

## บทที่ 2

### บททั่วไป

#### 2.1 ประวัติและความเป็นมาของการเช่าช่วง

##### ก. กฎหมายต่างประเทศ

###### 1. กฎหมายบาบิโลน

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเมื่อประมาณปี 200 ก่อนคริสตกาลในสมัยนั้น อาณาจักรบาบิโลนเป็นศูนย์กลางการค้าขายของโลกจึงมีกษัตริย์พระนามว่า “ฮัมมูราบี” (Hummurabi) เป็นผู้บัญญัติกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ที่ใช้บังคับในอาณาจักรบาบิโลนลงในแท่งศิลาและแผ่นดินเหนียว และได้มีผู้ค้นพบแท่งศิลาในนครซุส (SUSE) เมื่อ พ.ศ.2445<sup>1</sup> โดยในแท่งศิลาและแผ่นดินเหนียวที่ค้นพบปรากฏข้อความอันเกี่ยวกับสัญญาต่าง ๆ ไบเรอิจ การซื้อขาย พันธบัตร ตัวสัญญาใช้เงิน และคำพิพากษาต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก

กฎหมายบาบิโลนได้แยกพิจารณาเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ในส่วนของกฎหมายเอกชน ได้กล่าวถึง การเช่าช่วงไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเช่า โดยบัญญัติว่า กษัตริย์มีที่ดินของตนเองอาจมีผู้อื่นถือครองที่ดินที่ได้รับมอบจากกษัตริย์ในลักษณะที่จะต้องให้บริการตอบแทนแก่กษัตริย์ก็ได้ที่ดินส่วนมากมักจะมีการให้เช่าโดยเฉพาะที่ดินของฝ่ายศาสนา ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์จึงค่อนข้างจะละเอียดมีการกำหนดค่าเช่าระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่า ถ้ามีการเพาะปลุกล้มเหลวก็เลื่อนการชำระค่าเช่าได้ ถ้าค่าเช่ามีการกำหนดค่าเช่ามีการกำหนดจำนวนไว้แน่นอน ความรับผิดชอบในการสูญเสียตกแก่ผู้เช่าแต่ผู้เดียว ผู้เช่ามีหน้าที่ทำการเพาะปลุกพืชพันธุ์ด้วยวิธีการอันถูกต้องและอาจละทิ้งที่ดินนั้นได้ ถ้าหากผู้เช่าละทิ้งที่ดินในลักษณะยังอยู่ในสภาพดี ผู้เช่าที่ดินมีสิทธิ์นำที่ดินไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงต่อ ถ้าหากสัญญาเช่าที่ดินเป็นประเภทแบ่งปันผลกำไร เช่น ในกรณีที่วัดเป็น

---

<sup>1</sup> ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย(กฎหมายเอกชน). (พระนคร: โรงพิมพ์พระจันทร์,2487), หน้า 8.

เจ้าของที่และเป็นผู้จัดหาเครื่องมือในการประกอบกิจกรรม และปลุสตีร์ถ้าผู้เช่านำเครื่องมือไปจำหน่ายหรือนำเอาปลุสตีร์ไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงหรือปฏิบัติต่อปลุสตีร์โดยไม่สมควร ผู้เช่าจะต้องได้รับโทษอย่างหนัก<sup>2</sup>

## 2. กฎหมายโรมัน

เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเมื่อประมาณ 753 ปีก่อนคริสตศักราช เป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในอาณาจักรโรมันซึ่งนับว่ามีความเจริญรุ่งเรืองมากในด้านกฎหมาย โดยมีระบบกฎหมายเกิดขึ้นอย่างชัดเจน ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายโรมันได้แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นกฎหมายมหาชน กับส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชน ในส่วนของกฎหมายเอกชน จากการศึกษาพบว่าได้กล่าวถึงเรื่องเช่าทรัพย์สินไว้ในคำวินิจฉัยโต๊ะทองแดง หรือกฎหมายสิบสองโต๊ะ (The Law of the Twelve Table) ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรชิ้นแรกของโรมัน ในโต๊ะที่ 12 ได้กล่าวถึงเรื่องเช่าทรัพย์สินไว้ว่า “ฟ้องขับไล่ก็ดี ฟ้องเรียกทรัพย์สินจากผู้เช่าก็ดีให้กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย” กฎหมายโรมันถือว่าสัญญาเช่าเป็นสัญญาสองฝ่ายอย่างสมบูรณ์<sup>3</sup>

ก) กฎหมายโรมันแบ่งการเช่าทรัพย์สินออกเป็น 3 ชนิด คือ

1) *Lacatio Conductio rei* (การเช่าทรัพย์สิน) คือ การที่ผู้ให้สัญญา หรือผู้ให้เช่า (*Locator*) อนุญาตให้ผู้รับสัญญาหรือผู้เช่า (*Conductor*) ใช้ทรัพย์สินซึ่งมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างได้ การเช่าทรัพย์สินชนิดนี้คล้ายคลึงกับการเช่าทรัพย์สินของไทย การเช่าทรัพย์สินชนิดนี้จะต้องมีค่าเช่าที่แน่นอน และจะต้องเป็นเงินตราเท่านั้นจะเป็นทรัพย์สินอื่นไม่ได้ ยกเว้นเฉพาะกรณีการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมอาจมีการจ่ายค่าเช่าเป็นผลผลิตที่ได้จากการเกษตรได้เท่านั้น

2) *Location Conductio operarum* (การจ้างแรงงาน) คือ การที่ผู้ให้สัญญา หรือ ผู้รับจ้าง (*Locator*) เข้าทำงานด้วยตนเองหรือให้ทาสของตนเข้าทำงานตามคำสั่งของผู้รับสัญญาหรือผู้รับจ้าง (*Conductor*) การเช่าทรัพย์สินชนิดนี้คล้ายคลึงกับ

---

<sup>2</sup> ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526), หน้า 165.

<sup>3</sup> W.W. BUCKLAND, A Manual of Roman Private Law, (London : Cambridge University Press, 1947) p. 289.

การจ้างแรงงานของไทยตามกฎหมายโรมันถือว่าการจ้างแรงงานเป็นการเช่าทรัพย์สินประเภทหนึ่ง เนื่องจากตามกฎหมายกฎหมายโรมันถือว่าทาสเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง

3) *Lacatio Conductio operis* (การจ้างทำของ) คือ การที่ผู้ให้สัญญาหรือผู้ว่าจ้าง (*Locator*) ตกลงให้ผู้รับสัญญาหรือผู้รับจ้าง (*Conductor*) เข้าดำเนินงานจนสำเร็จ<sup>4</sup>

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายโรมันไม่ได้บัญญัติในเรื่องของการเช่าช่วงไว้อย่างชัดเจนและไม่ปรากฏข้อห้ามในการห้ามเช่าช่วงไว้ แต่ให้ถือว่าการเช่าช่วงอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องเช่าทรัพย์สิน (*Lacatio Conductio rei*)

### 3. กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย

กฎหมายระบบนี้ได้รับการวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน โดยมีจุดเริ่มต้นที่ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งประมวลกฎหมายของทั้งสองประเทศถือได้ว่าเป็นที่มาของประมวลกฎหมายของหลายประเทศ เช่น ออสเตรีย อิตาลี สเปน สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น จีน และไทย เป็นต้น

จากการศึกษาประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันพบว่า ประมวลกฎหมายของทั้งสองประเทศได้บัญญัติถึงการเช่าทรัพย์สินและการเช่าช่วงไว้ดังต่อไปนี้ คือ

ก) ประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ถือว่าการเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญา 2 ฝ่าย โดยแบ่งสัญญาเช่าออกเป็น 2 ชนิด คือ *Rente Fonciere* ซึ่งวิวัฒนาการมาจากกฎหมายเก่า และ *Lease* ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญา

1) *Rente Fonciere* คือ สัญญาที่ก่อให้เกิดการจ่ายค่าตอบแทนเป็นรายปี เพื่อตอบแทนราคาสำหรับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ สัญญาชนิดนี้ไม่ก่อให้เกิดเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น หากแต่ก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นๆ ด้วย สิทธิตามสัญญาชนิดนี้มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจนำไปจำนองได้และไม่อาจไถ่ถอนได้<sup>5</sup>

<sup>4</sup> ธิติ คุ่มรักษา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 6.

<sup>5</sup> Marcel Planiol, *Treatise On The Civil Law*, Vol. 2, Part 2, translate by Louisiana State Lae institute, Louisiana : ม.ป.ท. 1939), pp.2999-3000.

2) Lease คือ สัญญาที่ผู้ให้เช่ายินยอมให้ทรัพย์สินของตนเข้าไปอยู่ใน การดูแลจัดการของผู้ซึ่งจะจ่ายค่าเช่าให้ ซึ่งเรียกว่า ผู้เช่า ภายในระยะเวลาอันจำกัดโดย สัญญาเช่าชนิดนี้ก่อให้เกิดเพียงบุคคลสิทธิภายในระยะเวลาอันจำกัด ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศส ห้ามทำสัญญาเช่ากันตลอดไป ในกรณีการเช่าสังหาริมทรัพย์กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้ เช่าไม่เกิน 99 ปี หากเป็นสัญญาเช่าตลอดชีวิตก็ไม่ให้เช่าเกิน 3 ชั่วอายุคน<sup>6</sup> ทั้งนี้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้จัดหมวดหมู่ของสัญญาเช่า (Lease) ให้อยู่ในหมวดหมู่ สัญญาแลกเปลี่ยน (Exchange) โดยระบุไว้ว่า สัญญาเช่าชนิดนี้แบ่งออกเป็น 2 ชนิด คือ Lease of Thing และ Lease of Work

ในเรื่องของการเช่าช่วงนั้น กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้จัดอยู่ในสัญญาเช่าชนิด Lease of Thing โดยได้บัญญัติไว้ในหลายมาตรา ดังนี้

มาตรา 1717 บัญญัติให้ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วงได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่ บางส่วน และไม่มีข้อยกเว้นแต่อย่างใด

มาตรา 1735 บัญญัติให้ผู้เช่าต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย หรือ สูญหายซึ่งเกิดจาก บุคคลผู้อาศัย หรือผู้เช่าช่วง แต่ผู้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายอันเกิดแต่ การใช้ทรัพย์สินนั้นโดยชอบ

มาตรา 1753 บัญญัติว่า ในกรณีมีการเช่าช่วง ผู้เช่าช่วงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อ เจ้าของทรัพย์สิน และในการขยายเวลาเช่าช่วงต่อไปผู้เช่าช่วงย่อมต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อเจ้าของ ทรัพย์สินเท่านั้นในเรื่องค่าเช่าช่วง ซึ่งผู้เช่าช่วงอาจเป็นหนี้อยู่ในเวลาทำสัญญาเช่าช่วงต่อ และ ผู้เช่าช่วงไม่อาจยกเอาการจ่ายค่าเช่าล่วงหน้าขึ้นอ้างได้

การชำระค่าเช่าล่วงหน้าโดยผู้เช่าช่วงไม่ว่าจะโดยข้อกำหนดในสัญญาเช่าช่วง หรือโดยผลแห่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่อาจยกขึ้นต่อสู้กล่าวอ้างได้<sup>7</sup>

ข) ประมวลกฎหมายของเยอรมัน ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องเช่าทรัพย์สินบัญญัติ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บรรพที่ 2 ว่าด้วยหนี้ โดยนำมาบัญญัติแยกต่างหากจาก สัญญาจ้างแรงงาน ไม่ได้รวมไว้ในเรื่องเดียวกันอย่างกฎหมายโรมัน ซึ่งกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้แยกการเช่าออกเป็น 2 ชนิด คือ Ordinary Lease และ Usufructuary Lease

1) Ordinary Lease คือ สัญญาที่ผู้ให้เช่าถูกผูกพันที่จะต้องให้ผู้เช่า

<sup>6</sup> ibid., p.1677.

<sup>7</sup> ibid., p. 69-70.

