

บทที่ 2

แนวคิด หลักการขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องและที่มาของ หลักกฎหมายว่าด้วยการครอบครองทรัพย์สิน

การครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ โดยมีลักษณะเป็นการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลอื่นภายใต้หลักเกณฑ์และกำหนดระยะเวลาของกฎหมาย ในบทนี้คณะผู้วิจัยมุ่งศึกษาแนวคิดและความเป็นมาและหลักเกี่ยวกับการครอบครองทรัพย์สินที่ดินโดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิและกรรมสิทธิ์ และการได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน

แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิและกรรมสิทธิ์ถือเป็นแนวความคิดพื้นฐานสำคัญของการได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินภายใต้กฎหมายแพ่งโรมัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

คำว่า “ทรัพย์สิน” ตรงกับคำภาษาละตินว่า “*jus in rem*” คำว่า “*jus*” มีความหมายว่ากฎหมาย หรือ สิทธิ ส่วนคำว่า “*rem*” มีความหมายว่า “ทรัพย์สิน” เมื่อรวมแล้วจึงอาจแปลความได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือสิทธิในทรัพย์สิน หรือ “ทรัพย์สิน” คำว่า *jus in rem* เกิดขึ้นและใช้กันภายหลังจากสมัยโรมัน โดยนักปรัชญาชาวอังกฤษ John Austin ได้อธิบาย *jus in rem* หรือ ทรัพย์สิน เป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินและสามารถใช้อ้างยันต่อบุคคลทั่วไปได้¹

ถึงแม้ว่า *jus in rem* ไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายโรมัน แต่ได้มีการใช้คำว่า “*in rem*” ในกฎหมาย ดังจะเห็นหลักฐานในเรื่องนี้จากวรรณกรรมของ Gaius ใน Book IV of the Institutes ปรากฏการใช้คำว่า “*in rem*” แต่ไม่ปรากฏคำว่า “*jus in rem*” ไว้เลย และในเรื่องนี้ Noyes ตั้งข้อสังเกตว่า “*jus in rem*” อาจไม่เป็นที่รู้จักอย่างชัดเจนในสมัยโรมันคลาสสิก² และจากคำอธิบายของ Gaius พบว่าสมัยโรมันมีการใช้ *in rem* ในกระบวนการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สิน หรือ “*actiones in rem*” มีลักษณะคล้ายกับสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินในการอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินในปัจจุบัน โดย *actiones in rem* ในสมัยโรมันเป็นสิทธิในการฟ้องร้องเพื่ออ้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Corporeal Things) หรือสิทธิบางประการอันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้น เช่น สิทธิเก็บกิน เป็นต้น โดยมีลักษณะ

¹ John Tarrant, “Obligations as Property,” *UNSW Law Journal*, 2 (2011): 677.

² Reinold Noyes, *The Institution of Property: A Study of the Development, Substance and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law* (New York: Longmans Green and Co, 1936), p. 288.

เป็นกลไกทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของทรัพย์สิน³ นอกจากนี้ Gaius ยังได้กล่าวถึง กระบวนการที่เปิดโอกาสให้เจ้าของทรัพย์สินดำเนินคดีแก่คู่สัญญาโดยอาศัยข้อผูกพันในสัญญาเป็นตัวกำหนด การชำระหนี้โดยให้ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้นการกระทำการ หรือ “*actiones in personum*”⁴ อีกด้วย และมีข้อสังเกตว่าในสมัยโรมันเมื่อได้ตกลงทำสัญญาแล้วยอมก่อให้เกิด *actiones in personum* แต่อาจไม่ก่อให้เกิด *actiones in rem* เสมอไป เพราะบางกรณีคู่กรณีอาจปฏิบัติไม่ถูกต้อง สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ กฎหมายจึงไม่คุ้มครองให้ และกฎหมายโรมันยังได้ กำหนดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบางประเภทต้องทำตามรูปแบบและวิธีที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย (*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*)⁵ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์

คำว่า “กรรมสิทธิ์” มาจากคำว่า “*dominium*” ในกฎหมายโรมัน โดยแนวคิดในเรื่อง กรรมสิทธิ์มีดังนี้

2.1.2.1 แนวคิดและลักษณะของกรรมสิทธิ์

นักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายถึงแนวคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ไว้ดังนี้

Max Radin ได้อธิบายว่า กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิเหนือทรัพย์สินที่สมบูรณ์ที่สุด เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิในการใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน และทำลายซึ่งทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์ได้ แต่ในบางเรื่องกรรมสิทธิ์อาจถูกจำกัดได้บ้าง⁶

Rafael Domingo ได้กล่าวว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอย่างสมบูรณ์เหนือทรัพย์สิน ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีอำนาจในการบังคับบัญชาเหนือตัวทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์และอย่างไม่มีจำกัดเว้นแต่จะได้มีการกำหนดห้ามไว้โดยกฎหมาย⁷

Fritz Schulz อธิบายว่า กรรมสิทธิ์เป็นอำนาจเหนือทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์ โดยกรรมสิทธิ์จะมีได้เหนือทรัพย์สินมีรูปร่างเท่านั้น แต่อำนาจเหนือทรัพย์สินอาจถูกจำกัดขอบเขตภายใต้กฎหมาย⁸

³ William Edward Hear, *The Theory of Legal Duties and Rights, an Introduction to Analytical Jurisprudence* (London: Wentworth Press, 2012), p. 166.

⁴ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 100.

⁵ สุธาวี พันธุ์อุบล, “การคุ้มครองการได้มาซึ่งทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจากนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์: ศึกษากรณีนิติกรรมที่เป็นโมฆะและโมฆียะ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 9.

⁶ Max Radin, *Fundamental Concepts of the Roman Law*, *California Law Review*, 13, 3 (1925): 209.

⁷ Rafael Domingo, *Roman Law: An Introduction* (New York: Routledge, 2018), p. 15.

⁸ Fritz Schulz, *Classical Roman law* (Oxford: Clarendon Press, 1951), p. 288.

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า กรรมสิทธิ์เป็นอำนาจในการบังคับบัญชาเหนือทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นอำนาจอย่างสมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ย่อมอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการโดยกฎหมาย

2.1.2.2 ลักษณะของกรรมสิทธิ์

ในเรื่อง “กรรมสิทธิ์” John Austin ได้อธิบายว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิในทรัพย์สินซึ่งไม่มีข้อจำกัดในการใช้ ไม่มีข้อกำหนดห้ามในการจำหน่าย ไม่จำกัดกำหนดเวลาในการใช้กรรมสิทธิ์ อำนาจกรรมสิทธิ์จะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับโดยกฎหมาย กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันมีลักษณะเด็ดขาด เจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์โดยมีข้อจำกัดภายใต้กฎหมายบางประการ การใช้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินกับเสรีภาพในการใช้สอยทรัพย์สินน่าจะมีความแตกต่างกันบ้าง กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีอำนาจเด็ดขาดและเต็มที่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ เพื่อประโยชน์ของคนทั่วไปในสังคมหรือประเทศชาติส่วนรวม ลักษณะของกรรมสิทธิ์ที่นักกฎหมายยอมรับทั่วไปมีดังนี้⁹

1) เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute) อำนาจกรรมสิทธิ์ถูกจำกัดอยู่ภายในบังคับขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ ในการใช้สิทธิต่าง ๆ ของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ชอบที่จะใช้ได้ตามอำเภอใจ โดยไม่ต้องได้รับการรับรองจากศาลหรือผู้อื่นเสียก่อน

2) ทำให้เกิดอำนาจหวงกั้นตัดความเกี่ยวข้องกับผู้อื่น (Exclusive) เว้นแต่จะตกอยู่ในบังคับขีดขึ้นข้อจำกัดตามกฎหมาย หมายความว่า เจ้าของผู้มียกรรมสิทธิ์ชอบที่จะใช้ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินของเขาโดยลำพังทั่วไป ผู้อื่นไม่มีอำนาจเข้าเกี่ยวข้องกับขัดขวางต่อการสอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ถ้าจำเป็นถึงแม้จะทำอันตรายแก่ผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องนั้นก็มิได้กฎหมายไม่อาจเอาผิดโทษ

3) กรรมสิทธิ์มีความเป็นถาวร (Perpetual) เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีอำนาจในการใช้กรรมสิทธิ์ของตนจนกว่าทรัพย์สินดังกล่าวจนกว่าทรัพย์สินนั้นจะสูญสลายไป ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กรรมสิทธิ์สิ้นสุดไปโดยกาลเวลา

ภายใต้กฎหมายแพ่งโรมัน หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและเงื่อนไขของการได้กรรมสิทธิ์โดยชอบตามกฎหมายได้ถูกสงวนไว้ให้เฉพาะชาวโรมัน ชาวโรมันเท่านั้นที่อาจมีกรรมสิทธิ์เหนืออสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ได้ และบุคคลอื่นนอกเหนือชาวโรมันไม่ได้รับการรับรองให้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในเขตแดนของอาณาจักรโรมันได้ โดยบุคคลซึ่งไม่ได้ใช้ภาษาละติน (Latin) หรือภาษากรีก (Greek) หรืออาจพูดภาษาดังกล่าวได้ แต่มิได้ใช้สำเนียงเช่นเดียวกับชาวโรมันจะได้รับการดูแล และเรียกว่าคนป่าเถื่อน (Barbarian หรือ babari)¹⁰

⁹ เกศรา ระจะนิศย์, “ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินของรัฐในรูปแบบโฉนดชุมชน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุมวิทยาเขตชลบุรี, 2556), หน้า 40-41.

¹⁰ W.W. Buckland and Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline* (Oxford: Cambridge University Press, 1965), p. 25.

อนึ่ง กรรมสิทธิ์มีข้อจำกัดบางประการในด้านกายภาพของทรัพย์สิน กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ย่อมคงอยู่และได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นคงอยู่ หากทรัพย์สินสูญสลายไปสิ้นเชิง กรรมสิทธิ์ย่อมสูญสิ้นไปด้วย ดังนั้นทรัพย์สินอาจกรรมสิทธิ์อยู่อย่างถาวรหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งก็ย่อมต้องพิจารณาว่าตัวทรัพย์สินยังคงมีสภาพคงอยู่ได้นานเท่าใด นอกจากนี้กรรมสิทธิ์อาจสูญสิ้นไปได้ด้วยอายุความภายใต้หลักเกณฑ์การครอบครองปรปักษ์ก็ได้ และกรรมสิทธิ์อาจถูกจำกัดโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายอาจกำหนดให้บุคคลไม่อาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์แม้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะทางกายภาพถาวรก็ได้ เช่น ชาวโรมันสามารถครอบครองเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหลายในอาณาจักรโรมันได้ แต่ไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินชนบทได้ เป็นต้น และในเรื่องที่ดินชนบทนั้นมีข้อสังเกตว่ารัฐได้วางหลักเกณฑ์ว่ารัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้จัดสรรที่ดินชนบทให้บุคคลที่เหมาะสมครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน แต่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่รัฐ สิทธิดังกล่าวเรียกว่า *possession ot usus fructus* หรือ *uti frui habere possidere*¹¹

2.1.3 การได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ภายใต้กฎหมายโรมัน

ชาวโรมันอาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่าง ๆ ได้จะต้องกระทำการตามหลักเกณฑ์ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายด้วย โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.3.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แบบกฎหมายก่อตั้งให้เป็นแบบมือหนึ่ง (Original Mode)

1) **วิธีการโอนโดยการใช้ดาซึ่ง (*mancipatio*)** คำว่า *mancipatio* มาจากคำว่า “manus” ที่มีความหมายว่า “มือ” และ “capere” ซึ่งมีความหมายว่า “เข้ายึดถือ” ดังนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในรูปแบบนี้เป็นเรื่องสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธีที่ใช้ในการซื้อขายทรัพย์สินประเภท *res mancipi* เช่นที่ดินในดินแดนอาณาจักรโรมัน สิทธิเหนือที่ดินดังกล่าว ม้า ปราสาท และทาส เป็นต้น หรือกรณีการวางพินัยกรรม การปลดปล่อยบุตรซึ่งมีสถานะทาสในเงื้อมมือของหัวหน้าครอบครัวให้เป็นอิสระ หรือการรับบุตรบุญธรรม¹²

อนึ่ง *mancipatio* หรือ *mancipium* ปรากฏในวรรณกรรมของ Gaius โดยถือเป็นการโอนทรัพย์สินโดยใช้ดาซึ่งเป็นแบบพิธีการ *mancipatio dicitur quia manu res capitur*¹³ โดยอุปกรณ์จำเป็นที่นำมาใช้ในการโอนด้วยวิธีการนี้ได้แก่ ดราซึ่งและทองแดง (*negotium per aes et libram*) เมื่อ

¹¹ หัสวุฒิ วิชิตวิริยกุล, “การครอบครองปรปักษ์: ข้อความคิดและวิวัฒนาการ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 4 (2535): 91.

¹² สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, “ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 1 (2564): 7.

¹³ William Smith, “Mancipium,” Retrieved from https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Mancipium.html

ต้องมีการโอนทรัพย์สินด้วยวิธีการนี้ ผู้โอนและผู้รับโอนจะดำเนินการในการโอนกรรมสิทธิ์ต่อหน้าพยานอย่างน้อย 5 คน และมีเจ้าพนักงานประจำตาซัง (*libripens*) 1 คน โดยพยานและเจ้าพนักงานประจำตาซังที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาทำหน้าที่นี้จะต้องเป็นพลเมืองชาวโรมันที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ในระหว่างทำการโอนผู้รับโอนจะต้องจับตัวทรัพย์สิน *res mancipi* และผู้ซื้อต้องกล่าวถ้อยความตามรูปแบบพิธีการและนำเอาเหรียญเคาะตาซังเสียก่อนแล้วจึงส่งให้ผู้ขายแทนสัญลักษณ์ในเรื่องของราคาแห่งทรัพย์สิน หากเป็นเรื่องการซื้อขายทาสก็ต้องทำโดยวิธี *manicipatio* เช่นกัน แต่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนเพิ่มเติม กล่าวคือ ผู้ซื้อต้องเปล่งวาจาว่า ข้าพเจ้าขอยืนยันว่า ทาสคนนี้อยู่ตามกฎหมายของชาวโรมันเป็นของข้าพเจ้า และเขาควรจะถูกซื้อสำหรับข้าพเจ้าโดยผ่านทางแดงและตราซัง¹⁴

2) วิธีการโอนที่กระทำต่อหน้าศาล (*in jure cessio*) เป็นวิธีการที่สร้างขึ้นตามรูปแบบของการได้กรรมสิทธิ์ของ *legis actione sacramento in rem* และผู้โอนจะต้องกระทำการต่อหน้าผู้พิพากษาหรือเจ้าพนักงานปกครอง เช่น ขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม (*praetors*) โดยผู้โอนต้องไปพบพร้อมตัวทรัพย์สินที่จะโอน โดยผู้รับโอนต้องกล่าวเป็นถ้อยคำว่า ข้าพเจ้าขอยืนยันว่า ทรัพย์สินนี้ตามกฎหมายของชาวโรมันเป็นของข้าพเจ้า และเมื่อผู้โอนเจียบเจยต่อการยืนยันของผู้รับโอน ถือเป็นกรยอมรับการเรียกร้องกรรมสิทธิ์ของผู้รับโอน จากนั้น Praetor จะทำหน้าที่ตัดสินให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอน *in jure cessio* โดยวิธีการนี้สามารถใช้โอนกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินได้ทั้งทรัพย์สินประเภททรัพย์สินปัจเจก (res mancipi) และทรัพย์สินที่มีใช้ทรัพย์สินปัจเจก (res nec mancipi) และเป็นวิธีที่ใช้เฉพาะชาวโรมันเท่านั้น¹⁵

2.1.3.2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แบบการรับโอนจากบุคคลอื่น (Derivative Mode)

วิธีการได้มาโดยการครอบครองปรปักษ์ (*usucapio*) ใช้สำหรับกรณีพลเมืองโรมันเป็นบุคคลผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินเสมือนตนเป็นเจ้าของโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายและครอบครองทรัพย์สินนั้นอย่างต่อเนื่องจนครบกำหนดเวลาและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดทำให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นตามกฎหมายของพลเมืองโรมัน (*dominium ex iure quiritium*) และแสดงให้เห็นว่ากรรมสิทธิ์ภายใต้กฎหมายโรมันมีความถาวร มีการเปลี่ยนมือกันได้¹⁶

¹⁴ ทัศนวิทย์ วิจิตรวิริยกุล, “การครอบครองปรปักษ์: ข้อความคิดและวิวัฒนาการ,” หน้า 92.

¹⁵ สุภาวี พันธุ์อุบล, “การคุ้มครองการได้มาซึ่งทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจากนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์: ศึกษากรณีนิติกรรมที่เป็นโมฆะและโมฆียะ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 27-30.

¹⁶ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 19.

