

การเฟิกถอนการให้โดยเส่นหา

จิตรลดา ไชยสถิตย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณทิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณทิตย์

พ.ศ.2564

REVOKE THE GRATUITOUS GIFT

JITRADA CHAISATHID



A thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2021



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การเพิกถอนการให้โดยเสน่หา
เสนอโดย นางสาวจิตรลดา ไชยสถิตย์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี


ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองด้า)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล)
วันที่ ๓๑ เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๒

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การเพิกถอนการให้โดยเสน่หา
ชื่อผู้เขียน	จิตรลดา ไชยสถิตย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ขาดความชัดเจน เรื่อง ถ้อยคำในมาตรา 531(1) ได้แก่ คำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” และคำว่า “ประทุษร้าย” นั้น ก็นความหมายรวมถึง การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้หรือไม่ และในกรณีที่ผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา หากผู้ให้ถึงแก่ความตาย เพราะผู้รับกระทำต่อผู้ให้ด้วยความจำเป็น ทายาทของผู้ให้มีสิทธิจะฟ้องให้เพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น ได้หรือไม่

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมีแนวความคิดพื้นฐานเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการประทุษร้าย และความผิดอย่างร้ายแรงในกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้รับที่ได้รับ โทษทางอาญา

ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 531(1) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเพิ่มความในวรรคสอง ซึ่งยึดแนวทางกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีข้อความว่า “ความผิดอาญาร้ายแรง ตาม (1) ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา และผู้รับได้รับ โทษตามคำพิพากษานั้น”

Thesis Title	Revoke the Gratuitous Gift.
Author	Jitrada Chaisathid
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Pinit Thipmanee
Department	Law
Academic Year	2020

ABSTRACT

The provisions of the revoke the gratuitous gift under Thailand's Civil and Commercial Code do not specify any words in Section 531(1) in "serious criminal offence" and "violence" whether they include the violence to property. Moreover, in the case of a person who has the right to revoke the gratuitous gift if the death of the donor is because of the donee having intentionally and unlawfully killed the donor with necessity, whether the heir of the donor can claim Revoke the Gratuitous Gift with .

According to the study of the foreign laws reveals that Thailand's Civil and Commercial Code has the same basic concept as French Civil Code and the Germany Civil Code. French Civil Code and the Germany Civil Code explicitly specify that the violence and serious criminal offence provide who punishable under the penal code.

The author would like to propose an amendment Section 531(1) in Thailand's Civil and Commercial Code by adding second paragraph uphold revoke the gratuitous gift in French Civil Code that " Serious Criminal Offence" in (1) must deliberate action and done has the sentenced by judgment"

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ ด้วยความกรุณาจากรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณีที่ได้
สละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และให้คำปรึกษาทุกเรื่องแก่ผู้ศึกษา อีกทั้งขอกราบ
ขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบ
วิทยานิพนธ์และอาจารย์วรรณวิภา เมืองถ้ำที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งกราบ
ขอบพระคุณบุคลากรคณะนิติศาสตร์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุดของมหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิตและห้องสมุดมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตซึ่งได้ให้คำปรึกษา ชี้แนะ และความ
ช่วยเหลือในหลายสิ่งหลายอย่างจนกระทั่งลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่าง
สูงมา ณ ที่นี้

ขอบพระคุณนิสิต นักศึกษา ประชาชน เจ้าหน้าที่ และนักวิชาการทุกท่านที่ให้ข้อมูลทุก
อย่างที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์

สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณ บุพการีของผู้เขียนผู้ให้ทุกสิ่งทุกอย่างกับผู้ศึกษา

จิตรลดา ไชยสถิตย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. พัฒนาการ แนวความคิด และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้ โดยเสนาหา.....	7
2.1 พัฒนาการของการให้โดยเสนาหา.....	7
2.2 แนวความคิดและหลักการพื้นฐานของการให้โดยเสนาหา.....	27
2.3 แนวความคิด และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสนาหา.....	31
2.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินเพราะเพิกถอนการให้โดยเสนาหา....	34
3. การเพิกถอนการให้โดยเสนาหาในต่างประเทศและในประเทศไทย.....	40
3.1 การเพิกถอนการให้โดยเสนาหาของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์.....	40
3.2 การเพิกถอนการให้โดยเสนาหาของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์.....	53
3.3 การเพิกถอนการให้โดยเสนาหาของประเทศไทย.....	
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสนาหาใน ประเทศไทย.....	117
4.1 ปัญหาการความเหมาะสมและการตีความการเพิกถอนการให้โดยเสนาหา.....	117
4.2 ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนาหา.....	127
4.3 ปัญหาการคืนทรัพย์สินเมื่อมีการเพิกถอนการการให้โดยเสนาหา.....	130

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	135
5.1 บทสรุป.....	135
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	138
บรรณานุกรม.....	140
ประวัติผู้เขียน.....	145



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การให้โดยเสน่หา เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง จัดอยู่ในเอกเทศสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย คือฝ่ายผู้ให้ และฝ่ายผู้รับ โดยมีใช้สัญญาต่างตอบแทน เพราะผู้ให้เป็นผู้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แก่ผู้รับ และผู้รับสามารถสนองรับได้โดยไม่ต้องทำหน้าที่ตอบแทนแต่อย่างใด นอกจากนี้รับเอาแต่ประโยชน์จากผู้ให้แต่ฝ่ายเดียว โดยการให้โดยเสน่หานี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 521 ถึงมาตรา 536 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การให้โดยเสน่หา เมื่อได้ตกลงถูกต้องตรงกันตามหลักการเกิดของสัญญาตามกฎหมายแล้ว ย่อมเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โอนไปยังผู้รับ ผู้รับย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินนั้นได้ทุกอย่าง ซึ่งโดยหลักอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปแล้ว ผู้ให้ย่อมไม่อาจเปลี่ยนใจเรียกทรัพย์สินนั้นคืนได้ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีมูลค่ามากมายเพียงใด โดยหากพิจารณาในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นเหตุเป็นผลดังเช่นสัญญาทั่วไป ที่เมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปแล้ว ผู้ได้กรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิจัดการอย่างไรก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ กฎหมายอนุญาตให้ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาจากผู้รับได้ หากผู้รับมีการกระทำต่อผู้ให้แล้วเข้าเงื่อนไขในบทบัญญัติมาตรา 531 ถึงมาตรา 535 อันเป็นบทบัญญัติที่ประเทศไทยนำมาจากกฎหมายไทยดั้งเดิม และกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งที่บางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ไม่มีบทบัญญัติทำนองดังกล่าว¹

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หามีหลักว่า เมื่อผู้ให้ได้ให้เปล่าแก่ผู้รับ ผู้รับก็ควรสำนึกบุญคุณ ที่จะไม่ทำสิ่งที่ไม่สมควรต่อผู้ให้ โดยเหตุในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาอยู่ในมาตรา 531 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีสามประการได้แก่

ประการแรก ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา

¹ วิชาญ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), น. 322.

ประการที่สองผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง
 ประการที่สาม ผู้รับบอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลาผู้ให้
 ยากไร้ ทั้งที่ยังสามารถจะให้ได้

ส่วนมาตรา 532 ถึงมาตรา 535 เป็นเรื่องบุคคลที่มีสิทธิเป็นผู้เพิกถอนการให้โดยเสน่หา
 กำหนดเวลาการถอนคืน วิธีส่งคืนทรัพย์สินเพราะเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ตลอดจน
 ข้อยกเว้นในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

เมื่อศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าวแล้ว พบว่ามี
 ปัญหาที่ควรศึกษาค้นคว้า เพื่อให้ทราบแนวทางแก้ไข ดังนี้

1) หลักของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น มีพื้นฐานความเป็นมาอย่างไร และ
 สมควรให้มีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะในประเทศต่าง ๆ ทั้งในประเทศที่
 ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law
 System) มีการบัญญัติที่แตกต่างกัน เช่น ในประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ไม่มีการบัญญัติเรื่อง
 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเอาไว้ โดยเมื่อมีการให้โดยเสน่หา หากจะเพิกถอนการให้โดยเสน่หา
 ดังกล่าว ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น จะต้องใช้หลักกฎหมายการเพิกถอนโดยวิธีอื่น เช่น การ
 เพิกถอนโดยอ้างเหตุความเป็นโมฆะหรือโมฆิยะของนิติกรรมการให้โดยเสน่หานั้นเป็นต้น

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมทั้งประเทศไทย มีการบัญญัติ
 เรื่องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเอาไว้ ซึ่งแม้จะมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ รายละเอียดใน
 ข้อกฎหมายก็ได้คล้ายกันสักเท่าใดนัก เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสกฎหมายกำหนดว่าหากผู้รับได้
 ทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ให้ หรือได้กระทำการอันเป็นการโหดร้ายทารุณ
 ต่อผู้ให้ หรือได้หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ให้ย่อมเรียกทรัพย์สินคืนได้ ส่วนในสหพันธ์
 สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้บัญญัติไว้เพิ่มเติมอีกว่าหากการกระทำดังกล่าวได้ทำต่อญาติใกล้ชิดของ
 ผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้เช่นกัน³

² Art. 955 An inter vivos gift may be revoked on account of ingratitude only in the following cases:

1. Where the donee has made an attempt against the life of the donor;
2. Where he has been guilty of cruelty, serious offences or grievous insults against him;
3. Where he refuses maintenance to him

³ Section 530 Revocation of donation

(1) A donation may be revoked if the donee is guilty of gross ingratitude by doing serious wrong to the donor or a close relative of the donor.

ทั้งนี้ หากการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในประเทศไทยเป็นสิ่งที่สมควรบัญญัติไว้ บทบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติที่สามารถบังคับใช้ได้โดยเกิดความแน่นอนชัดเจนหรือไม่ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 บัญญัติว่า “อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินั้น ท่านว่าอาจจะเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ
- (2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ
- (3) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้ และผู้รับยังสามารถจะให้ได้”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีถ้อยคำบางส่วนที่ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนหลาย เช่น คำว่า “ประทุษร้าย” และคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” ใน (1) นั้น อาจมีการตั้งคำถามทางนิติศาสตร์ได้ว่า การประทุษร้ายนั้น จำเป็นต้องประทุษร้ายต่อร่างกาย และชีวิตของผู้ให้เท่านั้นหรือไม่ หรือกินความหมายรวมถึง ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อีกด้วย ทั้งนี้ เพราะในกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า หากผู้รับได้ถูกศาลตัดสินว่า ฆ่า หรือพยายามฆ่าผู้ให้ โดยไม่มีเหตุอ้างว่าป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมสามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้

ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า หากผู้รับได้ทำการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ให้โดยเสน่หาแล้ว สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้

ส่วนคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” ในประเทศไทยก็ดูจะไม่มี ความชัดเจนสักเท่าใดนัก ทั้งนี้ เพราะในคำพิพากษาศาลฎีกาก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ดี ไม่ได้ให้คำนิยามของความผิดอาญาอย่างร้ายแรงเอาไว้เลย โดยหากเทียบกับบางประเทศ เช่น กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการสร้างความหมายของความผิดอาญาอย่างร้ายแรงว่า หากผู้รับกระทำการครบสามประการถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง กล่าวคือ

- ประการแรก ผู้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา
- ประการที่สอง ผู้ให้ได้รับความเสียหาย และ
- ประการที่สาม ผู้รับกระทำการใด ๆ โดยไม่มีความซื่อสัตย์ และไม่ปกติ

(2) The heir of the donor only has the right of revocation if the donee has intentionally and unlawfully killed the donor or prevented him from revoking

ในกฎหมายของประเทศไทย เคยมีการสร้างนิยามคำว่า “ความผิดอาญาร้ายแรง” เอาไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดคดีกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยกำหนดว่า “ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น⁴ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นที่น่าวิเคราะห์ว่าจะสามารถนำมาใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพราะกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของไทย ใช้บังคับมานาน จนมิได้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสภาพสังคม และเหตุของการกระทำต่อผู้ให้ด้านต่าง ๆ ที่เป็นการสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ให้เช่นเดียวกัน เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

2) ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ตามมาตรา 532 ที่บัญญัติว่า “ทายาทของผู้ให้อาจเรียกให้ถอนคืนการให้ได้แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนคืนการให้

แต่ว่าผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้วอย่างไรโดยชอบ ทายาทของผู้ให้จะว่าคดีอันนั้นต่อไปก็ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ในกรณีที่ผู้ให้ถูกผู้รับฆ่าตายโดยเจตนา แต่เป็นการกระทำเพราะเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67⁵ สามารถปรับเข้าได้กับเรื่องทายาทฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะการกระทำความผิดเพราะเหตุจำเป็นนั้น กฎหมายให้ถือว่ามีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหมายถึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

3) การคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น กฎหมายมาตรา 534 บัญญัติให้ผู้รับการให้โดยเสน่หาจะต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนตามหลักลาภมิควรได้⁶ เนื่องจากกฎหมายให้นำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับ ซึ่งการใช้หลักลาภมิควรได้นั้น จะมีความสุจริต และไม่สุจริต เข้ามา

⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 3

⁵ มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้น โดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

⁶ มาตรา 534 เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลาภมิควรได้

เป็นเงื่อนไข ในการคืนทรัพย์สิน โดยอาจคืนเต็มจำนวนเพราะไม่สุจริต หรือ หรืออาจไม่ต้องคืนเลย เพราะได้ใช้ทรัพย์สินไปโดยสุจริต

เมื่อพิจารณาจากสัญญาให้โดยเสนาหา ซึ่งเป็นการ โอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว และต่อมามี การเพิกถอนการให้โดยเสนาหาดังกล่าว ย่อมเกิดปัญหาว่า ช่วงเวลาใดของการเพิกถอนการให้โดย เสนาหา ที่จะถือว่าผู้รับไม่สุจริต อีกทั้ง ยังมีปัญหาต่อเนื่องไปอีกว่า หากทรัพย์สินที่ให้โดยเสนาหา แล้ว ถูกฟ้องเพิกถอนดังกล่าว ถูกแปรสภาพทรัพย์สินกลายเป็นอย่างอื่น เช่น ให้นำไปขายกลายเป็นเงิน หรือ แปรสภาพจากเงินเป็นทรัพย์สินอื่น ๆ เช่น ที่ดิน รถ บ้าน เหล่านี้ ทรัพย์สินที่ถูกแปรสภาพไปแล้วนั้น ต้อง คืนต่อผู้ให้ หรือไม่ ซึ่งเรื่องดังกล่าว ในชั้นร่างกฎหมายมาตรานี้ก็ดี ความเห็นของนักวิชาการก็ดี ยัง มีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง จึงสมควรนำมาวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

จากปัญหาหลายประการดังกล่าว เป็นเรื่องที่เหมาะสมสมควรนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบกับ กฎหมายของต่างประเทศ ตลอดจนสรุป และเสนอแนะเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อจะได้เป็น ประโยชน์ทางวิชาการและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีที่มีการเพิกถอนการให้โดยเสนาหาโดยเสนาหาใน ประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด และทฤษฎีของการให้โดยเสนาหาในส่วนที่เกี่ยวกับการ เพิกถอนการให้โดยเสนาหาของไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสนาหา
3. เพื่อศึกษาแนวทางในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดขอบเขตการเพิกถอนการให้ โดยเสนาหา ตลอดจนแนวทางปรับปรุงและแก้ไขปัญหา

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

รายงานวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาครอบคลุมถึงความหมาย ปรัชญา หลักเกณฑ์ และที่มาของ การเพิกถอนการให้โดยเสนาหา โดยเริ่มจากข้อความคิดและทฤษฎีพื้นฐานของการให้โดยเสนาหา ประวัติความเป็นมา และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสนาหา ตลอดจนเจตนารมณ์ ของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว รวมถึงการศึกษายเปรียบเทียบของต่างประเทศทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เพื่อนำมาวิเคราะห์ เสนอแนะแนวทาง ในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบของ กฎหมาย

1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ ควรมีในกฎหมายหรือไม่ควรขอบเขตเพียงใด เป็นเรื่องที่ยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจากในกฎหมายของบางประเทศ มิได้กำหนดถึงเรื่องนี้ไว้ จึงมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ จากปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา นั้น สมควรมีการบัญญัติให้ชัดเจนเกี่ยวกับ เหตุที่ใช้เพิกถอน ตลอดจนขั้นตอนต่าง ๆ ในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษา เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าวิเคราะห์ ข้อมูลจากตำรา ตำบทยกฎหมาย คำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เอกสารการสัมมนา บทความ วารสาร ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อกำหนดแนวทาง ในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้สามารถทราบเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด และทฤษฎีของการการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา
2. ทำให้สามารถทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา
3. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการวางหลักเกณฑ์ รูปแบบในการกำหนดขอบเขตการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ตลอดจนแนวทางปรับปรุงและแก้ไขปัญหา

บทที่ 2

พัฒนาการ แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเพิกถอน การให้โดยเสน่หา

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเป็นบทบัญญัติที่ส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการให้โดยเสน่หา ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา โดยเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เป็นกฎหมายที่ประเทศไทยได้นำแนวความคิดในการร่างกฎหมายมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์¹ จึงจำเป็นต้องศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมา พัฒนาการ แนวความคิดและหลักการพื้นฐานของสัญญาให้โดยเสน่หาจากกฎหมายโรมันซึ่งเป็นที่มาของระบบกฎหมายดังกล่าว และควรต้องศึกษาเรื่องดังกล่าวของกฎหมายไทยอีกด้วย เพื่อที่จะศึกษาความเป็นมา พัฒนาการ แนวความคิด และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายในสัญญาให้โดยเสน่หาทั้งในทางประวัติศาสตร์และในปัจจุบัน

2.1 พัฒนาการของการให้โดยเสน่หา

2.1.1 การให้โดยเสน่หาตามกฎหมายโรมัน

การให้โดยเสน่หาในกฎหมายโรมันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การให้โดยเสน่หาที่มีผลในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (Donatio Inter Vivos) และการให้โดยเสน่หาที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิตแล้ว (Donatio Mortis Causa)² ซึ่งสำหรับกฎหมายโรมันนั้น ได้มีการยอมรับให้มีการทำสัญญาขึ้นผูกพันกันได้ เช่น สัญญาซื้อขาย โดยที่คู่สัญญาสามารถผูกพันกันตามเจตนาที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาได้ แต่สำหรับการให้โดยเสน่หา ซึ่งทำโดยไม่มีผลประโยชน์ใดตอบแทนแล้ว กฎหมาย

¹ ประชุม โลมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จาริด โรมันและแองโกลแซกซอน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552), น. 17.

² Donatio Mortis Causa เป็นการให้ชนิดหนึ่งซึ่งผู้ให้ได้ทำการให้โดยมุ่งหมายให้มีผล เมื่อผู้ให้เสียชีวิตแล้ว โดยอาศัยเหตุการณ์หรือเรื่องราวที่อาจทำให้ความตายเกิดขึ้นได้ เช่น การเดินทางที่เป็นอันตรายซึ่งผู้ให้กำลังจะได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต โดยต่อมาหลักดังกล่าวได้ถูกนำมา ปรับใช้กับในเรื่องมรดกด้วย ดู Barry Nicholas, An introduction to Roman law, (Oxford: Clarendon Press, 1962), p. 266-267.

โรมันเองกลับเห็นว่าทำให้โดยเสนหาดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่แตกต่างกันจากสัญญาทั่วไป ซึ่งบางยุคสมัยอาจเห็นว่าทำให้โดยเสนหาไม่อาจเป็นสัญญาได้ และบางยุคสมัยก็เห็นว่าทำให้โดยเสนหาเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นทางการ ทั้งนี้ นักกฎหมายโรมันในหลายยุค หลายสมัยก็พยายามที่จะหาคำตอบในปัญหาทั้งหมด เกี่ยวกับการให้โดยเสนหาที่นักกฎหมายโรมันมองว่ามีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ และเพื่อศึกษาให้ได้ทราบว่าแท้จริงแล้ว การให้โดยเสนหาสามารถบังคับกันได้หรือไม่ มีหน้าที่ต้องผูกพันกันหรือไม่ และจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร³

2.1.1.1 ยุคกฎหมายคลาสสิก

ในกฎหมายยุคโรมันมีการแยกประเภทของสัญญาโรมัน⁴ ไว้ 2 ประเภท คือ

(1) สัญญาที่ไม่มีแบบ (Informal Contracts) เป็นสัญญาที่ไม่มีรูปแบบแน่นอนเพียงแต่กำหนดหลักเอาไว้กว้าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขาย (Emptio Venditio) อันเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่กรณี

(2) สัญญาที่มีแบบ (Formal Contracts) เป็นสัญญาที่กำหนดแบบไว้ชัดเจนไม่ว่าจะเป็นคำพูด หรือ ตัวอักษร ในลักษณะที่เป็นแบบแน่นอน อาทิ แบบที่เรียกว่า Stipulatio สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ Verbis เป็นแบบที่กำหนดให้สัญญาทำโดยวาจา และ Literis เป็นแบบที่กำหนดให้สัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษร

ในยุคมกฎหมายคลาสสิกนี้ ต่างเห็นว่าทำให้โดยเสนหาเป็นการกำหนดเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น โดยที่การให้โดยเสนหานี้มิได้ถูกจัดอยู่ในลักษณะเฉพาะของสัญญา และไม่ก่อให้เกิดหนี้จากสัญญา เพราะตัวการให้โดยเสนหาเองเป็นพื้นฐานของการโอนทรัพย์สินอยู่แล้ว โดยการให้โดยเสนหาในยุคนี้ อาจเกิดขึ้นได้หลายวิธีการ เช่น การให้ Res Mancipi⁵ จะต้องทำการ

³ ศันสน์ภรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น. 372.

⁴ สัญญาโรมันพัฒนามาจากหนี้สองแบบ คือ หนี้ค้ำประกันหรือหนี้ให้ (Promissory Debt) อันมีผลใช้บังคับตามกฎหมายเพราะแบบถูกต้อง กับ หนี้ทรัพย์สิน (Real Debt) อันเนื่องมาจากการ ส่งมอบทรัพย์สินหรือเงินให้กับคู่กรณีและคู่กรณีมีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือเงินนั้นคืน

⁵ ประชุม โคมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์ เดือนตุลาจำกัด, 2541), น. 164-165.

⁶ Res Mancipi หมายถึงทรัพย์สินที่เป็นของครอบครัว ซึ่งการขายทรัพย์สินเหล่านี้ ต้องทำตามแบบ

ให้โดยวิธี Mancipatio⁷ หรือ การให้โดยวิธี In Iure Cessio⁸ หรือการให้โดยวิธี Usucapio⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่าในยุคนี้ชาวโรมันยังไม่รู้จักนิติกรรมกรการให้โดยเสนาหาโดยไม่มีค่าตอบแทนเลย หากแต่มีการปรับใช้รูปแบบอื่นกับการให้โดยเสนาหาแทน การให้โดยเสนาหาโดยไม่มีค่าตอบแทน โดยผู้ให้ต้องมี Animus Donandi¹⁰ จึงส่งผลให้การให้โดยเสนาหา (Donatio) เป็น นิติกรรมที่ไม่มีรูปแบบเฉพาะ และไม่มีผลเฉพาะที่เป็นของนิติกรรมนี้เลย¹¹

จากการที่กฎหมายยุคกฎหมายคลาสสิก เห็นว่าการให้โดยเสนาหาไม่อาจจัดอยู่ในประเภทของสัญญาได้นั้น เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่ากรการให้โดยเสนาหาไม่อาจถูกโต้เถียงได้ในกฎหมายว่าด้วย สัญญา และการให้โดยเสนาหามีได้กำหนดหน้าที่และสิทธิตอบแทนกัน แต่กรการให้โดยเสนาหาเป็นเพียงเจตนาที่ต้องการให้ประโยชน์แก่อีกบุคคลหนึ่ง ด้วยมูลเหตุจูงใจต่าง ๆ เช่น เพื่อสัมพันธภาพที่ดี หรือความมีน้ำใจ¹² กล่าวคือ การทำสัญญาในกฎหมายโรมันก่อให้เกิดความผูกพันที่จะต้องทำการชำระหนี้กันอีกครั้งหนึ่ง แต่สำหรับกรการให้โดยเสนาหาในกฎหมายโรมันนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทันทีที่มีการให้โดยเสนาหา จึงมิได้มุ่งผูกพันกันตามสัญญาแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้

⁷ Mancipatio หมายถึงการซื้อขายที่ไม่มีกรซื้อขายกันจริง ๆ แต่นำเอาวิธีการซื้อขาย มาใช้โดยใช้วิธีการส่งมอบที่ทำโดยการนำขึ้นของทองแดงไปชั่งในตราชั่งให้ได้น้ำหนักเท่ากับ น้ำหนักของทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายเท่ากับมูลค่าตามน้ำหนักของทองแดงที่ชั่งได้

⁸ In Iure Cessio โดยปกติเป็นแบบของกรโอนทรัพย์สินที่ใช้กับการฟ้องร้อง สำหรับ บุคคลที่ประสงค์จะส่งมอบทรัพย์สินด้วยแบบดังกล่าวนี้จะทำการฟ้องร้องโดยไม่มีข้อพิพาท เรียกว่า กรแสวงฟ้องร้อง เพื่อที่จะให้มีการส่งมอบทรัพย์สินเกิดขึ้น

⁹ Ucapio เป็นวิธีการที่จะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมา โดยอาศัยกรครอบครอง อย่างแท้จริงของผูกรครอบครองที่มีเจ้าของทรัพย์สินตาม Ius Civile ตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้เช่น สักรหิมทรัพย์สินต้องใช้ระยะเวลาครอบครอง 1 ปี และที่ดินใช้ระยะเวลาครอบครอง 2 ปี โดยอาศัย องค์ประกอบสองประการ คือ มีเหตุเข้าครอบครองที่ชอบและผูกรครอบครองไม่รู้ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้อื่น

¹⁰ Animus Donandi เป็นองค์ประกอบของบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะในสัญญาให้โดยเสนาหา ประกอบอยู่ในเจตนาที่จะกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะที่เป็นอิสระ กล่าวคือ กรทำให้ผู้ได้รับรำรวยขึ้น โดยผู้ให้ไม่ได้รับอะไรเป็นการแลกเปลี่ยน ดู Del Giudice F& Beltrani P., Nuovo Dizionario Giuridico Romano, 2 edizione (Simone: Napoli), p. 55.

¹¹ Arangio-Ruiz V., Istituzioni di Diritto Romano, Quattordicesima edizione riveduta ristampata analitica (Giovene: Napoli, 1984), p. 578 ดู จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ใน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 369.

¹² William L. Burdick, The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, (Rochester: The Lawyer Co-operative Publishing, 1938), p. 428.

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมจะต้องได้มีการตกลงในการ กระทำกันว่า การกระทำได้กล่าวเป็นมูลเหตุแห่ง การให้โดยเสน่หา หากมิได้มีการตกลงกันไว้ในการกระทำ ของทั้งสองฝ่ายก็จะไม่เป็นการให้โดย เสน่หา ยกตัวอย่างเช่น D เป็นหนี้ C อยู่ 100 และ A ได้จ่ายเงินจำนวนนี้ ให้แก่ C ซึ่งจากตัวอย่าง ดังกล่าวนี้อ A ไม่ได้ทำการให้เงินแก่ C เนื่องจาก A ทำให้ D รวยขึ้นด้วยการ ใช้จ่ายนี้ให้ อย่างไรก็ตาม การจ่ายเงินของ A อาจไม่จำเป็นว่าจะเป็นการให้เงินแก่ D เสมอไป แต่ถ้าหาก A และ D ได้ทำ การตกลงกันด้วยวัตถุประสงค์ของการจ่ายที่จะทำให้ D รวยขึ้น การจ่ายของ A จึงเป็นการให้ต่อ D¹³ โดยทั้งนี้จะต้องมีการแสดงเจตนาที่สอดคล้องกันด้วยระหว่างเจตนาที่ บริสุทธิ์ของผู้ให้และความ ต้องการของผู้รับ ซึ่งไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง เพราะกฎหมายได้ กำหนดข้อสันนิษฐานของ ผู้รับไว้แล้ว แต่เนื่องจากการตกลงดังกล่าวมิได้เหมาะสมให้อยู่ในรูปของสัญญาตามกฎหมาย คลาสสิก เป็นเพราะว่าการให้ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว แม้การดำเนินการให้โดยเสน่หาเช่นนั้น จะไม่ได้ทำตามแบบ Stipulatio มาก่อนก็ตาม การให้ดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการให้ที่ชอบด้วย กฎหมายแล้ว¹⁴ โดยเห็นว่าการให้โดยเสน่หาไม่ได้เกิดขึ้นเนื่องจากหนี้ตามสัญญา หากแต่เกิดขึ้น ด้วยพื้นฐานที่เหมาะสมโดยเป็นการ โอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่มีตัวตน โดยไม่มีค่าตอบแทน คงมี เพียงแต่การส่งมอบเงินหรือวัตถุให้แก่ผู้รับเท่านั้น การโอนนั้นก็จะกลายเป็นการโอนที่ชอบด้วย กฎหมาย¹⁵ และผู้ให้จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนไม่ได้ เว้นเสียแต่ว่าการให้โดยเสน่หาที่เกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะสำหรับการให้โดยเสน่หา และผู้รับการให้โดยเสน่หาไม่ได้ปฏิบัติตาม วัตถุประสงค์นั้น ในยุคกฎหมายคลาสสิกจึงได้มีการกำหนดให้สามารถเรียกคืนการให้โดยเสน่หา ได้ โดยใช้วิธีการ Condictio Indebiti¹⁶ เนื่องจากว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ตกเป็นของผู้รับไป แล้วตั้งแต่เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สิน¹⁷

¹³ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, (London: Oxford University Press, 1969), p. 566-567.

¹⁴ เมื่อนำการให้มาเปรียบเทียบกับการให้ยืมแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณี เกิดขึ้นจากการตกลงของ คู่สัญญาเช่นเดียวกัน และไม่ได้ให้สิทธิที่จะฟ้องคดีเพื่อเรียกให้ส่งมอบ ทรัพย์สินนั้น แต่กรณีของการให้ยืมนั้น การส่งมอบกลับมาซึ่งความผูกพันตามสัญญาที่ผู้ให้ยืม สามารถเรียกคืนทรัพย์สินให้กลับมาในจำนวนที่เท่ากัน ได้ แต่สำหรับสัญญาให้แล้วไม่ก่อให้เกิด สิทธิดังกล่าว

¹⁵ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Johannesburg: Juta & Co., Ltd., 1992), p. 52.

¹⁶ Condictio indebiti เป็นวิธีการเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปโดยไม่มีมูล (ลามิคัวร์ได้)

¹⁷ J.a.c. Thomas, *The Institutes of Justinian*, (text. Translation and Commentary) (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1975), p. 103.

อย่างไรก็ตาม การให้โดยเสน่หาในยุคกฎหมายคลาสสิกนี้มีได้เป็นการให้โดยเสน่หาอย่างเสรี เนื่องจาก นโยบายของรัฐโรมันได้ต้องการที่จะตรวจสอบการใช้จ่ายหรือการบริหารทรัพย์สินของพลเมืองโรมัน จึงได้บัญญัติ The Lex Cincia de Donis et Muneribus¹⁸ ขึ้นมาในปี 204 B.C. ซึ่งเป็น กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องการใช้จ่ายของผู้ให้ เนื่องด้วยในขณะนั้น ได้อยู่ในช่วงสงคราม Punic¹⁹ ครั้งที่สอง เป็นเหตุให้เศรษฐกิจในบ้านเมืองระส่ำระสาย จึงจำเป็นต้องส่งเสริมเศรษฐกิจให้เจริญขึ้น โดย The Lex Cincia ประสงค์ที่จะควบคุมงบประมาณให้ชัดเจน ขณะเดียวกันก็ต้องมี การควบคุมการดำเนินชีวิตมิให้เกิดความฟุ่มเฟือยในการใช้ทรัพย์สิน โดยจำกัดขนาดของการให้โดยเสน่หาเอาไว้ การให้โดยเสน่หาที่มีขนาดเกินที่กฎหมายกำหนดก็ไม่อาจบังคับในจำนวนทั้งหมดได้²⁰ เว้นแต่จะเป็น การให้โดยเสน่หาแก่ญาติใกล้ชิด หรือการให้โดยเสน่หาทรัพย์สินแก่ผู้อุปถัมภ์ผู้ให้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้บังคับ The Lex Cincia นั้น นักกฎหมายโรมันไม่ค่อยให้ความสำคัญในการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ อย่างเคร่งครัดเท่าใดนัก เนื่องจากบทบัญญัติฉบับนี้ยังมีความไม่สมบูรณ์อยู่ เพราะบทบัญญัติ ดังกล่าวนี้อำนาจแต่เพียงว่า ข้อตกลงนั้นเป็น โมฆะแต่มิได้บัญญัติบทลงโทษทางอาญาหรือ กำหนดถึงการเรียกคืนเอาไว้สำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวนี้เลย ส่งผลแต่เพียงคำมั่นว่าจะให้เท่านั้นว่าผู้รับไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ ดังนั้น ถ้าเป็นการให้โดยเสน่หาที่ถูกดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว การให้โดยเสน่หานั้นก็ยังคงเป็นการให้โดยเสน่หาที่สมบูรณ์และโดยทั่วไปผู้ให้ไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ แต่ Praetor ได้ตีความว่าจะเป็นการเรียกคืนโดยใช้วิธี Condictio Indebiti ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้

นอกจาก The Lex Cincia ที่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการให้โดยเสน่หาแล้ว ในยุคกฎหมายคลาสสิกได้มีกฎหมายกำหนดห้ามการให้ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา หรือในกลุ่มสมรสขึ้น ซึ่ง กฎหมายดังกล่าวทำหน้าที่สนับสนุนนโยบายของ The Lex Julia de Maritandis Ordinibus โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้สามีหรือภริยาเสียเปรียบในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากว่าการสมรสกันนั้นโดยปกติมักจะเกิดขึ้นจากการที่คนสองคนรักกันจึงมาทำการสมรสกัน และด้วยความรักนี้เองที่อาจทำ

¹⁸ The lex Cincia de donis et muneribus เป็นกฎหมายที่เป็นมติของสภาของชนชั้น ต่ำ โดยเป็นกฎหมายที่เกิดจากข้อเสนอของตัวแทนของชนชั้นต่ำ

¹⁹ สงครามพิวนิก เป็นสงครามสามครั้งระหว่างโรมกับคาร์เธจ เกิดขึ้นระหว่างปี 264 ก่อนคริสตกาลถึงปี 146 ก่อนคริสตกาล คำว่า "พิวนิก" มาจากพิวนิคัส (Punicus) อันเป็นคำที่ใช้เรียกชาวคาร์เธจ ผู้สืบเชื้อสายมาจากชาวฟินิเซีย มูลเหตุหลักของสงครามมาจากการแย่งชิงความเป็นใหญ่เหนือทะเลเมดิเตอร์เรเนียนตะวันตก ซึ่งในขณะนั้น โรมแผ่อิทธิพลไปทั่วคาบสมุทรอิตาลี ในขณะที่คาร์เธจมีกองเรือที่เข้มแข็งที่สุด

²⁰ J.a.c Thomas, *Textbook of Roman Law*, (New York: North-Holland Publishing, 1976), p. 191.

ให้เกิดการใช้จ่ายที่ฟุ่มเฟือย โดยมีกาให้สิ่งของหรือทรัพย์สินแก่อีกฝ่ายหนึ่งอันอาจนำไปสู่การถ่ายทรัพย์สินจากครอบครัวหนึ่งไปสู่อีกครอบครัวหนึ่ง โดยส่งผลสองประการด้วยกัน คือเป็นการเพิ่มทรัพย์สินมรดกจากฝ่ายบิดาของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และเป็นการลดทรัพย์สินมรดกจากฝ่ายบิดาของอีกคนหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นที่ปรารถนาตามกฎหมายโรมัน จึงจำเป็นต้องจำกัดกาให้โดยเสนหานี้ไว้ โดย นักกฎหมายโรมัน (Plutarch) เห็นว่าสามีภริยาควรที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นร่วมกัน ฉะนั้น การให้ทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยา จึงเป็นการขัดแย้งทางความคิดอย่างมาก²¹

ในส่วนของการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามกาให้โดยเสนหาระหว่างคู่สมรสนี้ ถูกใช้บังคับอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะแตกต่างจากการจำกัดกาให้โดย The Lex Cincia และหากมีการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายนี้ก็จะนำมาซึ่งกาให้โดยเสนหาที่ไม่สมบูรณ์ส่งผลทำให้กาให้โดยเสนหานั้นเป็นโมฆะ ผู้ให้ทรัพย์สินนั้นยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นอยู่และสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ แต่อย่างไรก็ดี การห้ามกาให้โดยเสนหาดังกล่าวนี้อาจกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ว่าคู่สมรสสามารถให้ทรัพย์สินแก่กันได้ไม่เป็นโมฆะ และมีผลสมบูรณ์ หากเป็นการให้โดยเสนหาเพื่อการดำเนินชีวิต หรือผู้ให้ได้ให้ด้วยหน้าที่ตามศีลธรรม หรือด้วยธรรมเนียมปฏิบัติโดยปกติ²² เช่นกาให้โดยเสนหาของขวัญตามสมควร ได้แก่ กาให้โดยเสนหาของขวัญในวันปีใหม่ วันเกิด หรือเนื่องในเทศกาล ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ไม่ขัดต่อเหตุผลของการห้ามกาให้โดยเสนหาแต่อย่างใด

กาให้โดยเสนหาในกฎหมายโรมันอาจมีได้อยู่ในรูปของการให้โดยเสนหาจริง ๆ เท่านั้น หากแต่กาให้โดยเสนหาอาจอยู่ในรูปของการซื้อขายก็เป็นได้ โดยเป็นการซื้อขายด้วยราคาทรัพย์สินที่ต่ำมากและไม่ตรงกับมูลค่าของทรัพย์สินที่แท้จริง โดยที่กฎหมายโรมันเองก็ยอมรับว่าการซื้อขายดังกล่าวเป็นการให้โดยเสนหา และเมื่อสามีภริยาได้ทำการซื้อขายด้วยราคาที่น้อยกว่ามูลค่าของสินค้าแล้ว การซื้อขายระหว่างสามีภริยานั้น เป็นโมฆะและถูกห้ามตาม The Lex Cincia 204 B.C แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายโรมันบางท่านได้มีความเห็นว่าการซื้อขายทรัพย์สินด้วยราคาที่ต่ำมากนี้เป็นสัญญาซื้อขายที่สมบูรณ์ โดยตีความอย่างเคร่งครัด และนำไปสู่การหลีกเลี่ยงการห้ามกาให้โดยเสนหาระหว่างคู่สมรส²³ ต่อมา ภายหลังกาห้ามกาให้โดยเสนหาระหว่างคู่สมรสได้เสื่อมลงในช่วงของยุคหลังกฎหมายคลาสสิก (Post Classical) และเลิกใช้ไปในที่สุด

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่าการให้โดยเสนหาทรัพย์สินในยุคกฎหมายคลาสสิกมีได้อยู่ในรูปของสัญญา ดังนั้น ผู้ให้จึงไม่มีหนี้ในการที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้

²¹ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 486-487.

²² *Ibid*, p. 488.

²³ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 489.

โดยเสนหา แต่อย่างไรก็ดีการให้โดยเสนหานั้นอาจก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้รับการให้ได้ หากเป็นการให้โดยเสนหาทรัพย์สินโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการใดแล้วผู้รับมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของการให้โดยเสนหา และหากผู้รับไม่ทำตามวัตถุประสงค์นั้น ผู้รับก็จำต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นคืนแก่ผู้ให้โดยเสนหา

2.1.1.2 ยุคของจักรพรรดิ Constantine

จักรพรรดิ Constantine เป็นผู้ปลดปล่อยการให้โดยเสนหามีเสรีภาพในการกระทำได้โดยไม่ถูกจำกัด หรือถูกห้ามดังเช่นการให้โดยเสนหาในยุคกฎหมายคลาสสิกที่ผ่านมา ซึ่งในช่วงของยุคจักรพรรดิ Constantine นี้เป็นช่วงที่ได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์เป็นอย่างมากและเป็นยุคที่มีการรับรองให้ศาสนาคริสต์เป็นศาสนาที่ถูกต้องตามกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน อันเป็นการส่งเสริมให้คนโรมัน เป็นผู้มีน้ำใจและมีความเอื้อเฟื้อต่อคนอื่น รวมถึงจักรพรรดิคอนสแตนตินเองก็มักจะทำการให้ทรัพย์สินแก่ผู้ที่ขาดแคลน คนยากจน ทหาร หญิงหม้าย หรือทำการบริจาคทรัพย์สินให้โบสถ์อยู่เสมอ²⁴

ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้โดยเสนหาในยุคนี้ จักรพรรดิ Constantine มิได้นำกฎหมายที่ใช้ในยุคกฎหมายคลาสสิกมาใช้บังคับ เนื่องจากกฎหมายคลาสสิกมีความยุ่งยากซับซ้อนอยู่ในตัวซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนระหว่างการให้โดยเสนหาที่สมบูรณ์กับการให้โดยเสนหาที่ไม่สมบูรณ์ได้ อีกทั้ง ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์โดยแบบ Mancipatio หรือ การโอนกรรมสิทธิ์ให้เพราะถูกผูกพันตาม Stipulatio ซึ่งเป็นมูลเหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ด้วย ประกอบกับจักรพรรดิ Constantine ประสงค์ที่จะทำให้อกฎหมายมีความง่ายขึ้นในการบังคับใช้และอยู่ในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

จักรพรรดิ Constantine กำหนดให้การให้โดยไม่มีค่าตอบแทน เป็นการตกลงทางกฎหมายที่มีได้อยู่ในรูปของ สัญญาเช่นเดียวกันกับแนวความคิดของการให้โดยเสนหาในยุคกฎหมายคลาสสิก หากแต่เป็นนิติกรรมสอง ฝ่ายอย่างหนึ่ง ซึ่งสามารถก่อให้เกิดหนี้บางประการได้ และเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นในทันทีพร้อมกับ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้ไปสู่ผู้รับ โดยจักรพรรดิ Constantine เห็นว่า แทนที่การให้ นั้นจะเป็นมูลเหตุแห่งการ โอน แต่การให้โดยเสนหากลับกลายเป็นวิธีหนึ่งในการโอนกรรมสิทธิ์²⁵

การให้โดยเสนหาในยุคจักรพรรดิ Constantine ได้กำหนดแบบในการให้โดยเสนหาไว้ โดยกำหนดว่าทุก ๆ การให้โดยเสนหาจะต้องมีการบันทึกในเอกสารและต้องทำต่อหน้าพยาน โดย

²⁴ ประชุม โจมฉาย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7*, น. 17.

²⁵ *เพิ่งอ้าง*, น. 39.

ในเอกสารนั้นจะต้องมีการระบุชื่อผู้ให้ที่แน่นอน การกำหนดการให้โดยเสน่หาที่แน่นอน และกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ที่แน่นอน อีกทั้งการให้โดยเสน่หาจะต้องมีการส่งมอบต่อหน้าพยาน และประการสุดท้ายคือ จะต้องมีการจดทะเบียนการให้โดยเสน่หาต่อรัฐด้วย หากมิได้ทำตามเงื่อนไขดังกล่าวนี้แล้วก็จะนำมาซึ่งความไม่สมบูรณ์ของการให้โดยเสน่หา ทั้งนี้การกำหนดแบบขึ้นมาก็เพื่อให้เป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ถึงการให้โดยเสน่หา และหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่ยุติธรรมและความซับซ้อนของกฎหมายที่กฎหมายในยุคอดีตเคยเป็น อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายโรมันบางส่วนได้มีแนวความคิดที่คัดค้านในเรื่องแบบของการให้โดยเสน่หาว่าจะเป็นการขัดแย้งต่อเสรีภาพในการทำการให้โดยเสน่หา และแบบดังกล่าวไม่ได้รับความนิยมนิยามในยุคต่อมา

เมื่อการให้โดยเสน่หาในยุคของจักรพรรดิ Constantine มิได้ถูกจัดให้เป็นสัญญา เช่นเดียวกันกับ การให้โดยเสน่หาในยุคกฎหมายคลาสสิก แต่ในยุคนี้กลับยอมรับว่าการให้โดยเสน่หาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายในยุคนี้ต่างก็มองว่าการให้โดยเสน่หาเป็นวิธีแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ โดยมีได้เป็นมูลเหตุแห่งการให้โดยเสน่หา ดังนั้นการให้โดยเสน่หาในยุคนี้จึงไม่อาจก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้ในการต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับ เพราะการให้โดยเสน่หาได้เกิดขึ้นพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอยู่แล้ว การให้โดยเสน่หาในยุคนี้ จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ในยุคของจักรพรรดิ Constantine การให้โดยเสน่หาถูกกำหนดด้วยข้อกำหนดจากจักรพรรดิว่าการให้โดยเสน่หาสามารถกระทำได้และเป็นนิติกรรมสองฝ่าย มิใช่สัญญา และสามารถก่อให้เกิดหนี้บางประการได้ และนิติกรรมการให้โดยเสน่หานี้มีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ออนทันที มิใช่เหตุแห่งการโอนเท่านั้น²⁶ ซึ่งสาเหตุที่มีการเปลี่ยนแปลงนี้อาจเป็นเพราะว่าเป็นยุคที่ศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรให้โดยเสน่หาของจักรพรรดิ Constantine ที่มีต่อคนจน หรือผู้ประสบภัยอื่น ๆ²⁷

2.1.1.3 ยุคของจักรพรรดิ Justinian

ในสมัยหลังจากยุคกฎหมายคลาสสิกเป็นต้นมาจนกระทั่งถึงยุคของจักรพรรดิ Justinian มีการนำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาให้โดยเสน่หาในยุคคลาสสิกมาใช้อีกครั้ง โดยจักรพรรดิ Justinian ได้สร้างแนวความคิดใหม่ว่าสัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้²⁸ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือยุคนี้การให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาที่ผูกพันกันได้²⁹

²⁶ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 52.

²⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 375.

²⁸ เพิ่งอ้าง.

²⁹ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 489.

ในสมัยของจักรพรรดิ Justinian นี้มีการเปลี่ยนแปลงการใช้แบบ Stipulatio จาก แบบพิธีด้วยวาจา (Verbis) มาเป็นแบบพิธีด้วยการทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Literis) โดยเหตุผลที่ต้องการทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็เพราะการทำเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ ซึ่งกฎหมายโรมันในสมัยก่อนมิได้คำนึงถึงเรื่องนี้ เนื่องจากว่าในสมัยนั้นมีมาตรการป้องกันเพียงพอที่จะทำให้คำมั่นสัญญาที่ทำด้วยวาจาสามารถปฏิบัติได้ เพราะแต่เดิมแบบพิธีการกล่าวด้วย วาจา นั้นอิงอยู่กับศาสนาเสมือนการให้คำมั่นต่อพระเจ้า ประหนึ่งเป็นการทำกรสาบานต่อพระเจ้า ทำให้ผู้ให้คำมั่นจำต้องปฏิบัติตามถ้อยคำที่ตนได้กล่าวเอาไว้ แต่เมื่อศาสนาเสื่อมลง ความเชื่อต่อ พระเจ้า ก็เริ่มเสื่อมลงด้วยทำให้กฎหมายมิได้ผูกพันกับศาสนาอีกต่อไป จึงเกิดการพัฒนารูปแบบในการให้ ในลักษณะที่เป็นหนังสือขึ้น

ในยุคปลายจักรวรรดิโรมันนี้เอง เริ่มมีการรับเอาแบบการจดทะเบียนเข้ามาในโรมัน โดยมีการยอมรับเอาการจดทะเบียนดังกล่าวมาใช้กับการทำคำมั่นว่าจะให้ด้วย และการจดทะเบียนนี้จะต้องทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือต่อหน้าผู้พิพากษาด้วย เพื่อให้เกิดความ น่าเชื่อถือ และง่ายต่อการพิสูจน์และการบังคับมากยิ่งขึ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า แม้รูปแบบหรือพิธีการจะเปลี่ยนแปลงไปตามกาล สมัยก็ตาม แต่กฎหมายโรมันเองก็ยังคงรับรองการให้โดยเสน่หาว่ามีผลผูกพันอยู่และก่อให้เกิดหนี้ โดยการให้โดยเสน่หาในกฎหมายโรมันนั้นมิได้จัดอยู่ในประเภทสัญญาเหมือนกับการซื้อขาย เพราะด้วยลักษณะของการให้โดยเสน่หาแล้วจัดอยู่ในการดำเนินการที่พิเศษ เนื่องจากการให้โดยเสน่หาเป็นการดำเนินการที่เป็นการโอนประโยชน์ให้เปล่าโดยผู้ให้มิได้รับประโยชน์อันใดตอบแทนเลย ซึ่งนักกฎหมายโรมันเองต่างก็ยอมรับว่าโดยแท้จริงแล้ว นิสัยที่เห็นแก่ประโยชน์ของคนอื่นเป็นหลัก โดยที่ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินไปด้วยความยินดีนั้น มิใช่เป็นเรื่องที่ปกติเท่าใดนัก เนื่องจากว่าการให้โดยเสน่หาสามารถทำขึ้นด้วยสาเหตุหลายประการ อาทิเช่น การให้โดยเสน่หาทรัพย์สินเพื่อหวังผลประโยชน์ในทางการค้า หรือเป็นการให้โดยเสน่หารางวัลสำหรับความช่วยเหลือ หรือบางกรณีผู้ให้ต้องการให้โดยเสน่หาก็ก็น่าหวังที่จะให้ผู้รับได้ปฏิบัติในสิ่งที่ผู้ให้ต้องการ ซึ่งการให้โดยเสน่หานี้อาจอยู่ในลักษณะของการให้โดยเสน่หาที่มีค่าภาระติดพันที่กำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยภายหลังจากที่ได้รับทรัพย์สินแล้ว ก็เป็นไปได้หรือในบางกรณีการให้โดยเสน่หาก็ก็น่าหวังที่จะให้ผู้รับได้ปฏิบัติในสิ่งที่ผู้ให้ต้องการ ซึ่งการให้โดยเสน่หาที่มีค่าภาระติดพันที่กำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยภายหลังจากที่ได้รับทรัพย์สินแล้ว ก็เป็นไปได้หรือในบางกรณีการให้โดยเสน่หาก็ก็น่าหวังที่จะให้ผู้รับได้ปฏิบัติในสิ่งที่ผู้ให้ต้องการ ซึ่งการให้โดยเสน่หานี้

³⁰ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 477-478.

องค์ประกอบที่สำคัญของการให้โดยเสน่หา คือ การที่ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของผู้ให้ลดลง และทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของผู้รับการให้เพิ่มมากขึ้น ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการให้โดยเสน่หานี้เป็นที่ วิพากษ์วิจารณ์กันในหมู่นักกฎหมายโรมันเป็นอย่างมากว่าเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและทำให้นักกฎหมายโรมันเองมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปในเรื่องการให้โดยเสน่หา ส่งผลให้กฎหมายโรมันเกี่ยวกับการให้โดยเสน่หายังมีความไม่มั่นคงเท่าใดนัก โดยมีการพัฒนาหลายขั้นตอน ซึ่งสามารถพิจารณาได้จาก ยุคสมัยของกฎหมายโรมัน โดยแบ่งออกเป็น 3 ยุค³¹ ดังกล่าวข้างต้น

2.1.2 พัฒนาการของการให้โดยเสน่หาในไทย

สำหรับการให้โดยเสน่หานั้นเป็นสัญญาให้ชนิดหนึ่งของสัญญาให้ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ซึ่งประกอบด้วยการให้ด้วยเสน่หา การให้ด้วยความกลัว และการให้ด้วยศรัทธาดังนั้น สัญญาให้ในช่วงก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเริ่มตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นต้นมา ในยุคของสังคมสมัยนั้นยังไม่มีเรื่องของเงินทองเข้ามาข้องเกี่ยวมากนัก สิ่งของที่ได้มาก็มักจะมาจากการแลกเปลี่ยนกับสิ่งของของตน หรือการได้รับสิ่งของจากการให้ของคนในครอบครัว หรือญาติมิตร หรือเพื่อนบ้านเสียมากกว่า จึงนับได้ว่าสัญญาให้โดยเสน่หาได้เข้ามามีบทบาทต่อสังคมในสมัยนั้นอยู่มาก และกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาเอง ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์และราชศาสตร์ซึ่งเป็นพระราชวินิจฉัยต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์ก็บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้เอาไว้เช่นกัน โดยถือหลักการ ส่งมอบทรัพย์สินเป็นการโอนสิทธิให้แก่กัน โดยผู้ให้ต้องเป็นเจ้าของและต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินในทันที

กล่าวโดยสรุป สัญญาให้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นเสียก่อนสัญญาจึงจะสมบูรณ์ ส่วนสัญญาจะให้หรือคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ ดังที่มึนนักกฎหมายท่านหนึ่งกล่าวว่า “ในสมัยกรุงศรีอยุธยา การตกลงคำว่าจะให้หรือ คำมั่นว่าจะให้ไม่มีผลเป็นการให้ ผู้รับจะเรียกเอาทรัพย์สินที่จะให้นั้นไม่ได้”³²

กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการให้โดยเสน่หาได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง สมัยรัชกาลที่ 1 โดยบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ อันเป็นลักษณะของกฎหมายที่รวบรวมเอากฎหมายอันเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาหลาย ๆ เรื่องเข้าไว้ด้วยกันซึ่งรวมถึงสัญญาให้โดยเสน่หา

³¹ *Ibid*, p. 479-498.

³² เดือน จิตรกร, “เอกเทศสัญญาบางเรื่องในกฎหมายตรา 3 ดวง,” *วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม*, น. 85 (ฉบับฉลอง 20 ปี 2533).