ได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่า ในระยะเวลาการเช่า และผู้เช่าถูกผูกพันที่จะจ่ายค่าเช่าที่ตกลงกันนั้นให้แก่ผู้ให้เช่า

2) Usufructuary Lease คือ สัญญาเช่าที่ผู้ให้เช่าถูกผูกพันที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่า และได้รับประโยชน์จากดอกผลของทรัพย์สินที่เช่าตลอดระยะเวลาที่ตกลงกันโดยอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของการจัดการและผู้เช่าถูกผูกพันที่จะจ่ายค่าเช่าตามที่ตกลงกัน<sup>8</sup>

ส่วนเรื่องของการเช่าช่วง กฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้หลายมาตรา ดังนี้

มาตรา 549 บัญญัติว่า “ ผู้เช่าไม่มีสิทธิให้เช่าในประโยชน์แห่งทรัพย์สินที่เช่าต่อบุคคลที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้เช่าโดยเฉพาะ กล่าวคือ ไม่มีสิทธิให้เช่าช่วง ถ้าผู้ให้เช่าไม่อนุญาตผู้เช่าอาจบอกเลิกสัญญาโดยปฏิบัติตามกฎหมายก็ได้ เว้นแต่บุคคลที่สามได้ก่อให้เกิดเหตุผลอันสำคัญขึ้น ถ้าผู้เช่ายอมโอนประโยชน์แห่งการเช่าแก่บุคคลที่สาม ผู้เช่าก็ยังต้องรับผิดชอบสำหรับเหตุที่เกิดเพราะความผิดของบุคคลนั้นในการใช้ทรัพย์สิน แม้ว่าผู้ให้เช่าจะได้ยินยอมอนุญาตสำหรับการโอนประโยชน์นั้นก็ตาม ”

มาตรา 569 บัญญัติว่า “ ถ้าผู้เช่าตาย ทายาทผู้เช่าก็ดี และผู้ให้เช่าก็ดีจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ โดยส่งคำบอกกล่าวตามกฎหมาย การส่งคำบอกกล่าวอาจจะกระทำได้ในระยะแรกซึ่งเปิดโอกาสให้ทำได้ ” (บทบัญญัติตามมาตรานี้ให้นำมาใช้บังคับกับการเช่าช่วงได้ในกรณีผู้เช่าช่วงตาย<sup>9</sup>)

ข้อสังเกต กฎหมายเยอรมันมีลักษณะคล้ายกฎหมายไทย เนื่องจากห้ามผู้เช่ามิให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าซึ่งเป็นหลักเดียวกัน

#### 4. กฎหมายระบบคอมมอนลอว์

กฎหมายระบบนี้มีใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาจากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินปรากฏว่ากฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ไม่ได้จัดเรื่องการเช่าทรัพย์สินอยู่ในประเภทหนึ่งอย่างระบบประมวลกฎหมาย แต่เป็นการพัฒนามาจากระบบศักดินา (Feudulism) ในเรื่องเกี่ยวกับการที่บุคคลมีสิทธิเหนือ

<sup>8</sup> Chung Hui Wang, The German Civil Code (Translated) (Stevens and sona Ltd., ม.ป.ป., ม.ป.ท.), p.166.

<sup>9</sup> Marcel Planiol, reatise on The Civil Law, Vol 2., 1939, P.P.70.

อสังหาริมทรัพย์ในระดับใด ปริมาณเท่าใดซึ่งอยู่ในเรื่องของ estate in land ซึ่งแยกได้เป็น 2 ชนิดด้วยกัน คือ Freehold Estate และ Leasehold Estate <sup>10</sup>

ก) Freehold Estate คือ สิทธิประโยชน์ที่ผู้ทรงมืออยู่ในอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่อาจกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดได้ อาจมีอยู่ได้ถึงตลอดชีวิตหรือตลอดไปก็ได้ ซึ่งการเช่าประเภทนี้ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์

ข) Leasehold Estate หมายถึง สิทธิประโยชน์ที่ผู้ทรงมืออยู่ในอสังหาริมทรัพย์ชนิดที่อยู่ภายใต้ Freehold Estate โดยสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมีลักษณะที่อาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขให้สิ้นสุดลงได้ เมื่อสิ้นสุดลงแล้วผู้ทรง Freehold Estate ก็จะกลับกลายมาเป็นผู้ทรงสิทธิประโยชน์เหนืออสังหาริมทรัพย์เช่นเดิมซึ่ง Leasehold Estate นั้น ถูกจัดว่าเป็นทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์

เมื่อศึกษาถึงความหมายและรายละเอียดของ Freehold Estate และ Leasehold Estate ตามกฎหมายคอมมอนลอว์แล้วจะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีมีอาจเปรียบเทียบได้กับสิทธิการเช่าของไทยได้เลย เนื่องจากทั้ง Freehold Estate และ Leasehold Estate นั้นมีลักษณะคล้ายทรัพย์สิน มีได้มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องดังเช่นสิทธิการเช่าตามกฎหมายไทย <sup>11</sup>

สำหรับกฎหมายการเช่าช่วงของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา จากการศึกษาพบว่าต่างไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องการเช่าทรัพย์สินมาใช้ในการเช่าช่วง ( The same rules apply to sub-lease as apply to lease ) <sup>12</sup>

## ข. กฎหมายไทย

### 1. สมัยสุโขทัย

สมัยสุโขทัยอันเป็นสมัยที่มีความเจริญรุ่งเรืองมากที่สุดสมัยหนึ่งของไทย

<sup>10</sup> Fillmore W. Galaty, Wellington J. Allaway, Robert c. Kyle, Modern Real Estate Practice. (New York : Long Man Group, 1985), pp. 84-85.

<sup>11</sup> ธิติ คุ่มรักษา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 9-10.

<sup>12</sup> R.E. Megarry and H.W.R. Wade, The Law of Real property. (London Steven & Son Ltd.), p. 645.

เนื่องจากการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศ จากการศึกษาพบว่าในสมัยสุโขทัยนี้มีการตรากฎหมายไว้หลายเรื่อง ดังที่พบเห็นในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหง และมังรายศาสตร์ซึ่งอยู่ในอาณาจักรสุโขทัยเมื่อประมาณ พ.ศ.1835<sup>13</sup> ส่วนเรื่องเช่าทรัพย์สินแม้ไม่ได้มีการจารึกไว้ในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงอย่างชัดเจน แต่พอจะน่าเชื่อได้ว่ามีการตรากฎหมายในลักษณะนี้เกิดขึ้นในสมัยสุโขทัยเช่นกัน ทั้งนี้จากการศึกษามังรายศาสตร์พบว่า มีบางตอนที่กล่าวถึงการเช่าทรัพย์สิน ดังจะเห็นได้ต่อไปนี้ คือ

“ มาตราหนึ่ง ผู้ใดเช่าวัวควายทำนาทำนา วัวควายฝึกดีแล้ว ค่าเช่า ตัวละ 13 เงิน วัวฝึกใหม่ยังไม่ทันเป็น เงินค่าเช่าตัวละ 11-12 เงิน ค่าเช่าควายตัวละ 12 เงิน ควายฝึกใหม่ตัวละ 3 เงิน ผิดดูแลวัวควายทำนาไม่ดี โจรลักสัตว์ไป ตีราคาวัวตัวละ 120 เงิน ใช้ 2 ตัว ตีราคาควายตัวละ 130 เงิน ใช้ 2 ตัว วัวฝึกใหม่ตัวละ 62 เงิน ใช้ 2 ตัว ควายฝึกใหม่ตัวละ 72 เงิน ใช้ 2 ตัว ผิดดูแลปล่อยไว้ไม่เลี้ยงดู ให้เดินไปที่ป่าเสือ เสือกิน รุกัดตาย ให้ชดใช้เช่นเดียวกับที่กล่าวมาแล้ว ผิดโจรฆ่าแต่ไม่ทันกินเนื้อให้เนื้อไว้กับผู้เช่าตีราคาวัวตัวละ 120 เงิน ใช้ 2 ตัว ควายตัวละ 130 เงิน ใช้ 2 ตัว ที่กล่าวมาแล้วนี้ว่าด้วยวัวควายที่ฝึกดีแล้ว ผิดวัวควายยังฝึกไม่ดีตีราคา 62 เงิน 72 เงิน ใช้ 2 ตัว ควายฝึกใหม่ตัวละ 72 เงิน ”<sup>14</sup>

จะเห็นได้ว่าในมังรายศาสตร์ได้กล่าวถึงเรื่องเช่าไว้เท่านั้น แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่ตัดปัญหาในทางปฏิบัติโดยจะบอกลักษณะและราคาไว้โดยละเอียดไม่ใช่ให้ ผู้เสียหายเรียกร้องและนำสืบความเสียหายอย่างในสมัยนี้<sup>15</sup> และไม่พบว่า มีบทบัญญัติในเรื่องของเช่าช่วงไว้ชัดเจน

## 2. สมัยกรุงศรีอยุธยา

พบว่า มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องเช่าทรัพย์สินไว้เช่นเดียวกันดังปรากฏในบทที่ 46 - 48 และบทที่ 73 - 78 ของพระอัยการเบ็ดเสร็จ ซึ่งอยู่ในกฎหมายตราสามดวงที่ได้รวบรวมขึ้นใหม่ โดยได้กล่าวถึงเรื่องการเช่าบ้านเรือน ไร่นา เรือสำเภา เรือสำเภา เรือแพ

<sup>13</sup> สุธิวาทนฤพุมิ, หลวง, ประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร : อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพหลวงสุธิวาทนฤพุมิ, 2529), หน้า 21.

<sup>14</sup> ประเสริฐ อนุสรณ์, มังรายศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพหลวงโศทรกิตยานุพัทธ์(อาสา โศทรกิตย), 2514), หน้า 124-125.

<sup>15</sup> สุธิวาทนฤพุมิ, หลวง, ประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท, หน้า 404.

สัตว์พาหนะ เป็นต้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

#### การเช่าบ้านเรือน

“ มาตรการหนึ่ง (บทที่ 46) เช่าที่บ้านหรือเรือนท่านอยู่ ถ้าถึงขวบหนึ่งก็ดี สองขวบก็ดีให้เจ้าของบ้านหรือที่ว่าแก่ผู้เช่าที่นั่น ถ้าแลละเลยไว้พันขวบหนึ่ง สองขวบแล้ว แลเจ้าที่เจ้าบ้านมิได้ตัดเดือนพัน สมขวบไปแล้ว ให้เอาค่าเช่ากึ่งหนึ่ง และที่นั่นให้คงแก่ผู้เช่าแล ”

#### การเช่าไร่นา

“ มาตรการหนึ่ง (บทที่ 47) ผู้ใดเช่าที่ไร่หรือนาว่าจะทำกินแลให้ค่าเช่าแก่เจ้าของนั้นแล้ว เมื่อถึงเทศการจะทำงานยังไปมิได้ทำนา ถ้าเจ้านาเอานาไปให้ผู้อื่นเช่าเล่าควรให้เรียกเอาค่าเช่านานั้นคืนเป็นทวีคูณ ถ้าหาฝนมิได้ผู้เช่ามิได้ทำ ผู้เช่านาจะคืนเอาค่านานั้นมิได้ เมื่อมีฝนพายุหน้าจึงให้ทำ เพราะเหตุทำนานั้นเอาฝนเป็นประมาณ ”

“ มาตรการหนึ่ง (บทที่ 48) ผู้ใดทำหนังสือสัญญาเอกสารเช่า ถิ่นที่ไร่หรือ นา เรือกสวนจะให้ทรัพย์สินใดแก่ท่าน ครั้นถึงสัญญามิได้ให้แก่ท่านๆ ให้เรียกหาออกมาถ้าต่อสูเจ้าที่ไร่ หรือที่นา เรือกสวนเมื่อพิจารณาเป็นสัจว่าเช่าถิ่นที่ไร่ ที่นา เรือกสวนของท่านจริง มิได้ให้แก่ ท่านตามสัญญา ท่านว่าให้เอาทรัพย์สินซึ่งสัญญาว่าจะให้แก่ท่านนั้นตั้งใหม่ทวีคูณ ยกค่าเช่าให้แก่เจ้าของ เหลือนั้นเป็นสินไหมหรือพิไนยก็ง ”

#### การเช่าเรือสำเภา เรือแพ

“ มาตรการหนึ่ง (บทที่ 73) ถ้าลูกค้าวาณิชต่างประเทศ ... เช่าสำเภานาวาแก่กัน ไปค้าขายยังประเทศอันใด ... แลสำเภาดองพายุแลเสากระโดงหักแล ... แลอัปปรางแตกเสีย... แลไปกลางซาลสลัดดีเอาไปก็ดี ... แลอสุนีตกต้องสำเภาก็ดี ... แลเพลิงไหม้หอบลามมาไหม้ สำเภาก็ดี ท่านว่าเป็นกาลกำหนดอายุสำเภานั้น ... จะเอาค่าเช่าสำเภากันมิได้ ... และ นายสำเภากะทำให้เป็นเหตุเพลิง จึงเกิดไหม้สำเภาศือสิ่งของผู้เช่าด้วย ท่านว่าให้ผู้เช่านั้น ใช้ค่าสำเภา ถ้าสิ่งของผู้เช่ามิได้เสียท่านว่าให้ผู้เช่าเสียทั้งค่าเช่าให้แก่ท่านด้วย

อนึ่ง ถ้าลูกค้าข้าขอบขัณฑสีมาเช่าเรือ แพนาวาแก่กัน แลโจรลักก็ดีสูญหลุดหาย ไปก็ดี ท่านว่าจะเอาทั้งค่าเช่าค่าเรือมิได้ ถ้าค่าเรือมากให้เอาแต่ค่าเรือ ถ้าค่าเช่ามากให้เอาแต่ค่าเช่า ”

---

<sup>16</sup> กฎหมายตราสามดวง, เล่ม 3, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว), หน้า 117.



