

บทที่ 4

ปัญหาบางประการที่เกี่ยวกับสัญญาพัฒนาที่ดิน กรณีสิ่งปลูกสร้างเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินในภายหลัง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 139 ถึงมาตรา 143 ได้แบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็น 5 ประเภท คือ อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ ทรัพย์แบ่งได้ ทรัพย์แบ่งไม่ได้ ทรัพย์นอกพาณิชย์ ประเภทของทรัพย์สินที่สำคัญที่สุดคือ อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากเป็นประเภททรัพย์สินที่มีค่าและเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมาก ทั้งผลในทางกฎหมายของทรัพย์สินทั้งสองประเภทนี้ต่างมีนัยปการ กล่าวคืออสังหาริมทรัพย์ต้องมีเจ้าของเสมอแม้ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของก็เป็นของรัฐ แต่สังหาริมทรัพย์อาจไม่มีเจ้าของได้ ทรัพย์สินบางชนิดมีได้แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เช่น ภาระจำยอม (มาตรา1387) สิทธิเหนือพื้นดิน(มาตรา 1410) สิทธิเก็บกิน(มาตรา 1417) ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์(มาตรา 1429) สิทธิอาศัย(มาตรา 1402) สิทธิจำนอง (เว้นแต่กฎหมายอนุโลมให้จำนองกันได้ตามมาตรา 703) อสังหาริมทรัพย์มีแดนกรรมสิทธิ์ทั้งเหนือและใต้พื้นดิน(มาตรา 1335)แต่สำหรับสังหาริมทรัพย์ไม่มีแดนกรรมสิทธิ์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 139 บัญญัติว่า "อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่าที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย" ดังนั้นความหมายของอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 มีความหมายรวมถึงทรัพย์สินต่างๆ 4 ประการคือ¹

1. ที่ดิน คือพื้นดินต่างๆไปมีอาณาเขตพินกำหนดได้โดยการวัดเป็นส่วนกว้างและส่วนยาว ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึงที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งครอบคลุมถึง ห้วยหนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วยนั้น² แต่สิ่งเหล่านี้ตามความหมายตามมาตรา 139 ก็เป็นอสังหาริมทรัพย์เช่นกัน

¹ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร:กรุงสยามการพิมพ์, 2530) หน้า 10-15.

² ศิริ เกวลินสฤทธิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัททบทนาการพิมพ์ จำกัด, 2531), หน้า 35.

2. ทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร อันมีความหมายอยู่สองนัยคือ ตามนัยแรกเป็นทรัพย์ที่ติดที่ดินโดยธรรมชาติ นัยที่สองเป็นทรัพย์ติดที่ดินโดยผู้นำมาติดมีลักษณะเป็นการถาวร ถ้าหากหรือแล้ว จะต้องเสียหายบอบสลาย เสื่อมสภาพหรือเสียรูปทรง การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์ที่ติดกับที่ดินอันจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือไม่นั้น พิจารณาจากสภาพของทรัพย์ที่นำมาติดไม่ได้พิจารณาที่เจตนาของผู้นำมาติดถ้าทรัพย์นั้นมีลักษณะยึดมั่นติดตรึงตรงตามลักษณะถาวรแม้ผู้นำมาติดจะมีเจตนาที่ให้ยู่ชั่วคราวก็ยังเป็นอสังหาริมทรัพย์

3. ทรัพย์ซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน หมายถึง ทรัพย์ที่เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่อยู่บนพื้นโลกรวมสภาพตามธรรมชาติกับที่ดิน เช่น ก้อนหิน กรวด ทราย แร่โลหะต่างๆ ที่ประกอบอยู่กับที่ดิน ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ทะเลสาบ เป็นทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน แต่ทรัพย์ที่จมอยู่ใต้ดินหากไม่ใช่ทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินแล้วไม่เป็นอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ทรัพย์ที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติก็มิได้ เช่น น้ำกรวด หิน ดิน ทราย มาถมที่ หรือทำถนน เพคอนกรีต เป็นต้น

4. ทรัพย์สิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน สิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินที่จะเป็นอสังหาริมทรัพย์จะต้องอยู่ในฐานะทรัพย์สิทธิเท่านั้น ทรัพย์สิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินได้แก่ กรรมสิทธิ สิทธิครอบครอง สิทธิจำนอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งสิทธิเหล่านี้บัญญัติอยู่ในบรรพ 4 ส่วนทรัพย์สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดิน เช่น สร้างตึกบนที่ดินตึกเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ติดกับที่ดิน กรรมสิทธิหรือสิทธิครอบครองในตึกก็ดี สิทธิจำนองตึกก็ดี สิทธิอาศัยในตึกนั้นก็ดี เป็นทรัพย์สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์ที่ติดกับที่ดินซึ่งทรัพย์สิทธิเหล่านี้เป็นอสังหาริมทรัพย์ สำหรับความหมายของอสังหาริมทรัพย์นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 บัญญัติว่า "อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่าทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย" มาตรานี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักการ แดกไปจากกฎหมายเก่าโดยกำหนดคำนิยามของ คำว่า อสังหาริมทรัพย์เป็นบทบัญญัติพิเศษคำนิยาม คำว่า อสังหาริมทรัพย์โดยให้เข้าใจง่ายว่าถ้าทรัพย์สินใดไม่เป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด ตัวอย่างเช่น โฉนด แก้ว กระจก กระแสไฟฟ้า พลังงานธรรมชาติ พลังงานอย่างอื่นอันอาจควบคุมได้ เมื่อไม่เป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ก็ย่อมเป็นอสังหาริมทรัพย์

สำหรับสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินมีความหมายกว้าง กล่าวคือ กฎหมายใช้คำว่า สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งหมายถึงสิทธิที่เกี่ยวกับวัตถุที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างอันอาจมี ราคา และอาจถือเอาได้ ดังนั้น สิทธิดังกล่าวจึงหมายรวมทั้งสิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่มี รูปร่างและสิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง สิทธิการเช่าที่ดินก็ดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นที่เข้าใจกันว่าสิทธิการเช่านี้เป็นบุคคลสิทธิจึงไม่เป็น อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 แต่สิทธิการเช่าเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจ ถือเอาได้ ดังนั้น สิทธิการเช่าจึงเป็นทรัพย์สิน เมื่อสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินสิทธิอันเกี่ยวกับ สิทธิการเช่า ก็ย่อมเป็นสังหาริมทรัพย์ด้วย แม้สิทธิการเช่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์แต่อาจมีข้อ จำกัดการใช้สิทธิบางประการได้เนื่องจากสิทธิการเช่าเป็นเพียงนามธรรมไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิการเช่าไม่สามารถจำนำกันได้ เพราะโดยสภาพไม่สามารถส่งมอบกันได้³

ดังนั้นสิทธิการเช่าที่ดินตามสัญญาพัฒนาที่ดินจึงเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่สำหรับ สิ่งปลูกสร้างตามสัญญาพัฒนาที่ดินนั้น เป็นทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินมีลักษณะยึดมั่นติดตราตรึงถาวรถ้า หากหรือแล้ว จะต้องเสียหายบอบสลาย เสียสภาพหรือเสียรูปทรง สิ่งปลูกสร้างจึงเป็น อสังหาริมทรัพย์ และต่อไปจะได้พิจารณาว่าสัญญาพัฒนาที่ดินเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นประการใด

4.1 ลักษณะของสัญญาพัฒนาที่ดิน หรือสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่า

การพิจารณาลักษณะของสัญญาพัฒนาที่ดิน หรือสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่า จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ศาลฎีกาไม่ได้ตัดสินไว้โดยตรงว่าลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่ามีลักษณะเช่นใด เมื่อพิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 172/2488 (โปรดดูภาคผนวก) และบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเด็นพิพาทอันนำมาสู่ศาลฎีกาเป็นเรื่องมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600 คือสิทธิตามสัญญาที่พิพาทกันนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาได้พิจารณาสัญญาโดยแยกเป็น 2 ส่วนคือ

³ สมจิตร์ ทองศรี, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทรัพย์สิน ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535), หน้า 12-20.