ด้วย โดยเนื้อหาของกฎหมายลักษณะให้โดยเสนหานี้ ยังคงมีเนื้อหาเช่นเดียวกับกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น เช่น ผู้ให้ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้โดยเสนหา หรือการให้โดยเสนหาต้องทำด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งตามกฎหมายตราสามดวง ผู้ให้ยอมให้ได้แต่ทรัพย์สินที่เป็นของตนเท่านั้น ผู้ให้นำทรัพย์สินของผู้อื่นไปให้แล้วยอมมีความผิด เช่นเดียวกับผู้ขายหรือผู้จำหน่ายที่นำทรัพย์สินอันเป็นของผู้อื่นไปขายหรือไปจำหน่ายแล้วแต่กรณี ผู้นั้นมีความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จที่ 126 แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่พระเจ้าอยู่หัวพระราชทานทรัพย์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว หากปรากฏว่าทรัพย์ที่พระราชทานให้นั้นเป็นของราษฎร ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์จะเรียกคืนไม่ได้ ตามบทเบ็ดเสร็จที่ 65 เพราะอำนาจอธิปไตยของ พระเจ้าอยู่หัวมีเหนือบุคคล และสิ่งของของราษฎร³³

การให้โดยเสนหามีการบัญญัติไว้ในบทที่ 119 มาตรา 104 ซึ่งการให้โดยเสนหามี 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

1. การให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสนหา (สินห โต จ ธนั ทินน)
2. การให้ทรัพย์ด้วยกลัว (ทินน ธณญจ ภยโต) และ
3. การให้ทรัพย์แก่กันด้วยศรัทธา (สทุทธา จ ธนั ทินน)

นอกจากนั้น ในบทที่ 119 มาตรา 104 ยังบัญญัติถึงการให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสนหานั้น ให้แล้วเอาคืนไม่ได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์ที่จะให้ ผู้รับจะเรียกเอาทรัพย์ที่จะให้คืนก็ไม่ได้³⁴ โดยมีเนื้อความว่า “อันว่าทรัพย์ให้ด้วยเสนหานั้น จะคืนเอาเล่าก็ บ มิได้ จะว่าเอาเล่าก็ บ มิได้ อันว่าทรัพย์ให้ด้วยความกลัวนั้นจะคืนเอาก็ได้จะว่ากล่าวเล่าก็ได้ อันว่าทรัพย์ให้ด้วยศรัทธาจะคืน เอาเล่าก็มิได้ อันว่าถ้าผู้นั้นจะคืนเอาเล่าให้ลงโทษมันโดยราชาญา”³⁵ ส่วนการให้ทรัพย์ด้วยความกลัวนั้น เมื่อพิจารณา บทที่ 119 มาตรา 104 ประกอบกับบทที่ 120 มาตรา 105 แห่งกฎหมายตราสามดวง ซึ่งบัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง ให้ทรัพย์แก่ท่านด้วยกลัว ถ้าทรัพย์ยังอยู่ที่ดี จำหน่ายสิ้นแล้วก็ดี และจะคืนเอาเล่าก็ได้ เพราะเหตุให้ทรัพย์แก่ท่านนั้น กลัวไทยอันตรายจะมาถึงจึงให้” แล้วจะเห็นได้ว่าการให้ทรัพย์ด้วยความกลัวเกิดขึ้นจากการให้ทรัพย์โดยไม่มีความสมัครใจที่จะให้ทรัพย์สินนั้นเลย ก็ยอมบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินไม่ได้ ส่วนการให้ทรัพย์แก่กันด้วยศรัทธานั้น เมื่อให้ไปแล้วกฎหมายบัญญัติว่าไม่สามารถเรียกเอาคืนได้ ส่วนผู้รับหากยังไม่ได้ รับมอบของก็จะเรียกเอาของที่

³³ ร. แลงกาศ์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), เล่ม 2 น. 250.

³⁴ เพ็ญอ้าง, น. 83.

³⁵ เพ็ญอ้าง, น. 89..

จะให้นั้นไม่ได้ เช่นเดียวกับการให้โดยเสนาหา ซึ่งบัญญัติไว้ในบทที่ 119 มาตรา 104 ที่กล่าวไว้ข้างต้น

กฎหมายในสมัยนี้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า การให้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบสิ่งของให้แก่ผู้รับเพียงแต่การตกลงด้วยเจตนาของคู่สัญญาไม่สามารถก่อให้เกิดความผูกพันได้ ดังนั้น การส่งมอบสิ่งของจึงประกอบเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของสัญญา และตราบใดที่สิ่งของที่ให้ยังมิได้ตกถึงมือผู้รับ ผู้รับก็ไม่มีสิทธิในสิ่งของนั้นแต่อย่างใด และผู้ให้ก็อาจถอนคำเสียได้ แต่ถ้าหากสิ่งของที่ให้ตกถึงมือผู้รับไปแล้ว สิ่งของนั้นก็ตกเป็นของผู้รับโดยเด็ดขาด³⁶ ดังที่บัญญัติไว้ในบทที่ 128 มาตรา 113 ว่า “มาตราหนึ่ง ผู้ใดเสนาหาแก่กัน แล้วจะให้ทรัพย์สินแก่กัน และทรัพย์สินซึ่งจะให้นั้นยังอยู่ในสถานที่ไกล แลมิได้มีอยู่ในมือผู้รับ แต่ออกปากว่าจะให้แก่กันดั่งนั้น ถ้าแลทรัพย์สินมาถึงมือผู้รับจึงจะว่าเป็นสิทธิแก่ผู้รับ เหตุใดจึงกล่าวดั่งนี้ เหตุว่าทรัพย์สินนั้นมิได้มาถึงมือผู้จะให้ได้ ถ้าแลให้ถึงมือแล้ว แลผู้ได้ทรัพย์สินเอาทรัพย์สินไปจำหน่ายเสียสิ้นเชิงแล้ว แล้วผู้ให้นั้นจะกลับคืนเอามิได้โดย” ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นได้ว่า สัญญาจะให้หรือค้ำมั่นว่าจะให้ในสมัยนั้นมีไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัญญาหรือค้ำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินอันเป็นสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์ เช่นที่ดินก็ตาม ก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ให้สัญญาว่าจะให้หรือค้ำมั่นว่าจะให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ แต่สำหรับการให้อสังหาริมทรัพย์เช่น ที่ดิน อาจทำการให้ได้ โดยการไปบอกต่อเจ้าพนักงานท้องที่ แต่ต่อมาเมื่อมีประกาศรัชกาลที่ 4 ส่งผลให้ผู้ให้ต้องมอบหนังสือสำคัญพร้อมด้วยที่ดินให้แก่ผู้รับ มิฉะนั้นเจตนาของเจ้าของเดิมอาจไม่ชัดเจน และอาจมีปัญหาภายหลังได้ว่ามีการโอนกรรมสิทธิ์แล้วหรือไม่ ต่อมาเมื่อประกาศดังกล่าวถูกยกเลิก การส่งมอบที่ดินทำได้โดยเจ้าของมอบที่ดินให้แก่ผู้รับและได้มีการทำเป็นหนังสือ แต่ทั้งนี้ การทำเป็นหนังสือไม่จำเป็นต้องทำต่อหน้านายอำเภอ³⁷ ถึงแม้การส่งมอบทรัพย์สินระหว่างสังหาริมทรัพย์กับอสังหาริมทรัพย์ จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบในลักษณะดังที่กล่าวมาแล้ว ผู้รับค้ำมั่นก็ไม่สามารถเรียกให้ผู้ให้ค้ำมั่นส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตนได้ ผู้ให้ค้ำมั่นจึงไม่มีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด และเป็นเหตุให้สัญญาให้ไม่อาจทำขึ้นโดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขได้ เนื่องจากสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน หรือเงื่อนไขเริ่มต้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่บังเกิดผลจนกว่าเงื่อนไขที่วางไว้ได้เกิดขึ้น หรือเมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้ ดังนั้นสัญญาให้โดยเสนาหาที่อาศัยเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขเริ่มต้นตามที่ได้กำหนดเอาไว้จะเกิดผลก็ต่อเมื่อเงื่อนไขบังเกิดขึ้นหรือเวลาที่ได้กำหนดไว้มาถึง เช่นเดียวกับสัญญาทั่วไปเช่นกันแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องส่งมอบขณะ

³⁶ เห่งอ้าง, น. 250.

³⁷ เห่งอ้าง, น. 352-353.

ทำสัญญา แต่เนื่องจากการส่งมอบทรัพย์สินเป็นองค์ประกอบสำคัญของสัญญาให้โดยเสน่หาในขณะนั้นแล้ว สัญญาให้โดยเสน่หาจึงย่อมเกิดขึ้นไม่ได้หากมิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินแม้เงื่อนงำหรือเงื่อนเวลาจะบังเกิดขึ้นแล้วก็ตาม

เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้ว หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้รับในการนี้จะไปโทษผู้ให้ไม่ได้ หรือหากเกิดความเสียหายแก่ผู้ให้เองก็จะไปโทษผู้รับก็มิได้ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในบทที่ 125 ว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์สินอันมิควรที่จะให้แก่ท่านเอาไปให้แก่ท่าน ก็เป็นโทษแก่ผู้ให้นั่น เพราะเหตุผู้รับนั้นมิรู้จักเดิมมาแห่งทรัพย์สิน แต่ถ้าเอาทรัพย์สินนั้นไปให้แก่ท่านระคอก ผู้รับนั้นก็เป็นโทษ เพราะเหตุผู้รับนั้นไม่พิจารณาเดิมที่มาแห่งทรัพย์สินนั้น อนึ่ง ถ้าทรัพย์สินนั้นผู้เอามาให้ค่าสิ่งของประการใดก็ดี ผู้รับนั้นหาโทษมิได้ เป็นโทษแก่ผู้ให้ อนึ่งทรัพย์สินมิควรที่จะเอา และผู้รับนั้นรู้ว่าทรัพย์สินนั้นกอบปรักด้วยโทษแล้ว แลรับเอาทรัพย์สินนั้นก็ดี มีรู้ว่ากอบปรักด้วยโทษแลรับไว้ก็ดี ก็เป็นโทษแก่ผู้รับแลผู้ให้นั่น ในข้อที่เป็นโทษแก่ผู้ให้นั่น” เห็นจะหมายความว่า หากเอาแหวนเพชรมีค่าไปให้แก่เขาจะมาถึงว่าให้ของผิด ว่าตั้งใจจะให้แหวนตะกั่วหุ้มมะร่ามันย่อมฟังไม่ได้ ผู้ให้จึงต้องรับความเสียหายนั้นไปเอง แต่ในทางตรงกันข้าม หากเขาให้สุนัขตัวหนึ่ง แล้วไปรับเอาของเขาไว้ ถ้ามันกัดเอา ผู้รับก็โทษใครไม่ได้เหมือนกัน³⁸ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายปัจจุบันที่หากเกิดความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินก็จะเอาโทษแก่ผู้ให้ไม่ได้ ผู้รับจำต้องรับความเสียหายนั้นไว้เอง เว้นแต่ จะเป็นการให้โดยเสน่หาทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องในการให้โดยเสน่หาที่มีค่าภาระติดพันที่ผู้ให้ยังคงต้องมีความรับผิดชอบ

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หามีลักษณะเช่นเดียวกับการให้ตามกฎหมายเก่าของประเทศพม่า ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายรามัญและ กฎหมายเก่าของพม่า จนสันนิษฐานได้ว่า คำเนิกรมาจากหลักเดียวกันแต่ต่างกันตรงที่กฎหมายพม่าให้สิทธิแก่ผู้ให้โดยเสน่หาที่จะเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ หากภายหลังผู้ให้ตกอยู่ในความยากไร้³⁹ และสามารถเพิกถอนได้กับการให้โดยเสน่หาทางชนิดเท่านั้น กล่าวคือ การให้โดยเสน่หาด้วยความศรัทธาผู้ให้ไม่อาจเพิกถอนได้ และกฎหมายลงโทษอาญาแก่ผู้จะเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้ด้วยความศรัทธาคืนอีก (บทเบ็ดเสร็จที่ 119) ส่วนการให้โดยเสน่หาด้วยความกลัว อาจเพิกถอนได้เสมอ แม้ผู้รับจะได้จำหน่ายทรัพย์สินนั้นแล้ว (บทเบ็ดเสร็จที่ 120) หากทรัพย์สินที่ให้ได้ตกไปอยู่กับบุคคลที่สามโดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้หรือโดยเหตุอื่นก็ตาม ผู้ให้ยังเรียกเอาคืนได้ ซึ่งความกลัวที่กล่าวถึงนั้นไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

³⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ปาฐกถา เรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510), น. 32.

³⁹ ร. แลงกาศ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 39, น. 89.

ว่าคืออะไร แต่สันนิษฐานได้ว่า หมายถึง การชู้กรรโทษผู้รับทำให้เจ้าของทรัพย์สินคิดว่าชีวิตของตน หรือของครอบครัวตกอยู่ในอันตราย หรือทรัพย์สินตกอยู่ในภัยพิบัติ (บทเบ็ดเสร็จที่ 127 ตอนท้าย) ส่วนการให้โดยเสน่หาประการสุดท้าย คือ การให้โดยเสน่หาไม่อาจเพิกถอนได้ เช่นเดียวกับการให้ด้วยความศรัทธา แต่กฎหมายก็ได้ บัญญัติให้โทษสำหรับผู้ให้ซึ่งเรียกทรัพย์สินที่ให้แก่ (บทเบ็ดเสร็จที่ 119) ยกตัวอย่างเช่น หากสามี ได้ให้ภริยาไปโดยเสน่หาแก่บุคคลอื่น สามีก็ไม่อาจบังคับให้ผู้รับคืนภริยาให้ตนได้อีกต่อไป แม้ผู้ให้จะยอมชำระเงินเท่ากับค่าตัวของหญิงผู้นั้นก็ตาม (บทเบ็ดเสร็จที่ 124) ทั้งนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่า กฎหมายเก่าถือหลักนี้อย่างเคร่งครัด มีข้อยกเว้นเพียงหนึ่งข้อเท่านั้น คือ เมื่อทรัพย์สินที่ให้เป็นบ้านเรือน ผู้ให้อาจเรียกคืนบ้านเรือนนั้นได้ หากผู้รับถึงแก่กรรมก่อน ที่บัญญัติเช่นนี้เพราะเหตุว่า ผู้ให้อ้างเจตนาของตนว่าต้องการให้แก่ผู้รับเท่านั้นและไม่ประสงค์จะให้กับผู้อื่น (บทเบ็ดเสร็จที่ 56) ซึ่งน่าจะเป็นที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการถือเอาลักษณะของทรัพย์สินที่ให้เป็นอสังหาริมทรัพย์ จึง เกี่ยวกับแนวความคิดของระบอบที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากบทบัญญัติพิเศษนี้บัญญัติ อยู่ในหมวดที่ว่าด้วย ที่บ้านที่สวนไร่นา แทนที่จะอยู่ในหมวดว่าด้วยการให้⁴⁰

การให้โดยเสน่หาตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในช่วงก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งในสมัยกรุงศรีอยุธยาและสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ที่ใช้บังคับกฎหมายตราสามดวงนั้น ถือได้ว่าเป็นการให้โดยเสน่หาที่อาศัยการส่งมอบเป็นสำคัญ และเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เหมือนกับกฎหมายปัจจุบันหลายประการ เช่น การให้โดยเสน่หาหากมิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ท่านว่าไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายอยุธยา ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันนี้ก็ยังเป็นเช่นนี้อยู่⁴¹ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินมิใช่เป็นหนี้ในสัญญาให้โดยเสน่หา เพราะตราบใดที่ยังมิได้มีการส่งมอบการให้โดยเสน่หาก็ไม่สมบูรณ์ ส่วนผู้รับ นั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินกลับคืนเมื่อผู้ให้ได้เพิกถอนการให้โดยเสน่หาและเรียกเอาทรัพย์สิน นั้นก็แต่เฉพาะในกรณีของการให้ด้วยความกลัวเท่านั้น ส่วนการให้ประการอื่นผู้ให้ไม่สามารถเรียก เอาทรัพย์สินคืนได้ ผู้รับการให้จึงไม่มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนการให้โดยเสน่หาหลังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในไทย จากการพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่อง ให้ แล้ว พบว่า “ให้โดยเสน่หา” เป็นสัญญาชนิดหนึ่งตามมาตรา 521 ซึ่งแต่เดิมนั้นได้มีการให้ความหมายของสัญญาให้โดยเสน่หาว่า “เป็นสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ให้ ตกลงจะ โอนทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอีกคน

⁴⁰ ร. แลงกาศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39*, น. 251-252.

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44*, น. 27.

หนึ่ง เรียกว่าผู้รับให้ และผู้รับให้ตกลงจะรับเอาทรัพย์สินนั้น⁴² โดยที่ประชุมได้ให้ความหมายของคำว่า “Gratuitously” ว่าหมายถึง “เปล่า”⁴³ ซึ่งก็หมายความว่า เป็นการให้เปล่าโดยไม่มีอะไรตอบแทน โดยผู้ร่างมองว่าสัญญาให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนี้ มิใช่การยกของให้กันตามกฎหมายเบ็ดเสร็จซึ่งบัญญัติไว้ว่าจะฟ้องร้องไม่ได้เพราะการให้โดยเสน่หาตามกฎหมายเดิมจะไม่เป็นการให้โดยเสน่หาจนกว่าของจะถึงมือผู้รับ ซึ่งกฎหมายในฉบับปัจจุบันก็ได้มีการบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน กับกฎหมายเก่าว่า สัญญาให้โดยเสน่หาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับแล้ว โดยนักกฎหมายท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นว่าข้อบัญญัตินี้มีได้เนื่องมาจากเหตุผลเดียวกับกฎหมายเบ็ดเสร็จที่ถือว่าเฉพาะการตกลงของเจตนาไม่สามารถก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นได้ แต่กฎหมายปัจจุบันที่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ก็เพื่อป้องกันภัยต่าง ๆ อันจะเกิดจากสัญญาให้โดยเสน่หา หากทรัพย์สินที่ให้นั้น ยังคงอยู่ในความครอบครองของผู้ให้ต่อไปได้⁴⁴ โดยในการประชุมร่างคำนิยามของสัญญาให้โดยเสน่หานี้ ที่ประชุมร่างกฎหมายมองว่าหากร่างตามหลักกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วก็ต้องแบ่งการให้ออกเป็น 2 ประการ คือ ประการแรก การยกให้โดยสัญญายอมผูกพันฝ่ายผู้จะให้ที่ต้องส่งมอบของและฝ่ายผู้จะรับที่ สามารถเรียกเอาของได้ และประการที่สอง การยกให้โดยไม่มีแบบพิธีอะไร เพียงแต่ส่งของให้กันไป (Don Manuel) ก็เด็ดขาดแล้ว ผู้รับยอมได้รับกรรมสิทธิ์ในทันที แต่ที่ประชุมได้ระบุในรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 16 มิถุนายน พระพุทธศักราช 2467 ว่าในการกำหนดคำนิยามของสัญญาให้ไม่ควรร่างตามแบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ควรร่างเป็นกลาง ๆ จึงมีมติให้ร่างตามแบบมาตรา 549⁴⁵ ของกฎหมายญี่ปุ่น⁴⁶ ต่อมาเมื่อได้มีการแปลด้วยกฎหมายจากต้นฉบับ ภาษาอังกฤษมาเป็นภาษาไทยแล้ว คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายได้ให้ผู้เชี่ยวชาญภาษาไทย ตรวจแก้ขัดเกลา

⁴² คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตุลาคม 2464, ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 23.

⁴³ สำนักนายกรัชมุนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย (1 ตุลาคม 2464), น. 499.

⁴⁴ ร. แลงกาด์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 39*, น. 250.

⁴⁵ Article 549 Gift takes effect when one of the parties concerned expresses his intention to give property of his own to the other party gratuitously and the other party accepts it.

⁴⁶ สำนักนายกรัชมุนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (16 มิถุนายน 2467), น. 1288.

ในด้านภาษาไทยให้เป็นภาษาไทยที่ดีและสละสลวยด้วย⁴⁷ ดังนั้น จึงเป็นเหตุ ให้มีการเปลี่ยนแปลง ถ้อยคำในตัวบทจากคำว่า “เปล่า” เป็นคำว่า “โดยเสน่หา”

การกำหนดให้ส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา 523 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ปรากฏในปัจจุบันนี้ มาตราดังกล่าวได้ถูกร่างขึ้น โดยที่ประชุมเห็นว่าเป็นการนำหลักการ ส่งมอบของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Don Manuel) มาใช้บังคับ คือ สัญญาที่ให้ไม่บริบูรณ์จนกว่าจะส่ง ของ ซึ่งต่อมาภายหลังเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เสร็จแล้ว ได้ส่ง ตัวร่าง ไปให้ทูตอังกฤษตรวจพิจารณาโดยทูตอังกฤษได้ทำการแก้ไขร่างภาษาอังกฤษจากเดิมที่ใช้ คำว่า “Complete” ให้เป็น “Valid” โดยไม่ปรากฏเหตุผลของการแก้ไข จึงจำต้องแก้ไขในส่วนคำ แปลภาษาไทยจากคำว่า “บริบูรณ์” เป็น “สมบูรณ์” ด้วย⁴⁸ ซึ่งการแก้ไขถ้อยคำดังกล่าวอาจส่งผลต่อ การตีความในกฎหมายเรื่องการส่งมอบได้ว่าแท้จริงแล้วการส่งมอบเป็นองค์ประกอบสำคัญของ สัญญาให้โดยเสน่หา ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบในการส่งมอบไปแล้วจะทำให้สัญญาดังกล่าวไม่เป็น สัญญาให้โดยเสน่หา หรือทำให้สัญญาให้โดยเสน่หาเป็นโมฆะ เพราะสัญญาให้โดยเสน่หาจะ เกิดขึ้นได้หรือสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อต้องมีการส่งมอบ ทรัพย์สินที่ให้ไปด้วย หรือเป็นเพียงแค่สิ่งที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องทำแต่จะทำกันในเวลาใดภายหลังจากสัญญาให้โดยเสน่หาเกิดขึ้นแล้วก็ได้ โดยมีความผูกพันเป็นการชำระหนี้หนึ่งตามสัญญาเท่านั้น

ส่วนร่างบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจะให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ที่ปัจจุบันบัญญัติอยู่ใน มาตรา 526 นั้นเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากกว่าสมควรจะบัญญัติไว้หรือไม่ เนื่องจากผู้ร่างส่วนหนึ่ง เห็นว่า การยกของให้แก่กันโดยเสน่หานั้นจะต้องส่งของถึงมือผู้รับ และต้องทำในปัจจุบัน ทำต่อ หน้ากัน และจะให้กันในภายหน้าไม่ได้ แต่ถ้าหากได้กำหนดไว้เป็นกรรมกรรม⁴⁹ ก็น่าที่จะฟ้อง บังคับกันได้ ซึ่งใกล้เคียงกับหลักกฎหมายอังกฤษ แต่เนื่องจากคำนิยามของสัญญาให้โดยเสน่หาที่ ได้กำหนดไว้ให้เป็นสัญญา (Contract) แล้ว และถ้ามีการรับรองเกิดขึ้นก็จะก่อให้เกิดหนี้ตาม กฎหมาย คือเป็นหนี้แก่ฝ่ายผู้ให้ที่จะต้องส่งมอบของ และหนี้แก่ผู้รับที่จะต้องรับมอบของตามที่ตกลงไว้ และที่กล่าวว่าหากการยกของให้ไม่เด็ดขาดจนส่งของนั้น เห็นว่าเป็นเรื่องที่ฝ่ายผู้ให้อาจโอน ให้คนอื่นต่อไปได้เท่านั้น มิได้หมายความว่าผู้รับไม่อาจมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบ ทรัพย์สินได้เลย ดังนั้นถ้าหากทรัพย์สินยังอยู่ที่ผู้ให้แล้วผู้รับก็อาจเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินได้ เพราะ

⁴⁷ ชานินทร์ กรีวิเชียร, ภาษากฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย รามคำแหง, 2520), น. 50.

⁴⁸ ไมโครฟิล์ม ม้วนที่ 13, “ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,” เล่มที่ 91, น. 153.

⁴⁹ สัญญากรรมกรรม หมายความว่า สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นเอกสาร โดยมีตราประทับของทางการ (Contract Under Seal)

กรรมสิทธิ์ตกมายังผู้รับในเวลาสัญญากันแล้ว ทั้งนี้ เพราะคำนิยามของสัญญาให้โดยเสน่หาไม่ได้กล่าวถึงการส่งมอบของ แต่กล่าวถึงเพียงการโอนกรรมสิทธิ์ (Transfer) เท่านั้น⁵⁰ แต่อาจมองได้ว่าการทำสัญญาให้โดยเสน่หาโดยยังมีได้ส่งมอบของกันหรือที่เรียกกันว่าสัญญาจะให้นั้น เป็นสัญญาธรรมดาไม่ใช่การให้โดยเสน่หา (Gift) แต่ถ้าได้มีการส่งมอบของแล้ว การให้โดยเสน่หานั้นย่อมเด็ดขาดเรียกคืนไม่ได้⁵¹ ซึ่งผู้ร่างเห็นว่า กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ดี หรือ กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ดี สามารถฟ้องร้องให้ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาจะให้ได้ (Unilateral Contract) แต่เนื่องจากมาตราดังกล่าวนี้ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ตามแบบของกรรมธรรม์ ดังนั้นหากได้มีการทำกรรมธรรม์กันไว้ ผู้ให้ก็มีหน้าที่ต้องส่งมอบของตามที่ได้สัญญาไว้ โดยที่สัญญากรรมธรรม์ดังกล่าวนี้ทำให้การให้เด็ดขาดได้โดยมิต้องส่งมอบของกรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือแล้ว และผู้ร่างยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่โดยมองว่าสัญญาจะให้หรือค้ำมั่นว่าจะให้เป็นสัญญาที่เด็ดขาด แต่บางท่านกลับมองว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่ Promise to Gift หากแต่เป็นการทำตามแบบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งการฟ้องให้ผู้ให้ส่งมอบของนั้นเป็นการฟ้องเรียกในฐานะที่ผู้รับเป็นเจ้าของ ทรัพย์สิน⁵² ประกอบกับผู้ร่างบางท่านมีความเห็นว่า “Complete” หรือคำว่า “Valid” ที่ได้ทำการแก้ไขมาตราดังกล่าวในภายหลังนั้น มิใช่คำบังคับว่าในเรื่องการให้จะต้องมีการส่งมอบ “Delivery อยู่ในคำนิยามของการให้โดยเสน่หา ดังนั้น สองมาตราดังกล่าวนี้จึงมีความหมายคนละเรื่องกัน ส่งผลให้ผู้รับสามารถฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินได้และผู้ให้มิหนี่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน⁵³ ที่ประชุมมีมติไม่ตัดร่างกฎหมายมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ดีจะเห็นได้ว่าการร่างมาตราดังกล่าวนี้ยังคงมีปัญหาของแนวความคิดที่ไม่ตรงกันอยู่ ถึงแม้ว่าปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ก็ตาม แต่ความเห็นที่แตกต่างกันก็ยังคงสืบต่อมายังนักกฎหมายในยุคปัจจุบันนี้ด้วย

⁵⁰ หากมองว่าสัญญาให้ก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์นับแต่เวลาที่สัญญาเกิด โดยยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินเหมือนดังเช่น สัญญาซื้อขายแล้ว ผู้รับการให้ย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินนับ แต่เวลาที่สัญญาเกิด และผู้รับก็จะต้องมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินจากบุคคลอื่น ๆ แม้มิได้เป็นผู้ให้ ได้ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵¹ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 52*, น. 1290.

⁵² สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, (18 มิถุนายน 2467), น. 1299-1300.

⁵³ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 52*, น. 1291.

บทบัญญัติมาตรา 525⁵⁴ ซึ่งเกี่ยวกับการให้โดยเสน่หาสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินที่ ถ้าจะซื้อขายกันแล้วต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การให้โดยเสน่หา ทรัพย์สินดังกล่าวก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย การให้นั้น สมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ ซึ่งการร่างมาตราดังกล่าวในขณะนั้นผู้ร่างเห็นว่า การให้โดยเสน่หา ทรัพย์สินดังกล่าวโดยได้ทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน หรือได้ทำเป็นกรรมกรรมไว้ ก็ไม่จำเป็นที่จะต้อง มอบของให้แก่กันการให้โดยเสน่หานั้นก็ สมบูรณ์ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอังกฤษ และที่ ประชุมมีมติเห็นชอบด้วย⁵⁵

ส่วนการให้โดยเสน่หาที่ผู้ให้หมั้นจะต้องชำระเป็นคราว ๆ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายได้ บัญญัติอยู่ใน มาตรา 527⁵⁶ นั้น ได้ปรากฏในรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายว่าได้มีการนำ มาตราดังกล่าวมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 520⁵⁷ โดย ได้รับการถกเถียงกันเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้ร่างส่วนหนึ่งเห็นว่า การให้โดยเสน่หาที่จะต้องส่งมอบของ กันภายในนั้น จะมีได้ก็แต่เมื่อได้ทำเป็น Contract Under Seal ที่ไม่มีเงื่อนไข (Deed) หรือได้ทำต่อ หน้าเจ้าพนักงานไว้ อันเป็นไปตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ดังนั้น จึงควรตัดมาตรานี้ ออกเสียแต่ผู้ร่างอีกส่วนหนึ่งกลับมองว่า ไม่ควรตัดมาตราดังกล่าวออก เพราะมาตรานี้เป็นบท ยกเว้น โดยกล่าวว่าตามธรรมดาแล้วการให้โดยเสน่หาต้องมีการส่งมอบของจึงจะเด็ดขาด และ มาตรานี้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาจะให้อันเป็นสัญญาที่ยังมิได้มี การส่งมอบของ (Contract to Make Gift) ก็สามารถบังคับได้เหมือนกัน ซึ่งที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมายมีมติไม่ตัดมาตราดังกล่าวนี้ ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ว่าการตกลงกันล่วงหน้าจะสามารถเลิกกันได้เมื่อใด ซึ่งผู้ร่างเห็นว่าหาก กำหนดให้มีการเลิกกันได้ก็ควรให้มีผลแต่เฉพาะในภายหน้าเท่านั้น ส่วนที่ให้มาแล้วก็ไม่อาจเรียก คืนได้ เช่นนี้แล้วหากมีการเลิกสัญญากันผู้รับก็ไม่มีหน้าที่ต้องส่งมอบ ทรัพย์สินที่ได้รับมาแล้วคืน แต่ประการใด ต่อมาภายหลังมาตราดังกล่าวนี้ได้ทำการแก้ไขโดยที่ประชุมร่างกฎหมาย ทั้งนี้ได้

⁵⁴ มาตรา 525 การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณี เช่นนี้ การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ

⁵⁵ เพิ่งอ้าง.

⁵⁶ มาตรา 527 ถ้าผู้ให้ผูกตนไว้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราว ๆ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อผู้ให้หรือ ผู้รับตาย เว้นแต่จะขัดกับเจตนาอันปรากฏแต่มูลหนี้

⁵⁷ Article 520 if a donor promises a subsistence consisting in periodical payments, the obligation is extinguished on his death, unless a contrary intention appears from the promise.

แก้ไขร่างกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 520 และกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 552⁵⁸

ในส่วนความรับผิดชอบในข้อบกพร่องของทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งกฎหมายในปัจจุบันมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าผู้ให้ไม่ต้องรับผิดชอบ หากแต่ได้บัญญัติไว้ในส่วนของการให้โดยเสน่หาที่มีค่าภาระคิดพันที่กำหนด ให้ผู้ให้ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องไม่เกินจำนวนค่าภาระคิดพัน ซึ่งเรื่องนี้ในชั้นร่างกฎหมายได้ มีการบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้ไว้อย่างชัดเจน เว้นแต่ว่า ผู้ให้จะรู้และปกปิดความบกพร่อง นั้น โดยเป็นการร่างตามกฎหมายญี่ปุ่น แต่ผู้ร่างเห็นว่าการให้โดยเสน่หาของญี่ปุ่นเป็นสัญญาที่ไม่จำต้องส่ง ของให้แก่กัน เป็นหนี้ต่อกันตาม Contractual Obligation แต่การให้ของไทยเด็ดขาดด้วยการส่งมอบ จึงจะเรียกว่าการให้ โดยเห็นว่าหากทรัพย์สินนั้นมีความชำรุดบกพร่องและผู้ให้มีเจตนาทุจริตด้วยแล้ว ผู้รับก็สามารถฟ้องเรียกผู้ให้ให้ต้องรับผิดชอบในฐานละเมิดได้ ที่ประชุมจึง ได้มีมติให้ตัดบทบัญญัติดังกล่าวออก⁵⁹

กรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้โดยเสน่หาที่มีค่าภาระคิดพันด้วยตามมาตรา 528 ในกฎหมายปัจจุบัน นั้น ผู้ร่างเห็นว่าโดยปกติของการให้โดยเสน่หานั้นไม่มีหลักเรื่องความรับผิด (Liability) ซึ่งเป็นเรื่องการให้โดยเสน่หาทรัพย์สินเพียงอย่างเดียว โดยที่ผู้ให้ไม่มีหนี้ผูกพันอะไรอีกต่อไป แต่เมื่อกฎหมายได้กำหนดการให้โดยเสน่หาซึ่งมีค่าภาระคิดพัน (Charge) ด้วยนั้น ผู้รับก็ต้องรับผิดชอบเท่าจำนวนที่ขอให้จ่ายไป ซึ่งผู้ร่างเองเห็นว่าควรระบุในมาตราดังกล่าวให้ชัดเจนว่าควรรับผิดชอบจำนวนค่าภาระนั้น⁶⁰

สำหรับกรณีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณนั้น ที่ประชุมร่างกฎหมายเห็นควรให้ยกเว้นการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณนั้น มาตรา 955⁶¹ ซึ่งได้บัญญัติรวมไว้เป็นมาตราเดียวกันในการกำหนดว่าใครมีสิทธิในการฟ้องเรียกคืนได้บ้าง และผู้รับมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนในกรณีใดบ้าง ทั้งนี้ ที่ประชุมให้นำเอาหลักเรื่องออกคดียุติ⁶² มาใช้บังคับกับการให้

⁵⁸ Article 552 A gift which has a periodical prestation (periodically recurrent payments) for its subject loses its effect on the death of either the donor or the donee.

⁵⁹ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 1305.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง, น. 1306.

⁶¹ Article 955 A donation inter vivos can only be revoked for ingratitude in the following cases: 1. If the donee has sought to take the life of the donor; 2. If he has been guilty towards him of cruelty, felonies, or of serious wrongs, 3. If he refuses to grant him nourishment

⁶² ออกคดียุติ หมายถึง ผู้ไม่รู้คุณที่ท่านทำไว้แก่ตน

ในกฎหมายไทยด้วย⁶³ ซึ่งในส่วนของเรื่องออกัตตัญญูนี้ผู้ร่างเห็นว่าการให้ของไทยเป็น Personal Consideration ระหว่างผู้ให้กับผู้รับเท่านั้น ดังนั้นการที่ผู้รับประพัตินเรคุณหรือประพัตินอกัตตัญญูต่อผู้ให้แล้วก็น่าจะเป็นสิทธิเฉพาะของผู้ให้ เท่านั้นที่จะเรียกทรัพย์สินนั้นคืนได้ ประกอบกับการให้ของไทยเด็ดขาดเวลาส่งมอบของแก่กัน ส่วนการให้ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งผู้ร่างได้หยิบยกขึ้นมาเป็นต้นแบบในการร่างมาตราดังกล่าวด้วยนั้น เป็นสัญญาโดยสามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้เสมอ ซึ่งที่ประชุมมีมติเห็นว่าไม่ควรนำเรื่องการเรียกคืนการให้จากกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้ เพราะมีแนวความคิดที่แตกต่างกัน ส่วนสาเหตุประการอื่นในการเรียกคืนการให้โดยเสนหานั้น ได้แก่ การประทุษร้ายแก่ผู้ให้ โดยในการร่างบทบัญญัตินี้ ผู้ร่างเห็นว่า ความผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเกิดจากเจตนา ผู้รับสามารถฟ้องได้เสมอ ส่วนการหมิ่นประมาท ที่ประชุมร่างกฎหมายเห็นว่า การหมิ่นประมาททั่วไป คงไม่ก่อให้เกิดสิทธิของผู้ให้ในการเรียกทรัพย์สินที่ให้คืน แต่จะต้องเป็นการหมิ่นประมาทที่สำคัญอย่างร้ายแรงเท่านั้น⁶⁴ โดยที่ประชุมมิได้กล่าวถึงว่าการหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรงควรมีลักษณะอย่างไร แต่สำหรับการเรียกคืนการให้โดยเสนหาเพราะเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตาย ซึ่งผู้ร่างกำหนดไว้แต่เฉพาะกรณีที่ถูกฆ่าตายโดยเจตนาเท่านั้น กรณีพยายามหรือประมาทนั้น ทายาทไม่อาจเรียกคืนการให้โดยเสนหาได้

อย่างไรก็ตามผู้ร่างกฎหมายได้กล่าวว่า เฉพาะเรื่องออกัตตัญญูนี้ การเรียกคืนการให้โดยเสนหาไม่อาจทำได้โดยวิธีธรรมดาเช่น การบอกเลิก แต่การเรียกคืนการให้โดยเสนหาจะต้องใช้วิธีการฟ้องร้องต่อศาลเท่านั้น เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาแทน⁶⁵ ว่าควรจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นหรือไม่

ในส่วนของ การคืนทรัพย์สินนั้นผู้รับการให้โดยเสนหาจะต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนตามหลักลาภมิควรได้ ซึ่งที่ประชุมเห็นว่า ควรแปลตามมาตราเรื่องลาภมิควรได้โดยสุจริต โดยให้คืนเฉพาะที่มีตัวทรัพย์สินอยู่กับผู้รับ หรือคืนผลที่ได้เป็นประโยชน์ตอบแทนไว้ ส่วนการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกรณีไม่สุจริตจะนำมาใช้บังคับไม่ได้ เพราะความผิดทุจริตได้เกิดขึ้นภายหลังจากการให้โดยเสนหา มิได้เกิดขึ้นในขณะเวลาที่ให้แต่อย่างใด⁶⁶ แต่สำหรับกรณีข้อยกเว้นของการ

⁶³ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น. 1307.

⁶⁴ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, (21 มิถุนายน 2467), น. 1315-1316.

⁶⁵ *เพ็ญอ้าง*, น. 1316-1317.

⁶⁶ *เพ็ญอ้าง*, น. 1319.

เรียกคืนการให้โดยเสนหานั้น ในที่ประชุมได้กำหนดไว้เหมือนในปัจจุบันโดยไม่มีการแก้ไข และไม่ปรากฏบันทึกเหตุผลประกอบร่าง มาตรการดังกล่าวแต่อย่างใด⁶⁷

จากขั้นตอน และเหตุผลของกรรมาการร่างกฎหมายที่กล่าวมาทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า แนวความคิดของผู้ร่างในการร่างกฎหมายโดยเฉพาะเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ก็ดี การเพิกถอนการให้โดยเสนหาเพราะเหตุเนรคุณก็ดี ยังมีความเห็นของกรรมาการที่แตกต่างกันอยู่ ย่อมเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความและบังคับใช้

2.2 แนวความคิด และหลักการพื้นฐานของการให้โดยเสนหา

2.2.1 หลักอิสระทางแพ่งและเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักอิสระทางแพ่ง และเสรีภาพในการทำสัญญา หรือ Principle of Freedom of Contract หมายถึง หลักที่ให้อำนาจเอกชนในการกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนทั้งทางส่วนตัว และทางทรัพย์สิน⁶⁸ โดยเสรีภาพนี้มีลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

- ก) เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา หรือ มอบอำนาจให้บุคคลอื่นก็ได้
- ข) เสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญา แม้จะแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด
- ค) เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาได้เกิดแล้ว⁶⁹

สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้นดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือ ด้านการกระทำ(Positive Sense) อันหมายถึงการเริ่มต้น ดำเนินต่อไปและการตกลงเข้าทำสัญญา และด้าน ไม่กระทำ(Negative Sense) อันหมายถึง การไม่เข้าทำสัญญาหรือการระงับกระบวนการในการเจรจา ด้วยการถอนคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจา เป็นต้น สำหรับการไม่เข้าทำสัญญาของผู้รับคำเสนอดี หรือการยกเลิกหรือระงับการเจรจาของกลุ่มสัญญาก็ดี มักไม่มีปัญหาเพราะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการใช้เสรีภาพดังกล่าว แต่ในส่วนที่ผู้เสนอเปลี่ยนใจไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอนั้นอาจมีปัญหาในระบบกฎหมายของบางประเทศก็ได้ว่าผู้ทำคำเสนออาจไม่มีเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้ ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้น น่าจะหมายความเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่

⁶⁷ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมาการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมาการร่างกฎหมาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 1307.

⁶⁸ จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น. 51-52.

⁶⁹ เติ้งอ่าง.

ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็ถูกทำลายไป

เสรีภาพในการทำสัญญา ถือเป็นเพียงนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเป็น หลักที่ทำให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิดแบบ และเนื้อหาของกิจการซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกันและจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้าแทรกแซงการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด

หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นหลักเกณฑ์ซึ่งนานาประเทศยอมรับและบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา กล่าวคือสำหรับบุคคลที่มีอายุและความเข้าใจตามควรจะมีเสรีภาพเต็มที่ในการทำสัญญา และเมื่อได้กระทำลงโดยอิสระและด้วยความสมัครใจ หากข้อตกลงนั้นไม่ขัดกับหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) สัญญานั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้

ทฤษฎีที่ว่าด้วย เสรีภาพในการทำสัญญา จึงถือว่าตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาก็คือ ความสมัครใจหรือ “เจตนา” (La Volonte)

หนี้ในเรื่องสัญญาจึงเกิดขึ้น โดยอำนาจของการกระทำโดยสมัครใจของบุคคลนั้นมิใช่เกิดโดยอำนาจภายนอกอื่นใด (อำนาจกฎหมาย) สัญญามิได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจแห่งกฎหมายแต่เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมผูกพันกัน กฎหมายเป็นแต่เพียงผู้กำหนดบทลงโทษในเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามหนี้เท่านั้น

หลักเสรีภาพในการทำสัญญายึดถือหลักการหนี้ที่ยุติธรรม เพราะว่าคู่สัญญาที่มีเสรีภาพอิสระที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ หากเห็นว่าไม่ได้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอีกฝ่ายหนึ่งแต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่าถูกเอารัดเอาเปรียบจากอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับหนี้นั้น โดยไม่เข้าทำสัญญาด้วย และเมื่อใดคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญากันแล้ว จะมาอ้างภายหลังว่าตนเองไม่ได้ความยุติธรรมไม่ได้ เนื่องจากไม่มีใครบังคับในขณะที่ทำสัญญา สัญญา คือ นิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ หรือเรียกได้ว่าสัญญาทำให้เกิดหนี้จะเห็นว่าจะเกิดสัญญาได้ต้องมีความสมัครใจของคู่สัญญาที่ต้องการจะผูกพันด้วยกัน ซึ่งก็เป็นหลักในเรื่องของความอิสระในการแสดงเจตนาตนเอง

2.2.2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”(Public Policy หรือ Public Order)และ คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน”(Good Mora)เป็น คำที่มีความหมายกว้าง ขวาง มาก และ เปลี่ยนไปได้ตามนโยบายของ รัฐ สภาวะทางสังคมเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนคติของมหาชนที่เปลี่ยนไปตามยุค

สมัย จึงเป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความ ได้ หรือกำหนดได้ว่า กรณีใดบ้างที่เป็น เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ตาม ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ คำอธิบาย “ความ สงบ เรียบร้อย ของ ประชาชน” ไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่ เอกชน เป็นการแสดงให้ เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคม จะได้ ดำรงอยู่ได้และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชน ซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”⁷⁰

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชนโดยส่วนรวมมิใช่ของเอกชน ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน” หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีที่ค้ำจุนของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคมด้วย

ด้วยเหตุนี้การใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่อาจเกิดผลตามกฎหมาย และไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้

หลักนี้มีตัวอย่างที่ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษณา”

มาตราดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบกัน หรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลขัดต่อความสงบฯ ถึงขนาดที่ให้สัญญาเป็น โฆษณาได้⁷¹ แต่อย่างไรก็ตามการใช้หลักดังกล่าวเมื่อใช้ประกอบกับ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพของการแสดงเจตนา แม้ข้อสัญญาจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่เมื่อข้อตกลงดังกล่าวเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาเองจึงไม่เกี่ยวกับสังคมส่วนรวม ศาลมักตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวใช้บังคับได้มีผลผูกคู่สัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

โดยแนวความคิดในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) นั้น ถือว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (Freedom of Contract) แต่สัญญาที่ทำขึ้นนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยสัญญาที่ทำขึ้นนั้นย่อมผูกพันคู่สัญญาที่จะปฏิบัติตามโดยสุจริต ด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน แม้คู่สัญญาจะมีได้ตกลงกันไว้ในสัญญา

⁷⁰ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 200.

⁷¹ จำปี โสทธิพันธุ์, อ้าวแล้ว เจริญรทที่ 74, น. 107.

ก็ตาม ดังนั้นเจตนาจึงถือเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในการที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกัน ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ได้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Autonomy of Will) ซึ่งถือว่าบุคคลมีเสรีภาพในการที่จะเข้าทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับเฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มีไว้ว่าจะต้องเป็นเช่นนี้ตลอดไป หากในกรณีที่สัญญาเปลี่ยนแปลงไปหลักเกณฑ์เรื่องนี้อาจเกิดข้อยกเว้นขึ้นก็ได้

2.2.3 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

สัญญาต้องเป็นสัญญา ในภาษาอังกฤษคือ Agreements must be kept ส่วนในละตินคือ Pacta Sunt Servanda หลักนี้เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System)⁷²

หลักกฎหมายดังกล่าวหมายความว่าความผูกพันของเอกชน โดยเน้นว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นประดุจกฎเหล็กเหนือคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกันตามหลักสุจริต (Good Faith; Bona Fide) และการที่คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ (Obligation) ให้ลุล่วงไปนั้นชื่อว่า "ผิดสัญญา" (Breach of the Pact)

โดยที่ความคิดเรื่องนี้เป็นสมัยโบราณและสมัยกลางเป็นความคิดที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดว่าความผูกพันระหว่างมนุษย์เป็นผลมาจากสถานภาพ หรือ จารีตประเพณี หรือการกระทำตามแบบแผนที่ตกทอดมาแต่โบราณ และหากจะยอมให้ผูกพันกันตามใจสมัครก็เป็นเพียงข้อยกเว้นซึ่งมีได้เพียง 4 กรณีคือเรื่องซื้อขาย (Emptio) เรื่องเช่า (Locatio Conductio) เรื่องห้างหุ้นส่วน (Societas) และการมอบอำนาจ (Mandatum) ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองความตกลงที่ทำขึ้นตามหลักความสุจริตเท่านั้น

2.2.4 หลักอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์

แนวความคิดเรื่องกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นนับแต่ชาวโรมันให้ความสำคัญกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์⁷³ โดยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์นั้น มีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ

- 1) เป็นอำนาจเด็ดขาดที่ไม่ต้องขออนุญาตผู้ใด
- 2) สามารถหวงกันจากผู้อื่นได้
- 3) มีความต่อเนื่องตลอดไป ไม่มีการระงับจากอายุความหรือระยะเวลาใดใด⁷⁴

โดยหลักดังกล่าวแสดงให้เห็นปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 1336 ที่มีบทบัญญัติว่า “มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและ

⁷² เพิ่งอ้าง.

⁷³ ประชุม โจนฉาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 77.

⁷⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2552), น. 165.

เอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย”

2.3 แนวความคิด และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

2.3.1 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ

โดยหลักของการให้โดยเสน่หา เมื่อผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้วทรัพย์สินนั้น ย่อมตกเป็นของผู้รับโดยสมบูรณ์และไม่อาจเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ได้ แต่ก็มีแนวความคิดตั้งแต่สมัยโรมันว่า หากมีกรณีดังต่อไปนี้ ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หา และเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนได้ กล่าวคือกรณีต่อไปนี้

1) กรณีที่ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินไปโดยมิวัตถุประสงค์ให้ผู้รับได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วผู้รับไม่กระทำการนั้น ซึ่งกรณีนี้เป็นไปตามกฎหมายโรมันในยุคกฎหมายคลาสสิกที่ผู้ให้สามารถ เรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้ และผู้รับก็มีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว⁷⁵ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนกลับไปเป็นของผู้ให้โดยอัตโนมัติแล้ว

2) กรณีที่ผู้รับการให้ได้ปฏิบัติตัวอันเป็นการออกตัญญูต่อผู้ให้สำหรับการให้ทุกชนิด โดยกฎหมายต้องการมุ่งเน้นในเหตุผลทางด้านศีลธรรม กล่าวคือ เมื่อผู้ให้ได้ทำการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้วก็ต้องถือว่าผู้ให้มีบุญคุณต่อผู้รับ ดังนั้นการที่ผู้รับไม่สำนึกบุญคุณของผู้ให้โดยการปฏิบัติตัวที่เนรคุณต่อผู้ให้แล้ว ผู้ให้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนได้ และผู้รับก็จำต้อง ส่งมอบทรัพย์สินนั้นคืน⁷⁶

กล่าวโดยสรุป การเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณนี้ได้รับแนวความคิดมาจากกฎหมายในสมัยโรมันซึ่งยอมรับให้ผู้ให้เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้หากผู้รับประพฤติตัวเนรคุณต่อผู้ให้ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ผู้รับรู้สึกขอบคุนสำหรับประโยชน์ที่ได้รับจากผู้ให้ ซึ่งแนวความคิดของกฎหมายโรมันนี้เอง ส่งผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้รับเอาแนวความคิด และระบุถึงเหตุเนรคุณใน การเรียกคืนการให้ได้ 3 ประการด้วยกัน⁷⁷ ตามมาตรา 955⁷⁸ กล่าวคือ

⁷⁵ Vindictio Utilis เป็นวิธีการเรียกคืนทรัพย์สินจากการที่เจ้าของให้บุคคลอื่นใช้ทรัพย์สิน

⁷⁶ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 497.

⁷⁷ Reinhard Zimmermann, *Supra note 21*, p. 498

⁷⁸ Art. 955 An inter vivos gift may be revoked on account of ingratitude only in the following cases:

1. Where the donee has made an attempt against the life of the donor;
2. Where he has been guilty of cruelty, serious offences or grievous insults against him

(1) กรณีที่ผู้รับพยายามฆ่าผู้ให้โดยเสนาหา

โดยกรณีดังกล่าวนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้รับมีเจตนาจะฆ่าผู้ให้ มิใช่กรณีที่ผู้รับฆ่าผู้ให้โดยประมาทเลินเล่อ หรือไม่มีเจตนาที่จะฆ่าผู้ให้แต่อย่างใด หากผู้รับมิได้มีเจตนาฆ่าผู้ให้แล้ว การให้นั้นก็ไม่สามารถเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ ในการที่ผู้รับฆ่าผู้ให้ นั้นไม่สำคัญว่าผู้ให้จำต้องถึงแก่ความตายหรือไม่ เพียงแต่ผู้รับได้พยายามทำให้ผู้ให้ถึงแก่ความตายเท่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะเรียกคืนการให้คืนได้ และในกรณีนี้จำเป็นที่ผู้รับจะต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีและศาลได้ตัดสินว่าจำเลยมีความผิด เว้นแต่ผู้รับจะอ้างว่าตนได้ป้องกันตัวจึงจะเป็นเหตุยกเว้นโทษทั้งทางแพ่งและ ทางอาญา

(2) การกระทำผิดอาญาที่รุนแรง กระทำการอันโหดร้ายทารุณ และการหมิ่นประมาท

การกระทำผิดอาญาที่รุนแรง หรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณ หรือการ หมิ่นประมาท นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่รุนแรงเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ผู้ให้เรียกเอาทรัพย์สินกลับ คืนมาได้ ซึ่งคำว่า “รุนแรง” นี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ใช้กับกรณี 3 ประการ คือ

- 1) กรณีที่ ผู้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา
- 2) ผู้ให้ได้รับความเสียหาย
- 3) กรณี ผู้รับกระทำการใด ๆ โดยไม่มีความซื่อสัตย์ และมีความผิดปกติ

(3) การปฏิเสธที่จะให้ความดูแลผู้ให้

การที่ผู้รับ ไม่ยอมดูแลหรือเลี้ยงดูผู้ให้ทรัพย์สินแก่ตนนั้นถือเป็นสาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งของเหตุเนรคุณ ความจริงแม้ผู้รับจะมีได้ถูกจัดให้มีหน้าที่ที่จะต้องเลี้ยงดูผู้ให้ อย่าง ชัดแจ้ง แต่หน้าที่ในการดูแลผู้ให้ นี้ถือเป็นหน้าที่ตามธรรมเนียมประเพณี โดยที่ผู้รับไม่จำเป็นต้อง ให้การเลี้ยงดูเกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ตนได้รับ

สำหรับการฟ้องคดีเรียกคืนการให้ นี้ประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 957⁷⁹ โดยผู้ให้สามารถฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินได้ และทายาทของผู้ให้ก็สามารถฟ้องคดีได้เช่นกัน ถ้าอยู่ในระหว่างการดำเนินคดีแล้วผู้ให้ ได้ถึงแก่ความตาย หรือถ้าผู้ให้ถึงแก่ความตายก่อน ฟ้องคดีและทายาทของผู้ให้ ได้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว เว้นแต่เป็น

3. Where he refuses maintenance to him.

⁷⁹ Art. 957 A claim for revocation on account of ingratitude must be brought within the year, from the day of the offence with which the donee is charged by the donor, or from the day when the offence could have been known by the donor.

That revocation may not be applied for by the donor against the heirs of the donee, or by the heirs of the donor against the donee, unless, in the latter case, the action has been initiated by the donor, or he has died within a year after the offence.