“ มาตราหนึ่ง (บทที่ 74) ผู้ใดเช่าเรือท่านไปว่าจะให้ค่าเช่า แก่ท่านแลเอาเรือ ท่านไปถึงท่าเรือที่จะไปนั้น อยู่มาเรือนั้นหาย เจ้าของเรือจะทวงเอาเรือแลค่าเช่านั้น ควรให้ผู้เช่าใช้ค่าเรือแลค่าเช่านั้น ควรให้คิดให้แต่ในวันหรือในคืน เรื่อยังมิได้หายนั้นแลเมื่อเรือหาย แล้วนั้น ค่าเช่าเอามิได้เลย ”

“ มาตราหนึ่ง (บทที่ 78) ให้ทาสท่านเช่าหรือยืมเรือ มิได้ถาพนายเงินมัดตั้งนั้น ท่านว่าผู้ให้เช่าหรือยืมนั้นมิชอบ ถ้าทาสท่านหนีแลนายเงินนั้นได้ตัวคืนมาแลได้เรือนั้นมาด้วย ให้ส่งเรือให้แก่เจ้าเรือนั้น ค่าเช่าเรือนั้นเอามิได้เลย ถ้าแลได้แต่ทาสเรือมิได้ เป็นบาปเคราะห์ แก่เจ้าของเรือแลมิให้ทาสนั้นใช้ ส่วนนายเงินจะเอาเบี้ยป่วยการแก่เจ้าเรือก็มีได้ เพราะทาส นั้นนายเงินไป ถ้ามีผู้ประกันให้เจ้าเรือแลนายเงินว่าเอาแก่ผู้ประกันนั้น ถ้าได้ตัวมัดว่าเจ้าเรือ ช่วยตกหรือแต่งเรือภายหลังให้แก่กำลังแก่มันเต็มใจ ให้มันหนีถ้าเป็นสัจให้ใหม่ในรางวัล สั่งสอนให้ทาสท่านหนี ”

#### การเช่าสัตว์พาหนะ<sup>17</sup>

“ มาตราหนึ่ง (บทที่ 75) ผู้ใดเช่าช้างม้า โคกระบือ เกวียน ท่านไปสถานทาง ทางไกลและเจ้าช้างม้า โค กระบือ เจ้าเกวียนรับเอาเงินค่าเช่าแก่ท่านแล้ว ผู้เช่านั้นเอาไปถึง สถานที่ใดแล้วช้างหรือม้า โคกระบือเกวียนเกิดอุบัติเหตุตาย แดกหักประเดิดก็ดี ถ้าพิจารณา เป็นสัจ ท่านมิใช้ผู้เช่านั้นใช้เลย ท่านให้เจ้าของคิดเอาค่าเช่านั้นจงเดิมเพราะว่า เป็นบาป เคราะห์ด้วยกัน”

“ มาตราหนึ่ง (บทที่ 76) ถ้าเช่าหรือยืม เจ้าของสรรพช้างม้า โคกระบือ เรือ เกวียน ผ้าผ่อน ให้เจ้าของและผู้เช่าหรือยืม ดูจงเห็นดีเห็นร้ายด้วยกันแล้วจึงเอาไป ถ้าของท่านเป็นอันตราย ให้แบ่งเป็น 3 ส่วนให้ผู้เช่าหรือยืมใช้ 2 ส่วน เพราะเจ้าของและผู้เช่าหรือ ผู้ยืมหาค่าหนีมิได้ ”

“ มาตราหนึ่ง (บทที่ 77) ผู้ใดเช่าหรือยืม เจ้าของสรรพช้าง ม้า วัว ควาย ผ้าผ่อน ของท่านไปมิได้คืนให้แก่ท่าน ท่านให้เรียกหาพิจารณาฉิรับว่าได้เช่าหรือยืม เมื่อ พิจารณาเป็นสัจว่าเช่าหรือยืมของท่านจริง ควรให้เอาค่าของซึ่งเช่าหรือยืมนั้นตั้งใหม่ทวีคูณ ถ้าท่านมิได้เช่าหรือยืม แล้วเช่าหรือยืมควรให้ใหม่เอาเท่าทรัพย์ซึ่งว่าอยู่แก่ท่านนั้น ”

ต่อมาใน พ.ศ.2472 เมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ ได้บัญญัติการเช่าทรัพย์ไว้ใน บรรพที่ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ตั้งแต่มาตรา 537 -

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 118-119.

## มาตรา 571

เมื่อพิจารณาด้านร่างของบทบัญญัติการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พบว่า เดิมกฎหมายว่าด้วยเช่าทรัพย์สินของไทยได้ถูกร่างขึ้นเป็นภาษาอังกฤษก่อน และเพิ่งจะได้รับการแปลเป็นภาษาไทยและประกาศใช้ภายหลัง ด้านร่างภาษาอังกฤษฉบับแรกของกฎหมายว่าด้วยเช่าทรัพย์สินนั้นมีลักษณะการจัดหมวดหมู่คล้ายกฎหมายโรมันมากกว่าที่จะคล้ายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>18</sup> ส่วนการเช่าช่วง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาเรื่องเช่าทรัพย์สินแสดงให้เห็นว่า การเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายเช่าทรัพย์สินตั้งแต่ มาตรา 537 - มาตรา 571 ใช้บังคับแก่การเช่าช่วงด้วย

จากการศึกษาที่มาของกฎหมายเช่าทรัพย์สินและเช่าช่วงพบว่า กฎหมายต่างประเทศได้มีการนำเรื่องเช่าทรัพย์สินและการเช่าช่วงมาใช้โดยเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยโรมันและวิวัฒนาการมาตลอดจนถึงปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยการเช่าทรัพย์สินและการเช่าช่วงนี้ได้มีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยและมีการวิวัฒนาการมาเรื่อยๆ จนถึงปัจจุบัน ซึ่งได้บัญญัติเรื่องการเช่าทรัพย์สินไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา ลักษณะ 4 ว่าด้วย เช่าทรัพย์สิน โดยได้กล่าว ถึงการเช่าช่วงไว้เพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 544 และมาตรา 545 เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดที่จะบัญญัติถึงเรื่องการเช่าช่วงไว้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะเลย ทั้งนี้จากการศึกษาพบแต่เพียงว่าให้นำบทบัญญัติของการเช่าทรัพย์สินมาใช้ในเรื่องการเช่าช่วงด้วยเท่านั้น

## 2.2 ความหมายของการเช่าช่วง

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศไม่พบว่ามีกฎหมายใดให้ความหมาย หรือบทวิเคราะห์ศัพท์ของคำว่า“การเช่าช่วง” ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการใช้แก้ไข

---

<sup>18</sup> ธิติ คุ่มรักษา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 17-18

ปัญหากฎหมายที่จะเกิดขึ้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของคู่สัญญา สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา จึงต้องอาศัยความคิดเห็นของนักกฎหมาย คำพิพากษา และคำอธิบายในหนังสือกฎหมาย ต่าง ๆ เป็นพื้นฐานของการวิเคราะห์ศัพท์

สำหรับกฎหมายของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ไม่ได้บัญญัติ บทวิเคราะห์ศัพท์ของ คำว่า “การเช่าช่วง” ไว้ จึงจำเป็นต้องอาศัยแนวความคิดของ นักกฎหมาย คำพิพากษาศาฎีกา เป็นหลัก ซึ่งพอสรุปได้ดังต่อไปนี้

“เช่าช่วง ได้แก่ การที่ผู้เช่าเอาทรัพย์สินซึ่งตนได้เช่าไปให้ผู้อื่นเช่าอีกทอดหนึ่ง ผู้โอนนั้นได้ชื่อว่าเป็นผู้เช่าช่วง”<sup>19</sup>

“การเช่าช่วง หมายความว่า ผู้เช่า เช่าทรัพย์สินมาแล้วเอาไปให้บุคคลอื่นเช่า ต่ออีก”<sup>20</sup>

“ให้เช่าช่วง หมายถึง การที่ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่านั้นไปให้บุคคลที่สามเช่า อีกทอดหนึ่ง”<sup>21</sup>

“การเช่าช่วง หมายความว่า การที่ผู้เช่าทรัพย์สินเอาทรัพย์สินที่เช่านั้นไปให้ บุคคลอื่น (ซึ่งต้องมีใช้ผู้เช่าเดิม) เช่าต่ออีกทอดหนึ่งนั่นเอง”<sup>22</sup>

“การเช่าช่วง คือ การที่ผู้เช่าเอาทรัพย์สินที่ตนเช่ามาจากผู้ให้เช่าไปให้ผู้อื่น เช่าต่อ”<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> สัตถ์ชัย สัจจวานิชย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่า ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2512), หน้า 64.

<sup>20</sup> วิริยะ เกิดศิริ, บรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย เอกเทศสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511), หน้า 74.

<sup>21</sup> มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย เช่าทรัพย์สิน ฯ, หน้า 68.

<sup>22</sup> เสียง ตวีวิมล, “เรื่องเช่าช่วง”, บทบัญญัติ, 20 (2505): 537.

<sup>23</sup> สำเรียง เมฆเกรียงไกร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย เช่าทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 290.

“ เข้าช่วง ได้แก่ การที่ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าไปให้บุคคลอื่นเช่าอีกทอดหนึ่ง ” <sup>24</sup>

### 2.3 บ่อเกิดของสัญญาเช่าช่วง

เนื่องจากสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป การทำสัญญาเช่าช่วงจึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 537- 571 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ รวมทั้งบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมตามมาตรา 112-155 บทบัญญัติเรื่องสัญญาตามมาตรา 354-394 มาใช้กับสัญญาเช่าช่วงได้เท่าที่ไม่ขัดกับบทเฉพาะและสภาพของสัญญาเช่าช่วงเอง ในมาตรา 544-545

ตามบทบัญญัติมาตรา 544 จะเห็นได้ว่า สัญญาเช่าช่วงโดยชอบเกิดขึ้นได้จากความยินยอมของผู้ให้เช่า ซึ่งความหมายและหลักความยินยอมนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ชัดเจน จากการศึกษาในเรื่อง “หลักความยินยอม” พบว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งหลายประเทศได้ยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายในการบัญญัติกฎหมายของตน เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่น่าหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บัญญัติในกฎหมายแพ่งด้วย โดยเฉพาะในการบัญญัติกฎหมายแพ่งนั้นจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิด ชื่อชาย ตัวแทนเช่าทรัพย์สินเช่าชื่อ ฯลฯ เป็นต้น

“หลักความยินยอม” <sup>25</sup> (Volenti non fit injuria) หมายถึง หลักความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด (In law no wrong is done to a man who consent to undergo it) ซึ่งตามกฎหมายของต่างประเทศได้ยอมรับหลักกฎหมายนี้โดยถือว่าเมื่อมีความยินยอมของผู้เสียหายแล้วก็ยอมไม่เป็นละเมิด เมื่อไม่มีความเสียหายจึงไม่มีความผิดทางแพ่ง เช่น

<sup>24</sup> พงษ์รัตน์ เกรือกลิ้น, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน ๕, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2532), หน้า 10.