1. ส่วนที่เป็นเอกสารหมาย จ 2. เป็นส่วนของสัญญาที่มีเรื่องเช่าโดยบริบูรณ์แล้ว
 2. ส่วนที่เป็นเอกสารหมาย จ 3. เป็นสัญญาส่วนที่เพิ่มเติมสัญญาเช่าเป็นส่วนที่ปรากฏข้อเท็จจริงอันนำมาสู่ปัญหาข้อกฎหมายที่คู่ความพิพาทกัน ข้อตกลงในส่วนนี้เป็นข้อตกลงต่างตอบแทนซึ่งกันและกันในทางทรัพย์สิน กล่าวคือสัญญาในส่วนนี้พรรณนาในเรื่องก่อสร้างให้เห็นเจตนาของคู่กรณีว่าผู้สร้างยอมออกทุนทรัพย์สร้างตึกให้ก็เพื่อต้องการจะได้สิทธิการเช่าเป็นเวลา 15 ปีเป็นการตอบแทน ฝ่ายเจ้าของที่ดินต้องการจะได้ตึกใหม่ จึงยอมตกลงจะให้ผู้สร้างมีสิทธิเช่าได้ 15 ปี เป็นประโยชน์ตอบแทนซึ่งกันและกันทางทรัพย์สิน ข้อตกลงในส่วนนี้เป็นเอกเทศต่างหากแยกจากเรื่องการเช่าได้ และใช้บังคับได้ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน จึงไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัวและตกทอดแก่ทายาทได้ตามกฎหมายเรื่องมรดก คดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาให้จำเลย (ผู้ให้เช่า) ยอมให้โจทก์ (ผู้เช่า) เช่าตึกต่อไปอีก 11 ปี ในอัตราค่าเช่าเดือนละ 50 บาทเท่าเดิม โดยตีความเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาและพิพากษาโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาและหนี้โดยไม่กระทบกระเทือนถึงบทกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สินแม้แต่น้อย คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นกรณีที่ศาลปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายนั่นเอง

ดังนั้นจึงพอสรุปลักษณะสัญญาพัฒนาที่ดิน หรือสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าได้ว่ามีลักษณะเป็นข้อตกลง 2 ข้อตกลงซ้อนกันอยู่ประกอบด้วย ข้อตกลงเรื่องเช่าทรัพย์สินและข้อตกลงเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2 กรรมสิทธิในสิ่งปลูกสร้าง

สัญญาเช่าที่ดินที่ยกสิ่งปลูกสร้างเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้าตามสัญญาพัฒนาที่ดินนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่ากล่าวคือมีข้อตกลงในเรื่องเช่าที่ดิน และข้อตกลงในเรื่องต่างตอบแทนนอกเหนือไปจากค่าเช่าคือสิ่งปลูกสร้างซ้อนกันอยู่ ในขณะที่สัญญายังมีผลบังคับใช้อยู่นั้นกรรมสิทธิในสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของผู้พัฒนาที่ดิน ผู้พัฒนาที่ดินย่อมมีอำนาจสมบูรณ์ที่จะพึงมีเหนือสิ่งปลูกสร้าง กล่าวคือมีอำนาจแห่งความเป็นเจ้าของนั่นเองมีลักษณะ 3 ประการ ประการแรก มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute) คือผู้ทรงกรรมสิทธิ์ชอบ

ที่จะใช้อำนาจในกรรมสิทธิ์สิ่งปลูกสร้างได้โดยพลการไม่ต้องขออนุญาตหรือขอร้องศาลให้ บังคับให้ ประการที่สอง กรรมสิทธิ์มีลักษณะก่อให้เกิดอำนาจหวงกันโดยเฉพาะ (Exclusive) กล่าวคือสำหรับทรัพย์สินอื่นในบางกรณีผู้ทรงทรัพย์สินนั้นต้องยอมให้ผู้ทรงทรัพย์สินอื่น เข้า มาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินได้ เช่นผู้ทรงสิทธิอาศัยจะต้องยอมแก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินในที่ดิน แต่ สำหรับกรรมสิทธิ์นั้น ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีอำนาจหวงกันเฉพาะตนเท่านั้น วันแต่จะตกอยู่ในการ รอนกรรมสิทธิ์ตามบทบังคับแห่งกฎหมาย ประการที่สาม คือกรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวรโดยแท้ กล่าวคือ คงทนอยู่ตลอดไป (Perpetual) ไม่สิ้นไปโดยอายุความต่างจากทรัพย์สินอื่นโดย ทัวไปนั้นอาจมีกฎหมายยกเว้นไว้ได้ เช่นการระจำยอม⁴ ย่อมสิ้นไปตามพพ.มาตรา 1399 เป็นต้น กรรมสิทธิ์ คือ ทรัพย์สินชนิดหนึ่งอันแสดงถึงความเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างจึงมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งสิ่งปลูกสร้างนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามเอาคืน ซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ที่ไม่มียุติจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้า เกี่ยว ข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ดังนี้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างจึงเป็นที่รวมของ สิทธิต่างๆดังที่กล่าวมาแล้ว⁵

กรณีที่มีการสร้างตึกและยกกรรมสิทธิ์ในตึกให้แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้านั้น เมื่อ สัญญาเข้ายังไม่ครบอายุ ตึกพิพาทยังไม่เป็นส่วนควบ กรรมสิทธิ์ยังไม่เป็นของเจ้าของที่ดิน ตามสัญญา ยกเว้นในหลักเรื่องส่วนควบตามมาตรา 146 อันเป็นบทยกเว้นถึงทรัพย์สินที่ไม่เป็น ส่วนควบซึ่งโดยหลักทั่วไปส่วนควบส่วนควบของทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 144 ต้องเป็นทรัพย์สินที่ประ กอบขึ้นด้วยส่วนต่างๆตั้งแต่สองส่วนประกอบกันอยู่ ซึ่งเป็นส่วนที่เคยมีสภาพอยู่ต่างหากจากกัน มาก่อน จะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ จะเป็นทรัพย์สินเจ้าของคนเดียวกัน หรือ ต่างเจ้าของกันก็ได้จะมีทรัพย์สินประธานหรือไม่ก็ได้ทรัพย์สินที่จะประกอบเป็นส่วนควบต้องประกอบ ด้วยหลักเกณฑ์⁶ 2 ประการ กล่าวคือเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์สิน

⁴ ประสิทธิ์ โขวิไลกุล, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการระจำยอม, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2539), หน้า 34.

⁵ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, 4 ว่า ด้วยทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2520), หน้า 158-162.

⁶ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-4 ว่า ด้วยทรัพย์สิน ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2520), หน้า 76-78.

หมายความว่าทรัพย์สินที่เป็นส่วนควบนั้นได้มีความสำคัญอันเป็นการจำเป็นแก่ทรัพย์สินที่เรียกว่าทรัพย์สินประธาน⁷ ประการหนึ่งและไม่อาจแยกออกจากทรัพย์สินประธานได้มีลักษณะรวมสภาพ⁸ อีกประการหนึ่ง กล่าวคือตามสภาพแห่งทรัพย์สินหรือโดยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นย่อมเป็นสาระสำคัญในการเป็นอยู่แห่งทรัพย์สินนั้น และไม่อาจแยกจากกันได้ เว้นแต่จะทำลายหรือทำให้บุบสลายหรือทำให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป คำว่า "หรือสภาพไป"⁹ ไม่มีในกฎหมายเก่า(มาตรา 107) เหตุที่กฎหมายใหม่ตามมาตรา 144 ต้องเพิ่มคำว่าสภาพเข้าไป ก็เพราะการใช้คำว่าเปลี่ยนแปลงรูปทรงอย่างเดียวยังมีความหมายแคบคือเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการเปลี่ยนแปลงในเชิงสภาพของทรัพย์สินเท่านั้น ทรัพย์สินบางอย่างเปลี่ยนสภาพไปแต่รูปทรงยังไม่เปลี่ยนแปลง เช่น ดิกสูงที่มีลิฟต์ด้วยนั้น ถ้าเอาลิฟต์ออกก็ไม่ทำให้เปลี่ยนรูปทรงของดิก แต่ขาดสภาพการใช้งานของลิฟต์ในดิกสูงไป หรือ รถยนต์ เอาเครื่องยนต์ออกก็ไม่มีการเปลี่ยนแปลงรูปทรงแต่รถยนต์ก็ไม่สามารถใช้งานได้ ทรัพย์สินที่จะเป็นส่วนควบจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาแล้วทั้งสองประการถ้าขาดหลักเกณฑ์ใดไปก็ไม่เป็นส่วนควบ โดยปกติแล้วใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินประธานย่อมเป็นเจ้าของส่วนควบนั้น

ที่ดินต้องเป็นทรัพย์สินประธานเสมอทรัพย์สินใดที่เข้ามารวมสภาพกับที่ดิน แม้ว่าจะมีราคาแพงเพียงใดก็ตาม เมื่อรวมสภาพแล้วประโยชน์ตามความมุ่งหมายจะอยู่ที่ทรัพย์สินอื่น กฎหมายให้ถือว่าที่ดินเป็นทรัพย์สินประธาน เพราะกฎหมายถือว่าที่ดินเป็นทรัพย์สินที่สำคัญกว่าในบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่มนุษย์พึงมี เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีวันสูญสิ้นไปได้ ทรัพย์สินที่ถูกนำมาประกอบรวมสภาพกับที่ดินนั้นมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเบื้องต้นว่าที่ดินนั้นย่อมเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์สิน¹⁰ ส่วนควบที่สำคัญคือส่วนควบของอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงสาระ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

⁹ สมจิตร์ ทองศรี, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทรัพย์สิน ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535) หน้า 26-28.

