



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน

ชื่อผู้แต่ง: สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์

การอ้างอิงที่แนะนำ: สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, “ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 50, ฉบับที่ 1, 1 (2564)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

**Baker
McKenzie.**



SAIJO DENKI

ร่วมกับ



บริษัท ซัยโจ เด็นกิ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

สมาคมนิติศาสตร์ มธ.



ผู้สนับสนุนร่วม



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครอง
ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*
The Concept of Possession in Property Law

สมเกียรติ วรปัญญาานันต์
รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
Somkiat Worapunyaanun
Associate Professor, Faculty of law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 30 กันยายน 2563; วันที่แก้ไขบทความ 11 มีนาคม 2564; วันที่ตอบรับบทความ 11 มีนาคม 2564

บทคัดย่อ

ครอบครองเป็นหนึ่งในข้อความคิดที่มีความสำคัญมากที่สุดในเรื่องกฎหมายทรัพย์สิน แต่เป็นการยากที่จะให้ความหมายแก่คำว่าครอบครอง ทั้งการยึดถือทางกายภาพและเจตนาล้วนเป็นสิ่งที่ต้องมีเพื่อให้เกิดมีการครอบครองขึ้น กรรมสิทธิ์เป็นข้อความคิดทางกฎหมายในขณะที่ครอบครองเป็นทั้งเรื่องในทางข้อเท็จจริงและเป็นข้อความคิดทางกฎหมายไปพร้อมกัน อัลเปียนกล่าวในมูลบทนิติศาสตร์ว่า “กรรมสิทธิ์ไม่มีสิ่งใดร่วมกับครอบครอง” (*nihil commune habet proprietas cum possessione*) กฎหมายโรมันรู้จักการใช้คำสั่งเกี่ยวกับการครอบครองเพื่อคุ้มครองการครอบครอง

บนพื้นฐานของการศึกษากฎหมายโรมันอย่างกว้างขวางและตามวิธีการทางทฤษฎี นักคิดชั้นนำชาวเยอรมันสองท่านได้พยายามให้ความหมายและจัดระบบข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองในศตวรรษที่ 19 ได้แก่ ฟรีดริค คาร์ล ฟอน ซาวิญญี่ และรู돌์ฟ ฟอน เฮยริง สำหรับนักคิดทั้งสองความท้าทายหลักคือการจัดปริมณฑลระหว่างการครอบครองกับการยึดถือ ด้วยทฤษฎีอัตวิสัยว่าด้วยการครอบครองของซาวิญญี่ เจตนาครอบครองดังเช่นเจ้าของเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นของครอบครอง

* บทความฉบับนี้ ผู้เขียนได้เรียบเรียงขึ้นด้วยการสรุปความจากรายงานการวิจัยเรื่อง “ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปี พ.ศ. 2563.



ในทางตรงกันข้าม เยียริงเสนอทฤษฎีภาวะวิสัยว่าด้วยครอบครองและโต้แย้งความจำเป็นที่ต้องมีเจตนาเป็นเจ้าของ (*animus domini*)

ในประเทศฝรั่งเศสก่อน ค.ศ. 1975 ด้วยประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้รับแรงบันดาลใจจากทฤษฎีอรรถวิสัยว่าด้วยครอบครองของชาวโรมัน ผู้ครอบครองด้วยมูลเหตุ *precario* ไม่อาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีการครอบครองต่อบุคคลที่ตนครอบครองแทนได้ ในประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ทฤษฎีภาวะวิสัยว่าด้วยครอบครองของเยียริง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่แยกความแตกต่างระหว่างการครอบครองโดยพฤตินัยกับการครอบครองโดยนิตินัย อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเพิ่มสองมาตราคือมาตรา 2282 และมาตรา 2283 เข้าในประมวลกฎหมายแพ่งใน ค.ศ. 1975 เพื่อให้การคุ้มครองการครอบครองแก่ผู้ครอบครองด้วยมูลเหตุ *precario* ในปัจจุบัน ในประเทศหลักที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ทั้งสองนี้จึงให้หลักเกณฑ์การคุ้มครองทางกฎหมายที่ประสานกลมกลืนกัน ในประเทศญี่ปุ่น เช่นเดียวกับในประเทศไทย บทบัญญัติที่ว่าด้วยครอบครองถือตามทฤษฎีภาวะวิสัยว่าด้วยครอบครอง

คำสำคัญ: การครอบครอง กฎหมายทรัพย์สิน การยึดถือ ทฤษฎีอรรถวิสัย ทฤษฎีภาวะวิสัย

Abstract

Possession is one of the most important concepts in property law. But it is very difficult to define the term of Possession. Not only *corpus* but also *animus* must be present to constitute Possession. Ownership is a legal concept whereas Possession is factual as well as legal concept. Ulpian, in the Digest said, "Ownership has nothing in common with Possession" (*nihil commune habet proprietas cum possessione*). Roman law knew possessory interdicts to protect Possession.

Based on an extensive and methodical study of Roman law, two leading German authors attempted to define and systematize the concept of Possession in the 19th century: Friedrich Carl von Savigny, and Rudolf von Ihering. For both, the principal challenge was to set the boundary between Possession and Detention. With Savigny's subjective theory of Possession, the intention to possess as an owner as a necessary element of Possession. On the other hand, Ihering proposed an objective theory of Possession and rejected the requirement of the *animus domini*.

In France, before 1975, with the Code civil inspired by Savigny's subjective theory of Possession, a precarious possessor could not be plaintiff in a possessory action brought against the person for whom he possessed. In Germany, with Ihering's objective theory of Possession, the BGB takes no difference between *de facto* Possession and Legal Possession. Therefore, in France two articles, arts. 2282, 2283, were added to the Civil Code in 1975 in order to accord possessory protection to

precarious possessors. Presently, these two majors civil law countries give the harmonized solution. In Japan, as well as in Thailand, the Possession dispositions follow the objective theory of Possession.

Keywords: Possession, Property Law, Detention, Subjective Theory, Objective Theory

1. ข้อความเบื้องต้น

ปัญหาเรื่องการครอบครองมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจในการศึกษาหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ครอบครองเป็นหนึ่งในข้อความคิดที่มีความสำคัญมากที่สุดในเรื่องกฎหมายทรัพย์สิน แต่เป็นการยากที่จะให้ความหมายแก่คำว่าครอบครอง ตัวอย่างเช่น ปัญหาว่าครอบครองเป็นสิทธิหรือเป็นข้อเท็จจริง ครอบครองเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ความสัมพันธ์ระหว่างการครอบครอง (Possession) และการยึดถือ (Detention) การครอบครองสิทธิอื่นมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างมีได้หรือไม่ ปัญหาการได้มาซึ่งการครอบครองโดยชอบและการได้มาซึ่งการครอบครองโดยไม่ชอบ การศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองจึงอาจมีส่วนช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายในประเด็นปัญหากฎหมายว่าด้วยการครอบครองต่อไปได้

ในการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ผู้เขียนได้แบ่งประเด็นของการศึกษาออกเป็นดังนี้

- การครอบครองตามหลักกฎหมายโรมัน
- การครอบครองและหลัก *saisine* ตามหลักกฎหมายยุคกลาง
- ทฤษฎีว่าด้วยการครอบครองในยุคสมัยใหม่
- แนวทางพัฒนาหลักการใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยการครอบครองในประเทศไทย

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาไว้ว่า เป็นการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการครอบครอง โดยเน้นการศึกษาหลักกฎหมายในระบบชีวิตลอร์ดมากกว่าในระบบคอมมอนลอว์ และคำนึงถึงหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาในยุคโรมัน ยุคกลาง และยุคสมัยใหม่ โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี เพื่อค้นหาหลักการใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยการครอบครองในประเทศไทย สำหรับวิธีวิจัยนั้น ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร

2. การครอบครองตามหลักกฎหมายโรมัน

ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยครอบครองในสมัยโรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นเสถียรภาพหรือความมั่นคงปลอดภัยในทรัพย์สิน คำศัพท์ละตินที่ว่า *possessio* มีรากศัพท์มาจากคำว่า *potis* ที่เป็นรากฐานของ *potestas* หรืออำนาจ ประกอบกับคำศัพท์ละตินอีกคำหนึ่งว่า *sedere* แปลว่าตั้งมั่นสถิตอยู่ แสดงออกถึงสถานการณ์ที่เสถียร หากในกฎหมายสมัยใหม่มีการพิจารณาเรื่องครอบครองในลักษณะที่เป็นสถานะของข้อเท็จจริงที่เป็นการกำหนดรูปแบบของสถานะของสิทธิหรือกล่าวให้ชัดก็คือในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิ และมีผลคือครอบครองมีลักษณะสอดคล้องกับสิทธิอื่นนอกเหนือไปจากกรรมสิทธิ์ ต้องทำความเข้าใจกันเสียก่อนว่า นักกฎหมายโรมันมิได้คิดเช่นนั้น ในสมัยโรมัน ครอบครองมิใช่สิ่งที่เชื่อมโยงสัมพันธ์โดยตรงกับสิทธิ หากแต่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยง

กับตัวทรัพย์สินของเสียมากกว่า เป็นไปในลักษณะที่เป็นอำนาจทางข้อเท็จจริงโดยสมบูรณ์เหนือทรัพย์สิน¹

องค์ประกอบของครอบครองมีอยู่ 2 ส่วนคือ *corpus* หมายถึงอำนาจทางกายภาพเหนือทรัพย์สิน พร้อมด้วย *animus* หมายถึงเจตนาที่จะรักษาไว้ซึ่ง *corpus* เช่นนั้น โดยมีลักษณะเป็นเจตนาให้มืออยู่อย่างคงทนถาวรพอสมควรและมีผลเฉพาะตัว

รากฐานของการคุ้มครองการครอบครองเป็นไปตามสภาวะทางข้อเท็จจริงโดยไม่จำเป็นต้องผสมเข้ากับสภาวะแห่งสิทธิตามกฎหมายแต่อย่างใด การคุ้มครองการครอบครองมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสภาวะในทางข้อเท็จจริงในลักษณะเช่นนั้นย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว เป็นการคุ้มครองอย่างน้อยเป็นการชั่วคราวและอาจโต้แย้งกับสภาวะแห่งสิทธิได้ นอกจากนี้ ยังมีการคุ้มครองการครอบครองที่ยึดลงตามความเป็นจริงแล้วได้อีกด้วยในกรณีแย่งการครอบครอง ดังนั้น สิ่งสำคัญที่ควรทำความเข้าใจไว้ที่นี่ด้วยก็คือ ก่อนที่นักนิติศาสตร์ในสมัยโรมันจะนำเสนอข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองออกมาได้อย่างเป็นกิจลักษณะ ต้องมีการแก้ไขปัญหาการตัดสินใจเพื่อให้มีการคุ้มครองการครอบครองได้ในทางปฏิบัติเสียก่อนเป็นลำดับแรกโดยมีการสร้างระบบคุ้มครองการครอบครองขึ้นในทางกฎหมายภายใต้รูปแบบของคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์²

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจวิธีการแก้ไขปัญหาลักษณะนี้ สมควรอธิบายเพิ่มเติมในที่นี้ด้วยว่า ในยุคโรมัน ไพรทอร์เป็นผู้นำฝ่ายตุลาการที่ได้รับเลือกจากประชาชนตามระบบโรมันในสมัยนั้น และมีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งยังมีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายไปทำหน้าที่ตัดสินคดีให้แก่คู่ความตามแนวทางที่ไพรทอร์กำหนด นอกจากนี้ หากมีผู้ไปยื่นคำร้องต่อไพรทอร์โดยตรง ไพรทอร์มีอำนาจไต่สวนและมีคำสั่งชี้ขาดคดีได้ทันทีโดยไม่ต้องส่งสำนวนคดีไปให้ศาลยุติธรรมพิจารณาอีกต่อหนึ่งแต่อย่างใด คำสั่งชี้ขาดคดีนี้มีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติหรือละเว้นไม่ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งได้³

ตามแนวคิดดั้งเดิมในสมัยโรมัน ครอบครองเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาแยกต่างหากออกจากประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น ตามมูลบทนิติศาสตร์ (*Institutes*) ของประมวลกฎหมายจუსติเนียนซึ่งเผยแพร่เมื่อ ค.ศ. 529 อันเป็นประมวลตำรานิติศาสตร์ที่ใช้สอนในโรงเรียนกฎหมายสมัยโรมัน ในบรรพ 2 ว่าด้วยทรัพย์สิน ลักษณะ 1 การแบ่งประเภทของทรัพย์สินและวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ มูลบทที่ 41 (*Institutes*, 2, 1, 41) ความว่า ในเรื่องทรัพย์สินที่ซื้อขายและส่งมอบแก่ผู้ซื้อ

¹ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *Histoire du Droit Civil*, (Paris: Dalloz, 2002), No. 347, p. 493.

² Edouard Cuq, "Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire", *L'Histoire antique des pays et des hommes de la Méditerranée*, accessed 1 September 2020, from http://www.mediterranee-antique.fr/Auteurs/Fichiers/ABC/Cuq/Possession/Possession.htm#_ednref8.

³ Ferdinand Mackeldey, "Manuel de droit romain: contenant la théorie des institutes, précédée d'une introduction à l'étude du droit romain," <https://books.google.co.th>, accessed 1 September 2020, from https://books.google.co.th/books?id=4JEPAAAAQAAJ&pg=PA147&lpg=PA147&dq=interdits+preteur+romain&source=bl&ots=idxJLUY74c&sig=ACfU3U0vSNSd_cWL3-i1qWXMsrh2EZik7g&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi756nK0cTpAhWFT30KHbaHADQ6AEwA3oECAQQAQ#v=onepage&q=interdits%20preteur%20romain&f=false p. 147.



ผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นจะได้กรรมสิทธิ์ก็ต่อเมื่อได้ชำระราคาแก่ผู้ขายหรือทำให้เป็นที่พอใจแก่บุคคลดังกล่าวโดยวิธีอื่น เช่น ให้หลักประกัน หลักการนี้ปรากฏตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นไปตามกฎหมายประเพณีของชนชาติต่าง ๆ (*ius gentium*) กล่าวคือกฎหมายธรรมชาติด้วย แต่ถ้าผู้ขายมีความไว้นใจเชื่อใจผู้ซื้อโดยยอมรับค้ำประกันว่าจะชำระราคาของผู้ซื้อก็ต้องวินิจฉัยว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปยังผู้ซื้อในทันที⁴ จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสิบสองโต๊ะ แม้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายแล้ว กรรมสิทธิ์ยังคงอยู่กับผู้ขาย ผู้ซื้อซึ่งได้สิ่งของไว้เต็มมือแล้วได้ไปแต่เพียงการครอบครองเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในสมัยโรมันในช่วงต้น แม้จะมีการยอมรับการครอบครองแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์ แต่ยังมีปัญหาสภาพบังคับของการครอบครองว่าจะมีผลในการคุ้มครองอย่างไรตามกฎหมายตามมาและยังไม่ปรากฏแนวคิดที่ชัดเจนเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยครอบครอง

ด้วยเหตุผลในทางเศรษฐกิจและสังคมคือจากการที่อาณาจักรโรมันพิชิตดินแดนได้มากมาย มหาศาลที่ดินที่เป็นทรัพย์สินมหานี้มีการนำออกให้สัมปทานหรือมอบให้แก่เอกชนเข้าใช้ประโยชน์ โดยที่เอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์ จากนั้นด้วยเทคนิคใหม่ๆ ในทางกฎหมาย ไพรทอร์ได้มีคำสั่งชี้ขาดคดีเพื่อคุ้มครองการครอบครองขึ้นมา และด้วยผลงานการปรุงแต่งหลักกฎหมายของนักนิติศาสตร์โรมัน มีการอธิบายขยายความให้ไพรทอร์พิจารณาด้วยว่าข้อความคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายโดยแท้ ในขณะที่การครอบครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสถานะในทางข้อเท็จจริงโดยแท้และสามารถเข้าถึงส่วนของปัจเจกชนได้ดีกว่า⁵

จากนั้น ได้เกิดพัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยครอบครองขึ้นอีกในช่วงระหว่าง ค.ศ. 284 – 565 ซึ่งชาร์ลส์ เลอ โบ (Charles Le Beau) นักประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสเรียกว่า “จักรวรรดิต่ำ” (Bas-Empire) เป็นการกำหนดตามช่วงเวลา ก่อนหลังในทางประวัติศาสตร์ของอาณาจักรโรมัน โดยให้หมายถึง “จักรวรรดิโรมันในช่วงหลัง”⁶ ด้วยอิทธิพลของกฎหมายประเพณีของอนารยชนซึ่งเป็นชนชาติต่าง ๆ ที่ถูกปกครองโดยอาณาจักรโรมันและได้รับการยอมรับให้ได้สิทธิเป็นพลเมืองโรมัน ในช่วงท้ายของจักรวรรดิโรมันได้นำไปสู่การยกเลิกแบบพิธีอันเคร่งครัดในการโอนที่ดินหรือทรัพย์สินที่มีความสำคัญเป็นพิเศษตามหลักกฎหมายโรมันในช่วงจักรวรรดิโรมันตอนต้นและหันมาใช้แบบพิธีการส่งมอบการครอบครอง (*traditio*) แต่เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น โดยให้ยกเลิกแบบพิธีอันเคร่งครัดในการโอนอย่าง *mancipatio* และ *in jure cessio* ไปเสีย⁷ เป็นเหตุให้การแยกความแตกต่างระหว่าง

⁴ Henri Hulot, “Les Institutes de l’Empereur Justinien”, <https://books.google.co.th>, accessed 1 September 2020, from https://books.google.co.th/books?id=ou7JcGY6w_cC&printsec=frontcover&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. pp. 61-62.

⁵ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, No. 348, pp. 496 - 497.

⁶ Charles Le Beau and Hubert-Pascal Ameilhon, *Histoire du Bas-Empire* (29 vol.), (Paris, 1757), in-12. อ้างโดย Roger Remondon, *La crise de l’Empire romain*, coll. “Nouvelle Clio – L’histoire et ses problèmes”, 2nd edition (Paris, PUF, 1970), p. 250.