นอกจากนี้ยังอาจสังเกตเห็นได้ว่ากฎหมายโรมันได้รับรองสิทธิของบุคคลต่อความเป็นเจ้าของทรัพย์สินอย่างเหมาะสมทั้งในเรื่องการได้มาและการโอนทรัพย์สินของชาวโรมัน¹⁷ โดยในเรื่องกรรมสิทธิ์ Schulz ได้แสดงความเห็นว่า ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถูกเรียกว่า *adominus proprietaries* หรือ *dominus proprietatis* ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นผู้ได้ไปซึ่งการใช้ประโยชน์ (interest) และมีอำนาจอย่างสมบูรณ์เหนือตัวทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย ทำลาย หรือโอนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ แต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์กฎหมาย¹⁸ และ Kaser ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิตามกฎหมายเอกชนเหนือตัวทรัพย์สินที่กว้างขวางอย่างมาก ดังนั้นผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีอำนาจเหนือทรัพย์สินและบุคคลผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่อาจสูญเสียกรรมสิทธิ์ได้หากตนไม่ยินยอม แต่บุคคลอาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลอื่นภายใต้หลักเกณฑ์การครอบครองทรัพย์สินได้¹⁹

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการครอบครองตามกฎหมายโรมัน

การครอบครอง หรือ *possessio* โดยคำว่า *possessio* เป็นภาษาละตินซึ่งมาจาก *potis* และ *sedere* ซึ่งหมายถึงการยึดถือทรัพย์สินอย่างมั่นคง ผู้ซึ่งครอบครองทรัพย์สินย่อมมีอำนาจเหนือตัวทรัพย์สินในขณะที่ครอบครอง และได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย²⁰ โดย *possessio* นี้มีความแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ในประการสำคัญคือ กรรมสิทธิ์เป็นเรื่องของอำนาจในการบังคับบัญชาเหนือตัวทรัพย์สิน ส่วนการครอบครองเป็นภาวะของการยึดถือตัวทรัพย์สิน²¹ ในเรื่องการครอบครองตามกฎหมายโรมันมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 องค์ประกอบของการครอบครองตามกฎหมายโรมัน

ตามกฎหมายโรมัน การครอบครองมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ “*corpus*” หรือ “*body*” หมายถึง การยึดถือตัวทรัพย์สินมีลักษณะเป็นการครอบครองทรัพย์สินทางกายภาพ และ “*animus*” หรือ “*soul*” หมายถึง เจตนาในการเข้ายึดถือตัวทรัพย์สิน เมื่อครบองค์ประกอบทั้งสองประการย่อมจะเกิด

¹⁷ Henry Summer Maine, “Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas,” Retrieved from <https://oll.libertyfund.org/title/pollock-ancient-law>, pp. 258–259.

¹⁸ Mzukisi Njotini, “Examining the ‘objects of property rights’ – lessons from the Roman, Germanic and Dutch legal history,” Retrieved from <http://www.scielo.org.za/pdf/dejure/v50n1/09.pdf>, p. 139.

¹⁹ Max Kaser, *Roman Private Law: A Translation by Rolf Dannenbring of "Römisches Privatrecht"*, 6th ed. (London: Butterworths, 1968), p. 92.

²⁰ Eric Descheemaekere, “The Consequences of Possession,” Retrieved from https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/14560806/The_Consequences_of_Possession.pdf, p. 10.

²¹ Rafael Domingo, “The Law of Property in Ancient Roman Law,” Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=29848691>, p. 5.

เสถียรภาพในการครอบครองทรัพย์สินนั้น และในเรื่องการครอบครองพบว่า ในสมัยโรมันได้มีการครอบครองโดยผู้ครอบครองมีเจตนาเข้าครอบครองอย่างเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเจตนายึดถือเพื่อตน (*animus domini* หรือ *animus rem sibi habendi*) และการครอบครองซึ่งผู้ครอบครองได้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยได้ยึดถือทรัพย์สินแทนเจ้าของที่แท้จริง (*animus tenendi* หรือ *possidendi*) โดยบุคคลดังกล่าวอาจถูกเรียกว่า “sitter” ซึ่งเป็นเพียงผู้ยึดถือ (Detentor) เท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นผู้ครอบครองเนื่องจากไม่มีเจตนาที่จะรักษาตัวทรัพย์สินไว้เพื่อตน ดังนั้นเจ้าของทรัพย์สินที่อนุญาตให้ผู้ยึดถือเข้าครอบครองทรัพย์สินย่อมได้ไปซึ่งสิทธิครอบครอง²²

ในกรณีการครอบครองทรัพย์สินซึ่งไม่เคยมีผู้ใดเป็นเจ้าของมาก่อน ถือเป็นการได้ทรัพย์สินตามธรรมชาติภายใต้หลักเกณฑ์ของ *jus gentium* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับประชากรทั้งหลายที่อาศัยอยู่ในอาณาจักรโรมันในยุคจักรวรรดิโรมัน ผู้ครอบครองทรัพย์สินคนแรก (first taker) ย่อมได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ ผู้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งไม่เคยมีผู้ใดเป็นเจ้าของมาก่อน (*res nullius*) ย่อมได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของ (ownership) แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ของ *jus civile* ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในระหว่างการปกครองยุคสาธารณรัฐ (The Republic) กฎหมาย *jus civile* ใช้กับพลเมืองชาวโรมันเท่านั้น โดยภายใต้กฎหมายดังกล่าวผู้เข้าครอบครองเป็นเจ้าของ *res nullius* ย่อมได้ไปเพียงสิทธิครอบครอง บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินในเรื่องมูลเหตุอันอ้างตามกฎหมายได้ (*causa possessionis*)²³ การครอบครองทรัพย์สินซึ่งไม่เคยมีผู้ใดเป็นเจ้าของมาก่อนนั้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งหมดสองกรณี²⁴ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1.1 ทรัพย์สินซึ่งไม่เคยตกภายใต้การเป็นเจ้าของ (Things which had never had owners)

ทรัพย์สินในหัวข้อนี้หมายถึง *res nullius* และภายใต้กฎหมายโรมัน หลักเกณฑ์ *possessio* ถูกนำมาใช้เพื่อแสดงความเป็นเจ้าของสัตว์ป่า ไม่ว่าจะได้มาจากการออกไล่สัตว์ป่า หรือการ

²² Eric Descheemaekere, *The Consequences of Possession*, p. 17.

²³ Prachoom Chomchai, “The Nature and Significance of Thailand’s Adoption of Roman–Law Occupation: Towards Ascertainment of Adaptation and Economic Impact,” *International Journal of Arts Humanities and Social Sciences Studies*, 2 (2020): 72.

²⁴ Milena Polojac, “GAIUS, HADZIC AND OCCUPATIO OF WILD ANIMALS – CLASSICAL ROMAN LAW IN THE SERBIAN CIVIL CODE,” Retrieved from <http://www.scielo.org.za/pdf/funda/v20n2/23.pdf>, p. 8.

จับปลาก็ตามแต่ต้องปรากฏว่าสัตว์ดังกล่าวไม่เคยมีบุคคลใดครอบครองเป็นเจ้าของมาก่อน²⁵ นอกจากนี้ยังอาจนำมาใช้กับการครอบครองเกาะ แร่ธาตุ หรือทรัพย์สินที่มีค่าซึ่งเพิ่งถูกค้นพบอีกด้วย²⁶

2.2.1.2 ทรัพย์สินซึ่งถูกทอดทิ้ง (Abandoned Property)

การที่บุคคลได้เข้าครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งถูกทอดทิ้งเป็นบุคคลแรกนั้นย่อมได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของ แต่การพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินซึ่งถูกทอดทิ้ง จะพิจารณาจากเจตนาของผู้ซึ่งเคยครอบครองเป็นเจ้าของมาก่อน และไม่ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในครอบครองแล้ว จากนั้นทรัพย์สินดังกล่าวจะกลายเป็น *res nullius*²⁷ อย่างไรก็ตามการครอบครองทรัพย์สินของศัตรูภายในดินแดนของอาณาจักรโรมันในช่วงสงคราม ผู้ครอบครองก็อาจได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของได้²⁸

ดังนั้นอาจสังเกตได้ว่า หลักเกณฑ์ *possessio* สามารถแก้ไขปัญหาคือพิพาทในเรื่องความเป็นเจ้าของใน *res nullius* โดยการได้ซึ่งความเป็นเจ้าของตามหลักเกณฑ์นี้ จะถือว่าผู้ที่ได้เข้าครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยมีเจตนาที่จะยึดถือเพื่อตนย่อมมีสิทธิดีกว่าบุคคลซึ่งไม่ได้เข้าครอบครองแต่อ้างความเป็นเจ้าของ และจะสังเกตได้ว่าหลักเกณฑ์นี้ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายในยุคถัดมา และสำหรับประเทศไทยก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการครอบครองในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

2.2.2 การได้มาและการสิ้นสุดการครอบครอง

หลักเกณฑ์ *possessio* ภายใต้กฎหมายโรมันถือเป็นวิธีการได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง โดยกฎหมายโรมันกำหนดให้สิทธิของบุคคลที่เกิดขึ้นและได้รับการรับรองโดยกฎหมาย คือ สิทธิครอบครอง (Right of Possession) กล่าวคือ เป็นสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เกิดจากการครอบครองตามกฎหมาย การอ้างถึงสิทธิครอบครองเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินได้ถูกใช้โดยนักกฎหมายชาวโรมัน ดังนั้น *Possessio* ในกฎหมายโรมันถือเป็นป้อมก่อกำหนดสิทธิความเป็นเจ้าของ²⁹

ในเรื่องการสิ้นสุดซึ่งการครอบครอง ย่อมเกิดขึ้นเมื่อองค์ประกอบของการครอบครองทั้งสองประการนั้นเสียไปทั้งหมด แต่ในกรณีผู้ครอบครองได้ขาดการยึดถือทรัพย์สินทางกายภาพซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก สิทธิครอบครองอาจคงอยู่ต่อไปได้ด้วยอาศัยองค์ประกอบด้านเจตนาอย่างเดียวยุติได้ (*animo solo*) ดังนั้นในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินยังไม่สละเจตนาครอบครอง กล่าวคือ ยังคงพยายามในการ

²⁵ Rafael Domingo, "The Law of Property in Ancient Roman Law," Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984869, p. 5.

²⁶ Paul du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 4th ed. (London: Oxford University Press, 2010), p. 189.

²⁷ *Ibid.*, pp. 189 – 190.

²⁸ *Ibid.*, p. 190.

²⁹ R.W.M. Dias, "A Reconsideration of Possession," *The Cambridge Law Journal* 2 (1956): 239.

ติดตามเอาคืนทรัพย์สินนั้นให้กลับคืนมา เช่น หากทำทรัพย์สินตกลงในแม่น้ำ แต่ได้ใช้ความพยายามในการเก็บทรัพย์สินนั้นกลับคืนมา ย่อมถือไม่ได้ว่าสิทธิครอบครองนั้นสูญสิ้นไป เป็นต้น³⁰

อนึ่ง การได้มาซึ่งการครอบครองโดยมีผู้อื่นครอบครองแทนอาจเกิดขึ้นได้ภายใต้กฎหมายโรมัน โดยในระยะเริ่มแรก มีการยอมรับหลักการว่าหัวหน้าครอบครัวอาจได้มาซึ่งการครอบครองโดยผ่านการกระทำของบุตรหรือทาส ต่อมา มีการขยายความไปถึงการที่เทศบาลหรือหน่วยงานทางปกครองได้มาซึ่งการครอบครองโดยผ่านทางผู้ได้รับมอบอำนาจทั่วไป ในการได้มาซึ่งการครอบครองโดยมีผู้อื่นครอบครองแทนนี้ ย่อมถือได้ว่าผู้ครอบครองได้ครอบครองทรัพย์สินโดยมีองค์ประกอบภายนอกกว่าด้วยเจตนาและมีผู้อื่นยึดถือไว้ให้ในลักษณะเป็นองค์ประกอบภายนอกนั้นเอง ดังนั้นผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้อื่นจึงไม่มีการครอบครอง หากแต่มีแต่เพียงการยึดถือทรัพย์สินเท่านั้น³¹

นอกจากนี้กฎหมายโรมันยังให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งได้ครอบครองครบตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย กล่าวคือ ระบบตุลาการของยุคโรมันได้กำหนดให้มีไพธอร์ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำฝ่ายตุลาการ และได้รับเลือกจากประชาชน โดยไพธอร์มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาทำหน้าที่ในการตัดสินคดีให้แก่คู่ความก็ได้ภายใต้การกำหนดของไพธอร์ หากมีการยื่นคำร้องต่อไพธอร์โดยตรง ไพธอร์ก็อาจเริ่มกระบวนการในการไต่สวนและมีคำสั่งชี้ขาดคดีได้ทันที โดยผู้ครอบครองย่อมได้รับความคุ้มครองโดยไพธอร์ คำสั่งชี้ขาดคดีของไพธอร์ย่อมมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องกระทำตาม³²

ผู้ครอบครองที่อาจได้รับความคุ้มครองได้แก่ ผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยสุจริตอย่างเป็นเจ้าของ กล่าวคือ หากผู้ครอบครองได้ครอบครองทรัพย์สินโดยเชื่อว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน แม้อาจจะมีข้อบกพร่องบางประการที่ทำให้ตนไม่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งอาจหมายถึงการรับโอนทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของนั่นเอง และผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยไม่สุจริต กล่าวคือ หมายถึงผู้ครอบครองที่ไม่ใช่เจ้าของและทราบดีว่าตนมิได้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน แต่ได้แสดงให้ปรากฏว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งในกรณีนี้ผู้ครอบครองอาจอ้างยืนยันสิทธิความเป็นเจ้าของแก่ผู้ที่อาจเข้ามารบกวนการครอบครองเท่านั้น ไม่อาจอ้างยืนยันสิทธิกับเจ้าของที่แท้จริงได้³³

³⁰ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, “ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน,” หน้า 12.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³² Juan Javier del Granado, “The Genius of Roman Law from A Law and Economics Perspective,” Retrieved from https://escholarship.org/content/qt09c3b4j9/qt09c3b4j9_noSplash_369e228c06ceade05cf8045b9ed803d1.pdf, pp. 5–13.

³³ Ibid., p. 16.

2.3 แนวคิด ความเป็นมา และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ตามกฎหมายโรมัน

การครอบครองปรปักษ์ “*usucapio*” หรือ “*usucapion*” หรือ “*usucaption*” ซึ่งหมายถึง การได้มาโดยผ่านการใช้ (taking through use) โดยการครอบครองปรปักษ์เป็นการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายโรมัน โดยมีลักษณะเป็นอายุความได้สิทธิ (Prescriptive Acquisition) ไม่ว่าจะเป็นการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ โดยผ่านการใช้ครอบครองและมีเจตนาเป็นเจ้าของติดต่อกันจนครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด³⁴ ดังนั้น เมื่อบุคคลใดได้ครอบครองทรัพย์สินภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายกำหนดแล้ว บุคคลนั้นย่อมได้ ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ตามกฎหมายโรมัน

แนวคิดของการครอบครองปรปักษ์นั้นเป็นไปเพื่อให้ผู้รับมอบทรัพย์สินมาโดยผิดวิธี หรือไม่ ได้รับมอบมาโดยตรง แต่บุคคลดังกล่าวได้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยคำสั่งของ praetor สามารถได้ไปซึ่ง กรรมสิทธิ์ และแก้ไขความบกพร่องในสิทธิของผู้ส่งมอบ³⁵ เช่น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำการซื้อขายข้าง กัน และได้มีการตกลงและชำระราคาแล้ว กรรมสิทธิ์จะยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อ จนกว่าจะได้ทำตามแบบที่ กฎหมายโรมันกำหนดเอาไว้ ดังนั้นเมื่อยังไม่ได้มีการทำการโอนตามแบบ กรรมสิทธิ์ยังอยู่ที่ผู้ขาย ในขณะที่ผู้ซื้อมีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น อีกทีหนึ่ง เพื่อขจัดปัญหาส่วนนี้ นักกฎหมายโรมัน จึงได้มี การคิดวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์³⁶

2.3.2 ความเป็นมาของการครอบครองปรปักษ์ภายใต้กฎหมายโรมัน

ชาวโรมันมีการประมวลกฎหมายเป็นครั้งแรกในยุคสาธารณรัฐเมื่อปี 451 ก่อน คริสตกาล สาเหตุหลักของการจัดทำก็เนื่องมาจากความขัดแย้งกันระหว่างชนชั้น โดยในอาณาจักร โรมันขณะนั้นมีการแบ่งประชาชนออกเป็นสองชนชั้น คือกลุ่ม หนึ่งเรียกกันว่าพวกพาทริเซียน (Patrician) ซึ่งเป็นชนปกครองกับอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นพวกสามัญชน เรียกกันว่า พวกเพลเบียน (Plebeian) ซึ่งได้แก่ พวกพ่อค้าวานิช ช่างฝีมือ เกษตรกร เป็นต้น นอกจากนี้บางตำรายังมีการกล่าวว่ามีชนชั้นที่สามซึ่ง ได้แก่พวกไคลเอนท์ (Client) พวกไคลเอนท์เป็นพวกที่ลี้ภัยจากสงครามและอพยพมาพึ่งพาอาศัยอยู่กับชนชั้นสูง ในลักษณะที่ชนชั้นสูงเป็นผู้ให้ความอุปการะโดยมอบที่ดินให้แก่พวกไคลเอนท์ทำกิน

³⁴ Charles P. Sherman, “Acquisitive Prescription—Its Existing World—Wide,” *The Yale Law Journal*, 2 (1911): 148.

³⁵ Herbert Hausmaninger and Richard Gamauf, *A Casebook on Roman Property Law* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 2.

³⁶ เจตนิษฐ์ จันทร์ทรานุกูล, “ปัญหาการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1383,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 6.