กรณีนี้ ผู้ให้ได้รับรู้ถึงการประพาศิณกรรมของผู้รับการให้ แต่ผู้ให้ไม่ได้ให้อภัยการกระทำนั้น ทายาทก็จะไม่มี สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกคืนการให้ทรัพย์สินนั้น

ส่วนจำเลยที่จะถูกฟ้องในการเรียกคืนการให้นี้ คือผู้รับเท่านั้น ผู้ให้จะฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินเอาจากทายาทของผู้รับมิได้ เว้นแต่ผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้จะได้ดำเนินการฟ้องคดีก่อนที่ผู้รับจะถึงแก่ความตายแล้วต่อมาภายหลังผู้รับถึงแก่ความตายโดยที่คดียังไม่เสร็จสิ้น ทายาท ของผู้รับจึงอาจเข้ามาสู่คดีต่อได้ โดยการฟ้องคดีนี้จะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ให้ได้รับรู้ถึง การกระทำผิดของผู้รับตามมาตรา 957 การจำกัดเวลาการฟ้องคดีไว้เพียงแค่นี้ 1 ปี เนื่องจาก กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าหากผู้ให้ไม่ใช้สิทธิของตนภายใน 1 ปีย่อมหมายความว่าผู้ให้ได้รับรู้ถึง การกระทำผิดแล้ว⁸⁰

2.3.2 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุอื่นนอกจากเหตุเนรคุณ

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุอื่นนอกจากเหตุเนรคุณนี้ หมายถึง แม้มีการโอนกรรมสิทธิ์โดยการให้โดยเสน่หาไปแล้ว และผู้รับก็มีได้ประพาศิณกรรมต่อผู้ให้ไม่ว่าในด้านใดใด แต่กฎหมายบัญญัติให้มีการเพิกถอนการให้ได้ โดยกรรมสิทธิ์จะโอนกลับมาเป็นของผู้ให้โดยผลของกฎหมายทันที

ในสมัยโรมัน กฎหมายบัญญัติไว้คล้ายกันทุกยุคกว่าหากในขณะที่ทำการให้โดยเสน่หา ได้กระทำโดยผู้ให้ที่ไม่มีบุตรแล้ว ต่อมาผู้ให้มียุตร การให้นั้นจะ กลายเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ได้ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานว่า ผู้ให้ได้รับรู้ถึงทรัพย์สินเนื่องจากเขาไม่มีบุตร โดยที่เขาจะไม่ให้ทรัพย์สินนั้นหากเขามีบุตร การให้จึงตั้งอยู่บนเงื่อนไขที่ว่าหากเขามีบุตร การให้นั้นจะ ไม่มีผลบังคับ ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนการให้ได้ แต่ในกรณีดังกล่าว นักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่าเป็นการเลิกสัญญาภายหลังการเกิดบุตร⁸¹ โดยแนวความคิดในกฎหมายโรมัน ใช้สำหรับการให้ทุกชนิด เว้นแต่จะเป็นการให้เนื่องในการสมรสที่ไม่อาจจะยกเลิกได้ ซึ่งในกรณีนี้ ผู้ให้จะยกเลิกการให้ได้ ก็ต่อเมื่อในเวลาที่ได้รับรู้ถึงทรัพย์สิน ผู้ให้ยังไม่มีบุตร แต่ต่อมาภายหลัง ผู้ให้มียุตร การให้ในกรณีนี้จึงถูกยกเลิกได้

หลักการดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 960⁸² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยกรณีนี้จะต้องเป็นกรณีที่เด็กเกิดภายหลังจากการให้แล้วเท่านั้น และบุตร

⁸⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 9*, น. 400.

⁸¹ ตัวอย่างบัญญัติตามมาตรา 960 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับกรณีการเรียกคืนการให้ แต่ Marcel Planiol กลับพิจารณาว่าเป็นการเลิกสัญญา

⁸² Article 960 All inter vivos gifts made by persons who had no children or descendants presently living at the time of the gift, of whatever value they may be, and for whatever reason they may have been made, and although they were reciprocal or remunerative, even those made in favour of marriage by persons other

นั้นจะต้องเป็นบุตรที่ ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากผู้ให้ได้มีบุตรอยู่แล้วในขณะที่เขาได้ทำการให้ เพียงแต่เขาไม่ทราบถึง การมีบุตรนั้น ผู้ให้ก็ไม่สามารถยกเลิกการให้ นั้นได้ เว้นแต่ ผู้ให้ได้ทำการ ให้ระหว่างที่บุตรของผู้ให้ ยังอยู่ในครรภ์ ผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนได้ ตามมาตรา 961⁸³

เมื่อผู้ให้มียุติภายหลังจากการให้ทรัพย์สินนี้แล้ว ผู้มีส่วน ได้เสียในการให้นี้สามารถ ยกเลิกสัญญาได้ และเมื่อเลิกสัญญาแล้วทรัพย์สินนั้นก็จะกลับคืนมาเป็นของผู้ให้โดยผลบังคับแห่ง กฎหมาย ซึ่งไม่ต้องมีการฟ้องคดี เว้นแต่ผู้รับจะปฏิเสธที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับคืนกลับไป ยัง ผู้ให้ หรือปฏิเสธสิทธิในการเลิกสัญญาของผู้ให้

สำหรับดอกผลที่ได้รับจากทรัพย์สินที่ให้นั้น เมื่อมีการยกเลิกการให้ทรัพย์สินนี้แล้ว กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้รับมีสิทธิได้รับดอกผลในฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้นจนถึง วันที่ได้มีการ เลิกสัญญาดังกล่าวนี้

2.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินเพราะเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

2.4.1 หลักลาภมิควรได้

ในประเทศที่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่อนุญาตให้ผู้ให้โดยเสน่หาสามารถเพิกถอน การให้ แล้วโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ ให้ จากของผู้รับการให้ กลับมาเป็นของผู้ให้ นั้น กฎหมาย มักจะอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ เป็นข้อกฎหมายที่ใช้ในการคืนทรัพย์สินที่ ให้ ยกตัวอย่าง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 531⁸⁴ ประมวล กฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือแม้กระทั่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ ไทย มาตรา 534 ก็บัญญัติว่า “เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลาภมิควรได้”

ลาภมิควรได้ หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งได้ทรัพย์สินสิ่งใดมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้าง กฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบ บุคคลที่ได้ทรัพย์สินมานั้นมีหน้าที่ต้องคืน

than the ascendants to the spouses, or by the spouses to each other, are revoked by operation of law by the unforeseen birth of a legitimate child of the donor, even posthumous, or by legitimation by subsequent marriage of an illegitimate child, where he was born after the gift.

⁸³ Article 961 That revocation shall take place, although the child of the donor was conceived at the time of the gift.

⁸⁴ Article 531 Revocation is effected by declaration to the donee. If the gift is revoked its return may be demanded under the provisions relating to the return of unjustified benefits.

ทรัพย์สินให้แก่เขา⁸⁵ โดยฐานความคิดเกี่ยวกับลาภมิควรได้ คือ การเป็นหนี้ระหว่างคู่กรณี และฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไปต้องคืนเมื่อการได้ไปนั้น เข้าลักษณะลาภมิควรได้ โดยจะต้องคืนกันในลักษณะ Quasi Contract⁸⁶ อันเป็นการเรียกทรัพย์สินคืนโดยปราศจากมูลหนี้ที่ต้องชำระรูปแบบหนึ่ง

พื้นฐานความคิดของหลักลาภมิควรได้จึงได้แก่⁸⁷

- 1) มีการได้มาซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น⁸⁸
- 2) การได้มานั้น ไม่มีกฎหมายรองรับ
- 3) ทำให้กองทรัพย์สินของผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นเพิ่มขึ้น
- 4) ผู้เสียทรัพย์นั้นมา มีทรัพย์สินลดลง

การเพิกถอนการให้ เป็นกรณีหนึ่งที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้คืนทรัพย์สินกันในฐานะลาภมิควรได้ โดยสามารถแบ่งแยกกรณีที่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กันในฐานะลาภมิควรได้ เพราะมีการเพิกถอนการให้ ได้แก่

1) กรณีที่ต้องคืนเงิน โดยหลักการ คือต้องคืนเต็มจำนวน แต่หากมีการใช้เงินนั้นไปโดยสุจริต จะต้องคืนเฉพาะส่วนที่ยังเหลืออยู่⁸⁹ อันเป็นการคุ้มครองผู้ที่สุจริต เมื่อได้ใช้ไปโดยคิดว่าเป็นเงินของตน เมื่อเวลาจะคืนย่อมต้องคุ้มครองผู้ได้รับทรัพย์สินนั้นมาในฐานะลาภมิควรได้⁹⁰ โดยการคืนนั้น มีเรื่องที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ถูกเพิกถอนการให้ ได้นำเงินไปซื้อทรัพย์สินอื่นมาแทนเงินที่

⁸⁵ มาตรา 406 "บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินสิ่งใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดี หรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

“บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมา เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

⁸⁶ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 413.

⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น. 414.

⁸⁸ ซึ่งต้องไม่ใช่เป็นการได้มา เพียงสิทธิครอบครอง เช่น การเช่า หรือการยืม เป็นเพียงการได้มาซึ่งการยึดถือ มิใช่การได้มาทางลาภมิควรได้ โปรดดู จิตติ ดิงศกัทธิ์ และชล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), น. 306.

⁸⁹ มาตรา 412 ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

⁹⁰ พูนศักดิ์ อ้นจำ, “การคืนทรัพย์สินตามลักษณะลาภมิควรได้,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น. 48.

ได้รับไป ผู้รับการให้ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้โอนคืนหรือไม่ ปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า การคืนนั้น ไม่จำเป็นต้องคืนเงินนั้นแบบเคร่งครัด อาจคืนทรัพย์สินอื่นแทนได้⁹¹

2) กรณีที่ต้องคืนเป็นทรัพย์สินอื่น กฎหมายกำหนดให้ผู้รับทรัพย์สิน หากสุจริต ก็ให้คืนทรัพย์สินตามที่เป็นอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน⁹² แต่หากเป็นการคืนทรัพย์สินที่มีลักษณะที่พ้นวิสัยจะคืนได้ กฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองผู้สุจริต เช่นเดียวกัน ทั้งนี้มาตรา 414 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“มาตรา 414 ถ้าการคืนทรัพย์สินตกเป็นพ้นวิสัยเพราะสภาพแห่งทรัพย์สินที่ได้รับไว้ นั้นเองก็ดี หรือเพราะเหตุอย่างอื่นก็ดี และบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้น จำต้องคืนลามิกวรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินนั้นไว้โดยสุจริต ท่านว่าต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวน”

นอกจากนี้ หากมีดอกผลเกิดแก่ทรัพย์สินที่เป็นลามิกวรได้ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ แต่ถ้าผู้ที่ได้รับไว้ จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะทุจริตจำเดิมแต่เวลาที่เรียกคืนนั้น⁹³

โดยในเรื่องลามิกวรได้นั้น มีการกำหนดอายุความห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ฝ่ายผู้เสียหายรู้ว่าตนมีสิทธิเรียกคืน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่เวลาที่สิทธินั้นได้มีขึ้น⁹⁴

จะเห็นได้ว่าความสุจริต มีผลต่อการคืนทรัพย์สินเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงหลักสุจริตในหัวข้อต่อไป

⁹¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ลามิกวรได้,” สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลามิกวรได้, (2537): น. 30.

⁹² มาตรา 413 เมื่อทรัพย์สินอันจะคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงิน และบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ และมีต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั่งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็ถึงต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง

⁹³ พูนศักดิ์ อ้นจำ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 96, น. 56.

⁹⁴ มาตรา 419 ในเรื่องลามิกวรได้นั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ฝ่ายผู้เสียหายรู้ว่าตนมีสิทธิเรียกคืน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่เวลาที่สิทธินั้นได้มีขึ้น

2.4.2 หลักสุจริต

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน ที่เป็นภาษาลาตินว่า “Bona Fides” แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือสัจจะที่ดี ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้คำว่า Treu und Glauben (Treu แปลว่า ความซื่อสัตย์ Glauben แปลว่า ความเชื่อ ความไว้วางใจ)⁹⁵ โดยหลักสุจริตนี้เป็นการแสดงถึงความประพฤติปฏิบัติระหว่างบุคคลในสังคม เป็นหลักธรรมคาสามัญในสังคมประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่า ในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาในประเทศไทยมีการกล่าวถึงคำว่าสุจริตว่า “ไม่รู้เท่าถึงการฉ้อโกงที่ไม่มีสิทธิหรือความบกพร่องแห่งสิทธิในทรัพย์สิน”⁹⁶

แนวความคิดพื้นฐานของหลักสุจริต คำนึงความจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมบนบรรทัดฐานทางศีลธรรมหรือทางกฎหมาย โดยต้องปฏิบัติต่อผู้อื่นให้ถูกต้องสมควรเหมือนกับที่ตนเองพึงปฏิบัติต่อตนเอง แต่ในอดีตการยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกัน ไม่มีความชัดเจนเพราะเกิดจากแนวปฏิบัติในทางธรรมชาติ พอถึงในสมัยโรมันจึงเกิดแนวคิดว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจนจึงรวบรวมกฎเกณฑ์ในทางธรรมชาติมาบัญญัติเป็นกฎหมาย แล้วบรรจเอา “หลักสุจริต” ไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะหรือกฎหมายแพ่งโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎหมายแพ่งฉบับแรกของโลก⁹⁷

การที่หลักสุจริตพัฒนามาจากกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ ดังนั้นจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป และมีความไม่ชัดเจน ไม่ปรากฏชัดแจ้งในแง่ของความถูกต้องที่สามารซึ่งได้ด้วยตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ต้องอาศัยผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้ตัดสินขัดขัดแย้ง หลักสุจริตจึงต้องมีการปรับใช้จากดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละคดี จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้หลักสุจริตทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความยืดหยุ่นเพราะสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยหลักสุจริตจะทำให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกิดความยุติธรรม

⁹⁵ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น. 108.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา 540/2490 คำว่าสุจริตตามกฎหมายอาญาต่างกับคำว่าสุจริตตามกฎหมายแพ่ง เช่นในเรื่องได้ทรัพย์มา สำหรับตามกฎหมายอาญาความเพียงว่า ไม่รู้สีกตนว่าทำการติดต่อกับผู้ร้ายส่วนตามกฎหมายแพ่งหมายความว่าไม่รู้หรือไม่ควรจะรู้ถึงความบกพร่องแห่งกรรมสิทธิ์ที่มีมาในอดีตการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง จะต้องฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีส่วนอาญาเพียงไร ส่วนเรื่องการรับโอนทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หมายถึง ไม่รู้เท่าถึงการฉ้อโกงที่ไม่มีสิทธิหรือความบกพร่องแห่งสิทธิในทรัพย์สิน

⁹⁷ สมยศ เชื้อไทย, *เพิ่งอ้าง*, น. 98.

ประเภทของหลักสุจริต

1. หลักสุจริตทั่วไป เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ เพื่อความเป็นธรรมในสังคม โดยให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เช่น มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1134 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2 ของกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์

2. หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เป็นหลักที่นำมาใช้ในกรณีเฉพาะเรื่องหนึ่งเรื่องใด เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับความรู้ถึงข้อเท็จจริงที่มีความหมายในทางกฎหมายบางประการ เช่น มาตรา 412 มาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีการกล่าวถึงหลักสุจริตในการคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

คำพิพากษาศาลฎีกา 1078/2553 ก่อนฟ้องคดีเพิกถอนการให้โดยเสน่หา จำเลยจดทะเบียนจำนองที่ดิน โฉนดเลขที่ 27546 พร้อมสิ่งปลูกสร้างไว้แก่ผู้อื่น เมื่อเพิกถอนการให้ จำเลยต้องส่งคืนทรัพย์สินแก่โจทก์ตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ โดยจำเลยผู้สุจริตต้องคืนที่ดินดังกล่าวแก่โจทก์ตามสภาพที่เป็นอยู่ตามมาตรา 413 วรรคหนึ่ง และมาตรา 534

คำพิพากษาศาลฎีกา 1146 - 1147/2503 ข้อความว่า “อ้ายแก่ ภูไม่นับถือมึง อ้ายพ่อฉิบหาย อย่างนี้กูไม่คบมึง” ต่อหน้าบุคคลหลายคน เป็นหมิ่นประมาทโจทก์อย่างร้ายแรง ทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง และต่อมานางสาวพูนศรี ได้บังอาจกล่าว คำหมิ่นประมาทโจทก์ อย่างร้ายแรงต่อหน้าบุคคลหลายคนว่า “อ้ายเนรคุณ แก่อายุตั้ง 68 แล้ว ยังบ้าตีหมา ข่มขืนเด็ก” การกระทำของนางสาวพูนศรีจำเลยดังกล่าวเป็นการประพฤตินेरคุณ โจทก์ผู้เป็นบิดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 (2) แล้ว

2.4.3 หลักการรับช่วงทรัพย์สิน

การรับช่วงทรัพย์สิน หมายถึง การที่เจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอันหนึ่งจากลูกหนี้ แต่ตัวทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือถูกทำลายไปโดยบุคคลภายนอก อันเป็นเหตุให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย หากลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินสิ่งใดมาแทน หรือได้เงินมาแทนทรัพย์สินนั้น เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกเอาทรัพย์สินหรือเงินนั้นแทนที่ทรัพย์สินอันเดิมได้⁹⁸ ซึ่งในประเทศไทยมีการบัญญัติเรื่องการรับช่วงทรัพย์สิน ไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 226 วรรคสองว่า “ช่วงทรัพย์สิน

⁹⁸ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น. 414.

ได้แก่เอาทรัพย์สินอันหนึ่งเข้าแทนที่ทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง ในฐานะนิติบัญญัติอย่างเดียวกันกับทรัพย์สินอันก่อน”

หลักการรับช่วงทรัพย์สิน ถือเป็นหลักการให้สิทธิเรียกให้ชำระหนี้ ที่ทรัพย์สินถูกเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอันใหม่ เช่น A ให้ B ยืมรถไปใช้ ระหว่างยืม B ถูก C ขับรถยนต์ชนรถที่ยืมมาจนเพลิงไหม้ทั้งคัน ดังนี้ หาก C ยอมจ่ายเงินค่ารถยนต์ที่ยืมมาทั้งหมดแก่ B ในฐานะผู้ครอบครองทรัพย์สินขณะมีการทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 441⁹⁹ กรณีนี้ A ย่อมใช้หลักการรับช่วงทรัพย์สินเข้ารับเอาเงินจำนวนดังกล่าวแทนที่รถยนต์ที่ถูกทำให้สูญหายไปได้ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า หากไม่มีการแทนที่ในทรัพย์สิน ด้วยทรัพย์สิน หรือค่าสินไหมทดแทน ย่อมจะใช้หลักการรับช่วงทรัพย์สินไม่ได้ เช่น กรณีข้างต้น หากรถที่ B ยืมมาไม่ได้ถูก C ขับรถชน แต่ถูกฟ้าผ่าระหว่างยืม เช่นนี้ ย่อมไม่มีช่วงทรัพย์สินใดใด เพราะไม่มีการแทนที่ทรัพย์สิน

แนวความคิดพื้นฐานเรื่องรับช่วงทรัพย์สินนี้ มาจาก แนวความคิดว่า การที่ลูกหนี้ร่ำรวยขึ้นจากการที่หนี้เป็นพันวิสัย เพราะความผิดของบุคคลอื่น ลูกหนี้ย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่เมื่อได้สิ่งใดมาแทน ทำให้ร่ำรวยขึ้น โดยไม่มีเหตุผล ย่อมทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ¹⁰⁰ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินที่ได้มาแทนนั้นด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักการรับช่วงทรัพย์สินมีความเกี่ยวพันกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาด้วย เพราะการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ เมื่อผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนย่อมอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ และผู้รับยอมอยู่ในฐานะลูกหนี้ หากผู้รับ ได้ทรัพย์สินใดไปจากผู้ให้ แล้วทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือถูกทำลายโดยบุคคลอื่น แล้วผู้รับได้ทรัพย์สินแทนตัวทรัพย์สินเดิม เช่นนี้ เมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้ให้ย่อมสามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่แทนที่ทรัพย์สินอันเดิมได้ โดยขอยกตัวอย่างเช่น นาย ก ให้แหวนราคา 1 แสนบาท แก่ นาย ข ปรากฏว่า นาย ข เมื่อได้รับแหวนไปได้ประทุษร้ายต่อ นาย ก ผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นเหตุให้นาย ก พ้องเพิกถอนการให้ตามมาตรา 531(1) หลังจากนั้น แหวนถูกนาย ค ข โมยไปและนาย ค ถูกจับและนาย ค มีการชดให้ทางแพ่ง โดยเอารถยนต์คันใดใช้เป็นค่าแหวน เช่นนี้ นาย ก ในฐานะเจ้าหนี้ย่อมสามารถเรียกเอารถยนต์คันดังกล่าว ในฐานะผู้รับช่วงทรัพย์สินตามหลักนี้ได้

⁹⁹ มาตรา 441 ถ้าบุคคลจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ เพราะเอาสังหาริมทรัพย์ของเขาไปก็ตี หรือเพราะทำของเขาให้บุบสลายก็ตี เมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลซึ่งเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ในขณะที่เขาไป หรือขณะที่ทำให้บุบสลายนั้นแล้ว ท่านว่าเป็นอันหลุดพ้นไปเพราะการที่ได้ใช้ให้เช่นนั้น แม้กระทั่งบุคคลภายนอกจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือมีสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินนั้น เว้นแต่สิทธิของบุคคลภายนอก เช่นนั้นจะเป็นที่รู้อยู่แก่ตนหรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน

¹⁰⁰ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 375

บทที่ 3

การฟ้องคดีให้โดยเสนาหาในต่างประเทศและในประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 การให้โดยเสนาหาตามกฎหมายไทยอาจแบ่งได้เป็นการให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (สัญญาให้โดยเสนาหา) ตามมาตรา 521 ถึง มาตรา 535 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิตแล้ว (การให้โดยมรดกและพินัยกรรม) ตามมาตรา 536¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิตไปแล้วในกฎหมายโรมันและในกฎหมายต่างประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น

สำหรับสัญญาให้โดยเสนาหาซึ่งเป็นสัญญาให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ตามกฎหมายไทยนั้น มีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ในลักษณะ 3 เรื่อง ให้ ดังนั้นสัญญาให้จึงเป็นสัญญาที่มีชื่อชนิดหนึ่งที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองเอาไว้ และเพื่อให้ได้เข้าใจถึงการฟ้องคดีให้ตามกฎหมายไทยอย่างแท้จริง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาเปรียบเทียบกันระหว่างการฟ้องคดีให้โดยเสนาหาในประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ อันได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น

3.1 การฟ้องคดีให้โดยเสนาหาของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

ในการศึกษาแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้โดยเสนาหา จำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวความคิดทางกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะศึกษาจากกฎหมายอังกฤษ ซึ่งมีพื้นฐานความคิด ที่มีความแตกต่างกันกับ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ อยู่ไม่น้อย โดยระบบคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ใช้คำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) นำมาใช้เป็นกฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี² และศาลในเวลาต่อมาจะต้องวินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาเช่นนั้น

¹ มาตรา 536 การให้อันจะให้ผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม

² สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) น. 235.

กรณีที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน จึงเป็นระบบกฎหมายที่มีได้ออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่นกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ที่มุ่งเน้นการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก โดยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์นี้ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศที่เคยตกอยู่ภายใต้ เครื่องจักรภพของอังกฤษ

อย่างไรก็ดี แม้จะได้กล่าววาระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ได้มีความแตกต่างกัน ในระบบกฎหมาย ทั้งที่มาของกฎหมาย และแนวความคิดของกฎหมายก็ตาม แต่การจะกล่าววาระบบคอมมอนลอว์มีความแตกต่างไปจากระบบซีวิลลอว์ทั้งหมด ก็คงจะกล่าวไม่ได้เสียทีเดียวนัก ทั้งนี้เนื่องจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่า ในช่วงประมาณ 45 ปีก่อนคริสต์ศักราช พวกโรมันได้ เข้ามารุกรานชนพื้นเมืองในเกาะอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ริเริ่มกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ และ ภายหลังจากนั้นได้ประกาศให้เกาะอังกฤษเป็นอาณานิคมหนึ่งของโรมัน โดยพวกโรมันปกครอง อังกฤษมาเป็นเวลาประมาณ 400 ปี จึงได้หมดอำนาจไป และต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 5 พวกแองโกล แซกซอน (Anglo-Saxon) ได้เข้ายึดครองเกาะอังกฤษนี้และได้ทำลายหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายโรมันจนหมดสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายโรมันยังคงมีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมาย อังกฤษในเวลาต่อมา เนื่องจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์ เพราะมีกฎหมายศาสนา (The Canon Law) ที่รับแนวความคิดทางกฎหมายมาจากกฎหมายโรมัน ดังนั้น กฎหมายโรมันซึ่งเป็นแนวความคิดของ กฎหมายศาสนาจึงมีอยู่ในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ด้วย ประกอบกับการศึกษาค้นคว้า ผู้พิพากษาอังกฤษสำหรับการทำคำพิพากษาในสมัยนั้นก็ได้อาศัยแนวความคิดทางกฎหมายจาก กฎหมายโรมันด้วย³

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบคอมมอนลอว์ ศาลสามารถสร้าง บัญญัติกฎหมายได้ตามกฎเกณฑ์เรื่องบรรทัดฐาน Rule of Precedent⁴ ซึ่งคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลสูง จะมีความสำคัญในฐานะเป็นหลักกฎหมายที่ศาลในคดีหลังจะต้องถือตาม หากมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เรียกหลักนี้ว่า “Stare Decisis” อันเป็นหลักที่ศาลที่มีลำดับต่ำกว่าในคดีหลังจะต้องถือตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน หากศาลที่มีลำดับต่ำกว่าในคดีหลังไม่ถือตามคำพิพากษาในคดีก่อน จะต้องอธิบายให้ได้ว่าข้อเท็จจริงของคดีตน ไม่เหมือนกับข้อเท็จจริงในคดีก่อนเสียทีเดียว โดยใช้เหตุผลแยกแยะความแตกต่างคดีก่อนกับคดีที่ตนกำลังจะพิพากษา⁵

³ เพิ่งอ้าง, น. 19.

⁴ ธนกร วรปรัชญาคุณ, “คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย,” *ศาลพาหน*, ตอน 5, เล่มที่ 1, น. 15 (มกราคม – เมษายน 2549).

⁵ สุนัย มโนมัยอุดม, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 108*, น. 228 – 229.

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาไว้ในกฎหมายอังกฤษแบ่งออกได้เช่นเดียวกันกับการให้ในกฎหมายโรมัน กล่าวคือ แบ่งการให้ออกเป็น การให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (Gifts Inter Vivos) และ การให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิตแล้ว (Gifts Mortis Causa)⁶ โดยการให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่นั้น ได้มีแนวความคิดที่ค่อนข้างจะแตกต่างจากการให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ในกฎหมายโรมัน

3.1.1.1 ความหมายของสัญญาไว้ในประเทศอังกฤษ

การให้เป็นการโอนทรัพย์สินใด ๆ จากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่ง โดยไม่มีค่าตอบแทน หรือไม่ได้รับสินจ้าง (Consideration) ตอบแทน ขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่และมีได้อยู่ในความคาดหวังที่จะตาย โดยผู้โอนมีเจตนาที่จะโอนทรัพย์สินจากผู้ครอบครองทรัพย์สินไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยความเต็มใจ และอาศัยการกระทำบางสิ่งบางอย่าง เช่น การส่งมอบซึ่งเป็นการโอนการครอบครอง หรือ การทำเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นเอกสารโดยมีตราประทับของทางการ (Contract Under Seal) โดยทำเป็นสัญญาที่ไม่มีเงื่อนไข หรือการทำเป็นตราสารนั่นเอง โดยทรัพย์สิน นั้นจะไม่กลับคืนมายังผู้ให้⁷

การให้จะยังคงไม่สมบูรณ์จนกว่าจะได้มีการโอนการครอบครองซึ่งทรัพย์สินนั้นไปยังผู้รับแล้ว ดังนั้นหากมีแต่เพียงเจตนาให้ทรัพย์สินเท่านั้นยังคงไม่เพียงพอจนกว่าจะได้มีการโอนการครอบครองทรัพย์สินควบคู่ไปด้วย เว้นแต่การให้นั้นจะได้ทำเป็น Contract Under Seal ที่ไม่มีเงื่อนไข⁸ แต่อย่างไรก็ตาม การให้นั้นจะต้องทำด้วยความยินยอมของผู้รับด้วย โดยได้ถูกสันนิษฐานไว้ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานในธรรมชาติของมนุษย์ เพราะมนุษย์มักจะถูกสันนิษฐานโดยความเป็นธรรมที่จะยินยอมต่อโอกาสหรือประโยชน์ที่จะได้รับ⁹ จึงได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่าผู้รับได้ยอมรับการให้ เว้นแต่ผู้รับจะได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าตนไม่ปรารถนาที่จะยอมรับการให้

3.1.1.2 องค์ประกอบของสัญญาให้โดยเสนหามาในประเทศอังกฤษ

องค์ประกอบของสัญญาให้ในกฎหมายอังกฤษประกอบไปด้วย คู่สัญญาที่มีความสามารถตามกฎหมาย (Legal Capacity) ที่จะทำสัญญาให้ มีคำเสนอคำสนอง มีเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ โดยไม่มีเหตุที่เจตนาบกพร่อง (Vitiation of Wil) เช่น ความสำคัญผิด (Mistake) การให้ ข้อเท็จจริง

⁶ การให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิต (Gifts Mortis Causa) มีแนวความคิดที่ใกล้เคียงกับ กฎหมายโรมันเป็นอย่างมาก จนแทบจะมีลักษณะเช่นเดียวกัน

⁷ Halsbury's Laws of England. Volume 20. p. 2.

⁸ W.F. Frank, *The General Principles of English Law*, (London: Harrap, 1957), p. 147.

⁹ Halsbury's Laws of England. Volume 20, p. 28.

อันเป็นเท็จ (Misrepresentation) การข่มขู่ (Duress) การใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรม (Undue Influence) และสัญญาให้นั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่กฎหมายถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาทั่วไปที่ต้องมีสินจ้าง (Consideration) เป็นส่วนสำคัญขององค์ประกอบของสัญญาด้วย แต่แม้กระนั้นก็ตามการให้ก็ยังคงเป็นสัญญาที่กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ในประเทศอังกฤษได้ยอมรับ แต่ในส่วนของคำมั่นสัญญา¹⁰ ที่จะทำการให้ (Promise to make Gifts) ยังคงอยู่ภายใต้หลักของการเจรจาต่อรองแลกเปลี่ยน (Bargain) โดยมีสินจ้าง (Consideration) ตอบแทนอยู่ด้วย

ก) คำเสนอและคำสนอง

สำหรับคำเสนอและคำสนองในสัญญาให้นี้ คำเสนอนับว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด เนื่องจากผู้ให้จะเป็นผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอ และเป็นการกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาให้ ส่วนคำสนองก็เป็นเพียงการสนองรับตามคำเสนอ โดยมีได้ให้อะไรตอบแทน ซึ่งคำเสนอที่จะทำการให้นี้อาจทำได้โดยมีเงื่อนไข ซึ่งมีความแตกต่างจากคำเสนอที่มีเงื่อนไขตามสัญญาทั่วไป กล่าวคือ คำเสนอที่จะทำการให้โดยมีเงื่อนไขนี้เป็นคำเสนอที่อาศัยเหตุการณ์ใด ๆ ที่จะเกิดขึ้นเอง โดยที่มีไม่ใช่เป็นคำเสนอที่อาศัยเงื่อนไขจากการกระทำของผู้รับเนื่องจากการถูกขอร้องให้ทำบางสิ่งสำหรับตัวอย่างของคำเสนอที่จะทำการให้โดยมีเงื่อนไข เช่น A จะให้เงินแก่ B เป็นจำนวน 100 ปอนด์ หาก B เป็นโรคหัด แต่ถ้าคำเสนอระบุว่าให้ B สูบบุหรี่ยี่สามครั้งต่อวันเป็นเวลา 2 อาทิตย์แล้วเป็นไข้หัด ก็เป็นการปฏิบัติตามคำเสนอต่อสัญญานั้น โดยถือว่าการสูบบุหรี่เป็น สินจ้าง (Consideration) ที่ผู้ทำคำเสนอต้องการ จึงมีความแตกต่างจากคำเสนอที่จะทำการให้ซึ่ง จะไม่มีสินจ้าง (Consideration) อยู่เลย หรือกรณีตัวอย่างเช่น A กำหนดเงื่อนไขว่าจะทำการให้เงินแก่ B トラบเท่าที่ B ยังไม่แต่งงาน กรณีนี้เป็นคำเสนอที่กำหนดเงื่อนไขในการทำการให้ แต่หาก เป็นกรณีตัวอย่างว่า คำเสนอระบุว่า โปรดอย่าแต่งงานอีกครั้งแล้ว A จะให้เงินแก่ B เป็นจำนวน 2,500 ปอนด์ต่อปี เช่นนี้หาก B ไม่แต่งงานก็ถือเป็นการให้ค่าตอบแทนหรือสินจ้าง (Consideration) แก่ A และกรณีนี้เป็นคำเสนอตามสัญญาทั่วไป¹¹

¹⁰ คำว่า "Promise" ในระบบคอมมอนลอว์มิได้มีความหมายเหมือน "Promise" ใน ระบบชีวิตลอร์ กล่าวคือ "Promise" ในระบบคอมมอนลอว์เป็นอันเดียวกับคำเสนอหรือคำสนองใน สัญญา แต่ "Promise" ในระบบชีวิตลอร์เป็นคำมั่นซึ่งมีความหมายพิเศษและมีค่าบังคับให้ผูกพันมากกว่าคำเสนอ

¹¹ J.C. Smith, *Fundamental Principles of Law, (The Law of Contract)*, 27^o ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), p. 5.

ข) เจตนาผูกนิติสัมพันธ์ (Intention to Create Legal Relations)

ดังที่ได้กล่าวมาข้างแล้วว่าการให้ทรัพย์สินถือเอาเจตนาของผู้ให้เป็นสำคัญ เพราะด้วยลักษณะของการให้แล้ว เป็นการที่ผู้ให้เสียประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนั้น คงต้องพิจารณาเจตนาของผู้ให้ว่ามีเจตนาที่จะทำการให้ทรัพย์สินนั้นหรือไม่ เช่น ในคดี Dewar v. Deware¹² มารดาได้มีเจตนาให้เงินจำนวนหนึ่งแก่บุตรสาวของหล่อน เพื่อที่จะซื้อบ้าน โดยบุตรยินยอมรับเงินดังกล่าว ไป และแม้ว่าบุตรจะมีเจตนารับเงินนั้นไปเป็นเงินกู้ยืม และเมื่อถึงกำหนดบุตรตั้งใจจะคืนเงินจำนวน นั้นให้แก่มารดา แต่ศาลก็ยังเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นสัญญาให้ที่สมบูรณ์แล้ว

ค) เหตุที่ทำให้เจตนาบกพร่อง (Vitiation of Will)

สำหรับการให้ที่แม้ผู้ให้จะกระทำด้วยความสามารถที่จะทำการให้ได้ และมีการก่อนิติสัมพันธ์โดยการแสดงเจตนาระหว่างผู้ให้และผู้รับ รวมถึงมีการทำคำเสนอและคำสนองตรงกันแล้ว การให้นั้นก็จะเป็นการให้ที่สมบูรณ์ได้ เว้นแต่ การแสดงเจตนาของผู้ให้และผู้รับเป็นการแสดงเจตนาที่บกพร่อง เช่น การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม, ความสำคัญผิด, และการแถลงข้อความที่ไม่เป็นจริงแล้ว การให้นั้นย่อมไม่มีผลเป็นการให้

(1) การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม (Undue Influence) และการฉ้อโกง (Fraud)¹³

หากผู้ให้ได้แสดงเจตนาในการให้เนื่องมาจากการถูกฉ้อโกง หรือ การใช้อำนาจครอบงำผิด คลองธรรมจากผู้รับแล้ว ผู้รับก็ไม่ควรได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของตนเอง หรือหากเป็นกรณีที่ผู้รับใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์ที่มีอยู่ระหว่าง คู่สัญญา เช่น นายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งผู้ให้อาจโต้แย้งอำนาจนี้ได้ โดยการพิสูจน์ถึงความเป็นอิสระของผู้ให้

(2) ความสำคัญผิด (Mistake) และการแถลงข้อความที่ไม่เป็นจริง

การให้อาจเกิดขึ้นได้จากความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียว โดยมีได้เกิดจากการฉ้อโกง หรือ การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือแม้ไม่ใช่เหตุของความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นจากผู้รับแล้ว การให้นั้นก็ไม้อาจสมบูรณ์ได้ โดยความสำคัญผิดนี้จะต้องรุนแรงถึงขนาด ศาลจึงจะสั่งให้ผู้รับคืนการให้คืนได้ หรือกรณีการให้เกิดขึ้นโดยการเข้าใจข้อเท็จจริงที่ผิดไปโดยผู้รับเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริง โดยไม่รู้ ถึงความเป็นเช่นนั้น ผู้ให้ก็มีสิทธิเรียกคืนการให้คืนได้

¹² [1975] 2 All E.R. p. 728.

¹³ Halsbury's Laws of England. Volume 20, p. 34.

ง) สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality)¹⁴

นอกจากการให้จะอาศัยองค์ประกอบที่สำคัญข้างต้นมาแล้ว การให้ยังเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย โดยวัตถุประสงค์ของการให้นั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หากสัญญาให้นี้มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายอาญาก็เป็นไปได้ เช่น การให้สินบนแก่ผู้พิพากษา หรือ การให้สินบนเพื่อการสละตำแหน่งหรือการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตาม The Sale of Offices act 1809 หรือ การซื้อเสียงต่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (Elections vol 15 para 767 et seq) ผู้ให้ก็ไม่สามารถเรียกคืน การให้ไม่ได้ เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนผิดด้วยกัน ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานความผิดที่เท่ากัน ระหว่างผู้ให้และผู้รับ

จ) สินจ้าง (Consideration)

โดยทั่วไปสัญญาจะต้องประกอบด้วยสินจ้างหรือค่าตอบแทนเป็นสำคัญ แต่สำหรับสัญญาให้ไม่มีสินจ้าง (Consideration) เป็นองค์ประกอบของสัญญา ซึ่งหมายความว่า สัญญาให้สมบูรณ์ได้โดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อรองแลกเปลี่ยน (Bargain) อันนำมาซึ่งสินจ้าง (Consideration) แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ให้ ซึ่งการให้ที่สมบูรณ์ต้องเป็นการให้ที่ได้ส่งมอบทรัพย์สิน กันแล้ว หรือได้ทำเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นเอกสารโดยมีตราประทับของทางการโดยไม่มีเงื่อนไข แล้ว กรรมสิทธิ์จึงจะโอนไปยังผู้รับ ดังนั้น ผู้รับจึงไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องเพื่อให้ผู้ให้ทำการให้อีก หรือให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นอีก ซึ่งในกรณีที่มีการทำตามสัญญาดังกล่าว กรรมสิทธิ์ก็จะโอน ไปทันทีที่มีการทำสัญญานั้นสมบูรณ์แล้ว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าผู้รับน่าจะเรียกเอาทรัพย์สินจากผู้ให้ได้ใน ฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่หากเป็นสัญญาที่ยังคงต้องการให้มีการฟ้องบังคับคดีเพื่อบังคับให้อีก ฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ตามคำมั่นสัญญา (Promise) แล้วยังคงต้องเป็นการอาศัยตามหลักเกณฑ์ทั่วไป คือ จะต้องมีการคำมั่นสัญญา และในคำมั่นสัญญานั้นจะต้องมีสินจ้างตอบแทน (Consideration) และมีการผิดคำมั่นสัญญา แต่ในส่วนคำมั่นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ คือ คำมั่นสัญญาที่จะทำการให้ ซึ่งเป็นคำมั่นสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับยังมิได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้น ดังนั้นเมื่อมีคำมั่นสัญญาที่จะ ทำการให้เกิดขึ้นแล้วผู้ให้ผิดคำมั่นสัญญาไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้รับก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ให้ ส่งมอบทรัพย์สินได้ เพราะคำเสนอในคำมั่นสัญญาดังกล่าวโดยทั่วไปไม่ได้ต้องการสิ่งใดตอบแทน หรือเป็นคำมั่นสัญญาที่ไม่มีสินจ้าง (Consideration) นั้นเอง แต่ก็มีบางกรณีที่คำมั่นสัญญาว่าจะให้ อาจมี Consideration ได้ในบางกรณีดังที่จะได้กล่าวถึงในเวลาต่อไป

¹⁴ Halsbury's Laws of England. Volume 20, p. 35-36.

ดังนั้น คำมั่นสัญญา (Promise) ที่จะทำการให้โดยมิได้มีสินจ้าง (Consideration) ตามหลัก Bargain ซึ่งเป็นหลักในการเจรจาต่อรองแลกเปลี่ยนราคาแล้ว คำมั่นสัญญานั้นจะไม่ผูกพันผู้เสนอที่จะทำการให้ เช่น A ให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้รถยนต์ของ A แก่ B เป็นคำมั่นสัญญาที่มีได้ผูกพัน A เพราะผู้ให้คำมั่นสัญญามีได้ถามสำหรับสิ่งแลกเปลี่ยน แม้ผู้รับจะสนองรับตาม คำเสนอที่ได้ให้มาทันทีก็ตาม

สำหรับสินจ้างหรือค่าตอบแทนในอดีตนั้น ระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ในอังกฤษถือว่ามิได้เป็น Consideration ตามที่กฎหมายยอมรับ เช่น คดี Eastwood V. Kenyon¹⁵ กล่าวถึงคำมั่นสัญญาของซาราห์ หรือ สามีมของซาราห์ว่าจะจ่ายเงินให้แก่โจทก์ ซึ่ง ได้เลี้ยงดูปกครองดูแลและให้การศึกษแก่ซาราห์ในระหว่างที่ซาราห์ยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ย่อมไม่ สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ เนื่องจากการที่โจทก์ได้เลี้ยงดูซาราห์นั้นเป็นเหตุการณ์ในอดีต จึงเป็นเพียง Past Consideration คำมั่นสัญญาดังกล่าวนี้จึงเป็นเพียงการแสดงความสำนึกใน บุญคุณ หรือในความกรุณาของโจทก์เท่านั้น โดยสินจ้างในอดีตได้แตกต่างจากสินจ้างที่ได้ดำเนิน การไปเรียบร้อยแล้ว เพราะเป็นการกระทำตามคำร้องขอของผู้ให้คำมั่นสัญญา ดังนั้น การให้ ทรัพย์สินเพื่อตอบแทนบุญคุณในอดีตของผู้รับจึงมิใช่เป็นสินจ้าง Consideration ตามที่คำมั่น สัญญา (Promise) ต้องการ ผู้รับจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับกันตามคำมั่นสัญญาที่จะให้ได้

แต่อย่างไรก็ตาม Consideration ในระบบคอมมอนลอว์ในกฎหมายอังกฤษ ได้แสดงถึงมูลเหตุจูงใจในการทำคำมั่นสัญญา โดยเป็นสิ่งตอบแทนแก่ฝ่ายที่ได้ให้คำมั่นสัญญา โดยการให้สิ่งตอบแทนนั้นอาจจะอยู่ในรูปของการให้สิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือกระทำการใดการหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ได้¹⁶ โดยไม่คำนึงถึงว่า consideration จะมีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินที่ผู้ให้ประสงค์จะทำการให้เลยหรือไม่ ดังนั้น ในคำมั่นสัญญาว่าจะให้ก็อาจมี Consideration ได้ เพราะหากเป็นสิ่งที่มียุทธค่าน้อยกว่ามูลค่าของทรัพย์สิน Dillwyn v. Lewellyn¹⁷ การที่ A ทำคำเสนอโดยมีวัตถุประสงค์จะให้ทรัพย์สินแก่ B โดยกำหนดผลร้าย (Detriment) แก่ B ที่ต้องจ่ายเงิน หรือ การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดตามคำมั่นสัญญาว่าจะให้ เมื่อ B ได้ปฏิบัติตามคำมั่นสัญญาแล้วก็สามารถบังคับการให้ทรัพย์สินของ A ได้ หรือกรณีที่บุคคลปรารถนาที่จะทำการให้บ้านแก่อีกบุคคลหนึ่ง และชักจูงให้

¹⁵ (1840) 11 Ad & El p. 438.

¹⁶ พินัย ณ นคร, เค้าโครงและเอกสารการบรรยาย เรื่อง Consideration ในกฎหมาย อังกฤษและคอมมอนลอว์, วิชาคอมมอนลอว์ 2, (ภาคบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2544), น. 2.

¹⁷ (1862) 4 De G. F. 8.3 517, C.A.

ผู้รับเข้าทำสัญญาที่จะซื้อทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกผู้ขายบ้าน โดยบุคคลในฐานะผู้ให้หนี้จะเป็นผู้จ่ายค่าบ้านให้เอง ซึ่งคำมั่นสัญญาว่าจะให้ในลักษณะนี้สามารถถูกบังคับได้¹⁸

3.1.1.3 การให้ทรัพย์สินโดยมีค่าภาระติดพัน

การให้ทรัพย์สินในกรณีดังกล่าวนี้เป็นการให้กรณีพิเศษ คือ เป็นกรณีที่ค่าภาระติดพันได้ ถูกเสนอมาพร้อมกับคำเสนอ ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้รับกระทำการตามภาระติดพันที่อาจติดมากับตัว ทรัพย์สิน หรือ ได้ถูกกำหนดไว้ให้ผู้รับการให้เป็นผู้รับผิดชอบ เช่น การกำหนดให้ผู้รับที่ดินจากการให้ไป ต้องนำดอกผลที่ได้รับจากการปลูกพืชในที่ดินนั้นมาให้แก่ผู้ให้ แต่หากภาระติดพันนั้นมิได้ติดมากับตัว ทรัพย์สินแล้ว ผู้รับก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในหนี้ของผู้ให้แต่อย่างใด เพราะถือว่าผู้ให้ได้สร้างภาระขึ้นมา ผู้ให้ก็ จะต้องรับผิดชอบหนี้บุคคลลทธิ¹⁹ แต่ถ้ามีภาระติดพันติดมากับตัวทรัพย์สินแล้วไม่ว่าผู้ให้จะเป็นหนี้ บุคคลลทธิที่จะจ่ายมันหรือไม่ก็ตามผู้รับก็ต้องรับภาระติดพันที่ติดมากับตัวทรัพย์สินด้วย

3.1.1.4 แบบของการให้โดยเสน่หาในประเทศอังกฤษ

เนื่องจากกฎหมายอังกฤษได้ยอมรับการให้ได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ เช่นเดียวกับการให้ทรัพย์สินในกฎหมายของกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่สำหรับการให้ทรัพย์สินในกฎหมายอังกฤษนี้มีได้มีการแบ่งแยกแบบในการทำการให้ในทรัพย์สินชนิดที่ต่างกัน โดยการ ให้สังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ในกฎหมายอังกฤษนี้อาจทำได้ตามแบบเดียวกัน เว้นแต่จะมี กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ แบบของการให้มิได้ทั้งในการทำเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็น เอกสารโดยมีตราประทับของทางการ และการส่งมอบ

ก) การทำเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นเอกสาร โดยมีตราประทับของทางการ (Contract Under Seal)

การให้ที่มักจะทำในแบบของการทำเป็น Contract Under Seal ซึ่งจะมีผลเป็นสัญญาด้วยอำนาจของวิธีการที่ทำขึ้นถูกต้องตามแบบในกฎหมาย คู่สัญญาจะได้ทำคำเสนอคำสนองตกลงกันถูกต้องหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องสำคัญ และแม้จะไม่มีสินจ้าง (Consideration) ต่อกัน Contract Under Seal ก็ยังมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่ Contract Under Seal นั้นมีสินจ้างและเป็นสินจ้างที่ผิดกฎหมาย Contract Under Seal นั้นก็จะต้องตกเป็นโมฆะ²⁰ และสำหรับสัญญาให้นี้อาจทำได้โดย Contract Under Seal ที่ไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจะมีผลผูกพันคู่สัญญาในทันทีที่มีการส่งมอบ เอกสารที่มีตราประทับ

¹⁸ P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, 5th ed (Oxford: Clarendon press, 1995). p. 138.

¹⁹ Halsbury's Laws of England. Volume 20. p. 16.

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด, (พระนคร โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2497), น. 30.

ของทางานนี้ หรือ Contract Under Seal ที่มีเงื่อนไข (Escrow) ก็จะยังไม่ ให้เกิดผลของการให้ โดยทันที และจะเกิดผลก็ต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นบรรลุผลแล้วหรือเป็นเงื่อนไขบังคับ ก่อนดังที่ได้กล่าว มาแล้วข้างต้น

โดยทั่วไปแล้วการให้หรือสั่งห้ามทรัพย์สินมักจะกระทำในรูปแบบของ Contract Under Seal เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ จึงยากแก่การส่งมอบซึ่งคงทำได้แค่ เพียงโอนการครอบครองเท่านั้น กฎหมายจึงได้สร้าง Contract Under Seal ขึ้นเพื่อเป็นเครื่องหมาย ในการส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ด้วย โดย Contract Under Seal นี้จะถูกทำขึ้นโดยคู่สัญญาเขียนหรือ พิมพ์ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร หลังจากนั้นจะมีการลงนาม ประทับตรา พร้อมกับได้ทำการ ส่งมอบ Contract Under Seal นั้น ภายหลังจากเมื่อ The Law of property Act 1989 มีผลใช้บังคับ แล้ว การทำ Contract Under Seal นั้นก็ไม่จำเป็นต้องทำตราประทับอีกต่อไป Contract Under Seal นั้นก็มีผล สมบูรณ์แล้ว²¹

กรณีตามสัญญาให้เป็น Contract Under Seal ที่ผูกพันคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว ซึ่ง ผู้ให้ จะต้องผูกพันตามสัญญาเมื่อได้มีการส่งมอบ contract under seal นั้น และแม้จะได้ส่งมอบ Contract Under Seal แก่บุคคลอื่นที่มีชื่อผู้รับ และผู้รับมิได้ทราบถึงประโยชน์ที่ตนจะได้รับเลย ผู้ให้ ก็ยังต้อง ผูกพันด้วยอำนาจของแบบพิเศษตามที่ตนทำขึ้น เว้นแต่ผู้รับจะทราบความแล้วปฏิเสธ ไม่ยอมรับสิ่ง ที่ให้นี้ Contract Under Seal ก็จะกลายเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก²²

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากการให้ที่ดิน โดยทำเป็น Contract Under Seal แล้ว กฎหมาย ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า หากได้ทำตามแบบที่จะกล่าวต่อไปนี้แล้วก็ไม่ต้องทำเป็น Contract Under Seal อีกเช่น หากอสังหาริมทรัพย์ที่จะทำการให้นี้เป็นที่ดินที่มีทะเบียนแล้ว การให้ ที่ดินนั้น ก็จะต้องทำด้วยการจดทะเบียนโอนที่ดินด้วย ตาม The Land Registration Act 1925 โดยการจดทะเบียนการโอนนี้ไม่ต้องทำเป็น Contract Under Seal อีกก็สามารถทำการให้ที่สมบูรณ์ได้ หรือ การให้ที่ดินที่ทำเป็นหนังสือสำคัญระหว่างผู้ให้และผู้รับ หรือทำโดยการส่งมอบ ทรัพย์สินแก่ผู้ให้ แล้วลงตราประทับเพียงอย่างเดียวการให้ที่ดินนั้นก็สมบูรณ์ได้

นอกจากการให้ที่จะสามารถทำเป็น Contract Under Seal ได้แล้ว คำมั่นสัญญาที่จะ ทำ การให้ก็สามารถทำเป็น Contract Under Seal ได้เช่นเดียวกันและผู้ส่งมอบที่ จะทำการให้ ให้ ต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับ แต่หากทำเป็นสัญญาธรรมดาแล้วก็จะไม่มีผลตามกฎหมาย อังกฤษ

²¹ J.C. Smith, *Supra note 117*, p. 4.

²² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80*, น. 31-32.

เพราะเป็นสัญญาที่ไม่มีสินจ้าง (Consideration)²³ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การทำ Contract Under Seal ในกรณีนี้น่าจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับแบบการทำ Contract Under Seal ของการให้ ในกรณีที่กำหนดให้การให้ทรัพย์สินนั้นต้องทำโดยการส่งมอบ ซึ่งมีได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแม้จะทำเป็น Contract Under Seal การให้นั้นก็สมบูรณ์และผู้รับมีสิทธิเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินได้ ซึ่งไม่แตกต่างอะไรจากการทำคำมั่นสัญญาที่จะทำการให้แล้วทำเป็น Contract Under Seal ที่ผู้ทำคำสนองก็สามารถเรียกให้ผู้ทำคำเสนอส่งมอบทรัพย์สินได้เช่นเดียวกัน แต่กรณีตามคำมั่นสัญญาที่จะทำการให้โดยทำเป็น contract under seal นั้นน่าจะเป็นคำมั่น สัญญาที่สมบูรณ์เท่านั้น มิใช่การให้ที่สมบูรณ์ และทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าการเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สิน นั้นเป็นการเรียกในฐานะที่ผู้รับเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือเป็นการเรียกในฐานะที่ผูกพันกันตาม Contract Under Seal แต่ Contract Under Seal ในนิติกรรมสองชนิดนี้อาจแตกต่างกันได้ถ้าหาก ใน Contract Under Seal ตามคำมั่นสัญญาที่จะให้นั้นกำหนดให้ผู้สัญญาต้องไปทำเป็น Contract Under Seal หรือทำการส่งมอบในแบบของการให้ หรือไปทำเป็นหนังสือสำคัญอีกครั้งหนึ่ง สัญญา ให้จึงจะเกิดขึ้น แต่ Contract Under Seal ในสัญญาให้นั้นเป็นการเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินใน ในฐานะที่ผู้รับเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์

3.1.1.5 การส่งมอบ (Transfer)

การส่งมอบเป็นแบบที่สำคัญแบบหนึ่งในสัญญาให้ตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งแบบแห่งการส่งมอบสามารถทำได้กับทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แต่ทั้งนี้ทรัพย์สินซึ่งเป็นที่นิยมในการส่งมอบก็มักจะเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ คือทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งการส่งมอบที่แท้จริงไม่เพียงแต่จะเป็นพยานหลักฐานของการให้เท่านั้น แต่ยังเป็นส่วนหนึ่งของการให้โดยตัวมันเองอีกด้วย เพราะว่าการให้สังหาริมทรัพย์ด้วยวาจาโดยปราศจากการส่งมอบนั้นมิใช่การให้เลยเพราะไม่อาจมีทรัพย์สินผ่านมือไปยังผู้รับได้²⁴ หรือคงเป็นเพียงคำมั่นสัญญาที่จะทำการให้โดยไม่มีผลบังคับผูกพันผู้ให้เนื่องจากไม่มีสินจ้าง (Consideration) หรือมิได้ทำเป็น Contract Under Seal เท่านั้น ทั้งนี้ การส่งมอบอาจทำโดยแท้จริงหรือทำโดยปริยายก็ได้

(1) การส่งมอบโดยแท้จริง

โดยธรรมชาติของทรัพย์สินที่หลากหลายนั้น เฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้นที่จะสามารถส่งมอบจากมือผู้ให้ไปยังมือผู้รับได้ เช่น การให้ปากกาหมึกซึมสามารถทำได้

²³ เพิ่งอ้าง, น. 33.