⁷ ในยุคทองของอาณาจักรโรมัน (ช่วงจักรวรรดิสูง) กฎหมายโรมันแบ่งที่ดินออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ *res mancipi* หมายถึงทรัพย์สินที่สำคัญเป็นพิเศษ เช่นกรรมที่ดินในดินแดนอิตาลี กับ *res nec mancipi* หมายถึงทรัพย์สินที่ไม่มีความสำคัญเป็นพิเศษเช่นกรรมที่ดินนอกดินแดนอิตาลี ต่อมาในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน มีการออกกฎหมายใน *corpus juris civilis* . ให้ยกเลิกการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง *res mancipi* กับ *res nec mancipi* อย่างเป็นทางการ

กรรมสิทธิ์และครอบครองที่เคยมีอยู่อย่างเด่นชัดในช่วงจักรวรรดิโรมันตอนต้นกลายเป็นการแบ่งแยกที่ไม่ชัดเจนเนื่องจากครอบครองได้กลายเป็นเครื่องกำหนดการได้มาซึ่งทรัพย์สินสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ทรัพย์สินทั้งหลายเหนืออสังหาริมทรัพย์ไปเสียแล้ว Ernst Levy ศาสตราจารย์ชาวเยอรมันผู้เชี่ยวชาญวิชากฎหมายโรมันเสนอว่าตามหลักกฎหมายประเพณีของอนารยชนซึ่งเป็นชนชาติต่าง ๆ ที่ถูกปกครองโดยอาณาจักรโรมันและได้รับการยอมรับให้ได้สิทธิเป็นพลเมืองโรมันในช่วงท้ายของจักรวรรดิโรมันนี้ ครอบครองมิได้มีความหมายเหมือนเดิมอีกแล้ว คำว่าครอบครองใช้เพื่อหมายถึงกรรมสิทธิ์หรือสิทธิเก็บกิน ผู้ครอบครองหมายถึงผู้ทรงกรรมสิทธิ์หรือผู้ทรงสิทธิเก็บกิน⁸ ทรัพย์สินแต่ละอย่างทีกล่าวมานี้ปรากฏตัวเสมือนหนึ่งเป็นสาขาย่อยของครอบครอง แม้ว่าบทวิเคราะห์ดังกล่าวของศาสตราจารย์ Ernst Levy จะดูเกินเลยไปบ้าง เนื่องจากได้พยายามเน้นอิทธิพลของหลักกฎหมายอนารยชนในยุคโรมันเป็นสำคัญ ในขณะที่มีปรากฏในบทคัดย่อ (digesta) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายจตุตถนิย (corpus juris civilis) เช่นกัน ว่า “*nihil commune habet proprietatis cum possessione*”⁹ แปลว่า “กรรมสิทธิ์ไม่มีลักษณะใดร่วมกับครอบครอง” โดยมีข้อสังเกตว่าในการเลือกใช้ถ้อยคำในทางกฎหมายต่าง ๆ ในช่วงจักรวรรดิต่ำมุ่งหมายให้มีความหมายกว้างขวาง จึงหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงและหันไปใช้ถ้อยคำอื่นที่ถ่ายทอดแนวคิดในเชิงเปรียบเทียบหรือแม้แต่การใช้ถ้อยคำอันเป็นสัญลักษณ์แทน และคำที่มีความหมายในเชิงสัญลักษณ์นั้นก็คือคำว่าครอบครองนั่นเอง เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำเฉพาะเจาะจงลงไปในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแจกแจงลงไปในรายละเอียดว่าจะต้องมีความหมายครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินประเภทใดบ้างทั้งที่เป็นกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินที่จำกัดครอบครองกรรมสิทธิ์ ค่างกลาง ๆ ที่ใช้สื่อความหมายโดยรวมและโดยทั่วไปของทรัพย์สินเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น นั่นคือคำว่า *possessio* ซึ่งมีใช่เป็นเพียงการนำถ้อยคำสามัญของคนทั่วไปมาเอิมใช้เท่านั้น หากแต่เป็นการก่อตั้งระบบกฎหมายที่ดินใหม่ในยุคนั้น รวมทั้งระบบเศรษฐกิจในช่วงเวลานั้นอีกด้วย

ตามกฎหมายประเพณีดั้งเดิมของชาวโรมันซึ่งมีมาก่อนกฎหมาย 12 โต๊ะ เสียอีก สำหรับ *res Mancipi* ต้องโอนตามแบบพิธี *Mancipatio* หรือ *in jure cessio* เท่านั้น ส่วน *res nec Mancipi* ต้องโอนโดย *traditio* (การส่งมอบการครอบครอง) *Mancipatio* ในภาษาละติน มาจากคำว่า *manus* และ คำว่า *capere* โดย *manus* แปลว่า “มือ” และคำว่า *capere* แปลว่า “เข้ายึดถือ” เป็นเรื่องสัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธีด้วยวาจาประกอบพิธีเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในการซื้อขายทรัพย์สินที่สำคัญบางอย่างตามกฎหมายโรมันที่เรียกว่า *res Mancipi* เช่น ที่ดินในดินแดนอิตาลี สิทธิเหนือที่ดินดังกล่าว ม้า ปราสาท ทาส เป็นต้น หรือกรณีการร่างพินัยกรรม การปลดปล่อยบุตรซึ่งมีสถานะทาสในเงื้อมมือของหัวหน้าครอบครัวให้เป็นอิสระ หรือการรับบุตรบุญธรรม

ตามหลักกฎหมายโรมัน (Gaius I.119,121) *Mancipatio* เป็นแบบพิธีในการโอนทรัพย์สินที่มุ่งให้มีการโอนเปลี่ยนมือที่ตัวทรัพย์สินโดยตรงภายใต้การรับรองของสาธารณะ (public) และตามแบบพิธีที่กำหนด อย่างน้อยต้องมีพยาน 5 คนซึ่งต้องเป็นพลเมืองโรมันทั้งหมด และมีพลเมืองโรมันในฐานะคนกลางอีก 1 คนถือดาซังและอุปกรณ์ในการโอน ผู้ซื้อต้องกล่าวประโยคสูตรเอาเหรียญเคตาซังแล้วส่งให้ผู้ขายเป็นสัญลักษณ์แทนราคา ถ้าในบ้านผู้ขายมีเด็ก จะพามาดูแล้วตีทุบแรง ๆ ให้จำว่าขายไปแล้ว

in jure cessio แปลว่า การโอนในศาล หมายถึง เป็นการให้ศาลไต่สวนและรับรองการโอนให้โดยใช้รูปแบบของการทำคำพิพากษา โดยองค์กรศาลโดยตรง.

⁸ Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, (Philadelphia: American Philosophical Society, 1951), pp. 22 – 23 and 64 – 66.

⁹ Ulpian, D. 41.2.12.1



เหตุผลในทางประวัติศาสตร์ที่อาจนำมาช่วยในการอธิบายปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้คือ ในช่วงจักรวรรดิโรมัน มีการละทิ้งที่ดินจำนวนมากเนื่องจากเจ้าของเดิมไม่ยอมเสียภาษี หลบเลี่ยงภาระการเข้าเป็นกำลังพลในกองทัพ ในช่วงศตวรรษที่ 4 มีหมู่บ้านร้างมากมาย เกษตรกรหลบหนี ที่ดินรกร้างว่างเปล่าส่วนใหญ่เป็นของจักรพรรดิโรมัน ผู้ปกครองแคว้น วุฒิสมาชิก และศาสนจักร ผู้ปกครองเหล่านี้มอบที่ดินให้ปัจเจกชนไปครอบครองและทำประโยชน์โดยให้มีทรัพย์สินสิทธิต่าง ๆ ได้หลายประเภทตามความประสงค์ของคูร์ณี เช่น ให้เช่าระยะยาวในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน (emphyteusis) โดยมีหน้าที่ต้องเพิ่มคุณค่าให้แก่ที่ดินว่างเปล่าจำนวนมากเหล่านี้โดยการเข้าทำประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการปลูกสร้างอาคารหรือทำการเกษตร สิทธิเก็บกิน ภารติดินพัน ในอสังหาริมทรัพย์ โดยการเข้าทำประโยชน์ในนิคมที่ตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของจักรวรรดิ ซึ่งมีความต้องการแรงงานด้านต่าง ๆ เช่น คนทำขนมปัง ช่างตีเหล็ก คนเก็บภาษี เป็นต้น¹⁰ ผลที่ตามมาคือ มีทรัพย์สินอื่นนอกจากกรรมสิทธิ์ปรากฏตัวอยู่โดยทั่วไปในดินแดนของจักรวรรดิ

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาประเด็นเรื่องครอบครองโดยแท้ตามหลักกฎหมายโรมัน เป็นการเฉพาะ สมควรแยกพิจารณาในประเด็นการเปรียบกับข้อความคิดที่แตกต่างออกไปในเรื่องการยึดถือ (Detention) จากนั้นศึกษาในประเด็นต่อมาว่าครอบครองได้มาและสิ้นสุดลงอย่างไร ผลของการครอบครองและบทคุ้มครองการครอบครอง และปัญหาการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่าง

2.1 การครอบครอง (Possession) และการยึดถือ (Detention)

ผลทางกฎหมายของการครอบครองกับการยึดถือเป็นตรงกันข้าม ในเรื่องครอบครอง ผู้ครอบครองย่อมได้รับความคุ้มครองจากคำสั่งคุ้มครองการครอบครองของไพรทอร์ นอกจากนี้ยังอาจนำไปสู่การครอบครองปรปักษ์ได้อีกด้วย ตรงกันข้าม ภายใต้สถานการณ์การยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นนั้นมีลักษณะเป็นเพียงสถานการณ์เท่านั้น แม้จะมีการยึดถือทรัพย์สิน พร้อมด้วยเจตนาที่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขจำกัดบางประการ จะไม่ได้รับประโยชน์จากบทคุ้มครองในเรื่องครอบครองด้วยแต่ประการใด

ตามหลักกฎหมายโรมัน ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจะมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ใดระหว่าง การครอบครองกับการยึดถือ และผู้ครอบครองกับผู้ยึดถือจะได้รับความคุ้มครองอย่างไรในทางกฎหมายหรือไม่ประการใด ย่อมผันแปรไปตามลักษณะของประเภทคดีต่าง ๆ ที่เสนอต่อศาล

ผู้ครอบครองหมายถึงผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ กลุ่มแรกที่ได้รับคุ้มครองคือ เจ้าของทรัพย์สินนั่นเองที่เลือกใช้แต่เพียงหลักการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองการครอบครอง โดยเป็นการสะดวกและรวดเร็วในการเสนอคดีต่อศาลมากกว่าการฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินโดยกล่าวอ้างหลักกรรมสิทธิ์และมีภาระการพิสูจน์ที่ยุ้งยากมากกว่าหากจะต้องกล่าวอ้างเรื่องกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้น กลุ่มที่สองที่ตามมาคือผู้ครอบครองโดยสุจริต หมายถึงผู้ครอบครองที่ไม่ใช่เจ้าของแต่เชื่อว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยทั่วไปเป็นกรณีรับโอนทรัพย์สินจากผู้ที่มีใจเจ้าของ กลุ่มที่สามคือผู้ครอบครองโดยไม่สุจริต หมายถึงผู้ครอบครองที่ไม่ใช่เจ้าของและทราบดีว่าตนมิได้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน แต่ทำตัว

¹⁰ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, No. 253, pp. 333 – 334 and No. 348, p. 497.

เสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สิน กลุ่มที่สี่ ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามคำสั่งชี้ขาดคดีของพรทออย่างน้อย มีผลเป็นการชั่วคราวเพื่อมิให้เกิดสถานการณ์การใช้กำลังบังคับการไปโดยลำพังตนเองโดยพลการ และอาจต้องคืนทรัพย์สินแก่เจ้าของไปหากเจ้าของฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินโดยอ้างหลักกรรมสิทธิ์ในภายหลัง หรือบางครั้งศาลในคดีอาญาตัดสินให้รับผิดชอบในความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่นในความผิดฐานลักทรัพย์

ข้อดีของหลักการคุ้มครองการครอบครองตามกฎหมายโรมันคือ ในเมื่อเจ้าของฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินโดยอ้างหลักกรรมสิทธิ์ในภายหลัง ผู้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริงในขณะนั้น และได้รับการคุ้มครองเป็นการชั่วคราวตามหลักครอบครองย่อมตกอยู่ในฐานะเป็นจำเลยในคดีที่ผู้ที่ยังอ้างว่าเป็นเจ้าของที่แท้จริงฟ้องเรียกคืนทรัพย์สิน ดังนั้น จึงได้รับประโยชน์แห่งข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเบื้องต้นว่ามีสิทธิครอบครองนั้นอยู่ หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์โดยนำสืบพยานหลักฐานมาหักล้างข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นได้ว่าตนเป็นเจ้าของที่แท้จริงแล้ว โจทก์ย่อมแพ้คดี

ประเภทของการครอบครองในสมัยโรมันอาจมีได้หลายกรณี¹¹ ผู้ครอบครองเหล่านี้ทราบดีว่าตนมิใช่เจ้าของทรัพย์สิน แต่บุคคลเหล่านี้ก็ยังคงได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นผู้ครอบครอง

ผู้ครอบครองประเภทแรกคือเจ้าหน้าที่ผู้ได้ทรัพย์สินไว้เป็นประกันในฐานะจำนำ ประเภทต่อมาคือผู้ครอบครองซึ่งได้รับมอบหมายให้บุคคลภายนอกครอบครองทรัพย์สินไว้ชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีพิพาทด้วยกรรมสิทธิ์และศาลยังไม่ได้ตัดสินว่าทรัพย์สินเป็นของคู่ความฝ่ายใด วิธีการคุ้มครองเช่นนี้เป็นมาตรฐานชั่วคราวเพื่อป้องกันมิให้ทรัพย์สินซึ่งอยู่ในครอบครองของคู่ความที่มีประเด็นพิพาทรอให้ศาลตัดสินจะทำให้ทรัพย์สินสูญหายไปเสียก่อน ผู้ครอบครองอีกประเภทหนึ่งคือ ผู้เช่าระยะยาวในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ (*emphyteusis*) ตามกฎหมายโรมันโดยมีหน้าที่ต้องเพิ่มคุณค่าให้แก่ที่ดินว่างเปล่าของเจ้าของที่ดินโดยการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินนั้น นอกจากนี้ ยังมีกรณีผู้ครอบครองที่ดินโดยการเช่าที่มีได้ในช่วงยุคสมัยซีเซโรที่เรียกว่า *ager vectigalis* หรือ *agri¹² censorii* มีลักษณะเป็นการเช่าโดยมีกำหนดเวลา 5 ปีจากหน่วยงานซึ่งถืออำนาจสาธารณะอย่าง *municipium* (เทศบาล) หรือ *colonia* (อาณานิคม) สาเหตุที่เรียกว่า *ager vectigalis* เพราะเป็นที่ดินที่มอบให้ครอบครองทำประโยชน์ แลกเปลี่ยนกับค่าเช่าที่เรียกว่า *vectigal* ส่วนที่ได้ชื่อหนึ่งว่า *agri censorii* เพราะเป็นที่ดินที่มอบให้แก่ผู้เช่าประเภทที่เรียกว่า *censor* ซึ่งได้จ่ายค่าเช่าที่เรียกกันในสมัยนั้นว่า *cens* แนวคิดเรื่อง *ager vectigalis* นี้ ได้พัฒนามาเป็น *emphyteusis* ในเวลาต่อมา ตามแนวคิดทั้งสองประการที่สืบทอดกันมานี้ ผู้ครอบครองมีสิทธินำทรัพย์สินออกให้ผู้อื่นเช่าช่วงต่อไปอีกทอดหนึ่งได้ด้วย เพราะเน้นความสำคัญที่การมอบหมายตัวทรัพย์สินให้ครอบครองและมีหน้าที่ไปทำประโยชน์เพิ่มมูลค่าให้ตัวทรัพย์สิน อันเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่า ไม่ใช่เรื่องตัวหนี้เป็นสำคัญ

ในสมัยโรมัน ยังมีอีกกรณีหนึ่งว่าด้วยผู้ครอบครองด้วยมูลเหตุที่เรียกว่า *precario* ซึ่งเกิดจากข้อตกลงระหว่างบุคคลผู้มีสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่ไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายหนึ่งไปร้องขอด้วยความนอบน้อมให้ฝ่ายผู้มีอำนาจเหนือกว่าทำการส่งมอบทรัพย์สินให้ครอบครองเป็นการชั่วคราว ฝ่ายผู้มีอำนาจ

¹¹ เติ้งฮ้าง, No. 242, pp. 318 – 319 and No. 349, p. 498.

¹² *ager* หรือ *agri* แปลว่า ที่ดิน.



แสดงเจตนาตกลงยินยอมด้วยแต่สงวนสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินนั้นและมีหน้าที่ส่งคืนทรัพย์สินโดยมีผลในทันทีที่บอกกล่าวตามอำเภอใจฝ่ายเดียวของผู้มีอำนาจ¹³ ผู้ครอบครองประเภทนี้มีสิทธิใช้สอยและได้ดอกผลได้จนถึงเวลาเรียกคืนทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน และได้รับความคุ้มครองโดยการกล่าวอ้างความคุ้มครองตามคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ที่คุ้มครองการครอบครองในฐานะเป็นผู้ครอบครองอันมีผลใช้ยันต่อบุคคลภายนอกได้ แต่ไม่อาจกล่าวอ้างคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ดังกล่าวขึ้นยันต่อเจ้าของทรัพย์สินผู้ส่งมอบการครอบครองให้แก่ตนโดยผลของการร้องขอข้างต้นได้¹⁴ นอกจากนี้เจ้าของทรัพย์สินยังมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้ตามคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ที่คุ้มครองกรณี *precario* ได้อีกด้วย

ในบางแง่มุม ผู้ทรงสิทธิเก็บกินก็มีลักษณะที่ เป็นผู้ครอบครองด้วยอีกกรณีหนึ่ง แต่นับเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนเนื่องจากปรากฏตามคำสอนของไคอุส (Gaius, เล่ม 2, บทที่ 90, 91 และ 93)¹⁵ ว่าผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่อาจครอบครองปรปักษ์ตัวทาสได้เพราะไม่มีการครอบครองแต่คำสอนเช่นนี้อาจอธิบายได้ว่าหมายถึงเป็นเรื่องที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินครอบครองแทนเจ้าของนั่นเอง¹⁶ และผู้ทรงสิทธิเก็บกินย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์เนื่องจากมิได้กระทำการโอนตามแบบพิธีการโอนทาสซึ่งเป็นทรัพย์สินที่สำคัญตามกฎหมายโรมันโดยการโอนทรัพย์สินตามแบบ *mancipacio* แต่ยอมมีสิทธิฟ้องต่อบุคคลภายนอกมิใช่เพื่อแสดงสิทธิแต่เป็นไปเพื่ออรรถรักษาไว้ซึ่งการครอบครองจากการกระทำที่เป็นการใช้ความรุนแรงของบุคคลภายนอกได้¹⁷

ในทางตรงกันข้าม ทางด้านผู้ยึดถือยอมไม่อาจร้องขอต่อไพรทอร์เพื่อคุ้มครองการครอบครองได้ การยึดถือทรัพย์สินนี้มีลักษณะเป็นเพียงสถานการณ์แห่งการยึดถือทรัพย์สินไว้เพียงชั่วคราวเท่านั้น ในสมัยโรมันเป็นเรื่องการเช่าเพื่ออยู่อาศัยหรือทำการเกษตรในระยะสั้น จึงมีลักษณะตรงกันข้ามกับ *emphyteusis* ผู้รับฝากทรัพย์สินธรรมดา ผู้ยืมในกรณียืมใช้คงรูป ตัวแทนผู้จัดการงานนอกสั่ง ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ ผู้รับมอบอำนาจ ล้วนเป็นกรณีที่จักรพรรดิจูสดีเนียนละเลยไม่สนใจที่จะวางหลักเกณฑ์ใดมาคุ้มครองเป็นการเฉพาะเหมือนกับสถานการณ์ในกรณีอื่น ๆ ที่ปรับใช้กับกรณีครอบครอง

¹³ ชาวโรมันใช้คำว่า *ad nutum* หมายถึง ตั้งแต่การฝังศีรษะครั้งแรก.

¹⁴ “Le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines de Charles Victor Daremberg et Edmond Saglio, Article PRECARIUM”, Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg et Saglio, accessed 1 September 2020, from <http://dagr.univ-tlse2.fr/consulter/2406/PRECARIUM>, p. 643.

¹⁵ Gaius, *Institutes de Gaius: récemment découvertes dans un palimpseste de la bibliothèque du chapitre de Vérone*, by Jean Baptiste Etienne Boulet (Paris: Mansut, 1827), p. 125.

¹⁶ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, No. 349, p. 499.

¹⁷ Adolphe-Marie Du Caurroy, *Institutes de Justinien, traduite et expliquées par A. M. Du Caurroy*, Volume 2, 7th edition (Paris: G. Thorel, 1846), pp. 354 - 355.

ในการพิจารณาความแตกต่างระหว่างการครอบครองกับการยึดถือในยุคทอง¹⁸ ของอาณาจักรโรมัน ไม่มีการกล่าวไว้โดยชัดเจนในยุคโบราณ จำต้องอาศัยการตีความและขยายความของนักนิติศาสตร์ในยุคหลัง ๆ ต่อมา เพื่อแยกความแตกต่างออกเป็น 3 ระดับ คือ ครอบครองในระดับสูงที่สุด เรียกว่า ครอบครอง *ad usucapionem* เป็นเรื่องครอบครองที่อาจพัฒนาไปสู่การครอบครองปรปักษ์จนได้กรรมสิทธิ์ในที่สุด เพียงแต่ในขณะนั้นยังไม่ครบกำหนดเวลาเท่านั้น จึงยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ ต่อมา เป็นเรื่องครอบครองในระดับที่สอง เรียกว่า ครอบครอง *ad interdicta* เป็นการครอบครองที่ได้รับความคุ้มครองตามคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ ซึ่งต่อมาในประมวลกฎหมายจუსติเนียนได้รวบรวมการครอบครองสองประเภทนี้เข้าด้วยกัน เรียกวมกันไปว่า ครอบครอง *civilis* ส่วนครอบครองในระดับต่ำสุดคือครอบครอง *naturalis* ซึ่งตรงกับแนวคิดสมัยใหม่เรื่องการยึดถือตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ไม่ถือว่าเป็นเรื่องมีสิทธิครอบครองแต่อย่างใด หากแต่เป็นปัญหาการยึดถือทรัพย์สินเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ไกอุสกล่าวว่า เราครอบครองมิใช่โดยตนเองเท่านั้นแต่รวมไปถึงโดยผู้ใดก็ตามที่ครอบครองในนามของเรา (*nostro nomine*) แม้ว่าจะไม่ตกอยู่ในอำนาจของเราดังเช่นบุคคลในนิคมหรือผู้เช่าระยะสั้น เราครอบครองเช่นเดียวกันโดยผ่านทางผู้รับฝากทรัพย์สิน (กรณีธรรมดาทั่วไป) และบุคคลอื่นที่เรามอบให้อยู่อาศัยโดยไม่เสียค่าตอบแทน ฯลฯ¹⁹

2.2 การได้มาและการสิ้นสุดซึ่งการครอบครอง

การได้มาซึ่งการครอบครองต้องครบทั้งองค์ประกอบสองประการคือการยึดถือทรัพย์สินทางกายภาพ (*corpus*) และเจตนา (*animus*) อาจโดยเกิดขึ้นพร้อมกัน หรือแยกกันเกิดขึ้น แล้วต่อมาเป็นอันครบองค์ประกอบทั้งสองประการโดยจะเกิดองค์ประกอบใดขึ้นก่อนแล้วตามด้วยองค์ประกอบอีกประการหนึ่งตามมา หรือสลับกันเกิดขึ้นก็ได้ก็ได้ ขอเพียงเป็นการครบองค์ประกอบทั้ง *corpus* และ *animus* ก็เป็นการเพียงพอ

อย่างไรก็ตาม หากไม่มีเจตนา ย่อมไม่มีการครอบครองในบางกรณี ได้แก่ กรณีแรก กรณีที่ไม่มีเจตนาได้ในขณะนั้น ไกลุสกล่าวว่าคนไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์จะเริ่มต้นในการเป็นผู้ครอบครองได้ก็แต่โดยอำนาจของผู้อนุบาลหรือผู้แทนโดยชอบธรรม เพราะแม้ว่าเขาจะสามารถเข้ายึดถือทรัพย์สินไว้ในเงื้อมมือแต่ก็ขาดเจตนาที่จะเป็นผู้ครอบครอง (*affectio tenendi*) ได้²⁰ กรณีที่สอง กรณีขาดเจตนาเป็นครั้งคราว เป็นไปตามหลักคำสอนในโรงเรียนกฎหมายในสมัยโรมันที่อธิบายว่าอาจเป็นกรณีทรัพย์สินอยู่ในมือในขณะที่บุคคลนั้นมึนเมาหรือ่วงซิม จึงไม่ได้มาซึ่งการครอบครอง นอกจากนี้ยังอาจมีกรณีอื่น ๆ ได้อีก โดยเฉพาะกรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญในตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการโอนการครอบครอง

¹⁸ พัฒนาการตั้งแต่ช่วงจักรพรรดิออกุสตุสในปี 27 ก่อนคริสต์ศักราช ปกครองกันมาเป็นลำดับสี่ราชวงศ์ จนถึงประมาณ ค.ศ. 284 มีการรวบรวมกฎหมายและคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์ มีคำสอนที่สำคัญๆ ของไกอุส ไพลุส อัลเปียน ปาปิเนียน และโมเตสตินุส.