¹⁰ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 86-89.

สำคัญแห่งความเป็นอยู่แห่งที่ดิน และถือว่าที่ดินเป็นทรัพย์สินประชาชนเสมอ ดังนี้เพื่อความยุติธรรมจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติมิให้ทรัพย์สินบางอย่างบางชนิดที่มารวมสภาพกับที่ดิน ที่ไม่ต้องตกเป็นส่วนควบของที่ดินตามหลักทั่วไปในเรื่องส่วนควบที่กล่าวมาแล้ว ช้อยกเว้นในเรื่องส่วนควบนี้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 145, 146 แบ่งออกเป็น 2 จำพวกคือ ก. ต้นไม้ (ตามมาตรา 145วรรคสอง) ข. สิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น (ตามมาตรา 146

กรณีที่เช่าที่ดินปลูกสร้างตึกแล้วยกกรรมสิทธิ์ในตึกให้แก่เจ้าของที่ดินในภายหลัง เมื่อสัญญาเช่ายังไม่ครบอายุจึงเป็นบทบัญญัติยกเว้นไม้ให้เป็นส่วนควบ ตามมาตรา 146 สิทธิในที่ดิน หมายถึง สิทธิที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิเหนือพื้นดิน เป็นต้น และสิทธิที่เป็นบุคคลสิทธิ เช่น สิทธิตามสัญญาเช่าที่ดินเพื่อปลูกสร้างโรงเรือนหรือการปลูกสร้างอย่างอื่น เช่น เช่าที่ดินปลูกสร้างโรงเรือน โรงเรือนไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน (ฉ. 550/2477, 45/2479) ปลูกตึกแถวลงในที่ดินของผู้อื่นโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่าซึ่งมีกำหนด 15 ปี แล้วจึงจะให้ตึกแถวตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินดังนี้ เมื่อสัญญาเช่ายังไม่ครบอายุ ตึกแถวก็ยังไม่เป็นส่วนควบของที่ดิน (ฉ. 370-371/2511) สิทธิตามสัญญาในการปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นนี้จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำโดยวาจาหรือเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยปริยายก็ได้

ตามบทบัญญัติยกเว้นถึงทรัพย์สินที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนควบนั้นเมื่อครบอายุสัญญาเช่าที่ดินแล้วสิทธิปลูกสร้างลงในที่ดินของผู้อื่นย่อมหมดไป เจ้าของทรัพย์สินนั้นต้องรื้อถอนทรัพย์สินนั้นออกจากที่ดิน เช่น ที่ดินพิพาทเป็นของโจทก์ จำเลยปลูกบ้านลงในที่ดินพิพาทโดยโจทก์รู้เห็นยินยอมบ้านพิพาทเป็นของจำเลย และไม่ถือเป็นส่วนควบของที่ดินพิพาท เมื่อโจทก์ไม่ประสงค์ให้จำเลยอยู่ในที่ดินพิพาทจำเลยต้องรื้อบ้านออกไป (ฉ. 1772/2531) แต่เมื่อผู้เช่ามีความประสงค์จะไม่รื้อตึกออกไปย่อมสามารถทำได้โดยการตกลงยกเว้นช้อยกเว้นมาตรา 146 นี้ ดังเช่นในข้อสัญญาที่ว่าเมื่อครบกำหนดอายุสัญญาเช่าแล้วให้ตึกตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน เช่นนี้แล้วตึกพิพาทตึกพิพาทตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามสัญญาในฐานะส่วนควบของที่ดินโดยไม่ต้องโอนทางทะเบียนต่อกัน (ฉ. 561/2491, 819/2493) จึงเท่ากับว่าเมื่อมีข้อตกลงยกเว้นช้อยกเว้นตามมาตรา 146 ผลเมื่อสัญญาเช่าที่ดินสิ้นสุดลงจึงกลับไปสู่หลักส่วนควบตามที่กล่าวมาไว้ก่อนหน้านี้อแล้ว ใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในส่วนควบนั้น (มาตรา 144 วรรคสอง) ซึ่งไม่ใช่บทบัญญัติเด็ดขาด

กรณีผู้มีสิทธิในที่ดินของผู้อื่น ปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน โดยตกลงว่าจะให้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินในทันทีหรือในภายหน้า เมื่อถึงกำหนดสิ่งปลูกสร้างก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินทันทีโดยผลของมาตรา 144 วรรคสองโดยไม่ต้องโอนทางทะเบียน ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่าเช่าที่ดินปลูกตึก โดยมีข้อสัญญาว่าจะให้ตึกที่ปลูกตกเป็นของเจ้าของที่ดินทันที หรือภายในระยะเวลาใดใน ภายหน้านั้น ตึกย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดินตามข้อสัญญานั้นโดยไม่ต้องไปทำการโอนทาง ทะเบียน ในกรณีเช่นนี้ถ้าโจทก์ฟ้องขอให้จำเลยทำการโอนก็ต้องตัดสินยกฟ้อง (561/2488) สัญญาเช่าที่ดินปลูกตึกแล้วมีว่า ให้ตึกตกเป็นของเจ้าของที่ดินเมื่อสิ้นอายุ ตึกแล้วตกเป็นของ ผู้ให้เช่าในฐานะเป็นส่วนควบโดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้เช่าไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ตามที่ กำหนดให้สัญญา(628/2521) นอกจากนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 561/2491, 1124/2502, 2105/2511, 736/2518, 558/2521, 1995/2522 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน¹¹

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบ่งได้เป็น 2 ประการคือ¹⁰ ประการแรกเป็น การได้มาโดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ตามที่บัญญัติไว้ใน ปพพ.บรรพ 3 แต่ถ้าเป็นการ ได้มาในกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะดังเช่นเรื่องซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ก็ ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 1299 วรรคแรกเรื่องการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์บรรพแรกมาใช้บังคับ ประการที่สองคือการได้มาโดยผลของกฎหมาย เป็นการได้มาตามที่ประมวลกฎหมายมาตรา 1308 ถึงมาตรา 1334 บัญญัติไว้

การได้กรรมสิทธิ์โดยอาศัยหลักของส่วนควบเป็นการได้กรรมสิทธิ์โดยผลแห่งกฎ หมาย นอกจากจะได้ส่วนควบตามมาตรา 144 วรรคสองแล้ว กฎหมายยังบัญญัติการได้มา โดยอาศัยส่วนควบไว้ในมาตรา 1308-1317 กล่าวคือเรื่องทิ้งอกริมตลิ่ง(มาตรา 1308) เกาะและทางน้ำตื้นเขิน(มาตรา 1309) สร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต(มาตรา 1310) สร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริต(มาตรา 1311) สร้างโรงเรือนรุกร้า

¹¹ สมจิตร ทองศรี, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทรัพย์สิน ครั้งที่ 4, (กรุงเทพ มหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535), หน้า 28-34.