พวกชนชั้นสูงเท่านั้นที่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมือง การแต่งงานกันระหว่างคนต่างชนชั้นเป็นสิ่งต้องห้าม แต่สิ่งสำคัญที่สุดคือการทำที่ชนชั้นสูงแต่เพียงกลุ่มเดียวเท่านั้นที่ผูกขาดความรู้เรื่องกฎหมาย เป็นเหตุให้พวกสามัญชนไม่ทราบว่าตนเองมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอย่างไรบ้าง พวกสามัญชนจึงได้มีการพยายามเรียกร้องให้พวกชนชั้นสูงตรากฎหมายออกเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งพวกชนชั้นสูงก็พยายามบ่ายเบี่ยงเพราะไม่ต้องการให้พวกสามัญชนมีความรู้เรื่องของกฎหมาย จนในที่สุดพวกสามัญชนได้กล่าวแก่พวกชนชั้นสูงว่าหากไม่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร พวกตนเองจะอพยพจากกรุงโรมทั้งหมด พวกชนชั้นสูงจึงได้ยอมจำนน โดยมีการตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งจำนวน 10 คน ในปี 451 ก่อนคริสตกาล เพื่อจัดการรวบรวมกฎหมายทั้งหลายเขียนลงในแผ่นทองบรอนซ์ จำนวน 10 แผ่น แต่มีการเห็นว่ากฎหมายที่รวบรวมไว้ยังไม่ครบถ้วน ในปี 450 ก่อนคริสตกาล จึงมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาอีกชุดหนึ่งจำนวน 10 คน จัดการรวบรวมกฎหมายเพิ่มขึ้นมาเขียนลงในแผ่นทองบรอนซ์ (bronze) อีก 2 แผ่น รวมเป็น 12 แผ่น ซึ่งต่อมาชื่อเรียกว่า กฎหมาย 12 โต๊ะ (the law of the twelve tables)³⁷

หลักเกณฑ์ของ usucaption ปรากฏอยู่ในโต๊ะที่ 6 ข้อที่ 4 “*After a period of two years, immovable property shall be acquired by usucaption; movable property after a lapse of one year.*” หรือ เมื่อพ้นระยะเวลาสองปี อาจได้ไปซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยการครอบครองปรปักษ์ ในกรณีสังหาริมทรัพย์ เมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งปี³⁸ เมื่ออาณาจักรโรมันได้ย้ายมายังทางตะวันออก ซึ่งกฎหมายโรมันมองว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นเรื่องทางเอกชน แต่การทำพิธีการส่งมอบกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องทางมหาชน ดังนั้นเมื่อทำวิธีทางมหาชนผิดพลาดไป กฎหมายก็รับรองให้ในทางเอกชนในการได้มาซึ่งสิทธิและเป็นการรับรองเจตนาของเอกชน ซึ่งการครอบครองปรปักษ์ในช่วงแรกนั้น ชาวโรมันที่ไม่ได้ดำเนินการตามพิธีทางมหาชน³⁹

2.3.3 หลักเกณฑ์การครอบครองปรปักษ์ (Usucaption)

การครอบครองปรปักษ์ภายใต้กฎหมายโรมันมีหลักเกณฑ์ดังนี้

2.3.3.1 การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ (*justa causa*)

กฎหมายโรมันได้วางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สิน โดยได้กำหนดวิธีการโอนทรัพย์สินไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่น *res mancipi* ต้องโอนตามแบบพิธี *mancipatio* หรือ *in jure cessio* เท่านั้น เป็นต้น หากเกิดความผิดพลาดในการโอน และผู้รับโอนต้องการจะอ้างสิทธิใน

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

³⁸ “The ROMANS Twelve Tables,” Retrieved from https://www.the-romans.eu/books/The-12-tables.php#Table_6

³⁹ เจตนิษฐ์ จันทรานุกูล, “ปัญหาการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1383,” หน้า 7.

ทรัพย์ดังกล่าวด้วยวิธี *usucaption* ต้องปรากฏว่าผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์โดยสุจริตจึงจะถือเป็นมูลเหตุที่แท้ (*justa causa*) อันเป็นมูลที่จะอ้างสิทธิในทรัพย์ของตนต่อศาลได้⁴⁰ ดังนั้น ถ้ามีการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์จากการกระทำความผิด การใช้กำลัง หรือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การขโมยทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น ไม่สามารถครอบครองปรบักษ์เพื่ออ้างสิทธิในทรัพย์ดังกล่าวนั้นได้ (*error antem falsae causae usucaptionem non parit*) และผู้ครอบครองไม่ได้กระทำโดยสุจริตจึงไม่อาจอ้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์ต่อศาลได้⁴¹

2.3.3.2 ผู้ครอบครองได้ครอบครองโดยเจตนาบริสุทธิ์ (*bona fides*)

กล่าวคือ ผู้ได้รับโอนทรัพย์สิ่งหนึ่งจากบุคคลอื่นได้ต้องเชื่อมั่นโดยสุจริตว่าการครอบครองทรัพย์ของตนนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิหรือฝ่าฝืนสิทธิของผู้อื่น ดังนั้นถ้าในขณะที่ได้รับการโอนทรัพย์แก่ผู้อื่นนั้น ตนทราบว่าผู้โอนทรัพย์ครอบครองทรัพย์สินโดยไม่สุจริตแล้วผู้รับโอนก็จะถือว่าไม่มีเจตนาบริสุทธิ์ (*mala fides*) ดังนั้นเจตนาสุจริตนี้จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของการครอบครองปรบักษ์ และเมื่อผู้ใดได้รับโอนทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใดโดยอาศัยมูลทางกฎหมายจากผู้ที่ไม่มีการมสิทธิในทรัพย์นั้นจะครอบครองปรบักษ์ทรัพย์ที่ได้มาได้ก็ต่อเมื่อเขาเชื่อโดยสุจริตว่าผู้โอนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือมีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ หรือได้รับโอนทรัพย์มาจากบุคคลผู้บกพร่องในความสามารถ จะเป็นการครอบครองปรบักษ์ได้ ต่อเมื่อเชื่อโดยสุจริตว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีความสามารถในการทำนิติกรรม⁴²

อนึ่ง การครอบครองทรัพย์สิน กรณีต่อไปนี้ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึง *bona fides* ของผู้ครอบครองทรัพย์ เรียกว่า *usucapio lucrative* โดยมี 3 กรณีดังนี้

- 1) *usucapio pro herede* – การได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์โดยทางมรดก
- 2) *usucapio ex fiducia* – การได้รับคืนซึ่งทรัพย์ด้วยความสมัครใจ เช่น การได้รับสิทธิในทรัพย์คืนจากเจ้าหนี้ หลังจากที่ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนหมดสิ้นแล้วภายใน 1 ปี เป็นต้น⁴³
- 3) *usucapio ex praedictura* – เมื่อเจ้าของทรัพย์ได้จำนองทรัพย์ของตนไว้เป็นประกันกับรัฐ และถูกบังคับจำนองขายจากการผิดนัดชำระหนี้ และได้เข้าซื้อทรัพย์นั้นคืนจากรัฐ⁴⁴

⁴⁰ “The Operation of Usucaption In Roman Law,” Retrieved from <https://heinonline.org/HOL/Landing Page?handle=hein.journals/lwcoarch1&div=19&id=&page=>

⁴¹ Andrew Borkowski and Paul J. du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 97.

⁴² ทัศนวิทย์ วิจิตรวิริยกุล, “การครอบครองปรบักษ์: ข้อความคิดและวิวัฒนาการ,” หน้า 92.

⁴³ Robert Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 5th ed. (Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden, 1990), pp. 104–105.

⁴⁴ Rafael Domingo, *Roman Law: An Introduction* (New York: Routledge, 2018), p. 88.

จากทั้ง 3 กรณีข้างต้นอาจสังเกตได้ว่า กรณีที่ 1) และ 2) สามารถนำมาใช้กับกรณีทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่กรณีที่ 3) น่าจะใช้เฉพาะกับอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

2.3.3.3 เป็นทรัพย์สินที่ชาวโรมันสามารถครอบครองเป็นเจ้าของได้ (Quiritian Ownership)

กล่าวคือ ภายใต้กฎหมายแพ่งโรมัน (*jus civile*) ชาวโรมันเท่านั้นที่สามารถถือเป็นบุคคลตามกฎหมายที่สามารถครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินของชาวโรมันในอาณาจักรโรมันเท่านั้น โดยเรียกความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินชาวโรมันนี้ว่า “A Quiritian Title” ดังนั้นชนชาติอื่นไม่สามารถถือสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของชาวโรมันได้ และที่ดินที่อยู่นอกอาณาจักรโรมัน หรือ ที่ดินนอกเขตแดนอาณาจักรโรมัน จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายโรมัน ดังนั้นจึงไม่อนุญาตให้ชาวโรมันเป็นเจ้าของได้ แต่ให้ถือเป็นที่ดินของรัฐ⁴⁵

2.3.3.4 ทรัพย์สินต้องเป็นทรัพย์สินที่รับรองโดยกฎหมาย (*res habilis*)

กล่าวคือ ต้องเป็นทรัพย์สินที่ประชาชนทั่วไปสามารถครอบครองเป็นเจ้าของได้ และไม่เป็นการต้องห้าม ดังนั้นถ้าทรัพย์สินซึ่งกฎหมายห้ามไม่ให้ประชาชนครอบครองเป็นเจ้าของได้แล้ว ก็ไม่อาจครอบครองปรับกันได้ ได้แก่ ทรัพย์สินของพระมหากษัตริย์ ทรัพย์สินในศาสนา ทรัพย์สินที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักขโมย หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการปล้น⁴⁶

2.3.3.5 ผู้ครอบครองได้ครอบครองต่อเนื่องกันภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

กล่าวคือ ภายใต้กฎหมาย 12 โต๊ะ ระยะเวลาของการครอบครองปรับถูกกำหนดไว้ 1 ปี สำหรับสังหาริมทรัพย์และ 2 ปี สำหรับอสังหาริมทรัพย์ โดยในระยะแรกของยุคอาณาจักรโรมันนั้น การบังคับใช้ในเรื่องระยะเวลาในการครอบครองปรับนั้นถูกกำหนดให้ใช้เฉพาะในบริเวณอาณาจักรโรมันเท่านั้น⁴⁷ แต่ภายหลังในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนได้มีการขยายระยะเวลาของการครอบครองปรับ หรือ *longissimi temporis praescriptio* โดยให้ใช้ระยะเวลาของการครอบครองนานถึง 30 ปี สำหรับทรัพย์สินทั่วไป และ 40 ปี สำหรับทรัพย์สินพิเศษอย่างทรัพย์สินของโบสถ์ หรือของคริสตจักร

⁴⁵ Bram Akkermans, “The Principle of Numerus Clauses in European Property Law,” Retrieved from <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/1386614/guid-9388e80c-c577-4c74-a99b-0e27439bd792-ASSET1.0.pdf>

⁴⁶ หัสวุฒิ วิจิตตวิริยกุล, “การครอบครองปรับ: ข้อความคิดและวิวัฒนาการ,” หน้า 92.

⁴⁷ Herbert Hausmaninger and Richard Gamauf, *A Casebook on Roman Property Law*, p. 34.

ข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์การครอบครองปรปักษ์ภายใต้กฎหมายโรมันประกอบด้วย

1) **ข้อยกเว้นสำหรับทรัพย์สินที่บกพร่อง** หากทรัพย์สินที่โอนมีความบกพร่องในสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ เช่น การซื้อขาย *res mancipi* โดยไม่ได้ทำตาม *mancipatio* หรือ *in jure cessio* แต่ได้โอนโดยวิธี *traditio* ซึ่งไม่ถูกต้อง หรือได้รับโอนมาถูกต้องแต่เกิดความบกพร่องเพราะเชื่อว่าได้รับโอนการครอบครองโดยสุจริต และเชื่อว่าผู้โอนเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยสุจริต เป็นต้น บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แต่อาจจะอ้าง *usucaption* ได้ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย และในระหว่างการครอบครองทรัพย์สินภายใต้กำหนดระยะเวลาของ *usucaption* ผู้ครอบครองถือเป็นเจ้าของทรัพย์สิน (*bonitary owner*) แม้จะยังไม่ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นก็ตาม แต่กฎหมายก็ยังคุ้มครองสิทธิของ *bonitary owner* ในการที่จะฟ้องร้องโดยวิธี *actio Publiciana* ต่อ *pretor* เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนหากถูกรบกวนสิทธิเพราะมีผู้สอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และอาจฟ้องร้องผู้ขายทรัพย์สินให้ชดเชยค่าเสียหายจากความบกพร่องนั้นได้⁴⁸

2) **ข้อยกเว้นเรื่องทรัพย์สินของแผ่นดิน** ในสมัยจักรพรรดิ *pius* กฎหมายของ *papinianus* (AD. 142 – 212) ได้วางหลักว่าทรัพย์สินของแผ่นดินนั้นหากเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ทุกคนใช้ร่วมกันแล้ว เอกชนย่อมไม่สามารถได้ไปซึ่งความเป็นเจ้าของได้ แต่มีทรัพย์สินของแผ่นดินที่มีลักษณะที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินบางประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินของเอกชนที่ตกเป็นของท้องพระคลัง (*treasury*) โดยทรัพย์สินดังกล่าวมาจากมรดกที่ไม่มีผู้รับโอน อันจะต้องตกแก่แผ่นดิน ซึ่งเมื่อเจ้ามรดกตายลงทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกขึ้นทะเบียนเป็นของแผ่นดิน แต่หากทรัพย์สินดังกล่าวถูกขายไปโดยสุจริตก็สามารถครอบครองปรปักษ์ได้ ในสมัยจักรพรรดิ *maius* (AD. 121–180) ได้มีหลักการว่าผู้ที่ซื้อทรัพย์สินของท้องพระคลังดังกล่าวหากครอบครองเป็นเวลา 5 ปี มีสิทธิที่จะปฏิเสธการใช้สิทธิติดตามเอาคืนเจ้าของทรัพย์สินได้ ซึ่งกรณีนี้มีผู้มองว่าผู้อ้างสิทธิว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินน่าจะเป็นทายาทที่เข้ามาหลังจากทรัพย์สินถูกยึดเข้าสู่ท้องพระคลัง และภายหลังในสมัยจักรพรรดิ *zeno* (AD. 425–491) ได้สร้างหลักปกป้องกรรมสิทธิ์จากการใช้ทรัพย์สินจากท้องพระคลังด้วยการโอนนิติกรรมได้ ไม่ว่าจะโอนจากสัญญาซื้อขายทรัพย์สินหรือสัญญาให้ซึ่งต้องอาศัยความสุจริตและการส่งมอบทรัพย์สิน⁴⁹

3) **ข้อยกเว้นในเรื่องทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด** ทรัพย์สินโดยทั่วไปอาจโอนเปลี่ยนมือได้โดยนิติกรรมสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาให้ เป็นต้น แต่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด (*res furtiva*)⁵⁰ หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการใช้กำลัง (*res vi possessae*) ตามกฎหมายโรมันภายใต้หลักเกณฑ์ *lex Julia et plautia* ถือเป็นการต้องห้าม ทรัพย์สินดังกล่าวถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้

⁴⁸ หัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล, “การครอบครองปรปักษ์: ข้อความคิดและวิวัฒนาการ,” หน้า 93.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

⁵⁰ มณฑิรา จำนงค์, “การครอบครองปรปักษ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 12.

จากการกระทำความผิดมีมลทิน ไม่ว่าจะโอนไปก็ทอดก็ไม่สามารถได้กรรมสิทธิ์ได้ แม้จะสุจริตก็ตาม⁵¹ เพราะความสำเร็จในการได้กรรมสิทธิ์มิได้ขึ้นอยู่กับตัวบุคคลผู้โอนหรือรับโอน แต่ขึ้นอยู่กับตัวทรัพย์สินที่โอน เมื่อทรัพย์สินที่โอนมีมลทินแม้โอนไปยังบุคคลใด มลทินก็ยังอยู่ ผู้ที่ได้ทรัพย์สินไปไม่สามารถครอบครองทรัพย์สินโดยอ้าง usucaption ได้ อย่างไรก็ตามแม้ทรัพย์สินจะมีมลทิน แต่ถ้าได้กลับสู่ผู้มีสิทธิตามกฎหมาย ก็ถือได้ว่ามลทินได้หายไป ซึ่งสามารถได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยการครอบครองทรัพย์สินได้ นั่นคือต้องล้างมลทินเสียก่อน⁵² โดยมีข้อกำหนดบางประการสำหรับการล้างมลทิน เช่น ในกรณีการจำหน่ายหรือจำหน่าย หรือการให้กู้ยืม เมื่อผู้รับจำหน่ายหรือจำหน่ายหรือยืมทรัพย์สินได้ยกยอกทรัพย์สินที่อยู่ในอารักขาของตน แต่ในที่สุดได้คืนทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าของ ทรัพย์สินย่อมถูกล้างมลทินเสียก่อน⁵³

จากข้อกำหนดดังกล่าวสรุปได้ว่า การล้างมลทินเป็นกระบวนการซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีต่าง ๆ ทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่เจ้าของที่แท้จริง โดยมีเงื่อนไขสำคัญคือเจ้าของทรัพย์สินต้องทราบถึงการได้กลับคืนของทรัพย์สินนั้นด้วย หากไม่มีการล้างมลทินเกิดขึ้น ผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจอ้างการครอบครองดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองทรัพย์สิน ในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงพบทรัพย์สินของตนอยู่ภายใต้การครอบครองของบุคคลผู้ไม่มีสิทธิยึดถือ ก็อาจอ้างสิทธิในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย

การครอบครองทรัพย์สินที่ดินชนบท (Provincial Land) ไม่ได้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายโรมัน และได้มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการอ้างกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินชนบท หรือ *vindicatio* ในช่วงปลายยุคคลาสสิก (AD 199) ด้วยเหตุนี้จึงได้พัฒนาหลักเกณฑ์ของการครอบครองทรัพย์สินขึ้น โดยได้สร้างหลักเกณฑ์การครอบครองทรัพย์สินชนิดพิเศษที่จะต้องครอบครองเป็นเวลานาน (*longi temporis praescriptio*) เพื่อปกป้องผลประโยชน์บนที่ดินชนบท โดยอยู่บนพื้นฐานของ *exceptio temporis* จากกฎหมาย Greek⁵⁴ มีลักษณะเป็นการปิดกั้นสิทธิของเจ้าของที่ดินเดิม หรือให้เจ้าของที่ดินเดิมเสียสิทธิในการฟ้องร้องแก่ผู้ครอบครอง หากได้ครอบครองทรัพย์สินครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ก็เพราะใน

⁵¹ Rodna Zhivkovska and Tina Przeska, "USUCAPIO IN ROMAN AND CONTEMPORARY MACEDONIAN LAW," Retrieved from <http://pf.ukim.edu.mk/wp-content/uploads/2020/03/10.-Rodna-Zivkovska-Tina-Przeska.pdf>, p. 110.

