืมอันจะเป็นเหตุให้เรียกคืนทรัพย์สินจากผู้ยืมได้

หน้าที่ของผู้ยืมที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้ยืมนั้นอาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ

- 1) หน้าที่ตามสัญญาและ 2) หน้าที่ของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจ

ผู้ยืมมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้ยืมตามที่ตกลงกันในสัญญา หน้าที่ตามสัญญานี้เรียกได้ว่าเป็น “หน้าที่เฉพาะ” ที่ผู้ยืมจะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้ยืม เนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของสัญญาใช้คนรูปโดยหน้าที่เฉพาะนี้ประกอบด้วยหน้าที่สำคัญสามประการ กล่าวคือ หน้าที่ในการเก็บรักษาหรือดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยืม หน้าที่ในการเสียค่าใช้จ่ายต่างๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยืมและการคืนทรัพย์สินที่ยืม การเก็บรักษาหรือดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยืม ผู้ยืมเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ยืมเพื่อใช้สอยประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือตามสภาพปกติแห่งทรัพย์สินนั้นโดยที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืมแต่ประการใด แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้กำหนดหน้าที่ตามสัญญาในการเก็บรักษาหรือดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยืมไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่โดยสภาพแล้วผู้ยืมย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บและดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยืมให้อยู่ในสภาพปกติด้วยเช่นกัน⁹⁴ ด้วยเหตุนี้ผู้ยืมย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ที่จำเป็นแก่การดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยืมเป็นการทั่วไป

การใช้ทรัพย์สินที่ยืม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 643 ว่า “ทรัพย์สินซึ่งยืมนั้นถ้าผู้ยืมเอาไปใช้การอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้นหรือนอกจากการอันปรากฏในสัญญาที่ดีเอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยก็ดีเอาไปไว้นานกว่าที่ควรจะเอาไว้มิได้ ท่านว่าผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในเหตุทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายไปอย่างหนึ่งอย่างใด แม้ถึงจะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัยเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็จะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง”

⁹¹ นนทวิชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ (เชิงอรธรถ 83) 68-69.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1374.

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375.

⁹⁴ Civil Code Section 1880.

(1) ผู้ยืมต้องไม่เอาทรัพย์สินที่ยืมไปใช้ในการอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สิน ผู้ยืมต้องใช้ทรัพย์สินที่ยืมตามสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น เพราะทรัพย์สินแต่ละชนิดย่อมมีข้อจำกัดในการใช้ตามสภาพของตัวทรัพย์สิน ไม่เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของผู้ยืมตามมาตรา 215 ได้ เช่น ยืมรถยนต์ไปใช้เป็นพาหนะโดยสารจะนำไปบรรทุกดินหรือขนเครื่องจักรไม่ได้ ถือได้ว่าเป็นการใช้ที่ไม่เป็นไปตามสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น

(2) ผู้ยืมต้องไม่ใช้ทรัพย์สินที่ยืมนอกจากการอันปรากฏในสัญญา หมายความว่า ผู้ยืมต้องใช้ทรัพย์สินที่ยืมตามที่ได้มีการตกลงกันว่าจะใช้ทรัพย์สินเพื่อการอันใดจะใช้ทรัพย์สินในการอื่นนอกเหนือจากข้อตกลงไม่ได้ เช่น ตกลงยืมรถยนต์เพื่อขับไปเที่ยวที่จังหวัดเชียงใหม่ จะขับรถต่อไปถึงแม่ฮ่องสอนไม่ได้ ถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

(3) ผู้ยืมต้องไม่เอาทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย สัญญาที่ยืมใช้คงรูปนั้นเป็นสัญญาที่ถือเอาคุณสมบัติของผู้ยืมเป็นสำคัญโดยมุ่งให้ผู้ยืมเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินเป็นการเฉพาะ การใช้ทรัพย์สินที่ยืมจะต้องใช้โดยผู้ยืมเท่านั้น ผู้ยืมจึงไม่สามารถที่จะนำทรัพย์สินไปให้บุคคลอื่นใช้สอยได้ หากฝ่าฝืนนำไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยและเกิดการเสียหายผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

บทบัญญัติในมาตรา 643 วางหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจะเคร่งครัดเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยเสมือนหนึ่งว่ากรณีดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้แม้ผู้ให้ยืมจะอนุญาตก็ตาม เพราะหากปรากฏว่าผู้ยืมได้นำทรัพย์สินที่ยืมไปให้บุคคลภายนอกใช้และทรัพย์สินนั้นเกิดการสูญหายหรือบุบสลายโดยเหตุสุดวิสัย ผู้ยืมก็ต้องรับผิดชอบมีผลเท่ากับเป็นการวางหลักการว่าผู้ยืมซึ่งเป็นผู้สัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่ยืมบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิได้ใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมนั้น ในบางประเทศมีหลักการที่ผู้ยืมสามารถนำทรัพย์สินที่ยืมไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยได้หากผู้ให้ยืมยินยอม⁹⁵ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ยืมกับผู้ยืมอาจตกลงให้ผู้ยืมสามารถนำทรัพย์สินที่ยืมไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นเรื่องของความสมัครใจของผู้ให้ยืมด้วย

(4) ผู้ยืมต้องไม่เอาทรัพย์สินที่ยืมไปไว้นานกว่าที่ควรจะทำแล้ว กล่าวคือ เมื่อผู้ยืมจะต้องรีบส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมนั้นเมื่อได้ใช้สอยเสร็จสิ้นตามที่ตกลงกันแล้วไม่ควรที่จะเก็บทรัพย์สินไว้โดยไม่จำเป็น ส่วนการพิจารณาระยะเวลาที่เอาไว้ว่าจะเป็นการนานเกินควรจะทำแล้วหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยจะต้องพิจารณาถึงสภาพแห่งทรัพย์สินที่ยืมประกอบด้วย ในบางกรณีการส่งคืนทรัพย์สินอาจไม่สามารถทำได้ในทันทีที่ได้ใช้สอยเสร็จ แต่จำเป็นต้องใช้เวลาอีกกระยะหนึ่งเพื่อการรื้อถอนหรือแบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็นส่วนๆ ระยะเวลาดังกล่าวจึงเป็นระยะเวลาอันจำเป็นอีกช่วงระยะเวลาหนึ่งที่ผู้ยืมจะต้องครอบครองทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้ยืมไม่รีบส่งคืนทรัพย์สินเมื่อระยะเวลาดังกล่าวผ่านพ้นไปแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการเอาไว้นานกว่าที่ควรจะทำแล้ว ซึ่งในช่วงเวลานี้ผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบหากทรัพย์สินที่ยืมเกิดการสูญหายหรือบุบสลาย ทั้งนี้ แม้จะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัยก็ตามเนื่องจากกฎหมายไม่ต้องการให้ผู้ยืมยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบ

⁹⁵ German Civil Code Section 603.

อันทำให้ผู้ยืมตระหนักว่าการต้องรับคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อใช้สอยเสร็จแล้วเป็นหน้าที่อันสำคัญของผู้ยืม⁹⁶ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการเดียวกันกับมาตรา 217

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้แม้การสูญหายหรือการบุบสลายจะเกิดจากเหตุสุดวิสัยก็ตามเป็นการทำให้ผู้ยืมได้ตระหนักว่าการใช้ทรัพย์สินที่ยืมนั้นเป็นการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นต้องระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวทรัพย์สินนั้น รวมทั้งต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัดด้วย ทั้งนี้ เพราะในที่สุดแล้วจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ให้ยืมตามสภาพแห่งทรัพย์สินที่เป็นอยู่ในขณะที่ผู้ให้ยืมได้ส่งมอบให้ การที่ทรัพย์สินที่ยืมต้องสูญหายหรือบุบสลายโดยเหตุสุดวิสัยนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจจะโทษผู้ยืมได้เพราะเป็นภัยพิบัติที่ไม่อาจจะป้องกันได้ หากผู้ยืมใช้ทรัพย์สินที่ยืมโดยชอบแม้ทรัพย์สินนั้นเกิดการสูญหายหรือบุบสลายโดยเหตุสุดวิสัยผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด แต่ภัยพิบัตินั้นได้เกิดขึ้นในขณะที่ผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินโดยชอบ ซึ่งถือได้ว่าเป็นความผิดของผู้ยืมที่ต้องรับผิดชอบ ถ้าผู้ยืมสามารถพิสูจน์ได้ว่าแม้จะใช้ทรัพย์สินที่ยืมโดยชอบเหตุสุดวิสัยอันทำให้ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายก็เกิดขึ้นอยู่ดีผู้ยืมก็หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ⁹⁷

หน้าที่เฉพาะของผู้ยืมตามสัญญายืมใช้คงรูปประการสุดท้าย คือ การคืนทรัพย์สินที่ยืม เนื่องจากสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์ของสัญญาในการให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมได้เปล่า สัญญายืมใช้คงรูปมีกำหนดเวลาชั่วคราวหรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง การใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมจึงมิได้มีลักษณะเป็นการถาวร แต่เป็นเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ผู้ยืมจึงมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อตนใช้สอยเสร็จแล้วหรือเมื่อครบกำหนดเวลาที่ตกลงกับผู้ให้ยืมหรือเมื่อล่วงเวลาไปพอสมควรแก่การที่จะใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้วในกรณีที่มีได้มีกำหนดเวลาแล้ว

สิทธิอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ยืมย่อมโอนมายังผู้ยืมเมื่อผู้ยืมได้รับมอบทรัพย์สินที่ยืมจากผู้ให้ยืมสิทธิทางทรัพย์สินดังกล่าวเป็นเพียงสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่ยืมเท่านั้น หากใช้กรรมสิทธิในทรัพย์สินที่ยืมไม่ ผู้ยืมจึงได้รับไปแต่เพียงบุคคลสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ยืมเท่านั้นมิใช่ทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินแต่อย่างใด การส่งมอบหรือการโอนการครอบครองทรัพย์สินที่ยืมให้แก่ผู้ยืมก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมของผู้ยืมตามสัญญายืมใช้คงรูป ดังนั้น การครอบครองทรัพย์สินที่ยืมของผู้ยืมจึงมีอยู่เพื่อความจำเป็นในการใช้สอยทรัพย์สินของผู้ยืมเท่านั้น

การคืนทรัพย์สินที่ยืมผู้ยืมจะคืนด้วยทรัพย์สินอื่นแทนทรัพย์สินที่ยืมไปนั้นมิได้ แม้ทรัพย์สินที่คืนแทนนั้นจะเป็นทรัพย์สินชนิดและประเภทเดียวกันกับที่ยืมไปจากผู้ให้ยืมก็ตาม ผู้ยืมจะต้องส่งคืนทรัพย์สินด้วย “ทรัพย์สินอันเดียวกัน” กับที่ยืมไปจากผู้ให้ยืมเท่านั้น ไม่เช่นนั้นจะเป็นการปฏิบัติผิดสัญญายืมใช้คงรูปและนำมาซึ่งความรับผิดต่อผู้ให้ยืม นอกจากนี้ ในการส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมนั้น หากในระหว่างการที่ใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมนั้นมีดอกผลเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน เช่น ยืมสัตว์พาหนะไปใช้งานหรือนำออกแสดง ในระหว่างกำหนดเวลาที่ยืมนั้นสัตว์พาหนะได้ตกหลุมออกมาอันเป็นดอกผลของทรัพย์สินที่ยืมนั้น ในกรณีเช่นนี้ผู้ยืมก็ต้อง

⁹⁶ Civil Code Section 1881.

