



บทที่ 2

ปัญหาการครอบครองทรัพย์สินจำนำ

ส่วนที่ 1 : ลักษณะการครอบครอง

การครอบครองถือเป็นหัวใจสำคัญของการจำนำทรัพย์สินเป็นประกัน ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 747 ป.พ.พ. ที่บัญญัติว่า "อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบทรัพย์สินสิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. ที่บัญญัติว่า "อันจำนำย่อมระงับสิ้นไปเมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ" จึงกล่าวได้ว่าสัญญาจำนำเกิดขึ้นเมื่อผู้จำนำส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับทรัพย์สินจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และสิ้นสุดลงเมื่อผู้รับจำนำยอมคืนการแก่ผู้จำนำ สัญญาจำนำจึงไม่อาจเกิดขึ้น หรือคงอยู่ได้ หากปราศจากการครอบครอง

เรื่องครอบครองเป็นเรื่องยุ่งยากเรื่องหนึ่งในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ในเรื่องครอบครองกฎหมาย ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันอยู่ 2 คำ คือคำว่า "ครอบครอง" (ในคำจั่วหน้าลักษณะนี้) และคำว่า "สิทธิครอบครอง" (มาตรา 1367, 1368 ป.พ.พ.) ซึ่งนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นว่า "ครอบครอง" กับ "สิทธิ" นั้นมีความหมายเป็นหนึ่ง "ครอบครอง" และ "สิทธิครอบครอง" ครอบครอง" นั้นคนละอย่างไม่เหมือนกัน "การครอบครอง" นั้นคือการแสดงกิริยาอาการยึดถือหรือหวงกันไว้เพื่อตน ส่วน "สิทธิครอบครอง" คือ สิทธิที่กฎหมายยอมรับรองป้องกันให้ในอันที่จะยึดถือเพื่อตน เป็นการแตกต่างกันที่ "ครอบครอง" เป็น" กิริยาอาการ "แต่" สิทธิครอบครอง" เป็น "สิทธิ" แม้บุคคลจะไม่ได้แสดงกิริยาอาการยึดถือ ก็อาจมีสิทธิครอบครองได้ เช่นที่กล่าวไว้

ในมาตรา 1368 ป.พ.พ. โดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้¹ สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนิติศาสตร์ โดยเห็นว่า "ครอบครอง" เป็นคำรวมของคำว่า "การครอบครอง" และ "สิทธิการครอบครอง" การครอบครองบางครั้งอาจเป็นการครอบครองโดยไม่มีสิทธิครอบครอง หรือการมีสิทธิครอบครองไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องมีการครอบครอง

การครอบครอง คือการที่บุคคลมีอำนาจเหนือทรัพย์สินตามสภาพความเป็นจริง ผู้ครอบครองไม่จำเป็นที่จะต้องยึดถือทรัพย์สินไว้ในมือของตน หรือจะต้องควบคุมทรัพย์สินให้อยู่ในสายตาของตนตลอดเวลา การครอบครองย่อมเกิดขึ้นเพียงแต่บุคคลมีอำนาจควบคุมทรัพย์สินในลักษณะที่ปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก² แต่ไหนเพียงใด จะถือว่า บุคคลมีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินในลักษณะครอบครอง ขึ้นอยู่กับสภาพของทรัพย์สินนั้น ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีขนาดเล็ก เอาติดตัวไปไหนได้สะดวก ก็อาจต้องการระดับการควบคุมยึดถือดูแลมากกว่าที่ดิน หรือบ้านเรือน เช่น ของที่เจ้าของวางไว้เป็นที่ เป็นทางในบ้าน แม้จะ ไม่ค่อยได้เอามาใช้ หรือลืมนำที่เก็บไปแล้วแต่ยังอยู่ในบริเวณก็ยังถือว่าอยู่ในความครอบครอง แม้แต่เอาของนั้น ไปลืมนำทั้งวันนอกบ้าน แต่ถ้าอยู่ในเหตุการณ์ที่สามารถกลับไปเอาคืนได้ ก็ยังถือว่าครอบครองอยู่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 753/2462, 295/2481, 564/2484, 519/2502) หรือกรณีที่ดินเป็นที่ดิน จะอ้างว่าครอบครองจะต้องปรากฏว่าให้ เข้าทำประโยชน์เหมาะสมกับสภาพของทรัพย์สินและอัคภาพของตน เช่นที่ดินกว้างยาว 2-3 เส้น เป็นป่าไม้ขึ้นเต็ม ให้กระบือนอนทำแอ่งน้ำไว้แล้ว จึงตกกล้า ไม่ถือว่าครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1005/2481) แต่ถ้างที่พิพาท 12 ไร่เศษจนเตียน แต่ปลูกถั่วทำนาเพียงส่วนหนึ่ง นอกนั้นเป็นที่ดอนทำอะไรไม่ได้ ก็ถือว่าครอบครองที่ทั้งหมดแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ กล่าวโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการจำนำนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ (607/2506)

¹ ประมุข สุวรรณศรี, "คำอธิบายตอนที่ 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : สถานการพิมพ์ "ศรีวิกรมวิทย์", 2501)

หน้า 151 - 152.

² DE BECKER, THE PRINCIPLES AND PRACTICE OF THE CIVIL CODE OF JAPAN (LONDON : BUTTERWORTH & CO., 1921), p. 180

กล่าวโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการจํานำ้ให้การครอบครองทรัพย์สินจําอาจทำได้ 2 วิธี คือ ผู้รับจํานำ้ครอบครองเองวิธีหนึ่ง และ การให้บุคคลภายนอกครอบครองแทนผู้รับจํานำ้ อีกวิธีหนึ่ง ซึ่งจะได้อีกพิจารณาเป็นลำดับไป

1.1 ผู้รับจํานำ้ครอบครองเอง

1.1.1 ครอบครองโดยแท้จริง

องค์ประกอบสำคัญของการครอบครองนั้น นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 3 ทฤษฎี แต่ทั้ง 3 ทฤษฎีต่างก็ยอมรับว่ามีสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองอยู่ 2 อย่างคือ "การยึดถือ" อันเป็นองค์ประกอบภายนอก และ "เจตนา" อันเป็นองค์ประกอบภายใน ทั้ง 3 ทฤษฎีต่างก็ในระดับของเจตนาดังนี้

ทฤษฎีที่ 1 ถือว่าการครอบครองจะต้องประกอบด้วย การยึดถือตามสภาพความเป็นจริง และต้องมีเจตนาจะยึดถือเพื่อตน และมีเจตนาที่เป็นเจ้าของด้วย

ทฤษฎีที่ 2 ถือว่าการครอบครองประกอบด้วยการยึดถือ กับเจตนาจะยึดถือเพื่อตนเท่านั้น ไม่จําเป็นจะต้องมีเจตนาจะเป็นเจ้าของ

ทฤษฎีที่ 3 สิทธิครอบครองอาจเกิดได้เพียงแต่มีการยึดถือตามสภาพความเป็นจริงเท่านั้น ไม่ต้องคํานึงว่า ผู้ยึดถือจะมีเจตนาจะยึดถือเพื่อตนหรือไม่³

ประเทศส่วนใหญ่ รวมทั้งประเทศไทยด้วย ยึดถือทฤษฎีที่ 2 ดังจะเห็นได้จากมาตรา 1367 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง" สำหรับทฤษฎีที่ 1 ได้มีการนำมาใช้เพียงบางแห่ง เช่น ในเรื่องการครอบครองปรปักษ์และการแย่งการครอบครอง

³IBID., pp. 180 - 181.

1.1.1.1 การยึดถือ (DETENTION)

มาตรา 1367 ป.พ.พ. เป็นแต่บัญญัติว่า ที่จะได้สิทธิครอบครอง ต้องมีการยึดถือทรัพย์สิน แต่มีได้อธิบายว่า เพียงไรจึงจะถือได้ว่า เป็นการยึดถือทรัพย์สิน แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า อย่างน้อยจะต้องเริ่มต้นด้วยการเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินบ้าง ตามควรแก่สภาพแห่งทรัพย์สินที่จะเข้ายึดถือเอานั้น จะต้องไม่มีอะไรมาขัดขวางกั้นกลาง มิให้เข้ายึดถือใช้อำนาจทำประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ตามควร แต่เท่านั้นก็ยังไม่พอ เพราะถ้าการเกี่ยวข้องในทรัพย์สินนั้น ยังไม่เด็ดขาดพอที่จะหวังกันมิให้คนอื่นรบกวนได้ ก็ยังไม่ได้ชื่อว่า เป็นการยึดถือโดยบริบูรณ์ จึงอาจกล่าวได้ว่า จะมีการยึดถือครอบครองทรัพย์สินได้ ต่อเมื่อได้มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยลักษณะขวางกั้นซึ่งตัดความเกี่ยวข้องของผู้อื่นได้ ตามควรแก่พฤติการณ์ และสภาพของทรัพย์สิน จนถึงแก่ที่ว่า ผู้ยึดอยู่นั้นจะมีความมั่นใจได้ตามสมควรว่า คนอื่นจะรับเคารพ ไม่ขัดขวางรบกวนต่อการที่ตนจะยึดถือ ใช้อำนาจตามลำพัง และปล่อยทรัพย์สินนั้นไว้ตามลำพังของมัน⁴

ก. ขนาดของการใช้อำนาจในทรัพย์สิน กิริยาการเกี่ยวข้องอย่างไร จึงจะถึงขนาดพึงได้ว่า อาจใช้อำนาจในทรัพย์สินได้นั้น ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป (คำพิพากษาฎีกาที่ 722/2476) ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1272/2473 ข้อเท็จจริงได้ความว่า มีผู้ตั้งโป๊ะจับปลาในทะเล ลักษณะของโป๊ะที่ตั้งไว้่นั้น มีโป๊ะลูกล่อกับโป๊ะลูกขังเป็น 2 ชั้น โป๊ะลูกล่อทำเป็นวงกลม อยู่ถัดจากปีกโป๊ะ 2 ข้างเข้าไป แล้วถัดจากโป๊ะลูกล่อนั้นเข้าไป จึงถึงโป๊ะลูกขังอีกชั้นหนึ่ง ถ้าปลาเข้าไปถึงโป๊ะลูกขังแล้ว จะออกไปไหนไม่ได้ แต่โป๊ะลูกล่อนั้น อาจว่ายกลับไปสู่ทางปีกโป๊ะได้ หากจะจับปลาในโป๊ะลูกล่อก็ทำได้ แต่ต้องใช้อวนล้อม แล้วจึงจะจับเอาได้ จำเลยเข้าไปเอาปลาในโป๊ะลูกล่อนั้น วินิจฉัยว่า ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะปลายังไม่อยู่ในความยึดถือของเจ้าของโป๊ะ คำพิพากษาฎีกาที่ 1006/2475 มีรูปเรื่องทำนองเดียวกัน โดยปลาในโป๊ะยังอาจออกได้ทุกขณะ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าใครเอาไปไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ คำพิพากษาฎีกาที่ 130/2473

⁴ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2520) หน้า 408.

มีผู้ได้รับอนุญาตให้ผูกขาดจับปลาในลำคลองที่เป็นทางเรือเดินไปเดินมาได้ ได้ลงฟ้องไว้แล้ว แต่ มิได้ปิดคลองเสียทีเดียว ปลาจึงยังว่ายไปมาได้ตลอด จำเลยเข้าไปจับเอาปลาในคลองนั้น วินิจฉัย ว่าไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 432/2476 มีผู้ขุดบ่อไว้ในลำคลองสาธารณะ เพื่อจับ ปลา น้ำในบ่อนั้นกับที่ในคลองมีระดับเสมอกัน ปลาอาจเข้าออกได้โดยอิสระ ในระหว่างบ่อกับ ลำคลองนั้น วินิจฉัยว่าผู้ที่จับปลาในบ่อนั้นไป ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 172/2463 ได้ความว่า จำเลยเอาอวนลงล้อมจับปลาในโป๊ะของเขา เจ้าของโป๊ะมาพบเข้าก่อน ยังไม่ทันได้เอาปลาไป วินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 380/2475 วินิจฉัยว่า จับปลาในสระวัดเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 988/2475 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยลักรังนกนางแอ่นแต่นำสืบไม่ได้ความว่า รังที่จำเลยลักเป็นรังที่ได้ เก็บเอามารักษาไว้แล้ว หรือเป็นรังนกที่ติดไว้ที่ถ้ำ วินิจฉัยว่า จะลงโทษจำเลยฐานลักทรัพย์ ไม่ได้

จากคดีตัวอย่างข้างต้น พอเห็นหลักได้ว่า การยึดถือตามความหมายในมาตรา 1367 ป.พ.พ. ไม่ถึงแก่จะต้องหยิบจับไว้เมื่อ ปลาอยู่ในโป๊ะลูกใน หนีออกไม่ได้ หรืออยู่ในบ่อ สระ เลี้ยงซึ่งไว้ ก็จัดว่าอยู่ในความยึดถือของบุคคลได้แล้ว การยึดถือในมาตรา 1367 หมายความว่า การเข้าเกี่ยวข้องพอที่จะใช้อำนาจเอามาใช้สอยได้ตามสภาพของทรัพย์เท่านั้น ซึ่งถ้าทรัพย์ที่เข้า ยึดถือครอบครอง เป็นสิ่งหาทรัพย์ที่ไม่ใหญ่โตอะไรมากนัก การยึดถือ อาจต้องถึงขนาดที่เข้า ครอบงำบังคับไว้ทั้งหมดทุกส่วน แต่ถ้าเป็นที่ดินมีอาณาเขตกว้างใหญ่ไพศาล เพียงแต่ใช้อำนาจล้อม รั้ว หวงกันเป็นส่วนลัด หรือการที่เข้าทำประโยชน์เหมาะสมตามสภาพ พอที่จะแสดงให้เห็นเจตนา จะยึดถือไว้เพื่อตนตามสมควรแล้ว เพียงเท่านั้นแม้จะยังไม่มีการครอบงำถึงขนาดทั่วทั้งหมด ก็ยัง อาจมีการยึดถือได้

ข. ขนาดที่หวงกันต่อบุคคลอื่น ขนาดแห่งความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิ้นเพียงไรจะเป็น การหวงกัน ตัดความเกี่ยวข้องของผู้อื่นเพียงพอที่จะใช้อำนาจได้จริงนั้น ไม่ใช่่ง่าย และก็ เห็นได้ว่า ถ้าเพียงแต่มีการเกี่ยวข้องกับทรัพย์ในโอกาสที่จะใช้อำนาจได้ แต่ไม่ถึงขนาดที่จะหวง กัน ตัดความเกี่ยวข้องของผู้อื่นได้ด้วยแล้ว การเกี่ยวข้องก็จะเป็นแต่เพียงการแตะต้องสัมผัส ไม่ถึงแก่จะเป็นการยึดถือเพื่อประโยชน์ในการที่จะได้สิทธิครอบครองขึ้นได้ การยึดถือจะมีได้ ต่อ

เมื่อเหตุการณ์ข้อเท็จจริงในการเข้าเกี่ยวข้องกับขนาดที่จะตัดการเกี่ยวข้องกับผู้อื่นได้ตามควรและมีหลักประกันอันเพียงพอสำหรับที่จะยึดถือใช้อำนาจได้ต่อไปด้วย โอกาสที่จะหวงกันไว้เพื่อตนได้นี้ ไม่มีระดับอันแน่นอนอย่างใด ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงตามสภาพของทรัพย์ และเหตุการณ์ในกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป⁵

SALMOND นักนิติศาสตร์อังกฤษ กล่าวว่า การยึดถือต้องถึงขนาดที่จะจุใจเจตนาอันจะยึดถือไว้เพื่อตน ทรัพย์สินอยู่ในครอบครองบุคคลต่อเมื่อมาคิดถึงโอกาสที่คนอื่น จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับแล้ว ผู้ครอบครองจะมีความมั่นใจเพียงพอในหลักประกันอันมีอยู่ว่า จะไม่ถูกรบกวน ถึงแก่จะปล่อยทรัพย์สินนั้นไว้ได้ตามลำพังของมัน ส่วนเพียงไรจึงจะเป็นหลักประกันที่พอจะมั่นใจได้เช่นนั้น อาจพิจารณาได้ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ประการแรกหลักประกันแห่งการยึดถือ อาจมีในวิธีหวงกันของผู้ยึดถือนั่นเอง ซึ่งถึงที่จะต้องการเกี่ยวข้องกับผู้อื่นได้ตามควร ทั้งนี้อาจเป็นด้วยผู้ยึดถือมีกำลังอำนาจเพียงพอที่จะต่อสู้ต้านทานการรุกรานของผู้อื่นได้ เช่นนักมวยเอกยึดถือหวงกันทรัพย์ไว้ในเงื้อมมือ หรือนั่งยามตามไปรักษาไว้ด้วยอาวุธปืน หรือธนาคารเก็บของมีค่าไว้ในตู้นิรภัยมีแทกยามเฝ้า ในโอกาสเหล่านี้ คนอื่นไม่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับได้ นอกจากจะต้องเจ็บตัว หรือมีเจนั้น อาจใช้วิธีหวงกันโดยเก็บชุกซ่อนเอาไว้ ซึ่งถึงแม้ว่า ผู้ยึดถือจะไม่มีกำลังกาย หรืออาวุธที่จะต่อสู้ต้านทานใครได้หรือไม่สมัครใจที่จะต่อสู้ต้านทานใครเช่นนั้น แต่ก็ด้วยวิธีการชุกซ่อนไว้จนคนอื่นไม่รู้ตำแหน่งแห่งที่พอที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับได้นั่นเอง ย่อมนับว่าเป็นหลักประกันอันเพียงพอ ที่จะคำนวณสนับสนุนการยึดถือครอบครองของเขาได้ เช่น ชานาเอาทองใส่ไหซ่อนโจรผู้ร้ายไว้ในดิน หรือเก็บของตกได้เอาไปชุกซ่อนไว้มิให้ใครค้นพบ เหล่านี้เป็นต้น

ประการที่สอง หลักประกันแห่งการยึดถือ อาจมีมาแต่การที่คนอื่นทั้งหลายรับรู้เคารพต่ออำนาจของผู้ยึดถือครอบครองนั่นเอง ทั้งนี้อาจเป็นด้วยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ยอมไว้ ปล่อย

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 416 - 417.