ในที่ดินของผู้อื่น (มาตรา 1312) สร้างโรงเรือนในที่ดินที่เป็นเจ้าของโดยมีเงื่อนไข (มาตรา 1313) สร้างสิ่งอื่นปลูกต้นไม้หรือธัญญาชาติในที่ดินของผู้อื่น (มาตรา 1314) สร้างสิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้หรือธัญญาชาติในที่ดินของตนด้วยสัมภาระของผู้อื่น (มาตรา 1315) เอาสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นมารวมเป็นส่วนควบ (มาตรา 1516) เอาสัมภาระของผู้อื่นทำเป็นสิ่งของใหม่ (มาตรา 1317) การได้มาโดยเข้าถือเอาซึ่งสังหาริมทรัพย์ไม่มีเจ้าของ (มาตรา 1318-1322)

ระหว่างอายุสัญญายังมีผลใช้บังคับอยู่ ผู้เช่าที่ดินมีกรรมสิทธิในสิ่งปลูกสร้าง เจ้าของกรรมสิทธิ์มีอำนาจ และมีข้อจำกัดสิทธิไว้อย่างไรหรือไม่นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ลักษณะ 2 หมวด 2 ตั้งแต่มาตรา 1335 ถึงมาตรา 1337 ได้บัญญัติว่าด้วยอำนาจกรรมสิทธิ์แท้ที่จริงคือระบอบสิทธิต่างๆ ที่ประกอบเป็นกรรมสิทธิ์ไว้ในมาตรา 1336 ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินนั้น มีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินนั้น มีสิทธิได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้การติดตามเอาคืนนี้ไม่ต้องฟ้องศาล¹² วันแต่มีข้อโต้แย้งก็ใช้สิทธิทางศาล การติดตามเอาคืนนี้ไม่มีอายุความจะช้านานเพียงใดก็ยังมีสิทธิติดตามเอาคืน วันแต่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นจะได้ครอบครองปรปักษ์จนได้กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1382, 1383 และหากการติดตามเอาคืนจะเข้ากรณีตามมาตรา 1299 วรรค 2 และมาตรา 1329 ถึงมาตรา 1332 ก็จะไม่เอาคืนไม่ได้กรณีเข้าข้อยกเว้นหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

แต่โดยที่ตามสัญญาพัฒนาที่ดินที่ตกลงว่าในภายหน้าให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินนั้น เท่ากับว่าเจ้าของสิ่งปลูกสร้างได้โอนกรรมสิทธิ์ไว้ล่วงหน้าแล้วนั้น การใช้กรรมสิทธิ์ของผู้พัฒนาที่ดินจึงมีข้อจำกัดไว้บางประการคือในสิทธิการจำหน่ายจ่ายโอนสิ่งปลูกสร้างตามสัญญานี้จึงทำไม่ได้ การจำกัดสิทธินี้อาจแบ่งได้ 2 ทางคือ การจำกัดสิทธิโดยนิติกรรมระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กับบุคคลอื่น ซึ่งข้อจำกัดนี้ต้องจดทะเบียนตามมาตรา 1299 วรรคแรก อีกประการหนึ่งคือข้อจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดจำกัดสิทธิไว้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอื่น สำหรับกรณีที่กฎหมายจำกัดสิทธิไว้

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1338-1355 ซึ่งข้อจำกัดนี้ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนก็ใช้บังคับกันได้ สำหรับสัญญาพัฒนาที่ดินที่ตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินเมื่อสัญญาสิ้นสุดลงนั้นเห็นว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิตามสัญญา ดังนั้นผู้พัฒนาที่ดินไม่สามารถจำหน่ายโอนสิ่งปลูกสร้างให้แก่บุคคลอื่นได้หากมีการจดทะเบียนตามมาตรา 1299 วรรคแรกแล้ว เมื่อกล่าวถึงตรงนี้ทำให้เห็นว่าบุคคลจะมีกรรมสิทธิ์เป็นการชั่วคราวได้เพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์อาจสูญเสียกรรมสิทธิ์โดยถูกยกเลิกเพิกถอนเสียได้ เช่นกรณีเมื่อนิติกรรมเป็นโมฆะ, ใ้แก่การขายฝากกลับมาแล้ว, การให้ทรัพย์สินโดยมีเงื่อนไขบังคับหลังเงื่อนไขสิ้นสุดให้กรรมสิทธิ์โอนกลับคืนมา, ลากมิควรรได้หรือเป็นเจ้าของที่ดินโดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 1313, ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน, กรรมสิทธิ์ในเหมืองแร่ที่ได้รับสัมปทาน ฯลฯ และตำรากฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าบุคคลอาจได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นการชั่วคราวได้¹² ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตามสัญญาพัฒนาที่ดินที่ตกลงให้สิ่งปลูกสร้างเป็นของเจ้าของที่ดินในภายหน้านั้นเป็นกรรมสิทธิ์ชั่วคราวหรือภายใต้เงื่อนไขแห่งสัญญา

ดังนั้นสำหรับกรณีเกี่ยวกับทรัพย์สินสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่าและตกลงยกกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างให้แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้านั้น เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างให้แก่เจ้าของที่ดินไว้ล่วงหน้าโดยสัญญา เจ้าของกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างจึงมีกรรมสิทธิ์เพียงชั่วคราวตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะจำหน่ายโอนสิ่งปลูกสร้างให้บุคคลอื่นอีกไม่ได้ ผู้เช่าที่ดินเป็นเจ้าของชั่วคราว หากจำหน่ายโอนก็จะเป็นการทำนิติกรรมโดยมิชอบ เป็นเรื่องที่ทำไปโดยไม่มีอำนาจซึ่งเมื่อนำนิติกรรมไปโดยไม่มีอำนาจเสียแล้วนิติกรรมนั้นก็ เป็นโมฆะ เมื่อถูกติดตามเอาคืนต้องคืนให้แก่เจ้าของที่ดินไป เพราะผู้ทรงกรรมสิทธิ์อันเป็นทรัพย์สิน ย่อมยิ่งใหญ่กว่าสิทธิตามสัญญาจำหน่าย โอนทรัพย์สิน ซึ่งเป็นความผูกพันกันเพียงบุคคลสิทธิ ถ้าถูกติดตามเอาคืนผู้เช่าที่ดินเป็นผู้ขายสิ่งปลูกสร้างก็ต้องรับผิดชอบในฐานะที่ผู้ซื้อถูกรอนสิทธิ (eviction) ตามมาตรา 475 ถ้ายังไม่ถูกติดตามเอาคืนผู้ซื้อก็ยังไม่ถูกรอนสิทธิเพราะยังไม่ถูกรบกวนขัดสิทธิที่จะครอบครองโดยปกติสุข

¹² อรรถวสุณี, "คำมั่นสัญญาตอน 3 การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบ," บทบัญญัติ 36 ตอน 2 : 191.

4.3 การจำนองสิ่งปลูกสร้าง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่ากรรมสิทธิ์ตามสัญญาเช่าที่ดินที่ตกลงให้สิ่งปลูกสร้างเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้านั้นผู้พัฒนาที่ดินมีกรรมสิทธิ์ชั่วคราวจึงถูกจำกัดสิทธิการใช้กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ในบางประการคือถูกจำกัดสิทธิห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินสิ่งปลูกสร้างตามที่กล่าวมาแล้วนั้น มีปัญหาว่าขณะที่สัญญาพัฒนาที่ดินยังมีผลบังคับอยู่นั้นผู้เช่าที่ดินมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างจะนำสิ่งปลูกสร้างไปจำนองได้หรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายลักษณะจำนองว่าเป็นประการใด

การจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่ง สัญญาจำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์ซึ่งเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น และเอาชำระหนี้จากเงินขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น หรืออีกอย่างหนึ่งซึ่งทำได้ คือ เจ้าหนี้จะเอาทรัพย์สินที่นำมาจำนองหลุดเพื่อการชำระหนี้ก็ได้ หากเจ้าหนี้เอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดแล้ว เจ้าหนี้ก็เข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁴

ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นๆและการเอาชำระหนี้ที่ทรัพย์สินที่จำนองจะตกอยู่ในกรรมสิทธิ์ของบุคคลใดไม่เป็นข้อสำคัญหรือแตกต่างกันไปเลย ถ้าผู้จำนองโอนทรัพย์สินที่ติดภาระจำนองนั้นให้แก่บุคคลอื่นการจำนองยังคงผูกพันกับตัวทรัพย์สิน ดังนั้นการเปลี่ยนมือเจ้าของทรัพย์สินไม่กระทบกระเทือนการจำนองแต่อย่างใด (ดูมาตรา 702 วรรคสอง) ทั้งนี้ เพราะจำนองเป็นทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งย่อมติดตัวทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินจะโอนไปที่ทอดก็ตาม ตัวอย่างเช่น เจ้าของที่ดินไปจดทะเบียนจำนองที่ดินไว้กับ จ. แล้วต่อมาปรากฏว่า ล. ได้ครอบครองปรปักษ์ที่ดินนั้นเกิน 10 ปี จนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไปแล้วตาม ปพพ. มาตรา 1382 เช่นนี้ จ. ก็ยังบังคับจำนองเอาจากที่ดินนั้นได้แม้ ล. จะมีได้เป็นลูกหนี้ของ จ. เลขก็ตาม เพราะสิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินที่ย่อมติดไปกับตัวทรัพย์สินดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1064/2407 ได้วินิจฉัยไว้ เพราะสิทธิจำนองย่อมมีอยู่แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกก็ตาม¹⁵