⁹⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์ (เชิงอรรถ 73) 63-66.

ส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมพร้อมด้วยดอกผลนั้นให้แก่ผู้ให้ยืมเช่นกัน แม้บทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปจะมีได้บัญญัติเกี่ยวกับดอกผลของทรัพย์สินที่ยืมไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากทรัพย์สินที่ยืมอันเป็นทรัพย์สินประธานมิใช่ทรัพย์สินที่ยืมมีกรรมสิทธิ์เพราะผู้ยืมได้รับโอนแต่เพียงการครอบครองจากผู้ให้ยืม ดอกผลที่เกิดแต่ทรัพย์สินนั้นจึงมิใช่ทรัพย์สินของผู้ยืมแต่อย่างใด⁹⁸

หลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจ นอกจากหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้วผู้ยืมยังมีหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเพิ่มเติมขึ้นเพื่อให้ผู้ยืมปฏิบัติต่อผู้ให้ยืมตามสัญญา ยืมใช้คงรูปอีกด้วย หน้าที่ของผู้ยืมที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้ยืมตามสัญญา ยืมใช้คงรูปจึงประกอบด้วยหน้าที่ตามสัญญาและหน้าที่ตามกฎหมาย

การที่สัญญา ยืมใช้คงรูปเป็นสัญญาที่คำนึงถึงคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ยืมเป็นสำคัญ ผู้ยืมจึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม “หลักการปฏิบัติหน้าที่” ของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจตามที่กฎหมายกำหนดด้วย เนื่องจากการที่ผู้ให้ยืมตกลงส่งมอบทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้ผู้ยืมใช้สอยนั้น มีความหมายในตัวเองที่ผู้ยืมได้มอบหมายความไว้วางใจให้แก่ผู้ยืมแล้ว ซึ่งหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ ของผู้ให้ยืมซึ่งได้มอบหมายความไว้วางใจเช่นนั้น หลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ยืมเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักการปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่คุณสมบัติของตนเป็นสาระสำคัญของสัญญาในอันที่จะต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น หลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้เช่าต่อผู้ให้เช่าในสัญญาเช่าทรัพย์สิน หลักการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนต่อตัวการในสัญญาตัวแทน ในเอกเทศสัญญาเหล่านี้ผู้เช่าและตัวแทนนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนตามสัญญาเช่าทรัพย์สินและสัญญาตัวแทนแล้วแต่กรณีแล้ว ผู้เช่าและตัวแทนยังต้องปฏิบัติตามหน้าที่เฉพาะตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ หากผู้ยืมกระทำการฝ่าฝืนต่อหลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจ ผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

หลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ยืมต่อผู้ให้ยืมปรากฏชัดแจ้งในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 643 ประกอบด้วยหลักการปฏิบัติหน้าที่สามประการ ได้แก่ หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจของตน และหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และด้วยความซื่อสัตย์สุจริต⁹⁹

(1) หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง ผู้ให้ยืมตกลงส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมให้ผู้ยืมใช้สอยเป็นการมอบหมายความไว้วางใจแก่ผู้ยืมเป็นการเฉพาะตัว ดังนั้น การใช้สิทธิของผู้ยืมในการใช้สอยทรัพย์สินที่ยืม จึงต้องกระทำด้วยตนเองเท่านั้น ผู้ยืมไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นใช้สอยทรัพย์สินนั้นแทนตนหรือโอนสิทธิของตนตามสัญญา ยืมใช้คงรูปให้แก่บุคคลอื่นได้¹⁰⁰

⁹⁸ เพิ่งอ้าง, 73.

⁹⁹ เพิ่งอ้าง, 74-79.

¹⁰⁰ Japanese Civil Code Section 594 (2).

หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเองยังปรากฏในสัญญาเช่าทรัพย์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 544 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ทรัพย์สิ่งซึ่งเช่านั้นผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในทรัพย์สิ่งนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า” และในสัญญาตัวแทนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 808 ความว่า “ตัวแทนต้องทำการด้วยตนเอง เว้นแต่จะมีอำนาจใช้ตัวแทนช่วงทำการได้” ในทางกลับกันกฎหมายมิได้กำหนดหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเองของคู่สัญญาไว้ในเอกเทศสัญญาที่คุณสมบัติของคู่สัญญาไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่น ผู้รับจ้างทำของสามารถจ้างไปให้บุคคลอื่นทำงานแทนได้หากงานนั้นมีคำนี้ถึงความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของผู้รับจ้าง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 607 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ผู้รับจ้างจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญของสัญญาจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง...” อย่างไรก็ตาม ผู้ยืมกับผู้ให้ยืมอาจตกลงกันยกเว้นหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเองได้ตามหลักเสรีภาพของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา เพราะหลักการดังกล่าวมิใช่หลักเด็ดขาด เช่น ผู้ให้ยืมกับผู้ยืมตกลงกันให้สามารถนำทรัพย์สิ่งที่ยืมไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยได้ในกรณีนี้ผู้ใช้บังคับได้ตามที่มีการตกลงกัน

(2) หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจของตน ปรากฏอยู่ในมาตรา 643 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในส่วนที่ว่า “ทรัพย์สิ่งซึ่งยืมนั้น ถ้าผู้ให้ยืมเอาไปใช้การอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สิ่งนั้น หรือนอกจากการอันปรากฏในสัญญาก็ดี... ท่านว่าผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในเหตุทรัพย์สิ่งนั้นสูญหายหรือบอบสลายไปอย่างหนึ่งอย่างใด...” กล่าวคือ แม้ผู้ยืมจะมีสิทธิตามสัญญาใช้คงรูปในการใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาใช้คงรูป แต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามขอบอำนาจของตนเท่านั้น ผู้ยืมไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมตามความประสงค์นอกเหนือขอบอำนาจของตนได้ หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจของผู้ยืมมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองทรัพย์สิ่งที่ยืมเป็นสำคัญ การใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมเพื่อการอย่างอื่นมิใช่การอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สิ่งที่ยืม หรือนอกจากการอันปรากฏในสัญญาเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจของตนและเป็นปฏิปักษ์ต่อความไว้วางใจของผู้ให้ยืม ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิ่งที่ยืมอันเนื่องมาจากการใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมนอกขอบอำนาจจึงอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ยืมที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้ยืม

การใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมตามสภาพปกติแก่ทรัพย์สิ่งนั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของทรัพย์สิ่งที่ยืมนั้นเป็นสำคัญ เช่น หนังสือหรือตำราเป็นทรัพย์สิ่งซึ่งมุ่งหมายให้ข้อมูลความรู้ ดังนั้น ผู้ยืมจึงต้องใช้สอยหนังสือหรือตำราเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ไม่สามารถที่จะนำหนังสือหรือตำราที่ยืมมานั้นไปใช้ขีดทำความสะอาดพื้นนำไปใช้เป็นที่รองนั่งบนพื้นสนามหรือนำไปใช้กันฝนซึ่งจะเป็นการใช้สอยเพื่อการอย่างอื่น อันมิใช่การอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สิ่งนั้น ส่วนการใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมตามที่กำหนดไว้ในสัญญาใช้คงรูป ผู้ยืมย่อมจะต้องใช้สอยทรัพย์สิ่งตามที่ได้ตกลงไว้กับผู้ให้ยืมจะใช้สอยทรัพย์สิ่งที่ยืมเพื่อการอย่างอื่นอันมิใช่การที่ระบุหรือกำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ นอกจากการใช้สอยทรัพย์สิ่งตามสภาพปกติแห่งทรัพย์สิ่งนั้นหรือตามที่

กำหนดในสัญญาแล้ว ผู้ยืมไม่สามารถกระทำการใดๆ กับตัวทรัพย์สินที่ยืมนั้น ดังนั้น การแก้ไขตัดแปลงหรือต่อเติมอย่างใดๆ ในทรัพย์สินที่ยืมจึงมิใช่สิ่งที่ผู้ยืมมีอำนาจกระทำได้เพราะไม่ใช่การใช้สอยทรัพย์สินอันเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบอำนาจของผู้ยืม

หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจปรากฏในสัญญาเช่าดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 552 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความว่า “อันผู้เช่าจะใช้ทรัพย์สินที่เช่าเพื่อการอย่างอื่นนอกจากที่ใช้กันตามประเพณีนิยมปกติหรือการดังกล่าวไว้ในสัญญานั้น ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่” และในสัญญาตัวแทนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 807 ความว่า “ตัวแทนต้องทำการตามคำสั่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายของตัวการเมื่อไม่มีคำสั่งเช่นนั้นก็ต้องดำเนินตามทางที่เคยทำกันมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตนทำอยู่นั้น” ผู้เช่าในสัญญาเช่าทรัพย์สินหรือตัวแทนในสัญญาตัวแทนจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจเนื่องจากเป็นผู้ที่ได้รับมอบความไว้วางใจนั่นเอง

(3) หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเป็นหลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ยืมในประการสุดท้ายซึ่งเป็นผลมาจากการที่ผู้ให้ยืมมอบหมายความไว้วางใจให้แก่ผู้ยืม

หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและด้วยความซื่อสัตย์สุจริตปรากฏให้เห็นในบทบัญญัติมาตรา 644 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความว่า “ผู้ยืมจำต้องสงวนทรัพย์สินซึ่งยืมไปเหมือนเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง” หลักการดังกล่าวกำหนดให้ผู้ยืมต้องใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมด้วยความระมัดระวังมิให้ทรัพย์สินที่ยืมไปนั้นสูญหายหรือเสียหายอย่างใดๆ และจะต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่ยืมนั้นเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปสงวนรักษาทรัพย์สินของตนเอง เช่น ผู้ยืมจะต้องไม่ขีดเขียนทำเครื่องหมายใดๆ หรือฉีกหน้ากระดาษในหนังสือที่ยืมไป หรือต้องเก็บรักษาหนังสือที่ยืมไปนั้นให้เรียบร้อยเมื่อเกิดฝนตกเพื่อมิให้หนังสือนั้นเสียหาย นอกจากนี้ผู้ยืมยังมีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายอันเป็นปกติแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สินที่ยืมอีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 647 ความว่า “ค่าใช้จ่ายอันเป็นปกติแก่การบำรุงรักษาทรัพย์สินซึ่งยืมนี้ผู้ยืมต้องเป็นผู้เสีย”

หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้ยืมเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้เช่าในสัญญาเช่าทรัพย์สินดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 553 ความว่า “ผู้เช่าจำต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่านั้นเสมือนกับที่วิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และต้องบำรุงรักษาทั้งต้องทำการซ่อมแซมเล็กน้อยด้วย” เช่นเดียวกับในสัญญาตัวแทนบัญญัติไว้ในมาตรา 807 วรรคสอง ความว่า “อนึ่ง บทบัญญัติในมาตรา 659 นั้น ท่านให้ทำมาใช้ด้วยโดยอนุโลมตามควร” และบทบัญญัติในเรื่องฝากทรัพย์ มาตรา 659 บัญญัติว่า “ถ้าการรับฝากทรัพย์เป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไซ้ ท่านว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยปฏิบัติในกิจการของตนเอง” ตัวแทนจึงต้องทำการด้วยความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ปฏิบัติในกิจการของตนเอง

หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ผู้ยืมจะต้องใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมด้วยความซื่อสัตย์สุจริตโดยจะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่ยืมนั้น และจะต้องไม่เอาทรัพย์สินที่ยืมไปไว้นานกว่าที่ควรจะทำเอาไว้ เพราะการครอบครองทรัพย์สินที่ยืมของผู้ยืมเป็นไปเพื่อการใช้สอยทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญาเท่านั้น ผู้ยืมจึงต้องรีบส่งคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมใช้สอยเสร็จ ไมเช่นนั้นจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความไว้วางใจของผู้ให้ยืม หากเกิดความเสียหายอย่างใดแก่ทรัพย์สินที่ยืมผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น

หลักการดังกล่าวยังปรากฏในสัญญาตัวแทนดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 825 และมาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰¹ โดยตัวแทนจะต้องไม่กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความไว้วางใจที่ตัวการมอบหมายให้แก่ตน

สิทธิของผู้ให้ยืมตามสัญญายืมใช้คงรูปอาจแบ่งออกเป็นสามประการ ดังนี้ 1) สิทธิที่จะเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืน 2) สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาและ 3) สิทธิที่จะเรียกค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายจากผู้ยืม

การเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนผู้ให้ยืมจะมีสิทธิเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อใดต้องพิจารณาว่ามีการกำหนดเวลายืมทรัพย์สินไว้หรือไม่ หากเป็นการยืมทรัพย์สินโดยมีกำหนดเวลา ผู้ให้ยืมจะเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินในระหว่างที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาที่ตกลงกันได้ เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือมีเหตุตามที่ตกลงไว้ในสัญญา แต่การยืมทรัพย์สินโดยไม่มีกำหนดเวลา ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินเสร็จแล้วตามวัตถุประสงค์ของสัญญา และผู้ให้ยืมอาจเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินก่อนนั้นก็ได้อีกเมื่อเวลาได้ล่วงไปพอสมควรแก่การที่ผู้ยืมจะได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 646 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ยืมจะเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนเมื่อใดก็ได้ ในกรณีที่มีได้กำหนดเวลาในการยืมกันไว้และไม่ปรากฏว่ายืมทรัพย์สินไปเพื่อการอันใด

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นน่าที่จะพิจารณาว่าในกรณีที่ผู้ให้ยืมมีความจำเป็นที่จะต้องใช้สอยทรัพย์สินที่ผู้ให้ยืมผู้ให้ยืมจะสามารถเรียกเอาคืนก่อนกำหนดในสัญญาได้หรือไม่ ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศ จะพบว่ากฎหมายของต่างประเทศยอมรับหลักการที่ให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินคืนก่อนกำหนดได้ หากว่าผู้ให้ยืมมีความจำเป็นจะต้องใช้ทรัพย์สินที่ยืม แต่มีเงื่อนไขว่าผู้ให้ยืมต้องแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งซึ่งความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินนั้น หากไม่มีเหตุผลเพียงพอก็มีอาจกระทำไม่ได้ เช่น กฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายเยอรมัน กฎหมายสวิส เป็นต้น¹⁰²

ท่านรองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ มีความเห็นว่าการมีหลักการดังกล่าวเป็นการเหมาะสมอย่างยิ่ง กล่าวคือ เป็นที่ทราบกันดีแล้วการยืมใช้คงรูปนั้นเป็นการทำให้เปล่า ผู้ยืมเป็นผู้ได้รับประโยชน์ฝ่ายเดียวแม้ว่าผู้ให้ยืมจะต้องยอมรับให้ผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญาก็ตาม แต่ในกรณีที่มี

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 825 มาตรา 805.

¹⁰² Swiss Civil Code Section 309.

ความจำเป็นที่ตนเองจะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นในระหว่างที่ได้ให้ยืมไป ผู้ให้ยืมย่อมน่าจะมีสิทธิเพื่อการเรียกเอาคืนได้ โดยที่จะต้องไม่เป็นการเสียหายต่อผู้ยืมที่ไม่ได้ใช้สอยตามสัญญา การที่ไม่ปรากฏหลักนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเพราะต้องการให้ผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สินตามกำหนดเวลาที่ตกลงกัน โดยที่ผู้ให้ยืมจะไม่ใช้สิทธิเพื่อการเรียกคืนก่อนกำหนด อย่างไรก็ตาม คงไม่เป็นธรรมดา หากว่าไม่สามารถจะเรียกคืนก่อนกำหนดได้เพราะความจำเป็นโดยแท้ กฎหมายให้สิทธิการบอกเลิกสัญญาและเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ แต่เฉพาะกรณีของการไม่สงวนทรัพย์สินหรือการไม่ใช้ทรัพย์สินโดยชอบเท่านั้น หากจะบอกเลิกสัญญาโดยเหตุอื่นโดยหลักก็ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามภาระหนี้เป็นเกณฑ์¹⁰³ แต่การจะเรียกคืนโดยเหตุจำเป็นที่ไม่อาจคาดหมายได้ คงไม่สามารถอ้างได้เพื่อให้บรรลุผลคงต้องอาศัยการเจรจาจากผู้ยืมเพื่อขอเลิกสัญญาตามหลักทั่วไป

ท่านรองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิธย์ มีความเห็นว่าควรมีการทบทวนหลักการในสัญญา ยืมใช้คงรูปใหม่กรณีของการที่ให้ผู้ให้ยืมสามารถเรียกทรัพย์สินที่ให้ผู้ยืมก่อนกำหนดโดยเหตุจำเป็นที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งและเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เพื่อความเป็นธรรม แต่ทั้งนี้การจะให้สิทธิการเรียกคืนก่อนกำหนดนั้นต้องเป็นเรื่องที่จำเป็นจริงๆ และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ยืมเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เสียหลักการการปฏิบัติตามสัญญา สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสนั้นให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าควรให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมให้ผู้ให้ยืมหรือไม่¹⁰⁴

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมตกไปอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้ให้ยืมมีสิทธิที่จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอกได้โดยตรง ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 643/2480 วินิจฉัยว่า ยืมของไปแล้วไม่ส่งคืนเมื่อของนั้นไปตกอยู่ที่บุคคลอื่นผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลนั้นได้

สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญาของผู้ให้ยืมย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินของผู้ยืม ดังนั้น การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงต้องมีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายโดยผู้ให้ยืมชอบที่จะบอกเลิกสัญญาเมื่อมีการกระทำความผิดจากฝ่ายผู้ยืม กล่าวคือ ผู้ยืมไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาและมิได้ใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจทั้งสามประการ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 645 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความว่า “ในกรณีทั้งหลายดังกล่าวไว้ในมาตรา 643 นั้นก็ดี หรือถ้าผู้ยืมประพฤติฝ่าฝืนต่อความในมาตรา 644 ก็ดี ผู้ให้ยืมจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้” เพื่อลทโทษผู้ยืมซึ่งกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความไว้วางใจของผู้ให้ยืมและปกป้องประโยชน์ของผู้ให้ยืมซึ่งเป็นคู่สัญญาที่มีได้รับประโยชน์ใดๆ จากสัญญาใช้คงรูป¹⁰⁵

สิทธิที่จะเรียกค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายจากผู้ยืม ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ยืมตามหลักในเรื่องหนี้ในกรณีทรัพย์สินที่ยืมไปสูญหายหรือบุบสลายอันเป็นความผิดของผู้ยืม ตามมาตรา

¹⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387.

¹⁰⁴ Civil Code Section 1889.

¹⁰⁵ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ (เชิงอรรถ 83) 86-87.

215 มาตรา 213 และมาตรา 222 และมีสิทธิเรียกค่าส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ยืมที่จะต้องเป็นผู้จ่าย¹⁰⁶

หน้าที่ของผู้ให้ยืม ผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ยืม การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมเป็นเพียงเงื่อนไขของความสมบูรณ์ของสัญญาหาใช่หน้าที่ของผู้ยืมตามสัญญาที่ยืมใช้คงรูปไม่

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้ว ผู้ให้ยืมมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมทรัพย์สินที่ยืมอันเป็นการซ่อมแซมพิเศษซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ให้ยืมมากกว่าประโยชน์ที่ผู้ยืมจะได้รับในการใช้สอยทรัพย์สินตามสัญญาที่ยืมใช้คงรูป การบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมใหญ่จึงเป็นประโยชน์ต่อทรัพย์สินของผู้ให้ยืมเป็นสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินของผู้ยืมตามสัญญา ทั้งนี้ เช่นเดียวกับหน้าที่ของผู้ให้เช่าที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่จำเป็นและสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินที่เช่าในกรณีพิเศษนอกจากการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมเล็กน้อย¹⁰⁷ ดังนั้น ผู้ให้ยืมจึงต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการดังกล่าว ประมวลแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้เป็นหน้าที่ที่ผู้ให้ยืมต้องเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงแต่อย่างใด¹⁰⁸

ความรับผิดของผู้ให้ยืม บทบัญญัติในเรื่องยืมใช้คงรูปมิได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้ยืมไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ยืมอาจมีความรับผิดต่อผู้ยืมในกรณีที่ผู้ให้ยืมให้ยืมทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องแก่ผู้ยืม โดยผู้ให้ยืมรู้ว่าทรัพย์สินนั้นชำรุดบกพร่องและมีได้บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นแก่ตัวผู้ยืม หากผู้ยืมได้รับอันตรายหรือความเสียหายอย่างใดๆ อันเป็นผลจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ยืมนั้น ผู้ให้ยืมก็อาจมีความรับผิดต่อผู้ยืมเพื่อความเสียหายดังกล่าว เพราะละเลยไม่บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบ แต่ถ้าได้บอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องแล้วก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ปฏิเสธความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ยืมได้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ปรากฏว่ากฎหมายในต่างประเทศได้บัญญัติไว้เป็นหลักโดยตรง¹⁰⁹ การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้ยืมให้ต้องบอกกล่าวแก่ผู้ยืมเมื่อทราบถึงความชำรุดบกพร่องของตัวทรัพย์สินที่ยืม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราหาได้รับหลักการนี้ไม่ โดยเหตุนี้หากปรากฏว่าผู้ยืมได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ยืม การจะเรียกร้องให้ผู้ให้ยืมรับผิดชอบคงจะต้องอาศัยหลักเรื่องละเมิดเป็นสำคัญ ซึ่งเห็นว่าการที่ผู้ให้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืมนั้นคงไม่ใช่เพียงแต่ส่งมอบให้ตามสภาพแห่งทรัพย์สินเท่านั้นแต่ต้องมีความรับผิดชอบด้วย¹¹⁰

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 642.

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 553.

¹⁰⁸ Civil Code Section 1890.

¹⁰⁹ German Civil Code Section 600.