ให้เป็นไปตามอำนาจที่ ขาดถือ หรืออาจเป็นด้วยความข่าเกรงต่อสิทธิการใช้อำนาจ ไม่กล้า รุกรานเขา⁶

คำว่า "ยึดถือ" ต่างกับคำว่า "ถือเอา" ที่ปรากฏในมาตรา 1318 ป.พ.พ.บุคคล อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ โดยเข้าถือเอา หรือในมาตรา 99 และมาตรา 111 ที่พูดถึงการถือเอาได้ "ถือเอา" เป็นภริยาเบื้องต้นที่เข้าทำการยึดถือ และการเอานั้นจะต้อง กระทำด้วยเจตนาจะเอาเป็นเจ้าของด้วย ส่วนการ "ยึดถือ" นั้น เป็นแต่เพียงภริยาที่หวงกัน เอาไว้เท่านั้น อาจจะไม่ยึดถือโดยไม่มีเจตนาจะยึดถือเพื่อตนก็ได้ เช่น ยึดถือไว้เพื่อผู้อื่นดังกล่าวใน มาตรา 1368 ป.พ.พ.⁷

กรณีอาจมีได้ว่า การยึดถือหวงกันทรัพย์สินสิ่งหนึ่ง ทำให้เกิดอำนาจหวงกันมีการยึดถือ ตลอดไปถึงทรัพย์สินอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นส่วนควบ หรืออุปกรณ์ของทรัพย์สินที่ยึดถืออยู่นั้น หรือรวม อยู่กับทรัพย์สินนั้นได้ด้วย การครอบครองที่ดิน โดยปกติ ทำให้เกิดอำนาจหวงกันสิ่งทั้งหลาย บรรดา ที่เกี่ยวข้อง หรืออยู่ในที่ดินนั้นด้วย ถ้าเราเป็นผู้ยึดถือครอบครองบ้าน แม้สิ่งของเครื่องใช้ที่เรา เก็บไว้ลืมไปเสียแล้ว หรือมีหนังสืออยู่ในห้องสมุดที่หาไม่พบ ก็ยังได้ชื่อว่า เราเป็นผู้ยึดถือครอบ- ครองสิ่งของนั้น ๆ การยึดถือครอบครองหีบห่อ อาจทำให้ได้สิทธิครอบครองของที่อยู่ในหีบห่อนั้น ๆ แต่ก็ไม่เสมอไป ต้องแล้วแต่พฤติการณ์แห่งการยึดถือ⁸ เพียงแต่กระเบื้องของเขาหลุดเพร็ดเข้ามาอยู่ใน ที่ดินของเรา โดยเรามีได้รู้เห็น จะว่าเราได้ยึดถือครอบครองไว้ยังไม่ได้ เพียงเท่านั้นไม่เป็น

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 417 - 418.

⁷ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายตอนที่ 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 152.

⁸ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน. หน้า 421.

หลักฐานพอที่จะฟ้องขอให้ลงโทษฐานลักทรัพย์ หรือยักยอกเก็บของตก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 345/124, 378/124, 1435/131) จำเลยแม่มี้าชีไป ลูกรู้ 3 ตัววิ่งตามแม่มี้าที่จำเลยชีไปด้วย ศาลฎีกาตัดสินว่า จำเลยได้ลักมี้าทั้ง 4 ตัวนั้น มีความผิดฐานลักสัตว์พาหนะ ตั้งแต่ 3 ตัวขึ้นไป ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 296 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 774/2459)

ในเรื่องนี้มีตัวอย่างคดีอังกฤษพอเทียบเคียงได้บ้างดังนี้ ในคดี REX V. MOORE มีคนทำขนมปังตกไว้ในร้านจำเลย จำเลยไปพบเข้าภายหลัง จึงเอาเสีย โดยรู้ว่าอาจหาเจ้าของได้ ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดฐานลักทรัพย์ ไม่ใช่ยักยอก ซึ่งแสดงว่า จำเลยมิได้ครอบครองขนมปังนั้นมาก่อนโดยลำพังแต่ที่มาตกทิ้งอยู่ที่ร้านจำเลย ในคดี CARTWRIGHT V. GREEN มีคนเอาโต๊ะมาจ้างให้จำเลยผู้เป็นช่างไม้ซ่อม จำเลยเปิดพบเงินซ่อนอยู่ในลิ้นชักกลับจึงเอาเสีย ตัดสินว่า มีความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งแสดงว่า เพียงแต่ได้ครอบครองโต๊ะไม่ทำให้ได้สิทธิครอบครองไปถึงเงินในลิ้นชักโต๊ะนั้นด้วย แต่ในคดี REX V. MUCKLOW เขาส่งดริวฟ์ไปให้กันทางจดหมาย เพื่อยื่นชื่อผู้รับตรงกับชื่อของจำเลย จำเลยได้รับซองจดหมาย คิดว่ามาถึงตน เปิดพบตัวดริวฟ์เข้าเลยเอาเสีย ตัดสินว่า จำเลยหามีความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ เพราะได้มีเจตนาสุจริตที่จะยึดถือเอาซองจดหมายตลอดทั้งสิ่งทั้งหลายในนั้น เอาไว้เป็นของตนเองมาแต่ต้น โดยสภาพของทรัพย์ การส่งรับเช่นนี้ อาจมีเจตนาจะยึดถือเช่นจำเลยได้ ในคดี ELWES V. BRIGG GAS CO. จำเลยเช่าที่ดินของโจทก์ เพื่อตั้งถังแก๊สในระหว่างขุดทำการก่อสร้าง ได้พบเรือโบราณเก่าแก่เข้าลำหนึ่ง ฝังอยู่ในดิน ตัดสินว่า เรือเป็นของโจทก์ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน ซึ่งเป็นนัยว่า การครอบครองที่ดินทำให้ได้อำนาจยึดถือตลอดไปถึงสิ่งทั้งหลายในที่ดินนั้นด้วย^๑

เมื่อลักษณะแห่งการยึดถือจะต้องเป็นการหวังกัมมิให้ผู้อื่นเกี่ยวข้องดังกล่าวแล้ว จึงอาจทำให้เป็นปัญหาว่า ถ้าเช่นนั้นการครอบครองร่วมกันจะมีได้ หรือไม่อย่างไร ข้อนี้ นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 3 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นตามแนวกฎหมายโรมันว่า บุคคลสองคนหรือกว่านั้น

^๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า 422.

จะครอบครองทรัพย์สินอันเดียวกัน อยู่ในเวลาเดียวกันไม่ได้ (PLURES EANDEM REM IN SOLIDUM POSSIDERE NON POSSUNT) และเป็นภาระผิดธรรมดาธรรมดาที่ เราจะยึดถือทรัพย์สินสิ่งหนึ่ง โดยเขาก็ยึดถือทรัพย์สินนั้นอยู่ด้วย¹⁰ ฝ่ายที่สองเห็นว่า หลักตามแนวกฎหมายโรมันนี้ ยังคงเป็นจริงเท่าที่การยึดถือครอบครองจะเป็นปรปักษ์ต่อกัน หลักที่กล่าวนี้ จะนำไปใช้ไม่ได้ในกรณีบางอย่างเช่น กรณีผู้เช่าผู้อาศัยในที่ดิน ซึ่งทั้งผู้เช่าผู้อาศัย และเจ้าของที่ดินต่างเป็นผู้ครอบครองที่ดินด้วยกัน สำหรับผู้เช่าผู้อาศัยยึดถือที่ดินไว้เพื่อใช้สิทธิของเขา เป็นการครอบครองหวงกันต่อคนทั้งหลายทั่วโลกนอกจากเจ้าของที่ดิน และต่อเจ้าของที่ดินเขาก็เป็นผู้ยึดถือไว้แทน ตามมาตรา 1368 ป.พ.พ. เจ้าของที่ดินจึงเป็นผู้ครอบครอง โดยอาศัยการที่ผู้เช่าผู้อาศัยยึดถือไว้ให้¹¹ ฝ่ายที่สามเห็นว่า การครอบครองร่วมกันนั้นมีได้ เช่น เจ้าของรวมในที่ดินเมื่อเปล่า หรือขโมย 2 คน ลักรถเขามาได้แล้วเอามาใช้ด้วยกัน เป็นต้น แต่กรณีการเช่าเป็นกรณีที่บุคคล 2 คนต่างก็มีสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินเดียวกัน โดยมีได้ครอบครองร่วมกัน ผู้เช่ามีสิทธิครอบครอง เพราะผู้เช่ายึดถือบ้านด้วยเจตนายึดถือเพื่อตน สามารถใช้สอยบ้านนั้นได้ ส่วนผู้ให้เช่าก็ยังคงมีสิทธิครอบครองเช่นกัน โดยการยึดถือของผู้ให้เช่านั้น ผู้เช่าเป็นผู้ยึดถือแทน ไม่ถือว่าผู้ให้เช่าขาดการยึดถืออันจะ ทำให้สิ้นสุดการครอบครอง แต่ควรสังเกตว่า แม้ผู้ให้เช่าจะมีสิทธิครอบครอง ผู้ให้เช่าก็ถูกจำกัดสิทธิการใช้สอยทรัพย์สินนั้นโดยสัญญาเช่า¹² ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สามนี้ โดยเห็นว่ากรณีการเช่าผู้เช่ายึดถือทรัพย์สินที่เช่าใน 2 ฐานะ ฐานะหนึ่งยึดถือเพื่อตน ส่วนอีกฐานะหนึ่งยึดถือแทนผู้ให้เช่า โดยหากเกิดการโต้แย้งกันใน เรื่องสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เช่า ผู้เช่าย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้ให้เช่า โดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่า สำหรับกรณีการจำนำก็เช่นเดียวกัน ผู้จำนำยึดถือทรัพย์สินใน 2 ฐานะฐานะหนึ่งยึดถือครอบครองเพื่อตนอย่างผู้รับจำนำ อีกฐานะหนึ่งเป็นการยึดถือเพื่อหวงกันกรรมสิทธิ์แทนผู้จำนำ

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 423.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹² วานิช ชุตินวงศ์, "ครอบครอง," วารสารกฎหมาย, หน้า 83.

1.1.1.2 เจตนาครอบครองหรือยึดถือเพื่อตน

ตามมาตรา 1367 ป.พ.พ. เพียงแต่ยึดถือโดยไม่มีเจตนาครอบครอง หรือยึดถือเพื่อตน ไม่ทำให้ได้สิทธิครอบครองตามกฎหมาย เจตนาเท่านั้น ที่ยกฐานะของการยึดถือให้พ้นจากการที่จะเป็นเพียงแต่ควบคุมได้ ฐานะการบางอย่างจะเห็นได้ว่า ผู้ยึดถือทรัพย์สินอยู่ ไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่า ตนมีเจตนาครอบครอง เช่น บ่าวที่เข้าใช้เช็ดถูจับต้องทรัพย์สินของเขา อยู่ในหน้าที่การงานของตนในบ้านนั้น แม้จะแตะต้องถือทรัพย์สินของนายเหล่านั้นอยู่ในมือก็ไม่อาจถือว่ามีเจตนายึดถือเพื่อตนได้ ถ้าเอาของไปต้องมีความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะตนมิได้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินนั้นโดยชอบอย่างใด ในฐานะที่เป็นบ่าวให้เขาใช้ตามแต่จะสั่ง แม้จะหยิบจับถือทรัพย์สินอะไรของเขาไว้ในสายตาของกฎหมาย ก็เท่ากับมือของนายได้มาหยิบจับถือไว้ด้วยเอง บ่าวจะกล่าวอ้างว่ามีเจตนายึดไว้เพื่อใช้สิทธิ หรืออำนาจอย่างใด ๆ ของตนเองไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 897/2457, 485/2458, 731/2470, 543/2485) จึงกล่าวได้ว่า เพียงแต่ที่มีการแตะต้องสัมผัสกับทรัพย์สินเท่านั้น ในพฤติการณ์บางอย่างนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีเจตนายึดถือ อาจไม่มีสิทธิครอบครองก็ได้

ปัญหาในเรื่องเจตนาครอบครองต้องพิจารณาหาคู่ข้อเท็จจริง และพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไปว่าจะพอฟังว่าได้มีเจตนาครอบครองหรือไม่ บุคคลในฐานะที่เป็นบ่าวจับต้องทรัพย์สินสมบัติอยู่ในบ้านนายนั้น โดยปกติไม่อาจถือได้ว่ามีเจตนาเช่นนั้นแท้จริง แต่ตามข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องอาจหนักยิ่ง ถึงแก่จะฟังได้ว่า ได้มีเจตนาเช่นนั้นขึ้นแล้วก็ได้ เช่นบ่าวขโมยทรัพย์สินของนายพาทินไปยึดถือ ก็ฟังได้ว่า มีการยึดถือประกอบด้วยเจตนาที่จะยึดถือไว้เพื่อตนขึ้นแล้ว คนอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ผู้มีสิทธิดีกว่าเขา จะละเมิดการครอบครองของบาวนั้นไม่ได้ พฤติการณ์ที่เขาได้แสดงออกให้เห็นว่าจะยึดไว้ใช้อำนาจของเขาเอง โดยการที่ลักขโมยพาทินไปเช่นนั้น เป็นการแสดงเจตนาให้เห็นอยู่แล้ว สำหรับต่อนาย หรือผู้รับมอบอำนาจโดยชอบจากนายเท่านั้นเท่าที่ เขาจะได้เถียงไม่ได้

(มาตรา 1375 ป.พ.พ.) แต่กรณีแขกอาศัยหยิบจับของใช้ เช่น ส้อม ช้อน ที่เขาอนุญาตให้ใช้กินข้าวอยู่ในโรงแรม หรือเข้าไปเดินเล่นในทุ่งนาของเขา เพียงเท่านั้น จะว่ามีเจตนายึดถือไว้เพื่อตนไม่ได้ ไม่ต่างอะไรกับที่เขาให้ลองขับรถยนต์ของเขา ตัวเองนั่งคุมไปด้วย หรือที่เขาชวนให้หยิบจับทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดส่งให้แก่เขาเหล่านั้น พฤติการณ์ไม่เป็น เรื่องที่จะมีเจตนายึดถือ

เอาไว้เพื่อตน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 632/129, 446/2457, 764/2457, 273/2485, 468/2460, 923/2476, 912/2477, 1097/2479, 210/2478, 895/2478, 1253/2491) ภริยารับฝากเงินของผู้อื่นไว้ ระหว่างไปธุระ ภริยามอบเงินแก่สามีก่อนจะกลับบ้าน เพื่อนำเงินไปคืนเจ้าของ เป็นการยึดถือชั่วขณะ สามีไม่ใช่ผู้ครอบครองเงิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2055/2515) บิดามอบเงินแก่บุตรในระหว่างที่รอจะขึ้นรถจักรยานยนต์รับจ้างกลับบ้านชั่วขณะ บิดาควควบคุมอยู่ใกล้ชิด มิใช่บุตรครอบครองเงินโดยอิสระ บุตรไม่ใช่ผู้ครอบครองเงิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2515)