⁵² เจตนิษฐ์ จันทรานุกูล, "ปัญหาการครอบครองทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1383," หน้า 45.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

⁵⁴ J. E. Japsen, "Thieves and Squatters: Acquisitive and Extensive Prescription in European Property Law," *European Property Law Journal*, 1 (2012): 155, Retrieved from <https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/106811>

สมัยนั้นเจ้าของที่ดินชนบทมักจะปล่อยให้ที่ดินทิ้งร้างเป็นเวลานาน⁵⁵ โดยกำหนดให้มีระยะเวลาสำหรับการครอบครองปรปักษ์ 10 ปี สำหรับในกรณีที่เจ้าของที่ดินและผู้ครอบครองปรปักษ์มีภูมิลำเนาอยู่ในถิ่นเดียวกัน หรือในจังหวัดเดียวกัน และ 20 ปี ในกรณีที่อยู่ต่างถิ่น หรืออยู่คนละจังหวัด ในกรณีของสังหาริมทรัพย์ได้มีการขยายระยะเวลาออกไปเป็น 3 ปี ในส่วนของหลักเกณฑ์และรูปแบบอื่น ๆ เกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ยังใช้หลักเกณฑ์เดิม ยกเว้นผู้ครอบครองภายใต้หลักเกณฑ์นี้สามารถนับระยะเวลาของผู้ครอบครองก่อนหน้าตนรวมกับระยะเวลาของตนได้⁵⁶

ในสมัยพระเจ้าธีโอดอซิอุส (Theodosius) ได้มีความคิดริเริ่มในการปรับปรุงแก้ไขหลัก *longi temporis praescriptio* ขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับยุคสมัย และได้สร้างหลักเกณฑ์ *longissimi temporis praescriptio* ขึ้น⁵⁷ โดยมีลักษณะเป็นอายุความเสียสิทธิ (extinctive possession) เนื่องจากปรากฏปัญหาเรื่องการขาดอายุความในการฟ้องร้องอ้างสิทธิในที่ดิน ซึ่งไม่เป็นที่ปรากฏในยุคคลาสสิกมาก่อน ต่อมาในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน ได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้อีกครั้งโดยได้กำหนดให้มีทั้งอายุความได้สิทธิ (acquisitive possession) สำหรับการครอบครองปรปักษ์ในทรัพย์สินอื่นโดยผู้ครอบครองมีเจตนาบริสุทธิ์ หรือเจตนาโดยสุจริต *bona fide* ด้วย หากเป็นการครอบครองปรปักษ์โดยมีเจตนาไม่สุจริต *mala fide* ก็ย่อมส่งผลให้เกิดอายุความเสียสิทธิ (extinctive possession) กล่าวคือ เมื่อครบระยะเวลาเจ้าของเดิมเสียสิทธิในการฟ้องเอาทรัพย์สินคืนจากผู้ครอบครองปรปักษ์นั่นเอง⁵⁸ และจะต้องครอบครองนานถึง 30 ปี สำหรับทรัพย์สินทั่วไป และ 40 ปี สำหรับทรัพย์สินพิเศษอย่างทรัพย์สินของโบสถ์หรือของคริสตจักร⁵⁹

ดังนั้นอาจสังเกตได้ว่า การครอบครองปรปักษ์ในสมัยโรมันจึงถือเป็นกลไกสำคัญของกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาเรื่องการบกพร่องแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นในสังคมสมัยนั้น โดยช่วยให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ได้กรรมสิทธิ์เพียงเพราะไม่เป็นตามหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ให้อาจได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย และภายหลังได้ขยายไปถึงแนวคิดอายุความได้สิทธิและอายุความเสียสิทธิ และขยายระยะเวลาเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของและให้ความสำคัญกับมูลค่าในเชิงผลประโยชน์ของที่ดินที่มีความสำคัญมากขึ้น โดยในสมัยโรมันไม่มีการรับรองเรื่องการใช้กฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการแย่งกรรมสิทธิ์ของผู้อื่น

⁵⁵ Ibid., p. 156.

⁵⁶ Paul du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 4th ed. (London: Oxford University Press, 2010), p. 188.

⁵⁷ Marian P. Opala, "Praescriptio Taescriptio Temporis and Its Relation temporis and Its Relation to Prescriptiv escriptive Easements e Easements in the Anglo-American Law," *Tulsa Law Review*, 2 (2014): 12–13.

⁵⁸ J. E. Japsen, "Thieves and Squatters: Acquisitive and Extingtive Prescription in European Property Law," p. 157.

⁵⁹ Joseph Declareuil, *Rome the Law-Giver* (London: Routledge, 2013), pp. 237–238.

2.4 หลักความสุจริต (Good Faith)

“หลักความสุจริต” หรือ *bona fide* ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในปัจจุบันดังจะเห็นได้จากการที่หลักความสุจริตถูกสอดแทรกอยู่ในกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณี โดยบางประเทศอาจใช้คำว่า *good faith* โดยการในเรื่องอ้างการครอบครองทรัพย์สินที่ดินนั้น บางประเทศได้มีการนำหลักความสุจริตขึ้นมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาเพื่อกำหนดอายุความของการครอบครองทรัพย์สิน

2.4.1 ความหมายของหลักความสุจริต

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หลักความสุจริตมิได้ถูกบัญญัติความหมายเอาไว้อย่างชัดเจนจึงต้องพิจารณาถึงความหมายของหลักความสุจริตจากแหล่งต่าง ๆ

วรณาริ สิงห์โต ให้ความหมายของ “สุจริต” ไว้ว่าหมายถึง “ซื่อสัตย์หรือลัทธิที่ดี”⁶⁰

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้นิยาม “สุจริต” ไว้ว่า “ความซื่อสัตย์ หรือ ลัทธิที่ดี” โดยได้กล่าวเสริมว่า “สุจริต” ในภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Treu und Glauben* แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ⁶¹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า หลักความสุจริตเป็นบทกฎหมายยุติธรรมหมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการเพื่อวินิจฉัยคดีหรือข้อพิพาท โดยใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีความไปตามข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ เพื่อจะได้มีคำวินิจฉัยตามเจตน์จางานที่ดีและส่งผลให้เกิดความยุติธรรมขึ้น⁶²

ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ มีความเห็นว่า หลักความสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายปัจจุบันยอมรับ และแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นักกฎหมายก็อ้างความสุจริตที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ ได้⁶³

Ivo Telec ได้อธิบายไว้ว่า “หลักความสุจริต (*Zásada dobré víry*) นั้น มีความหมายสองประการ ประการแรกคือ หลักความสุจริตเป็นศีลธรรมและคุณงามความดี ทางกฎหมายที่สุภาพ

⁶⁰ วรณาริ สิงห์โต, “หลักความสุจริต,” สืบค้นจาก <https://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/ex40701-1.pdf>, หน้า 7.

⁶¹ สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 18 ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 153.

⁶² หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2538), หน้า 83.

⁶³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบ Civil Law และ common Law*, พิมพ์ครั้งที่ 5 ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 63.

ตรงไปตรงมาและมีความน่าเชื่อถือไว้วางใจ ที่สามารถคาดหมายและอาจเห็นได้ในวิญญูชนทั่วไป อย่างประการหนึ่ง หลักความสุจริต คือ มาตรฐานวัดความยุติธรรมในทางกฎหมาย⁶⁴

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของ “สุจริต” ไว้ว่า “ความประพฤติชอบ”

Black’s law Dictionary ให้คำจำกัดความว่า “สุจริต” (Good Faith) หมายถึง สภาวะทางจิตใจอันประกอบด้วย (1) ความซื่อสัตย์ในความเชื่อถือหรือวัตถุประสงค์ (2) ความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหน้าที่ของตน (3) ความสอดคล้องกับมาตรฐานทางการค้าหรือธุรกิจใด ๆ อันชอบด้วยเหตุผลในการต่อรองกันอย่างเป็นธรรม และ (4) การไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ⁶⁵

จากความหมายข้างต้น นักนิติศาสตร์ได้ให้คำนิยามของหลักความสุจริตไว้คล้ายคลึงกัน และคล้ายกับความหมายดั้งเดิมของหลักความสุจริต คือ ความซื่อสัตย์และสัจจะที่ดี และได้มีการอธิบายการนำหลักความสุจริตมาใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น นอกจากนี้พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้คำนิยามของคำว่าสุจริตไว้อย่างแคบ แต่พจนานุกรมกฎหมาย Black’s law ได้อธิบายขยายความถึงลักษณะของหลักความสุจริตเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนี้หากพิจารณาถึงคำอธิบายทั้งหมดแล้วอาจสังเกตได้ว่าหลักความสุจริตเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีฐานะเป็นข้อความคิดพื้นฐานในแง่ของความสุจริตและความไว้วางใจ

หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 มาตรา 6 ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

มาตรา 5 **“ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลต้องกระทำโดยสุจริต”**

มาตรา 6 **“ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลกระทำการโดยสุจริต”**

จากบทบัญญัติดังกล่าวพบภาพของหลักความสุจริตนั้นถูกปรับใช้เพื่อเชื่อมต่อกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ในการพิจารณาคดีหลักความสุจริตถูกนำมาใช้เพื่อช่วยส่งเสริมให้การบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมในสังคมหรือป้องกันมิให้เกิดการใช้สิทธิทางกฎหมายของตนให้ขัดต่อความชอบธรรมในสังคมได้ โดย ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้กล่าวไว้ว่า หลักความสุจริตนำมาใช้เพื่อ 1) ใช้ในทางเสริมสร้างหลักเกณฑ์ตามสัญญาหรือตามกฎหมายให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ขึ้น เช่น กรณีที่คู่สัญญาที่เป็นผู้เชี่ยวชาญทางธุรกิจมีหน้าที่อธิบายชี้แจงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและการปกปิดข้อมูลถือว่าไม่สุจริต 2) เพื่อใช้ในทางควบคุมหรือสกัดกั้นการใช้สิทธิในทางที่ไม่ชอบธรรมอย่าง เช่น การใช้สิทธิไม่สุจริตไปในทางเสียหายแก่ผู้อื่นหรือการใช้สิทธิไปในทางฝ่าฝืนตรงกันข้ามกับพฤติกรรมการ์ก่อน ๆ และ 3) เพื่อใช้ในทางปรับปรุงแก้ไขสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีให้สอดคล้องกับ

⁶⁴ กมล ตันจินวัฒน์กุล, “หลักความสุจริต,” *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 2 (2555): 84.

⁶⁵ วรณารีย์ สิงห์โต, “หลักความสุจริต,” หน้า 7.

สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ค่าเงินที่ตกต่ำไปมากซึ่งจะต้องมีการนำหลักความสุจริตมาปรับให้การชำระหนี้เป็นธรรม⁶⁶

2.4.2 ประเภทของหลักความสุจริต

หลักความสุจริตภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความแตกต่างกัน 2 ประการ ได้แก่

1. หลักความสุจริตทั่วไป หากพิจารณาถึงความหมายจะพบว่า “สุจริต” คือ “ความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี” โดยหลักความสุจริตทั่วไปนี้ถือเป็นหลักความสุจริตตามความหมายในเชิงภาวะวิสัย หรือ objective และถือเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับความซื่อสัตย์ (honesty) ความเป็นธรรม (fairness) ความมีเหตุผล (reasonableness) การปกป้องความไว้วางใจ (protection of reasonable reliance) การคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้อื่น (due regard for the interest of other party) ความเห็นอกเห็นใจผู้อื่น (considerate behavior)⁶⁷ โดยหลักความสุจริตทั่วไปนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคำว่า “สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายโดยทั่วไปกว้าง ๆ โดยไม่หมายเฉพาะเจาะจงถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของคู่กรณี แต่เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่าง ๆ ว่า การกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่กฎหมายจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่

2. หลักความสุจริตเฉพาะเรื่อง หรือหลักความสุจริตตามความหมายในเชิงอัตตะวิสัย หรือ subjective เป็นการนำสุจริตไปใช้เฉพาะเรื่องของกฎหมาย เช่น การอาศัยความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงบางประการของบุคคลเป็นสำคัญ ดังเช่นที่ศาลฎีกาได้เคยอธิบายถึงความสุจริตเอาไว้ว่า หมายถึงการกระทำโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิที่มีมาแต่อดีต ดังนั้นคำว่า “สุจริต” จึงมีความหมายอย่างแคบซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอธิบายเกี่ยวกับความสุจริตว่า หมายถึงการกระทำโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิที่มีมาแต่อดีต (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 550/2490) แต่ถ้าการกระทำโดยรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิของตนจะถือว่าสุจริตไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1012/2504) และยังสามารถให้ความหมายเลยไปถึงว่าถ้าความไม่รู้นั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้กระทำก็ถือว่าไม่สุจริตเช่นเดียวกัน และบทบัญญัติของแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติถึงหลักความสุจริตในลักษณะเช่นนี้ได้แก่มาตรา 412 , 413, 1299, 1300, 1303,

⁶⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักความสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 18-21.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

1310, 1311, 1312, 1329, 1330, 1331, 1332 เป็นต้น⁶⁸ โดยคำว่า“สุจริต” ถูกนำมาใช้เพราะคู่กรณีรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายในบทบัญญัติดังกล่าว

อนึ่ง หลักความสุจริต มีบทบาทเป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยให้มนุษย์อยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสงบสุข โดยหลักสุจริตปรากฏอยู่ในแนวคิดและความเชื่อในศาสนาต่าง ๆ และส่งเสริมให้มีการปฏิบัติกันอย่างถูกต้องและตามสมควรในเรื่องความผูกพันภายใต้กฎหมายเรื่องต่าง ๆ และคาดหวังถึงการปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างสุจริตเหมือนที่ปฏิบัติต่อตนเอง ดังนั้นหลักความสุจริตยังมีบทบาทสำคัญในสังคมตั้งแต่มีการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์ และทุกคนต่างก็ยอมรับกับแนวคิดเช่นว่านี้ เพื่อความสงบสุขในสังคม⁶⁹

2.4.3 ลักษณะของหลักความสุจริต

หลักความสุจริตมีลักษณะสำคัญ 5 ประการ คือ⁷⁰

1. เป็นบทกฎหมายยุติธรรม (*jus aequum*) ซึ่งมีได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด ในการใช้และตีความกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจประกอบเพื่อเสริมเนื้อความให้กฎหมายสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีและตามกาลสมัยซึ่งตรงข้ามกับบทกฎหมายเคร่งครัด (*jus strictum*) ที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและผลทางกฎหมายเอาไว้ชัดเจนแน่นอนผู้ใช้หรือตีความกฎหมายไม่สามารถใช้ดุลพินิจเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติเพียงแต่จะต้องตีความหรือใช้กฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งอยู่แล้ว ซึ่งจะเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการความชัดเจนแน่นอนเพื่อความสะดวกในกิจการบางอย่าง

2. เป็นบทกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (*jus cogens*) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับบทกฎหมายที่ไม่เป็นบทบังคับ (*jus dispositivum*) โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลทำการทุจริตเป็นกฎหมายเอกชนเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกรณีจูงใจก่อให้เกิดความเสียหายคู่กรณีไม่สามารถจะตกลงกันไม่เรียกค่าเสียหายได้

3. เป็นกฎหมายที่มีเนื้อความไม่ชัดแจ้ง โดยกฎหมายจะใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ ไม่สามารถให้ความหมายที่แน่ชัดไว้ล่วงหน้าได้ต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นจึงจะสามารถนำไปวินิจฉัยขอบเขตของหลักความสุจริตเพื่อเป็นแนวทางให้กฎหมายควบคุมการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของเอกชนไม่ให้ขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคมอย่างรุนแรง

⁶⁸ สิทธิโชค ศรีเจริญ, “หลักความสุจริตในการปฏิบัติตามสัญญาประกันภัย,” *วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 1 (2525): 52.

⁶⁹ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 73 – 74.

⁷⁰ วรณาริ สิงห์โต, “หลักความสุจริต,” หน้า 10.

4. เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle) หรือเป็นบทที่เป็นหลักการของความประพฤติของมนุษย์ในสังคม แต่มิใช่เป็นกฎหมายทั่วไป (*jus generale*) ที่จะถูกตัดโดยกฎหมายพิเศษ (*jus speciale*) โดยในกรณีที่มีกฎหมายพิเศษที่ต้องด้วยกรณีนั้น ๆ เป็นการเฉพาะแล้วย่อมต้องปรับด้วยกฎหมายพิเศษนั้น และจะนำกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายพิเศษจะปรับใช้แล้วเท่านั้น อนึ่ง กิตติศักดิ์ ปรกติ มีความเห็นว่า หลักความสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีที่สืบทอดกฎหมายพิเศษ ย่อมมาก่อนกฎหมายทั่วไปต่อเมื่อไม่มีบทเฉพาะหรือบทพิเศษจะปรับใช้ให้ต้องด้วยกรณีแล้วจึงจะหันมาปรับใช้หลักความสุจริต อาจกล่าวได้ว่าหลักความสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะนำมาปรับใช้ได้ในฐานะเป็นที่พึงสุดท้าย⁷¹

5. เป็นบทครอบจักรวาล (Generalklausel) คือ แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้อยู่แล้วหลักความสุจริตก็ยังใช้เป็นฐาน โดยเป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกเรื่องจึงได้รับการยกย่องว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบ

2.4.4 พัฒนาการของหลักความสุจริตในยุคโรมัน

เนื่องจากหลักความสุจริตถูกพัฒนามาตั้งแต่ยุคโรมันและถูกนำไปใช้ในกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ ดังนั้นจึงควรทราบถึงพัฒนาการของหลักความสุจริตในยุคโรมัน โดยในยุคโรมันหลักความสุจริตมีบทบาทอย่างมากในการช่วยลดความเคร่งครัดตายตัว (*jus strictum*) ของการให้กฎหมายสร้างควมยืดหยุ่นและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น เดิมทีการนำหลักความสุจริตมาใช้ปรากฏอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาล เนื่องจากโจทก์มักใช้สิทธิทางศาลโดยมิชอบ หลักความสุจริตจึงกลายเป็นข้อต่อสู้ของฝ่ายจำเลยในการป้องกันมิให้ฝ่ายโจทก์อ้างสิทธิหรือความชอบธรรมในการฟ้องร้องต่อศาลโดยมิชอบ หรือโดยฉ้อฉล หรือ *exceptio doli generali* เช่น หลักที่ผู้เข้าทำสัญญาอ้างว่าไม่ต้องผูกพัน เพราะล้าคดีผิด เจตนาหลง ฉ้อฉล หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัยมาแต่ต้น เป็นต้น ภายหลังการอ้างของจำเลยในเรื่องนี้ไม่เป็นแต่เพียงข้อต่อสู้อย่างเดียวเท่านั้น แต่ได้กลายเป็นหลักเกณฑ์ทางสารบัญญัติที่ถูกใช้ในศาลและมีขอบเขตของการใช้กว้างขวางมากขึ้น ดังนั้นการฟ้องคดีในบางกรณี แม้จะปรากฏต่อศาลว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น ก็อาจกล่าวอ้างหลักความสุจริตขึ้นมาได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความสุจริตเป็นฐานแห่งสิทธิในการฟ้องคดีโดยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้โดยเฉพาะก็ได้ (*bonae fidei judicia*) โดยหลักฐานในเรื่องนี้ก็คือการที่สัญญาที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดและไม่มีผลบังคับในฐานะที่เป็น *jus strictum* แต่สัญญานั้นก็อาจถูกนำมาใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญาโดยอ้างหลักความสุจริตตาม *jus honorarium* และได้มีการนำหลักความสุจริตมาใช้อย่างกว้างขวางกับสัญญาต่าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงานและจ้างทำของ

⁷¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักความสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้*, หน้า 25.

สัญญาเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วน การมอบอำนาจ เป็นต้น และต่อมาสัญญาเหล่านี้ได้กลายเป็นที่มาของหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาที่คู่สัญญาต้องผูกพันกันตามที่ตนได้ตกลงให้ความยินยอม⁷²

นอกจากนี้ยังได้มีการนำหลักความสุจริตมาใช้ในฐานะเป็นหลักทั่วไป และถือเป็นฐานแห่งสิทธิที่สำคัญที่นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและเป็นที่ยอมรับสืบกันมา โดย Cicero ได้กล่าวถึงคดีพิพาทเรื่องการซื้อขายบ้าน เจ้าพนักงานของรัฐได้สั่งให้เจ้าของบ้านหลังหนึ่งมีชื่อว่า Claudius ทำการรื้อบ้านของตนออกไปบางส่วนเพื่อประโยชน์ทางพิธีกรรมเกี่ยวกับศาสนาของเมือง แต่ก่อนที่จะทำการรื้อ Claudius ได้ประกาศขายบ้านหลังดังกล่าว และ Culpurnius ได้ตกลงที่จะซื้อบ้านหลังนี้ไว้ ต่อมาเมื่อ Culpurnius ได้กรรมสิทธิ์ในบ้านที่พิพาทเจ้าพนักงานของรัฐได้มีคำสั่งแจ้งให้ Culpurnius ทำการรื้อบ้านออกไปบางส่วน ภายหลังจากเมื่อ Culpurnius รื้อบ้านออกไปบางส่วนตามคำสั่งเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว Culpurnius จึงได้ทราบว่าก่อนที่จะมีการขายบ้านหลังนี้ Claudius ซึ่งเป็นผู้ขายได้ล่วงรู้อยู่ก่อนแล้วว่าเจ้าพนักงานของรัฐได้มีคำสั่งให้รื้อบ้านนี้ออกบางส่วน Culpurnius จึงเห็นว่า Claudius ในฐานะผู้ขายควรจะต้องรับผิดชอบจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลและมีคำขอให้ Claudius รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในการที่ตนต้องรื้อบ้านบางส่วนออกไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีเกิดพิพาท กำหนดถึงกรณีนี้ที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิก็ต่อเมื่อผู้ขายได้รับรองว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นไม่มีข้อบกพร่องหรือการรอนสิทธิเช่นนั้น และในคดีนี้ก็ไม่ได้ปรากฏว่าผู้ขายได้รับรองไว้ เนื่องจากเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในขณะที่เจรจาทำการซื้อขายกัน ผู้ซื้อก็ไม่คาดคิดว่าจะเกิดเหตุรอนสิทธิเช่นนี้ขึ้น จึงมิได้ซักถามหรือขอให้ผู้ขายรับรองไว้ ซึ่งหากบังคับตามกฎหมายบ้านเมือง ผู้ซื้อย่อมไม่มีทางได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างแน่นอน แต่ทว่า Culpurnius ผู้ซื้อคดีนี้ได้ต่อสู้คดีโดยอ้างกฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งเป็นกฎหมายบ้านเมือง แต่กลับอ้างหลักความสุจริตและขอให้ศาลนำหลักความสุจริตมาตัดสินคดี โดยได้อ้างว่าผู้ขายย่อมมีหน้าที่บอกกล่าวข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุเสื่อมสิทธิในทรัพย์สินซึ่งผู้ขายได้ทราบอยู่แล้วให้ผู้ซื้อทราบ การที่ผู้ขายปกปิดหรือไม่แจ้งข้อเท็จจริงอันควรแจ้งให้ทราบ ย่อมขัดต่อหลักความสุจริตซึ่งศาลก็เห็นด้วยกับการยกข้อต่อสู้ในประเด็นนี้ของ Culpurnius ผู้ซื้อ และได้ตัดสินไปตามนั้น⁷³

จากกรณีดังกล่าวจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความสุจริตมีความสำคัญและมีหน้าที่ช่วยในการผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายลักษณะซื้อขายของโรมัน จนทำให้หลักผู้ซื้อพึงระวังแทบจะไม่มี การนำมาใช้อีกเลย และยังเป็นที่มาของหลักความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องและรอนสิทธิในเวลาต่อมา นอกจากนี้พบว่าการพัฒนาของหลักเกณฑ์ในเรื่องสำคัญผิด ช่มชู้ มีรากฐานมาจากหลักความสุจริตเช่นกัน โดยในเรื่องนี้ Cicero ได้กล่าวว่า การอ้างว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบในกรณีที่ตนเองมีเจตนาปกปิดหรือไม่แสดงข้อเท็จจริงที่ควรต้องแจ้งแก่ผู้ซื้อตามหลักความสุจริตนี้ หากนำไปใช้อย่างตายตัว

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

โดยไม่คำนึงถึงความมุ่งหมายตามเหตุผลของเรื่อง อาจถูกใช้ไปใช้ในทางที่ผิดได้ ดังนั้น การใช้สิทธิตามหลักความสุจริตนี้จะต้องได้รับการตรวจสอบให้มีความสมเหตุสมผลอยู่ด้วยเสมอ ยกตัวอย่างคดีเช่น บุคคลคนหนึ่งได้ซื้อบ้านหลังหนึ่งซึ่งได้เคยเป็นของตนมาก่อนคืนจากผู้ขาย แต่บ้านหลังดังกล่าวได้มีการจำยอมตกติดมาด้วย ซึ่งการจำยอมดังกล่าวไม่ปรากฏเป็นที่เห็นประจักษ์ในระหว่างทำการซื้อขาย อีกทั้งผู้ขายก็ไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบที่บ้านหลังดังกล่าวติดภาระจำยอมอยู่ด้วยในเวลาที่ได้ทำการซื้อขาย ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงถือเป็นมูลเหตุให้ผู้ซื้อได้กล่าวอ้างว่าผู้ขายได้ปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าว และต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเกิดขึ้นและถือเป็นการรอนสิทธิอีกด้วย นอกจากนี้ยังได้กล่าวอ้างว่าผู้ขายไม่ปฏิบัติตามหลักความสุจริต อย่างไรก็ตามในคดีนี้ผู้ขายได้ต่อสู้ว่า แม้ผู้ขายจะไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ตาม ผู้ขายก็ไม่ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะผู้ขายที่ทราบว่าคุณซื้อเคยเป็นเจ้าของบ้านหลังนี้มาก่อนแล้ว ผู้ซื้อย่อมรู้แน่แก่ใจคืออยู่แล้วว่าบ้านที่ซื้อนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งภาระจำยอม ดังนั้นไม่อาจถือได้ว่าผู้ขายจงใจปกปิดข้อความจริงโดยมิชอบหรือโดยฉ้อฉลอันขัดต่อหลักความสุจริต โดยศาลในคดีนี้ก็ตัดสินว่าเหตุที่ผู้ซื้อรู้ประจักษ์อยู่แล้วจะยกขึ้นกล่าวอ้างว่าผู้ขายปกปิดไม่ได้ ผลการตัดสินคดีข้างต้นนี้ทำให้เกิดหลักต่อมาว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิอันผู้ซื้อรู้อยู่แล้วในขณะที่ได้ซื้อขายกัน และหลักนี้ก็สืบทอดใช้ต่อกันมาในระบบกฎหมายต่าง ๆ ครอบคลุมถึงปัจจุบัน หลักความสุจริตนี้ไม่อาจยกขึ้นอ้างโดยถือเป็นสูตรสำเร็จหรือทำให้เป็นเกณฑ์ตายตัวลงไปได้แต่ต้องปล่อยให้มีเนื้อหากว้าง ๆ ในฐานะเป็นหลักทั่วไปไว้เสมอ⁷⁴

2.5. ความหมายของที่ดินและความเป็นมาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินภายใต้กฎหมายไทย

ความหมายของที่ดินและความเป็นมาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์มีรายละเอียดดังนี้

2.5.1 ความหมายของ “ที่ดิน”

“ที่ดิน” ไม่ปรากฏบทนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้โดยเฉพาะแต่อาจรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามมาตรา 139 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยหมายความ “ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น” แต่ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินไว้ว่า “พื้นที่ดินทั่วไปและให้หมายรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย”

นอกจากนี้ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายถึง “ที่ดิน” โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ศิริ เกวลินสฤกษ์⁷⁵ อธิบายว่า ที่ดินหมายถึงพื้นดินทั่ว ๆ ไปบนผิวโลก และไม่ว่าดินนั้นจะเป็นดินชนิดใด จะอยู่บนบกหรือใต้น้ำก็ถือว่าเป็นที่ดินทั้งสิ้น กฎหมายได้ยกตัวอย่างไว้หลายอย่าง แต่ก็มีหลักอย่างอื่นอีก เช่น เหว เป็นต้น

รองศาสตราจารย์ภาสกร ชุณหอุไร⁷⁶ อธิบายว่า ที่ดินไม่ใช่พื้นดินแต่เป็นอาณาเขตบนพื้นโลกต่างหาก ดังนั้น อาณาเขตบนพื้นโลกจึงต้องประกอบด้วยทุกสิ่งทุกอย่างในอาณาบริเวณไม่ว่าจะเป็นพื้นดิน ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บางต่าง ๆ แม่น้ำเจ้าพระยา แม่น้ำท่าจีน แม่น้ำป่าสัก ฯลฯ และรวมตลอดถึงทะเลอาณาเขตที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยของเราด้วย เพราะสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของอาณาเขตของประเทศไทยทั้งสิ้น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช⁷⁷ อธิบายว่า ที่ดิน หมายถึงรวมถึง พื้นที่ดินปราศจากสิ่งปลูกสร้าง ปัญหากอยู่ที่ว่าที่ดินนั้นหมายความเฉพาะพื้นที่ดินบนผิวโลก จะรวมไปถึงปฐวีธาตุใต้พื้นดินผิวโลกนั้นลงไป รวมทั้งช่องว่างในอากาศเหนือพื้นดินด้วย พิศุทธศาสตร์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1335 ปฐวีธาตุใต้ดินและช่องว่างในอากาศเหนือพื้นดิน เป็นแดนแห่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ไม่ใช่ที่ดิน แต่ถ้ำก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ ในแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้น อาจเป็นอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่เป็นสิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ แต่เฉพาะปฐมวีธาตุใต้พื้นดินนั้น มีทางที่จะคิดได้ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ในฐานะที่เป็นทรัพย์ซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ⁷⁸ ให้ความหมายที่ดินตาม ป.พ.พ. ว่า ที่ดิน คือ พื้นดินทั่ว ๆ ไป แต่ยอมไม่หมายถึงดินที่ขุดขึ้นมาแล้ว เพราะดินที่ขุดขึ้นมาแล้วจากพื้นดินแล้วไม่เป็นที่ดินต่อไป จึงเป็นเพียงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ให้ความหมายของคำว่าที่ดินว่า “หมายถึง พื้นดินทั่วไปและให้หมายความรวมถึงภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำธาร ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย” แต่ความหมายตามประมวลกฎหมายที่ดินนี้ เป็นเพียงความหมายที่ใช้ในประมวลกฎหมายที่ดินเท่านั้น จะนำความหมายทั้งหมดมาใช้กับคำว่าที่ดินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ เช่น ลำน้ำและทะเลสาบ เป็นต้น ย่อมไม่เป็นที่ดิน ตามความหมายของมาตรา 10121 (มาตรา 100 แต่เดิม ปัจจุบันคือมาตรา 139)

โดยสรุปที่ดินมีความหมายตามประมวลกฎหมายที่ดินคือ พื้นผิวดิน ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเล และอาจถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมาตรา 1335 ได้อธิบายไว้ว่า ขอบเขตแห่งที่ดินนั้นตั้งแต่ใต้พื้นดินขึ้นไป

⁷⁵ ศิริ เกวลินสฤกษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2520), หน้า 54.

⁷⁶ ภาสกร ชุณหอุไร, คำอธิบายกฎหมายที่ดิน (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2532), หน้า 3.

⁷⁷ เสณีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 44.

⁷⁸ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์ (กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง, 2550), หน้า 14.

ถึงบนอากาศตามแนวความสูง ขอบเขตระหว่างด้านต่าง ๆ ของที่ดิน ถือเป็นแดนกรรมสิทธิ์เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าของที่ดิน

อนึ่ง ที่ดินอาจมีได้หลายประเภท เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน สามารถจำแนกที่ดินออกได้หลายประเภท เช่น ที่ดินของเอกชน ที่ดินอันเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่วัด และที่ดินอันเป็นทรัพย์สินของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น แต่ละประเภทต่างก็มีลักษณะเกิดขึ้น การคงอยู่ และการเสียไปแตกต่างกัน แต่การจัดเป็นประเภทที่ดินของเอกชนและที่ดินของรัฐ ถือว่าครอบคลุมที่ดินทุกประเภทได้ดีที่สุด⁷⁹

2.5.2 ความเป็นมาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินภายใต้กฎหมายไทย

กฎหมายไทยแต่โบราณไม่ได้มีการกำหนดเรื่องการให้สิทธิแก่ราษฎรในการถือครองที่ดิน และมีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยต่าง ๆ นับแต่แต่สมัยสุโขทัย โดยปรากฏความเป็นมาของการครอบครองที่ดินดังนี้

2.5.2.1 สมัยสุโขทัย

ในสมัยสุโขทัยได้ปรากฏหลักฐานตามหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ระหว่าง พ.ศ. 1820-1860 ระบุว่า กรรมสิทธิ์ในที่ดินทั้งหลายเป็นของพระมหากษัตริย์ แต่ได้แบ่งที่ดินให้แก่ประชาชนครอบครองและทำประโยชน์ หากราษฎรเข้าบุกเบิกหักร้างถางพงเข้าทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงยอมรับให้บุคคลนั้นเป็นเจ้าของที่ดินได้ ตามข้อความในหลักศิลาจารึกที่ว่า “ไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม สร้างป่าหมาก ป่าพลูทั่วเมืองนี้ทุกแห่ง ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ ป่าลางก็หลายในเมืองนี้ หมากม่วงก็หลายในเมืองนี้ หมากขามก็หลายในเมืองนี้ ใครสร้างได้ไว้แก่มัน” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าราษฎรมีอิสระเสรี ราษฎรซึ่งเข้าบุกเบิกหักร้างถางพงในที่ดิน จนที่ดินนั้นสามารถทำการเพาะปลูกได้ สามารถเข้าครอบครองที่ดินนั้นได้ และสามารถหาผลประโยชน์ตอบแทนจากการปลูกต้นไม้ได้ แต่ในยุคสมัยดังกล่าวไม่ปรากฏหลักฐานการซื้อขาย หรือโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยการจดทะเบียน แต่อาจจะมีการอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของได้ นอกจากนี้เมื่อราษฎรผู้เป็นเจ้าของที่ดินได้เสียชีวิต ทายาทบุตรหลานอาจสืบมรดกตกทอดต่อกันไปได้ ดังปรากฏในศิลาจารึกว่า “ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแลล้มตายหายกว่า เหยาเรือนพ่อเชื้อ เลือค้ำมันช้างขอลูกเมียเยี่ยข้าม ไพร่ฟ้าข้าไทย ป่าหมากป่าพลู พ่อเชื้อมันไว้แก่ลูกมันสิ้น”⁸⁰

จากหลักศิลาจารึกไม่ปรากฏหลักฐานแสดงว่าสมัยสุโขทัยได้มีการใช้เอกสารแสดงถึงกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินแต่ประการใด และไม่ปรากฏหลักฐานในเรื่องการแย่งสิทธิในที่ดิน การพิพาทกันในเรื่องที่ดินทำกิน รวมทั้งการครอบครองปรปักษ์ที่ดิน

⁷⁹ ปรีชา พรหมเพชร, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการถือครองที่ดิน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 13.

⁸⁰ กรมที่ดิน 114 ปี, สืบค้นจาก [https://www.dol.go.th/train/E%20book/\(1\)land/12558/01sns58.pdf](https://www.dol.go.th/train/E%20book/(1)land/12558/01sns58.pdf), หน้า 3.