¹¹⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์ (เชิงอรรถ 73) 73.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายลักษณะยืมใช้คงรูป ของประเทศไทยกับต่างประเทศ

จากการศึกษาสัญญายืมใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยกับต่างประเทศเห็นได้ว่าบทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปของประเทศไทยยังมีปัญหาหลายประการ โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเพื่อให้เกิดความเข้าใจดังจะได้วิเคราะห์ต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดของผู้ยืม

สัญญายืมใช้คงรูปคือสัญญาที่บุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ยืมตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่า ผู้ยืมจึงมีสิทธิจะใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้ยืม ผู้ยืมเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากสัญญายืมใช้คงรูปแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้ให้ยืมไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดจากสัญญาดังกล่าว และอาจต้องเสียประโยชน์เนื่องจากไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นในระหว่างที่ผู้ยืมได้ การที่ผู้ให้ยืมจะให้บุคคลใดยืมทรัพย์สินของตนไปใช้สอยจึงต้องพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลนั้นว่า จะสามารถดูแลรักษาทรัพย์สินให้ปลอดภัยตลอดเวลาที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองบุคคลนั้นได้หรือไม่ คุณสมบัติของผู้ยืมจึงถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของสัญญายืมใช้คงรูป การที่ผู้ให้ยืมตกลงมอบทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลใดเพื่อใช้สอยจึงเป็นการให้ความไว้น้ำใจแก่บุคคลนั้นทำให้บุคคลที่ได้รับมอบความไว้น้ำใจ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการกระทำต่อทรัพย์สินที่ยืมตามหลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายความไว้น้ำใจ ได้แก่ หลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง หลักการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบอำนาจแห่งตน และหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ในสมัยโรมันหากทรัพย์สินสูญหายหรือได้รับความเสียหายโดยเกิดจากการกระทำของผู้ยืมหรือบุคคลภายนอก ผู้ยืมต้องเป็นผู้รับผิดชอบทุกกรณี เว้นแต่การสูญหายหรือความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย ความรับผิดของผู้ยืมในสมัยโรมันเรียกว่า Custodia เป็นความรับผิดที่มีความเคร่งครัดมากโดยผู้ยืมต้องรักษาทรัพย์สินให้ปลอดภัยและต้องรับผิดชอบในอุบัติเหตุซึ่งทำให้ทรัพย์สินบุบสลายหรือชำรุดเสียหายเนื่องจากเป็นเหตุที่กฎหมายถือว่าเป็นสิ่งที่ป้องกันได้ เช่น ผู้ยืมต้องรับผิดชอบหากหนังสือที่ยืมมาถูกบุคคลที่สามฉีกขาดหรือทำเปื้อน ทั้งจะต้องรับผิดชอบในการลักทรัพย์ไม่ว่าประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม เพราะการลักทรัพย์ถือว่าเป็นเหตุที่สามารถป้องกันได้ ถ้าผู้ยืมห่วงเหนี่ยวทรัพย์สินไว้มองไม่เห็นในกำหนดจะมีความรับผิดหนักกว่า Custodia มากโดยจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลทุกอย่าง (Omnis Casus) รวมทั้งเหตุสุดวิสัย (Vis Maior) นอกจากนี้ หากทรัพย์สินนั้นเป็นที่นิยมมากในหมู่ประชาชนก่อนหรือขณะที่มีการส่งมอบผู้ยืมต้องรับผิดชอบหนักขึ้นโดยจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความสูญหายหรือบุบสลายเกิดจากเหตุสุดวิสัยด้วย โดยอาศัยหลักการตีความเจตนาของคู่สัญญาอันขึ้นอยู่กับ

ภาวะแวดล้อม¹ และหากทรัพย์สินที่ส่งคืนอยู่ในสภาพที่เร็วกว่าเดิมจะถือว่าไม่มีการส่งคืนทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้จ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ให้ยืมแล้ว

ความรับผิดของผู้ยืมตามสัญญาใช้คงรูปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อพิจารณา มาตรา 643 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งยืมนั้น ถ้าผู้ยืมเอาไปใช้ในการอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น หรือนอกจากการอันปรากฏในสัญญา เอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือเอาไว้นานกว่าที่ควรเอาไว้ ผู้ยืมจะต้องรับผิดในเหตุทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือบุบสลายไปอย่างหนึ่งอย่างใด แม้จะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงจะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง” เห็นได้ว่า มาตรา 643 ได้วางข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินโดยมิให้ผู้ยืมนำทรัพย์สินไปใช้ในการอื่นนอกจากอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น นอกจากที่ปรากฏในสัญญา มิให้นำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือเอาทรัพย์สินไว้นานกว่าที่ควรจะเอาไว้ หากผู้ยืมใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามมาตรา 643 ผู้ยืมย่อมมีความรับผิดในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สิน การที่ผู้ยืมต้องใช้ทรัพย์สินตามข้อกำหนดในมาตรา 643 เป็นผลมาจากหลักการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายความไว้วางใจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินที่ยืม อย่างไรก็ตาม กรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมสูญหายหรือบุบสลายโดยเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกในระหว่างที่ยืมโดยที่ผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามมาตรา 643 ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินนั้น แต่ความสูญหายหรือบุบสลายดังกล่าวจะตกอยู่กับฝ่ายผู้ให้ยืม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1180/2519 “โจทก์ฟ้องว่าจำเลยชนรถจักรยานยนต์ของโจทก์โดยละเมิด แต่ได้ความว่ารถจักรยานยนต์เป็นของน้องชายโจทก์ โจทก์ไม่ใช่เจ้าของรถและการที่เกิดเหตุชนกันก็เป็นการใช้จักรยานยนต์ของโจทก์ตามปกติธรรมดา โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องให้จำเลยใช้ค่าซ่อมและค่าเสื่อมราคาซึ่งเป็นค่าเสียหายอันเกี่ยวกับตัวรถโดยตรง” ต่อมาคำพิพากษาฎีกาที่ 3451/2524 วินิจฉัยว่า “ทรัพย์สินที่ยืมบุบสลายเพราะการกระทำของบุคคลภายนอกมิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ยืม ผู้ยืมจึงไม่ต้องรับผิดต่อเจ้าของทรัพย์สิน เมื่อไม่ต้องรับผิดต่อเจ้าของทรัพย์สินโจทก์ก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับช่วงสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินที่จะเรียกร้องให้จำเลยผู้ทำละเมิดรับผิดได้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง”

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1180/2519 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3451/2524 เป็นการวินิจฉัยว่าการที่ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินตามปกติและความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เกิดจากความผิดของผู้ยืม ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดต่อผู้ให้ยืมในความเสียหายที่เกิดขึ้นส่งผลให้ผู้ยืมที่ชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืมแล้วไม่สามารถรับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอากับบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 534/2506 “ยืมรถยนต์ของผู้อื่นไปใช้ตามปกติแล้วถูกรถของบุคคลภายนอกชนเสียหายโดยไม่ใช่เพราะความผิดของฝ่ายผู้ยืม ผู้ยืมก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหาย การยืมใช้คงรูปนั้นผู้ยืมต้องคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมตามป.พ. มาตรา 640 ก็จริง แต่นั้นเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องที่เป็นไปตามปกติ ยิ่งกว่านั้นยังมีบทบัญญัติไว้อีกว่าหากผู้ยืมนำไปใช้การอย่างอื่นผิดปกติหรือให้บุคคลภายนอกใช้ผู้ยืมต้องรับผิด

¹ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 187-189.

ในอันตรายเสียหายแม้ในเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 643 และได้บัญญัติหน้าที่ของผู้ยืมไว้ตามมาตรา 644 ว่าผู้ยืมมีหน้าที่สงวนทรัพย์สินเช่นวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนหากกระทำเช่นนี้แล้วเกิดอันตรายเสียหายขึ้นก็ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการชำระหนี้อันเป็นหลักทั่วไปมาวินิจฉัย โดยเหตุนี้เมื่อปรากฏว่าจำเลยผู้ยืมมิได้มีส่วนในการกระทำให้เกิดอันตรายเสียหายแก่รถยนต์ของโจทก์ จำเลยใช้อย่างวิญญูชนพึงกระทำแล้วจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 219”

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 534/2506 สรุปได้ว่าแม้ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมแต่หากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ยืมและผู้ยืมได้สงวนรักษาทรัพย์สินดังเช่นวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนเองแล้วผู้ยืมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะเป็นกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ การที่ศาลฎีกาปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนี้เนื่องจากบทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอกโดยผู้ยืมไม่มีความผิดในการใช้ทรัพย์สินผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปไม่ได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้ทำให้ศาลต้องปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องนี้ตามหลักทั่วไปนั้นอาจก่อให้เกิดความเป็นไม่ธรรมแก่ฝ่ายผู้ให้ยืมได้

สำหรับประเทศฝรั่งเศสสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียวผู้ยืมเป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาเพียงฝ่ายเดียว เมื่อพิจารณา 1880² วางหลักว่า ผู้ยืมมีหน้าที่ในการดูแล เก็บรักษา และสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ยืมเหมือนเจ้าของที่ระมัดระวัง ผู้ยืมจะใช้ทรัพย์สินที่ยืมได้เฉพาะการใช้โดยธรรมชาติของทรัพย์สินนั้น หรือที่กำหนดไว้ในสัญญา และ 1881³ วางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในการอื่น หรือนานกว่าที่ควร ผู้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุ จากมาตราดังกล่าวเห็นว่าผู้ยืมมีหน้าที่ในการดูแล เก็บรักษา และสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ยืมเหมือนเจ้าของที่ระมัดระวัง และผู้ยืมจะใช้ทรัพย์สินที่ยืมได้เฉพาะการใช้โดยธรรมชาติของทรัพย์สินนั้น หรือที่กำหนดไว้ในสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ถ้าผู้ยืมใช้ทรัพย์สินในการอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือใช้ทรัพย์สินนานกว่าที่ควร ผู้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุ หากผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนมาตรา 1880 และ 1881 ผู้ยืมก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ มาตรา 1882 วางหลักว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยืมพินาศเนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุซึ่งผู้ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้โดยการใช้ทรัพย์สินของตนเอง หรือสามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขึ้นเดียว ถ้าผู้ยืมเลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายของทรัพย์สินที่ยืม เห็นได้ว่าแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเกิดจากอุบัติเหตุโดยผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามมาตรา 1880 และ 1881 ผู้ยืมก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะ

² Civil Code Section 1880.

³ Civil Code Section 1881.

เลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง อย่างไรก็ตามมาตรา 1883⁴ วางหลักว่า หากมีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืม ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้จะเกิดจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุก็ตามผู้ยืมเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น จากมาตราดังกล่าวเห็นว่า แม้ผู้ยืมไม่ได้ใช้ฝ่าฝืนข้อกำหนดตามมาตรา 1880 และ 1881 และผู้ยืมไม่ได้เลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง ผู้ยืมก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ซึ่งเป็นอุบัติเหตุเพราะได้มีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืมไว้ เว้นแต่ผู้ยืมจะได้ตกลงกับผู้ให้ยืมไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่ทรัพย์สินเสื่อมสภาพเนื่องจากการใช้งานและโดยปราศจากความผิดของผู้ยืม ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการเสื่อมสภาพนั้น ตามมาตรา 1884⁵ ถ้าบุคคลหลายคนร่วมกันยืมทรัพย์สินเดียวกันบุคคลเหล่านั้น มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันต่อผู้ให้ยืม ตามมาตรา มาตรา 1887

จากการพิจารณาความรับผิดของผู้ยืมตามสัญญาใช้คงรูปทั้งของประเทศฝรั่งเศสและของประเทศไทยเห็นได้ว่า ผู้ยืมต้องใช้ทรัพย์สินตามข้อกำหนดของกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยจะต้องใช้ทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ใช้ในการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น ภายในระยะเวลาอันควรและไม่นำไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หากผู้ยืมฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวย่อมมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ห้ามนำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หากผู้ยืมนำทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดความรับผิดของผู้ยืมในกรณีที่ผู้ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขึ้นเดียวและผู้ยืมเลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง รวมทั้งความรับผิดของผู้ยืมในกรณีที่ได้มีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืมซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายโรมันที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินที่ยืม หากทรัพย์สินนั้นเป็นที่นิยมมากในหมู่ประชาชนก่อนหรือขณะส่งมอบทรัพย์สิน เห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดความรับผิดของผู้ยืมไว้ละเอียดกว่าประเทศไทยโดยมีทั้งบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบเพราะความผิดของผู้ยืมและบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบแม้ผู้ยืมไม่มีความผิด แต่ความรับผิดของผู้ยืมตามกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้หนักเท่ากับในสมัยโรมันที่ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือบุบสลายที่เกิดจากอุบัติเหตุทุกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาการใช้ทรัพย์สินของผู้ยืมและไม่จำเป็นต้องมีการประเมินราคาทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมคุ้มครองประโยชน์ของผู้ให้ยืมได้มากกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งไม่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเนื่องจากสัญญาใช้คงรูปของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยต่างเป็นสัญญาฝ่ายเดียวผู้ให้ยืมไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากสัญญา สำหรับประเทศไทยกฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่ผู้ยืมมีความผิดเท่านั้น หากผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินตามกฎหมายก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁴ Civil Code Section 1883.