1.1.2 การแสดงให้เห็นถึงการครอบครอง

ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินจำนำว่า การส่งมอบอาจกระทำโดยตรงขัดแจ้งหยิบยื่นส่งให้กัน หรือส่งมอบโดยปริยาย ด้วยอาภักภริยาแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในครอบครองของผู้รับจำนำ ซึ่งการจะใช้วิธีใดอย่างไหนนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ และสภาพของทรัพย์สิน สำหรับการครอบครองทรัพย์สินก็เช่นเดียวกัน อาจกระทำโดยตรง เช่น หยิบจับยึดถือไว้ให้เห็นชัดแจ้ง หรืออาจจะเพียงแสดงให้เห็น โดยปริยายว่าทรัพย์สินนั้นได้ตกอยู่ในครอบครองของผู้รับจำนำแล้ว และต่อแต่นั้น ไปอำนาจบังคับบัญชาเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น อยู่ในเงื้อมมือของผู้รับจำนำ จนกว่าจะได้มีการชำระหนี้เสร็จสิ้น หรือมีการไถ่ถอนการจำนำ

ทรัพย์สินโดยทั่วไปแม้เป็นของเล็กน้อยจับยึดถือแสดงการครอบครองได้โดยง่าย แต่ก็เป็นไปได้ที่ผู้รับจำนำจะหยิบจับยึดถือทรัพย์สินทุกอย่างเช่นนั้นไว้ทั้งหมดทุกขณะ ข้อขัดข้องข้อนี้ยังเห็นเด่นชัดขึ้น เมื่อทรัพย์สินจำนำเป็นสินค้ามีปริมาณมากมาย การครอบครองโดยตรงยังเป็นไปไม่ได้ อาจกล่าวได้ว่า สำหรับสินค้านั้นผู้รับจำนำอาจยึดถือครอบครองได้ โดยปริยายสถานเดียวเท่านั้น วิธีแสดงการครอบครองที่กระทำกันในทางธุรกิจมีหลายแบบ เช่น การใส่กุญแจโรงเก็บสินค้า, การเช่า หรืออาศัย หรือการกระทำใด ๆ เพื่อให้ได้สิทธิครอบครองที่ดิน หรือโรงเก็บสินค้า ที่สินค้าที่รับจำนำเก็บรักษาอยู่, การจ้างยามรักษาการณ์เพื่อเฝ้ารักษาทรัพย์สิน, การเข้าตรวจตราสินค้าที่จำนำเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นและเหมาะสม ตลอดจนการปิดประกาศแจ้งการจำนำไว้ ณ สถานที่เก็บรักษาสินค้านั้น ซึ่งเนื่องมาจากสาเหตุดังนี้คือ การขนย้ายสินค้าปริมาณมาก ๆ ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการขนย้ายเข้าสู่สถานที่เก็บรักษาสินค้าของผู้รับจำนำ หรือผู้รับจำนำ

ไม่มีโรงเก็บสินค้าเป็นของตนเอง เพราะมิได้ประกอบกิจการค้าขาย หรือรับจำหน่ายสินค้าเป็นปกติธุระ หรือเพราะผู้จำหน่ายมีความจำเป็นต้องไถ่ถอน และจำหน่ายสินค้าทดแทนอยู่ตลอดเวลา เพื่อนำสินค้าไปขายหากำไร นำเงินมาชำระหนี้ผู้รับจำหน่าย กรณีที่ต้องครอบครองโดยปริยายนี้ บางครั้งหนักแน่นเหม่ออยู่ มาก เพราะอาการกระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ และความคงอยู่ของสัญญาจำหน่าย เนื่องจากในเรื่องจำหน่ายนั้นความสำคัญของความสมบูรณ์ และความคงอยู่อยู่ที่การครอบครองทั้งสิ้น เริ่มจากสัญญาจำหน่ายจะสมบูรณ์เมื่อผู้จำหน่ายส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายแก่ผู้รับจำหน่าย และสิ้นสุดลงเมื่อผู้รับจำหน่ายคืนการครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายแก่ผู้จำหน่าย เหตุตั้งนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรพิจารณาถึงลักษณะการครอบครองสินค้าจำหน่ายโดยปริยาย แค่นี้เพียงไรจะมีผลเป็นการครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายที่สมบูรณ์ ซึ่งสำหรับในประเทศไทย ยังไม่มีคดีปรากฏสู่ศาลฎีกา จึงเห็นสมควรพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นตัวอย่าง

ในประเทศอังกฤษ การกู้ยืมเงินมาใช้ในธุรกิจ อาจนำเอาสินค้า หรือเครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบธุรกิจมาเป็นหลักประกันการกู้ยืมได้ การใช้สินค้าเป็นหลักประกันในทางการค้ามีลักษณะเฉพาะ 2 ประการ ซึ่งทำให้มีลักษณะแตกต่างจากการใช้ที่ดินเป็นหลักประกัน และทำให้มีปัญหากฎหมายแตกต่างจากการจำนองอสังหาริมทรัพย์ คือ

(1) ทรัพย์สินส่วนใหญ่ไม่มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ หรือทะเบียนสิทธิ หรือทะเบียนการโอน ซึ่งในกรณีที่ไม่มีเอกสารสิทธิ์ดังกล่าว เนื่องจากสินค้านี้มีความเคลื่อนไหวอยู่เสมอ จึงมีข้อสันนิษฐานว่า บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินเป็นเจ้าของ ทำให้เป็นการที่จะให้สินค้าเป็นหลักประกัน โดยไม่มีการมอบการครอบครอง

(2) มีความจำเป็นที่ต้องเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้เป็นหลักประกัน เมื่อเจ้าของโรงงานให้เครื่องจักรเป็นหลักประกัน แม้ว่าเครื่องจักรจะยังคงอยู่ในที่เดิม แต่แม้พ่อค้าให้หลักประกันเหนือสินค้า เพื่อธุรกิจดำเนินต่อไปได้ พ่อค้าอาจต้องขายสินค้าแก่พ่อค้าปลีก โดยปลอดจากภาระการเป็นหลักประกัน เพื่อให้ได้เงินนำมาชำระหนี้ ทำนองเดียวกัน เจ้าของพาหนะที่ใช้ขนส่งสินค้า คนโดยสาร จำต้องสามารถที่จะนำพาหนะไปใช้ในกิจการ กรณีเช่นนี้จำต้องให้พาหนะยังคงอยู่ใน

ความครอบครองของผู้กู้ กล่าวคือ นอกจากผู้ให้กู้จะไม่ครอบครองหลักประกันแล้ว ยังต้องให้ผู้กู้สามารถโอนสินค้าไปโดยปราศจากภาระติดพันอีกด้วย¹³

ในคดี STIVEN V. SCOTT (1871) 9 M. 923 ผู้กู้ทำเครื่องหมายบนห่อสินค้าที่จะให้เป็นหลักประกันแก่ผู้ให้กู้ แต่สินค้ายังอยู่ในครอบครองของผู้กู้ ศาลตัดสินว่า ผู้ให้กู้ไม่มีหลักประกัน LORD PRESIDENT INGLIS กล่าวว่า "คู่สัญญามุ่งให้เป็นสัญญาจำนำ ซึ่งจะไม่สมบูรณ์ ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ และถ้าเป็นสัญญาอื่นนอกจากสัญญาจำนำ ข้าพเจ้าก็ไม่พบว่าเป็นสัญญาอะไร เนื่องจากข้าพเจ้ามองไม่เห็นว่าจะให้หลักประกันเหนือสินค้า หรือสังหาริมทรัพย์ได้อย่างไร โดยไม่ทำสัญญาจำนำที่แท้จริง"

ในคดี MOORE V. GLEDDEN (1869) 7 M. 101 B. จำนำพืชพันธุ์ (PLANT) แก่เจ้าของที่ดิน ศาลตัดสินว่า แม้ผู้จำนำใช้พืชพันธุ์อยู่ การครอบครองก็โอนมายังผู้รับจำนำ เพราะเป็นสัญญาจำนำ และพืชพันธุ์ก็อยู่บนที่ดินของผู้รับจำนำอยู่แล้ว

ในคดี STIVEN V. COWAN (1878) 15 S.L.R. 422. ผู้ให้กู้เข้าครอบครองโรงไม้และอุปกรณ์ในโรงไม้ในวันเสาร์ แต่ในวันอาทิตย์ มีการให้เช่าทรัพย์สินแก่ลูกหนี้ ซึ่งได้กลับเข้าครอบครองทรัพย์สิน ศาลตัดสินว่า ผู้ให้กู้ไม่มีหลักประกันเหนือทรัพย์สิน ไม่มีการโอนการครอบครองที่แท้จริงแก่ผู้รับจำนำ

ในคดี RHIND 'S TRUSTEE V. ROBERTSON & BAXTER (1891) 18 R. 623. เจ้าของไวน์เก็บรักษาไวน์ไว้ในคลังสินค้าซึ่งมีกุญแจ 2 ชุด ถือไว้โดยเจ้าของ 1 ชุด และ EXCISE OFFICER อีก 1 ชุด เจ้าของกู้เงินและมอบคำสั่งส่งมอบ (DELIVERY ORDERS) แก่ผู้ให้กู้คำสั่งส่งมอบ (DELIVERY ORDERS) เหล่านี้ส่งไปยังเจ้าพนักงานสรรพสามิต (EXCISE OFFICER) ซึ่งบันทึกการโอนไว้ในสมุดบัญชี ศาลตัดสินว่า ไม่ถือเป็นการส่งมอบสินค้าแก่ผู้ให้กู้ ดังนั้นผู้ให้กู้จึงไม่มีหลักประกัน

¹³L.A. SHERIDAN, RIGHT IN SECURITY (LONDON : COLLINS LONDON AND GLASGLOW, 1974), pp. 112 - 113.

ตามกฎหมายอังกฤษ ถ้ามีกฎเฉพาะขุดเดียว การส่งมอบสินค้าอาจทำได้โดยส่งมอบกฎแก่ผู้ให้กู้ เพื่อเป็นหลักประกันเหนือสินค้าในคลังสินค้า การครอบครองในสินค้าก็อาจโอนไปยังผู้ให้กู้ได้ (แต่ไม่แน่นอนเสมอไปว่า การส่งมอบกฎของสังหาริมทรัพย์ จะเป็นการส่งมอบการครอบครองสิ่งของในสังหาริมทรัพย์ เช่นส่งมอบกฎแก่บ้านแก่ตัวแทน เพื่อนำผู้ซื้อเข้ามาดู ไม่ได้เป็นการส่งมอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์ในบ้าน) คำสั่งส่งมอบ (DELIVER ORDER) ในคดี RHIND'S ไม่มีผลให้เป็นหลักประกันที่สมบูรณ์ขึ้นมา เนื่องจากไม่มีการส่งมอบการครอบครองในคดีนี้

ในคดี H.D. POOHIN & CO. V. ROBINOWS & MARJORIBANKS (1869) 7 M. 622 P & CO. ตกลงซื้อเหล็กจาก A. และว่าจ้าง B. เป็นนายหน้าหาซื้อเหล็ก P & CO. ให้ DELIVERY ORDER แก่ B. B. สลักหลัง DELIVERY ORDER แก่ R & M. เป็นหลักประกันเงินกู้ R & M. ใช้ DELIVERY ORDER เพื่อรับมอบการครองเหล็กจาก A. ศาลตัดสินว่า P & CO. ไม่อาจเรียกคืนสินค้าจาก R & M. วันแต่จะชำระหนี้กู้ยืมที่ B. กู้มาจาก R. & M. เสียก่อน P & CO. ก็ฟ้อง B. ฐานที่ B. ละเมิดข้อตกลง

บางครั้งคู่สัญญาพยายามแปลงการให้หลักประกันเป็นสัญญาอย่างอื่น แต่โดยหลักแล้ว ผู้ให้กู้จะได้หลักประกันต่อเมื่อเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน บางครั้งคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาภายนอกว่ามีการขายสินค้าแก่ผู้ให้กู้ และผู้กู้เป็นผู้ครอบครองสินค้าในฐานะอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของ การกระทำเช่นนี้ไม่มีผลเป็นการให้หลักประกัน ถ้าสาระสำคัญของคู่สัญญา คือให้สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันกู้ยืม ผู้ให้กู้ก็ไม่ถือว่าได้หลักประกัน หากไม่ได้ครอบครอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในคดี *RENNET V. MATHIESON* (1903) 5 F. 591 แสดงออกมาในสัญญาอย่างชัดเจนแจ้งว่า เป็นการขายพืชพันธุ์ โดยผู้เช่าที่ดินแก่เจ้าของที่ดิน และเจ้าของที่ดินให้ผู้เช่าที่ดินเช่าพืชพันธุ์ ศาลตัดสินว่า การดังกล่าว ผู้เช่ามุ่งจะให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ฉะนั้นจึงไม่ถือว่ามีการขายทรัพย์สินแก่เจ้าของที่ดิน และไม่มีการโอนการครอบครองที่แท้จริงแก่เจ้าของที่ดิน จึงถือไม่ได้ว่ามีการให้หลักประกัน

ในคดี *SCOTTISH TRANSIT TRUST LTD. V. SCOTTISH LAND CULTIVATORS LTD.* (1955) S.C. 254 ข่ายรถบรรทุก และตกลงจะซื้อรถบรรทุกกลับคืนโดยสัญญาเช่าซื้อ ศาลตัดสินว่า ไม่มีการขาย เพราะการดังกล่าวมุ่งจะให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ดังนั้น ผู้เสนอซื้อไม่อาจเรียกคืนรถบรรทุก แต่อาจเรียกคืนเงินที่ค้างชำระแก่ตนได้ ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

ในคดี *DUBLIN CITY DISTILLERY (GREAT BRUNSWICH STREET, DUBLIN) LTD. V. DOHERTY* (1914) A.C. 823 บริษัทกลั่นเหล้ากั๊ยมเงินจากบริษัท D. โดยให้วิสกีที่อยู่ คลังสินค้าของบริษัทเป็นหลักประกัน การจะเข้าถึงคลังสินค้าจะทำได้เฉพาะบริษัท และเจ้าหน้าที่บริหารร่วมกันเท่านั้น ประตุคลังสินค้าใช้กุญแจ 2 ชุด เมื่อมีการกั๊ยมแล้วบริษัทได้บันทึกชื่อของ D. ว่าเป็นเจ้าของหลักประกันเหนือวิสกีไว้ในสมุดบัญชีสินค้าของบริษัท บริษัทยังได้ให้ INVOICE และเอกสารแสดงว่า วิสกีได้ส่งมอบแก่ D. หรือบุคคลที่ D. กำหนด เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการไม่ทราบถึงเรื่องนี้ เมื่อไม่ได้จดทะเบียนไว้ในทะเบียน CHARGE ของบริษัท กรณีจะเป็นหลักประกันได้ต่อเมื่อเป็นการจำนำ ศาลตัดสินว่า ไม่เป็นจำนำ เพราะไม่มีการส่งมอบการครอบครองแก่ผู้ให้กู้

คดีนี้มีข้อน่าพิจารณาว่า ผู้ที่จะเข้าไปถึงวิสกียังคงเป็นบริษัทร่วมกับเจ้าหน้าที่บริหาร แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กุญแจ และเข้าถึงสินค้า รวมทั้งมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือสินค้า ก็ถือเป็นการจำนำที่สมบูรณ์ แม้ว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของสถานที่เก็บก็ตาม¹⁴

¹⁴ *IBID.*, p. 149.