²⁴ HalsburysLaws of England. Volume 20, p. 21.

โดยการส่งมอบด้วยการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ให้ไปยังผู้รับ บางกรณีวัตถุที่มีรูปร่างก็อาจเป็นการส่งมอบที่เพียงพอได้หากผู้ให้เพียงแต่ชี้เจตนาของเขาที่จะให้ทรัพย์สินนั้น และแจ้งแก่ผู้รับเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะให้ และต่อมาผู้รับก็สามารถเรียกเอาทรัพย์สินนั้นสำหรับตัวเองได้ เช่นคดี Thomas V. Times Book Co., Ltd.²⁵ การให้ต้นฉบับต่อผู้ผลิต B.B.C. ได้ถูกจัดว่าสมบูรณ์ เมื่อ Dylan Thomas ซึ่งเป็นนักกวีได้ชี้เจตนาของเขาที่จะทำการให้ และหลังจากนั้นเขาได้บินไปอเมริกาเพื่อ บอกผู้รับว่าเขาได้ทิ้งต้นฉบับไว้ใน Suho Public House ซึ่งต่อมาผู้รับได้ไปหาและรับเอาต้นฉบับ นั้นไป หรือกรณีที่บุคคลหนึ่งยื่นยันถึงเจตนาที่ต้องการให้ทรัพย์สินนั้นแก่อีกบุคคลหนึ่งจริง ๆ ก็ถือ เป็นการส่งมอบที่แท้จริงแล้ว ดังนั้นการที่บุคคลอื่นได้เข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นก็เพียงการ ครอบครองในฐานะตัวแทน เนื่องจากการให้นั้นสมบูรณ์แล้ว และบุคคลที่รับการให้ก็มีฐานะเป็น เจ้าของทรัพย์สินนั้นแล้ว²⁶

(2) การส่งมอบโดยปริยาย

นอกจากการส่งมอบทรัพย์สิน โดยแท้จริง คือ การส่งมอบจากมือคนหนึ่งไปสู่มืออีกคนหนึ่งแล้ว การส่งมอบโดยปริยายก็อาจมีได้ หากเป็นกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งต้องการให้ นั้นเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแต่มีขนาดใหญ่มาก ไม่อาจเคลื่อนย้ายเพื่อทำการส่งมอบที่แท้จริงได้ เช่น การให้ฟางหญ้าที่เก็บไว้ในโรงนา ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายมองว่าการโอนฟางหญ้างดังกล่าวสามารถทำได้ด้วยการส่งมอบกุญแจโรงนาแทนก็เป็นการส่งมอบฟางหญ้าที่สมบูรณ์แล้ว²⁷ หรือเป็นกรณีที่ผู้ให้ต้องการที่จะให้บ้านแก่ผู้รับ ผู้ให้ก็สามารถส่งมอบบ้าน โดยการส่งมอบกุญแจบ้านแทนการส่งมอบตัวบ้าน ซึ่ง ถือเป็นการส่งมอบโดยปริยาย หรือด้วยการส่งมอบส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทั้งหมด เช่น การส่งมอบโต๊ะตัวหนึ่งแทนเฟอร์นิเจอร์ทั้งหมดที่ผู้ให้ประสงค์จะทำการให้ และบางกรณีการส่งมอบโดยปริยายอาจทำได้โดยการส่งมอบเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เช่น ผู้ให้ประสงค์จะทำการให้ตู้คาร์โก้ของเรือ โดยได้ทำการให้ด้วยการส่งมอบ Bill of Lading ซึ่งเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในตู้คาร์โก้ของเรื่อนั้น ก็เป็นการให้ที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบแล้ว

3.1.1.6 ผลของการให้

การพิจารณาผลของการให้ นั้นจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงผลของคำมั่นสัญญาว่าจะให้ ประกอบด้วย เนื่องจากคำมั่นสัญญาที่จะทำการให้เป็นการให้ที่ไม่สมบูรณ์นั่นเอง ซึ่งผลของคำมั่น

²⁵ (1996] 2 All E.R. 241.

²⁶ Philip S. James, Introduction to English Law, 12th ed. (London: Butterworths, 1989, p. 495.

²⁷ *Ibid*, p. 496.

สัญญาที่จะทำการให้นำมาสู่การให้ที่สมบูรณ์ หรืออาจเข้าใจได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดหนี้ของการให้ที่ไม่สมบูรณ์ได้

ก) ผลของการให้ที่ไม่สมบูรณ์²⁸

สำหรับกรณีการให้ที่ไม่สมบูรณ์หรือคำมั่นสัญญาว่าจะให้หนี้ (Promise to Make Gifts) โดยปกติมักจะไม่มีสินจ้าง (Consideration) ตอบแทนคำมั่นสัญญาดังกล่าว เนื่องจากเป็น การทำคำมั่นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับเพียงฝ่ายเดียว โดยผู้รับมิได้ให้ประโยชน์อันใดตอบแทน แก่ผู้ให้เลย ดังนั้น ผู้ให้จึงไม่อาจถูกฟ้องร้องบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับได้ โดยเป็นไปตาม หลักการฟ้องบังคับตามสัญญา เพราะหากไม่มีสินจ้างหรือค่าตอบแทน (Consideration) แล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก็ไม่สามารถฟ้องบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำการส่งมอบทรัพย์สินได้ในหนี้ ของคำมั่นสัญญาว่าจะให้ ผู้ให้จึงไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับ เว้นแต่ ศาลอาจจะนำหลัก Proprietary Estoppel ซึ่งเป็นหลัก Equity มาใช้บังคับทำให้ผู้รับสามารถฟ้องบังคับคดีได้ โดยอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจในคำมั่นสัญญาที่ผู้ทำคำเสนอได้ให้ไว้แก่ผู้รับ เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้รับซึ่งก็คือผู้ถูกเสนอในคำมั่นสัญญาว่าจะให้หนี้ เช่น ในคดี Pascoe V. Turner²⁹ เป็นกรณีที่ผู้ให้คำมั่นสัญญาได้ทำคำเสนอที่จะให้บ้านและทุกสิ่งทุกอย่างที่อยู่ในบ้านหลังนั้นแก่ผู้หญิง อันเป็นที่รักของเขา โดยผู้หญิงได้เชื่อใจและไว้วางใจว่า ผู้ให้คำมั่นสัญญานั้นจะทำการให้ทรัพย์สิน นั้นแก่หล่อนจริง ๆ หล่อนจึงได้ใช้เงินในการประดับตกแต่ง ปรับปรุง และซ่อมแซมบ้าน ศาลจึงเห็น ว่าด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจของหญิงคนดังกล่าวนี้สามารถฟ้องบังคับให้ผู้ให้คำมั่นสัญญาส่งมอบบ้านและทรัพย์สินทุกชนิดที่อยู่ในบ้านหลังนี้แก่หล่อนได้ตามหลักกฎหมายปิดปากหรือหลัก Proprietary Estoppel นั้นเอง³⁰

อย่างไรก็ตาม หากแม้ว่าผู้สนองรับตามคำมั่นสัญญานั้น ไม่อาจจะฟ้องบังคับให้ผู้ให้ชำระหนี้ได้ แต่หนี้ในคำมั่นสัญญาว่าจะให้หนี้ยังคงมีอยู่ ดังนั้นหากผู้ให้ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปแล้ว ผู้ให้ก็ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ และผู้รับก็ไม่มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินกลับคืน ได้ เนื่องจากผู้รับอาจอ้าง หลัก equity คือ หลัก Promissory Estoppel ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปิดปากอีกหลักหนึ่งได้ โดยหลักดังกล่าว ไม่อาจนำไปใช้กับการฟ้องบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินได้ ผู้รับคงใช้ได้แต่เพียงยกเป็นข้อต่อสู้คดีเท่านั้นว่า ผู้รับมีสิทธิได้รับการให้โดยสมบูรณ์ และผู้ให้ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้

²⁸ การให้ที่ไม่สมบูรณ์ในที่นี้หมายความถึงคำมั่นสัญญาว่าจะให้

²⁹ [1979] 1 W.L.R. 431.

³⁰ J.C. Smith, *Supra* note 117, p. 91.

สำหรับกรณีค้ำมั่นสัญญาที่จะทำการบริจาคเงินนั้น หากยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน ที่บริจาคแล้ว ผู้รับค้ำมั่นสัญญาก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้ค้ำมั่นสัญญาส่งมอบทรัพย์สินเพื่อ การบริจาคได้ เว้นแต่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลผู้ให้ค้ำมั่นสัญญานั้นได้ต้องการที่จะสละเงินเพื่อ สังคมโดย ประสงค์จะให้นำเงินบริจาคไปสร้างโรงเรียน และต่อมาเมื่อสังคมได้สร้างโรงเรียนขึ้นแล้ว สังคมก็ สามารถเรียกเงินตามค้ำมั่นสัญญานั้นคืนได้³¹

ข) ผลของการให้ที่สมบูรณ์

การให้ที่สมบูรณ์แล้วตามกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ หรือกฎหมายอังกฤษนี้ มิได้ ก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้แต่อย่างใดสำหรับการให้ที่สมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน แต่สำหรับกรณี การให้ที่สมบูรณ์ โดยการทำเป็น Contract Under Seal ซึ่งมีการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นใน เวลาที่ได้ทำ Contract Under Seal และส่งมอบ Contract Under Seal นั้นแล้ว ผู้ให้อาจมีหนี้ที่จะต้อง ส่งมอบทรัพย์สินตาม Contract Under Seal นั้น ส่วนการให้ใด ๆ ที่ยังมีได้มีการส่งมอบ หรือ ทำเป็น Contract Under Seal แล้วก็ยังมีให้การให้ที่สมบูรณ์ หากแต่เป็นค้ำมั่นสัญญาที่จะทำ การให้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนหนี้ของผู้รับการให้นั้นอาจเกิดขึ้นได้เพราะผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินอันเป็นสินจ้างตอบ แทน (Consideration) แก่การที่ผู้รับจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้ให้อยู่แล้ว ผู้ให้จึง สามารถเรียกให้ผู้รับชำระหนี้ได้ ดังเช่นการให้ทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพันดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว เช่น หากเป็นการให้ที่ดิน โดยมีผลร้าย (Detriment) แก่ผู้รับว่าต้องสร้างตึกบนที่ดินที่ได้ทำการให้ เช่นนี้แล้ว ผู้รับก็มีหนี้ที่จะต้องผูกพันในการสร้างตึกหลังจากที่ตนได้รับการให้ที่ดินนั้นด้วย ซึ่งหาก ผู้รับ ไม่ได้กระทำตามภาระติดพันที่ได้ให้ไว้ ผู้ให้ก็อาจฟ้องบังคับคดีได้ เพราะถือว่าผู้ให้ได้ให้ ที่ดิน เป็นสินจ้างตอบแทนการสร้างตึกนี้ และหากผู้ให้ไม่ยอมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนี้ผู้รับ ย่อมเรียก ร้องให้ผู้ให้ส่งมอบที่ดินนี้ได้เพราะผู้รับได้ให้สินจ้างในการสร้างตึกตอบแทนแล้ว ผู้ให้จึง มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบที่ดินด้วย

3.1.1.7 การเพิกถอนการให้ในประเทศอังกฤษ

การให้ตามกฎหมายอังกฤษโดยหลักแล้ว ไม่อาจเรียกคืนการให้ได้³² ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้าง แล้วว่า ค้ำมั่นสัญญาว่าจะให้หรือการให้ที่ไม่สมบูรณ์นั้น หากภายหลังผู้รับได้รับทรัพย์สินไปก็ดี หรือเป็น การให้ที่สมบูรณ์แล้วก็ดี โดยมีได้มีสินจ้าง (Consideration) ตอบแทนนั้น ผู้รับก็อาจอ้าง

³¹ Halsbury's Laws of England. Volume 20. p. 38.

³² เว้นแต่อาศัย หลักกฎหมายอย่างอื่น เช่น ความเป็นโมฆะ เงื่อนไขในการให้โดยเสนหา เป็นต้น ดู Halsbury's Laws of England. Volume 20. p. 38.

หลัก Equity คือหลัก Promissory Estoppel เพื่อใช้อ้างยันข้อกล่าวหาของโจทก์ได้ ดังนั้น ผู้รับจึงไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับการให้หนี้ได้

ดังนั้น หากผู้รับประพฤตินรคุณต่อผู้ให้หนี้ก็มีได้กำหนดไว้ในกฎหมายอังกฤษแต่อย่างใด เนื่องจากสัญญาให้ในกฎหมาย ระบบคอมมอนลอว์เกิดขึ้น โดยที่ผู้รับไม่ต้องให้สินจ้าง (Consideration) ตอบแทน สัญญาให้จึงเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการส่งมอบหรือการทำให้เป็น Contract Under Seal เท่านั้น สัญญาให้ก็จะมิผล สมบูรณ์และเสร็จสิ้นลงไป ผู้รับจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติสิ่งใดตอบแทนอีก

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับการให้ที่เกิดขึ้นแล้วกลายเป็นโมฆะไปเพราะผู้ให้ได้ทำการบอกล้าง ความเป็นโมฆะของการให้อันเนื่องมาจากเจตนาของผู้ให้บกพร่อง เช่น การให้ที่ผู้ให้แสดงเจตนา เพราะถูกใช้อิทธิพลที่ไม่เป็นธรรม หรือเพราะถูกฉ้อโกง หรือทำประการใดที่ทำให้สัญญาให้นั้นเป็น โมฆะ ผู้ให้ย่อมมีสิทธิเรียกคืนการให้หนี้ได้ และผู้รับต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นคืน

3.2 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์

ปัจจุบันกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์มีอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งประเทศเหล่านี้ เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายที่มีแนวความคิดสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน โดยนำมาบัญญัติเป็น ประมวลกฎหมายและใช้ประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายหลัก โดยผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวกับการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย อันเป็นเป็นที่มาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในเรื่องการเพิกถอนให้โดยเสน่หา

3.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลทางด้านแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการให้มาจากโรมัน ดังนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการให้ต่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ จึงมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายโรมัน และคล้ายกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันเช่นกัน ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการให้ของทั้งสองประเทศล้วนแล้วแต่มีที่มาจากกฎหมายโรมันเหมือนกัน แต่เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการให้หรือสัญญาให้ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระยะเวลาในการร่างกฎหมายอย่างเร่งรีบจึงยังมีความไม่สมบูรณ์ และก่อให้เกิดปัญหาในภายหลัง

ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับกับการให้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งในการร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวได้ใช้ระยะเวลาที่เหมาะสม

สำหรับการร่างกฎหมาย อันทำให้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความสมบูรณ์กว่าและยังมีการพัฒนาเป็นแนวความคิดที่เป็นนามธรรมในลักษณะทางวิชาการขั้นสูงกว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่แม้จะมีแนวความคิดทางกฎหมายที่คล้ายกันก็ตาม และนอกจากนี้ยังส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการให้มีความแตกต่างกันไปด้วย

สัญญาให้ โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BGB.) มาตรา 516(1) บัญญัติให้ความหมายของการให้โดยเสน่หาว่า

“Section 516 Concept of donation

(1) A disposition by means of which someone enriches another person from his own assets is a donation if both parties are in agreement that the disposition occurs gratuitously.

(2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it.

In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.”

มาตรา 516 นี้บัญญัติว่า สัญญาให้เป็นการโอนทรัพย์สินโดยวิธีซึ่งผู้ให้ได้สละทรัพย์สินของตนเองและโอนให้แก่ผู้รับซึ่งประโยชน์นั้น โดยทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันว่าการโอนทรัพย์สินนั้นได้ทำโดยไม่มีค่าตอบแทน³³

จากคำนิยามตามมาตรา 516 สัญญาให้มีองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาให้สองประการ คือ

ประการแรก การให้เป็นการกระทำที่ผู้ให้ต้องการสละทรัพย์สินของตนเองให้แก่ผู้รับ และ

ประการที่สอง ผู้ให้มีเจตนาที่จะโอน ทรัพย์สินนั้น โดยไม่มีค่าตอบแทนและผู้รับยินยอมรับการให้นั้น

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้ให้อาจกำหนดระยะเวลาอันสมควรให้ผู้รับแสดงเจตนาที่จะรับหรือปฏิเสธการให้นั้น และหากผู้รับมิได้ปฏิเสธภายในเวลาที่ได้กำหนดไว้แล้ว ก็ให้

³³ E.J. Schuster, *The Principles of German Civil Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 231.

ถือว่าผู้รับยอมรับการโอนทรัพย์สินนั้น โดยปริยาย ตามมาตรา 516 (2)³⁴ สำหรับการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนนี้นักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้พยายามนำแนวความคิดของ สิ้นจ้าง (Consideration) ในกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ โดยได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไว้ ว่าการที่ผู้ให้ตกลงให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับโดยเป็นการให้เพื่อตอบแทนบริการในอดีต หรือเพื่อตอบแทนการชำระหนี้ใด ๆ แล้ว การนั้นก็มิเป็นการให้ หรือหากเพียงแต่ตกลงกันโดยยังมีได้ส่งมอบ ทรัพย์สินเพื่อตอบแทนการดังกล่าว การนั้นก็มิได้ประกอบเป็นคำมั่นว่าจะให้ (R.G.Z. 94, 324)³⁵ ทั้งนี้ ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ประสงค์ที่จะใช้ค่านियมดังกล่าวนี้ให้สอดคล้องกับการให้โดยเสน่หาทุกชนิด

สำหรับลักษณะของการให้ที่ผสมนี้ได้แยกกล่าวไว้ครั้งหนึ่งแล้วในกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นการให้ที่ผู้รับจะต้องทำการอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย ดังที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในเรื่องการให้ที่มีค่าภาระติดพัน ซึ่งจะแตกต่างจากการให้โดยทั่วไปที่ผู้รับไม่ต้องดำเนินการใด ๆ เลย

การให้ที่มีค่าภาระติดพัน (Schenkung unter Auflage) ตามมาตรา 525³⁶ มีการบัญญัติว่า
“Section 525 Donation subject to conditions

(1) Anyone who makes a donation subject to a condition may demand that the condition is fulfilled if he himself has performed.

(2) If fulfilment of the condition is in the public interest, then the competent public authority may also demand fulfilment after the death of the donor.”

โดยการให้ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้หรือสัญญาให้ได้โดยที่มีใช้เป็นสัญญาแลกเปลี่ยนนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ ผู้ให้มีความเจตนาเพื่อประโยชน์ของผู้รับเป็นสำคัญ โดยภาระที่ติดมากับการให้นี้ อาจเป็นการกำหนด เพื่อประโยชน์ของตัวเอง หรือเพื่อประโยชน์ของผู้รับ

³⁴ (2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it.

In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment

³⁵ E.J. Cohn, *Manual of German Law*, Vol 1 (London: Oceana Publications, 1968), p. 136.

³⁶ Article 525 A person who makes a gift subject to a burden may demand the execution of the burden, if he on his part has executed the gift.

If the execution of the burden is of public interest, after the death of the donor the competent public authority may also demand its execution.

หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ เช่น ก. ให้ที่นาแก่ ข. และได้กำหนดภาระในสัญญาให้ด้วยว่า ข. จะต้องยอมให้ ก. รับผลผลิตจากที่นาที่ ก. ได้ยกให้นี้ตลอดชีวิตของ ก.³⁷

อย่างไรก็ตามถึงแม้จะได้มีความพยายามที่จะแยกความแตกต่างของการให้ที่มีค่าภาระติดพันออกจากสัญญาแลกเปลี่ยนไว้ แต่ศาลสูงในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ไม่ยอมรับว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันจะมีความแตกต่างกับสัญญาแลกเปลี่ยน เช่น คดีแม่มาย ซึ่งเป็นคดีที่แม่มายได้ให้เงินแก่บุตรคนหนึ่งเป็น จำนวน 1,750,000 มาร์ค โดยกำหนดให้บุตรตั้งกองทุนขึ้นมาเพื่อบริหารเงินจำนวนนี้ และให้บุตรเป็นผู้จัดการในการบริหารเงินกองทุน ส่วนมารดาเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในเงินกองทุน ต่อมาภายหลังได้มีการโต้เถียงกันระหว่างบุตรกับมารดา เป็นเหตุให้บุตรถูกไล่ออกจากการเป็นผู้จัดการ และมารดาได้ฟ้องยกเลิกสัญญาให้และเรียกคืนการให้ ซึ่งศาลล่างได้วินิจฉัยว่าการบริหารกองทุนเป็น ภาระที่บุตรผู้รับจะต้องดำเนินการอันเป็นภาระเนื่องมาจากสัญญาให้ แต่ศาลสูงได้ปฏิเสธเหตุผลดังกล่าว โดยมองว่าจะเป็นการให้ได้นั้นจะต้องปรากฏว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าไม่มีค่าตอบแทน และเป็นไปไม่ได้ที่จะมีแนวความคิดว่าการโอนที่มีทั้งค่าตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทนจะ เกิดขึ้นในเวลาเดียวกันได้

ดังนั้น แม้ศาลจะมีได้ยอมรับในแนวความคิดของการให้ที่มีค่าภาระติดพันว่า เป็นการให้ก็ตาม แต่นักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็ยังคงยืนยันความเห็นของตนเช่นกันว่า หากภาระติดพันที่ผู้รับต้องชำระนั้น ไม่ทำให้ความร่ำรวยที่ผู้รับได้รับจากทรัพย์สินของผู้ให้หมดไป กล่าวคือ ภาระติดพันที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้นี้ได้ทำให้ผู้รับจะต้องนำเงินของตัวเองมาจ่าย แต่เป็นการนำเงินที่ได้รับหรือผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากทรัพย์สินเนื่องจากการให้มาชำระหนี้แล้ว การนั้นก็ ยังคงเป็นการให้ หรือสัญญาให้ที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของการให้นี้

สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่าการให้ที่ผสมดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นการให้หรือไม่ ก็เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยงการควบคุมการให้ที่รัฐได้กำหนดไว้ เพราะหากพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวมิใช่เป็นการให้แล้ว เจ้าของทรัพย์สินก็จะสามารถจัดการทรัพย์สินใน ลักษณะดังกล่าวได้โดยเสรีไม่ตกอยู่ภายใต้การจำกัดการให้ของรัฐดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

ในส่วนของแบบของการให้โดยเสน่หา กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมิได้กำหนดแบบของสัญญาไว้ คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามแบบใด ๆ สัญญาให้นั้นย่อมสมบูรณ์แล้ว และผู้ให้ไม่อาจเรียกคืนการให้ที่สมบูรณ์นี้ได้ เว้นแต่ จะเป็นการเรียกคืนการให้ตามที่กฎหมาย

³⁷ E.J. Schuster, *Supra* note 139, p. 235.

กำหนด³⁸ แต่อย่างไรก็ดีแม้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาให้ จะไม่มีแบบให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติ แต่ คู่สัญญายังคงต้องปฏิบัติตามวิธีที่จำเป็นสำหรับการกระทำ ที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ประเภทนั้นด้วยจึงจะสมบูรณ์ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ผู้ให้จะต้องทำการโอนโดยการแสดง เจตนาต่อหน้าเจ้าพนักงานทะเบียนที่ดิน หรือผู้ให้อาจทำการ โอนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อหน้าศาล หรือต่อหน้าโนตารีตามมาตรา 925³⁹ และทำการโอนตามรูปแบบเดียวกันกับสัญญาซื้อขาย หรือ กรณีการให้ทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์นั้น มีวิธีการ โอนกรรมสิทธิ์ของสังหาริมทรัพย์ ด้วยการ ส่งมอบทรัพย์สินนั้นก็เป็นการเพียงพอแล้ว ตามมาตรา 929⁴⁰ เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาใน กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแยกสัญญาทางหนี้และสัญญาทาง ทรัพย์สินออกจากกันโดย สัญญาทางหนี้เป็นมูลเหตุ (Causa) ที่ก่อให้เกิดความผูกพัน ด้วยเหตุที่ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ไม่อาจ เกิดขึ้นลอยๆ ได้⁴¹ จึงจำเป็นต้องมีมูลเหตุที่จะก่อให้เกิดการ โอนกรรมสิทธิ์ ซึ่ง มูลเหตุในสัญญาให้ก็เป็น กรณีที่การจำหน่ายเป็นไปเพื่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งร่ำรวยขึ้น โดยไม่ต้องให้ ชำระค่าตอบแทน⁴² อันเป็นความประสงค์ที่อยากจะให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับด้วยใจจริง โดยเมื่อมีการ โอนกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินตามมูลเหตุหรือตามสัญญาทางหนี้แล้วนี้ ย่อมถือว่าเป็นการดำเนินการ ในสัญญาให้ที่

³⁸ Markesinis, B.S.; Lorenz, W., and Dannemann, G., Markesinis the German Law of Obligations Vol.1 The Law of Contracts and Restitution; a Comparative Introduction, (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 38.

³⁹ Article 925 Declaration of conveyance

(1) The agreement between the alienor and the acquirer (declaration of conveyance) necessary for the transfer of ownership of a plot of land under section 873 must be declared in the presence of both parties before a competent agency. Any notary is competent to receive the declaration of conveyance, notwithstanding the competence of other agencies. A declaration of conveyance may also be made in an in-court settlement or in an insolvency plan that has been finally and non-appealably confirmed.

(2) A declaration of conveyance that is made subject to a condition or a stipulation as to time is ineffective.

⁴⁰ Article 929 For the transfer of ownership of a moveable it is necessary that the owner deliver the thing to the acquirer and make a real agreement with him that the ownership shall pass. If the acquirer is in possession of the thing the real agreement as to the passing of ownership is sufficient.

⁴¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน,” ตุลพาณ, เล่ม 1, ปีที่ 15, น. 55 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511).

⁴² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 77.

เสร็จสิ้น หากเพียงแต่ตกลงกัน โดยยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สิน การให้ดังกล่าวก็เป็น เพียงแค่คำมั่นว่าจะให้ที่จะต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่หากผู้ให้ได้ทำการ ส่งมอบทรัพย์สินแล้ว การให้นั้นก็สมบูรณ์และผู้ให้ก็ไม่มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นอีก จึงเห็น ได้ว่าแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้ถึงแบบของสัญญาให้ก็ตาม แต่เพียงแต่การตกลงยินยอม เท่านั้นก็มีอาจเป็นสัญญาให้ได้ การให้จึงจำต้องได้รับการปฏิบัติตามวิธีในการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ประกอบกับคำนิยามของสัญญาให้เองก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสัญญาให้เป็นสัญญาที่ผู้ให้ยอมสละทรัพย์สินของตนโดยการโอนให้แก่ผู้รับ และหากยังมีได้มีการ โอนทรัพย์สินกันแล้ว สัญญา ดังกล่าวก็จะเป็นเพียงคำมั่นว่าจะให้เท่านั้น

ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อมีสัญญาให้ ผู้ให้ยอมมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนกรณีของสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะ โอนไปยังผู้รับแล้ว แต่หากผู้ให้ยังมีได้ส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้น ผู้ให้ก็ยังต้องมีหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับด้วย

ส่วนผู้รับเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระด้วยเช่นกัน กรณีที่จะต้องชำระตามค่าภาระคิดค้น โดยหนี้ที่กำหนดเป็นภาระนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทันทีเมื่อสัญญาให้สมบูรณ์ และผู้ให้อาจเรียกให้ผู้รับชำระหนี้ภาระคิดค้นนี้ได้ หรือกรณีที่ผู้รับจะต้องชำระหนี้ค่าภาระคิดค้นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะแล้ว หากผู้ให้ตายลง ผู้รับก็มีหนี้ที่จะต้องชำระแก่องค์กรของรัฐตาม มาตรา 525⁴³ และนอกจากหนี้ที่ผู้รับจะต้องชำระต่อผู้ให้แล้ว ผู้รับยังอาจเป็นหนี้ต่อบุคคลภายนอก ในกรณีที่ผู้รับมีหนี้ที่จะต้องชำระค่าภาระคิดค้นต่อบุคคลภายนอกตามมาตรา 330⁴⁴ ด้วย

⁴³ Section 525 Donation subject to conditions

(1) Anyone who makes a donation subject to a condition may demand that the condition is fulfilled if he himself has performed.

(2) If fulfilment of the condition is in the public interest, then the competent public authority may also demand fulfilment after the death of the donor.

⁴⁴ Section 330 If, in a contract for life insurance or an annuity, payment of the insurance or annuity to a third party is stipulated for, it is to be presumed, in case of doubt, that the third party shall acquire a direct right to demand the payment. The same rule applies, if in a gratuitous transfer of property the duty to perform an act in favour of a third party is imposed upon the recipient, or if a person, on taking over the whole of another person's property r goods, promises an act of performance in favour of a third party for the purpose of compounding a liability

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นอกจากกรณีที่ผู้ให้สามารถเรียกคืนการให้จากผู้รับได้หากทรัพย์สินของผู้ให้ไม่เพียงพอต่อส่วนแบ่งที่ได้กำหนดไว้แก่ทายาทในกรณีที่ผู้ให้เพิ่งรู้ถึงการมีบุตร ในเรื่องการจำกัดการให้แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติเกี่ยวกับการเรียกคืนการให้ไว้โดยชัดแจ้งในบทบัญญัติเรื่องให้อีกด้วย โดยการเรียกคืนการให้ที่นั้นอาจเกิดขึ้นจากสาเหตุดังนี้

(1) การเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณ

การให้เมื่อมีผลสมบูรณ์ แต่ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนการให้นี้ได้ เพราะเหตุที่ผู้รับได้กระทำการที่เป็นการเนรคุณต่อผู้ให้ หรือญาติที่ใกล้ชิดของผู้ให้อย่างร้ายแรง⁴⁵ ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 530⁴⁶ ซึ่งบัญญัติว่า

“Section 530 Revocation of donation

(1) A donation may be revoked if the donee is guilty of gross ingratitude by doing serious wrong to the donor or a close relative of the donor.

(2) The heir of the donor only has the right of revocation if the donee has intentionally and unlawfully killed the donor or prevented him from revoking.”

มาตรา 530 นี้เป็นการที่กฎหมายกำหนดว่าหากผู้รับได้ทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ให้ หรือได้กระทำการอันเป็นการโหดร้ายทารุณต่อผู้ให้ หรือได้หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ให้ย่อมเรียกทรัพย์สินคืนได้ อันมีลักษณะเช่นเดียวกันกับเหตุเนรคุณของกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติไว้เพิ่มเติมอีกว่า หากการกระทำดังกล่าวได้ทำต่อญาติใกล้ชิดของผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้เช่นกัน และทายาทของผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนการให้นี้ได้หากผู้รับได้เจตนาทำให้ผู้ให้ถึงแก่ความตาย

อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้มิได้ใช้สิทธิในการเรียกคืนการให้ภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่วันที่ผู้ให้ได้รับรู้ถึงการกระทำผิดนั้น หรือเป็นเพราะเหตุที่ผู้ให้ได้ให้อภัยในการ

⁴⁵ E.J. Cohn, *Supra note 141*, p. 136.

⁴⁶ Article 530 A gift may be revoked if the donee renders himself guilty of gross ingratitude by any serious misconduct towards the donor or a near relation of the donor.

The right to revoke belongs to the heir of the donor only if the donee has wilfully and unlawfully killed the donor, or prevented him from revoking.

กระทำผิดนั้นแล้ว หรือโดยการสละสิทธินั้น ผู้ให้ก็ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกคืนการให้ได้อีกต่อไป ตาม มาตรา 532⁴⁷ และมาตรา 539⁴⁸

(2) เหตุที่ผู้ให้ยากจนลง

กรณีนี้มีบัญญัติในมาตรา 528 ซึ่งบัญญัติว่า

“Section 528 Claim for return due to impoverishment of the donor

(1) To the extent that the donor, after fulfilment of the condition, is not in a position to maintain himself reasonably and to meet the maintenance obligation incumbent upon him by law in relation to his relatives, his spouse, his civil partner or his previous spouse or civil partner, he may demand return of the gift from the donee under the provisions on the return of unjust enrichment. The donee may avoid return by paying the amount required for maintenance. The provision of section 760 and the provision applicable to the maintenance obligation of relatives under section 1613, and in the case of the death of the donor also the provision of section 1615, apply to the duty of the donee with the necessary modifications.

(2) Among more than one donee, the earlier donee is liable only to the extent that the later donee is not obliged.”

หากผู้ให้มีความยากจนลงเกินกว่าที่จะสามารถชำระหนี้ได้แล้ว ผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่เคยได้ให้ไว้แก่ผู้รับได้มาตรา 528 โดยความหมายของคำว่า “ยากจนลง” นี้อาจเกิดขึ้นเพราะตัวของผู้ให้เองก็ได้⁴⁹

ผู้ให้ไม่อาจใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้ในกรณีที่ผู้รับได้ชำระหนี้ตามค่าภาระติดพันที่จะมีหนี้ในการดูแลความเป็นอยู่ของผู้ให้โดยชำระหนี้เป็นงวด ๆ และสิทธิในการเรียกคืนการให้นี้จะต้องใช้ภายในระยะเวลา 10 ปี หากผู้ให้ไม่ใช้สิทธิภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือ ความยากจนเกิดขึ้นเพราะเจตนาหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ให้เอง หรือการเรียกคืน

⁴⁷ Section 532 The right to revoke is barred if the donor has forgiven the donee, or if a year has elapsed since the time at which the person entitled to revoke had knowledge of the occurrence of the facts giving him such right. After the death of the donor revocation is no longer permissible.

⁴⁸ Section The right to revoke may be waived only after the ingratitude has become known to the person entitled to revoke.

⁴⁹ E.J. Cohn, *Supra note 141*, p. 137

การให้ทรัพย์สินนี้จะเกิดภัยต่อการดูแลรักษาบุคคลอื่น ซึ่งผู้รับผูกพันที่จะต้องดูแลอยู่แล้ว ผู้ให้ก็ไม่สามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนได้ ตามมาตรา 529⁵⁰

เหตุในการเรียกคืนการให้ ทั้ง (1) และ (2) นี้ไม่รวมถึงการให้ที่ทำด้วยหน้าที่ทางศีลธรรม หรือการให้ที่ทำตามธรรมเนียมประเพณี ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 534⁵¹

(3) เหตุที่ผู้รับไม่ชำระหนี้ที่กำหนดไว้ในค่าภาระติดพันของการให้

หากผู้รับมิได้ชำระหนี้ที่กำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญาให้ที่ผู้รับจะต้องชำระหนี้ตามค่าภาระติดพันแล้ว ผู้ให้ก็อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้คืนได้ แต่การเรียกคืนการให้ในกรณีนี้กฎหมายให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาในสัญญาต่างตอบแทนมาบังคับใช้ด้วย โดยสามารถเรียกคืนการให้ได้เท่าที่ควรจะใช้กับการดำเนินค่าภาระติดพันตามมาตรา 527⁵² เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเรียกคืนการให้ไม่อาจมีได้หากภาระที่กำหนดไว้ในสัญญาให้นั้นเป็น ภาระที่ต้องชำระแก่บุคคลภายนอกโดยมิได้ชำระแก่ผู้ให้แต่ประการใด⁵³

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้คืนนี้ กฎหมายให้นำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามมาตรา 531⁵⁴ แต่อย่างไรก็ดี การเรียกคืนการให้โดยอาศัยหลักเรื่องลาภมิควรได้ตาม

⁵⁰ Section 529 The claim to the return of the gift is barred if the donor has brought about his poverty wilfully or by gross negligence, or if at the time of his impoverishment ten years have elapsed since the delivery of the object given.

The same rule applies if the donee, having regard to his other obligations, is not in a position to return the gift without endangering his own maintenance suitable to his station in life, or the fulfilment of the duties to furnish maintenance to others imposed upon him by law.

⁵¹ Section 534 Gifts which are made in compliance with a moral duty or the rules of social propriety are not subject to recall or revocation.

⁵² Section 527 If the execution of the burden remains unperformed the donor may, under the conditions specified for the right of rescission in the case of mutual contracts, demand the return of the gift under the provisions relating to the return of unjustified benefits in so far as the gifts ought to have been applied to the execution of the burden. This claim is barred if a third party is entitled to require the execution of the burden.

⁵³ E.J. Schuster, *Supra note 139*, p. 236.

⁵⁴ Article 531 Revocation is effected by declaration to the donee. If the gift is revoked its return may be demanded under the provisions relating to the return of unjustified benefits.

มาตรา 816⁵⁵ นี้เป็นเพียงสิทธิเรียกร้องถึงสัญญา แต่หากในขณะที่ยังมีได้มีการเรียกคืนการให้นี้ ผู้รับย่อมสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้น ดังนั้นหากผู้รับได้จำหน่าย หรือโอนทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ซึ่งผู้รับอาจมิได้ผลประโยชน์ใดตอบแทนอันเป็นเหตุให้ผู้รับมิได้มีทรัพย์สินจากการให้อีกต่อไป⁵⁶ ตามมาตรา 818⁵⁷ แล้วผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกคืนการให้ได้อีกต่อไป

3.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายในเรื่องของการให้ในกฎหมายโรมันมาปรับใช้พอสมควร ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิดของการให้ทรัพย์สินในกฎหมายโรมันที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยอมรับ แนวความคิดดังกล่าวได้นำมาปรับใช้กับยุคสมัยและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปส่งผลให้แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาให้เปลี่ยนแปลงไป และในส่วนของรูปแบบของสัญญาให้ ผลของการให้และการเรียกคืนการให้ นั้น ก็มีส่วนที่เหมือนกันและส่วนที่แตกต่างกับกฎหมายโรมันบ้างอันเป็นการเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้เหมาะสมกับยุคสมัย ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงนั้นได้ส่งผลให้เนื้อหาของสัญญาให้เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย

⁵⁵ Article 816 If a person without title makes a disposition of an object which is binding upon the person having title, he is bound to hand over to the latter what he has obtained by the disposition. If the disposition is made gratuitously, the same obligation is imposed upon the person who acquires a legal advantage directly through the disposition.

If an act of performance is done for the benefit of a person not entitled thereto, which is effective against the person entitled, the former is bound to hand over to the latter the value of such performance.

⁵⁶ EJ, Cohn, *Supra note 210*, p. 219.

⁵⁷ section 818 Scope of the claim to enrichment

(1) The duty to make restitution extends to emoluments taken as well as to whatever the recipient acquires by reason of a right acquired or in compensation for destruction, damage or deprivation of the object obtained.

(2) If restitution is not possible due to the quality of the benefit obtained, or if the recipient is for another reason unable to make restitution, then he must compensate for its value.

(3) The liability to undertake restitution or to reimburse the value is excluded to the extent that the recipient is no longer enriched.

(4) From the time when the action is pending onwards, the recipient is liable under the general provisions of law.

3.2.2.1 แนวความคิดของสัญญาให้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายในสัญญาให้ทรัพย์สินที่มีผลระหว่าง ผู้ให้ที่มีชีวิตอยู่ (Donatio Inter Vivos)⁵⁸ คือ การให้ทรัพย์สินโดยไม่มีค่าตอบแทนการให้ ซึ่งนับว่าเป็นแนวความคิดที่สำคัญอย่างยิ่งและได้รับแนวความคิดนี้มาจากกฎหมายโรมันด้วยรวมทั้งแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดการให้ในกฎหมายโรมันก็นับได้ว่ามีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการ จำกัดการให้ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะได้รับแนวความคิดการให้ ของกฎหมายโรมันมา ก็มีได้หมายความว่ากฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเรื่องของการให้ นั้นจะเป็นดังเช่น กฎหมายโรมันทั้งหมด เพราะยังมีส่วนที่แตกต่างอยู่บ้าง

3.2.2.2 ความหมายของสัญญาให้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁵⁹

สัญญาให้โดยไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous Contract) เป็นการกระทำที่ผู้ให้ได้ ปลดเปลื้องทรัพย์สินของตนเองให้แก่ผู้รับอย่างแท้จริงเพื่อประโยชน์ของผู้รับและไม่สามารถเรียกทรัพย์สินนั้นกลับคืนจากผู้ซึ่งได้ยอมรับการให้นี้ได้ ซึ่งความหมายดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้ตาม มาตรา 894⁶⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยที่นักกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั่วไปล้วนแต่ยอมรับกัน ว่า การให้เป็นสัญญามากกว่าที่จะเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะว่าการให้วางพื้นฐานอยู่บนการ ตกลงร่วมกัน แต่มีลักษณะเป็นเพียงสัญญาฝ่ายเดียวเท่านั้น

การให้เกิดขึ้นได้เนื่องจากบุคคลหนึ่งมีเจตนาที่ต้องการให้บุคคลอีกคนหนึ่งมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้น โดยไม่ต้องการสิ่งใดตอบแทน และบุคคลนั้นต้องการให้ด้วยใจที่อยากให้มีได้ถูกบังคับหรือถูกผูกพันให้ต้องทำการให้นั้น โดยมูลเหตุ (Cause) หรือวัตถุประสงค์ในสัญญาให้ซึ่งเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนนั้น จะต้องไม่มีลักษณะความต้องการที่มีค่าในทางเศรษฐกิจตอบแทน แต่เป็นความต้องการที่อยู่เหนือการแลกเปลี่ยน เป็นความต้องการที่อยู่บนพื้นฐานของความเอื้ออารี ความเสน่หา ซึ่งลักษณะอันนี้ไม่เป็นสถานะหรือคุณภาพที่เกิดขึ้นจากความพึงพอใจธรรมดาของ

⁵⁸ สัญญาให้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งแยกออกเป็นสัญญาให้ที่มีผลระหว่างผู้ให้ที่มีชีวิตอยู่ (Donatio Inter Vivos) และสัญญาให้ที่มีผลหลังจากที่ผู้ให้ได้ถึงแก่ความตายแล้ว (Donatio Mortis Causa) อันมีลักษณะเช่นเดียวกับการแบ่งแยกสัญญาให้ตามกฎหมายโรมัน ดู ศนันท์กรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น. 370.

⁵⁹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law*, translated, the Louisiana State Law Institute Volume 3 part 3 11^{ed.} (n.p. 1939), p. 211-212.

⁶⁰ Article 894 A donation inter vivos is an act by which the donor divests himself at the time and irrevocably of the thing given in favor of the donee, who accepts it.

บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ แต่มีลักษณะเป็นคุณค่าทางกฎหมายของการมีเจตนาอิสระบริสุทธิ์ และกรรมดาของผู้ให้⁶¹ โดยการให้มืออยู่ในหลายรูปแบบ อาทิเช่น การให้โดยการส่งมอบ การให้โดยการที่พนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire)⁶² เป็นผู้รับรอง (Notarization) แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีนี้เป็นการยากที่จะให้คำจำกัดความในลักษณะทางกฎหมายของการดำเนินการให้และยากที่จะพิจารณาว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการให้ที่ไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous Contract) หรือ เป็นการให้ที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract)

นักกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กล่าวถึงสัญญาให้ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเอาไว้ โดยเปรียบเทียบกับ สัญญาที่มีค่าตอบแทนบางกรณี (Onerous Contract) อันมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับสัญญาที่ไม่มี ค่าตอบแทน (Gratuitous Contract) และอาจจะก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ที่ต้องการศึกษา กฎหมายได้ จึงทำให้ต้องมีการแบ่งแยกแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาให้โดยไม่มีค่าตอบแทน ซึ่ง เป็นสัญญาให้โดยเสน่หาแยกออกมาอย่างชัดเจน กล่าวคือ สัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract)⁶³ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ตอบแทนกัน⁶⁴ เช่น สัญญาซื้อขาย โดยทั้งนี้เป็นการแลกเปลี่ยนสิ่งที่มีมูลค่าเท่าเทียมกัน ซึ่งเมื่อพิจารณามูลเหตุจูงใจแล้ว ทำให้ทราบได้ว่า การให้ที่มีค่าตอบแทนดังกล่าวนี้จะต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาต้องการผลประโยชน์ตอบแทน อันแตกต่างจากสัญญาให้ที่ไม่มีค่าตอบแทนอันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประสงค์จะโอนทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่หวังสิ่งใด ๆ ตอบแทนอันเป็นการ เห็นแก่ประโยชน์ผู้อื่นเป็นสำคัญ โดยนักกฎหมายชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กล่าวว่

⁶¹ Marty et Raynaud, Droit civil, t || 1962, p. 164-168 ดู ดาราพร เตชะกำฟู, “แนวความคิดและหลักของ cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15, น. 40 (มีนาคม - มิถุนายน 2528)

⁶² Notaire เป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่มีเกียรติ โดยรัฐให้ความไว้วางใจมอบหมายให้เป็น ผู้จัดระเบียบนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน และงานโดยตรงของ Notaire มิได้เป็นแต่เพียง ผู้คอยประทับตราวางรับรองการมีอยู่ของนิติกรรมดังเช่น Notary Public ในสหรัฐอเมริกา งานเช่น ว่าเป็นไม่ใช่งานทางกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกาจึงมิได้กำหนดให้ Notary Public ต้องสำเร็จการศึกษา วิชากฎหมายแต่ประการใด บทบาทของ Notaire ในฝรั่งเศสจึงมีมากกว่านั้น ซึ่งนิติกรรมที่จัดทำ โดย Notaire เป็นที่ยอมรับกันว่าถูกต้องน่าเชื่อถือ และเฉพาะนิติกรรมที่ผ่าน Notaire เท่านั้นที่ถือว่ามีค่าพิเศษ กล่าวคือข้อความในนิติกรรมนั้น สามารถนำไปชี้ยันต่อบุคคลทั่วไปได้และโดยหลัก แล้วศาลต้องรับฟัง ดู สมเกียรติ วรรณปัญญานันต์, “วิชาชีพพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) ใน ประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 4, ปีที่ 19, น. 93-99 (ธันวาคม 2533).

⁶³ ในภาษาฝรั่งเศสเรียกสัญญาที่มีภาระเกินควรหรือสัญญาที่มีค่าตอบแทนว่า a contrat a titre onereux และเรียกสัญญาที่ให้โดยเสน่หาหรือสัญญาที่ให้เปล่าว่า Contrat a Titre Gratuit

⁶⁴ John P. Dawson, *Gifts and promises, Continental and American Law Compared*, (London: Yale University Press, 1980), p. 83-84.

แนวความคิดเกี่ยวกับ สัญญาให้โดยไม่มีค่าตอบแทนนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า ผู้ให้ต้องการที่จะให้รางวัลแก่คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีการเห็นแก่ประโยชน์ของตัวเองอยู่เลย ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นจิตใจที่บริสุทธิ์ของผู้ให้ แต่การให้บ่อยครั้งที่มีจะไม่ได้อัตโนมัติเป็นการให้ด้วยใจบริสุทธิ์เสมอไป เพราะบ่อยครั้ง ผู้รับการให้เองก็มีภาระติดพันที่ต้องกระทำเช่นกัน ซึ่งค่าภาระติดพันเช่นนี้สามารถลดหรือจำกัด การดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนได้⁶⁵ โดยมีลักษณะเป็นการให้ที่ผู้รับ อาจต้องกระทำการใดที่เป็นผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้ ทำให้อาจมองได้ว่ามิใช่เป็นการให้เปล่า หรือการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น⁶⁶

การให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นเป็นการให้ที่มีเงื่อนไขลักษณะหนึ่ง โดยเป็นเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้โดยแจ้งชัด หรือเงื่อนไขโดยปริยายอันเป็นเงื่อนไขที่จะต้องเกิดขึ้นเมื่อทรัพย์สินที่ให้ได้ถูกส่งมอบและผู้รับก็ได้ทราบถึงภาระผูกพันที่ตนต้องดำเนินการด้วย ทั้งนี้ หนี้ของผู้รับในการชำระหนี้ ตามเงื่อนไขที่เรียกว่าค่าภาระติดพันอาจเป็นหนี้ระทำการ หรือหนึ่งวันกระทำก็ได้ โดยการ กำหนดให้ชำระหนี้ค่าภาระติดพันนี้อาจกำหนดเพื่อประโยชน์ของผู้ให้เอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกก็ได้ โดยการให้ในประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสนั้นมีได้ระบุไว้ชัดถึงค่าภาระ ติดพันของการให้ แต่นักกฎหมายสาธาณรัฐฝรั่งเศสได้ตีความว่าการให้ที่มีเงื่อนไขนั้นก็คือการให้ที่มีค่าภาระ ติดพัน และผู้รับการให้มิหนี่ที่จะต้องชำระตามค่าภาระติดพันนี้ โดยค่าภาระติดพันนั้นไม่จำต้อง ยึดติดกับตัวทรัพย์สินเสมอไป แต่ต้องเป็นการกระทำอันเป็นการเสียหายที่น้อยกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ผู้ให้ได้ให้ เช่น ผู้ให้ได้ยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับและผู้รับจะต้องให้การดูแลผู้ให้ หรือจะต้องจ่าย เงินสำหรับประโยชน์ของผู้ให้ ซึ่งในบางครั้งการกำหนดค่าภาระติดพันเช่นนี้อาจเป็นค่าภาระติดพัน ที่เกินควรอันจะทำให้มีมูลค่าสูงกว่าทรัพย์สินที่ให้และจะส่งผลทำให้ไม่เป็นการให้อีกต่อไปได้ถ้าหากมิได้กำหนดเวลาที่เหมาะสมเอาไว้ เช่น ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินไปโดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับต้อง ทำอาหารเลี้ยงดูผู้ให้ตลอดชีวิต

ส่วนการให้ที่กำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับต้องเก็บรักษาทรัพย์สินไว้ เพื่อดำเนินการให้แก่บุคคลภายนอกนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะเช่นนี้มีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 896⁶⁷

⁶⁵ Marcel Planiol, *Supra note 165*, p. 214.

⁶⁶ John P. Dawson, *Supra note 170*, p. 102-103.

⁶⁷ Article 896 Substitutions are prohibited

Any disposition by which a donee, an heir appointed or a legatee, is assigned the duty to keep and return to a third party, is void, even with regard to the donee, the heir appointed or the legatee.

สำหรับการให้โดยมีค่าภาระติดพันนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันมากในกลุ่มของ นักกฎหมายว่าควรที่จะบังคับการให้ที่มีค่าภาระติดพันนี้ตามหลักการทำสัญญาที่มีค่าตอบแทนว่าจะยกเว้นให้หรือไม่ก็ตามแบบของการให้ หรือหากผู้รับไม่ชำระหนี้ตามเงื่อนไขหรือไม่อาจชำระหนี้ได้ ผู้ให้ก็อาจเลิกสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสในเรื่องของการผิดสัญญาหรือไม่ ซึ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติรองรับไว้แต่เฉพาะการไม่ชำระหนี้ค่าภาระติดพันของผู้รับการให้เท่านั้นที่จะเรียกคืนการให้ได้ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในส่วนของการเรียกคืนการให้ ส่วน การให้ที่มีค่าภาระติดพันจะต้องทำตามแบบของการให้หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเจตนาของผู้ให้ และผู้รับประกอบกับผลประโยชน์ในทางมูลค่าของทรัพย์สินที่ผู้รับการให้จะได้รับเมื่อเปรียบเทียบ กับมูลค่าที่ผู้รับจะต้องชำระค่าภาระติดพันเป็นสำคัญ

จากที่กล่าวมาสัญญาให้ที่มีลักษณะผสมดังกล่าวนี้อาจตีความได้ว่าเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนมิใช่สัญญาที่ให้เปล่า แต่อย่างไรก็ตามสำหรับสัญญาที่ให้โดยไม่มีค่าตอบแทนนี้ก็มีทางปฏิบัติที่แตกต่างกันอยู่กับสัญญาที่มีค่าตอบแทน เช่น ในกรณีความรับผิดชอบของลูกหนี้ สำหรับสัญญาที่ให้เปล่านี้ ลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบที่เบากว่าสัญญาที่มีภาระผูกพัน เช่น ผู้ให้ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการขับไล่ หรือสำหรับความบกพร่องในทรัพย์สินที่ให้ ไม่เหมือนกรณีสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายยังคงมีความรับผิดชอบอยู่ หรือ ในกรณีความสำคัญผิดสำหรับสถานะของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาที่ให้โดยไม่มีค่าตอบแทนได้ถูกกำหนดให้กลายเป็นโมฆะเนื่องจากความสำคัญผิดใน สถานะของคู่สัญญา ซึ่งเป็นมูลเหตุสำคัญในการทำการให้เช่นนั้น แต่สำหรับสัญญาที่มีค่าตอบแทนกลับเป็นข้อคัดค้านให้สัญญานั้นสมบูรณ์⁶⁸ แต่อย่างไรก็ดี แม้จะได้มีความพยายามแยก สัญญาที่ให้โดยไม่มีค่าตอบแทนออกจากสัญญาที่มีค่าตอบแทนนี้ก็ตาม แต่สัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน เช่น การให้ก็อาจมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีภาระผูกพันและต้องชำระหนี้ตอบแทนการให้ ของผู้ให้ได้ แม้ว่าผู้รับจะมีหนี้ต้องตอบแทนการกระทำของผู้ให้ก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวยังคงมี ลักษณะเป็นสัญญาให้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.2.2.3 แบบของการให้โดยเสน่หาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สัญญาให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้มีชีวิตอยู่ (Donatio inter vivos) เป็นสัญญาที่มีแบบ โดยที่สัญญาให้มีได้วางพื้นฐานอยู่บนความตกลงของคู่สัญญาเท่านั้น เพราะหากคู่สัญญาไม่ได้ดำเนินการตามแบบของการให้ที่กฎหมายกำหนดแล้ว สัญญาให้นั้นจะกลายเป็นโมฆะและไม่มีผลทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาให้ที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ก็อาจมีผล

⁶⁸ Barry Nicholas, *French Law of Contract*, (London: Butterworths, 1982), p. 43.