¹⁹ Gaius, คำอธิบายเล่ม 3, เรื่องที่ 153. ดู M. L. Domenget, *Institutes de Gaius*, (Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1847), p. 421.

²⁰ บทคัดย่อ, เล่ม 41, ลักษณะ 2 ว่าด้วยวิธีการได้มาและเสียไปซึ่งการครอบครอง, ส่วนที่ 1 ไกลุส (รวมคำสั่ง เล่ม 54).



ขาดความสามารถในการทำนิติกรรมเนื่องจากไม่มีสถานะเป็นพลเมืองโรมันเพราะเป็นทาสหรือเป็นบุตรของหัวหน้าครอบครัว (*paterfamilias*) เนื่องจากตามหลักกฎหมายโรมัน บุตรมีฐานะเสมือนหนึ่งเป็นทาสในสายตาของหัวหน้าครอบครัวและเฉพาะแต่หัวหน้าครอบครัวเท่านั้นที่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ในทางกฎหมายได้ตามลักษณะของการเป็นพลเมืองโรมัน แต่การกระทำของทาสหรือของบุตรของหัวหน้าครอบครัวอาจช่วยให้หัวหน้าครอบครัวได้มาซึ่งการครอบครองได้โดยมีผู้อื่นยึดถือไว้ให้

ในเรื่องการสิ้นสุดซึ่งการครอบครอง ย่อมเกิดขึ้นเมื่อองค์ประกอบทั้งสองประการนั้นเสียไปทั้งหมด แต่มีปัญหาว่าหากขาดองค์ประกอบไปอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นเหตุให้การครอบครองสิ้นสุดลงหรือไม่ และมีปัญหาว่าขาดองค์ประกอบภายนอก (*corpus*) หรือองค์ประกอบภายใน (*animus*) มีเกิดผลทางกฎหมายเหมือนกันหรือไม่ อีกด้วย

ในกรณีที่ขาดองค์ประกอบด้านเจตนา ย่อมเป็นเหตุให้การครอบครองสิ้นสุดลง²¹ แต่กลับมีปัญหาในเรื่องกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานว่าจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าขาดเจตนา กฎหมายวิธีพิจารณาความในสมัยโรมันถือหลักว่าเจตนาได้รับการสันนิษฐานว่ายังคงมีอยู่ต่อไปตราบเท่าที่ยังมีการยึดถือทรัพย์สินทางกายภาพอยู่ในขณะนั้น

ในทางตรงกันข้าม หากขาดการยึดถือทรัพย์สินทางกายภาพซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก ในหลักเรื่อง *corpus* ก็ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้เสียการครอบครอง กฎหมายโรมันมีหลักเกณฑ์ว่าการครอบครองสามารถคงอยู่ (*Possession retained*) ได้โดยมีแต่เพียงเจตนาประการเดียว (*animo solo*)²² ตัวอย่างเช่น หากวัตถุตกลงในแม่น้ำ บุคคลย่อมเสียการครอบครองถ้ามิได้ใช้ความพยายามใด ๆ ในการเก็บสิ่งของนั้นกลับคืนมา หรือกรณีสัตว์หนีไปการครอบครองย่อมสิ้นสุดลงหากมิได้ไปตามหาสัตว์นั้น แต่สำหรับกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยในสมัยโรมันคือกรณีทาสหนีไป ที่ปรึกษากฎหมายโรมันในยุคนั้นกลับให้ความเห็นว่า การครอบครองมิได้สิ้นสุดลงเพราะทาสยังคงอยู่ในอำนาจของหัวหน้าครอบครัวซึ่งเป็นพลเมืองโรมันและเป็นตัวการในทางกฎหมายโดยเป็นกรณีที่นายทาสยังคงครอบครองอยู่ต่อไปโดยผ่านทางตัวทาสนั่นเอง ทฤษฎีนี้สร้างขึ้นเพื่อแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นบ่อยในทางปฏิบัติในบริบทของสังคมสมัยนั้น อีกตัวอย่างหนึ่งคือหากมีการลักสิ่งของจากผู้อื่นไปหรือหากที่ดินถูกแย่งการยึดถือโดยผู้รุกราน ต้องมีการพยายามหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะขับไล่ผู้รุกรานทันทีที่ได้ทราบถึงเหตุการณ์นั้นและจะเสียการครอบครองก็ต่อเมื่อมีการละเลยในความพยายามดังกล่าวหรือประสบความสำเร็จล้มเหลวในการดำเนินการที่พยายามขับไล่ผู้รุกรานนั้น อีกตัวอย่างหนึ่งคือการครอบครองทำประโยชน์ที่ดินในช่วงฤดูกลางหนึ่งเท่านั้น เพราะในช่วงฤดูหนาวไม่อาจทำการเกษตรใด ๆ ได้ ผู้ครอบครองไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวตลอดเวลาบนที่ดินนั้น การครอบครองในช่วงเวลาปกติที่อาจทำการเกษตรได้ตามเศรษฐกิจปกติย่อมเป็นการเพียงพอ กรณีที่ดินที่ใช้ปลูกพืชตามฤดูกาลในช่วงฤดูใบไม้ผลิและช่วงฤดูร้อนก็เช่นเดียวกัน ในเมื่อเป็นไปตามวงรอบปกติของการทำการเกษตรเช่นนั้นซึ่งไม่มีใครลงมือทำการเกษตรเช่นนั้นในช่วงหลังฤดูเก็บเกี่ยวและช่วงฤดูหนาวอีก การครอบครอง

²¹ บทคัดย่อ, เล่ม 41, ลักษณะ 2 ว่าด้วยวิธีการได้มาและเสียไปซึ่งการครอบครอง, ส่วนที่ 3 โพลุส (รวมคำสั่ง เล่ม 70).

²² ประมวลกฎหมายจตุตถุศตวรรษ, มูลบทนิติศาสตร์, เล่ม 4, ลักษณะ 15 ว่าด้วยคำสั่งชี้ขาดคดีของไพรทอร์หรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับการครอบครอง, โปรดดู Henri Hulot, *อวังแล้ว เซิงอรรถที่ 4*, หน้า 248.

ย่อมไม่สิ้นสุดลง ตัวอย่างต่าง ๆ เหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการคุ้มครองการครอบครองตามหลักกฎหมายโรมันที่คำนึงถึงสถานการณ์ความเป็นจริงตามบริบทของสังคมสมัยโรมันเป็นสำคัญ

ในเรื่องครอบครอง ยังมีประเด็นอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับผลของการกระทำของผู้ที่เป็นตัวกลางในการดำเนินการแทนตัวผู้ครอบครองทั้งในปัญหาการได้มาและการสิ้นสุดการครอบครองเป็นที่เข้าใจกันในสมัยโรมันว่าเจตนายังคงเข้ามามีบทบาทในเรื่องนี้ด้วยเช่นกัน ได้แก่ การได้มาซึ่งการครอบครองโดยมีผู้อื่นครอบครองแทนและการสิ้นสุดการครอบครองโดยมีผู้อื่นดำเนินการแทน

หลักการได้มาซึ่งการครอบครองโดยมีผู้อื่นครอบครองแทนได้รับการยอมรับอย่างค่อยเป็นค่อยไปและทีละน้อย ๆ ในสมัยโรมัน ในระยะเริ่มแรก มีการยอมรับหลักการว่าหัวหน้าครอบครัวอาจได้มาซึ่งการครอบครองโดยผ่านการกระทำของบุตรหรือทาส ต่อมามีการขยายความไปถึงการที่เทศบาลหรือหน่วยงานทางปกครองได้มาซึ่งการครอบครองโดยผ่านทางผู้ได้รับมอบอำนาจทั่วไป ส่วนกรณีเป็นปัจเจกชนต้องใช้วิธีมอบอำนาจเฉพาะการสำหรับตัวแทนเฉพาะการที่ไปกระทำการแทนบุคคลนอกครอบครัวนั้น แม้ในช่วงแรกโกยุดูเหมือนจะปฏิเสธหลักการนี้ในช่วงศตวรรษที่ 2 แต่ก็ได้มีการยอมรับในเวลาหลังจากนั้นไม่นานในสมัยของจักรพรรดิคาราคัลลา²³ นอกจากนี้ ยังอาจใช้หลักการยึดถือแทนกับกรณีผู้เช่าระยะสั้นเพื่ออยู่อาศัยหรือทำการเกษตรได้อีกกรณีหนึ่งด้วย

ในการได้มาซึ่งการครอบครองโดยมีผู้อื่นครอบครองแทนนี้ ผู้ครอบครองมีองค์ประกอบภายนอกกว่าด้วยเจตนาและมีผู้อื่นยึดถือไว้ให้ในลักษณะเป็นองค์ประกอบภายนอกนั่นเอง ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้อื่นจึงไม่มีการครอบครอง หากแต่มีแต่เพียงการยึดถือทรัพย์สินเท่านั้น ในทางกลับกันไม่เป็นที่ยอมรับว่ามีการได้มาซึ่งการครอบครองหากผู้แทนนั้นกลับมีเจตนาด้วยตัวของเขาเอง เว้นแต่กรณีเป็นผู้แทนซึ่งมีอำนาจทั่วไปสำหรับผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์หรือผู้แทนนิติบุคคลมหาชน ย่อมถือว่ามีการได้มาซึ่งการครอบครองตามกฎหมาย เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

การสิ้นสุดซึ่งการครอบครองโดยผ่านการกระทำของผู้อื่น โดยที่มีหลักการว่าการได้มาซึ่งการครอบครองเป็นเพราะเหตุที่ผู้อื่นมีการยึดถือและผู้ครอบครองมีเจตนาอยู่กับตัว ดังนั้นกฎหมายโรมันจึงถือว่าการครอบครองไม่สิ้นสุดลงในสองกรณีต่อไปนี้ กรณีที่หนึ่ง ผู้แทนผู้ครอบครองไม่ยึดถือทรัพย์สินอีกต่อไป เพราะเหตุเสียชีวิต วิกลจริต หรือถูกแย่งการยึดถือ ผู้ครอบครองยังคงมีการครอบครองต่อไปตราบเท่าที่ยังมีเจตนาครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ครอบครองจะต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นโดยเร็วที่สุดเท่าที่สามารถกระทำได้ และในกรณีที่สอง ผู้แทนผู้ครอบครองทำตัวเป็นผู้ครอบครองในนามของตนเองโดยการทำให้ตนเองมีองค์ประกอบภายนอกว่าด้วยเจตนา (*animus*) เพิ่มเติมไปจากองค์ประกอบภายนอกกว่าด้วยการยึดถือทรัพย์สิน (*corpus*) การเปลี่ยนเจตนาในลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามการหลักกฎหมายโรมัน ผู้แทนไม่มีสิทธิกระทำเช่นนั้นได้ เพราะเป็นการอันไม่ซื่อสัตย์ต่อผู้ครอบครอง เป็นการลวงละเมิดความไว้วางใจและเป็นความผิดอาญาฐานยกยอกหรือฉ้อโกง อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนผ่านจากการยึดถือไปสู่การครอบครองของตัวกลางซึ่งเป็นผู้แทนผู้ครอบครองนี้ก็อาจเกิดขึ้นในหลายกรณี กล่าวคือกรณีที่หนึ่ง การโอนการครอบครองเพราะผู้เช่าระยะสั้นซื้อทรัพย์สินจากผู้ครอบครองหรือผู้ยึดถือแทน

²³ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้าวแล้ว เซิงอรุท* 1, No. 352, p. 503.



เป็นทายาทได้รับมรดกของผู้ครอบครอง กรณีที่สอง การเปลี่ยนตัวบุคคลเพราะผู้ยึดถือโอนทรัพย์ให้บุคคลภายนอกซึ่งกลายเป็นผู้ครอบครองคนใหม่ หรือกรณีทายาทของผู้ยึดถือเข้าใจว่าผู้ยึดถือเป็นเจ้าของทรัพย์จึงนำทรัพย์นั้นไปและกลายเป็นผู้ครอบครองคนใหม่

2.3 การคุ้มครองการครอบครอง

ผู้ครอบครองได้รับการคุ้มครองตามคำสั่งชี้ขาดคดีเพื่อคุ้มครองการครอบครองของไพรทอร์ และสามารถต่อสู้คดีในฐานะเป็นจำเลยในคดีฟ้องเรียกคืนทรัพย์โดยกล่าวอ้างกรรมสิทธิ์ของผู้ที่กล่าวอ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์พิพาท ตรงกันข้ามผู้ยึดถือธรรมดาเช่นผู้เช่าผู้อาศัยไม่มีสิทธิเข้าสู่ต่อสู้คดีในศาลในฐานะเป็นจำเลยได้ ต้องร้องขอให้ผู้ที่ตนยึดถือแทนเข้ามาเป็นคู่ความเพื่อใช้สิทธิต่อสู้คดีในศาล

ในกรณีผู้ครอบครองโดยสุจริตเพราะไม่ทราบความจริงว่าตนมิใช่เจ้าของทรัพย์พิพาท เช่น ซื้อและรับโอนการครอบครองทรัพย์มาจากผู้ยึดถือที่ไม่ซื่อสัตย์ต่อผู้ที่ตนยึดถือแทน หรือกรณีทายาทโดยธรรมเข้าครอบครองทรัพย์มรดกโดยไม่ทราบว่ามิพินัยกรรมยกทรัพย์ให้ผู้อื่น จึงเป็นผู้ที่สมควรได้รับความคุ้มครองอย่างน้อยในระหว่างรอผลการตัดสินคดีต่อมาว่าใครเป็นเจ้าของที่แท้จริง นอกจากนี้ ผู้ครอบครองโดยสุจริตยังอาจกล่าวอ้างการครอบครองปรักษีโดยมีกำหนดอายุความแบบสั้น ในขณะที่กรณีครอบครองโดยไม่สุจริตต้องปรับใช้เกณฑ์กำหนดอายุความที่ยาวนานกว่า อีกประการหนึ่ง แม้จะต้องคืนทรัพย์เพราะเหตุแพ่งคดีที่เจ้าของฟ้องเรียกคืนทรัพย์ แต่ผู้ครอบครองโดยสุจริตยังคงมีสิทธิได้ดอกผลในระหว่างที่สุจริตอยู่

คำสั่งชี้ขาดคดีเพื่อคุ้มครองการครอบครองของไพรทอร์แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

2.3.1 คำสั่งประเภทที่หนึ่ง: คำสั่งเชิงลบหรือคำสั่งห้ามรบกวนผู้ครอบครอง

อาจมีได้ทั้งในกรณีอสังหาริมทรัพย์และกรณีสังหาริมทรัพย์ ผลคือผู้ครอบครองสามารถครอบครองทรัพย์นั้นต่อไปได้

เงื่อนไขในการออกคำสั่งเชิงลบกรณีอสังหาริมทรัพย์จะต้องครบถ้วน 3 ประการ มิฉะนั้น จะเป็นกรณีเป็นการครอบครองที่มีข้อบกพร่อง (*clausula vitiosae possessionis*)²⁴ คือ (1) ไม่มีความรุนแรง (*vis*) หมายความว่า การครอบครองจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเป็นไปโดยความสงบ (2) ต้องไม่เป็นการปกปิด (*clam*) ต้องเป็นไปโดยเปิดเผย (*public*) หากเป็นไปโดยปกปิดย่อมไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง และ (3) ต้องมิใช่กรณีที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างบุคคลผู้มีสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่ไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายหนึ่งไปร้องขอด้วยความอ่อนน้อมให้ฝ่ายผู้มีอำนาจเหนือกว่าทำการส่งมอบทรัพย์ให้ครอบครองเป็นการชั่วคราว ฝ่ายผู้มีอำนาจแสดงเจตนาตกลงยินยอมด้วยแต่สงวนสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์นั้นและมีหน้าที่ส่งคืนทรัพย์โดยมีผลในทันทีที่บอกกล่าวตามอำเภอใจฝ่ายเดียวของผู้มีอำนาจ (*precario*) และเป็นการพิพาทกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของ *precario* ซึ่งเป็นเจ้าของ

²⁴ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 1, No. 354, p. 506.

ทรัพย์สินนั้นเอง แต่หากเป็นข้อพิพาทกับบุคคลภายนอกย่อมสามารถอ้างครอบครองยันต่อบุคคลภายนอกได้ ในกรณีที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของสามประการดังกล่าวข้างต้น จำเลยย่อมมีสิทธิยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ในการพิจารณาคดี วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองการครอบครองเช่นนี้มุ่งเน้นขัดขวางกระบวนการครอบครองของผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินในขณะนั้น²⁵ เป็นวิธีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพเพราะนอกจากจะมีผลเป็นการแก้ปัญหาการใช้กำลังของบุคคลภายนอกแล้ว ยังเป็นการแก้ปัญหาให้มีผู้กล่าวอ้างว่าเป็นเจ้าของใช้กำลังยื้อแย่งการครอบครองโดยพลการ โดยบุคคลที่อ้างว่าเป็นเจ้าของดังกล่าวนี้จำเป็นไปใช้สิทธิฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินโดยอ้างหลักกรรมสิทธิ์เป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหากนั่นเอง

ส่วนคำสั่งเชิงลบกรณีสังหาริมทรัพย์ มีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากกรณีอสังหาริมทรัพย์ เพราะมิได้มุ่งคุ้มครองผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินในขณะนั้นเป็นสำคัญ เมื่อปรากฏว่าทรัพย์สินอยู่ในครอบครองของบุคคลสองคนซึ่งอยู่ต่างสถานที่กัน แล้วจะต้องคุ้มครองทรัพย์สินที่อยู่ในสถานที่ใดระหว่างสองแห่งดังกล่าว²⁶ จะมีข้อวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าในรอบปีนั้น ใครมีช่วงระยะครอบครองทรัพย์สินนั้นยาวนานกว่ากัน ผู้ที่ครอบครองนานกว่าย่อมได้รับคำสั่งคุ้มครองจากไพรทอร์ ตัวอย่างสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญสำหรับคำสั่งชนิดนี้คือทาสนั่นเอง

2.3.2 คำสั่งประเภทที่สอง: คำสั่งเชิงบวกหรือคำสั่งในอันที่จะได้คืนการครอบครองทรัพย์สินหลังจากถูกแย่งการครอบครองไป

คำสั่งในกลุ่มประเภทที่สองนี้มีได้ 3 กรณีคือ (1) คำสั่งให้คืนการครอบครองด้วยเหตุการแย่งการครอบครองด้วยความรุนแรง (2) คำสั่ง *precario* และ (3) คำสั่งหรือการฟ้องคดีให้ผู้ยึดถือทรัพย์สินได้คืนการครอบครองชั่วคราว

(1) คำสั่งให้คืนการครอบครองด้วยเหตุการแย่งการครอบครองด้วยความรุนแรง ในช่วงจักรวรรดิโรม่า ได้มีการยกเลิกเงื่อนไขเรื่องการได้มาซึ่งการครอบครองของผู้ใช้สิทธิร้องขอคืนการครอบครองต้องไม่มีข้อบกพร่องนั้นไปเสีย เนื่องจากถือว่าการใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งที่ให้อภัยมิได้อยู่ในตัว แต่จะต้องร้องขอให้คืนการครอบครองภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง ดังนั้น หลักเกณฑ์การเรียกคืนการครอบครองกรณีถูกแย่งการครอบครองเป็นไปตามเงื่อนไขสองประการคือ ประการที่หนึ่ง มีการใช้ความรุนแรง และประการที่สองต้องเรียกคืนการครอบครองภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง²⁷ ซึ่งดูเหมือนจะเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ตามมาตรา 1375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในยุคปัจจุบันนั่นเอง

(2) คำสั่ง *precario* ใช้ในกรณีเจ้าของใช้ร้องขอให้ออกคำสั่งให้คืนทรัพย์สินจากผู้ที่ดินมอบหรือโอนการครอบครองให้ไปแต่แรก แล้วกลับไม่ยอมคืนทรัพย์สินเมื่อเจ้าของใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืน

²⁵ คำสั่งเช่นนี้จึงมีชื่อเรียกว่า *uti possidetis* หรือ “ตั้งที่ท่านครอบครอง” นั่นเอง.