¹⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน, สารานุกรมแพ่งและพาณิชย์เรื่องจำนอง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด(มหาชน), 2539), หน้า 9.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

ทรัพย์ที่อาจจำนองได้มี 2 ประเภท ประเภทแรก คือ สิ่งหาทรัพย์ตามมาตรา 703 ที่ได้จดทะเบียนแล้ว ได้แก่ เรือกำปั่นที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือ เรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป, แพ, สัตว์พาหนะ, สิ่งหาทรัพย์อื่นที่กฎหมายให้จดทะเบียนเฉพาะการ ประเภทที่สอง คือ อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินกับทรัพย์อันติดกับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ด้วย(มาตรา 100) สำหรับที่ดินนั้นย่อมจำนองได้ไม่ว่าเป็นที่ดินมีโฉนดหรือที่ดินมือเปล่า ถ้าเป็นที่ดินมือเปล่าต้องได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์(น.ส.3)แล้ว (ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2497 มาตรา 9)บ้านเรือนสิ่งปลูกสร้างต่างๆอันเป็นทรัพย์อยู่ติดกับที่ดินย่อมจำนองได้ไม่ว่าจะปลูกอยู่บนที่ดินของผู้จำนองเองหรือบนที่ดินของผู้อื่น การจำนองเฉพาะ โรงเรือนสิ่งปลูกสร้าง สิทธิจำนองย่อมครอบคลุมไปถึงส่วนต่างๆด้วย เช่น ครุฑ เรือนคนใช้ เป็นต้น สำหรับสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมจำนองได้ เช่น สิทธิเก็บกิน หรือสิทธิเหนือพื้นดินอันได้จดทะเบียนสิทธิแล้ว ย่อมเอาไปจำนองได้ ส่วนสิทธิอาศัย และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามโอนเพราะฉะนั้นจำนองไม่ได้¹⁶

การจำนองเฉพาะโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่ได้ทำขึ้นบนที่ดินหรือใต้ดิน ในที่ดินอันเป็นของคนอื่นย่อมไม่ครอบคลุมไปถึงที่ดินนั้นด้วย (ตามพพ.มาตรา 720)เจ้าของที่ดิน กับเจ้าของโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างเป็นคนละคนกัน เมื่อจำนองเฉพาะโรงเรือนการจำนอง ไม่ครอบคลุมไปถึงที่ดินของคนอื่นที่โรงเรือนนั้นปลูกสร้างอยู่¹⁷

¹⁶ ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกัน ด้วยบุคคลและทรัพย์ ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528) หน้า 51-52.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

เมื่อได้จำนองทรัพย์สินไปแล้ว ผู้จำนองยังคงมีสิทธิโอนทรัพย์สินที่จำนองไปให้บุคคลอื่นได้ แต่การโอนนั้นต้องอยู่ภายใต้การจำนอง การโอนไม่ทำให้สิทธิของผู้รับจำนองเสียไปแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะทรัพย์สินยังคงมีภาระจำนองติดอยู่เสมอ แต่ว่าภายหลังที่ทำสัญญาจำนองกันแล้ว ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองนั้นจะก่อให้เกิดภาระจำยอมขึ้นบนทรัพย์สินที่จำนองโดยผู้รับจำนองมิให้ความยินยอมมิได้ ภาระจำยอมที่สร้างขึ้นใหม่นั้นไม่มีสิทธิเหนือสิทธิจำนอง และถ้าเป็นการเสียหายแก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองมีสิทธิลบบภาระจำยอมออกเสียได้ ภาระจำยอมนั้นเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ทรัพย์สิน ซึ่งทำให้ค่าของทรัพย์สินนั้นลดลง เมื่อเป็นเช่นนี้การโอนนั้นจึงเป็นเพียงการเปลี่ยนเจ้าของเท่านั้น ไม่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินที่จำนองกระทบกระเทือนแต่อย่างใด¹⁸

นอกจากนี้สัญญาจำนองต้องทำตามแบบคือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำโดยเปิดเผยที่ว่าโดยเปิดเผยนั้นคือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งทำให้ประชาชนอาจล่วงรู้ได้โดยไม่มีข้อสงสัยในเมื่อต้องการจะรู้ ถ้าหากกฎหมายไม่บัญญัติไว้ว่าสัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ผู้ต้องการซื้อขายติดต่อกับทรัพย์สินนั้นไม่อาจมีหนทางรู้ได้ว่าทรัพย์สินนั้นติดภาระจำนองอยู่หรือไม่¹⁹

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอแนะว่าการจำนองที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงอาจทำให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้สัญญาพัฒนาที่ดินที่ตกลงให้สิ่งปลูกสร้างเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินในภายหน้านี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้พัฒนาที่ดินมีเพียงกรรมสิทธิ์ชั่วคราว ถูกจำกัดสิทธิการใช้กรรมสิทธิ์บางประการ จึงควรมีข้อตกลงกำหนดห้ามมิให้ผู้พัฒนาที่ดินนำสิ่งปลูกสร้างไปจำนอง

¹⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจำนอง, หน้า 39

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

นอกจากนี้บทบัญญัติลักษณะจำนองที่ว่า ผู้มีสิทธิจำนอง คือ เจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น (มาตรา 705) เจ้าของ²⁰ หมายถึง ผู้มีกรรมสิทธิ์หรือแม้แต่มีสิทธิครอบครองก็จำนองได้ เช่น เจ้าของที่ดินมือเปล่ามี น.ส.3 (ฉ.503/2504, 325/2514) นอกจากเจ้าของทรัพย์สิน ก็มีตัวแทน ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของเป็นหนังสือให้ทำสัญญาจำนองแทน (มาตรา 798 วรรคสอง) ถ้าเจ้าของทรัพย์สินเป็นผู้หย่อนความสามารถ ผู้ที่จะทำจำนอง ก็คือผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ต้องปฏิบัติว่าด้วยความสามารถของบุคคลนั้น ถ้าผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง หรือตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากเจ้าของทรัพย์สิน การจำนองนั้นไม่ผูกพันเจ้าของทรัพย์สิน ถึงแม้ผู้รับจำนองจะรับจำนองโดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนจำนองโดยสุจริต ก็จะไม่ยกขึ้นต่อสู้เจ้าของอันแท้จริงมิได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้รับโอน ถ้าตัวแทนทรัพย์สินทำการจำนอง โดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนือจากที่ได้รับ มอบหมายการจำนองไม่ผูกพันเจ้าของหรือผูกพันเท่าที่มอบหมาย (มาตรา 823)²¹

แต่ในบางกรณีผู้จำนองเป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่การจำนองไม่มีผลได้กล่าวมาแล้วว่าการจำนองมีผลใช้ได้ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือเป็นผู้แทนที่ได้รับมอบหมายโดยชอบ แต่กรณีนี้ก็ดี มีบางกรณีที่ผู้จำนองเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือเป็นผู้แทนที่ได้รับมอบหมายโดยชอบ ผู้รับจำนองก็สุจริต เสียค่าตอบแทน แต่การจำนองก็ไม่มีผลตามกฎหมายเนื่องจากความไม่สุจริตของผู้จำนองเอง หรือว่าทรัพย์สินจำนองอยู่ในระหว่างเป็นคดีความในศาลผลของคดีปรากฏว่าผู้จำนองไม่มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น²² (1640/2516, 247/2510)

²⁰ ภิญญู ชีรนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกันจำนอง จำนำ ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร:พิมพ์ที่โรงพิมพ์พลเทรตติ้ง, 2528) หน้า 85.