สมบูรณ์ได้⁶⁹ หากได้ดำเนินการในวิธีที่เป็นไปตามธรรมเนียมประเพณี หรือ ได้กระทำด้วยวิธีการที่หลีกเลี่ยงการทำตามแบบ ซึ่งจะได้กล่าวถึงเป็นลำดับไป

ก) แบบที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดแบบของการให้ทรัพย์สินทุกชนิด โดยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 931 ว่า “Article 931 Every instrument containing a donation inter vivos shall be executed before notaries in the ordinary form of contracts, and the original shall remain with them: otherwise such instruments shall be void” โดยการให้ต้องทำต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) ซึ่งผู้ให้และผู้รับจะต้องปรากฏตัวต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) กล่าวคือ ผู้ให้ จะต้องปรากฏตัวต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม พร้อมทั้งลงลายมือชื่อในเอกสารซึ่งแสดงถึงการ โอนกรรมสิทธิ์หรือคำมั่น โดยจะต้องลงนามต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) จำนวน 2 คนและผู้รับได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม (notaire) หลังจากนั้น พนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) จะอ่านข้อความในเอกสาร โดยออกเสียงต่อหน้าคู่สัญญา และทั้งหมดจะลงนามรับรองภายหลังจากการอ่านนั้น⁷⁰ พนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) จะทำ หน้าที่ยกเก็บรักษาเอกสารต้นฉบับของนิติกรรมเอาไว้ในสำนักงานของตน โดยการกำหนดเป็นแบบเอาไว้เช่นนี้ เป็นการทำให้ Authentic Act ซึ่งออกโดยพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire)⁷¹ อันจะมีผลให้ สัญญาให้สินค้านั้นน่าเชื่อถือและเป็นการรับรองว่า สัญญานั้นได้ถูกทำขึ้นจริง

ความจำเป็นในการมีแบบของการให้เป็นเพราะเหตุสามประการด้วยกัน กล่าวคือ

(1) เพื่อต้องการคุ้มครองผู้ให้ เนื่องจากผู้ให้มีเสรีภาพที่จะดำเนินการให้ทรัพย์สินของตน ดังนั้นการให้ทรัพย์สินอาจเกิดขึ้นได้จากการถูกหลอกลวง ซึ่งกฎหมายคิดว่าจะสามารถช่วยคุ้มครองผู้ให้ได้โดยการลด หรือทำลายอิทธิพลเหล่านี้ อย่างน้อยที่สุดก็เป็นการเพิ่มเวลาในการตัดสินใจของผู้ให้มากขึ้น

(2) เพื่อเป็นการเปิดเผยการให้ที่ชัดเจน โดยต้องการที่จะปกป้องทั้งเจ้าหน้าที่และทายาทของผู้ให้มีผู้ให้โอนทรัพย์สินได้โดยไม่มีสิ่งใดมาจำกัด และเป็นไปตามที่กฎหมายได้ควบคุมไว้⁷²

⁶⁹ Marcel Planiol, *Supra note 165*, p. 232.

⁷⁰ John P. Dawson, *Supra note 170*, p. 69.

⁷¹ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 167*, น.102.

⁷² John P. Dawson, *Supra note 170*, p. 43-44.

(3) เพื่อคุ้มครองผู้รับ เนื่องจากเมื่อมีการทำตามแบบของการให้แล้ว แบบของการให้นั้นย่อมเป็นหลักฐานที่ชัดเจนที่จะยืนยันว่ามีการให้เกิดขึ้น และผู้รับได้รับทรัพย์สินนั้นมาโดยชอบแล้ว ผู้ให้จะเรียกคืนการให้ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการเรียกคืนตามเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้

หากคู่สัญญาไม่ได้ดำเนินการตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดแล้ว สัญญาให้นั้นจะกลายเป็นโมฆะไปทั้งหมด แต่คู่สัญญาสามารถทำให้การให้โดยสมบูรณ์ได้ ถ้าได้มีการทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว โดยผลสมบูรณ์ของการให้จะมีขึ้นนับแต่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด มิได้นับตั้งแต่การให้ในครั้งแรกที่มีได้ทำตามแบบเอาไว้⁷³

จ) แบบที่มีได้กำหนดไว้ตามกฎหมาย⁷⁴

แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดการให้ที่ต้องทำตามแบบไว้ก็ตาม แต่บ่อยครั้งที่การให้อาจสมบูรณ์ได้โดยที่คู่สัญญาไม่ได้ดำเนินการตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้

3.2.2.4 วิธีการให้โดยเสน่หาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ก) การให้โดยการส่งมอบ⁷⁵

การให้โดยการส่งมอบ ในภาษาฝรั่งเศส Manual Gift คือ Don Manual ซึ่งหมายความว่าถึงการส่งมอบจากมือถึงมือ หรือหมายถึง การให้สังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งการให้โดยการส่งมอบนี้มีได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ถูกนำมาจากธรรมเนียมประเพณี ซึ่งมีการให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่างสามารถจับต้องได้ และเป็นที่ยอมรับกันใน ทางปฏิบัติของศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Court of Cassation) ในช่วงประมาณ ค.ศ.1815 เนื่องจากศาลเห็น ว่า การส่งมอบนี้สามารถแสดงเจตนาของผู้ให้ได้อย่างชัดเจนแล้วว่า ผู้ให้ประสงค์จะทำการให้ ทรัพย์สินนั้นและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้ ย่อมถือได้ว่าผู้รับสนองรับตามสัญญาให้เช่นเดียว กับการทำสัญญาให้ที่ทำขึ้นต่อหน้าพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) ปัจจุบันการให้ที่ทำด้วย

การส่งมอบนี้ได้ถูกยอมรับทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติของศาล โดยปราศจากความยุ่งยากและ การโต้แย้งใดๆ

การให้โดยการส่งมอบนี้เป็นชนิดพิเศษของการให้ ซึ่งไม่เพียงประกอบด้วยข้อตกลงเท่านั้น แต่ยังประกอบด้วย การโอนทรัพย์สินโดยไม่มีสิ่งใดตอบแทนด้วย โดยอาจพิจารณาได้ว่าการส่งมอบนี้ก่อให้เกิดความสมบูรณ์แก่การให้ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการแสดงเจตนาที่สอดคล้องกัน

⁷³ Marcel Planiol, *Supra note 165*, p. 235.

⁷⁴ *Ibid*, p. 236-253.

⁷⁵ ในภาษาฝรั่งเศส Manual Gift คือ Don Manual ซึ่งหมายความว่าถึงการส่งมอบจากมือถึงมือ

ระหว่างผู้ให้กับผู้รับ แต่การให้โดยการส่งมอบนี้มีใช้สัญญาเช่นเดียวกับการให้ในกฎหมายโรมันยุคคลาสสิก และในกรณีคำมั่นว่าจะให้ก็ไม่สามารถถูกทำให้โดยการส่งมอบเช่นนี้ได้ กล่าวคือ หากมีเพียงข้อตกลงที่จะทำการโอนทรัพย์สินโดยการส่งมอบให้ในภายหน้า ข้อตกลงนั้นก็จะเป็นโมฆะและไม่มีผลใด ๆ เลย

การให้โดยการส่งมอบไม่สามารถกำหนดให้มีเงื่อนไขในการโอนทรัพย์สินได้ เนื่องจากจากว่า การให้โดยการส่งมอบเป็นการดำเนินการที่เป็นข้อยกเว้นจากบทบัญญัติซึ่งเป็นบทหลักในประมวลกฎหมายจึงไม่เหมือนกับกรณีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการให้ในกรณีที่ทำโดยพนักงานจัดทำนิติกรรม (Notaire) ประกอบกับการให้โดยการส่งมอบเป็นการดำเนินการอย่างง่าย ๆ โดยการโอนการครอบครองเท่านั้น⁷⁶ ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ยอมรับการส่งมอบให้เป็นแบบของการให้โดยจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้วนั้น ก็เพื่อต้องการให้เป็นการสอดคล้องกับธรรมเนียมประเพณีที่ได้รับการปฏิบัติสืบต่อกันมา การให้เช่นนั้นจึงจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น โดยไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขไว้ได้

การส่งมอบสามารถกระทำผ่านตัวแทนได้ แต่การกำหนดให้มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาให้ด้วยนั้นจะก่อให้เกิดความยุ่งยาก และบ่อยครั้งที่จะมีผลทำให้การให้นั้นไม่เป็นผล ซึ่งหากผู้ให้ตายลงแล้วตัวแทนยังมิได้ดำเนินการให้ ทายาทก็มีสิทธิที่จะเพิกถอนการให้จากการครอบครองของตัวแทนได้ เพราะตัวแทนมีฐานะเป็นเพียงผู้รับฝากทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามการให้สามารถสมบูรณ์ได้เพียงถ้าบุคคลภายนอกอาจถูกพิจารณาเป็นตัวแทนของผู้รับ ผู้ซึ่งได้ยอมรับการให้จากผู้ให้ก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย ซึ่งประเด็นสำคัญในการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อการให้ นั้น จะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่ผู้ให้มีชีวิตอยู่ด้วย⁷⁷

ข) การให้โดยการโอนกรรมสิทธิ์

การให้อีกชนิดหนึ่งซึ่งมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และได้ถูกยอมรับให้เป็น การให้ที่สมบูรณ์ได้ ได้แก่ การให้โดยผ่านการซื้อขายในนามของบุคคลอื่นอันเป็นวิธีการที่จะทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน ประโยชน์ของการให้เปล่าสามารถถูกรับเข้ามาจากการซื้อขายได้ ทั้งที่วิธีการดังกล่าวนี้มิใช่การอำพรางการให้ เนื่องจากผู้รับมิได้รับกรรมสิทธิ์จากผู้ให้ซึ่งเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนี้ หากแต่ผู้รับได้รับมอบทรัพย์สินมาจากผู้ขายทรัพย์สินซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนั้นโดยตรง ในกรณี การซื้อขายในนามของบุคคลอื่นนี้ ผู้รับเป็นผู้รับตัววัตถุที่เป็นทรัพย์สินนั้น แต่ผู้รับมิได้เป็นผู้ จ่ายเงิน สำหรับวัตถุนั้น วิธีการดังกล่าวจึงมีลักษณะคล้ายกับการให้โดยการส่งมอบโดยอ้อม เช่น A

⁷⁶ *Ibid*, p. 240.

⁷⁷ *Ibid*, p. 239.

ต้องการให้รถยนต์แก่ B A จึงได้ไปทำสัญญาซื้อขายรถกับร้านขายรถ โดยแจ้งแก่เจ้าของร้าน ขายรถว่า A ประสงค์จะซื้อรถในนามของ B ร้านขายรถจึงได้ขายรถนั้นและส่งมอบรถให้แก่ B โดยมี A เป็นผู้ชำระราคา ซึ่งในกรณีนี้อาจมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ คือ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของ B แต่จะเป็นสัญญาให้ระหว่าง A และ B ได้เมื่อทั้งสองฝ่ายได้ทำการตกลงกันว่า A ต้องการให้รถแก่ B เท่านั้น

ค) การให้โดยค้ำประกันสัญญา

กรณีการให้โดยค้ำประกันสัญญา ที่ประสงค์จะให้บริจาคต่อสังคมซึ่งจะเป็นการให้ที่สมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน แต่หากผู้ให้ค้ำประกันมิได้ทำตามแบบและมีได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นด้วย ศาลก็ยังถือว่าค้ำประกันสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ และสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการให้ถ้าการดำเนินการดังกล่าวถูกทำโดยผู้ให้ค้ำประกันซึ่งมีเจตนาที่ทำการให้เปล่าโดยไม่มีค่าตอบแทน

ง) การให้โดยอ้อม

การให้โดยอ้อมเป็นการให้ที่มักจะถูกนำมาใช้เป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) แต่แท้ที่จริงแล้วการให้โดยอ้อมควรที่จะถูกนำมาใช้กับการสละสิทธิ์ หรือการให้โดยผ่านนิติกรรมอื่น เช่น เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ที่ถูกหนีมีต่อตน หรือ กรณีที่เจ้าของที่ดินสละสิทธิ์ที่จะรับประโยชน์จากการใช้ที่ดินนั้นให้คนอื่นไป

สำหรับการให้โดยอ้อมนี้ต้องการแบบเช่นกันแต่เป็นการทำตามแบบที่ให้ชื่อว่าการสละสิทธิ์ ซึ่งมักจะสมบูรณ์ตามแบบแห่งนิติกรรมอื่น ๆ ที่ได้นำมาใช้ แม้ว่าอาจจะแตกต่างจากแบบที่เหมาะสมของการให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ ซึ่งจากข้อเท็จจริงตามนี้การให้โดยอ้อมมีผลสมบูรณ์ตามแบบที่ได้ทำในแต่ละกรณี เช่น การปลดหนี้ก็ทำได้โดยการส่งคืนสัญญาเงินกู้ หรือการแสดงเจตนาสละมรดกก็ทำได้โดยการแสดงเจตนาต่อหน้าเจ้าหน้าที่ศาลซึ่งเป็นไปตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้

จ) การอำพรางการให้

การให้โดยการอำพรางสามารถหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามแบบที่กฎหมายได้ กำหนดไว้ ซึ่งศาลเองก็ได้ยอมรับสำหรับการอำพรางการให้ ให้มีผลสมบูรณ์โดยมิต้องทำตามแบบ ของการให้ โดยเฉพาะการอำพรางที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการให้ เพื่อส่งเสริมการให้ให้สามารถทำได้ โดยง่าย และการอำพรางการให้นี้ผู้ให้ต้องการอำพรางในรูปแบบใดก็ได้ เช่น การอำพรางในรูปแบบของ สัญญาซื้อขาย

การอำพรางการให้โดยการซื้อขายนี้เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งได้ขายทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง โดยที่ผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อ แต่ผู้ซื้อมิได้ชำระราคาทรัพย์สินให้แก่

ผู้ขาย และทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายนั้น ได้ถูกส่งมอบโดยสมบูรณ์แล้ว เพียงแต่การชำระราคาเท่านั้นที่มิได้เกิดขึ้น ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นการดำเนินการให้ซึ่งถูกอำพรางในแบบของการซื้อขาย และสอดคล้องต่อชนิดของการให้โดยการส่งมอบ การให้โดยการอำพรางจึงถือเป็นวิธีการหนึ่งซึ่งทำให้การให้สมบูรณ์ได้

การให้ที่มีมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดดังที่ได้กล่าวมานี้ ล้วนแล้วแต่มีผลทำให้การให้สมบูรณ์ทั้งสิ้น แต่ทั้งนี้ การให้เหล่านี้ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายโดยทั่วไป อาทิ การพิจารณาเกี่ยวกับความสามารถของคู่สัญญา หรือกรณีการให้ที่อำพรางได้ให้เกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดรับรองไว้สำหรับส่วนแบ่งทรัพย์สินของทายาทผู้ให้แล้ว การให้เช่นนั้นจะสมบูรณ์เพียงเท่าที่ไม่เกินจากขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้⁷⁸ ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับ การให้ที่ทำด้วยวิธีนอกเหนือจากการทำตามแบบการให้ที่ประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้เท่านั้น ส่วนแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดการให้ยังคงนำมาใช้บังคับเช่นเดียวกันกับการให้ที่ต้อง ดำเนินการตามแบบที่กฎหมายกำหนด

3.2.2.5 ผลของการให้

เนื่องจากการให้ป็นสัญญาชนิดหนึ่ง จึงได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นมา และแม้จะดูเหมือนว่าการให้เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับประโยชน์ไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรเลย แต่แท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะการให้ได้ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ต่อผู้ให้และหนี้ต่อผู้รับ

หนี้ของผู้ให้สำหรับการให้โดยส่วนใหญ่แล้วมิได้ทั้งที่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด และการให้ที่เกิดขึ้นโดยวิธีการส่งมอบตามธรรมเนียมประเพณี ดังนั้นหนี้ของการให้จึงมิได้ในการให้ทั้งสองแบบ ดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไปนี้

(1) หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน

หนี้ในกรณีที่ผู้ให้ต้องดำเนินการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้นี้มีแต่เพียงหนี้ส่งมอบทรัพย์สินตามที่ผู้ให้และผู้รับได้ดำเนินการตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น คือ ได้ทำการให้โดยการรับรองของพนักงานจัดทำนิติกรรม (notaire) ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินนี้อาจเป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินที่ให้ หรือเป็นการส่งมอบผลประโยชน์ หรือสิทธิต่าง ๆ ก็ได้ ส่วนการให้ที่มีมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้รับการให้ไม่สามารถเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินได้

⁷⁸ *Ibid*, p. 81.

(2) หนี้กระทำการ

หนี้กระทำการในกรณีนี้ คือ หนี้ในการรับรองซึ่งแตกต่างจากหนี้ในสัญญาซื้อขาย เนื่องจากว่าสัญญาให้มีได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ให้ที่จะต้องรับรองว่าทรัพย์สินที่ให้นั้นจะไม่ชำรุดบกพร่องหรือไม่ถูกรอนสิทธิ เช่น ถ้าผู้ให้ได้ให้ที่ดินแก่ผู้รับแล้วต่อมาภายหลังผู้รับถูกขับไล่ที่ออกไป ผู้ให้ก็ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี แม้ผู้ให้จะมีต้องรับผิดชอบต่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ แต่ผู้ให้ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองการกระทำของตนเองด้วย กล่าวคือ หากผู้ให้ได้ดำเนินการใด ๆ อันจะทำให้ผู้รับไม่สามารถรับมอบทรัพย์สินนั้นได้ เช่น ผู้ให้ได้ขายทรัพย์สินที่ให้แก่บุคคลอื่นก่อนที่จะได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ หรือ กรณีที่ผู้ให้นำทรัพย์สินนั้นไปจำนองต่อบุคคลอื่น ซึ่งจะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินการตามสัญญาให้แล้ว ผู้ให้จำต้องรับผิดชอบหากได้ดำเนินการขัดต่อการรับรองนี้ ซึ่งการรับรองนี้อาจจะเกิดขึ้นตามกฎหมายหรือตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาก็ได้

นอกจากผู้รับจะฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายจากผู้ให้เนื่องจากการผิดคำรับรองนี้แล้ว ผู้รับการให้ก็อาจดำเนินการเยียวยาด้วยวิธีอื่นแทนได้ เพื่อให้ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ให้เช่นกัน อันกรณีนี้ที่ผู้ให้ได้อนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยไม่สุจริต โดยที่เขารู้ว่าทรัพย์สินนั้นมีได้เป็นของเขา ผู้รับก็สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้ในความผิดฐานฉ้อโกงได้ หรือ กรณีที่ผู้ให้ได้นำทรัพย์สินที่ให้ เช่น ที่ดิน ไปจำนองไว้แล้ว ผู้รับได้นำเงินไปไถ่จำนองต่อเจ้าหนี้ ผู้รับจึงได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้โดยมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกเอาจากผู้ให้ได้

ส่วนหน้าที่ของผู้รับตามกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁷⁹ นั้น ลักษณะของสัญญาให้น่าจะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ของผู้ให้เพียงฝ่ายเดียวในการที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามการให้ที่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่แท้ที่จริงแล้วในสัญญาให้ทรัพย์สินทุกกรณีไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดก็ตามผู้รับมีหนี้ต่อผู้ให้เช่นกัน ได้แก่ หนี้ที่จะต้องมีความกตัญญูต่อผู้ให้ หนี้ที่จะต้องดำเนินการตามคำภาวระคิดพัน และหนี้ที่จะต้องจ่ายหนี้ของผู้ให้

หน้าที่ที่ผู้รับจะต้องกตัญญู หรือสำนึกในบุญคุณของผู้ให้ เป็นหนี้ที่เกิดแก่ผู้รับการให้ทรัพย์สินทุกกรณีไม่ว่าจะทำได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการให้ที่เกิดขึ้นโดยการส่งมอบ ซึ่งมีได้ทั้งหนี้กระทำการและหนี้งดเว้นกระทำการ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 955 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติว่า “Article 955 A donation inter vivos can only be revoked for ingratitude in the following cases:

⁷⁹ *Ibid*, p. 263-265.

1. If the donee has sought to take the life of the donor;
2. If he has been guilty towards him of cruelty, felonies, or of serious wrongs;
3. If he refuses to grant him nourishment”

จากประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 955 หมายถึง ผู้รับจะต้องทำการดูแลผู้ให้อันเป็นหนี้กระทำการ และผู้รับ จะต้องไม่กระทำความผิด หรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณต่อผู้ให้อันเป็นหนี้กระทำการ ซึ่งหากผู้รับฝ่าฝืนต่อการกระทำดังกล่าวแล้ว ผู้ให้ก็สามารถฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินนี้กลับคืนมาเนื่อง จากความออกัตัญญของผู้รับได้

3.2.2.4 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามกฎหมายสาธาณรัฐฝรั่งเศส โดยหลักเมื่อมีการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้ว กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปยังผู้รับ ทำให้ผู้ให้ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้ เว้นแต่ ในบางกรณีที่ถูกกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่าสามารถเรียกคืนการให้ทรัพย์สินนั้นได้ แต่สำหรับการให้ในบางกรณีแม้จะเกิดเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เรียกคืนได้ก็ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้ได้ เช่น การให้ในการสมรส แต่ในส่วนของกรการเพิกถอนการให้นั้นกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ 3 กรณี ตามมาตรา 953 ซึ่งมีข้อความว่า “Article 953 An inter vivos gift may be revoked only for non-performance of the conditions under which it was made, on account of ingratitude, and on account of unforeseen birth of children.” กล่าวคือ การเรียกคืนการให้เพราะไม่ดำเนินการตามค่าภาระติดพัน การเรียกคืนการให้เนื่องจากผู้รับประพฤติเนรคุณ และการเรียกคืนการให้เนื่องมาจากการเกิดของบุตร มีมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังนี้

ก) การไม่ดำเนินการตามค่าภาระติดพัน

ประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสมาตรา 954 ได้กำหนดเกี่ยวกับการเรียกคืนการให้เนื่องจากสัญญาให้ที่กำหนดค่าภาระติดพันว่า “Article 954 In case of revocation for non-performance of the conditions, the property shall revert to the donor free of all charges and unencumbered by any mortgages emanating from the donee, and the donor shall have the same rights against third parties in possession of the real estate given as he would have against the donee himself.”

จากมาตราดังกล่าว การเรียกคืนการให้เนื่องจากสัญญาให้ที่กำหนดค่าภาระติดพันสามารถกระทำได้ เพราะการให้ที่มีภาระติดพันย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) และเมื่อผู้รับมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้แล้วไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็คือผู้ให้ย่อมมีสิทธิเรียกคืนการให้ได้ ซึ่งเป็นกรณียกเว้นตามหลักทั่วไปของสัญญา ยกตัวอย่าง เช่น กรณีที่ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับโดยเสน่หา โดยมีภาระติดพันไปกับทรัพย์สินนั้น

ด้วย กล่าวคือผู้รับมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ในทรัพย์สินนั้น ดังนี้ หากผู้รับ ไม่ยอมชำระหนี้ ตามค่าภาระติดพันนั้น ผู้ให้ย่อมมีสิทธิที่จะเพิกถอนการให้หนี้ได้

แต่อย่างไรก็ดีนักวิชาการทางกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสบางท่าน เห็นว่ากรณีนี้ น่าจะเป็นการเลิกสัญญาตามหลักทั่วไปของสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ให้ฟ้องคดียกเลิก สัญญาให้อันมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขาย ที่ผู้ซื้อไม่ชำระหนี้ ผู้ขายก็สามารถฟ้องคดียกเลิก สัญญาซื้อขายได้ และในบางกรณีที่ผู้รับได้ปฏิบัติ การชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว ผู้ให้ก็สามารถ ยกเลิกสัญญาได้เพียงบางส่วนเท่าจำนวนที่ยังมีได้ ชำระค่าภาระติดพันเช่นกัน เว้นแต่ผู้รับได้ชำระ หนี้ค่าภาระติดพันโดยยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็น ประโยชน์แก่ผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถยกเลิกสัญญาให้ ได้ทั้งหมด

โดยผู้ให้จำต้องฟ้องเรียกคืนการให้จากผู้รับหรือทายาทของผู้รับเท่านั้น เนื่องจากการ เรียกคืนการให้หรือการยกเลิกสัญญาจะเกิดผลขึ้นได้ ก็แต่โดยการตัดสินใจของศาลเท่านั้น แต่ทั้งนี้ ผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้ไม่สามารถเรียกคืนการให้จากบุคคลภายนอกที่ได้รับทรัพย์สิน โดยเสีย ค่าตอบแทนได้ และหากเป็นกรณีจำเป็นเจ้าหนี้ของผู้ให้ก็สามารถฟ้องเรียกคืนการให้ทรัพย์สินได้

เมื่อผู้ให้ได้ยกเลิกสัญญาให้แล้ว ผู้ให้ก็มีสิทธิเรียกคืน ทรัพย์สินที่ให้ได้แม้จะได้อยู่ใน ความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ตาม และนอกจากผู้รับจะต้อง ส่งมอบทรัพย์สินคืนให้แก่ ผู้ให้แล้ว ผู้รับยังจะต้องส่งคืนดอกผลที่ได้รับจากทรัพย์สินนั้นนับแต่เวลาที่ ผู้ให้ได้ฟ้องคดีเลิก สัญญาให้ ส่วนผลผลิตหรือรายได้ที่ได้มาก่อนที่ผู้ให้จะเรียกคืนการให้ยังคงตกเป็น ของผู้รับ โดย ผลย้อนหลังของการเรียกคืนนั้นมิได้ถูกกำหนดว่าจะเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ถูก รับรองว่า ผู้ให้จะได้รับสิทธิประโยชน์ของเขากลับคืนมาโดยเป็นอิสระจากภาระผูกพันใด ๆ

ข) การเพิกถอนการให้เพราะผู้รับประพฤติเนรคุณ⁸⁰

สำหรับการเรียกคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณนี้ได้รับแนวความคิดมาจากกฎหมายใน สมัยโรมันซึ่งยอมรับให้ผู้ให้เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้หากผู้รับประพฤติตัวเนรคุณต่อผู้ให้ เนื่องจาก กฎหมายต้องการให้ผู้รับรู้สึกขอบคุณสำหรับ ประโยชน์ที่ได้รับจากผู้ให้ โดยในปัจจุบันการเรียก คืนการให้สามารถปรับใช้ได้กับการให้ทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นการให้ที่ได้ทำตามแบบที่กฎหมาย กำหนด หรือ การให้ที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น การให้ที่ทำด้วยการส่งมอบ หรือ การ ให้ที่อำพรางก็ตาม ย่อมสามารถเรียกคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณนี้ได้ เว้นแต่จะเป็นการให้ที่ทำใน

⁸⁰ *Ibid*, p. 291-296.

การสมรสตามมาตรา 959⁸¹ โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสก็ได้ระบุถึงเหตุเนรคุณในการเพิกถอนการให้ได้ 3 ประการด้วยกัน ตามมาตรา 955 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ Art. 955 An inter vivos gift may be revoked on account of ingratitude only in the following cases:

1. Where the donee has made an attempt against the life of the donor
2. Where he has been guilty of cruelty, serious offences or grievous insults against him;
3. Where he refuses maintenance to him.”

การเพิกถอนการให้เพราะเนรคุณในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สามารถทำได้ 3 กรณีคือ

(1) ผู้รับพยายามฆ่าผู้ให้

กรณีดังกล่าวนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้รับมีเจตนาจะฆ่าผู้ให้ มิใช่กรณีที่ผู้รับฆ่าผู้ให้โดยประมาทเลินเล่อ หรือไม่มีเจตนาที่จะฆ่าผู้ให้แต่อย่างใด หากผู้รับมิได้มีเจตนาฆ่าผู้ให้แล้ว การให้นั้นก็ไม่สามารถเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ ในการที่ผู้รับฆ่าผู้ให้นั้นไม่สำคัญว่าผู้ให้จำต้องถึงแก่ความตายหรือไม่ เพียงแต่ผู้รับได้พยายามทำให้ผู้ให้ถึงแก่ความตายเท่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะเรียกคืนการให้คืนได้ และในกรณีนี้จำเป็นที่ผู้รับจะต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีและศาลได้ตัดสินว่าจำเลยมีความผิด เว้นแต่ผู้รับจะอ้างว่าตนได้ป้องกันตัวจึงจะเป็นเหตุยกเว้นโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา

(2) การกระทำผิดอาญาที่รุนแรง กระทำการอันโหดร้ายทารุณ และการหมิ่นประมาท

ไม่ว่าจะเป็นการกระทำผิดอาญาที่รุนแรง หรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณ หรือการหมิ่นประมาทนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่รุนแรงเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ผู้ให้เรียกเอาทรัพย์สินกลับคืนมาได้ ซึ่งคำว่า “รุนแรง” นี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ใช้กับกรณี 3 ประการ คือ

ประการแรก กรณีที่ผู้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา

ประการที่สองผู้ให้ได้รับความเสียหาย และ

ประการที่สามผู้รับกระทำการใด ๆ โดยไม่มีความซื่อสัตย์ และมีความไม่ปกติ

(3) การปฏิเสธที่จะให้ความดูแลผู้ให้

การที่ผู้รับไม่ยอมดูแลหรือเลี้ยงดูผู้ให้ทรัพย์สินแก่ตนนั้นถือเป็นสาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งของเหตุเนรคุณ ความจริงแม้ผู้รับจะมีได้ถูกจัดให้มีหน้าที่ที่จะต้องเลี้ยงดูผู้ให้อย่าง ชัด

⁸¹ Article 959 Donations in view of marriage shall not be revoked on account of ingratitude

แจ้ง แต่หน้าที่ในการดูแลผู้ให้นี้ถือเป็นหน้าที่ตามธรรมเนียมประเพณี โดยที่ผู้รับไม่จำเป็นต้องให้การเลี้ยงดูเกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ตนได้รับ

สำหรับการฟ้องคดีเรียกคืนการให้นี้ประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 957⁸² โดยผู้ให้สามารถฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินได้ และทายาทของผู้ให้ก็สามารถฟ้องคดีได้เช่นกัน ถ้าอยู่ในระหว่างการดำเนินคดีแล้วผู้ให้ได้ถึงแก่ความตาย หรือถ้าผู้ให้ถึงแก่ความตายก่อน ฟ้องคดีและทายาทของผู้ให้ได้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว เว้นแต่ เป็นกรณีที่ ผู้ให้รู้ถึงการประพฤตินรคุณของผู้รับการให้ แต่ผู้ให้ได้อภัยการกระทำนั้น ทายาทก็จะไม่มี สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกคืนการให้ทรัพย์สินนั้น

ส่วนจำเลยที่จะถูกฟ้องในการเรียกคืนการให้นี้ คือผู้รับเท่านั้น ผู้ให้จะฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินออกจากทายาทของผู้รับมิได้ เว้นแต่ผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้จะได้ดำเนินการฟ้องคดีก่อนที่ผู้รับจะถึงแก่ความตายแล้วต่อมาภายหลังผู้รับถึงแก่ความตายโดยที่คดียังไม่เสร็จสิ้น ทายาท ของผู้รับจึงอาจเข้ามาสู้คดีต่อได้ โดยการฟ้องคดีนี้จะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ให้รู้ถึง การกระทำผิดของผู้รับตามมาตรา 957 การจำกัดเวลาการฟ้องคดีไว้เพียงแค่ 1 ปี เนื่องจาก กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าหากผู้ให้ไม่ใช้สิทธิของตนภายใน 1 ปีย่อมหมายความว่าผู้ให้ได้อภัย แก่ผู้รับแล้ว

นอกจากสามกรณีของการเพิกถอนการให้ที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศส ยังได้กำหนดเกี่ยวกับเหตุที่สัญญาให้จะตกเป็น โฆษะ เพราะมีการเกิดบุตร ภายหลังกการให้ กล่าวคือหากในขณะที่ทำการให้ได้กระทำโดยผู้ให้ที่ไม่มีบุตรแล้ว ต่อมาผู้ให้มีบุตร การให้นั้นจะ กลายเป็น โฆษะ ทั้งนี้ อยู่บนข้อสันนิษฐานว่า ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินเนื่องจากเขาไม่มีบุตร โดยที่ เขาจะไม่ให้ทรัพย์สินนั้นหากเขามีบุตร การให้จึงตั้งอยู่บนเงื่อนไขที่ว่าหากเขามีบุตร การให้นั้นจะ ไม่มีผลบังคับ ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนการให้ได้ โดยใช้สำหรับการให้ทุกชนิด เว้นแต่จะเป็นการให้เนื่องในการสมรสที่ไม่อาจจะยกเลิกได้ ซึ่งในกรณีนี้ ผู้ให้จะยกเลิกการให้ได้ ก็ต่อเมื่อในเวลาที่ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินนั้น ผู้ให้ยังไม่มีบุตร แต่ต่อมาภายหลัง ผู้ให้ได้มีบุตร การให้ในกรณีนี้จึงถูกยกเลิกเพราะเป็น โฆษะได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 960 ที่บัญญัติว่า

⁸² Article 957 An action for revocation on account of ingratitude shall be brought within the year from the day of the offense with which the donee is charged by the donor, or from the day upon which the offense has become known to the donor.

Such revocation cannot be applied for by the donor against the heirs of the donee, nor by the heirs of the donor against the donee, unless in the latter case the action had been commenced by the donor, or he has died within a year from the time of the offense.

“Article 960 All inter vivos gifts made by persons who had no children or descendants presently living at the time of the gift, of whatever value they may be, and for whatever reason they may have been made, and although they were reciprocal or remunerative, even those made in favour of marriage by persons other than the ascendants to the spouses, or by the spouses to each other, are revoked by operation of law by the unforeseen birth of a legitimate child of the donor, even posthumous, or by legitimation by subsequent marriage of an illegitimate child, where he was born after the gift.” โดยกรณีของมาตรานี้จะต้องเป็นกรณีที่เกิดเกิดภายหลังจากการให้แล้วเท่านั้น และบุตรนั้นจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากผู้ให้ได้มีบุตรอยู่แล้วในขณะที่เขาได้ทำการให้เพียงแต่เขาไม่ทราบถึง การมีบุตรนั้น ผู้ให้ก็ไม่สามารถยกเลิกการให้นั้นได้ เว้นแต่ ผู้ให้ได้ทำการให้ระหว่างที่บุตรของผู้ให้ ยังอยู่ในครรภ์ ผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนได้ ตามมาตรา 961⁸³

เมื่อผู้ให้มียุทธภายหลังจากการให้ทรัพย์สินนี้แล้ว ผู้มีส่วนได้เสียในการให้นี้สามารถยกเลิกสัญญาได้ และเมื่อเลิกสัญญาแล้วทรัพย์สินนั้นก็จะกลับคืนมาเป็นของผู้ให้โดยผลบังคับ แห่งกฎหมาย ซึ่งไม่ต้องมีการฟ้องคดี เว้นแต่ผู้รับจะปฏิเสธที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับคืนกลับไป ยังผู้ให้ หรือปฏิเสธสิทธิในการเลิกสัญญาของผู้ให้

สำหรับดอกผลที่ได้รับจากทรัพย์สินที่ให้นั้น เมื่อมีการยกเลิกการให้ทรัพย์สินนี้แล้ว กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้รับมีสิทธิได้รับดอกผลในฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้นจนถึงวันที่ได้มีการ เลิกสัญญาดังกล่าวนี้

3.2.2.5 การคืนทรัพย์สินเพราะเหตุเพิกถอนการให้โดยเสนหาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เมื่อต้องมีการคืนทรัพย์สินเพราะเหตุแห่งการเพิกถอนการให้ จะต้องนำหลักลามิกัวร์ ได้มาใช้บังคับ ซึ่งในกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินว่า หากเป็นการสุจริตให้คืนทรัพย์สินเท่าที่เหลืออยู่ แต่ถ้าวเป็นการคืนทรัพย์สินที่ได้โดยทุจริต จะต้องคืนทรัพย์สินนั้น พร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่รับชำระหนี้⁸⁴ และหากเป็นการทุจริต ก็ต้องคืนทรัพย์สินนี้ แม้เกิดจากเหตุสุดวิสัยก็ตาม⁸⁵

⁸³ Article 961 Such revocation shall take place even if the child of the donor had been conceived at the time of the donation.

⁸⁴ Art. 1378 Where there has been bad faith on the part of the person who received, he is bound to make restitution, of the capital as well as of interest or fruits, from the day of payment.

⁸⁵ Art. 1379 Where the thing unduly received is an immovable or a tangible movable, the person who has received it binds himself to make restitution in kind, if it exists, or of its value, if it has perished or deteriorated through his fault; he is even guarantor of its loss by fortuitous event, if he received it in bad faith.

ในกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสผู้ศึกษาเห็นว่ามาตราที่น่าสนใจ เรื่องหนึ่ง คือ เรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินที่ได้มาโดยลาภมิควรได้ โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินโดยสุจริตด้วยการขาย ซึ่งมาตรา 1380⁸⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติว่า “หากเป็นการได้ทรัพย์สินโดยสุจริต และมีการขายทรัพย์สินนั้นไป บุคคลผู้ขาย ต้องคืนทรัพย์สินเพียงจำนวนที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้น” ยกตัวอย่าง เช่น นาย ก ได้ที่ดินมา 1 แปลง เป็นลาภมิควรได้แล้วนาย ก ขายที่ดินแปลงดังกล่าวราคา 2 แสนบาท ทั้ง ๆ ที่ที่ดินแปลงนั้น อาจขายได้ในราคาหลายล้านบาท เช่นนี้ ตามกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส นาย ก ต้องคืนเงิน 2 แสนบาทให้เจ้าของที่ดินแปลงนั้น เท่านั้น มิใช่ตามราคาท้องตลาด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นตัวอย่างที่สามารถวิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่มีความต้องการคุ้มครองผู้สุจริตในกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อย่างดี

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ชัดเจนว่า เหตุในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อเปรียบเทียบกับของประเทศไทย มีความคล้ายคลึง และแตกต่างกันหลายประการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเหตุเนรคุณ หรือเหตุความเป็นโมฆะเพราะมิบุตร ซึ่งสามารถพิจารณาความแตกต่างของเรื่องดังกล่าว ตามตารางดัง ต่อไปนี้

⁸⁶ Art. 1380 Where the person who received in good faith has sold the thing, he must make restitution only of the proceeds of the sale.

ตารางเปรียบเทียบ

เหตุฟ้องการให้โดยเสน่หาของประเทศไทยและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เหตุฟ้อง	ประเทศไทย	สาธารณรัฐฝรั่งเศส
1. เหตุเนรคุณ	(1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ (2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ (3) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้	(1) ผู้รับพยายามฆ่าผู้ให้ (2) การกระทำผิดอาญาที่ร้ายแรงต่อผู้ให้ หรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณผู้ให้ หรือการหมิ่นประมาทผู้ให้ (3) ผู้รับปฏิเสธที่จะให้ความดูแลผู้ให้
2. เหตุที่ผู้รับไม่ดำเนินการตามคำการระคิดพัน	ถ้าผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่าการคิดพัน ผู้ให้จะเรียกให้ส่งทรัพย์สินที่ให้นั้นคืนตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้นั้นก็ได้ เพียงเท่าที่ควรจะเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าการคิดพันนั้น	การให้ที่มีภาระคิดพันเมื่อผู้รับไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ภาระคิดพันนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องการให้
3. เหตุความเป็นโมฆะ	ประเทศไทยไม่มีบัญญัติไว้	หากในขณะที่ทำสัญญาให้ ได้กระทำโดยผู้ให้ที่ไม่มีบุตร และต่อมาผู้ให้มีบุตร การให้นั้นจะกลายเป็นโมฆะ

3.2.3 ประเทศญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)⁸⁷ อย่างเช่นประเทศไทย โดยในปัจจุบันญี่ปุ่นมีประมวลกฎหมายหลัก 5 ฉบับ ได้แก่

ประมวลกฎหมายแพ่ง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และ

ประมวลกฎหมายพาณิชย์

เมื่อรวมกับรัฐธรรมนูญ จึงกลายเป็น กฎหมายทั้ง 6 (The Roppo; Six Codes)⁸⁸ ซึ่งถือเป็นระบบกฎหมายหลักที่สำคัญของญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม ญี่ปุ่นมีกฎหมายอื่นกว่า 1,800 ฉบับ ที่บังคับใช้อยู่ รวมทั้งยังมีข้อบังคับอื่นกว่าพันฉบับในรูปแบบคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี (Seirei) และคำสั่งกระทรวง (Shorei) กว่าจะมาเป็นระบบกฎหมายญี่ปุ่นในปัจจุบัน ญี่ปุ่นมีวัฒนธรรมทางกฎหมายมานานหลายร้อยหลายพันปี โดยเริ่มตั้งแต่มาจากจินจนกระทั่งมีการรับเอาวัฒนธรรมทางกฎหมายจากประเทศต่างๆ ในยุโรป เช่น ระบบกฎหมายอาญาแบบสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (อาณาจักร ปรัสเซีย) ระบบกฎหมายแพ่งแบบสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น

ในช่วงปฏิวัติเมจิที่มีการรับเอาวิทยาการสมัยใหม่จากโลกตะวันตกเข้ามาในสังคมญี่ปุ่น กลุ่มคนผู้ปฏิวัติเมจิได้รับศึคอิทธิพลจากทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นในปรัสเซีย โดยรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ฉบับแรกและประมวลกฎหมายพื้นฐานของญี่ปุ่นถูกจัดทำขึ้นภายใต้รูปแบบของปรัสเซียและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁸⁷ กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จุดกำเนิดอยู่ที่อาณาจักร โรมัน ระบบกฎหมายนี้จะมีลักษณะเป็นการรวมเอาจารีตประเพณีหรือกฎหมายต่างๆ หรือ บัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ โดยบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรและจัดไว้เป็นหมวดหมู่อย่างเป็นระเบียบ ซึ่งเรียกว่า ประมวลกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมนั้น ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนชั้นที่ถูกปกครองในโรมันจึงมีการเรียกร้องให้ชนชั้นสูง ทางกรเขียนกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ชนชั้นที่ถูกปกครองได้รู้กฎหมายด้วย ซึ่งระบบกฎหมายนี้ก็ได้มีการพัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ในประเทศไทยก็ใช้กฎหมายระบบนี้ ตัวอย่างเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

⁸⁸ อุทัย อาทิวา. (น.ป.ป), “ระบบลูกขุนผสม: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบศาล Saiban-In ของญี่ปุ่นกับศาล ลูกขุนของฝรั่งเศส,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2558, จาก

http://164.115.23.34/files/Article_Mixed_jury_system.pdf

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ถูกนำมาใช้ และมีการออกกฎหมายใหม่ต่างๆ รวมทั้งมีการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งกฎหมายใหม่เหล่านี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสหรัฐอเมริกา ระหว่างการเข้ายึดครองของกองทัพพันธมิตรสหรัฐอเมริกา กฎหมายของญี่ปุ่นจึงมีที่มาจากกฎหมายตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา (Case Law) หรือระบบกฎหมาย Common Law

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายญี่ปุ่นก็มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เพราะกฎหมายบางอย่างก็ได้รับอิทธิพลจากสหภาพยุโรปเช่นกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมาย Common Law ก็ดี กฎหมายยุโรปก็ดี เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายญี่ปุ่นมาโดยตลอด ทำให้ระบบกฎหมายของญี่ปุ่นมีลักษณะเฉพาะอย่างแท้จริง กล่าวคือเป็นระบบกฎหมายที่ผสมผสานระหว่างกฎหมายระบบประมวลกฎหมายกับกฎหมายระบบ Common Law ซึ่งหลอมรวมเป็นระบบกฎหมายภายใต้ขนบธรรมเนียมประเพณีและค่านิยมของญี่ปุ่นซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งขาด สืบทอดกันมาหลายร้อยปีและยังคงมีความหลากหลายอยู่ถึงปัจจุบัน⁸⁹

ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในหลายๆ ส่วนของระบบกฎหมายของญี่ปุ่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ญี่ปุ่นประสบความสำเร็จอย่างไม่น่าเชื่อในผสมผสานรูปแบบระบบกฎหมายของต่างประเทศโดยไม่ต้องละทิ้งค่านิยมทางสังคมดั้งเดิมของตนเองเสียแต่ประการใดการรวบรวมประมวลกฎหมายญี่ปุ่นนั้นเป็นประวัติศาสตร์การรับรูปแบบกฎหมายตะวันตกเข้ามาเพื่อทำให้ญี่ปุ่นสามารถก้าวสู่สังคมสมัยใหม่ได้สำเร็จภายหลังจากการปฏิวัติเมจิ โดยเป็นการตัดรูปแบบกฎหมายแบบเก่าแก่ที่เคยมีก่อนหน้านี้ ซึ่งวิชากฎหมายของญี่ปุ่นในปัจจุบันไม่ปรากฏการเรียนการสอนกฎหมายที่เกิดขึ้นในยุคสมัยโบราณ⁹⁰

ในสมัยนั้น รัฐบาลเมจิได้มีแนวคิดที่จะนำกฎหมายแบบอังกฤษมาใช้ แต่การรับรูปแบบกฎหมายแบบอังกฤษหรือคอมมอนลอว์เป็นสิ่งที่ยาก จึงได้มีการรับเอากฎหมายจากยุโรปภาคพื้นทวีป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับเอาอิทธิพลทางกฎหมายจากจักรวรรดิเยอรมัน (ราชอาณาจักร ปรุสเซีย) ซึ่งมีการพัฒนาประเทศอย่างรวดเร็ว เพื่อให้เป็นประเทศสมัยใหม่ใน

⁸⁹ อุทัย อาทิวา, *เพิ่งอ้าง*, น. 11.

⁹⁰ Cornell Law Library, "Overview of Legal System in the Asia-Pacific Region: Japan," (4 October 2004), Retrieved on 29 July 2015, from

http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=lps_lsap

ช่วงเวลาเดียวกันกับญี่ปุ่น โดยรูปแบบกฎหมายที่ปรากฏเด่นชัดคือกฎหมายอาญา นอกจากนี้ญี่ปุ่นก็ยังรับเอาอิทธิพลทางกฎหมายแพ่งจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน⁹¹

ความหมายของสัญญาให้โดยเสน่หาในประเทศญี่ปุ่น ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 549 โดยบัญญัติว่า “Article 549 Gifts shall become effective by the manifestation by one of the parties of his/her intention to give his/her property to the other party gratuitously, and the acceptance of the other party thereof.” ซึ่งสัญญาให้โดยเสน่หา หมายถึงสัญญาที่ผู้ให้แสดงเจตนาให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับ และการให้เริ่มมีผลเป็นการให้เมื่อผู้ให้แสดงเจตนาแสดงความประสงค์ให้ทรัพย์สิน แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น และสัญญาให้ว่าจะชำระหนี้เป็นครั้งคราว ย่อมสิ้นผลไปเมื่อผู้ให้ หรือผู้รับถึงแก่ความตาย⁹² ส่วนหากมีการให้ที่มีค่าภาระติดพัน ย่อมนำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติว่าด้วยการให้โดยเสน่หา⁹³ และการให้ที่จะมีผลเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ให้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยมรดก เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสภาพ และลักษณะของการให้โดยเสน่หา⁹⁴

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่น แม้กฎหมายแพ่งจะถูกบัญญัติขึ้นโดยนำเอากฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นแม่แบบ แต่เรื่องการให้โดยเสน่หากลับ ไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้เพราะผู้รับประพฤติเนรคุณได้⁹⁵ ทั้งยังมีการบัญญัติกฎหมายห้าม (Revocation of Gift Not in Writing) เอาไว้ในมาตรา 550 อีกด้วย โดยในมาตรานี้มีการบัญญัติว่า “Article 550 Gifts not in writing may be revoked by either party; provided, however, that this shall not apply to any

⁹¹ Japan Federation of Bar Associations. Duties of the Japan Legal Support Center and the JFBA. Retrieved on 29 July 2015

from http://www.nichibenren.or.jp/en/about/judicialsystem/legal_aid_and_jlsc.html Nort

⁹² Article 552 Periodic gifts shall lose its effect on the death of the donor or the donee.

⁹³ Article 553 With respect to gifts with burden, in addition to the provisions of this Section, the provisions regarding bilateral contracts shall apply mutatis mutandis, to the extent those provisions are not inconsistent with the nature of gifts with burden.

⁹⁴ Article 554 With respect to gifts that become effective on the death of the donor, the provisions regarding testamentary gifts shall apply mutatis mutandis, to the extent they are not inconsistent with the nature of gifts that become effective on the death of the donor.

⁹⁵ วิษณุ เครืองาม, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 322.

portion of the gift for which performance has been completed. ซึ่งหมายถึง สัญญาให้โดยเสน่หา นั้น คู่สัญญาไม่อาจกำหนดให้มีการเพิกถอนการให้ได้ แต่หากมีข้อสัญญานี้ ก็ใช้บังคับข้อนี้ไม่ได้ แต่ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา

การที่ประเทศญี่ปุ่น ไม่มีบทบัญญัติให้สามารถเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้ แสดงว่า เมื่อสัญญาให้มีความสมบูรณ์แล้ว แม้ผู้รับจะประพฤติดื้อต่อผู้ให้เพียงใดก็ตาม ผู้ให้ก็ไม่สามารถเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้ โดยหากผู้ให้ต้องการทรัพย์สินที่ให้กลับคืน ผู้ให้จำต้องอ้างหลักกฎหมายด้วยเหตุประการอื่น เช่น ความสมบูรณ์ของสัญญา กลั่นแกล้ง เป็นต้น⁹⁶

ส่วนสาเหตุที่ประเทศญี่ปุ่น ไม่ยอมให้นำการเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณมาใช้บังคับในประเทศของตนนั้น น่าจะเป็นเพราะว่าญี่ปุ่นมีการนำกฎหมายจากหลากหลายระบบเข้ามาบัญญัติกฎหมายของประเทศตน แต่ก็มีการนำเอาขนบจารีตของประเทศตนเข้าไปผสมผสานอยู่ในนั้นด้วยการไม่ยอมให้นำการเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณมาใช้บังคับ อาจเป็นเพราะจารีตของญี่ปุ่นนั้นมองว่าเมื่อการให้ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้ว ย่อมไม่มีสิ่งใดที่ต้องตอบแทนกันอีก เทียบได้กับการทำสัญญาซื้อขาย นั่นเอง ทำให้ประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้นำหลักกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ มาบัญญัติใช้ในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น⁹⁷

3.3 การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของประเทศไทย

3.3.1 ความสมบูรณ์ของสัญญาให้โดยเสน่หาของประเทศไทย

สัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง และเมื่อเป็นสัญญา ย่อมต้องพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาให้มีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย โดยหลักการ สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญตามที่ กฎหมายได้กำหนดไว้ได้แก่

- 1) คู่สัญญา
- 2) วัตถุประสงค์ และ
- 3) เจตนา

องค์ประกอบ 3 ข้อเป็นการก่อให้เกิดนิติกรรมนั่นเอง เพราะเหตุที่ว่าสัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย จึงได้มีการนำองค์ประกอบของนิติกรรมของแต่ละฝ่ายมาพิจารณาประกอบกันเป็น

⁹⁶ Japan Federation of Bar Associations. Duties of the Japan Legal Support Center and the JFBA. Retrieved on 29 July 2015, p. 125.

⁹⁷ *Ibid.*

องค์ประกอบของสัญญาด้วย และสำหรับสัญญาให้โดยเสน่หาซึ่งเป็นสัญญาที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้เป็นเอกเทศสัญญาก็เป็น สัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับประกอบของสัญญานี้เช่นเดียวกัน

องค์ประกอบ 3 ข้อเป็นการก่อให้เกิดนิติกรรมนั่นเอง เพราะเหตุที่ว่าสัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย จึงได้มีการนำองค์ประกอบของนิติกรรมของแต่ละฝ่ายมาพิจารณาประกอบกันเป็นองค์ประกอบของสัญญาด้วย และสำหรับสัญญาให้โดยเสน่หาซึ่งเป็นสัญญาที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้เป็นเอกเทศสัญญาก็เป็น สัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับประกอบของสัญญานี้เช่นเดียวกัน จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงองค์ประกอบของสัญญาให้โดยเสน่หานี้ด้วย เพื่อให้เข้าใจสัญญาให้โดยเสน่หาได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

1) คู่สัญญา

สัญญาให้โดยเสน่หานั้นประกอบไปด้วยคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ผู้ให้ฝ่ายหนึ่ง และผู้รับอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาในสัญญาให้โดยเสน่หาอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ไม่ว่าจะเป็นในฐานะผู้ให้หรือผู้รับก็ตาม โดยความสามารถของนิติบุคคลในการเข้าทำสัญญาให้โดยเสน่หานั้นจะต้อง เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลที่ได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายเท่านั้น

ส่วนความสามารถของบุคคลธรรมดาในการทำสัญญาให้โดยเสน่หาทั้งสองฝ่ายนั้น เป็นไปตามที่ กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยกฎหมายอาจกำหนดความสามารถของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไว้เหมือนกัน หรือแตกต่างกันแล้วแต่กรณี และนอกจากนี้ยังจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นไปตามความหมายและลักษณะของสัญญาให้โดยเสน่หาอีกด้วย มิฉะนั้นแล้วสัญญาให้โดยเสน่หาก็คงไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยความสามารถนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

(1) ผู้เยาว์

สำหรับนิติกรรมที่มีลักษณะสำคัญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์นี้ กฎหมายได้กำหนดให้ต้องขออนุญาตต่อศาล ซึ่งเป็นผู้ควบคุมการใช้อำนาจของผู้แทน โดยชอบ ธรรมไว้อีกทอดหนึ่ง ตามมาตรา 1574⁹⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดไว้ใน (8) ของมาตราดังกล่าวไว้ว่า หากผู้ใช้อำนาจปกครองประสงค์จะทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ในการทำ การให้โดยเสน่หา หรือกรณีที่ผู้เยาว์ประสงค์จะทำการให้โดยเสน่หาด้วยทรัพย์สินของตนแก่บุคคล อื่นและ

⁹⁸ มาตรา 1574 นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจ ปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต...

(8) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่จะเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้แทนผู้เยาว์เพื่อการกุศล สาธารณะ เพื่อการสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา ทั้งนี้ พอสมควรแก่ฐานะานุรูปของผู้เยาว์

(9) รับการให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไขหรือค่ากระดัดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา...