<sup>25</sup> ประพิน ปรัชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 111

### ก. กฎหมายแพ่งของอเมริกา <sup>26</sup>

นักนิติศาสตร์ของอเมริกาได้ให้ความเห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมเป็นข้อแก้ตัวได้ในฟ้องเรื่องการรบกวนโดยเจตนาต่อบุคคลหรือทรัพย์สินโดยถือหลักเบื้องต้นของกฎหมาย Common Law ที่ว่า “Volenti non fit injuria on who consent no wrong is done” โดยถือหลักว่า เมื่อเขายินยอมแล้วก็ไม่เป็นละเมิดซึ่งศาลถือว่า ความยินยอมไม่ใช่เป็นกรณีของการปกครองระหว่างบิดาที่มีต่อบุตร ดังนั้น เมื่อเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชน ศาลก็จะปล่อยให้เอกชนทำตามความประสงค์ของเขาและไม่ป้องกันเขาจากความโง่เขลาของเขาที่ยอมให้คนอื่นทำความเสียหายแก่เขา

### ข. กฎหมายแพ่งของอังกฤษ

นักนิติศาสตร์ของอังกฤษได้อธิบายว่า มันเป็นข้อต่อสู้ที่ดีสำหรับการฟ้องคดีแพ่งในทางละเมิดที่ว่า เป็นการกระทำซึ่งได้รับความยินยอมจากโจทก์ หรือโดยที่โจทก์สมัครใจด้วยรู้ถึงสภาพและขอบเขตของการเสี่ยงภัยอย่างแท้จริง และได้ยินยอมโดยปริยายให้มันเกิดขึ้นโดยหลักสุภาษิตที่ว่า “Volenti non fit injuria”

### ค. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นักนิติศาสตร์ของไทยได้อธิบายว่า แนวกฎหมายแพ่งของไทยถือตามหลักสุภาษิตกฎหมายเอกชน “Volenti non fit injuria” โดยถือหลักว่า “ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมายจึงถือว่า ผู้ที่ให้ความยินยอมนั้นไม่ได้รับความเสียหายจึงไม่เป็นละเมิด” <sup>27</sup>

นอกจากนี้ยังมีนักนิติศาสตร์ <sup>28</sup> ได้อธิบายอีกว่า หลักในกฎหมายแพ่งถือว่า องค์ประกอบอันหนึ่งของความสมบูรณ์แห่งสัญญา คือ ความยินยอมของคู่สัญญาซึ่งมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมอยู่ข้อหนึ่ง คือ Volenti non fit injuria ซึ่งหมายความว่า การใดที่ยินยอมให้กระทำโดยแจ้งหรือโดยปริยายย่อมไม่สามารถจะนำมาฟ้องร้องว่าเป็นการละเมิดได้ และตนยอมไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลบังคับตามสิทธิที่ตนได้สละหรือละทิ้งไปแล้ว

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>27</sup> พจน ฤษปะปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 55.

<sup>28</sup> อุดล วิเชียรเจริญ, “ความยินยอมในกฎหมายระหว่างประเทศ,” วารสารธรรมศาสตร์ 1(มกราคม 2505): 100.

ซึ่งจากการศึกษาในหลักของนิติกรรมและสัญญาพบว่าหลักการที่สนับสนุนหลักที่ว่า ความยินยอมก่อให้เกิดความสมบูรณ์แห่งสัญญา กล่าวคือ<sup>29</sup> ในศตวรรษที่ 2 ได้มีการรวบรวมการตกลงทำสัญญาออกเป็น 4 กลุ่ม โดยขึ้นอยู่กับว่าหนี้ (obligatio) นั้น จะเกิดจากตัวทรัพย์สิน (res), เกิดจากคำพูดปากเปล่า(verbis), เกิดจากลายลักษณ์อักษร(litteris) หรือเกิดจากความยินยอม(consensus) สำหรับสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม(Contracti consensuali) ซึ่งสมบูรณ์แต่เพียงโดยความยินยอมต่อกันเท่านั้น และไม่ต้องทำตามแบบ (เช่น สัญญาซื้อขาย, สัญญาเช่าทรัพย์สิน, สัญญาตัวแทน ฯลฯ เป็นต้น)

หลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมาย แยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>30</sup>

1. การให้ความยินยอม
2. ขอบเขตของความยินยอม
3. ความยินยอมต้องให้เมื่อใด

1. การให้ความยินยอม แบ่งพิจารณาได้ดังนี้

ก) การให้ความยินยอมโดยตรง

ตามคำอธิบายกฎหมายละเมิดของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกันได้ให้ความหมายไว้ว่า ได้แก่การกล่าวโดยวาจา หรือโดยการแสดงกิริยา ซึ่งประสงค์แสดงความเต็มใจยอมให้กระทำการรุกราน หรือประทุษร้าย และผู้ถูกระทุษร้ายต่อสิทธิหรือประโยชน์ของตนได้เข้าใจเช่นนั้น

Williams L. Prosser ได้อธิบายว่า ความยินยอมโดยตรงอาจจะได้มาโดยการพูดด้วยวาจา หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

ข) การให้ความยินยอมโดยปริยาย

ตามคำอธิบายกฎหมายละเมิดของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน ได้อธิบายไว้ว่า ได้แก่

---

<sup>29</sup> จำปี โสทธิพันธ์, หลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทธรรมสาร จำกัด), หน้า 198.

<sup>30</sup> ประพิน ประชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา,” หน้า 8-13.

การกล่าวโดยวาจาหรือแสดงกิริยาซึ่งมิได้แสดงออกชัดแจ้งถึงความสมัครใจ แต่วิญญาณชนเข้าใจว่ายินยอมและผู้กระทำก็เข้าใจยินยอมเช่นเดียวกัน

William L. Prosser ได้ให้คำอธิบายความยินยอมโดยปริยายไว้ว่า ความยินยอมโดยปริยายอาจจะเป็นการแสดงโดยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งบุคคลธรรมดาควรจะมีการกระทำนั้น

จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ความยินยอมสามารถกระทำได้โดยตรงและโดยปริยาย ทั้งยังกระทำได้โดยวาจาและลายลักษณ์อักษร ซึ่งในเรื่องของความยินยอมในการให้เช่าช่วงนี้ ไม่ได้กำหนดแบบของการให้ความยินยอมไว้ จึงต้องอาศัยคำพิพากษาฎีกาซึ่งได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวจึงทำให้เห็นว่า ความยินยอมนี้สามารถกระทำได้ทั้งลายลักษณ์อักษรและวาจาโดยขึ้นอยู่กับการแสดงเจตนาของผู้ให้เช่าว่าเป็นเช่นไร โดยตกลงไว้ในสัญญาเช่า เช่น ถ้าผู้ให้เช่าต้องการจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร การเช่าช่วงก็ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 299/2501) หรือในกรณีที่ผู้ให้เช่าได้ตกลงในสัญญาเช่าว่า ต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน แต่ต่อมาภายหลังผู้ให้เช่าอนุญาตด้วยวาจาก็ถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม (คำพิพากษาฎีกาที่ 335/2521, 558/2500) ก็ถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมทั้งสิ้น อันมีผลให้เป็นสัญญาเช่าช่วงโดยชอบ

## 2. ขอบเขตของความยินยอม

เมื่อความยินยอมเป็นการแสดงถึงเจตนาของผู้ให้เช่าที่จะให้มีการเช่าช่วงได้นั้น ความยินยอมดังกล่าวจะมีขอบเขตเพียงไรนั้นจะเห็นได้จากข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในสัญญาเช่า ซึ่งความหมายของขอบเขตของความยินยอมนี้มีความหมายว่า เป็นกรณีที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมสำหรับกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีขอบเขตไว้ ซึ่งถ้าเกินขอบเขตนั้นถือได้ไม่ถือว่ามีความยินยอม<sup>31</sup>

## 3. การให้ความยินยอมจะให้ได้เมื่อใด

อาจารย์พจน์ ปุษปาคม ได้อธิบายว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวใน

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

ทางแพ่งจะต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด(คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508) และไม่จำเป็นต้องให้ในขณะประทุษร้าย ความยินยอมอาจจะให้โดยตรงหรือโดยปริยายไว้ก่อนการประทุษร้ายก็ได้<sup>32</sup>

หลวงประสาธศุภนิติ ได้ให้ความเห็นว่า การตกลงให้เช่าช่วงได้นั้นอาจจะตกลงกันในภายหลังก็ได้<sup>33</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 544 ประกอบกับหลักความยินยอมดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมเป็นบ่อเกิดของการเช่าช่วงโดยชอบ ทั้งนี้เพราะสัญญาเช่าช่วงเกิดเป็นสัญญาเช่าโดยสมบูรณ์เมื่อกระทำตามหลักว่าด้วยเรื่องนิติกรรม สัญญา และเช่าทรัพย์สิน แต่จะเป็นสัญญาเช่าช่วงโดยชอบหรือไม่ขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้ให้เช่า หากผู้ให้เช่าได้ให้ความยินยอมสัญญาเช่าช่วงนั้นก็จะเป็นสัญญาเช่าช่วงโดยชอบ มีผลทำให้ผู้เช่าช่วงมีฐานะเป็นผู้เช่าคนหนึ่ง(คำพิพากษาฎีกาที่ 1984/2494)ไม่ใช่บริวารของผู้เช่า

## 2.4 ลักษณะของสัญญาเช่าช่วง

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้วพบว่า ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเช่าช่วงไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักเกณฑ์ต่างๆ จึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องของการเช่าทรัพย์สิน จึงทำให้สัญญาเช่าช่วงมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาเช่า แต่อาจมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันในบางกรณี ดังจะได้ศึกษาในสาระสำคัญของสัญญาเช่าช่วงได้ ดังต่อไปนี้

1. เป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง
2. เป็นสัญญาสองฝ่าย

---

<sup>32</sup> พจนี ปุษาปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, หน้า 39,55.

<sup>33</sup> หลวงประสาธศุภนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2, (ม.ป.ท.), 2475, หน้า 52.



3. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นทรัพย์สิน
4. เป็นสัญญาต่างตอบแทน
5. เป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์
6. เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ์
7. เป็นสัญญาที่มีระยะเวลาอันจำกัด
8. เป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าช่วงเป็นสำคัญ

### 1. เป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง

สัญญาเช่าช่วงถือเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งสัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งที่ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา อันเป็นสัญญาที่กฎหมายได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้มีชื่อโดยเฉพาะ ทั้งยังเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ชัดเจนแน่นอนเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อ ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ เป็นต้น

การเช่าช่วงต้องมีสัญญาเช่าเดิมเกิดขึ้นอยู่ก่อนแล้วและเกิดเป็นสัญญาเช่าช่วงในภายหลัง ลักษณะดังกล่าวคล้ายกับสัญญาอุปกรณซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยอาศัยสัญญาอื่นและเป็นสัญญาที่ต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตนเองและยังขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตกเป็นอุปกรณด้วย<sup>34</sup> เช่น สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ เป็นต้น แต่ต่างกันว่าสัญญาเช่าช่วงมีความสมบูรณ์เป็นสัญญาเช่าในตัวเองอยู่แล้ว จึงไม่ต้องอาศัยความสมบูรณ์ของสัญญาเช่าเดิมอย่างสัญญาอุปกรณแต่อย่างใด ทั้งนี้เมื่อสัญญาเช่าเดิมระงับจึงไม่มีผลทำให้สัญญาเช่าช่วงระงับไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาเช่าช่วงเป็น“สัญญาเคียงคู่” กับสัญญาเช่าเดิมก็ย่อมได้

ดังนั้น การที่ผู้เช่าเช่าทรัพย์สินมาแล้วนำมาให้เช่าช่วงต่อมาก็ถือหนึ่งนั้นสัญญาเช่าเดิมยังมีอยู่ไม่ระงับในขณะที่เดียวกันก็มีสัญญาเช่าช่วงอยู่ จึงเท่ากับมีสองสัญญาในเวลาเดียวกัน พึงเข้าใจว่า นำทรัพย์สินที่เช่านั้นมาให้เช่าช่วงทอดเดียวเท่านั้น ถ้านำทรัพย์สินที่เช่ามา

<sup>34</sup> ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร : เอราวิถการพิมพ์, 2517), หน้า 476.