ในคดี WRIGHTSON V. MC. ARTHUR AND HUTCHISONS (1919) LTD. (1921) 2 K.B. 807 บริษัทต้องการให้สินค้าเป็นหลักประกัน โดยนำไปไว้ในห้อง 2 ห้องของบริษัท ล็อคห้อง และให้กุญแจห้องแก่เจ้าหน้าที่ และทำหนังสือให้อ่านาจเจ้าหน้าที่จะขนย้ายสินค้าได้ ทุกเมื่อ ต่อมาผู้ชำระบัญชีอ้างว่าการให้หลักประกันเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่จดทะเบียน ศาลตัดสินว่า เป็นการจำหน่ายที่สมบูรณ์ เพราะการครอบครองได้ผ่านไปยังเจ้าหน้าที่โดยการมอบกุญแจ และการให้อุญแจที่จะเข้ามาในที่ดิน เพื่อเข้าถึงประตู และขนย้ายสินค้าไป

ในคดี MARTIN V. REID (1862) 11 C.B.N.S. 730 จำนำเกวียน และเบาะหลังม้า แต่ผู้รับจำนำไม่มีที่เก็บ จึงให้ทรัพย์สินยังอยู่กับผู้จำนำ โดยผู้รับจำนำมีสิทธิที่จะเรียกให้นำมา ให้เมื่อใดก็ได้ ศาลตัดสินว่าการครอบครองผ่านไปยังเจ้าหน้าที่แล้ว ดังนั้นมีการจำหน่ายเกิดขึ้นสมบูรณ์

จากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่กล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นว่าการแสดงการครอบครอง ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ และความจำเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งสาระสำคัญอยู่ที่ว่า หากผู้รับจำนำ สามารถเข้าถึงตัวสินค้า และมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือสินค้า ก็ถือว่าเป็นการครอบครองที่สมบูรณ์แล้ว

1.2 บุคคลอื่นครอบครองแทน

1.2.1 การตั้งผู้รักษาทรัพย์

ตามมาตรา 747 ป.พ.พ. กำหนดให้ผู้จำนำส่งมอบทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับจำนำมาตรา 758 ป.พ.พ. กำหนดว่าผู้รับจำนำชอบที่จะยึดทรัพย์สินจำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ และ มาตรา 769 ป.พ.พ. กำหนดว่าจำนำระงับเมื่อผู้รับจำนำคืนทรัพย์สินจำนำสู่การครอบครองผู้จำนำ เห็นได้ว่าหัวใจสำคัญของสัญญาจำนำคือ การที่ผู้จำนำต้องมอบทรัพย์สินจำนำให้ผู้รับจำนำครอบครอง ในระหว่างที่เป็นหนี้ แต่การครอบครองทรัพย์สินจำนำนี้ กฎหมายมิได้บังคับให้ผู้รับจำนำต้องเป็นผู้ ครอบครองเองเสมอไป ดังจะเห็นได้จากมาตรา 749 ป.พ.พ. ที่บัญญัติว่า "คู่สัญญาจำนำจะ ตกลงกันให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำไว้ก็ได้" ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรานี้ มีปัญหาว่า พิจารณาอยู่หลายประการด้วยกัน

ปัญหาประการแรก การเก็บรักษาของผู้เก็บรักษาทรัพย์สินตามมาตรานี้ เป็นการเก็บรักษาทรัพย์สินแทนใคร ทั้งนี้เพราะตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวระบุว่าผู้เก็บรักษาทรัพย์สินนั้น เป็นผู้ที่คู่สัญญาจำนำตกลงกันตั้งขึ้น ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำจะตั้งขึ้น โดยความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่เมื่อตั้งขึ้นแล้วก็ต้องถือว่าผู้เก็บรักษาทรัพย์สินนั้น เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำแทนผู้รับจำนำ ทั้งนี้แม้ว่าน่าเห็นใจอันเนื่องมาจากการเก็บรักษาทรัพย์สินจำนำ ผู้จำนำจะเป็นผู้จ่ายให้แก่ผู้เก็บรักษาทรัพย์สินก็ตาม เพราะหากจะมองว่าเป็นการเก็บรักษาไว้แทนผู้จำนำ ก็จะเท่ากับว่าผู้จำนำมิได้ส่งมอบการครอบครองแก่ผู้รับจำนำ อันเป็นการขัดต่อลักษณะสัญญาจำนำดังกล่าวข้างต้น นอกจากนั้นผู้จำนำก็มีหน้าที่โดยตรงในการจ่ายค่าเก็บรักษาทรัพย์สินจำนำ หรือหากจะมองว่าเป็นการเก็บรักษาทรัพย์สินจำนำไว้แทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ ผู้จำนำและผู้รับจำนำ ก็จะจำมีปัญหาดังกล่าวมาว่า ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับจำนำแล้วหรือไม่ และหากผู้จำนำมีคำสั่งให้เก็บรักษาทรัพย์สินคืนทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำ และผู้รับจำนำก็มีคำสั่งให้ส่งมอบทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับจำนำ เช่นนี้ผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจะต้องปฏิบัติอย่างไร ซึ่งไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น

ปัญหาประการต่อมา เมื่อผู้เก็บรักษาทรัพย์สินตั้งขึ้นโดยตามตกลงทั้งสองฝ่าย การจะถอดถอนและแต่งตั้งผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือไม่ ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าอำนาจที่จะถอดถอน หรือแต่งตั้งผู้เก็บรักษาทรัพย์สินน่าจะอยู่ที่ ผู้รับจำนำเพียงผู้เดียว เพราะเมื่อผู้จำนำตกลงจำนำทรัพย์สินไว้แก่ผู้รับจำนำ ก็เท่ากับยินยอมมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันหนี้ นับแต่บัดนั้นเป็นต้นไปอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับการที่จะเก็บรักษาครอบครองทรัพย์สินจำนำอย่างไร ย่อมจะเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้รับจำนำแต่ผู้เดียว นอกจากนี้หากจะถือว่าการถอดถอน และแต่งตั้งผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้จำนำด้วย ย่อมเป็นการทำให้ผู้รับจำนำเสียเปรียบ และอาจสูญเสียการครอบครองทรัพย์สินจำนำไปได้โดยง่ายจากการเปลี่ยนเจตนายึดถือครอบครองทรัพย์สินจำนำ จากการยึดถือครอบครองแทนผู้รับจำนำ เป็นการยึดถือครอบครองแทนผู้จำนำ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำน่าจะเป็นสิทธิโดยเด็ดขาดของผู้รับจำนำแต่เพียงผู้เดียว หากเห็นว่าผู้เก็บรักษาทรัพย์สินไม่น่าไว้วางใจก็มีอำนาจเปลี่ยนแปลงเสียเมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้จำนำ แต่อย่างไรก็ดีหากเปลี่ยนแปลงผู้เก็บรักษาทรัพย์สินไม่ได้รับความยินยอมจากผู้จำนำ ผู้จำนำอาจต้องรับผิดชอบเพื่อการสูญหาย หรือบุบสลายของทรัพย์สินจำนำได้ (มาตรา 760 ป.พ.พ.)

ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ การส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้แก่ผู้เก็บรักษาโดยตรง โดยไม่ผ่านมือของผู้รับจำนำเลยจะถือว่าสัญญาจำนำสมบูรณ์หรือไม่ ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินจำนำนั้นอาจส่งมอบโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ เพียงแต่ให้อำนาจบังคับบัญชาเหนือทรัพย์สินจำนำอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับจำนำเท่านั้น การส่งมอบทรัพย์สินจำนำแก่ผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจึงอาจกระทำได้โดยตรง โดยไม่ต้องผ่านมือมายังผู้รับจำนำแต่อย่างใด เพราะผู้เก็บรักษาทรัพย์สินก็ถือได้ว่าเป็นผู้รับมอบและครอบครองทรัพย์สินจำนำ โดยอาศัยอำนาจของผู้รับจำนำ และเป็นภาระกระทำในฐานะตัวแทนของผู้รับจำนำ

ปัญหาอีกประการหนึ่งคือ การตั้งผู้เก็บรักษาทรัพย์สินตามมาตรา 749 ป.พ.พ.นี้จะตกลงกันให้ผู้จำนำหรือผู้แทน หรือพนักงานของผู้จำนำเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินได้หรือไม่ (โดยเฉพาะเมื่อผู้จำนำเป็นนิติบุคคล) ซึ่งในทางปฏิบัตินิยมทำกันอยู่ในกรณีทรัพย์สินจำนำเป็นสินค้าซึ่งผู้จำนำมีความจำเป็นซื้อหรือขายอยู่ตลอดเวลา เพราะการตั้งผู้อื่นหรือการที่ผู้รับจำนำต้องเข้าครอบครองควบคุมทรัพย์สินจำนำเอง อาจสิ้นเปลืองทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายเกินสมควร และอาจเป็นการไม่สะดวกหรือขัดขวางต่อธุรกิจการค้าของผู้จำนำ ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าตามตัวบทมาตรา 749 ป.พ.พ.ระบุเพียงว่าเป็นการตั้งบุคคลภายนอกเท่านั้น การตั้งผู้จำนำเป็นผู้รักษาทรัพย์สิน นอกจากไม่มีกฎหมายรับรอง ยังอาจมีผลให้จำนำสิ้นสุดตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. ได้ แม้ในส่วนตัวผู้เขียนเองมีความเห็นว่า คู่สัญญาน่าจะตกลงให้ผู้จำนำเป็นผู้รักษาทรัพย์สินได้ เช่นเดียวกับในเรื่องผู้รับจำนำให้ผู้จำนำเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำแทน แต่อย่างไรก็ดี ถือได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน นอกจากจะไม่เอื้ออำนวยในการจำนำสินค้า ยังเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการจำนำสินค้าอีกด้วย อนึ่งสำหรับการตั้งผู้แทน หรือพนักงานของผู้จำนำเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจะถือได้ว่าเป็นการตั้งบุคคลภายนอกหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น การตั้งผู้แทนของผู้จำนำที่เป็นนิติบุคคลเป็นผู้รักษาทรัพย์สิน อาจมีผลให้การจำนำสิ้นสุดลงได้

1.2.2 การให้บุคคลอื่นครอบครองทรัพย์สินจำนำแทน

1.2.2.1 บุคคลภายนอก

ตามมาตรา 1368 ป.พ.พ. บัญญัติว่า "บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่น ยึดถือไว้ให้" และกรณีที่มีผู้แทนยึดถือไว้ได้ สิทธิครอบครองอาจมีได้ ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1379 และ 1380 ป.พ.พ. นั้นด้วย จึงเป็นที่เห็นได้ว่า ที่จะได้สิทธิครอบครองตาม กฎหมาย บุคคลไม่จำเป็นต้องเข้ายึดถือครอบครองตามกฎหมายเสมอไป แม้คนอื่นจะยึดถือไว้ให้ ก็อาจ ได้มามีไว้ซึ่งสิทธิครอบครองได้ด้วย

การที่การยึดถือตามความจริง กับสิทธิครอบครองตามกฎหมายอยู่ที่คนคนเดียวกัน เป็น เรื่องธรรมดา แต่การที่คนหนึ่งยึดถือตามความจริง อีกคนหนึ่งกลับมีสิทธิครอบครองตามกฎหมาย โดยไม่ได้ยึดถือ นั้น ทำให้คิดเห็นกันว่าการครอบครองอยู่สองชนิด ชนิดที่หนึ่งเป็นการครอบครอง ตามความเป็นจริง ซึ่งนักกฎหมายโรมันเรียกว่า POSSESSIO NATURALIS อีกชนิดหนึ่งเป็นการ ครอบครองตามกฎหมาย ซึ่งนักกฎหมายโรมันเรียกว่า POSSESSIO CIVILIS หรือ ที่นักกฎหมาย อังกฤษเรียกว่า CONSTRUCTIVE POSSESSION ฐานะการที่ผู้ยึดถือไว้แทนตามมาตรา 1368, 1379 และ 1380 ป.พ.พ. เป็นเหตุการที่ความจริงอย่างหนึ่ง ที่จะทำให้ผู้ที่เขายึดถือไว้ ให้ได้สิทธิครอบครอง ฐานะการที่บุคคลได้สิทธิครอบครอง โดยเขายึดถือด้วยตนเอง ก็เป็น เหตุการณ์ความจริงอีกอย่างหนึ่ง ที่จะทำให้เขาได้สิทธิครอบครองด้วยเหมือนกัน ถ้าการยึดถือ ตามความจริงมีครบถ้วนตั้งนั้นแล้ว ก็เกิดสิทธิครอบครองขึ้นได้ ตามกฎหมายไทย เหตุการณ์ที่ยึดถือ ด้วยตนเอง หรือโดยคนอื่นยึดถือไว้ให้ นั้น เป็นแต่เครื่องมือที่จะนำไปให้ได้สิทธิครอบครองใน กฎหมาย ไม่มีอะไรจะให้เข้าใจได้ว่า มีครอบครองตามความจริง และตามกฎหมาย หรือครอบ ครองโดยปริยายอะไรดังกล่าวข้างต้น ครอบครองใด ๆ ก็เป็นครอบครองตามจริงทั้งนั้น เกิดสิทธิ ครอบครองตามกฎหมายทั้งนั้น การที่มีคนอื่นยึดถือไว้ให้เรา เราก็เป็นผู้ยึดถืออยู่ โดยมีผู้แทนตาม ความจริงเหมือนกัน เช่นบ่าวของเขายึดถือทรัพย์สินไว้แทนเรา เราก็ได้อาศัยใช้บ่าวเป็นเครื่อง มือยึดถือไว้ แทนที่จะได้ เขายึดถือด้วยตนเองเท่านั้น หรือที่เราให้เขาเช่าทรัพย์สินของเราไปก็ดูจ ากัน ถ้าสภาพการเป็นอันว่า เราจะขาดครอบครองด้วยการให้เขาเช่าไป ใคร ๆ ก็คงจะไม่ให้

เช่าให้ยืม ที่ให้เช่าให้ยืมกันไป ก็โดยมีเจตนาความตั้งใจอยู่ตามจริง เป็นที่รับรู้ตกลงเข้าใจกัน
 ว่า เขาจะยึดถือไว้แทนเราด้วย การครอบครองของเรา เป็นการครอบครองตามความจริงไม่
 น้อยไปกว่าที่ยึดถืออยู่ด้วยตนเองนั้นเลย สถานการณ์ไม่ต่างอะไรกับเช่นที่ตัวเราไป แต่เอาของ
 เก็บไว้ในบ้าน ปิดประตูใส่กุญแจไว้ ตั้งใจจะกลับมาใช้ตามปกติ หรือเช่นที่เอาทรัพย์สินฝังดินไว้ ตั้งใจ
 จะกลับมาขุดเอาไป กฎหมายยังถือว่า เราเป็นผู้ยึดถือครอบครองอยู่ตามความจริงชนิด การที่เรา
 พยายามจากทรัพย์สินของเราไป แต่โดยที่คนอื่นยึดถือไว้ให้มัน ในฐานะที่เรามั่นใจได้ว่า ถึงอย่างไร
 ก็จะได้คืนตามที่ตกลงไว้ โฉนจะ ไม่ถือเป็นการครอบครองตามความจริงด้วย การที่มีคนยึดถือไว้ให้
 ไม่น่าจะต่างอะไรกับการที่เอาทรัพย์สินใส่ตู้เก็บใส่กุญแจไว้เท่าใดนัก หากแต่ว่า อย่างหนึ่งเป็นการ
 เก็บรักษาอยู่ในอารักขาของคน อีกอย่างหนึ่ง เป็นการเก็บรักษาอยู่ในอารักขาของเหล็กไม้ ลุก
 กุญแจเท่านั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงมีแต่สิทธิครอบครองตามกฎหมายอยู่
 อย่างเดียวเท่านั้น แต่วิธีการที่จะได้มา หรือมีไว้ต่อไปซึ่งสิทธิครอบครองนั้น บางที่อาศัยการยึดถือ
 เอาเอง บางที่อาศัยการยึดถือของคนอื่นด้วยก็ได้¹⁵

การยึดถือครอบครองโดยคนอื่นยึดถือไว้ให้มัน ต้องได้ เข้ายึดถือใช้อำนาจขนาดเท่ากับที่
 บุคคลที่จะเข้ายึดถือได้สิทธิครอบครองด้วยตนเอง ถ้าทราบใดการยึดถือของผู้แทนยังไม่ถึงขนาด
 เช่นนั้น บุคคลที่เขาจะยึดถือไว้ให้ ก็ยังหาได้สิทธิครอบครองไม่ และถ้าผู้ยึดถือไว้แทนละทิ้งไปตาม
 มาตรา 1377 ป.พ.พ. ผู้ที่เขายึดถือไว้ให้ก็สิ้นสิทธิครอบครองไปด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่
 1456/2462)

ในเรื่องจำนำแม้โดยหลักผู้รับจำนำจะต้องครอบครองทรัพย์สินจำนำ แต่ก็ไม่มีกฎหมาย
 บังคับให้ผู้รับจำนำต้องครอบครองทรัพย์สินจำนำไว้ด้วยตนเองเท่านั้น เพียงแต่มีมาตรา 760
 ป.พ.พ. บัญญัติว่า ถ้าผู้รับจำนำเอาทรัพย์สินจำนำไปให้บุคคลภายนอกเก็บรักษาโดยผู้รับจำนำมิได้
 ยินยอม ถ้ามีการสูญหายหรือบุบสลายใด ๆ ผู้รับจำนำจะต้องรับผิดชอบ จึงกล่าวได้ว่าการครอบครอง
 ทรัพย์สินจำนำนั้นผู้รับจำนำไม่จำเป็นต้องครอบครองด้วยตนเองเสมอไป แต่อาจมอบให้บุคคลภายนอกเป็น
 ผู้ครอบครองแทนได้ ตามมาตรา 1368 ป.พ.พ.

¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน,
 หน้า 440 - 442.