²⁶ *ubi* แปลว่า สถานที่ *uter* เป็นคำสรรพนามในเชิงคำถาม หมายถึง อันใดระหว่างสองประการนี้ คำสั่งนี้จึงเรียกว่า *utrubi*.

²⁷ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถ* ที่ 1, No. 355, p. 507.



ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม โพรทอร์จะออกคำสั่งให้ผู้ยึดถือสินทรัพย์แก่เจ้าของ หรือในกรณีใช้กลฉ้อฉลจนเป็นเหตุให้ต้องส่งคืนทรัพย์แก่เจ้าของ

(3) คำสั่งหรือการฟ้องคดีให้ผู้ยึดถือทรัพย์ได้คืนการครอบครองชั่วคราว เป็นวิธีการคุ้มครองการครอบครองแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในยุคจักรวรรดิต่ำซึ่งอาจกระทำได้ในรูปของการยื่นคำร้องต่อโพรทอร์และการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากเลิกใช้กระบวนการพิจารณาตามแบบฟอร์มประโยคสูตรตามที่เคยใช้กันมาในสมัยจักรวรรดิสูงหรือในช่วงยุคทองที่ล่วงพ้นสมัยมาแล้ว การกำหนดให้ผู้ยึดถือทรัพย์ได้คืนการครอบครองชั่วคราวจัดเป็นมาตรการคุ้มครองการครอบครองได้อย่างรวดเร็ว จักรพรรดิคอนสแตนตินออกกฎหมายใน ค.ศ. 326 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ไม่อยู่ซึ่งเป็นกรณีส่วนใหญ่ของเจ้าของทรัพย์ผู้มั่งคั่ง และทรัพย์สินที่ยึดถือหลุดไปจากการครอบครองเพราะผู้ที่ยึดถือไว้แทน เช่น บิดามารดา เพื่อน ทาส หรือชาวนา ถูกขับไล่โดยใช้กำลังให้ได้รับคืนการครอบครองเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่รอการกลับมาของผู้ไม่อยู่ เพื่อยึดถือทรัพย์นั้นไว้แทนผู้ไม่อยู่ต่อไป

ต่อมาในสมัยของจักรพรรดิจุสตีเนียน มีการออกกฎหมายใน ค.ศ. 532 กำหนดให้ผู้ที่ถูกแย่งการครอบครองโดยไม่มีการใช้กำลังมีสิทธิได้รับคืนการครอบครองด้วย ในขณะที่ก่อนหน้านี้มีเงื่อนไขที่จะต้องมีการใช้กำลังในการแย่งการครอบครองอีกด้วย ซึ่งมีข้อน่าสงสัยกันว่าจะมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงกรณีใดได้บ้าง

2.3.3 วิธีการอื่นเพื่อคุ้มครองการครอบครองสำหรับบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้ครอบครองโดยแท้

ประเภทแรกเรียกว่า *operis novi nuntiatio*²⁸ (Denunciation of, or protest against, a new work) เป็นวิธีการคุ้มครองที่คู่กรณีดำเนินการประกาศการกล่าวโทษหรือประท้วงการก่อสร้างหรือการรื้อถอนที่กำลังดำเนินการอยู่ว่าเป็นที่วิตกว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยกระทำต่อหน้าพยาน ณ สถานที่เกิดเหตุอันเป็นมูลคดี จากนั้นจึงไปยื่นคำร้องขอต่อโพรทอร์ในเวลาต่อมา ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาไต่สวนและสั่งของโพรทอร์ต่อไป โดยเป็นเรื่องการก่อสร้างหรือรื้อถอนที่กระทำในที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นการก่อสร้าง การรื้อถอน หรือการขุดหลุมใหญ่ เป็นการที่ผู้อื่นมาดำเนินการในที่ดินที่อยู่ในการครอบครองของเรา หรือในที่ดินของผู้อื่น เป็นการฝ่าฝืนภาระจำยอมที่เป็นการบดบังทัศนียภาพ ฝ่าฝืนเกณฑ์ข้อจำกัดความสูงของอาคาร และหากเป็นกรณีกระทำต่อที่สาธารณะหรือที่ดินทางศาสนาพลเมืองโรมันทุกคนย่อมอาจได้รับความเสียหายได้ทุกคน จึงมีสิทธิดำเนินการบวการกล่าวโทษหรือประท้วงนี้ได้ โดยเริ่มจากการแจ้งเตือนโดยวิธีการพิเศษ ซึ่งผู้ต้องเสียหายเพราะเหตุดังกล่าวไปด้วยตนเอง ณ สถานที่ก่อสร้างพร้อมด้วยพยานจำนวนหนึ่งเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงที่ไปดำเนินการบวการแล้วขอให้เพื่อนบ้านหยุดดำเนินการ และอาจกระทำในเชิงสัญลักษณ์โดยโยนหินก้อนเล็ก ๆ ลงบนงานที่กำลังดำเนินการ เช่นนี้ ผู้ดำเนินงานก่อสร้าง

²⁸ “Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg et Saglio. Article OPERIS NOVI NUNTIATIO” Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg et Saglio, accessed 1 September 2020, from <http://dagr.univ-tlse2.fr/consulter/2230/OPERIS%20NOVI%20NUNTIATIO>, p. 207.

หรือรื้อถอนต้องหยุดงานนั้นไว้ แม้ว่าตนเองอาจมีสิทธิดำเนินการได้ตามกฎหมายก็ตาม มิฉะนั้น จะมีความเสี่ยงที่อาจได้รับคำสั่งรื้อถอนหรือคำสั่งให้ทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิมในภายหลัง แต่ผู้ก่อสร้างหรือรื้อถอนอาจดำเนินการต่อไปได้ ถ้าได้วางหลักประกันจนเป็นที่พอใจว่าหากไพรทอร์ หรือศาลตัดสินให้รับผิดชอบในภายหลังย่อมสามารถบังคับเอาจากหลักประกันนั้นได้

การดำเนินกระบวนการก่อนฟ้องที่เรียกว่า *operis novi nuntiatio* นี้ มีเงื่อนไขแห่ง ความชอบด้วยกฎหมายหลายประการ ประการที่หนึ่ง ต้องเป็น *opera futura* คืองานที่ต้องอยู่ ในระหว่างดำเนินการและยังไม่แล้วเสร็จ และต้องเป็นการสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ในที่ดินสาธารณะหรือที่ดินเอกชน ประการที่สอง ต้องกล่าวอ้างว่ามีทรัพย์สินใดที่ทำให้มีสิทธิขัดขวาง งานก่อสร้างหรือรื้อถอนหรือมีสิทธิป้องกันความเสียหายที่ใกล้จะถึงอย่างไร เช่น มีสิทธิเหนือพื้นดิน เจ้าหนี้จำนอง ผู้ทรงทรัพย์สินในการเช่าระยะยาว (*emphyteusis*) หรือเป็นผู้ครอบครองโดยสุจริต หรือมีสิทธิในฐานะพลเมืองที่จะป้องกันหรือหยุดความเสียหายที่จะเกิดแก่ที่สาธารณะหรือที่ดิน ทางศาสนา ส่วนผู้ทรงสิทธิเก็บกินหรือผู้เช่าทำการเกษตรระยะสั้นไม่มีสิทธิใช้กระบวนการพิเศษนี้ ประการที่สาม ไม่ต้องทำตามแบบพิธีเป็นพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ขอเพียงมีพยานไปด้วยหลายคน และไม่ต้องไปยื่นคำร้องขอต่อไพรทอร์เสียก่อนดำเนินการ สิ่งที่ทำแบบนี้มีลักษณะในทางนามธรรมและ เป็นการทั่วไปในทางทรัพย์สิน มิใช่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลเฉพาะระหว่างคู่กรณีในทางนี้หรือ บุคคลสิทธิ แต่ต้องไปยังสถานที่เกิดเหตุด้วยตนเอง พร้อมด้วยพยานได้แก่ เจ้าของทรัพย์สิน ทาสอย่างน้อย หนึ่งคน ตัวแทนหรือคนงานที่จะทำการแจ้งเตือน จากนั้น จึงไปยื่นคำร้องขอต่อไพรทอร์เพื่อไต่สวน และมีคำสั่งชี้ขาดต่อไป หากไพรทอร์มีคำสั่งให้การก่อสร้างหรือการรื้อถอนดำเนินต่อไป การห้าม ก่อสร้างหรือดำเนินการย่อมสิ้นผลลง หรืออาจสิ้นผลลงเมื่อมีการให้หลักประกัน ผู้กล่าวโทษหรือ ประท้วงตายหรือโอนทรัพย์สินแก่ผู้อื่น

ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งของไพรทอร์ที่เรียกว่า *quod vi aut clam* (Interdict Because of Force or Stealth) คำสั่งประเภทนี้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยซีเซโร สำหรับการแก้ไขปัญหาที่มี ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับ *operis novi nuntiatio* เป็นเรื่องการก่อสร้าง บนที่ดิน แต่ใช้กับกรณีที่ไม่ครอบครองประกอบหลักเกณฑ์ *operis novi nuntiatio* ที่สามารถ ไปดำเนินการด้วยตนเองโดยไม่ต้องยื่นคำร้องขอต่อไพรทอร์เสียก่อน เช่น เป็นเพียงการตัดต้นไม้ หรือเข้ามาดำเนินการบางอย่างบนที่ดินของผู้อื่น แต่มีการใช้กำลังโดยพลการหรือกระทำโดยปกปิด ซ่อนเร้น ไพรทอร์จะออกคำสั่งคุ้มครองให้แก่ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นผู้ครอบครองหรือผู้ยึดถือทางกายภาพเหนือทรัพย์สินเท่านั้น เช่น เป็นเพียงผู้เช่าทำการเกษตรระยะสั้น เพื่อบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนทรัพย์สิน ในสภาพเดิมก่อนเข้ามาดำเนินการหรือหากไม่ยอมดำเนินการก็ต้องใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

2.4 ปัญหาการครอบครองวัตถุไม่มีรูปร่าง

ปัญหานี้เรียกกันว่า “คล้ายครอบครอง (quasi-possession)” เนื่องจากมิใช่กรณีวัตถุมีรูปร่าง หากแต่เป็นเพียงตัวสิทธิ (Rights) ซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง มีข้อพิจารณาในเรื่องทรัพย์สินประเภท สิทธิเก็บกินและการจำยอม อีกทั้งเรื่องสิทธิในมรดก ซึ่งได้รับการยอมรับในช่วงแรกสำหรับบางกรณี



ในลักษณะเป็นเรื่อง ๆ ไป แล้วมีการยกเลิกต่อมาในช่วงปลายยุคสาธารณรัฐจนถึงช่วงเริ่มต้นของยุคจักรวรรดิโรมัน แต่กลับมารับการยอมรับอีกครั้งหนึ่งในช่วงปลายยุคทองของจักรวรรดิโรมัน

ปัญหาข้อยุ่งยากเกิดขึ้นในการพิจารณาแยกกันระหว่างกรณี “ทรัพย์สิน” ในฐานะที่เป็นวัตถุ มีรูปร่างกับเรื่อง “สิทธิ” ในฐานะที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ในแง่ของทรัพย์สิน แม้การใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมีอำนาจบางอย่างเหนือทรัพย์สินอย่างกรณีการจำยอม แต่ยังไม่ถึงขนาดที่มีอำนาจที่เด็ดขาดและยังไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการครอบครองที่ดินตัวอย่างเช่นในกรณีการใช้สิทธิผ่านทางของผู้อื่น แต่ในแง่ของสิทธิ อาจพิจารณาได้ว่าเราใช้สิทธินั้นตามความเป็นจริงในทำนองเดียวกับกรณีการใช้กรรมสิทธิ์ด้วย ข้อพิจารณาเช่นนี้มีอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2255 ในปัจจุบัน²⁹ ซึ่งบัญญัติว่า “การครอบครองเป็นการยึดถือ (Detention) หรือการใช้ (Use) ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่เรายึดถือหรือใช้ด้วยตนเองหรือโดยผู้อื่นซึ่งยึดถือหรือใช้ในนามของเรา”³⁰

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 1 ได้เกิดพัฒนาการในการสร้างทฤษฎีว่าด้วย “คล้ายการครอบครอง (quasi-possession)” ขึ้นมา ฌาโวเลนุส (Javolenus) เสนอว่าตนคิดว่าการใช้สิทธิต้องได้รับการยอมรับแทนที่การส่งมอบการครอบครอง³¹ และนำแนวคิดนี้ไปปรับใช้ในคำสั่งชี้ขาดคดีในฐานะที่ตนเป็นพรอทอร์ด้วย แต่แนวคิดนี้มีได้รับการยอมรับในทันที ต้องรออีกประมาณ 50 ปี โกลุสได้แย้งว่าการส่งมอบไม่อาจกระทำได้ในกรณีของภาระจำยอมหรือในกรณีวัตถุไม่มีรูปร่างต่าง ๆ การครอบครองปรปักษ์มรดกกระทำได้เพียงทรัพย์สินที่เป็นวัตถุมีรูปร่างที่เป็นมรดกเท่านั้น ส่วนมรดกที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างย่อมไม่มีวัตถุแห่งการแย่งการครอบครอง จึงไม่อาจทำการครอบครองปรปักษ์กองมรดกในลักษณะที่เป็นนามธรรมได้³² และประมาณ 100 ปีหลังข้อเสนอของฌาโวเลนุส โพลุสยืนยันว่า เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้นที่จะมีการครอบครองได้³³ แต่ในช่วงเวลาเดียวกัน อัลเปียนยืนยันว่าการส่งมอบภาระจำยอมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ และยังสามารถเพิ่มเติมอีกว่าไม่ใช่เป็นเพียงกรณี “ฉันคิดว่า” ตามที่ฌาโวเลนุสเขียนไว้เท่านั้น หากแต่เป็นเรื่องที่มันต้องเป็นเช่นนั้น (constat ในภาษาละติน) อัลเปียนเสนอต่อไปว่า การครอบครองสิทธิเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ เช่นกรณีครอบครองสิทธิเก็บกิน ครอบครองสิทธิอันเป็นภาระจำยอมจากการส่งมอบหรือการใช้สิทธิของทายาท โดยผู้ครอบครองภาระทรัพย์สินได้โต้แย้ง³⁴ เช่น การรับกรรมหรือภาระในการที่ต้องยอมให้ผู้อื่นขุดคลองผ่านใต้บ้านของตน เพราะต้องคุ้มครองผู้ที่ได้รับการส่งมอบภายใต้การต้องยอมรับกรรมของผู้ครอบครองภาระทรัพย์สิน หรือในกรณีภาระจำยอมที่มีอยู่เหนือที่ดินของผู้อื่นสำหรับทางเดินขนาดเล็ก เส้นทางขนาดกลางและขนาดใหญ่ และในการทำทางน้ำไหลผ่านที่ดินของผู้อื่น³⁵ ในทางเดินขนาดเล็กให้เดินผ่าน

²⁹ ตามรัฐบัญญัติเลขที่ 2008-561 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2008 ว่าด้วยการปฏิรูปหลักเกณฑ์อายุความในเรื่องทางแพ่ง ซึ่งแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ว่าด้วยครอบครองเสียใหม่อีกครั้งหนึ่ง.

³⁰ La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

³¹ Digest, Book 8, Title 1. Concerning servitudes, 20. Javolenus, On the Last Works of Labeo, Book V.

³² Gaius, Institutes, เล่ม 2, บทที่ 19 และ 28.

³³ Digest, Book 41, Title 2 วิธีการได้มาหรือเสียไปซึ่งการครอบครอง, 3. โพลุส คำสั่งเล่มที่ 70.

³⁴ Digest, Book 6, Title 2 การฟ้องคดีเรียกคืนการครอบครองของผู้ครอบครองโดยสุจริต, 11. อัลเปียน คำสั่งเล่มที่ 16.

³⁵ Digest, Book 8, Title 3 ภาระจำยอมที่มีอยู่เหนือที่ดิน, 1. อัลเปียน Institutes เล่ม 2.

เท่านั้น ไม่มีสิทธินำสัตว์พาหนะเข้าไปด้วย สำหรับเส้นทางขนาดกลางสามารถนำสัตว์พาหนะหรือรถโดยสารเข้าไปได้ ส่วนในเส้นทางขนาดใหญ่สามารถเดินผ่าน เดินเล่นพักผ่อน และนำสัตว์พาหนะหรือรถโดยสารเข้าไปได้ ภาระยอมที่มีอยู่เหนือที่ดินนี้หมายความรวมถึงสิทธิในการชักน้ำในที่ดินของผู้อื่น สิทธินำสัตว์เลี้ยงเข้าไปกินน้ำหรือให้อาหาร สิทธิในการทำเตาหลอมหินปูนเพื่อทำแคลเซียมออกไซด์ (ปูนดิบ) รวมทั้งสิทธิในการขุดดินเพื่อหาหินหรือทราย โดยเป็นกฎหมายประเพณีที่บังคับได้ในฐานะที่เป็นภาระจำยอมและไพรทอร์บังคับให้เช่นนั้น

สมมุติฐานของฌาโวเลนสและอัลเปียนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางก่อนถึงสมัยจัสติเนียน แต่แทนที่จะใช้คำว่า การครอบครองสำหรับกรณีวัตถุไม่มีรูปร่าง ก็ให้ใช้คำว่า *quasi-possession* โดยให้น้ำผลทางกฎหมายในเรื่องครอบครองมาปรับใช้กับกรณีวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยในลักษณะเดียวกัน โดยเฉพาะการได้มาซึ่งวัตถุไม่มีรูปร่างโดยการส่งมอบหรือการใช้สิทธิเป็นเวลานานเสมือนหนึ่งเป็นการครอบครองปรปักษ์

3. การครอบครองและหลัก *saisine* ตามหลักกฎหมายยุคกลาง

ในยุคกลางช่วงต้นจนถึงศตวรรษที่ 12 ข้อความคิดว่าด้วยครอบครองได้สูญหายไป หากมีการใช้คำว่าครอบครองก็เป็นเพียงความหมายในทางนามธรรมในลักษณะที่ไม่มีมีความหมายที่ชัดเจนอันใด เพราะในช่วงเวลาดังกล่าวมีการนำอีกคำหนึ่งมาใช้แทนที่อย่างเป็นรูปธรรม ได้แก่คำว่า *saisine* คำนี้มีความหมายตามรากศัพท์แปลว่า จับ ยึด วาง ที่มาของข้อความคิดนี้มาจากแนวคิดในการจัดความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินกับการควบคุมกำกับทรัพย์สินนั้นของชนเผ่าอนารยชน บางครั้งก็ใช้คำว่า *vestitura* หรือ *investitura* แปลว่า สวมใส่ด้วยทรัพย์สิน หมายถึงสวมใส่ด้วยทรัพย์สินที่ตนครอบครอง บางครั้งใช้คำว่าถือครองทรัพย์สิน ในการใช้ถ้อยคำเหล่านี้ล้วนมีความหมายเหมือนกัน

ข้อความคิดว่าด้วย *saisine* มีอยู่ในลักษณะที่ถือว่า *saisine* เป็นทั้งสิทธิและข้อเท็จจริงในเวลาเดียวกัน มีความหมายครอบคลุมทั้ง กรรมสิทธิ์ ครอบครอง และทรัพย์สินสิทธิอื่น หรือกล่าวให้ถูกต้องยิ่งขึ้นคือมีใช้อย่างใดอย่างหนึ่งที่จะต้องเลือกออกมาเพียงประการเดียวเท่านั้น มีข้อสังเกตว่าในช่วงต้นสมัยกลาง *saisine* มีลักษณะใกล้เคียงกับกรรมสิทธิ์มากกว่าครอบครอง แต่กลับมีลักษณะตรงกันข้ามตั้งแต่ศตวรรษที่ 14 เป็นต้นมา หากเปรียบเทียบระหว่างกรรมสิทธิ์และครอบครองตามหลักกฎหมายโรมัน กับ *saisine* ในยุคกลาง ทั้งสามประการนี้ก็กลับไม่มีลักษณะที่แตกต่างในเชิงเนื้อหาของสิทธิแต่อย่างใด โอลิวีเยร์ มาร์ตัง (Olivier Martin) กล่าวว่า เป็นความแตกต่างของระดับมากกว่าจะเป็นความแตกต่างในลักษณะทางเนื้อหา³⁶

กฎหมายสมัยกลางไม่มุ่งเน้นการวางหลักการโดยการให้เหตุผลที่เป็นนามธรรม สิ่งที่สำคัญคือหลักการเรื่องสิทธิที่เป็นรูปธรรม ปรับใช้ได้จริงไปตามปกติธรรมดา หลักการได้มา โอน และโต้แย้งทรัพย์สินสิทธิปรากฏตัวภายใต้รูปแบบของ *saisine*

³⁶ Olivier Martin, *La Coutume de Paris. Trait d'union entre le droit romain et les législations moderne*, (Paris: Société du Recueil Sirey, 1925), อ้างโดย Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, No. 358, p. 513.