⁵ Civil Code Section 1884.

สำหรับประเทศเยอรมนีเมื่อพิจารณามาตรา 603⁶ วางหลักว่า ผู้ยืมไม่มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินในการอื่นนอกจากที่สอดคล้องกับสัญญา และผู้ยืมไม่มีสิทธิส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้ยืม เห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันได้วางข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินไว้เพียงสองประการ คือ ผู้ยืมต้องใช้ทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในสัญญาและผู้ยืมต้องใช้สอยทรัพย์สินด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม หากผู้ยืมได้รับความยินยอมจากผู้ให้ยืมผู้ยืมก็อาจส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยได้ นอกจากนี้ มาตรา 602 วางหลักว่าผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในการเปลี่ยนแปลงหรือการเสื่อมสภาพของทรัพย์สินที่ยืมซึ่งเกิดจากการใช้สอยที่สอดคล้องกับสัญญา

จากการพิจารณาเปรียบเทียบความรับผิดของผู้ยืมระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี เห็นได้ว่าประเทศไทยได้วางข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีโดยข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินของประเทศไทยซึ่งกำหนดไว้สี่ประการมีความละเอียดรัดกุมมากกว่าข้อกำหนดการใช้ทรัพย์สินของประเทศเยอรมนีซึ่งกำหนดไว้เพียงสองประการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ความรับผิดของผู้ยืมตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมนีจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีความผิดของผู้ยืมโดยการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมาย หากผู้ยืมไม่ได้ใช้ทรัพย์สินขัดต่อหน้าที่ตามกฎหมายแล้วผู้ยืมก็ไม่มี ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แตกต่างกับประเทศฝรั่งเศสที่ผู้ยืมอาจมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินแม้ผู้ยืมจะไม่มี ความผิดในการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายก็ตาม ประเทศไทยและประเทศเยอรมนีไม่ได้รับหลักการที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดในกรณีที่ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขึ้นเดียวและผู้ยืมเลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง และหลักการที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดในกรณีที่ได้มีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืมเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส เห็นได้ว่า ในเรื่องความรับผิดของผู้ยืมกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ค่อนข้างละเอียดและรัดกุมมากที่สุดทำให้สามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้ให้ยืมในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ยืมได้มากที่สุดเพราะแม้ผู้ยืมจะไม่มี ความผิดแต่ก็มีความรับผิดชอบต่อทรัพย์สินในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีทรัพย์สินที่ยืมได้รับความเสียหายโดยเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกหากไม่มีการประเมินราคาทรัพย์สิน ผู้ยืมก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นและไม่ใช่กรณีที่ผู้ยืมใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมายทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องความรับผิดของผู้ยืมนั้นผู้ยืมควรมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ว่าความเสียหายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ยืมเหมือนกับกฎหมายโรมันที่ผู้ยืมต้องรับผิดในความเสียหายหรือบุบสลายที่เกิดจากบุคคลภายนอกหรืออุบัติเหตุเนื่องจากผู้ให้ยืมไม่ได้รับประโยชน์จากสัญญา ยืมใช้คงรูปและในระหว่างที่ยืมทรัพย์สินอยู่ความครอบครองของผู้ยืม เมื่อผู้ให้ยืมไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากสัญญาแล้วจึงไม่ควรให้ผู้ให้ยืมรับภาระในความเสียหายที่เกิดขึ้นอีก ถึงแม้ผู้ยืมจะไม่มี ความผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ผู้ยืมก็ได้รับประโยชน์โดยได้ใช้สอยทรัพย์สินตามสัญญาโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ การที่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะผู้ยืมไม่มี ความผิดในการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายทำให้ผู้ยืมที่ได้ชดใช้ค่าเสียหายหรือได้ซ่อมแซมทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมไม่สามารถเข้ารับช่วง

⁶ German Civil Code Section 603.

สิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกเอาค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้เนื่องจากผู้ยืมไม่มีหนี้ในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืม ในเรื่องนี้แม้กฎหมายของประเทศเยอรมนีจะไม่ได้กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกทำให้อาจมีความเห็นว่าการกฎหมายของประเทศเยอรมนีไม่ต้องการให้บุคคลที่ไม่มีความผิดต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย แต่กฎหมายของประเทศเยอรมนีก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่ผู้ให้ยืมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินเนื่องจากพฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ การใช้สิทธิตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ยืมได้แต่กฎหมายของประเทศเยอรมนีก็ได้กำหนดว่าผู้ให้ยืมต้องเรียกทรัพย์สินคืนโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ยืมแต่อย่างใด เห็นได้ว่าผู้ยืมตามกฎหมายเยอรมนีก็อาจได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิตามกฎหมายทั้งที่ผู้ยืมไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน และในกรณีดังกล่าวผู้ยืมไม่สามารถไปเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากบุคคลใดได้อีกจึงมีความเห็นว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอกนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ยืมแต่อย่างใด แม้ผู้ยืมจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อผู้ให้ยืมแต่ผู้ยืมก็ยังสามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอาค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกได้ทำให้ความรับผิดชอบที่แท้จริงตกอยู่กับบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดหาได้ตกอยู่กับผู้ยืมไม่ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการรับช่วงสิทธิเพราะผู้ชำระหนี้ได้เป็นผู้ก่อความเสียหายโดยตรง

แม้ว่าผู้ยืมจะไม่มี ความรับผิดชอบตามกฎหมายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ให้ยืม แต่ผู้ยืมก็มีความรู้สึกที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะทรัพย์สินอยู่ในความดูแลของตนทำให้เกิดข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น นอกจากนี้ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมแก่ผู้ให้ยืมได้ เมื่อผู้ยืมมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินคืนในสภาพเดิมแต่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนจึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ยืมมีความผิดในการใช้ทรัพย์สินแล้ว เพียงแต่บทบัญญัติในหมวดยืมใช้คงรูปของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่ได้กำหนดให้ผู้ยืมมีความผิดในกรณีดังกล่าว การกำหนดให้ผู้ยืมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ผู้ยืมไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกจึงไม่ใช่การกำหนดให้ผู้ยืมมีความรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ยืมไม่มีความผิดแต่อย่างใด หากแต่จะก่อให้เกิดเป็นธรรมแก่ผู้ให้ยืมเนื่องจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบนั้นทำให้ผู้ให้ยืมต้องไปว่ากล่าวเอาค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดโดยตรงซึ่งทำให้ผู้ให้ยืมต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของละเมิดซึ่งยังไม่แน่นอนว่าผู้ให้ยืมจะสามารถพิสูจน์ให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายได้หรือไม่ เพราะผู้ให้ยืมไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นย่อมไม่อาจบรรยายถึงการกระทำต่างๆ ที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจน ผู้ให้ยืมจึงไม่มีทางที่จะชนะคดีได้โดยปราศจากความร่วมมือของผู้ยืมซึ่งเป็นผู้อยู่ใกล้ชิดกับทรัพย์สินในขณะเกิดเหตุ หากผู้ยืมปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือแล้วย่อมเป็นการยากที่จะทำให้ผู้ให้ยืมได้รับชำระหนี้ การให้ผู้ยืมรับผิดชอบต่อผู้ให้ยืมแล้วจึงไปว่ากล่าวเอาค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกเองจึงน่าจะมีความเหมาะสมยิ่งกว่าเพราะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือความรู้เห็นของผู้ให้ยืมทั้งสิ้น นอกจากนี้ การที่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะผู้ยืมไม่มี

ความผิดในการใช้ทรัพย์ยังไม่เป็นกรรมแก่ผู้ให้ยืมเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ให้ยืมเช่นกัน

อย่างไรก็ดี อาจมีผู้ที่มีความเห็นว่าหากกำหนดให้ผู้ยืมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ผู้ยืมก็อาจปฏิเสธความรับผิดชอบได้ทำให้ผู้ให้ยืมต้องฟ้องร้องผู้ยืมให้ชำระหนี้ ในเรื่องนี้มีความเห็นจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ผู้ยืมโดยปราศจากการบังคับของกฎหมายก็สมัครใจเข้ารับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวจึงสอดคล้องกับสิ่งที่ผู้ยืมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องเป็นธรรมควรที่จะปฏิบัติทำให้ผู้ยืมเข้ารับผิดต่อผู้ให้ยืมในความเสียหายที่เกิดขึ้น การกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอกจึงมีความเป็นไปได้ว่าจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ยืมเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ไม่เป็นอุปสรรคต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเหมือนในปัจจุบัน และถึงแม้ว่าผู้ยืมจะยืนยันไม่ยอมชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้ยืมแต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ยืมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วผู้ยืมย่อมไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบตามกฎหมายได้

เมื่อผู้ยืมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว การที่ผู้ยืมชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้ยืมย่อมไม่เป็นการเสียเปล่าเพราะผู้ยืมสามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอากับบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดได้ การที่ผู้ยืมสามารถรับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมที่มีต่อผู้ทำละเมิดได้ย่อมเป็นเครื่องจูงใจให้ผู้ยืมชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้ยืมซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ให้ยืมเป็นอย่างมากเนื่องจากทำให้ผู้ให้ยืมมีโอกาสได้รับชำระค่าสินไหมทดแทนมากขึ้นและไม่ต้องติดตามตัวผู้ทำละเมิดซึ่งอาจจะหลบหนีหรือไม่อาจทราบตัวได้ อีกทั้งการดำเนินคดีแพ่งย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายและต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรกว่าที่ผู้ให้ยืมจะได้รับชำระหนี้ ในขณะที่การเรียกให้ผู้ยืมซึ่งเป็นคู่สัญญารับผิดยอมสามารถทำได้ง่ายกว่าและทำให้ผู้ให้ยืมได้รับชำระหนี้เร็วขึ้นโดยมิต้องสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและสูญเสียเวลาโดยใช้เหตุตามหลักทฤษฎีการรับช่วงสิทธิเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้

4.2 วิเคราะห์ปัญหาหน้าที่ของผู้ให้ยืมในการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่ยืม

ในสมัยโรมันผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Culpa Lata) หรือกลฉ้อฉล (Dolus) หากผู้ให้ยืมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินแต่มิได้แจ้งให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ถ้าผู้ให้ยืมจงใจให้ยืมถังใส่เหล้าองุ่นที่ชำรุดทำให้เหล้าองุ่นของผู้ยืมเสื่อมคุณภาพหรือรั่วไหลออกไป หรือถ้าผู้ให้ยืมให้ยืมทรัพย์สินที่ตนลักขโมยมาทำให้ผู้ยืมต้องจ่ายค่าเสียหาย ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลโดยตรงจากการลักทรัพย์ และผู้ให้ยืมไม่อาจทำให้ผู้ยืมเสียหายโดยการเก็บลาภมิควรได้ไว้ เช่น หากผู้ยืมทำทรัพย์สินหายและต้องชำระเงินเพื่อให้ได้ทรัพย์สินคืนมาโดยความพยายามของผู้ให้ยืม ผู้ให้ยืมไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนและไม่สามารถเก็บทรัพย์ไว้ได้แม้ไม่ได้เกิดจากกลฉ้อฉลก็ตาม