1.2.2.2 ผู้จำหน่าย

ได้กล่าวมาแล้วว่าสาระสำคัญของสัญญาจำหน่าย คือการที่ผู้รับจำหน่ายได้รับมอบ และครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายไว้จนกว่าจะได้รับการชำระหนี้ ถ้าคืนทรัพย์สินจำหน่ายให้แก่ผู้จำหน่ายเมื่อใดการจำหน่ายสิ้นสุดลงเมื่อใดนั้น ทำให้เกิดปัญหาที่น่าสงสัยว่า ถ้าผู้รับจำหน่ายจะให้ผู้จำหน่ายครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายไว้แทนจะทำได้หรือไม่ ข้อนี้มีนักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าไม่ได้ ถ้าตกลงเช่นนั้นไม่เป็นจำหน่าย เพราะตามมาตรา 749 ป.พ.พ.บัญญัติไว้หมวด 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของการจำหน่าย มาตรา 747 ป.พ.พ.บัญญัติให้ผู้จำหน่ายส่งมอบ และมาตรา 749 ป.พ.พ.บัญญัติให้คนภายนอกเก็บรักษาได้ ถ้าจะอนุญาตให้ผู้จำหน่ายเก็บเองจะต้องบัญญัติไว้ด้วย การที่ส่งหาริมทรัพย์สินอยู่ในมือผู้จำหน่าย คนอื่นไม่มีทางรู้ว่าของนั้นได้จำหน่ายแล้ว หากผู้จำหน่ายเอาของนั้นไปขาย ผู้รับจำหน่ายจะติดตามไปบังคับจำหน่ายอ้างว่าผู้จำหน่ายถือแทน ผู้ซื้อก็เสียเปรียบ เพราะเขาซื้อโดยสุจริต ไม่มีอะไรให้เขาติดตามเอาอยู่¹⁶ ฝ่ายที่สองเห็นว่า แม้แต่ผู้จำหน่ายเองก็อาจตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินจำหน่ายไว้แทนผู้รับจำหน่าย ถ้าได้แสดงเจตนาว่าจะยึดถือไว้แทนผู้รับจำหน่าย วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันอยู่เป็นปกติตามประเพณีธนาคาร เช่น การที่ลูกค้าออกตราสารที่เรียกกันว่าทรัสต์รีซีพ (TRUST RECEIPT) ให้ลูกค้ารับสินค้าไปในฐานะเป็นผู้ยึดถือไว้แทนธนาคาร ซึ่งถ้าเอาสินค้าไปขายได้เงินจะต้องเอาเงินมาใช้หนี้ธนาคาร การที่ตกลงกันดังนี้ ไม่ทำให้ธนาคารเสียสิทธิในฐานะเป็นผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สิน เพราะมีลูกค้าเป็นผู้ยึดถือแทนตามมาตรา 1380 ป.พ.พ. แต่การที่ให้ผู้จำหน่ายเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินแทนผู้รับจำหน่ายนั้นไม่ปลอดภัยนัก เพราะตามมาตรา 1381 ป.พ.พ. ผู้จำหน่ายอาจจะรับการครอบครองของผู้รับจำหน่ายเสียได้ โดยเพียงแต่บอกกล่าวว่าตนไม่เจตนายึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้รับจำหน่ายต่อไป¹⁷

¹⁶ พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดเหนี่ยวและบูรณสิทธิ. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2525), หน้า 339.

¹⁷ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ. แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2512 (ธนบุรี : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2512), หน้า 156, 159.

ผู้เขียนเองเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สองนี้ เพราะการครอบครองทรัพย์สิน ย่อมประกอบด้วยการยึดถือและเจตนาในการยึดถือ แม้ผู้จำหน่ายจะเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินจำหน่ายไว้ก็จริง แต่ก็ด้วยเจตนาครอบครองแทนผู้รับจำหน่าย การครอบครองจึงเสมือนเป็นการครอบครองของผู้รับจำหน่ายเอง เมื่อผู้รับจำหน่ายได้ครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายไปแล้ว เหตุใดจะถือว่าข้อตกลงเช่นว่านั้นไม่เป็นจำหน่าย หรือจำหน่ายไม่สมบูรณ์ หรือสัญญาจำหน่ายสิ้นสุดลงแล้ว ในเมื่อผู้รับจำหน่ายก็ได้รับมอบการครอบครองทรัพย์สินแล้ว และยังคงครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายนั้นอยู่ไม่ว่าการครอบครองนั้น จะโดยอาศัยบุคคลภายนอก หรือผู้จำหน่ายเองเป็นผู้ครอบครองแทนก็ตาม แต่ผู้รับจำหน่ายก็อาจมีความเสี่ยงอยู่ตามความเห็นของฝ่ายที่สอง ที่ว่าผู้จำหน่ายอาจเปลี่ยนเจตนาครอบครองจากการครอบครองแทนผู้รับจำหน่ายเป็นการครอบครองเพื่อตนเองเมื่อใดก็ได้ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อความคงอยู่ของสัญญาจำหน่ายได้ ซึ่งหากไม่มีความจำเป็นจริง ๆ ก็คงไม่มีผู้รับจำหน่ายคนใดทำเช่นนั้น แต่ได้กล่าวมาแล้วว่าในเรื่องการรับจำหน่ายสินค้าอาจมีกรณีเช่นนี้ได้เสมอด้วยความจำเป็นและเหตุผลดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ผู้เขียนเองจะมีความเห็นว่ากรณีที่ผู้จำหน่ายเปลี่ยนเจตนายึดถือครอบครองจากการยึดถือครอบครองแทนผู้รับจำหน่ายเป็นการยึดถือเพื่อตนเองได้ทำให้การจำหน่ายสิ้นสุดลง หากแต่เป็นเหตุให้ผู้รับจำหน่ายเรียกเอาทรัพย์สินจำหน่ายมาครอบครองเองในฐานะผู้รับจำหน่ายต่อไปได้แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวควรได้รับการแก้ไขโดยมีการบัญญัติกฎหมายรับรองให้ผู้จำหน่ายครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายแทนผู้รับจำหน่ายได้ เพื่อให้มีความชัดเจนปราศจากข้อสงสัย ไม่ต้องอาศัยการตีความเข้าช่วย ทั้งจะเป็นการขยายและช่วยในการตีความมาตรา 769(2) ป.พ.พ. ในเรื่องการสิ้นสุดของสัญญาจำหน่ายด้วย

ตามกฎหมายอังกฤษ ผู้จำหน่ายอาจครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายแทนผู้จำหน่ายได้¹⁸ เช่นคดี MOORE V. GLEDDEN (1869) 7 M 101 B. จำหน่ายพืชพันธุ์ (PLANT) แก่เจ้าของที่ดิน ศาลตัดสินว่า ผู้จำหน่ายใช้พืชพันธุ์อยู่ การครอบครองก็โอนมายังผู้รับจำหน่าย เพราะเป็นสัญญาจำหน่าย และพืชพันธุ์ก็อยู่บนที่ดินของผู้รับจำหน่ายอยู่แล้ว และในคดี ORR'S TRUSTEE V. TULLIS (1870) 9 M. 936 ศาลตัดสินเช่นเดียวกันว่า ผู้จำหน่ายครอบครองทรัพย์สินจำหน่ายแทนผู้จำหน่ายได้

¹⁸L.A. SHERIDAN, RIGHT IN SECURITY, pp. 122 - 123.

แต่บางกรณีศาลตัดสินเพื่อป้องกันเจ้าหนี้ไม่มีประกันว่า ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ที่อยู่ในฐานะอันจะ
ถือได้จากพฤติการณ์แวดล้อม ว่าเป็นการครอบครองในฐานะเจ้าของได้หรือไม่¹⁹ เช่นในคดี
STIVEN V. COWAN (1878) 15 S.L.R. 422 ผู้ให้กู้เข้าครอบครองโรงไม้ และอุปกรณ์ใน
โรงไม้ในวันเสาร์ แต่ในวันอาทิตย์มีการให้เช่าทรัพย์สินแก่ลูกหนี้ ซึ่งได้กลับเข้าครอบครองทรัพย์สิน
ศาลตัดสินว่า ผู้ให้กู้ไม่มีหลักประกันเหนือทรัพย์สิน ไม่มีการโอนการครอบครองที่แท้จริงแก่ผู้รับจำนำ

ตามกฎหมายอเมริกา ผู้จำนำอาจเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินแทนผู้รับจำนำได้เช่นกัน²⁰

ส่วนที่ 2 : การคืนการครอบครอง

2.1 การให้ไถ่ถอนทรัพย์สินจำนำ

ในเรื่องจำนองมีมาตรา 736 ป.พ.พ. บัญญัติว่า "ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองจะไถ่
ถอนจำนองก็ได้ ถ้าหากมิได้เป็นตัวลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน หรือเป็นทายาทของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน"
ซึ่งจะเห็นได้ว่าได้ยกเว้นบุคคล 3 ประเภท คือ ตัวลูกหนี้, ผู้ค้ำประกัน และทายาทของลูกหนี้
หรือผู้ค้ำประกัน เหตุผลก็เพราะการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองโดยผู้รับโอนทรัพย์สินตามมาตรานี้เป็น
ให้สิทธิไถ่ถอนในราคาพิเศษ กล่าวคือ เพียงแต่ขอไถ่ถอนจำนองโดยเสนอราคาอันควรแก่
ทรัพย์สิน คือราคาของทรัพย์สินที่จำนองในขณะนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 738 ป.พ.พ. เนื่อง
จากลูกหนี้มีหนี้ผูกมัดอยู่อีกต่างหากอีกอันหนึ่ง นอกจากสัญญาจำนอง คือหนี้ที่ตนผูกพันอยู่ トラาบโด

¹⁹IBID., p. 123.

²⁰GRANT GILMORE, SECURITY INTERESTS IN PERSONAL PROPERTY.

VOLUME I. SECOND PRINTING (BOSTON & TORONTO : LITTLE, BROWN AND COMPANY,
1965), p. 440.

ที่ยังมีหนี้อยู่จะเอาทรัพย์สินที่จำนองออกไปยังไม่ได้ เพราะทรัพย์สินนั้นเป็นประกันหนี้ กฎหมายจึงไม่ยอมให้ลูกหนี้ไถ่ถอนจำนองโดยราคาพิเศษ ส่วนผู้ค้ำประกันก็เช่นเดียวกัน ได้เข้าผูกพันตนเองจะชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ คือยอมรับภาระเป็นผู้ชำระหนี้นั่นเอง เมื่อหนี้ยังไม่หมดหรือระงับไป ตนก็จะทำการไถ่ถอนจำนองอันทำให้หลักประกันทั้งหมดไปย่อมเป็นการเสียหายแก่เจ้าหนี้ สำหรับทายาทของลูกหนี้และผู้ค้ำประกันนั้นก็เป็นผู้ที่รับไปทั้งสิทธิหน้าที่ของบุคคลเหล่านั้น ตามมาตรา 1600 ป.พ.พ. ย่อมอยู่ในฐานะอย่างเดียวกัน มาตรา 736 ป.พ.พ. จึงห้ามมิให้ไถ่ถอน กรณีที่ห้ามลูกหนี้ ผู้ค้ำประกัน หรือทายาทของลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันไถ่ถอนจำนองตามมาตรา 736 ป.พ.พ. นี้ ห้ามเฉพาะการใช้เงินให้เป็นจำนวนอันสมควรกับราคาทรัพย์สินจำนองหรือใช้เงินให้เท่าราคาทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น ไม่ห้ามการไถ่ถอนโดยชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งเมื่อชำระหนี้แล้ว การจำนองก็ระงับสิ้นไปตามมาตรา 744 (1) ป.พ.พ.²¹ แม้จะไม่มีบทบัญญัติมาตราใดบัญญัติไว้ชัดแจ้งถึงเรื่องการไถ่ถอนการจำนองโดยบุคคลเช่นว่านี้ก็ตาม โดยผู้จำนองมีสิทธิที่จะไถ่ถอนจำนองจนวาระสุดท้ายก่อนที่ทรัพย์สินจะถูกขายทอดตลาด โดยการที่เจ้าพนักงานเคาะไม้ให้แก่ผู้ซื้อราคาสูงสุด (มาตรา 295 ป.วิ.พ.)

ตามกฎหมายอังกฤษ ตามหลักคอมมอนลอว์ (COMMON LAW) ผู้จำนองมีสิทธิไถ่ถอนจำนองภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาจำนอง ถ้าเกินกำหนดแล้วไถ่ถอนไม่ได้ ตามเคร่งครัดของคอมมอนลอว์เช่นนี้ ศาลฝ่ายเอควิตี้ (EQUITY) เห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่ผู้จำนอง จึงวางหลักกฎหมายเอควิตี้ว่า ผู้จำนองมีสิทธิไถ่ถอนจำนองได้อีกภายในเวลาอันสมควร หลังจากครบกำหนดไถ่ถอนตามสัญญาจำนองแล้ว เรียกว่าสิทธิไถ่ถอนจำนองทางเอควิตี้ (EQUITABLE RIGHT TO REDEEM) ข้อตกลงใด ๆ ที่ขัดขวางสิทธิไถ่ถอนจำนองทางเอควิตี้ย่อมใช้ไม่ได้ เพราะถือว่าขัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²¹ ภิญ โปษ ธีรนิติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ค้ำประกัน จำนำ จำนอง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ยังพลเทรดดิ้ง, 2527) หน้า 120. และ พจน์ ปุส ปากคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ, หน้า 285.

ขวางสิทธิไถ่ถอนจำนองทางเอควิตี้ (CLOG ON THE EQUITY OF REDEMPTION)²²

สำหรับในเรื่องจำนำก็ไม่มีบทบัญญัติมาตราโดยระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า ผู้จำนำสามารถไถ่ถอนจำนำได้แต่ก็คงมีลักษณะเช่นเดียวกับในเรื่องจำนอง กล่าวคือไม่ห้ามลูกหนี้ หรือผู้จำนำที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินจำนำโดยชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งเมื่อชำระหนี้แล้ว การจำนำก็จะระงับสิ้นไปตามมาตรา 769 (1) ป.พ.พ.

2.2 การสละการครอบครอง

การที่ครอบครองจะสิ้นไป ตามหลักในมาตรา 1377 ป.พ.พ. ที่บัญญัติว่า

"ถ้าผู้ครอบครองสละเจตนาครอบครอง หรือไม่ยึดถือทรัพย์สินต่อไปไซ้ การครอบครองย่อมสิ้นสุดลง

ถ้าเหตุอันมีสภาพเป็นเหตุชั่วคราวมีมาขัดขวางมิให้ผู้ครอบครองยึดถือทรัพย์สินไซ้ ท่านว่าการครอบครองไม่สิ้นสุดลง"

จากบทบัญญัติมาตรานี้ เห็นได้ว่าการสิ้นสุดของการครอบครองจะมีขึ้นเมื่อผู้ครอบครองสละเจตนาการครอบครอง หรือไม่ยึดถือทรัพย์สินต่อไป ซึ่งแยกพิจารณาการออกได้ 2 ประการคือ เจตนาสละการครอบครอง และการส่งมอบคืนการครอบครอง

²² ถาวร โปธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 75.