ในการทำความเข้าใจหลักเรื่อง *saisine* นี้ จำเป็นต้องคำนึงถึงบริบทในทางเศรษฐศาสตร์ของสมัยกลางว่ามีทรัพย์สินที่ดินเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญ กรรมสิทธิ์ที่ดินจึงต้องการความมั่นคงปลอดภัยในทางกฎหมาย สิ่งที่สำคัญเมื่อพิจารณาตัวทรัพย์สินมีได้อยู่ที่ราคาซื้อขาย หากแต่เป็นรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สินนั้น ในเรื่องกรรมสิทธิ์ สิทธิจำหน่ายจึงมีใช้ประเด็นสำคัญ ความสำคัญอยู่ที่ดอกผลที่เกิดแต่ทรัพย์สินนั้น *saisine* จึงมีลักษณะร่วมของกรรมสิทธิ์และครอบครองไปพร้อมกัน

ลักษณะของ *saisine* ที่มีความใกล้เคียงกับการครอบครองและการยึดถือ *saisine* มีลักษณะการกระทำที่เป็นการใช้ประโยชน์ซ้ำแล้วซ้ำอีก เป็นการใช้สิทธิใช้สอยและสิทธิได้ดอกผลตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวกับ *saisine* มักจะกล่าวถึงการ “ใช้” การ “มี” หรือ การ “ครอบครอง” ทรัพย์สิน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการ “ทำประโยชน์” การทำประโยชน์ที่ดินในสมัยกลางหมายถึงการเตรียมดิน การเพาะปลูก และการเก็บเกี่ยว แม้จะมีความใกล้เคียงกับแนวคิดเรื่องครอบครองที่มีมาแต่สมัยโรมัน แต่ในสมัยกลางแนวคิดมีส่วนที่ไม่เหมือนแนวคิดดั้งเดิมเรื่องครอบครองของยุคโรมัน เนื่องจากไม่มีลักษณะการมีอำนาจเหนือทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดและผูกขาดแต่ผู้เดียวเหมือนเรื่องครอบครองในสมัยโรมัน นอกจากนี้ ในสมัยกลางมีการละทิ้งการแยกความแตกต่างระหว่างครอบครองกับยึดถือออกจากกัน ชาวนาหรือผู้ฝากทรัพย์สินจึงอาจมีสิทธิที่เรียกว่า *saisine* ได้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ *saisine* อาจมีผู้ทรงสิทธิได้หลายบุคคลในเวลาเดียวกัน ไม่จำเป็นต้องมีทรัพย์สินเดียวในเวลาเดียวกัน โดยสิทธิของแต่ละบุคคลอาจแตกต่างกันไปได้ตามรูปแบบความสัมพันธ์ของระบบฟิวดัล ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของระบบฟิวดัลในระบบกรรมสิทธิ์ชั้น และแตกต่างไปจากหลักกรรมสิทธิ์เดียวของยุคโรมัน เพราะเมื่อบุคคลหนึ่งมีทรัพย์สิน *saisine* ก็ได้ห้ามอีกบุคคลหนึ่งที่จะมี *saisine* เหนือทรัพย์สินเดียวกันด้วยเช่นกัน

ลักษณะของ *saisine* ที่มีความใกล้เคียงกับกรรมสิทธิ์ *saisine* มีลักษณะคือ (1) มีผลทำให้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน (2) แต่ยังคงได้รับความคุ้มครองแม้ในกรณีเจ้าของทรัพย์สินได้ครอบครองตามความเป็นจริง ความใน (1) ทำให้ *saisine* มีลักษณะคล้ายกรรมสิทธิ์ แต่ใน (2) นั้นกลับแตกต่างไปจากเรื่องกรรมสิทธิ์ เช่น เมื่อได้รับสิทธิ *saisine* โดยการตกทอดทางมรดกและยังมีได้เข้าครอบครองทรัพย์สินมรดกแต่ต้องมีการได้ *saisine* มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายคือการได้มาโดยสงบและเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไป ทั้งต้องเป็นการกระทำโดยสุจริตอีกด้วย นับเป็นประเด็นที่มีความแตกต่างไปจากครอบครองตามกฎหมายโรมัน อีกประการหนึ่ง *saisine* ต้องตั้งอยู่บนฐานของการทำหลักฐานเป็นหนังสือด้วย หรืออย่างน้อยมีกำหนดเวลาในการใช้ทรัพย์สินตามปกติตามเพียงพอสำหรับท้องที่ ซึ่งไม่นิยมการทำหลักฐานเป็นหนังสือและกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีการทำเป็นหลักฐานเป็นหนังสือไว้แล้ว เช่นนี้ *saisine* จึงมีลักษณะคล้ายเรื่องครอบครองปรปักษ์ในเรื่องกรรมสิทธิ์

ในยุคการเกิดใหม่ของกฎหมายโรมัน ข้อความคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์มิได้ถูกละเลย แต่กลับมีความหมายที่คลุมเครือ แม้มีการใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ในบางครั้ง แต่มีการอ้างหลักการฟ้องคดีเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์โรมันน้อยมาก อาจเป็นเพราะเสมียนทนายที่มีความรู้ดีได้ใช้คำนี้โดยเข้าใจความหมายของหลักกฎหมายโรมันนี้ด้วย แต่ในทางกฎหมายของยุคกลาง ใช้หลักการกรรมสิทธิ์ต้องอ้างหลักคุ้มครอง *saisine* เท่านั้น

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 12 จนถึงต้นศตวรรษที่ 13 การเกิดแนวคิดเรื่องครอบครองตามแบบโรมันขึ้นอีกครั้งหนึ่ง เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายพระในช่วงกำหนดวิธีการคุ้มครองทรัพย์สินของพระบาทหลวงในศาสนจักรว่าด้วยการฟ้องคดี *remedium spolii* หรือการต่อสู้คดี *exceptio spolii* ซึ่งมีลักษณะเดียวกับหลักการคุ้มครองการครอบครองจากการใช้กำลังตามแบบโรมันนั่นเอง การฟ้องคดี *remedium spolii* หรือการต่อสู้คดี *exceptio spolii* นี้ได้รับการยืนยันจากงานเขียนว่าด้วยกฎหมายพระในสมัยกลางเรื่อง *Fausses décréales (Pseudo-Isidoriana)*³⁷ ว่ามีอยู่อย่างน้อยก่อน ค.ศ. 830 และเริ่มได้รับการนำหลักนี้ไปปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของฆราวาสมากยิ่งขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป จากนั้น ผู้ที่ศึกษากฎหมายโรมันจึงค้นพบและเผยแพร่ข้อความคิดว่าด้วยครอบครองของโรมันที่เคยมีการนำไปปรับใช้ในคดีต่าง ๆ มาในอดีต จนกระทั่งส่งอิทธิพลต่อหลักกฎหมายประเพณีของสมัยกลาง แนวคิดที่ว่าด้วย *saisine* ยังคงดำรงอยู่สืบต่อมาถึงปัจจุบัน ส่วนกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษยังคงรักษาหลักการที่เด่นชัดที่รับมาจากสมัยกลางในชื่อที่เรียกว่า *Seisin* นั่นเอง

ช่วงต้นศตวรรษที่ 13 จากการรับเอาอิทธิพลของกฎหมายโรมันที่มีการแยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์กับการครอบครอง แม้จะมีการใช้คำว่า *saisine* แต่กลับมีความหมายของกรรมสิทธิ์และการครอบครองแอบแฝงอยู่เบื้องหลัง มีการใช้ถ้อยคำในคำพิพากษาว่า “ในเรื่อง *saisine* โดยไม่กล่าวถึงกรรมสิทธิ์ กล่าวคือโดยที่ยังไม่มีการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในคดีนี้ ...” ดังนั้นผลของคดีมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเป็นการชั่วคราวโดยให้คืนการครอบครองทรัพย์สินที่พิพาทในคดีนี้เท่านั้น และอาจมีการฟ้องคดีได้ใหม่อีกครั้งหนึ่งในภายหลังโดยการพิสูจน์กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน³⁸

ต่อมาในศตวรรษที่ 18 โปตียเอร์ (Pothier)³⁹ ผู้มีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวคิดของผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้กล่าวอ้างงานเขียนของนักนิติศาสตร์ในยุคต่าง ๆ เพื่อเทียบเคียงหลักกฎหมายประเพณีในสมัยกลางกับหลักกฎหมายโรมัน แต่เมื่อมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือประมวลกฎหมายนโปเลียนใน ค.ศ. 1804 ฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดตามทฤษฎีอัติวิสัยของฟรีดริค คาร์ล ฟอน ซาวิญญี่ (Friedrich Carl von Savigny) ไปใช้กับเรื่องครอบครองโดยแยกความแตกต่างระหว่างการยึดถือกับการครอบครองออกจากกันไปใช้ด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในช่วงแรกจึงวางหลักเกณฑ์ว่าการยึดถือธรรมดาไม่ใช่กรรมครอบครอง ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีภาวะวิสัยของรูดอล์ฟ ฟอน เอียร์ริง (Rudolf von Ihering หรือ Ghering) จึงยอมรับหลักการที่ว่า การยึดถือนำไปสู่การครอบครองด้วย ความแตกต่างทางทฤษฎีในเรื่องครอบครองของต้นแบบประมวลกฎหมายแพ่งของทั้งสองระบบกฎหมายนี้ได้ลดลงอย่างมาก เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยครอบครองในประเทศฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1975 ดังนั้นสมควรพิจารณาในหัวข้อต่อไปเรื่องทฤษฎีว่าด้วยการครอบครองในยุคสมัยใหม่

³⁷ เขียนขึ้นระหว่าง ค.ศ. 830 ถึง 840 นับเป็นหนึ่งในแหล่งข้อมูลที่ใหญ่สำคัญที่สุดของกฎหมายพระในสมัยกลาง.

³⁸ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, No. 362, p. 521.

³⁹ Robert Joseph Pothier (9 January 1699 – 2 March 1772).

4. ทฤษฎีว่าด้วยการครอบครองในยุคสมัยใหม่

มีข้อพิจารณาสองทฤษฎีที่สำคัญที่มีอิทธิพลโดยตรงต่อการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยครอบครองในการจัดทำประมวลกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและเยอรมัน ตามทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญู และทฤษฎีภาววิสัยของเยอรมัน

4.1 ทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญู

ชาววิญญูวิเคราะห์ถึงความสำคัญกับองค์ประกอบภายในว่าด้วยเจตนาในเรื่องครอบครอง โดยครอบครองเป็นเรื่องที่ต้องมีเจตนาครอบครอง (*animus possidendi*) ซึ่งโดยหลักแล้วต้องมีเจตนาเป็นเจ้าของ (*animus domini*) เป็นสำคัญ องค์ประกอบภายในว่าด้วยเจตนาเช่นนี้มีความสำคัญมากกว่าองค์ประกอบภายนอกว่าด้วยการยึดถือ (*corpus*) แม้การครอบครองจะไม่ได้หากปราศจากการยึดถือทรัพย์สินอันเป็นองค์ประกอบภายนอกในเรื่องครอบครองก็ตาม แต่องค์ประกอบสำคัญอยู่ที่เจตนาซึ่งต้องมีเจตนาเป็นเจ้าของ มิฉะนั้น ย่อมมีได้เพียงการยึดถือทรัพย์สิน (Detention) เท่านั้น แต่ยังไม่มีการครอบครอง (Possession) และผู้ยึดถือยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้ครอบครอง⁴⁰

องค์ประกอบสำคัญของครอบครองจึงเป็นเรื่องการมีเจตนาเป็นเจ้าของ (*animus domini*) โดยมีลักษณะเป็นเจตนาในการปฏิบัติเหนือทรัพย์สินในฐานะเป็นเจ้าของ และอาจมีกรณีกเว้นที่อาจมีเจตนาที่จะมีทรัพย์สินเพื่อตนเอง (*animus sibi habendi*) และเป็นเรื่องที่แตกต่างกันไปจากการยึดถือ ซึ่งเป็นกรณีที่มีแต่เพียงเจตนายึดถือทรัพย์สินในนามของผู้อื่น (*animus alieno nomine tenendi*) เท่านั้น จึงไม่อาจนับว่าเป็นผู้ครอบครองได้ และเป็นได้เพียงผู้ยึดถือทรัพย์สินเท่านั้น เพราะมิใช่กรณีมีเจตนาครอบครองทรัพย์สินในนามของตนเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีเจ้าของ ผู้ครอบครองโดยสุจริต ผู้ครอบครองโดยไม่สุจริต ล้วนมีเจตนาเป็นเจ้าของ ในขณะที่ผู้ยึดถือมีเพียงเจตนายึดถือทรัพย์สินในนามของผู้อื่นเท่านั้น จึงไม่มีการครอบครอง จุดอ่อนของข้อเสนอของชาววิญญู คือ มีการละเลยกรณีครอบครองในเหตุอื่น ๆ แม้ว่าจะไม่มีเจตนาเป็นเจ้าของ เป็นต้นว่า ผู้รับจำนำ ผู้รับฝากทรัพย์สิน ในระหว่างรอคำวินิจฉัยของศาลว่าทรัพย์สินเป็นของคู่ความฝ่ายใด ผู้ครอบครองด้วยมูลเหตุ *precario* ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน หรือกรณีผู้ทรงสิทธิการเช่าระยะยาวในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ (*emphyteusis*) อย่างไรก็ตาม ชาววิญญูอธิบายว่า ครอบครองกรณีต่าง ๆ เหล่านี้จัดเป็นประเภทการครอบครองที่ได้รับโอนหรือได้รับมอบหมายจากเจ้าของ (Derivative Possession)⁴¹ ซึ่งเป็นกรณีข้อยกเว้นของหลักการมีเจตนาเป็นเจ้าของ โดยข้อยกเว้นนี้ ชาววิญญูยอมรับว่าเป็นกรณีที่อาจจัดอยู่ในจำพวกของการมีเจตนาครอบครอง (*animus possidendi*) ได้ด้วยนั่นเอง

⁴⁰ Friedrich Carl von Savigny, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, Translated by Jules Beving, 6th edition (Bruxelles: Société belge de librairie, 1840), pp. 218 – 266.

⁴¹ William Alexander Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, Translated by John Ashton Cross, (London: Sweet & Maxwell, 1803), p. 391., Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, reprint (Massachusetts: Harvard University Press, 2004), p. 203.

ชาวัญญูอธิบายต่อไปว่าการคุ้มครองการครอบครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความมั่นคงปลอดภัยของการทำธุรกรรม การคุ้มครองที่รัฐมอบให้นี้เป็นไปตามภารกิจของรัฐที่ต้องให้หลักประกันความสงบเรียบร้อย ผู้ครอบครองจะต้องไม่ถูกละเมิดการครอบครอง แม้โดยเจ้าของทรัพย์สินซึ่งไม่อาจใช้กำลังบังคับตามสิทธิได้ด้วยตนเอง ผู้ครอบครองที่ถูกแย่งการครอบครองสมควรได้รับคืนการครอบครอง ผู้ใช้กำลังแย่งการครอบครองโดยพลการไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าตนมีสิทธิที่จะกระทำได้ ดังนั้น จึงมีหน้าที่คืนการครอบครองนั้นไป หากมีการกล่าวอ้างกรรมสิทธิ์ก็ต้องไปว่ากล่าวกันเป็นเรื่องหนึ่งต่างหากเป็นคำฟ้องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินโดยถูกโต้แย้งปฏิเสธสิทธิว่าตนได้กรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินอื่นเหนือทรัพย์สินนั้นด้วยเหตุแห่งการได้มาอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย หลังจากที่ได้คืนการครอบครองแก่ผู้ครอบครองเดิมแล้ว

ชาวัญญูเสนอให้พิจารณาเจตนาในทางรูปธรรมตามความเป็นจริง (*in concreto*) โดยศาลจะต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ครอบครอง แต่เพียงโต้แย้งความคิดและเสนอให้พิจารณาเจตนาโดยการวิเคราะห์สถานการณ์ในทางนามธรรมโดยพิจารณาจากสภาพการณ์โดยทั่วไป (*in abstracto*) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติจะได้ผลที่ใกล้เคียงกันไม่ว่าจะยึดถือตามทฤษฎีใด เนื่องจากตามกฎหมายฝรั่งเศสนับแต่ ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา ผู้ยึดถือทรัพย์สินมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองการครอบครองได้ทุกประเภทแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายของทั้งสองประเทศดังกล่าวจึงไม่มีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติอีกต่อไป

4.2 ทฤษฎีภาวะวิสัยของเยีริง

เยีริงนำเสนอทฤษฎีในเชิงภาวะวิสัยว่าครอบครองไม่ควรนำเจตนาแท้จริงมาเป็นข้อพิจารณาเจตนาในทางอัตวิสัยเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากอย่างมากในการเข้าถึงและพิสูจน์เจตนาอันแท้จริงของผู้กระทำในทางกฎหมายภาคปฏิบัติ จึงควรพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่มีการกระทำอันเป็นการมีอำนาจเหนือทรัพย์สินตามที่ปรากฏออกมาภายนอกเป็นสำคัญอันได้แก่ *corpus* ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก ในขณะที่ *animus* เป็นเพียงแต่ความประสงค์ในการใช้ *corpus* เอากับทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การยึดถือและการครอบครองจึงไม่มีความแตกต่างในประเด็นเรื่องเจตนาแต่ประการใดเลยโดยเป็นเรื่องเจตนา รักษาทรัพย์สินไว้กับตนเองเท่านั้น (*animus tenendi*) เยีริงได้อ้างคำกล่าวของโพลุสด้วยว่า การได้มาซึ่งการครอบครองอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการมีเจตนาในฐานะผู้ครอบครองซึ่งได้มาด้วยตัวของเขาเองในที่นี้ โพลุสใช้คำว่า *affectionem tenendi* นอกจากนี้ ยังอาจมีเจตนาครอบครองโดยเป็นการได้มาโดยการยึดถือแทนผู้อื่นได้อีกด้วย ซึ่งโพลุสใช้คำว่า *intellectum possidendi* ในความหมายนี้ *animus tenendi* กับ *animus possidendi* มีค่าเท่ากันทุกประการ⁴² ด้วยเหตุนี้ การยึดถืออาจนำไปสู่การครอบครองได้โดยไม่ต้องเปลี่ยนเจตนา ตัวอย่างเช่น กรณีการรับโอนทรัพย์สินมาโดยสำคัญผิดหรือโดยไม่ทราบว่าเป็นเจ้าของ นอกจากนี้ ครอบครองเป็นส่วนที่นำไปสู่กรรมสิทธิ์ ครอบครองเป็นพยานหลักฐานสำคัญในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ ด้วยเหตุผลพื้นฐานที่ว่าครอบครองเป็นหลักฐาน

⁴² Rudolf von Jhering, *Du rôle de la volonté dans la possession: critique de la méthode juridique régénante*, translated by O. de Meulenaère (Paris: Librairie A. Marescq, 1891), pp. 37 – 38.