อย่างไรก็ดี หากสัญญาเืมเป็นประโยชน์แก่ผู้เืมโดยตรงผู้เืมจะต้องรับผิดชอบในความประมาทเลอเล่อร์ธรรมดา (Culpa Levis) และถ้าผู้เืมยังไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้จนครบถ้วนผู้เืมสามารถเก็บทรัพย์สินไว้เสมือนผู้รับจำนำทรัพย์สินจนกว่าจะมีการชำระหนี้ โดยหนี้ของผู้เืมประการนี้เกิดขึ้นหลังจากที่ผู้เืมส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ผู้เืมมิได้มีหนี้ต่อผู้เืมในเวลาที่ยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด⁷

หน้าที่ของผู้เืมตามสัญญาเืมใช้คงรูปของประเทศไทยเห็นได้ว่าผู้เืมไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้เืมเนื่องจากสัญญาเืมใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียว การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เืมเป็นเพียงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาหาใช่หนี้ของผู้เืมตามสัญญาเืมใช้คงรูปไม่

ความรับผิดชอบของผู้เืม บทบัญญัติในเรื่องเืมใช้คงรูปมิได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เืมไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ มีความเห็นว่า ผู้เืมอาจมีความรับผิดชอบผู้เืมในกรณีที่ผู้เืมเืมทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องแก่ผู้เืม โดยผู้เืมรู้ว่าทรัพย์สินนั้นชำรุดบกพร่องและมีได้บอกกล่าวให้ผู้เืมทราบเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นแก่ตัวผู้เืม หากผู้เืมได้รับอันตรายหรือความเสียหายใดๆ อันเป็นผลจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่เืม ผู้เืมก็น่าจะมีความรับผิดชอบผู้เืมเพื่อความเสียหายดังกล่าว เพราะละเลยไม่บอกกล่าวให้ผู้เืมทราบ แต่ถ้าได้บอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องแล้วก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ปฏิเสธความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เืมได้ การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้เืมให้ต้องบอกกล่าวแก่ผู้เืมเมื่อทราบถึงความชำรุดบกพร่องของตัวทรัพย์สินที่เืม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราได้รับหลักการนี้ไม่ โดยเหตุนี้หากปรากฏว่าผู้เืมได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่เืม การจะเรียกร้องให้ผู้เืมรับผิดชอบคงจะต้องอาศัยหลักเรื่องละเมิดเป็นสำคัญ ซึ่งเห็นว่ากรณีที่ผู้เืมส่งมอบทรัพย์สินที่เืมให้แก่ผู้เืมนั้นคงไม่ใช่เพียงแต่ส่งมอบให้ตามสภาพแห่งทรัพย์สินเท่านั้นแต่ต้องมีความรับผิดชอบด้วย⁸

ศาสตราจารย์ ดร. นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ มีความเห็นว่า ผู้เืมอาจมีความรับผิดชอบผู้เืมได้เช่นกัน โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้เืมเืมทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่องแก่ผู้เืมโดยผู้เืมรู้ว่าทรัพย์สินนั้นชำรุดบกพร่อง หากผู้เืมได้รับความเสียหายใดๆ จากความชำรุดบกพร่องนั้น ผู้เืมก็น่าจะมีความรับผิดชอบผู้เืมเพื่อความเสียหายดังกล่าวด้วย อาจกล่าวได้ว่า แม้การส่งมอบทรัพย์สินที่เืมเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของสัญญา มิใช่หน้าที่ของผู้เืมตามสัญญาเืมใช้คงรูป แต่ผู้เืมก็มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่มีความชำรุดบกพร่องแก่ผู้เืมด้วย มิเช่นนั้น ผู้เืมอาจต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่ผู้เืมได้รับจากการใช้สอยทรัพย์สินที่เืม⁹

⁷ ประชุม โฉมฉาย (เชิงอรรถ 1) 188-189.

⁸ สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชา เอกเทศสัญญา 2 เืมและฝากทรัพย์สิน (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 29.

⁹ นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะเืม-ฝากทรัพย์สิน (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 88.

สำหรับประเทศฝรั่งเศสเมื่อพิจารณามาตรา 1891 วางหลักว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เยี่ยมมีความชำรุดบกพร่องซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้เยี่ยม ผู้เยี่ยมต้องรับผิดชอบเมื่อได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้นและไม่ได้บอกกล่าวให้ผู้เยี่ยมทราบล่วงหน้า เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่เยี่ยมไว้โดยเฉพาะโดยผู้เยี่ยมมีหน้าที่ในการแจ้งให้ผู้เยี่ยมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้เยี่ยมไม่ทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและไม่ได้แจ้งให้ผู้เยี่ยมทราบล่วงหน้า ผู้เยี่ยมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่เยี่ยม เพราะหน้าที่ของผู้เยี่ยมประการนี้เกิดจากการหลอกลวงของผู้เยี่ยมและเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นหลังจากมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เยี่ยมแล้วไม่ใช่หน้าที่ซึ่งเกิดจากสัญญาเยี่ยมใช้คงรูปโดยตรง

ประเทศเยอรมนีเมื่อพิจารณามาตรา 600¹⁰ วางหลักว่า หากผู้เยี่ยมหลอกลวงผู้เยี่ยมโดยปกปิดข้อบกพร่องเกี่ยวกับกฎหมาย หรือข้อบกพร่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เยี่ยม เช่นนั้น ผู้เยี่ยมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เยี่ยมสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายเยอรมันได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมเกี่ยวกับความบกพร่องของทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินตามกฎหมายเยอรมันมีหลักเกณฑ์เหมือนกับประเทศฝรั่งเศส คือ ผู้เยี่ยมรู้ถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและไม่บอกกล่าวให้ผู้เยี่ยมทราบถึงความชำรุดบกพร่องนั้น เพียงแต่ประเทศเยอรมนีได้กำหนดให้ผู้เยี่ยมต้องรับผิดชอบทั้งความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและความชำรุดบกพร่องเกี่ยวกับข้อกฎหมายด้วย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้รับหลักการดังกล่าวมาจากกฎหมายโรมันโดยได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่เยี่ยมไว้โดยชัดแจ้งทำให้เมื่อเกิดกรณีตามปัญหาขึ้นสามารถปรับใช้บทบัญญัติในลักษณะเยี่ยมใช้คงรูปได้ทันทีที่ต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งแลพาณิชย์ของไทยที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมในกรณีที่ผู้เยี่ยมไม่ได้บอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและผู้เยี่ยมได้รับความเสียหายจากความชำรุดบกพร่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะจึงอาจต้องนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้บังคับ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรรับหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความสะดวกในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อีกทั้งเรื่องความรับผิดชอบของผู้เยี่ยมตามสัญญาเยี่ยมใช้คงรูปเป็นเรื่องพื้นฐานที่กฎหมายควรกำหนดไว้ให้มีความชัดเจน และยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เยี่ยมในการอ้างบทบัญญัติดังกล่าวโดยผู้เยี่ยมไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของละเมิด แม้ว่าผู้เยี่ยมจะเป็นฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาเยี่ยมใช้คงรูปแต่ผู้เยี่ยมก็ควรมีความรับผิดชอบในการบอกกล่าวถึงสภาพของทรัพย์สินที่เยี่ยมเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยี่ยมจากการใช้สอยทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม หากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยี่ยม แม้ผู้เยี่ยมไม่ได้บอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องนั้นผู้เยี่ยมก็ไม่มีควมรับผิดชอบตามกฎหมายแต่อย่างใด

¹⁰ German Civil Code Section 600.

4.3 วิเคราะห์ปัญหาสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนก่อนกำหนด

สิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อพิจารณา มาตรา 646 บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดเวลากันไว้ ท่านให้คืนทรัพย์สินที่ยืม เมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้น เสร็จแล้วตามการอันปรากฏในสัญญา แต่ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนก่อนนั้นก็ไ้เมื่อเวลาได้ล่วงไปพอแก่การที่ผู้ยืม จะได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว” เห็นได้ว่า การยืมทรัพย์สินโดยไม่มีกำหนดเวลานั้น ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิ ที่จะเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินเสร็จแล้วตามวัตถุประสงค์ของสัญญา และผู้ให้ยืม มีสิทธิเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินก่อนที่ผู้ยืมจะได้ใช้สอยทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ หากเวลา ได้ผ่านไปพอสมควรซึ่งผู้ยืมสามารถจะใช้สอยทรัพย์สินภายในเวลานั้น อย่างไรก็ตาม แม้เวลาได้ผ่านไปพอสมควร แก่การใช้ทรัพย์สินแล้ว ผู้ให้ยืมอาจไม่เรียกทรัพย์สินคืนทันทีก็ได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณา มาตรา 646 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าเวลาก็มิได้กำหนดกันไว้ ทั้งในสัญญาก็ไม่ปรากฏว่ายืมไปใช้เพื่อการอันใดไซ้ ท่านว่าผู้ให้ยืม จะเรียกของคืนเมื่อไรก็ได้” แม้ผู้ให้ยืมจะสามารถเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนในเวลาใดก็ได้ แต่ผู้ให้ยืมก็ต้อง ให้ผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นตามวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย อย่างไรก็ตาม หากการยืมทรัพย์สิน ได้กำหนดเวลาไว้ ผู้ให้ยืมย่อมไม่สามารถเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินก่อนถึงกำหนดเวลาที่ตกลงกันได้ เว้นแต่ จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรือมีเหตุตามที่ตกลงไว้ในสัญญา ดังนั้น ผู้ให้ยืมจึงไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืน ก่อนกำหนดแม้ว่าจะต้องการใช้ทรัพย์สินเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้

รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ มีความเห็นว่า¹¹ การมีหลักการดังกล่าวเป็นการเหมาะสมอย่างยิ่ง กล่าวคือ เป็นที่ทราบกันดีแล้วการยืมใช้คงรูปนั้นเป็นการทำให้เปล่า ผู้ยืมเป็นผู้ได้รับประโยชน์ฝ่ายเดียว แม้ว่าผู้ให้ยืมจะต้องยอมให้ผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินที่ยืมตามสัญญาก็ตาม แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นที่ตนเอง จะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นในระหว่างที่ได้ให้ยืมไป ผู้ให้ยืมย่อมน่าจะมีสิทธิเพื่อการเรียกเอาคืนได้โดยที่จะต้อง ไม่เป็นการเสียหายต่อผู้ยืมที่ไม่ได้ใช้สอยตามสัญญา การที่ไม่ปรากฏหลักนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเพราะต้องการให้ผู้ยืมได้ใช้ทรัพย์สินตามกำหนดเวลาที่ตกลงกัน โดยที่ผู้ให้ยืมจะไม่ใช้ สิทธิเพื่อการเรียกคืนก่อนกำหนด อย่างไรก็ตาม คงไม่เป็นธรรมเนียม หากว่าไม่สามารถจะเรียกคืนก่อนกำหนด ได้เพราะความจำเป็นโดยแท้ กฎหมายให้สิทธิการบอกเลิกสัญญาและเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ แต่เฉพาะกรณีของ การไม่สงวนทรัพย์สินหรือการไม่ใช้ทรัพย์สินโดยชอบเท่านั้น หากจะบอกเลิกสัญญาโดยเหตุอื่นโดยหลัก ก็ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้เป็นเกณฑ์¹² แต่การจะเรียกคืนโดยเหตุจำเป็นที่ไม่อาจ คาดหมายได้ คงไม่สามารถอ้างได้เพื่อให้บรรลุผลคงต้องอาศัยการเจรจากับผู้ยืมเพื่อขอเลิกสัญญาตามหลัก ทั่วไป กรณีของการที่ให้ผู้ให้ยืมสามารถเรียกทรัพย์สินที่ให้ยืมก่อนกำหนดโดยเหตุจำเป็นที่ไม่อาจคาดหมายได้ เป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งและเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เพื่อความเป็นธรรม แต่ทั้งนี้การจะให้สิทธิการเรียกคืน

¹¹ สุธีร์ ศุภนิตย์ (เชิงอรรถ 8) 69-71.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387.