ให้เข้าช่วงต่อมาอีกหลายทอดก็จะมีสัญญาเช่าในเวลาเดียวกันหลายสัญญาตามแต่กรณี<sup>35</sup>

จากการกล่าวว่สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเคียงคู่กันในเวลาเดียวกันกับสัญญาเช่าเดิม พิจารณาลักษณะได้ดังนี้ คือ

- ก. มีสัญญาเช่าทรัพย์สินเดิมระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าอยู่
- ข. มีสัญญาเช่าช่วงทรัพย์สินซึ่งเช่ามานั้นระหว่างผู้เช่าเดิม(ผู้ให้เช่าช่วง) กับผู้เช่าช่วงในขณะเดียวกันนั้น

จากลักษณะของสัญญาเช่าช่วง ทำให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาของสัญญาเช่าทรัพย์สินและเช่าช่วงนี้ คือ “ผู้ให้เช่า” ที่อยู่ในฐานะ “ผู้เช่า” ในสัญญาเช่าทรัพย์สินและมีนิติสัมพันธ์ในฐานะ “ผู้ให้เช่าช่วง” ในสัญญาเช่าช่วง แต่ความสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้ให้เช่า” กับ “ผู้เช่าช่วง” นั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เลย เพียงแต่บัญญัติให้ผู้เช่าช่วงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อผู้ให้เช่าเดิม ตามมาตรา 545 ที่บัญญัติว่า “ ถ้าผู้เช่าเอาทรัพย์สินซึ่งตนเช่าไปให้ผู้อื่นเช่าช่วงอีกทอดหนึ่งโดยชอบ ท่านว่าผู้เช่าช่วงย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าเดิมโดยตรง ... ” ทั้งที่ไม่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน อีกทั้งกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติความผิดของผู้ให้เช่าเดิมว่ามีต่อผู้เช่าช่วงอย่างใดด้วย จึงเท่ากับว่าผู้เช่าเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้เช่าเดิมเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในเรื่องความรับผิดชอบของผู้เช่าช่วงต่อไป

2. เป็นสัญญาสองฝ่าย

- ก) คู่สัญญา
  - 1) ผู้ให้เช่าช่วง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่งดังนั้นจึงต้องอาศัยบทบัญญัติของเช่าทรัพย์สินมาพิจารณาในเรื่องสัญญาเช่าช่วงด้วย ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 บัญญัติว่า “อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น”

<sup>35</sup> ประมูล สรรก่าเนิต, “เช่าช่วง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ทางกฎหมาย บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 8.

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าผู้ให้เช่า หรือผู้ให้เช่าช่วง จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เช่าแต่อย่างใด<sup>36</sup> (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 410/2515, 1211/2515, 2152-2167/2521) ซึ่งต่างกับเอกเทศสัญญาอื่นที่บัญญัติให้ผู้ให้เช่าสัญญาต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น เช่น สัญญาเช่าซื้อ มาตรา 572 บัญญัติว่า “อันว่าเช่าซื้อนั้น คือ สัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า ....” สัญญาซื้อขาย มาตรา 453 บัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ผู้ซื้อ” ซึ่งแสดงโดยนัยว่าผู้ขายจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งซื้อขายกัน เป็นต้น

อย่างไรก็ดีผู้ให้เช่าช่วง(ผู้เช่า)จะต้องมีอำนาจที่จะนำทรัพย์สินที่เช่าออกให้เช่าช่วงได้ ดังบทบัญญัติมาตรา 544 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งเช่านั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วง .... ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า” ซึ่งหมายความว่าผู้ให้เช่าช่วง(ผู้เช่า) มีอำนาจที่จะนำทรัพย์สินที่เช่าออกให้เช่าช่วงได้ต่อเมื่อผู้ให้เช่าเดิมได้มีข้อตกลงโดยความยินยอมให้เช่าช่วงได้ โดยตกลงกันไว้ในสัญญาเช่า ซึ่งอาจจะเป็นการยินยอมโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น ในสัญญาเช่าระบุว่า “ผู้เช่าต้องไม่นำอาคารที่เช่าทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดไปโอนให้เช่าช่วง หรือมอบให้ผู้อื่นเช่าอยู่แทนโดยเด็ดขาด เว้นแต่ จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าเป็นลายลักษณ์อักษร” เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ที่มีอำนาจให้เช่าช่วงได้นั้นย่อมเป็นผู้ที่มีสิทธิที่จะให้เช่าช่วงได้ภายในระยะเวลาที่ตนมีสิทธิอยู่ตามสัญญาเช่าเดิมเท่านั้น ไม่มีอำนาจให้เช่าเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้

สำหรับผู้ให้เช่าช่วงนั้นนอกจากจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังจะต้องมีความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยความสามารถอีกด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน และนอกจากนี้หากเป็นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปี ยังจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1574(5) อีกด้วย หากผู้ให้เช่าช่วงเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ไม่อาจกระทำการเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดนานกว่าสามปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 35(9) เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์เสียก่อน

<sup>36</sup> มาตรา 5 ของร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. .... บัญญัติว่า “ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น”

## 2) ผู้เช่าช่วง

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย เช่าทรัพย์ นั้น ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติไว้โดยเฉพาะ แต่เนื่องจากสัญญาเช่าช่วงเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา มาใช้บังคับด้วย โดยเฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความสามารถ กล่าวโดยเฉพาะ คือ ถ้า ผู้เยาว์เป็นผู้เช่าช่วงจะต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 21 และหากผู้เสมือนไร้ความสามารถเป็นผู้เช่าช่วงและเป็น การเช่าอสังหาริมทรัพย์นานกว่าสามปี จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อนตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 34(5)

### ข) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เช่าช่วงกับผู้เช่าช่วง

ภายใต้บทบัญญัติของสัญญาเช่ามาตรา 537 ประกอบกับมาตรา 544 แสดงให้เห็นว่า สัญญาเช่าช่วงเกิดเป็นสัญญาเช่าขึ้น ทำให้ผู้ให้เช่าช่วงกับผู้เช่าช่วงมีความผูกพันกัน ตามสัญญากันเยี่ยงผู้ให้เช่ากับผู้เช่า โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะเป็นสัญญาเช่าช่วงโดยชอบหรือไม่ และคู่สัญญาย่อมต้องมีสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างกันตามมาตรา 546- 563 เยี่ยงผู้เช่าและผู้ให้เช่าด้วย

### ค) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เช่าเดิมกับผู้เช่าช่วง

โดยที่สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจเข้าทำสัญญาเช่าช่วงกันระหว่างผู้ให้เช่าช่วง(ผู้เช่า) กับผู้เช่าช่วง เท่านั้น แม้ว่าสัญญาเช่าช่วงจะถือเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่ง แต่ก็มิได้หมายความว่าผู้ให้เช่าเดิมจะมีนิติสัมพันธ์ต่อผู้เช่าช่วงด้วย เพราะสัญญาเช่าเดิมกับสัญญาเช่าช่วงเป็นคนละสัญญากัน ดังนั้น ผู้ให้เช่าเดิมกับผู้เช่าช่วงจึงไม่ใช่ คู่สัญญากันและกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้เช่าเดิมและผู้เช่าช่วง รวมทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันไว้แต่อย่างใด

## 3. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นทรัพย์สิน

สัญญาเช่าช่วงมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นทรัพย์สินเสมอ ดังนั้น ทรัพย์สินที่นำมาให้เช่าช่วงได้จึงเป็นทรัพย์สินตามความหมายมาตรา 137 - 138 เว้นแต่สภาพของทรัพย์สินนั้นจะมีบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเจตนาของผู้ให้เช่า จะไม่เปิดโอกาสให้นำทรัพย์สินที่เช่ามาให้เช่าช่วงได้

ก) ความหมายของทรัพย์สิน

1) กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ได้จำแนกความหมายของทรัพย์สินออกเป็น 3 ประการ คือ <sup>37</sup>

(ก) ในกรณีที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิ คำว่า “ทรัพย์สิน” หมายถึงวัตถุที่จับต้องได้ ซึ่งไม่อาจอธิบายให้เจ้าของสิทธิในประดิษฐกรรมว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้

(ข) คำว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่า วัตถุแห่งสิทธิทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นวัตถุที่มีตัวตนจับต้องได้หรือไม่ สิทธิทุกสิทธิเป็นสิทธิในทรัพย์สินหรือเหนือทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสิ้น ดังนั้น โดยนิตินัยแล้ว ชีวิตก็ดี ชื่อเสียงก็ดี อนามัยก็ดี สิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งก็ดี ถือเป็นทรัพย์สินไม่น้อยไปกว่าที่ดินและสิ่งของของเขา ทรัพย์สินตามความหมายนี้จึงหมายถึงสิ่งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้

(ค) คำว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่า สิ่งใดก็ตามที่คนหนึ่งเป็นเจ้าของในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งแห่งทรัพย์สินสมบัติหรือทรัพย์สินของเขา

โดยทั่วไปแล้วความหมายของคำว่าทรัพย์สินนั้นผูกพันอยู่กับ คำว่า ทรัพย์สิน จึงสมควรต้องพิจารณาความหมายของทรัพย์สินประกอบไปด้วย ซึ่งมีผู้ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ดังนี้ <sup>38</sup>

1. ทรัพย์สิน คือ สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของ หาได้หมายความรวมถึงสิทธิของบุคคลทุกอย่างไม่ แต่หมายความถึงเฉพาะสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิเฉพาะตัวบุคคล สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของประกอบขึ้นด้วยทรัพย์สินสมบัติหรือทรัพย์สินของบุคคลมิใช่สถานะหรือสภาพของบุคคลเช่นเดียวกับสิทธิเฉพาะตัวบุคคล ตามความหมายนี้ถือว่า ที่ดิน ข้าวของ หุ่นส่วน หนี้ เป็นทรัพย์สิน แต่ชีวิต เสรีภาพ ชื่อเสียงของบุคคลหาใช่ทรัพย์สินไม่

2. ทรัพย์สิน หมายความว่า สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน โดย

---

<sup>37</sup> Salmond, *Jurisprudence*. (London : Sweet and Maxwell Co., 1974), p.225.

<sup>38</sup> *ibid.*, p.368-386.

หมายความว่า เฉพาะสิทธิแห่งการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินเท่านั้นที่จะเป็นทรัพย์สิน ส่วนสิทธิตามกฎหมายลักษณะหนี้มิใช่ทรัพย์สิน ตามความหมายนี้ถือว่าสิทธิในที่ดินประเภท Freehold (สิทธิในที่ดินประเภทหนึ่งมีลักษณะคล้ายกรรมสิทธิ์) หรือสิทธิในประดิษฐกรรม หรือลิขสิทธิ์ เป็นทรัพย์สิน แต่สิทธิในหนี้หรือส่วนได้เสียที่เกิดจากสัญญาหาใช่ทรัพย์สินไม่

### 3. ทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินมีรูปร่าง

2) กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ดังนี้

(ก) กฎหมายประเทศฝรั่งเศส ถือว่าทรัพย์สินจะเป็นทรัพย์สินตามความหมายทางกฎหมายมิใช่เมื่อสิ่งของนั้นมีประโยชน์ต่อมนุษย์หากแต่เมื่อสิ่งของนั้นสามารถยึดถือได้ และไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของก็มีได้ ต่อมาความหมายของคำว่าทรัพย์สินได้ขยายออกไปรวมถึงสิ่งที่ไม่รูปร่างที่อาจถือเอาได้ หรืออีกนัยหนึ่งว่า ในกรณีบุคคลธรรมดา นั้น ทรัพย์สิน คือ ทุกสิ่งทุกอย่างที่ประกอบขึ้นเป็นกองทรัพย์สินของเขา ดังนั้น คำว่า ทรัพย์สินจึงมีความหมายรวมถึงจำนวนที่แน่นอนของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งได้แก่ สิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิในหนี้ รายได้จากการลงทุน สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น<sup>39</sup>

(ข) กฎหมายประเทศเยอรมัน ถือว่าทรัพย์สิน หมายความว่าเฉพาะทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น ตามมาตรา 90 : Things, in the legal sense, are corporeal objects only<sup>40</sup>

(ค) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ในมาตรา 137 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง ส่วนคำว่า “ทรัพย์สิน” ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 138 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้

ทรัพย์สินและทรัพย์สินมีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1. ทรัพย์สิน คือ วัตถุที่มีรูปร่าง ส่วนทรัพย์สิน คือ วัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้

<sup>39</sup> Planoil, Treatise on the Civil Law, Volume1 Part 2, P. 280 No.2170.

<sup>40</sup> German Civil Code, Article 90, p.20.