ผู้ใช้อำนาจปกครองได้ให้ความยินยอมในการให้โดยเสนหานั้นแล้ว ก็ไม่ทำให้การให้โดยเสนหานั้นเกิดผลผูกพันผู้เยาว์ได้ เนื่องจากการให้โดยเสนหาถือเป็นนิติกรรมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อาจส่งผลให้ผู้เยาว์เสียประโยชน์ได้ เพราะเหตุที่ว่าการที่ผู้เยาว์ได้เสียทรัพย์สินไปให้แก่บุคคลอื่น โดยที่ผู้เยาว์มิได้รับสิ่งใดตอบแทนเลยนั้น ย่อมเห็นได้ชัดว่าเป็นการที่ผู้เยาว์เสียประโยชน์เป็นแน่แท้ จึงจำเป็นต้องขออนุญาตต่อศาล และโดยปกติศาลจะให้การอนุญาตก็ต่อเมื่อเห็นว่าการให้นั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ หรือมีความจำเป็นอย่างแท้จริงที่จะต้องทำการให้

(2) คนวิกลจริต

กฎหมายแบ่งคนวิกลจริตออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ คนวิกลจริตที่ศาลยังมิได้สั่งให้ เป็นคนไร้ความสามารถ และคนวิกลจริตที่ศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้ว

สำหรับคนวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น กฎหมายได้บัญญัติรองรับไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 30 โดยกรณีที่คนวิกลจริตซึ่งศาล ยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้ให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นไปแล้ว การให้โดยเสนหาจะเป็นโมฆะก็ต่อ เมื่อผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินขณะที่ตนเองจริตวิกล อันเป็นช่วงเวลาขณะที่ผู้ให้ไม่มีความสามารถในการดูแลตนเองหรือผลประโยชน์ของตนเองได้ ซึ่งอาจเกิดจากความผิดปกติทางจิตใจ หรืออาจเกิดจากความผิดปกติทางร่างกายที่มีผลกระทบต่อจิตใจจริง ๆ⁹⁹ ประกอบกับผู้รับการให้จะต้องทราบถึงความวิกลจริตของผู้ให้ด้วย การให้โดยเสนหาจึงจะเป็นโมฆะและผู้ให้สามารถบอกล้างการให้โดยเสนหานั้นให้กลายเป็นโมฆะได้ในภายหลังจากการวิกลจริตนั้น

ส่วนกรณีคนวิกลจริตที่ศาลได้สั่งให้เป็นคนซึ่งไร้ความสามารถแล้วนั้น กฎหมายได้จัดให้บุคคลผู้ซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้นต้องอยู่ในความอนุบาลของบุคคลตาม มาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้ไร้ความสามารถจะทำนิติกรรมใด ๆ ไม่ได้เลยแม้ผู้อนุบาลจะให้ความยินยอมหรืออนุญาตก็ตาม นิติกรรมที่ตกลงไปย่อมเป็นโมฆะอยู่แน่นอน ผู้อนุบาลจึงต้องกระทำการต่าง ๆ แทนในนามของคนไร้ความสามารถ¹⁰⁰ ดังนั้น คนไร้ความสามารถจึงมีอาจให้ทรัพย์สินแก่ผู้อื่นด้วยตัวเองได้ แต่ผู้อนุบาลย่อมมีอำนาจให้ทรัพย์สินของ คนไร้ความสามารถในนามของคนไร้ความสามารถเองแก่บุคคลอื่นได้

⁹⁹ จำปี โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 74, น. 51-52.

¹⁰⁰ อนุเมติ ใจสมุทร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม*, (พระนคร: โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมนิติศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2510), น. 53.

(3) คนเสมือนไร้ความสามารถ

โดยที่คนเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ ดังนั้นกฎหมายจึงได้จัดให้ผู้พิทักษ์ให้การควบคุมดูแลการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 นั้น ซึ่งนิติกรรมที่กฎหมายให้ความสำคัญนั้นรวมถึงการให้โดยเสน่หานี้ด้วยตาม (6)¹⁰¹ ของมาตราดังกล่าว ดังนั้น คนเสมือนไร้ความสามารถไม่อาจทำการให้ทรัพย์สินแก่บุคคลใดโดยปราศจากความยินยอมของผู้พิทักษ์ได้ เว้นแต่จะเป็นการให้โดยเสน่หาที่พอสมควรแก่ฐานะของ ตนเองเพื่อการกุศล การสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา

ในกรณีผู้รับ เนื่องจากลักษณะของสัญญาให้ โดยเสน่หาเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับเพียงฝ่ายเดียว โดยที่ผู้รับไม่จำเป็นต้องเสียประโยชน์ใด ๆ เลย กฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องคุ้มครองการทำนิติกรรม ของคนที่ไม่มีความสามารถเหมือนดังเช่นกรณีคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้ เว้นแต่การรับการให้โดยเสน่หานั้นจะเป็น กรณีที่ผู้รับต้องเสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งกฎหมายจึงจะเข้ามาคุ้มครองการทำนิติกรรมนั้น เช่น สำหรับการรับการให้โดยเสน่หานั้นเป็นการที่ผู้เยาว์ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ผู้ให้ได้มอบให้ โดยที่ผู้เยาว์ไม่ต้องเสียประโยชน์แต่อย่างใด กฎหมายจึงได้บัญญัติยกเว้นเอาไว้ให้ผู้เยาว์สามารถ ทำนิติกรรมด้วยตนเองได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมด้วยตาม มาตรา 22¹⁰² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือหากเป็นกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองประสงค์จะรับการให้โดยเสน่หาแทนบุตรผู้เยาว์ก็สามารถกระทำได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาล แม้ว่าจะเป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุตรซึ่งโดยปกติจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อนก็ตาม เว้นแต่จะเป็นกรณีที่การให้โดยเสน่หานั้นมีเงื่อนไข หรือค่าภาระคิดพันตามมาตรา 1574 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการรับการให้โดยเสน่หาดังกล่าวนั้นมีทั้งผลได้และผลเสียแก่ผู้เยาว์ จึง จำเป็นที่จะต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาอนุญาตเสียก่อน ผู้ใช้อำนาจปกครองจึงจะกระทำได้¹⁰³

¹⁰¹ มาตรา 34 คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อน แล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้...

(6) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะานุรูป เพื่อการกุศล การสังคม หรือ ตามหน้าที่ธรรมจรรยา

¹⁰² มาตรา 22 ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะเข้าไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง

¹⁰³ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น. 662.

2) วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ “สิทธิหรือประโยชน์ที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมมุ่งประสงค์และกำหนดขึ้นในการทำนิติกรรม” ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ เจตนาที่ผู้แสดงเจตนาต้องการให้ปรากฏผลอย่างใด ๆ ขึ้น โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยชัดแจ้ง ด้วยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” จากตัวบทของมาตราดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทุกชนิด ต้องถือว่ามีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้¹⁰⁴

(1) ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยชัดแจ้งด้วยกฎหมาย หมายถึง การก่อนิติกรรมขึ้นมาจะต้องไม่ไม่มีกฎหมายห้ามเอาไว้แน่นอน

(2) ไม่เป็นการพ้นวิสัย ซึ่งคำว่า “พ้นวิสัย” หมายความว่า ประโยชน์หรือผลสุดท้ายที่คู่สัญญามุ่งประสงค์จะได้รับนั้น ไม่อาจอยู่ในวิสัยที่จะประสบผลสำเร็จได้เลยอย่างดี

(3) ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในเรื่องนี้กฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ โดยอาจจำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ออกเป็น 2 ประการ คือ ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง และความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ การก่อนิติกรรมขึ้นจะต้องไม่ขัดต่อส่วนนี้¹⁰⁵

3) เจตนา

เจตนาในการทำนิติกรรมนั้น หมายถึง การก่อให้เกิดนิติกรรมขึ้นต้องเกิดจากเจตนาแล้วแสดงออกมาซึ่งเจตนา นั้น เป็นเจตนาที่เกิดจากความสมัครใจ ไม่ถูกบังคับ ข่มขู่ หรือซ่อนเร้นอำพราง¹⁰⁶

สำหรับการแสดงเจตนา อาจทำได้หลายวิธี คือ

- ก. การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง
- ข. การแสดงเจตนาโดยปริยาย
- ค. การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

¹⁰⁴ จำปี โสถิตพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 74, น. 51-52.

¹⁰⁵ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 75, น. 62.

¹⁰⁶ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น. 22.

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง คือ การที่บุคคลได้แสดงให้เห็นปรากฏออกมาโดยตรงว่าตนมีเจตนาอย่างใด ซึ่งอาจกระทำโดยการพูดหรือเขียนเป็นหนังสือก็ได้ หรืออาจกระทำโดยการแสดงกิริยาอาการอย่างอื่นก็ได้ เช่น พยักหน้า ยกมือ สั่นหัว ตบมือ เป็นต้น

การแสดงเจตนาโดยปริยาย คือ การที่บุคคลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ว่าบุคคลผู้กระทำการนั้นจะมีจุดประสงค์อย่างใด แต่จากการกระทำนั้นเป็นที่เข้าใจได้โดยอาศัยเหตุผลอันสมควรว่า บุคคลผู้นั้นได้แสดงเจตนาออกมาแล้ว

การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง คือ การนิ่งเฉย โดยทั่วไป การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา เว้นแต่มีกฎหมายหรือจารีตประเพณี กำหนดให้การนิ่งบางอย่างเป็นการแสดงเจตนา

3.3.2 ความหมาย และประเภทของการให้โดยเสน่หา

3.3.2.1 ความหมาย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายของคำว่า “ให้” หมายถึง มอบ, สละ, อนุญาต ส่วนคำว่า “เสน่หา” หมายถึง ความรัก, ความรักที่ไม่หวังสิ่งตอบแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 521 ได้บัญญัตินิยามของสัญญาให้โดยเสน่หาว่า “อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น” ซึ่งจากบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติรับรองการให้โดยเสน่หาว่าเป็น สัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาสองฝ่ายได้มาทำการตกลงยินยอมกันก่อให้เกิดนิติกรรมสองฝ่ายหรือที่เรียกว่า “สัญญา” นั้นเอง โดยประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ผู้ให้” ซึ่งเป็นผู้ทำคำเสนอว่าตนต้องการโอนทรัพย์สินของตนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ผู้รับ” และผู้รับได้ทำคำสนองรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้ โดยที่ผู้ให้ไม่ต้องการสิ่งใดตอบแทน

คำว่า “โดยเสน่หา” ตามกฎหมายจะมีได้มีความหมายถึง ความรัก หรือ ความรู้สึกทางซู้สาว แต่น่าจะมีความหมายเป็นไปตามที่เข้าใจในขณะร่างกฎหมายว่า หมายถึง การให้เปล่าโดยไม่มีค่าตอบแทน¹⁰⁷ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2491¹⁰⁸ ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของสัญญาให้โดยเสน่หาว่า “สัญญาให้ คือ สัญญาที่ฝ่ายผู้ให้ให้โดยเสน่หา คือ ไม่มีสิ่งตอบแทน

¹⁰⁷ วิษณุ เครืองาม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 322.

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2491 สัญญาให้ตามมาตรา 521 เป็นสัญญาที่ไม่มีสิ่งตอบแทน สัญญาที่ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงทำไว้กับผู้ใหญ่ฝ่ายชายว่าจะยกที่ดินให้แก่คู่สมรสภายใน 5 ปี นับแต่วันสมรส แต่ถ้าคู่สมรสทอดทิ้งไม่อุปการะผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงซึ่งเป็นผู้ให้แล้ว ผู้ให้จะยังไม่โอนที่ดินให้ดังนี้ เป็นสัญญาที่มีการตอบแทน จึงไม่เป็นสัญญาให้ตามมาตรา 521 แต่เป็นสัญญาซึ่งสมัยก่อนเรียกว่าสัญญากองทุนในการสมรส คู่สมรสพึงให้

3.3.2.2 ประเภทของสัญญาให้โดยเสน่หา

กฎหมายอาจแบ่งประเภทของสัญญาออกได้เป็นหลายประเภทด้วยกัน เช่น สัญญาต่างตอบแทน และสัญญาที่ไม่ต่างตอบแทน หรือ สัญญาที่มีค่าตอบแทน และสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน หรือสัญญาที่มีชื่อ และสัญญาที่ไม่มีชื่อ เป็นต้น แต่ประเภทของสัญญาที่นักกฎหมายนิยมนำมาจัดประเภทมากที่สุดก็เห็นจะได้แก่ ประเภทของสัญญาต่างตอบแทนและสัญญาที่ไม่ต่างตอบแทน หรือ ประเภทของสัญญาที่มีค่าตอบแทนและสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน และสำหรับสัญญาให้โดยเสน่หานั้นจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาด้วยว่าถูกจัดอยู่ในประเภทใดของสัญญาเพื่อทำให้ได้ทราบถึงลักษณะของสัญญาให้โดยเสน่หาที่แท้จริงยิ่งขึ้น

ด้วยลักษณะของสัญญาให้โดยเสน่หานั้นเป็นสัญญาสองฝ่าย (bilateral contract) ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของทั้งฝ่ายผู้ให้และฝ่ายผู้รับ โดยเป็นการให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว คือ ฝ่ายผู้รับการให้ โดยที่ผู้รับไม่จำเป็นต้องให้สิ่งใดตอบแทนผู้ให้เลย ซึ่งจากที่กล่าวมาข้างต้น อาจทำให้พิจารณาได้โดยเป็นที่เข้าใจของคนทั่วไปว่าสัญญาให้โดยเสน่หาอาจถูกจัดให้อยู่ในประเภทของสัญญาที่ไม่ต่างตอบแทน หรือสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนก็ได้ แต่ทั้งนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาโดยละเอียดว่า แท้จริงแล้วสัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาที่ไม่ต่างตอบแทน หรือเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน จริงหรือไม่

กรณีสัญญาไม่ต่างตอบแทน มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ และอาจารย์ ยล ชีรกุล¹⁰⁹ ได้ให้ความเห็นว่า สัญญาไม่ต่างตอบแทน หรือ สัญญาฝ่ายเดียว คือ สัญญาที่ก่อหนี้เพียงฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของหนี้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้ เช่น สัญญาซื้อ, สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น

ศาสตราจารย์ เสริม วินิจฉัยกุล¹¹⁰ ได้ให้ความเห็นว่า สัญญาไม่ต่างตอบแทน (Contrat unilateral) ซึ่งอาจแปลได้ว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว โดยสัญญาฝ่ายเดียวนี้มีได้หมายความว่ามิบุคคลฝ่ายเดียวก่อให้เกิดสัญญาขึ้นโดยเจตนาของตนเอง แต่สัญญาฝ่ายเดียวในที่นี้หมายความว่า เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเดียวเป็นลูกหนี้ ซึ่งก่อให้เกิดหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียว

บังคับตามสัญญาได้ ในกรณีที่ศาลฎีกาให้ย้อนสำนวนไปพิจารณาพิพากษาใหม่นั้น ศาลสูงสั่งให้รวมสั่งค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นนี้ตอนพิพากษาใหม่ได้

¹⁰⁹ จิตติ ดิงศภักดิ์ และยล ชีรกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 94*, น. 306.

¹¹⁰ เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรม และหนี้*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), น. 363-364.

ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน¹¹¹ ได้ให้ความเห็นว่า สัญญาไม่ต่างตอบแทนนั้น เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว โดยได้วิเคราะห์ว่าแม้ นักกฎหมายบางท่านจะได้ใช้คำว่าสัญญาฝ่ายเดียวก็จะต้องเข้าใจว่าเป็นเรื่องของสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ในอันที่จะต้องชำระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีข้อผูกพันในอันที่จะต้องกระทำการชำระหนี้ตอบแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายแรก¹¹²

โดยสรุปแล้วนักกฎหมายส่วนใหญ่ได้ให้ความเห็นไว้ตรงกันว่าสัญญาไม่ต่างตอบแทน คือสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายเดียวที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน เช่น สัญญายืม แต่สำหรับสัญญาให้โดยเสน่หาแล้วยังคง มีปัญหาว่าเป็นสัญญาประเภทสัญญาไม่ต่างตอบแทนหรือไม่ เพราะจากความหมายของสัญญา ไม่ต่างตอบแทนแล้ว สัญญานั้นต้องเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แต่เป็นหนี้เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งในปัญหานี้มีความสัมพันธ์กับหนี้ของสัญญาให้โดยเสน่หา จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงหนี้ของสัญญาให้โดยเสน่หา เพื่อให้ได้ทราบถึงประเภทของสัญญาให้โดยเสน่หาที่ได้แบ่งในลักษณะเช่นนี้ด้วย

ส่วนสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน ซึ่งจัดประเภทโดยอาศัยผลประโยชน์ทางทรัพย์สินตอบแทน กันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมีนักกฎหมายให้ความหมายของประเภทสัญญาดังกล่าวไว้ ดังนี้

อาจารย์ ปันโน สุขทรศนีย์¹¹³ ได้ให้ความหมายไว้ว่า สัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน หมายถึงสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายที่ให้ประโยชน์นั้นไม่ได้รับประโยชน์ใดตอบแทนเลย เช่น สัญญาให้โดยเสน่หา ผู้ให้ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากผู้รับเลย

ศาสตราจารย์ ดร. สนันทกรณ์ โสคติพันธุ์¹¹⁴ ได้ให้ความหมายไว้ว่า สัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวได้รับประโยชน์ในทางทรัพย์สินอย่างใด อย่างหนึ่ง โดยไม่ต้องเสียอะไรตอบแทน เช่น สัญญายืมใช้คงรูป หรือสัญญาให้โดยเสน่หา

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ชัดว่านักกฎหมายต่างเห็นตรงกันเกี่ยวกับความหมายในประเภทของสัญญา โดยเฉพาะสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนนี้นักกฎหมายต่างยอมรับกันว่า สัญญาให้

¹¹¹ อักษราทร จุฬารัตน, กฎหมายแพ่ง 1 (ฉบับปรับปรุง) หน่วยที่ 9-15, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), น. 233.

¹¹² เพิ่งอ้าง, น. 239.

¹¹³ ปันโน สุขทรศนีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น. 53.

¹¹⁴ สนันทกรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 254.

โดยเสนหาเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน และนักกฎหมายท่านหนึ่ง¹¹⁵ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเภทของสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนในสัญญาให้โดยเสนหาไว้ว่า สัญญาให้โดยเสนหาเป็นสัญญาที่กฎหมายถือว่าเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน เพราะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับได้รับประโยชน์จากการทำสัญญานั้นแต่ฝ่ายเดียว ส่วนคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้ไม่ได้รับประโยชน์อะไรตอบแทนเลย ทั้งที่ในความรู้สึกของคนทั่วไปก็เรียกได้ว่าได้รับประโยชน์จากผู้รับเช่นเดียวกัน เช่น ผู้ให้อาจได้รับความรัก หรือ ความพึงพอใจจากผู้รับ หรือเป็นการทำให้ผู้ให้ได้รับความรู้สึกที่ได้ทำบุญสุนทาน แต่ทั้งนี้จำต้อง พิจารณาด้วยว่าประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับนั้น กฎหมายมุ่งถึงผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินมากกว่าประโยชน์ทางจิตใจที่ไม่สามารถคำนวณเป็นราคาได้ ดังนั้นประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นก็ต้องเป็นประโยชน์ซึ่งสามารถคิดคำนวณเป็นราคาได้จึง จะถือว่าเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน

3.3.3 วัตถุประสงค์ของการให้โดยเสนหา

วัตถุประสงค์ เป็นประโยชน์สุดท้ายซึ่งนิติกรรมที่ทำไปจะพึงอำนวยให้ เช่น สัญญาซื้อขายมีวัตถุประสงค์อยู่ที่ว่า ผู้ขายจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อจะต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้น ส่วนการจะบรรลุผลให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ คือ ประโยชน์ สุดท้ายนี้อาจต้องมีการปฏิบัติการต่าง ๆ มาก่อน เช่น การทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินนอกจากจะได้มี การทำคำเสนอคำสนองต้องตรงกันแล้ว คู่สัญญาจะต้องไปทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่อื่น ซึ่งการที่จะต้องไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น หาใช่วัตถุประสงค์ไม่ หากแต่เป็นข้อกำหนดวิธีดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์¹¹⁶ โดยประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายนี้ไม่จำเป็นจะต้องเป็นทรัพย์สินเงินทองเสมอไป อาจจะเป็นความรู้สึก ความภาคภูมิใจหรือศีลธรรมอันดีก็ได้¹¹⁷ วัตถุประสงค์เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของนิติกรรมซึ่งจะขาดเสียไม่ได้ และวัตถุประสงค์นั้นจะต้องไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย และจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะหากเป็นเช่นนั้นก็จะทำให้สัญญาซึ่ง เป็นนิติกรรมสองฝ่ายกลายเป็นโมฆะไปตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 622/2494¹¹⁸ “ทำสัญญายกที่ดินให้แก่ผู้อื่น เพื่อตอบแทนในการที่ผู้อื่นออก

¹¹⁵ อักษราทร จุฬารัตน, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 217, น. 241.

¹¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 80, น. 37.

¹¹⁷ บัน โน สุขพรรณสินธุ์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 219, น. 53.

¹¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 622/2494 ทำสัญญายกที่ดินให้แก่เขาเพื่อตอบแทนในการที่เขาออกเงินวิ่งและเดิน ให้เป็นความกับบุคคลอื่นจน ได้ที่ดินมานั้น แม้สัญญายกให้นี้จะตกเป็น โมฆะ โดยขัดต่อความสงบเรียบร้อย

เงินและวังเต็นให้เป็นการจมนได้ที่ดินนั้นมา แม้สัญญาขายให้นี้จะตกเป็นโมฆะโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี แต่ก็ยังเข้าลักษณะตามมาตรา 411 ที่ว่าบุคคลใดได้กระทำการชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจเรียกร้องคืนทรัพย์ได้ไม่” ดังนั้นหากสัญญาหรือนิติกรรมสองฝ่ายมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อ กฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วก็จะทำให้สัญญานั้นกลายเป็นโมฆะไปด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญาให้โดยเสน่หานั้นจะเห็นได้จากบทนิยามของสัญญาให้โดยเสน่หาตามมาตรา 521 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วัตถุประสงค์ของสัญญาให้โดยเสน่หา คือการที่ผู้ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ โดยสัญญาให้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนทรัพย์สิน (หมายถึง โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน) ที่ต้องการให้โดยเสน่หาแก่ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น เป็นเพียงแค่มิวัตถุประสงค์เท่านั้นก็เกิดเป็นสัญญาให้โดยเสน่หาขึ้นแล้ว โดยที่ผู้ให้ยังไม่ต้องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือยังมีได้ส่งมอบทรัพย์สิน¹¹⁹

นักวิชาการทางกฎหมายบางท่าน¹²⁰ ก็ได้ให้ความเห็นว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาให้โดยเสน่หา คือ การที่ฝ่ายหนึ่งโอนทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายหลังไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรตอบแทน

ในสัญญาให้โดยเสน่หานั้น ผู้ให้เป็นผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอให้ทรัพย์สินโดยเสน่หา และผู้รับการแสดงเจตนาเป็นผู้ทำคำสนองรับเอาทรัพย์สินนั้น ซึ่งการแสดงเจตนาที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของนิติกรรมที่เกิดเป็นสัญญาให้โดยเสน่หานี้ โดยการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์และไม่เป็นการแสดงเจตนาที่บกพร่องแต่อย่างใด

สำหรับการแสดงเจตนาที่ไม่บกพร่องนั้นต้องเป็นกรณีที่เจตนาที่แสดงออกต้องตรงกับเจตนาภายในของผู้แสดงเจตนาเอง โดยไม่มีการแสดงเจตนาซ่อนเร้น การแสดงเจตนาลวง หรือเป็นการทำนิติกรรมอำพราง หรือมีการแสดงเจตนาอันเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญแต่อย่างใด แต่หากเป็นการแสดงเจตนาในลักษณะเช่นนี้แล้วจะทำให้การทำนิติกรรมนั้นกลายเป็นโมฆะ เพราะเหตุที่มีการแสดงเจตนาที่บกพร่องไป เช่น ผู้ให้จดทะเบียนยกที่ดินให้ผู้รับเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้

และศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี แต่ก็ยังเข้าลักษณะตาม ป.ม.แพ่ง มาตรา 411 ที่ว่าบุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตาม ก.ม.หรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจเรียกร้องคืนทรัพย์ได้ไม่

¹¹⁹ ปันโน สุขทรศนีย์, *เพิ่งอ้าง*, น. 36.

¹²⁰ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 376.

พิพาทถูกยึดเพื่อชำระหนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นการแสดงเจตนาหลง การให้ตกเป็น โฆษะ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4056/2533¹²¹

หากเป็นกรณีที่เจตนาที่แสดงออกตรงกับเจตนาภายในของผู้แสดงเจตนา แต่เป็นการแสดงเจตนาโดยที่ผู้แสดงเจตนาไม่ประสงค์จะแสดงเจตนาเช่นนั้นแล้ว การแสดงเจตนานั้นก็กลายเป็น โฆษะ ซึ่งอาจบอกล้างได้ในภายหลัง เช่น การที่ผู้ให้แสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ หรือเพราะถูกกลั่นแกล้งอันเป็นเหตุให้ผู้ให้ต้องยอมให้ทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับ และสำหรับกรณีการแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งจากบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้รับแล้ว การให้โดยเสน่หานั้นจะกลายเป็น โฆษะก็ต่อเมื่อผู้รับ ได้รู้หรือควรจะรู้ถึงการถูกกลั่นแกล้งนั้น

นอกจากการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาทั่วไปรวมถึงสัญญาให้โดยเสน่หาจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ไม่บกพร่องแล้ว สัญญาให้โดยเสน่หาซึ่งเป็นสัญญาที่ได้กำหนดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาไว้นอกเหนือจากสัญญาอื่น ๆ เอาไว้ คือ การให้โดยเสน่หา ซึ่งหมายความว่า การให้โดยเสน่หานั้นจะต้องมีส่วนประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการแสดงเจตนา คือ การที่ผู้ให้ได้แสดงเจตนาให้นั้น เป็นการแสดงเจตนาที่ผู้ให้ต้องการให้โดยเสน่หา และมีเจตนาอิสระที่จะทำการให้โดยปราศจากข้อผูกพันใด ๆ เรียกเจตนาอิสระนี้ว่า *Liberality*¹²² โดยเป็นการให้ด้วยความอยากให้ หรือความประสงค์ที่จะทำการเสียสละทรัพย์สินของตนเองให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งถือเป็น *Causa* ตามกฎหมายใน ระบบชีวิตลอร์ว หรือ *Consideration* ของผู้ให้ตามกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั่นเอง

ดังนั้น การแสดงเจตนาในการให้จึงจำต้องสมบูรณ์ ทั้งในด้านการแสดงเจตนาที่ไม่บกพร่องตามกฎหมายและการแสดงเจตนาตามลักษณะของสัญญาให้โดยเสน่หาด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ก็จะก่อให้เกิดการให้ที่สมบูรณ์ต่อไป

3.3.4 หลักว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา

การให้โดยเสน่หาเมื่อมีการแสดงเจตนาจากผู้ให้ที่มีความสามารถสมบูรณ์ และกระทำด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ในการให้โดยเสน่หานี้ก็มิได้หมายความว่าผู้รับต้องการหรืออยากจะได้ทรัพย์สินนั้นเสมอไป ถ้าผู้รับอยากได้ก็จะ

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4056/2533 โจทก์ฟ้องเรียกชำระหนี้จากจำเลย ศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี และสั่งให้บังคับชำระหนี้เอาจากที่ดินของจำเลย จำเลยจึงจดทะเบียนยกที่ดินนั้นให้แก่ผู้ร้องโดยเสน่หา ดังนี้ เป็นพฤติการณ์ที่จำเลยกับผู้ร้องสมคบกันเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ที่ดินพิพาทถูกยึดใช้หนี้ โจทก์ การให้ที่ดินแก่กันระหว่างจำเลยกับผู้ร้องจึงเป็นการแสดงเจตนาหลง และตกเป็น โฆษะตาม ป.พ.พ. ม. 118 (ม. 155 ปัจจุบัน)

¹²² ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 377.

ได้รับกรรมสิทธิ์มา แต่ถ้าไม่แสดงเจตนารับ กรรมสิทธิ์ย่อมไม่โอน ดังนั้น ถ้าผู้ให้ได้แสดงเจตนา ฝ่ายเดียวว่าได้ยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ โดยผู้รับไม่ต้องการเลย ก็ย่อมไม่เป็นการให้โดยเสน่หา¹²³

อย่างไรก็ตามบางกรณีการให้โดยเสน่หาที่มีเรื่องที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรม เข้ามาควบคุมการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา โดยกฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับแบบ แห่งนิติกรรมเอาไว้ใน บรรพ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป ตามมาตรา 152¹²⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พานิชย์ โดยมีสิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับแบบแห่งนิติกรรมว่า วิธีการเช่นไรจึงจะเรียกว่า แบบแห่งนิติกรรม ซึ่งนักวิชาการทางกฎหมายบางท่าน¹²⁵ ให้ความเห็นว่า แบบแห่งนิติกรรม หมายถึง “พิธีการที่ กฎหมายกำหนดไว้ และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม เพื่อ ความสมบูรณ์ของ นิติกรรมหากไม่ปฏิบัติตาม ย่อมตกเป็น โฆษะ” แต่ก็มีบางท่าน¹²⁶ เห็นว่าหมายถึง “แบบแห่งนิติกรรมเป็นองค์สมบูรณ์ที่ก่อให้เกิด นิติกรรม เป็นพิธีการที่กฎหมายบังคับให้ผู้แสดง เจตนาออกต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าผู้แสดงเจตนาไม่ปฏิบัติ หรือปฏิบัติ แต่ปฏิบัติไม่ ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ ถือว่านิติกรรมนั้นกระทำให้ขึ้นผิดแบบเป็น โฆษะ ไม่เกิดเป็นนิติกรรม”

สำหรับแบบการทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น หากไม่ทำตามแบบแล้ว ก็จะส่ง ผลให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โฆษะ ตามมาตรา 152 โดยแบบที่กฎหมายกำหนดนี้ สามารถแบ่งออกได้ เป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าหากไม่ทำตามแบบจะเป็นผลให้นิติกรรม เป็นโฆษะ ซึ่งได้แก่แบบของการทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง¹²⁷ แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ คือ การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากคู่สัญญามิได้ทำตามแบบแล้ว การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนี้ ก็จะตกเป็น โฆษะไป

¹²³ ไพทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญชน, 2549), น. 354.

¹²⁴ มาตรา 152 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็น โฆษะ

¹²⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์(ตามบทบัญญัติที่ได้ ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ บรรณการ, 2545), น. 72.

¹²⁶ ปัน โน สุภทรศนีย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 219, น. 71.

¹²⁷ มาตรา 456 การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจด ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไซ้ ท่านว่าเป็น โฆษะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย...

หรือ กรณีสัญญาเช่าซื้อที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 572 วรรคสอง¹²⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิเช่นนั้นสัญญาเช่าซื้อจะตกเป็น โฉงะ

2. กรณีที่กฎหมายกำหนดวิธีไว้ให้ทำแต่มิได้กำหนดผลของการเป็นโฉงะเอาไว้ อาทิ การให้ทรัพย์สินตามมาตรา 525¹²⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กฎหมายก็มิได้กำหนดผลเอาไว้ว่า หากมิได้ทำตามแบบดังกล่าวจะส่งผลให้นิติกรรมนั้นเป็นโฉงะตามมาตรา 152 หรือไม่ กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าหากได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว จะทำให้การให้ทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้นสมบูรณ์ จึงเกิดปัญหาที่จะต้องตีความว่าแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 152 นั้น หมายความว่ารวมถึง กรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดผลไว้ให้เป็นโฉงะหรือไม่ ซึ่งมีนักกฎหมาย ให้ความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

ความเห็นฝ่ายแรก¹³⁰ เห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดวิธีการให้โดยเสน่หาทำไว้ โดยเฉพาะแล้ว แม้จะมีกำหนดผลว่าให้มีผลเป็นโฉงะเมื่อไม่ทำตามวิธีดังกล่าว แต่ถ้าผู้ทำมิได้ทำตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว นิติกรรมย่อมตกเป็นโฉงะตามหลักทั่วไปใน มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความเห็นฝ่ายที่สอง¹³¹ เห็นว่าเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนในเรื่องการไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็จะมาอาศัยหลักทั่วไป คือ มาตรา 152 ให้มีผลเป็นโฉงะไม่ได้ แต่จะมีผลไปตามแต่กรณี เช่น กรณีการสมรสที่มีได้จดทะเบียน ก็มีได้ถือว่าการสมรสนั้นเป็นโฉงะ หากแต่ถือว่าการสมรสนั้นยังมีได้เกิดขึ้น

สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่า เป็นแบบแห่งนิติกรรมตามกฎหมายหรือไม่นั้น ควรจะต้องคำนึงว่า หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ให้ทำแล้ว ส่งผลให้นิติกรรมนั้นเป็นโฉงะเสมอไปหรือไม่ ซึ่งการเป็นโฉงะนั้น เป็นข้อยกเว้นในหลักเรื่องเสรีภาพในทางแบบ ฉะนั้น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดในเรื่องแบบเอาไว้จึงควรกำหนดผลไว้โดยชัดเจน¹³² จะตีความไปว่า การที่

¹²⁸ มาตรา 572 วรรคสอง สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโฉงะ

¹²⁹ มาตรา 525 การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้า หน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ

¹³⁰ จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75, น. 39.

¹³¹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 138.

¹³² ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 91.

กฎหมายกำหนดให้กระทำการใด ๆ เป็นแบบไปทุกกรณีนั้นหาได้ไม่ เพราะจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกำหนดแบบการทำสัญญา ประกอบกับหากกฎหมายต้องการให้กรณีที่สองเป็นแบบของนิติกรรมแล้ว เหตุใดกฎหมายจึงไม่กำหนดผลไว้ ดังเช่น แบบการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 456 แต่อย่างไรก็ตาม จำต้องพิจารณาเป็นสำคัญด้วยว่าในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดผล ในการเป็นโมฆะของการไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ และหากพิจารณาถึงแนวความคิดและจุดมุ่งหมายในการกำหนดวิธีการต่าง ๆ ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติได้ว่ามีแนวความคิดหรือจุดมุ่งหมาย เช่นเดียวกับการที่กฎหมายได้กำหนดแบบเอาไว้แล้ว วิธีการที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวจึงน่าจะเป็นแบบแห่งนิติกรรมด้วย

สำหรับสัญญาให้โดยเสน่หานั้น กฎหมายได้กำหนดวิธีการให้ที่สำคัญไว้เป็นสองประการ คือ

ก) การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 525 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการให้โดยเสน่หาอสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ โดยบัญญัติไว้ว่าการให้โดยเสน่หาอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ย่อมสมบูรณ์หากได้ทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเลย ซึ่งอาจตีความกลับกันได้ว่า หากคู่สัญญาในสัญญาให้โดยเสน่หาไม่ได้มาทำหนังสือและจดทะเบียนแห่งนิติกรรมแล้ว การให้โดยเสน่หานั้นก็เป็นการให้ที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งจะมีผลทำให้การให้เป็นโมฆะหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาประเด็นปัญหานี้ด้วยความไม่สมบูรณ์ของสัญญาให้โดยเสน่หานั้นจะกลายเป็นสมบูรณ์เมื่อคู่สัญญามาทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว หรือการให้โดยเสน่หาในครั้งนั้นไม่อาจกลับมาสมบูรณ์ได้อีกเลย ซึ่งถ้าเป็นกรณีนี้ก็อาจตีความได้ว่า การให้โดยเสน่หาอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้ทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะกลายเป็นโมฆะไป อันจะมีผลต่อการพิจารณาถึง ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติเมื่อสัญญาให้โดยเสน่หาเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้สัญญาให้โดยเสน่หาสมบูรณ์หรือไม่

นอกจากการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่มาตรา 525 ได้กำหนดไว้แล้ว บทบัญญัติในสัญญาให้โดยเสน่หา ยังได้บัญญัติถึงการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ในเรื่องคำมั่นจะให้หรือสัญญาจะให้ไว้ด้วย โดยในการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 นี้ จะมีผลในทางกฎหมายเป็นเช่นเดียวกับการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 หรือไม่

เพราะตามมาตรา 525 ได้บัญญัติถึงผลแห่งการทำให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนไว้ว่า คือ ความสมบูรณ์ในการให้โดยเสน่หาสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ส่วนผลของการทำให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 นั้นจะกำหนดไว้เพียงแค่ว่าผู้รับการให้สามารถ เรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินได้เท่านั้น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว เพื่อให้ได้ทราบถึงความแตกต่างของผลที่กฎหมายกำหนด แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดวิธีการที่ต้องปฏิบัติไว้เช่นเดียวกันก็ตาม

ข) การส่งมอบ

ส่วนกรณีการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้โดยเสน่หา ซึ่งมีทั้งการส่งมอบโดยตรงและการส่งมอบโดยอ้อมนั้น กฎหมายได้กำหนดอาศัยความสมบูรณ์ของสัญญาให้โดยเสน่หาไว้โดยการส่งมอบทรัพย์สิน จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าการส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ หรือกรณีเช่นนี้อาจพิจารณาได้ว่าการ ส่งมอบมิใช่เป็นแบบแห่งนิติกรรม แต่อาจเป็นองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาในการให้ หรือกรณีอาจเป็นแต่เพียงวัตถุแห่งหนี้ที่ผู้ให้จะต้องชำระให้แก่ผู้รับการให้ภายหลังจากการแสดงเจตนาให้เท่านั้น ประเด็นปัญหาเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้โดยเสน่หาจึงเป็นปัญหาซึ่งเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของข้อกฎหมาย

เมื่อสัญญาให้โดยเสน่หาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หาย่อมโอนไปยังผู้รับการให้ และผู้รับการให้ทรัพย์สินนั้นย่อมกลายเป็นเจ้าของทรัพย์สินและมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น ผู้รับการให้ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้นย่อมมีสิทธิใช้สอยและจำหน่าย ทรัพย์สิน หรือได้ดอกผลของทรัพย์สินนั้น รวมถึงสิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลผู้ซึ่งไม่มีสิทธิจะยึด ถือทรัพย์สินนั้นไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นมายุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบข่ายกฎหมายตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้ให้ไม่สามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นคืนได้ แต่อย่างไรก็ตาม การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเป็นการได้มาโดยสัญญาให้ ซึ่งเป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทนอันเป็นสัญญาที่ผู้รับการให้ได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียว กฎหมายจึงได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกคืนการให้โดยเสน่หาเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้ให้สามารถเรียกคืนการให้ได้ด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ได้แก่ เหตุเนรคุณ เหตุที่ผู้รับไม่ชำระค่าภาระ ติดพัน และเหตุที่กำหนดไว้ตามสัญญา

3.3.5 หลักเกณฑ์การเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

การเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณตามที่กฎหมายไทย มีแนวความคิดที่ว่าด้วยเหตุที่ว่าผู้รับการให้ควรที่จะสำนึกบุญคุณผู้ให้โดยเสน่หา เนื่องจากตนไม่ได้ให้ประโยชน์อันใดเพื่อตอบแทนการให้ของผู้ให้ ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาที่มีค่าตอบแทน ที่คู่สัญญาไม่สามารถเรียกถอน

คืนทรัพย์สินกลับมาได้ เพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ให้ประโยชน์ไว้ตอบแทนเช่นเดียวกัน จึงไม่มีกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียว

กระทรวงศึกษาธิการ ได้เคยให้คำอธิบาย หลักและประเภทความกตัญญูไว้ในปี พ.ศ. 2523 ว่า “การกตัญญูท่วทเทเป็นรากเหง้าของสังคมไทย และมีมาช้านาน โดยความกตัญญูต่อบุคคลที่ทาประโยชน์ให้ ได้แก่ การเคารพเชิดชูไม่ลบหลู่คูหมิ่น การไม่ละทิ้งผู้มีพระคุณยามท่านเดือดร้อนลำบาก ...”¹³³

ในประเทศไทยสำหรับเหตุเนรคุณที่กฎหมายได้กำหนดเหตุซึ่งมาสามารถเพิกถอนการให้โดยเสนหาได้นั้น มีอยู่เพียง 3 เหตุเท่านั้น โดยอยู่ในสัญญาให้โดยเสนหาตามมาตรา 531 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 531 อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินเรคุณนั้นท่านว่า อาจเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ

(2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ

(3) ถ้าผู้รับได้บอกรัดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้ และผู้รับยังสามารถจะให้ได้”

คำว่า “เนรคุณ” หมายถึง “การอกตัญญู” หรือ “ไม่รู้สำนึกบุญคุณ”¹³⁴ แต่หากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ชัดว่า มิใช่ว่าผู้รับเนรคุณผู้ให้อย่างไรก็เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ ได้ แต่จะเพิกถอนเรียกคืนได้ต่อเมื่อผู้รับการให้ได้ประพฤตินเรคุณอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยเหตุ 3 ประการต่อไปนี้

1) ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา

การเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณกรณีแรกเป็นกรณีที่ผู้รับได้ประทุษร้าย¹³⁵ ต่อผู้ให้ เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ คือ

¹³³ สุชีรา บุญทัน, “ปัจจัยบางประการของครอบครัวที่สัมพันธ์กับจริยธรรมด้านความกตัญญูท่วทเท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, 2541), น. 23.

¹³⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเพื่อนพิมพ์จำกัด, 2537), น. 114.

¹³⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่ กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด

ก) ผู้รับมีการประทุษร้ายผู้ให้ ซึ่งการให้กำลังประทุษร้าย หากถือตามกฎหมายอาญาแล้ว ย่อมเป็นการประทุษร้ายแก่กาย หรือจิตใจ เช่น ทำให้สลบ โดยต้องทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล¹³⁶ ซึ่งนักวิชาการทางกฎหมายบางท่านเห็นว่า ต้องเป็นการเจตนา¹³⁷ประทุษร้ายแก่ร่างกาย¹³⁸ หากเป็นการประทุษร้ายแก่ทรัพย์ เช่น ลักทรัพย์ ยักยอก ถ้อ โกง ย่อมไม่อาจใช้มาตราส่วนนี้ได้ แต่ก็ มีนักวิชาการทางกฎหมายบางท่านที่เห็นไปในทางที่ว่า ประทุษร้ายแบบใดก็ได้¹³⁹ ขอให้ร้ายแรงเป็นอันใช้มาตรานี้ได้¹⁴⁰

ข) การประทุษร้ายต้องเป็นความผิดอาญาร้ายแรง ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดขอบเขตเรื่องนี้เอาไว้ นักวิชาการทางกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความผิดอาญาร้ายแรง ต้องถึงขั้นประทุษร้ายร่างกายผู้ให้จนถึงอันตรายสาหัส¹⁴¹ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียนานประสาท
- (2) เสียววิงเวียนศีรษะ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียนิ้ว ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าเสียนมอย่างติดตัว
- (5) แหว่งลูก

๑ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่เหตุทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

¹³⁶ จิตติ ดิงศภทัช, กฎหมายอาญา ภาค 1, (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2555), น. 78.

¹³⁷ จิตติ ดิงศภทัช และชล ชีรกุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 94, น. 316.

¹³⁸ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1, น. 322.

¹³⁹ สุวิทย์ นิ่มน้อย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), น. 155.

¹⁴⁰ ผู้ศึกษาก็มีความเห็นไปในแนวทางที่ว่า การประทุษร้ายจากผู้รับ ไม่จำเป็นต้องเป็นการประทุษร้ายแก่กาย แต่อย่างใด อาจเป็นการประทุษร้ายแก่ทรัพย์ หรือแก่ชื่อเสียงก็ได้ แต่ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาตามกฎหมายอาญา และเป็นความผิดที่อยู่ในขอบเขตของคำว่า “ร้ายแรง” ทั้งนี้เพราะหากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 531(2) นั้น การทำให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาท มีความรุนแรงน้อยกว่า ความผิดต่อทรัพย์บางประเภทเสียอีก แต่สามารถฟ้องกันได้ จึงควรตีความ (1) นี้ ให้สอดคล้องกัน

¹⁴¹ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 9, น. 372.

(6) จิตพิการอย่างติดตัว

(7) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต

(8) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวันหรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน”

ส่วนการใช้กฎหมายของศาล มีลักษณะเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป¹⁴² เช่น หากทำร้ายร่างกายผู้ให้จนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายแม้จะได้รับบาดเจ็บไม่ถึงอันตรายสาหัส ศาลก็ถือว่าประพฤติเนรคุณ โดยประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(1) แล้ว¹⁴³

2) ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง

กรณีนี้สามารถแยกหลักเกณฑ์ได้ ดังนี้

ก) ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด ขอเพียงเป็นการทำให้ผู้ให้ถูกบุคคลอื่นมองว่าไม่ดี ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

ข) หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หมายรวมถึงการดูหมิ่นซึ่งหน้าด้วย¹⁴⁴

ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า ในบางคำพิพากษาศาลฎีกา ก็มักจะมีการใช้ข้อกฎหมายที่รวมกันทั้ง ก) และ ข) เป็นเหตุผลในการวินิจฉัย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1146/2503 จำเลยดำโจทก์ว่า "มีงเนรคุณกู กูไม่นับถือมีง แก่แล้วยังบ้าต๋มหาข่มขืนเด็ก" ต่อหน้าคนหลายคน เช่นนี้ ถือว่าการกระทำของจำเลยเข้าลักษณะเป็นการประพฤติเนรคุณตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(2) แล้ว คือผู้รับได้ทำให้ผู้ให้ เสียชื่อเสียงและหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง โจทก์ย่อมเพิกถอนการให้ได้

¹⁴² ไพทิจิต เอกจริยกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ 229*, น. 354.

¹⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2528 ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า โจทก์ไปบ้านจำเลย แล้วเกิดทะเลาะกับจำเลย จำเลยจับผมโจทก์แล้วกระแทกหน้าโจทก์กับพื้นเป็นแผลแตกที่ได้คางและจำเลยยังบีบคอโจทก์อีกด้วย มีคนเข้าไปห้ามไว้และมีคนพาโจทก์ไปส่งโรงพยาบาล โจทก์รักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล 8 วัน การที่จำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ผู้เป็นมารดา ข่มขืนเป็นการแสดงให้เห็นว่าจำเลยขาดความกตัญญูและประทุษร้ายต่อบุพการีผู้มีพระคุณของตน แม้โจทก์จะได้รับความเจ็บไม่ถึงสาหัสก็ดี ก็ถือว่าจำเลยได้ประพฤติเนรคุณ โดยประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(1) แล้ว โจทก์จึงเรียกถอนการคืนการให้ได้.

¹⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 197/2494 จำเลยดำว่าโจทก์ว่า อ้ายเฒ่าหัวหงอก อ้ายหน้าซ่นดิน ไม่ใช่ธุระของมีง เรื่องของกู ไม่ใช่ไปเอากันบนหัวมีง ดันนี้ได้ชื่อว่าจำเลยประพฤติเนรคุณต่อโจทก์แล้ว พิพากษาให้คืนการให้ที่นำดั่งฟ้องโจทก์

3) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้

กรณีเพิกถอนการให้เพราะเหตุที่สามนี้จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ กล่าวคือ

ก) ผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ทั้งที่สามารถให้ได้

ข) ผู้ให้ต้องอยู่ในฐานะยากไร้

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า เหตุที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้จะเรียกเพิกถอนการให้เพราะเหตุที่จำเลยซึ่งเป็นผู้รับประพฤตินิรคุณตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 (3) นั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้มีความจำเป็นเพราะขาดแคลนปัจจัยในการดำรงชีวิต แล้วผู้ให้ร้องขอความช่วยเหลือจากผู้รับ และผู้รับอยู่ในฐานะที่จะให้ได้โดยไม่เดือดร้อน แล้วผู้รับปฏิเสธที่จะให้¹⁴⁵

หากขาดหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่ง ย่อมไม่ถือเป็นเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หา¹⁴⁶

ตัวอย่างของมาตรา 531(3) เช่น ผู้ให้ป่วยไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาลจึงขอเงินจากผู้รับ แต่ผู้รับไม่ช่วย ทั้งที่อยู่ในฐานะจะให้เงินแก่ผู้ให้ได้ จึงเป็นการประพฤตินิรคุณต่อผู้ให้ อันเป็นเหตุให้มีสิทธิเรียกเพิกถอนการให้จากผู้รับได้¹⁴⁷

จากที่กล่าวเรื่องหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนการให้เพราะเหตุนิรคุณ 3 ประการ นั้นสิทธิในการเรียกเพิกถอนการให้นี้เป็นสิทธิเฉพาะตัว ถ้าผู้ให้ตายก่อนฟ้องคดีแล้วสิทธิในการเพิกถอนการให้ย่อมไม่ตกทอดถึงทายาท ทายาทจะเรียกคืน ทรัพย์สินไม่ได้ เว้นแต่ ผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้ว

¹⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 905/2527

¹⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 301/2551 ข้อเท็จจริงรับฟังได้ในเบื้องต้นว่า ไม่ปรากฏเลยว่าโจทก์เคยขอความช่วยเหลือจากจำเลยและจำเลยอยู่ในฐานะที่จะให้ความช่วยเหลือได้โดยไม่เดือดร้อนแล้วจำเลยปฏิเสธที่จะให้ความช่วยเหลือแต่อย่างใด การที่จำเลยจะขายที่ดินที่โจทก์ยกให้แต่ถูกโจทก์ห้ามปรามจำเลยจึงไปอยู่เสียที่อื่น จนโจทก์ต้องไปอาศัยอยู่กับน้องสาวนั้น จะฟังว่าโจทก์ได้ขอความช่วยเหลือจากจำเลยและจำเลยอยู่ในฐานะที่จะให้ความช่วยเหลือได้โดยไม่เดือดร้อนแล้วจำเลยไม่ช่วยเหลือหาได้ไม่

¹⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2536 เหตุประพฤตินิรคุณที่จำเลยขับไล่โจทก์ออกจากบ้านและบอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นแก่การเลี้ยงชีวิตโจทก์ซึ่งเกิดขึ้นนับถึงวันฟ้องเกินกว่า 6 เดือนย่อมขาดอายุความแต่บทบัญญัติ ป.พ.พ. มาตรา 531(3) มาตรา 533 มิได้กำหนดว่าในชั่วชีวิตของโจทก์จะขอสิ่งจำเป็นเพื่อการเลี้ยงชีวิตจากจำเลยได้เพียงครั้งเดียวการขาดแคลนสิ่งจำเป็นเพื่อเลี้ยงชีวิตย่อมเกิดขึ้นได้ทุกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ โจทก์ย่อมขอสิ่งเหล่านั้นจากจำเลยได้เสมอตามความจำเป็น และจำเลยยังสามารถให้ได้ โจทก์ฟ้องและนำสืบได้ความว่าก่อนฟ้องคดีประมาณ 1 เดือน โจทก์ป่วยไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาลจึงขอเงินจากจำเลยแต่จำเลยไม่ยอมให้โดยจำเลยอยู่ในฐานะจะให้เงินแก่โจทก์ได้ จึงเป็นการประพฤตินิรคุณต่อโจทก์ อันเป็นเหตุให้โจทก์มีสิทธิเรียกเพิกถอนการให้ที่ดินจากจำเลยได้ คดีโจทก์ส่วนนี้ไม่ขาดอายุความ

ก่อนตาย ทายาทก็สามารถเข้ารับมรดกความต่อไปได้ และนอกจากนั้นกฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าทายาทสามารถฟ้องถอนการให้ด้วยตัวเองได้ แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับการให้ได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้รับ การให้ได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ฟ้องถอนการให้ตามมาตรา 532¹⁴⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴⁹

ผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้สามารถเรียกฟ้องถอนการให้ได้ เว้นแต่ ผู้ให้จะได้ให้อภัยแก่ผู้รับในเหตุที่ผู้รับได้ประพฤตินั้นแล้ว ซึ่งในการให้อภัยนั้นต้องเป็นการให้อภัยโดยชัดแจ้งพอที่จะเข้าใจได้ว่าผู้ให้ไม่ถือโทษโกรธเคืองผู้รับการให้อีกต่อไปแต่ไม่จำเป็นต้องให้อภัยไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ทั้งนี้ ทายาทไม่สามารถให้อภัยแทนผู้ให้ได้ เพราะกฎหมายได้กำหนดไว้ถึงเหตุเนรคุณว่า เป็นการกระทำต่อผู้ให้ ดังนั้น ผู้ให้จึงได้รับความเดือดร้อน หรือความเสียหาย ส่วนทายาทซึ่งมิได้รับ ผลของความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรงจึงไม่มีสิทธิที่จะให้อภัยแก่ผู้รับได้ แม้ว่าตนจะเป็นผู้ฟ้องคดีเรียกเอาทรัพย์สินคืนก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ทั้งผู้ให้ก็ดี หรือทายาทผู้ฟ้องคดีก็ดี จะต้องฟ้องคดีภายในหกเดือนนับแต่วันที่ผู้ให้หรือทายาทแล้วแต่กรณีทราบถึงเหตุเนรคุณนั้น แต่กฎหมายห้ามมิให้ฟ้อง เมื่อพ้นกำหนดสิบปีภายหลังจากเหตุเนรคุณนั้นเกิดขึ้น ตามมาตรา 533¹⁵⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2984/2538¹⁵¹ มีหลักในการวินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยประพฤตินेरคุณต่อโจทก์ โจทก์เรียกฟ้องถอนการให้เพราะเหตุจำเลยประพฤตินेरคุณ ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 531 เมื่อจำเลยจำหน่ายที่ดินที่ได้รับไปแล้วบางส่วน โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องถอนการให้เฉพาะส่วนที่ยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยเท่านั้น จำเลยกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทโจทก์อย่างร้ายแรงหลายครั้ง เมื่อระยะเวลาหลังจากจำเลยกล่าวถ้อยคำนั้นถึงวันฟ้องยังไม่เกิน 6 เดือนนับแต่โจทก์ได้ทราบว่าถูกจำเลยประพฤตินेरคุณฟ้องโจทก์จึงไม่ขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 533 วรรคหนึ่ง

¹⁴⁸ มาตรา 532 ทายาทของผู้ให้อาจเรียกฟ้องถอนการให้ได้แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับได้ ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ ได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนการให้

แต่ว่าผู้ให้ได้ให้อภัยไว้แล้วอย่างไรโดยชอบ ทายาทของผู้ให้จะว่าคดีอันนั้นต่อไปก็ได้

¹⁴⁹ ยงยุทธ กาฬกาญจน์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2518), น. 108.