ก่อนกำหนดนั้นต้องเป็นเรื่องที่จำเป็นจริงๆ และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ยืมเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เสียหลักการการปฏิบัติตามสัญญา

สำหรับประเทศฝรั่งเศสผู้ให้ยืมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินที่ยืมคืนภายหลังกำหนดเวลาที่ตกลงกับผู้ยืม หรือเมื่อมีการผิดข้อตกลงระหว่างผู้ให้ยืมและผู้ยืม หรือภายหลังที่ผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยืมแล้ว¹³ นอกจากนี้เมื่อพิจารณา มาตรา 1889¹⁴ วางหลักว่า แม้ว่าผู้ยืมยังต้องการใช้ทรัพย์สินอยู่และระยะเวลาตามสัญญายังไม่สิ้นสุดลง หากผู้ให้ยืมมีความต้องการใช้ทรัพย์สินอย่างรีบด่วนและไม่อาจคาดหมายได้ ศาลอาจบังคับให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมได้ตามพฤติการณ์

จากการพิจารณาสีทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินคืนทั้งของประเทศฝรั่งเศสและของประเทศไทย เห็นได้ว่าสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้เฉพาะการยืมโดยไม่มีกำหนดเวลาและการยืมโดยไม่ได้กำหนดเวลาในการยืมและไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการยืมเท่านั้น ผู้ให้ยืมไม่สามารถเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนเพราะมีการผิดข้อตกลงระหว่างผู้ให้ยืมและผู้ยืมได้เหมือนกับประเทศฝรั่งเศส และในกรณีที่ไม่ได้กำหนดเวลาในการยืมไว้ ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินก่อนที่ผู้ยืมจะได้ใช้สอยทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ หากเวลาได้ผ่านไปพอสมควรซึ่งผู้ยืมสามารถใช้สอยทรัพย์สินภายในเวลานั้น แต่ตามกฎหมายฝรั่งเศสหากไม่ได้กำหนดเวลาในการยืมไว้ผู้ให้ยืมจะเรียกทรัพย์สินคืนได้ต่อเมื่อผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยืมแล้ว เห็นได้ว่าการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ผู้ให้ยืมเรียกทรัพย์สินคืนได้เมื่อระยะเวลาผ่านไปพอสมควรทำให้ผู้ยืมต้องรีบใช้สอยทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ไม่เช่นนั้นอาจถูกเรียกให้คืนทรัพย์สินแม้ยังไม่ได้ใช้สอยทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงในสัญญา ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้เพราะต้องการให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้ยืมเท่าที่จำเป็นแก่การใช้สอยทรัพย์สินเท่านั้น และต้องการให้ผู้ให้ยืมเสียประโยชน์น้อยที่สุด เพราะหากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากเอาทรัพย์สินไว้นานกว่าที่ควรจะทำเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่มีหลักการที่กำหนดให้ผู้ให้ยืมสามารถเรียกทรัพย์สินก่อนกำหนดได้หากผู้ให้ยืมต้องการใช้ทรัพย์สินอย่างเร่งด่วนเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งประเทศฝรั่งเศสมีหลักการดังกล่าวกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณา

สิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืน¹⁵ ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ ผู้ยืมต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมภายหลังได้ใช้สอยตามวัตถุประสงค์แล้ว แต่ผู้ให้ยืมอาจเรียกทรัพย์สินคืนก่อนหน้านั้นได้ ถ้าเวลาผ่านไปนานจนผู้ยืมสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ ถ้ามิได้กำหนดระยะเวลาในการยืมไว้และไม่ปรากฏว่ายืมไปเพื่อการใด ผู้ให้ยืมอาจเรียกทรัพย์สินคืนในเวลาใดก็ได้ หากผู้ยืมส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอย ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกได้เมื่อ

¹³ Civil Code Section 1888.

¹⁴ Civil Code Section 1889.

¹⁵ German Civil Code Section 604.

สิ้นสุดระยะเวลาที่ยืม นอกจากนี้เมื่อพิจารณา มาตรา 605¹⁶ วางหลักว่า “ผู้ให้ยืมอาจเลิกสัญญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้ 1. ถ้าผู้ให้ยืมต้องการทรัพย์สินที่ยืมเนื่องจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ 2. ถ้าผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินฝ่าฝืนสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งส่งมอบทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกใช้สอยโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือทำให้ทรัพย์สินเสียหายโดยละเลยไม่ดูแลทรัพย์สินนั้น 3. ถ้าผู้ยืมตาย” เห็นได้ว่าผู้ให้ยืมสามารถเรียกทรัพย์สินคืนก่อนกำหนดได้หากต้องการทรัพย์สินเพราะเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส เพียงแต่ตามกฎหมายเยอรมันผู้ให้ยืมต้องบอกเลิกสัญญาก่อนจึงจะเรียกทรัพย์สินคืนได้

จากการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าสิทธิในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายเยอรมัน เพียงแต่ไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญา อาจเป็นเพราะผู้ให้ยืมสามารถใช้สิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอก ผู้ไม่มีสิทธิยึดถือทรัพย์สินไว้โดยชอบได้อยู่แล้ว นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้บัญญัติสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินคืนก่อนกำหนดอันเนื่องมาจากเหตุการณ์อันไม่คาดหมายได้ไว้อย่างชัดเจนแตกต่างกันเพียงวิธีการในการเรียกทรัพย์สินคืน กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาถึงความต้องการใช้ทรัพย์สินอย่างรีบด่วนของผู้ให้ยืมและพฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ส่วนประเทศเยอรมนีกำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหากต้องการใช้ทรัพย์สินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ โดยไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้ยืมจะต้องมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินอย่างเร่งด่วนเหมือนเช่นประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกทรัพย์สินคืนไว้ค่อนข้างเคร่งครัดเพราะจะต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาและผู้ให้ยืมจะต้องมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินอย่างเร่งด่วน อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้รับหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่ากรณีหลักการดังกล่าวเป็นเรื่องที่เหมาะสมอย่างยิ่ง เพราะจะทำให้บทบัญญัติลักษณะยืมใช้คงรูปของประเทศไทยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ให้ยืมเนื่องจากสัญญายืมใช้คงรูปเป็นสัญญาที่ผู้ยืมได้ประโยชน์เพียงฝ่ายเดียวและผู้ให้ยืมอาจต้องเสียประโยชน์เพราะไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินในระหว่างที่ให้ยืมได้ ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องสิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืนจึงควรมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้ให้ยืมเป็นสำคัญ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศต่างๆ เห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีก็ได้กำหนดว่าในการเรียกทรัพย์สินคืนเพราะผู้ให้ยืมมีความต้องการใช้ทรัพย์สินเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้จะต้องคำนึงถึงความเสียหายของผู้ยืมหรือจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ยืมแต่อย่างใด เพียงแต่ผู้ให้ยืมมีความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินผู้ให้ยืมก็มีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนแล้ว ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณีจึงควรกำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืนก่อนกำหนดหากผู้ให้ยืมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินอย่างเร่งด่วนและไม่อาจคาดหมายได้

¹⁶ German Civil Code Section 605.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปพบว่าความรับผิดของผู้ยืมในสมัยโรมันเรียกว่า Custodia ผู้ยืมต้องรับผิดในการสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอกหรือผู้ยืมเอง เว้นแต่การสูญหายหรือความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หากผู้ยืมส่งคืนทรัพย์สินในสภาพที่แย่กว่าที่ได้รับมา จะถือว่ายังไม่มี การส่งคืนทรัพย์สินนั้นจนกว่าผู้ยืมจะได้จ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ให้ยืมแล้ว ความรับผิดของผู้ยืมในสมัยโรมันนั้นเป็นความรับผิดที่มีความเคร่งครัดโดยผู้ยืมต้องรักษาทรัพย์สินให้ปลอดภัยและต้องรับผิดในอุบัติเหตุซึ่งทำให้ทรัพย์สินบุบสลายหรือเสียหายเนื่องจากกฎหมายโรมันถือว่าอุบัติเหตุเป็นสิ่งที่ผู้ยืมสามารถป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ และผู้ยืมจะมีความรับผิดมากขึ้นโดยจะต้องรับผิดในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยด้วยหากทรัพย์สินนั้นเป็นที่นิยมมากในหมู่ประชาชนก่อนหรือขณะที่มีการส่งมอบ โดยอาศัยหลักการตีความเจตนาของคู่สัญญาอันขึ้นอยู่กับภาวะแวดล้อม

สำหรับประเทศไทยความรับผิดของผู้ยืมตามสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปได้วางหลักไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 643 ผู้ยืมต้องรับผิดในการสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินต่อเมื่อผู้ยืมมีความผิดในการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อห้ามการใช้ทรัพย์สินตามมาตรา 643 โดยเอาทรัพย์สินไปใช้ในการอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น หรือเอาทรัพย์สินไปใช้ในการที่ไม่ได้ปรากฏในสัญญา เอาทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือเอาทรัพย์สินไว้นานกว่าที่ควรเอาไว้ ในกรณีที่ทรัพย์สินสูญหายหรือบุบสลายโดยเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกหากผู้ยืมใช้ทรัพย์สินตามข้อกำหนดดังกล่าวแล้ว ผู้ยืมก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีต่างกำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินเมื่อผู้ยืมมีความผิดในการใช้ทรัพย์สินฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมาย แต่ประเทศฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินแม้ผู้ยืมไม่มีความผิดในการใช้ทรัพย์สินในกรณีที่ผู้ยืมสามารถรักษาทรัพย์สินได้เพียงขึ้นเดียวและผู้ยืมเลือกที่จะรักษาทรัพย์สินของตนเอง และกรณีที่ได้มีการประเมินราคาทรัพย์สินที่ยืมซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายโรมันที่กำหนดให้ผู้ยืมต้องรับผิดในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินที่ยืมหากทรัพย์สินนั้นเป็นที่นิยมมากในหมู่ประชาชนก่อนหรือขณะที่ส่งมอบทรัพย์สิน ในเรื่องความรับผิดของผู้ยืมตามสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปผู้ยืมควรมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ว่าความเสียหายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจากความผิดในการใช้ทรัพย์สินของผู้ยืมเหมือนกับกฎหมายโรมันที่ผู้ยืมต้องรับผิดในความเสียหายหรือบุบสลายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกหรืออุบัติเหตุเนื่องจากผู้ยืมเป็นฝ่ายได้รับประโยชน์ตามสัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยได้ใช้สอยทรัพย์สินโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ผู้ให้ยืมไม่ได้รับประโยชน์จากสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปและในระหว่างที่ยืมทรัพย์สินอยู่ความครอบครองของ