2.2.1 เจตนาสละการครอบครอง

เจตนาสละการครอบครองเป็นเรื่องพิสูจน์กันได้ยาก เพราะเกี่ยวกับจิตใจของคน ถ้าไม่มีพฤติการณ์ภายนอกอันเป็นกรรม แสดงออกด้วยวาจา หรือกิริยา ซึ่งเจตนาสละเช่นนั้นโดยตรง หากไม่มีที่เคลือบแคลงสงสัยแล้ว ก็แทบจะพิสูจน์กันไม่ได้เสียเลย การที่บุคคลยึดถือทรัพย์สินไว้เท่านั้น ก็เกิดข้อสันนิษฐานขึ้นตามมาตรา 1369 ป.พ.พ. เสียแล้วว่า เขามีเจตนายึดถือเพื่อตน เป็นผลให้สิทธิครอบครองยังอยู่แก่เขา ใครจะได้เถียงว่าสิ้นไปแล้ว ต้องนำสืบหักล้าง และถ้าไม่มีพฤติการณ์แสดงออกอย่างไรให้เห็นได้ว่า ได้เจตนาสละแล้วก็ยากนักที่จะพิสูจน์หักล้างได้ เช่น ฉ. ครอบครองที่ดินอยู่ ทางการประกาศเป็นที่ใน เขตผังเมือง ต้องทำสัญญาเช่าต่อทางการจึงจะอยู่ต่อไปได้ ฉ. จำเป็นต้องทำสัญญาตามประกาศนั้น ไม่เป็นการสละการครอบครองให้แก่ทางราชการ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2011-2013/2515) พฤติการณ์อันจะพึงแสดงว่า ได้สละเจตนาครอบครองนั้น อาจมีตัวอย่างได้เช่น ก. เข้าใจผิดไป เอาทรัพย์สินของของ ข. มายึดถือไว้ เมื่อทราบความจริงเข้า ก. ได้รับรองต่อ ข. ว่าไม่ใช่ทรัพย์สินของตน และแจ้งว่า ตนไม่ประสงค์จะอ้างสิทธิอะไรที่จะยึดถือไว้เพื่อตน ข. จะเอาก็ตามใจ ถ้าปรากฏเป็นที่แจ่มแจ้งเช่นนี้ก็พึงฟังได้ว่า ได้สละเจตนาครอบครองเสียแล้ว หรือที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1380 วรรค 1 ป.พ.พ. เช่น ก. นำแหวนในครอบครองของตนให้ ข. จะส่งมอบเดี๋ยวนี้ แต่ ข. จะไปขู่เสียก่อน แล้วจะกลับมารับเอาไป ก. ยอมถือไว้ให้ ข. ในระหว่างนั้น เช่นนั้นก็เป็นเรื่องที่ ก. ได้สละเจตนาครอบครองเสียแล้วเหมือนกัน แม้จะยังยึดถือไว้ ก็ไม่ใช่ผู้มีสิทธิครอบครองต่อไป สิทธิครอบครองของ ก. เป็นอันสิ้นไปแต่ขณะแรกที่ ก. รับจะถือไว้แทน ข. ทำให้ ข. เป็นผู้มีสิทธิครอบครองตามมาตรา 1368 ป.พ.พ. นับแต่นั้นเป็นต้นไป แต่ตัวอย่างอาจมีได้ ที่ผู้ถือไว้แทน ยังมีได้สละเจตนาครอบครองเสียทีเดียว เช่น ก. ขายที่ดินให้ ข. แล้ว แต่คงเช่าที่นั้นอยู่ต่อไป เช่นนี้ สิทธิครอบครองของ ก. ก็ยังคงมีอยู่ต่อไปได้ เพราะ ก. ยังมีเจตนาที่จะครอบครองใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่า แม้จะได้โอนกรรมสิทธิ์ให้ ข. ไปแล้วก็ตาม พฤติการณ์ตามมาตรา 1319 ป.พ.พ. ที่เจ้าของสละกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ของตนนั้นยอมเป็นเรื่องสละเจตนาครอบครองด้วยในตัว แต่ถ้าเพียงแต่สละเจตนาครอบครอง ก็หาตระหนักถึงถึงแก่จะเป็นเจตนาสละกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1319 ป.พ.พ. ไม่ และควรระลึกด้วยว่า ถ้าผู้ครอบครองได้เลิกยึดถือไป แต่โดยมอบหมายให้ผู้อื่นถือไว้แทน เช่นมอบหมายให้คนดูแลไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกา 1111/2462) หรือให้คนอาศัยอยู่ เขาก็ยังมีสิทธิครอบครองอยู่ได้ตามมาตรา 1368 ป.พ.พ. จะ

ถือว่าได้สละเจตนาครอบครอง หรือไม่ยึดถือต่อไปไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 42/2485, 1456/2462, 693/2475, 502/2476, 1099/2477)²³ ชายฝากนามือเปล่าเป็นโมฆะ เพราะไม่จดทะเบียน จะถือเป็นสละครอบครองอย่างซื้อขายเด็ดขาดไม่ได้ เพราะวันหลังจะไถ่คืน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1160/2511)

2.2.2 พฤติการณ์ที่จะถือว่าเป็นการส่งมอบคืนการครอบครอง

การไม่ยึดถือทรัพย์สินต่อไปตามมาตรา 1377 ป.พ.พ. โดยทั่วไปย่อมเป็นกรรมอันแสดงเจตนาละทิ้งเลิกครอบครอง เช่นที่ตื้นน้ำเต็มท่วมถึง ทำประโยชน์ไม่ได้ จึงทิ้งไปหาที่ทำการที่อื่น การที่ไปตั้งถิ่นฐานทำการอยู่ใหม่เป็นประจำ แสดงให้เห็นได้ว่า ได้เลิกยึดถือไปแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 369/129) หรือเอาสุนัขเป็นโรคเรื้อนไปปล่อยวัด พฤติการณ์ก็แสดงว่า ได้เลิกยึดถือสละการครอบครองเสียแล้ว และพอฟังตระหนักยิ่งถึงแก่ว่าได้มีเจตนาสละกรรมสิทธิ์เสียแล้วด้วยตกเป็นสังหาริมทรัพย์ไม่มีเจ้าของที่คนอื่นจะเข้าถือเอาเป็นกรรมสิทธิ์ได้ตามมาตรา 1318, 1319 ป.พ.พ. หรือถ้าเป็นการโอนขายยกให้ส่งมอบให้ใครไปเด็ดขาด โดยมีค่าใช้จ่ายให้เขายึดถือไว้แทนโดยนัยแห่งมาตรา 1378 ป.พ.พ. ประกอบกัน ก็เห็นได้ว่า การครอบครองได้สิ้นสุดผ่านจากผู้โอนส่งมอบนั้นไปแล้ว ในขณะที่ส่งมอบไปนั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 274/2456, 134/2462) เช่นเดียวกัน ถ้ามีใครยึดถืออยู่แทนเพียงแต่แสดงเจตนาโอนให้เขาเท่านั้น ตามมาตรา 1379 ป.พ.พ. ก็ถือว่า ได้โอนการครอบครองให้เขาแล้ว เป็นการสละเจตนาครอบครอง และเลิกครอบครองในเวลาเดียวกัน

ตามมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ.บัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษว่า ถ้ามีเหตุอันมีสภาพเป็นการชั่วคราวมาขัดขวาง มิให้ผู้ครอบครองยึดถือทรัพย์สินไว้ ทำนว่า การครอบครองไม่สิ้นสุดลง ตัวอย่างที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ เช่นทำนาอยู่ เกิดน้ำเต็มท่วมถึงทำนาไม่ได้ จึงทิ้งที่ดินไปทำกินที่อื่นชั่วคราว

²³ เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 544 - 545.

โดยตั้งใจว่า จะกลับมาทำใหม่เมื่อน้ำเค็มหายท่วม เช่นนี้ จะถือว่าได้คืนสิทธิครอบครองแล้วไม่ได้ เพราะเป็นเหตุมีสภาพเป็นการชั่วคราวเท่านั้นเช่นเดียวกัน ถ้าปีไหนฝนแล้ง หรือน้ำน้อย หรือน้ำท่วมมากไป ทำนาไม่ได้ จึงเว้นเสียไม่ทำเฉพาะปีนั้น ก็เป็นเหตุขัดขวางชั่วคราวเหมือนกัน หากทำให้คืนสิทธิครอบครองไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2/2457, 1000/2466, 335/2476, 724/2476, 215/2477, 252/2480, 607/2506) เหตุขัดขวางตามมาตรา 1377 วรรค 2 นี้คงจะหมายความถึงเหตุที่ทำให้ผู้ครอบครองเลิกยึดถือไปทีเดียว เรื่องเช่นที่โคหาย เจ้าของยังตามไป อยู่ในระยะเวลาและโอกาสที่จะเอาตัวได้นั้น จะว่าได้เลิกยึดถือขาดครอบครองเสียแล้วไม่ได้ สำหรับกรณีที่ยกเว้นให้ตามมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ.นั้น แม้จะเลิกครอบครองไปแล้ว หากแต่เป็นเพราะเหตุชั่วคราว ก็ยังยกเว้นไว้ มิให้ถือว่าการครอบครองได้สิ้นสุดลง เช่นเดียวกัน ถ้าเขาเอาที่ดินให้คนเช่า แม้จะมีสัญญาขัดขวาง มิให้เข้าครอบครองได้ในระหว่างการเช่านั้น ก็ไม่ใช่เหตุขัดขวางไม่ให้ยึดถือตามความหมาย ในมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ.นี้ เป็นเรื่องที่เขาให้คนยึดถือไว้แทนตามมาตรา 1368 ป.พ.พ. อีกเรื่องหนึ่งต่างหาก เหตุขัดขวางตามมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ. จะเป็นโดยธรรมชาติดังกล่าวแล้ว หรือจะเป็นด้วยผลบังคับแห่งกฎหมายก็ได้ เช่น เจ้าพนักงานอาศัยอำนาจในกฎหมายเข้ามาขวางกั้นไว้ มิให้เขายึดถือได้ ก็เป็นเหตุชั่วคราว ได้ยกเว้นเหมือนกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 334/2464, 372/2476) เหตุอย่างไรวจะมีสภาพเป็นการชั่วคราว หรือถาวรตั้งแต่ข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป เช่นถ้าโดยสภาพ อันเป็นที่ดินซึ่งลุ่มมาก น้ำเค็มท่วมถึง และยังคงท่วมอยู่ต่อไป ไม่มีเวลาลด หากทิ้งไป ก็อาจไม่เป็นชั่วคราวได้ หรืออาจเกี่ยวข้องกับฐานะของบุคคลก็ได้ เช่นแต่แรกครอบครองทำมาหากินเลี้ยงท้องไปวัน ๆ แต่ถูกลอตเตอ์รื้ออพยพเข้าไปเป็นเศรษฐีในกรุง เช่นนี้จะถือว่าเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ. ไม่ได้

ในเรื่องจำนำมีมาตรา 769 (2) ป.พ.พ.บัญญัติว่า "อันจำนำย่อมระงับสิ้นไป เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำนำ" ซึ่งเห็นได้ว่า การที่จะมีสิทธิจำนำนั้นผู้รับจำนำต้องเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ การครอบครองนับได้ว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิจำนำ

ดังนั้นถ้าผู้รับจำนำได้ปล่อยให้ทรัพย์สินจำนำไปอยู่ในความครอบครองของผู้จำนำ การจำนำย่อมระงับ
สิ้นไป ซึ่งเรื่องและผู้รับจำนำค้ำประกันการครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำนี้ นักกฎหมายมีความเห็นแตก
ต่างกันเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า ถ้าผู้รับจำนำได้ปล่อยให้ทรัพย์สินจำนำไปอยู่ในความครอบครอง
ของผู้จำนำอีก ไม่ว่าจะเป็นเวลาชั่วคราวหรือถาวร หรือยอมโดยถูกหลอกหรือไมก็ตามย่อมเป็น
การส่งมอบให้ผู้จำนำเอากลับคืนไป เช่นขอของที่จำนำไปให้ผู้ซื้อดู ถ้าเขารับซื้อจะเอาเงินมาใช้
ให้ทรัพย์สินอย่างนี้ ผู้รับจำนำมอบให้ไปโดยเต็มใจไปโดยเต็มใจ เพราะเชื่อคำรับรองว่าจะเอามาคืน
ถ้าไม่มีคนซื้อก็ดี การจำนำเป็นอันระงับตั้งแต่ส่งมอบกลับคืนไป²⁴ ความเห็นฝ่ายแรกนี้มีคำพิพากษา
ฎีกาสืบสืบสืบ คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2502

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2502 โจทก์ฟ้องคดีอาญาฐานล่อโจงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎ
หมายอาญามาตรา 349 อ้างว่า จำเลยกู้เงินโจทก์ไป 1,200 บาท โดยมอบโค 2 ตัว กับตัวนิมฟ์
รูปพรรณให้โจทก์ยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ต่อมาโจทก์ได้มอบโคที่จำนำกันนั้นให้จำเลยเป็นผู้
รักษาหาประโยชน์รายได้ของจำเลยเอง จำเลยกลับเอาโคที่จำนำไปโอนใช้หนี้ให้นายสิงห์
โดยเจตนาไม่ให้โจทก์ได้รับชำระหนี้ ขอให้ลงโทษ

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาคดีอาญากันยกฟ้องโจทก์ โดยวินิจฉัยว่า เป็นเรื่องกู้เงิน
ระบุหลักทรัพย์เป็นประกันเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการจำนำ

โจทก์ฎีกาว่า จำเลยนำโคและเกวียนพร้อมด้วยตัวนิมฟ์รูปพรรณมาทำสัญญาจำนำ และ
ส่งมอบให้โจทก์ยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁴ พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน
จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบริวารสิทธิ, หน้า 351. และ ประเสริฐ ตัณศิริ, คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ บริวารสิทธิ สิทธิยึดหน่วง
(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519), หน้า 135. และ ชุมพล จันทราทิพย์,
คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 171.

มาตรา 747 ป.พ.พ.แล้ว การที่โจทก์ยอมให้กลับคืนไปอยู่ในการครอบครองจำเลยเป็นการให้ยืมใช้ชั่วคราว

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีเรื่องนี้เมื่อทำสัญญากู้เงินกันแล้ว โจทก์ได้ยินยอมมอบโฉดทั้งสองตัวกลับคืนไปสู่ครอบครองของจำเลย แม้จำเลยจะเคยนำกลับไปให้โจทก์บ้างเป็นครั้งคราว แต่ผลที่สุดโจทก์ยินยอมกลับคืนแก่จำเลย หวังจะให้จำเลยมีเครื่องมือทำมาหากินนำเงินมาใช้หนี้โจทก์ ดังนี้ ย่อมถือได้ว่า การกู้เงินรายนี้จำเลยหาได้มอบโฉดทั้งสองตัวเป็นประกันการชำระหนี้ ตามความหมายในลักษณะจำนำแต่ประการใดไม่ ข้อที่โจทก์ฎีกาว่าการมอบโฉดแก่จำเลยไปเป็น เรื่องยืมใช้หนี้ ถ้าผู้รับจำนำยอมมอบทรัพย์สินจำนำคืนไปสู่ครอบครองของลูกหนี้ผู้จำนำเสียแล้ว ระยะเวลาเหล่านั้นย่อมปราศจากทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ อันเป็นสิ่งสำคัญของลักษณะจำนำ จะถือเป็นการจำนำหาได้ไม่ เมื่อไม่มีการจำนำโฉดแก่กัน จึงขาดองค์ความผิดข้อสำคัญ จำเลยไม่มีความผิดตามฟ้องพิพากษานี้²⁵

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า การที่ผู้รับจำนำคืนทรัพย์สินจำนำไปสู่การครอบครองของผู้จำนำนั้น ต้องเข้าใจตามลักษณะครอบครองของผู้จำนำนั้น ต้องเข้าใจตามลักษณะครอบครองในบรรพ 4 ป.พ.พ. ด้วยว่าไม่จำเป็นต้องส่งตัวทรัพย์สินถึงมือผู้จำนำ เพราะตามมาตรา 1368, 1378, 1379, 1380 และ 1381 ป.พ.พ. ผู้รับจำนำอาจคืนการครอบครองให้แก่ผู้จำนำได้ด้วยการโอนการครอบครองให้ผู้อื่นยึดถือไว้แทนผู้จำนำ หรือแสดงเจตนาว่าตนจะเป็นผู้ยึดถือไว้แทนผู้จำนำ ปัญหาว่าผู้รับจำนำได้ยอมคืนการครอบครองให้ผู้จำนำหรือไม่ ต้องอาศัยเจตนาสละการครอบครอง หรือการที่ไม่ยึดถือทรัพย์สินตามมาตรา 1377 ป.พ.พ. ทั้งนี้เป็นข้อเท็จจริงแล้วแต่พฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป ถ้าผู้รับจำนำยังสงวนสิทธิอย่างใดไว้ ไม่ถึงกับคืนครอบครองให้แก่ผู้จำนำไปเลย พฤติการณ์อาจไม่พอฟังว่าเป็นการคืนครอบครอง เช่นเดียวกัน แม้ตัวผู้รับจำนำจะไม่ได้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินเอง แต่ยัง

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 490/2502, คำพิพากษาฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2502

(พระนคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2502), หน้า 621 - 626.

สงวนสิทธิโดยการให้คนอื่นยึดถือไว้แทน โดยผู้นั้นจะเป็นคนภายนอกหรือตัวผู้จำหน่ายเองก็ตาม พฤติการณ์ก็ไม่อาจพอฟังว่า ได้มีการคืนครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้จำหน่าย²⁰ คำว่า "ยอมให้ทรัพย์สินที่จำหน่ายกลับคืนไป" นี้ หากจะพิจารณาโดยถ่วงแท้แล้ว น่าจะหมายความถึงกรณีที่ให้คืนไปในลักษณะที่มีเจตนาให้คืนโดยปราศจากการหวงแหน หรือการสงวนสิทธิที่จะให้ทรัพย์สินจำหน่ายเป็นหลักประกันต่อไปเท่านั้น คำว่า "ยอมให้กลับคืน" ย่อมต่างกับคำว่า "ยอมให้เอาไปต่อทะเบียน" หรือ "ยอมให้เอาไปคู้หรือใช้ชั่วคราว" คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2502 ซึ่งอ้างมาเป็นข้อสนับสนุนความเห็นดังกล่าวข้างต้นนั้น เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนั้นหาได้วินิจฉัยถึงเรื่องการจำหน่ายระงับแต่อย่างใด เพราะแม้ในคำพิพากษาศาลฎีกานี้จะได้กล่าวถึงมาตรา 769 (2) ไว้ด้วยก็ตาม ศาลฎีกาก็ไม่ได้วินิจฉัยว่าการจำหน่ายระงับแต่อย่างใด หากแต่ฟังว่ากรณีตามคำพิพากษานี้ไม่มีการจำหน่าย โดยวินิจฉัยยืนตามศาลอุทธรณ์ว่า "การกู้เงินรายนี้ และตามสัญญาฉบับที่โจทก์อ้าง จำเลยหาได้มอบใดทั้ง 2 ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ตามความหมายในลักษณะจำหน่ายแต่อย่างใดไม่" การที่ศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยว่าการจำหน่ายระงับนั้นมีเหตุผลสนับสนุน กล่าวคือ หากศาลฎีกาฟังว่าคดีนี้มีการจำหน่ายแล้ว ศาลฎีกาอาจวินิจฉัยคดีนี้ได้โดยไม่ต้องก้าวล่วงไปวินิจฉัยถึงเรื่องการจำหน่ายระงับแต่อย่างใดเลย ดังจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 349 ตามที่โจทก์ฟ้อง บัญญัติไว้เป็นใจความว่า "ผู้ใด เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินอันตนจำหน่ายไว้แก่ผู้อื่น ถ้าได้กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำหน่ายแล้ว ผู้ใดมีความผิดฐานโกงเจ้าหนี้" คำว่า "เอาไป" ตามมาตรานี้หมายความถึงการเอาไปเคลื่อนจากที่ จากครอบครองของผู้รับจำหน่าย หรือจากผู้ที่เก็บรักษาทรัพย์สินที่จำหน่ายไว้แทนผู้รับจำหน่าย การเอาไปตามมาตรานี้ มีความหมายคล้ายกับการเอาไปในความผิดฐานลักทรัพย์ หากแต่ผู้จำหน่ายเอาทรัพย์สินที่จำหน่ายไป ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ จึงได้มีการบัญญัติมาตรานี้ไว้ ฉะนั้นหากผู้รับจำหน่ายมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้ผู้จำหน่ายไป จะโดยผู้จำหน่ายขอยืมไปคู้ หรือขอไปต่อทะเบียน หรือโดยประการอื่น ๆ ก็ดี จึงไม่ใช่เป็นการเอาไปเสียตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 349

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย คำประกัน
จำนอง จำนำ, หน้า 180 - 181.