¹⁵⁰ มาตรา 533 เมื่อผู้ให้ได้อภัยแก่ผู้รับในเหตุประพฤตินेरคุณนั้นแล้วก็ดี หรือเมื่อ เวลาได้ล่วงไปแล้วหกเดือนนับแต่เหตุเช่นนั้น ได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะเรียกถอนการให้ได้นั้น ก็ดี ท่านว่าหาอาจจะถอนการให้ไม่ได้

อนึ่งท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาสิบปีภายหลังจากเหตุการณัเช่นว่านั้น

¹⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2984/2538 (สงเสริม.) เล่ม 11, น. 31.

สำหรับการเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณนี้ กฎหมายกำหนดให้ผู้รับส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติว่าด้วยลากมิกวรได้ตามมาตรา 534¹⁵² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการที่ผู้รับได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตและได้ใช้ทรัพย์สินที่ได้รับการให้มาในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการใช้ทรัพย์สินที่ตนมีอำนาจที่จะทำได้ ดังนั้น ในเวลาที่ผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้เรียกคืนทรัพย์สินนั้น ทรัพย์สินที่รับการให้มิได้อยู่เพียงใด ผู้รับการให้มิหน้าที่ส่งทรัพย์สินคืน เพียงนั้น ตามมาตรา 412¹⁵³ และมาตรา 413¹⁵⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดีมิใช่ว่าสัญญาให้ทุกชนิดจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในเรื่องเหตุเนรคุณไปเสียหมด เพราะกฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับสัญญาให้บางชนิดที่ไม่สามารถเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้ ได้แก่ การเพิกถอนการให้ที่ขาดอายุความหรือมีการให้อภัยต่อผู้รับ การให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้, การให้สิ่งที่มีค่าการติดพัน, การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา และการให้ในการสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 535¹⁵⁵

การเพิกถอนการให้ที่ขาดอายุความหรือมีการให้อภัยต่อผู้รับ

ในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น หากมีการให้อภัยในการเนรคุณครั้งนั้นแล้วก็ดี ย่อมไม่อาจที่จะใช้สิทธิเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ อีกทั้งแม้มิได้ให้อภัยกฎหมายยังมีการกำหนดโดยกฎหมายให้ฟ้องภายในหกเดือน กล่าวคือ “มาตรา 533 เมื่อผู้ให้ได้ให้อภัยแก่ผู้รับในเหตุประพฤติเนรคุณนั้นแล้วก็ดี หรือเมื่อเวลาได้ล่วงไปแล้วหกเดือนนับแต่เหตุเช่นนั้น ได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะเพิกถอนการให้ได้นั้นก็ดี ท่านว่าหาอาจจะเพิกถอนการให้ไม่ได้”

อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาสิบปีภายหลังเหตุการณ์เช่นนั้น”

¹⁵² มาตรา 534 เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลากมิกวรได้

¹⁵³ มาตรา 412 ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลากมิกวรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่า ต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลากมิกวรได้เพียงส่วนที่ยังมี อยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

¹⁵⁴ มาตรา 413 เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงิน และ บุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ และมี ต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อ การสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

¹⁵⁵ มาตรา 535 การให้อันจะกล่าวต่อไปนี้ ท่านว่าจะถอนคืนเพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ คือ

- (1) ให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้
- (2) ให้สิ่งที่มีค่าการติดพัน
- (3) ให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา
- (4) ให้ในการสมรส

โดยในมาตราดังกล่าวศาลในประเทศไทยถือว่าเป็นอายุความฟ้องร้องในคดีแพ่ง หากมิได้ใช้สิทธิฟ้องร้องภายในหกเดือนนับแต่เหตุให้ฟ้องได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะฟ้อง การให้ คดีย่อมขาดอายุความ¹⁵⁶

ทั้งนี้ คงเป็นเพราะกฎหมายถือเป็นปรีชาว่าผู้ให้ได้อภัยแก่ผู้รับแล้วนั่นเอง¹⁵⁷

บุคคลที่ต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในอายุความดังกล่าว ต้องเป็นตัวผู้ให้เอง และรวมถึงทายาทหากเข้าเงื่อนไขของกฎหมายมาตรา 532 ที่บัญญัติว่า “มาตรา 532 ทายาทของผู้ให้อาจเรียกให้ถอนคืนการให้ได้แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนคืนการให้

แต่ว่าผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้วอย่างไรโดยชอบ ทายาทของผู้ให้จะว่าคดีอันนั้นต่อไปก็ได้” หมายถึง ทายาทของผู้ให้จะฟ้องให้ถอนคืนการให้ก็ได้แต่เฉพาะเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนคืนการให้เท่านั้น และต้องฟ้องภายในหกเดือนอีกด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่าถ้อยคำว่า “ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ก็ยังไม่มีความชัดเจนที่จะไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติสักเท่าใดนัก เพราะหากกรณีของผู้รับมีเจตนาและทำการฆ่าผู้ให้ แล้วถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกหรือประหารชีวิต ย่อมสามารถปรับเข้ากับมาตรา 532 ได้ไม่ยาก แต่หากเป็นกรณีที่ผู้รับฆ่าผู้ให้ตาย ด้วยเหตุกระทำผิดเพราะความจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67¹⁵⁸ แล้ว ย่อมเป็นที่น่าสังเกตว่าสามารถปรับเข้าได้กับเรื่อง

¹⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2536 เหตุประทุพติเนรคุณที่จำเลยขับไล่โจทก์ออกจากบ้านและบอกรักไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นแก่การเลี้ยงชีวิตโจทก์ซึ่งเกิดขึ้นนับถึงวันฟ้องเกินกว่า 6 เดือนย่อมขาดอายุความ แต่บทบัญญัติ ป.พ.พ. มาตรา 531(3) มาตรา 533 มิได้กำหนดว่าในชั่วชีวิตของโจทก์จะขอสิ่งจำเป็นเพื่อการเลี้ยงชีวิตจากจำเลยได้เพียงครั้งเดียวกรขาดแคลนสิ่งจำเป็นเพื่อเลี้ยงชีวิทย่อมเกิดขึ้นได้ทุกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ โจทก์ย่อมขอสิ่งเหล่านั้นจากจำเลยได้เสมอตามความจำเป็น และจำเลยยังสามารถให้ได้ โจทก์ฟ้องและนำสืบได้ความว่าก่อนฟ้องคดีประมาณ 1 เดือน โจทก์ป่วยไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาลจึงขอเงินจากจำเลยแต่จำเลยไม่ยอมให้โดยจำเลยอยู่ในฐานะจะให้เงินแก่โจทก์ได้ จึงเป็นการประทุพติเนรคุณต่อโจทก์ อันเป็นเหตุให้โจทก์มีสิทธิเรียกฟ้องถอนการให้ที่ดินจากจำเลยได้ คดีโจทก์ส่วนนี้ไม่ขาดอายุความ.

¹⁵⁷ สนันท์กรณ โสคติพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 370.

¹⁵⁸ มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้น โดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ทายาทฟ้องเพิกถอนการให้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะการกระทำความคิดเพราะเหตุจำเป็นนั้น กฎหมายให้ถือว่ามีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหมายถึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

กรณีดังกล่าวนักวิชาการบางท่าน ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำผิดเพราะเหตุจำเป็นนั้น ไม่ถือเป็นการเนรคุณตั้งแต่แรก เพราะกระทำเพราะอยู่ในที่บังคับ และขัดขืนไม่ได้¹⁵⁹ แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักวิชาการทางกฎหมายบางท่านเห็นว่า เมื่อเป็นการประทุษร้ายและเป็นความผิดอาญา ย่อมอยู่ในเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณนี้ได้¹⁶⁰

การให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้

การให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ คือ การให้เป็นเชิงตอบแทนการที่ผู้รับได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้ให้ หรือ ได้ออกแรงกระทำกิจการอันใดให้แก่ผู้ให้ ซึ่งมีลักษณะที่เห็นได้ว่าไม่ใช่การทำให้กันเปล่า ๆ แต่ผู้รับก็ได้กระทำไปโดยไม่คิดค่าจ้าง ผู้ให้จึงให้ทรัพย์สินเป็นบำเหน็จทั้งที่ ความจริงแล้วผู้รับไม่มีสิทธิที่จะได้สินจ้างแต่อย่างใด และผู้ให้ก็ไม่มีหน้าที่จะต้องให้กันตามกฎหมาย¹⁶¹ เพราะไม่ได้มีการตกลงกันไว้ว่าจะต้องให้อะไรตอบแทนกัน

เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้คงมีสาเหตุเนื่องมาจากว่า แม้ผู้ให้จะไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระก็จริง แต่การที่ผู้ให้ให้ทรัพย์สินไปนั้นก็เพื่อเป็นการตอบแทนความมีน้ำใจของผู้รับ ฉะนั้น จึงควรต้องพิจารณาเจตนาในใจของผู้ให้และพฤติการณ์ทั้งหลายที่ปวงด้วยว่าการให้ดังกล่าวเป็นการให้โดยผู้ให้รู้สึกว่ามีหน้าที่ที่จะต้องให้หรือไม่ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้แม้จะมีให้หน้าที่ตามกฎหมายแต่หากเป็นหน้าที่ตามศีลธรรมที่ผู้ให้จะต้องให้ เช่น นาย ก. ให้เงินแก่ผู้ที่เคยมีบุญคุณต่อตน หรือกรณีที่ถูกค่าให้เงินพิเศษแก่พนักงานบริการตามร้านอาหาร พฤติการณ์จึงเข้าใจได้ว่าเป็นการให้โดยผู้ให้รู้สึกว่ามีหน้าที่ในใจ มิใช่จะรู้สึกว่าได้ให้หรือ ไม่ให้ก็ได้เป็นเรื่องที่ ผู้ให้รู้สึกว่ามีบุญคุณต่อตน และศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาในเรื่องทำนองดังกล่าวไว้เช่นเดียวกับในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2540¹⁶² ว่า โจทก์ยกที่ดินเฉพาะส่วนของโจทก์ให้จำเลยเพราะจำเลยได้ชำระหนี้เงินกู้และได้ถอนจำนองที่ดินพิพาทจากธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรซึ่งเป็นหนี้ที่โจทก์ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ของโจทก์ฝ่ายเดียว การที่โจทก์ให้ที่ดินพิพาทแก่

¹⁵⁹ วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), น. 122.

¹⁶⁰ ไพทิจิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 229, น. 394.

¹⁶¹ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), น. 122.

¹⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2540 (สงเสริม.) เล่ม 9, น. 177.

จำเลย จึงเป็นการให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ โจทก์จึงเพิกถอนการให้ไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 535(1)

ดังนั้น เมื่อผู้รับการให้ประพฤตินรคุณต่อผู้ให้ ผู้ให้ก็ไม่สามารถเพิกถอนการให้ได้¹⁶³ เพราะถือเสมือนว่าการให้นั้นเป็นการตอบแทนกันแล้วจึงไม่มี หนี้อะไรค้างกันอีกต่อไป

การให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน

การให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน หมายถึงการให้ที่มีภาระติดมากับตัวทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นก่อนหรือพร้อมกับการทำสัญญาให้ก็ได้ โดยลักษณะของการให้ที่มีค่าภาระติดพัน และภาระติดพันที่ผู้รับการให้จะต้องปฏิบัตินั้นอาจจะเป็นหน้าที่ผู้รับมีหน้าที่ต้องชำระ และนอกจากนี้ที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้รับการให้ได้แล้ว ผู้ให้เองก็อาจมีหนี้ในสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันได้เช่นเดียวกัน เนื่อง จากกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ให้ต้องรับผิดชอบทรัพย์สินที่ให้มีความชำรุดบกพร่องหรือถูกรอนสิทธิ ซึ่งจะขอกกล่าวถึงในส่วนของหน้าที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

เนื่องจากการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันนั้นเป็นการให้ทรัพย์สิน โดยที่ผู้รับการให้จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย แม้ว่าจะไม่เป็นการทำให้ทรัพย์สินของผู้รับที่มีอยู่ก่อนการให้ต้องลดน้อยถอยลงไป แต่จะเห็นได้ว่าเป็นการที่ผู้รับได้รับทรัพย์สินมาโดยต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง มิใช่การได้รับทรัพย์สินมาโดยไม่ต้องกระทำการใด ๆ เลย ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดมิให้นำเหตุเนรคุณมาใช้กับการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันด้วย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1656/2543¹⁶⁴ โจทก์ยกที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยที่ 1 เป็นการตอบแทนที่จำเลยที่ 1 ใถ่ถอนจำนองที่ดินพิพาทให้ จึงเป็นการให้โดยมีค่าภาระติดพัน เมื่อวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวข้างต้นมาแล้ว โจทก์ย่อมไม่มีสิทธิเพิกถอนการให้เพราะเหตุประพฤตินรคุณ เพราะต้องห้ามเพิกถอนการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 535(2)

การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา หมายความว่า การให้โดยผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ แต่มีหน้าที่ตามศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁶⁵ ซึ่งการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยานี้มีลักษณะตรงกับคำว่าชำระหนี้ตามหน้าที่ทางศีลธรรมตามมาตรา 408(3)¹⁶⁶ แห่งประมวล

¹⁶³ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 80*, น. 405.

¹⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1656/2543 (สงเสริม.) เล่ม 5, น. 49.

¹⁶⁵ มนุภาณวิมลศาสตร์, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), น. 55.

¹⁶⁶ มาตรา 408 บุคคลตั้งจะกล่าวต่อไปนี้ไม่มีสิทธิจะได้รับคืนทรัพย์สินคือ...

(3) บุคคลชำระหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม หรือตามควรแก่อัธยาศัยในสมาคม...

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าจะใช้คำที่แตกต่างกัน แต่ในคำแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า Moral Duty ตรงกัน เช่น หน้าที่ขาดอายุความฟ้องร้อง ลูกหนี้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้มีหน้าที่ธรรมจรรยาที่จะใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เพราะลูกหนี้เอาทรัพย์สินของเจ้าหนี้ไปจริง หรือ กรณีที่บิดาทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่บุตรคนโตคนเดียว แต่สั่งด้วยวาจาให้บุตรคนโตปกครองเลี้ยงดูบุตรคนเล็กเมื่อบิดาตายแล้ว บุตรคนโตจึงให้ความอุปการะตามคำสั่งของบิดาดังนี้ จัดเข้าอยู่ในการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ซึ่งอาจจะหมายความถึงความรู้สึกทางใจว่าจะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เขานั้นเอง¹⁶⁷ หรือกรณีที่บิดามารดาให้ทรัพย์สินแก่บุตร เช่น บิดามารดาให้ค่าใช้จ่ายในการศึกษาเล่าเรียนแก่บุตรธิดา¹⁶⁸ อย่างไรก็ดีได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1561/2524 ตัดสินเอาไว้กล่าวคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 156/2524 การที่โจทก์ยกที่ดินให้แก่จำเลยซึ่งเป็นบุตรนั้นเป็นการให้ทรัพย์สินแก่บุตร โดยเสนหามีใช่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา เพราะโจทก์ไม่มีหน้าที่ตามธรรมจรรยาที่จะต้องกระทำเช่นนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3880/2540 โจทก์จดทะเบียนยกที่ดินให้แก่จำเลยผู้เป็นบุตรเพื่อนำไปทำมาหาเลี้ยงชีพนั้น เป็นการให้ทรัพย์สินแก่บุตร โดยเสนหามีใช่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาดังที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 535(3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะโจทก์ไม่มีหน้าที่ตามธรรมจรรยาที่จะต้องกระทำเช่นนั้น การที่จำเลยค่าโจทก์ผู้ให้ซึ่งเป็นบิดาของจำเลยด้วยถ้อยคำว่า"ไอ้เปรต"ไอ้เฒ่าบ้าแก่จะเข้าโลงยังหลงบ้าสมบัติแถมบ้าเมียไม่สมแก่ไอ้หัวล้าน"และด้วยถ้อยคำว่า"ไอ้เปรตไอ้เฒ่าไอ้หัวดอ ตายกับฮี้อคลี่" ต่อหน้าบุคคลอื่น การที่จำเลยค่าโจทก์ด้วยถ้อยคำเช่นนั้นผู้ได้ยินฟังยอมเข้าใจได้ว่าโจทก์เป็นคนไม่ดี บ้าสมบัติบ้าผู้หญิง ถ้อยคำดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงแต่คำหยาบคายและเป็นคำกล่าวที่ไม่สมควรเท่านั้นหากแต่เป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ผู้ให้อย่างร้ายแรง อันถือได้ว่าเป็นการประทุพถุนคุณ โจทก์ยอมจะเรียกเพิกถอนการให้จากจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(2)

เหตุที่ศาลฎีกาตัดสินเช่นนี้คงเป็นเพราะว่าบิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรเท่านั้น แต่ไม่ถึงขนาดต้องยกทรัพย์สินให้เพื่อไปทำมาหาเลี้ยงชีพ ดังนั้น การที่บิดาให้ทรัพย์สินแก่บุตรจึงไม่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเสมอไป ถึงแม้ว่าบิดามารดาจะมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่ต้องเลี้ยงดูบุตรและให้การศึกษาแก่บุตรก็ตาม แต่ผู้ศึกษามีความเห็นว่แท้จริงแล้วกฎหมายก็ได้บัญญัติถึง

¹⁶⁷ ปรีชา สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 267, น. 58 - 59.

¹⁶⁸ อัมพร จันทรวจิตร, *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้* คำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน นายหน้า รับขน และเก็บของในคลังสินค้า, พิมพ์ ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2517) น. 115.

หน้าที่ดังกล่าวของบิดามารดาเอาไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น หากบิดามารดาไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรหรือไม่ให้การศึกษาแก่บุตรในระหว่างที่บุตรเป็นผู้เยาว์แล้ว บุตรก็สามารถฟ้องบังคับตามกฎหมายได้ตามมาตรา 1564¹⁶⁹ และมาตรา 1598/38¹⁷⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การให้ดังกล่าวจึงไม่น่าที่จะเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

การให้ในการสมรส

สำหรับการให้ในการสมรสนี้ใช้กับการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยมีความหมายว่า เป็นการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเนื่องในการสมรส¹⁷¹ และจะต้องเป็นการให้ก่อนหรืออย่างช้าๆ ในขณะที่ผู้รับทำการสมรส ซึ่งเหตุที่กำหนดมิให้การให้ในการสมรสถูกเรียกคืนเพราะเหตุเรณูคุณนั้นเนื่องมาจากสาเหตุที่ว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะป้องกันมิให้มีการเพิกถอนการให้ได้ เพราะอาจทำลายเครื่องคำจูนแห่งครอบครัวที่ตั้งขึ้นใหม่ เนื่องจากการสมรสนี้มิใช่จะเป็นเรื่องการแต่งงานด้วยความสมัครรักใคร่กันระหว่างชายหญิงแต่เพียงอย่างเดียว บางกรณีก็อาจเป็นเรื่องที่ตั้งใจจะแต่งงานกันเพื่อตั้งหลักฐานให้แก่คู่ชายหญิง เพื่อให้มีทุนรอนในการดำรงชีพและการประกอบอาชีพเลี้ยงดูกันสืบไป ประกอบกับเป็นการให้ทรัพย์สินเนื่องในโอกาสพิเศษด้วย ดังนั้น ถ้าให้ทรัพย์สินแก่กันแล้วสามารถเรียกเอากลับคืนได้ ความยากได้ก็จะตกแก่คู่ชายหญิง ซึ่งตามภาษาอังกฤษใช้คำว่าให้เป็นสินจ้างเพื่อการสมรส หรือให้เพื่อให้เกิดการสมรส ซึ่งอาจจะแปลได้ว่าเป็นการให้แต่เฉพาะกรณีที่มีบิดามารดาหรือญาติฝ่ายชายฝ่ายหญิงให้กองทุนกัน แต่ในถ้อยคำภาษาไทยที่ใช้มีความหมายกว้างกว่าเพราะจะหมายความรวมถึงกรณีที่เพื่อนฝูงเอาของขวัญมาให้ในการแต่งงานด้วย¹⁷²

เหตุที่ไม่ปฏิบัติการชำระค่าภาระติดพัน

การให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นการให้ที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งภายหลังจากการที่ตนได้รับทรัพย์สินนั้น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นหนี้หรือไม่ และมีลักษณะที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติอย่างไร หรือการให้ที่มีค่าภาระติดพันก่อให้เกิดหนี้ประการใดขึ้นได้บ้าง ทั้งในแง่ของ

¹⁶⁹ มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่ บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์...

¹⁷⁰ มาตรา 1598/38 ค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีภริยา หรือระหว่างบิดามารดากับ บุตรนั้นย่อมเรียกจากกันได้เมื่อฝ่ายที่ควรได้รับอุปการะเลี้ยงดูไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่ อดภาพ ค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้ศาลอาจให้เพียงใดหรือไม่ให้ก็ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้มีหน้าที่ต้องให้ฐานะของผู้รับและพฤติการณ์แห่งกรณี

¹⁷¹ ยงยุทธ กาฬกาญจน์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 255, น. 109.

¹⁷² เสนีย์ ปราโมช, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 80, น. 406.

ผู้ให้และในแง่ของผู้รับนั้นเป็นปัญหาที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์กันในบทวิเคราะห์ปัญหาต่อไป แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าถ้าหากผู้รับการให้ละเลยไม่ปฏิบัติตามชำระค่าภาระติดพันทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแล้ว ตามลักษณะแห่งสัญญาต่างตอบแทนผู้ให้มีสิทธิที่จะบอกเลิกการให้ และเรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้ แต่การใช้สิทธิเช่นว่านี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาเหมือนลักษณะสัญญาต่างตอบแทนเลยเสียทีเดียวคงเป็นไปได้ เพราะการเลิกสัญญาต่างตอบแทนนั้น เมื่อมีการเลิกสัญญาแล้วก็จะถือเสมือนว่าไม่เคยมีสัญญาเกิดขึ้นเลย คู่กรณีก็จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่สำหรับกรณีการให้โดยเสนหานี้แม้จะมีภาระติดพันให้ผู้รับต้องปฏิบัติตาม แต่ก็การปฏิบัตินั้นมีได้อยู่ในลักษณะของการตอบแทนกันดังที่จะได้กล่าวถึงในบทวิเคราะห์ปัญหา ดังนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันฐานลามิควรได้แต่การเรียกคืนนั้นเรียกได้เพียงเท่าที่ควรจะนำไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น แต่ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนได้¹⁷³ เพราะผู้ให้มีสิทธิใด ๆ ที่จะเรียกเอาค่าภาระติดพันจากผู้รับนั้น ตามมาตรา 528¹⁷⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เหตุที่กำหนดไว้ตามสัญญา

นอกจากเหตุเนรคุณที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้ได้ หรือ เหตุที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันอันเป็นเหตุให้ผู้ให้เรียกเอาทรัพย์สินคืนได้แล้ว ผู้ให้อาจเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ในกรณีที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาให้ว่า ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามใดอย่างหนึ่ง มิฉะนั้นแล้ว ผู้ให้มีสิทธิเพิกถอนการให้ได้ ซึ่งในกรณีนี้หากผู้รับไม่ปฏิบัติตามที่ผู้ให้กำหนดผู้ให้ก็มีสิทธิเพิกถอนการให้ได้ แต่สิทธิดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากข้อสัญญาเท่านั้น¹⁷⁵ เป็นการแสดงให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาสามารถตกลงเงื่อนไขประการใดก็ได้ในสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องเป็นเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินดังเช่นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน หรือเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้รับการให้ต้องจำหน่ายทรัพย์สินที่นำไปยังบุคคลอื่นภายหลังจากที่ตนได้รับการให้แล้วก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า Cuius Est Dare Eius Est Disponere กล่าวคือ ผู้ให้สิ่งของย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดการจำหน่าย สิ่งของนั้น ทั้งนี้เมื่อเป็นของเขา เขาจะให้ด้วยเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ถ้าเงื่อนไขนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัด

¹⁷³ อัมพร จันทรวจิตร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 274*, น. 107.

¹⁷⁴ มาตรา 528 ถ้าทรัพย์สินซึ่งให้นั้นมีค่าภาระติดพัน และผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่า ภาระติดพันนั้น ให้รับ ท่านว่าโดยเงื่อนไขอันระบุไว้ในกรณีสิทธิเลิกสัญญาต่างตอบแทนกันนั้น ผู้ให้จะ เรียกให้ส่งทรัพย์สินที่ให้นั้นคืนตามบทบัญญัติว่าด้วยลามิควรได้นั้นก็ได้ เพียงเท่าที่ควรจะเอา ทรัพย์สินนั้น ไปชำระค่าภาระติดพันนั้น

แต่สิทธิเรียกคืนอันนี้ย่อมเป็นอันขาดไป ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิจะเรียกให้ ชำระค่าภาระติดพันนั้น

¹⁷⁵ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 9*, น. 405.

ประโยชน์สาธารณะ¹⁷⁶ ซึ่งศาลได้เคยมีคำพิพากษาไว้เกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้โดยเสรี ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6136/2539 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติตามที่ศาลชั้นต้นรับฟังมาว่าเดิม โจทก์เป็นเจ้าของรวมในที่พิพาทโฉนดเลขที่ 4208 ตำบลแจระแม อำเภอเมืองอุบลราชธานี จังหวัดอุบลราชธานีวันที่ 8 กันยายน 2508 โจทก์มีหนังสือถึงจำเลยแจ้งว่าโจทก์ยกที่พิพาทให้แก่จำเลยเพื่อให้จำเลยใช้เป็นสถานียขนส่ง ตามเอกสารหมายเลข 2 วันที่ 9 กันยายน 2508 จำเลยว่าจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้างอาคารสถานียขนส่งในที่พิพาทด้วยค่าใช้จ่ายของโจทก์เมื่อก่อสร้างเสร็จกรรมสิทธิ์ในอาคารเป็นของจำเลยโดยให้โจทก์มีสิทธิเก็บผลประโยชน์ในสถานียขนส่งเป็นเวลา 2 ปี ตามเอกสารหมายเลข 3 โจทก์ได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารสถานียขนส่งจนแล้วเสร็จรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดให้ใช้ที่พิพาทเป็นสถานียขนส่งจังหวัดอุบลราชธานีตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2510 เป็นต้นไป ตามเอกสารหมายเลข 4 โจทก์จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้จำเลยเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2511ตามเอกสารหมายเลข 1 ต่อมาวันที่ 18 กันยายน 2530 กระทรวงคมนาคมประกาศยกเลิกสถานียขนส่งผู้โดยสารจังหวัดอุบลราชธานี ตามเอกสารหมายเลข 5 คดีมีปัญหาข้อกฎหมายต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์ว่าเมื่อทางราชการได้ประกาศยกเลิกการเป็นสถานียขนส่งบนที่พิพาทแล้วจะเข้าข้อยกเว้นตามเงื่อนไขในเอกสารหมายเลข 2 โดยถือว่าโจทก์ยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่พิพาทหรือไม่ เมื่อพิเคราะห์ข้อความตามเอกสารหมายเลข 2 ที่ว่า "ที่ดินดังกล่าวนี้ข้าพเจ้ายินดีและตกลงยกให้เทศบาลเมืองอุบลจำนวนเนื้อที่ประมาณ 5 ไร่ เพื่อให้จัดทำเป็นสถานียขนส่งทางบก ผู้ยกให้และผู้รับจะได้ทำการโอนทางทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายโดยเร็วหลังจากกรมขนส่งอนุญาตแล้ว" ซึ่งต่อมาจำเลยได้ว่าจ้างให้โจทก์ก่อสร้างอาคารสถานียขนส่งลงในที่พิพาทตามสัญญาเอกสารหมายเลข 3 โจทก์ได้ดำเนินการก่อสร้างจนแล้วเสร็จในที่สุดรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้มีประกาศกำหนดให้สถานที่ที่โจทก์ก่อสร้างดังกล่าวเป็นสถานียขนส่งจังหวัดอุบลราชธานี ตามประกาศเอกสารหมายเลข 4 ซึ่งลงวันที่ 24 มกราคม 2510 หลังจากนั้นโจทก์ก็ได้จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่จำเลยเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2511ตามเอกสารหมายเลข 1 ดังนี้ถือว่าจำเลยได้ดำเนินการตามขั้นตอนเรื่องการจัดตั้งสถานียขนส่งเรียบร้อยแล้วทั้งเป็นการสอดคล้องกับข้อความที่เจ้าหน้าที่ผู้รับเรื่องราวได้เขียนส่งในมุล่งด้านซ้ายของเอกสารหมายเลข 2 ว่า "คณะเทศมนตรีได้พิจารณาแล้ว รับดำเนินการตามที่ผู้ยกให้ประสงค์ เรื่องราวการจัดสถานี

¹⁷⁶ เกียรติพระพุทธศาสนา พงษ์วารมอญ สุภายิตกัญญา, พิมพ์เป็นที่ระลึกในงาน พระราชทานเพลิงศพพระยาภุชพงษาภักดี สุจิตติ, น. 107

ขนส่งดำเนินการต่อไป" ส่วนการที่กระทรวงคมนาคมประกาศยกเลิกสถานีขนส่งผู้โดยสารจังหวัดอุบลราชธานีเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2530ตามเอกสารหมายเลข 5 นั้น เป็นเรื่องที่ทางราชการเห็นว่าสภาพและสภาวะปัจจุบันไม่เหมาะสมที่จะใช้ที่พิพาทเป็นสถานีขนส่งอีกต่อไปซึ่งไม่มีผลย้อนหลังให้ที่พิพาทซึ่งโจทก์ได้จดทะเบียนโอนเป็นกรรมสิทธิ์แก่จำเลยไปแล้วกลับคืนไปยังโจทก์อีก ที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์นั้นจึงชอบแล้ว

3.3.6 ผลของการเพิกถอนการให้โดยเสนาหาในประเทศไทย

เมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสนาหา ผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้โดยเสนาหาดังกล่าว โดยต้องคืนในฐานะลาภมิควรได้¹⁷⁷ ซึ่งอาจสรุป ข้อมุหมายเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่เป็นลาภมิควรได้ในประเทศไทยดังนี้

ก) หากเป็นกรณีที่ต้องคืนเงิน โดยหลัก คือต้องคืนเต็มจำนวน แต่หากมีการใช้เงินนั้นไปโดยสุจริต จะต้องคืนเฉพาะส่วนที่ยังเหลืออยู่¹⁷⁸ อันเป็นการคุ้มครองผู้ที่สุจริต เมื่อได้ใช้ไปโดยคิดว่าเป็นเงินของตน เมื่อเวลาจะคืนย่อมต้องคุ้มครองผู้ได้รับทรัพย์สินนั้นมาในฐานะลาภมิควรได้¹⁷⁹ โดยการคืนนั้น มีเรื่องที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ถูกเพิกถอนการให้ ได้นำเงินไปซื้อทรัพย์สินอื่นมาแทนเงินที่ได้รับไป ผู้รับการให้ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ถอนคืนหรือไม่ ปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าการคืนนั้น ไม่จำต้องคืนเงินนั้นแบบเคร่งครัด อาจคืนทรัพย์สินอื่นแทนได้¹⁸⁰

ข) หากเป็นกรณีที่ต้องคืนเป็นทรัพย์สินอื่นที่มีใช้เงิน กฎหมายกำหนดให้ผู้รับทรัพย์สินหากสุจริต ก็ให้คืนทรัพย์สินตามที่เป็นอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน¹⁸¹ แต่หากเป็นการคืนทรัพย์สินที่มี

¹⁷⁷ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 534 บัญญัติว่า “เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลาภมิควรได้”

¹⁷⁸ มาตรา 412 ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

¹⁷⁹ พูนศักดิ์ อ้นจำ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 96*, น. 48.

¹⁸⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ลาภมิควรได้,” *สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลาภมิควรได้*, (2537): น. 30.

¹⁸¹ มาตรา 413 เมื่อทรัพย์สินอันจะคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงิน และบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ และมีต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั่งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง

ลักษณะที่พื้นวิสัยจะคืนได้ กฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองผู้สุจริต เช่นเดียวกัน ทั้งนี้มาตรา 414 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“มาตรา 414 ถ้าการคืนทรัพย์สินตกเป็นพื้นวิสัยเพราะสภาพแห่งทรัพย์สินที่ได้รับไว้ นั้นเองก็ดี หรือเพราะเหตุอย่างอื่นก็ดี และบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้น จำต้องคืนลามิควรรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินนั้นไว้โดยสุจริต ท่านว่าต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวน”

นอกจากนี้ หากมีดอกผลเกิดแก่ทรัพย์สินที่เป็นลามิควรรได้ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินไว้ โดยสุจริต ย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ แต่ถ้าผู้ที่ได้รับไว้ จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะทุจริตจำเดิมแต่เวลาที่เรียกคืนนั้น¹⁸²

การใช้หลักลามิควรรได้นั้น จะมีความสุจริต และไม่สุจริต เข้ามาเป็นเงื่อนไข ในการคืนทรัพย์สิน โดยอาจคืนเต็มจำนวนเพราะไม่สุจริต หรือ หรืออาจไม่ต้องคืนเลย เพราะได้ใช้ทรัพย์สินไปโดยสุจริต และเมื่อพิจารณาจากสัญญาให้โดยเสน่หา ซึ่งเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว และต่อมามีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าว ย่อมเกิดปัญหาที่น่าวิเคราะห์ว่า ช่วงเวลาใดของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ที่จะถือว่าผู้รับไม่สุจริต อีกทั้ง ยังมีปัญหาต่อเนื่องไปอีกว่า หากทรัพย์สินให้โดยเสน่หา แล้วถูกฟ้องเพิกถอนดังกล่าว ถูกแปรสภาพทรัพย์สินกลายเป็นอย่างอื่น เช่น ถูกนำไปขายกลายเป็นเงิน หรือแปรสภาพจากเงินเป็นทรัพย์สินอื่น ๆ เช่น ที่ดิน รถ บ้าน เหล่านี้ ทรัพย์สินที่ถูกแปรสภาพไปแล้วนั้น ต้องคืนต่อผู้ให้ หรือไม่ ซึ่งเรื่องดังกล่าว ผู้ศึกษาจะได้กล่าวในบทที่ 4 ต่อไป

3.3.7 บุคคลผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในประเทศไทย

ในเรื่องบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องต่อศาลเพื่อเพิกถอนการให้โดยเสน่หา เมื่อได้พิจารณาจากที่กล่าวในเรื่องหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณ 3 ประการ นั้นสิทธิในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ เป็นสิทธิเฉพาะตัว¹⁸³ หากผู้ให้เป็นผู้ฟ้องคดีเอง ย่อมไม่มีปัญหาใดใด แต่ถ้าผู้ให้ตายก่อนฟ้องคดีแล้ว สิทธิในการฟ้องเพิกถอนการให้ นั้น ย่อมไม่ตกทอดถึงทายาท ทายาทจะเรียกคืน ทรัพย์สินไม่ได้ เว้นแต่ ผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้วก่อนตาย ทายาทก็สามารถเข้ารับมรดกความต่อไปได้ ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 532 วรรคสอง¹⁸⁴

¹⁸² พูนศักดิ์ อ้นขำ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 96*, น. 56.

¹⁸³ สนันท์กรณ โสคติพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 379.

¹⁸⁴ มาตรา 532 วรรคสอง “แต่ถ้าผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้วอย่างไรโดยชอบ ทายาทของผู้ให้จะว่าคดีอันนั้นต่อไปก็ได้”

นอกจากนั้นกฎหมายได้กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ไว้อีกส่วนหนึ่งเป็นข้อยกเว้นว่า ทายาทสามารถฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาด้วยตัวเองได้ หากเป็นกรณีที่ผู้รับการให้ได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้รับการให้ได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้เพิกถอนการให้ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 532¹⁸⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸⁶

โดยเมื่อพิจารณาตามมาตรา 532 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าทายาทของผู้ให้จะฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาด้วยตนเองได้นั้น มีหลักเกณฑ์ คือ

- 1) ผู้รับการให้ได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนา และ
- 2) การฆ่าดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้ศึกษาขออนุญาต ยกตัวอย่างประกอบหลักกฎหมายดังกล่าว เช่น นาย ก ได้ให้บ้านพร้อมที่ดินแก่นาย ข ปรากฏว่าหลังจากนั้น นาย ข ได้ฆ่านาย ก ถึงแก่ความตาย และศาลพิพากษาว่าเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288 ของประมวลกฎหมายอาญา¹⁸⁷ เช่นนี้ ทายาทของนาย ก ย่อมสามารถฟ้องเพิกถอนการให้บ้านพร้อมที่ดินดังกล่าวได้

แต่หากข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวเปลี่ยนไปว่า แม้นาย ข ถูกฟ้องเป็นคดีฆ่าคนตายโดยเจตนา ศาลในคดีอาญากลับพิพากษาว่าเป็นกรณีประมาท เช่นนี้ทายาทฟ้องเพิกถอนการให้ไม่ได้ หรือหากเป็นการที่นาย ข กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68¹⁸⁸ ซึ่งกฎหมายอาญาถือว่าไม่มีความผิด ทายาทของนาย ก ก็ไม่สามารถฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้เช่นเดียวกัน โดยสาเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้ น่าจะมาจากหลักความกตัญญูที่กล่าวมาแล้วว่า เป็นรากฐานของการให้โดยเสน่หา การที่กระทำโดยประมาท ซึ่งเป็นการกระทำมิใช่โดยเจตนา นั้น จะถือเป็นความไม่กตัญญูรู้คุณผู้ให้ คงไม่สามารถตีความแบบนั้นได้ กฎหมายจึงถือเรื่องเจตนาในมาตรานี้เป็นเกณฑ์

¹⁸⁵ มาตรา 532 วรรคหนึ่ง “ทายาทของผู้ให้อาจเรียกให้ถอนคืนการให้ได้แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนคืนการให้”

¹⁸⁶ ขงยุทธ กาฬกาญจน์, *อ่าวแล้ว เจริญรกรกที่* 255, น. 108.

¹⁸⁷ มาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

¹⁸⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้น ไม่มีความผิด

ส่วนการกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยหมาย แม้จะเป็นการกระทำโดยเจตนาก็ตาม แต่เมื่อประมวลกฎหมายอาญาถือว่าไม่มีความผิด แสดงว่าเป็นผู้บริสุทธิ์¹⁸⁹ และย่อมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย ดังนั้น กรณีนี้ ทายาทนาย ก ก็ไม่สามารถฟ้องเพิกถอนการให้ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เรื่อง ทายาทของผู้ให้ฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนหานี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ามิใช่อน่าพิจารณาอย่างยิ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในถ้อยคำว่า “ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้มีความชัดเจนที่จะไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติสักเท่าใดนัก เพราะหากกรณีของผู้รับมีเจตนาและทำการฆ่าผู้ให้ แล้วถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกหรือประหารชีวิต ย่อมสามารถปรับเข้ากับมาตรา 532 ได้ไม่ยากตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่หากเป็นกรณีที่ผู้รับฆ่าผู้ให้ตาย ด้วยเหตุกระทำผิดเพราะความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67¹⁹⁰ ที่บัญญัติว่า “มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

เช่นนี้ จำเป็นต้องวิเคราะห์ว่าสามารถปรับเข้ากับเรื่องทายาทฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนหานี้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะการกระทำความผิดเพราะเหตุจำเป็นนั้น กฎหมายของประเทศไทยให้ถือว่ามีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหมายถึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ผู้ศึกษาจึง ขอนำเสนอเกี่ยวกับวิธีคิดพื้นฐาน ของเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว ดังนี้

ก) แนวความคิดพื้นฐานเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น แม้จะถือว่าเจตนากระทำความผิด แต่ก็เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงบางประการที่จำเป็นต้องทำ ผู้กระทำก็จำต้องตัดสินใจลงมือกระทำความผิด สังคมย่อมไม่สามารถตำหนิผู้กระทำได้ ตามหลักเรื่องการลงโทษผู้กระทำต้องสามารถ

¹⁸⁹ จิตติ ดิงสภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1, (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2555), น. 111.

¹⁹⁰ มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ตำหนิได้ หากตำหนิไม่ได้ จะไปลงโทษ ย่อมไม่ถูกต้องและไม่เหมาะสม อาศัยเงื่อนไขความคิดนี้ สังคมจึงยกเว้นโทษไว้ในกฎหมาย¹⁹¹

รากฐานความคิดอันเป็นเหตุให้ยกเว้นโทษต่อผู้กระทำความผิดเพราะความจำเป็น คือ

- 1) การไม่สามารถตำหนิผู้กระทำได้
- 2) ผู้กระทำมิได้สมัครใจจะกระทำ เพราะไม่มีอำนาจตัดสินใจ อย่างแท้จริง
- 3) การลงโทษบุคคลที่ทำความจำเป็นไม่ได้ก่อประโยชน์แก่สังคม¹⁹²

ดังนั้น แม้ผู้กระทำความผิดเพราะความจำเป็น จะรู้สึกผิดชอบในการกระทำอันเป็นการผิดศีลธรรม(mala in se)¹⁹³ ก็เป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัย¹⁹⁴ และยกเว้นโทษให้แต่ถือว่ายังมีความผิดตามกฎหมาย

ข) หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดเพราะความจำเป็น

หลักเกณฑ์ของมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสามารถสรุปได้ดังนี้

- 1) ผู้กระทำอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือกระทำเพื่อช่วยตนเองหรือช่วยผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
- 2) จำต้องกระทำเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้
- 3) ผู้กระทำไม่ได้สร้างหรือมีส่วนสร้างภัยนั้นขึ้นมา
- 4) ต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ
- 5) ผู้กระทำมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างการกระทำความผิดเพราะความจำเป็น โดยนำเรื่องดังกล่าวมาเชื่อมโยงกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ดังนี้ เช่น นาย ก ได้ใช้ปืนจ่อไปที่นาย ข โดยบังคับให้นาย ข ใช้ปืนยิงไปที่นาย ค ซึ่งนาย ค เคยได้ยกบ้านพร้อมที่ดินให้แก่ นาย ข โดยเสน่หาก่อนแล้ว เช่นนี้ ตามกฎหมายอาญาถือว่า นายแดงกระทำความผิดเพราะความจำเป็น มีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 ปรากฏว่าอีก 1 เดือนต่อมา หากทายาทของนาย ค พ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในที่ดินแปลงดังกล่าวจากนายแดงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 532

¹⁹¹ รมณรัตน์ บุญมี, “ข้อสังเกตบางประการของเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 40, ฉบับที่ 2, น. 324, 326-327, (มิถุนายน 2554).

¹⁹² เรื่องเดียวกัน.

¹⁹³ จิตติ ดิงสภักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 295, น. 849.

¹⁹⁴ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 261.

จากตัวอย่างข้างต้น ย่อมน่าสงสัย อย่างยิ่งว่า การกระทำความผิดเพราะความจำเป็นตามหลักกฎหมายไทยนั้น จะสามารถนำมาใช้เป็นประโยชน์แก่ทายาทฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้หรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ นักวิชาการบางท่าน ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำความผิดเพราะความจำเป็นนั้น ไม่ถือเป็นการเนรคุณตั้งแต่แรก เพราะเป็นการกระทำเนื่องจากอยู่ในที่บังคับ และขัดเงินไม่ได้¹⁹⁵ แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักวิชาการทางกฎหมายบางท่านเห็นว่า เมื่อเป็นการประทุษร้ายและเป็นความผิดอาญา ย่อมอยู่ในเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณนี้ได้¹⁹⁶ และเมื่ออยู่ในเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ เมื่อผู้ให้ถูกผู้รับฆ่าตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทายาทย่อมสามารถฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

ผู้ศึกษาตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำความผิดเพราะความจำเป็นนั้น เนื่องจากเป็นการกระทำโดยรู้สำนึก และในการกระทำนั้นยังผิดศีลธรรม จะถือว่าเป็นความไม่กตัญญูตามกฎหมายที่สามารถฟ้องเพิกถอนการให้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะในทางอาญา ถือเป็นการผิดและเป็นความผิดโดยเจตนาด้วย ส่วนกรณีที่เกิดกฎหมายไม่ลงโทษ คงเป็นเพราะอยู่ในลักษณะที่จำเป็นต้องกระทำไปเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัย

¹⁹⁵ วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), น. 122.

¹⁹⁶ ไพทิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229, น. 394.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ในประเทศไทย

หลักของการให้โดยเสน่หา เมื่อผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้วทรัพย์สินนั้นกรรมสิทธิ์ย่อมตกเป็นของผู้รับการให้โดยเสน่หาโดยสมบูรณ์ และไม่อาจเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ได้ แต่กฎหมายแพ่งของประเทศไทย มีการรับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ เพราะเหตุที่ว่าผู้รับการให้โดยเสน่หาควรที่จะสำนึกบุญคุณผู้ให้โดยเสน่หา เนื่องจากตนไม่ได้ให้ประโยชน์อันใดเพื่อตอบแทนการให้โดยเสน่หาของผู้ให้ ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาที่มีค่าตอบแทน ที่คู่สัญญาไม่สามารถเรียกถอนคืนทรัพย์สินกลับมาได้ เพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ให้ประโยชน์ไว้ตอบแทนเช่นเดียวกัน จึงไม่มีกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยในประเทศไทย สำหรับเหตุที่กฎหมายได้กำหนดให้สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้นั้น มีอยู่ด้วยกันหลายกรณี ตามมาตรา 531 และมาตรา 528 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากพิจารณาโดยละเอียดแล้ว กฎหมายดังกล่าว ยังมีปัญหาหลายประการที่ต้องวิเคราะห์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น ปัญหาการตีความการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา, กระบวนการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา, เงื่อนไขของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา, ความเหมาะสมในการให้มีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา, อายุความและผลกระทบบที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกเมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา โดยอาจแยกพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการความเหมาะสมและการตีความการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

4.1.1 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาโดยหลักแล้วไม่สามารถทำได้ เพราะการให้เป็นการทำให้เปล่าโดยเสน่หา หากไม่ชอบใจกันจริง คงไม่ยกทรัพย์สินให้แก่กัน¹ แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายไทยมีเหตุให้เพิกถอนการให้ได้ในสองกรณีตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

¹ วิชาญ เครื่องงาม, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 327.

ประเด็นเรื่องความเหมาะสมในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรถูกนำมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ ที่จะให้ใช้วิธีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา หรือสมควรที่จะยกเลิกการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ไปเสียเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อมีการให้โดยเสน่หาโดยสมบูรณ์แก่กันแล้ว ผู้ให้จะไม่สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าวได้อีก ซึ่งวิธีคิดแบบนี้ มีใช้อยู่ในบางประเทศด้วยกัน²

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างประเทศอังกฤษ การให้โดยเสน่หาเป็นการโอนทรัพย์สินใด ๆ จากบุคคลหนึ่ง ไปสู่อีกบุคคลหนึ่ง โดยไม่มีค่าตอบแทน หรือไม่ได้รับสินจ้าง (Consideration) ตอบแทน ขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่และมีได้อยู่ในความคาดหวังที่จะตาย โดยผู้โอนมีเจตนาที่จะโอนทรัพย์สินจากผู้ครอบครองทรัพย์สินไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยความเต็มใจ³ ซึ่งสัญญาให้โดยเสน่หาในกฎหมายอังกฤษดังกล่าว แบ่งออกได้เช่นเดียวกันกับการให้ ในกฎหมายโรมัน กล่าวคือ แบ่งการให้ ออกเป็น การให้ที่มีผลระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ (Gifts Inter Vivos) และ การให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิตแล้ว (Gifts Mortis Causa)⁴

การให้โดยเสน่หาตามกฎหมายอังกฤษ เมื่อมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้วไม่อาจจะมีการเพิกถอนการให้ได้ เว้นแต่จะอ้างหลักกฎหมายอย่างอื่น เพื่อให้คืนทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา เช่น ความเป็นโมฆะของการให้โดยเสน่หา หรือมีการสร้างเงื่อนไขในการให้โดยเสน่หา เป็นต้น ดังนั้น หากผู้รับประพฤตินेरคุณต่อผู้ให้ ในกฎหมายอังกฤษ ไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากสัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จสิ้นลงไป ผู้รับจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติสิ่งใดตอบแทนอีก ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 ซึ่งจากหลักกฎหมายอังกฤษดังกล่าว ทำให้เข้าใจโดยสรุปได้ว่า เมื่อการให้สมบูรณ์แล้ว ตามกฎหมายอังกฤษ หากจะเรียกคืนสิ่งที่ให้ต้องอาศัยหลักกฎหมายอื่น เช่น ความเป็นโมฆะ หรืออ้างว่าผู้รับผิดเงื่อนไขในสัญญา ซึ่งวิธีการคืนทรัพย์สิน อายุความในการเรียกคืน ก็ต้องไปอาศัยในหลักกฎหมายนั้น ๆ มิใช่เรื่องการให้โดยเสน่หา

ในประเทศญี่ปุ่น แม้กฎหมายแพ่งจะถูกบัญญัติขึ้นโดยนำเอากฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นแม่แบบ แต่เรื่องการให้โดยเสน่หากลับ ไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้เพราะผู้รับประพฤตินेरคุณได้⁵ ทั้งยังมีการบัญญัติกฎหมายห้าม (Revocation of Gift Not in Writing) เอาไว้ในมาตรา 550 ว่า “สัญญาให้โดยเสน่หานั้น คู่สัญญาไม่อาจกำหนดให้มีการ

² เพิ่งอ้าง.

³ W.F. Frank, *The General Principles of English Law*, (London: Harrap, 1957), p. 147.

⁴ การให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิต (Gifts mortis causa) มีแนวความคิดที่ใกล้เคียงกับ กฎหมายโรมันเป็นอย่างมาก จนแทบจะมีลักษณะเช่นเดียวกัน

⁵ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 322.

เพิกถอนการให้ได้ และแม้มีข้อนี้ในสัญญาก็ตาม ก็ไม่อาจใช้บังคับข้อนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตามย่อมไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา”⁶

การเพิกถอนการให้ของญี่ปุ่นจึงมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายของอังกฤษ คือเมื่อสัญญาให้มีความสมบูรณ์แล้ว แม้ผู้รับจะประพฤติดื้อต่อผู้ให้เพียงใดก็ตาม ผู้ให้ก็ไม่สามารถเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้ โดยหากผู้ให้ต้องการทรัพย์สินที่ให้กลับคืน ผู้ให้จำต้องอ้างหลักกฎหมายด้วยเหตุประการอื่น เช่น ความสมบูรณ์ของสัญญา กลั่นถอล เป็นต้น⁷

การไม่ยอมนำการเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณมาใช้บังคับ มีนักวิชาการต่างประเทศให้ความเห็นว่า เป็นเพราะขนบจารีตของญี่ปุ่นมองว่าเมื่อการให้ได้อิทธิพลสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้ว เทียบได้กับการทำสัญญาซื้อขาย ไม่สามารถเรียกคืนได้ด้วยเหตุเนรคุณนั่นเอง ทำให้ประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้นำหลักกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ มาบัญญัติใช้ในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น⁸

ส่วนในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้รับแนวความคิดจากกฎหมายโรมัน มีแนวความคิดที่ให้มีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ แม้รายละเอียดในเงื่อนไขแห่งการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้จะแตกต่างกันบ้าง ซึ่งเป็นเพราะเนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการให้โดยเสน่หา หรือสัญญาให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระยะเวลาในการร่างกฎหมายอย่างเร่งรีบจึงยังมีความไม่สมบูรณ์ ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับกับการให้โดยเสน่หาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งในการร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวได้ใช้ระยะเวลาที่เนิ่นนาน ละเอียดรอบคอบในการร่างกฎหมาย อันทำให้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความสมบูรณ์กว่าและยังมีการพัฒนาเป็นแนวความคิดที่เป็นนามธรรมในลักษณะทางวิชาการขั้นสูงกว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แนวความคิดเรื่องการเพิกถอนการให้ก็จึงแตกต่างกันในรายละเอียด⁹

สำหรับประเทศไทยได้มีการรับเอาแนวความคิดเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา เมื่อมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้เอง ซึ่งกรณีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น

⁶ Article 550 Gifts not in writing may be revoked by either party; provided, however, that this shall not apply to any portion of the gift for which performance has been completed.

⁷ Japan Federation of Bar Associations. Duties of the Japan Legal Support Center and the JFBA. Retrieved on 29 July 2015, p. 125.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

ที่ประชุมร่างกฎหมายเห็นควรให้ยกเว้นตามแบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 955¹⁰ ซึ่งได้บัญญัติรวมไว้เป็นมาตราเดียวกัน ในการกำหนดว่าใครมีสิทธิในการฟ้องเรียกคืนได้บ้าง และผู้รับมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนในกรณีใดบ้าง ทั้งนี้ ที่ประชุมยังให้นำเอาหลักเรื่องความกตัญญู ที่หมายถึงการที่จะต้องรู้บุญคุณของผู้ให้โดยเสน่หามาใช้บังคับกับการให้ในกฎหมายไทยด้วย¹¹ ซึ่งในส่วนของเรื่องกตัญญูนี้ผู้ร่างเห็นว่า การให้ของไทยเป็น Personal Consideration ระหว่างผู้ให้กับผู้รับเท่านั้น ดังนั้นการที่ผู้รับประพฤติเนรคุณหรือประพฤติอกตัญญูต่อผู้ให้แล้วก็น่าจะเป็นสิทธิเฉพาะของผู้ให้ เท่านั้นที่จะเรียกทรัพย์สินนั้นคืนได้¹²

เรื่องความกตัญญูนี้ แม้แต่คำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก็เคยพิพากษาว่า เป็นหลักของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา โดยศาลฎีกาให้หลักว่า การขาดความกตัญญูย่อมถือว่าประพฤติเนรคุณ ย่อมสามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้¹³

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้ศึกษามีความเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ในเมื่อมีการรับเอาแนวคิดของกฎหมายโรมันและมีการนำมาผสมผสานกับหลักจารีตของไทยที่มีแนวความคิดว่า ผู้รับจะต้องกตัญญูแก่ผู้มีพระคุณแล้ว ย่อมสมควรคงบทบัญญัติมาตราเรื่องการเพิกถอนให้โดยเสน่หานี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเห็นสมควรให้มีหลักการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าว แต่ถ้อยคำในกฎหมายก็ยังคงมีปัญหาเรื่องการตีความ ดังที่จะกล่าวใน 4.1.2 และ 4.1.3 ดังนั้น ควรมีการศึกษาและสร้างความชัดเจนของกฎหมาย เพื่อให้การบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

4.1.2 การตีความคำว่า “ประทุษร้าย”

การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาตามที่ได้อธิบายแนวความคิดพื้นฐานไว้ในบทที่ 2 และเปรียบเทียบเนื้อหาระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ ในบทที่ 3 นั้น แสดงให้เห็นถึงหลักแนวความคิดที่ว่า ผู้รับต้องมีความสำนึกบุญคุณของผู้ให้โดย

¹⁰ Article 955 A donation inter vivos can only be revoked for ingratitude in the following cases: 1. If the donee has sought to take the life of the donor; 2. If he has been guilty towards him of cruelty, felonies, or of serious wrongs, 3. If he refuses to grant him nourishment

¹¹ สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 52, น. 1307.