การแสดงออกให้ปรากฏแก่บุคคลทั่วไปของกรรมสิทธิ์ ครอบครองสมควรได้รับความคุ้มครองเพราะเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ที่ปรากฏออกมาให้เห็นในลักษณะที่เป็นส่วนนำ คุ้มครองการครอบครองเท่ากับคุ้มครองกรรมสิทธิ์ แม้อาจมีการคุ้มครองผู้ครอบครองบางคนที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอยู่บ้าง แต่ผลสำคัญอยู่ที่การคุ้มครองเจ้าของทั้งหมดที่เป็นกรณีส่วนใหญ่ทั้งหมดในความเป็นจริง มีกรณีน้อยมากที่จะเกิดสถานการณ์ที่เจ้าของไม่มีการครอบครองอยู่ในมือ ครอบครองเป็นพยานหลักฐานที่สะดวกที่สุดในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์

กล่าวโดยสรุปคือ โดยหลัก ทุกคนที่มีเจตนารักษาทรัพย์สินไว้กับตน (*animus tenendi*) อันเป็นผลมาจากการมีอำนาจยึดถือทางกายภาพเหนือทรัพย์สินย่อมมีการครอบครองทรัพย์สิน โดยไม่จำเป็นต้องแยกเป็นเจตนาในระดับที่แตกต่างกัน และไม่มี ความแตกต่างระหว่างการครอบครองกับการยึดถือตามทฤษฎีอัติวิสัยแต่อย่างใด ในการปฏิเสธการครอบครองสำหรับบุคคลบางประเภทเป็นเพียงด้วยเหตุผลที่มีความแตกต่างในทางสังคมเท่านั้นซึ่งสามารถทำความเข้าใจได้ตามบริบทในทางประวัติศาสตร์ เช่น หลักกฎหมายโรมันกำหนดมิให้ผู้เช่าระยะสั้น ทั้งกรณีผู้เช่าอยู่อาศัยและผู้เช่าที่เป็นเกษตรกร มีการครอบครองด้วยเหตุผลว่าบุคคลเหล่านั้นมีสิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลน้อยมาก และผู้เช่าระยะสั้นยอมตนเข้าผูกพันในฐานะเป็นผู้ร้องขอความเมตตาจากเจ้าของที่ดินบุคคลเหล่านั้นจึงไม่อาจร้องขอต่อพรทอร์หรือฟ้องคดีต่อศาลบังคับแก่บุคคลภายนอกได้ด้วยตนเอง ผลคือ ต้องให้ผู้ให้เช่าเป็นผู้ใช้สิทธิร้องขอต่อพรทอร์หรือฟ้องคดีต่อศาลแต่เพียงผู้เดียว

เยียร์ริงอธิบายว่าองค์ประกอบภายนอกเรื่องการยึดถือทรัพย์สินโดยมีอำนาจปกครองบังคับบัญชาทางกายภาพเหนือทรัพย์สินเป็นเครื่องสนับสนุนการมีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายใน เมื่อปัจเจกชนผู้หนึ่งผู้ใดใช้อำนาจทางกายภาพเหนือทรัพย์สินย่อมมีเจตนาที่จะกระทำเช่นนั้น ดังนั้น เจตนาจึงมิใช่สิ่งที่สำคัญกว่าการยึดถือแต่อย่างใด ตรงกันข้ามการยึดถือย่อมสำคัญกว่าเจตนาเมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของการครอบครอง การยึดถือจึงเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งและเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการครอบครอง กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ยึดถือในเรื่องผลของการครอบครองและไม่อาจปฏิเสธสิทธิด้วยเหตุผลของวัตถุที่ประสงค์แห่งนิติกรรมที่ผูกพันผู้ยึดถือกับเจ้าของ การใช้สิทธิฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครอง จึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ ในขณะที่ชาววิญญูปฏิเสธว่าผู้ยึดถือไม่อาจฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครองได้ โดยที่กฎหมายฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีอัติวิสัยของชาววิญญู⁴³ จึงวางหลักเกณฑ์ว่าการยึดถือธรรมดาไม่ใช่กรณีครอบครอง ส่วนกฎหมายเยอรมันได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีภาววิสัยของเยียร์ริง จึงยอมรับหลักการที่ว่า การยึดถือนำไปสู่การครอบครองด้วย

เมื่อเปรียบเทียบแนวคิดระหว่างชาววิญญูกับเยียร์ริง จะพบว่า ชาววิญญูเริ่มต้นการพิจารณาที่ตัวการยึดถือทรัพย์สินว่า ไม่ว่าในกรณีการครอบครอง (Possession) หรือกรณีการยึดถือ (Detention) ทั้งสองกรณีนี้ล้วนมีการยึดถือ (*corpus*) ในลักษณะที่เหมือนกันทุกประการ ส่วนที่แตกต่างกันคือเรื่องเจตนา โดยในเรื่องครอบครองต้องมีเจตนาเป็นเจ้าของ (*animus domini*) เท่านั้น มีแต่เพียง

⁴³ ฝรั่งเศสยึดถือทฤษฎีดั้งเดิมที่เสนอโดยกูมาส (Cujas) ในศตวรรษที่ 16 ยืนยันโดยโปติเยร์ในศตวรรษที่ 18 และนำไปสู่การวางหลักเกณฑ์ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2228 ถึงมาตรา 2230 ซึ่งในช่วงเวลาเดียวกัน เป็นไปตามทฤษฎีอัติวิสัยของ Savigny โดยให้ความสำคัญกับการพิจารณาระดับต่าง ๆ ของเจตนาเป็นสำคัญนั่นเอง.

เจตนายึดถือทรัพย์สินเพื่อผู้อื่น (*animus detinendi*) เท่านั้นย่อมไม่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ครอบครอง หากแต่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินธรรมดา ไม่อาจมีเจตนาที่จะยึดถือทรัพย์สินในนามของตนเอง หรือมีเจตนาที่จะมีทรัพย์สินเพื่อตนเอง (*animus sibi habendi*) จึงถูกตัดสิทธิมิให้ผู้ยึดถือกล่าวอ้างบทคุ้มครองการครอบครอง ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและเป็นแนวคิดดั้งเดิมที่ใช้กันทั่วไปในสมัยนั้น ก่อนที่จะถูกโต้แย้งหักล้างด้วยทฤษฎีภาวะวิสัยของเยียริง

สำหรับเยียริงนั้น เริ่มต้นจากการพิเคราะห์ที่ตัวเจตนาในฐานะที่เป็นสิ่งสำคัญในเรื่องครอบครองทั้งในแง่ประกอบภายนอกกว่าด้วยยึดถือ (*corpus*) ที่เป็นผลมาจากการมีเจตนายึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อตนว่า ทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะผู้ครอบครองหรือผู้ยึดถือ ล้วนมีเจตนาในชั้นพื้นฐานเป็นอย่างเดียวกัน เป็นเจตนามุ่งใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐศาสตร์เหนือตัวทรัพย์สินนั้น ในลักษณะที่เป็นหลักการทั่วไป ไม่มุ่งเน้นการแยกความแตกต่างระหว่างการยึดถือกับการครอบครอง กล่าวคือโดยหลัก ต้องนับว่ามีการครอบครองเมื่อเงื่อนไขภายนอกนั้นมีอยู่ เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งจะพิสูจน์หักล้างได้ว่าข้ออ้างว่ามีการครอบครองนั้นแท้จริงแล้วเป็นเพียงการยึดถือในนามของผู้อื่น (*causa detentionis alieno nomine*) แต่ขาดเจตนาที่จะยึดถือทรัพย์สินในนามของตนเอง หรือมีเจตนาที่จะมีทรัพย์สินเพื่อตนเอง (*animus sibi habendi*) ในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่อาจมีการครอบครองเหนือทรัพย์สินได้⁴⁴ แต่สำหรับกรณีครอบครองแทน จะมีเจตนาที่จะยึดถือทรัพย์สินในนามของตนเอง หรือมีเจตนาที่จะมีทรัพย์สินเพื่อตนเอง (*animus sibi habendi*) และได้รับความคุ้มครองการครอบครองในระดับพื้นฐานแล้วก็ตาม แต่เมื่อมีมูลเหตุแห่งการยึดถือ เป็นไปโดยการครอบครองแทนโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของ จึงไม่อาจได้กรรมสิทธิ์โดยอายุความและจำต้องคืนทรัพย์สินแก่เจ้าของเมื่อเจ้าของเรียกให้คืนทรัพย์สิน เยียริงเสนอแนวคิดใหม่เพื่อปฏิเสธแนวคิดดั้งเดิมที่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีของชาววิญญูดังกล่าว ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่มีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 1900 จึงได้นำแนวคิดดังกล่าวของเยียริงไปกำหนดไว้ในกฎหมาย ด้วยเหตุผลว่าข้อเท็จจริงที่เป็นบริบททางสังคมในยุคสมัยใหม่ได้แปรเปลี่ยนแตกต่างไปจากที่เป็นอยู่ในยุคโรมันแล้วนั่นเอง ทั้งผู้ให้เช่า และผู้เช่าอยู่อาศัยและผู้เช่าที่เป็นเกษตรกร ล้วนมีสิทธิฟ้องคดีโดยอ้างบทคุ้มครองการครอบครองได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง

ส่วนหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แม้ช่วงแรกจะถือตามทฤษฎีของชาววิญญูโดยแยกความแตกต่างระหว่างการครอบครองกับการยึดถือธรรมดาออกจากกัน และไม่ให้ผู้ยึดถือธรรมดาอ้างบทคุ้มครองการครอบครองก็ตาม แต่ต่อมาใน ค.ศ. 1975 ได้มีการออกรัฐบัญญัติเลขที่ 75-596 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2282 โดยบัญญัติเพิ่มความในวรรคสองมาตรา 2282 ดังกล่าวว่า “การคุ้มครองการครอบครองเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้ยึดถือเช่นเดียวกัน หากเป็นการใช้ยื่นต่อบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้โอนสิทธิแก่ผู้ยึดถือ” หมายความว่า ผู้ยึดถือ ซึ่งมักจะเจาะจงหมายถึงกรณีสัญญาเช่าตามที่มีการยกตัวอย่างไว้ในรายงานการศึกษาของรัฐสภาฝรั่งเศส⁴⁵ เมื่อบุคคลภายนอกรบกวนการครอบครองหรือแย่งการครอบครองผู้เช่า

⁴⁴ Rudolf von Jhering, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 42, p. 9.

⁴⁵ ดู “Acte de simple tolérance : de l'impossible prescription acquisitive”, *dalloz-actu-etudiant.fr*, (13 juin 2014) accessed 1 September 2020, from <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/acte-de-simple-tolerance-de-limpossible-prescription-acquisitive/h/2822c20ebab0b451e096b59e94c3ef4a.html>.



ในทรัพย์สินที่เช่า ก่อนกลาง ค.ศ. 1975 ผู้เช่าต้องร้องขอให้เจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้ฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครอง ตั้งแต่กลาง ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา ผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิฟ้องคดีได้ในนามของตนเอง แต่หากเป็นปัญหาระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า ต้องไปว่ากล่าวกันเป็นอีกเรื่องต่างหากตามหลักความรับผิดชอบสัญญา ผู้เช่าไม่อาจฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครองต่อผู้ให้เช่าได้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขตามหลักเกณฑ์ มาตรา 2282 วรรคสอง⁴⁶ ดังกล่าว ด้วยเหตุที่สัญญาเช่าผูกพันบุคคลทั้งสองและเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าเป็นผู้โอนสิทธิในใช้สอยทรัพย์สินแก่ผู้เช่าตามหลักในเรื่องเช่านั่นเอง

แต่ศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (Court of Cassation) ตีความบทบัญญัติมาตรา 2282 วรรคสอง ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น (ปัจจุบันคือมาตรา 2278 วรรคสอง) ด้วยว่าจะมีการคุ้มครองการครอบครองได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงที่เด่นชัดที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อครอบครองอย่างชัดเจน ลำพังการก่อสร้างที่เพียงอาจมีผลให้รั้วกำแพงที่แบ่งเขตระหว่างที่ดินสองแปลงมีความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายยังไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะนำคดีมาฟ้องเพื่อคุ้มครองการครอบครองได้⁴⁷

วัตถุประสงค์การคุ้มครองการครอบครองนี้ มีขอบเขตครอบคลุมทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง ดังนั้น ศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสจึงตัดสินว่าภาระจำยอมที่เป็นไปโดยเปิดเผยและต่อเนื่องไม่ขาดตอนอาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีคุ้มครองการครอบครองได้เช่นเดียวกัน⁴⁸ เช่นกรณีภาระจำยอมผ่านทางอาจได้รับความคุ้มครองให้ได้สิทธิเข้าใช้ทรัพย์สินอีกครั้งหากก่อนถูกเจ้าของทรัพย์สินปิดกั้นทางผู้ฟ้องคดีได้ใช้ทรัพย์สินตามความเป็นจริงโดยต่อเนื่องไม่ขาดตอนและเปิดเผย⁴⁹

จากการศึกษาทั้งสองทฤษฎีว่าด้วยการครอบครองที่อธิบายบนพื้นฐานของพัฒนาการของกฎหมายโรมันดังกล่าว เมื่อพิจารณาให้ตีจะพบว่า แม้จะดูเหมือนว่าสองทฤษฎีนี้นำเสนอในสิ่งที่ขัดแย้งกันอยู่ แต่เมื่อพิจารณาตามหลักเหตุผลและแนวทางแก้ไขปัญหาคือข้อบกพร่องของแต่ละทฤษฎีข้างต้น กลับเป็นเรื่องที่ทั้งสองทฤษฎีนี้สามารถนำมาใช้เสริมเพิ่มเติมซึ่งกันและกันและช่วยให้ระบบกฎหมายมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทำให้ปรับใช้หลักการคุ้มครองการครอบครองได้ดี โดยมีการนำเทคนิคต่าง ๆ ที่เป็นผลมาจากแต่ละทฤษฎีมาช่วยในการแก้ไขจุดที่ยังมีข้อบกพร่องให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเพื่อนำไปใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมยุคปัจจุบันได้นั่นเอง

4.3 ครอบครองเป็นสิทธิ หรือเป็นข้อเท็จจริง หรือว่าเป็นทั้งสองอย่างไปพร้อมกัน

ปัญหาว่า “ครอบครองเป็นสิทธิ หรือเป็นข้อเท็จจริง หรือว่าเป็นทั้งสองอย่างไปพร้อมกัน” นี้มีความเห็นในทางวิชาการที่ค่อนข้างหลากหลาย แสดงถึงความซับซ้อนของปัญหาและเป็นเหตุให้

⁴⁶ ปัจจุบันคือมาตรา 2278 วรรคสอง โดยผลของรัฐธรรมนูญที่ 2008-561 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2008 ว่าด้วยการปฏิรูปหลักเกณฑ์อายุความในเรื่องทางแพ่ง ซึ่งแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ว่าด้วยครอบครองเสียใหม่อีกครั้งหนึ่ง.

⁴⁷ Court of Cassation, 3rd Civil Chamber, 7 June 1990, Bull. civ, III, n. 135.

⁴⁸ Court of Cassation, 3rd Civil Chamber, 18 December 2002, Bull. civ, III, n. 259.

⁴⁹ Court of Cassation, 3rd Civil Chamber, 15 February 1995, Bull. civ, III, n. 45.

นักวิชาการของประเทศในระบบชีวิตลอร์วี่เคราะห์และให้เหตุผลไว้หลายทาง เริ่มตั้งแต่แนวคิดดั้งเดิมของนักปรัชญาตะวันตกในระบบกฎหมายชีวิตลอร์วี่ที่ปรากฏในงานเขียนเรื่องสัญญาประชาคมของรูสโซ (Rousseau) ว่าครอบครองมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงและจำต้องแยกความแตกต่างออกจากกรรมสิทธิ์⁵⁰ หรือในหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สินบางเล่มในประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ในการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ในระดับมหาวิทยาลัยยังคงอธิบายว่าในเรื่องทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์เป็นอำนาจทางกฎหมายที่บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สินหนึ่ง ในขณะที่ครอบครองเป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น และมีใช้ทรัพย์สินได้อย่างไร⁵¹ นอกจากนี้ นักวิชาการของรัฐควิเบกของประเทศแคนาดายังคงจัดเรื่องครอบครองอยู่ในประเภทของข้อเท็จจริง⁵² กล่าวคือ จัดอยู่ในหัวข้อความสัมพันธ์ในทางพฤตินัยหรือในทางข้อเท็จจริง (rapports de fait) ในขณะที่กรรมสิทธิ์นั้นเป็นเรื่องของสิทธิ และจัดอยู่ในหัวข้อว่าด้วยความสัมพันธ์ในทางนิตินัยหรือในทางกฎหมาย (rapports de droit)⁵³ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 2192 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของแคนาดาตอนใต้ (The Civil Code of Lower Canada) ซึ่งมีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 1886 ก่อนที่จะมีการออกประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐควิเบกใน ค.ศ. 1991 และมีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 1994 บัญญัติโดยใช้อ้อยคำเหมือนกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2255 ในปัจจุบัน⁵⁴ ทุกประการว่า “การครอบครองเป็นการยึดถือ (Detention) หรือการใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่เรายึดถือหรือใช้ด้วยตนเองหรือโดยผู้อื่นซึ่งยึดถือหรือใช้ในนามของเรา”⁵⁵

จากแนวคิดดั้งเดิมที่มีการแบ่งแยกการครอบครอง (Possession) และการยึดถือ (Detention) ออกจากกัน ทำให้มีการอธิบายว่า ตามทฤษฎีอรรถวิสัยของชาววิญญูซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ดั้งเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในยุคก่อน ค.ศ. 1975 ที่ว่าครอบครองไม่รวมถึงกรณีการยึดถือ โดยเฉพาะกรณีครอบครองในฐานะผู้เช่าธรรมดา⁵⁶ ซึ่งเป็นกรณีขาดองค์ประกอบด้านเจตนา ซึ่งในทัศนะของชาววิญญูต้องเป็นเจตนาในระดับเจตนาเป็นเจ้าของเท่านั้น ส่วนกรณีการยึดถืออื่นนั้นเกิดจากการยอมรับนับถือโดยมีการร้องขอทรัพย์สินจากเจ้าของมาไว้ในกรณียึดถือของผู้ยึดถือโดยปราศจากเจตนา

⁵⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Jean-Jacques Rousseau: Oeuvres complètes - 93 titres (Nouvelle édition enrichie)*, Arvensa editions, 2014, pp. 2396 – 2398. ซึ่งอยู่ในส่วนของงานเขียนเรื่องสัญญาประชาคม เล่ม 1 บทที่ 9 ว่าด้วยเรื่องทรัพย์สิน.

⁵¹ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud and François Chabas, *Leçons de droit civil, Tome 2, Biens, Droits de propriété et ses démembrements*, 8th edition (Paris: Montchrestien, 1994), p. 194.

⁵² Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2nd edition (Montréal: Éditions Thémis, 2007), pp. 199 - 202.

⁵³ *เพ็งฮ้าง*, pp. 146 – 198.

⁵⁴ ตามรัฐบัญญัติเลขที่ 2008-561 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2008 ว่าด้วยการปฏิรูปหลักเกณฑ์อายุความในเรื่องทางแพ่งซึ่งแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ว่าด้วยครอบครองเสียใหม่อีกครั้งหนึ่ง แต่ยังคงความหมายเดิมที่มีมาแต่ครั้งการจัดทำประมวลกฎหมายนโปเลียน ที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. 1804.

⁵⁵ 2192. Possession is the detention or enjoyment of a thing or of a right, which a person holds or exercises himself, or which is held or exercised in his name by another.

⁵⁶ ต่างจากกรณี *emphyteusis* สิทธิการเช่าระยะยาวในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน.

ในระดับเจตนาเป็นเจ้าของ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ครอบครองมีลักษณะเป็นเพียงข้อเท็จจริง และไม่ใช้สิทธิด้วยแต่อย่างใด ตรงกันข้าม ชาวินญูเญีเสนอว่าครอบครองเป็นทั้งสิทธิและข้อเท็จจริงในเวลาเดียวกัน⁵⁷ กล่าวคือ ตามลักษณะในตัวของครอบครองเองและตามธรรมชาติดั้งเดิมของครอบครองนี้ ครอบครองมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงธรรมดา แต่ต่อมาได้เกิดผลบางประการในทางกฎหมาย ครอบครองจึงเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองจากระบบกฎหมายด้วยในลักษณะที่เป็น *jus possessionis* ได้ด้วยเช่นกันภายใต้เงื่อนไขบางประการ ครอบครองจึงมีลักษณะทั้งสองประการดังกล่าวไปพร้อมกัน โดยที่ครอบครองเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง ด้วยเหตุนี้ การใช้ความรุนแรงหรือการใช้กำลังจึงอาจเป็นเหตุให้มีการได้มาหรือการสิ้นสุดของการครอบครองได้ และแม้ไม่มีการใช้ความรุนแรงและเป็นผลมาจากการนิติกรรมการโอนที่ตกเป็นโมฆะเนื่องจากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีการโอนการครอบครองในทางข้อเท็จจริง ก็อาจมีการได้มาซึ่งการครอบครองได้ด้วยเช่นเดียวกันในลักษณะที่เป็นการครอบครองที่เกิดขึ้นขึ้นใหม่ มิใช่การครอบครองที่ได้รับโอนมา

ชาวินญูเญีอธิบายต่อไปว่าหลักการที่ครอบครองเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วยตัวของมันเองนี้มีข้อยกเว้นในบางกรณี โดยเป็นกรณีที่มีการยอมรับให้มีสิทธิครอบครองแม้ไม่ปรากฏว่าได้มาซึ่งการครอบครองโดยข้อเท็จจริง กรณีข้อยกเว้นเหล่านี้เป็นสิ่งที่มาเปลี่ยนแปลงหลักการได้มาซึ่งการครอบครองโดยทางข้อเท็จจริงโดยตัวของมันเอง แต่เมื่อไม่อาจปรับใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นได้ กฎหมายย่อมปฏิเสธสิทธิครอบครอง เพราะไม่มีเหตุแห่งการได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง อีกทั้งไม่มีเหตุแห่งการได้มาซึ่งการครอบครองโดยทางข้อเท็จจริงอีกด้วย⁵⁸ นักกฎหมายโรมันในยุคหลังพยายามรวบรวมกรณีเฉพาะต่าง ๆ ทั้งที่เป็นหลักและข้อยกเว้นหลายประการ ในขณะที่เวลานั้นกวีวิชาการอีกส่วนหนึ่งก็ได้โต้แย้งโดยยกตัวอย่างกรณีที่แตกต่างออกไปมาหักล้างเช่นเดียวกัน สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะไม่มีหลักการที่ชัดเจนไปในทางใดทางหนึ่งในทางทฤษฎี กฎหมายโรมันยุคทองมุ่งเน้นแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเป็นสำคัญ ส่วนการรวบรวมหลักเกณฑ์และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงในสมัยโรมันตอนท้ายก็เป็นความพยายามในการปรุงแต่งในทางนิติศาสตร์เพื่อสร้างหลักกฎหมายเพิ่มเติมในยุคหลังเท่านั้น

ลักษณะทั้งสองประการของครอบครองที่โดยหลักเป็นข้อเท็จจริงและเป็นสิทธิในบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้นได้ด้วยตามความเห็นของชาวินญูเญี การครอบครองไม่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่อาจมีได้เพียงการยึดถือเท่านั้น เช่น การเช่า การฝากทรัพย์ และการยืมใช้คงรูป ซึ่งอาจมีได้เพียงการยึดถือเท่านั้น แต่ไม่มีการครอบครอง เพราะไม่อาจมีเจตนาเป็นเจ้าของซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของครอบครองตามทฤษฎีอติวิสัยได้ แต่อาจมีกรณียกเว้นได้ในกรณีที่เจ้าของทำการโอนการครอบครองภายใต้เงื่อนไขที่ต้องมีการโอนทั้งองค์ประกอบภายในและองค์ประกอบภายนอกของการครอบครอง เช่น การขายสิทธิครอบครองโดยมีการส่งมอบการครอบครอง (*emtio possessionis*) การให้เช่าระยะยาวในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน การครอบครองเป็นข้อเท็จจริงในฐานะที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริงโดยแท้ ด้วยเหตุนี้ การขายและการเช่าไม่ส่งผล

⁵⁷ Friedrich Carl von Savigny, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 40, pp. 38 – 41.