²¹ ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ครั้งที่ 3, หน้า 56-57.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีเช่าที่ดินที่ตกลงให้สิ่งปลูกสร้างเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้านั้นขณะที่สัญญายังมีผลอยู่ผู้เช่าที่ดินเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างแต่ตามข้อตกลงในสัญญาตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างเป็นของเจ้าของที่ดินในภายหน้านั้นเท่ากับว่าผู้พัฒนาที่ดินกับเจ้าของที่ดินได้ตกลงโอนกรรมสิทธิ์และรับโอนกรรมสิทธิ์สิ่งปลูกสร้างไว้ล่วงหน้าแล้ว จึงมีข้อจำกัดในการใช้กรรมสิทธิ์บางประการ คือ ในข้อการจำหน่ายจ่ายโอนสิ่งปลูกสร้างนี้ แต่เจ้าของโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างยังคงมีอำนาจใช้กรรมสิทธิ์อื่นที่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินอันจะทำให้เจ้าของที่ดินต้องเสียกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างนั้นได้

การจำนองเป็นการนำทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ การจำนองอาจทำให้ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างหรืออาจจะไม่สูญเสียกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างก็ได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากผู้พัฒนาที่ดินไม่สุจริต คือ แม้ผู้เช่าที่ดินจะเป็นเจ้าของโรงเรือนในขณะที่สัญญายังมีผลอยู่นั้นก็ตาม แต่ตามสัญญาผู้เช่ารู้อยู่แล้วว่าจะต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในภายหลัง การที่ผู้เช่านำสิ่งปลูกสร้างไปจำนองย่อมเสี่ยงเห็นได้ว่าทำให้เจ้าของที่ดินเสียหายการทำจำนองสิ่งปลูกสร้างเนื่องจากผู้จำนองไม่สุจริตเช่นนี้การจำนองก็ไม่มีผล แต่หากผู้เช่าที่ดินสุจริตจะไถ่ถอนจำนองและทำจำนองภายใต้เงื่อนไขแห่งสัญญาผู้เขียนเห็นว่าน่าจะทำได้

แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในสัญญาพัฒนาที่ดิน นอกจากเงินค่าตอบแทนที่เจ้าของที่ดินได้รับแล้วนั้นยังมีค่าตอบแทนอย่างอื่นคือตัวตึกที่จะต้องเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของที่ดินในภายหน้านั้น และย่อมไม่มีเจ้าของที่ดินคนใดที่อยากได้ตึกติดจำนอง เพื่อป้องกันปัญหาผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าควรกำหนดในสัญญาห้ามนำตึกไปจำนอง ขายฝากหรือก่อภาระติดพันใดๆทั้งสิ้นให้ชัดเจนไปในสัญญาพัฒนาที่ดิน อย่างไรก็ตามแม้ไม่มีข้อตกลงห้ามจำนองไว้ในสัญญาพัฒนาที่ดินแต่วิธปฏิบัติในการจำนองสิ่งปลูกสร้างซึ่งปลูกอยู่บนที่ดินของผู้อื่นควรทำจำนองเฉพาะโรงเรือนในที่ดินของบุคคลอื่นต้องได้รับความยินยอมของเจ้าของที่ดินด้วย หากเจ้าของที่ดินอนุญาตให้ทำจำนองตามกำหนดระยะเวลาหรือตามเงื่อนไขใดนั้น แม้จะทำได้ถ้าปรากฏว่าหนี้ประชาชนคือหนี้เงินกู้นั้นมีกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใดไว้ แต่ถ้าในสัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีเงื่อนไขใดไว้การจะทำจำนองภายในกำหนดระยะเวลา นั้นกรมที่ดินจะไม่จดจำนองให้เนื่องจากจำนองเป็นนิติกรรมต้องพิจารณาจากหนี้ประชาชนเป็นหลักว่ามีเงื่อนไขอย่างไรจำนองเป็นไปตามเงื่อนไขในหนี้ประชาชนคือหนี้เงินกู้

4.4 การนำสิทธิการเข้าไปประกันการชำระหนี้

มีปัญหาต่อไปว่าการพัฒนาที่ดินที่ต้องใช้ทุนทรัพย์สูง การที่ผู้เช่าที่ดินจะมีเงินสดมาใช้ลงทุนนั้นต้องอาศัยการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงิน หากทำจ่านองกันไม่ได้เสียแล้วการให้ความเชื่อถือปล่อยเงินกู้จากสถาบันการเงินย่อมเป็นไปได้ยากเพราะหลักประกันพิเศษไม่มีการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์เป็นเอกเทศสัญญาซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เป็นหลักประกันหนี้ซึ่งให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เป็นพิเศษ เจ้าหนี้ทั่วไปหรือเรียกว่าเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งไม่มีหลักประกันพิเศษ ความจริงก็มีทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นประกันอยู่แล้วตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 214 ว่าภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง²³ รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระด้วย แต่การเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันพิเศษ หรือเจ้าหนี้สามัญนั้นมิใช่ข้อเสียคือไม่มีความมั่นคงแน่นอน เพราะลูกหนี้อาจจำหน่ายโอนทรัพย์สินของตนไป หรือทรัพย์สินนั้นอาจจะไม่เพียงพอ เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ลูกหนี้อาจไม่มีอะไรเหลือ เจ้าหนี้ที่ฉลาดจึงชวนชวาชวยให้ได้มาซึ่งหลักประกันพิเศษ เมื่อให้กู้เงินหรือดำเนินธุรกิจติดต่อค้าขายด้วย สำหรับหลักประกันพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันพิเศษไว้อยู่ 3 ประการด้วยกันคือ ค้ำประกัน จ่านอง และจำนำ ซึ่งเรียกว่าประกันด้วยบุคคลและประกันด้วยทรัพย์ การมีหลักประกันพิเศษนี้มีผลดีแก่เจ้าหนี้เพราะเป็นมูบริมสิทธิ²⁴ และมีผลดีแก่ลูกหนี้เพราะในบางคราวลูกหนี้อาจขาดทุนรอนในการดำเนินธุรกิจการค้าเมื่อมีหลักประกันพิเศษให้เขา การที่จะหาแหล่งเงินกู้ หรือดำเนินธุรกิจการค้า ย่อมไม่เป็นการยาก จึงเป็นผลดีในแง่เศรษฐกิจ ทั้งในแง่เอกชนและรัฐ²⁵

²³ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 151-154.

²⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มูบริมสิทธิ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด(มหาชน), 2539), หน้า 9.

²⁵ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จ่านอง จำนำ ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 1-2.

สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้น เมื่อสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งนั้นในปัจจุบันได้มีการนำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้กับสถาบันการเงินมากมาย โดยเฉพาะการเช่าแหล่งย่านธุรกิจบริเวณสยามสแควร์ หรือธุรกิจโครงการพัฒนาที่ดินใหญ่ๆ ได้มีการนำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้ และสถาบันการเงินจะมีผู้ดูแลโครงการจากสถาบันการเงินมาเป็นผู้ควบคุมโครงการและปล่อยเงินแก่ผู้พัฒนาที่ดินเป็นงวดเมื่อได้ปฏิบัติตามโครงการแต่ละชั้นเรียบร้อยแล้ว บางแห่งยิ่งไปกว่านั้นสถาบันการเงินส่งผู้ดูแลโครงการเป็นผู้ร่วมเจรจาผลประโยชน์กับเจ้าของที่ดินเสียเอง แต่ทั้งนี้ก็เพื่อที่สถาบันการเงินจะได้มีความมั่นใจมากขึ้นว่าโครงการที่ปล่อยเงินกู้ออกไปจะได้รับการชำระหนี้กลับคืนมา

การที่สถาบันการเงินรับสิทธิการเช่าเป็นประกันการชำระหนี้^{๕๕} หากจะพิจารณาในบทบัญญัติแห่งและพาณิชย์บรรพ 3 แล้ว การนำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้^{๕๕} ไม่อยู่ในเอกเทศของสัญญาว่าด้วยลักษณะใด จะว่าเป็นค้ำประกันก็ไม่ใช่เพราะการค้ำประกันกฎหมายไทยเป็นกรณีที่ประกันโดยบุคคลเท่านั้น แต่สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินจึงไม่เข้าลักษณะค้ำประกันหรือหากจะพิจารณาว่าเมื่อสิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินและเป็นสิ่งหาปริมาณด้วย กรณีนี้จะเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินในลักษณะจำนำ (747) หรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายลักษณะจำนำการจำนำเฉพาะแต่สิ่งหาปริมาณ ลักษณะของสัญญาจำนำก็คือ "การส่งมอบ"^{๕๖} ผู้จำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำแก่ผู้รับจำนำ ถ้าไม่มีการส่งมอบก็ไม่เป็นสัญญาจำนำ (ฎ.631/2474, (หากไม่มีการส่งมอบกันไว้จริงไม่เป็นจำนำแม้จะทำเป็นหนังสือว่ามีการส่งมอบกันแล้วก็ตาม (490/2502) ปัญหาว่าสิทธิการเช่าแม้จะเป็นสิ่งหาปริมาณแต่ก็เป็นเพียงนามธรรมจับต้องไม่ได้ การส่งมอบสิทธิการเช่าทำได้อย่างไร และการทำสัญญานำสิทธิการเช่าเป็นประกันการชำระหนี้^{๕๕} จะเข้าลักษณะการส่งมอบได้หรือไม่ ปัญหานี้ยังไม่มีข้อวินิจฉัยแต่ในความเห็นของผู้เขียนแล้วเห็นว่าไม่เข้าลักษณะจำนำ เพราะสิทธิการเช่าเป็นนามธรรมจับต้องไม่ได้ ทั้งความเป็นจริงก็ยังไม่ได้เข้าครองสิทธิการเช่าจึงไม่มีการส่งมอบสิทธิการเช่าจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องจำนำ

^{๕๕} กาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ครั้งที่ 3, หน้า 120.

กรณีนำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิการเช่าหรือสิทธิในการพัฒนาที่ดิน เป็นทรัพย์สินจึงอาจนำไปเป็นประกันการชำระหนี้ได้ หลักประกันเช่นนี้มิได้มีบัญญัติไว้ใน บรรพ 3 เรื่อง เอกเทศสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องพิจารณาไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยที่สิทธิการเช่า หรือสิทธิตามสัญญาพัฒนาที่ดินเป็นบุคคลสิทธิมีความผูกพันเฉพาะคู่สัญญา การนำสิทธิดังกล่าวไปประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหน้ออื่นเป็นบุคคลอื่น หากจะให้ผลผูกพันบังคับได้ถึงผู้ให้เช่าหรือผู้พัฒนาที่ดินจึงต้องให้บุคคลดังกล่าวตกลงยินยอมด้วย ในการที่ผู้ให้เช่าหรือผู้พัฒนาที่ดิน นำสิทธิดังกล่าวไปเป็นหลักประกันแก่เจ้าหน้อ

การนำสิทธิการเช่า หรือสิทธิในการพัฒนาที่ดินประกันการชำระหนี้ดังกล่าวข้างต้นไม่มีกฎหมายห้าม ไม่เป็นการพันวิสัย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่เป็นโมฆะ

การดำเนินการในกรณีนี้อาจทำเป็นข้อตกลงหลายฝ่าย คือฝ่ายเจ้าหน้อ ฝ่ายลูกหน้อ ฝ่ายผู้ให้เช่าหรือผู้พัฒนาที่ดิน โดยมีข้อตกลงในส่วนสาระสำคัญว่าหากลูกหน้อผิดสัญญาในเรื่องนี้ผู้ให้เช่าหรือผู้พัฒนาที่ดิน และผู้ให้เช่าหรือเจ้าของที่ดินยินยอมให้เจ้าหน้อบังคับชำระหนี้เอาจากสิทธิการเช่า หรือสิทธิในการพัฒนาที่ดินได้

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับสิทธิการเช่านี้เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งนั้นปัจจุบันได้มีร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม (ดูภาคผนวก) ที่ผ่านวุฒิสภาแล้วและกำลังจะประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปนั้นบัญญัติรองรับสิทธิการเช่าให้นำไปจำนองได้ตามร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม มาตรา 5 ทวิ บัญญัติว่า สิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ให้สามารถให้นำไปใช้เป็นหลักประกันชำระหนี้ โดยการจำนองได้และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับอนุโลม อนึ่ง แต่ทั้งนี้การนำสิทธิการเช่าไปประกันการชำระหนี้ที่มีกฎหมายมารองรับนี้ต้องเป็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรม และอุตสาหกรรมที่จดทะเบียนตาม ร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวมาแล้วเท่านั้น

5.5 สัญญาเช่ากับบุคคลภายนอก

โดยที่สัญญาพัฒนาที่ดินมีข้อตกลงพัฒนาที่ดินโดยให้อาคารสิ่งปลูกสร้างที่พัฒนาเหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ตกลงไว้ในสัญญาพัฒนาที่ดิน ข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงมีผลบังคับใช้ได้กรณีที่สัญญาพัฒนาที่ดินยังมีผลบังคับอยู่นั้น กรรมสิทธิ์ในอาคารสิ่งปลูกสร้างยังคงเป็นของผู้ลงทุนพัฒนาที่ดิน ผู้พัฒนาที่ดินย่อมมีสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย และมีอำนาจดำเนินการกับทรัพย์สินของตนเองได้โดยชอบมีอำนาจตามที่กฎหมายรับรองบังคับบัญชาให้ มีอำนาจสมบูรณ์ที่สุดที่ผู้พัฒนาพึงมีในอาคารสิ่งปลูกสร้างนั้นได้ เป็นอำนาจแห่งการแสดงความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย และเมื่อกรรมสิทธิ์ในอาคารเป็นของผู้พัฒนาที่ดิน ผู้พัฒนาที่ดินย่อมมีสิทธิที่จะนำพื้นที่ในอาคารให้เช่าได้ ซึ่งผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วงพื้นที่อาคารมีนิติสัมพันธ์โดยตรงต่อผู้พัฒนาที่ดิน เพราะเป็นคู่สัญญาโดยตรงต่อกัน สำหรับเจ้าของที่ดินนั้นไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วงพื้นที่ในอาคารแต่โดยที่สัญญาพัฒนาที่ดินเป็นสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน²⁷ แสดงว่ามีการเกี่ยวข้องประกอบกันระหว่างสองสัญญา ซึ่งในการประกอบเข้ากันของสองสัญญานี้ถ้าเป็นทรัพย์สินที่เจ้าของคนเดียวกันก็ไม่เกิดปัญหาขึ้น แต่จะเกิดปัญหาในกรณีที่เจ้าของที่ดินและเจ้าของอาคารต่างรายกัน ข้อตกลงในสัญญาเช่า พื้นที่จึงต้องเป็นข้อตกลงที่ผู้พัฒนามีสิทธิที่จะสามารถกระทำได้จากสัญญาพัฒนาที่ดิน หมายความว่า ข้อตกลงที่ในสัญญาเช่าพื้นที่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของสัญญาพัฒนาที่ดิน ดังนั้นสัญญาเช่าพื้นที่จึงมีความเกี่ยวข้องประกอบกันกับสัญญาพัฒนาที่ดินอันเป็นสัญญาประธานด้วย ผู้เขียนเห็นว่าการทำสัญญาเช่าพื้นที่จึงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสัญญาพัฒนาที่ดิน อาทิ การกำหนดเวลาการเช่าพื้นที่ หรือเรื่องการระงับของสัญญา เป็นต้น ตลอดจนการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่สัญญาพัฒนาที่ดินกำหนดไว้ด้วย เพราะว่าหากผู้พัฒนาที่ดินไม่มีสิทธิเสียแล้วผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วงพื้นที่ย่อมไม่มีสิทธิดีไปกว่าผู้พัฒนาที่ดิน สัญญาเช่าหรือสัญญาเช่าช่วงจึงต้องอยู่ภายใต้สัญญาพัฒนาที่ดิน เมื่อสัญญาพัฒนาที่ดินระงับลงตามกำหนดเวลา ผู้พัฒนาที่เมื่อไม่มีสิทธิในทรัพย์สินเสียแล้วจึงไม่มีสิทธิที่จะนำอาคารให้เช่าต่อไปได้ ผู้เช่าพื้นที่จะนำประโยชน์จากมาตรา 569 ไม่ได้

²⁷ ประมวล สวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 78.