ผู้จำหน่ายจึงไม่มีความผิด โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่า การจำหน่ายระงับหรือไม่ ซึ่งก็เป็นเหตุผลอีกข้อหนึ่งที่สนับสนุนว่า ในคดีนี้ศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยเลยว่าการจำหน่ายระงับแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าคำว่า "ยอมให้ทรัพย์สินที่จำหน่ายกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำหน่าย" อันเป็นเหตุให้จำหน่ายระงับ ตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. นั้น น่าจะหมายถึงการให้ไปในลักษณะที่ปราศจากการสงวนสิทธิ หรือการหวงแหนใด ๆ²⁷

ผู้เขียนเองเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สอง เพราะการที่จะวินิจฉัยว่าการที่ทรัพย์สินจำหน่ายกลับสู่การยึดถือของผู้จำหน่ายจะถือได้ว่าเป็นการที่ผู้รับจำหน่ายยอมให้ทรัพย์สินกลับคืนไปสู่ครอบครองของผู้จำหน่าย อันจะมีผลให้จำหน่ายระงับสิ้นไป ตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ.หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 2 ประการคือ การมอบการยึดถือคืนแก่ผู้จำหน่าย และเจตนาสละการครอบครองในฐานะผู้รับจำหน่าย หากการที่ผู้จำหน่ายได้ทรัพย์สินจำหน่ายกลับคืนจากผู้รับจำหน่ายตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการดังกล่าว ก็ถือได้ว่าสัญญาจำหน่ายสิ้นสุดลงแล้ว แต่หากขาดหลักเกณฑ์อันใดอันหนึ่งไป จะถือว่าสัญญาจำหน่ายสิ้นสุดลงแล้วไม่ได้ เพราะตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. คำว่า "ยอม" มิใช่ว่าเพียงยอมให้ผู้จำหน่ายได้ยึดถือทรัพย์สินจำหน่ายเท่านั้น คำว่า "ยอม" น่าจะหมายถึงเจตนาสละการครอบครองในฐานะผู้รับจำหน่ายเท่านั้น ดังนั้นหากยอมเพียงให้นำกลับคืนไปใช้ชั่วคราว โดยให้ผู้จำหน่ายยึดถือแทนในระหว่างนั้น หรือถูกหลอกลวงให้คืนการครอบครอง จะถือว่าจำหน่ายสิ้นสุดลงยังไม่ได้

ตามกฎหมายฝรั่งเศส ในมาตรา 2076 ประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส บัญญัติว่า "ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม สิทธิยึดหวง (PRIVILEGE) ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันจะคงมีอยู่ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินนั้นได้มอบให้ และยังคงอยู่ในการครอบครองของเจ้าหนี้หรือบุคคลที่คู่สัญญาตกลงกันให้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้"²⁸

²⁷ สันติ ทักราล, "จำหน่ายระงับ", วารสารกฎหมาย 1 (พฤษภาคม 2517) : 172-175.

²⁸ ARTICLE 2076 DANS TOUS LES CAS, LE PRIVILEGE NE SUBSISTE SUR LE GAGE QU'AUTANT QUE CE GAGE A ÉTÉ MIS ET EST RESTÉ EN LA POSSESSION DU CRÉANCIER, OU D'UN TIERS CONVENU ENTRE LES PARTIES.

MAZEAUD นักกฎหมายฝรั่งเศสได้แยกเหตุที่จะทำให้สัญญาจํานำระงับออกเป็น 2 ทาง คือ

- (1) ทางตรง เมื่อมีการปล่อยทรัพย์สินหรือทรัพย์สินหลุดจากการครอบครองของผู้รับจํานำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการคืนทรัพย์สินแก่ผู้จํานำ
- (2) ทางอ้อม เมื่อสัญญาประชาชนสิ้นสุด สัญญาอุปการณีก็นสิ้นสุดไปด้วย

MAZEAUD กล่าวว่า เหตุทางตรงที่จะทำให้การจํานำสิ้นสุดลง ซึ่งจะเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ นั้นต้องเป็นกรณีเกิดขึ้นโดยสมัครใจ แต่ถ้ามัสมัครใจ ถ้าทรัพย์สินหลุดสู่การครอบครองของบุคคลที่สาม อาจใช้สิทธิติดตามเอาคืน (SAISIE REVENDEICATION) ได้²⁹

นักกฎหมายฝรั่งเศสอีกท่านหนึ่งกล่าวว่า การที่เจ้าหนี้มีประกันสละการครอบครอง ทำให้เขาเสียสิทธิที่จะยกขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอก อย่างไรก็ตามหลักนี้ไม่ใช่บังคับถ้าการสละการครอบครองนั้นเป็นเพียงชั่วคราว และกระทำเนื่องจากความจำเป็นเพื่อรักษาทรัพย์สินซึ่งเจ้าหนี้มีประกันนั้น ไม่สามารถจะกระทำได้ หรือเพื่อให้ลูกหนี้สามารถใช้บรรดาสิทธิต่าง ๆ ได้ ในกรณีที่การใช้สิทธิดังกล่าวจะกระทำได้เมื่อมีการแสดงทรัพย์สินนั้น³⁰

นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสพิพากษาวางแนวมาตรการ 2076 ประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส ไว้ดังนี้

- (1) ทรัพย์สินที่ให้เป็นหลักประกัน ไม่อาจส่งมอบให้แก่ เจ้าของทรัพย์สินครอบครอง (CRIM. 6MARS 1937, D.P. 1938. 1. 92)
- (2) สิทธิยึดหน่วงของเจ้าหนี้จํานำอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการได้ครอบครองทรัพย์สินที่จํานำโดยตัวเจ้าหนี้เองหรือบุคคลที่สามที่คู่สัญญาตกลงกัน ในลักษณะที่เห็นได้ชัด และในลักษณะที่เป็นการเตือนบุคคลภายนอกว่าลูกหนี้ไม่ได้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินนั้นต่อไปแล้ว (CIV. 19 FEVR. 1894, D.P. 94. 1. 420)

²⁹ MAZEAUD HENRE LEON JEAN, LECONS DE DROIT CIVIL (PARIS: MONTCERESTIEN, 1968), p. 83.

³⁰ PAUL ESMEIN, ANDRÉ PONSARD, DROIT CIVIL FRANÇAIS. TOME VI. SEPTIÈME ÉDITION (PARIS: LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1975), p. 381.

การตีความกฎหมายไทย (มาตรา 769 (2) ป.พ.พ.) ถ้าตีความโดยเคร่งครัดและถือตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นรากที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การตีความครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำ แม้กรณีจะเป็นการให้ครอบครองแทน เช่นกรณีของการรับจำนำสินค้า ย่อมมีผลให้การจำนำสิ้นสุดลง ซึ่งนับเป็นอุปสรรคสำคัญในการจำนำสินค้า

ตามกฎหมายอังกฤษ การจำนำระงับ ถ้าผู้รับจำนำคืนการครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำ³¹ แต่ในเรื่องการคืนการครอบครองนี้มีคดีอังกฤษคดีหนึ่งที่น่าสนใจคือ คดี REEVES V. CAPPER

คดี REEVES V. CAPPER (1838) 5 BING. N.C.136 กับต้นเรื่องจำนำ CHRONOMETER ไว้กับเจ้าของเรือ กับต้นส่งมอบทรัพย์สินแก่เสมียนของผู้รับจำนำ ซึ่งส่งทรัพย์สินจำนำให้แก่กับต้นเพื่อใช้ในการเดินเรือ หลังกลับจากการเดินเรือกับต้นนำ CHRONOMETER ไปไว้ที่ผู้ทำ CHRONOMETER และให้ผู้ทำ CHRONOMETER ถือ CHRONOMETER ไว้เพื่อเจ้าหน้าที่ของกับต้นเป็นหลักประกัน (รวมถึงเจ้าหน้าที่อื่นนอกจากเจ้าของเรือด้วย)

ศาลตัดสินว่า เป็นการจำนอง CHRONOMETER ไว้แก่เจ้าของเรือ (ไม่ใช่การจำนำ) เจ้าของเรือมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้มีประกันลำดับถัดไป เพราะการให้ CHRONOMETER แก่กับต้นเพื่อใช้ในการเดินเรือไม่ถือเป็นการทำให้หลักประกันสูญเสียไป ถ้าการให้หลักประกันเป็นจำนำ การมอบ CHRONOMETER ให้แก่กับต้น ก็ไม่ถือเป็นการมอบการครอบครองกลับคืนกับต้น แต่เป็นเพียงการยินยอมให้ใช้ CHRONOMETER เท่านั้น

ในอเมริกาที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจำนองสังหาริมทรัพย์ (CHATTEL MORTGAGE) ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ครอบครอง (คล้ายกับการจำนองสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษของไทย ตามมาตรา 703 วรรค 2 ป.พ.พ.) แต่การจำนองสังหาริมทรัพย์นี้ จะต้องมีภาระจดทะเบียน ทำให้ยุ่งยากและสิ้นเปลือง โดยเฉพาะเมื่อสินเชื่อกู้ให้แก่กันมีระยะเวลาสั้น ๆ³²

³¹L.A.SHERIDAN, RIGHT IN SECURITY, pp.149.

³²GRANT GILMORE, SECURITY INTERESTS IN PERSONAL PROPERTY.,

ตามหลักคอมมอนลอว์ (COMMON LAW) ผู้รับจำนำไม่เพียงแต่ต้องครอบครองทรัพย์สินจำนำเพื่อให้สิทธิของเขาสมบูรณ์เท่านั้น เขายังต้องรักษาการครอบครองนั้นไว้ด้วย การคืนทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำถือว่าการจำนำสิ้นสุดลง ทรัพย์สินจำนำที่คืนแก่ผู้จำนำอาจถูกเจ้าหน้าที่คนหนึ่งคนใดของผู้จำนำอายัดได้ และเป็นที่น่าสงสัยว่าผู้รับจำนำจะสามารถฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินจำนำจากผู้จำนำได้หรือไม่

ในคดี BARRET V. COLE, 49 N.C. 40, 42 (1856) มีการจำนำทรัพย์สินเป็นประกัน แต่ลูกหนี้ยังคงครอบครองทรัพย์สินต่อไปดังเดิม ศาลตัดสินว่า ผู้รับจำนำจะยกเอาการจำนำต่อผู้ผู้อายัดไม่ได้ โดยให้เหตุผลว่า เจ้าหน้าที่หรือผู้ซื้อจะทราบหรือสงสัยได้อย่างไรว่า ลูกหนี้ได้จำนำทรัพย์สินเป็นประกันกันนี้ เมื่อลูกหนี้ยังคงครอบครอง และใช้ทรัพย์สินนั้นต่อไปเหมือนดังแต่ก่อน

ในคดี KIMBALL V. HILDRETH, 90 MASS. 167 (1864) หลังการจำนำสิ้นสุดลง โดยการคืนการครอบครองทรัพย์สินจำนำแก่ผู้จำนำ ทรัพย์สินถูก "ยืม" กลับไปโดยผู้รับจำนำ และได้ส่งทรัพย์สินนั้นแก่บุตรชายของเขา ซึ่งเคยรับจำนำทรัพย์สินนั้นมาก่อน และปฏิเสธไม่ยอมคืนทรัพย์สินนั้นตามคำสั่งของผู้จำนำ ศาล MASSACHUSETTS ไปไกลกว่าคดี BARRET โดยตัดสินว่า ผู้รับจำนำต้องคืนทรัพย์สินแก่ผู้จำนำ

แต่อย่างไรก็ตาม การจำนำจะไม่สิ้นสุดลงหากการที่ผู้รับจำนำส่งมอบทรัพย์สินคืนให้ผู้จำนำเป็นการส่งมอบแบบ "ชั่วคราวและเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัด (A TEMPORARY AND LIMITED PURPOSE)" ซึ่งไม่มีคำจำกัดความที่แน่นอน แต่พอสรุปได้ว่า ต้องไม่ใช่การคืนโดยไม่มีระยะเวลา และการคืนไปจะต้องสมประโยชน์ของผู้รับจำนำ ตัวอย่างเช่น มีการจำนำรถม้าที่เขาไว้ให้เช่าแล้วมอบรถม้าคืนให้โรงรถม้า (ผู้จำนำ) เพื่อซ่อมแซมเช่นนี้การจำนำไม่สิ้นสุดลง แต่ถ้ามอบให้เพื่อนำไปให้เขาต่อไปในปกติทางการค้า การจำนำก็จะสิ้นสุดลง นอกจากนี้การมอบสินค้าที่จำนำกลับคืนให้ผู้จำนำอันเป็นการจำเป็นเพื่อรักษาสินค้า เช่น การนำเหล้าไปบรรจขวด ก็ทำได้โดยการจำนำไม่เสียไป^{๓๓}

^{๓๓}IBID., pp. 449 - 450.