ผู้ยืม เมื่อผู้ให้ยืมไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากสัญญาแล้วจึงไม่ควรให้ผู้ให้ยืมรับภาระในความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกแม้ว่าผู้ยืมจะไม่มี ความผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ตาม และการที่ผู้ยืมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอกเพราะผู้ยืมไม่มีความผิดในการใช้ทรัพย์สินยังไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้ยืมเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ไม่ใช่ความผิดของผู้ให้ยืมเช่นกัน เมื่อผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินแล้ว การที่ผู้ยืมขอใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้ยืมผู้ยืมย่อมสามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอาจากผู้ทำละเมิดได้ การที่ผู้ยืมสามารถรับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมได้เป็นการจูงใจให้ผู้ยืมขอใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้ยืมทำให้ผู้ให้ยืมมีโอกาสได้รับชำระค่าสินไหมทดแทนมากขึ้นและไม่ต้องติดตามตัวผู้ทำละเมิดเองเพราะการติดต่อกับผู้ยืมซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อมสามารถทำได้ง่ายกว่า

สำหรับหน้าที่ของผู้ให้ยืมในการขอใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ ยืมเมื่อพิจารณากฎหมายในสมัยโรมันผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบต่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Culpa Lata) หรือกลฉ้อฉล (Dolus) หากผู้ให้ยืมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินแต่ไม่ได้แจ้งให้ผู้ยืมทราบ ผู้ให้ยืม จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ถ้าผู้ให้ยืมยังไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้จนครบถ้วนผู้ยืมสามารถเก็บ ทรัพย์สินไว้เสมือนผู้รับจำนำทรัพย์สินจนกว่าจะมีการชำระหนี้ สำหรับประเทศไทยผู้ให้ยืมไม่มีหน้าที่ ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ยืมเนื่องจากสัญญาใช้คงรูปเป็นสัญญาฝ่ายเดียว การส่งมอบทรัพย์สิน ให้แก่ผู้ยืมเป็นเพียงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของสัญญาไม่ใช่หน้าที่ของผู้ยืมตามสัญญาใช้คงรูป นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้ยืมในกรณีที่ผู้ให้ยืมไม่ได้ บอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและผู้ยืมได้รับความเสียหายจากความชำรุดบกพร่องนั้น ไว้เป็นการเฉพาะจึงทำให้ต้องนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้บังคับ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศ ฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ให้ยืม เกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินไว้อย่างชัดเจนโดยกำหนดให้ผู้ให้ยืมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ที่เกิดขึ้นหากผู้ให้ยืมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินและไม่ได้บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบถึงความชำรุด บกพร่องดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยควรรับหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะ ยืมใช้คงรูปมีความชัดเจนสะดวกแก่การปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ยืม

สำหรับสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนก่อนกำหนดเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 646 เห็นได้ว่า สิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์สินที่ยืมคืนได้กำหนดไว้ เฉพาะการยืมโดยไม่มีกำหนดเวลาและการยืมโดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาเวลาในการยืมและไม่ได้กำหนด วัตถุประสงค์ของการยืมเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อผู้ยืมได้ใช้สอย ทรัพย์สินเสร็จแล้วตามวัตถุประสงค์ของสัญญา และผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินก่อนที่ผู้ยืมจะได้ใช้ สอยทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของสัญญาได้ หากเวลาได้ผ่านไปพอสมควรซึ่งผู้ยืมสามารถจะใช้สอยทรัพย์สิน ภายใต้วงเวลานั้น อีกทั้งผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนในเวลาใดก็ได้หากไม่ได้กำหนดเวลาในการยืมและไม่ปรากฏว่า ยืมไปใช้เพื่อการใด แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ให้ยืม

มีสิทธิเรียกทรัพย์ที่ยืมคืนก่อนกำหนดหากผู้ให้ยืมต้องการใช้ทรัพย์อย่างเร่งด่วนเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ทำให้ผู้ให้ยืมไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวในการเรียกทรัพย์คืนได้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีต่างได้บัญญัติสิทธิของผู้ให้ยืมในการเรียกทรัพย์คืนก่อนกำหนดอันเนื่องมาจากเหตุการณ์อันไม่คาดหมายได้ไว้อย่างชัดเจนแตกต่างกันเพียงวิธีการในการเรียกทรัพย์คืน กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาถึงความต้องการใช้ทรัพย์อย่างรีบด่วนของผู้ให้ยืมและพฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ส่วนประเทศเยอรมนีกำหนดให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากต้องการใช้ทรัพย์อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ โดยไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้ยืมจะต้องมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์อย่างเร่งด่วนเหมือนเช่นประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรรับหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ให้ยืมซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับประโยชน์จากสัญญาืมใช้คงรูป

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ยืมจากการศึกษาพบว่าปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้บัญญัติให้ผู้ยืมรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์ต่อเมื่อผู้ยืมมีความผิดในการใช้ทรัพย์ตามมาตรา 643 ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้ผู้ยืมมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินตลอดเวลาที่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้ยืมแม้ผู้ยืมไม่มีความผิดในการใช้ทรัพย์จะทำให้ผู้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอก โดยเห็นควรเพิ่มเติมวรรคสองของมาตรา 643 ว่า “แม้ผู้ยืมจะไม่ได้ใช้ทรัพย์ฝ่าฝืนขอห้ามในวรรคก่อนก็ตาม ผู้ยืมยังคงมีความรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์ตลอดเวลาที่อยู่ในความครอบครองของผู้ยืม” การเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 643 เช่นนี้จะทำให้ผู้ยืมที่ได้ซดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ให้ยืมแล้วสามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้ให้ยืมไปเรียกเอาบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิดได้

5.2.2 ควรบัญญัติให้ผู้ให้ยืมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินหากผู้ให้ยืมรู้ถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์นั้นและไม่ได้บอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบก่อนหรือขณะส่งมอบ โดยบัญญัติหลักการนี้ไว้ในหมวดยืมใช้คงรูปว่า “ในการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ยืม ผู้ให้ยืมต้องบอกกล่าวให้ผู้ยืมทราบถึงความชำรุดบกพร่องของทรัพย์นั้น มิเช่นนั้น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนั้น”

5.2.3 ควรบัญญัติให้ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์คืนก่อนกำหนดได้หากผู้ให้ยืมต้องการใช้ทรัพย์อย่างเร่งด่วนเนื่องจากเหตุการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า “ในระหว่างที่สัญญาืมใช้คงรูปมีผลใช้บังคับ หากผู้ให้ยืมมีความจำเป็นในการใช้ทรัพย์เนื่องจากพฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ผู้ให้ยืมมีสิทธิเรียกทรัพย์คืนก่อนกำหนด”

จากการศึกษาปัญหากฎหมายของสัญญาืมใช้คงรูปผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะยืมในหมวดยืมใช้คงรูป เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายในหมวดยืมใช้คงรูปมีความสมบูรณ์ชัดเจนสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างเป็นธรรม



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546).
- คชา ชิตโชติ, 'ของตกหล่นจากโรงเรือน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554).
- จันทิมา ก้อนจันทร์เทศ, 'ความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554).
- จิตติ ติงศรัทธี, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา 395-452* (สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2557).
- จิต เศรษฐบุตร และ จิตติ ติงศรัทธี, *หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524).
- _____, *ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม ผากทรัพย์* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539).
- _____, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545).
- ไชยยศ เหมะรัชตะ, *หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ* (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2526).
- ธิดากร ยอดชาญ, 'คำมั่นจะทำสัญญาศึกษาในเชิงทฤษฎี' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544).
- นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, *หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะยืม-ฝากทรัพย์* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- เบญจวรรณ ณ นคร, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะยืมใช้สลับเปลือง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2555).
- ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546).
- _____, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).
- _____, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- ประยูร กันไพเราะ, 'ความรับผิดชอบละเมิดในความเสียหายทางจิตใจที่เกิดกับผู้ที่ได้รับความเสียหายลำดับสอง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2554).
- ปุณณ์ลลิตา ตวนสวัสดิ์, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิโดยผู้ให้หลักประกัน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549).
- ไพฑูริศ เอกจริยกร, *คำอธิบายยืม ผากทรัพย์* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2522).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- พินัย ไชยแสงสุขกุล, ‘พระราชศาสตร์และพระธรรมศาสตร์แห่งราชอาณาจักรสยาม และอาณาจักรล้านนา’ (2538) 1 วารสารนิติศาสตร์.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่องประมวลกฎหมายอาญา ลักทรัพย์โดยใช้ กลอุบายมิได้หรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย* (สำนักพิมพ์แสงทองการพิมพ์ 2517).
- _____, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย* (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2553).
- มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ผากทรัพย์* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2545).
- ร. แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2* (สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช 2526).
- ราชบุรดีเรกฤทธิ์, *พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวง, กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและทนายความ* (โรงพิมพ์กองทัพอากาศ 2447).
- ศุภทิยะ ศุภางคเสน, ‘สัญญายืมศึกษาในเชิงทฤษฎี’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542).
- ศรัณย์ พรหมสุรินทร์, ‘ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2533).
- สุธีร์ ศุภินิตย์, *สัญญายืมและฝากทรัพย์ การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมาย ญี่ปุ่น* (โครงการศึกษาวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530).
- _____, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).
- สุदारัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล, ‘ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างระบบและระบบทะเบียน: ศึกษากรณีการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551).
- สุขุม ศุภินิตย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ลักษณะละเมิด* (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2546).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตุลาคม 2465 กองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย* (pdf, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2465).
- _____, *คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มีนาคม 2466* (pdf, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2466).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายว่าด้วยหนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป* (สำนักพิมพ์กรุงสยามพริ้นติ้ง กรุ๊ป 2532).
- _____, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้* (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2553).
- อุกฤษ มงคลนาวิน, 'กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วย "ซื้อขาย"' (2514) 4, 28 บทบัณฑิตย.
- A.M. Prichard, *Leage's Roman Law* (Macmillan and Co. Ltd 1961).
- Boris Stark, Henri Roland and Laurent Boyer, *Obligations* (Litec 1995).
- Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Clarendon Press 1991).
- Barry Nicholas, *The French Law of contract* (2nd edn, Oxford University 1992).
- Bryan A. Garner, *Black's Law dictionary* (A Thomson Business 2004).
- Curzon. L.B., *Roman Law* (Macdonald & Evans 1996).
- David Ibbetson, *A History Introduction of the Law of the Obligations* (Oxford University Press 1991).
- E.J. Cohn, *Manual of German Law* (Volume 1, British Institute of International and Comparative Law 1968).
- Ernest J. Schuster, *The Principle of German Law* (Clarendon 1907).
- H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the study of Roman Law* (The University Press 1954).
- Henry John Roby, *Roman Private Law* (volume 2, The University Press 1975).
- J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law* (North-Holland Publishing company 1976).
- J.E. de Becker, *Annotated Civil code of Japan* (Butterworth 1909).
- Marcel Planoi, *Treatise on the Civil Law* (11th edn, Louisiana State Law Institute 1939).
- Office of The Juridical Council, *DRAFT CIVIL AND COMMERCIAL CODE BOOK III* (pdf, Office of The Juridical Council no publication date).
- R.W. Lee, *The element of Roman Law* (Sweet & maxwell 1956).
- W.W. Buckland, *A Manual of Roman Law* (The University 1957).
- William L., *Law of Torts* (4th edn, West Publishing 1978).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล ธีรธรรม์ พูลเกษม

วัน เดือน ปีเกิด 9 เมษายน 2539

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2562 - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 71 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

พ.ศ. 2561 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