⁵⁸ *เพ็งอ้าง*, p. 41.

ต่อการได้มาซึ่งการครอบครอง แต่การครอบครองก็อาจเป็นสิทธิหากเป็นเรื่องที่เจ้าของโอนสิทธิและการครอบครองในทางข้อเท็จจริงไปครบถ้วนทั้งสองประการ ด้วยเหตุนี้ ครอบครองจึงเป็นทั้งข้อเท็จจริงและสิทธิในเวลาเดียวกัน⁵⁹

ต่อมา เยียริงได้นำทฤษฎีภาวะวิสัยว่าด้วยครอบครองขึ้นโต้แย้งชาววิญญูที่ว่าองค์ประกอบภายในของเรื่องครอบครองไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีเจตนาเป็นเจ้าของ และอาจเป็นเจตนาในระดับเจตนายึดถือเพื่อตนก็เป็นการเพียงพอแล้ว สำหรับองค์ประกอบภายนอกเรื่องยึดถือนั้นเป็นผลมาจากเจตนาตนเอง และไม่จำเป็นต้องแยกกรณียึดถือออกเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหากตามทฤษฎีอัตวิสัยแต่อย่างใด เพราะเมื่อยึดถือทรัพย์สินโดยมีเจตนายึดถือเพื่อตนก็เป็นการเพียงพอแล้วในเรื่องการได้มาซึ่งการครอบครอง ครอบครองเริ่มต้นจากแสดงออกให้ปรากฏภายนอกแก่บุคคลทั่วไปถึงอำนาจในทางข้อเท็จจริงเหนือทรัพย์สินตามเจตนายึดถือเพื่อตน เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐศาสตร์ แต่การครอบครองเป็นเพียงวิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น แต่มิใช่วัตถุประสงค์สุดท้ายในตัวของมันเอง โดยวิธีการคุ้มครองทางกฎหมาย ประโยชน์ในทางข้อเท็จจริงของครอบครองได้เข้ามามีรูปแบบของประโยชน์ในทางกฎหมาย⁶⁰ ดังนั้น ครอบครองจึงเป็นเหตุแห่งการได้มาซึ่งสิทธิ และมีใช้เพียงข้อเท็จจริงเท่านั้น แนวคิดที่ว่าด้วยครอบครองของเยียริงตามทฤษฎีภาวะวิสัยนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในประเทศเยอรมนี และปรากฏเป็นหลักการว่าด้วยครอบครองในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 854⁶¹ วรรคหนึ่งว่าการครอบครองได้มาโดยการมีอำนาจทางข้อเท็จจริงเหนือทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่ง⁶² เช่นนี้ จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างการยึดถือ (Detention) กับการครอบครอง (Possession)⁶³ ดังเช่นตามทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญูแต่อย่างใด โดยบทกฎหมายว่าด้วยครอบครองเป็นบทบัญญัติเฉพาะแยกต่างหากจากเรื่องกรรมสิทธิ์ ตามโครงสร้างในบรรพ 3 ของ BGB ได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและทรัพย์สินมีรูปร่าง ไม่ว่าจะมิลักษณะเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นสิทธิ และไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยนิติกรรมหรือโดยผลของกฎหมายหลังจากวางบทนิยามโดยจัดความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินกับกรรมสิทธิ์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิให้

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, p. 42.

⁶⁰ Rudolf von Jhering, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 42, pp. 21 – 22.

⁶¹ Section 854 Acquisition of possession

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

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

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 919 วรรคหนึ่ง บัญญัติทำนองเดียวกับที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 854 วรรคหนึ่ง

“Troisième partie: De la possession et du registre foncier Titre vingt-quatrième: De la possession Art. 919

1 Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession.

2 En matière de servitudes et charges foncières, la possession consiste dans l'exercice effectif du droit.”

⁶³ Michel Fromont, *Droit Allemand des affaires. Droit des biens et des obligations*, (Paris, Domat, 2001), p. 144



อำนาจเหนือทรัพย์สินในส่วนที่มากที่สุดแล้ว มีการวางบทบัญญัติว่าด้วยครอบครองตามมาในมาตรา 854 ถึงมาตรา 872 ในฐานะที่เป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริง ก่อนที่จะได้กล่าวถึงการจัดระบบหลักเกณฑ์ว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิต่าง ๆ ในบทบัญญัติส่วนต่อ ๆ มา

งานร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งออกเป็นสองช่วง ช่วงแรก ร่างโดยคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1874 และมีแบร์นฮาร์ด วินชайдต์ (Bernhard Windscheid) นักคิดสำนัก Pandectist และก๊อตลิบ พลังค์ (Gottlieb Planck) ผู้พิพากษา เป็นผู้มีบทบาทสำคัญ ต่อมาใน ค.ศ. 1887 คณะกรรมการได้นำร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับแรกออกเผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็น โดยในเรื่องครอบครองร่างขึ้นภายใต้แนวคิดทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญู โดยแยกระหว่างการยึดถือกับการครอบครองโดยกำหนดให้ครอบครองต้องมียุติประกอบภายในเป็นเรื่องเจตนาเป็นเจ้าของ ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งนโปเลียนที่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. 1804 แต่เมื่อนำออกรับฟังความคิดเห็นกลับได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นต่าง ๆ แทบทุกจุดในตัวร่างประมวลกฎหมายทั้งฉบับอย่างมากมาย มีการตีพิมพ์บทความวิพากษ์วิจารณ์ร่าง BGB ฉบับแรก รวมทั้งสิ้นไม่น้อยกว่า 600 บทความ⁶⁴ การแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรงกับแนวคิดของผู้ร่างมาจากนักวิชาการเยอรมันจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเห็นของสำนักประวัติศาสตร์สายเยอรมานิก⁶⁵ นำโดย อ็อตโต ฟอน เกียกเก (Otto von Gierke) ข้อโต้แย้งของเกียกเกส่งผลให้รัฐบาลเยอรมันถอนร่างที่หนึ่งของ BGB ออกจากการพิจารณาเพื่อทำการปรับปรุงใหม่โดยแต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายชุดใหม่ จากแต่เดิมที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายชุดแรกมีแนวคิดส่วนใหญ่ไปในทางสำนักประวัติศาสตร์สายโรมัน ได้เปลี่ยนมาเป็นแนวทางของสำนักประวัติศาสตร์สายเยอรมานิก และทำการร่างเสร็จใน ค.ศ. 1895 ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1896 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 โดยมีการเปลี่ยนจากการวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยครอบครองตามแนวคิดทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญูมาเป็นแนวคิดทฤษฎีภาววิสัยของเฮยริงในที่สุด⁶⁶ โดยองค์ประกอบภายในของครอบครองอาจเป็นเพียงเจตนายึดถือเพื่อตนก็ได้ ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีเจตนาเป็นเจ้าของ ดังนั้น จึงไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างการครอบครองกับการยึดถือตามแนวคิดดั้งเดิมของฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ใช้บังคับในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1804 ถึง ค.ศ. 1975 ที่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดการครอบครองตามทฤษฎีอัตวิสัยของชาววิญญู กล่าวโดยเฉพาะคือ ผู้เช่าและผู้ยืมในกรณียืมใช้คงรูป รวมทั้งผู้รับฝากทรัพย์สินได้รับการสันนิษฐานว่ามีการครอบครองด้วย มิใช่มีแต่เพียงการยึดถือเท่านั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะพิสูจน์หักล้างได้ว่าเป็นเพียงการยึดถือไว้แทนผู้อื่นเท่านั้นแต่ไม่มีเจตนายึดถือเพื่อตนซึ่งเป็น

⁶⁴ Claude Witz, *Droit privé allemand, Volume 1 Actes juridiques, droits subjectifs*, (Paris: Litec, 1992), No. 26, p. 28.

⁶⁵ มีใช้สำนักประวัติศาสตร์สายโรมันอย่าง Savigny.

⁶⁶ Hans Jürgen Sonnenberger, "La possession en droit des biens du BGB Allemand: pouvoir de fait matériel ou notion juridique fonctionnelle?" , in: *Le droit entre autonomie et ouverture: Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, edited by Jean-Yves Chérot, Sylvie Cimamonti, Laetitia Tranchant and Jérôme Trémeau (Bruxelles: Editions, 2013), pp. 731 - 748.

องค์ประกอบภายในของเจตนาเพราะเหตุที่มี *causa possessionis* และไม่ถึงขนาดต้องมีเจตนาในระดับเจตนาเป็นเจ้าของ ขอเพียงมีเจตนาที่จะสร้างและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์กับทรัพย์สินนั้นโดยมีการใช้อำนาจทางข้อเท็จจริงเหนือทรัพย์สินนั้นได้ก็ย่อมเป็นการเพียงพอแล้วที่จะได้มาซึ่งการครอบครอง⁶⁷

ข้อโต้แย้งทางทฤษฎีเกี่ยวกับการครอบครองตามทฤษฎีอรรถวิสัยและทฤษฎีภาวะวิสัยนี้ได้หมดความสำคัญลงเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วยครอบครองจนกระทั่งมีลักษณะใกล้เคียงกับหลักการที่ยึดถือกันในประเทศเยอรมนี

ผลการศึกษาของนักวิชาการหลายท่านในปัจจุบันยืนยันว่าครอบครองเป็นข้อเท็จจริงและสิทธิไปพร้อมกัน⁶⁸ ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าครอบครองอาจเป็นข้อเท็จจริงก็ได้ หรืออาจเป็นสิทธิก็ได้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิครอบครองเพราะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ในขณะนั้น หรือมีสิทธิครอบครองแม้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินผู้มีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นก็ตามในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินสิทธิแยกต่างหากออกมาโดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ด้วยเสมอไป หรือเป็นสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาและมีผลในทางกฎหมายโดยในอาจสอดคล้องกับสิทธิในทางกฎหมายของเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงหรือไม่ก็ได้⁶⁹ และเมื่อมีปัญหาข้อพิพาทเป็นคดีขึ้นสู่ศาลไม่ว่าตามกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายฝรั่งเศสกลับไม่มีการแบ่งแยก “ครอบครองโดยพฤตินัย (*de facto* Possession)” กับ “ครอบครองโดยนิตินัย (Legal Possession)” ออกจากกัน โดย BGB วางบทคุ้มครองการครอบครองในขอบเขตที่กว้างกว่าบทบัญญัติกฎหมายฝรั่งเศสเล็กน้อยโดยมีผลเป็นเช่นเดียวกัน⁷⁰ และบางท่านสรุปว่า ในที่สุด เราไม่ควรมีข้อสรุปที่เกินจริงไปว่าทฤษฎีของชาววิญญูและเยียริงโต้แย้งกันอย่างสิ้นเชิง จากแนวทางวิเคราะห์ที่แตกต่างกันโดยมีจุดเด่นของแต่ละทฤษฎีที่มีส่วนในการแก้ไขจุดอ่อนซึ่งกันและกันในแต่ละทฤษฎีของทั้งสองด้านนี้ แท้จริงแล้วจึงมีลักษณะเป็นความแตกต่างปลีกย่อยในรายละเอียดมากกว่าจะเป็นความแตกต่างในลักษณะขั้นพื้นฐานอย่างสิ้นเชิง⁷¹

ดังนั้น จึงอาจสรุปความได้ว่า ครอบครองมิได้เป็นสิทธิเพียงประการเดียว หรือเป็นข้อเท็จจริงเพียงประการเดียวเท่านั้น หากแต่มีข้อพิจารณาควบคู่กันไปในลักษณะที่เป็นทั้งสองอย่างไปพร้อมกันตามระบบกฎหมายซึ่งต้องนำมาปรับใช้ในกรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติตามหลักนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์นั่นเอง

⁶⁷ Rudolf von Jhering, *Der besitzwille. Zugleich eine kritik der herrschenden juristischen methode*, (Jena: G. Fischer, 1889), pp. 19 – 20; Rudolf von Jhering, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 42, pp. 12 – 16.

⁶⁸ Simon Douglas, “Is Possession Factual or Legal?”, Cambridge Core, (December 2017) accessed 1 September 2020, from <https://www.cambridge.org/core/books/consequences-of-possession/is-possession-factual-or-legal/29A29310AAE3EABB9DEAFDA018A6D7C8>, pp. 56–76.

⁶⁹ Christian Larroumet, *Droit civil: Les biens, droits réels principaux*, Collection Droit civil: Série Enseignement, Volume 2 (Paris: Economica, 1988), No. 56, pp. 47– 48.

⁷⁰ ตาม BGB มาตรา 854 และมาตรา 859 และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่แก้ไขใหม่ใน ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา มาตรา 2278.

⁷¹ Olivier Radley-Gardner, “Civilized Squatting”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 25, Issue 4, p. 743 (2005).

5. แนวทางพัฒนาหลักการใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยการครอบครองในประเทศไทย

ในประเทศไทย เมื่อมีการร่างมาตรา 1367 ในเรื่องครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยผ่านทางประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยอ้างอิงที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 180 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น⁷² ซึ่งบัญญัติในเรื่อง “การได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง” ว่า “สิทธิครอบครองอาจได้มาโดยการยึดถือทรัพย์สินด้วยเจตนายึดถือเพื่อตน” ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในอนุมาตรา 4 ของมาตรา 1-2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกของญี่ปุ่นซึ่งได้รับความเห็นชอบเมื่อ ค.ศ. 1890 ว่าสิทธิครอบครองเป็นทรัพย์สินที่ไม่ต่างกับกรรมสิทธิ์ สิทธิเก็บกิน อาศัย สิทธิการเช่า และสิทธิเหนือพื้นดิน และต่อมาได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นตามแนวทางในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁷³ ที่ร่างเสร็จและนำออกรับฟังความคิดเห็นใน ค.ศ. 1888 โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับที่ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องสิทธิครอบครองไว้ในบรรพ 2 ทรัพย์สิน สิทธิ ลักษณะ 2 สิทธิครอบครอง มาตรา 180 ถึงมาตรา 205 ต่อเนื่องจากลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ครอบครองในลักษณะ 2 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติส่วนแรกที่กล่าวถึงทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ โดยมีลักษณะ 3 ต่อมาเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ มีข้อสังเกตว่าแตกต่างไปจากโครงสร้างในบรรพ 3 กฎหมายทรัพย์สิน ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเล็กน้อย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางบทบัญญัติว่าด้วยครอบครองขึ้นต้นไว้เป็นลำดับแรกในลักษณะ 1 โดยที่กฎหมายเยอรมันมิได้กำหนดว่าครอบครองเป็นสิทธิทางหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่ไต่ถามได้แต่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ในลักษณะที่เป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Right) หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิที่ไต่ถามได้แก่บุคคลทั่วไป ในลักษณะที่เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ซึ่งในประเด็นนี้ นักวิชาการจัดว่าครอบครองอยู่ในกลุ่มที่เป็นสิทธิประเภทพิเศษแยกต่างหากออกไปจากการแบ่งแยกประเภทของทรัพย์สินและสิทธิทางหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็น “สิทธิที่มีอำนาจพิเศษเป็นเอกเทศแบบสัมพัทธ์ (Relative) เหนือทรัพย์สิน”⁷⁴ โดยไม่เป็นมูลเหตุแห่งการได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยมีลักษณะผสมผสานจากหลักเกณฑ์เรื่องนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งในกรณีนิติกรรมทางทรัพย์สินโดยความสมัครใจที่ก่อให้เกิดสิทธิอำนาจเหนือทรัพย์สิน โดยอยู่กึ่งกลางระหว่างสิทธิเด็ดขาดกับสิทธิสัมพัทธ์ จากนั้นจึงเป็นบทบัญญัติในลักษณะ 2 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยสิทธิในที่ดิน มาตรา 873 ถึงมาตรา 902 แล้วจึงวางบทบัญญัติเรื่องกรรมสิทธิ์ในลักษณะ 3 มาตรา 903 ถึงมาตรา 1017 แต่ต่อมามีการยกเลิกมาตรา 1012 ถึงมาตรา 1017

⁷² พระยามานวราชเสวี, หนังสือที่ระลึกครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี, ตอนที่ 2 ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5, คณะกรรมการจัดงานเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2533, หน้า 55.

⁷³ Shigenari Kanamori, “German influences on Japanese Pre-war Constitution and Civil Code”, *European Journal of Law and Economics*, Volume 7, 93-95 (1999).

⁷⁴ Claude Witz, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถ* ที่ 64, No. 585 and 597, pp. 461 and 466 – 467.

ซึ่งเป็นความตอนท้ายในเรื่องกรรมสิทธิ์รวมไป จากนั้นเป็นบทบัญญัติในลักษณะ 4 ภาวะจำยอมและสิทธิเก็บกิน ในมาตรา 1018 ถึงมาตรา 1093 มีบทบัญญัติในลักษณะ 5 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้ซื้อทรัพย์สินก่อนตามมาตรา 1094 ถึงมาตรา 1104 ภาวะติดพันเหนือที่ดินในลักษณะ 6 มาตรา 1105 ถึงมาตรา 1112 ลักษณะ 7 จำนวนและภาวะติดพันต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดิน มาตรา 1113 ถึงมาตรา 1203 ลักษณะ 8 จำนำสังหาริมทรัพย์และจำนำสิทธิ มาตรา 1204 ถึงมาตรา 1296

กฎหมายเยอรมันแบ่งประเภทของครอบครองออกเป็น 2 กลุ่ม แต่มีได้ยึดถือตามแนวทางที่แบ่งไว้ในกฎหมายโรมันทั้งหมด โดยแบ่งออกเป็น กลุ่มที่หนึ่ง การครอบครองด้วยตนเองกับการครอบครองโดยผู้อื่นครอบครองแทน การครอบครองด้วยตนเองเป็นการครอบครองทรัพย์สินด้วยตนเองอย่างเจ้าของ (*animus rem sibi habendi*) ตามมาตรา 872 ไม่ว่าจะมียึดถือตามกฎหมายที่จะครอบครองหรือไม่⁷⁵ ตรงข้ามกับการครอบครองโดยผู้อื่นครอบครองแทน (*animus alieno nomine tenendi*) และกลุ่มที่สอง เมื่อเป็นกรณีการครอบครองด้วยตนเอง เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจยึดถือทรัพย์สินทางกายภาพด้วยตนเองย่อมเป็นการครอบครองโดยตรง (Direct Possession) ตามมาตรา 854⁷⁶ แต่ถ้าผู้ครอบครองมีเจตนาครอบครองเพื่อตนเองแต่การยึดถือทางกายภาพกระทำโดยมีผู้อื่นยึดถือไว้ให้โดยเคารพเจตนาของผู้ครอบครองจัดเป็นกรณีการครอบครองโดยอ้อม (Indirect Possession) ตามมาตรา 868⁷⁷ การครอบครองจึงอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบที่มีการผสมผสานระหว่างรูปแบบต่าง ๆ ในกลุ่มที่หนึ่งและกลุ่มที่สองดังกล่าว

กฎหมายเยอรมันยังแยกความแตกต่างระหว่างผู้ครอบครองที่อาจมีเจตนายึดถือเพื่อตนได้กับกรณีไม่อาจมีเจตนายึดถือเพื่อตนได้ เพราะเหตุเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ครอบครองโดยไม่ปรากฏว่ามีเจตนายึดถือเพื่อตน จึงไม่มีการครอบครองตามความหมายในมาตรา 855⁷⁸

สำหรับกฎหมายไทยว่าด้วยครอบครอง บทบัญญัติมาตรา 1368 ที่บัญญัติว่า “บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้” มีการใช้ถ้อยคำตรงกับที่บันทึกไว้ในดัชนีที่มาของบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 – 5 ที่อ้างอิงมาตรา 181 แห่งประมวล

⁷⁵ Section 872 Proprietary possession.