## 2. วัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างนั้นต้อง อาจมีราคาได้และอาจถือเอาได้

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้คำอธิบายความหมายของทรัพย์สินไว้ว่า “ทรัพย์สิน” มิได้หมายความเฉพาะแต่สิ่งที่จับต้องสัมผัสได้เท่านั้น แต่รวมถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ เช่น สิทธิ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้หรือทรัพย์สินในทรัพย์สินก็นับรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ด้วย แม้แต่วัตถุปราศจากรูปร่างสี่เหลี่ยมจับต้องไม่ได้ ก็ยังเป็นของมีค่าหวงแหนที่จะถืออำนาจเอาได้และโอนขายจำหน่ายกันไปด้วยราคาเงินทอง เช่น ลิขสิทธิ์ และสิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิในประดิษฐกรรม (Patent) อย่างใหม่ที่อาจเกิดรับรู้เป็นสิทธิในวัฒนธรรมพาณิชย์ (Business goodwill)”<sup>41</sup> แต่ทรัพย์สินในลักษณะนี้ไม่สามารถนำมาเช่าหรือเช่าช่วงได้

### ข) ทรัพย์สินที่อาจให้เช่าช่วงได้

สิ่งที่จะให้เช่าช่วงได้นั้นต้องเป็น “ทรัพย์สิน” เสมอ ซึ่งทรัพย์สินที่นำมาให้เช่าช่วงได้นี้ ได้แก่ ทรัพย์สินที่มีรูปร่างตามมาตรา 137 และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามมาตรา 138 ได้แก่ สหกรณ์ทรัพย์, อสังหาริมทรัพย์

### ค) ทรัพย์สินที่ไม่อาจเช่าช่วงได้

ได้แก่ ทรัพย์สินที่ตามสภาพของทรัพย์สินนั้นไม่สามารถนำมาให้เช่าได้หรือมีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามมิให้นำมาเช่าได้ เช่น

1) ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ (มาตรา 143) ได้แก่ ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้และทรัพย์สินที่ไม่สามารถโอนแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

(ก) ทรัพย์สินที่ไม่สามารถถือเอาได้ กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ไม่อาจนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาหรือจำหน่ายจ่ายโอนได้ เช่น ดวงจันทร์ ดวงดาว ดวงอาทิตย์ แสงแดด สายลม น้ำทะเล เป็นต้น ซึ่งถ้าหากนำทรัพย์สินเหล่านี้มาทำสัญญาเช่าแล้วต้องถือว่าสัญญาเช่านั้นไม่เกิดขึ้นเลย และไม่อาจนำมาให้เช่าช่วงได้เช่นเดียวกัน

(ข) ทรัพย์สินที่ไม่สามารถโอนกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

<sup>41</sup> วิชา คัมภีร์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 57.

ที่วัดที่ธรณีสงฆ์ (ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505 มาตรา 34) สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (มาตรา 1305) ซึ่งจากสภาพของทรัพย์เหล่านั้นสามารถนำมาเป็นทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าได้ แต่มีแนวคำพิพากษาฎีกาตัดสินว่า หากมีการนำมาทำเป็นสัญญาเช่ามีผลให้สัญญาเช่าตกเป็นโมฆะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2644-2645/2515, 2701-2702/2517, 920-921/2522)

อย่างไรก็ดีได้มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นว่า<sup>42</sup> สาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ซึ่งนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาได้ ส่วนจะนำมาทำสัญญาใดได้บ้างก็ต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญว่ามีกฎหมายห้ามเอาไว้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณา มาตรา 1305 จะเห็นได้ว่า ห้ามในเรื่องการโอนทรัพย์ซึ่งหมายถึงสัญญาซึ่งมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น อันได้แก่ สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เป็นต้น ส่วนสัญญาเช่าทรัพย์นั้น จะเห็นได้ว่าไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ จึงไม่ต้องห้ามตามมาตรา 1305 ถ้าพิจารณาบทบัญญัติอื่นก็ไม่มีการห้ามเอาไว้และไม่มีการบัญญัติเอาไว้เลยว่า ถ้านำสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปให้เช่า สัญญาเช่าเป็นโมฆะและกรณีนี้ไม่ขัดกับมาตรา 150 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงเห็นว่าน่าจะนำสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาทำเป็นสัญญาเช่าได้ ส่วนผู้มีอำนาจนำทรัพย์ชนิดนี้มาทำสัญญาเช่าได้หรือไม่อย่างไรเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าทรัพย์ใดที่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าได้ก็ย่อมนำมาเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าช่วงได้เช่นเดียวกัน เว้นเสียแต่จะมีข้อห้ามไม่ให้นำมาเช่าช่วง

นอกจากนี้ สาธารณสมบัติของแผ่นดินตามมาตรา 1304(1) เช่น ที่ดินรกร้างว่างเปล่า ก็เป็นทรัพย์ที่ให้เอกชนครอบครองได้ ดังนั้น ผู้มีสิทธิครอบครองสามารถนำไปให้เช่าและเช่าช่วงได้และใช้ยื่นระหว่างกันเองได้นอกจากรัฐ(คำพิพากษาฎีกาที่ 88/2489, 787/2478) โดยไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 จึงสามารถนำมาให้เช่าช่วงได้

(ค) ทรัพย์ที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไม่ให้นำไปเช่า เช่น พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ตามมาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองหรืออยู่อาศัยในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติ ” เป็นต้น (คำพิพากษา

<sup>42</sup> สำเรียง เมฆเกรียงไกร, “เช่าทรัพย์,” สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (2537): 20.



ฎีกาที่ 2871/2523)

สำหรับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่จะนำมาทำสัญญาเช่าช่วงนั้นพึงต้องระวางในกรณีทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521), สิทธิบัตร(พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522) และสิทธิในเครื่องหมายการค้า (พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474) เป็นต้น ซึ่งหากนำทรัพย์สินดังกล่าวมาให้บุคคลอื่นใช้ คือ ทำซ้ำ ต้องทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) อันมีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งมิใช่การทำซ้ำต่อตัวทรัพย์สิน ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาให้เช่าหรือเช่าช่วงได้

นอกจากนี้สิ่งที่ไม่ใช่ทรัพย์สิน เช่น แรงงาน หรือสิทธิที่ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน เช่น สิทธิในทางการเมือง สิทธิในทางครอบครัว มิอาจนำมาให้เช่าได้จึงไม่อาจนำมาให้เช่าช่วงได้เช่นเดียวกัน รวมทั้งสิทธิเก็บกินซึ่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจดทะเบียนให้ผู้อื่นมีสิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะเอาทรัพย์สินนั้นไปให้ผู้อื่นเช่าหาได้ไม่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินเท่านั้นที่มีอำนาจเอาออกให้เช่าได้ในฐานะเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง ใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งทรัพย์สินนั้น ดังนั้น ในระหว่างที่สิทธิเก็บกินยังไม่สิ้นไปผู้ทรงสิทธิเก็บกินจึงมีสิทธิในการจัดให้เช่าทรัพย์สินนั้น เพื่อเก็บเอาประโยชน์จากการเช่าได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 807/2503)

#### 4. เป็นสัญญาต่างตอบแทน

สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีค่าตอบแทน ซึ่งมีลักษณะพิเศษต่างจากสัญญาธรรมดาอยู่บ้างตรงที่สัญญาต่างตอบแทนนั้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ต่อกันทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนกัน<sup>43</sup> จึงต้องนำบทบัญญัติผลแห่งสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369, 372, 217-219 มาใช้บังคับด้วย

นอกจากนี้ผู้ให้เช่าและผู้เช่าช่วงอาจตกลงทำ “สัญญาต่างตอบแทนพิเศษ” หรือ “สัญญาต่างตอบแทนชนิดพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา” ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาที่ไม่มีชื่อบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 และเป็นสัญญาที่เกิดจากฝ่ายตุลาการเพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งสัญญาชนิดนี้สามารถใช้เทียบเคียงได้กับกฎหมายต่างประเทศ ที่เรียกว่า “Judge made law” หรือกฎหมายซึ่งเกิดขึ้น

<sup>43</sup> จำปี โสคติพันธ์, หลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา, 2538, หน้า 241.

โดยฝ่ายตุลาการ<sup>44</sup> ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ให้เช่าทำสัญญากับผู้เช่ายอมให้ผู้เช่ารื้อตึกแถว แล้วสร้างใหม่ด้วยทุนทรัพย์ของผู้เช่า และว่าเมื่อทำเสร็จแล้ว ผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าเช่าต่อไปอีก 15 ปี ในอัตราค่าเช่าเดิม ดังนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนในทางทรัพย์สินมิใช่เป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าทำตึกเสร็จแล้วต่อไปถึงแก่กรรม สิทธิตามสัญญาย่อมตกทอดแก่ทายาท (คำพิพากษาฎีกาที่ 172/2488)

ความจริงสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง จึงไม่น่าที่จะมีสัญญาต่างตอบแทนพิเศษซ้อนขึ้นมาอีก แต่เนื่องจากมีคดีขึ้นหลายคดี ซึ่งศาลเห็นว่าถ้าหากจะบังคับตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สินโดยเคร่งครัดแล้ว ผู้เช่าอาจจะมีได้รับความเป็นธรรม ทั้ง ๆ ที่ผู้เช่าได้ให้ค่าตอบแทนบางอย่างแก่ผู้ให้เช่านอกเหนือไปจากค่าเช่าตามปกติ ศาลจึงวินิจฉัยให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา ฉะนั้น จึงต้องบังคับให้แตกต่างจากสัญญาเช่าธรรมดาในบางประการ เช่น การไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ถือเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ใช้บังคับคู่กรณีได้ ฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นเพียงบุคคลสิทธิที่ผูกพันคู่กรณี หรือทายาท เท่านั้น (ดูคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าทรัพย์สินชนิดที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ ซึ่งนำมาใช้กับการเช่าช่วงชนิดที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษได้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 172/2488 ซึ่งวินิจฉัยว่า ผู้ให้เช่าทำสัญญากับผู้เช่ารื้อตึกแล้วทำใหม่ด้วยทุนทรัพย์ของผู้เช่า และว่าเมื่อทำเสร็จแล้วผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าเช่าต่อไปอีก 15 ปี ในอัตราค่าเช่าเดิม ดังนั้น เป็นสัญญาตอบแทนกันในทางทรัพย์สินมิใช่เป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าทำตึกเสร็จแล้วต่อไปถึงแก่กรรม สิทธิตามสัญญาย่อมตกทอดแก่ทายาท (เข้าใจว่าเป็นคำพิพากษาฎีกาฉบับแรกที่ตัดสินว่าเป็นสัญญาเช่าพิเศษ (ไม่ใช่สัญญาเช่าธรรมดา)<sup>45</sup>)

สัญญาต่างตอบแทนพิเศษในทางทรัพย์สินนี้ เป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ นอกเหนือไปกว่าสัญญาเช่าธรรมดาในแง่ของการตอบแทนกัน คือ นอกจากจะตอบแทนกันโดยฝ่ายหนึ่งยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าและอีกฝ่ายหนึ่งให้ค่าเช่าตอบแทนแล้วยังมีข้อตกลงซึ่งเป็นการตอบแทนกันเป็นพิเศษ เช่น ผู้เช่าจะสร้างตึกและยกให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ให้เช่า โดยผู้ให้เช่ายินยอมให้ผู้เช่าเช่าตึกนั้นเป็นระยะเวลา

<sup>44</sup> มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเช่าทรัพย์สิน, หน้า 180.

<sup>45</sup> สำเรียง เมฆเกรียงไกร, “สัญญานอกบรรพ 3 : สัญญาเช่าพิเศษ,” วารสารกฎหมาย 8 (มิถุนายน, 2526) : 110.