2.5.2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

ในรัชกาลของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ประมาณปี พ.ศ. 1903 ได้ปรากฏกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จใช้บังคับ โดยพระองค์ได้มีพระบรมราชโองการให้ขุนเกษตราธิบดี เสนาบดี ร่างกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จเกี่ยวกับที่ไร่ นา เรือกสวนขึ้น โดยใช้หลักการบริหารที่ดิน เช่นเดียวกับสมัยสุโขทัย มีความเชื่อว่าที่ดินทั้งหลายเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน และพระองค์จะทรงพระราชทานให้ราษฎรเข้าอยู่อาศัยทำกินเพื่อไม่ให้ทิ้งที่ดินไว้ว่างเปล่า โดยจะพระราชทานให้กับข้าราชการ บริหาร และประชาชน โดยมอบหมายให้เสนา นายระวาง นายอากร เป็นเจ้าหน้าที่ทำการจัดเก็บภาษี ถ้าหากว่าผู้ใดต้องการที่ดินทำกินในที่ดินต้องการจะได้ที่ดินเป็นของตนเองเพื่อเข้าทำประโยชน์จะต้องไปบอกกล่าวแก่เสนา นายระวาง นายอากร เสียก่อน เพื่อให้ออกไปตรวจสอบสภาพที่ดินนั้นว่าจะใช้ประโยชน์เป็นที่นา ที่ไร่ ที่สวนได้หรือไม่ ที่ดินนั้นเป็นที่สาธารณะหรือที่หวงห้ามหรือไม่ ถ้าที่ดินนั้นมีความเหมาะสมก็จะมีกรออกใบอนุญาตซึ่งในครั้งนั้นเรียกว่า “โฉนด” ให้ราษฎรเหล่านั้นยึดถือไว้เป็นหลักฐาน และที่ดินนั้นเมื่อทำประโยชน์แล้วผู้นั้นตายไปก็ให้เป็นมรดกตกแก่ลูกหลานได้ด้วย⁸¹

ในสมัยอยุธยาได้มีการตรากฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จขึ้นใช้เพื่อเป็นแม่บทเกี่ยวกับดำเนินการเกี่ยวกับที่ดินได้แก่⁸²

บทที่ 5 มาตรา 33 “ถ้าผู้ใดไถ่ถอนสร้างเล็กครั้งที่ไร่นาเรือกสวนนั้น ให้ไปบอกแก่เสนา นายระวาง นายอากร ไปดูที่ไร่นา เรือกสวนที่ไถ่ถอนนั้นให้รู้มากแลน้อย ให้เสนา นายระวาง นายอากร เขียนโฉนดให้ไว้แก่ผู้เล็กครั้งไถ่ถอนนั้น ให้รู้ว่าผู้นั้นอยู่บ้านนั้นไถ่ถอนสร้างเล็กครั้งตำบลนั้นขึ้นในปีนั้นเท่านั้นไว้เป็นสำคัญ ถ้าแลผู้ใดลักลอบไถ่ถอนสร้างเล็กครั้งทำตามอำเภอใจตนเอง มิได้บอกเสนา นายระวาง นายอากร จับได้ก็ตี มีผู้ร้องฟ้องพิจารณาเป็นสัจไซ้ ให้ลงโทษ 6 สถาน”

บทที่ 42 “ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพมหานครศรีอยุธยามหาดิลกนพรัตน์ราชธานีบุรีรมย์ เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่จะได้เป็นที่ราษฎรมิได้ และมีพิพาทแก่กันดังนี้

เพราะมันอยู่แล้ว มันละที่บ้านที่สวนมันเสียและมีผู้หนึ่งเข้ามาอยู่แลล้อมทำไว้เป็นค่านับ แต่มันหากไปราชการกิจสุขทุกข์ประการใด ๆ ก็ตี มันกลับมาแล้วมันจะเข้ามาอยู่เล่าไซ้ ให้คืนให้มันอยู่ เพราะมันมิได้ชัดที่มันเสีย ถ้ามันชัดที่เสียช้านานถึง 9 ปี 10 ปีไซ้ ให้แขวงจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มิได้นั้นอยู่ อย่าให้ที่นั้นเปล่าเป็นทำเลเสีย อนึ่ง ถ้าที่นั้นมันปลูก

⁸¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 4.

⁸² มัณฑนา ชุ่มผล, “เจ้าของ “โฉนดที่ดิน” ฉบับแรกของไทย กับจุดเริ่มต้นการทำแผนที่และโฉนดแบบใหม่,” ศิลปวัฒนธรรม (2546), สืบค้นจาก https://www.silpa-mag.com/history/article_6630

ต้นไม้อัญมณีอันมีผลไว้ให้ผู้อยู่ให้ค่าต้นไม้ นั้น ถ้ามันพูนเป็นโคกไว้ ให้บำเพ็ญซึ่งมันพูนนั้นโดย
ควร (ส่วนที่นั่นมิให้ซื้อขายแก่กันเลย)..."

บทที่ 43 “ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเป็นแคว้นแคว้นกรุงศรีอยุธยาใช้ที่ราษฎร
อย่าให้ซื้อขายแก่กัน อย่าไว้ให้เป็นทำเลเปล่า แลให้นายบ้าน นายอำเภอ ร้อยแขวง และนาย
อาการจัดคนเข้าอยู่ในที่นั้น อนึ่ง ที่นอกเมืองทำรูดอยู่นานก็ดีและมันผู้หนึ่งล้อมเอาที่นั้นเป็นไร
เป็นสวนมัน มันได้ปลูกต้นไม้สรรพอัญมณีที่นั้นไว้ให้ลดอากาศไว้แก่มันปีหนึ่ง พันกว่านั้นเป็น
อาการหลวงแล”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นของพระเจ้า
แผ่นดินเช่นเดียวกับสมัยสุโขทัย แต่ได้มีการออกโฉนดที่ดินขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่มิได้เป็นไปเพื่อ
ประโยชน์ในเรื่องความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเสมือนค่า
เช่า และให้กรมนาเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทหากมีขึ้น นอกจากนี้ยังห้ามมิให้ซื้อขายที่ดิน ผู้ที่จะได้ที่ดิน
จะต้องขออนุญาตจับจอง หรือทางราชการจัดให้ตามความเหมาะสม

2.5.2.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีที่ดินยังคงใช้แนวทางของการดำเนินการ
เช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยา และได้มีการออกกฎหมายตราสามดวงขึ้น โดยได้มีการจำแนกเกณฑ์
การใช้ประโยชน์เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการอยู่อาศัย และการทำประโยชน์บนที่ดิน ดังปรากฏในมาตรา 45
“45 มาตราหนึ่ง มาขอทำที่ไร่นา เรือกสวน ป่าน้ำลหอนห้วยหนองคลองบึงบางที่ใด ๆ เจ้าของ
ให้ทำแล้วแลจะเอาของตนคืนนั้น ท่านว่าให้เอาคืนแต่ใน 3 ลงมา ถ้าผู้ขอทำ ๆ พันกว่า 3 ปีขึ้นไป
ให้สิทธิแก่ผู้ขอทำแต่ในที่จะทำกินไปนั้น ถ้ามิได้ทำกินต่อไปจะขายจะจำนำและจำให้แก่พี่น้อง
ลูกหลานมิได้ ที่นั้นให้เป็นสิทธิแก่เจ้าของเดิม” โดยสิทธิดังกล่าวนี้หมายถึงสิทธิทำกินบนที่ดิน
เพราะหากไม่ทำกินแล้วผู้เป็นเจ้าของสิทธิดังกล่าวจะโอนต่อให้แก่ผู้อื่นไม่ได้ จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เป็น
เจ้าของสิทธินั้นได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน⁸³

ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 3 ได้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่บ้านขึ้น โดยมีการ
ออกใบอนุญาตให้ราษฎรเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ที่เรียกว่าโฉนด ออกให้ในที่ไร่นา สวน ตั้งแต่สมัยกรุง
ศรีอยุธยาเป็นต้นมา ส่วนที่ดินเป็นที่บ้านที่อยู่อาศัย ไม่มีการออกหนังสือสำคัญแต่อย่างใด และปรากฏ
มีกรณีพิพาทรูกล้ำกันอยู่เสมอ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่บ้าน

⁸³ กรมที่ดิน 114 ปี, หน้า 5.

ขึ้น แต่หนังสือสำคัญสำหรับที่บ้าน จึงไม่ใช่หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือเพื่อเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด แต่ออกให้เพื่อเป็นหลักฐานและขอบเขตที่ดินที่ตนปลูกบ้านอยู่อาศัยเท่านั้น⁸⁴

รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ได้มีการเริ่มทำตราแดงหรือบางคนเรียกว่าโฉนดตราแดง โดยลักษณะของตราแดงนั้นถือเป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินที่เป็นนาเพื่อประโยชน์ในการเก็บเงินค่านา โดยยังไม่ถือเป็นหนังสือสำคัญในการแสดงกรรมสิทธิ์ เนื่องจากเมื่อภาครัฐได้มีออกตราแดงให้เจ้าของนาไปแล้ว สามารถเก็บเงินค่านาตามจำนวนที่ดินในตราแดงนั้นในทุกปี และถือเป็นหลักฐานแสดงความเป็นเจ้าของในที่ดิน ซึ่งผู้มีชื่อในตราแดงนั้นเป็นเจ้าของนาและอาจสืบมรดกในความเป็นเจ้าของตกทอดกันต่อไปจนถึงลูกหลานได้ ภายหลังเมื่อมีการออก พ.ร.บ. ออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) จึงได้มีการเปลี่ยนตราแดงเป็นโฉนดที่ดินทั้งหมด⁸⁵

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 พระองค์ทรงวางพื้นฐานในการปรับปรุงสิทธิของผู้ถือครองที่ดิน ได้ตรวจบทกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินออกใช้บังคับหลายฉบับ กระทำในรูปประกาศพระบรมราชโองการบ้าง ในรูปพระราชบัญญัติบ้าง โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้เจ้าของที่ดินผู้ลงทุนลงแรงทำประโยชน์ในที่ดินได้รับความเป็นธรรมและป้องกันระงับข้อวิวาทบาดหมางเนื่องจากการแย่งสิทธิในที่ดินกัน และได้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินบางประเภทแต่ก็ยังไม่ใช้หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ดังนี้⁸⁶

โฉนดสวน ออกในปี จุลศักราช 1236 (พ.ศ. 2417) เจ้าพระยาภาศกรวงษ์ ผู้ว่าการกรมนา เป็นผู้ดำเนินการตั้งข้าราชการจำนวน 8 นาย เป็นข้าหลวงไปดำเนินการรังวัดที่สวนเพื่อสำรวจให้สำหรับที่สวนที่ปลูกไม้ยืนต้นที่มีอายุเกิน 3 ปีขึ้นไป ที่ต้องเสียอากรสวนจำนวน 7 ชนิดคือ หมาก พลู มะปราง มะม่วง ทูเรียน มังคุด ลางสาต ผลไม้อื่น ๆ นั้นไม่ต้องเสียอากร การสำรวจสวนมีกำหนดทำ การสำรวจทุก ๆ 10 ปี หรือเปลี่ยนรัชกาลใหม่ได้ครบกำหนด 3 ปี โดยมุ่งหมายในการเก็บอากรสวนเท่านั้น

โฉนดป่า ออกในคราวเดียวกับโฉนดสวน เป็นการออกให้สำหรับที่สวนที่ปลูกไม้ล้มลุกพรรณไม้นานาเล็ก ซึ่งไม่ใช่ไม้ยืนต้น และไม่อยู่ในข่ายต้องเสียอากร เช่น สวนผัก สวนอ้อย สวนจาก เป็นต้น เพื่อเป็นหลักฐานสำหรับเจ้าของที่ดิน โฉนดป่าเจ้าเมือง กรมการเป็นผู้ออกให้มิได้เกี่ยวกับข้าหลวงเสนาแต่อย่างใด การเก็บโฉนดป่าเก็บตามจำนวนเนื้อที่

⁸⁴ กรมที่ดิน, *อนุสรณ์ในพิธีเปิดอาคารใหม่ในกรมที่ดิน* (พระนคร: โรงพิมพ์สหกรณ์ขายส่งแห่งประเทศไทย, 2511), หน้า 18.

⁸⁵ ชัยยา โพธิ์แดง, “การออกโฉนดที่ดินเมืองกรุงเก่าระหว่าง พ.ศ. 2444-2453,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2528), หน้า 33.

⁸⁶ มัณฑนา ชุ่มผล, “เจ้าของ “โฉนดที่ดิน” ฉบับแรกของไทย กับจุดเริ่มต้นการทำแผนที่และโฉนดแบบใหม่),” หน้า 14.

หนังสือสำคัญสำหรับที่บ้าน ออกให้เฉพาะในเขตกรุงเทพฯ เท่านั้น โดยกระทรวงนครบาล หนังสือสำคัญสำหรับที่บ้านไม่ใช่หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือเพื่อเก็บภาษี แต่ออกให้เพื่อเป็นหลักฐานและขอบเขตที่ดินที่ปลูกบ้านอยู่อาศัยเท่านั้น ระบบงานทะเบียนที่ดินของประเทศไทย ได้รับรูปแบบและโดยได้นำมาปรับปรุงมาจากระบบ Torrents ของประเทศออสเตรเลีย และในปี ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) มีพระบรมราชโองการว่าด้วยการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินและการทำทะเบียนที่ดินขึ้นเป็นครั้งแรก ซึ่งเรียกว่า ประกาศออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่า ร.ศ. 120 และประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายหลักการสำคัญของประกาศฉบับนี้ ได้กำหนดวิธีการทำหลักฐานทางแผนที่ออกโฉนดที่ดินให้กรรมสิทธิ์กับผู้ถือครองที่ดินได้วางหลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับการจัดทำทะเบียนที่ดินซึ่งดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เพื่อความสะดวกแก่การตรวจสอบและค้นหาแปลงที่ดิน⁸⁷

ในปี ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) ได้ออกพระราชบัญญัติออกตราจองที่ดินชั่วคราว ร.ศ. 121 โดยการออกตราจองให้ในท้องที่ที่การออกโฉนดที่ดินยังไม่ถึง แต่ราษฎรเข้าทำประโยชน์ ได้หักรั้วทางพังก่อสร้างทำประโยชน์ในที่ดินแล้วก็จะมีการออกตราจองชั่วคราวให้ยึดถือไว้เป็นหลักฐานก่อน เพื่อป้องกันการทะเลาะวิวาทแย่งชิงที่ดินกัน ภายหลังได้ออกพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 โดยการเปลี่ยนชื่อจากพระราชบัญญัติออกตราจองที่ดินชั่วคราว ร.ศ. 121 ซึ่งบังคับใช้เฉพาะในพื้นที่มณฑลนครชัยศรี มณฑลกรุงเทพฯ และมณฑลปราจีนบุรี เป็นชื่อ พระราชบัญญัติออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 และให้ใช้ในมณฑลพิษณุโลก เพื่อออกโฉนดตราจองในพื้นที่ 4 จังหวัด ได้แก่จังหวัดอุตรดิตถ์ พิษณุโลก สุโขทัย ซึ่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเขตจังหวัดภายหลังจึงรวมถึงพื้นที่บางส่วนของจังหวัดนครสวรรค์ และในปี ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ได้ออกพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นการออกในรูปแบบพระราชบัญญัติเป็นครั้งแรก กฎหมายเดิมเป็นการออกในรูปแบบประกาศเท่านั้น โดยการรวบรวมประกาศต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมาไว้ในที่เดียวกันทั้งในเรื่องการออกตราจอง การออกหนังสือสำคัญต่าง ๆ เพื่อความสะดวกในการใช้และให้เหมาะสมกับสภาพในขณะนั้น สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งถือว่าเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับแรก ครอบคลุมเรื่องการชำระค่าเรื่องพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน วิธีการรังวัดออกโฉนดที่ดิน การจดทะเบียนที่ดิน โดยมุ่งเรื่องการจัดการเกี่ยวกับการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมากกว่าในเรื่องการจัดเก็บภาษีอากรเช่นสมัยก่อน⁸⁸

ต่อมาได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินดังกล่าวอีกหลายครั้งโดยออกพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับต่าง ๆ เพื่อปรับปรุงแก้ไขความในมาตราต่าง ๆ ให้ทันสมัย โดยฉบับแก้ไขที่สำคัญคือพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ.

⁸⁷ กรมที่ดิน 114 ปี, หน้า 10.

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-11.

2479 เนื่องจากได้มีหลักการเกี่ยวกับการจัดที่ดินให้แก่ประชาชน ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าจับจองที่ดินอันเป็นที่รกร้างว่างเปล่าของรัฐได้ ด้วยวิธีการไปยื่นคำขอต่อนายอำเภอเจ้าของท้องที่ และออกใบเหยียบย่ำ หรือออกตราจองให้ไว้เป็นหลักฐาน ต่อมากรมที่ดินได้ดำเนินการรวบรวมจัดหมวดหมู่กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และจัดทำประมวลกฎหมายที่ดินขึ้นโดยออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 โดยอาศัยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินและต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดินอีกหลายครั้งเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายสอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ความเป็นอยู่ของประชาชนและอื่น ๆ ในแต่ละสมัย⁸⁹

2.5.3 ความหมายของกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองตามกฎหมายไทย

ความหมายของกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองตามกฎหมายไทยมีรายละเอียดดังนี้

2.5.3.1 กรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ หมายถึง ความเป็นเจ้าของ ซึ่งบุคคลอาจเป็นเจ้าของที่ดินได้โดยการมีกรรมสิทธิ์โดยรัฐจะออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ให้สำหรับที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดตามประมวลกฎหมายที่ดินโดยที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์มีดังต่อไปนี้⁹⁰

1) โฉนดที่ดิน คือ หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งทางราชการออกให้แก่ประชาชนตั้งแต่มีการใช้บังคับประมวลกฎหมายที่ดิน⁹¹ (ตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 เป็นต้นมา) จนถึงปัจจุบัน

โฉนดที่ดินเป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งได้แสดงความเป็นเจ้าของที่ดิน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับตำแหน่งที่ตั้งที่ดิน ขอบเขต แผนผัง เนื้อที่ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินได้จึงต้องเป็นที่ดินที่มีระวางแผนที่ภาพถ่ายทางอากาศแล้วเท่านั้น จึงจะออกโฉนดที่ดินให้แก่ประชาชนได้

สำหรับแบบของโฉนดที่ดินที่ออกมาตั้งแต่มีการใช้บังคับกฎหมายที่ดินจนถึงปัจจุบันมีทั้งสิ้น 6 ชนิด ได้แก่⁹²

- (1) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4ก.
- (2) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4ข.
- (3) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4ค.
- (4) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-12.