A person who possesses a thing as belonging to him is a proprietary possessor.

⁷⁶ Section 854 Acquisition of possession

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

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

⁷⁷ Section 868 Indirect possession

If a person possesses a thing as a usufructuary, a pledgee, a usufructuary lessee, a lessee, a depositary or in a similar relationship by virtue of which he is, in relation to another, entitled to possession or obliged to have possession for a period of time, the other person shall also be a possessor (indirect possession).

⁷⁸ Section 855 Agent in possession

If a person exercises actual control over a thing for another in the other's household or in the other's trade or business or in a similar relationship, by virtue of which he has to follow instructions from the other that relate to the thing, only the other shall be the possessor.



กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่เพียงบทกฎหมายเดียว ไม่มีการอ้างบทกฎหมายของประเทศอื่นใดอีก⁷⁹ หมายความว่า การครอบครองโดยอ้อมนี้ อาจเป็นกรณีผู้ครอบครองแทนมีการครอบครองเพราะมีเจตนายึดถือเพื่อตนตามมาตรา 854 ประกอบมาตรา 872 หรือเป็นเพียงผู้ยึดถือแทนโดยผู้ยึดถือไม่มีเจตนาครอบครองตามมาตรา 855 ก็ได้นั่นเอง

ส่วนกรณีตามมาตรา 1380 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“การโอนไปซึ่งการครอบครองย่อมเป็นผล แม้ผู้โอนยังยึดถือทรัพย์สินอยู่ ถ้าผู้โอนแสดงเจตนาว่าต่อไปจะยึดถือทรัพย์สินนั้นแทนผู้รับโอน

ถ้าทรัพย์สินนั้นผู้แทนของผู้โอนยึดถืออยู่ การโอนไปซึ่งการครอบครองจะทำโดยผู้โอนสั่งผู้แทนว่า ต่อไปให้ยึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้รับโอนก็ได้”

มีที่มาจากมาตรา 184⁸⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งตรงกับบทบัญญัติมาตรา 870⁸¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เรื่องครอบครองในกฎหมายญี่ปุ่นรับเอาแนวคิดตามกฎหมายเยอรมัน⁸² โดยยึดถือตามทฤษฎีภาวะวิสัยของเยยริง และแตกต่างไปจากแนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยครอบครองในกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งได้รับอิทธิพลในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งจากทฤษฎีอัตวิสัยของชาวญูญี ตามบทบัญญัติมาตรา 180 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นข้างต้น นอกจากเจ้าของแล้ว ผู้เช่า ผู้รับฝากทรัพย์สิน หรือบุคคลอื่นที่ยึดถือทรัพย์สินโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของย่อมได้สิทธิครอบครองตามบทบัญญัติดังกล่าว โดยไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างการครอบครองและการยึดถือออกจากกันตามแบบของฝรั่งเศสที่ยึดถือกันมาแต่เดิมว่าผู้เช่า ผู้ยืมกรณียืมใช้คงรูป หรือผู้รับฝากทรัพย์สิน ไม่ใช่ผู้ครอบครอง หากแต่เป็นเพียงผู้ยึดถือเท่านั้น แนวคิดในการร่างดั้งเดิมของบัวโซนาเด (Boissonade) ชาวฝรั่งเศสที่มีบทบาทในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ถูกละเลยและหันไปยึดถือแนวทางหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้กฎหมายแพ่งเยอรมันแทน⁸³ นอกจากนี้ หลักการคุ้มครองการครอบครองตามกฎหมายฝรั่งเศสที่จำกัดที่ใช้เฉพาะในกรณีอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นก็ได้นำมาใช้ในกฎหมายญี่ปุ่น เนื่องจากตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บทคุ้มครองการครอบครองใช้บังคับได้ทั้งในกรณีอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ด้วย

⁷⁹ พระยามานวราชเสวี, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 72, หน้า 55.

⁸⁰ Article 184 Transfers of Possession by Instructions

In cases where a Thing is in an agent's possession, if the principal orders that agent to thenceforward possess that Thing on behalf of a third party, and such third party consents thereto, that third party shall acquire possessory rights.

⁸¹ Section 870 Transfer of indirect possession

Indirect possession may be transferred to another by assigning to the other the claim to return of the thing.

⁸² Hiroshi Oda, “Japanese Law”, Oxford Scholarship Online, (May 2009) accessed 1 September 2020, from <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199232185.001.1/acprof-9780199232185>, p. 164.

⁸³ Michel Grimaldi, Naoki Kanayama, Naoya Katayama and Mustapha Mekki, *Le patrimoine au XXI^e siècle: regards croisés franco-japonais*, Volume 12 (Paris: Société de législation comparée, 2012), p. 415.

เมื่อมาตรา 1367 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นมาตราแรกของบรรพ 4 ทรัพย์สิ้น “ลักษณะ 3 ครอบครอง” ว่า “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สิ้นโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง” มีข้อสังเกตว่าเป็นการบัญญัติที่ต่อเนื่องจาก ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป และลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ จากนั้นจึงเป็นบทบัญญัติลักษณะ 4 ภาระจำยอม ลักษณะ 5 อาศัย ลักษณะ 6 สิทธิเหนือพื้นดิน ลักษณะ 7 สิทธิเก็บกิน และลักษณะ 8 ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ จึงเป็นส่วนที่แยกต่างหากจากเรื่องกรรมสิทธิ์ และทรัพย์สินที่จำกัดครอบครองกรรมสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ แต่ก็เป็นกรณีสืบเนื่องมาซึ่งสิทธิครอบครองเป็นสิทธิด้วย มิใช่เป็นเพียงข้อเท็จจริงเท่านั้น

ควรสังเกตว่าข้อเท็จจริงในลักษณะ 3 ของบรรพ 4 ที่ใช้ถ้อยคำว่า “ครอบครอง” สั้น ๆ นั้นเป็นการถูกต้องแล้ว เพราะครอบครองอาจเป็นได้ทั้งสิทธิและข้อเท็จจริง โดยมีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1367 เสียก่อนว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง ซึ่งอาจเป็นการได้มาซึ่งการครอบครองโดยชอบหรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ และได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1374 และมาตรา 1375 เหมือน ๆ กัน⁸⁴ แต่หากเป็นกรณีการได้มาซึ่งการครอบครองโดยชอบ อาจได้รับการคุ้มครองมากกว่าการได้มาซึ่งการครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 1376 “ถ้าจะต้องส่งทรัพย์สิ้นคืนแก่บุคคลผู้มีสิทธิเอาคืนไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึง 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม” โดยกฎหมายคุ้มครองการได้มาซึ่งการครอบครองมาโดยสุจริตยิ่งกว่าการได้มาโดยไม่สุจริต ผลตามมาตรา 1377 วรรคหนึ่ง “ถ้าผู้ครอบครองสละเจตนาครอบครองหรือไม่ยึดถือทรัพย์สิ้นต่อไปไซ้ การครอบครองย่อมสุดสิ้นลง” และมาตรา 1378 “การโอนไปซึ่งการครอบครองนั้นย่อมทำได้โดยส่งมอบทรัพย์สิ้นที่ครอบครอง” อันเป็นเหตุแห่งการสิ้นสุดการครอบครองโดยสมัครใจของผู้ครอบครองเดิม เป็นเหตุให้ผู้ได้มาซึ่งการครอบครองโดยชอบนั้นไม่ต้องคืนการครอบครองแก่ผู้ครอบครองเดิมเพราะมิใช่กรณีแย่งการครอบครองมาตรา 1375 ผลในเรื่องอายุความได้สิทธิในทรัพย์สิ้นอันได้มาโดยการกระทำผิดนั้น ตามมาตรา 1383 เมื่อมีกำหนดอายุความแพ่งตามมาตรา 1382 แตกต่างกับกำหนดอายุความอาญาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 1383 เมื่อเป็นกรณีเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้รับโอนไม่สุจริต มีผลทำให้เป็นการได้มาซึ่งการครอบครองโดยไม่ชอบ กฎหมายกำหนดให้ใช้กำหนดอายุความที่ยาวกว่าซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลคุ้มครองน้อยกว่ากรณีได้การครอบครองมาโดยชอบเพราะมิใช่ผู้กระทำผิดหรือมิใช่ผู้รับโอนไม่สุจริต⁸⁵

⁸⁴ มาตรา 1374 ถ้าผู้ครอบครองถูกรบกวนในการครอบครองทรัพย์สิ้น เพราะมีผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะให้ปลดเปลื้องการรบกวนนั้นได้ ถ้าเป็นที่น่าวิตกว่าจะยังมีการรบกวนอีกผู้ครอบครองจะขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้

การฟ้องคดีเพื่อปลดเปลื้องการรบกวนนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาถูกรบกวน.

มาตรา 1375 ถ้าผู้ครอบครองถูกแย่งการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะคืนซึ่งการครอบครอง เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สิ้นดีกว่าซึ่งเป็นเหตุให้เรียกคืนจากผู้ครอบครองได้

การฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง.

⁸⁵ มาตรา 1383 ทรัพย์สิ้นอันได้มาโดยการกระทำผิดนั้น ท่านว่าผู้กระทำผิดหรือผู้รับโอนไม่สุจริตจะได้กรรมสิทธิ์โดยอายุความก็แต่เมื่อพ้นกำหนดอายุความอาญา หรือพ้นเวลาที่กำหนดไว้ในมาตราก่อน ถ้ากำหนดไต่หนายาวกว่า ท่านให้ใช้กำหนดนั้น.



สำหรับบทบัญญัติมาตรา 1385 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าโอนการครอบครองแก่กัน ผู้รับโอนจะนับเวลาซึ่งผู้โอนครอบครองอยู่ก่อนนั้นรวมเข้ากับเวลาครอบครองของตนก็ได้ ถ้าผู้รับโอนนับรวมเช่นนั้น และถ้ามีข้อบกพร่องในระหว่างครอบครองของผู้โอนไซ้ ท่านว่าข้อบกพร่องนั้นอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนได้” นั้น อ้างอิงที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 187⁸⁶ และบทบัญญัติ BGB มาตรา 943⁸⁷ ด้วยทั้งสองแห่ง นอกจากนี้ ยังอ้างอิงที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 2235 เดิมแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย⁸⁸ คาดหมายว่าผู้ร่างชาวฝรั่งเศสได้คำนึงถึงแนวทางตีความกฎหมายของศาลฝรั่งเศสด้วยว่าหากผู้รับโอนนับเวลาซึ่งผู้โอนครอบครองอยู่ก่อนนั้นรวมเข้ากับเวลาครอบครองของตน และการครอบครองของผู้โอนการครอบครองเป็นการครอบครองโดยมิชอบ ผู้รับโอนการครอบครองต้องรับเอาข้อบกพร่องของผู้โอนการครอบครองนั้นมาด้วย ตามที่ยังคงปรากฏแนวคำพิพากษาเช่นนี้อยู่ในปัจจุบัน⁸⁹

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาว่าด้วยครอบครองเกิดขึ้นตั้งแต่ปัญหาประการแรกว่า เมื่อกล่าวถึงเรื่องครอบครองแล้ว เป็นสิ่งที่ไม่อาจกล่าวรวมไปในประเด็นเรื่องทรัพย์สินได้ เนื่องจากไม่อาจกล่าวได้ว่าครอบครองเป็นสิทธิ (Right) ในความหมายโดยแท้ได้ ครอบครองจัดอยู่ในอาณาบริเวณของข้อเท็จจริง (Facts) หรืออาจกล่าวได้ว่าครอบครองมีลักษณะผสมผสานกันโดยเป็นทั้งข้อเท็จจริงและสิทธิในขณะเดียวกัน⁹⁰ จึงสมควรกล่าวถึงปัญหาเรื่องครอบครองเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหากและไม่กล่าวรวมไปในปัญหาเรื่องทรัพย์สินเมื่อมีการศึกษาหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน

ในทางดารา มีข้อโต้แย้งที่สำคัญในระบบซวิตเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่ด้วย โดยมีปัญหาว่า ครอบครองนับว่าเป็นสิทธิ (Right) หรือว่าเป็นแต่เพียงข้อเท็จจริง (Facts) เท่านั้น แต่ไม่ใช่สิทธิแต่อย่างใด ซึ่งในกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปซึ่งเป็นต้นตอที่มาของระบบซวิตเซอร์แลนด์ถือกันว่าครอบครองเป็นข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิ และครอบครองเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ นักนิติศาสตร์สมัยโรมันมิได้สร้างทฤษฎีอันเป็นหนึ่งเดียวหรือจัดระบบความคิดที่สอดคล้องกับหลักเหตุผล แต่ได้แยกแยะแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวแตกต่างกันไปตามสถานการณ์ โดยที่มีทั้งทฤษฎีว่าด้วย

⁸⁶ Article 187 Succession to Possession

(1) A successor to a possessor may, at the option of the successor, assert either his/her possession only, or his/her possession together with that of the predecessor.

(2) In cases where a person asserts the possession of the predecessor together with his/her own, he/she shall also succeed to defects in the same.

⁸⁷ Section 943 Acquisition by prescription and succession in title

If as a result of succession in title the thing enters the proprietary possession of a third party, the prescription period that has passed in the possession of the predecessor in title benefits the third party.

⁸⁸ พระยามานวราชเสวี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 72, หน้า 56.

⁸⁹ Court of Cassation, 1st Civil Chamber, 16 June 1971, *Dalloz*, 1971, p. 566 note A.B.

⁹⁰ Jean-Philippe Lévy and André Castaldo, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 1, No. 347, p. 493.

กรรมสิทธิ์ควบคู่กันไปกับทฤษฎีว่าด้วยการครอบครอง แยกแยะข้อเท็จจริงแล้วปรับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ จึงมีลักษณะเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณี ๆ ไป ต่อมาในศตวรรษที่ 19 ชาวยุโรปและเอเชียจึงได้พยายามเข้ามาจัดระบบความคิด และเสนอทฤษฎีว่าด้วยการครอบครองและแยกความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์กับการครอบครองให้เกิดความชัดเจน

แม้ว่าแนวคิดเรื่องครอบครองในปัจจุบันจะมีรากฐานดั้งเดิมมาจากแนวคิดสมัยโรมัน แต่ในสมัยกลางต่อมาได้เกิดมีข้อความคิดใหม่ของคนเฒ่าคนแก่ว่าด้วย *saisine* ขึ้นเป็นเอกเทศ⁹¹ และเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในช่วงสมัยกลางที่มีใช้กรรมสิทธิ์และครอบครองไปในทางใดทางหนึ่ง แต่มีผลบังคับในทางกฎหมายได้ทั้งเรื่องกรรมสิทธิ์และครอบครองเลยทีเดียว จากนั้น ในอีกหลายศตวรรษต่อมา เกิดการหลอมรวมแนวคิดที่ *saisine* ในระบบพิวตัลเข้ากับแนวคิดว่าด้วยครอบครองของยุคโรมัน แม้ว่าจะจะเป็นไปอย่างไม่สมบูรณ์นักก็ตาม จากนั้น ได้มีการจัดระบบความคิดแล้วนำเสนอเป็นหลักกฎหมายในคราวการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นเองที่มีความสำคัญยิ่งในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ ตั้งแต่การปรับใช้กฎหมายตามบ่อเกิดแห่งกฎหมาย การใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย สมควรคำนึงถึงผลการศึกษาค้นคว้าความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินนี้ประกอบการศึกษาด้วย

แม้ว่าในโลกตะวันตกจะมีการยอมรับหลักการครอบครองสิทธิ เช่น การครอบครองหนี้ การครอบครองหุ้น การครอบครองภาระจำยอม การครอบครองสิทธิเก็บกิน ด้วยก็ตาม แต่ในประเทศไทย อาจจะมีปัญหาข้อสงสัยว่าวัตถุแห่งการครอบครองมีได้แต่เฉพาะวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น หรือหมายรวมถึงกรณีการครอบครองสิทธิอันมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างได้ด้วยก็ตาม

ครอบครองมีรากฐานดั้งเดิมมาจากแนวคิดสมัยโรมันที่เกิดขึ้นจากความจำเป็นในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมโรมัน โดยที่ยังไม่มีการพัฒนาแนวคิดในทางทฤษฎีอย่างชัดเจน นอกเหนือไปจากการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ มีความจำเป็นในการคุ้มครองการครอบครองจากการใช้ความรุนแรงหรือการใช้กำลัง เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขในสังคม โดยไม่ละทิ้งหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่แท้จริง ต่อมามีการพัฒนาแนวคิดเรื่อง *saisine* ที่แตกต่างออกไปในช่วงยุคกลาง จากนั้น ในอีกหลายศตวรรษต่อมา เกิดการหลอมรวมแนวคิดที่ *saisine* ในระบบพิวตัลเข้ากับแนวคิดว่าด้วยครอบครองของยุคโรมัน แม้ว่าจะจะเป็นไปอย่างไม่สมบูรณ์นักก็ตาม

ต่อมาในยุคสมัยใหม่ได้เกิดการศึกษาค้นคว้าหลักกฎหมายที่ใช้ในการซื้อขายทรัพย์สินในสมัยโรมัน เพื่อแสวงหาหลักการในการแก้ไขปัญหาสังคมยุคสมัยใหม่ นำไปสู่การนำเสนอทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยครอบครองที่แตกต่างกัน แต่แนวคิดที่มีอิทธิพลต่อการวางหลักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ โดยผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายในยุคสมัยใหม่ได้แก่ทฤษฎีอัติวิสัยของชาวยุโรป ที่มีเหตุผลเบื้องหลังสำคัญในการคุ้มครองรักษาความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขในสังคม และทฤษฎีภาววิสัย

⁹¹ Paul Ourliac and Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé: 2. Les biens*, Thémis. Droit, 2nd edition (Paris: Presses universitaires de France, 1971), No. 123, p. 235.

ของเยอรมนีที่วางน้ำหนักเหตุผลในการคุ้มครองการครอบครองที่การรักษาประโยชน์ในทางเศรษฐศาสตร์เหนือทรัพย์สิน

จากนั้น คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายที่แต่งตั้งขึ้นในประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนีในต่างโอกาสกันได้ทำการจัดระบบความคิดแล้วนำเสนอเป็นหลักกฎหมายในคราวการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นเองที่มีความสำคัญยิ่งในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ แม้มีความแตกต่างกันในช่วงแรก แต่ได้มีพัฒนาการในช่วงต่อมาในการหาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคม สำหรับในประเทศไทย เมื่อคำนึงถึงหลักนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ ตั้งแต่การปรับใช้กฎหมายตามบ่อเกิดแห่งกฎหมายโดยเฉพาะในบรรดากรณีที่ต้องด้วยกรณีตามบทบัญญัติ จากนั้นสมควรใช้หลักการใช้กฎหมายและหลักการตีความกฎหมาย โดยคำนึงถึงเหตุผลของเรื่องและบริบทแวดล้อมตามหลักนิติวิธี

ผลการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินนี้ประกอบ การพิจารณาด้วย โดยมีข้อเสนอแนะอย่างน้อย 4 ประการ ดังนี้

(1) ไม่ควรสรุปว่าครอบครองเป็นสิทธิ หรือเป็นข้อเท็จจริงเท่านั้น ครอบครองอาจเป็นสิทธิก็ได้ หรือเป็นข้อเท็จจริงก็ได้ ขึ้นอยู่กับกรณีตามบริบทของปัญหาและการแก้ปัญหาที่ตามมา ตามหลักนิติวิธีที่ให้

(2) ยังมีปัญหาคิดว่าครอบครองเป็นทรัพย์สินสิทธิหรือไม่ แม้ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นอาจทำให้เข้าใจว่าเป็นเช่นนั้น แต่หากพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของยุโรป โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและฝรั่งเศส ล้วนกำหนดให้เป็นเรื่องเฉพาะแยกต่างหากออกไปจากกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินอื่น การวิเคราะห์ว่าครอบครองเป็นทรัพย์สินจึงเป็นความเห็นของนักวิชาการบางท่านเท่านั้น

(3) ครอบครองมีพัฒนาการที่จำเป็นต้องมีบทคุ้มครองแยกต่างหากจากเรื่องกรรมสิทธิ์ และหากพิจารณาพัฒนาการจากกฎหมายโรมันจนถึงยุคสมัยใหม่ จะเห็นได้ว่า ปัญหาการคุ้มครองตามหลักกรรมสิทธิ์เป็นอีกปัญหาหนึ่ง แต่ความจำเป็นที่มาก่อนคือการคุ้มครองการครอบครอง

(4) ครอบครองมิได้ทั้งการครอบครองด้วยตนเอง และโดยมีผู้อื่นครอบครองแทน และมีทั้งการครอบครองโดยชอบและครอบครองโดยไม่ชอบ จำเป็นต้องปรับหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติที่ต้องด้วยกรณี