การที่จะนำหลักดังกล่าวไปใช้กับกรณีที่มีการมอบทรัพย์สินให้ผู้จำหน่ายไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย และ ส่งเงินที่ขายได้ให้ผู้รับจำหน่าย เพื่อชำระหนี้ที่ยืม ยังไม่เป็นที่แน่นอนนัก แต่มีกฎหมายอเมริกัน ท่านหนึ่งเห็นว่าทำได้ คือ JONES โดยได้เขียนไว้ในหนังสือ LAW OF COLLATERAL SECURITIES AND PLEDGES ว่า "ผู้รับจำหน่ายอาจตั้งผู้จำหน่ายเป็นตัวแทนในการขายสินค้าที่จำหน่ายได้ โดยไม่ทำให้การจำหน่ายเสียไป แม้ว่าจะยอมให้ผู้จำหน่ายทำสัญญาขายได้ในนามของผู้จำหน่าย หรือโอนส่งมอบให้ผู้ซื้อตามคำสั่งของผู้จำหน่าย" JONES ได้อ้างคดีของรัฐ MASSACHUSETTS คือ MACCOMBER V, BARKER, 14 PICK (MASS) 497 (1834) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า เจ้าของโรงงานทำอิฐตกลงกับผู้ทำอิฐว่า จะให้เงินแก่ผู้ทำอิฐไปผลิตอิฐ เมื่อผลิตเป็นอิฐแล้ว อิฐนั้นต้องจำหน่ายแก่เจ้าของโรงงานทำอิฐ และผู้ทำอิฐต้องขายอิฐ โดยการขายปลีก และเมื่อรวบรวมเงินจากการขายได้ 100 ดอลลาร์ ต้องนำไปฝากประจำไว้กับธนาคารในบัญชีของเจ้าของโรงงาน และผู้ทำอิฐ ศาลตัดสินว่าข้อตกลงว่าเช่นนี้ทำให้เจ้าของโรงงานมีสิทธิอ้างยื่นต่อเจ้าหนี้ของผู้ทำอิฐที่จะมายึดอิฐได้ ซึ่ง JONES เห็นว่า ผู้ทำอิฐมีอำนาจในการขายที่จำกัด คือ ต้องขายปลีกในจำนวนน้อย และการครอบครองอิฐที่เหลือเป็นไปโดยเจ้าของโรงงาน (ผู้ให้กู้) จากข้อคิดเห็นของ JONES ประกอบกับคดีที่เขายกมา จะเห็นได้ว่าผู้จำหน่ายอาจกระทำการแทนผู้รับจำหน่าย แต่สินค้าต้องยังอยู่ในครอบครองของผู้รับจำหน่าย และคดีข้างต้นอิฐก็เก็บไว้ที่โรงงาน ซึ่งเป็นของผู้ให้กู้ตลอดเวลา และตอนที่ JONES เขียน กฎหมายก็ไม่ยอมให้มีการมอบทรัพย์สินที่จำหน่ายให้ผู้จำหน่ายเพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย³⁴

ถ้าการคืนทรัพย์สินแก่ผู้จำหน่ายนั้น เข้ากฎเกณฑ์ที่ว่าเป็นการคืนโดย "ชั่วคราวและเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัด"แล้ว หากผู้จำหน่ายไม่ยอมคืนทรัพย์สินให้เมื่อสิ้นระยะเวลาที่กำหนด ผู้รับจำหน่ายฟ้องเรียกทรัพย์สินได้ ถ้าผู้รับจำหน่ายให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้จำหน่ายเป็นเวลานานเกินกำหนดที่ควร เขาก็จะเสียสิทธิเหมือนเช่นเขาได้ทำการคืนทรัพย์สินโดยไม่มีเงื่อนไขในตอนแรก แม้ในระยะเวลา "ชั่วคราว (TEMPORARY)" สิทธิของผู้รับจำหน่ายก็อาจถูกตัดออกโดยผู้ซื้อที่สุจริต ซึ่งไม่รู้ถึงการ

³⁴ IBID., p. 451

บอกกล่าวจำนำ แม้ว่าการขายทรัพย์สินของผู้จำนำ จะเป็นการละเมิดสัญญาระหว่างเขากับผู้รับจำนำ โดยตรงก็ตาม³⁵

ตาม UNIFORM TRUST RECEIPTS ACT 1933 (U.T.R.A.) ของอเมริกา มาตรา (SECTION) 3 (1) และ (3) บัญญัติว่า การที่ผู้รับจำนำได้ให้ "มูลค่าใหม่ (NEW VALUE)"³⁶ นั้น การจำนำจะสมบูรณ์มีผลต่อเจ้าหนี้ทุกคน ทั้งที่ได้บอกกล่าวและมีได้บอกกล่าวเป็นเวลา 10 วัน นับตั้งแต่วันที่ "มูลค่าใหม่" ได้เสนอไป

ตามบทบัญญัติมาตรา 3 U.T.R.A. นี้ ผู้รับจำนำซึ่งให้ "มูลค่าใหม่" ภายใต้สัญญาจำนำ หรือผู้รับจำนำซึ่งคืนทรัพย์สินชั่วคราว และเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัด จะได้รับความคุ้มครอง 10 วัน ต่อเจ้าหนี้ทุกรายทั้งที่ได้รับ และไม่ได้รับการบอกกล่าว แต่ผู้รับจำนำภายใต้สัญญา ซึ่งไม่ได้ให้ "มูลค่าใหม่" จะต่อสู้เจ้าหนี้ภายนอกผู้ไม่ได้รับคำบอกกล่าวไม่ได้³⁷

³⁵IBID., p. 452.

³⁶ตามมาตรา 1 U.T.R.A. คำว่า "มูลค่าใหม่ (NEW VALUE)" รวมถึงเงินล่วงหน้า หรือเงินกู้ที่ใหม่ หรือหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้น หรือการปลดปล่อย หรือมอบหลักประกันที่มีอยู่ หรือการปลดปล่อยการเรียกร้องในราคาที่ได้ (PROCEEDS) ตามมาตรา 10 แต่ไม่รวมถึงการขาย หรือทำขึ้นใหม่ของหนี้ที่มีอยู่แล้วของ TRUSTEE หรือหนี้ที่มาจากหนี้ที่มีอยู่ก่อนนั้น

³⁷GRANT GILMORE, SECURITY INTERESTS IN PERSONAL PROPERTY., pp. 453 - 454.

ตาม UNIFORM COMMERCIAL CODE (U.C.C.) ของอเมริกา มาตรา 9 - 304

(4) และ (5) บัญญัติถึงระยะเวลาของความสมบูรณ์ของการจำนำโดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนหรือครอบครองโดยฝ่ายที่มีหลักประกันเป็นเวลา 21 วัน ระยะเวลา 21 วันนี้ กำหนดไว้เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 60 (a) (7) กฎหมายล้มลาย³⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักกฎหมายอเมริกัน ผู้รับจำนำอาจยอมให้การครอบครองทรัพย์สินจำนำกลับสู่ผู้จำนำได้ หากการนั้นเป็นการ "ชั่วคราวหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นจำกัด" โดยไม่มีผลทำให้การจำนำสิ้นสุดลงแต่ประการใด

2.3 การถูกแย่งการครอบครอง

เรื่องที่ไม่ได้ยึดถือต่อไปโดยไม่สมัครใจ อาจเกิดขึ้นได้ เมื่อถูกคนอื่นแย่งการครอบครอง เช่น ก. ครอบครองที่ดินอยู่ ข. เข้าไปแย่งการครอบครอง กรณีเช่นนี้ จะปรับว่าเป็นเหตุชั่วคราวตามมาตรา 1377 วรรค 2 ป.พ.พ. ไม่ได้ ต้องถือว่า การครอบครองของ ก. ได้สิ้นไปแล้ว หากแต่ยังมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกคืนได้ตามมาตรา 1375 ป.พ.พ. เท่านั้น

2.3.1 กรณีทรัพย์สินจำนำถูกแย่งการครอบครอง

ในเรื่องการจำนำ หากผู้รับจำนำเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนำเอง ปัญหาในการถูกแย่งการครอบครองคงเกิดขึ้นได้ยาก เพราะผู้รับจำนำย่อมใช้ความระมัดระวังดูแลครอบครองทรัพย์สินจำนำเป็นพิเศษ เนื่องจากเป็นที่เข้าใจดีอยู่แล้วหากปราศจากทรัพย์สินจำนำ โอกาสที่จะได้รับชำระหนี้คืน ย่อมลดน้อยถอยลง แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้รับจำนำอาจครอบครองทรัพย์สินจำนำโดยให้บุคคลภายนอก หรือผู้จำนำเป็นผู้ยึดถือไว้แทนได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ โอกาสที่ผู้รับจำนำจะถูกแย่งการครอบครองอาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย โดยผู้ยึดถือแทนอาจเปลี่ยนเจตนาจากการยึดถือทรัพย์สินแทนผู้รับจำนำเป็นการยึดถือเพื่อตนเมื่อใดก็ได้ (ตามมาตรา 1381 ป.พ.พ.) มีปัญหาว่า การที่ทรัพย์สินจำนำถูกแย่งการครอบครองเช่นนี้ จะทำให้การจำนำสิ้นสุดลงหรือไม่ สำหรับกรณีบุคคลภายนอกแย่งการครอบครอง

³⁶ IBID., p. 456.

ผู้เขียนเห็นว่า ไม่มีผลให้สัญญาจำหน่ายสิ้นสุดลง เพราะมิใช่กรณีผู้รับจำหน่ายคืนทรัพย์สินจำหน่ายกลับสู่การครอบครองของผู้จำหน่าย ตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. สำหรับกรณีผู้จำหน่ายเป็นผู้แย่งการครอบครอง ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่ผู้รับจำหน่ายยินยอมให้ผู้จำหน่ายเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินจำหน่าย แต่ทำให้ผู้ยึดถืออีกด้วยประสงค์ให้ยึดถือไว้แทนเท่านั้นหาได้ยอมคืนการครอบครองแก่ผู้จำหน่ายแต่อย่างใด และการที่ผู้จำหน่ายแย่งการครอบครองก็เห็นได้ชัด เจนอยู่ว่ามิใช่เป็นไปโดยความยินยอมของผู้รับจำหน่ายอย่างใด สัญญาจำหน่ายจึงยังมีได้สิ้นสุดลงแต่ประการใด

2.3.2 สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินจำหน่ายของผู้รับจำหน่าย

ข้อที่ว่าเมื่อผู้รับจำหน่ายถูกแย่งการครอบครองแล้ว จะมีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินจำหน่ายได้หรือไม่เพียงใด นั้น สำหรับกรณีบุคคลภายนอกแย่งการครอบครอง ผู้รับจำหน่ายย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินจำหน่ายคืนได้ ตามมาตรา 1375 ป.พ.พ. แต่กรณีผู้จำหน่ายเป็นผู้แย่งการครอบครองเสียเองนั้น มีปัญหาว่าผู้รับจำหน่ายจะยกเอาสิทธิตามสัญญาจำหน่ายของตนซึ่งเป็นสิทธิครอบครองขึ้นต่อสู้กับกรรมสิทธิ์ของผู้จำหน่ายได้หรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาตามมาตรา 1375 บัญญัติ ยกเว้นไว้ชัดแจ้งว่า จะฟ้องเอาคืนการครอบครองจากผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ ข้อนี้มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นว่า การที่จะมีสิทธิดังกล่าวเท่านั้น ไม่จำกัดถึงแก่เป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์ เช่น เจ้าของที่ดินให้เขาได้ครอบครองได้เช่าอยู่ แต่กลับเข้าไปแย่งการครอบครองของเขา แม้ตนเองจะเป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์ สิทธิในการเช่าของเขาก็ยังดีกว่าที่จะบังคับให้เจ้าของผู้ให้เช่าต้องส่งคืนให้เขาได้ครอบครองเช่าอยู่ต่อไปตามกำหนดในสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1415/2513) หรือเช่นหมอบของจำหน่ายไว้กับเขา แล้วไปเอามาเสียโดยผู้รับจำหน่ายมิได้ยินยอมให้ และยังมีได้ชำระหนี้ให้เขา เขาก็มีสิทธิดีกว่าที่จะเอาคืนได้เหมือนกัน ในตัวอย่างที่ว่านี้ หากผู้เช่าได้กลับเข้าครอบครอง หรือผู้รับจำหน่ายได้คืนของ เจ้าของจะฟ้องเอาคืนตามมาตรา 1375 ป.พ.พ. ไม่ได้^{๑๑} ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ท่านนี้ เพราะไม่เช่นนั้นผู้ให้เช่า หรือผู้จำหน่ายอาจใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ติดตามเอาคืนทรัพย์สินตามมาตรา 1336 ป.พ.พ. จากผู้เช่า หรือผู้รับจำหน่ายตาม

^{๑๑} เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน,

อำเภอใจ ซึ่งเท่ากับว่าสัญญาเช่า หรือสัญญาจำนำ ไม่มีผลบังคับ ต่อไปก็คงไม่มีผู้ใดกล้าเช่า หรือรับจำนำทรัพย์สินอีก ซึ่งขัดแย้งกับหลักกฎหมาย และความเป็นธรรมอย่างยิ่ง

2.4 ปัญหาการครอบครองสินค้าที่จำนำ

2.4.1 สินค้าโดยทั่วไป

โดยที่ปกติสินค้าย่อมมีจำนวนมาก การขนย้ายย่อมเป็นการไม่สะดวก และเจ้าหน้าที่ผู้รับจำนำก็อาจไม่สามารถจัดหาสถานที่เก็บรักษาสินค้าที่รับจำนำได้ ทั้งการขนย้ายและจัดหาสถานที่เก็บสินค้ายังต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ซึ่งอาจไม่คุ้มกับผลประโยชน์ที่จะได้รับ ดังนั้นในทางปฏิบัติแม้รับจำนำสินค้าแล้วก็จะไม่มีการขนย้าย หรือเปลี่ยนสถานที่เก็บสินค้าแต่ประการใด ซึ่งปกติโรงเก็บสินค้านั้นก็เป็นของผู้จำนำ หรืออยู่ในความครอบครองของผู้จำนำ อันก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินจำนำซึ่งจะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาจำนำดังกล่าวมาแล้ว เหตุอันนี้ทำให้เกิดปัญหาต่อเนื่องมาถึงการครอบครองทรัพย์สินจำนำด้วย เพราะตามมาตรา 769(2) ป.พ.พ.บัญญัติว่า การจำนำย่อมระงับสิ้นไปเมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่การครอบครองของผู้จำนำ กล่าวคือ กรณีผู้รับจำนำครอบครองเอง การแสดงการครอบครองสินค้าที่จำนำทำได้ยากยิ่งเนื่องจากสินค้าอยู่ในสถานที่ของผู้จำนำ ดังนั้น ผู้รับจำนำจึงมักมอบให้ผู้จำนำเป็นผู้ยึดถือสินค้าที่จำนำแทน ซึ่งมีปัญหาว่าจะเป็นการคืนครอบครองแก่ผู้จำนำอันจะทำให้สัญญาจำนำสิ้นสุดลงหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีก็คงเป็นไปเช่นเดียวกับที่กล่าวมาแล้วในเรื่องการคืนการครอบครอง นั่นคือการคืนการครอบครองต้องประกอบด้วย การส่งมอบทรัพย์สินจำนำคืน และเจตนาสละการครอบครองในฐานะผู้รับจำนำ หากปราศจากข้อใดข้อหนึ่งจะถือว่าเป็นการคืนการครอบครองไม่ได้ กรณีผู้รับจำนำมอบให้ผู้จำนำเป็นผู้ดูแลรักษาสินค้าที่จำนำเป็นเพียงให้ยึดถือแทนเท่านั้น ไม่ถึงกับคืนการครอบครองไปเสียทีเดียว การจำนำจึงไม่ระงับ แต่อย่างไรก็ดีการควบคุมดูแลสินค้าที่จำนำในทางปฏิบัติเป็นการยากยิ่ง เนื่องจากสินค้าที่จำนำอยู่ในสถานที่ของผู้จำนำ ดังได้กล่าวแล้ว จึงมักปรากฏอยู่เสมอว่า เมื่อจะบังคับจำนำสินค้าที่รับจำนำได้สูญหายไปบางส่วน หรือทั้งหมด ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ผู้รับจำนำจะทำได้ก็แต่เพียงฟ้องผู้จำนำฐานะละเมิด และเรียกค่าเสียหาย ในทางแพ่ง และฐานโกงเจ้าหนี้ ในทางอาญาเท่านั้น ซึ่งก็เป็นภาระเสียค่าใช้จ่ายและเวลา ซึ่งเจ้าหน้าที่ทั้งหลายก็ไม่ประสงค์เช่นนั้น และอาจเป็นไปได้ว่าลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินใดที่จะให้บังคับเอามาชำระหนี้

2.4.2 สินค้าหมุนเวียน

กรณีสินค้าที่รับจําเป็นสินค้าหมุนเวียน จะยังมีปัญหายุ่งยากขึ้นอีก เพราะมีความจําเป็นต้องนำสินค้าเข้าออก เนื่องจากการเก็บรักษาสินค้าไว้นานอาจทำให้สินค้าเสียหายประการหนึ่ง และผู้จําจำเป็นต้องหมุนเวียนสินค้าออกขายเพื่อหากำไรมาชำระหนี้อีกประการหนึ่ง ดังนั้นนอกจากผู้รับจําจะต้องมอบให้ผู้จําเป็นผู้รักษากรพย์แล้ว ยังต้องอนุญาตให้ผู้จําขายสินค้าที่จําหน่ายนั้นได้ด้วย มีปัญหาว่าการมอบให้ผู้จําขายถือ และขายทรัพย์นั้นได้ จะมีผลให้การครอบครองทรัพย์จําหน่ายของผู้รับจําสิ้นสุดลงตามมาตรา 769 (2) ป.พ.พ. หรือไม่ ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับจําอาจมอบให้ใครเป็นผู้ยึดถือทรัพย์จําแทนก็ได้ แม้แต่ตัวผู้จําเอง แต่การอนุญาตให้ขายสินค้าที่จําหน่ายไปได้นั้น น่าจะถือเป็นการสละเจตนาครอบครองสินค้านั้นในฐานะผู้รับจําแล้ว เมื่อผู้จํานำสินค้าใหม่เข้ามาทดแทนก็เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน เพื่อจําหน่ายใหม่ ซึ่งหากผู้จําไม่นำสินค้าเข้ามาทดแทน อย่างมากผู้รับจําก็คงได้แต่เรียกให้ผู้จําชำระหนี้คืนโดยพลัน เพราะผู้จําไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลาต่อไปได้ (ตามมาตรา 155 ป.พ.พ.) หรือฟ้องผู้จําฐานผิดสัญญาเท่านั้น เพราะคู่สัญญามิได้มีความมุ่งหมายให้เงินที่ได้มาอยู่ในฐานะช่วงทรัพย์แต่อย่างใด (โปรดดูเรื่องใครเป็นเจ้าของสินค้าตามทรัพย์สินรชช ในบทที่ 1 ประกอบ)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย