

ปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

นายตะวัน กุลกาญจนวรรณ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal Problems in Gift with Charge

Mr. Tawan Kulkarnjanawan



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

โดย

นายตะวัน กุลกาญจนวรรณ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี)

ตะวัน กุลกาญจนาวรรณ : ปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน (Legal Problems in Gift with Charge) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, 111 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ทราบถึงความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเพื่อค้นหาวิธีการคืนทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันที่มีความเหมาะสมและเป็นธรรมที่สุด

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่พบบทบัญญัติที่ให้ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้แต่อย่างใด ดังนั้นความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันจึงได้รับอิทธิพลจากความเห็นทางวิชาการและคำวินิจฉัยของศาลเป็นสำคัญเช่นเดียวกับกฎหมายไทย สำหรับบทบัญญัติมาตราอื่นๆที่เกี่ยวข้องนั้นผู้เขียนพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีเนื้อหาโดยหลักใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในส่วนของวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้นั้นแม้จะใช้หลักลาภมิควรได้เหมือนกันแต่หลักลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างขวางครอบคลุมมากกว่า ส่วนบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นค่อนข้างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนวิธีการคืนทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันซึ่งคล้ายคลึงกับการกลับสู่ฐานะเดิมอย่างมาก

ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในสี่ประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง เพิ่มคำจำกัดความของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ ประเด็นที่สอง รับรองสถานะตามกฎหมายของสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งมีลักษณะคล้ายแต่ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ประเด็นที่สาม ขยายขอบเขตของหลักลาภมิควรได้ให้ครอบคลุมไปถึงความเสื่อมค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินที่ได้รับไป ประเด็นที่สี่ รับรองสิทธิของผู้ให้ในการเพิกถอนการฉ้อฉลที่ผู้รับได้กระทำลงโดยมีเจตนาให้ผู้ให้เสียหาย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5785974334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: GIFT / CHARGE

TAWAN KULKARNJANAWAN: Legal Problems in Gift with Charge. ADVISOR:
PROF. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, Dr.jur, 111 pp.

This thesis focuses on problems related to definition and scope of charge encumbered with gift including problems on applying unjust enrichment on restitution of gift with charge. The study is conducted by analyzing and comparing relevant articles stipulated in France Civil Code and German Civil Code with the proposes to comprehend the definition and scope of charge encumbered with gift pursuant to Thai Civil and Commercial Code, and also to find the most appropriate and just restitution method applicable for gift with charge.

As a result, the definition and scope of charge encumbered with gift were not stipulated in both France Civil Code and German Civil Code. Therefore, as well as Thai law, definition and scope of charge encumbered with gift pursuant to French law and German law are significantly influenced by academic research and court's judgement. For other relevant articles, it was found that German Civil Code and Thai Civil and Commercial Code generally have some contents in common. However, despite mutual restitution method of unjust enrichment, German Civil Code provides broader protection. On the other hand, France Civil Code is quite unique especially the restitution of gift with charge which comparable to restoration to former condition method.

The author suggests the revision of Thai Civil and Commercial Code in four topics. First, specify the definition of charge encumbered with gift. Second, acknowledge legal status of gift made with material contractual term which is similar to but not gift with charge. Third, extend the scope of unjust enrichment to cover the deprivation of the property received. Finally, ensure the donor's right to cancel fraudulent act done by the donee with an intention to cause the donor damages.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงมาได้โดยหากปราศจากความเมตตากรุณาของ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ ที่สละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ตลอดจนให้ความรู้ คำปรึกษา ชี้แนะแนวทางแก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดการจัดทำวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านสำหรับข้อเสนอแนะและแง่คิดอันมีประโยชน์ ซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณทุกท่านที่มีส่วนร่วมในความสำเร็จลุล่วงของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งครอบครัว เพื่อน เพื่อนนิสิตสาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ เพื่อนร่วมงาน และผู้เกี่ยวข้องทุกท่านซึ่งให้การสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด ไม่ว่าจะด้วยการให้ความคิดเห็น การรับฟัง หรือความช่วยเหลืออื่นใดก็ตาม

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่วงการ การศึกษากฎหมายไทยไม่มากนักน้อย และยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะได้รับฟังข้อเสนอแนะใดๆ กรณีที่มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องไม่ว่าโดยประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	3
1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	3
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	4
บทที่ 2 หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทย	5
2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์.....	5
2.1.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันใน สมัยโรมัน	5
2.1.1.1 ยุคคลาสสิก.....	5
2.1.1.2 ยุคจักรพรรดิคอนสแตนติน (Constantine).....	7
2.1.1.3 ยุคจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian).....	8
2.1.2 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันใน กฎหมายไทย	9
2.1.2.1 สัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในช่วงก่อนการร่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	9

2.1.2.2 สัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในช่วงระหว่างการร่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	11
2.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	14
2.2.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของสัญญาให้	14
2.2.2 แบบของสัญญาให้.....	15
2.2.3 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้และการถอนคืนการให้	16
2.2.3.1 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน	16
2.2.3.2 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤตินิรคุณ	16
2.2.3.3 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	20
2.2.4 สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน	21
2.2.4.1 ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน.....	22
2.2.4.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน	26
2.2.5 ภาษีกับสัญญาให้.....	28
2.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน	30
2.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน	30
2.3.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่สามารถมีค่าภาระติด พันได้	31
2.3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะที่ ทำสัญญาให้.....	33
2.3.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติด พัน	34
2.3.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านลักษณะของภาระ	35

2.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน.....	36
บทที่ 3 หลักเกณฑ์ของการให้และการให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายต่างประเทศ	43
3.1 หลักเกณฑ์ของการให้และการให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายฝรั่งเศส	43
3.1.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของการให้	43
3.1.1.1 ความยากจนลงของผู้ให้.....	44
3.1.1.2 การไม่มีค่าตอบแทน	44
3.1.1.3 ไม่สามารถเพิกถอนได้.....	44
3.1.1.4 มูลเหตุจูงใจ	47
3.1.1.5 เจตนารับของผู้รับ.....	48
3.1.2 แบบของการให้.....	48
3.1.3 ข้อจำกัดการให้.....	51
3.1.4 การถอนคืนการให้และการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้.....	51
3.1.4.1 การถอนคืนการให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน.....	52
3.1.4.2 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤตินิรคุณ.....	52
3.1.4.3 การถอนคืนการให้เนื่องจากผู้ให้มיתהาที่ก่อกำเนิดภายหลังการให้.....	54
3.1.5 การให้ที่มีค่าภาระติดพัน	55
3.1.5.1 ความหมายและลักษณะของค่าภาระติดพัน	55
3.1.5.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน	58
3.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายเยอรมัน	59
3.2.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของสัญญาให้	59
3.2.1.1 ความร่ำรวยขึ้นของผู้รับ	59
3.2.1.2 การไม่มีค่าตอบแทน	59

3.2.1.3 เจตนารับของผู้รับ	61
3.2.2 แบบของสัญญาให้	61
3.2.3 การถอนคืนการให้และการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้	62
3.2.3.1 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน	62
3.2.3.2 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากความยากจนของผู้ให้	62
3.2.3.3 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณ	63
3.2.4 สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน	64
3.2.4.1 ความหมายและลักษณะของค่าภาระติดพัน	64
3.2.4.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน	66
3.2.4.3 การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน	67
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน	70
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน	70
4.1.1 ด้านประเภทของทรัพย์สินที่อาจมีค่าภาระติดพันได้	70
4.1.1.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวิเคราะห์	70
4.1.1.2 ค่าภาระติดพันที่เป็นบุคคลสิทธิ	71
4.1.1.3 ค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ	73
4.1.2 ด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะทำสัญญาให้	75
4.1.2.1 ภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาให้	75
4.1.2.2 ภาระที่มีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำ สัญญาให้	77
4.1.3 ด้านบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพัน	78
4.1.3.1 ค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ให้หรือบุคคลภายนอก	79
4.1.3.2 ข้อตกลงให้ผู้รับโอนทรัพย์สินที่ให้ต่อไปยังบุคคลภายนอก	80

4.1.3.3 ค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์ต่อผู้รับเอง	81
4.1.4 ด้านลักษณะของภาระ	83
4.1.4.1 ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ ในลักษณะของการได้ใช้ประโยชน์ หรือการได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนจากทรัพย์สินที่ให้	84
4.1.4.2 ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ และไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทาง ทรัพย์สินแต่อย่างใด	85
4.1.4.3 ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ แต่เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องทางทรัพย์สิน	86
4.1.4.4 ข้อกำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง และ ข้อกำหนดให้ผู้รับต้องดำเนินการบางอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ โดยที่ การดำเนินการของผู้รับไม่ได้เป็นประโยชน์โดยตรงแก่บุคคลใดเลย	88
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่ มีค่าภาระติดพัน	90
4.2.1 การคืนทรัพย์สินโดยวิธีต่างๆตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	90
4.2.2 การคืนทรัพย์สินที่ให้โดยหลักกฎหมายได้	91
4.2.3 การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ	95
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	98
5.1 บทสรุป	99
5.2 ข้อเสนอแนะ	104
รายการอ้างอิง	108
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	111

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สัญญาให้หรือที่มักจะเป็นที่รู้จักและถูกเรียกในชื่อของการให้โดยเสน่หา เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวเป็นพิเศษแตกต่างจากเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเภทอื่นๆ เนื่องจากสัญญาให้เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน กล่าวคือ ผู้ให้เท่านั้นที่โอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับเปล่าๆ โดยที่ผู้รับไม่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ให้เป็นการตอบแทนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม มิใช่ทุกกรณีที่ผู้รับไม่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ให้เป็นการตอบแทนผู้ให้เลยแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เปิดโอกาสผู้ให้สามารถตั้งข้อกำหนดที่เรียกว่า “ค่าภาระติดพัน” เพื่อให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามได้ และหากผู้รับตกลงรับทรัพย์สินที่ให้ก็ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดเช่นนั้นด้วย

เมื่อกฎหมายเพียงแต่เปิดโอกาสให้มีค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ได้ แต่ไม่ได้บัญญัติความหมายและขอบเขตของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ไว้ จึงเกิดปัญหาขึ้นเป็นประการแรกว่า ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ นั้นมีความหมายและองค์ประกอบอย่างไร และมีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมเพียงใด เพราะเมื่อได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนพบว่า การนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมาปรับใช้ยังมีความขัดแย้ง หาหลักการที่ชัดเจนแน่นอนไม่ได้ แม้ว่าในปัจจุบันความเห็นทางวิชาการซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะค่อนข้างมีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวกันว่าค่าภาระติดพันตามสัญญาให้จะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ และเป็นภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ โดยมีได้จำกัดว่าสามารถมีได้เพียงในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

สาเหตุที่ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันมีความสำคัญก็เนื่องจากสถานะความเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมาหลายประการ เช่น ผู้ให้จะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งหากเป็นสัญญาให้ที่ไม่มีค่าภาระติดพันผู้ให้ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใดๆในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้เลย รวมถึงผู้ให้ย่อมไม่สามารถถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณได้เช่นเดียวกับกรณีสัญญาให้ที่ไม่มีค่าภาระติดพัน และหากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ก็มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้ เพียงเท่าที่จำเป็นจะต้องใช้ชำระค่าภาระติดพันนั้นเท่านั้น ต่างกับสัญญาให้ที่ไม่มีค่าภาระติดพันที่ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ทั้งหมดได้หากผู้รับประพฤติเนรคุณ แม้ว่าในการคืนทรัพย์สินที่ให้จะใช้หลักลาภมิควรได้เหมือนกันก็ตาม อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีที่อาจระบุนความหมาย

และขอบเขตและค่าภาระติดพันได้แล้ว ก็ยังมีปัญหาประการต่อมาก็คือ ยังไม่ชัดเจนว่าข้อกำหนดตามสัญญาให้ที่ไม่ใช่ค่าภาระติดพันจะมีสถานะและผลทางกฎหมายอย่างไร จะเห็นได้ว่าสถานะของข้อกำหนดตามสัญญาให้ว่าเป็นค่าภาระติดพันหรือไม่นั้นมีความสำคัญอย่างมากเพราะส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาโดยตรง

ปัญหาที่สำคัญและน่าสนใจอีกประการหนึ่งก็คือ หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ก็มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกลาภมิควรได้ เพียงเท่าที่จำเป็นจะต้องใช้ชำระค่าภาระติดพันนั้นเท่านั้น ตามที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติให้นำหลักกลาภมิควรได้ซึ่งโดยปกติมักจะถูกนำมาปรับใช้แก่การคืนทรัพย์สินที่ผู้ได้รับทรัพย์สินได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้มาปรับใช้แก่การคืนทรัพย์สินที่ให้แทนการคืนทรัพย์สินโดยการกลับสู่ฐานะเดิมซึ่งถูกนำมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินจากการเลิกสัญญา ก็เนื่องมาจากแนวคิดสองประการ ดังนี้

ประการแรก เมื่อสัญญาให้สมบูรณ์และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตกเป็นของผู้รับแล้ว การที่ผู้ให้จะเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ให้คืนจากผู้รับนั้นโดยปกติทั่วไปย่อมไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้โดยเฉพาะ ซึ่งมีเพียง 2 กรณีได้แก่ กรณีที่ผู้ให้เรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และกรณีผู้ให้ถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้นั่นเอง

ประการที่สอง เมื่อสัญญาให้สมบูรณ์ ผู้รับย่อมมีฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ จึงมีสิทธิในการใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น รวมถึงติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิ ตลอดจนจนขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้¹ ดังนั้น การจะให้ผู้รับต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมดและในสภาพเดิมจึงไม่เป็นธรรมต่อผู้รับ ผู้รับจึงมีหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้เฉพาะที่ยังเหลืออยู่และตามสภาพ และเฉพาะที่จำเป็นต้องใช้ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น เพราะทรัพย์สินส่วนที่เหลือหากไม่เกี่ยวข้องหรือไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ในการชำระค่าภาระติดพันก็ควรเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้รับ ไม่ควรจะต้องคืนแก่ผู้ให้แต่อย่างใด

ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่าแนวความคิดทั้งสองประการมีความสมเหตุสมผล แต่หากได้ลองพิจารณาแล้วจะพบว่าลักษณะและขอบเขตของหลักกลาภมิควรได้ซึ่งยังไม่กว้างขวางและครอบคลุมไปถึงการคืนทรัพย์สินได้ในทุกกรณีหรือรูปแบบ ทำให้เกิดช่องว่างซึ่งอาจส่งผลให้การคืนทรัพย์สินที่ให้อาจไม่เป็นธรรมดังเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในท้ายที่สุดก็เป็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้รับมีเจตนาทุจริตเอาเปรียบผู้ให้จากการคืนทรัพย์สินที่ให้ โดยการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้โดยไม่มีค่าตอบแทน หรือมีค่าตอบแทนแต่น้อยกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อไม่ให้เหลือทรัพย์สินใดๆที่จะต้องคืนแก่ผู้ให้อีก หรือก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้เพื่อให้ผู้ให้ได้รับทรัพย์สินที่ให้นั้นกลับไปพร้อมกับภาระที่ตนก่อขึ้น

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ควรศึกษาค้นคว้าว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมเพียงพอ และสามารถอำนวยความสะดวกธุรกรรมให้แก่คู่กรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ เพียงใด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาและค้นคว้าปัญหาเกี่ยวกับค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ตามกฎหมายไทยว่ามีความหมายและองค์ประกอบอย่างไร และมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด
2. เพื่อศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับข้อกำหนดตามสัญญาให้ที่ไม่ใช่ค่าภาระติดพัน ว่ามีสถานะและผลทางกฎหมายอย่างไร
3. เพื่อศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับปัญหาการนำหลักกฎหมายได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ว่ามีความเหมาะสมเพียงหรือไม่ เพียงใด
4. เพื่อวิเคราะห์ และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหากับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้การตีความกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือแนวทางอื่นๆ ที่อาจนำมาใช้แก้ปัญหากับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะภาระซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ ในอันที่จะต้องแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ โดยที่ภาระนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ และการนำหลักกฎหมายได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินให้ยังมีช่องว่างซึ่งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาให้ และบทบัญญัติเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น การคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายได้ ฯลฯ เป็นหลัก และศึกษากฎหมายต่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวข้องประกอบ เพื่อใช้ในการวิเคราะห์ เปรียบเทียบ และค้นหาข้อเสนอนแนะที่เหมาะสม

ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาวิจัยปัญหาเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน หรือปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะจำกัดขอบเขตของการศึกษาวิจัยในบางประเด็น ดังนี้

1. ศึกษาเฉพาะสัญญาให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และสัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างซึ่งสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ

เท่านั้น การศึกษาวิจัยของผู้เขียนมิได้ครอบคลุมถึงสัญญาให้โดยการปลดหนี้หรือชำระหนี้ซึ่งผู้รับค้ำชำระอยู่ สัญญาให้สิทธิไม่ว่ามีหรือไม่มีหนังสือตราสารเป็นสำคัญ สัญญาให้ที่ผู้ให้ผูกตนว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ค้ำมั่นว่าจะให้ สัญญาว่าจะให้ ตลอดจนสัญญาให้อันจะให้ เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย หรือสัญญาให้ในรูปแบบอื่นๆซึ่งนอกเหนือจากที่ระบุชัดแจ้งข้างต้น

2. ศึกษาความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เท่านั้น การศึกษาวิจัยของผู้เขียนมิได้ครอบคลุมไปถึงค่าภาระติดพันที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องอื่นๆด้วย เช่น ค่าภาระติดพันในเรื่องลาภมิควรได้ตามมาตรา 416 ค่าภาระติดพันในเรื่องสัญญาค้ำประกันตามมาตรา 683 ภาระติดพันในเรื่องกรรมสิทธิ์รวมตามมาตรา 1361 เป็นต้น

3. ศึกษาเฉพาะปัญหาหรือประเด็นที่กระทบต่อความหมายและขอบเขตของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันโดยตรงเท่านั้น สำหรับประเด็นเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันอื่นๆที่ไม่ได้กระทบต่อความหมายและขอบเขตของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันโดยตรง ผู้เขียนจะตั้งข้อสังเกตและแสดงความเห็นโดยสังเขปเท่านั้น โดยมีได้ศึกษา และวิเคราะห์เปรียบเทียบในรายละเอียดแต่อย่างใด

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยโดยวิธีการศึกษาค้นคว้าข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) อันได้แก่ การศึกษาวิจัยจากหนังสือ บทความ กฎหมายของไทยและกฎหมายของต่างประเทศ คำพิพากษาศาลฎีกา ระเบียบ ประกาศ และแนวปฏิบัติของหน่วยงานราชการ วิทยานิพนธ์เรื่องที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการค้นคว้าหาข้อมูลจากเครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศทางอินเทอร์เน็ต

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบเกี่ยวกับค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ตามกฎหมายไทย ว่ามีความหมายและองค์ประกอบอย่างไร และมีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมเพียงใด
2. ทำให้ทราบถึงข้อกำหนดตามสัญญาให้ที่ไม่ใช่ค่าภาระติดพัน ว่ามีสถานะและผลทางกฎหมายอย่างไร
3. ทำให้ทราบว่าภรณ์หลักลาภมิควรมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันที่อาจนำมาใช้แก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทย

เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำความเข้าใจกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันให้ดียิ่งขึ้น การศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาของกฎหมายดังกล่าวนั้นย่อมมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากจะช่วยให้ผู้ศึกษาได้ทราบถึงหลักการและเหตุผลอันเป็นที่มาของกฎหมายแล้ว ยังทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ด้วยว่ากฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันมากน้อยเพียงใด ในการที่จะศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาของกฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้และการคืนทรัพย์สินที่ให้นั้น การศึกษาย้อนไปถึงกฎหมายโรมันย่อมถือว่าเหมาะสมอย่างยิ่ง เพราะจากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาให้นั้นมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้นร่างหลัก แต่ก็มีประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสอดแทรกอยู่ไม่น้อย ซึ่งทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันต่างก็อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งสืบทอดมาจากกฎหมายโรมันด้วยกันทั้งสิ้น

2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์

2.1.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในสมัยโรมัน

ในสมัยโรมันแต่เดิมนั้น ไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญา สัญญาประเภทต่างๆ ได้เกิดขึ้นและได้รับการควบคุมตลอดจนรับรองตามกฎหมายในระยะเวลาต่อมาขึ้นอยู่กับความจำเป็นของแต่ละกรณี¹ โดยมีสัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่าเป็นสัญญาจำพวกแรกๆ ที่ได้รับการควบคุมและรับรองสำหรับความจำเป็นในการที่กฎหมายจะต้องเข้าควบคุมการให้ (Donatio) นั้นมีสาเหตุหลักคือเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้นั้นเอง กล่าวคือ การให้อาจมิได้เกิดขึ้นโดยเจตนาอันบริสุทธิ์และปราศจากค่าตอบแทนเหมือนกับชื่อของนิติกรรมก็เป็นได้ ในความเป็นจริงผู้ให้มักคาดหวังผลตอบแทน ซึ่งผลตอบแทนนี้อาจไม่ปรากฏแก่บุคคลภายนอกและอาจมิได้อยู่ในรูปของทรัพย์สินก็ได้ สำหรับการให้ในสมัยโรมันนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงหลัก ดังนี้

2.1.1.1 ยุคคลาสสิก

ในสมัยโรมันยุคคลาสสิกนั้น การให้ไม่ใช่สัญญาที่กฎหมายรับรอง และไม่มีคำจำกัดความและขอบเขตที่แน่นอน ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะในทางปฏิบัติการให้มิได้ก่อให้เกิดปัญหามากนัก ในมุมมองของนักกฎหมายโรมันการให้เป็นเพียงการจำหน่ายสิทธิประโยชน์แก่ผู้อื่น โดยที่บุคคลดังกล่าวไม่ต้องเสียค่าตอบแทนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้การให้จะยังไม่ได้รับการรับรองตาม

¹ Ryhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition* (Oxford: Juta Co., Ltd., 1992), p. 481.

กฎหมาย แต่โดยทั่วไปการให้ที่ได้กระทำขึ้นก็มีผลสมบูรณ์หากได้กระทำภายใต้รูปแบบ 3 รูปแบบ² ได้แก่ รูปแบบที่หนึ่ง การให้ที่ได้ทำตามแบบการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยตาชั่ง (Mancipatio) หรือการให้โดยการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยวิธีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ (Traditio) ซึ่งทั้งสองวิธีเป็นวิธีการสำหรับการให้ที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ในทันที รูปแบบที่สอง การกล่าวถ้อยคำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (Stipulatio) เป็นวิธีการสำหรับคำมั่นว่าจะให้ ซึ่งการกล่าวถ้อยคำตามแบบนี้ถือเสมือนเป็นเครื่องยืนยันเจตนาของผู้ให้ เกิดผลผูกพันและบังคับได้ตามกฎหมาย³ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานหรือหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด⁴ แต่ในทางตรงข้าม คำมั่นว่าจะให้ใดๆ ที่มีได้กระทำตามแบบดังกล่าวก็ไม่สามารถบังคับกันได้เช่นกัน และรูปแบบที่สาม การให้โดยการปลดหนี้แก่ผู้รับ (Acceptilatio) แต่ไม่ว่าจะเป็นการให้ในรูปแบบใดๆ ผู้ให้จะต้องมีเจตนาให้ (Animus Donandi) อันถือเป็นสาระสำคัญของการให้ด้วย และเมื่อได้ทำการให้แล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ย่อมตกเป็นของผู้รับ ผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิถอนคืนการให้ได้ เว้นแต่จะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน (Donatio Sub Modo/ Gift under a restriction)⁵ ซึ่งหมายถึงการให้ที่มีข้อตกลงที่ไม่เป็นทางการระหว่างผู้ให้และผู้รับ กำหนดให้ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามบางอย่างเพื่อประโยชน์ของผู้ให้หรือบุคคลภายนอก เช่น ผู้ให้ให้บ้านแก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับจะต้องอนุญาตให้ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกมีสิทธิอาศัยในบ้านหลังดังกล่าว กรณีเช่นนี้ ภายใต้กฎหมายโรมันยุคคลาสสิกไม่สามารถบังคับกันได้ ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันนั้น โดยผู้ให้เพียงสิทธิที่จะถอนคืนการให้และเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนภายใต้หลักลามิควร์ได้ (Condictio) เท่านั้น แต่ก็ไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป ในสมัยจักรพรรดิยุคคลาสสิกพระองค์หนึ่งซึ่งพระนามไม่ปรากฏชัด หากผู้รับถูกกำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่บุคคลภายนอก มีการรับรองสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะเรียกร้องให้ผู้รับส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นแก่ตนได้โดยตรง⁶ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดเช่นนั้นจะต้องได้กระทำโดยการกล่าวถ้อยคำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (Stipulatio) ด้วย จึงจะก่อหนี้ให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามได้⁷

² Richard William Leage, *Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian* (London: Macmillan and Co., Limited, 1906), p. 144.

³ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 172.

⁴ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared* (London: Yale University Press, 1980), p. 12.

⁵ ค่าภาระติดพันเป็นข้อกำหนดชนิดหนึ่งเรียกว่า Modus โดยแต่เดิมนั้นเป็นข้อกำหนดที่ผู้ทำพันธกรรมได้กำหนดไว้แก่ทายาทหรือผู้รับพันธกรรมให้ปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการจัดงานศพ การกำหนดให้มีการฉลองวันคล้ายวันเกิดผู้ทำพันธกรรมโดยเลี้ยงอาหารแก่ผู้ยากไร้ การกำหนดห้ามจำหน่ายจ่ายโอนที่ดิน และการกำหนดให้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งแก่บุคคลที่กำหนด เป็นต้น ข้อกำหนดแบบ Modus นี้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยยุคคลาสสิกแต่ยังไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน, โปรดดู Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (London: Oxford University, 1969), p. 330.

⁶ *ibid.*, pp. 568-569.

⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 178.

ในส่วนของการจำกัดการให้หนี้ จากการศึกษาพบว่า มีกฎหมายคุ้มครองการให้ 2 ประการ ซึ่งสะท้อนแนวคิดทัศนคติของชาวโรมันที่ว่า บุคคลไม่ควรใช้จ่ายทรัพย์สินสุรุ่ยสุร่าย โดยมีได้รับอะไรตอบแทน แต่ควรเก็บรักษาทรัพย์สินไว้กับครอบครัวมากกว่า การควบคุมประการแรก คือ การควบคุมตามกฎหมายที่เรียกว่า lex Cincia ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในชวงก่อนสงคราม Punic ครั้งที่สอง เป็นช่วงเวลาที่เกิดวิกฤตมีความจำเป็นต้องควบคุมการใช้จ่ายของประชาชน โดยห้ามมิให้ให้ทรัพย์สินเกินมูลค่าที่กฎหมายกำหนด โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้และผู้รับ ซึ่งแบ่งออกเป็น 5 ระดับ นอกจากนี้ lex Cincia ยังมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้จ่ายเพื่อผลประโยชน์ในทางการเมืองโดยมิชอบอีกด้วย อย่างไรก็ตาม lex Cincia ก็ได้ถูกนำมาปรับใช้ให้สมกับวัตถุประสงค์และถูกเลิกใช้ในที่สุด เนื่องจากตัวกฎหมายเองมิได้บัญญัติถึงสภาพบังคับตลอดจนผลของการให้ที่ฝ่าฝืนไว้โดยชัดแจ้ง ในท้ายที่สุด lex Cincia ก็กลายเป็นเครื่องมือของผู้ให้คำมั่นว่าจะให้ในการจะปฏิเสธการให้ตามคำมั่นของตนเท่านั้น แต่สำหรับการให้ใดๆที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ ให้ไปแล้วก็สมบูรณ์ไม่ถูกระทบโดย lex Cincia แต่อย่างใด⁸

ส่วนการควบคุมประการที่สองคือ การห้ามการให้ระหว่างสามีภรรยา ซึ่งเริ่มบังคับในสมัยจักรพรรดิออกุสตุส (Augustus) และถูกยกเลิกไปหลังจากสิ้นสุดยุคคลาสสิก จากแนวคิดที่ว่า การสมรสควรเกิดขึ้นจากเจตนาอันบริสุทธิ์ โดยมีเจตนาเพื่อให้กำเนิดและเลี้ยงดูทายาท ไม่ควรมีเรื่องของทรัพย์สินเข้ามาเกี่ยวข้อง การควบคุมนี้ถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง ต่างกับ Lex Cincia การให้ใดๆที่ฝ่าฝืนย่อมถือว่าไม่บริสุทธิ์ ผู้ให้ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้น ซ้อยกเว้นที่คู่สมรสจะให้ทรัพย์สินแก่กันได้มีเฉพาะกรณีการเลี้ยงดูตามฐานะานุรูปและศีลธรรมอันดีเท่านั้น แต่ก็มี ความพยายามในการหลีกเลี่ยงโดยการทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ให้ในราคาต่ำมากๆ ซึ่งนักกฎหมายโรมัน ส่วนใหญ่เห็นว่าสัญญาซื้อขายดังกล่าวนั้นเสียไปทั้งหมด⁹

2.1.1.2 ยุคจักรพรรดิคอนสแตนติน (Constantine)

ยุคสมัยนี้เป็นช่วงระยะเวลาที่ศาสนาคริสต์เข้ามามีอิทธิพลทางความคิดเป็นอย่างมาก จักรพรรดิคอนสแตนตินซึ่งเป็นผู้เลื่อมใสในศาสนาจึงมีนโยบายสนับสนุนการให้และ กิจกรรมอันเป็นการกุศล ไม่ว่าจะเป็นต่อผู้ยากไร้ ทหารผ่านศึก หรือศาสนสถานก็ตาม การให้สามารถกระทำได้อย่างเสรีปราศจากข้อจำกัดเหมือนเช่นที่เคยเป็นในยุคคลาสสิก โดยตัวพระองค์เองได้ทำการ บริจาคทรัพย์สินอย่างมากมายเช่นกัน

ในยุคสมัยนี้ การให้ได้รับการรับรองว่าเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่มีผลทางกฎหมายประเภทหนึ่งแต่ไม่ใช่สัญญา โดยการให้จะต้องกระทำตามแบบเป็นลายลักษณ์อักษรต่อหน้า

⁸ Ryhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition*, pp. 483-484.

⁹ *ibid.*, pp. 487-490.

พยาน เอกสารนั้นต้องระบุตัวผู้ให้ ทรัพย์สินที่ให้ รวมถึงหลักฐานยืนยันกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ในทรัพย์สินที่ให้นั้น และการส่งมอบทรัพย์สินที่จะต้องกระทำต่อหน้าพยานที่เป็นเพื่อนบ้าน สุดท้าย การให้นั้นจะต้องจดทะเบียนด้วย การให้ใดๆที่มีได้กระทำตามแบบย่อมไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกันการให้ค้ำประกันจะให้โดยวาจาย่อมไม่สามารถบังคับกันได้ ทั้งหมดนี้เพื่อป้องกันการจำหน่ายโอนทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยแอบอ้างนั่นเอง อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายโรมันเห็นว่าการกำหนดแบบเช่นนี้เป็นการขัดกับหลักเสรีภาพ นอกจากนี้ แบบดังกล่าวก็มิได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามอย่างแพร่หลายด้วยแต่อย่างใด¹⁰

2.1.1.3 ยุคจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian)

จักรพรรดิจัสติเนียนได้แบ่งการให้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง การให้ที่จะมีผลเมื่อผู้ให้ตาย (Donatio Mortis Causa) ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ต้องกระทำต่อหน้าพยาน 5 คน¹¹ การให้ที่จะมีผลเมื่อผู้ให้ตายนี้สามารถกระทำได้ 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่หนึ่ง ผู้ให้มอบกรรมสิทธิ์ (Dominium) ในทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับทันที ภายใต้เงื่อนไขว่าหากผู้ให้รอดพ้นจากความตายอันใกล้จะถึงขณะที่ทำการให้นั้น หรือหากผู้รับถึงแก่ความตายก่อนผู้ให้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้อยู่กลับคืนสู่ผู้ให้โดยอัตโนมัติ และรูปแบบที่สอง คือผู้ให้ให้เฉพาะการครอบครองทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับเท่านั้น ผู้รับจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ต่อเมื่อผู้ให้ตาย อย่างไรก็ตาม การให้ที่จะมีผลเมื่อผู้ให้ตายนี้สามารถเพิกถอนเมื่อใดก็ได้ ตราบเท่าที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่

ประเภทที่สอง การให้เนื่องจากการสมรส เป็นรูปแบบการให้ที่เกิดขึ้นในยุคหลัง หมายถึงการให้สินเดิม (Dowry หรือ Dos) คือทรัพย์สินใดที่หัวหน้าครอบครัวของคู่สมรสฝ่ายหญิงหรือบุคคลภายนอกได้ให้ หรือให้ค้ำประกันว่าจะให้แก่คู่สมรสฝ่ายชาย เพื่อให้นำไปใช้สำหรับการเลี้ยงดูครอบครัวใหม่ซึ่งกำลังจะเกิดขึ้น¹² ซึ่งแต่เดิมการให้ในลักษณะนี้จะต้องเกิดขึ้นก่อนการสมรสเท่านั้น (Donatio Ante Nuptias) แต่ในระยะหลังก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การให้ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในขณะที่หรือภายหลังจากสมรสก็ได้ (Donatio Propter Nuptias)

ประเภทที่สาม การให้ในระหว่างผู้ให้ยังมีชีวิต (Donatio Inter Vivos) ได้รับการรับรองว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งสามารถบังคับกันได้แม้จะกระทำโดยวาจาเท่านั้นก็ตาม รวมถึงค้ำประกันว่าจะให้ซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้จะให้ในการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้แก่ผู้จะรับด้วย โดยแบบแห่งการจดทะเบียนซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่สมัยจักรพรรดิคอนสแตนตินนั้น ได้รับการผ่อนคลายลง เฉพาะสัญญาให้ทรัพย์สินที่เกินจำนวนที่กฎหมายกำหนดคือ 500 Solidi

¹⁰ *ibid.*, pp. 491-493.

¹¹ J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian* (Oxford: North-Holland Publishing Company, 1975), p. 102.

¹² ศนันท์กรณ โสถพิทักษ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 86.

เท่านั้นที่ถูกบังคับให้ต้องจดทะเบียน มิฉะนั้นส่วนที่เกินจาก 500 Solidi ย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับการให้บางประเภท เช่น การให้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการกุศล¹³ การให้เพื่อซ่อมแซมหรือสร้างบ้านเรือนที่พังทลายหรือถูกไฟไหม้¹⁴ หรือการให้ต่อองค์จักรพรรดิ เป็นต้น นอกจากนี้ ในยุคสมัยนี้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการถอนคืนการให้ขึ้นเป็นกิจจะลักษณะและมีขอบเขตกว้างมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้รับประพฤติเนรคุณ ซึ่งก็มีเหตุผลมาจากความถูกต้องชอบธรรมทางศีลธรรม หรือกรณีที่ผู้รับไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไข (Condition) หรือวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้ตามสัญญาให้ได้ รวมถึงกรณีที่ผู้ให้มึบทรภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาให้¹⁵ ทั้งหมดนี้ ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้ทั้งสิ้น แต่การถอนคืนการให้ในยุคสมัยนี้แตกต่างจากยุคคลาสสิก กล่าวคือ เมื่อสาเหตุของการถอนคืนการให้เกิดขึ้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้จะกลับคืนสู่ผู้ให้โดยอัตโนมัติ โดยที่ผู้ให้ไม่ต้องเรียกร้องเอาทรัพย์สินนั้นคืนแต่อย่างใดเลย¹⁶ อย่างไรก็ตาม การถอนคืนการให้ย่อมมีข้อยกเว้น เช่น การให้เพื่อตอบแทนการบริการอย่างหนึ่งอย่างใดย่อมไม่สามารถถอนคืนการให้ได้ แม้ว่าผู้รับจะประพฤติเนรคุณก็ตาม¹⁷

สำหรับการให้ที่มีค่าภาระติดพัน ในยุคนี้ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่เป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์ในค่าภาระติดพันมีสิทธิมากกว่าที่เคยมีในยุคคลาสสิก¹⁸ กล่าวคือ หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกเช่นว่านั้นมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันได้โดยตรง¹⁹

2.1.2 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในกฎหมายไทย

2.1.2.1 สัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในช่วงก่อนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามกฎหมายไทย สัญญาให้มีประวัติศาสตร์ความเป็นมายาวนานตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา แต่เริ่มมีความเป็นรูปเป็นร่างชัดเจนมากขึ้นเมื่อได้มีการชำระกฎหมายและรวบรวมกฎหมายใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 1 เกิดเป็นกฎหมายตราสามดวง โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ทรัพย์สินแก่กันนั้นอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ซึ่งมาตรา 104 ได้แบ่งการให้ออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การให้ด้วยความศรัทธา การให้ด้วยความกลัว และการให้ด้วยความเสนาหา

¹³ J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law* (New York: North-Holland Publishing Company, 1976), p. 192.

¹⁴ Ryhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition*, p. 495.

¹⁵ J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, p. 193.

¹⁶ J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian*, p. 103.

¹⁷ Ryhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition*, p. 497.

¹⁸ Modus ได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายตามกฎหมายจัดตั้งขึ้น

¹⁹ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, p. 569.

ความสมบูรณ์ของการให้หนี้ถือเอาการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เป็นสาระสำคัญ หากยังมีได้มีการส่งมอบผู้ให้สามารถเปลี่ยนแปลงเจตนาได้เสมอและผู้รับก็ไม่สามารถเรียกร้องเอาสิ่งใดจากผู้ให้ได้เลย ตามมาตรา 113 ด้วยเหตุดังกล่าว การให้จึงไม่สามารถกระทำขึ้นโดยมีเงื่อนไข²⁰ ได้แต่อย่างใด²¹ แต่เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่แล้ว เฉพาะการให้ด้วยความกลัวซึ่งสันนิษฐานได้ว่า หมายถึงการให้กรณีที่มีการขู่กรรโชกถึง²²ผู้รับ ซึ่งทำให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินคิดว่าชีวิตของตนหรือของครอบครัวตกอยู่ในอันตรายหรือทรัพย์สินตกอยู่ในภัยพิบัติ หรือผู้รับใช้กำลังเพื่อชิงเอาทรัพย์สินนั้น เท่านั้นที่ผู้ให้สามารถเอาทรัพย์สินที่คืนจากผู้รับได้ แม้ว่าผู้รับจะได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นไปแล้วก็ตาม ตามมาตรา 105 และมาตรา 113 ส่วนการให้ด้วยความศรัทธาและการให้ด้วยความเสน่หา นั้น เมื่อผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับแล้วย่อมไม่สามารถเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ผู้ให้ที่เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ด้วยความศรัทธาจะต้องได้รับโทษตามกฎหมายอีกด้วย ตามมาตรา 104 แต่ก็มีข้อยกเว้นหากเป็นการให้บ้านเรือน โดยผู้ให้อาจเรียกคืนบ้านเรือนนั้นได้ หากผู้รับได้ถึงแก่กรรมก่อนผู้ให้²³

ทรัพย์สินที่อาจให้ได้ตามกฎหมายตราสามดวงนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินของตัวผู้ให้เองเท่านั้น ตามมาตรา 111 หากบุคคลใดนำทรัพย์สินซึ่งมิใช่ของตนไปให้ผู้อื่น ผู้ให้ย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ เช่นเดียวกับการนำทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปขายหรือไปจำนำนั่นเอง เว้นแต่เป็นกรณีทรัพย์สินพระราชทานจากพระเจ้าอยู่หัว แม้ทรัพย์สินนั้นจะปรากฏว่าเป็นของราษฎรผู้ใดก็ตามก็มิอาจเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้รับได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจอธิปไตยของพระเจ้าอยู่หัวมีเหนือบุคคลและสิ่งของของราษฎร²⁴ แต่ทรัพย์สินที่ให้กันนั้นมีได้จำกัดเฉพาะทรัพย์สินอย่างในปัจจุบันเท่านั้น บุตรภรรยา ทาส ตลอดจนบุตรของทาสซึ่งในสมัยโบราณถือว่าเป็นทรัพย์สินของสามีหรือนายทาสแล้วแต่กรณีนั้นก็สามารให้แก่กันได้ด้วย การให้บุตรของตนเองแก่ผู้อื่นนั้นผู้ให้สามารถเอาบุตรคืนได้เป็นกรณีพิเศษ แต่จะต้องมีการตีค่าตีราคาของบุตรนั้นให้เป็นบำเหน็จแก่ผู้รับที่เลี้ยงบุตรนั้นมา รวมถึงจะต้องพิจารณาความสมัครใจของบุตรด้วยว่าต้องการจะอยู่กับผู้ใด ในทางตรงข้าม การให้ภรรยาแก่บุคคลอื่นย่อมไม่สามารถเอาคืนได้ไม่ว่ากรณีใดๆ และสำหรับบุตรของทาสนั้นโดยหลักย่อมถือเป็นทรัพย์สินของนายทาสเสมอ แม้ว่าทาสนั้นจะได้ยกบุตรของตนให้แก่บุคคลใดก็ตาม เว้นแต่นายทาสจะรู้เห็นแก่การนั้นด้วย

²⁰ ผู้เขียนเห็นว่า การให้ตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จนี้ไม่สามารถกระทำขึ้นโดยมีเงื่อนไขได้ด้วยเช่นกัน

²¹ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 303.

²² ผู้เขียนเห็นว่า หมายถึงการขู่กรรโชกโดยผู้รับ

²³ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, หน้า 305.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 304.

ในส่วนของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้น ไม่พบว่ามิชอบด้วยสัญญาหรือหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด

2.1.2.2 สัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในช่วงระหว่างการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในช่วงระหว่างการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการศึกษาพบว่าที่ประชุมได้มีการปรึกษาหารือและเสนอให้ปรับแก้ร่างฯหลายครั้งและในหลากหลายประเด็น ทั้งนี้ เนื่องจากการที่คณะกรรมการได้นำกฎหมายต่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการร่างหลายประเทศ โดยมีกฎหมายฝรั่งเศสเป็นแกนหลัก อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศต้นแบบแต่ละประเทศก็มีแนวคิดที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ คณะกรรมการแต่ละท่านต่างก็มีมุมมองที่หลากหลาย ส่งผลให้การร่างกฎหมายเป็นไปด้วยความล่าช้า ประเด็นหลักๆที่คณะกรรมการได้ปรึกษาหารือกัน มีดังนี้

เริ่มจากความหมายของสัญญาให้ตามมาตรา 521²⁵ ที่ประชุมได้หารือกันแล้วให้ร่างความหมายของสัญญาให้แบบเป็นกลางตามมาตรา 549 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น²⁶ แทนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพราะกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งการให้ออกเป็น 2 ประเภทหลักๆ คือ การยกให้โดยสัญญาที่ฝ่ายผู้รับสามารถเรียกทรัพย์สินตามสัญญาได้ และการยกให้โดยไม่มีพิธีอะไร ส่งมอบทรัพย์สินให้กันไปแล้วก็เด็ดขาดแล้ว ผู้รับได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ทันที (Don Manuel)²⁷ แตกต่างจากกฎหมายไทยซึ่งแต่เดิมจนปัจจุบันนั้นสัญญาให้ย่อมสมบูรณ์และเด็ดขาดด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น หากยังมีได้มีการส่งมอบย่อมจะฟ้องร้องบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ได้ เว้นแต่จะได้กระทำเป็นกรรมธรรม์ไว้ ซึ่งส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาให้ที่ยังมิได้มีการส่งมอบแต่ได้ทำเป็นสัญญากรรมธรรม์ไว้แล้ว การที่ผู้จะรับจะเรียกร้องให้ผู้จะรับส่งมอบทรัพย์สินนั้นเป็นการเรียกร้องโดยใช้สิทธิอะไร ระหว่างสิทธิในฐานะผู้จะรับตามสัญญาว่าจะให้ (Promise to Gift) กับสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งได้ออนมายังผู้จะรับตั้งแต่ได้ทำสัญญาให้เป็นกรรมธรรม์ไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ประชุมก็ได้ตกลงที่จะให้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้จะรับไว้เป็นมาตรา 526 ซึ่งร่างบทบัญญัติในขณะที่มีการประชุมนั้นมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในปัจจุบัน แต่ไม่มีข้อความเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะให้แต่อย่างใด²⁸ ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังเพื่อให้เกิดความชัดเจนระหว่างสัญญาให้ที่ยังมิได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ กับสัญญา (คำมั่น) ว่าจะให้ ส่วนมาตรา 527 เกี่ยวกับ

²⁵ ผู้เขียนขอใช้เลขมาตราในปัจจุบัน เนื่องจากในช่วงของการร่างกฎหมายมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเลขมาตราหลายครั้ง

²⁶ 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.

²⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 16 มิถุนายน 2467, ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า 1288. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เดือนมีนาคม 2466, โมโครฟิล์มม้วนที่ 13, หน้า -. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

การให้ทรัพย์สินเป็นคราวๆนั้น ที่ประชุมเห็นว่าควรให้ผู้ที่มีสิทธิที่จะยกเลิกการให้งวดในอนาคตที่ยังไม่เกิดขึ้นได้โดยอิสระ แต่งวดการให้ที่เกิดขึ้นและมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วย่อมไม่สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้²⁹

ในส่วนของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 ที่ประชุมเห็นว่าไม่ควรใช้คำว่า “Condition” แก่คำว่าค่าภาระติดพัน เพราะอาจทำให้เกิดความสับสนกับการให้ที่มีจะมีผลเมื่อผู้ให้ตาย (Donation Mortis Causa) ได้ นอกจากนี้ ที่ประชุมยังให้แก้ไขข้อความและให้ควบ 2 มาตรา³⁰ เข้าด้วยกันมีข้อความดังนี้ “ถ้าทรัพย์สินซึ่งให้นั้นมีค่าภาระติดพันอันหนึ่งอันใด และผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพันอันนั้นไซ้ ท่านว่าผู้ให้ชอบที่จะเพิกถอนการให้นั้นเสียได้”³¹ แต่ให้ตัดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะเรียกร้องให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพัน และกรณีที่ค่าภาระติดพันเป็นสาธารณะประโยชน์ออกเสีย ที่ประชุมไม่ได้มีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับขอบเขตของค่าภาระติดพันแต่อย่างใด จากการศึกษาของผู้เขียนพบร่างกฎหมายเก่าช่วงก่อนที่จะได้มีการประชุมร่างกฎหมาย³² ซึ่งมีตัวอย่างอุทธรณ์ในเรื่องความรับผิดของผู้รับตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่ตัวอย่างดังกล่าวสามารถสื่อให้เห็นถึงขอบเขตของค่าภาระติดพันได้ ดังนี้ “ก. ให้เรือนแก่ ข. โดยมี charge ว่า ข. จะต้องใช้เงิน 10,000 บาทให้แก่ ก. เมื่อ ก. มอบเรือนให้แก่ ข. แล้ว ข. ไม่ยอมมอบเงินให้แก่ ก. โดยอ้างเหตุว่าเรือนนั้นราคาไม่ถึง 10,000 บาท ภายหลังจึงตีราคาเรือนนั้นตกลงเป็นราคา 7,000 บาท เพราะฉะนั้น ข. ไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินแก่ ก. เกินไปกว่า 7,000 บาท” สำหรับความรับผิดของผู้ให้ในสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามมาตรา 530 ที่ประชุมเห็นว่าควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าผู้รับควรรับผิดชอบสำหรับจำนวนค่าภาระเท่านั้น เพราะโดยปกติการให้นั้นไม่มีความรับผิด (Liability) มาเกี่ยวข้อง แต่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นเป็นข้อยกเว้นแม้ซึ่งในกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายในเรื่องนี้เลย³³

²⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 18 มิถุนายน 2467 หน้า 1300. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เดือนมีนาคม 2466. ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13, หน้า -. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

มาตรา 540 (เดิม) ถ้าการให้นั้นมีเงื่อนไขอยู่ด้วยว่าผู้รับจะพึงส่งคืนให้แก่ผู้ให้ก็ดี แก่บุคคลภายนอกก็ดี ท่านว่าการให้นั้นตกอยู่ในบังคับแห่งค่าภาระติดพัน

มาตรา 541 (เดิม) ถ้าผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ชอบที่จะเพิกถอนการให้นั้นเสียก็ได้

³¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3, กรมร่างกฎหมาย วันที่ 6 กันยายน 2467. ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13, หน้า -. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำแปลกรรมการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธะธรรม (มาตรา 1 – 1128) วันที่ 25 มิถุนายน 2462 – 3 พฤษภาคม 2463. ไมโครฟิล์มม้วนที่ 14, หน้า -. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 19 มิถุนายน 2467 หน้า 1306. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพัตินรคุณตามมาตรา 531 ที่ประชุมให้มีการรวมมาตราและร่างขึ้นใหม่โดยใช้มาตรา 595³⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ³⁵ เมื่อได้มีการร่างขึ้นใหม่แล้ว ในส่วนการประพัตินรคุณอันเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงนั้นที่ประชุมให้ตัดส่วนการประพัตินรคุณที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวของผู้ให้ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายเยอรมันออกทั้งหมด เพราะเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตกว้างเกินกว่ากฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นแกนหลัก และสัญญาให้ก็เป็น Personal Consideration เฉพาะระหว่างผู้ให้และผู้รับเท่านั้นด้วย อย่างไรก็ตามการประพัตินรคุณอันเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงนั้นจะได้กระทำโดยเจตนาหรือไม่สำคัญ นอกจากนี้ ยังให้เน้นในส่วนของการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้ ว่าจะต้องเป็นกรณีเรื่องสำคัญร้ายแรงเท่านั้นที่จะสามารถเรียกคืนการให้ได้ สำหรับการเรียกคืนการให้นั้นจะต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล ให้ศาลพิจารณาว่าควรให้คืนทรัพย์สินหรือไม่ เพราะการให้แล้วเป็นเรื่องเด็ดขาดไม่เหมือนการเลิกล้มการให้โดยวิธีธรรมดาที่เพิกถอนเองได้³⁶ ซึ่งทายาทของผู้ให้จะมีสิทธิฟ้องคดีได้เฉพาะกรณีผู้รับฆ่าผู้ให้โดยเจตนาเท่านั้น หากเป็นกรณีผู้รับฆ่าผู้ให้โดยไม่เจตนา หรือกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ให้ตาย ทายาทของผู้ให้ไม่มีสิทธิฟ้องคดีแต่อย่างใด³⁷

การคืนทรัพย์สินตามหลักกลาภมิควรได้ตามมาตรา 534 ก็เป็นประเด็นที่มีการปรึกษาหารือกันในที่ประชุม โดยที่ประชุมมีความเห็นไม่ตรงกัน ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่เหมาะสม เพราะถ้าส่งคืนทรัพย์สินที่ให้ไม่ได้ก็ไม่ต้องส่งคืนราคาแต่ประการใด ผู้รับได้สิทธิในทรัพย์สินที่ให้ไปเด็ดขาด ผิดกับเรื่องกลาภมิควรได้ที่ได้ไว้โดยไม่มีสิทธิ การที่ทำผิดขึ้นภายหลังนั้นจะเรียกว่าได้ทรัพย์สินไว้โดยมิชอบไม่ได้ ผู้รับย่อมมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้นั้นได้ตามอำเภอใจ ซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้อธิบายว่า ถ้าผู้รับได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้นั้นไปแล้วก็ไม่สามารถเอาคืนได้ เพราะผู้รับย่อมมีสิทธิเด็ดขาด แต่หากยังมีได้จำหน่ายจ่ายโอนก็ต้องคืนตัวทรัพย์สินที่ให้นั้น เว้นแต่จำหน่ายจ่ายโอนไปแล้วได้อะไรตอบแทนมาก็จะต้องคืน หากจะให้นำหลักกลาภมิควรได้มาใช้บังคับเฉพาะมาตราที่เป็นกรณีสุจริตก็เหมาะสม เพราะกฎหมายต้องการให้คืนทรัพย์สินทั้งหมดเท่าที่ได้รับประโยชน์ (Benefits by such Gift) ส่วนถ้าจะให้คืนทรัพย์สินฐานไม่สุจริต ร่างมาตราคงใช้ไม่ได้อย่างแน่นอน เพราะความทุจริตเกิดภายหลังการให้ทรัพย์สินแก่กัน ส่วนข้อยกเว้นของการถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพัตินรคุณตามมาตรา 535 ที่ประชุมให้แก้ไขถ้อยคำบางส่วนซึ่งเหมือนกับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน³⁸ โดย

³⁴ ผู้เขียนเห็นว่าหมายถึงมาตรา 955 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเป็นเรื่องเดียวกัน

³⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 19 มิถุนายน 2467 หน้า 1307. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³⁶ หมายถึงการเพิกถอนการให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน (มาตรา 541 เดิม) และการยกเลิกการให้เป็นงวดๆ

³⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 21 มิถุนายน 2467 หน้า 1315-1317. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1328-1329.

สรุปคือข้อยกเว้นสำหรับการให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ การให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน และการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา มีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล มาตรา 1187 (และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 534)³⁹ ส่วนการให้ในการสมรสมีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 959

เมื่อศึกษาในภาพรวมจะเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้ในช่วงระหว่างการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะโดยรวมคล้ายคลึงกับในปัจจุบัน ความแตกต่างมีเพียงแค่บทบัญญัติในเรื่องผู้ให้ผูกพันไว้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆตาม มาตรา 526 ซึ่งในปัจจุบันผู้ให้ไม่สามารถยกเลิกการให้งวดในอนาคตที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้โดยอิสระได้แต่อย่างใด รวมถึงเรื่องสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตาม มาตรา 528 ซึ่งในปัจจุบันเมื่อเกิดกรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีสิทธิเพียงเรียกผู้รับให้คืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติดพันนั้น ทั้งนี้ ภายใต้หลักกฎหมายได้เท่านั้น ไม่สามารถเพิกถอนการให้ทั้งหมดได้แต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังจากการประชุมร่างกฎหมายข้างต้นก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 อย่างเป็นทางการในเวลาต่อมา

2.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของสัญญาให้

อันว่าให้ นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น จากคำจำกัดความนี้ ทำให้ทราบถึงองค์ประกอบของสัญญาให้ตาม มาตรา 521 ได้ดังนี้

องค์ประกอบแรก การให้เป็นสัญญา เมื่อเป็นสัญญาจึงเท่ากับว่าจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อย 2 ฝ่าย คือผู้ให้และผู้รับซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ผู้ให้ต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้อันเป็นวัตถุแห่งสัญญา รวมถึงจะต้องมีเจตนาให้ด้วย ส่วนผู้รับก็จะต้องตกลงที่จะรับทรัพย์สินที่ให้นั้นด้วย หากขาดเจตนาให้และรับการให้ได้อย่างหนึ่งย่อมไม่เกิดเป็นสัญญาให้

องค์ประกอบที่สอง การให้เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน เนื่องจากผู้ให้ฝ่ายเดียวเท่านั้นที่โอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับ โดยที่ผู้รับไม่มีหน้าที่ที่จะต้องโอนทรัพย์สินหรือตอบแทนอะไรแก่

³⁹ Art. 1187. The following are not revoked for ingratitude:

- I. Donations purely remuneratory.
- II. Those encumbered with a charge (encargo).
- III. Those which are made in compliance with natural obligation.
- IV. Those for a determined marriage.

ผู้ให้แต่อย่างใด ในส่วนของคำว่าให้ “โดยเสนาหา” นั้น แม้จะมีความหมายโดยตรงถึงความรักก็ตาม แต่จากการศึกษาต้นร่างที่เป็นกฎหมายต่างประเทศทำให้สันนิษฐานได้ว่า แท้จริงแล้วการให้โดยเสนหาน่าจะหมายถึงการให้โดยไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนมากกว่าการให้ด้วยความรัก ซึ่งนำไปสู่ข้อสรุปว่าเจตนาให้ของผู้ให้ไม่จำเป็นต้องเกิดจากความรักแต่อย่างใด เจตนาให้อาจเกิดจากความรู้สึกอื่น ๆ ก็ได้ เช่น ความเห็นใจ ความสงสาร หรือแม้ผู้ให้อาจเพียงต้องการให้โดยไม่มีความรู้สึกใดๆเป็นพิเศษก็เป็นการให้ได้ ขอเพียงผู้ให้มีเจตนา ออกจากที่จะทำการให้แก่ผู้รับเท่านั้น ดังนั้น หากสัญญาให้ใด มีการตอบแทนย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของสัญญาให้ แต่จะตกอยู่ภายใต้สัญญาประเภทใดนั้น จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

ประเภทของการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งก็ได้จำกัดว่าการให้จะสามารถทำได้โดยการโอนทรัพย์สินแก่ผู้รับเท่านั้น ผู้ให้สามารถให้ได้โดยการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับ หรือด้วยการชำระหนี้ซึ่งผู้รับค้างชำระอยู่ก็ได้ ตามมาตรา 522 นอกจากนี้ ทรัพย์สินที่ให้ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง สิทธิต่างๆก็สามารถให้ได้เช่นกันตามมาตรา 524

ประเภทที่สอง การให้ที่จะมีผลเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ซึ่งต้องบังคับด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับมรดกและพินัยกรรม ตามมาตรา 536

2.2.2 แบบของสัญญาให้

แม้จะเกิดเป็นสัญญาให้แล้ว แต่หากคู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามแบบของสัญญาให้ที่กฎหมายกำหนด การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์ สำหรับแบบของสัญญาให้ นั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบของการให้ และประเภทของทรัพย์สินที่ให้ ดังนี้

แบบที่หนึ่ง การส่งมอบทรัพย์สิน ตามมาตรา 523 เป็นแบบสำหรับสัญญาให้ทั่วไป ซึ่งไม่ใช่สัญญาให้ที่มีแบบเฉพาะกรณีอื่นๆ ซึ่งสามารถแสดงออกได้ด้วยการกระทำหรือด้วยวาจา ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ทั้งสิ้น⁴⁰

แบบที่สอง การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มีสองกรณี กรณีแรกตามมาตรา 525 เป็นแบบของสัญญาให้ที่ใช้บังคับแก่การให้ของสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั่นเอง เมื่อได้จดทะเบียนการให้แล้วสัญญาให้ย่อมสมบูรณ์ทันทีโดยคู่สัญญาให้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กันอีกแต่อย่างใด ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินตามมาตรา 526 - 527 ซึ่งหากได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ผู้

⁴⁰ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 414.

จะรับสามารถเรียกให้ผู้จะให้ส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้หรือราคาแทนทรัพย์สินที่จะให้ก็ได้หากผู้จะให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้แล้วแต่ผู้จะรับ แต่ผู้จะรับไม่มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้จะให้ได้

แบบที่สาม การมอบตราสารให้แก่ผู้รับ และมีหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ เป็นแบบที่ใช้บังคับกับการให้สิทธิอันมีหนังสือตราสารเป็นสำคัญ ตามมาตรา 524

แบบที่สี่ การทำตามแบบแห่งการปลดหนี้ หากเป็นการปลดหนี้ที่มีได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ เพียงแค่ผู้ให้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ผู้รับ สัญญาให้ก็สมบูรณ์ทันที ทั้งนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินใดๆด้วย แต่หากเป็นหนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาให้จะสมบูรณ์เมื่อได้มีการปลดหนี้เป็นหนังสือ หรือเวคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ผู้รับ หรือผู้ให้ขีดฆ่าเอกสารนั้นเสียเท่านั้น

2.2.3 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้และการถอนคืนการให้

2.2.3.1 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

รายละเอียดทั้งหมดจะอธิบายในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

2.2.3.2 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤตินรคุณ

เนื่องจากสัญญาให้เป็นสัญญาที่ผู้รับไม่ต้องตอบแทนสิ่งใดแก่ผู้ให้ ดังนั้นหากผู้รับประพฤตินรคุณต่อผู้ให้ย่อมเป็นการสมควรที่จะอนุญาตให้ผู้ให้มีสิทธิถอนคืนการให้ได้ แต่ไม่ใช่ทุกการกระทำอันไม่เหมาะสมของผู้รับต่อผู้ให้จะถือว่าเป็นการนรคุณอันก่อให้เกิดสิทธิในการถอนคืนการให้เสมอไป การที่ผู้ให้จะถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤตินรคุณได้นั้น จะต้องเป็นการนรคุณตามขอบเขตของมาตรา 531 ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กรณีเท่านั้น ดังนี้

กรณีหนึ่ง ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นการผิดฐานอาญาอย่างร้ายแรง ตามประมวลกฎหมายอาญา สำหรับการประทุษร้ายนั้นเป็นที่แน่นอนชัดเจนว่าหมายความรวมถึงการทำร้ายร่างกายของผู้ให้ ส่วนความร้ายแรงนั้นน่าจะต้องพิจารณาจากลักษณะการประทุษร้ายของผู้รับเป็นรายกรณีไป ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา มิได้พิจารณาความร้ายแรงจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด แต่พิจารณาด้วยว่าผู้ให้ที่ถูกประทุษร้ายนั้นคือใคร⁴¹ หากเป็นการประทุษร้ายต่อบุพการี แม้จะไม่ใช่การประทุษร้ายที่ร้ายแรง ก็ถือเป็นความผิดฐานอาญาอย่างร้ายแรง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412/2528 การที่จำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ผู้เป็นมารดาจนได้รับอันตรายแก่กาย ย่อมเป็นการแสดงว่าจำเลยขาดความกตัญญู แม้โจทก์จะได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสก็ถือว่าจำเลยได้ประพฤตินรคุณโดยประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นการผิดฐานอาญา

⁴¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 402.

อย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(1) แล้ว โจทก์จึงเรียกถอนคืนการให้
ได้

ประเด็นที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงกัน คือ การประทุษร้ายตามมาตรา 531 (1) นี้
หมายความรวมถึงการประทุษร้ายต่อสิทธิอื่นๆของผู้ให้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นทางวิชาการแบ่งเป็น 2
ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า คำว่าประทุษร้ายต่อผู้ให้ น่าจะมีความหมายว่า ทำแก่ตัวผู้ให้เอง⁴² ดังนั้น การ
กระทำต่อทรัพย์สินของผู้ให้ เช่น ลักทรัพย์ ยักยอกทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์ ไม่น่าจะถือว่าเป็นการ
กระทำประทุษร้ายต่อผู้ให้⁴³ ฝ่ายที่สองเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการจะลงโทษผู้รับที่มี
เจตนาร้ายต่อผู้ให้ซึ่งเป็นผู้มีบุญคุณ⁴⁴ ดังนั้น การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อย่างร้ายแรง ย่อม
เป็นเหตุถอนคืนการให้ได้เช่นกัน

กรณีที่สอง ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่าง
ร้ายแรง การทำให้เสียชื่อเสียง หมายถึง ทำให้ถูกบุคคลอื่นดูถูกหรือเกลียดชัง ส่วนหมิ่นประมาทอย่าง
ร้ายแรงนั้น มีประเด็นว่า จะต้องเป็นการหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ แต่จากแนว
คำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า การหมิ่นประมาทนี้ครอบคลุมไปถึงการดูหมิ่น⁴⁵และไม่จำเป็นต้องเข้าข่าย
การหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 144/2522 จำเลยด่าโจทก์ซึ่งเป็นมารดาด้วยคำ
หยาบ “อีโคตรพ่อ อีโคตรแม่มีง อีหน้าด้าน อีหน้าหมา อีไม่มีศีลธรรม” โจทก์เพิกถอนการให้เพราะ
เนรคุณได้ ถือเป็นหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง ไม่ถึงกับต้องเป็นหมิ่นประมาททางอาญา

นอกจากนี้ การทำให้เสียชื่อเสียง และการหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง อาจ
ทำโดยกิริยาอาการอื่นๆได้ด้วย ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำด้วยวาจาเสมอไป เช่น โยนห่อเสื้อผ้า
ของผู้ให้ลงจากหน้าต่างแล้วขับไล่ออกจากบ้าน เป็นต้น

กรณีที่สาม ผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลา
ที่ผู้ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถให้ได้ มีประเด็นสำคัญว่า ผู้ให้จะต้องได้ขอสิ่งจำเป็นในการเลี้ยงชีวิต
ต่อผู้รับแล้วด้วย หากผู้รับไม่ได้ร้องขอความช่วยเหลือจากผู้รับ ก็ไม่ถือว่าผู้รับประพฤตินเรคุณตาม
มาตรา 531 (3) แต่อย่างใด

⁴² วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณ
การ, 2552), หน้า 327.

⁴³ วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุ
สภาลาดพร้าว, 2515), หน้า 129.

⁴⁴ สุจินตนา ขมิวิสูตร, หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญ
ชน, 2550), หน้า 202.

⁴⁵ ไผทชิต เอกจริยากร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญ
ชน, 2558), หน้า 403.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 735/2523 โจทก์ไม่เคยขออะไรจากจำเลย และ โจทก์ไม่ยอมได้ของของจำเลย จำเลยบอกจะส่งเสียเลี้ยงดูโจทก์ ขออย่าฟ้องร้องกันจำเลยชวนโจทก์ ไปอยู่ด้วยเพื่อเลี้ยงดูแต่โจทก์ไม่ยอมไปต้องการเอาที่พิพาทคืน จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยประพฤตินั้นคุณไม่ อนุเคราะห์เลี้ยงดูโจทก์ บอกปิดไม่ให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่โจทก์

เมื่อผู้รับประพฤตินั้นคุณ ผู้ให้ยอมมีสิทธิถอนคืนการให้ได้ ส่วนทายาทของ ผู้ให้นั้นโดยหลักไม่มีสิทธิถอนคืนการให้ เว้นแต่กรณีพิเศษที่กฎหมายอนุญาต 2 กรณีเท่านั้น⁴⁶ ตาม มาตรา 532 ได้แก่ กรณีที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากไม่ใช่กรณีที่ ผู้รับเจตนา เช่น ผู้รับประมาทเลินเล่อทำปิ่นลั่นใส่ผู้ให้จนถึงแก่ความตาย หรือไม่ใช่การกระทำที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การป้องกันโดยสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา ย่อมไม่เข้าข่ายและ ทายาทของผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิถอนคืนการให้ได้อย่างใด อีกกรณีหนึ่งคือกรณีที่ผู้รับกีดกันมิให้ผู้ให้ถอน คืนการให้ ซึ่งการกีดกันนี้จะหมายถึง การกระทำใดๆที่ทำให้ผู้ให้ไม่สามารถดำเนินคดีเพื่อถอนคืน การให้ได้ จนผู้ให้ตายลงก่อนที่จะดำเนินคดีเช่นนั้น ในที่สุด กรณีเช่นนี้ทายาทของผู้ให้ไม่มีสิทธิถอนคืน การให้เพราะเหตุเนรคุณได้ แต่นอกเหนือจาก 2 กรณีข้างต้น ทายาทของผู้ให้ไม่มีสิทธิถอนคืนการให้ ได้ เว้นแต่ผู้ให้ได้ฟ้องคดีถอนคืนการให้ไว้แล้วโดยชอบแล้วตายลงก่อนที่คดีจะสิ้นสุด ทายาทของผู้ให้ ย่อมมีสิทธิเข้าว่าคดีนั้นต่อจากผู้ให้ได้ ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 42-43 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง⁴⁷

แต่ตามมาตรา 533 สิทธิในการถอนคืนการให้ย่อมระงับไป เมื่อผู้ให้ได้แสดง เจตนาให้อภัยแก่ผู้รับแล้ว อย่างไรก็ตาม การให้อภัยไม่ว่าโดยวาจา กิริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษร จะต้องกระทำโดยผู้ให้ และกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น⁴⁸ ซึ่งตรงกับความเห็นของผู้ที่ศึกษาเรื่องนี้ว่า การให้อภัยไม่ควรขยายความไปถึงการแสดงเจตนาให้อภัยโดยปริยาย เนื่องจากการระงับสิทธิของ ผู้ให้ ทำให้ผู้ให้เสียประโยชน์⁴⁹ นอกจากนี้ หากผู้ไม่มีสิทธิถอนคืนการให้มิได้ใช้สิทธิภายในระยะเวลาที่

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 416-417.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 42 บัญญัติว่า ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ใน ศาลได้ มรณะเสียก่อนศาลพิพากษาคดี ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณา ไปจนกว่าทายาทของผู้มรณะหรือผู้จัดการทรัพย์สินมรดกของผู้มรณะ หรือ บุคคลอื่นใดที่ปกครองทรัพย์สินมรดกไว้จะได้เข้ามาเป็นคู่ความแทน ที่ผู้มรณะ โดยมีคำขอเข้ามาเองหรือโดยที่ศาลหมายเรียกให้เข้ามา เนื่องจากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอฝ่ายเดียว คำขอเช่นว่านี้ จะต้องยื่นภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่คู่ความฝ่ายนั้นมรณะ

ถ้าไม่มีคำขอของบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หรือไม่มีคำขอของคู่ความ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายในเวลาที่กำหนดไว้ ให้ศาลมีคำสั่ง จำหน่ายคดี เรื่องนั้นเสียจากสารบบความ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 43 บัญญัติว่า ถ้าทายาทของผู้มรณะ หรือผู้จัดการทรัพย์สินมรดกของ ผู้มรณะ หรือบุคคลอื่นใดที่ปกครองทรัพย์สินมรดก ประสงค์จะขอเข้ามา เป็นคู่ความแทน ก็ให้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อการนั้น

ในกรณีเช่นนี้เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีคำขอศาลอาจสั่งให้ผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่ความแทนนั้น แสดงพยาน หลักฐานสนับสนุนคำขอเช่นว่านี้ได้ เมื่อได้แสดงพยานหลักฐาน ดังกล่าวนั้นแล้วให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตใน การที่จะเข้า มาเป็นคู่ความแทน

⁴⁸ ศนันท์กรณีย์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายข้อขยาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 409.

⁴⁹ ศศิภรณ์ นารอดภัย, "การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 60-61.

กฎหมายกำหนด สิทธิในการถอนคืนการให้ยืมระงับไปเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ภายในระยะเวลาหกเดือนนับแต่เหตุเนรคุณได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะถอนคืนการให้ หรือภายในระยะเวลาสิบปีภายหลังเกิดเหตุเนรคุณ โดยระยะเวลาดังกล่าวจะใช้บังคับกับทั้งผู้ให้รวมถึงทายาทของผู้ให้ด้วย

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร มีสัญญาให้ 4 ประเภทที่ไม่สามารถถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินेरคุณได้ตามมาตรา 535 ได้ ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง ให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ กรณีนี้เป็นการให้ที่คล้ายกับสัญญาต่างตอบแทน หรือสัญญาจ้าง แต่ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน หรือสัญญาจ้าง เนื่องจากการให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้เป็นการให้เพื่อตอบแทนที่บุคคลอื่นกระทำการบางอย่างให้แก่ผู้ให้ โดยมีได้ตกลงกันมาก่อนว่าผู้ให้จะต้องให้สิ่งใดตอบแทน เช่น การให้ทิปแก่บริกร หรือการให้สินน้ำใจแก่ผู้ที่เก็บทรัพย์สินที่หายได้ เป็นต้น

ประเภทที่สอง ให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน รายละเอียดทั้งหมดผู้เขียนจะอธิบายในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

ประเภทที่สาม การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา หมายถึง การให้ในกรณีที่ผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ แต่มีหน้าที่หรือความรู้สึกผูกพันตามศีลธรรมที่จะทำเช่นนั้น เช่น ค่าเล่าเรียนที่ผู้ปกครองจ่ายให้ผู้เยาว์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีผู้ที่ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้⁵⁰ ให้ข้อเสนอแนะซึ่งสรุปได้ว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยานั้นควรยกเลิกเสีย เพื่อให้ผู้รับยกเป็นข้ออ้างเมื่อตนประพฤตินेरคุณ ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้วที่เมื่อผู้รับประพฤตินेरคุณ โดยหลักผู้ให้ควรถอนคืนการให้ได้ ผู้รับจะอ้างว่าได้รับทรัพย์สินมาโดยหน้าที่ธรรมจรรยาไม่ได้ เนื่องจาก ผู้รับจะต้องมีหน้าที่ทางธรรมจรรยาที่ไม่ควรประพฤติดต่อกับผู้ให้ในทางเนรคุณเช่นกัน

ประเภทที่สี่ การให้ในการสมรส โดยประเพณีของไทย เมื่อมีการสมรส ญาติผู้ใหญ่ของคู่สมรสมักจะมอบทรัพย์สินแก่คู่สมรสเพื่อเป็นของขวัญ หรือเพื่อใช้ในการตั้งตัว การให้ในโอกาสพิเศษเช่นนี้จึงได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการถอนคืนการให้โดยเหตุเนรคุณ มีข้อสังเกตว่า การให้ในการสมรสนี้ จะต้องให้ก่อนหรืออย่างช้าขณะสมรส⁵¹ อย่างไรก็ดี มีอีกประเด็นที่ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ คือ การสมรสจะต้องเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่าจะต้องเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือมีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น⁵² ฝ่ายที่สอง เห็นว่า แม้จะเป็นการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ให้ก็ไม่น่าจะมีสิทธิถอนคืนการให้ได้ เนื่องจาก มาตรา 535 (4) มิได้บัญญัติว่าการสมรสจะต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54-58.

⁵¹ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 454.

⁵² ศนันท์กรณ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 402. และ สุวิทย์ นิมน้อย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 58.

เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะไม่ให้มีการถอนคืนการให้ เพราะเป็นการให้เพื่อเป็นทุนแก่คู่สมรส
นั่นเอง⁵³

เมื่อมีการถอนคืนการให้แล้ว ตามมาตรา 534 บัญญัติให้ส่งคืนทรัพย์สินที่
ให้ตามหลักลาภมิควรได้เช่นเดียวกับการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้⁵⁴ กล่าวคือ ผู้รับมีหน้าที่ที่จะต้องคืน
ทรัพย์สินที่ให้เฉพาะที่เหลืออยู่และตามสภาพเท่านั้น แต่มีข้อแตกต่างสองประการ ได้แก่ เมื่อผู้รับ
ประพฤตินิรคุณ ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้ทันที โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวหรือให้โอกาสผู้รับใน
การแก้ไขเยียวยาแต่อย่างใด และการคืนทรัพย์สินที่ให้อันเป็นผลมาจากการถอนคืนการให้ นั้นไม่มี
ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนทรัพย์สินที่จะต้องคืนแต่อย่างใด การถอนคืนการให้ มีผลครอบคลุมทรัพย์สิน
ที่ให้ทั้งหมด สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ ผู้เขียนจะอธิบายใน
หัวข้อปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่า
ภาระติดพันต่อไป

2.2.3.3 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

โดยเหตุที่การให้เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรม
สัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องนำมาปรับใช้แก่สัญญาให้ด้วย ซึ่งแนวความคิดนี้
เป็นที่ยอมรับโดยนักกฎหมายไทยทั่วไป ในกรณีนี้ ผู้เขียนได้แบ่งการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลัก
ทั่วไปออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้โดยเหตุซึ่งเกิดขึ้นก่อนหรือขณะ
ทำสัญญาให้ อันได้แก่ เหตุที่เกิดจากความบกพร่องในวัตถุประสงค์ของสัญญาให้⁵⁵ แบบของสัญญา
ให้⁵⁶ ความสามารถของคู่สัญญาให้⁵⁷ และการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาให้⁵⁸ ซึ่งเหตุเหล่านี้ย่อมส่งผล
ให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณี เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเพื่อใช้เป็นทุนในการก่อการ
ร้าย สัญญาให้นี้ย่อมตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือ ผู้รับเป็น

⁵³ ไพฑูริย์ เอกจริยากร, คำอธิบาย ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 415.

⁵⁴ แม้การถอนคืนการให้จะมีลักษณะใกล้เคียงกับการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 กล่าวคือ ผู้รับตามสัญญาให้อาจถือว่า
มีหน้าที่ที่จะต้องไม่ประพฤตินิรคุณต่อผู้ให้ ดังนั้น เมื่อผู้รับประพฤตินิรคุณนั้นย่อมเป็นการผิดสัญญาให้ ผู้ให้จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้
เพียงแต่กฎหมายได้กำหนดให้นำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้แทนกลับสู่ฐานะเดิมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม การถอนคืนการให้ก็เป็นคน
ละเรื่องกับการบอกเลิกสัญญา เนื่องจากได้มีการชำระหนี้ คือ โอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เสร็จสิ้นไปแล้ว สัญญาให้จึง
สมบูรณ์ไปแล้ว การถอนคืนการให้จึงเป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ให้แสดงเจตนาใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

โปรดดู จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้
(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 91. และ ศนันท์ภรณ์ โสถถิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชน
โรมัน, หน้า 400.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154 - 171

มิจอาชีพหลอกลวงผู้ให้ ว่าตนเจ็บป่วยร้ายแรง ผู้ให้จึงให้เงินแก่ผู้รับเพื่อใช้เป็นค่ายาด้วยความสงสาร สัญญาให้ที่เกิดขึ้นย่อมเป็นโมฆียะ เป็นต้น จะเห็นว่าสิทธิของผู้ให้ที่จะเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้ในกรณีเหล่านี้ล้วนเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายทั้งสิ้น

ประเภทที่สอง การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เมื่อผู้รับทำผิดเงื่อนไขของสัญญาให้ เช่น ผู้ให้เช่าที่ดินให้ผู้รับ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าผู้รับจะต้องใช้เป็นที่อยู่และเช่าปลูกบ้านภายใน 3 ปี ดังนั้นหากผู้รับไม่ปลูกบ้านอยู่ในที่ดินดังกล่าวภายในกำหนดตามเงื่อนไขแล้ว ผู้ให้ก็มีสิทธิเรียกที่ดินแปลงดังกล่าวคืนได้ และสิทธิดังกล่าวย่อมตกไปยังทายาทของผู้ให้ด้วย⁵⁹

แม้การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ประเภทที่สองตามความเห็นของอาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ จะมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลังอย่างมากก็ตาม แต่โดยส่วนตัวผู้เขียนก็มีความเห็นว่าสัญญาให้โดยทั่วไปไม่น่าจะมีเงื่อนไขบังคับหลังได้ สัญญาให้อาจมีเงื่อนไขบังคับหลังได้เฉพาะกรณีการให้ที่ผู้ให้ผูกพันว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆตามมาตรา 527 เท่านั้น ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการแรก หากเป็นสัญญาให้โดยทั่วไป เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แล้ว สัญญาให้ย่อมสมบูรณ์โดยทันที ไม่น่าจะสามารถกำหนดเงื่อนไขให้มีเงื่อนไขบังคับหลังต่อไปได้อีก นอกจากนี้ หากเป็นเงื่อนไขบังคับหลังและเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จ สัญญาให้ย่อมสิ้นสุดลงและทรัพย์สินที่ให้ย่อมกลับคืนสู่ผู้ให้โดยอัตโนมัติโดยที่ผู้ให้ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้แต่อย่างใด นอกจากนี้ หากสัญญาให้โดยทั่วไปสามารถมีเงื่อนไขบังคับหลังได้ ย่อมมีปัญหาว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะเช่นนี้จะใช้การคืนทรัพย์สินวิธีการใด

ประการที่สอง สำหรับการให้ที่ผู้ให้ผูกพันว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถมีเงื่อนไขบังคับหลังอันเป็นเครื่องมือกำหนดความสิ้นผลของการให้ได้ โดยเมื่อเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จ ผู้ให้ย่อมไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแก่ผู้รับอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินซึ่งได้ให้ไปก่อนที่เงื่อนไขบังคับหลังจะสำเร็จได้แต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ผู้ให้ตกลงจะให้เงินแก่ผู้รับเพื่อยังชีพเป็นรายเดือนจนกว่าบุตรของผู้รับจะสำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรี เป็นต้น

ด้วยเหตุผลทั้งสองประการ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาให้ที่มีเงื่อนไขตามตัวอย่างของอาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ ไม่น่าจะเป็นสัญญาให้ที่มีเงื่อนไข แต่เป็น “สัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ” มากกว่า ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาให้ประเภทนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์รายละเอียดในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของค่าภาระติดพัน ด้านลักษณะของภาระต่อไป

2.2.4 สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

⁵⁹ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 456-457.

2.2.4.1 ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน

โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความของ “ค่าภาระติดพัน” ตามสัญญาให้ไว้ ดังนั้น การที่จะให้ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันนั้น จึงต้องศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ซึ่งผลของการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกา ทำให้พบว่าค่าภาระติดพันตามสัญญาให้สามารถมีได้หลายลักษณะ เช่น

ลักษณะที่หนึ่ง การให้ผู้รับมีสิทธิในลักษณะที่เป็นภาระจำยอม ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิเก็บกิน ฯลฯ ในที่ดินที่ยกให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1516/2525 โจทก์ยกที่ดินพิพาทให้แก่จำเลย โดยโจทก์จดทะเบียนเป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินตลอดชีวิตของโจทก์⁶⁰ ต่อจากนั้นจำเลยได้เข้าทำนาในที่ดินที่ได้รับยกให้ และแบ่งข้าวเปลือกที่ได้จากการทำนาให้แก่โจทก์ปีละ 30 ถัง การให้ในลักษณะเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดภาระเกี่ยวกับตัวที่ดินที่โจทก์ยกให้ตลอดชีวิตของโจทก์ จึงมิใช่เป็นการให้โดยเสนหา แต่เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กับผู้รับต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 528, 529 โจทก์จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุจำเลยประพฤติเนรคุณมิได้⁶¹

ลักษณะที่สอง การกำหนดให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ให้แก่บุคคลอื่นต่อไปอีกกึ่งหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2519 สัญญาให้ที่ดิน ผู้รับให้ไม่โอนที่ดินแก่ผู้อื่นต่อไปกึ่งหนึ่งตามที่ตกลงไว้กับผู้ให้ กลับเอาที่ดินไปจำนอง ผู้ให้ฟ้องบังคับให้ผู้รับให้โอนจำนองและโอนกึ่งหนึ่งแก่คนภายนอกได้

นอกจากลักษณะของค่าภาระติดพันแล้ว การศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกายังทำให้ทราบถึงองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ด้วย ดังนี้

องค์ประกอบที่หนึ่ง ค่าภาระติดพันนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2538 การให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันนั้น สิ่งที่มีค่าภาระติดพันนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะตกลงทำสัญญาให้แก่กัน แม้จะฟังว่าจำเลยเป็นผู้ไถ่ถอนจำนองที่ดินพิพาทครั้งแรกและครั้งที่สองก่อนการให้คดีนี้แล้ว ก็เป็นเหตุการณ์คนละตอนจึงมิใช่สิ่งที่มีค่าภาระติดพันที่เกี่ยวกับการให้ที่ดินพิพาทในคดีนี้ การทำสัญญายกให้ที่ดินและบ้านพิพาทขณะที่ยังติดจำนองเป็นประกันหนี้ครั้งที่สามอันถือว่าเป็นหนี้ของจำเลยผู้รับให้โดยไม่มีไถ่ถอนจำนอง ไม่ถือว่าเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน⁶²

⁶⁰ มีข้อสังเกตว่าแม้การให้สิทธิดังกล่าวจะมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นทรัพย์สินสิทธิก็ถือว่าเป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เช่นกัน โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10344/2551 และ 2651/2543 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2520 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

องค์ประกอบที่สอง สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นสัญญาให้โดยเสนาหา โดยผู้รับมิได้เสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด แต่ผู้ให้ยังคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้บางส่วน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515 สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยมีข้อความว่า จำเลยแสดงเจตนาสละสิทธิและการครอบครอง ยกกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไป และโจทก์สัญญาว่าจะจ่ายเงินผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้นให้แก่จำเลยหนึ่งในสามจนตลอดชีวิตของจำเลย เป็นสัญญาซึ่งจำเลยมีเจตนายกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โจทก์โดยเสนาหา โดยโจทก์มิได้เสียค่าตอบแทนแต่ประการใด แต่จำเลยคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้เพียงบางส่วนเพื่อใช้สอยในระหว่างที่จำเลยยังมีชีวิตอยู่

องค์ประกอบที่สาม ค่าภาระติดพันต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5147/2537 โจทก์ยกที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยทั้งสาม โดยโจทก์ยังมีสิทธิเก็บผลประโยชน์ในที่ดินพิพาทอยู่ตลอดชีวิต แม้สิทธิดังกล่าวจะมีได้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ก็เป็นภาระเกี่ยวกับที่ดินพิพาท ถือได้ว่าเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้

ดังนั้น กรณีนอกเหนือจากองค์ประกอบดังกล่าว จึงไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 972/2508 ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นคราวๆ จากทรัพย์สินหรือได้ใช้และถือเอาประโยชน์แห่งทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ นั้น เป็นภาระที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินนั้นๆ และการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน ก็จะต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้เช่นกัน อาโอนที่ดินยกให้หลานโดยเสนาหา โดยหลายสัญญาว่าจะอุปการะเลี้ยงดูให้สิ่งจำเป็นเลี้ยงชีวิตตลอดชีวิตของอา และจะเป็นผู้ทำศพเมื่ออาวายชนม์นั้น กรณีเช่นนี้หากมีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้ไม่ จึงไม่ใช่เป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 947/2495 มารดายกที่ดินให้แก่บุตรปรากฏว่าที่ดินที่ยกให้ นั้น ติดจำนองมาก่อนทำยกให้ แต่มารดาได้ไถ่ถอนการจำนองมาแล้วจึงทำยกให้แก่บุตร และเมื่อทำยกให้แล้ว ในวันเดียวกันนั้นบุตรก็จำนองที่ดินนั้นไว้แก่ผู้มีชื่ออีกดังนี้ถือได้ว่า ขณะเมื่อยกให้กันนั้นจำนองอันติดอยู่กับที่ดินไม่มีแล้ว เพราะได้ไถ่ถอนแล้ว ฉะนั้นเมื่อภายหลังบุตรประพฤตินเรคุณ มารดาอย่าถอนคืนการให้ได้

จากลักษณะและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ที่ได้จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกา⁶³ นักกฎหมายไทยจึงสรุปความหมายของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ไว้ ดังนี้

อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์⁶⁴ เห็นว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง⁶⁵ ด้วยเหตุผลที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้โอนไปยังผู้รับแล้ว แต่มีเงื่อนไขหรือภาระการให้ที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติต่อไปเกี่ยวกับการให้นั้น ค่าภาระติดพันนี้อาจมีอยู่ก่อนการให้ หรือเป็นเงื่อนไขที่สร้างขึ้นสำหรับการให้ตนเองก็ได้ และผู้ที่รับทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพันย่อมรับเอาไปทั้งสิทธิในทรัพย์สินและหน้าที่อันจะปลดเปลื้องภาระติดพันนั้นด้วย การให้ชนิดนี้จึงเข้าทำนองเป็นสัญญาต่างตอบแทน และผิดกับการให้โดยทั่วไปซึ่งไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน⁶⁶

พระมนูภาคินวิมลศาสตร์⁶⁷ เห็นว่าผู้รับทรัพย์สินอันผู้อื่นยกให้นั้นจะต้องรับเอามาทั้งสิทธิและหน้าที่ กล่าวคือภาระติดพันอันมีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น การรับเอาทรัพย์สินที่มีภาระติดพันนั้นก็เป็นการรับโดยมีเงื่อนไขช่วยยอมผูกพันและจะปลดเปลื้องค่าภาระติดพันนั้นให้สิ้นไป หรือผู้รับยอมผูกพันตนที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่ง การผูกพันนี้ก็เป็นภาระติดพัน การให้ทรัพย์สินที่มีภาระติดพันเข้าทำนองเป็นสัญญาต่างฝ่ายต่างตอบแทน

ส่วนผู้ที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับสัญญาให้ก็ได้ให้ความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เป็นการให้ทรัพย์สินที่มีภาระติดพันมาด้วยตัวทรัพย์สินมีภาระที่อยู่นอกตัวทรัพย์สิน ซึ่งผู้รับการให้จะต้องปลดเปลื้องภาระที่ติดพันมาด้วยตัวทรัพย์สินนี้ และภาระที่ติดพันมาด้วยตัวทรัพย์สินนี้อาจมีมา

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งเพื่อให้ผู้อ่านได้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เบื้องต้น จากการศึกษาผู้เขียนพบว่ายังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับค่าภาระติดพันตามสัญญาให้อื่นๆ อีก แต่คำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านั้นมีแนวโน้มที่ค่อนข้างขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้นำเสนอไป ซึ่งเป็นที่มาของปัญหาอันเป็นประเด็นสำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้น ผู้เขียนจะนำเสนอคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนที่เหลือในหัวข้อปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน และในบทวิเคราะห์ต่อไป

⁶⁴ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 429-430.

⁶⁵ โดยปกตินิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับหลัง นิติกรรมนั้นย่อมสิ้นผลเมื่อเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จ ย่อมหมายความว่าเมื่อเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จสัญญาให้ย่อมสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ ผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ทั้งหมด จะเห็นได้ว่าผลที่เกิดขึ้นจากความสำเร็จของเงื่อนไขบังคับหลังนั้นแตกต่างกับผลแห่งการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ซึ่งมีได้ส่งผลให้สัญญาให้สิ้นสุดลงทันทีแต่อย่างใด การละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ให้ในการที่จะเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้แก่เฉพาะส่วนที่ควรจะไปชำระค่าภาระติดพันภายใต้หลักกฎหมายได้เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ทั้งหมดแต่อย่างใด นอกจากนี้ การละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันนั้นจะต้องเกิดจากการกระทำของผู้รับเป็นหลัก เช่น ผู้รับไม่แบ่งผลประโยชน์แก่ผู้ให้ตามสัดส่วนที่กำหนด เป็นต้น แต่เงื่อนไขบังคับหลังนั้นไม่จำเป็นต้องสำเร็จด้วยการกระทำของผู้รับเสมอไป ความสำเร็จของเงื่อนไขบังคับหลังอาจมีได้ขึ้นอยู่กับกระทำของผู้รับเลยก็ได้ เช่น ผู้ให้ตกลงจะให้เงินแก่ผู้รับเพื่อยืมเป็นรายเดือนจนกว่าบุตรของผู้รับจะสำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรี เป็นต้น ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันไม่ใช่การให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลังแต่อย่างใด

⁶⁶ อาจารย์สุวิทย์ นิ่มน้อย มีความเห็นในลักษณะเดียวกัน โปรดดู สุวิทย์ นิ่มน้อย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้, หน้า 244.

⁶⁷ พระมนูภาคินวิมลศาสตร์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2477), หน้า 81.

ก่อนที่จะทำการให้ หรือมีโดยการกำหนดของผู้ให้ก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องมีอยู่ในขณะตกลงทำสัญญาให้⁶⁸ โดยภาระติดพันนี้อาจเป็นการตัดทอนสิทธิบางประการที่ผู้รับพึงจะได้ในทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวนก็ได้⁶⁹

แม้ในภาพรวมค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยจะมีความหมายตามที่ได้ นิยามไว้ข้างต้น แต่ในบางประเด็นก็ยังมีความเห็นของนักกฎหมายท่านอื่นที่แตกต่างกันอยู่ โดย ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์⁷⁰ เห็นว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นหมายถึงการให้ที่มีภาระ ติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้ อย่างไรก็ตาม การมีภาระติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้นี้ ไม่ทำให้การให้ทรัพย์สินที่มีค่า ภาระติดพันกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนไป เนื่องจากภาระที่ผู้รับต้องปลดเปลื้องนี้ ผู้รับไม่ต้องควัก ภาระเอาตนเองออกมาเพื่อตอบแทนการให้ แต่เป็นภาระที่ผู้รับสามารถนำสิ่งที่ได้รับการให้มาปลด เปลื้องได้อยู่แล้ว นอกจากนี้ แม้ผู้รับจะมีหน้าที่ต้องชำระค่าภาระติดพันตามข้อตกลงในสัญญา แต่ หน้าที่ชำระค่าภาระติดพันดังกล่าวก็หาใช่การชำระหนี้ตอบแทนการให้ทรัพย์สินไม่ เพราะกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่ให้ได้ออนไปยังผู้รับแล้ว เพียงแต่ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระค่าภาระติดพันตาม เงื่อนไขที่ผู้รับตกลงไว้กับผู้ให้เท่านั้น⁷¹

จากที่นำเสนอมาทั้งหมด หากสังเกตจะพบว่าคดีเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่า ภาระติดพันที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาล้วนเป็นคดีเกี่ยวกับที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า หากเป็นสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจะสามารถมีค่าภาระติดพันได้หรือไม่ ซึ่ง ความเห็นทางวิชาการมีแนวโน้มไปในแนวทางว่าค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์ได้ โดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร เห็นว่า มาตรา 528 ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งครอบคลุมทั้ง สังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ หากมาตรา 528 ต้องการให้ใช้เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ก็ควรจะมี การระบุเช่นนั้นไว้เป็นการชัดเจน ตัวอย่างเช่น การให้เงินโดยมีเงื่อนไขว่าผู้รับจะต้องเอาเงินนั้นไปเป็น ทุนการศึกษาให้เด็กกำพร้า⁷² เป็นต้น

เมื่อพิจารณามาตรา 528 จะพบคำว่า “ชำระ” (Perform) จึงอาจทำให้เกิด คำถามว่าค่าภาระติดพันเป็นหนี้ (Obligation/ performance) หรือไม่ สาเหตุที่มาของคำถามนี้ก็ เนื่องมาจากหลักทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาให้นั้น “ไม่ก่อนนี้” กล่าวคือสัญญาให้ย่อมสมบูรณ์ ด้วยการส่งมอบ เมื่อผู้ให้ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แล้วสัญญาให้ย่อมสมบูรณ์ทันที ผู้ให้และผู้รับไม่มีหนี้ ไตๆต่อกันอีก ดังนั้น การมีอยู่ของค่าภาระติดพันซึ่งผู้รับจะต้องชำระภายหลังจากการส่งมอบทรัพย์สิน

⁶⁸ อีราพร ดิษยาธิคม, "ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 153-154.

⁶⁹ ศศิกรณ นารอดภัย, "การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้," หน้า 23.

⁷⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายข้อหา แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 414.

⁷¹ ประดิษฐ์ เอกมณี, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532

⁷² ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยข้อหา แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 430-431.

ที่ให้จึงขัดกับลักษณะทั่วไปของสัญญาให้อย่างชัดเจน และหากค่าภาระติดพันเป็นหนี้ ก็จำเป็นจะต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้มาปรับใช้กับค่าภาระติดพันด้วย

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่ามีความเห็นที่ว่าค่าภาระติดพันเป็นหนี้และค่าภาระติดพันไม่เป็นหนี้ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรมการร่างกฎหมาย กองที่ 7) ได้วินิจฉัยว่าค่าภาระติดพันไม่ใช่หนี้ เนื่องจาก “หนี้สินนั้นเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ และมีชื่อเรียกเอาแก่ผู้รับทรัพย์ที่ให้แก่ต้องเรียกเอากับลูกหนี้ เพราะผู้รับมีใช้ลูกหนี้ด้วยเหตุนี้ภาระติดพันจึงเกิดจากสัญญาระหว่างผู้ให้กับผู้รับทรัพย์สินตกลงกันให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันแก่ผู้ให้หรือแก่บุคคลภายนอก”⁷³ อย่างไรก็ตาม ในทางตรงข้ามก็มีแนวความคิดของผู้ที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้⁷⁴ ซึ่งเห็นตรงข้ามว่าค่าภาระติดพันเป็นหนี้ที่ผู้รับจะต้องชำระเพราะไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรค่าภาระติดพันก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้รับในอันที่จะต้องปฏิบัติตามการอย่างไรก็ตามที่ได้ตกลงไว้อยู่ดี ถึงแม้ว่าการที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามนั้นจะไม่กระทบถึงทรัพย์สินในกระเป๋าของผู้รับแต่เดิมก่อนที่จะรับการให้มาก็ตาม⁷⁵

2.2.4.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

เมื่อผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้ตามมาตรา 528 วรรค 1 โดยใช้เงื่อนไขอันระบุไว้ในกรณีสิทธิเลิกสัญญาต่างตอบแทนกันมาบังคับ⁷⁶ กล่าวคือ ก่อนที่จะเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้นั้นผู้ให้จะต้องบอกกล่าวเพื่อให้ผู้รับมีโอกาสชำระค่าภาระติดพันในระยะเวลาอันเหมาะสมเสียก่อน หากผู้รับยังคงละเลยไม่ชำระค่า

⁷³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกเรื่อง การตีความปัญหาข้อกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 (11) และมาตรา 1611 (2) (กรณีผู้เยาว์ขอรับมรดกระหว่างจำนอง) เลขเสร็จ 24/2520 เดือนเมษายน 2520" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2559. แหล่งที่มา: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2520&lawPath=c1_0024_2520

⁷⁴ ธีราพร ดิษยาธิคม, "ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้," หน้า 159.

⁷⁵ สำหรับปัญหาว่าค่าภาระติดพันเป็นหนี้หรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นดังนี้

ประการแรก ค่าภาระติดพันเป็นหนี้ที่ผู้รับจะต้องชำระ เพราะหากค่าภาระติดพันไม่ใช่หนี้ย่อมเกิดปัญหาว่าสิ่งที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามนั้นมีสถานะตามกฎหมายอย่างไร แต่หนี้ค่าภาระติดพันนั้นเป็นหนี้ที่แยกออกมาจากสัญญาให้ต่างหาก จะเห็นได้จากการที่ มาตรา 528 ใช้คำว่า ให้ “สิ่ง” ซึ่งมีค่าภาระติดพัน ซึ่งสามารถสื่อได้ว่าภาระติดพันเป็นภาระที่มีความเชื่อมโยงกับทรัพย์สินที่ให้เป็นสิ่งสำคัญ ไม่ใช่หนี้ตามสัญญาให้ ดังนั้น แม้ว่าสัญญาให้จะสมบูรณ์ไปแล้ว แต่หนี้ค่าภาระติดพันซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับสัญญาให้นั้นก็ยังคงมีอยู่ต่อไป

ประการที่สอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 528 บัญญัติว่า "...ถ้าผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพัน...ผู้ให้ จะเรียกให้ส่งทรัพย์สินที่ให้นั้นคืนตามบทบัญญัติว่าด้วยคืนลาภมิควรได้นั้นก็ได้..." ย่อมแสดงให้เห็นว่านอกเหนือจากสิทธิที่จะเรียกให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ให้คืน ผู้ให้ยังมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันได้ด้วย กล่าวคือ ผู้ให้ยังมีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หนี้ของผู้รับที่จะต้องชำระค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนี้เป็นหนี้ที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวคือ เป็นหนี้ที่ไม่สามารถกำหนดจำนวนหนี้ที่จะต้องชำระตลอดจนระยะเวลาที่จะต้องชำระหนี้ได้แน่นอนตายตัวได้ สอดคล้องกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทวิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่อไป

⁷⁶ ในทำนองเดียวกับที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปแล้วในหัวข้อการถอนคืนการให้ การเรียกให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ให้มีใช้การบอกเลิกสัญญา แต่เป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ให้เห็นเจตนาใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

ภาระติดพันอีกผู้ให้จึงเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้⁷⁷ และเมื่อมีการเรียกให้คืนทรัพย์สินแล้ว ผู้รับต้องคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้เพียงเท่าที่ผู้ให้ควรจะได้เอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น ผู้รับไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินที่ให้เต็มจำนวนแต่อย่างใด เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ 10 ไร่ โดยจดทะเบียนภาระจำยอมที่ดิน 1 ไร่ หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ย่อมมีสิทธิเรียกให้คืนที่ดินได้เฉพาะส่วนที่มีภาระจำยอม 1 ไร่ เท่านั้น⁷⁸ นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้จะถูกนำมาปรับใช้ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ผู้เขียนจะอธิบายในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันต่อไป

แต่หากผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันนั้นไม่ใช่ผู้ให้แต่เป็นบุคคลภายนอก ผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้⁷⁹ ทั้งนี้ ตามมาตรา 528 วรรค 2 เป็นเรื่องของบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิที่จะต้องเรียกร้องตามสิทธิของตนกับผู้รับเองหากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน⁸⁰ แต่บุคคลภายนอกผู้มีสิทธินั้นก็ไม่มีสิทธิเรียกให้มีการคืนทรัพย์สินกลับไปสู่ผู้ให้ได้

⁷⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387

⁷⁸ สำหรับการคืนทรัพย์สิน "เพียงเท่าที่ควรจะได้เอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าภาระติดพัน" นั้น หากพิจารณาแล้วจะพบว่ามิประเด็นปัญหาหากทรัพย์สินที่ให้เป็นทรัพย์สินแบ่งไม่ได้ และค่าภาระติดพันครอบคลุมทรัพย์สินที่ให้นั้นทั้งหมด ตัวอย่างเช่น ผู้ให้รถยนต์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องยินยอมให้ผู้ให้ได้ใช้รถยนต์ดังกล่าวขับไปพบแพทย์ประจำตัวของผู้ให้เป็นประจำทุกเดือน จนกว่าจะครบกำหนดการรักษาสามปี

หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน กล่าวคือไม่ยินยอมให้ผู้ให้ใช้รถยนต์ตามที่ตกลงกันไว้ และผู้ให้เรียกให้ผู้รับส่งรถยนต์ที่คืน ย่อมมีคำถามว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้นั้นกรณีนี้จะกระทำอย่างไร เพราะหากได้คำนวณค่าใช้จ่ายซึ่งผู้ให้จะต้องเสียไปในการเดินทางไปพบแพทย์โดยไม่มียอดที่ให้จ่ายดังกล่าวรวมกันแล้วก็ยังมีจำนวนต่ำกว่ามูลค่าของรถยนต์ที่ให้ทั้งคันมาก ดังนั้น หากผู้รับต้องคืนรถยนต์ทั้งคันแก่ผู้ให้ อาจเกิดคำถามว่าผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้เกินกว่าที่ผู้ให้ควรจะได้ไปชำระค่าภาระติดพันหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นผู้รับควรชำระเพียงค่าใช้จ่ายที่ผู้ให้จะต้องเสียไปซึ่งเป็นผลจากการไม่ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้นหรือไม่

ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับไม่สามารถปฏิเสธการคืนรถยนต์ทั้งคันด้วยเหตุผลดังกล่าวได้ ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการแรก การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นชัดเจนว่าให้ความสำคัญกับการคืนทรัพย์สินที่ให้เป็นหลัก ไม่ใช่มูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ให้หรือมูลค่าของค่าภาระติดพันแต่อย่างใด

ประการที่สอง ผู้รับย่อมทราบที่อยู่แล้วว่าตนมีค่าภาระติดพันที่จะต้องชำระอย่างไรบ้าง ดังนั้น หากยินยอมให้มีการตั้งมูลค่าของค่าภาระติดพันเพื่อให้ผู้รับหลีกเลี่ยงไม่ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ นอกจากนี้จะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ยังเป็นการเปิดช่องให้ผู้รับสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อเอาเปรียบผู้ให้ได้ โดยผู้รับสามารถตั้งมูลค่าของค่าภาระติดพันและเลือกได้ว่าคืนทรัพย์สินที่ให้ หรือการชำระมูลค่าแห่งค่าภาระติดพันนั้นทำให้ตนเสียหายน้อยกว่า

⁷⁹ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการปรับใช้มาตรา 528 วรรค 2 อย่างเคร่งครัดว่าสิทธิของผู้ให้ที่จะเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้อยู่ระงับไปในทุกกรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพัน อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ ในกรณีที่บุคคลภายนอกดังกล่าวไม่สามารถระบุตัวตนได้แน่ชัด เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับนำผลผลิตที่ได้จากที่ดินนั้นบางส่วนไปบริจาค โดยไม่ได้ระบุว่าจะให้บริจาคที่วัดหรือที่อื่นใด จะเห็นว่าตัวบุคคลภายนอกที่ผู้รับจะชำระค่าภาระติดพันให้ไม่แน่นอน ผู้รับอาจทำการบริจาคที่วัดก็ได้หรือสถานที่อื่นก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม หรือแม้สามารถระบุตัวตนของบุคคลภายนอกได้แน่ชัด แต่บุคคลภายนอกนั้นมิได้รู้ถึงสิทธิที่ตนมีก็มีปัญหาเช่นกัน เช่น ผู้ให้ระบุชัดเจนว่าให้ผู้รับบริจาคผลผลิตบางส่วนแก่วัดประจำจังหวัด แต่ไม่มีบุคคลใดในวัดดังกล่าวทราบถึงข้อตกลงระหว่างผู้ให้และผู้รับเลย เป็นต้น จากตัวอย่างที่แสดงจะเห็นว่าถ้าบังคับตามมาตรา 528 วรรค 2 อย่างเคร่งครัด แม้ผู้รับจะละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิถอนคืนการให้ได้เลย

แม้ตามตัวอย่างข้างต้นอาจถือได้ว่าผู้ให้เป็นผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันที่แท้จริง เพียงแต่ผู้รับมีหน้าที่ส่งมอบผลประโยชน์ของผู้ให้ไปยังบุคคลภายนอกโดยตรงแทนผู้ให้เท่านั้นก็ตาม แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนและป้องกันกรณีเป็นที่สงสัย ผู้เขียนจึงเห็นว่าสิทธิของผู้ให้ตามมาตรา 528 วรรค 2 ควรจะระงับไปเฉพาะเมื่อบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิในค่าภาระติดพันสามารถระบุตัวตนได้แน่นอน และบุคคลภายนอกดังกล่าวรู้หรือควรจะได้รู้ถึงสิทธิของตนแล้วด้วยเท่านั้น

⁸⁰ ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิของบุคคลภายนอกนั้นเป็นสิทธิตามสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันก็ไม่มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ได้ หากค่าภาระติดพันนั้นก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับมากกว่าราคาของทรัพย์สินที่ให้ เพราะหากเป็นเช่นนั้นและผู้รับยังมีหน้าที่จะต้องชำระค่าภาระติดพันต่อไปอีก ย่อมเท่ากับว่าผู้รับมิได้รับสิ่งใดจากผู้ให้เลย ในทางกลับกันผู้รับยังเปลี่ยนฐานะจากผู้รับเป็นผู้ให้อีกด้วย ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้มาตรา 529 จึงกำหนดให้ผู้รับต้องชำระค่าภาระติดพันเพียงไม่เกินราคาทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น

ในทำนองเดียวกัน ผู้ให้ซึ่งปกติไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิของทรัพย์สินที่ให้แต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตลอดจนการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ด้วยตามมาตรา 530 แต่ความรับผิดของผู้ให้ นั้นถูกจำกัดไว้ไม่เกินจำนวนค่าภาระติดพันเท่านั้น ซึ่งตัวอย่างที่พบเห็นได้บ่อยครั้งในตำราคือ การกำหนดให้ผู้รับมีหน้าที่ชำระภาษีที่ยังค้างอยู่⁸¹ เช่น ผู้ให้เช่าบ้านและที่ดินให้ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องชำระภาษีโรงเรือนและที่ดินที่ยังค้างชำระอยู่ ในเวลาต่อมาหลังจากที่ผู้รับได้ชำระภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ปรากฏว่าบ้านและที่ดินดังกล่าวถูกรอนสิทธิโดยบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิดีกว่า กรณีเช่นนี้ผู้ให้จะต้องรับผิดชอบในการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ แต่ความรับผิดของผู้ให้ย่อมถูกจำกัดให้ไม่เกินค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินที่ผู้รับได้ชำระไปแล้วนั่นเอง⁸²

2.2.5 ภาษีกับสัญญาให้

สัญญาให้ก็เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่อยู่ในข่ายจะต้องเสียภาษี โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษีเงินได้ เนื่องจากทำให้เข้าลักษณะเป็นการขายแม้จะไม่มีค่าตอบแทนก็ตาม ดังนั้น ย่อมถือว่าผู้รับเป็นผู้มีเงินได้พึงประเมิน⁸³ ประเภทเงินได้อื่นๆตามมาตรา 40 (8) แห่งประมวลรัษฎากร จึงมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้ โดยในอดีตนั้นมีข้อยกเว้นสำหรับเงินได้ที่ได้รับการอุปการะโดยหน้าที่ธรรมจรรยา เงินได้ที่ได้รับการรับมรดก หรือจากการให้โดยเสนหาเนื่องในพิธีหรือตามโอกาสแห่ง

⁸¹ สหัทธ สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 3 ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 177.

⁸² ผู้เขียนเห็นว่าสัญญานี้ไม่ใช่สัญญาให้แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ในลักษณะของสัญญาแลกเปลี่ยน ดังนั้น ภาษีโรงเรือนและที่ดินตามตัวอย่างนี้จึงไม่ใช่ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ ด้วยเหตุนี้ เจ้าของบ้านเดิมจึงต้องรับผิดชอบในการรอนสิทธิโดยไม่จำกัดจำนวน โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์รายละเอียดไว้ในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน ด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะทำสัญญาให้ต่อไป

⁸³ มาตรา 39 ในหมวดนี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

"เงินได้พึงประเมิน" หมายความว่า เงินได้อื่นเข้าลักษณะพึงเสียภาษีในหมวดนี้ เงินได้ที่กล่าวนี้ให้หมายความรวมถึงตลอดถึงทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับ ซึ่งอาจคิดคำนวณได้เป็นเงิน เงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา 40 และเครดิตภาษีตามมาตรา 47 ทวิ ด้วย

"ขาย" หมายความว่ารวมถึง ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ โอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าด้วยวิธีใด และไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ แต่ไม่รวมถึง

(1) ขาย แลกเปลี่ยน ให้ หรือโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจที่มีไม่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และราคาหรือมูลค่าตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

(2) การโอนโดยทางมรดกให้แก่ทายาท ซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์

ชนบธรรมเนียมประเพณีเป็นเงินได้ประเภทที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องคำนวณรวมเพื่อเสียภาษีเงินได้ตามมาตรา 42 (10) แห่งประมวลรัษฎากร รวมไปถึงการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเองโดยไม่มีค่าตอบแทน ซึ่งไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมด้วย⁸⁴ แต่ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2559 เป็นต้นมา ด้วยอำนาจของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ. 2558 ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 42 (10) โดยกำหนดให้เฉพาะเงินได้ที่ได้รับการรับมรดกเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ ส่วนเงินได้ประเภทที่ได้รับการอุปการะโดยหน้าที่ธรรมจรรยา หรือจากการให้โดยเสนหาเนื่องในพิธีหรือตามโอกาสแห่งชนบธรรมเนียมประเพณีนั้นได้รับยกเว้นเพียงไม่เกินจำนวนที่กฎหมายกำหนด โดยถูกบัญญัติเป็นอนุมาตราใหม่ในมาตรา 42 ดังนี้

“(26) เงินได้จากการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าตอบแทนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม เฉพาะเงินได้ในส่วนที่ไม่เกินยี่สิบล้านบาทตลอดปีภาษีนั้น

(27) เงินได้ที่ได้รับการอุปการะหรือจากการให้โดยเสนหาจากบุพการี ผู้สืบสันดานหรือคู่สมรส เฉพาะเงินได้ในส่วนที่ไม่เกินยี่สิบล้านบาทตลอดปีภาษีนั้น

(28) เงินได้ที่ได้รับการอุปการะโดยหน้าที่ธรรมจรรยาหรือจากการให้โดยเสนหาเนื่องในพิธีหรือตามโอกาสแห่งชนบธรรมเนียมประเพณี ทั้งนี้ จากบุคคลซึ่งมิใช่บุพการี ผู้สืบสันดานหรือคู่สมรส เฉพาะเงินได้ในส่วนที่ไม่เกินสิบล้านบาทตลอดปีภาษีนั้น

(29) เงินได้ที่ได้รับการให้โดยเสนหาที่ผู้ให้แสดงเจตนาหรือเห็นได้ว่ามีความประสงค์ให้ใช้ เพื่อประโยชน์ในกิจการศาสนา กิจการศึกษา หรือกิจการสาธารณประโยชน์ ตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

กล่าวโดยสรุปคือ ขอบเขตของสัญญาให้ที่ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นั้นถูกจำกัดลงซึ่งมีสาเหตุโดยหลักคือการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรให้มีความสอดคล้องกันนั่นเอง⁸⁵

นอกเหนือจากภาษีเงินได้แล้ว สัญญาให้ยังอาจเข้าข่ายต้องเสียภาษีประเภทอื่นๆ ด้วย เช่น สัญญาให้ที่ดิน อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากการให้เข้าลักษณะเป็นการขายไม่ว่าจะมีประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ ตามมาตรา 91/1 (4)⁸⁶ ในทำนองเดียวกับที่บัญญัติ

⁸⁴ กรมสรรพากร, "คำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 100/2543 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและอากรแสตมป์ กรณีการขาย การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ ข้อ 10" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/3554.0.html>

⁸⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ. 2558

⁸⁶ มาตรา 91/1 (4) "ขาย" หมายความว่ารวมถึงสัญญาจะขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ ให้เช่าซื้อหรือจำหน่ายจ่ายโอน ไม่ว่าจะมีประโยชน์ตอบแทนหรือไม่

ไว้ในมาตรา 39 ดังนั้น หากสัญญาให้ได้กระทำขึ้นภายใน 5 ปี นับแต่ผู้ให้ได้รับที่ดินนั้นมาย่อมถือว่าเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำหรือหากำไร ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะด้วย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น เช่น ที่ดินที่ให้เป็นที่ดินที่ใช้เป็นสถานที่อยู่อาศัยอันเป็นแหล่งสำคัญที่ผู้ให้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้อสังหาริมทรัพย์ หรือเป็นการให้โดยไม่มีค่าตอบแทนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ ตามมาตรา 91/2 (6) แห่งประมวลรัษฎากร⁸⁷ ประกอบมาตรา 4 (6) แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ทางค้ำหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541⁸⁸

สำหรับการถอนคืนการให้ นั้น ก็เข้าข่ายที่จะต้องเสียภาษีไม่ต่างกับกรณีของสัญญาให้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างอื่นหรือไม่ หรือภาษีธุรกิจเฉพาะก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากกรมสรรพากรได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าการถอนคืนการให้ตามคำสั่งศาลที่อยู่ในขอบเขตของการขายตามประมวลรัษฎากรเช่นเดียวกับการให้ตนเอง⁸⁹ ซึ่งกรมที่ดินก็ได้นำแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรมาออกเป็นหนังสือเวียนไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด เพื่อให้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ที่ดินในแต่ละท้องที่ทราบและถือปฏิบัติให้ถูกต้องตรงกันด้วย⁹⁰

2.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

2.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน

ตามที่ได้อธิบายไปแล้วว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันไว้โดยชัดแจ้ง ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันที่

⁸⁷ มาตรา 91/2 ภายใต้บังคับมาตรา 91/4 การประกอบกิจการดังต่อไปนี้ในราชอาณาจักร ให้อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามบทบัญญัติในหมวดนี้

(6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำหรือหากำไร ไม่ว่าจะอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้อสังหาริมทรัพย์นั้นได้มาโดยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ เฉพาะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

⁸⁸ มาตรา 4 ให้การขายอสังหาริมทรัพย์เฉพาะที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและ นิติกรรมดังต่อไปนี้ เป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำหรือหากำไรที่ต้องเสียภาษี ธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

(6) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) (3) (4) หรือ (5) ที่ได้กระทำภายในห้าปีนับแต่วันที่ได้อสังหาริมทรัพย์นั้น เว้นแต่

(ค) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นสถานที่อยู่อาศัยอันเป็นแหล่ง สำคัญที่ผู้ขายมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรเป็นเวลา ไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้อสังหาริมทรัพย์นั้น ในกรณีที่ดินและอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างตาม (ค) ได้มาไม่พร้อมกัน กำหนดเวลาห้าปีตามความใน (6) ให้ถือตามระยะเวลาการได้มาซึ่งที่ดินหรืออาคาร หรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้มาภายหลัง

(ง) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์โดย ไม่มีค่าตอบแทนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม

⁸⁹ กรมสรรพากร, "ข้อหารือกรมสรรพากร เลขที่ กค 0811/ก.191 ลงวันที่ 12 เมษายน 2545" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/25115.0.html>

⁹⁰ กรมที่ดิน, "หนังสือเวียนกรมที่ดิน ที่ มท 0501/ว 33241 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2545 เรื่อง การขอความเข้าใจกรณี ศาลมีคำพิพากษาให้ถอนคืนการให้ที่ดิน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา: http://www.dol.go.th/registry/images/medias/registry/file/circular_letter/2545/33241.pdf

นักกฎหมายไทยเข้าใจกันในปัจจุบันเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นหลัก และนักกฎหมายแต่ละท่านก็ได้นำแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเหล่านั้นมาสรุปรวบรวมเป็นความหมายของคำภะระติดพันตามที่ปรากฏในตำราในปัจจุบัน ซึ่งในภาพรวมก็มีความเห็นไปในทำนองเดียวกันยกเว้นในส่วน of สถานะความเป็นสัญญาต่างตอบแทนของสัญญาให้ที่มีคำภะระติดพันที่ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่บ้าง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่ากรณีนี้ได้เป็นดังเช่นที่เข้าใจกันเสมอไป เพราะเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว จะพบว่ามีการตีความคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นๆอีกซึ่งมิได้เป็นไปตามความหมายและองค์ประกอบที่สรุปจากความเห็นในทางวิชาการและคำพิพากษาศาลฎีกาตามที่ได้อธิบายไปแล้วหลายกรณี จึงก่อให้เกิดประเด็นคำถามอันเป็นที่มาของปัญหาว่าความหมายและองค์ประกอบของคำภะระติดพันตามกฎหมายไทยแท้จริงแล้วเป็นตามที่ได้เข้าใจและยอมรับกันในปัจจุบันหรือไม่ อย่างไร หากไม่เป็นเช่นนั้นอะไรคือความหมายและองค์ประกอบที่แท้จริงของคำภะระติดพัน รวมไปถึงคำถามที่ว่าสังหาริมทรัพย์สามารถมีคำภะระติดพันได้หรือไม่ ซึ่งคำถามทั้งหมดยังล้วนยังปราศจากคำตอบที่ชัดเจนทั้งสิ้น

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาให้ที่มีคำภะระติดพันยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ซึ่งผู้เขียนขอเสนอรายละเอียดของปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของคำภะระติดพันโดยแบ่งเป็นหัวข้อย่อย ดังนี้

2.3.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่สามารถมีคำภะระติดพันได้

แม้ในปัจจุบันจะเป็นที่ยอมรับกันว่าคำภะระติดพันสามารถมีได้ในสังหาริมทรัพย์ แต่ตามที่ได้อธิบายไปแล้วว่าสำหรับสังหาริมทรัพย์รวมถึงสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้น ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าจะสามารถมีคำภะระติดพันได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้เป็นปัญหาซึ่งสมควรจะหาคำตอบเป็นอย่างมาก เพราะหากปฏิเสธว่าสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษไม่สามารถมีคำภะระติดพันได้ ก็จำเป็นจะต้องอธิบายให้ได้ว่า หากมีการตีสัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่มีข้อกำหนดในลักษณะคล้ายคลึงกับคำภะระติดพัน ข้อกำหนดเช่นนั้นจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ในทางตรงข้าม หากยอมรับว่าสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษสามารถมีคำภะระติดพันได้เช่นเดียวกับอสังหาริมทรัพย์ ก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ โดยผู้เขียนขอใช้ตัวอย่างต่อไปนี้เพื่ออธิบายให้เห็นถึงปัญหา

ผู้ให้เช่ารถยนต์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับจะต้องอนุญาตให้ผู้ให้เช่าและบริวารของผู้ให้เช่าสามารถยืมใช้รถยนต์คันดังกล่าวได้เป็นครั้งคราว ต่อมาผู้รับไม่สามารถให้ผู้ให้เช่ายืมใช้รถยนต์ตามที่ได้ตกลงกัน เนื่องจากหลายสาเหตุ ดังนี้

สาเหตุที่หนึ่ง เหตุอันไม่ใช่ความผิดของผู้รับ เช่น รถยนต์คันดังกล่าวถูกลักขโมย หรือประสบอุบัติเหตุเสียหายทั้งคันโดยที่ผู้รับได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมแล้ว หากข้อกำหนดอนุญาตให้ใช้รถยนต์นี้เป็นค่าภาระติดพัน ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ถือไม่ได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้จึงไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้รับคืนรถยนต์ตามมาตรา 528 หรือเรียกร้องสิ่งใดจากผู้รับได้ และผู้รับย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใดๆต่อผู้ให้อีกต่อไป ทั้งนี้ เพราะรถยนต์ที่ได้ให้สูญหายไปทั้งหมดแล้ว ย่อมพ้นวิสัยที่ผู้รับจะชำระค่าภาระติดพัน นอกจากนี้ แม้จะความเสียหายในรถยนต์นั้นจะเกิดจากบุคคลภายนอก และผู้รับได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลภายนอกนั้นก็ตาม ผู้เขียนก็เห็นว่าผู้รับก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยอะไรให้แก่ผู้ให้ ทั้งนี้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ได้โอนมายังผู้รับแล้ว เพราะหากผู้รับจะต้องให้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับมาจากบุคคลภายนอกแก่ผู้ให้ ย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่ผู้รับต้องคืนรถยนต์ดังกล่าวแก่ผู้ให้เสมือนว่าผู้รับเป็นฝ่ายละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเลย

สาเหตุที่สอง เหตุอันเป็นความผิดของผู้รับ เช่น ผู้รับไม่อนุญาตให้ผู้ให้ใช้รถยนต์เอง หรือผู้รับไม่บำรุงรักษารถยนต์ตามปกติจนไม่สามารถใช้การได้ หากข้อกำหนดอนุญาตให้ใช้รถยนต์เป็นค่าภาระติดพันได้ อาจถือได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีสิทธิเรียกให้ผู้รับคืนรถยนต์ได้ตามมาตรา 528 และผู้ให้ก็ได้รับรถยนต์คืนตามหลักลาภมิควรได้ คือ รับรถยนต์กลับไปตามสภาพนั่นเอง ซึ่งก็เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่กรณีจะเป็นอย่างไรหากผู้รับไม่เพียงแต่ไม่อนุญาตให้ผู้ให้ใช้รถยนต์ที่ให้ แต่กลับโอนรถยนต์ให้แก่บุคคลภายนอก แม้จะถือได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเช่นเดียวกับการที่ผู้รับไม่อนุญาตให้ผู้ให้ใช้รถยนต์เอง หรือผู้รับไม่บำรุงรักษารถยนต์ตามปกติจนไม่สามารถใช้การได้ก็ตาม แต่เมื่อผู้ให้เรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้ ก็ไม่เหลือทรัพย์สินใดๆให้คืนแก่ผู้ให้อีกต่อไปแล้ว เว้นแต่ในการโอนนั้น ผู้รับได้รับทรัพย์สินสิ่งใดตอบแทนมา ผู้ให้ก็อาจให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ได้รับมานั้นแทนการคืนรถยนต์ที่ให้ได้ ตามหลักการช่วงทรัพย์ตามมาตรา 226 แต่หากเป็นการโอนให้โดยปราศจากค่าตอบแทน นอกจากผู้ให้จะเสียประโยชน์ที่ควรจะได้ใช้รถยนต์แล้ว ผู้ให้ย่อมไม่สามารถเรียกร้องสิ่งใดจากผู้รับได้เลยอีกด้วย รายละเอียดเกี่ยวกับปัญหาในการคืนทรัพย์สินที่ให้ผู้เขียนจะอธิบายในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ผู้ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเพิ่มเติมต่อไป

ในทางตรงข้าม หากข้อกำหนดอนุญาตให้ใช้รถยนต์ไม่ใช่ค่าภาระติดพัน โดยถือว่าข้อตกลงนี้เป็นข้อสัญญาให้อย่างหนึ่ง กรณีที่ผู้รับไม่สามารถให้ผู้ให้ยืมใช้รถยนต์ตามที่ได้ตกลงกันนั้นไม่ใช่ความผิดของผู้รับ ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับย่อมหลุดพ้นจากการชำระค่าภาระติดพัน และผู้ให้ย่อมไม่สามารถเรียกร้องสิ่งใดจากผู้รับได้ แม้ความเสียหายในรถยนต์นั้นจะเกิดจากบุคคลภายนอก และผู้รับได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลภายนอกก็ตาม เช่นเดียวกับกรณีนี้ถือว่าข้อตกลงอนุญาตให้ใช้รถยนต์นี้เป็นค่าภาระติดพันนั่นเอง

แต่หากผู้รับไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงโดยความผิดของตนเอง ย่อมถือว่าผู้รับ ผิดสัญญา ผู้ให้อาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 386 ส่งผลให้ผู้สัญญา กลับสู่ฐานะเดิมตาม มาตรา 391 ผู้รับมีหน้าที่ส่งมอบรถยนต์ที่ให้คืนแก่ผู้ให้ในสภาพที่ดีที่ได้รับมา หากไม่สามารถส่งคืนได้ หรือส่งคืนได้แต่รถยนต์ที่ให้ความเสียหาย ผู้รับย่อมต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ให้ด้วย ซึ่งก็ คงจะเป็นธรรมแก่ผู้ให้ดี แต่ในทางกลับกันย่อมเกิดคำถามว่าหน้าที่ของผู้รับที่จะต้องอนุญาตให้ผู้ให้ใช้ รถยนต์ที่ให้จะสิ้นสุดลงเมื่อใด ในกรณีที่รถยนต์ที่ให้เสีย แต่ผู้รับไม่ยินดีย่อมเพราะอาจเสียค่าใช้จ่าย มากไม่คุ้มที่จะซ่อม การที่จะบังคับให้ผู้รับมีหน้าที่ต้องดูแลซ่อมแซมรถยนต์ที่ให้เพื่อให้ผู้ให้สามารถ ใช้ งานได้ หรือหากไม่ซ่อมก็ต้องคืนรถยนต์และชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายแก่รถยนต์แก่ผู้ให้ ก็คงจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นระหว่างผู้ให้และผู้รับนั้น ไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน ซึ่งก็อาจเข้าใจได้ว่าข้อตกลงนั้นจะมีผลผูกพันไปจนกว่าผู้ให้ หรือผู้รับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเสียชีวิตลง หรือจนกว่ารถยนต์จะสูญหายหรือบุบสลายตามอายุการใช้งาน โดยแท้เท่านั้นนั่นเอง

จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันย่อมส่งผลทาง กฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาว่าค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์หรือ สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษได้ด้วยหรือไม่นั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็น ปัญหาที่ควรจะศึกษาหาคำตอบเป็นอันดับแรก เพราะหากสามารถสรุปได้ว่าค่าภาระติดพันตาม กฎหมายไทยถูกจำกัดให้มีได้เฉพาะในสังหาริมทรัพย์เท่านั้นหรือไม่ ย่อมช่วยให้การศึกษาหาคำตอบ ในประเด็นปัญหาอื่นสามารถกระทำได้ง่ายยิ่งขึ้นด้วย

2.3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะ ทำสัญญาให้

แม้ศาลฎีกาจะได้วางหลักว่าค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ ก็ตาม แต่ก็ไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะมีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นที่ไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3221/2535 จำเลยมอบเงินจำนวน 75,000 บาท เศษแก่โจทก์เพื่อไปไถ่จำนองที่ดินและบ้านพิพาทจากธนาคาร เมื่อไถ่จำนองแล้วโจทก์ยกที่ดินและ บ้านให้แก่จำเลย จึงเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน โจทก์จะถอนคืนเพราะเหตุเศรษฐกิจไม่ได้⁹¹

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวขัดกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2538 และองค์ประกอบที่ว่าค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ขณะทำสัญญาให้อย่างชัดเจน เพราะ ขณะที่ทำสัญญาให้นั้นจำเลยได้ไถ่ถอนจำนองเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ที่ดินตามสัญญาให้ไม่ได้ตกอยู่ ภายใต้อำนาจของโจทก์แต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าแท้จริงแล้วค่าภาระติดพันจำเป็นจะต้องมีอยู่ในขณะทำ สัญญาให้หรือไม่

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 248/2507, 1163/2515, 1656/2543, 4475/2551 และ 3384/2552 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

หากสรุปว่าค่าภาระติดพันสามารถมีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะทำสัญญาให้ ได้ นอกจากจะทำให้ขอบเขตของค่าภาระติดพันกว้างอย่างมากแล้ว ยังก่อให้เกิดปัญหาต่อไปว่าสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นสัญญาให้จริงหรือไม่ เพราะลักษณะของสัญญานั้นมีความคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแลกเปลี่ยนอย่างมาก ซึ่งผลทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันและสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแลกเปลี่ยนนั้นก็แตกต่างกัน โดยสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแลกเปลี่ยนจะไม่มีเรื่องของการถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณรวมถึงการเรียกให้คืนทรัพย์สินเนื่องจากการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด

ในทางตรงข้าม หากยืนยันว่าค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้เท่านั้น ก็มีความจำเป็นที่จะต้องหาเหตุผลเพื่ออธิบายว่าเหตุใดศาลจึงวินิจฉัยว่าการปลดจำนองก่อนทำสัญญาให้ถือว่าเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันอย่างหนึ่งได้ และขอบเขตที่แท้จริงของค่าภาระติดพันเป็นอย่างไรกันแน่

2.3.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพัน

ศาลฎีกาได้วางหลักเอาไว้ว่าสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นสัญญาให้โดยเสนหาโดยผู้รับมิได้เสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด แต่ผู้ให้ยังคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้บางส่วน ผู้เขียนเห็นว่าองค์ประกอบที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ข้อนี้เป็นการจำกัดขอบเขตของค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยให้แคบลงอย่างมาก กล่าวคือ ขอบเขตค่าภาระติดพันจะถูกจำกัดควบคุมไว้โดยองค์ประกอบย่อย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ค่าภาระติดพันที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามนั้นสามารถชำระออก จากตัวทรัพย์สินที่ให้ได้โดยตรง ซึ่งอาจเป็นในลักษณะของดอกผลหรือการใช้งาน เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยสงวนสิทธิเก็บกินในที่ดินที่ให้

ประการที่สอง ภาระติดพันนั้นจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ หรือบุคคลภายนอกที่ถือได้ว่าเป็นบริวารหรือเป็นเจ้านี่ของผู้ให้เท่านั้น เช่น สัญญาให้ที่ดินโดยมีข้อตกลงให้ผู้ให้ ญาติของผู้ให้ หรือเจ้านี่ของผู้ให้ได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากที่ดินนั้น

จะเห็นว่าตามตัวอย่างผู้ให้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันไม่โดยตรงก็ โดยอ้อม แต่กรณีจะเป็นอย่างไรหากข้อตกลงตามสัญญาให้ไม่ตรงกับลักษณะข้างต้น กล่าวคือ ผู้รับอาจต้องเสียค่าตอบแทนในการที่จะชำระค่าภาระติดพันนั้น หรือบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นเป็นตัวผู้รับเอง⁹² หรือบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่บริวารหรือเจ้านี่ของผู้ให้ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่

⁹² อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์เห็นว่าค่าภาระติดพันแม้จะเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้รับเอง หรือเพื่อสาธารณะประโยชน์ หรือเพื่อการกุศลก็ตาม หากเป็นเงื่อนไขสำหรับการให้แล้วถ้าผู้รับละเลยไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้ก็ยกเป็นเหตุเรียกคืนทรัพย์สินตาม

ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับใช้ที่ดินนั้นสำหรับประกอบกิจการร้านอาหารเท่านั้น โดยที่ผู้ให้มิได้กำหนดว่าผู้รับจะต้องแบ่งผลตอบแทนหรือผลกำไรจากการประกอบกิจการแก่ผู้ให้แต่อย่างใด จะเห็นว่าในการเปิดร้านอาหารผู้รับย่อมต้องเสียค่าใช้จ่ายด้วยตนเอง และในการเปิดร้านนั้นผู้ให้ก็มีได้รับประโยชน์ใดๆเลย

ดังนั้น หากยึดตามความเห็นของศาลฎีกา สัญญาให้เหล่านี้อาจไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ซึ่งจะเกิดปัญหาในทางทฤษฎีทันทีว่าสัญญาให้ที่มีข้อตกลงประเภทเหล่านี้จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่น่าจะเป็นปัญหาอีกหากสัญญาให้มิใช่ข้อกำหนดให้ผู้รับจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ต่อไปยังบุคคลภายนอกที่กำหนด เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยกำหนดให้นำเงินทั้งหมดไปบริจาคแก่หน่วยงานเพื่อการกุศล จะเห็นว่ามีปัญหาที่จะต้องพิจารณาเสียก่อนด้วยว่าสัญญาในลักษณะนี้เป็นสัญญาให้หรือไม่ หากมิใช่สัญญาให้ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อตกลงให้ส่งมอบเงินที่ให้ต่อมีสถานะทางกฎหมายเป็นค่าภาระติดพันหรือไม่ แต่ก็จำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญานี้เป็นสัญญาประเภทใด แต่หากสรุปได้ว่าสัญญาในลักษณะนี้เป็นสัญญาให้ ก็ต้องพิจารณาต่อว่าข้อกำหนดให้ส่งมอบเงินที่ให้ต่อเป็นค่าภาระติดพันหรือไม่ และหากได้พิจารณาถึงไปอีกจะเห็นว่ากรณีข้อกำหนดให้ผู้รับส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ต่อจะซับซ้อนยิ่งขึ้นหากผู้ให้กำหนดให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ต่อเพียงบางส่วนเท่านั้น เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยกำหนดให้นำเงินครึ่งหนึ่งไปบริจาคแก่หน่วยงานเพื่อการกุศล น่าสงสัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาให้หรือไม่ ถ้าเป็นสัญญาให้เป็นสัญญาให้ทั้งหมดหรือบางส่วนเท่านั้น และหากรับไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกัน ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร

2.3.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบในด้านลักษณะของภาระ

แม้ศาลฎีกาจะได้วางหลักไว้ว่าค่าภาระติดพันต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้ แต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาคดีอื่นที่ไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532 การที่โจทก์ยกที่ดินให้จำเลยผู้เป็นบุตร โดยมีเงื่อนไขว่า จำเลยต้องส่งข้าวเปลือกให้โจทก์ปีละ 10 ถังนั้น ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ทรัพย์สินโดยมีค่าภาระติดพัน แต่เป็นการยกให้โดยเสนหาเพราะค่าภาระติดพันในที่ดินหรือทรัพย์สินต้องเป็นภาระติดพันเกี่ยวกับตัวที่ดินหรือทรัพย์สินนั่นเองโดยตรง ไม่ใช่ภาระติดพันนอกตัวทรัพย์สิน เมื่อปรากฏว่าโจทก์เพียงคนเดียวมีที่ดิน 3 ไร่เศษ ได้ข้าวปีละกว่า 100 ถังย่อมมีฐานะไม่ถึงกับเป็นผู้ยากไร้ ตรงข้ามกับจำเลยซึ่งมีบุตรถึง 10 คน มีที่ดินที่พิพาทแปลงเดียวเนื้อที่เพียงประมาณ 5 ไร่ ได้ข้าวปีละ 140-150 ถัง และไม่มีรายได้อื่นซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ยากไร้ จำเลยย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะจุนเจือผู้อื่นได้อีก

ป.พ.พ.มาตรา 528 และมาตรา 529 ได้, โปรดดู ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 430.

และไม่ปรากฏว่าจำเลยด่าโจทก์หรือหมิ่นประมาทโจทก์อย่างร้ายแรง กรณีจึงไม่อาจถอนคืนการให้ เพราะเหตุจำเลยซึ่งเป็นผู้รับประพฤติเนรคุณ

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ข้อเท็จจริงของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532 มีความคล้ายคลึงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515 อย่างมาก กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้รับจะต้อง แบ่งผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้แก่มุขให้ ต่างกันเพียงแค่รูปแบบของผลประโยชน์ที่ผู้รับจะส่งมอบ ซึ่ง ก็สามารถคาดเห็นได้จากสภาพของทรัพย์สินที่ให้ โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515 เป็นการ ให้ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งคาดเห็นได้ว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นอาจนำออกให้เช่าได้ ส่วนคำพิพากษาศาล ฎีกาที่ 87/2532 เป็นการให้ที่ดินซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่จะที่ดินใช้ในการเพาะปลูกและส่งมอบสิ่ง ที่ได้จากการเพาะปลูกนั้น นอกจากนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาในรายละเอียดก็พบว่าผู้ให้ก็ได้ยกที่ดินให้ผู้รับ ด้วยเจตนาให้ใช้ปลูกข้าวด้วย

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาของสองคดีกลับตรงข้ามกัน โดยศาล ฎีกาให้เหตุผลว่าค่าภาระติดพันจะต้องเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่ให้โดยตรง ทั้งๆที่ตามความเห็นของ ผู้เขียนการส่งมอบข้าวนั้นน่าจะถือว่าเป็นภาระที่เกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินโดยตรงเสียยิ่งกว่าการส่งมอบ ผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินเสียอีก นอกจากนี้ หากยึดความเห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532 เป็นหลัก ย่อมทำให้ขอบเขตของค่าภาระติดพันนั้นถูกจำกัดไว้แคบมาก กล่าวคือ หากเป็นกรณีการให้ ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดิน ภาระติดพันก็น่าจะถูกจำกัดอยู่เฉพาะการเข้าใช้ประโยชน์จาก ทรัพย์สินนั้นโดยตรง เช่น การเช่าอาศัย การปลูกโรงเรือน การทำสวนทำไร่ เท่านั้น

จากตัวอย่างจะพบปัญหาว่า ค่าภาระติดพันต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับ ทรัพย์สินที่ยกให้จริงหรือไม่ หากเป็นจริงเช่นนั้นก็จะมีปัญหาต่อไปว่า กรณีที่ข้อกำหนดที่ผู้ให้ กำหนดให้ผู้รับปฏิบัติตามสัญญาให้ นั้นไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินตามสัญญาให้โดยตรง เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ ผู้รับโดยมีข้อกำหนดว่าผู้รับจะต้องไม่ประกอบกิจการแข่งกับผู้ให้ในภูมิลำเนาของผู้ให้ จะมีสถานะทาง กฎหมายอย่างไร

แต่หากมีความเห็นว่าค่าภาระติดพันไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่มีภาระ เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้ก็ได้ กล่าวคือข้อกำหนดใดก็ตามที่ผู้ให้และผู้รับได้ตกลงกันถือว่าเป็นค่าภาระ ติดพันตามสัญญาให้ได้ทั้งหมด กรณีผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ซึ่งตามตัวอย่างก็คือการที่ผู้รับ ประกอบกิจการแข่งกับผู้ให้ในภูมิลำเนาของผู้ให้ (โดยที่ไม่ได้ประกอบกิจการบนที่ดินตามสัญญาให้) ก็ จะเกิดผลทางกฎหมายที่แปลกอย่างหนึ่งคือผู้ให้จะสามารถเรียกให้คืนที่ดินตามสัญญาให้ได้หรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ให้อาจเรียกคืนทรัพย์สินได้เพียงเท่าที่ควรจะเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าภาระ ติดพันเท่านั้น แต่จากข้อเท็จจริงค่าภาระติดพันกับทรัพย์สินที่ให้นั้นมิได้เกี่ยวข้องกันเลยแต่อย่างใด

2.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตาม สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

สำหรับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้น แม้จะยังไม่เกิดประเด็นในทางวิชาการอย่างชัดเจน รวมถึงยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาในประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรง แต่ผู้เขียนก็เห็นว่ามีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจและค้นหาทางแก้ไขดังจะอธิบายได้ ดังนี้

ตามมาตรา 528 วรรค 1 เมื่อผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีสิทธิเรียกให้ผู้รับส่งทรัพย์สินที่ให้คืนตามบทบัญญัติว่าด้วยคืนลาภมิควรได้เพียงเท่าที่ควรจะเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายไทย ลาภมิควรได้เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประเภทหนึ่ง นอกเหนือจากสัญญา ละเมิด และจัดการงานนอกสั่ง ตามมาตรา 406 เป็นกรณีที่บุคคลจะต้องคืนทรัพย์สินของผู้อื่นที่ตนได้รับมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ และทำให้บุคคลเช่นว่านั้นเสียเปรียบ ซึ่งโดยปกติมักจะถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีที่บุคคลได้ทรัพย์สินอันเนื่องมาจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือกรณีที่บุคคลได้รับทรัพย์สินมาโดยความสำคัญผิดของบุคคลอื่น เช่น ผู้ให้นำเงินไปมอบให้ผู้รับ โดยสำคัญผิดไปว่าผู้รับ คือ เจ้าหนี้ของตน เป็นต้น

ในการที่จะคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้นั้น มีหลักทั่วไปว่า หนี้ที่จะต้องคืนลาภมิควรได้แก่กันจะต้องไม่เกินจำนวนที่เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ และจะต้องไม่เกินจำนวนที่เสียเปรียบหรือขาดประโยชน์แก่เจ้าหนี้⁹³ สำหรับองค์ประกอบหลักที่ใช้พิจารณาว่าจะต้องมีการคืนทรัพย์สินหรือไม่เพียงใดนั้น มีดังนี้

องค์ประกอบที่หนึ่ง เหตุแห่งการเรียกคืนทรัพย์สินเข้าข่ายข้อยกเว้นตามกฎหมายหรือไม่ เพราะหากเป็นกรณีข้อยกเว้น บุคคลผู้เสียเปรียบย่อมไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้ จึงไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นต่อไป สำหรับข้อยกเว้นนั้น ได้แก่ กรณีการชำระหนี้โดยอำเอใจ โดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ กรณีหนี้ในธรรม การชำระหนี้โดยสำคัญผิดทำให้เจ้าหนี้เสียหาย กรณีการชำระหนี้เพื่อการอันพ้นวิสัย หรือการเข้าขัดขวางมิให้เกิดผลโดยไม่สุจริต และการชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี⁹⁴

องค์ประกอบที่สอง ความสุจริตของบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้ หากได้ลาภมิควรได้มาโดยสุจริต กล่าวคือ ได้รับทรัพย์สินมาโดยเข้าใจว่าตนเป็นผู้มีสิทธิโดยชอบธรรม ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะไม่ต้องรับผิดในความสูญหาย บุกสลาย หรือตกเป็นพ้นวิสัยของทรัพย์สินนั้น ตรงกันข้ามหากได้รับทรัพย์สินมาโดยทุจริต รู้ว่าตนไม่มีสิทธิ ย่อมต้องรับผิดในความสูญหาย บุกสลาย หรือตกเป็นพ้นวิสัยของทรัพย์สินที่ได้รับมาอย่างเต็มจำนวนด้วย เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่า

⁹³ จิตติ ดิงศภักดิ์ ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร ชวิน อุณหภัทร อำนวยการตั้งศิริพินาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา 395 ถึง 452 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 47.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 - 411

อย่างไรเสียทรัพย์สินนั้นก็ต้องสูญหายหรือบุบสลายอย่างแน่แท้ อย่างไรก็ตาม บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตอาจกลายเป็นทุจริตในภายหลังได้ นับตั้งแต่เวลาที่บุคคลดังกล่าวได้รู้ว่าตนไม่มีสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับมานั้น ในการจะพิจารณาว่าบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้จะต้องคืนทรัพย์สินอย่างน้อยเพียงใด องค์ประกอบด้านความสุจริตของบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้นี้ จะต้องพิจารณาร่วมกับองค์ประกอบที่สามด้วย

องค์ประกอบที่สาม ประเภทของทรัพย์สินที่ได้รับ โดยแยกออกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก ทรัพย์สินที่ได้รับมาเป็นเงิน โดยหลักตามมาตรา 412 บุคคลผู้ได้รับมา จะต้องคืนเต็มจำนวน เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้เงินนั้นมาโดยสุจริตจึงต้องคืนเงินเฉพาะส่วนที่ยังเหลืออยู่ขณะเรียกคืนเท่านั้น เช่น ก. ได้รับลาภมิควรได้เป็นเงินจำนวน 10,000 บาท มาจาก ข. แต่โดนขโมย 5,000 บาท โดยหลัก ก. ต้องคืนเงินทั้งหมดแก่ ข. แต่หาก ก. พิสูจน์ได้ว่าตนเองสุจริต ก. ต้องคืนเงินเพียง 5,000 บาท หาก ก. ได้นำเงินที่เหลือ 5,000 บาทไปใช้จ่ายงานเลี้ยงสังสรรค์จนหมดก็ไม่เหลือเงินที่จะต้องคืนแก่ ข. อีก อย่างไรก็ตาม ถ้า ก. ได้นำเงินนั้นไปซื้อทรัพย์สินอย่างอื่น ก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ซื้อมาแทน ตามหลักการช่วงทรัพย์สินตามมาตรา 226 เช่น ก. นำเงินที่เหลือดังกล่าวไปซื้อโทรศัพท์ทั้งหมด ก. ก็ต้องคืนโทรศัพท์นั้นไปแก่ ข. แทนนั่นเอง

กรณีที่สอง ทรัพย์สินที่ได้รับมาไม่ใช่เงิน ตามมาตรา 413 บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นตามสภาพโดยไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหาย หรือบุบสลายของทรัพย์สินนั้น เว้นแต่ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายมา ก็ต้องคืนไปพร้อมกับทรัพย์สินนั้นด้วย ในทางตรงข้าม บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมาโดยทุจริตจะต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินนั้นด้วย โดยไม่คำนึงว่าเหตุของความสูญหายหรือบุบสลายนั้นจะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัยหรือไม่ เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าอย่างไรเสียทรัพย์สินนั้นก็ต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง เช่น ก. ได้ลาภมิควรได้มาเป็นรถยนต์ 1 คันจาก ข. โดยสุจริต แต่บ้าน ก. ถูกเพลิงไหม้ทำให้รถยนต์เสียหายทั้งคัน ก. ก็จะต้องคืนซากรถยนต์แก่ ข. ตามสภาพ แต่หากเหตุเพลิงไหม้นั้นเกิดจากความผิดของ ค. บุคคลภายนอก ซึ่งได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับรถยนต์คันดังกล่าวเป็นตัวเงิน หรือชดใช้ด้วยการมอบรถยนต์คันใหม่ให้แก่ ก. เช่นนี้ ก. ก็ต้องคืนเงินค่าสินไหมทดแทนหรือรถยนต์คันใหม่แก่ ข. ด้วยแล้วแต่กรณี แต่หาก ก. เป็นผู้ทุจริต ก็จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายของรถยนต์เต็มจำนวน กรณีเดียวที่ ก. จะไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับเหตุตามตัวอย่างก็คือ เหตุเพลิงไหม้ลุกลามไปยังบ้าน ข. ด้วย ทำให้รถยนต์ทั้งหมดในบ้าน ก. และ ข. เสียหาย สำหรับหลักการช่วงทรัพย์สินก็ถูกนำมาปรับใช้กับกรณีทรัพย์สินที่ได้รับมาไม่ใช่เงินนี้ด้วย เช่น ก. นำรถยนต์คันที่ได้รับมาไปแลกกับรถยนต์คันอื่น ก็ต้องคืนรถยนต์คันใหม่แก่ ข. แทนนั่นเอง

กรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย ก็คล้ายคลึงกับที่ได้อธิบายไปข้างต้น โดยสรุปตามมาตรา 414 คือ บุคคลผู้ทุจริตจะต้องรับผิดชอบในการพันวิสัยนั้นโดยการใช้ราคาทรัพย์สินเต็มจำนวน

ต่างกับบุคคลผู้สุจริตที่จะส่งมอบลาภมิควรได้ที่ได้รับมาคืนเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืนเท่านั้น แต่ประเด็นที่นักกฎหมายยังมีความเห็นต่างกันก็คือ กรณีที่ทรัพย์สินที่ได้รับมาเป็นสังกมทรัพย์ เช่น น้ำมัน ไข่ ข้าว และบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้ได้บริโภคทรัพย์เหล่านั้นไปอย่างโภคทรัพย์ จะถือว่าเป็นกรณีการคืนทรัพย์ตกเป็นพันวิสัยได้หรือไม่ โดยมีความเห็นแบ่งเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก⁹⁵ มีความเห็นว่าไม่ใช้กรณีการคืนทรัพย์ตกเป็นพันวิสัย โดยถือว่าบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้ได้รับประโยชน์จากทรัพย์ที่เป็นลาภนั้นจนจนทรัพย์เดิมคงสภาพอยู่ จึงต้องมีการชดใช้ราคาทรัพย์สินนั้นด้วย (ผู้เขียนเห็นว่า การนำสังกมทรัพย์ประเภทเดียวกันกับที่ได้รับมาและบริโภคไปมาชดใช้คืนน่าจะเป็นการคืนทรัพย์ที่ยอมรับได้ของความเห็นกลุ่มแรกนี้ด้วยเช่นกัน)

กลุ่มที่สอง⁹⁶ มีความเห็นว่า เป็นกรณีการคืนทรัพย์ตกเป็นพันวิสัย และบุคคลผู้ได้รับลาภมิควรได้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการบริโภคทรัพย์นั้นแต่อย่างใด โดยมาตรา 414 นั้นเป็นบทบัญญัติซึ่งใช้บังคับกับสังกมทรัพย์อันไม่ใช่เงิน เพราะกำหนดการคืนทรัพย์โดยจำนวนหรือปริมาณของทรัพย์ ต่างกับมาตรา 413 ที่กล่าวถึงการคืนทรัพย์โดยสภาพที่เป็นอยู่ ทำให้เข้าใจว่าหมายถึงสังกมทรัพย์หรือทรัพย์เฉพาะสิ่ง⁹⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นกลุ่มนี้ เพราะหากจะต้องชดใช้ราคาสำหรับการใช้ประโยชน์ด้วยแล้ว ย่อมเท่ากับว่าบทบัญญัติว่าด้วยการคืนทรัพย์สินตามสภาพนั้น จะใช้ได้เฉพาะกรณีทรัพย์สินที่ไม่ใช่สังกมทรัพย์เท่านั้น และหากจะมีการชดใช้เช่นนั้น ก็ควรจะนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้กับกรณีการได้รับลาภมิควรได้เป็นเงิน และได้ใช้จ่ายเงินไปโดยที่ไม่ได้รับทรัพย์สินใดๆตอบแทนกลับมา ทำให้ไม่สามารถชดใช้ทรัพย์ได้ด้วย เช่น การนำเงินไปจัดเลี้ยงสังสรรค์ ทำกายภาพบำบัด จ่ายค่าเล่าเรียน ฯลฯ ด้วย

จากที่ได้อธิบายเกี่ยวกับหลักลาภมิควรได้ไปทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้นำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นอาจไม่เหมาะสมด้วยเหตุผล ดังนี้

เหตุผลประการแรก ลาภมิควรได้นั้น โดยหลักทั่วไปเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นโดยปราศจากมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีสัญญาให้ก็อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่นเดียวกับนิติกรรมประเภทอื่นๆ เช่น การให้โดยสำคัญผิดในตัวผู้รับซึ่งเป็นสาระสำคัญย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 156 หรือการให้อสังหาริมทรัพย์โดยมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 เป็นต้น จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าความบกพร่องอันเป็นเหตุซึ่งส่งผลให้มีการ

⁹⁵ จิตติ ดิงคภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 157-158.

⁹⁶ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จัดการงานนอกสังกมลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), หน้า 112.

⁹⁷ เสนีย์ ปราโมช ปรับปรุงโดย มุนินทร์ พงศาปาน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 434-435.

คืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในท้ายที่สุดนั้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นมาจากเจตนาของผู้ทำนิติกรรม หรือจากการละเลยไม่กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ตาม ล้วนเกิดขึ้นก่อนหรือขณะทำนิติกรรมทั้งสิ้น แต่สิ่งที่สัญญาให้ต่างจากนิติกรรมประเภทอื่น ๆ ก็คือ เหตุซึ่งส่งผลให้มีการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ในสัญญาให้นั้นสามารถเกิดขึ้นภายหลังทำนิติกรรมได้ด้วย เหตุดังกล่าวก็คือ การที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 และการที่ผู้รับประพฤติเนรคุณตามมาตรา 531 นั้นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเท่ากับว่าผู้รับตามสัญญาให้เป็นผู้ที่ได้รับทรัพย์สินมาโดยมีเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมายมาโดยตลอด เพียงแต่ทรัพย์สินที่ให้อาจกลับคืนไปยังผู้ให้เพราะการกระทำบางอย่างที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ไม่ใช่บุคคลผู้ซึ่งได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการของลาภมิควรได้แต่อย่างใด

เหตุผลประการที่สอง ตามสัญญาให้ เฉพาะผู้รับฝ่ายเดียวเท่านั้นที่ได้รับทรัพย์สิน และอาจมีหน้าที่ในการคืนทรัพย์สิน การคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้นั้นก็จะต้องพิจารณาจากความสุจริตของผู้รับเป็นสำคัญ แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลประการแรกแล้ว กรณีการคืนทรัพย์สินตามสัญญาเนื่องจากผลแห่งการกระทำของผู้รับนั้น ผู้รับทรัพย์สินตามสัญญาให้ย่อมมีฐานะเป็นผู้สุจริตเสมอ และเมื่อผู้รับอยู่ในฐานะผู้สุจริตแล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้รับก็มีหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินเฉพาะที่ยังเหลืออยู่และตามสภาพเท่านั้น โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการสูญหาย บุกสลาย หรือพันวิสัยของทรัพย์สินที่ให้แต่อย่างใด แม้ว่าการที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันนั้น อาจเกิดมาจากเจตนาทุจริตของผู้รับเองก็ตาม เช่น ผู้รับจงใจละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ก่อนที่จะทำสัญญาให้นั้นผู้รับย่อมทราบดีว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าภาระติดพัน และมีโอกาสที่จะพิจารณาไตร่ตรองว่าค่าภาระติดพันนั้นจะก่อภาระแก่ตนมากน้อยเพียงใด หากผู้รับเห็นว่าค่าภาระติดพันจะก่อภาระแก่ตนมากเกินไปก็ยังสามารถปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาให้ได้ นอกจากนี้ แม้ว่าผู้รับจะตัดสินใจเข้าทำสัญญาให้แต่หากค่าภาระติดพันก่อภาระมากเกินไปกว่าราคาทรัพย์สินที่ให้ ผู้รับก็สามารถยกมาตรา 529 เพื่อชำระค่าภาระติดพันแต่เพียงเท่าราคาทรัพย์สินที่ให้เท่านั้นได้ด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการจะคุ้มครองผู้รับที่ไม่ชำระค่าภาระติดพันจึงอาจทำให้ผู้ให้เสียเปรียบได้

ยิ่งไปกว่านั้น หากก่อนที่ผู้รับจะไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้รับได้ไตร่ตรองและกระทำการบางอย่าง เช่น จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้เสียจนหมดสิ้น หรือก่อภาระแก่ทรัพย์สินที่ให้ ก่อนที่จะไม่ชำระค่าภาระติดพัน ทั้งนี้ โดยมีเจตนาทุจริตจงใจทำให้ผู้ให้เสียหาย ไม่ได้รับทรัพย์สินที่ให้คืนอย่างที่ควรจะเป็น หรือได้รับทรัพย์สินที่ให้กลับไปพร้อมกับการชำระ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินให้แก่ผู้รับ 10 ไร่ และมีค่าภาระติดพันให้ผู้ให้มีสิทธิเก็บกินในที่ดินดังกล่าว 2 ไร่ ต่อมาผู้ให้และผู้รับมีเรื่องทะเลาะวิวาทกัน ผู้รับไม่ต้องการให้ผู้ให้เข้าเก็บกินผลประโยชน์ในที่ดินที่ให้ที่มีค่าภาระติดพันทั้ง 2 ไร่อีกต่อไป นอกจากนี้ ในขณะนั้นผู้รับกำลังเดือดร้อนเรื่องเงิน ผู้รับจึงนำที่ดินที่ให้ที่มีค่า

ภาระติดพันทั้ง 2 ไร่ดังกล่าวไปจำนองได้เงินมาจำนวนหนึ่ง ก่อนที่จะกีดกันมิให้ผู้ให้เข้าเก็บกินผลประโยชน์ตามที่ได้ตกลงกัน เมื่อมีการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้รับไม่จำเป็นต้องคืนที่ดินที่ให้ทั้งหมด มีหน้าที่คืนที่ดิน 2 ไร่ที่มีค่าภาระติดพันตามสภาพที่เป็นอยู่ กล่าวคือ ที่ดิน 2 ไร่ในสภาพที่ติดจำนองนั่นเอง ส่วนที่ดินที่เหลือ 8 ไร่ก็ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับต่อไปเช่นเดิม จะเห็นว่าการกระทำของผู้รับทำให้ผู้ให้ได้รับความเสียหาย ต้องเสียเงินเพื่อปลดจำนองหากไม่ต้องการให้ที่ดินที่ให้ถูกบังคับจำนอง ในขณะที่ผู้รับได้เงินจากการจำนองไปเสมือนไม่เสียค่าตอบแทนใดๆ เช่นเดียวกับกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1078/2553 ก่อนฟ้องคดีจำเลยจดทะเบียนจำนองที่ดินโฉนดเลขที่ 27546 พร้อมสิ่งปลูกสร้างไว้แก่ผู้อื่น เมื่อถอนคืนการให้ จำเลยต้องส่งคืนทรัพย์สินแก่โจทก์ตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ โดยคืนที่ดินดังกล่าวแก่โจทก์ตามสภาพที่เป็นอยู่ตาม ป.พ.พ. มาตรา 413 วรรคหนึ่งและมาตรา 534

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า หากผู้รับได้นำที่ดินไปจำนองก่อนที่จะเกิดเหตุทะเลาะวิวาทกับผู้ให้ก็คงจะไม่มีประเด็นในการคืนทรัพย์สิน เพราะผู้รับสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนใช้สอยทรัพย์สินโดยปกติและสุจริตในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์

ส่วนประเด็นปัญหาเรื่องการเพิกถอนการฉ้อฉลที่ว่าผู้ให้จะสามารถขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่ผู้รับได้กระทำเป็นทางออกได้หรือไม่นั้นก็ยังไม่มีความชัดเจน ทั้งนี้ เพราะในขณะที่มีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน หรือนำทรัพย์สินไปก่อภาระนั้น ผู้ให้มิได้มีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ของผู้รับแต่อย่างใด และในส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกา ในปัจจุบันก็ปรากฏเพียงกรณีที่มีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินได้เกิดภายหลังที่ได้มีการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้แล้วเท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมถือว่าผู้ให้อยู่ฐานะเจ้าหนี้ของผู้รับแล้ว ดังกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514-1515/2516 โจทก์ยกที่ดินให้แก่จำเลยที่ 1 โดยเสนอหาต่อมาจำเลยที่ 1 ประพฤติเนรคุณโจทก์จึงมีสิทธิถอนคืนการให้จากจำเลยที่ 1 ก่อนโจทก์ยื่นฟ้องเรียกถอนคืนการให้ 1 วัน จำเลยที่ 1 ได้โอนขายที่ดินนั้นให้จำเลยที่ 2 ไปเสียแล้ว แต่การเพิกถอนคืนการให้เพราะเหตุประพฤตินเรคุณจึงถือได้ว่าโจทก์อยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้และเป็นฝ่ายต้องเสียเปรียบจากการที่จำเลยที่ 1 ผู้เป็นลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 2 ไป แม้จำเลยที่ 2 จะได้รับโอนโดยมีค่าตอบแทน แต่เมื่อจำเลยที่ 2 รู้ว่าโจทก์กำลังเรียกเอาที่ดินพิพาทคืนจากจำเลยที่ 1 เพราะประพฤตินเรคุณ โจทก์จึงมีสิทธิขอเพิกถอนการ ซื้อขายที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 กับที่ 2

ในทำนองเดียวกัน แม้ว่าจะเป็นการถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤตินเรคุณก็ตาม ในการคืนทรัพย์สินก็ใช้หลักลาภมิควรได้เหมือนกับการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่การถอนคืนการให้มิผลกับทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด ไม่ได้จำกัดขอบเขตการคืนทรัพย์สินเฉพาะทรัพย์สินที่ให้ที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติด

พันเท่านั้นแต่อย่างไร แต่หากผู้รับมีเจตนาทุจริตก็ยังสามารถก่อความเสียหายแก่ผู้ให้ได้อยู่ดี เช่น ผู้ให้ให้รถยนต์แก่ผู้รับ ต่อมาผู้ให้และผู้รับมีเรื่องทะเลาะวิวาทกัน ผู้รับต้องการให้ผู้ให้เสื่อมเสียชื่อเสียง แต่ไม่ต้องการคืนรถยนต์แก่ผู้ให้ จึงมอบรถยนต์ดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นญาติของตนโดยไม่มีค่าตอบแทน ก่อนที่จะหมิ่นประมาท ผู้ให้เป็นเหตุให้ผู้ให้เสื่อมเสียชื่อเสียงอย่างร้ายแรง กรณีนี้เมื่อมีการถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณ ผู้รับก็ได้จำหน่ายจ่ายโอนรถยนต์ที่ให้ไปเสียแล้ว จึงเป็นการพ้นวิสัยที่จะคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ แต่ผู้รับก็ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใดเพราะตนอยู่ในฐานะผู้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต นอกจากนี้ เมื่อผู้รับมิได้รับทรัพย์สินใดๆตอบแทนจากบุคคลภายนอกจึงไม่สามารถใช้หลักการช่วงทรัพย์ได้อีกด้วย

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นย่อมไม่คุ้มครองบุคคลผู้มีเจตนาทุจริต แต่จากตัวอย่างได้แสดงให้เห็นว่า เพียงแค่เปลี่ยนช่วงระยะเวลากระทำการ ผลทางกฎหมายที่ตามมากลับแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง จึงอาจสรุปได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่ให้ในปัจจุบันยังคงมีช่องว่าง ก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้ ซึ่งเป็นผู้ที่สมควรได้รับความคุ้มครองยิ่งกว่าบุคคลตามสัญญาต่างตอบแทนประเภทต่างๆ ด้วยเหตุที่ตามสัญญาให้ ผู้ให้ไม่ได้รับสิ่งใดเป็นการตอบแทนจากการให้นั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ให้ในกรณีที่ผู้รับมีเจตนาเอาเปรียบผู้ให้โดยการหลีกเลี่ยงการคืนทรัพย์สินที่ให้อย่างชัดเจน จึงสมควรมีมาตรฐานบางอย่างเพื่อบ่งชี้และแบ่งแยกผู้รับที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงการคืนทรัพย์สินที่ให้ รวมถึงมาตรการบางอย่างนอกเหนือจากหลักกฎหมายที่ได้ ที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับผู้รับกลุ่มดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ของการให้และการให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายต่างประเทศ

หลังจากได้ศึกษากฎหมายไทยรวมถึงกฎหมายโรมันว่าด้วยการให้แล้ว ลำดับถัดไปที่จะต้องศึกษาก็คือกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่การศึกษานั้นมิได้จำกัดขอบเขตเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้และการคืนทรัพย์สินที่ให้ที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงความเห็นทางวิชาการ และแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลด้วย ทั้งนี้ ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ครบถ้วนตลอดทั้งสายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งจะส่งผลให้สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

3.1 หลักเกณฑ์ของการให้และการให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายฝรั่งเศส

3.1.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของการให้

บทบัญญัติว่าด้วยการให้ (Gift) ของฝรั่งเศสนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันเป็นอย่างมาก โดยถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ (The Various Ways How Ownership Is Acquired) ลักษณะ 2 ต่างกับสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งบัญญัติอยู่ในส่วนของเอกเทศสัญญา โดยการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นสามารถแบ่งออกตามรูปแบบการให้ได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การให้โดยพินัยกรรม (Wills) ตามมาตรา 895 ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ทำพินัยกรรมจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตน เมื่อตนไม่มีชีวิตอยู่แล้ว ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และสามารถเพิกถอนได้¹ และการให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิต (Gifts Inter Vivos) ตามมาตรา 894 ซึ่งเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่ผู้ให้ปลดเปลื้องตนเองจากทรัพย์สินที่ให้ เพื่อประโยชน์ของผู้รับ ซึ่งตกลงรับทรัพย์สินนั้น โดยที่ไม่สามารถเพิกถอนการให้ได้² โดยการให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตนี้ สามารถกระทำโดยการให้คำมั่นว่าจะให้ (Promise) รวมถึงการปลดหนี้ได้ด้วย มิได้จำกัดเฉพาะการให้โดยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น โดยทรัพย์สินที่ให้นั้นอาจเป็นสิทธิบางประเภท เช่น ภาระจำยอม หรือสิทธิเก็บกินก็สามารถกระทำได้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเสมอไป

สำหรับองค์ประกอบของการให้ เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้น การให้มีความหลากหลายรูปแบบและมีความซับซ้อนไม่ชัดเจน ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการให้โดยอยู่ในขอบเขตของการให้ตามกฎหมายหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากองค์ประกอบของการให้ที่สำคัญ ดังนี้

¹ Article 895 A will is a transaction by which a testator disposes, for the time when he is no longer alive, of the whole or part of his property, and which he may revoke.

² Article 894 A gift inter vivos is a transaction by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated, in favour of the donee who accepts it.

3.1.1.1 ความยากจนลงของผู้ให้

การให้จะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าผู้ให้ไม่ได้ยากจนลงจากการให้ นั่น ซึ่งความยากจนลงนี้จะต้องควบคู่ไปกับความร่ำรวยขึ้นของผู้รับ กล่าวคือ ผู้ให้ยากจนลงเท่าใด ผู้รับก็ต้องร่ำรวยขึ้นเท่ากัน ดังนั้น การกระทำการใดๆ ให้เปล่า โดยปราศจากค่าตอบแทน เช่น การให้บริการโดยไม่คิดค่าจ้าง ย่อมไม่ใช่การให้แต่อย่างใด เนื่องจากผู้ให้มิได้ยากจนลง และผู้รับมิได้ร่ำรวยขึ้นนั่นเอง³

3.1.1.2 การไม่มีค่าตอบแทน⁴

โดยหลักแล้ว ผู้ให้จะต้องไม่กำหนดค่าตอบแทน หรือไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนใดๆ จากการให้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การให้มักมิได้เกิดขึ้นโดยปราศจากค่าตอบแทนอย่างสิ้นเชิง ผู้รับมักจะต้องตอบแทนการให้ต่อผู้ให้ในลักษณะของเงื่อนไข (Condition) หรือภาระติดพัน (Charge) อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งค่าตอบแทนเหล่านั้นอาจส่งผลให้เกิดขึ้นไม่ใช่การให้ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอีกต่อไป แต่นิติกรรมดังกล่าวจะมีสถานะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าตอบแทนในลักษณะที่ไม่มีความแน่นอนว่าจะสิ้นสุดลงเมื่อไร เช่น ค่าตอบแทนที่ผู้รับจะต้องดูแลผู้ให้ตลอดชีวิต เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สถานะความเป็นการให้ หรือสัญญาที่มีค่าตอบแทนนั้นก็ยังเป็นเพียงทางออกของศาลในการที่จะรับรองสถานะและบังคับตามการให้ที่มีได้กระทำต่อโนตารีตามแบบที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเท่านั้น โดยไม่มีหลักการที่แน่นอนตายตัวแต่อย่างใด ในการวินิจฉัยศาลจะใช้วิธีการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าของทรัพย์สินที่ให้กับค่าใช้จ่าย (Outlay) ที่ผู้รับจะต้องเสียไปตามค่าตอบแทนที่กำหนด⁵

ประเด็นสำคัญคือ ผู้ให้มักมิได้กำหนดค่าตอบแทนหรือภาระติดพันโดยชัดแจ้ง แต่การให้นั้นได้กระทำขึ้นเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ให้ในภายหลัง เช่น การให้อันเกี่ยวเนื่องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหากพิจารณาเจตนาเบื้องต้นแล้วอาจพบว่าความจริงแล้วผู้ให้อาจมิได้มีเจตนาให้โดยปราศจากค่าตอบแทนใดๆ เลย ทำให้การจะพิจารณาเจตนาของผู้ให้นั้นบางครั้งกระทำได้ยากอย่างยิ่ง ในทำนองเดียวกัน การให้เพื่อตอบแทนการทำงานหรือให้บริการบางอย่าง เช่น การให้ทิปในร้านอาหาร อาจถือว่ามีค่าตอบแทนได้ แต่การจะชี้ชัดว่าผู้ให้มิได้มีเจตนาให้เพื่อตอบแทนการทำงานหรือให้บริการ หรือให้โดยปราศจากค่าตอบแทนนั้นไม่สามารถทำได้โดยง่าย และในบางกรณีนั้นผู้รับก็มิได้เป็นผู้ทำงานหรือให้บริการโดยตรงด้วย เช่น การที่นายจ้างให้สวัสดิการบางอย่างแก่ครอบครัวของลูกจ้าง เป็นต้น

3.1.1.3 ไม่สามารถเพิกถอนได้

³ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, trans. the Louisiana State Law Institute, 11 ed. (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1959), p. 213.

⁴ *ibid.*, pp. 214-215.

⁵ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, pp. 105-106.

หลักการคือ เมื่อการให้สมบูรณ์แล้ว ผู้ให้ไม่สามารถเปลี่ยนเจตนาและเรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้รับได้ นอกจากนี้ ผู้ให้จะต้องไม่สงวนสิทธิที่จะเพิกถอนการให้ด้วย ทั้งนี้เนื่องจากในอดีตการให้ถูกมองว่าเป็นช่องทางที่ใช้ในการทุจริต รวมถึงยังไม่มีกฎหมายที่ช่วยคุ้มครองครอบครัวของผู้ให้จากการให้ที่ไม่เหมาะสม เพราะกฎหมายว่าด้วยสัดส่วนของทรัพย์สินที่ผู้ให้พึงสงวนไว้ (Reserved Share) ในอดีตนั้นใช้บังคับแก่กองมรดกเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงการให้ในระหว่างมีชีวิตแต่อย่างใด ดังนั้น การควบคุมการให้โดยการบังคับให้ต้องมีการเปิดเผยต่อสาธารณะตลอดจนการห้ามถอนคืนการให้จึงดูมีความสมเหตุสมผลในช่วงเวลาดังกล่าว แต่ในปัจจุบันซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัดส่วนของทรัพย์สินที่ผู้ให้พึงสงวนไว้ซึ่งคุ้มครองครอบครัวของผู้ให้จากการให้ในระหว่างชีวิตที่ไม่เหมาะสมแล้ว จึงมีความเห็นทางวิชาการว่าหลักการที่ว่า การให้ไม่สามารถเพิกถอนไม่ได้ นั้นไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันอีกต่อไป สมควรถูกยกเลิกเสีย อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันก็ยังมิได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้สอดคล้องกับแนวคิดนี้แต่อย่างใด⁶

ด้วยเหตุนี้ การให้ในลักษณะดังต่อไปนี้จึงต้องห้าม เนื่องจากขัดกับองค์ประกอบของการให้ที่ไม่สามารถเพิกถอนได้

ลักษณะที่หนึ่ง การให้ผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคต (Future Property Interest) เป็นไปตามมาตรา 943⁷ โดยผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตหมายถึงผลประโยชน์ในทรัพย์สินใดก็ตามที่ในปัจจุบันผู้ให้มิได้มีส่วนได้เสียด้วยโดยตรง ดังนั้น ผลประโยชน์ใดๆ แม้จะยังมีได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ให้ แต่ผู้ให้มีส่วนได้เสียที่อาจได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แม้จะไม่แน่นอน ก็อยู่ในขอบเขตของผลประโยชน์ในทรัพย์สินในปัจจุบัน (Present Property Interest) สามารถทำการให้ได้ โดย Pothier ได้ให้เหตุผลว่าการที่การให้ผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตจะต้องตกเป็นโมฆะนั้น เนื่องจากความไม่แน่นอนว่าผู้ให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาหรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ให้เองฝ่ายเดียว ทำให้ขัดต่อองค์ประกอบที่ไม่สามารถเพิกถอนได้ของการให้ เช่น การให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้มิได้มีในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย ย่อมทำให้ผู้รับมีฐานะเสมือนเป็นทายาท และในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ ผู้ให้อาจเปลี่ยนใจไม่ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับโดยการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้ อย่างไรก็ตาม แม้การให้ผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตจะต้องห้าม แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีการให้ประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการสมรส รวมถึงการให้ประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตที่เพิ่มขึ้นระหว่างคู่สมรส⁸ และหากทรัพย์สินที่ให้มีทั้งส่วนที่เป็นผลประโยชน์ในทรัพย์สินในปัจจุบันและผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคต เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในทรัพย์สินในอนาคตเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ

⁶ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 268-269.

⁷ Article 943 An inter vivos gift may only include the existing property of the donor; where it includes property to come, it is void in this regard

⁸ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 270-271.

ลักษณะที่สอง การที่มีเงื่อนไขขึ้นอยู่กับผู้ให้ฝ่ายเดียวเป็นสำคัญ (Potestative Condition) ย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 944⁹ เช่น ผู้ให้สัญญาจะให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับที่เป็นคนรับใช้ หากผู้รับยังมีชีวิตในขณะที่ผู้ให้ตาย กรณีนี้ผู้รับอาจทำให้เงื่อนไขสัมฤทธิ์ผลได้อย่างอิสระฝ่ายเดียวโดยการไล่ผู้รับออก¹⁰ สัญญาให้จึงตกเป็นโมฆะ

ลักษณะที่สาม การให้ที่ผู้รับมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ของผู้ให้ (Donation involving the duty to pay the donor's debt) โดยปกติผู้รับไม่มีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้ของผู้ให้แต่อย่างใด แต่หากได้มีการตกลงกันระหว่างผู้ให้และผู้รับ และทำเป็นลายลักษณ์อักษรแนบไว้กับเอกสารซึ่งเป็นการให้ ข้อตกลงเช่นนี้บังคับกันได้ โดยเจ้าหนี้สามารถฟ้องให้ผู้รับชำระหนี้ได้โดยตรง ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าหนี้จะมีมูลค่ามากกว่าทรัพย์สินที่ผู้รับได้รับมาหรือไม่

นอกจากนี้ หนี้ที่ผู้รับตกลงจะรับผิดชอบนั้นมิได้จำกัดเฉพาะหนี้ที่ผู้ให้มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมไปถึงหนี้ในอนาคตของผู้ให้ด้วย ทั้งนี้ หนี้ในอนาคตนั้นจะต้องถูกระบุอย่างชัดแจ้ง มิฉะนั้นการให้ย่อมตกเป็นโมฆะทั้งหมด ตามมาตรา 945¹¹

ลักษณะที่สี่ การให้ที่ผู้ให้สงวนสิทธิในการจำหน่ายโอนทรัพย์สินนั้น (Donation with a reserved power of disposal) เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นในอดีตช่วงศตวรรษที่ 16 แต่ไม่เป็นที่รู้จักในปัจจุบัน กล่าวโดยสรุปคือ หากผู้ให้สงวนสิทธิในการจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด การให้ย่อมตกเป็นโมฆะแม้ว่าผู้ให้จะมีได้ใช้สิทธิดังกล่าวก็ตาม¹² แต่หากการสงวนสิทธินั้นมีได้ครอบคลุมทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด เฉพาะการให้ส่วนที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ตามมาตรา 946¹³

แม้การให้ทั้งสี่ลักษณะที่ได้อธิบายไปแล้วจะต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ก็มีข้อตกลงสองลักษณะที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย แม้ว่าจะขัดต่อหลักการไม่สามารถเพิกถอนได้ของการให้ก็ตาม ดังนี้

⁹ Article 944 Any inter vivos gift made subject to conditions whose performance depends on the sole intention of the donor, is void.

¹⁰ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 274.

¹¹ Article 945 It is likewise void where it was made under the condition of paying debts or liability other than those which existed at the time of the gift, or which are expressed either in the instrument of gift, or in a statement which should be annexed thereto.

¹² Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 275.

¹³ Article 946 In the case where the donor has reserved to himself the freedom to dispose of an article included in the gift, or of a fixed sum out of the property donated, if he dies without having disposed of them, the said article or sum shall belong to the donor's heirs, notwithstanding all clauses and stipulations to the contrary.

ลักษณะที่หนึ่ง การสงวนสิทธิเก็บกิน (Reservation of usufruct) ตาม มาตรา 949¹⁴ ผู้ให้มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินที่ให้จนกว่าจะสิ้นสุทธระยะเวลาแห่งสิทธิเก็บกิน หรือจนกว่า ผู้ให้จะเสียชีวิตแล้วแต่กรณี หลังจากนั้น ผู้ให้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ และผู้รับจะต้องรับ ทรัพย์สินนั้นไปตามสภาพ โดยไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินนั้นได้ เว้นแต่จะ เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้ แต่หากทรัพย์สินนั้นถูกทำลายไปทั้งหมด ผู้ให้จะต้อง ชดใช้มูลค่าทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 950¹⁵

ลักษณะที่สอง ข้อตกลงให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่ผู้ให้หากผู้รับเสียชีวิตก่อนผู้ให้ (Reversionary Clause) ตามมาตรา 951 – 952¹⁶ ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับหลังอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็น ข้อตกลงที่ได้รับการยอมรับจากแนวคิดที่ว่าผู้ให้อาจต้องการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเป็นการเฉพาะตัว และ ไม่ต้องการให้ทรัพย์สินตกไปอยู่ในครอบครองของบุคคลอื่นหากผู้รับเสียชีวิตแล้ว¹⁷ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงนี้สามารถกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ได้เพียงผู้เดียวเท่านั้น

3.1.1.4 มูลเหตุจูงใจ¹⁸

มูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นองค์ประกอบของการให้ที่แท้จริงจะต้องเป็นเจตนาให้ โดยที่ไม่หวังสิ่งใดตอบแทน เป็นเจตนาอันบริสุทธิ์ซึ่งอยู่เหนือการแลกเปลี่ยนใดๆ หากปราศจาก มูลเหตุที่เหมาะสมแล้ว การให้ย่อมไม่สามารถบังคับกันได้ตามมาตรา 1131¹⁹ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก ในทางปฏิบัติการให้จำนวนมากมักมิได้กระทำโดยเจตนาให้อันบริสุทธิ์ปราศจากเจตนาซ่อนเร้นหรือ ค่าตอบแทนใดๆ การนำองค์ประกอบเรื่องมูลเหตุจูงใจมาปรับใช้อย่างเคร่งครัดอาจทำให้การให้ไม่ สามารถบังคับกันได้หรือกลายเป็นนิติกรรมประเภทอื่นไป ดังนั้น ในการพิจารณาคดีศาลจึงมิได้ใช้ มูลเหตุจูงใจเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความมีผลของการให้ หรือเป็นเครื่องมือในการแบ่งแยกการ

¹⁴ Article 949 A donor is allowed to reserve for his benefit or to dispose for the benefit of another, of the enjoyment or the usufruct of the movable or immovable property donated.

¹⁵ Article 950 Where a gift of movable effects is made with reservation of usufruct, the donee is obliged, at the expiry of the usufruct, to take the effects donated which are in kind, in the condition in which they are; and he has an action against the donor or his heirs on account of the articles which do not exist, up to the amount of the value which was given to them in the statement of appraisal.

¹⁶ Article 951 A donor may stipulate a right of reversion of the items donated, either for the case of the predecease of the donee alone, or for the case of the predecease of the donee and of his descendants;

That right may be stipulated only for the benefit of the donor alone.

Article 952 The effect of the right of reversion is to rescind all conveyances of the immovable property donated, and to make the property revert to the donor, free and unencumbered by any liabilities and mortgages, except, however, the mortgage of dowry and of ante-nuptial agreements, where the other property of the donor spouse is not sufficient and only in the case where the gift was made by the same ante-nuptial agreement from which those rights and mortgages result.

¹⁷ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 277.

¹⁸ *ibid.*, pp. 217-218.

¹⁹ Article 1131 An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect

ให้กับนิติกรรมประเภทอื่นโดยเคร่งครัดเท่าใดนัก ทำให้มีคำพิพากษาที่มีผลขัดแย้งไม่ไปในทิศทางเดียวกันเป็นจำนวนมาก

3.1.1.5 เจตนารับของผู้รับ

เนื่องจากการให้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย ดังนั้น นอกเหนือจากเจตนาให้ของผู้ให้แล้ว เจตนารับของผู้รับก็เป็นองค์ประกอบของการให้ที่ขาดไม่ได้เช่นเดียวกัน ซึ่งการแสดงเจตนารับนั้นจะต้องชัดแจ้งและจะต้องกระทำต่อโนตารีตามแบบของการให้ด้วย²⁰ นอกจากนี้ หากผู้รับแสดงเจตนารับภายหลังจากผู้ให้ได้แสดงเจตนาให้ตามแบบไว้แล้ว ผู้รับจะต้องบอกกล่าวการแสดงเจตนารับของตนต่อผู้ให้ด้วย การให้จึงจะสมบูรณ์ ทั้งนี้ ตามมาตรา 932²¹ อันเป็นการคุ้มครองผู้ให้ให้มีอิสระที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่ให้ได้ ตลอดระยะเวลาที่ยังมิได้มีการบอกกล่าวเจตนารับเช่นนั้น เมื่อการให้สมบูรณ์แล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้จะโอนไปยังผู้รับทันทีโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แต่อย่างใด²² อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งว่าการให้แท้จริงแล้วควรจะสมบูรณ์ตั้งแต่ผู้รับได้แสดงเจตนารับเป็นต้นไป แม้จะยังมีได้บอกกล่าวให้ผู้ให้ทราบก็ตาม

3.1.2 แบบของการให้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส การให้จะต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามมาตรา 931 กล่าวคือ จะต้องกระทำต่อหน้าโนตารี 2 คน มีการบันทึกรายละเอียดเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อนอตารีได้อ่านหลักฐานแห่งการให้ที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นนั้นต่อหน้าบุคคลที่เกี่ยวข้องแล้ว ฝายจะต้องลงนามร่วมกัน และมีการจัดทำคู่มือให้โนตารีเก็บรักษาไว้เสมือนเป็นเอกสารราชการ²³ มิฉะนั้นจะถือว่าตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับกันได้²⁴ โดยผู้ให้จะให้สัตยาบันแก่การให้นั้น

²⁰ Article 933 Where the donor is of full age, acceptance must be made by him or in his name, by a person having a power of attorney, containing authority to accept the gift made, or a general authority to accept all gifts which have or may have been made.

That power of attorney must be executed before notaires; and an office copy of it must be annexed to the original of the gift, or to the original of the acceptance, if made by a separate instrument.

²¹ Article 932 An inter vivos gift is binding upon the donor and produces effect only from the day when it is accepted in express terms.

Acceptance may be made during the lifetime of the donor, by a subsequent and authentic instrument of which the original shall remain; but then the gift has effect, with regard to the donor, only from the day when he has been given notice of the instrument which establishes that acceptance.

²² Article 938 A gift duly accepted is complete by the sole consent of the parties; and ownership of the articles donated is transferred to the donee without need of any other delivery.

²³ Ryhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition*, p. 500.

²⁴ Article 931 All acts containing an inter vivos gift shall be executed before notaires, in the ordinary form of contracts; and there shall remain the original of them, on pain of annulment.

ภายหลังก็ไม่สามารถกระทำได้²⁵ มีเพียงกรณีที่ผู้ให้ได้ตายแล้วเท่านั้น ทายาทของผู้ให้จึงสามารถให้สัตยาบันแก่การให้ที่มีได้กระทำตามแบบนั้นได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1340²⁶

สาเหตุประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้การให้จะต้องทำตามแบบมีสองประการ²⁷ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง เพื่อคุ้มครองผู้ให้ เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่ผู้ให้อาจเข้าทำการให้โดยถูกหลอกลวง หรือสำคัญผิดได้ ดังนั้น การให้ที่ทำตามแบบต่อหน้าโนตารีจึงน่าจะช่วยลดหรือขจัดปัญหาดังกล่าวได้ไม่มากนัก

ประการที่สอง เพื่อป้องกันมิให้มีการถอนคืนการให้โดยมิชอบ หากการให้สามารถทำขึ้นเองระหว่างคู่สัญญาได้ ผู้ให้อาจทำลายหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ ทำให้เกิดการถอนคืนการให้ได้ ดังนั้น โนตารีจึงเข้ามามีบทบาทในการช่วยตรวจสอบประเด็นดังกล่าวก่อนทำการให้ ตลอดจนจะเก็บรักษาพยานเอกสารที่เกี่ยวข้องอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้มั่นใจว่าจะไม่มีการถอนคืนการให้โดยมิชอบ อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของการให้

แม้การที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้การให้ต้องทำตามแบบจะมีประโยชน์ อย่างไรก็ตาม แบบดังกล่าวสร้างความยุ่งยากในทางปฏิบัติเป็นอย่างยิ่ง จึงได้มีความพยายามในการผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักดังกล่าวลงโดยการให้ในรูปแบบต่างๆ ซึ่งศาลฝรั่งเศสเองก็ยอมรับความพยายามเช่นนั้นด้วย ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง การให้โดยการส่งมอบ (Manual gift) ซึ่งได้รับการยอมรับว่าสมบูรณ์เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินทั้งในทางทฤษฎีและโดยศาล แต่จำกัดเฉพาะทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้การให้จะสมบูรณ์โดยลำพังการส่งมอบ แต่เมื่อมีประเด็นปัญหาขึ้นสู่ศาล การพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็ยังคงอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐาน ตามมาตรา 1341²⁸ กล่าวคือ หากมูลค่าของทรัพย์สินที่ให้นั้นเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรมาแสดงต่อศาลด้วย แต่หลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ผู้ให้และผู้รับสามารถทำเองได้ ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อโนตารีตามแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 931 แต่อย่างใด

²⁵ Article 1339 A donor may not cure by any act of confirmation the defects of a gift inter vivos, void as to form: it must be remade in the form prescribed by law.

²⁶ Article 1340 Confirmation or ratification, or voluntary performance of a gift by the heirs or assigns of a donor, after his death, implies that they waive their right to raise either the defects in form or any other defences.

²⁷ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law* Volume 3 Part 2, p. 233.

²⁸ Article 1341 An instrument before notaires or under private signature must be executed in all matters exceeding a sum or value fixed by decree¹, even for voluntary deposits, and no proof by witness is allowed against or beyond the contents of instruments, or as to what is alleged to have been said before, at the time of, or after the instruments, although it is a question of a lesser sum or value.

All of which without prejudice to what is prescribed in the statutes relating to commerce.

นอกจากนี้ มีประเด็นปัญหาว่า การให้โดยการส่งมอบนี้ จะสามารถกำหนดเงื่อนไข (Condition) หรือค่าภาระติดพัน (Charge) ไปพร้อมกับการส่งมอบได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแบ่งออกเป็นหลายฝ่าย โดยนักกฎหมายในอดีตเห็นว่าการให้โดยการส่งมอบเป็นการให้รูปแบบพิเศษอันเป็นข้อยกเว้นการกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด จะต้องปรับใช้อย่างจำกัด ผู้ให้จึงไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขไปพร้อมกับการส่งมอบได้ แต่ในปัจจุบัน มีหลายคดีที่ศาลรับรองว่าการให้โดยการส่งมอบก็สามารถมีการกำหนดเงื่อนไขได้ เช่น การสงวนสิทธิเก็บกินในสังหาริมทรัพย์ที่ส่งมอบ ด้วยเหตุผลว่า เฉพาะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพียงอย่างเดียวก็เป็นวัตถุแห่งการส่งมอบได้ เป็นต้น ซึ่งการจะพิสูจน์ถึงเงื่อนไขเหล่านี้นั้นกระทำได้ยาก เกือบทุกกรณีจำเป็นจะต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรมาแสดงด้วย²⁹

รูปแบบที่สอง การให้โดยการโอน (Transfer) สามารถกระทำได้หลายลักษณะ เช่น การให้สิทธิ/โอนสิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทน หรือการชำระราคาสินค้าแทน เช่น การที่ภรรยาทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ แต่สามีเป็นผู้ชำระราคาให้แก่ผู้ขาย จะเห็นว่าภรรยาซึ่งเป็นผู้รับนั้นได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในรถยนต์มาจากผู้ขายโดยตรง สามีผู้ชำระราคาไม่เคยมีกรรมสิทธิ์ในรถยนต์คันดังกล่าวเลย อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีเช่นนี้ ย่อมถือว่าทรัพย์สินที่ให้นั้นคือราคาของรถยนต์ มิใช่ตัวรถยนต์แต่อย่างใด³⁰

รูปแบบที่สาม การให้โดยอ้อม (Indirect donation) เมื่อก้าวในความหมายอย่างแคบนั้นหมายถึง การสละสิทธิ (Renunciation of right) ไม่ว่าจะเป็นการสละสิทธิเรียกร้องในหนี้ หรือการสละสิทธิการจำยอมในที่ดิน เป็นต้น หากผู้สละสิทธิได้สละสิทธิของตนโดยปราศจากค่าตอบแทน ย่อมถือเป็นการให้ เสมือนว่าผู้สละสิทธิได้รับประโยชน์ตามสิทธิของตนจากผู้รับ และให้ประโยชน์นั้นกลับไปยังผู้รับอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งการสละสิทธิอันเป็นการให้โดยอ้อมนี้จะสมบูรณ์เมื่อได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิที่ได้สละแต่ละประเภทนั่นเอง³¹

รูปแบบที่สี่ การให้ที่เป็นอุปกรณของสัญญาประเภทอื่น หากสัญญาประธานได้กระทำตามแบบที่กำหนดอย่างถูกต้อง การให้นั้นย่อมสมบูรณ์เช่นเดียวกัน แม้ว่าจะมิได้กระทำตามแบบของการให้ก็ตาม ได้แก่ สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกประเภทต่างๆ เช่น กรรมธรรม์ประกันชีวิต³² เป็นต้น

รูปแบบที่ห้า การอำพรางการให้ (Disguised donation) เป็นการให้ที่มักแฝงในรูปแบบของสัญญาที่มีค่าตอบแทน รูปแบบที่พบได้บ่อยคือ สัญญาซื้อขายซึ่งมีการส่งมอบทรัพย์สิน แต่มิได้มีการชำระราคากันจริง หรือชำระเพียงบางส่วนเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าผู้ขายเป็นผู้ให้ และผู้

²⁹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 240.

³⁰ *ibid.*, p. 245.

³¹ *ibid.*, p. 246.

³² *ibid.*, p. 247.

ซื้อซึ่งมิได้ชำระราคา หรือชำระเพียงบางส่วนเป็นผู้รับ ในทางกลับกัน สัญญาซื้อขายที่มีการกำหนดราคาเกินความเป็นจริงมาก ก็เข้าข่ายการให้ในรูปแบบนี้เช่นกัน แต่ผู้ขายจะอยู่ในฐานะของผู้รับ และผู้ซื้อจะอยู่ในฐานะของผู้ให้ในส่วนของราคาที่เกินความเป็นจริงแทน นอกจากการอำพรางในรูปแบบของสัญญาที่มีค่าตอบแทน การอำพรางการให้อาจกระทำขึ้นในรูปแบบของการรับสภาพหนี้ที่ไม่มีอยู่จริงได้เช่นกัน

การอำพรางการให้จะต้องถูกปกปิดไว้ ต่างกับรูปแบบที่สี่ หากการให้ถูกเปิดเผยย่อมส่งผลให้สัญญาที่มีค่าตอบแทนที่สร้างขึ้นเพื่ออำพรางการให้ย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ศาลเองก็ได้ยึดหลักนี้โดยเคร่งครัดมากขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นเกี่ยวกับการอำพรางการให้ ซึ่งแบ่งเป็นหลายฝ่าย โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยอ้างว่า หากการอำพรางการให้สมบูรณ์และมีผลตามกฎหมายได้ ย่อมทำให้มาตรา 931 ว่าด้วยแบบของสัญญาให้สูญหายไปไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยสิ้นเชิง อย่างไรก็ตาม ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าการให้ในรูปแบบเช่นนี้สมบูรณ์และมีผลในทางกฎหมายได้ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินต่อจากผู้รับ เป็นต้น³³

3.1.3 ข้อจำกัดการให้

แม้โดยปกติเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีอำนาจที่จะจัดการทรัพย์สินของตนเองได้อย่างไร้ข้อจำกัด แต่ตามมาตรา 913³⁴ หาเป็นเช่นนั้นไม่ กล่าวคือ เจ้าของทรัพย์สินไม่สามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินของตนโดยการให้ได้อย่างอิสระ ไม่สามารถให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้อื่นทั้งหมดได้ กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้ต้องสงวนทรัพย์สินไว้บางส่วนเสมอ ทั้งนี้ ภายใต้แนวคิดที่ว่าบุคคลควรสงวนทรัพย์สินไว้แก่ครอบครัวและทายาทของตน สำหรับจำนวนทรัพย์สินที่ผู้ให้สามารถให้ได้นั้น จะพิจารณาจำนวนทายาทที่ผู้ให้มี ซึ่งข้อจำกัดนี้นำมาปรับใช้กับทั้งการให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิต และการให้โดยพินัยกรรมด้วย

3.1.4 การถอนคืนการให้และการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้

เมื่อเกิดการให้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่และการให้นั้นสมบูรณ์แล้ว ตามองค์ประกอบการไม่สามารถเพิกถอนได้ของสัญญาให้ ผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จากผู้รับ และผู้รับย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้อาจสามารถถอนคืนการให้ได้โดยถือว่าเป็นกรณีพิเศษและไม่ใช่เป็นการยกเว้นองค์ประกอบของการไม่สามารถเพิกถอนได้ของสัญญาให้ เนื่องจาก สิทธิของผู้ให้ในการถอนคืนการให้นี้โดยหลักเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้รับมิได้

³³ *ibid.*, pp. 248-251.

³⁴ Article 913 Gratuitous transfers, either by inter vivos acts or by wills, may not exceed half of the property of a disposing person, where he leaves only one child at his death; one-third, where he leaves two children; one-fourth, where he leaves three or a greater number.

เกิดจากการเปลี่ยนเจตนาของผู้ให้เหมือนกับที่อธิบายในองค์ประกอบการไม่สามารถถอนคืนได้แต่อย่างใด สำหรับกรณีที่ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้ มี 3 กรณี ตามมาตรา 953³⁵ ดังนี้

3.1.4.1 การถอนคืนการให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

รายละเอียดทั้งหมดจะอธิบายในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.1.4.2 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณ

ไม่ว่าการให้จะได้กระทำให้ขึ้นในรูปแบบใด ถูกอำพรางหรือไม่ มีค่าตอบแทนหรือไม่ หากผู้รับประพฤติเนรคุณ ผู้ให้มีสิทธิถอนคืนการให้ได้ทั้งสิ้น³⁶ เว้นแต่ การให้เนื่องจากการสมรสเท่านั้นที่ไม่อาจถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณได้ตามมาตรา 959³⁷ โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่ถือเป็นการประพฤติเนรคุณไว้โดยเฉพาะแล้ว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลมักจะพิจารณาตามข้อเท็จจริงว่าการกระทำของผู้รับถือได้ว่าเป็นการเนรคุณต่อผู้ให้หรือไม่ สมควรให้มีการถอนคืนการให้หรือไม่ โดยไม่ได้คำนึงถึงตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด สำหรับการประพฤติเนรคุณตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 955 นั้นมีทั้งสิ้น 3 กรณี³⁸ ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง ผู้รับพยายามฆ่าผู้ให้ กรณีนี้ พิจารณาเฉพาะเจตนาของผู้รับเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดต่อผู้ให้แต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้รับจะต้องเจตนาฆ่าผู้ให้ แม้ผู้ให้จะไม่บาดเจ็บใดๆเลยก็ตาม ย่อมถือว่าผู้รับประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้แล้ว ในทางกลับกันหากผู้รับกระทำโดยประมาท แม้จะส่งผลให้ผู้ให้ตาย ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตให้ถอนคืนการให้ได้ นอกจากนี้ หากเป็นการกระทำที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น การป้องกันตนเองพอสมควรแก่เหตุ ย่อมไม่ถือว่าผู้รับเนรคุณ และผู้ให้จะถอนคืนการให้ไม่ได้³⁹

กรณีที่สอง ผู้รับกระทำผิดกฎหมายอย่างรุนแรง หรือทารุณต่อผู้ให้ หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง เป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างกว้าง แม้ผู้รับจะกระทำความผิดต่อผู้ให้ก็ตาม แต่การกระทำนั้น จะต้องมีความรุนแรง ทารุณ หรือร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุให้ผู้ให้ถอนคืนการให้ได้ ซึ่งศาลมักจะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีไป

³⁵ 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.

³⁶ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 290.

³⁷ Article 959 Gifts in favour of marriage may not be revoked on account of ingratitude.

³⁸ Article 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.

³⁹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 291-292.

กรณีที่สาม ผู้รับปฏิเสธที่จะดูแลช่วยเหลือผู้ให้ กรณีนี้จะต้องพิจารณาถึง ฐานานุรูปของผู้ให้และผู้รับด้วย หากผู้ให้ไม่ได้ได้รับความเดือดร้อนถึงขนาด หรือผู้รับไม่อยู่ในฐานะที่จะดูแลช่วยเหลือผู้ให้ได้ ก็จะต้องถือว่าผู้รับเนรคุณไม่ได้ นอกจากนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าผู้รับไม่จำเป็นต้องดูแลช่วยเหลือผู้ให้เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ได้รับมาแต่อย่างใด⁴⁰

เมื่อผู้รับประพฤติเนรคุณและผู้ให้ประสงค์จะถอนคืนการให้ จะต้องฟ้องคดี ต่อศาลภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้รับได้ประพฤติเนรคุณ หรือนับแต่วันที่ผู้ให้ควรจะรู้ว่ามีการประพฤติเนรคุณเกิดขึ้น แต่ผู้ให้ไม่สามารถถอนคืนการให้ต่อทายาทของผู้รับได้ อย่างไรก็ตาม ทายาทของผู้ให้อาจถอนคืนการให้ต่อผู้รับได้ เฉพาะกรณีที่ผู้ให้ได้ฟ้องร้องเพื่อถอนคืนการให้ไว้แล้ว หรือผู้ให้ ได้ตายลงภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่มีการประพฤติเนรคุณตามมาตรา 957⁴¹ แต่หากผู้ให้ไม่เคยรู้ถึงการประพฤติเนรคุณของผู้รับมาก่อน ระยะเวลา 1 ปี ย่อมเริ่มนับนับแต่วันที่ทายาทของผู้ให้ได้รับรู้ถึงการประพฤติเนรคุณดังกล่าว แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร หากผู้ให้ได้ให้อภัยต่อผู้รับแล้ว สิทธิในการถอนคืนการให้ย่อมระงับ โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลา 1 ปี แต่อย่างใด⁴²

ผลแห่งการถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณตามมาตรา 958 นั้น ต่างกับการถอนคืนการให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันในบางประการ โดยการถอนคืนการให้กรณีนี้ไม่กระทบต่อการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้โดยผู้รับ ไม่ว่าจะมียกค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม รวมถึงจำนอง หรือภาระใดๆ ที่ผู้รับได้ก่อขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ให้ก่อนการถอนคืนการให้ด้วย ในกรณีเช่นนี้ผู้รับมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้มูลค่าทรัพย์สินที่ได้จำหน่ายจ่ายโอนไป โดยใช้ราคา ณ วันที่มีการถอนคืนการให้เป็นเกณฑ์ พร้อมทั้งดอกเบี้ยและดอกผลนับจากเวลาที่มีการใช้สิทธิถอนคืนการให้⁴³ แต่หากทรัพย์สินมิได้ถูกจำหน่ายจ่ายโอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ให้ และจะต้องเยียวยาผู้ให้จากความเสียหายที่ให้อาจได้รับจากภาระใดๆ ที่ผู้รับก่อขึ้นและติดมากับทรัพย์สินที่คืนมานั้น เช่น จำนอง หรือภาระจำยอม เป็นต้น แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ในการพิจารณาศาลจะต้องคำนึงถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ตลอดจนความเสื่อมถอยของทรัพย์สินด้วย เพื่อให้เกิดความ

⁴⁰ *ibid.*, p. 293.

⁴¹ Article 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.

⁴² Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law* Volume 3 Part 2, p. 295.

⁴³ Article 958 A revocation on account of ingratitude may not prejudice transfers made by a donee, or mortgages and other real encumbrances with which he may have burdened the subject matter of the gift, provided they all are previous to the registration of the claim for revocation at the land registry of the place of the property.

In case of revocation, the donee shall be ordered to return the value of the articles transferred, with regard to the time of the claim, and the fruits, from the day of that claim.

ยุติธรรม โดยผู้ให้จะต้องไม่ได้ประโยชน์จากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่ผู้รับได้กระทำโดยสุจริต และต้องไม่เสียหายจากความเสื่อมถอยของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากความผิดของผู้รับนั่นเอง⁴⁴

3.1.4.3 การถอนคืนการให้เนื่องจากผู้ให้มียายาทที่เกิดภายหลังการให้

เหตุแห่งการถอนคืนการให้ข้อนี้มิได้เกิดจากการกระทำของผู้รับเหมือนกับกรณีการถอนคืนการให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันหรือกรณีผู้รับประพฤติเนรคุณ แต่เกิดจากผลของกฎหมายโดยแท้ โดยมีที่มาจากข้อสันนิษฐานในทางทฤษฎีว่า ผู้ให้ทำการให้เนื่องจากเชื่อว่าตนจะไม่มีทายาท และจะไม่ทำการให้ถ้าคิดว่าตนจะมีทายาท⁴⁵ ซึ่งทายาทตามความหมายของมาตรา 960 หมายความว่ารวมเฉพาะทายาทที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ถูกจำกัดลำดับชั้นอยู่เพียงแค่บุตรเท่านั้น ส่วนทายาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุตรบุญธรรมและทารกในครรภ์⁴⁶ นั้นโดยหลักทั่วไปไม่อยู่ในขอบเขตของทายาทแต่อย่างใด⁴⁷

ดังนั้น หากผู้ให้มียายาทแล้วในขณะที่ทำการให้ บทบัญญัตินี้ย่อมไม่ถูกนำมาบังคับใช้ โดยจำนวนของทายาทนั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แม้อตรา 960 จะใช้คำว่า Children และ Descendants ก็ตาม⁴⁸

บทบัญญัตินี้จะต้องถูกบังคับใช้อย่างเคร่งครัด เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทายาทที่เกิดมาในภายหลังเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงว่าเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้จะเป็นอย่างไร หากมีข้อตกลงว่าผู้ให้สละสิทธิที่จะถอนคืนการให้เนื่องจากมียายาทที่เกิดในภายหลัง ข้อตกลงเช่นนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 965⁴⁹ และไม่ว่าจะเป็นการให้ที่สร้างขึ้นในรูปแบบใด มูลค่าเพียงใด หรือมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม⁵⁰ มีเพียงการให้สิ่งของที่ใช้ในชีวิตประจำวัน การให้ระหว่างคู่สมรส และการให้โดยบุพการีของคู่สมรสเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นจากเหตุแห่งการถอนคืนการให้⁵¹

⁴⁴ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 296-297.

⁴⁵ *ibid.*, p. 297.

⁴⁶ Article 961 That revocation shall take place, although the child of the donor was conceived at the time of the gift.

⁴⁷ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, pp. 299-300.

⁴⁸ *ibid.*, p. 299.

⁴⁹ Article 965 Any clause or agreement by which a donor renounces the revocation of a gift on account of unforeseen birth of a child, shall be considered as void and may not produce any effect.

⁵⁰ 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 "child of the donor, even posthumous" (Ord. no 2005-856 of 28 July 2005), or by legitimation by subsequent marriage of an illegitimate child, where he was born after the gift.

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

⁵¹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 298.

เมื่อทายาทของผู้ให้เกิดขึ้นภายหลังการให้ การถอนคืนการให้ย่อมเกิดขึ้น โดยผลของกฎหมายทันทีตามมาตรา 963 ไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแต่อย่างใด เป็นผลให้ทรัพย์สินที่ให้กลับเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ โดยปราศจากความรับผิดชอบ ภาระผูกพัน หรือจำนองใดๆ ที่ผู้รับอาจก่อขึ้น⁵² แต่ตามมาตรา 951 การถอนคืนการให้นี้ก็มิได้ตัดสิทธิผู้ให้ในการที่จะทำการให้กับผู้รับอีกครั้งหนึ่ง หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวโดยอิสระแต่อย่างใด⁵³

3.1.5 การให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.1.5.1 ความหมายและลักษณะของค่าภาระติดพัน

การจะเข้าใจความหมายของคำว่าค่าภาระติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องทราบถึงลักษณะของค่าภาระติดพันตามกฎหมายฝรั่งเศสเสียก่อน ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาและสรุปได้ ดังนี้

ลักษณะประการแรก ค่าภาระติดพันเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้ โดยถือว่าผู้รับเป็นลูกหนี้โดยแท้ในค่าภาระติดพันนั้น กล่าวคือ บุคคลผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันมีสิทธิเรียกให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันได้โดยตรง⁵⁴

ลักษณะประการที่สอง ค่าภาระติดพันมิได้มีขอบเขตจำกัดว่าจะต้องเป็นภาระที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้โดยตรง หรือเป็นภาระที่เกี่ยวกับการชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ให้ เช่น ค่าภาระติดพันที่กำหนดให้ผู้รับชำระหนี้ที่ผู้ให้มีต่อบุคคลภายนอกแทนผู้ให้ หรือค่าภาระติดพันตามการให้เงินเป็นคราวๆ ที่ผู้รับซึ่งเป็นภรรยาต้องย้ายออกและไม่กลับมาয়งูมีลำเนาของตนเองอีก⁵⁵ เป็นต้น

ลักษณะประการที่สาม แม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับภาษาอังกฤษนั้น จะใช้คำว่า “Condition” ซึ่งแปลว่า “เงื่อนไข” แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ใช้คำว่า “Charge” ซึ่งแปลตรงตัวว่า “ค่าภาระติดพัน” ก็ตาม⁵⁶ แต่ค่าภาระติดพันก็หมายความรวมถึงเงื่อนไขซึ่งเป็นเครื่องกำหนดความมีผลหรือสิ้นผลของนิติกรรมด้วย ไม่ว่าจะ

⁵² Article 963 Property included in a gift revoked by operation of law, shall revert to the patrimony of the donor free from all encumbrances and mortgages granted by the donee, without there being appropriated, even subsidiarily, to the restitution of the dowry of the wife of that donee, to her recoveries or other ante-nuptial agreements; and that shall take place even though the gift was made in favour of the marriage of the donee and included in the agreement, and the donor has bound himself as surety, through the gift, for the performance of the ante-nuptial agreement.

⁵³ Article 964 Gifts revoked in this way may not be revived or resume their effect, either by the death of the donor's child, or by any confirmatory instrument; and where the donor wishes to donate the same property to the same donee, either before or after the death of the child through whose birth the gift was revoked, he may do so only by a new disposition.

⁵⁴ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 284.

⁵⁵ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, p. 104.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 103.

เงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขบังคับหลัง และไม่ว่าจะเงื่อนไขในเชิงการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ตาม เช่น ข้อตกลงว่าผู้รับจะต้องไม่สมรสใหม่⁵⁷ เป็นต้น

แต่มีประเด็นว่าค่าภาระติดพันใดก็ตามที่เป็นอันพันวิสัย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือขัดต่อกฎหมาย ย่อมถือว่ามีได้มีการกำหนดค่าภาระติดพันเช่นว่านั้นไว้โดยตามมาตรา 900⁵⁸ ด้วยเหตุนี้ กรณีที่มีการกำหนดค่าภาระติดพันที่ต้องห้ามในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ย่อมถือว่าการให้นั้นสมบูรณ์โดยไม่มีเงื่อนไขบังคับก่อนเช่นว่านั้น ผู้รับสามารถเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ให้ไว้คืน⁵⁹ ส่วนการกำหนดค่าภาระติดพันที่ต้องห้ามในลักษณะอื่นย่อมเท่ากับว่าผู้ให้ได้รับทรัพย์สินที่ให้ไปโดยปลอดภาระติดพันใดๆทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีได้วินิจฉัยคดีตามมาตรา 900 เสมอไป หากการให้ใดมีค่าภาระติดพันที่ก่อภาระมากจนทำให้การให้กลายเป็นนิติกรรมที่มีค่าตอบแทนประเภทอื่นไป ศาลก็มักจะใช้มาตรา 1172⁶⁰ มาปรับแก้คดีแทน ทำให้นิติกรรมดังกล่าวเสียไปทั้งหมด⁶¹ ตัวอย่างค่าภาระติดพันที่อาจต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น ข้อห้ามผู้รับสมรสใหม่ ซึ่งเป็นค่าภาระติดพันที่ขัดต่อเสรีภาพตามธรรมชาติ แต่ศาลกลับมองว่าเป็นมูลเหตุจูงใจของผู้ให้ที่ควรได้รับการพิจารณา หรือข้อห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน ก็อาจใช้บังคับได้หากการห้ามนั้นมีกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม เป็นต้น⁶²

ลักษณะประการที่สี่ ค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์ได้ มิได้จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับใช้เงินดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น

ลักษณะประการที่ห้า ค่าภาระติดพันสามารถเป็นประโยชน์ต่อบุคคลใดก็ได้ นอกจากนี้ ในการพิจารณาผลทางกฎหมายของค่าภาระติดพันนั้น จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นเป็นสำคัญด้วย ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ค่าภาระติดพันเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ มีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้รับจะต้องชำระหนี้ หรือจ่ายผลตอบแทนรายปีแก่บุคคลภายนอก ซึ่งเดิมเป็นหน้าที่ของผู้ให้แทนผู้ให้ ซึ่งแท้จริงแล้วย่อมถือว่าผู้ให้นั้นร่ำรวยขึ้นจากส่วนผลประโยชน์ที่ตนได้รับจากผู้รับนั้น และการให้นั้นย่อมกลายเป็นสัญญาให้ที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) แต่ก็เป็น

⁵⁷ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 469.

⁵⁸ Article 900 In any inter vivos or testamentary disposition, the conditions which are impossible or those which are contrary to legislation or good morals, shall be deemed to be not written.

⁵⁹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 480.

⁶⁰ Article 1172 Any condition relating to an impossible thing, or contrary to public morals, or prohibited by law, is void, and renders void the agreement which depends upon it

⁶¹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 482.

⁶² *ibid.*, pp. 483-484.

ยอมรับกันทั่วไปว่านิติกรรมในลักษณะนี้ยังคงเป็นการให้ トラบเทาที่ผลประโยชน์ที่ผู้ให้จะได้รับมิได้มีมูลค่าหรือเป็นสาระสำคัญมากจนกลายเป็นวัตถุประสงค์หลักของสัญญาไป⁶³

กรณีที่สอง ค่าภาระติดพันเป็นประโยชน์แก่ผู้รับ ย่อมถือเป็นการให้โดยแท้เสมอ แม้จะมีการกำหนดให้ใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ และการที่ผู้รับจะชำระค่าภาระติดพันนั้นผู้รับอาจต้องใช้ทรัพย์สินของตนประกอบด้วยซึ่งก่อให้เกิดภาระเกินกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่ให้ก็ตาม⁶⁴ เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเพื่อใช้ในการท่องเที่ยวจำนวนหนึ่ง แม้ผู้รับจะต้องออกค่าใช้จ่ายมากกว่าจำนวนที่ผู้ให้ได้ให้มา การให้เงินนี้ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตของการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เป็นต้น

กรณีที่สาม ค่าภาระติดพันเป็นประโยชน์แก่บุคคลภายนอก เป็นกรณีที่มีความซับซ้อนมากกว่ากรณีอื่น เนื่องจากรูปแบบนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้-ผู้รับ-บุคคลภายนอก อาจเป็นได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์แก่บุคคลภายนอก โดยบุคคลภายนอกนั้นมีฐานะเป็นเจ้าของในค่าภาระติดพันของผู้รับ ซึ่งกรณีนี้อาจถือว่าเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) ได้เช่นเดียวกับกรณีที่ค่าภาระติดพันเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ หรือนิติกรรมที่เกิดขึ้นอาจเป็นการให้ระหว่างผู้ให้และบุคคลภายนอก โดยที่ผู้รับมิได้ร่ำรวยขึ้นจากการให้ นั้น โดยมีฐานะเป็นเพียงตัวแทนในการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่บุคคลภายนอกที่เป็นผู้รับที่แท้จริงเท่านั้น ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้และบุคคลภายนอกอาจเป็นความสัมพันธ์แบบเจ้าหนี้-ลูกหนี้ก็ได้ หากการให้ทรัพย์สินนั้นแท้จริงเป็นการชำระหนี้ที่มีต่อกันอยู่แล้ว แต่การจะแยกแยะรูปแบบนิติสัมพันธ์ออกจากกันให้ชัดเจนนั้นไม่ใช่เรื่องที่สามารถทำได้โดยง่าย เพราะองค์ประกอบต่างๆล้วนมีความคลึงและเกี่ยวโยงกันไม่สามารถแยกออกได้โดยสิ้นเชิง เช่น ผู้ให้มอบเงินให้แก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับใช้เงินดังกล่าวไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดในการช่วยเหลือคนยากจน กรณีนี้หากวินิจฉัยว่าเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน ผู้รับย่อมมีสิทธิในการบริหารจัดการเงินได้โดยอิสระตราบที่ยังอยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของค่าภาระติดพันที่กำหนดไว้ แต่หากวินิจฉัยว่าเป็นกรณีการให้ผ่านตัวแทน ย่อมถือว่าหน่วยงานที่รับผิดชอบในการช่วยเหลือคนยากจนเป็นผู้รับที่แท้จริงในฐานะตัวแทนของคนยากจน อย่างไรก็ตาม กรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งควรจะมีฐานะเป็นผู้รับที่แท้จริง หรือได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นไม่สามารถระบุตัวชัดเจน เช่น ค่าภาระติดพันที่กำหนดให้ผู้รับใช้เงินที่ให้เพื่อการกุศล แต่ไม่ได้ระบุชัดแจ้งว่าให้ใช้เงินนั้นกับองค์กรการกุศลใด ย่อมถือว่าผู้รับที่เป็นตัวแทนมีฐานะเป็นผู้รับ แต่ก็ไม่มีบุคคลภายนอกที่จะสามารถเรียกร้องเอาประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นได้ หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้เท่านั้นที่มีสิทธิถอนคืนการให้ได้

⁶³ *ibid.*, p. 470.

⁶⁴ *ibid.*, p. 472.

จากลักษณะที่อธิบายไปทั้งหมด ผู้เขียนจึงขอสรุปความหมายของค่าภาระติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในภาพรวมว่าหมายถึง ข้อกำหนดใดๆ ที่ผู้ให้กำหนดขึ้นแก่การให้ซึ่งผู้รับมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยที่ข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องไม่ก่อภาระแก่ผู้รับเกินควร

3.1.5.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน⁶⁵

เมื่อผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน สิทธิในการถอนคืนการให้ย่อมเกิดขึ้น แต่สิทธิในการถอนคืนการให้นี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ให้เท่านั้น หากบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากภาระติดพันเป็นบุคคลภายนอก แม้ผู้รับไม่ชำระภาระติดพัน บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ดังกล่าวก็ไม่สามารถถอนคืนการให้ได้แต่อย่างใด บุคคลภายนอกสามารถเรียกร้องให้ผู้รับชำระภาระติดพันได้เท่านั้น แต่ผู้ให้ย่อมมีสิทธิเลือกว่าจะเรียกร้องให้ผู้ให้ชำระค่าภาระติดพัน หรือถอนคืนการให้ก็ได้ การถอนคืนการให้จะต้องทำโดยใช้สิทธิทางศาล เว้นแต่ผู้ให้และผู้รับจะได้ตกลงกันให้การถอนคืนการให้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ ก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลนั้น โดยทั่วไปจะต้องมีการบอกกล่าวให้ผู้รับชำระภาระติดพันก่อนด้วยเช่นเดียวกับกรณีการเลิกสัญญาต่างตอบแทน โดยในการพิพากษาศาลก็จะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงด้วยว่า การไม่ชำระภาระติดพันนั้นกระทบต่อผู้ให้เพียงใด และเป็นสาระสำคัญเพียงพอที่จะถอนคืนการให้หรือไม่ หากการไม่ชำระภาระติดพันมิได้กระทบต่อผู้ให้หรือกระทบแต่ไม่มากนัก ศาลอาจพิพากษาให้ถอนคืนการให้เพียงบางส่วนเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลอาจไม่พิพากษาให้มีการถอนคืนการให้ทันที แต่อาจให้โอกาสผู้รับโดยการกำหนดกำหนดระยะเวลาให้ผู้รับชำระภาระติดพันก่อนก็ได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำใดๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แม้จะขัดกับค่าภาระติดพันที่กำหนดไว้ก็ตาม ย่อมไม่สามารถถอนคืนการให้ได้⁶⁶

ท้ายที่สุด เมื่อถอนคืนการให้แล้ว ตามมาตรา 954⁶⁷ ทรัพย์สินที่ให้อยู่กลับคืนมาสู่ผู้ให้อย่างปลอดภาระใดๆ โดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่ว่าจะ เป็นภาระติดพันที่ผู้รับได้ก่อขึ้นแก่บุคคลภายนอก หรือจำนองก็ตาม แต่หากบุคคลภายนอกครอบครองทรัพย์สินที่ให้นั้นอยู่ ผู้ให้จะสามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนได้เฉพาะทรัพย์สินที่ให้เป็นอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น⁶⁸ แต่ไม่ว่ากรณี

⁶⁵ *ibid.*, pp. 286-287.

⁶⁶ Article 956 Revocation on account of non-performance of conditions or of ingratitude may never take place by operation of law.

⁶⁷ Article 954 In the case of revocation for non-performance of the conditions, the property shall revert to the hands of the donor free of all charges and mortgages granted by the donee: and the donor shall have the same rights against third parties holding the immovables donated as he would have against the donee himself.

⁶⁸ Article 2279 In matters of movables, possession is equivalent to a title.

Nevertheless, the person who has lost or from whom a thing has been stolen, may claim it during three years, from the day of the loss or of the theft, against the one in whose hands he finds it, subject to the remedy of the latter against the one from whom he holds it

จะเป็นอย่างไร ศาลจะต้องพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่ผู้รับได้เสียไป และความเสื่อมถอยของทรัพย์สินด้วยเสมอ⁶⁹

3.2 หลักเกณฑ์ของสัญญาให้และสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายเยอรมัน

3.2.1 แนวความคิดทั่วไปและองค์ประกอบของสัญญาให้

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับภาษาอังกฤษ จะพบว่า กฎหมายเยอรมันมิได้ใช้คำว่า “Gift” แก่การให้ เหมือนกันกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด โดยคำที่ถูกนำมาใช้คือคำว่า “Donation” ซึ่งแปลว่าการบริจาค อย่างไรก็ตาม พบว่ากฎหมายใช้คำว่า “Gift” กับทรัพย์สินที่ได้บริจาค และหากได้พิจารณาคำจำกัดความของการบริจาคแล้ว สามารถเข้าใจได้ว่า การบริจาคตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น คือ การให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั่นเอง โดยบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาให้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 8 ว่าด้วยหนี้ลักษณะต่างๆ สำหรับองค์ประกอบของสัญญาให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตามมาตรา 516⁷⁰ นั้นมีความคล้ายคลึงกับองค์ประกอบของการให้ตามกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่

3.2.1.1 ความร่ำรวยขึ้นของผู้รับ

สัญญาให้เป็นการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินจากกองทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ ทำให้อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับร่ำรวยขึ้น แต่ทรัพย์สินที่ให้ไม่จำเป็นจะต้องถูกส่งมอบให้แก่ผู้รับโดยตรงเสมอไป การที่ผู้ให้ชำระหนี้ของผู้รับไปยังเจ้าหนี้ของผู้รับโดยตรงก็ถือเป็นสัญญาให้รูปแบบหนึ่ง⁷¹ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ให้ละเว้นไม่ใช้สิทธิบังคับเอาแก่ผู้รับเพื่อให้ได้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผู้ให้มีสิทธิจะได้อยู่แล้วนั้น ไม่ถือเป็นการให้แต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 517⁷²

3.2.1.2 การไม่มีค่าตอบแทน

ทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องได้ตกลงกันว่าการจำหน่ายจ่ายโอนนั้นกระทำขึ้นโดยไม่มีค่าตอบแทน ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ให้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเพื่อตอบแทนการกระทำของผู้รับในอดีตนั้น

⁶⁹ Marcel Planiol, *Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2*, p. 288.

⁷⁰ Section 516 (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.

⁷¹ Ernest Joseph Schuster, *The Principles of German Civil Law* (Oxford: Clarendon Press, 1907), p. 232.

⁷² Section 517 It is not a donation if someone, to the advantage of another person, fails to acquire assets or waives a right that has become available but not yet been definitively acquired, or declines an inheritance or a legacy.

ยอมไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาให้ แม้ทรัพย์สินที่ให้นั้นจะไม่ได้ถูกส่งมอบแก่ผู้รับโดยตรงก็ตาม เช่น การที่นายจ้างตกลงให้ค่าเลี้ยงดูแก่อดีตพนักงานที่ทำงานกับนายจ้างมานานและเกษียณอายุ ไม่ถือเป็นสัญญาให้ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าเงินค่าเลี้ยงดูดังกล่าวจะถูกมอบให้แก่อดีตพนักงานนั้นโดยตรง หรือ ภรรยาหม้ายของเขาก็ตาม⁷³

โดยหลักแล้วสัญญาให้ใดๆที่มีค่าตอบแทนยอมไม่ใช้สัญญาให้ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าค่าตอบแทนนั้นจะมากกว่า น้อยกว่าหรือเท่ากับมูลค่าของทรัพย์สินที่ให้ แต่อาจเป็นสัญญาประเภทอื่น เช่น สัญญาแลกเปลี่ยน หรือสัญญาซื้อขาย แต่ก็เป็นไปได้ว่าส่วนที่เป็นผลประโยชน์ที่ไม่มีค่าตอบแทนโดยแท้ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของการแลกเปลี่ยนหรือการซื้อขาย จะเป็นสัญญาให้ได้ กล่าวคือสัญญาที่ได้ทำขึ้นดังกล่าวมีลักษณะผสมกันระหว่างสัญญาให้และสัญญาประเภทอื่น อาทิ สัญญาแลกเปลี่ยน หรือสัญญาซื้อขาย เป็นต้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยที่ผู้รับจะต้องตอบแทนด้วยวิธีต่างๆ ได้แก่ เลี้ยงดูผู้ให้ตลอดชีวิต จ่ายเงินให้ผู้ให้เป็นงวดๆ รับผิดชอบหนี้จำนวนที่ติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือปลดหนี้ที่ผู้ให้มีต่อผู้รับ ฯลฯ เมื่อกรณีเหล่านี้เกิดเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ศาลเยอรมันจะต้องใช้ความพยายามในการแยกนิติกรรมที่ผสมกันอยู่นี้ออกจากกันก่อนที่จะวินิจฉัยคดี แตกต่างกับศาลฝรั่งเศสที่จะไม่แยกนิติกรรมที่ได้กระทำขึ้นนี้ออกจากกัน แต่จะวินิจฉัยว่านิติกรรมเช่นว่านั้นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว⁷⁴ ในการแยกศาลเยอรมันมักจะพิจารณาเปรียบเทียบมูลค่า (Value) ระหว่างค่าตอบแทนที่ผู้รับจะต้องตอบแทนกับมูลค่าของทรัพย์สินที่ผู้รับได้รับมาจากผู้ให้ ซึ่งหลายครั้งทำได้ยากเนื่องจากโดยลักษณะหรือสภาพของค่าตอบแทนที่ผู้รับจะต้องตอบแทนแก่ผู้ให้นั้นไม่สามารถตีมูลค่าได้อย่างชัดเจนแน่นอน เช่น ค่าตอบแทนในลักษณะที่ผู้รับจะต้องเลี้ยงดูผู้ให้ตลอดชีวิตก็ไม่แน่นอนว่าผู้ให้จะมีชีวิตยืนยาวเพียงใด จะเจ็บป่วยรุนแรงหรือไม่ เป็นต้น หลังจากนั้นศาลจะวินิจฉัยซึ่งโดยหลักแล้วเฉพาะการให้ส่วนที่ไม่มีค่าตอบแทนโดยแท้เท่านั้นที่ถือว่าเป็นสัญญาให้ ส่วนการให้ส่วนที่มีค่าตอบแทนยอมเป็นสัญญาประเภทอื่น แต่ก็ไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะศาลก็เคยมีแนวคิดว่าคุณสัญญาที่มีอิสระที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกันได้ เช่น กรณีการซื้อขายทรัพย์สินในราคาที่ถูกลงกว่าราคาตลาดมาก หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคุณสัญญาไม่เคยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันมาก่อน ศาลมักจะพิจารณาวานิติกรรมที่ได้กระทำขึ้นเป็นสัญญาซื้อขายอย่างเดียวโดยไม่มีลักษณะของสัญญาให้ผสมอยู่ แต่หากว่าคุณสัญญาเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ก็มีแนวโน้มมากกว่าที่ศาลจะวินิจฉัยว่านิติกรรมที่ได้กระทำขึ้นเป็นนิติกรรมผสมระหว่างสัญญาให้และสัญญาซื้อขายตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น⁷⁵

⁷³ E.J. Cohn, *Manual of German Law Volume 1 General Introduction Civil Law* (London: Oceana Publication, Inc., 1968), p. 136.

⁷⁴ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, p. 110.

⁷⁵ *ibid.*, p. 184.

นอกจากนี้ โดยเหตุที่สัญญาให้เป็นสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน จึงเป็นเจตนาของกฎหมายที่จะกำหนดให้ผู้ให้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ ตลอดจนไม่ต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยผิดนัดกรณีที่ผู้ให้ไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ตามที่สัญญาว่าจะให้ได้ ผู้ให้จะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับเฉพาะเมื่อได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับ หรือรู้ถึงการรอนสิทธิหรือความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ให้แก่หรือจะให้แล้วจงใจปกปิดเสียซึ่งการรอนสิทธิหรือความชำรุดบกพร่องนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 521-524⁷⁶

3.2.1.3 เจตนารับของผู้รับ

ผู้รับจะต้องมิได้ปฏิเสธการให้ โดยปกติการที่สัญญาใดๆ จะสมบูรณ์ได้นั้นย่อมต้องประกอบขึ้นด้วยเจตนาของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และสำหรับสัญญาให้นั้น นอกจากผู้ให้จะต้องมีเจตนาให้แล้ว ผู้รับจะต้องแสดงเจตนารับการให้ด้วย สัญญาให้จึงจะสมบูรณ์ แต่สัญญาให้ตามกฎหมายเยอรมันแม้ผู้รับจะมีได้แสดงเจตนารับ ณ เวลาที่ผู้ให้แสดงเจตนาให้ก็ตาม ผู้ให้ก็สามารถกำหนดระยะเวลาอันเหมาะสมแก่ผู้รับ และหากผู้รับมิได้ปฏิเสธการให้ภายในช่วงระยะเวลาที่ผู้ให้กำหนดดังกล่าว ย่อมถือว่าผู้รับได้แสดงเจตนารับการให้และการให้นั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

3.2.2 แบบของสัญญาให้

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้กำหนดแบบของสัญญาให้โดยทั่วไปไว้แต่อย่างใด เฉพาะสัญญาว่าจะให้ ซึ่งเป็นสัญญาให้ที่มีได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่ทำสัญญาให้เท่านั้นที่จะต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้ทรัพย์สินกันเพียงครั้งเดียวหรือให้เป็นคราวๆหลายครั้ง⁷⁷ ก็ตาม ซึ่งแบบที่กฎหมายกำหนดก็คือ การทำสัญญาว่าจะให้โดยมี

⁷⁶ Article 521 The donor is responsible only for intent and gross negligence.

Article 522 The donor is not obliged to pay default interest.

Article 523 (1) If the donor fraudulently conceals a legal defect, he is obliged to compensate the donee for the resulting damage.

(2) If the donor promised to provide an object that he had to acquire first, the donee may demand damages for non-performance for a legal defect if the defect was known to the donor upon acquisition of the thing or remained unknown as a result of gross negligence. The provisions of section 433 (1) and sections 435, 436, 444, 452 and 453 on the liability of the seller for legal defects apply with the necessary modifications.

Article 524 (1) If the donor fraudulently conceals a defect in the donated thing, he is obliged to compensate the donee for the resulting damage.

(2) If the donor promised to provide a thing designated only by class that he had to acquire first, the donee may, if the thing provided is defective and the donor was aware of the defect when the thing was acquired or remained unaware of it due to gross negligence, demand that in place of the defective thing a thing free of defects is supplied. If the donor fraudulently concealed the defect, the donee may demand damages for non-performance in place of supply of a thing free of defects. The provisions applicable to a warranty for defects in a thing sold apply to these claims with the necessary modifications.

⁷⁷ Section 520 If the donor promises maintenance consisting of recurrent performance, the obligation expires with his death unless the promise leads to a different conclusion.

โนตารีรับรองนั่นเอง หากสัญญาว่าจะให้มีได้กระทำขึ้นโดยมีโนตารีรับรองย่อมไม่สมบูรณ์และไม่สามารถบังคับกันได้ อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาว่าจะให้แล้ว การกระทำเช่นนั้นย่อมส่งผลให้สัญญาว่าจะให้สมบูรณ์แม้จะมีได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยแบบที่กฎหมายกำหนดนี้ยังใช้บังคับแก่สัญญาว่าจะให้ที่กระทำขึ้นในรูปแบบของการรับสภาพหนี้ด้วย⁷⁸

เมื่อได้ทำสัญญาว่าจะให้โดยมีโนตารีรับรองแล้ว สัญญาว่าจะให้นั้นย่อมสมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาให้ปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ผู้จะให้ก็สามารถปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจะให้ได้ หากการปฏิบัติตามสัญญาว่าจะให้นั้นจะส่งผลกระทบต่อภาระเลี้ยงชีพของผู้จะให้ รวมถึงบุคคลที่ผู้จะให้ มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเลี้ยงดูด้วย ส่วนกรณีที่ผู้จะให้ได้ทำสัญญาว่าจะให้กับผู้รับไว้หลายราย แต่สามารถปฏิบัติตามสัญญาว่าจะให้ได้เพียงบางส่วน ผู้จะรับที่ใช้สิทธิเรียกร้องก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่า⁷⁹

3.2.3 การถอนคืนการให้และการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้

เมื่อสัญญาให้สมบูรณ์แล้ว ผู้รับย่อมเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ โดยผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนจากผู้รับ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้คืนจากผู้รับได้โดยเฉพาะ ดังนี้

3.2.3.1 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

รายละเอียดทั้งหมดจะอธิบายในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.2.3.2 การเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากความยากจนของผู้ให้

ตามมาตรา 528⁸⁰ ภายหลังจากสัญญาให้หากผู้ให้ตกเป็นบุคคลยากจนไม่สามารถเลี้ยงชีพตนเองและบุคคลที่อยู่ในความดูแลของตนตามกฎหมายได้ ผู้ให้อาจเรียกให้ผู้รับคืน

⁷⁸ Section 518 (1) For a contract by which performance is promised as a donation to be valid, notarial recording of the promise is required. The same applies to a promise or a declaration of acknowledgement if the promise to fulfil an obligation or the acknowledgement of a debt is made as a donation in the manner cited in sections 780 and 781.

(2) A defect of form is cured by rendering the performance promised.

⁷⁹ Section 519 (1) The donor is entitled to refuse to fulfil his promise given as a donation to the extent that he, taking account of his other duties, is not in a position to fulfil the promise without jeopardising his reasonable maintenance or the performance of duties of maintenance incumbent upon him by operation of law.

(2) If the claims of more than one donee coincide, the earlier claim takes precedence.

⁸⁰ Section 528 (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.

ทรัพย์สินที่ให้ แต่หากผู้รับไม่ประสงค์จะคืนทรัพย์สินที่ให้แก่อผู้ให้ ก็สามารถเลือกที่จะจ่ายค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ยังชีพดังกล่าวแก่อผู้ให้แทนการคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติถึงบุคคลผู้มีสิทธิถอนคืนการให้ในกรณีเช่นนี้ไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด แต่บุคคลผู้มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้นำจะจำกัดไว้เฉพาะตัวผู้ให้เท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงบริวารของผู้ให้ด้วยแต่อย่างใด ส่วนกรณีที่มีผู้รับหลายราย ผู้รับรายหลังสุดมีหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ก่อน หากผู้รับรายหลังสุดคืนทรัพย์สินหรือจ่ายค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ยังชีพแก่อผู้ให้แล้วยังไม่เพียงพอ ผู้รับรายก่อนหน้าก็มีหน้าที่ในทำนองเดียวกันเกิดขึ้นตามลำดับ แต่หน้าที่ของผู้รับรายก่อนหน้าจะถูกจำกัดเฉพาะส่วนที่อยู่ นอกเหนือภาระหน้าที่ของผู้รับรายหลังเท่านั้น

แต่ไม่ใช่ทุกกรณีที่ผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ หรือจ่ายค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ยังชีพแก่อผู้ให้ การให้ตามศีลธรรมจรรยาที่ไม่สามารถถอนคืนการให้ได้ตามมาตรา 534⁸¹ และตามมาตรา 529 หากความยากจนของผู้ให้นั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ให้เอง หรือเมื่อความยากจนนั้นเกิดขึ้นหลังจากที่ได้ทำสัญญาให้ไปแล้วเกินกว่า 10 ปี ผู้ให้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินได้ นอกจากนี้ หากผู้รับในขณะที่มีการเรียกให้คืนทรัพย์สินก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะคืนทรัพย์สินได้ โดยไม่กระทบต่อความสามารถในการเลี้ยงชีพตนเองและบุคคลที่อยู่ในความดูแลของตนตามกฎหมายได้ ผู้ให้ก็ไม่มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินเช่นเดียวกัน⁸²

สำหรับการคืนทรัพย์สินที่ให้ในกรณีนี้ให้ใช้หลักลาภมิควรได้บังคับรายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.2.3.3 การถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณ

เหตุเนรคุณที่จะก่อให้เกิดสิทธิการถอนคืนการให้ นั้น จะต้องเป็นการเนรคุณอย่างร้ายแรง ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง การทำร้ายร่างกาย การดูหมิ่นเหยียดหยาม และการจงใจทำให้ได้รับความเสียหายต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรง เป็นต้น⁸³ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้จำกัดเฉพาะการเนรคุณต่อผู้ให้เท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองแก่ญาติสนิทของผู้ให้ด้วย แต่สิทธิของทายาท

⁸¹ Section 534 Donations to meet a moral duty or made from considerations of decency are not subject to a claim for return or to revocation.

⁸² Section 529 (1) The claim to return of the gift is excluded if the donor has caused his indigence by intent or gross negligence or if at the time of onset of his indigence ten years have passed since the donated object was provided.

(2) The same applies to the extent that the donee, taking into account his other duties, is not in a position to return the gift without the maintenance suitable to his station in life or the discharging of the duties of maintenance incumbent upon him by operation of law being jeopardised.

⁸³ Ernest Joseph Schuster, *The Principles of German Civil Law*, p. 234.

ของผู้ให้ในการสิทธิถอนคืนการให้จะจำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้รับได้ฆ่าผู้ให้โดยเจตนาและโดยผิดกฎหมาย หรือกรณีที่ผู้รับได้ขัดขวางมิให้ผู้ให้ถอนคืนการให้เท่านั้น ตามมาตรา 530⁸⁴

อย่างไรก็ตาม มาตรา 532 บัญญัติว่า ผู้มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ได้รู้ถึงเหตุเนรคุณแล้วเกินกว่า 1 ปี หรือผู้ให้ได้ให้อภัยแก่การประพฤตินेรคุณของผู้รับ⁸⁵ หรือเมื่อทายาทของผู้ให้ที่มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ได้สละสิทธิเช่นนั้น สิทธิในการถอนคืนการให้ย่อมสิ้นไป แต่ตามมาตรา 533 การให้อภัยหรือสละสิทธิดังกล่าวจะสามารถกระทำได้เฉพาะเมื่อบุคคลผู้มีสิทธิได้รู้ถึงเหตุเนรคุณแล้วเท่านั้น⁸⁶ นอกจากนี้ การให้ตามศีลธรรมจรรยาที่ไม่สามารถถอนคืนการให้ได้แม้ผู้รับจะประพฤตินेรคุณก็ตาม ตามมาตรา 534⁸⁷

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ในกรณีนี้ให้ใช้หลักลาภมิควรได้บังคับ เช่นเดียวกับกรณีการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากความยากจนของผู้ให้⁸⁸ รายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.2.4 สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

3.2.4.1 ความหมายและลักษณะของค่าภาระติดพัน

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับภาษาอังกฤษมิได้ใช้คำว่า “Charge” แก่ค่าภาระติดพันเหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างไร คำที่ใช้คือ “Condition” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแล้วย่อมสามารถเข้าใจได้ว่าหมายถึงค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เช่นเดียวกับมาตรา 528 ของไทยนั่นเอง นอกจากนี้ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้ให้คำจำกัดความของค่าภาระติดพันไว้แต่อย่างไร แต่

⁸⁴ Section 530 (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.

⁸⁵ Section 532 Revocation is excluded if the donor has forgiven the donee or if one year has passed since the time when the person entitled to revoke obtained knowledge that the requirements for him to have the right had been satisfied. Revocation is no longer permissible after the death of the donor.

⁸⁶ Section 533 The right of revocation may only be waived when the person entitled to revoke has become aware of the ingratitude.

⁸⁷ Section 534 Donations to meet a moral duty or made from considerations of decency are not subject to a claim for return or to revocation.

⁸⁸ Section 531 (1) Revocation is effected by declaration to the donee.

(2) If the donation is revoked, return of the gift may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.

ผู้เขียนก็ได้ศึกษาจากความเห็นทางวิชาการ เห็นว่าสามารถสรุปความหมายและลักษณะของค่าภาระติดพันได้ ดังนี้

ลักษณะประการที่หนึ่ง ค่าภาระติดพันเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่จะได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นต่อผู้รับเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินแต่อย่างใด⁸⁹

ลักษณะประการที่สอง ค่าภาระติดพันเป็นภาระที่สามารถชำระได้โดยใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ได้เลย โดยที่ผู้รับไม่จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินของตนเองในการชำระค่าภาระติดพันแต่อย่างใด เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยสงวนสิทธิอาศัยในที่ดินนั้นไว้ตลอดชีวิตของผู้ให้⁹⁰ แต่ลักษณะของค่าภาระติดพันตามแนวคิดนี้ก็มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการให้เพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ หากผู้รับเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะอยู่แล้ว⁹¹ เช่น โบสถ์ โดยมีคดียุติการศาลสูงเยอรมันเคยกลับคำพิพากษาของศาลชั้นล่างที่วินิจฉัยให้โบสถ์ไม่ต้องดูแลรักษาสุสานประจำตระกูลของผู้ให้อีกต่อไป เนื่องจากเงินที่โบสถ์ได้รับมานั้นสิ้นมูลค่าไปเนื่องจากผลเงินเงินเพื่อช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยศาลสูงให้เหตุผลว่าโบสถ์ไม่ใช่องค์กรธุรกิจซึ่งแสวงหากำไรจากการทำงาน จึงต้องชำระค่าภาระติดพันต่อไป แม้ว่าค่าภาระติดพันนั้นจะเกินมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มาแล้วก็ตาม⁹² นอกจากนี้ ยังมีผู้โต้แย้งว่าในบางกรณีผู้รับก็มีความจำเป็นหรือถูกกำหนดให้ใช้ทรัพย์สินของตนร่วมกับทรัพย์สินที่ได้รับมาตามสัญญาให้ในการที่จะชำระค่าภาระติดพันที่กำหนดให้สำเร็จจุลวง เช่น กรณีที่ผู้ให้ให้เงินแก่มหาวิทยาลัยโดยกำหนดให้มหาวิทยาลัยจะต้องจัดให้มีสวนสาธารณะ ซึ่งสวนดังกล่าวมหาวิทยาลัยได้ดำเนินการอยู่แล้ว มีประเด็นว่ากรณีเช่นนี้เป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือสัญญาแลกเปลี่ยน ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันก็มีความเห็นที่แตกต่างกัน⁹³ ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าค่าภาระติดพันมีขอบเขตรวมถึงภาระใดๆที่สามารถชำระได้โดยประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ได้โดยตรงนั่นเอง

ลักษณะประการที่สาม ค่าภาระติดพันอาจเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดก็ได้ มิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้เท่านั้น ผู้รับ หรือบุคคลภายนอกก็สามารถเป็นบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันได้ไม่ใช่สาระสำคัญ โดยกรณีที่บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นเป็นผู้รับ เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับใช้เงินดังกล่าวในการลงทุนตามกรอบที่ผู้ให้กำหนดเท่านั้น เป็นต้น⁹⁴ ย่อมมีแนวโน้มว่าสัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาให้ เพราะเมื่อผู้ให้มิได้รับ

⁸⁹ K.W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law* (Sydney: Halstead Press, 1962), p. 235.

⁹⁰ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, p. 168.

⁹¹ K.W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law*, p. 234.

⁹² 112 R.G.Z. 210 (1925)

⁹³ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, p. 167.

⁹⁴ Ernest Joseph Schuster, *The Principles of German Civil Law*, p. 235.

ประโยชน์อันใดจากผลของค่าภาระติดพัน สัญญาแลกเปลี่ยนจึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ในกรณีนี้ แต่หากผู้ให้เป็นบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพัน เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยผู้ให้มีสิทธิได้รับผลผลิตจากที่ดินบางส่วนตลอดชีวิตของผู้ให้⁹⁵ ก็อาจมีประเด็นว่าสัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาให้หรือไม่

ส่วนกรณีที่บุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นเป็นบุคคลภายนอก โดยทรัพย์สินที่ให้นั้นจะต้องถูกจำหน่ายโอนจากผู้รับต่อไปยังบุคคลภายนอก ย่อมถือว่าผู้รับมิได้ร่ำรวยขึ้นจากทรัพย์สินส่วนดังกล่าว และอาจส่งผลให้สัญญาที่เกิดขึ้นอาจไม่เป็นสัญญาให้บางส่วนหรือทั้งหมดแล้วแต่กรณี ขึ้นอยู่กับปริมาณหรือจำนวนทรัพย์สินที่ได้จำหน่ายโอนต่อไปนั้น ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวขัดกับองค์ประกอบพื้นฐานของสัญญาให้ที่ว่าผู้รับจะต้องร่ำรวยขึ้นจากทรัพย์สินที่ให้นั้นเอง อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันหลักการดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้กับกรณีที่ผู้รับเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า หากผู้ให้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับที่เป็นนิติบุคคล ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และกำหนดค่าภาระติดพันให้ผู้รับนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นว่านั้น สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญาให้เสมอ โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะต้องถูกจำหน่ายโอนต่อไป หรือบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้นแท้จริงจะเป็นผู้ใดก็ตาม⁹⁶

ลักษณะประการที่สี่ ค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์ได้ มิได้จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับใช้เงินดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น

จากลักษณะของค่าภาระติดพันทั้งสี่ประการ สามารถสรุปได้ว่า ค่าภาระติดพันหมายถึง ภาระซึ่งผู้ให้ตามสัญญาให้ได้กำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติตาม มีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ และเป็นภาระที่อาจชำระได้โดยใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้นั้นโดยตรง

3.2.4.2 ผลของการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน⁹⁷

หากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ได้โดยต้องไขบทบัญญัติว่าด้วยการเลิกสัญญาต่างตอบแทนมาปรับใช้ นอกจากนี้ ผู้ให้อาจเรียกคืนทรัพย์สินได้เพียงเท่าที่ควรจะเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ชำระค่าภาระติดพัน ทั้งนี้ ภายใต้หลักกลาภมิควรได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันนั้นเป็นบุคคลภายนอก สิทธิของ

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ John P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, pp. 170-171.

⁹⁷ Section 527 (1) If fulfilment of the condition fails to occur, the donor may demand the return of the gift under the conditions determined for the right of revocation of reciprocal contracts under the provisions on return of unjust enrichment to the extent that the gift would have had to be used to fulfil the condition.

(2) The claim is excluded if a third party is entitled to demand fulfilment of the condition.

ผู้ให้ที่จะเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ย่อมระงับไป จะเห็นได้ว่าการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับ
 ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันตามกฎหมายเยอรมันมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยอย่างยิ่ง แต่
 ลักษณะพิเศษประการหนึ่งที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย คือ หากค่าภาระติดพันนั้นเกี่ยวข้องกับ
 ประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจสั่งให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันเช่นนั้นหลังจากที่ผู้ให้ถึง
 แก่ความตายได้ด้วย⁹⁸

อย่างไรก็ตาม หากทรัพย์สินที่ให้มีการรอนสิทธิหรือความชำรุดบกพร่อง
 ส่งผลให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยกว่าค่าใช้จ่ายที่จะต้องเสียเพื่อชำระค่าภาระติดพันนั้น ผู้รับมีสิทธิ
 ปฏิเสธไม่ชำระค่าภาระติดพันนั้นได้จนกว่าผู้ให้จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เป็นส่วนต่างนั้น นอกจากนี้ หาก
 ผู้รับได้ชำระค่าภาระติดพันไปโดยไม่รู้ถึงการรอนสิทธิหรือความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ให้ ผู้รับ
 ย่อมมีสิทธิจะเรียกร้องให้ผู้ให้ชดเชยค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพื่อชำระค่าภาระติดพันนั้น ทั้งนี้ เฉพาะที่
 เกินจากมูลค่าของทรัพย์สินที่ให้อันเป็นมาจากการรอนสิทธิหรือความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ให้
 เท่านั้น⁹⁹

3.2.4.3 การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน

กฎหมายเยอรมันเป็นระบบสัญญาคู่ กล่าวคือเป็นระบบกฎหมายที่มี
 ลักษณะพิเศษอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ด้วยการแยกระหว่าง “นิติกรรมทางหนี้” ซึ่งเป็นนิติกรรม
 อันเป็นมูลเหตุแห่งการโอนทรัพย์สิน และ “นิติกรรมทางทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ทำให้สัญญาซึ่งเป็นนิติ
 กรรมทางหนี้สำเร็จผล ออกจากกันอย่างเป็นอิสระ ตัวอย่างเช่นในกรณีสัญญาซื้อขาย การเข้าทำ
 สัญญาซื้อขายระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายนั้นเป็นสัญญาทางหนี้ ส่วนการส่งมอบหรือตกลงโอนกรรมสิทธิ์
 ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นเป็นสัญญาทางทรัพย์สิน ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ “ลอย” ออกจากสัญญาซื้อขาย
 ดังนั้น แม้ว่าสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นมูลเหตุนั้นจะเสียไป ย่อมไม่กระทบต่อการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้ซื้อ
 แต่อย่างใด แต่การได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาโดยสัญญาซื้อขายที่บกพร่อง ย่อมถือว่าเป็นการได้มา

⁹⁸ Section 525 (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.

⁹⁹ Section 526 Insofar as due to a legal defect or a defect in the donated thing the value of the disposition does not reach the amount of the expenses required to fulfil the condition, the donee is entitled to refuse to fulfil the condition until the deficit caused by the defect is made up for. If the donee fulfils the condition without knowledge of the defect, then he may demand from the donor reimbursement of the expenses caused by fulfilment to the extent that, as a result of the defect, they exceed the value of the disposition.

โดยปราศจากมูลเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁰ ผู้ซื้อจึงมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้ขายในฐานะที่
การได้กรรมสิทธิ์มานั้นเป็นลาภมิควรได้ ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันสรุปได้ ดังนี้

เมื่อศาลได้พิพากษาให้มีการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ มาตรา
818¹⁰¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะถูกนำมาปรับใช้ โดยสรุปคือบุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมา
หน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ที่ได้มารวมถึงสิ่งใดๆที่ได้รับมาเพื่อเป็นการชดใช้ความสูญหาย บุบสลาย
หรือความเสื่อมค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินนั้นแก่บุคคลผู้เสียหายทั้งสิ้น หากการคืนทรัพย์สินดังกล่าว
ตกเป็นอันพันวิสัย เนื่องมาจากสภาพของทรัพย์สิน หรือเหตุอื่นใดอันเป็นความผิดของบุคคลผู้ได้รับ
ทรัพย์สินมา บุคคลดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบใช้มูลค่าของทรัพย์สินที่ให้นั้นแทน

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมาไม่เหลือทรัพย์สินสิ่งใดที่ได้มา
เป็นลาภอีกแล้ว ก็หมดหน้าที่ที่จะต้องคืนทรัพย์สิน ช้อยกเว้นตามมาตรา 818 (3) นี้ศาลจะนำมาปรับ
ใช้กับบุคคลที่ได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตเท่านั้น¹⁰² แต่หากทรัพย์สินที่ได้รับมาถูกจำหน่ายจ่ายโอน
จากไปยังบุคคลภายนอก บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมาจะต้องคืนเงินเท่ากับราคาทรัพย์สินที่ได้จำหน่าย
จ่ายโอนไปยังบุคคลภายนอกตามหลักทั่วไปของการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้มาตรา 818 (1)

จากที่กล่าวไปทั้งหมดจะเห็นได้ว่าหลักลาภมิควรได้ตามกฎหมายเยอรมัน
นั้นเป็นเรื่องของการคืนทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง กรณีที่ทรัพย์สินที่ได้รับมาถูกโอนต่อไปยัง
บุคคลภายนอก บุคคลภายนอกดังกล่าวย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมายและ
ได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นหากการจำหน่ายจ่ายโอนนั้นได้
กระทำโดยไม่มีค่าตอบแทน บุคคลผู้เสียหายก็มีสิทธิฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกที่ได้รับ
โอนทรัพย์สินไปได้โดยตรง โดยถือว่าบุคคลภายนอกดังกล่าวได้ร่ำรวยขึ้นโดยปราศจากมูลเหตุจะอ้าง
ได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 822¹⁰³ นั้นเอง

¹⁰⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, "สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน," ใน *ตุลพาท เล่ม 1 ปีที่ 15 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2515)*, หน้า 53-59.

¹⁰¹ Section 818 (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.

¹⁰² Francesco Giglio, "A Systematic Approach to 'Unjust' and 'Unjustified' Enrichment," *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.23 No.3 (2003): 470.

¹⁰³ Section 822 If the recipient bestows the gains on a third person at no charge, then that third person is obliged to make restitution as if he had received the disposition from the creditor without legal grounds, to the extent that as a result of the bestowal the duty of the recipient to make restitution of the enrichment is excluded.

แม้ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่าหลักลาภมิควรได้มีส่วนสำคัญที่ช่วยสนับสนุนหลักการและเหตุผลของระบบสัญญาคู่ก็ตาม แต่ผู้เขียนก็ยังมีความเห็นต่างในประเด็นว่าระบบสัญญาคู่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน หรือผู้รับประพฤติน่ารุณโดยตรงแต่อย่างใด เนื่องจากสาระสำคัญของระบบสัญญาคู่คือ การรับรองสัญญาทางทรัพย์สินว่าเป็นนิติกรรมลอยให้เป็นอิสระจากสัญญาทางหนี้ ทำให้บุคคลผู้เสียทรัพย์สินสามารถเรียกเอาทรัพย์สินตามลาภมิควรได้ได้หากสัญญาทางหนี้แตกเป็นโมฆะ หรือไม่สามารถบังคับได้เพราะเหตุอื่นใด

อย่างไรก็ตาม ความบกพร่องของสัญญาทางหนี้ที่เคยเป็นมูลเหตุของสัญญาทางทรัพย์สินนั้นล้วนเกิดจากความบกพร่องในขณะที่ทำสัญญาทางหนี้ เช่น การแสดงเจตนา ความสำคัญผิด วัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบ ฯลฯ ส่วนการไม่ชำระค่าภาระติดพัน หรือการที่ผู้รับประพฤติน่ารุณนั้นไม่ใช่ความบกพร่องของสัญญาทางหนี้ แต่เป็นการกระทำของผู้รับซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยปกติเมื่อมีการผิดสัญญา ย่อมมีการบอกเลิกสัญญาและกลับสู่ฐานะเดิม แต่สัญญาให้เป็นกรณีพิเศษที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้/เพิกถอนการให้ และนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้แทนการกลับสู่ฐานะเดิม มิได้มีที่มาในทำนองเดียวกับการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้กรณีอื่นๆแต่อย่างใด

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหากฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

ตามที่คุณเขียนได้นำเสนอเกี่ยวกับปัญหาต่างๆของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันไปแล้วในบทที่ 2 ดังนั้นในบทที่ 4 นี้ ในปัญหาแต่ละหัวข้อผู้เขียนจะทำการพิจารณาก่อนว่าในต่างประเทศมีปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทยเกิดขึ้นหรือไม่ พร้อมไปกับการเปรียบเทียบบทบัญญัติและการปรับใช้กฎหมายในเรื่องสัญญาให้และเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้องระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน ซึ่งล้วนเป็นต้นร่างที่สำคัญในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร เพื่อให้ทราบว่าถ้ามีปัญหาในลักษณะเดียวกันในต่างประเทศ ปัญหาดังกล่าวจะได้รับการแก้ไขอย่างไรเป็นลำดับแรก หลังจากนั้นในลำดับต่อไปผู้เขียนจึงจะวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นตามกฎหมายไทย เพื่อค้นหาคำตอบว่าปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุและที่มาอย่างไร และเพื่อแก้ไขปัญหาก็ต้องใช้วิธีการอย่างไรจึงจะเหมาะสมกับกรณีมากที่สุด

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน

ในการที่ค้นหาความหมายและองค์ประกอบที่แท้จริงของค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนได้ใช้วิธีการวิเคราะห์เปรียบเทียบจากองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยจับกลุ่มองค์ประกอบของค่าภาระติดพันต่างๆที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกันเข้าด้วยกันและวิเคราะห์เปรียบเทียบ เพื่อให้เห็นบทสรุปแบบภาพรวมในคราวเดียว ผู้เขียนได้แบ่งแยกกลุ่มขององค์ประกอบของค่าภาระติดพันเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบเป็น 4 ด้าน ดังนี้

4.1.1 ด้านประเภทของทรัพย์สินที่อาจมีค่าภาระติดพันได้

4.1.1.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวิเคราะห์

ตามที่คุณเขียนได้นำเสนอไปแล้วว่าควรหาคำตอบเสียก่อนว่าค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยมีในสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษได้หรือไม่ เพื่อให้สามารถค้นหาความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันในด้านอื่นได้ง่ายยิ่งขึ้น โดยในปัจจุบันความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยอมรับว่าค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษได้ ดังนั้น ในลำดับแรกผู้เขียนเห็นว่าควรวิเคราะห์เสียก่อนว่าเพราะเหตุใดค่าภาระติดพันจึงสามารถมีในอสังหาริมทรัพย์ได้โดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่านอกเหนือจากเหตุผลว่าในปัจจุบันมีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับค่าภาระติดพันตามสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์เป็นแนวทางแล้ว มีเหตุผลอีกเพียงประการเดียวเท่านั้นที่ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ กับอสังหาริมทรัพย์ในอันที่จะมีค่าภาระติดพัน

ตามสัญญาให้คือ คู่สัญญาให้สามารถกำหนดค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาได้ในลักษณะที่เป็น “ทรัพย์สิน” ได้ และในทางตรงข้าม คู่สัญญาให้ไม่สามารถกำหนดค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามสัญญาให้ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินได้ อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินนี้ผู้เขียนหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น¹ ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ดังนั้น หากคู่สัญญาให้ตกลงค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะอื่นที่ไม่เข้าข่ายทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 ประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือแม้จะตกลงค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 ประเภทใดประเภทหนึ่งก็ตาม แต่มิได้จดทะเบียนสิทธิเช่นนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้บริบูรณ์ ค่าภาระติดพันนั้นย่อมเป็นเพียงบุคคลสิทธิ ไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินแต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 1299

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน ไม่พบประเด็นปัญหาว่าค่าภาระติดพันสามารถมีได้ทั้งในอสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์หรือไม่อย่างไร แต่ผู้เขียนพบว่ากฎหมายฝรั่งเศสนั้นถือว่าผู้รับเป็นลูกหนี้โดยแท้ในหนี้ค่าภาระติดพันด้วย ส่วนกฎหมายเยอรมันก็คล้ายคลึงกับกฎหมายฝรั่งเศสคือค่าภาระติดพันมีสถานะเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศทั้งสองประเทศล้วนมีมุมมองต่อค่าภาระติดพันเป็นบุคคลสิทธิระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ดังนั้น เมื่อได้พิจารณา มุมมองของกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการพิจารณาว่าภาระติดพันว่าสามารถมีได้หรือไม่โดยใช้ประเภทของทรัพย์สินคืออสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และอสังหาริมทรัพย์เป็นเกณฑ์นั้นไม่น่าจะถูกต้องเท่าไรนัก การพิจารณาว่าภาระติดพันว่าสามารถมีได้หรือไม่ควรใช้ลักษณะของสิทธิคือทรัพย์สินและบุคคลสิทธิเป็นเกณฑ์น่าจะเหมาะสมและตรงประเด็นมากกว่า

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์เกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินที่อาจมีค่าภาระติดพันโดยแบ่งแยกตามประเภทของสิทธิต่อไป

4.1.1.2 ค่าภาระติดพันที่เป็นบุคคลสิทธิ

¹ ผู้อ่านอาจมีประเด็นว่าเหตุใดผู้เขียนจึงไม่กล่าวถึงจำนองซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหัวข้อวิเคราะห์นี้ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าจำนองนั้นแม้จะเป็นทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ แต่ก็เป็นภาระที่เกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ไม่ใช่การก่อให้เกิดสิทธิใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินเช่นเดียวกับทรัพย์สินประเภทตัดทอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 แต่อย่างใด โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เกี่ยวกับการจำนองว่าเป็นค่าภาระติดพันหรือไม่อย่างไร ในหัวข้อการวิเคราะห์ในด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะทำสัญญาให้ต่อไป

ค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยจะเป็นบุคคลสิทธิได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่าค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เป็นบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้และผู้รับ หรือระหว่างบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันและผู้รับแล้วแต่กรณีได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือค่าภาระติดพันสามารถมีในสังหาริมทรัพย์ รวมถึงสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ อันได้แก่ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพและสัตว์พาหนะ คือ ช้าง ม้า วัว ควาย ลา ล่อ ได้เช่นกัน ด้วยเหตุผล ดังนี้

ประการแรก มาตรา 528 วรรค 1 บัญญัติไว้เฉพาะสิทธิระหว่างผู้ให้และผู้รับในกรณีที่ผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น มิได้มีการบัญญัติถึงกรณีที่บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนทรัพย์สินที่ให้ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันด้วย ส่วนวรรค 2 ก็บัญญัติในทำนองรับรองสิทธิที่บุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันมีต่อผู้รับ จึงทำให้เข้าใจได้ว่ามาตรา 528 มีเจตนารมณ์ให้ค่าภาระติดพันเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้และผู้รับ หรือระหว่างบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันและผู้รับเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากสังเกตจะพบว่ามาตรา 528 ใช้คำว่า ให้ “สิ่ง” ซึ่งมีค่าภาระติดพัน ซึ่งอาจทำให้เข้าใจว่าค่าภาระติดพันเป็นภาระจะต้องเป็นภาระที่ผูกติดอยู่กับทรัพย์สินที่ให้ กล่าวคือเป็นทรัพย์สินสิทธิ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าความหมายของการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันนั้นหมายความว่าค่าภาระติดพันจะต้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้มากกว่า ไม่ได้เป็นข้อจำกัดว่าค่าภาระติดพันจะต้องเป็นทรัพย์สินเท่านั้นแต่อย่างไร โดยรายละเอียดผู้เขียนจะวิเคราะห์ในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน ในด้านลักษณะของภาระต่อไป

ประการที่สอง ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรแบ่งแยกข้อตกลงตามสัญญาให้ที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกันเพียงเพราะความแตกต่างกันในประเภทของสิทธิ เช่น ผู้ให้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับสองครั้ง ครั้งแรกให้ที่ดินโดยจดทะเบียนสิทธิเก็บบินในที่ดินนั้นไว้เป็นสิทธิแก่ตน ครั้งที่สองให้ที่ดินโดยสงวนสิทธิเก็บบินแก่ตนไว้แต่ไม่ได้จดทะเบียน² จะเห็นว่าข้อกำหนดตามสัญญาให้ทั้งสองครั้งมีลักษณะเหมือนกัน ต่างกันเพียงข้อกำหนดตามสัญญาให้ครั้งแรกมีการจดทะเบียนเป็นทรัพย์สิน แต่ข้อกำหนดตามสัญญาให้ครั้งที่สองไม่ได้จดทะเบียน จึงเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น ดังนั้น หากข้อกำหนดตามสัญญาให้ทั้งสองครั้งนี้มีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันเพียงเพราะมิได้จดทะเบียนทรัพย์สินก็คงเป็นเรื่องที่น่าประหลาดใจอย่างยิ่ง

ส่วนประเด็นที่ผู้เขียนเคยนำเสนอไว้ว่าหากค่าภาระติดพันเป็นบุคคลสิทธิได้ย่อมมีปัญหาในทางปฏิบัติคือปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องให้ชำระค่าภาระติดพัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้รับจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ต่อไปยังบุคคลภายนอกนั้น ต่างกับกรณีค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินซึ่งติดไปกับตัวทรัพย์สินที่ให้และสามารถขายยันกับบุคคลทั่วไปได้ โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินที่ให้นั้นจะถูกจำหน่ายโอนไปและบุคคลใดจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นก็ตาม ดังนั้น แม้ผู้รับจะได้

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5147/2537 วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันนั้นก็ยัง สามารถบังคับตามสิทธิของตนเอาแก่ทรัพย์สินที่ให้ได้โดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้แท้จริงแล้วเป็น ปัญหาเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยใช้หลักลาภมิควรได้มาบังคับมากกว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับ ขอบเขตของค่าภาระติดพัน โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มา ปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันต่อไป

เมื่อวิเคราะห์เกี่ยวกับค่าภาระติดพันที่เป็นบุคคลสิทธิแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือ การวิเคราะห์ค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ

4.1.1.3 ค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ

แม้จะได้ข้อสรุปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างค่าภาระติดพันกับบุคคลสิทธิ แล้ว และปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าค่าภาระติดพันเป็นทรัพย์สินสิทธิได้ก็ตาม แต่ผู้เขียนก็เห็นว่ายังมี ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อให้แน่ชัดคือ ความคิดที่ว่าค่าภาระติดพันตามสัญญาให้เป็นทรัพย์สินสิทธิได้ นั้น แท้จริงแล้วเป็นอย่างนั้นหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่าทรัพย์สินสิทธิสามารถเป็นค่าภาระติด พันได้ แต่ไม่ใช่ค่าภาระติดพันโดยแท้ เป็นแต่เพียงค่าภาระติดพันโดยปริยายเท่านั้น โดยสามารถแบ่ง ออกได้เป็น 2 ลักษณะหลักๆ ดังนี้

ลักษณะแรก ค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินสิทธิอันก่อขึ้นเพื่อการให้โดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ผู้ให้ต้องการให้ที่ดินแก่ผู้รับ แต่ก็ยังต้องการสงวนสิทธิในที่ดินดังกล่าวไว้แก่ตนส่วนหนึ่ง และญาติของตนซึ่งถือเป็นบุคคลภายนอกอีกส่วนหนึ่ง จึงได้จดทะเบียนให้ที่ดินแก่ผู้รับ พร้อมทั้งจดทะเบียนสิทธิเก็บกินในที่ดินดังกล่าวไว้พร้อมกัน จะเห็นได้ว่าค่าภาระติดพันในกรณีนี้แท้จริงแล้วเป็น เพียงบุคคลสิทธิซึ่งเกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ให้ ญาติของผู้ให้ และผู้รับเท่านั้น เพียงแต่ค่า ภาระติดพันที่ได้ตกลงกันดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกับสิทธิเก็บกินซึ่งสามารถจดทะเบียนได้ และเมื่อ ได้จดทะเบียน การจดทะเบียนนั้นก่อให้เกิดทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้และญาติของผู้ให้ และทรัพย์สินนั้น ผู้ให้และญาติของผู้ให้สามารถช้อนได้กับบุคคลทั่วไปซึ่งรวมถึงบุคคลภายนอกซึ่งรับโอนที่ดินที่ให้จาก ผู้รับด้วย ไม่ได้จำกัดเพียงผู้รับเท่านั้น โดยที่ทรัพย์สินดังกล่าวก็ครอบคลุมบุคคลสิทธิที่เกิดขึ้นจากการ ตกลงกันโดยปริยาย การจดทะเบียนทรัพย์สินจึงเปรียบเสมือนเป็นการขยายขอบเขตของสิทธิของให้ กว้างขวางขึ้น ซึ่งก็มีข้อดีคือผู้ให้หรือญาติของผู้ให้สามารถบังคับตามสิทธิของตนได้เสมอ แม้ว่าผู้รับจะ ได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม

ลักษณะที่สอง ค่าภาระติดพันที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่ให้อยู่แต่เดิมก่อนการให้ ตัวอย่างเช่น ผู้ให้ต้องการให้ที่ดินที่อยู่ภายใต้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เช่น สิทธิเก็บกิน อยู่แต่ เดิมแก่ผู้รับ โดยการที่ผู้รับจะยินยอมให้บุคคลภายนอกได้ใช้สิทธิเก็บกินหรือไม่นั้นไม่ได้เป็น สาระสำคัญในการพิจารณาให้ทรัพย์สินสำหรับตัวผู้ให้เลยแต่อย่างใด กรณีนี้จะเห็นว่าค่าภาระติดพัน ไม่ได้เกิดจากการตกลงกันเป็นบุคคลสิทธิระหว่างผู้ให้กับผู้รับ แต่เป็นภาระที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่ให้แต่

เดิม และการที่ผู้รับยอมรับทรัพย์สินที่ให้นั้นยอมเท่ากับยอมรับในภาวะติดพันเช่นนั้นในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินโดยปริยาย เมื่อได้พิจารณาแล้วอาจเกิดคำถามว่าสัญญาให้ในกรณีนี้เป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าแม้กรณีเช่นนี้จะไม่มีค่าภาระติดพันที่เกิดจากการตกลงกันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิอยู่เลยก็ตาม แต่ก็ต้องถือเป็นข้อยกเว้น เพราะไม่มีเหตุผลที่เหมาะสมใดๆที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาให้ในกรณีนี้ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เพราะหน้าที่ของผู้รับก็ไม่ต่างกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันที่เกิดจากความตกลงที่เป็นบุคคลสิทธิแต่ได้มีการจดทะเบียนทรัพย์สินในกรณีแรกแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้รับมีหน้าที่และต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิแห่งผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันแล้วแต่กรณีนั่นเอง นอกจากนี้ หากวินิจฉัยว่าสัญญาให้ในลักษณะนี้ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ผู้ให้ย่อมมีสิทธิถอนคืนการให้โดยเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นกับผู้รับซึ่งไม่ต่างกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันที่เกิดจากการตกลงกันแล้วย่อมไม่เป็นธรรมที่จะให้ผู้รับให้มีการถอนคืนการให้ได้

เมื่อได้พิจารณาแล้วจะพบว่าค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินที่ก่อขึ้นในลักษณะแรกอาจจะก่อปัญหาเมื่อผู้รับจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ไปยังบุคคลภายนอกอื่นได้ กล่าวคือ เมื่อเกิดการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันแล้วแต่กรณีไม่เพียงมีสิทธิที่เป็นทรัพย์สินอันติดกับตัวทรัพย์สินที่ให้ต่อบุคคลภายนอกอื่นที่เป็นผู้รับโอนเท่านั้น แต่ยังมีสิทธิเรียกร้องที่เป็นบุคคลสิทธิต่อผู้รับอีกด้วย จึงเกิดปัญหาในทางทฤษฎีว่าผู้ให้หรือบุคคลผู้มีสิทธิในค่าภาระติดพันแล้วแต่กรณีจะมีสิทธิและใช้สิทธิได้ทั้งสองทางพร้อมๆกันหรือไม่

นอกจากนี้ หากค่าภาระติดพันที่ได้จดทะเบียนเป็นทรัพย์สินนั้นเป็นภาระจำยอม ก็จะทำให้เกิดปัญหาเพิ่มอีกประการในทางตรงข้าม เพราะภาระจำยอมต่างกับทรัพย์สินประเภทตัดถอนกรรมสิทธิ์ตามบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเภทอื่นๆ ซึ่งโดยปกติทั่วไปภาระที่เกิดขึ้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิที่เป็นบุคคลที่ระบุตัวได้แน่นอน แต่ภาระจำยอมนั้นเป็นประโยชน์แก่สังหาริมทรัพย์อื่นที่เรียกว่าสามยทรัพย์ ด้วยเหตุนี้ บุคคลใดที่มีกรรมสิทธิ์ในสามยทรัพย์ย่อมมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในภาระจำยอมทั้งสิ้น ดังนั้น บุคคลซึ่งจะเป็นผู้ทรงสิทธิจึงไม่สามารถระบุตัวได้แน่นอน ในกรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในสามยทรัพย์จำหน่ายโอนสามยทรัพย์นั้นให้แก่บุคคลอื่น บุคคลที่เป็นผู้รับโอนย่อมกลายเป็นผู้ทรงสิทธิในภาระจำยอมแทนเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมผู้โอน จึงเกิดปัญหาว່ว่านอกจากผู้รับจะมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้รับโอนซึ่งมีสิทธิในภาระจำยอมในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินแล้ว ยังจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของสามยทรัพย์เดิมตามบุคคลสิทธิที่มีต่อกันด้วยหรือไม่อย่างไร

ปัญหาดังกล่าวผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่าหากยินยอมให้มีการใช้สิทธิได้สองประเภทในเวลาเดียวกัน ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกผู้มีสิทธิในค่าภาระติดพันย่อมได้รับประโยชน์

มากกว่าที่ควรจะได้ ในทำนองเดียวกัน หากกำหนดผู้รับต้องรับผิดชอบสิทธิทั้งสองประเภทพร้อมๆกัน ผู้รับย่อมได้รับความเสียหายอย่างมาก จะเห็นว่าทั้ง 2 กรณีต่างก็ไม่ใช่เป็นธรรม ดังนั้น เมื่อค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินได้ครอบทับค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิโดยปริยายแล้ว ก็ควรจะต้องถือว่าค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินนั้นได้เข้าแทนที่ค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิโดยสมบูรณ์ ค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิย่อมสิ้นผลไป และในการใช้สิทธิจึงต้องบังคับกันตามทรัพย์สินที่ได้จดทะเบียนไว้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น กรณีที่ผู้รับจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ต่อไปยังบุคคลภายนอก ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกที่มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันก็ต้องเรียกร้องเอาบุคคลภายนอกผู้รับโอนนั้นโดยตรง ไม่สามารถเรียกร้องเอาจากผู้รับได้อีกต่อไป เช่นเดียวกันหากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสามยทรัพย์สินได้จำหน่ายจ่ายโอนสามยทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอก สิทธินั้นย่อมระงับไป เหลือเฉพาะบุคคลภายนอกผู้รับโอนเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องตามภาระจำยอมที่ได้จดทะเบียนไว้ได้

ส่วนค่าภาระติดพันที่เป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วในลักษณะที่สอง แม้ว่าจะไม่มีค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิมาเกี่ยวข้องด้วย จึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการใช้สิทธิซ้ำซ้อนกันให้ต้องพิจารณาก็ตาม แต่กรณีที่มีการโอนทรัพย์สินที่ให้ ผู้เขียนก็มีความเห็นไม่ต่างกันว่า สิทธิหน้าที่ในค่าภาระติดพันนั้นย่อมโอนต่อไปพร้อมกับทรัพย์สินที่ให้ หรือพร้อมไปกับสามยทรัพย์สินในกรณีของภาระจำยอมเช่นเดียวกันนั่นเอง

4.1.2 ด้านความมีอยู่ของค่าภาระติดพันในขณะทำสัญญาให้

จากการศึกษาพบว่าองค์ประกอบที่ว่าค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้เป็นองค์ประกอบที่ปรากฏเฉพาะในกฎหมายไทยเท่านั้น แต่ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันไม่ปรากฏองค์ประกอบในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายไทยว่าค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้แต่อย่างใด ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์แยกระหว่างภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ และภาระที่มีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำสัญญาให้

4.1.2.1 ภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาให้

หลังจากผู้เขียนได้วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2538 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่วางหลักว่าค่าภาระติดพันนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้แล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดของศาลฎีกา เนื่องจากจำเลยในคดีนี้ซึ่งเป็นผู้รับประพัตินทรคุณต่อผู้ให้ และผู้ให้ฟ้องถอนคดีการให้ โดยจำเลยยกข้อต่อสู้ว่าการไถ่ถอนจำนองสองครั้งก่อนหน้าของตนส่งผลให้การให้ที่ดินพิพาทเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่เมื่อวิเคราะห์แล้วจะพบว่า การไถ่ถอนจำนองสองครั้งก่อนของจำเลยมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการให้ที่เป็นข้อพิพาทโดยตรงแต่อย่างใด นอกจากนี้ จะเห็นว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตต้องการใช้ประโยชน์จากการกระทำครั้งก่อนของตนคือการไถ่ถอนจำนองสองครั้ง

ก่อนหน้า และมาตรา 535 กล่าวโดยสรุปคือ หากศาลวินิจฉัยว่าการไถ่ถอนจำนองครั้งก่อนของจำเลย ถือว่าเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันยอมได้รับยกเว้นไม่สามารถถอนคืนการให้เพราะเหตุคุณได้ ทำให้โจทก์เสียเปรียบ แต่เนื่องจากจำเลยมิได้มีเจตนาไถ่ถอนจำนองให้แก่โจทก์เพื่อให้ได้ที่ดินพิพาท มาแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ศาลวินิจฉัยเช่นนั้นผู้เขียนเห็นว่าถูกต้องแล้ว นอกเหนือจากเหตุผลของศาลฎีกาในคดีนี้เกี่ยวกับองค์ประกอบของค่าภาระติดพันแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของ ศาลที่ 320/2538 ว่า “การทำสัญญายกให้ที่ดินและบ้านพิพาทขณะที่ยังติดจำนองเป็นประกันหนี้ครั้งที่สามอันถือว่าเป็นหนี้ของจำเลยผู้รับให้โดยไม่มีการไถ่ถอนจำนอง ไม่ถือว่าเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน” ย่อมสื่อให้เห็นความเป็นไปได้ว่า หากจำเลยได้ไถ่ถอนจำนองครั้งที่สาม ศาลฎีกาอาจจะวินิจฉัยว่าสัญญาให้ระหว่างโจทก์และจำเลยอาจเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันก็ได้ โดยมีการไถ่ถอนจำนองเป็นสาระสำคัญแห่งองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน แต่อย่างไรก็ตาม แม้จำเลยจะได้ไถ่ถอนจำนองครั้งที่สามและศาลวินิจฉัยว่าสัญญาให้ระหว่างโจทก์และจำเลยเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ค่าภาระติดพันก็มีได้มีอยู่ในขณะที่ทำสัญญาอย่างที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้อยู่ดี

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3221/2535 ซึ่งศาลวินิจฉัยในทำนองว่าค่าภาระติดพันสามารถมีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้ได้นั้น ผู้เขียนก็ได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่าศาลฎีกามีเหตุผลเฉพาะคดีในการวินิจฉัยว่าการที่โจทก์จดทะเบียนโอนที่ดินพิพาทให้จำเลย เป็นการตอบแทนที่จำเลยไถ่ถอนจำนองที่ดินและบ้านพิพาทที่โจทก์เป็นหนี้ธนาคารอยู่ เป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน เพราะหากศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาให้ดังกล่าวไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ย่อมทำให้โจทก์สามารถถอนคืนการให้เพราะเหตุจำเลยประพฤติเนรคุณได้ ทำให้จำเลยซึ่งได้ไถ่ถอนจำนองที่ดินและบ้านพิพาทให้แก่โจทก์เสียเปรียบอย่างยิ่ง เสมือนว่าจำเลยได้ไถ่ถอนจำนองให้โจทก์เปล่าๆ ในขณะที่โจทก์ได้ประโยชน์จากการกระทำของจำเลยโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่ศาลฎีกาจะต้องคุ้มครองจำเลยซึ่งมิได้ได้รับทรัพย์สินที่ให้โดยปราศจากค่าตอบแทนใดๆนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาให้ดังกล่าวไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะเปลี่ยนไปโดยปรากฏว่าการไถ่ถอนจำนองและสัญญาให้ได้กระทำขึ้นในวันเดียวกันก็ตาม แต่อาจเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้หรือสัญญาต่างตอบแทนก็ได้

ในส่วนขององค์ประกอบว่าค่าภาระติดพันนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้หรือไม่นั้น โดยสรุปผู้เขียนวิเคราะห์แล้วมีความเห็นด้วยว่าค่าภาระติดพันนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้เท่านั้น ซึ่งการมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ นั้นหมายถึง ภาระที่ผู้รับจะต้องชำระนั้นจะต้องยังคงมีอยู่ต่อไปหลังจากทำสัญญาให้ โดยที่ภาระดังกล่าวนั้นจะมีอยู่แล้วก่อนที่จะทำสัญญาให้หรือเพิ่งเกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญาให้ นั้นไม่ใช่สาระสำคัญ อย่างไรก็ตาม ก็ได้หมายความว่าข้อตกลงใดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาให้และสิ้นสุดลงในภายหลังจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นค่าภาระติดพันเสมอไป เช่น ผู้ให้ที่ดินที่ติดจำนองแก่ผู้รับ และผู้รับได้ไถ่ถอนจำนองนั้น หากคู่สัญญาได้มีการตกลงให้ผู้รับต้องไถ่

ถอนจํานองดังกล่าว สัญญานี้ยอมไม่ใช่สัญญาให้แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน และในทางตรงข้าม แม้ผู้รับจะได้ถอนจํานองโดยที่มีได้มีการตกลงระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับจํานองที่ติดอยู่กับที่ดินที่ให้แต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ก็เพียงสัญญาให้ แต่ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจาก ผู้รับมิได้มีหน้าที่ที่จะต้องถอนจํานองในที่ดินที่ให้ ผู้รับมีสิทธิเลือกที่จะถอนจํานองหรือไม่ก็ได้โดยอิสระ หากผู้รับไม่ถอนจํานอง ที่ดินดังกล่าวก็อาจถูกบังคับจํานอง แต่ก็ถือไม่ได้ว่า ผู้รับเสียหายแต่ประการใดเพราะแต่เดิมที่ดินดังกล่าวก็ไม่ใช่ของผู้รับอยู่แล้ว

ในทางตรงข้ามหากผู้รับตัดสินใจถอนจํานองก็จะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวอย่างสมบูรณ์ ประเด็นสำคัญคือ เมื่อสัญญาให้ในลักษณะนี้ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน หากผู้รับได้ถอนจํานองแล้วหลังจากนั้นมีการถอนคืนการให้ ที่ดินที่ให้ยอมกลับคืนผู้ให้อย่างปลอดภัย อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับ เพราะผู้รับได้เสียค่าใช้จ่ายของตนเพื่อถอนจํานองไปแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับมีสิทธิจะได้รับการเยียวยาตามมาตรา 417 กล่าวคือ มีสิทธิจะได้รับเงินสำหรับราคาที่ดินที่เพิ่มขึ้น ซึ่งก็ควรจะเท่ากับมูลค่าแห่งหนี้จํานองที่ได้ถอนไปนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หากมีคดีในลักษณะนี้ขึ้นสู่ศาล ผู้เขียนคาดว่าศาลน่าจะวินิจฉัยว่าสัญญาให้ในลักษณะนี้เป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมากกว่ายินยอมให้มีการถอนคืนการให้ได้ ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาคดีอื่นๆที่ผู้รับได้เสียค่าตอบแทนในการถอนจํานองไป แม้ว่าช่วงเวลาแห่งการถอนจะเกิดขึ้นต่างกันก็ตาม³

เมื่อค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ จึงต้องวิเคราะห์ต่อไปว่าภาระที่มีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำสัญญาให้จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

4.1.2.2 ภาระที่มีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำสัญญาให้

ค่าภาระติดพันไม่สามารถมีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำสัญญาให้ได้ ดังนั้น สัญญาให้ใดที่มีข้อตกลงที่มีอยู่และสิ้นสุดไปก่อนที่จะเกิดสัญญาให้หรือพร้อมกับการทำสัญญาให้ เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3221/2535 ย่อมไม่ใช่สัญญาให้

³ กรณีลักษณะที่ได้กล่าวไปข้างต้นอาจเกิดปัญหาได้ในอีกรูปแบบหนึ่งในลักษณะที่คล้ายกันหากมีการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ กล่าวคือ เมื่อผู้รับได้ถอนจํานองไปแล้ว แต่ที่ดินที่ถูกโอนสิทธิจากบุคคลภายนอก ทำให้ผู้รับเสียหาย ซึ่งความเห็นทางตำราในปัจจุบัน เห็นว่าการให้ที่ดินที่ติดจํานองเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เมื่อเป็นค่าภาระติดพันในกรณีเช่นนี้ ผู้ให้จึงต้องรับผิดชอบในการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้อยู่ตามมาตรา 530 ในกรณีตามตัวอย่างนี้คือจะต้องรับผิดชอบในมูลค่าแห่งจํานองซึ่งเป็นค่าภาระติดพันนั่นเอง ซึ่งก็ดูจะเป็นธรรมแก่ผู้รับดี แต่เมื่อผู้เขียนเห็นว่ากรณียกที่ดินจํานองไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ย่อมเกิดปัญหาว่าในกรณีเช่นนี้จะเยียวยาความเสียหายแก่ผู้รับได้อย่างไร เพราะตามหลักสัญญาให้ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน ดังนั้น ผู้ให้ซึ่งมิได้สิ่งใดตอบแทนจากผู้รับจึงไม่ควรจะต้องรับผิดชอบต่อการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ ผู้เขียนเห็นว่ามีทางเยียวยาความเสียหายแก่ผู้รับได้ คือผู้รับ สามารถเรียกค่าใช้จ่ายที่ตนเสียไปจากการปลดจํานองจากบุคคลภายนอกได้ในฐานะเป็นลามิควรได้ เพราะหากผู้รับไม่ได้ปลดจํานอง เมื่อบุคคลภายนอกได้ที่ดินไปจากผู้รับก็จะได้ที่ดินที่ยังติดจํานองไปอยู่นั่นเอง

ที่มีค่าภาระติดพัน โดยผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่าสถานะทางกฎหมายของสัญญาเหล่านั้นอาจเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้หรือสัญญาต่างตอบแทนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อตกลงและเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ หากคู่สัญญาได้มีการตกลงกันก่อนในลักษณะของการต่างตอบแทน เช่น หากผู้รับได้ถอนงานจ้างผู้ให้จะยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญาต่างตอบแทน ดังตัวอย่างนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 636/2509 บิดาจำเลยได้ออกเงินใช้หนี้แทนโจทก์ไป และโจทก์ตกลงจะยกที่ดินให้จำเลย ต่อมาอีก 7 วันโจทก์ก็จดทะเบียนโอนที่ดินให้จำเลย ดังนี้ ไม่ใช่เป็นการให้โดยเสน่หา แต่เป็นลักษณะการซื้อขายที่กัน โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนการโอนที่ดินนั้น