พอสมควรและคิดค่าเช่าถูก เป็นต้น และการตอบแทนซึ่งกันและกันเป็นพิเศษนี้ต้องมีลักษณะเหมาะสม สมดุล เป็นสัดส่วนต่อกันพอสมควรซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป<sup>46</sup>

ความแตกต่างระหว่างสัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษกับสัญญาเช่าช่วงธรรมดา คือ

1. การฟ้องร้องบังคับคดี สัญญาเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตรา 538 แต่สัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษในอสังหาริมทรัพย์ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตรา 538
2. การฟ้องร้องบังคับให้ทำสัญญาหรือหลักฐานเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนสัญญาเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ทำไม่ได้ แต่สัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษในอสังหาริมทรัพย์ทำได้
- 3) สิทธิการเช่าช่วงซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าช่วงตาย สัญญาเช่าช่วงย่อมระงับไม่ตกทอดไปยังทายาท แต่สิทธิในการเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัวเมื่อผู้เช่าช่วงตายสัญญาไม่ระงับทายาทเข้าสืบต่อไปได้
- 4) บอกลีกสัญญา สัญญาเช่าช่วงถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา หรือประพฤติผิดหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่งบอกลีกสัญญาได้ แต่สัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษอาจบอกลีกสัญญาได้

##### 5. เป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์

ตามบทบัญญัติมาตรา 537 ที่บัญญัติว่า สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นเรื่องของคู่สัญญาที่ผู้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัดเท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติถึงการโอนกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาเช่าหรือสัญญาเช่าช่วง เป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ แต่เป็นเรื่องของการที่ผู้เช่ามีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่เช่าภายในระยะเวลาอันมีจำกัด และสิ้นสุดเมื่อครบกำหนดระยะเวลานั้นหรือเป็นไปตามกฎหมาย

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

หรือตามที่ตกลงกัน หรือมีการบอกเลิกสัญญา ซึ่งแตกต่างจากเอกเทศสัญญาอื่นที่เป็นสัญญาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย, แลกเปลี่ยน, ให้, สัญญา임ใช้ สิ้นเปลือง เป็นต้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ แต่เป็นสัญญาที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้เช่าช่วงตามมาตรา 546 และ 548

#### 6. เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ

สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นสัญญาซึ่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้ หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า และผู้เช่าช่วงมีสิทธิ์จะบังคับผู้ให้เช่าช่วง (ผู้เช่า) ต้องปฏิบัติตามสัญญาเช่าช่วงเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าสัญญาเช่าช่วงก่อให้เกิดสิทธิเหนือบุคคลขึ้นระหว่างคู่สัญญาในอันที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามชำระหนี้ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น

#### 7. เป็นสัญญาที่มีระยะเวลาอันจำกัด

สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้เช่าช่วงได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าช่วง โดยมีระยะเวลากำหนดไว้แน่นอน เป็น ชั่วโมง วัน สัปดาห์ เดือน ปี ที่มีกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่าหรือเท่ากับสัญญาเช่าเดิมได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1841-1845/2511 โดยอนุโลม) หรืออาจตกลงให้เช่าได้ตลอดอายุของผู้เช่าช่วงก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายด้วย เช่น การเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ ห้ามมิให้เช่าช่วงเกินกว่า 30 ปี <sup>47</sup> (มาตรา 540)

#### 8. เป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าช่วงเป็นสำคัญ

จากที่กล่าวว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าอย่างหนึ่งที่ผู้ให้เช่าช่วง มอบการ

---

<sup>47</sup> มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. .... บัญญัติว่า การเช่า หมายความว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี

ครอบครองเพียงชั่วคราวหรือชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด (มาตรา 537) ให้ผู้เช่าช่วงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าแทนตน เมื่อครบกำหนดระยะเวลาก็ต้องส่งคืนทรัพย์สิน (มาตรา 561) ตามบทบัญญัติของมาตราดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าช่วงเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 544 ซึ่งบัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งเช่า นั้น ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิของตนอันมีในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอก ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ .... “ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญาเช่าช่วงนี้ถือคุณสมบัติของผู้เช่าช่วงซึ่งเป็นสาระสำคัญด้วยเช่นเดียวกับสัญญาเช่า

จึงทำให้มีปัญหาว่าสิทธิการเช่าช่วงเป็นสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบจะถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวนั้นต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติให้คำนิยามความหมายไว้โดยตรง แต่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายหลายมาตราที่แสดงให้เห็นถึงสิทธิเฉพาะตัว เช่น มาตรา 233 ตอนท้าย, มาตรา 303, มาตรา 446, มาตรา 544, มาตรา 514, มาตรา 606, มาตรา 648, มาตรา 1055(5), มาตรา 1447 วรรคสอง, มาตรา 1598/41 และมาตรา 1600 เป็นต้น

เพื่อความสะดวกในการวิเคราะห์ปัญหาว่าสิทธิการเช่าช่วงเป็นสิทธิเฉพาะตัวของ ผู้เช่าหรือไม่ จึงขออธิบายรายละเอียดของ “สิทธิเฉพาะตัว” ต่อไปนี้

ก. สิทธิเฉพาะตัวแบ่งออกได้เป็น 3 ชนิด คือ <sup>48</sup>

#### 1. สิทธิเฉพาะตัวโดยเจตนาของคู่สัญญา

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเจตนาของคู่สัญญาอาจกำหนดให้สิทธิชนิดใดเป็นสิทธิเฉพาะตัวได้ แต่กฎหมายก็บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 303 ว่า “ สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ”

จากบทบัญญัติตามมาตรา 303 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในกรณีสิทธิเรียกร้องนั้น กฎหมายยอมรับให้คู่สัญญาแสดงเจตนาที่กำหนดให้ห้ามโอนกันได้ นอกจากนี้ยังมีสัญญาบางชนิดที่การเข้าทำสัญญา คู่กรณีจะต้องพึงเล็งถึงคุณสมบัติของคู่สัญญาที่ตนจะเข้าทำด้วย

---

<sup>48</sup> ธิติ คุ้มรักษ์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 67-69.

เป็นสาระสำคัญ (intuitu personae) ถึงขนาดที่ว่า ถ้ามิใช่บุคคลที่ตนพิจารณาว่าเหมาะสมแล้ว คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะไม่เข้าทำสัญญาด้วย ได้แก่ สัญญาที่มีใช้คงรูป สัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญ สัญญาบัญชีเดินสะพัด ซึ่งสัญญาในลักษณะที่กล่าวนี้มีนักนิติศาสตร์ ได้จัดประเภทของสัญญาไว้ต่างๆ กัน คือ สัญญาที่อาศัยความไว้วางใจกันเฉพาะตัว<sup>49</sup> สัญญาที่ถือความสำคัญในตัวบุคคลที่เป็นสัญญา(ผู้ยืม)<sup>50</sup> สัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ<sup>51</sup> สัญญาที่ถือคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ<sup>52</sup>

สัญญาชนิดที่คู่กรณีผู้เช่าทำสัญญาจะต้องพึงเล็งถึงคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นนี้ เป็นสัญญาที่ทำให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาฉบับนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว (intuitu personae) โดยหลักของการเป็นสิทธิเฉพาะตัวนั้น สิทธิเฉพาะตัวของใคร ผู้หนึ่งเท่านั้นมีสิทธิและไม่สามารถโอนสิทธินั้นไปให้คนอื่น และเมื่อเจ้าของสิทธิตาย สิทธินั้นก็ตายตามไปด้วยไม่ตกทอดไปยังทายาท ซึ่งสิทธิเฉพาะตัวเช่นนี้ จัดว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวประเภทแรก คือ สิทธิเฉพาะตัวโดยเจตนาของคู่สัญญา

## 2. สิทธิเฉพาะตัวโดยสภาพ

สิทธิเฉพาะตัวโดยสภาพนั้นจะพิจารณาถึงสภาพแห่งสิทธินั้นว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยตนเองเป็นการเฉพาะตัวจะโอนไปยังผู้อื่นไม่ได้ หากมีข้อตกลงให้โอนได้ข้อตกลงดังกล่าวมีอาจใช้บังคับได้เนื่องจากขัดต่อสภาพแห่งสิทธินั้นเอง ทั้งนี้ ได้มีนักนิติศาสตร์<sup>53</sup> ให้ความหมายสิทธิเฉพาะตัวโดยสภาพไว้ว่า หมายถึงสิทธิหรือหน้าที่ที่ผู้ตาย

<sup>49</sup> จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบัญชีเดินสะพัดและตัวเงิน. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 24.

<sup>50</sup> จิต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2528), หน้า 11.

<sup>51</sup> มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. หน้า 13.

<sup>52</sup> ทวี เจริญพิทักษ์, คำบรรยายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504), หน้า 16.

<sup>53</sup> เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2520. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 13.

จะต้องมีหรือจะต้องกระทำด้วยตนเองโดยสภาพ จะโอนไปให้ผู้อื่นหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนไม่ได้ส่วนใหญ่ได้แก่สิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย อนามัย เสรีภาพหรือคุณสมบัติเฉพาะตัวบุคคลไม่เกี่ยวกับประโยชน์ในทางทรัพย์สิน เช่น สิทธิตามสัญญาหมั้น หน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร เป็นต้น

### 3. สิทธิเฉพาะตัวตามกฎหมาย

สิทธิเฉพาะตัวนั้นได้มีนักนิติศาสตร์<sup>54</sup> ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า หมายถึง สิทธิหรือหน้าที่ที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นการเฉพาะตัววิธีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นการเฉพาะตัวนั้นมีอยู่หลายอย่างด้วยกัน บางมาตรการระบุไว้โดยตรงว่าไม่ให้โอนไปทางมรดก เช่น สิทธิอาศัยตามมาตรา 1404 สิทธิเรียกเอาค่าทดแทนที่เกี่ยวเนื่องกับการหมั้นตามมาตรา 1447 สิทธิในการเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 และบางมาตราก็บัญญัติให้สิทธิและหน้าที่ในความผูกพันระงับไปด้วยความตายของคู่กรณี เช่น สัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 584 สัญญาจ้างทำของตามมาตรา 606 ห้างหุ้นส่วนสามัญตามมาตรา 1055 สิทธิเก็บกินตามมาตรา 1418 เป็นต้น

สำหรับสัญญาเช่าช่วงต้องแบ่งพิจารณาเป็น 2 กรณี ต่อไปนี้

#### กรณีที่ 1 กรณีเป็นสัญญาเช่าช่วงธรรมดา

ตามบทบัญญัติมาตรา 544 บัญญัติว่า ห้ามมิให้นำไปเช่าช่วง เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า แสดงว่า สิทธิตามสัญญาเช่าทรัพย์เป็นสิทธิเฉพาะตัว จึงไม่อาจโอนกันได้ตามกฎหมายลักษณะมรดก เว้นแต่จะมีข้อสัญญายอมให้โอนกันได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 568/2498, 935/2508, 100/2531, 1008/2537, 4985/2537) ดังนั้น เมื่อสิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัว สิทธิการเช่าช่วงซึ่งถือเป็นสิทธิการเช่าอย่างหนึ่งก็ย่อมเป็นสิทธิเฉพาะตัวด้วยทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิการเช่าช่วงโดยชอบหรือไม่ก็ตาม

#### กรณีที่ 2 กรณีสัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษ

เนื่องจากสัญญาเช่าช่วงประเภทนี้ผู้เช่าช่วงได้ให้ค่าตอบแทนอย่างสูง เช่น ปลูกสร้างอาคารที่เช่าแล้วยกกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้เช่าช่วง โดยผู้ให้เช่าช่วงสัญญาให้ผู้เช่าช่วง

<sup>54</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

ได้เช่าอยู่ในอาคารนั้นมีกำหนดหลายปี ข้อสัญญาดังกล่าวผูกพันคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้เช่าช่วงตาย หน้าที่ตามสัญญาย่อมเป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทของผู้ให้เช่าช่วง ส่วนฝ่ายผู้เช่าช่วงตายก่อนกำหนดสัญญา สิทธิที่ย่อมเป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทของผู้เช่าช่วงที่เรียกครองได้

สำหรับเรื่องที่ว่าสิทธิการเช่าช่วงสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่ได้มีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้แตกต่างกันดังนี้<sup>55</sup>

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า สิทธิการเช่าช่วงเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า เนื่องจากสัญญาเช่าช่วงนั้นผู้ให้เช่าช่วงได้มอบความไว้วางใจให้ผู้เช่าช่วงได้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าช่วง เพียงชั่วระยะเวลาอันมีจำกัดเท่านั้น เป็นการเพ่งเล็งถึงคุณสมบัติของผู้เช่าช่วงเป็นสาระสำคัญ โดยเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 544 เป็นการแสดงนัยว่าสิทธิการเช่าช่วงเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า สิทธิการเช่าช่วงมิใช่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่าช่วง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สิทธิการเช่าช่วงเป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย ความเห็นนี้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า สัญญาเช่าช่วงนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนจึงต้องบังคับตามหลักของสัญญาต่างตอบแทนทั่วไป ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาที่มุ่งผลประโยชน์ต่อกันในทางทรัพย์สินเงินทอง (intuitu pecuniae) สิทธิการเช่าช่วงจึงมิใช่สิทธิเฉพาะตัว

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าสิทธิการเช่าช่วงในฐานะที่เป็นสิทธิการเช่าอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่าช่วง เนื่องจากผู้ให้เช่าช่วง(ผู้เช่า) ได้ให้ความไว้วางใจให้ผู้เช่าช่วงได้รับหรือได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าเพียงชั่วระยะเวลาอันมีจำกัดเท่านั้น ดังนั้นจึงถือได้ว่าสัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ เว้นเสียแต่มีข้อตกลงกันในสัญญาว่าให้สิทธิเช่าช่วงนั้นตกทอดแก่ทายาทได้ เช่น ในเรื่องของสัญญาเช่าช่วงต่างตอบแทนพิเศษ เป็นต้น

นอกจากนี้ในปัจจุบันแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาเช่าได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและเทคโนโลยี จึงได้มีการคิดนำเอาสัญญาเช่าช่วงไปใช้เป็นสัญญาทางการค้า

---

<sup>55</sup> มานะ พินยาภรณ์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รัชชน. หน้า 13.