⁹⁰ สิริโฉม พรหมโฉม, “สิทธิในที่ดิน,” สืบค้นจาก http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FC_Keditor/upload/Image/b/k117.pdf, หน้า 142.

⁹¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 1

⁹² กรมที่ดิน, “โฉนดที่ดิน,” สืบค้นจาก https://www.dol.go.th/landdoc/DocLib53/new_1.pdf

(5) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4ง

(6) โฉนดที่ดิน แบบ น.ส.4จ.

โฉนดที่ดินได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบเรื่อยมาสอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย สำหรับโฉนดที่ดิน 3 แบบแรกออกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2497)

โฉนดที่ดินแบบ น.ส.4ออกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510) โดยให้ยกเลิกโฉนดที่ดิน 3 แบบแรก และต่อมาทางราชการเห็นว่าโฉนดที่ดินแบบเดิมมีขนาดใหญ่ไม่สะดวกแก่การเก็บรักษาและไม่เป็นการประหยัดเพราะเปลืองกระดาษมาก เนื่องจากกระดาษที่ใช้ทำโฉนดที่ดินเป็นกระดาษรูปแบบพิเศษที่มีราคาสูง ทางราชการจึงได้เปลี่ยนแปลงโดยการออกแบบโฉนดที่ดินขึ้นอีก รูปแบบหนึ่งภายใต้กฎกระทรวง ฉบับที่ 17 พ.ศ. 2514 เรียกว่า น.ส.4ง. ซึ่งเป็นโฉนดที่ดินที่ดินขนาดเล็กมีแผ่นเดียว เป็นฉบับของเจ้าของที่ดิน ส่วนทางราชการจะถ่ายเอกสารดังกล่าวเก็บไว้ซึ่งใช้เวลาถ่ายเพียงเล็กน้อย จึงถือเป็นการประหยัดเวลาและกำลังเจ้าหน้าที่ได้เป็นจำนวนมาก ต่อมาได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529) และฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) กำหนดแบบของโฉนดที่ดินขึ้นใหม่เป็นแบบ น.ส.4 จ. โฉนดที่ดินแบบนี้กำหนดให้เจ้าพนักงานที่ดินแต่ผู้เดียวเป็นผู้ลงนามรับผิดชอบในการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ต้องให้ผู้ว่าราชการจังหวัดลงชื่อร่วมด้วยเหมือนแต่ก่อน กฎกระทรวง ฉบับที่ 34 ให้ยกเลิกโฉนดที่ดินแบบ น.ส.4และ น.ส.4ง. ด้วย

2) โฉนดแผนที่ เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินออกตาม พ.ร.บ. ออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งออกมาก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน เหตุที่เรียกโฉนดแผนที่เป็นเพราะโฉนดแผนที่เป็นการออกโฉนดที่ดินโดยมีแผนที่ด้วย ซึ่งแตกต่างจากโฉนดที่ดินแบบเดิมซึ่งไม่มีแผนที่ เช่น โฉนดสวน โฉนดป่า และวิธีการออกโฉนดแผนที่เหมือนกับการออกโฉนดที่ดินทุกประการ

3) โฉนดตราจอง เดิมคือ “ตราจองชั่วคราว” ซึ่งออกตาม พ.ร.บ. ออกตราจองชั่วคราว ร.ศ. 121 (ตรงกับ พ.ศ. 2445) ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น “โฉนดตราจอง” ตาม พ.ร.บ.ออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 (ตรงกับ พ.ศ. 2448) โฉนดตราจองดังกล่าวได้มีการออกเฉพาะในมณฑลพิษณุโลก (เขตการปกครองในสมัยนั้น) ซึ่งปัจจุบันได้แก่ จังหวัดพิษณุโลก จังหวัดสุโขทัย จังหวัดอุตรดิตถ์ จังหวัดพิจิตร และบางส่วนของจังหวัดนครสวรรค์ ปัจจุบันไม่มีการออกโฉนดประเภทนี้แล้วเพราะ พ.ร.บ. ออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 อาจมีการออกใหม่ก็เฉพาะออกเนื่องจากการแบ่งแยกโฉนดตราจองเดิม โดยปัจจุบันกรมที่ดินไม่ได้พิมพ์แบบพิมพ์โฉนดตราจองแล้ว จึงให้นำแบบพิมพ์โฉนดที่ดินมาใช้แทนแล้วประทับตราว่า “โฉนดตราจอง”

4) ตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว ออกตราพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ราชการอาจออกโฉนดลักษณะนี้ได้ทั่วไป ไม่จำกัดพื้นที่อย่างเช่น โฉนดตราจอง แต่เดิมได้มีการออกตราจองที่เป็นใบอนุญาต และเมื่อทำประโยชน์เสร็จแล้ว เจ้าพนักงานที่ดินจะออก

ตราจอง“ได้ทำประโยชน์แล้ว” ภายหลัง พ.ร.บ. ออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ถูกยกเลิก โดย พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497) อาจมีการออกใหม่ก็เฉพาะออกเนื่องจากการแบ่งแยก ตราจองฯ เดิม แต่ปัจจุบันกรมที่ดินไม่ได้พิมพ์แบบพิมพ์ตราจองฯ แล้ว จึงให้นำแบบพิมพ์โฉนดที่ดินมาใช้แทน แล้วประทับตราว่า “ตราจอง”

อย่างไรก็ตาม นอกจากโฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจอง ที่ ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ดังกล่าว ยังมีที่ดินที่อีก 2 ประเภทที่ถือว่าเป็นที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ เช่นเดียวกัน ได้แก่

(1) ที่ดินที่เป็น “ที่บ้านที่สวน” ตามบทที่ 42 แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ก่อนประมวลกฎหมายที่ดิน ก็ให้เจ้าของที่ดินที่บ้านที่สวนมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่ ก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าที่บ้านที่สวนนั้นจะมีโฉนดหรือไม่ก็ตาม

(2) ที่ดินซึ่งได้ปรากฏว่ามีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในสมัย สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ก็ถือว่าเป็นที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน

2.5.3.2 สิทธิครอบครอง

สิทธิครอบครอง หมายถึง สิทธิครอบครองในฐานะเป็นเจ้าของ โดยการทำให้ ประโยชน์ หรือการถือครอง แต่ไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์⁹³ โดยที่ดินที่ผู้ครอบครองมีสิทธิ ครอบครองมีดังต่อไปนี้

1) ที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือ น.ส.3 คือ หนังสือคำรับรองจาก พนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว⁹⁴ ที่ดินที่จะออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ จะต้องเป็นที่ดินที่ผู้มีสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้ว และเป็นที่ดินที่สามารถออก หนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ตามกฎหมาย โดยหนังสือรับรองการทำประโยชน์ออกได้ดังนี้

1.1) แบบ น.ส.3 เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกในท้องที่ที่ไม่มี ระวางรูปถ่ายทางอากาศ ซึ่งเป็นท้องที่นอกจากท้องที่ที่ออก น.ส.3ก. และ น.ส.3ข.

1.2) แบบ น.ส.3ก. เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกในท้องที่ที่มี ระวางรูปถ่ายทางอากาศ

1.3) แบบ น.ส.3ข. เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกในท้องที่ที่ไม่มี ระวางรูปถ่ายทางอากาศ ซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศยกเลิกอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการตามประมวล กฎหมายที่ดินของหัวหน้าเขต นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ

⁹³ สิริโฉม พรหมโฉม, “สิทธิในที่ดิน,” หน้า 145.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 1

2) ที่ดินที่มีใบไต่สวน หรือ น.ส.5 คือ หนังสือแสดงการสอบสวนเพื่อออกโฉนดที่ดิน และให้หมายความรวมถึงใบนำด้วย⁹⁵

เมื่อผู้ครอบครองที่ดินที่ประสงค์จะได้โฉนดที่ดิน ผู้ครอบครองมีหน้าที่จะต้องนำพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งแนวเขตให้ความสะดวกนำรังวัด และพนักงานเจ้าหน้าที่จะสอบสวนรายละเอียดเกี่ยวกับที่ดินแล้วจดยรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ในใบไต่สวน ก่อนที่จะประกาศแจกโฉนดที่ดิน เมื่อไม่มีผู้ใดคัดค้านก็จะนำรายละเอียดที่ได้สอบสวนไว้้นมาจดลงบนโฉนดที่ดินตามแบบฟอร์มแล้วแจกโฉนดที่ดินให้ไป ดังนั้นใบไต่สวนที่ออกให้สำหรับที่ดินที่ยังไม่เคยมีกรรมสิทธิ์มาก่อนดังกล่าว จึงเป็นเพียงเอกสารแสดงสิทธิครอบครองเท่านั้น ไม่ใช่เอกสารสำคัญเพื่อแสดงว่าผู้มีชื่อในใบไต่สวนเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

อนึ่ง ใบนำมีฐานะเหมือนใบไต่สวน บางสมัยทางราชการใช้ใบนำ บางสมัยใช้ใบไต่สวน ปัจจุบันนี้ทางราชการใช้ใบไต่สวน ทั้งใบนำและใบไต่สวนเป็นหนังสือสำคัญแสดงการสอบสวนเพื่อออกโฉนดที่ดิน ใบนำออกตามพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดินรัตนโกสินทรศก 127 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ดังนั้น มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 จึงได้บัญญัติขึ้นไว้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ใบนำ โดยให้มีฐานะเท่ากับใบไต่สวน⁹⁶

3) ที่ดินที่มีใบจอง หรือ น.ส.2 คือ หนังสือแสดงการยอมให้เข้าครอบครองที่ดินชั่วคราว⁹⁷ โดยการได้มาซึ่งใบจองนั้นเป็นการได้มาภายใต้หลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 30⁹⁸ และมาตรา 33⁹⁹ โดยใบจองนั้นถือเป็นหลักฐานแห่งสิทธิประเภทหนึ่ง ซึ่งภาครัฐอนุญาตออกให้กับราษฎรที่ได้เข้ายึดถือครอบครองที่ดินของรัฐเพื่อการอยู่อาศัยและทำกินและได้สิทธิในที่ดินเป็นของตนเองภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย

⁹⁵ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 1

⁹⁶ ผดุงศักดิ์ นรมิตผดุงการ, “คำอธิบายกฎหมายที่ดิน,” สืบค้นจาก [http://old-book.ru.ac.th/e-book//LW402\(51\)/LW402-3.pdf](http://old-book.ru.ac.th/e-book//LW402(51)/LW402-3.pdf), หน้า 73.

⁹⁷ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 1

⁹⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 30 “เมื่อได้จัดให้บุคคลเข้าครอบครองในที่ดินรายใดแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกใบจองให้ไว้เป็นหลักฐานก่อน และเมื่อปรากฏแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ว่าบุคคลที่ได้จัดให้เข้าครอบครองที่ดินได้ทำประโยชน์ในที่ดิน และทั้งได้ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดโดยครบถ้วนแล้ว ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้โดยเร็ว”

⁹⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 มาตรา 33 “ในเขตท้องที่ใดที่คณะกรรมการยังมิได้ประกาศเขตสำรวจที่ดินตามความในหมวดนี้ก็ดีหรือในกรณีที่ดินของที่ดินเป็นแปลงเล็กแปลงน้อยก็ดี ราษฎรจะขออนุญาตจับจองที่ดินได้โดยปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด และเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่อนุญาตแล้ว ก็ให้ออกใบจองให้ต่อไป”

4) ที่ดินที่มีใบเหยียบย่ำหรือตราจอง เป็นหนังสือขอจับจองที่ดินเพื่อเข้าทำประโยชน์ในที่ดินรกร้างว่างเปล่า¹⁰⁰ ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับใบอนุญาตให้จับจองที่ดินว่ามี 2 ชนิด คือ

4.1) ใบเหยียบย่ำ นายอำเภอเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตให้จับจอง ซึ่งมีระยะเวลาการทำประโยชน์ให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ได้รับใบเหยียบย่ำ

4.2) ตราจอง เจ้าพนักงานที่ดินเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตให้จับจอง ซึ่งมีระยะเวลาการทำประโยชน์ให้แล้วเสร็จภายใน 3 ปีนับแต่วันที่ได้รับใบจอง

5) ที่ดินที่มีหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค.3)¹⁰¹ หรือหนังสือแสดงการทำประโยชน์ในเขตนิคมสร้างตนเอง

6) ที่ดินที่มีแบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.1)¹⁰² โดย ส.ค.1 เป็นเพียงแบบแจ้งการครอบครองที่ดินเท่านั้น มิใช่หนังสือสำคัญแสดงสิทธิที่ทางราชการออกรับรองให้แต่อย่างใด (แต่ปัจจุบันไม่มีการแจ้ง ส.ค.1 อีกแล้ว) และ ส.ค.1 ไม่ใช่หนังสือแสดงสิทธิที่ดิน เพราะไม่ใช่หลักฐานที่ทางราชการออกให้เพียงแต่เป็นการแจ้งการครอบครองที่ดินของราษฎรเท่านั้น

2.6 ความเป็นมาเกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ในที่ดินภายใต้กฎหมายไทย

การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีขึ้นในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยพระองค์ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อการร่างกฎหมาย โดยได้มอบให้นักกฎหมายฝรั่งเศสเป็นผู้ร่างประมวลกฎหมาย ดังนั้นจึงได้รับอิทธิพลในเรื่องพื้นฐานของกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระราชดำริจัดระเบียบการร่างประมวลกฎหมายเสียใหม่ และโปรดเกล้าแต่งตั้งกรรมการชาวไทยร่วมตรวจชำระกฎหมาย และได้มีผู้ทรงคุณวุฒิทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ เช่น พระองค์เจ้าจรัญศักดิ์กฤดากร กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เจนส์ ไอเวอร์สัน เวสเตนการ์ด (Jens Iversen Westengard) ยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) เป็นต้น เข้าร่วมในการดังกล่าว และได้กำหนดโครงสร้างของประมวลกฎหมายตามแบบกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนีและญี่ปุ่น นอกจากนี้ยังได้มีการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับทางปฏิบัติของสังคมไทยมากที่สุด และในการตรวจชำระกฎหมายคณะกรรมการได้พิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 มาตรา 7 มาตรา 11 และ มาตรา 14

¹⁰¹ พระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 มาตรา 11

¹⁰² พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 5

ของประเทศต่าง ๆ เช่น กฎหมายแพ่งเยอรมนี กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์ และกฎหมายแพ่งอิตาลี เป็นต้น โดยมีการเปรียบเทียบ ตัดทอน และบัญญัติหลักเกณฑ์ในมาตราต่าง ๆ เมื่อแล้วเสร็จจึงยกร่างเป็นภาษาอังกฤษแล้วแปลเป็นภาษาไทยเพื่อนำเสนอต่อสภากรรมการองคมนตรีเพื่อพิจารณาในที่สุดและทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าให้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2475¹⁰³

ในเรื่องการครอบครองปรปักษ์นั้น หลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้ถูกบัญญัติขึ้นในลักษณะของการโอนของกรรมสิทธิ์ด้วยการเปลี่ยนการครอบครอง ซึ่งก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายในเรื่องนี้ คณะกรรมการได้มีการออกสำรวจตรวจสอบโดยรวมของที่ดินและความเป็นอยู่ และคำวินิจฉัยเกี่ยวกับระบบการถือครองที่ดิน ขอบเขตที่ดินของรัฐ โดยคณะกรรมการร่างกฎหมายได้พยายามร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับประเพณีดั้งเดิม¹⁰⁴

การถือครองที่ดินในประเทศไทยในระหว่างที่ได้มีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นปรากฏข้อเท็จจริงว่ายังมีที่รกร้างว่างเปล่าซึ่งประชาชนยังไม่ได้เข้าครอบครองอยู่เป็นจำนวนมาก และภายใต้กฎหมายที่ดินของประเทศไทย รัฐเป็นผู้ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ยังมิได้มีประชาชนเข้าครอบครองดังกล่าว และได้มีการนำเสนอข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับระบบการถือครองที่ดินของประชาชนและการถือครองที่ดินของรัฐ รวมถึงการครอบครองปรปักษ์ ดังนั้นคณะกรรมการจึงได้มีการบัญญัติเรื่องการครอบครองปรปักษ์ในลักษณะที่ให้สามารถเปลี่ยนแปลงจากการครอบครองไปเป็นกรรมสิทธิ์ได้ และให้รัฐมีอำนาจในการบริหารจัดการที่ดินที่ยังรกร้างว่างเปล่า¹⁰⁵

การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2462 นั้นได้ใช้คำว่า usucaption ลงไปอย่างตรงตัว อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ของการครอบครองปรปักษ์ของประเทศไทยนั้นได้นำองค์ประกอบบางประการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายโรมันมาใช้ นอกจากนี้ยังถือว่าได้บัญญัติเรื่องการครอบครองปรปักษ์สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในภาคพื้นยุโรป เช่น กฎหมายฝรั่งเศส เป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่ากฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์นั้นได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการครอบครองที่มุ่งต่อกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นโดยติดต่อกันและไม่ขาดช่วง แต่กฎหมายไทยในสมัยนั้นได้กำหนดเรื่องการครอบครองปรปักษ์ให้เป็นเรื่องการได้สิทธิหรือเสียสิทธิในการทำประโยชน์เหนือที่ดินเป็นสำคัญ และในปี พ.ศ. 2470 คณะกรรมการร่างกฎหมายจึงได้ตัดคำว่า

¹⁰³ สรุปความจาก พรรคดี ผกากรอง, “การจัดร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสยาม: พ.ศ. 2451-2476,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2537), หน้า 43-45.