แต่ถ้าสัญญาพัฒนาที่ดินระงับลงก่อนครบกำหนดสัญญาตกลงกรรมสิทธิ์ในอาคารสิ่งปลูกสร้างจึงตกเป็นของเจ้าของที่ดินนั้น ผลคือกรรมสิทธิ์ในอาคารสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินทันทีโดยผลของกฎหมายตามหลักเรื่องส่วนควบ²⁸ มาตรา 144 วรรคสอง ใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันใดย่อมมีกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินส่วนควบอันนั้น การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เรื่องส่วนควบนี้ไม่ต้องมีการโอนทางทะเบียน หรือไม่ต้องไปจดทะเบียนการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ เพราะเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมาย²⁹ ดังนั้นผู้พัฒนาที่ดินหมดสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของเสียแล้ว และเมื่อโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างได้เปลี่ยนกรรมสิทธิ์มาเป็นของเจ้าของที่ดินแล้ว เจ้าของที่ดินจึงมีอำนาจแห่งการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ดังเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นตามพพ.มาตรา 1336³⁰ เช่นกัน กล่าวคือเจ้าของที่ดินมีสิทธิใช้อาคารสิ่งปลูกสร้างของตน และจำหน่ายจ่ายโอนและได้ซึ่งดอกผล กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอาคารของตนต่อบุคคลผู้ซึ่งไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ ตลอดจนมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอาคารสิ่งปลูกสร้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

และตามสัญญาเช่าพื้นที่ในอาคาร ผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วงกับผู้พัฒนาที่ดินเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้พัฒนาที่ดิน มีนิติสัมพันธ์ต่อกันจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันโดยตรงตามสัญญา ผู้พัฒนาที่ดินมีกรรมสิทธิ์ในอาคารจึงชอบที่จะนำอาคารออกให้เช่า มีหน้าที่ส่งมอบพื้นที่เช่าในสภาพเรียบร้อยและผู้พัฒนาที่ดินย่อมมีสิทธิได้รับค่าเช่าเป็นการตอบแทนจากการนี้ โดยผู้เช่ามีหน้าที่ชำระค่าเช่าแก่ผู้พัฒนาที่ดิน เมื่อสัญญาพัฒนาที่ดินระงับลงก่อนครบกำหนดเวลากรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกแก่เจ้าของที่ดินตามสัญญา เจ้าของที่ดินจึงได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างโดยผลของกฎหมายตามหลักของส่วนควบนั้น เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งจากหนังสือคำบรรยายท่านอาจารย์ประพนธ์ ศาตะมานให้ความหมายในการโอน

²⁸ ประมวล สวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2520), หน้า 159.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76-98.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336

กรรมสิทธิ์³¹ ไว้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์ย่อมหมายถึงการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้นั้นเอง และการโอนตามความหมายในพจนานุกรม หมายความว่า ยอมมอบให้ เช่นโอนกรรมสิทธิ์ และคำว่ามอบตามความหมายในพจนานุกรม หมายความว่า เว้นให้ สละให้ ยกให้ ไว้ไว้ ซึ่งการโอน ตามมาตรา 569 ด้วยภาษาอังกฤษใช้คำว่า TRANSFER แปลว่าเปลี่ยน มาจากรากศัพท์ Prefect Latin ว่า TRAN แปลว่าเปลี่ยน การได้มาก็คือการเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ จึงมีความหมายเช่นเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในมาตรา 569 นั้นเอง

ดังนั้นเมื่อผู้พัฒนาที่ดินนำสิ่งปลูกสร้างให้บุคคลภายนอกเช่า และสัญญาพัฒนาที่ดินระงับ ทำให้เจ้าของที่ดินได้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตามหลักส่วนควบนี้จึงเป็นการเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างจึงมีความหมายเท่ากับเป็นการโอนทรัพย์สินตามมาตรา 569 ดังนั้นเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าตามสัญญาเช่าพื้นที่จะมีผลผูกพันเพียงใดต้องนำมาตรา 538 มาประกอบกับมาตรา 569³² การเช่าพื้นที่ไม่ระงับ ที่ว่าสัญญาเช่าพื้นที่ไม่ระงับนี้ หมายถึงว่า สัญญาเช่าพื้นที่มีอยู่และมีผลใช้ได้เพียงใด เจ้าของที่ดินก็มีหน้าที่ปฏิบัติเพียงเท่านั้น เช่น เหลืองทำหนังสือสัญญาตนเองเช่าพื้นที่จากผู้พัฒนาที่ดิน 15 ปีโดยมิได้จดทะเบียนพอเช่าได้ 2 ปีสัญญาพัฒนาที่ดินระงับสิ่งปลูกสร้างเปลี่ยนกรรมสิทธิ์เป็นของเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินย่อมผูกพันเพียง 1 ปีเท่านั้น

จากตัวอย่างข้างต้นหาก เหลือง ทำสัญญาเช่าและจดทะเบียนด้วยเป็นหนังสือด้วย 15 ปีแล้ว การเช่านั้นก็ย่อมผูกพันผู้รับโอนต่อไป 13 ปี(เพื่อให้ครบ 15 ปี) เพราะสัญญามีผลสมบูรณ์และใช้บังคับ ตาม ปพพ.มาตรา 538 ประกอบกับมาตรา 569

ในทางกลับกัน ถ้าเหลืองทำสัญญาเช่าพื้นที่ด้วยวาจา หรือปากเปล่า 15 ปี เมื่อเหลืองอยู่ได้ 2 ปี กรรมสิทธิ์ตกแก่เจ้าของที่ดิน การเช่านี้ย่อมไม่ผูกพันเจ้าของที่ดินเลย เพราะถือว่าไม่มีสัญญาเช่าอันจะเป็นพยานหลักฐานให้ฟ้องร้องบังคับกันได้เลย

³¹ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่าทรัพย์สิน- เช่าซื้อ, (กรุงเทพมหานคร:แสงทองการพิมพ์, 2515), หน้า 27.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

มีปัญหาต่อไปว่ากรณีที่เจ้าของที่ดินเลิกสัญญาพัฒนาที่ดินแล้วทำให้เจ้าของที่ดินต้องรับภาระจากผู้เช่าพื้นที่ตามมาตรา 569 ประกอบกับมาตรา 538 นั้น ย่อมทำให้ผู้พัฒนาที่ดินเสียหายซึ่งอาจไม่ได้รับค่าเช่าพื้นที่เนื่องจากผู้พัฒนาที่ดินเก็บค่าเช่าไปหมดแล้ว แต่เจ้าของที่ดินต้องมาผูกพันรับภาระต่อผู้เช่าพื้นที่นั้น ในกรณีเช่นนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาพัฒนาที่ดินตามมาตรา 391วรรคท้ายบัญญัติว่า หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่ ถ้าเจ้าของที่ดินมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของผู้พัฒนาที่ดินอย่างไร การเลิกสัญญาก็ไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินที่จะเรียกเอาค่าเสียหายในการที่ผู้พัฒนาที่ดินผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ (1123/2514) ความรับผิดชอบของลูกหนี้อันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 215, 216, 218 ไม่ระงับเพราะการที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิเลิกสัญญา เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ได้เหมือนเดิม อนึ่งสิทธิของเจ้าหนี้ในการจะริบมัดจำ และริบหรือเรียกเอาเบี้ยปรับที่มีอยู่ ก็ไม่ถูกกระทบกระทั่งเพราะการใช้สิทธิเลิกสัญญาเช่นเดียวกัน (มาตรา 378(2), 379)"³³ เช่นนี้เจ้าของที่ดินจึงเรียกค่าเสียหายจากการที่ต้องรับภาระต่อผู้เช่าพื้นที่กับผู้พัฒนาที่ดินได้ต่อไป

กรณีมีการเลิกสัญญาพัฒนาที่ดินก่อนครบกำหนดระยะเวลาของสัญญา กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินเมื่อสัญญาจะจับ หากสัญญามีข้อตกลงว่าเมื่อเลิกสัญญา คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม เช่นให้กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างตกเป็นของเจ้าของที่ดินโดยเจ้าของที่ดินไม่ต้องชดใช้ค่าสิ่งปลูกสร้างนั้น ดังนี้เมื่อผู้พัฒนาที่ดินผิดสัญญา และเจ้าของที่ดินบอกเลิกสัญญา กรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างย่อมตกเป็นของเจ้าของที่ดิน โดยผลของกฎหมาย นับตั้งแต่วันที่สัญญาจะจับเป็นต้นไป ตามหลักในเรื่องส่วนควบ ซึ่งถือว่าที่ดินเป็นทรัพย์ประธานเสมอ และสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นส่วนควบของที่ดินนับแต่เวลานั้น โดยไม่จำเป็นต้องทำการโอนทางทะเบียน และเจ้าของที่ดินมีความผูกพันต่อผู้เช่าสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ตามสัญญาที่ผู้พัฒนาที่ดินได้ทำไว้กับผู้เช่า เพราะการเลิกสัญญาพัฒนาที่ดินนี้จะให้เป็นทีละเสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกอันได้แก่ผู้เช่าหาได้ไม่ตาม ปพพ.มาตรา 391วรรค 1 ตอนท้าย แต่ทั้งนี้เพียงแต่จนกว่าจะครบระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาพัฒนาที่ดินเท่านั้นตาม ปพพ. มาตรา 569 ซึ่งหากเจ้าของที่ดินได้รับความเสียหายจากการที่ต้องมีภาระผูกพันกับผู้เช่าของผู้พัฒนาที่ดินอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา ก็ย่อมใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้พัฒนาที่ดินได้ตาม ปพพ.มาตรา 391 วรรคท้าย