¹² สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (21 มิถุนายน 2467), น. 1315-1316.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกา 412/2528

เส่นหา แม้ผู้ให้โดยเส่นหาจะมีได้ต้องการสิ่งตอบแทนก็ตาม อันอาจกล่าวว่าเป็นไปตาม ขนบธรรมเนียมศีลธรรมที่มีอยู่ในประเทศไทยด้วยส่วนหนึ่ง

โดยหากพิจารณาตามกฎหมายไทย การเพิกถอนการให้โดยเส่นหา มีอยู่ด้วยกัน 2 กรณี คือ การเพิกถอนการให้โดยเส่นหาเพราะเหตุเนรคุณ และการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เพราะผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพัน ซึ่ง 2 กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่สามารถ นำเรื่องหลักการบอกเลิกสัญญา¹⁴ที่เป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับได้¹⁵

ในประเทศไทยสำหรับเหตุเนรคุณที่กฎหมายได้กำหนดให้มีด้วยกัน 3 เหตุ โดยอยู่ใน สัญญาให้โดยเส่นหาตามมาตรา 531 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 531 อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณนั้น ท่านว่า อาจเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมาย อาญา หรือ

(2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ

(3) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้ และผู้รับยังสามารถจะให้ได้”

ผู้ศึกษามีความเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวว่า การที่มาตรา 531 บัญญัติ เกี่ยวกับเหตุเพิกถอนการให้โดยเส่นหาเพราะเหตุเนรคุณไว้ดังกล่าว มีหลายส่วนด้วยกันในมาตรานี้ ที่เกิดปัญหาด้านการตีความกฎหมาย ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายเกิดความไม่ชัดเจน จนอาจทำให้อาจเกิดความสับสนจากผู้ใช้กฎหมายเอง และผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำไปและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะขอใช้คืน ท่านให้ทำได้ ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

¹⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), น. 90.

ปัญหาการตีความการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณในประเทศไทยสามารถแบ่งแยกในแต่ละถ้อยคำดังต่อไปนี้

ในมาตรา 531(1) ได้บัญญัติเหตุเพิกถอนการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ ประการแรกว่า “ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา”

คำว่า “ประทุษร้าย” ในส่วนนี้ ในทางกฎหมายสามารถตีความได้อย่างหลากหลาย เช่น ประทุษร้ายแก่ร่างกาย แก่ชีวิต แก่ทรัพย์สิน หรือแก่ชื่อเสียง ทั้งนี้ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้ว่า หมายถึง “การทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ” ซึ่งถ้าถือตามพจนานุกรมดังกล่าว หากผู้รับการให้ ทำการทำร้ายร่างกายก็ดี หรือทำอันตรายแก่จิตใจ เช่น วางยาสลบจนผู้ให้หมดสติก็¹⁶ ย่อมสามารถเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณนี้ได้

แต่ในทางวิชาการมีนักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นคำว่า “ประทุษร้าย” นี้ไว้แตกต่างกัน เช่น

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม¹⁷ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ประทุษร้าย” ว่า มิได้หมายถึงการให้ความหมายพิเศษอย่างคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6)¹⁸ แต่อย่างไรก็ตาม น่าจะหมายถึง การกระทำความผิด ซึ่งหมายความรวมถึง การงดเว้นการกระทำความผิดด้วย เพราะในฉบับภาษาอังกฤษซึ่งเป็นต้นร่างใช้คำว่า “Committed a Serious Criminal Offence” ซึ่งมีความหมายกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงการกระทำโดยประมาทอันเป็นความผิดอาญาคด้วย

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3269/2531 ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยกับพวกใช้สารพิษโนบาร์บิทัลซึ่งเป็นยากดประสาทอย่างแรงใส่ลงในกาแฟให้ผู้เสียหายดื่ม เมื่อผู้เสียหายดื่มแล้วสิ้นสติไปแทบจะทันทีและไปพื่นคืนสติที่โรงพยาบาลหลังจากเวลาผ่านไปประมาณ 12 ชั่วโมงแม้ผู้เสียหายจะไม่ได้รับอันตรายแก่กายอย่างหนึ่งอย่างใดก็ถือได้ว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 339 วรรคสาม

¹⁷ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 329.

¹⁸ มาตรา 1(6) “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์¹⁹ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ประทุษร้าย” ว่า จะต้องเป็นการประทุษร้ายโดยเจตนาแก่ร่างกาย หากเป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์สิน ย่อมไม่อาจใช้มาตรานี้ได้

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์²⁰ ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ประทุษร้าย” ว่าการประทุษร้ายต้องมีเจตนา และอยู่ในความหมายของการประทุษร้ายแก่กายอย่าง สิ้นสุด ส่วนการประทุษร้ายต่อจิตใจ หรือต่อทรัพย์สินน่าจะอยู่ห่างไกล จากการเนรคุณต่อผู้ให้โดย เสน่หา

รองศาสตราจารย์ สุวิทย์ นิ่มน้อย²¹ ถึงกับให้ความเห็นว่า คำว่า “ประทุษร้าย” เมื่อ กฎหมายบัญญัติโดยมิได้ระบุว่าเป็นการประทุษร้ายแบบใด ย่อมอาจหมายถึง ประทุษร้ายต่อทรัพย์สิน ร่างกาย ชีวิต หรืออื่น ๆ ก็ได้

ความเห็นของผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มีความเห็นใน รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 21 มิถุนายน พุทธศักราช 2467 ว่า ความผิดที่เกิดขึ้น ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเกิดจากเจตนา สามารถฟ้องเพิกถอนได้เสมอ²²

ส่วนในประเทศไทย คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ก็ยังไม่ชัดเจนสักเท่าใด นัก จะมีก็แต่เพียงยืนยันว่า การประทุษร้ายแก่กายโดยเจตนาเป็นอันประทุษร้ายตามมาตรา 531(1) นี้ แล้ว เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2528 ศาลได้วินิจฉัยว่า การทำร้ายร่างกายผู้ให้ซึ่งเป็นมารดา ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่าขาดความกตัญญู และประทุษร้ายต่อบุพการี ผู้มีพระคุณของตน แม้จะ ได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสก็ดี ก็ถือได้ว่าประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(1) แล้ว สามารถเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้²³

เรื่องดังกล่าวหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 530 ตามที่กล่าวในบทที่ 3 ซึ่งกำหนดว่า “หากผู้รับได้ทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของ

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์ และชล ธีรกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 94*, น. 316.

²⁰ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 400.

²¹ สุวิทย์ นิ่มน้อย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 245*, น. 155.

²² สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (21 มิถุนายน 2467), น. 1315-1316.

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2528 การที่จำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ผู้เป็นมารดาจนได้รับอันตรายแก่กาย ย่อมเป็นการแสดงว่าจำเลยขาดความกตัญญู แม้โจทก์จะได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสก็ถือได้ว่าจำเลยได้ประพฤติ เนรคุณ โดยประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(1) แล้ว โจทก์จึงเพิกถอนการให้ได้

ผู้ให้ หรือได้กระทำการอันเป็นการโหดร้ายทารุณต่อผู้ให้” ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความชัดเจนกว่าการเพิกถอนการให้ของประเทศไทยในคำว่า “ประทุษร้าย” ตรงจุดที่ว่าการทำอันตรายร้ายแรง ต้องทำต่อชีวิตและร่างกายของผู้ให้เท่านั้น หากไปกระทำอันตรายต่อทรัพย์สิน ย่อมไม่อาจปรับใช้เรื่องการเพิกถอนการให้ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังขาดความชัดเจนในเรื่องการทำอันตราย จะสามารถตีความไปถึงการทำอันตรายผู้ให้โดยประมาทหรือไม่ ซึ่งสาเหตุที่กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดเช่นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการต้องการให้มีความยืดหยุ่นที่ไม่เคร่งครัดจนเกินไป อันจะเป็นผลดีในการที่ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตีความให้เหมาะสมความร้ายแรงของการกระทำของผู้รับที่มีต่อผู้ให้ เพราะในบางกรณีก็อาจเห็นได้ว่า การกระทำโดยประมาท อาจมีความร้ายแรงกว่าการกระทำโดยเจตนาก็ได้ เช่น หากผู้รับประมาทเป็นเหตุให้ผู้ให้ถึงแก่ความตาย โทษย่อมจะร้ายแรงกว่าการที่ผู้รับทำอันตรายแก่กายผู้ให้โดยเจตนา ซึ่งผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะความประมาทนั้น เป็นความผิดที่กระทำโดยไม่มีเจตนา ความไม่เจตนา ย่อมไม่อาจตีความได้ว่าผู้รับ ไม่กตัญญูรู้คุณผู้ให้แต่อย่างใด

ส่วนหากเปรียบเทียบเรื่องดังกล่าวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามที่กล่าวในบทที่ 3 ผู้ศึกษาเห็นว่า ก่อนข้างมีความชัดเจนและตอบปัญหาเรื่องดังกล่าวได้ เพราะในกฎหมายเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ใช้คำว่า พยายามฆ่า หรือกระทำความผิดอาญารุนแรง หรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณ ซึ่งมีการบัญญัติที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศไทยเป็นอย่างมาก และในเรื่องดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กลับมีการสร้างความชัดเจนในการตีความได้มากกว่าประเทศไทย ทั้งนี้ เพราะสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการขยายความคำว่า “การกระทำความผิดอาญารุนแรง” ว่า หากเป็นการกระทำที่ศาลพิพากษาให้ได้รับโทษทางอาญา และผู้ให้ได้รับความเสียหาย และมีลักษณะไม่ชื้อสตัย ย่อมถือเป็นการกระทำความผิดอาญาที่รุนแรง ต่อผู้ให้ ฉะนั้น กฎหมายเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การกระทำความผิดอาญารุนแรงต่อผู้ให้ แม้จะเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาท แม้จะกระทำต่อชีวิตร่างกาย หรือกระทำต่อทรัพย์สิน ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการมีความร้ายแรง ก็ย่อมสามารถฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้

จากความเห็นทางวิชาการข้างต้น คำพิพากษาศาลฎีกา และเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ผู้ศึกษาก็มีความเห็นไปในแนวทางที่ว่า การประทุษร้ายจากผู้รับที่มีต่อผู้ให้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการประทุษร้ายแก่กายแต่อย่างใด อาจเป็นการประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน หรือแก่ชื่อเสียงก็ได้ แต่ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาตามกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพราะตามหลักความกตัญญูที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 และบทที่ 2 อันเป็นรากฐานความคิดของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา นั้น การประทุษร้ายโดยประมาท ย่อมเป็นการกระทำมิใช่โดยเจตนา

และผู้ศึกษาก็เห็นว่าการประทุษร้ายอันกฎหมายบังคับให้อยู่ในขอบเขตของคำว่า “ร้ายแรง” นี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 531(2) นั้น การทำให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาท มีความรุนแรงน้อยกว่า ความผิดต่อทรัพย์สินบางประเภทเสียอีก แต่สามารถฟ้องได้ จึงควรตีความ (1) นี้ ให้สอดคล้องกัน โดยกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างที่ดีในการสร้างความชัดเจนของการตีความและบังคับใช้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4.1.3 การตีความคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง”

ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง เป็นความผิดลักษณะใด และครอบคลุมความหมายกว้างขวางเพียงใดเป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเป็นอย่างมาก เพราะในกฎหมายแพ่งของไทยเองก็มิได้มีการนิยามความหมายของความผิดอาญาอย่างร้ายแรงเอาไว้

โดยหากพิจารณาจากการแบ่งระดับความร้ายแรงในกฎหมายอาญา ก็มักแบ่งประเภทของกฎหมายอาญาออกเป็นรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

การแบ่งโทษทางอาญา ที่อาศัยความหนักเบาของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยแบ่งเป็นความผิดที่เป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งมีโทษเบา ได้แก่ ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁴ กับความผิดที่มีโทษสูงกว่าลหุโทษ²⁵

หรืออาจเป็นการแบ่งโทษทางอาญา ด้วยวิธีการดำเนินคดีอาญา ที่สามารถยอมความได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ตามมาตรา 333 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ส่วนความผิดอาญาที่ยอมความไม่ได้ เรียกว่า “อาญาแผ่นดิน” เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย เป็นต้น

ส่วนการให้คำนิยามคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” ในกฎหมายอื่นดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 กล่าวคือในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ได้กำหนดว่า “ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น²⁶ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าหากจะนำมาใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ว่าด้วยเรื่องการฟ้องการให้โดยเสนาหา คู่จะไม่เหมาะสมนัก ทั้งนี้ เพราะกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102

²⁵ เกียรติขจร วณะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จักราช, 2542), น. 1.

²⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 3

การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมดังกล่าว ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาเรื่องการไม่สามารถดำเนินคดีกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ อันเป็นการดำเนินคดีอาญา ซึ่งต้องมีความเคร่งครัด และมีความชัดเจน ตามหลักการตีความกฎหมายอาญา²⁷

ส่วนกฎหมายว่าด้วยการเปิดถอนการให้โดยเสน่หาของไทย เป็นกฎหมายแพ่งที่ถูกระบุบัญญัติขึ้นมาเพื่อต้องการให้ผู้รับมีความกตัญญูรู้คุณแก่ผู้ให้ ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 1 และบทที่ 2 ดังนั้น หากกระบวนนิยามความรับผิดอาญาอย่างร้ายแรง จนมีความเคร่งครัดมากจนเกินไปก็อาจทำให้กฎหมายแพ่งไม่มีความยืดหยุ่น ไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในบางกรณีที่มีลักษณะร้ายแรง แต่โทษทางอาญามีได้สูงมากนัก

ผู้ศึกษาขออนุญาตยกตัวอย่างประกอบความเห็นของผู้ศึกษา เช่น นาย ก ได้ให้รถยนต์ราคาหนึ่งแสนบาท แก่ นาย ข ซึ่งเป็นบุตร และยังให้ครอบครองทรัพย์สินสมบัติราคาหลายร้อยล้านบาทของนาย ก อีกด้วย ปรากฏว่าหลังจากนั้น นาย ข ได้ยักยอกเอาทรัพย์สินราคาหลายร้อยล้านบาทของนาย ก ทั้งหมด ซึ่งเป็นความผิดฐานยักยอกทรัพย์ ซึ่งอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี เช่นนี้ แม้เป็นความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูง แต่ความรู้สึกของสังคมทั่วไป ย่อมรู้สึกได้ว่า การกระทำแบบนี้มีความร้ายแรง อันมีลักษณะไม่กตัญญูรู้คุณผู้ให้โดยเสน่หา ประกอบกับความรับผิดทางอาญามีความซับซ้อนหลากหลายฐานความผิดในปัจจุบัน ที่เป็นการสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ให้ เช่นเดียวกัน เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาไม่ว่าจะแบ่งประเภทของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับโทษ หรือกำหนดนิยามของความรับผิดอาญาอย่างร้ายแรงในรูปแบบใด ผู้ศึกษาก็ยังเห็นว่ายังไม่สามารถแยกแยะว่าความผิดอาญาอย่างไร ถือว่าร้ายแรง หรืออย่างไรถือว่าไม่ร้ายแรง อันจะนำมาใช้กับกรณีของมาตรา 531(1) ได้

ปัญหาดังกล่าวเกิดการให้ความเห็นทางวิชาการที่หลากหลาย เช่น นักวิชาการทางกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ต้องถึงขั้นประทุษร้ายร่างกายผู้ให้จนถึงอันตรายสาหัส²⁸ กล่าวคือ ต้องประทุษร้ายถึงขั้น

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียงานประสาท
- (2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว

²⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 94*, น. 78.

²⁸ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น. 372.

- (5) แท้งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวันหรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน

แต่การใช้กฎหมายของศาลฎีกากลับวางบรรทัดฐานว่า “แม้ไม่อันตรายสาหัส ก็ถือเป็น การประพฤตินรคุณ สามารถเพิกถอนการให้” ดังได้กล่าวไว้แล้วในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2528 ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นคล้ายตามกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีลักษณะการให้กฎหมายที่ สามารถยืดหยุ่น และปรับใช้ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ เพียงแต่คำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าว ก็มีได้ให้บรรทัดฐานที่ชัดเจนพอ ที่จะบอกน้ำหนักความร้ายแรงของโทษทางอาญาที่จะ นำมาปรับใช้กับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

จากประเด็นความไม่ชัดเจนของ คำว่า “ประทุษร้าย” และความไม่ชัดเจนของ “ความผิด อาญาร้ายแรง” ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าความเห็นของนักวิชาการทางกฎหมายก็ดี คำพิพากษา ของศาลก็ดี ไม่ตรงกัน และตีความต่างกันออกไป อันจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเพิกถอนการให้ โดยเสน่หาขึ้น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกลับคืนมายังผู้ให้โดยเสน่หาอาจไม่มีความเหมาะสม เพราะมีปัญหาในการตีความ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าหากมาตรานี้ได้มีการแก้ไขเสียใหม่ให้ถ้อยคำมีความ ชัดเจนแน่นอน ก็จะเป็นผลดีต่อผู้ให้กฎหมายต่อไปในอนาคต

4.2 ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา

ในการเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น ดังที่กล่าวในบทที่ 3 ว่าหากผู้ให้มีการให้อภัยใน การเนรคุณของผู้รับแล้วก็ดี ย่อมไม่อาจที่จะใช้สิทธิเพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ อีกทั้งแม้มิได้ให้อภัยกฎหมายยังมีการกำหนดให้ฟ้องภายในหกเดือน กล่าวคือ มาตรา 533 บัญญัติว่า “เมื่อผู้ให้ได้ให้อภัยแก่ผู้รับในเหตุประพฤตินรคุณนั้นแล้วก็ดี หรือเมื่อเวลาได้ล่วงไปแล้วหกเดือนนับแต่เหตุ เช่นนั้น ได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะเรียกคืนการให้ได้นั้นก็ดี ท่านว่าหาอาจจะถอนคืนการให้ ได้ไม่

อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาสิบปีภายหลังเหตุการณ์เช่นนั้น”

โดยในมาตราดังกล่าวศาลในประเทศไทยถือเป็นที่น่าพอใจแล้วว่าเป็นอายุความ ฟ้องร้องในคดีแพ่ง หากมิได้ใช้สิทธิฟ้องร้องภายในหกเดือนนับแต่เหตุให้เพิกถอนได้ทราบถึง

บุคคลผู้ชอบที่จะเรียกเพิกถอนการให้ คดียอมขาดอายุความ²⁹ ทั้งนี้ คงเป็นเพราะกฎหมายถือเป็นปริยายว่าผู้ให้ได้อภัยแก่ผู้รับแล้วนั่นเอง³⁰

บุคคลที่ต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในอายุความดังกล่าว หากเป็นตัวผู้ให้เอง ย่อมไม่มีปัญหาแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีของทายาทที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 532 ที่บัญญัติว่า

“ทายาทของผู้ให้อาจเรียกให้ถอนคืนการให้ได้แต่เฉพาะในเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้ถอนคืนการให้

แต่ว่าผู้ให้ได้ฟ้องคดีไว้แล้วอย่างใดโดยชอบ ทายาทของผู้ให้จะว่าคดีอันนั้นต่อไปก็ได้”

ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ความหมายของมาตราดังกล่าว หมายถึงทายาทของผู้ให้จะฟ้องให้เพิกถอนการให้ก็แต่เฉพาะเหตุที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือได้กีดกันผู้ให้ไว้มิให้เพิกถอนการให้เท่านั้น และยังคงต้องฟ้องภายในหกเดือนอีกด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้อยคำว่า “ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย” อาจมีปัญหาที่จะไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เพราะหากกรณีของผู้รับมีเจตนาและทำการฆ่าผู้ให้แล้วถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกหรือประหารชีวิต ย่อมสามารถปรับเข้ากับมาตรา 532 ได้ไม่ยาก แต่หากเป็นกรณีที่ผู้รับฆ่าผู้ให้ตาย ด้วยเหตุกระทำผิดเพราะความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67³¹ ที่บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิด แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้น ย่อมเป็นที่น่าสังเกตว่าสามารถปรับเข้าได้กับเรื่องทายาทฟ้องเพิกถอนการให้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะการกระทำ

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2536 เหตุประพตดิเนรคุณที่จำเลยขับไล่โจทก์ออกจากบ้านและบอกรับไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นแก่การเลี้ยงชีวิต โจทก์ซึ่งเกิดขึ้นนับถึงวันฟ้องเกินกว่า 6 เดือนยอมขาดอายุความ แต่บทบัญญัติ มาตรา 531(3) มาตรา 533 มิได้กำหนดว่าในชั่วชีวิตของโจทก์จะขอสิ่งจำเป็นเพื่อการเลี้ยงชีวิตจากจำเลยได้เพียงครั้งเดียวการขาดแคลนสิ่งจำเป็นเพื่อเลี้ยงชีวิตย่อมเกิดขึ้นได้ทุกขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ โจทก์ยอมขอสิ่งเหล่านั้นจากจำเลยได้เสมอตามความจำเป็น และจำเลยยังสามารถให้ได้ โจทก์ฟ้องและนำสืบได้ความว่าก่อนฟ้องคดีประมาณ 1 เดือน โจทก์ป่วยไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาลจึงขอเงินจากจำเลยแต่จำเลยไม่ยอมให้โดยจำเลยอยู่ในฐานะจะให้เงินแก่โจทก์ได้ จึงเป็นการประพตดิเนรคุณต่อโจทก์ อันเป็นเหตุให้โจทก์มีสิทธิเพิกถอนการให้ที่ดินจากจำเลยได้ คดีโจทก์ส่วนนี้ไม่ขาดอายุความ.

³⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 370.

³¹ มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นคนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ความผิดเพราะเหตุจำเป็นนั้น กฎหมายให้ถือว่ามีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหมายถึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ในบทที่ 3

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว โดยนำเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นมาเชื่อมโยงกับการฟ้องอาญาให้โดยเสน่หา เช่น นายคำ ได้ใช้ปืนจ่อไปที่นายแดง โดยบังคับให้นายแดง ใช้ปืนยิงไปที่นายขาว ซึ่งนายขาวเคยได้ยกที่ดินให้แก่แดงโดยเสน่หามาก่อนแล้ว เช่นนี้ ตามกฎหมายอาญาถือว่า นายแดงกระทำความผิดเพราะความจำเป็น มีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 ปรากฏว่าอีก 1 เดือนต่อมา หากทายาทของนายขาวฟ้องฟ้องฟ้องการให้โดยเสน่หาในที่ดินแปลงดังกล่าวจากนายแดงตามมาตรา 532 นี้จะทำได้หรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้ นักวิชาการบางท่าน ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำความผิดเพราะความจำเป็นนั้น ไม่ถือเป็นการเนรคุณตั้งแต่แรก เพราะกระทำเนื่องจากอยู่ในที่บังคับ และขัดขืนไม่ได้³² แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักวิชาการทางกฎหมายบางท่านเห็นว่า เมื่อเป็นการประทุษร้ายและเป็นความผิดอาญา ย่อมอยู่ในเหตุฟ้องการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณนี้ได้³³ และเมื่ออยู่ในเหตุฟ้องการให้โดยเสน่หาเพราะเหตุเนรคุณ เมื่อผู้ให้ถูกผู้รับฆ่าตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทายาทย่อมฟ้องฟ้องการให้โดยเสน่หาจากผู้รับได้

ผู้ศึกษามีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวว่าการกระทำความผิดเพราะความจำเป็น ตามที่ได้กล่าวในบทที่ 3 ถือนั้น แม้จะถือว่าเจตนากระทำความผิด แต่ก็เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงบางประการที่จำเป็นต้องทำ จำต้องลงมือกระทำความผิด สังคมย่อมไม่สามารถตำหนิผู้กระทำได้ตามหลักเรื่องการลงโทษผู้กระทำต้องสามารถตำหนิได้ เมื่อไม่อาจตำหนิได้ตามหลักวิชาการแล้ว จะถือเป็นการเนรคุณตามกฎหมายที่สามารถฟ้องฟ้องการให้คงไม่สมเหตุผล

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาก็ขอเสนอความคิดเห็นว่า หากนำรากฐานทางกฎหมายว่าด้วยการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ประเทศไทยใช้เป็นต้นร่าง และมีความคล้ายคลึงในบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เรื่องสัญญาให้หลายมาตรานั้น เรื่องนี้กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการสร้างหลักกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องการฟ้องฟ้องการให้โดยเสน่หาตั้งแต่ต้น ดังที่ได้กล่าวในกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาที่รุนแรง กระทำการอันโหดร้ายทารุณ อันจะเป็นเหตุให้ฟ้องฟ้องการให้โดยเสน่หาได้นั้น ต้องเป็นการกระทำความผิดอาญาที่รุนแรงหรือกระทำการอันโหดร้ายทารุณ กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำที่รุนแรงเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้

³² วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), น. 122.

³³ ไพทิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 229, น. 394.

ผู้ให้เรียกเอาทรัพย์สินกลับคืนมาได้ โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความหมายคำว่า “รุนแรง” นี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องเป็นกรณีที่ได้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา

ประการที่สอง ผู้ให้ต้องได้รับความเสียหาย และ

ประการที่สาม ผู้รับได้กระทำการใด ๆ โดยไม่มีความซื่อสัตย์ และผิดปกติ

จากหลักเกณฑ์สามประการดังกล่าว หากนำมาใช้ในประเทศไทย ผู้ศึกษาเห็นว่าจะสามารถแก้ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนหาคือเป็นทายาทได้ เพราะเงื่อนไขของการกระทำความผิดอาญารุนแรง ต้องเป็นกรณีที่ได้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา ดังนั้นเมื่อผู้รับกระทำการด้วยความจำเป็น ก็ย่อมไม่ต้องรับโทษ เมื่อไม่มีโทษ ก็ย่อมฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนหาไม่ได้ เมื่อตัวผู้ให้ฟ้องไม่ได้ ทายาทของผู้ให้ก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการเช่นกัน

4.3 ปัญหาการคืนทรัพย์สินเมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสนหา

ในส่วนของกรณีการคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสนหานั้น กฎหมายมาตรา 534 บัญญัติให้ผู้รับการให้โดยเสนหาจะต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนตามหลักlagsmικρw ได้³⁴ ซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวในบทที่ 2 เกี่ยวกับกรณีที่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กันในฐานะlagsmικρw ได้ มี 2 ประเภท คือ กรณีที่ต้องคืนเงิน โดยหลักการ คือต้องคืนเต็มจำนวน แต่หากมีการใช้เงินนั้นไปโดยสุจริต จะต้องคืนเฉพาะส่วนที่ยังเหลืออยู่³⁵ อันเป็นการคุ้มครองผู้ที่สุจริต เมื่อได้ใช้ไปโดยคิดว่าเป็นเงินของตน เมื่อเวลาจะคืนย่อมต้องคุ้มครองผู้ได้รับทรัพย์สินนั้นมาในฐานะlagsmικρw ได้³⁶ โดยการคืนนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าเรื่องที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ถูกเพิกถอนการให้ ได้นำเงินไปซื้อทรัพย์สินอื่นมาแทนเงินที่ได้รับไป ผู้รับการให้ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ถอนคืนหรือไม่ ปัญหานี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า การคืนนั้น ไม่จำเป็นต้องคืนเงินนั้นแบบเคร่งครัด อาจคืนทรัพย์สินอื่นแทนได้³⁷

³⁴ มาตรา 534 เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยlagsmικρw ได้

³⁵ มาตรา 412 ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นlagsmικρw ได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนlagsmικρw ได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

³⁶ พูนศักดิ์ อ้นขำ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 96*, น. 48.

³⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98*, น. 30.

ส่วนกรณีที่ต้องคืนเป็นทรัพย์สินอื่น กฎหมายกำหนดให้ผู้รับทรัพย์สิน หากสุจริต ก็ให้คืนทรัพย์สินตามที่เป็นอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน³⁸ แต่หากเป็นการคืนทรัพย์สินที่มีลักษณะที่พ้นวิสัยจะคืนได้ กฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองผู้สุจริต เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ตามมาตรา 414 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่เกิดจากการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ที่กฎหมายให้นำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับ ดังนี้ เช่น นายดำ ได้ให้ทรัพย์สินสองรายการ ได้แก่ เงินจำนวนหนึ่งแสนบาท และรถยนต์หนึ่งคัน แก่นายแดง ปรากฏว่า หลังจากนั้น นายแดงได้ทำอันตรายอันเป็นความผิดอาญาร้ายแรงแก่นายดำ แต่ยังไม่ทันได้ฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา นายแดง ได้นำรถยนต์ที่รับมาไปขายได้เงินมา 2 แสน ส่วนเงินที่รับมา นายแดงได้อำนาจไปซื้อนาฬิกา และต่อมามีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าว ย่อมเกิดปัญหาว่า ช่วงเวลาใดของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ที่จะถือว่าผู้รับไม่สุจริต

จากตัวอย่างที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมา เกิดปัญหาในการคืนทรัพย์สินเพราะถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หา อย่างมากมาย เพราะไม่อาจตอบคำถามได้ว่า นายดำต้องคืนทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนแปลงเป็นเงินแก่นายแดงหรือไม่ เพราะจำเป็นต้องตีความเรื่องสุจริตหรือไม่สุจริตของนายแดง ทั้งยังจะต้องตีความเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สิน ที่ได้รับการให้โดยเสน่หาด้วยว่า จะถือเป็นทรัพย์สินที่ต้องคืนหรือไม่

ในการคืนทรัพย์สินเพราะถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ ในชั้นร่างกฎหมายของประเทศไทย ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 และบทที่ 3 ว่าในที่ประชุมร่างกฎหมายเห็นว่า ควรแปลตามมาตราเรื่องลาภมิควรได้ทั้งหมดที่ถูกเพิกถอนการให้ครั้งนี้ เป็นกรณีโดยสุจริต โดยให้คืนเฉพาะที่มีตัวทรัพย์สินอยู่กับผู้รับ หรือคืนผลที่ได้เป็นประโยชน์ตอบแทนไว้ ส่วนการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในกรณีไม่สุจริตจะนำมาใช้บังคับกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาไม่ได้ เพราะความผิดทุจริตได้เกิดขึ้นภายหลังจากการให้โดยเสน่หา มิได้เกิดขึ้นในขณะเวลาที่ให้แต่อย่างใด แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายมองว่า เมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้รับการให้ต้องคืนลาภมิควรได้

³⁸ มาตรา 413 เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงิน และบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ และมีต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยทุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั่งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง

เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน หากมีการใช้หรือจำหน่ายหรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินไปแล้ว ย่อมไม่ต้องคืนแก่ผู้ให้แต่อย่างใด

ผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยกับคณะกรรมการร่างกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้เพราะตามหลัก ลากมิกวร ได้ เป็นหลักที่ใช้กับกรณีที่บุคคลหนึ่งได้ทรัพย์สินสิ่งใดมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้าง กฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งเสียเปรียบ และหลักลากมิกวร ได้นั้น ถูกนำมาใช้กับ การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาในทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันเป็น ต้นแบบที่ประเทศไทยใช้ในการร่างกฎหมาย ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งตามกฎหมายของ ต่างประเทศดังกล่าวนั้น การคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หาให้ใช้หลักลากมิกวร ได้ทั้งสิ้น³⁹ และมีการอธิบายความสุจริตของผู้รับ กรณีมีการเพิกถอนการให้ว่า การเรียกคืนการให้โดยอาศัย หลักเรื่องลากมิกวร ได้ นี้เป็นเพียงสิทธิเรียกร้องถึงสัญญา กล่าวคือในขณะที่ยังมีได้มีการเรียกคืน การให้นี้ ผู้รับย่อมสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่หากผู้รับได้จำหน่าย หรือโอนทรัพย์สินนั้น ไปยังบุคคลภายนอกแล้ว โดยผู้รับมิได้ผลประโยชน์ใดตอบแทนอันเป็นเหตุ ให้ผู้รับมิได้มีทรัพย์สินจากการให้อีกต่อไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 818⁴⁰ แล้วผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกคืนการให้ได้อีก นั้นย่อมหมายความว่า ก่อนมีการเพิก ถอนการให้โดยเสน่หาย่อมต้องถือว่า ผู้รับสุจริตและใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ในฐานะเจ้าของ กรรมสิทธิ์ และแม้ภายหลังจะมีการฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้รับก็ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินนั้นแต่ อย่างไม่ใด นอกจากนี้หากมีการฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาแล้ว จำต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน กฎหมาย ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ดี และสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ดี ได้บัญญัติตรงกันให้ใช้ลากมิกวร ได้ และลากมิกวร ได้ดังกล่าวหากมีการเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินไปโดยสุจริต เช่นนี้ ผู้รับก็ไม่จำต้อง คืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งนักวิชาการทางกฎหมาย

³⁹ การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา ให้นำหลักเรื่องลากมิกวร ได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามมาตรา 531 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁴⁰ Article 818 The obligation to return extends to emoluments derived, and to whatever the recipient acquires either by virtue of a right obtained by him, or as compensation for the destruction, damage or deprivation of the object obtained.

If the return is impossible on account of the nature of the object obtained, or if the recipient for any other reason is not in a position to make the return, he shall make good the value.

The obligation to return or to make good the value is excluded where the recipient is no longer benefited.

After the date of action commenced the recipient is liable under the general provisions.

ในประเทศไทยบางท่าน และคำพิพากษาของศาลฎีกา⁴¹ ก็มองปัญหาเรื่องดังกล่าวคล้ายคลึงกันว่า เมื่อกฎหมายเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ให้นำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับ ก็ต้องพิจารณาความสุจริตหรือไม่ของผู้ที่จะต้องคืนเป็นสำคัญ หากสุจริต ทรัพย์สินที่จะต้องคืนเหลืออยู่เพียงใดก็คืนแค่นั้น ถ้าไม่สุจริต ก็ต้องคืนทั้งหมด หากคืนตัวทรัพย์สินไม่ได้ก็ต้องคืนเป็นเงินแทน⁴²

สำหรับผู้ศึกษาจึงมีความเห็นคล้อยตามความเห็นที่ว่าในการนำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ต้องพิจารณาความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้ที่จะต้องคืนเป็นสำคัญ โดยหากสุจริต ทรัพย์สินที่จะต้องคืนเหลืออยู่เพียงใดก็ต้องคืนเท่าที่เหลืออยู่ แต่ถ้าไม่สุจริต ก็ต้องคืนทั้งหมด หากคืนตัวทรัพย์สินไม่ได้ก็ต้องคืนเป็นเงิน ซึ่งวิธีคืนทรัพย์สินแบบนี้ ก็จะมีอีกหนึ่งปัญหาตามมา กล่าวคือ จะถือว่า ช่วงใดของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ที่จะเรียกได้ว่า ผู้รับไม่สุจริต เช่น ตามตัวอย่างที่ว่านายแดง ให้โดยเสน่หาเป็นที่ดินหนึ่งแปลง แก่ นายดำ และหลังจากนั้น นายดำได้นำที่ดินแปลงดังกล่าวไปขาย ได้เงินมาจำนวน 10 ล้านบาท แต่ยังไม่ได้ใช้เงินนั้น นายแดงได้บอกกล่าวเพิกถอนการให้เพราะอ้างว่านายดำหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง ต่อมา นายดำก็ได้ใช้เงินนั้นจนหมด กระทั่งนายแดงฟ้องต่อศาล และศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการให้ดังกล่าว เช่นนี้ ควรถือว่าหลังจากที่แสดงเจตนาเพิกถอนเป็นต้นไป หรือควรถือว่าหลังจากฟ้องต่อศาลเป็นต้นไป เป็นจุดเริ่มต้นความไม่สุจริตของนายดำ ซึ่งกรณีนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรถือว่า เมื่อผู้รับรู้ว่ามีการแสดงเจตนาเพิกถอนการให้ หากมีการใช้หรือจำหน่ายหรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินนั้น ย่อมเป็นการไม่สุจริต

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า ยังมีหลักกฎหมายที่ควรนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาเรื่องการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สิน ได้แก่ หลักการรับช่วงทรัพย์สิน ซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 นั้น มีความเกี่ยวพันกับการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาด้วย เพราะการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ เมื่อผู้ให้มามีสิทธิเรียกคืน ย่อมอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ และผู้รับย่อมอยู่ในฐานะลูกหนี้ หากผู้รับ ได้ทรัพย์สินใดไปจากผู้ให้ แล้วทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือถูกทำลายโดยบุคคลอื่น แล้วผู้รับได้ทรัพย์สินแทนตัวทรัพย์สินเดิม เช่นนี้ เมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้ให้ย่อมสามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่แทนที่ทรัพย์สินอันเดิมได้ โดยขอยกตัวอย่างเช่น นาย ก ให้แหวนราคา 1 แสนบาท แก่ นาย ข ปรากฏว่า นาย ข เมื่อได้รับแหวนไป ได้ประทุษร้ายต่อบุคคล ก ผู้ให้เป็นความผิดฐานอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นเหตุให้นาย ก ฟ้องเพิก

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 1078/2553

⁴² ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 9, น. 419.

ถอนการให้ตามมาตรา 531(1) หลังจากนั้น แหวนฤกษาย ค ขโมยไป และนาย ค ถูกจับและนาย ค มี การชดให้ทางแพ่ง โดยเอารถยนต์ชดใช้เป็นค่าแหวน เช่นนี้ นาย ก ในฐานะเจ้าหนี้ย่อมสามารถ เรียกเอารถยนต์คันดังกล่าว ในฐานะผู้รับช่วงทรัพย์สินตามหลักนี้ได้



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาเรื่องการเฟกถอนการให้โดยเสน่หาพบว่า การเฟกถอนการให้โดยเสน่หา มีประวัติความเป็นมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งส่วนใหญ่แนวความคิดพื้นฐานของการเฟกถอนการให้โดยเสน่หานี้มักมาจากเหตุที่ผู้รับไม่ได้มีความกตัญญูรู้คุณผู้ให้โดยเสน่หา จนกระทั่งแนวความคิดดังกล่าว ถูกนำไปบัญญัติในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้กระทั่งตามกฎหมายของประเทศไทยก็มีการนำเอาเรื่องเฟกถอนการให้โดยเสน่หานี้มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย

จากการเฟกถอนการให้โดยเสน่หาของประเทศไทยที่มีการนำเอาแนวความคิดของโรมันและประเทศต่าง ๆ เข้ามาบัญญัติ ผู้ศึกษาเห็นว่ามีปัญหาสำคัญบางประการกล่าวคือ

การเฟกถอนการให้โดยเสน่หา ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ มีการบัญญัติการเฟกถอนการให้ดังกล่าวด้วยวิธีแตกต่างกัน เช่น ในประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น นั้น ไม่มีการบัญญัติเรื่องการเฟกถอนการให้โดยเสน่หาเอาไว้ โดยเมื่อมีการให้โดยเสน่หา หากจะเฟกถอนการให้ดังกล่าว ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น จะต้องใช้หลักกฎหมายในรูปแบบอื่นเพื่อเฟกถอน เช่น การเฟกถอนโดยอ้างเหตุความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม เป็นต้น

ส่วนประเทศไทยที่ได้รับแนวคิดของโรมัน และสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีการบัญญัติเรื่องเพิกถอนการให้โดยเสนหาเอาไว้แต่ผู้ศึกษาก็ได้วิเคราะห์รายละเอียดในข้อกฎหมายที่แตกต่างกันไว้ในบทที่ 4 เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสกฎหมายกำหนดว่าหากผู้รับได้ทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ให้ หรือได้กระทำการอันเป็นการโหดร้ายทารุณต่อผู้ให้ หรือได้หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ให้ย่อมเรียกทรัพย์สินคืนได้ ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้บัญญัติไว้เพิ่มเติมอีกว่าหากการกระทำดังกล่าวได้ทำต่อญาติใกล้ชิดของผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้เช่นกัน

แม้จะมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่ผู้ศึกษาก็เห็นว่าการเพิกถอนการให้โดยเสนหาในประเทศไทยเป็นสิ่งที่สมควรบัญญัติไว้ ทั้งนี้เพราะเหตุผลเรื่องหลักความกตัญญูนั้น เป็นหลักที่เป็นขนบธรรมเนียมที่ฝังรากลึกของประเทศไทย การเพิกถอนการให้โดยเสนหาดังกล่าว ย่อมควรที่จะรักษาไว้ในกฎหมาย เพียงแต่ในรายละเอียดของกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการให้โดยเสนหานั้น ยังมีความไม่ชัดเจน และมีปัญหาเรื่องกระบวนการบางอย่างตามมา ได้แก่ ถ้อยคำบางส่วนในกฎหมายอาจตีความได้อย่างหลากหลาย เช่น คำว่า “ประทุษร้าย” และคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” ในมาตรา 531(1) นั้น มีปัญหาด้านการตีความว่า การประทุษร้าย นั้น จำเป็นต้องประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตของผู้ให้เท่านั้นหรือไม่ หรือกินความหมายรวมถึง ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อีกด้วย หรือคำว่า “ความผิดอาญาอย่างร้ายแรง” ผู้ศึกษาก็เห็นว่าไม่มีความชัดเจน ทั้งนี้ เพราะในคำพิพากษาศาลฎีกาก็ตี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ดี ไม่ได้ให้คำนิยามของความผิดอาญาอย่างร้ายแรงเอาไว้เลย แต่มีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยกำหนดว่า “ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือโทษสถานหนักกว่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ว่าไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เพราะมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งที่ต้องการความยืดหยุ่นด้านการตีความ

ความไม่ชัดเจนอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสนหา หากผู้ให้ถึงแก่ความตาย ด้วยผู้รับกระทำต่อผู้ให้ด้วยความจำเป็น ทายาทของผู้ให้จะฟ้องให้เพิกถอนการให้โดยเสนหานั้น ได้หรือไม่ ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 เกี่ยวกับความไม่ชัดเจนเช่นเดียวกัน

ปัญหาประการสุดท้าย คือ การคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสนหา ที่กฎหมายของประเทศไทยให้นำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับนั้นจะมีความสุจริต และไม่สุจริต เข้ามาเป็นเงื่อนไข ในการคืนทรัพย์สิน โดยอาจคืนเต็มจำนวนเพราะไม่สุจริต หรือ หรืออาจไม่ต้องคืนเลย

เพราะได้ใช้ทรัพย์สินไปโดยสุจริต และเมื่อพิจารณาจากสัญญาให้โดยเสน่หา ซึ่งเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว และต่อมามีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าว ย่อมเกิดปัญหาว่า ช่วงเวลาใดของการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ที่จะถือว่าผู้รับไม่สุจริต อีกทั้ง ยังมีปัญหาต่อเนื่องไปอีกว่า หากทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา แล้วถูกฟ้องเพิกถอนดังกล่าว ถูกแปรสภาพทรัพย์สินกลายเป็นอย่างอื่น เช่น ถูกนำไปขายกลายเป็นเงิน หรือแปรสภาพจากเงินเป็นทรัพย์สินอื่น ๆ เช่น ที่ดิน รถ บ้าน เหล่านี้ ทรัพย์สินที่ถูกแปรสภาพไปแล้วนั้น ต้องคืนต่อผู้ให้ หรือไม่ อย่างไร

ปัญหาที่กล่าวมาทั้งหมด เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศจะเห็นได้ว่าการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของประเทศไทยมีแนวความคิดพื้นฐานเดียวกันกับการเพิกถอนการให้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ต้องการให้ผู้รับกตัญญูต่อผู้ให้โดยเสน่หา และเมื่อผู้รับไม่กตัญญูต่อผู้ให้โดยเสน่หา กฎหมายยอมให้มีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา นั้นได้

ในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดเกี่ยวกับการประทุษร้ายว่าหากผู้รับได้ทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ให้ หรือได้กระทำการอันเป็นการโหดร้ายทารุณต่อผู้ให้ หรือได้หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ให้ย่อมเรียกทรัพย์สินคืนได้ และทายาทของผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนการให้คืนได้หากผู้รับได้กระทำโดยเจตนาทำให้ผู้ให้ถึงแก่ความตาย ซึ่งผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ว่าคล้ายประเทศไทยเป็นอย่างมาก เพียงแต่กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติไว้เพิ่มเติมอีกว่าหากการกระทำความผิดดังกล่าวได้ทำต่อญาติใกล้ชิดของผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้เช่นกัน และเมื่อต้องคืนทรัพย์สินที่เกิดจากการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ก็ต้องคืนในฐานะลาภมิควรได้ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย

ส่วนในกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส เกี่ยวกับการประทุษร้าย กฎหมายบัญญัติว่า หากผู้รับกระทำต่อผู้ให้ด้วยการพยายามฆ่าก็ดี ทำความผิดอาญารุนแรงหรือโหดร้ายทารุณ หรือหมิ่นประมาทร้ายแรงก็ดี ผู้ให้เพิกถอนการให้โดยเสน่หาได้ ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้สร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายคำว่า “รุนแรง” นี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องเป็นกรณีที่ผู้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา

ประการที่สอง ผู้ให้ต้องได้รับความเสียหาย และ

ประการที่สาม ผู้รับได้กระทำการใด ๆ โดยไม่มีความซื่อสัตย์ และผิดปกติ

จากหลักเกณฑ์สามประการดังกล่าว หากนำมาใช้ในประเทศไทย ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถแก้ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับถ้อยคำ รวมทั้งสามารถแก้ปัญหาผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาที่เป็นทายาทอีกด้วย เพราะเงื่อนไขของการกระทำความผิดอาญาอย่าง

ร้ายแรง ต้องเป็นกรณีที่ได้รับถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา ดังนั้น เมื่อผู้รับกระทำการด้วยความจำเป็น ก็ย่อมไม่ต้องรับโทษ เมื่อไม่มีโทษ ก็ย่อมฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาไม่ได้ เมื่อตัวผู้ให้ฟ้องไม่ได้ ทายาทของผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการเช่นกัน

ส่วนการคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น ในทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันเป็นต้นแบบที่ประเทศไทยใช้ในการร่างกฎหมาย ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งตามกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวนั้น การคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ใช้หลักลาภมิควรได้ทั้งสิ้น ซึ่งทั้งสองประเทศดังกล่าวได้บัญญัติตรงกันให้ใช้ลาภมิควรได้ ดังกล่าวหากมีการเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินไปโดยสุจริต เช่นนี้ ผู้รับก็ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักการรับช่วงทรัพย์สินซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 นั้น สามารถนำมาใช้กับการคืนทรัพย์สินเพราะถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้ด้วย เพราะการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ เมื่อผู้ให้มีสิทธิเรียกคืน ย่อมอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ และผู้รับย่อมอยู่ในฐานะลูกหนี้ หากผู้รับ ได้ทรัพย์สินใดไปจากผู้ให้ แล้วทรัพย์สินนั้นสูญหาย หรือถูกทำลายโดยบุคคลอื่น แล้วผู้รับ ได้ทรัพย์สินแทนตัวทรัพย์สินเดิม เช่นนี้ เมื่อมีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้ให้ย่อมสามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่แทนที่ทรัพย์สินเดิมได้ อันจะทำให้กระบวนการคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ก) ในประเด็นปัญหาเรื่องการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาสมควรมีไว้ในกฎหมายประเทศไทยหรือไม่นั้น ผู้ศึกษาขอเสนอแนะว่าเป็นสิ่งที่สมควรบัญญัติไว้ ทั้งนี้เพราะเหตุผลเรื่องหลักความกตัญญูนั้น เป็นหลักที่เป็นขนบธรรมเนียมที่ดั้งเดิมของประเทศไทย การเพิกถอนการให้โดยเสน่หาดังกล่าว ย่อมควรที่จะรักษาไว้ในกฎหมายแต่จำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้ถ้อยคำให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ส่วนปัญหาเรื่องการตีความกฎหมาย ผู้ศึกษาขอเสนอแนะว่าสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 531 จากที่บัญญัติว่า “อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณนั้น ท่านว่าอาจจะเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ

(2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ

(3) ถ้าผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้ และผู้รับยังสามารถจะให้ได้”

ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรเพิ่มวรรคสองของมาตราดังกล่าว โดยยึดแนวทางกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีข้อความดังนี้

“ความคิดอาญาร้ายแรง ตาม (1) ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา และผู้รับได้รับโทษตามคำพิพากษาในคดีนั้น”

ข) ประเด็นปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หา ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 531 ดังกล่าว ผู้มีสิทธิฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หาที่จะตีความได้ชัดเจน กล่าว คือ ผู้รับที่ฆ่าผู้ให้โดยเสน่หาตายด้วยเหตุกระทำด้วยความจำเป็น ย่อมมีกฎหมายรองรับว่า ทายาทของผู้ให้โดยเสน่หา ย่อมไม่สามารถฟ้องเพิกถอนการให้โดยเสน่หากรณีนี้ได้

ค) ประเด็นปัญหาเรื่องการค้าทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานั้น ผู้ศึกษาเสนอแนะว่าสมควรถือตามแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ให้นำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับ โดยหากมีการเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินไปโดยสุจริต ผู้รับก็ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป ทั้งนี้ โดยนำหลักการรับช่วงทรัพย์สินมาใช้ประกอบกับหลักสุจริตของลาภมิควรได้ อันจะทำให้กระบวนการคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนการให้โดยเสน่หานี้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ การปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว จักทำให้เป็นประโยชน์ทั้งในทางวิชาการ และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีที่มีการเพิกถอนการให้โดยเสน่หาโดยเสน่หาในประเทศไทยต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จรัส, 2542.

คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. “ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.”

(ตุลาคม 2464).

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการ

บริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

จิตติ ดิงศักดิ์ และชล ชีรกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241

ถึง มาตรา 452. พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503.

จิตติ ดิงศักดิ์ และชล ชีรกุล. คำอธิบายกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.

จำปี โสคติพันธุ์. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

จำปี โสคติพันธุ์. หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2545.

ไชยยศ เหมรัชตะ. หลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561.

เดือน จิตรกร. “เอกเทศสัญญาบางเรื่องในกฎหมายตรา 3 ดวง.” วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม, 2533.

ชนกร วรปรัชญากุล. “คำพิพากษาศาลกับบ่อเกิดของกฎหมาย.” อุลพาห. ตอน 5. เล่มที่ 1.

(มกราคม – เมษายน 2549): 15.

ชานินทร์ กรีชัยเชียร. ภาษากฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย รามคำแหง,

2520.

พูนศักดิ์ อ้นขำ. “การคืนทรัพย์ตามลักษณะลามิควรได้.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารีตโรมันและแอ่งโกลแซกซอน.

กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552.

ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552.

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว.

พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

ปัน โน สุภทรศนี. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

ปรีดี เกษมทรัพย์. “สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน.” คูลพาหะ. เล่ม1.

ปีที่15. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511) : 55.

ปรีชา สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.

กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528.

ไพฑูริศ เอกจริยกร. คำอธิบายชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2549.

มนูภาณวิมลศาสตร์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ อนุสรณ์ในงาน

พระราชทานเพลิงศพ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500.

ไมโครฟิล์ม ม้วนที่ 13. “ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.” เล่มที่ 91.

ขงยุทธ กาพกาญจน์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2518.

ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2526.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. กรุงเทพมหานคร, บริษัทเพื่อนพิมพ์จำกัด,

2537.

วิษณุ เครืองาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542.

วิริยะ เกิดศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.

กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515.

ศันนัทภรณ์ โสคติพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้อ. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศันนัทภรณ์ โสคติพันธุ์. คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2562.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ ตรวจสอบชำระใหม่)

ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ บรรณการ,

2545.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สุวิทย์ นิ่มน้อย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้อ.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.

สำนักนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการกฤษฎีกา. “รายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย.”

(21 มิถุนายน 2467).

เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรม และหนี้.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.

เสนีย์ ปราโมช. ม.ร.ว. ปาฐกถา เรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการ

จัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510.

เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร :

เนติบัณฑิตยสภา, 2552.

เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยสัญญาและละเมิด. พระนคร โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2497.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

อนุวัติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม. พระนคร: โรงพิมพ์

ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2510.

อัคราทร จุฬารัตน. กฎหมายแพ่ง 1 (ฉบับปรับปรุง) หน่วยที่ 9-15. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540.

อัครวิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา.

กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

อัมพร จันทรวิจิตร. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้
ค้ำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน นายหน้า รับขน และเก็บของในคลังสินค้า. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2517.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ลาภมิควรได้.” สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลาภมิควรได้. (2537).

ภาษาต่างประเทศ

Arangio-Ruiz V. Istituzioni di Diritto Romano. Quattordicesima edizione riveduta ristampata
analitica. Giovene: Napoli, 1984.

Fritz Schulz. Classical Roman Law. London: Oxford University Press, 1969.

J.a.c. Thomas. The Institutes of Justinian. text. Translation and Commentary Amsterdam:
North-Holland Publishing Company, 1975.

J.a.c Thomas. Textbook of Roman Law. New York: North-Holland Publishing, 1976.

Reinhard Zimmermann. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition.
Johannesburg: Juta & Co., Ltd., 1992.

William L. Burdick. The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law.
Rochester: The Lawyer Co-operative Publishing, 1938.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งปัจจุบัน

นางสาวจิตรลดา ไชยสถิตย์

เนติบัณฑิตไทย

นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เจ้าหน้าที่อาวุโส ฝ่ายคดี ธนาคารเกียรตินาคินภัทร

จำกัด (มหาชน)