¹⁰⁴ สรุปความจาก พิชาญ บุลยง, “การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 1 (2538): 112.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน.

usucaption ออก เหตุผลประการหนึ่งเป็นเพราะคณะกรรมการร่างกฎหมายชาวไทยเห็นว่า usucaption เป็นคำที่ประชาชนและศาลยากที่จะเข้าใจได้จึงเสนอให้ใช้คำว่า acquisitive prescription แทน และคำดังกล่าวมีความหมายตรงตัวกับการครอบครองแล้วได้กรรมสิทธิ์ และมีความหมายที่แคบกว่าคำว่า usucaption¹⁰⁶

ภายหลังปรากฏข้อเท็จจริงว่า ข้าราชการระดับสูงและศาลเห็นว่าผลของการครอบครองปรปักษ์อาจเป็นโทษมากกว่าเป็นประโยชน์เพราะใครก็ได้มาแย่งการครอบครองแล้วได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ และตามกฎหมายเดิมเป็นเรื่องการให้อยู่อาศัยหรือทำกินจนได้สิทธิตามกฎหมายบางประการ หรือเป็นเรื่องการที่รัฐจัดหาที่ดินให้ราษฎรเพื่อทำประโยชน์ โดยไม่มีลักษณะเป็นการอนุญาตให้ราษฎรแย่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ดังนั้นกรรมการชาวฝรั่งเศสเห็นแย้งว่าไม่ควรเกรงกันว่าจะเกิดปัญหาการที่บุคคลผู้ไม่สุจริตจะเข้าไปแย่งที่ดินบุคคลอื่นจนได้ไปซึ่งสิทธิในที่ดิน หากเกิดปัญหาดังกล่าว เจ้าของที่ดินสามารถฟ้องร้องขับไล่บุคคลผู้ไม่สุจริตดังกล่าวได้อยู่แล้ว ภายหลังกรรมการชาวฝรั่งเศสได้เสนอให้มีการนำหลักความสุจริตเข้ามาใช้ โดยแยกระหว่างจำนวนปีของการได้โดยอายุความของการครอบครอง เช่นเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยแยกระหว่างจำนวนปีของการครอบครองโดยสุจริตและโดยไม่สุจริต นอกจากนี้ได้มีคำริของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระสวัสดิ์วัฒนวิศิษฐ์ว่าการสมรู้ร่วมคิดโดยทุจริต (Bad faith) ถือเป็นการณ์ฉ้อฉล เป็นผลให้การครอบครองลักษณะดังกล่าวมาสมบูรณ์ นอกจากนี้ยังปรากฏว่า ในการร่างกฎหมายว่าด้วยการครอบครองปรปักษ์นั้น ต้องเป็นการครอบครองและส่งมอบทรัพย์สินโดยสุจริตซึ่งเกิดจากเจตนาบริสุทธิ์ของผู้รับทรัพย์สินจึงจะเกิดสิทธิขึ้นได้ ดังนั้นจึงต้องมีการทำระบบและรูปแบบของการลงทะเบียนให้ชัดเจน แต่ทางฝ่ายกรรมการชาวไทยทำอันกลับไม่เห็นด้วยในการวางองค์ประกอบคำว่า “สุจริต” ลงไปในประมวลกฎหมายมาตรานี้ แต่กลับให้บัญญัติว่า “สงบ เปิดเผย” ลงไปแทน¹⁰⁷

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการครอบครองปรปักษ์ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นถูกบัญญัติขึ้นอย่างมีรูปแบบเฉพาะอยู่บนพื้นฐานของบริบทของสังคมไทยในสมัยนั้น อาจสังเกตได้ว่าในปัจจุบันสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมาก การเดินทางสะดวกมากขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงถิ่นที่อยู่ได้ง่ายมากขึ้น รวมทั้งที่ดินถือเป็นปัจจัยสำคัญในฐานะที่เป็นต้นทุนทางสังคมและเศรษฐกิจที่สำคัญ

¹⁰⁶ สรุปลงมาจาก เจตนิพนธ์ จันทรานุกูล, “ปัญหาการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1383,” หน้า 45.

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-47.

2.7 หลักความค้ำคดีสิทธิ์แห่งคำพิพากษา (*res judicata*)

กระบวนการพิจารณาคดีเป็นกระบวนการยุติธรรมทางศาลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความยุติธรรม และนำมาซึ่งความสงบสุขให้เกิดขึ้นในสังคม ความยุติธรรมมิได้ขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายสารบัญญัติที่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคล แต่ยังขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอีกด้วย ที่มีเป็นส่วนช่วยให้สิทธิต่าง ๆ สามารถบังคับใช้หรือบรรลุผลเป็นรูปธรรม เพื่อให้เป็นหลักประกันในเรื่องความยุติธรรมของรัฐ อีกทั้งยังช่วยประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชนในสังคม กฎหมายจึงได้กำหนดระบบของศาล และประเภทของศาลออกเป็นลักษณะต่าง ๆ เช่น ระบบศาลยุติธรรมของประเทศไทย แบ่งศาลออกเป็นทั้งหมดสามชั้นด้วยกัน ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ผู้พิพากษาในศาลที่สูงกว่าย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้อง ดูแล และแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับคำตัดสินหรือคำสั่งของศาลในลำดับที่ต่ำกว่า¹⁰⁸ แนวคิดดังกล่าวถือเป็นแนวคิดที่สำคัญในเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของศาล เพราะการใช้อำนาจของศาลย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่ความในคดีทั้งสิ้น ในบางกรณีเมื่อศาลได้ตัดสินหรือมีคำสั่งที่ผิดพลาดย่อมส่งผลร้ายต่อคู่ความในคดี และไม่อาจสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้ ดังนั้นการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เพื่อให้ศาลสูงช่วยตรวจสอบจึงมีความสำคัญ และเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการทั้งหลายแล้ว คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นย่อมถึงที่สุดและมีผลผูกพัน

คู่ความในคดี กล่าวคือ ดังนั้นคู่ความจะฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ในประเด็นที่ศาลได้วินิจฉัยไปแล้วอีกไม่ได้ และยังผูกพันศาล กล่าวคือ ศาลไม่อาจแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถึงที่สุดแล้วเช่นกัน ซึ่งเราเรียกหลักที่ศาลและคู่กรณีต้องผูกพันกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดว่า หลักความค้ำคดีสิทธิ์แห่งคำพิพากษา (*res judicata*) หลักนี้เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความเกิดจากแนวความคิดว่า ข้อความในคำพิพากษาของศาลมีความค้ำคดีสิทธิ์ ซึ่งทุกคนต้องผูกพันและปฏิเสธไม่ได้ บางครั้งเรียกหลักนี้ว่า “หลักความเป็นที่สุดแห่งคำพิพากษา”¹⁰⁹

หลัก *res judicata* ถือเป็น “หลักกฎหมายปิดปาก (*estoppel*)” อันเป็นการห้ามไม่ให้นำคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีที่เป็นที่สิ้นสุดหรือมีข้อยุติไปแล้ว มาฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นใหม่อีก¹¹⁰ หลักนี้เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 12 โดยมีแนวความคิดที่ว่าคำพิพากษาของพระมหากษัตริย์ (King's Court) มีความค้ำคดีสิทธิ์และต้องยอมรับเป็นที่ยุติ ไม่สามารถพิสูจน์เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้นทุกคนต้อง

¹⁰⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 242.

¹⁰⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การลบล้างคำพิพากษาที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายและความ,” สืบค้นจาก http://www.enlightenedjurists.com/blog_print/41

¹¹⁰ Kevin M. Clermont, “Res Judicata as Requisite for Justice,” *Rutgers University Law Review*, 1 (2016): 1069.

ผูกพันปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ต่อมาหลักการนี้ได้ขยายไปถึงของศาลศาสนาและศาลอื่น ๆ ด้วย
 ความมีผลเด็ดขาดที่ได้เถียงไม่ได้ของคำพิพากษานี้ได้รับการยืนยันตลอดมาจนถึงปัจจุบัน¹¹¹

โดยหลักกฎหมายปิดปากที่ปรากฏอยู่ในประเทศคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ
 กฎหมายอังกฤษได้วางเงื่อนไขว่า ศาลจะนำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้ได้ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข
 ดังต่อไปนี้¹¹²

- 1) ต้องเป็นคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจ
- 2) คำพิพากษานั้นต้องเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว หากคดียังไม่เสร็จเด็ดขาด การไต่สวนเบื้องต้นจึง
 ยังไม่เป็นการปิดปากคู่ความได้ ในกรณีที่ปรากฏว่าคดีอยู่ระหว่างการอุทธรณ์หรือฎีกาอยู่ ก็อาจถือได้
 ว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว
- 3) คำพิพากษาดังกล่าวนั้น ต้องปรากฏว่าได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีแล้ว หากได้มีการ
 กำหนดคดีเพราะคู่ความฝ่ายหนึ่งขาดนัด ทั้งฟ้อง หรือปรากฏว่าคดีได้ยุติเพราะจำเลยได้นำเงินมา
 วางต่อศาล หรือยุติก่อนมีการนั่งพิจารณาของศาล ย่อมใช้หลักกฎหมายปิดปากนี้ไม่ได้
- 4) คำพิพากษาที่ได้ตัดสินไปแล้วนั้นต้องไม่เกิดจากการฉ้อฉล หรือสมรู้กันระหว่างคู่ความ
 นอกจากนี้กฎหมายของประเทศอังกฤษได้แบ่งคำพิพากษาออกเป็น 2 ประเภท คือ *judgement*
in rem กับ *judgement in personam* โดยมีรายละเอียดดังนี้¹¹³

1) *Judgement in rem* คือคำพิพากษาที่เป็นการกำหนดสิทธิหรือสถานะของบุคคลที่มีต่อบุคคล
 ทั่วไป ซึ่งทำให้เกิดผลขึ้นว่า *Judgement in rem* นี้ก่อให้เกิดเป็นกฎหมายปิดปากซึ่งสามารถอ้างต่อ
 บุคคลทุกคนได้ ไม่ใช่เฉพาะระหว่างคู่ความเท่านั้น และกรณีที่ถือว่าเป็น *Judgement in rem* ก็คือ คำ
 พิพากษาที่ให้บุคคลล้มละลาย คำพิพากษาให้หย่าขาดจากการสมรสหรือแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ
 หรือคำพิพากษาเรื่องผู้จัดการมรดก เป็นต้น เหตุผลที่จะอ้างเป็นกฎหมายปิดปากได้นั้น จะต้องเป็นคำชี้
 ขาดโดยตรงของศาลเท่านั้น ซึ่งจะทำให้มีผลผูกมัดคู่ความด้วยกัน หรือระหว่างคู่ความกับ
 บุคคลภายนอกและรวมทั้งระหว่างบุคคลภายนอกด้วยกัน

2) *Judgement in personam* หมายถึงกรณีอื่น ๆ ที่มีใช้ *Judgement in rem* และจะผูกมัดเฉพาะ
 คู่ความและผู้สืบสิทธิของคู่ความนั้น ๆ เท่านั้น ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก นอกจากนี้คู่ความและผู้สืบสิทธิ
 ของคู่ความนั้นจะถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธไม่เพียงแต่ในเรื่องที่ถูกกล่าว หรือตั้งขึ้นโดยคำพิพากษาหรือใน
 เรื่องที่ศาลได้ชี้ขาดเท่านั้น แต่ยังคงถูกปิดปากรวมไว้ รวมถึงเหตุผลที่คำพิพากษานั้นได้มีขึ้นด้วย

¹¹¹ กิตติพงษ์ จิตสว่าง โศภิต, “ผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีแพ่ง: กรณีศึกษาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
 ความแพ่ง มาตรา 145.” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 11.

¹¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 15

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

ในการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศอังกฤษ หลักกฎหมายปิดปาก (Issue estoppel) นี้ยังแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบดังนี้¹¹⁴

1) หลักกฎหมายปิดปากโดยเหตุแห่งการฟ้องร้องคดี เป็นกรณีที่เกิดจากคำตัดสินชี้ขาดของศาลที่ตั้งอยู่บนฐานของเหตุแห่งการฟ้องคดีทั้งหลายและเหตุแห่งการฟ้องร้องคดีเดียวกันนี้ได้นำไปใช้ในการที่จะพิจารณาว่าคำพิพากษาถึงที่สุดระหว่างคู่ความเดียวกันหรือผู้สืบสิทธิของคู่ความนั้น ๆ ฟังขึ้นหรือไม่ สำหรับการฟ้องร้องคดีในฐานเดียวกัน เพราะฉะนั้น หากคู่ความฝ่ายใดได้ฟ้องคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งโดยเหตุพิเศษและศาลได้มีคำพิพากษายืนตามนั้นแล้ว ก็ได้มีหลักว่าคู่ความฝ่ายที่ได้ฟ้องร้องนั้นไม่สามารถฟ้องคู่ความเดียวกันอีกโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน เช่น ในคดี Conquer V. Boot ซึ่งศาลได้พิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายให้โจทก์ก็เนื่องจากจำเลยเป็นฝ่ายผิด สัญญาการสร้างบ้านให้โจทก์ ฉะนั้นโจทก์ย่อมจะไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นในภายหลังอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากก็ได้มีหลักว่าคู่ความฝ่ายที่ได้ฟ้องร้องนั้นไม่สามารถฟ้องคู่ความเดียวกันอีกโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน เช่น ในคดี Conquer V. Boot ซึ่งศาลได้พิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายให้โจทก์ก็เนื่องจากจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาการสร้างบ้านให้โจทก์ ฉะนั้นโจทก์ย่อมจะไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นในภายหลังอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญานั้นจากจำเลยได้อีก

2) หลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี ในกรณีนี้ถือกันว่าเป็นการขยายขอบเขตในการใช้กฎหมายจากกรณีแรก ซึ่งได้กล่าวกันว่าในเหตุแห่งการฟ้องร้องแต่ละเหตุนั้นมี ประเด็นมากมายหลายประเด็น หลักในข้อนี้ก็เป็นส่วนย่อยหรือกิ่งก้านสาขา ของกฎหมายซึ่งได้พัฒนาขึ้นโดยศาล และมีคดีสำคัญได้แก่ คดี Mill V. Cooper ซึ่งศาลได้อธิบายไว้ว่าคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งไม่สามารถกระทำต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งในการกล่าวอ้างว่า ไม่ว่าจะ เป็นข้อเท็จจริงหรือผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงนั้น ๆ ในเรื่องความถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นสาระสำคัญในเหตุแห่งการฟ้องร้องคดีหรือใน ข้อต่อคู่คดี ถ้าหากข้อกล่าวอ้างเช่นเดียวกันนั้นเป็นสาระสำคัญอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องคดีก่อนหรือเป็นข้อต่อคู่คดีในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในคดีก่อนระหว่างคู่ความ และศาลเดียวกัน ซึ่งในคดีนั้นต้องมีเหตุแห่งการฟ้องร้องหรือมูลอันเป็นรากฐานแห่งสิทธิในการฟ้องร้องหรือข้อต่อคู่อย่างเดียวกัน ในส่วนนี้หากเทียบกับบทกฎหมายไทยจะตรงกับเรื่องการฟ้องซ้ำซึ่งในคดีก่อนกับคดีนี้เป็นกรณีที่มีประเด็นอย่างเดียวกันหรือสืบเนื่องกัน เช่น ฟ้องเรียกผิดสัญญาเช่าเรียกค่าเช่าที่ค้างชำระ และศาลพิพากษาให้ชำระค่าเช่าที่ค้างในคดีก่อนในคดีนี้กลับมาฟ้องเรื่องผิดสัญญาเช่าอีกแต่เรียกค่าเสียหาย จึงเป็นกรณีเข้าหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี

¹¹⁴ พงษ์อาจ ตริกิจวัฒน์กุล, “กฎหมายปิดปาก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 71-80.

อนึ่ง หลักความค้ำคดีสิทธิ์แห่งคำพิพากษา (res judicata) ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสมัยต่าง ๆ ของประเทศไทย เช่น ในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ในเรื่องการทูลเกล้าถวายฎีกาแก่พระมหากษัตริย์ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในสมัยสุโขทัยอนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงความค้ำคดีสิทธิ์ของคำพิพากษาโดยผ่านการทูลเกล้าถวายฎีกา ในสมัยกรุงศรีอยุธยา กฎหมายตราสามดวงแสดงให้เห็นว่าได้มีการนำเรื่องหลักความค้ำคดีสิทธิ์แห่งคำพิพากษามาใช้เช่นกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญาหลวง บทที่ 127 ได้กำหนดห้ามมิให้กล่าวอ้างคำพิพากษาที่ชอด้วยกฎหมายแล้วว่าคำพิพากษามิชอบ มิเช่นนั้นจะต้องได้รับโทษ นอกจากนี้กฎหมายลักษณะรับฟ้อง บทที่ 7 ได้กำหนดห้ามมิให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในเรื่องเดียวกันอีก หากฝ่าฝืนให้ปรับ และให้มีการพิจารณาพิพากษาเฉพาะแต่ในคดีแรกเท่านั้น และในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ โดยเฉพาะในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการบัญญัติหลักการในพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง รศ. 115 มาตรา 6 โดยบัญญัติว่า **“คดีอันใดซึ่งศาลหนึ่งศาลใด มีอำนาจอันสมควรได้พิจารณา แลพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วก็ดี ถ้าคู่ความได้ยินยอมกันระหว่างเปรียบเทียบแล้วก็ดี ผู้หนึ่งผู้ใดจะเอาคดีนั้นมารื้อร้องฟ้องขึ้นอีก ห้ามมิให้ศาลรับไว้พิจารณา เว้นแต่เป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมาย”** ดังนั้นคดีใดที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วถือว่าคดีเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว จะนำข้อพิพาทขึ้นมาฟ้องร้องเป็นคดีความกันอีกไม่ได้ และหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงได้รับการรับรองและถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยตลอดมาจนถึงปัจจุบัน¹¹⁵

¹¹⁵ ชาคริต ชันนาโพธิ์, “ผลผูกพันทางกฎหมายของเหตุผลในคำพิพากษาคดีแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 37.