มากขึ้น อันเป็นสัญญาเช่าที่ถือประโยชน์ในทางทรัพย์สินเงินทองเป็นสำคัญโดยสัญญาเช่าช่วงลักษณะนี้มีการกำหนดค่าเช่าในอัตราที่สูงมากกว่าสัญญาเช่าช่วงปกติ ประกอบกับมีข้อตกลงพิเศษบางประการในสัญญาด้วย เช่น เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าดังกล่าวไม่ระงับให้ตกทอดแก่ทายาทได้ หรือ การให้ความยินยอมให้มีการเช่าช่วงได้อย่างเสรี หรือ มีระยะเวลาเช่าที่นาน ซึ่งข้อตกลงพิเศษที่ได้ให้ไว้นี้หากไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ย่อมมีขึ้นได้และผูกพันระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน สัญญาประเภทนี้เรียกว่า “สัญญาเช่าในทางพาณิชย์”

## 2.5 สัญญาเช่าในทางพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า สัญญาเช่าในทางพาณิชย์ไว้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่ได้บัญญัติใช้มานานแล้ว แต่สัญญาเช่าในทางพาณิชย์เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นภายหลัง ดังนั้น จึงมีนักนิติศาสตร์ได้พยายามให้คำจำกัดความตามลักษณะของสัญญาดังนี้

คำว่า “สัญญาเช่าในทางพาณิชย์”<sup>56</sup> คือ สัญญาเช่าทรัพย์สินชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 ประกอบกับข้อสัญญาพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 189 ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ทำให้สิทธิการเช่าตามสัญญาฉบับนี้ไม่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญอีกต่อไป เช่น ข้อสัญญาอนุญาตให้ผู้เช่าสามารถให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่าได้โดยเสรี ข้อสัญญาที่ระบุว่าเมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าไม่ระงับสิ้นลง ข้อสัญญาเกี่ยวกับเงินกินเปล่าจำนวนมากและกำหนดระยะเวลาเช่าที่ยาวนาน ข้อสัญญาข้อสัญญาเกี่ยวกับผู้ค้าประกันการชำระค่าเช่า เป็นต้น โดยผลของสัญญาเช่าในทางพาณิชย์มีดังนี้<sup>57</sup>

<sup>56</sup> ธิตี คู่มรรักษ์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาด้านนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534 หน้า 93-94.

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 98

## 1. เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าไม่ระงับ<sup>58</sup>

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยเช่าทรัพย์สินนั้น เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าจะระงับสิ้นลง เนื่องจากศาลฎีกาเห็นว่าสิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า เมื่อกรณีสัญญาเช่าในทางพาณิชย์มิได้ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญหรือไม่ถือว่าสิทธิการเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวแล้ว เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าย่อมน่าจะไม่วางระงับสิ้นลง ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีผู้เช่าตายขึ้นภายในกำหนดระยะเวลาการเช่า จะต้องพิจารณาถึงว่า สิทธิการเช่าตามสัญญาฉบับนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่ มิใช่พิจารณาแต่เพียงปัญหาที่ว่า เป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาหรือไม่ เมื่อพิจารณาว่า สิทธิการเช่าในสัญญาเช่าในทางพาณิชย์เป็นสิทธิในทางทรัพย์สินเงินทอง (intuitu pecuniae) มิใช่สิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าก็ยังไม่ระงับสิ้นลงหากแต่ตกทอดไปยังทายาทของผู้เช่าต่อไป เนื่องจากในกรณีที่สิทธิการเช่ามิใช่สิทธิเฉพาะตัวนี้ การนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 648 มาปรับแก้กรณีในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 ย่อมจะไม่ได้หรือจะให้สัญญาเช่าระงับไปเพราะหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า สัญญาเฉพาะตัวย่อมตายตามตัวก็ไม่ได้อีกเช่นกัน เนื่องจากมิใช่เป็นสัญญาเฉพาะตัวเสียแล้ว กรณีจึงจำต้องบังคับตามหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต่อกันในทางทรัพย์สิน คือ สิทธิหน้าที่ตามสัญญาจะทอดมรดกไปยังทายาท

## 2. เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจนำยึดอายัดสิทธิการเช่าได้

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285(4) ได้กำหนดให้ทรัพย์สินที่โอนไม่ได้ตามกฎหมายนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ซึ่งสิทธิการเช่านั้น โดยหลักแล้วย่อมจะถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่โอนไม่ได้ตามกฎหมาย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 ได้บัญญัติห้ามโอนไว้ จึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี แต่สำหรับในกรณีที่มีการอนุญาตให้ผู้เช่าสามารถโอนสิทธิการเช่า หรือให้เช่าช่วงได้ ซึ่งได้มีการระบุไว้ชัดแจ้งในสัญญาเช่าทรัพย์สินเช่นนั้นแล้ว สิทธิการเช่าก็สามารถโอนกันได้ตามกฎหมาย จึงถือได้ว่าอยู่ในความรับผิดชอบของการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 285 (4) ดังนั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

<sup>58</sup> มาตรา 6 ของร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. .... บัญญัติว่า “ สิทธิและหน้าที่ตามการเช่าให้ตกทอดแก่ทายาทได้และผู้เช่าจะให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า

จึงสามารถที่จะนำเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ยึด आयัด สิทธิการเช่าทรัพย์สินในกรณีเช่นนี้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2180/2522)

ผลประการอื่นของสัญญาเช่าในทางพาณิชย์ ก็มีเช่นเดียวกับสัญญาเช่าทรัพย์สินธรรมดา เนื่องจากสัญญาเช่าในทางพาณิชย์ก็คือสัญญาเช่าทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 ประกอบกับข้อตกลงพิเศษบางประการเท่านั้น ผลของสัญญาเช่าชนิดนี้นอกจากที่กล่าวข้างต้นตลอดจนกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาเช่าชนิดนี้ ก็เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน คือ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน มาตรา 537 - มาตรา 571
2. บทบัญญัติทั่วไป ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 1 มาตรา 149 - มาตรา 193 และบรรพที่ 2 มาตรา 194- 202 และ 354 - มาตรา 394 เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพและลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์สิน

จากการศึกษาลักษณะของสัญญาเช่าในทางพาณิชย์ดังกล่าวทำให้เห็นว่าในปัจจุบันได้มีความเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยอาศัยสัญญาเช่าทรัพย์สิน ซึ่งจากการศึกษาพบว่ารัฐได้มองเห็นความสำคัญดังกล่าว จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. .... ขึ้น โดยมีเหตุผลว่า บทบัญญัติว่าด้วยการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังไม่สอดคล้องกับสภาวะเศรษฐกิจและการลงทุนเพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมบางประเภทที่ต้องมีการลงทุนในระยะยาวและต้องการความมั่นคงของสิทธิตามสัญญาเช่า โดยมีเจตนาว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเป็นมาตรการการหนึ่งในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมได้ (ดูรายละเอียดภาคผนวก)

## 2.6 เปรียบเทียบสัญญาเช่าช่วงกับสัญญาอื่น

### ก. การเช่าช่วงกับการโอนสิทธิการเช่า

การโอนสิทธิการเช่า คือ การเปลี่ยนตัวผู้เช่าเดิมไปยังอีกบุคคลหนึ่ง และผู้โอน

ไม่มีสิทธิใดๆ เหลืออยู่เลย<sup>59</sup>

ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาเช่าช่วงกับการโอนสิทธิการเช่า คือ

- 1) สัญญาเช่าช่วงเป็นสัญญาเช่าทรัพย์ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติตามมาตรา 538 เพราะเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่ ส่วนการโอนสิทธิการเช่าอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติตามมาตรา 303 - มาตรา 306 เพราะเป็นเพียงการโอนสิทธิเรียกร้อง
- 2) สัญญาเช่าช่วง ผู้ให้เช่าช่วงต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เช่าช่วงในสภาพที่ซ่อมแซมดีแล้ว ส่วนการโอนสิทธิการเช่า ผู้โอนสิทธิการเช่าไม่มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ซ่อมแซมดีแล้ว เพียงแต่ส่งมอบตามสภาพที่เป็นอยู่
- 3) ผู้ให้เช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์มีบุริมสิทธิในมูลหนี้ค่าเช่าช่วง ส่วนผู้โอนสิทธิการเช่าไม่มีบุริมสิทธิในมูลหนี้ค่าโอน
- 4) สิทธิของผู้เช่าช่วงไม่มีโดยตรงต่อผู้ให้เช่าเดิม ส่วนสิทธิของผู้รับโอนมีต่อผู้ให้เช่าเดิมเป็นไปตามสัญญาเช่าทรัพย์
- 5) ความรับผิดชอบของผู้เช่าช่วงต่อผู้ให้เช่าเดิมยังคงมีอยู่ตามสัญญาเช่าช่วงโดยชอบ (มาตรา 545) เพราะสัญญาเช่าเดิมยังไม่ระงับ ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องความรับผิดชอบของผู้รับโอนที่มีต่อผู้ให้เช่าเดิมไม่มี เพราะความผูกพันระหว่างผู้ให้เช่าเดิมกับผู้เช่าหมดไปโดยมีผู้รับโอนมาสวมสิทธิเป็นผู้เช่าแทน
- 6) การเช่าช่วงอาจให้เช่าช่วงน้อยกว่าระยะเวลาที่ผู้ให้เช่าเดิมเช่าทรัพย์นั้นมาได้ แต่การโอนสิทธิการเช่าจะโอนน้อยกว่าระยะเวลาที่ผู้โอนมีสิทธิอยู่ไม่ได้เพราะผู้โอนต้องหลุดพ้นจากสิทธิที่เช่า
- 7) การเช่าช่วงไม่มีแบบแห่งสัญญา แต่ถ้าเป็นการเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีหลักฐานที่ใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดี (มาตรา 538) ส่วนการโอนสิทธิการเช่าต้องทำตามแบบ คือ ทำเป็นหนังสือเสมอไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ มิฉะนั้นการโอนจะไม่สมบูรณ์ คือโมฆะนั่นเอง (มาตรา 306)

---

<sup>59</sup> Sir John Salmon, *Jurisprudence*. London : Sweet&maxwell limited, 1947, p.438 .

## ข. การเช่าช่วงกับการเช่าซื้อ

“การเช่าซื้อ“ หมายความว่า การซื้อโดยผ่อนส่งเงินเป็นงวดๆ เมื่อส่งเงินครบครบตามหนังสือสัญญาแล้วจึงจะได้กรรมสิทธิ์ (มาตรา 572)

ข้อแตกต่างระหว่างสัญญาเช่าช่วงกับสัญญาเช่าซื้อ คือ

1) สัญญาเช่าช่วงไม่มีแบบแห่งสัญญา แต่ถ้าเป็นการเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ต้องมีหลักฐานที่ใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดี (มาตรา 538) ส่วนสัญญาเช่าซื้อต้องทำตามแบบคือ ทำเป็นหนังสือไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ

2) สัญญาเช่าช่วง ผู้ให้เช่าช่วงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์ ส่วนสัญญาเช่าซื้อผู้ให้เช่าซื้อต้องเป็นเจ้าของทรัพย์

3) สัญญาเช่าช่วง ผู้เช่าช่วงจะบอกเลิกสัญญาไม่ได้ถ้าไม่มีการผิดสัญญา เว้นแต่การบอกเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาตามมาตรา 566 ส่วนสัญญาเช่าซื้อผู้เช่าซื้อจะบอกเลิกสัญญาก็ได้แม้ไม่มีการผิดสัญญา โดยการส่งมอบทรัพย์คืนให้แก่เจ้าของทรัพย์ตามมาตรา 573

4) สัญญาเช่าช่วง ผู้เช่าช่วงไม่มีโอกาสที่จะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าช่วง ส่วนสัญญาเช่าซื้อ ผู้เช่าซื้อย่อมได้กรรมสิทธิ์เมื่อชำระเงินครบงวดแล้ว

5) สัญญาเช่าช่วง ถ้าผู้เช่าช่วงผิดนัดชำระค่าเช่าครั้งเดียวผู้ให้เช่าช่วงอาจบอกเลิกสัญญาได้ ตามมาตรา 560 วรรค 1 หรือ 2 ส่วนสัญญาเช่าซื้อถ้าผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้อตั้งแต่สองงวดติดต่อกันผู้ให้เช่าซื้อจะบอกเลิกสัญญาได้