ในทางตรงข้าม หากคู่สัญญาได้มีการเจตนาที่จะแลกเปลี่ยนหรือตอบแทนกัน แต่แรก เช่น ผู้รับได้ถอนงานจ้างเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้โดยที่มิได้มีการตกลงว่ากันผู้ให้จะต้องยกทรัพย์สินหรือตอบแทนผู้รับมาก่อนแต่อย่างใด แต่ผู้ให้ได้ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเพื่อเป็นการตอบแทนความดีของผู้รับ สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ กล่าวคือเป็นการให้เพื่อตอบแทนการกระทำบางอย่างนั่นเอง เช่นกรณี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2540 การที่โจทก์ยกที่ดินเฉพาะส่วนของโจทก์ให้จำเลยเพราะจำเลยได้ชำระหนี้เงินกู้และได้ถอนงานจ้างที่ดินพิพาทจากธนาคารซึ่งเป็นหนี้ที่โจทก์ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ของโจทก์ฝ่ายเดียว นั้น ถือเป็น การให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ โจทก์จึงถอนคืนการให้ไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 535 (1)

ไม่ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ หรือสัญญาต่างตอบแทนก็ตาม ก็มีผลทางกฎหมายที่เหมือนกันประการหนึ่งคือทั้งสองกรณีไม่สามารถยกเหตุแห่งการประพฤตินั้นมาเพื่อถอนคืนการให้หรือบอกเลิกสัญญาได้ โดยกรณีสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้นั้นมีข้อจำกัดตามมาตรา 535 (1) ส่วนกรณีสัญญาต่างตอบแทนเมื่อไม่ใช่สัญญาให้บำนาญสัญญาว่าด้วยสัญญาให้ทั้งหมดย่อมไม่ถูกนำมาปรับใช้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายเพราะไม่ว่าจะเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้หรือสัญญาต่างตอบแทนต่างก็มีลักษณะของการต่างตอบแทนระหว่างคู่สัญญาอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น

4.1.3 ด้านบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพัน

สำหรับประเด็นว่าค่าภาระติดพันมีขอบเขตจำกัดเฉพาะสัญญาให้โดยผู้รับมิได้เสียค่าตอบแทน และผู้ให้ยังคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้บางส่วนเท่านั้นหรือไม่ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันไม่พบองค์ประกอบว่าค่าภาระติดพันมีขอบเขตจำกัดเฉพาะสัญญาให้โดยผู้รับมิได้เสียค่าตอบแทน และผู้ให้ยังคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้บางส่วนเท่านั้น แต่พบว่าองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตาม

กฎหมายต่างประเทศทั้งสองมีขอบเขตกว้างกว่าที่ศาลฎีกาไทยวางหลักไว้อย่างมาก โดยเป็นที่ยอมรับกันว่าการให้อาจมีเรื่องของค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องได้ แต่ค่าตอบแทนนั้นจะส่งผลให้สถานะทางกฎหมายของนิติกรรมเปลี่ยนแปลงจากการให้เป็นนิติกรรมประเภทอื่นหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยตามกฎหมายฝรั่งเศสหากผู้รับต้องตอบแทนการให้ต่อผู้ให้ในลักษณะของเงื่อนไข (Condition) หรือภาระติดพัน (Charge) อย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลอาจวินิจฉัยว่านิติกรรมที่เกิดขึ้นอาจไม่ใช่การให้ แต่มีสถานะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน (Onerous Contract) ส่วนกรณีการให้ที่มีค่าตอบแทนตามกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลอาจใช้ความพยายามในการแยกแยะนิติสัมพันธ์ที่ผสมกันอยู่ออกจากกัน ก่อนที่จะวินิจฉัยคดี นอกจากนี้ บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันจะเป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้ ผู้รับ หรือบุคคลภายนอกก็ตาม

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบ ผู้เขียนพิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยกับหลักของศาลฎีกาที่ว่าสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นสัญญาให้โดยเสนหาโดยผู้รับมิได้เสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด แต่ผู้ให้ยังคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้บางส่วน ในกรณีนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์โดยแบ่งแยกตามบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพัน ดังนี้

4.1.3.1 ค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ให้หรือบุคคลภายนอก

เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่าค่าภาระติดพันกฎหมายไทยนั้นมีได้มีขอบเขตจำกัดว่าจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้ให้แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น เนื่องจากหากกรณีเป็นเช่นนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ตามที่ผู้เขียนได้ตั้งประเด็นไว้แล้วในบทที่ 2 ว่าตามหลักของศาลฎีกาย่อมส่งผลให้ภาระติดพันนั้นจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ หรือบุคคลภายนอกที่ถือได้ว่าเป็นบริวารหรือเป็นเจ้าของผู้ให้เท่านั้น แต่มาตรา 528 วรรค 2 บัญญัติในเชิงรับรองว่าค่าภาระติดพันสามารถเป็นประโยชน์แก่บุคคลภายนอกได้ โดยไม่ได้จำกัดว่าบุคคลภายนอกดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ใด หรือมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับคู่สัญญาให้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงสรุปว่าบุคคลภายนอกสามารถเป็นบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นบริวารของผู้ให้ ซึ่งอาจถือว่าผู้ให้เป็นผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันโดยอ้อมแต่อย่างใด

ประการที่สอง ไม่ว่าผู้ให้หรือบุคคลภายนอกจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันก็ตาม ผู้รับก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อชำระค่าภาระติดพันนั้นอยู่ดี โดยที่การเสียค่าตอบแทนไม่น่าจะเป็นสาระสำคัญตราบเท่าที่ค่าตอบแทนที่ผู้รับจะต้องเสียนั้นไม่มากไปกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ได้รับมาอันจะทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นกลายเป็นสัญญาประเภทอื่นนอกเหนือจากสัญญาให้ไป นอกจากนี้ หากหากค่าภาระติดพันเกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ให้ ผู้รับก็

มีสิทธิอ้างมาตรา 529 ได้อยู่แล้ว กล่าวโดยสรุปคือ ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงตามสัญญาให้ที่มีลักษณะเหมือนกันไม่ควรมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยไม่จำเป็นเพียงเพราะความแตกต่างในตัวบุคคลที่มีสิทธิจะได้ประโยชน์ในข้อตกลงนั้น เพราะผลทางกฎหมายที่ตามมาย่อมแตกต่างกันและอาจก่อให้เกิดความสับสนได้

แม้จะได้ข้อสรุปแล้วว่าค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยสามารถเป็นประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกได้ก็ตาม ผู้เขียนก็จะวิเคราะห์ต่อตามที่ได้ตั้งประเด็นไว้แล้วในบทที่ 2 ว่าสัญญาให้ที่มีข้อกำหนดให้ผู้รับจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อไปยังบุคคลภายนอกจะเป็นสัญญาให้หรือสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือไม่ เพียงใด

4.1.3.2 ข้อตกลงให้ผู้รับโอนทรัพย์สินที่ให้ต่อไปยังบุคคลภายนอก

ค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยสามารถเป็นประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกได้ แต่หากประโยชน์ที่บุคคลภายนอกได้รับนั้นเป็นการรับโอนทรัพย์สินที่ให้ต่อจากผู้รับอีกทอดหนึ่ง ก็เป็นปัญหาว่าภาระในลักษณะเช่นนั้นเป็นค่าภาระติดพันหรือไม่ อย่างไร เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับ 750,000 บาท โดยกำหนดให้ผู้รับแบ่งเงินจำนวน 500,000 บาทไปให้แก่หน่วยงานเพื่อการกุศล โดยความเห็นของนักกฎหมายไทย⁴ เห็นว่าเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันได้ผลที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายไทย กล่าวคือ องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาให้อย่างหนึ่งคือผู้รับจะต้องชำระคืนจากการให้ นั้น ดังนั้นสัญญาให้ที่มีข้อกำหนดให้ผู้รับจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อไปยังบุคคลภายนอกย่อมมีแนวโน้มสูงที่จะไม่ใช่สัญญาให้ทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วแต่กรณี แต่อาจเป็นสัญญาตัวแทน ทั้งนี้ เนื่องจากผู้รับมิได้ชำระคืนจากส่วนของทรัพย์สินที่จะต้องถูกส่งมอบต่อไปยังบุคคลภายนอกนั่นเอง เว้นแต่ ตามกฎหมายเยอรมันให้ถือว่าการให้ทรัพย์สินแก่นิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อใช้สอยตามวัตถุประสงค์เช่นว่านั้นย่อมเป็นสัญญาให้เสมอ โดยไม่คำนึงว่านิติบุคคลนั้นจะมีได้ชำระคืนแต่อย่างใดเลย แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเช่นนี้ถือได้ว่านิติบุคคลดังกล่าวชำระคืนแล้ว เพราะหากปราศจากการให้ นิติบุคคลนั้นก็ต้องใช้ทรัพย์สินของตนเองเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของตนเองอยู่ดีนั่นเอง

ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นด้วยกับแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศว่าสัญญาให้จะต้องส่งผลให้ผู้รับชำระคืน แต่ก็ไม่จำเป็นว่าสัญญาให้ที่มีข้อกำหนดให้ผู้รับจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อไปยังบุคคลภายนอกจะไม่ใช่สัญญาให้เสมอไป ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาลักษณะดังกล่าวอาจเป็นสัญญาให้หรือไม่เป็นสัญญาให้ก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าการที่ผู้รับจะต้องส่งมอบทรัพย์สินต่อไปยังบุคคลภายนอกนั้นเป็นเจตนากรรมของผู้ใด หากการส่งมอบทรัพย์สินต่อไปยังบุคคลภายนอกเป็นเจตนากรรมของผู้ให้ เช่น ก. ต้องการเงินเพื่อช่วยเหลือผู้ประสบอุทกภัยแต่

⁴ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 430-431.

ติดฐานะไม่สะดวกจึงได้มอบเงินให้แก่ ข. เพื่อดำเนินการแทน กรณีนี้ย่อมไม่ใช่สัญญาให้ระหว่าง ก. และ ข. เพราะ ก. มิได้มีเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินแก่ ข. เลย ข. จึงมีฐานะเป็นเพียงตัวแทนของ ก. ในการบริจาคเงินเท่านั้น ในทางตรงข้าม หาก ข. ต้องการบริจาคเงินช่วยเหลือผู้ประสบอุทกภัยจึงได้มาปรึกษา ก. เพื่อระดมทุน และ ก. ได้ให้เงินแก่ ข. เพื่อใช้ช่วยเหลือผู้ประสบอุทกภัยโดยเฉพาะ กรณีย่อมเป็นสัญญาให้ระหว่าง ก. และ ข. โดยถือว่า ข. ร่ำรวยขึ้นจากการให้ของ ก. ในทำนองเดียวกับกรณีของนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามกฎหมายเยอรมันที่ได้กล่าวถึงไปข้างต้น เพราะหาก ก. ไม่ให้เงินแก่ ข. แล้ว ข. ก็คงต้องใช้เงินของตนเองในการบริจาค่นั้นเอง เมื่อเป็นสัญญาให้จึงมีประเด็นต่อมาว่าสัญญาให้นี้เป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือไม่ หากไม่ใช่ค่าภาระติดพันแล้วข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสัญญาให้นี้ไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่เป็นสัญญาให้ที่มีข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง สำหรับสถานะของสัญญาให้ประเภทนี้ผู้เขียนก็จะอธิบายรายละเอียดเมื่อได้วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันในด้านลักษณะของภาระต่อไป

ประเด็นต่อไปที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์คือค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์กับตัวผู้รับเอง โดยผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างกับกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งถือว่าภาระดังกล่าวเป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ได้

4.1.3.3 ค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์ต่อผู้รับเอง

แม้ผู้เห็นจะมีความเห็นในทำนองเดียวกับกฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันว่าบุคคลผู้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันไม่ได้จำกัดเฉพาะตัวผู้ให้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อยกเว้นประการหนึ่ง คือ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดว่าสัญญาให้ที่ผู้ให้กำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นประโยชน์แก่ผู้รับโดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองก็ถือเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ตัวอย่างเช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเพื่อใช้ในการท่องเที่ยว ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเพื่อใช้เป็นทุนการศึกษา ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับเพื่อให้ผู้รับใช้ในการประกอบอาชีพเท่านั้น เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าตามกฎหมายไทยสัญญาให้ลักษณะดังกล่าวไม่ควรมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เพราะจะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังนี้

ประการแรก มีประเด็นปัญหาว่าในกรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับเอง ผู้ให้จะสามารถเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้ได้หรือไม่ และหากผู้ให้สามารถเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ ผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงใด ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์โดยการนำผลกรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ทำการศึกษามาปรับเข้ากับกรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง ดังนี้

กฎหมายไทย ผู้ให้มีสิทธิเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ได้ เฉพาะเท่าที่ควร จะเอาไปใช้ชำระค่าภาระติดพัน โดยในการเรียกคืนให้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยการเลิกสัญญาต่างตอบแทน และลามิควรได้บังคับ อย่างไรก็ตาม สิทธิของผู้ให้ย่อมระงับไปหากบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันตามมาตรา 528

กฎหมายฝรั่งเศส โดยทั่วไปผู้ให้จะต้องบอกกล่าวให้ผู้รับชำระค่าภาระติดพันเสียก่อนจึงจะมีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้ และทรัพย์สินที่ให้อยู่มาสู่ผู้ให้อย่างปลอดภาระใดๆ โดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่ว่าจะ เป็นภาระติดพันที่ผู้รับได้ก่อขึ้นแก่บุคคลภายนอก หรือจำนองก็ตาม แต่หากบุคคลภายนอกครอบครองทรัพย์สินที่ให้นั้นอยู่ ผู้ให้จะสามารถเรียกเอาทรัพย์สินที่คืนได้เฉพาะทรัพย์สินที่ให้ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ตามมาตรา 954 แต่ในทางปฏิบัติศาลอาจพิพากษาให้คืนทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นสำคัญว่าการไม่ชำระภาระติดพันนั้นเป็นกระทบต่อผู้ให้เพียงใด และเป็นสาระสำคัญเพียงพอที่จะถอนคืนการให้หรือไม่ นอกจากนี้ ศาลอาจไม่พิพากษาให้มีการถอนคืนการให้ทันที แต่อาจให้โอกาสผู้รับโดยการกำหนดกำหนดระยะเวลาให้ผู้รับชำระภาระติดพันก่อนก็ได้

กฎหมายเยอรมัน มาตราที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 527 ซึ่งมีผลทางกฎหมายเหมือนกับกฎหมายไทยทั้งหมด

ผลแห่งการไม่ชำระค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันนั้นเหมือนกัน ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ที่ไปในคราวเดียว โดยสรุปคือผู้เขียนเห็นว่าด้วยบทกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการคืนทรัพย์สินเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่บุคคลที่ควรจะได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั้น เห็นได้จากการที่สิทธิของผู้ให้ในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อยู่จำกัดอยู่เพียงการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่จำเป็นจะต้องใช้ในการชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น นอกจากนี้ สิทธิดังกล่าวย่อมระงับไปหากบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิจะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันอีกด้วย เมื่อนำหลักกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแล้วก็จะพบว่าการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันที่เป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองนั้นก็มิได้ทำให้ผู้ให้เสียหายทางทรัพย์สินโดยตรงแต่ประการใด ในทางตรงข้าม แม้ผู้รับจะปฏิบัติตามค่าภาระติดพันอย่างถูกต้องครบถ้วน ผู้ให้เองก็มิได้ประโยชน์ใดๆ จากการนั้นโดยตรงเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สัญญาให้ในลักษณะนี้ก็มีสถานะเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามกฎหมายเยอรมัน แม้ว่าในปัจจุบันอาจจะยังไม่มีคดีตัวอย่างที่สามารถให้ความกระจ่างในขั้นตอนการเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ก็ตาม แตกต่างจากประเทศไทยซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนใดๆ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสผู้เขียนเห็นว่าไม่มีประเด็นปัญหาเหมือนกับกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากโดยหลักทรัพย์สินที่ให้จะต้องกลับคืนสู่ผู้ให้ทั้งหมดโดยปราศจากภาระใดๆ โดยไม่มีข้อจำกัดในแง่ของความจำเป็นที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้อยู่ในการชำระค่าภาระติดพันแต่อย่างใด

กล่าวคือ ไม่จำเป็นว่าผู้ให้จะเสียหายจากการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นตามความเหมาะสมของแต่ละคดี

ประการที่สอง มีประเด็นปัญหาว่าผู้รับจะได้ประโยชน์จากมาตรา 535 (2) อย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้หรือไม่ กรณีสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ตามกฎหมายไทยย่อมไม่สามารถโอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินรคุณได้ ข้อจำกัดนี้มีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสรวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่พบข้อจำกัดในลักษณะนี้ กล่าวคือ หากผู้รับประพฤตินรคุณผู้ให้ย่อมมีสิทธิโอนคืนการให้ได้เสมอ แม้ว่าผู้รับจะได้ชำระค่าภาระติดพันครบถ้วนก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมีลักษณะคล้ายกับสัญญาต่างตอบแทนอย่างมาก และในการชำระค่าภาระติดพันนั้นผู้รับอาจได้ดำเนินการบางอย่างหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายในอันที่จะชำระค่าภาระติดพันด้วย ดังนั้นหากกฎหมายอนุญาตให้มีการโอนคืนการให้เพราะเหตุนรคุณในกรณีสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันก็อาจไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับได้ แต่ในทางตรงข้าม ข้อเสียของข้อจำกัดนี้คือหากเป็นกรณีที่ค่าภาระติดพันเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง ซึ่งค่าภาระติดพันนั้นอาจเป็นสาระสำคัญในการที่ผู้ให้ตัดสินใจเข้าทำสัญญาให้ และผู้รับประพฤตินรคุณย่อมไม่สมควรได้รับการคุ้มครองจากข้อจำกัดการโอนคืนการให้ เพราะทุกการกระทำและทุกค่าใช้จ่ายที่ผู้รับต้องเสียไปล้วนเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองทั้งสิ้น ทำให้ผู้ให้เสียเปรียบอย่างมาก

ประการที่สาม แม้ในท้ายที่สุดจะยินยอมให้มีการคืนทรัพย์สินกันได้ แต่ตามกฎหมายไทย การคืนทรัพย์สินตามสัญญาให้ก็ยังคงใช้หลักลาภมิควรได้มาปรับใช้ ซึ่งก็อาจจะยังไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้เท่าที่ควรเพราะตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาก่อนที่จะมีการคืนทรัพย์สินที่ให้ผู้รับก็ได้ประโยชน์จากสัญญาให้แต่เพียงผู้เดียวมาโดยตลอด จึงยังไม่เห็นเหตุผลอันสมควรที่จะคุ้มครองผู้รับในกรณีเช่นนี้แต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าค่าภาระติดพันตามกฎหมายไทยมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงข้อตกลงตามสัญญาให้ที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอก แต่ไม่ครอบคลุมถึงข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้แก่เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง เช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ไปก่อนหน้านี้ ซึ่งสัญญาให้ในลักษณะนี้จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรนั้นผู้เขียนจะอธิบายรายละเอียดเมื่อได้วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันในด้านลักษณะของภาระเช่นกัน

4.1.4 ด้านลักษณะของภาระ

ปัญหาว่าค่าภาระติดพันต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้จริงหรือไม่ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ไม่พบองค์ประกอบของค่าภาระติดพันในทำนองเดียวกับ

กฎหมายไทยว่าค่าภาระติดพันต้องเป็นกรณีที่มีภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยกให้ โดยตามกฎหมายฝรั่งเศสค่อนข้างเป็นที่ยุติ ว่าข้อตกลงเกือบทุกประเภทสามารถเป็นค่าภาระติดพันได้ แม้ว่าข้อตกลงนั้นจะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้แก่อย่างใดเลย เช่น ค่าภาระติดพันที่กำหนดให้ผู้รับชำระหนี้ที่ผู้ให้มีส่วนบุคคลภายนอกแทนผู้ให้ หรือไม่เกี่ยวกับเรื่องทางทรัพย์สินเลยก็ตาม เช่น การให้เงินเป็นคราวๆที่ผู้รับซึ่งเป็นภรรยาจะต้องย้ายออกและไม่กลับมายังภูมิลำเนาของตนเองอีก ส่วนตามกฎหมายเยอรมันนั้น แม้จะยังไม่แน่ชัดทั้งหมดว่าค่าภาระติดพันไม่จำเป็นจะต้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้แก่หรือไม่ก็ตาม แต่ค่าภาระติดพันนั้นจะต้องสามารถชำระออกจากทรัพย์สินที่ให้แก่ได้ หรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของมูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ให้แก่ทั้งหมดเมื่อได้เปรียบเทียบมูลค่าแล้ว เช่น สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันให้ผู้รับชำระเงินรายปีให้แก่ผู้ให้ ซึ่งมีมูลค่าน้อยเมื่อเทียบกับมูลค่าของทรัพย์สินที่ให้แก่ เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจะวิเคราะห์โดยแบ่งลักษณะของข้อตกลงตามสัญญาให้ออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

4.1.4.1 ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ ในลักษณะของการได้ใช้ประโยชน์หรือการได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนจากทรัพย์สินที่ให้

ข้อตกลงประเภทที่หนึ่ง ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ ในลักษณะของการได้ใช้ประโยชน์หรือการได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนจากทรัพย์สินที่ให้นั้น ข้อตกลงประเภทนี้เป็นข้อตกลงประเภทที่มีขอบเขตแคบที่สุด และเป็นข้อตกลงที่สอดคล้องกับองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามหลักที่วางไว้โดยศาลฎีกาของไทย ตัวอย่างเช่น

ตัวอย่างที่หนึ่ง ผู้ให้ให้ที่ดินที่เป็นสวนผลไม้แก่ผู้รับ โดยมีข้อตกลงให้ผู้รับแบ่งผลผลิตส่วนหนึ่งที่ได้จากทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้ด้วย

ตัวอย่างที่สอง ผู้ให้ให้รถยนต์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องยินยอมให้ผู้ให้ได้ใช้รถยนต์คันดังกล่าวเป็นครั้งคราว

ตัวอย่างที่สาม ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับแบ่งผลตอบแทนจากการนำเงินที่ให้ไปลงทุนให้แก่ผู้ให้ส่วนหนึ่ง

ตัวอย่างที่สี่ ผู้ให้ให้อาคารพาณิชย์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับแบ่งค่าเช่าที่ได้รับให้แก่ผู้ให้ส่วนหนึ่ง

ตัวอย่างที่ห้า ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยสงวนสิทธิอาศัยในที่ดินที่ให้ดังกล่าวไว้

ตัวอย่างที่หก ผู้ให้ให้ล็อตเตอรี่แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องแบ่งเงินให้ร้อยละ 5 หากถูกรางวัล⁵

⁵ ศศิศรณ นารอดภัย, "การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้," หน้า 19.

ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงประเภทนี้เป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าการได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนจากทรัพย์สินที่ให้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นผลตอบแทนในลักษณะที่เป็นดอกผลเท่านั้น ผลตอบแทนดังกล่าวสามารถให้เป็นรูปแบบอื่นเช่นตัวเงินได้ แต่เงินนั้นจะต้องมีที่มาจากทรัพย์สินที่ให้นั้นทางใดทางหนึ่ง เช่น กรณีตามตัวอย่างที่หนึ่ง ผลประโยชน์ที่ผู้รับจะแบ่งให้ผู้ให้จะกำหนดให้เป็นดอกผลของทรัพย์สินที่ให้คือผลผลิต หรือจะกำหนดเป็นเงินที่ได้จากการขายผลผลิตจากที่ดินนั้นก็ได้เช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเหล่านี้ล้วนถือว่าเป็นภาระเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532 ที่วินิจฉัยว่าการให้ที่ดินโดยกำหนดให้ผู้รับส่งข้าวเปลือกแก่ผู้ให้เป็นรายปีไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เพราะภาระดังกล่าวเป็นภาระนอกตัวทรัพย์สิน

ประการที่สอง ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรวัตถุประสงค์หลักของสัญญาให้ย่อมต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับเป็นสำคัญ ดังนั้น การที่ผู้ให้จะได้ใช้ประโยชน์หรือจะได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนนั้นจะต้องเกิดประโยชน์เช่นนั้นแก่ผู้รับเสียก่อน กล่าวคือ หากผู้รับไม่ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้นั้น ผู้ให้ก็ไม่ควรจะมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าภาระติดพันนั้นจากผู้รับแต่อย่างใด เช่น กรณีตัวอย่างที่หนึ่ง หากในปีใดไม่ได้ผลผลิต หรือผลผลิตขายไม่ได้เลย ย่อมถือไม่ได้ว่า ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และผู้ให้จะเรียกร้องให้ผู้รับแบ่งผลประโยชน์หรือเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ก็ไม่ได้ แม้ว่าการให้ที่ดินที่ให้ไม่สามารถสร้างผลผลิตได้ หรือผลผลิตไม่สามารถขายได้เลยนั้นจะเกิดจากความผิดของผู้รับก็ตาม เช่น ผู้รับไม่ดูแลเอาใจใส่ทำให้ผลผลิตมีคุณภาพต่ำขายไม่ได้ เป็นต้น ส่วนกรณีตัวอย่างที่สองก็ทำนองเดียวกัน หากรถยนต์ที่ให้เสียไม่สามารถใช้งานได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะการไม่ดูแลบำรุงรักษาของผู้รับเองหรือเหตุอื่นใด และแม้ว่าผู้รับจะไม่ซ่อมแซมรถยนต์ที่ให้ก็ตาม ก็ถือไม่ได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และเมื่อผู้รับซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ ผู้ให้ก็ไม่ควรจะมีสิทธิใดๆในทรัพย์สินที่ให้นั้นด้วย ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่จะถือได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันมีเพียงกรณีเดียวเท่านั้นคือผู้รับจงใจไม่ส่งมอบส่วนแบ่งผลประโยชน์แก่ผู้ให้หรือไม่ยินยอมให้ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ทรัพย์สินที่ให้ตามที่ได้ตกลงกันโดยไม่มีเหตุอันสมควรนั่นเอง

4.1.4.2 ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ และไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางทรัพย์สินแต่อย่างใด

ข้อตกลงประเภทที่สอง ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ และไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางทรัพย์สินแต่อย่างใด คำว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางทรัพย์สินผู้เขียนหมายความว่าไม่สามารถตีราคาเป็นตัวเงินได้โดยง่าย เช่น

ตัวอย่างที่หนึ่ง ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยมีข้อตกลงห้ามผู้รับสมรสใหม่ หรือ ต้องสมรสกับบุตรของผู้ให้

ตัวอย่างที่สอง ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยมีข้อตกลงที่ผู้รับจะต้องไม่ประกอบ กิจการแข่งกับผู้ให้

ตัวอย่างที่สาม ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับโดยมีข้อกำหนดให้ผู้รับต้องลดน้ำหนักให้ ได้ตามที่ตกลงกัน

ข้อตกลงประเภทนี้มีขอบเขตกว้างที่สุด และสามารถเป็นค่าภาระติดพัน ตามสัญญาให้ได้ตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงในลักษณะนี้ไม่สามารถเป็นค่าภาระ ติดพันตามกฎหมายไทยได้ เพราะเมื่อข้อตกลงดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้และไม่เกี่ยวข้องกับ เรื่องทางทรัพย์สินย่อมเกิดปัญหาในกรณีที่จะต้องมีการคืนทรัพย์สินกันในวันที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อข้อตกลงเช่นว่านั้นไม่สามารถตีราคาเป็นเงินได้เลย เช่น ข้อตกลงห้ามผู้รับสมรสใหม่⁶ ว่าจะคืน ทรัพย์สินกันได้หรือไม่ และจะคืนเพียงเท่าที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติดพันกันอย่างไร ดังนั้น ข้อตกลงในลักษณะนี้จึงควรเป็นสัญญาต่างตอบแทนโดยพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 และคู่สัญญา ย่อมกลับสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391

4.1.4.3 ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ แต่เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องทางทรัพย์สิน

ข้อตกลงประเภทที่สาม ข้อตกลงที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ แต่เป็น ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางทรัพย์สิน ซึ่งหมายถึงสามารถตีราคาเป็นตัวเงินได้นั้นเอง ข้อตกลงใน ลักษณะนี้เป็นข้อตกลงประเภทที่มีขอบเขตกว้างกว่าข้อตกลงประเภทแรก แต่ก็แคบกว่าข้อตกลง ประเภทที่สอง โดยข้อตกลงประเภทนี้อาจเป็นค่าภาระติดพันได้ทั้งตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมาย เยอรมัน ตัวอย่างเช่น

ตัวอย่างที่หนึ่ง ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับชำระเงินรายปีแก่ตน
ตัวอย่างที่สอง ผู้ให้ให้รถยนต์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องผ่อนชำระ ราคารถยนต์ที่เหลืออยู่อีกเพียงไม่กี่งวดต่อสถาบันการเงินให้ครบถ้วน

ตัวอย่างที่สาม ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเป็นทุนทรัพย์ในการศึกษาต่อ โดยที่ผู้รับ จะต้องทำงานใช้ทุนแก่ผู้ให้ตามระยะเวลาที่กำหนด

ตัวอย่างที่สี่ ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องเลี้ยงดูผู้ให้ตลอด ชีวิต

⁶ ผู้เขียนเห็นว่าแม้ข้อตกลงลักษณะนี้อาจบังคับกันได้ตามกฎหมายฝรั่งเศส แต่ตามกฎหมายไทยข้อตกลงดังกล่าวอาจตกเป็น โฆษะเนื่องจากขัดต่อศีลธรรมอันดีได้

ตัวอย่างที่ห้า ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องปลูกสร้างอาคารพาณิชย์ 5 ห้อง และยกให้ผู้ให้ 1 ห้อง⁷

ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่าข้อตกลงในลักษณะนี้เป็นข้อตกลงที่มีความกำกวมระหว่างสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันกับสัญญาต่างตอบแทนอย่างมาก การจะแบ่งแยกให้ชัดเจนไม่สามารถกระทำได้อย่างง่าย ผู้เขียนจึงแยกพิจารณาทีละประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก ประเด็นการคืนทรัพย์สิน กรณีทั่วไปสำหรับสัญญา เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาเพราะเหตุผิดสัญญา คู่สัญญาจะต้องกลับสู่ฐานะเดิม แต่หากเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันจะมีการคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติดพัน และภายใต้หลักลาภมิควรได้เท่านั้น ซึ่งแม้ว่าข้อตกลงในลักษณะนี้จะสามารถตีราคาเป็นตัวเงินได้ ทำให้สามารถคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติดพันก็ตาม แต่ในหลายกรณีการจะตีราคานั้นไม่สามารถกระทำได้อย่างง่าย ทั้งนี้ เนื่องจากปัจจัยต่างๆที่ไม่แน่นอนมาเกี่ยวข้องหลายอย่าง เห็นได้ชัดในกรณีตัวอย่างที่สี่ กล่าวคือ ไม่น่าเชื่อว่าผู้ให้จะมีอายุยืนยาวเพียงใด นอกจากนี้ หากนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้อาจเกิดผลที่ไม่เป็นธรรมได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือตัวอย่างที่สาม หากผู้รับทุนไม่ใช้ทุนโดยปกติตามสัญญามักกำหนดให้ผู้รับทุนชดใช้เงินแก่ผู้ให้ทุนเป็นจำนวนตามที่ได้ตกลงกัน แต่ตามหลักลาภมิควรได้นั้น เมื่อได้ใช้เงินทุนการศึกษาไปหมดแล้วย่อมไม่เหลือสิ่งใดที่จะต้องคืนแก่กันอีกต่อไป จึงทำให้ผู้ให้ทุนเสียเปรียบอย่างยิ่งนั่นเอง

ประเด็นที่สอง ประเด็นเรื่องความรับผิดของคู่สัญญา หากเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันคู่สัญญาย่อมมีความรับผิดจำกัด กล่าวคือ ผู้ให้จะต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิเช่นเดียวกันกับผู้ขาย แต่ความรับผิดของผู้ให้นั้นย่อมจำกัดไว้เพียงไม่เกินจำนวนค่าภาระติดพันเท่านั้น ส่วนผู้รับจะต้องชำระค่าภาระติดพันแต่เพียงเท่าราคาทรัพย์สินเท่านั้น หากทรัพย์สินที่ให้มามีราคาไม่พอกับการที่จะชำระค่าภาระติดพัน แต่กรณีสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของตนตามที่ได้ตกลงไว้อย่างเคร่งครัด ซึ่งจากตัวอย่างโดยเฉพาะตัวอย่างที่สามจะเห็นว่าคู่สัญญาประสงค์ให้มีการตอบแทนกันตามที่ตกลงไว้ โดยไม่ได้ประสงค์ให้มีการจำกัดความรับผิดแต่อย่างใดเลย

ประเด็นที่สาม ประเด็นเจตนาของคู่สัญญา หลักการพิจารณาตามประเด็นนี้คล้ายกับการพิจารณาในข้อตกลงประเภทที่หนึ่ง ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ กล่าวคือวัตถุประสงค์หลักของสัญญาให้ย่อมต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับเป็นสำคัญ ดังนั้น การที่ผู้ให้จะได้ใช้ประโยชน์หรือจะได้รับความแบ่งผลตอบแทนนั้นจะต้องเกิดประโยชน์เช่นนั้นแก่ผู้รับเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ หากคู่สัญญาได้ตกลงกันว่าผู้รับจะต้องตอบแทนผู้ให้ในลักษณะที่กำหนดแน่นอนตายตัว โดยไม่คำนึงว่าผู้รับจะได้ประโยชน์ใดๆจากทรัพย์สินที่ให้หรือไม่ และโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินที่ให้นั้นจะสูญ

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2318/2517

หายหรือบุบสลายอย่างไร เช่น กรณีตามตัวอย่างที่สอง เมื่อได้ส่งมอบรถยนต์กันแล้ว ไม่ว่าจะรถยนต์ดังกล่าวจะสูญหายหรือเสียหายประการใด บุคคลผู้ได้รับรถยนต์ไปก็ต้องผ่อนชำระค่าวงวดที่เหลือต่อสถาบันการเงินอยู่ดี ดังนั้น เจตนาของคู่สัญญาในลักษณะนี้จึงไม่น่าจะเป็นการให้ แต่มีแนวโน้มจะเป็นการตอบแทนกัน แม้ว่าจะเป็นการตอบแทนในลักษณะที่ไม่เท่าเทียม แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าความไม่เท่าเทียมนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญแต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าข้อตกลงประเภทนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนมากกว่าเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

4.1.4.4 ข้อกำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง และข้อกำหนดให้ผู้รับต้องดำเนินการบางอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ โดยที่การดำเนินการของผู้รับไม่ได้เป็นประโยชน์โดยตรงแก่บุคคลใดเลย

ข้อตกลงประเภทที่สี่ ข้อตกลงที่ไม่อยู่ขอบเขตของข้อตกลงสามประเภทแรก จะสังเกตได้ว่าข้อตกลงสามประเภทแรกนั้นล้วนมีลักษณะของการต่างตอบแทน ไม่ว่าจะผลแห่งการตอบแทนของผู้รับนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกก็ตาม แต่สถานะทางกฎหมายของข้อตกลงเหล่านั้นจะเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือสัญญาต่างตอบแทนนั้นก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อตกลง ส่วนข้อตกลงประเภทที่สี่นี้แม้จะเหมือนกับข้อตกลงสามประเภทแรกตรงที่มีการกำหนดให้ผู้รับกระทำการบางอย่าง แต่การกระทำนั้นก็ไม่มีลักษณะของการต่างตอบแทนแต่อย่างใด ผู้เขียนแบ่งลักษณะของการกระทำที่ผู้ให้อาจกำหนดให้ผู้รับปฏิบัติตามข้อตกลงประเภทที่สี่นี้ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง ข้อกำหนดให้ผู้รับต้องใช้ทรัพย์สินที่ให้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะและวัตถุประสงค์นั้นเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเอง ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวถึงไปแล้วครั้งหนึ่งในการวิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันในด้านบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากค่าภาระติดพันนั่นเอง เช่น

ตัวอย่างที่หนึ่ง ผู้ให้ให้อาคารพาณิชย์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องใช้อาคารพาณิชย์ดังกล่าวเพื่อประกอบกิจการร้านอาหารเท่านั้น

ตัวอย่างที่สอง ผู้ให้ให้โบราณวัตถุล้ำค่าแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับจะต้องนำวัตถุโบราณดังกล่าวจัดแสดงให้บุคคลทั่วไปเข้าชม

โดยที่จะต้องไม่มีข้อตกลงให้แบ่งผลประโยชน์จากการเปิดร้านอาหาร หรือจัดแสดงนิทรรศการ มิฉะนั้นสัญญาให้นี้ย่อมเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

ประเภทที่สอง ข้อกำหนดให้ผู้รับต้องดำเนินการบางอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ โดยที่การดำเนินการของผู้รับไม่ได้เป็นประโยชน์โดยตรงแก่บุคคลใดเลย เช่น ผู้ให้ให้สุนัขพันธุ์หายากแก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับต้องเลี้ยงดูแลสุนัขตัวดังกล่าวอย่างดี

จะเห็นว่ากรณีที่ผู้รับดูแลสุนัขที่ให้เป็นอย่างดีนั้นไม่ได้เกิดประโยชน์ใดๆแก่บุคคลใดเลย ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้หรือผู้รับก็ตาม แต่หากผู้รับไม่ตกลงว่าจะดูแลสุนัขที่ให้เป็นอย่างดี ผู้ให้ก็ยังคงจะไม่ให้สุนัขแก่ผู้รับอย่างแน่นอน

สถานะทางกฎหมายของข้อตกลงในลักษณะที่สี่นี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสัญญาให้ โดยพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา แต่ไม่ใช่สัญญาที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกแต่อย่างใด และแม้ผู้รับตามตัวอย่างที่สองอาจอ้างว่าตนไม่ได้รับประโยชน์ใดๆโดยตรงจากข้อตกลงก็ตาม แต่ผู้รับก็มีอิสระที่จะเข้าทำสัญญาให้หรือไม่ก็ได้แต่แรก ดังนั้น หากผู้รับไม่ต้องการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือเห็นว่าข้อตกลงนั้นจะก่อภาระแก่ตนเกินควร ก็ควรจะปฏิเสธไม่รับทรัพย์สินนั้นจากผู้ให้แต่แรก

นอกจากนี้ เมื่อเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันย่อมไม่สามารถถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณได้ ซึ่งจากกรณีตัวอย่างข้างต้นหากผู้รับประพฤตินेरคุณแต่ผู้ให้ไม่สามารถถอนคืนการให้ได้อย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้อย่างมาก ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อตกลงในลักษณะที่สี่นี้ส่งผลให้สัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งผู้เขียนเคยกล่าวถึงแล้วครั้งหนึ่งในหัวข้อการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโดยที่ข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญนั้นส่งผลให้ผู้ให้ตกลงเข้าทำสัญญาให้ ดังนั้น เมื่อผู้รับฝ่าฝืนยอมก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่ผู้ให้ได้ และเมื่อมีการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 แล้วคู่สัญญาก็ต้องกลับสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจมีประเด็นว่าการกลับสู่ฐานะเดิมในกรณีนี้จะเหมาะสมหรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับคืนทรัพย์สินในกรณีนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ในรายละเอียดอีกครั้งในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันต่อไป

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ตามกฎหมายไทยจะต้องเป็นภาระที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ และจะต้องเป็นภาระในลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สิน หรือกระทำการเท่านั้น ค่าภาระติดพันไม่สามารถเป็นภาระในลักษณะของการงดเว้นกระทำการได้ จะเห็นได้จากตัวอย่างลักษณะของค่าภาระติดพันที่จำกัดเฉพาะการได้ใช้ประโยชน์ (กระทำการ) หรือการได้รับส่วนแบ่งผลตอบแทนจากทรัพย์สินที่ให้ (ส่งมอบทรัพย์สิน) ส่วนสัญญาที่มีข้อตกลงในลักษณะงดเว้นกระทำการเพื่อแลกกับทรัพย์สิน เช่น การไม่ทำการค้าแข่งนั้น ตามตัวอย่างล้วนเป็นสัญญาต่างตอบแทนทั้งสิ้น

สาเหตุที่ข้อตกลงอันเป็นภาระลักษณะอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ไม่สามารถเป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ตามกฎหมายไทยได้ เพราะจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่ให้และในบางกรณีจะเกิดปัญหาเมื่อผู้รับประพัตินรคุณด้วย ส่วนประเด็นว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นข้อสัญญาให้อันเป็นสาระสำคัญ หรือเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้น จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักلامิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

ก่อนที่ผู้เขียนจะเริ่มวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักلامิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ผู้เขียนเห็นว่าในลำดับแรกควรที่จะพิจารณาเสียก่อนว่าการคืนทรัพย์สินตามหลักلامิควรได้เป็นวิธีการคืนทรัพย์สินที่เหมาะสมกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมากที่สุดหรือไม่ อย่างไร

4.2.1 การคืนทรัพย์สินโดยวิธีต่างๆตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การคืนทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มี 3 วิธี ได้แก่

วิธีแรก การคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ เป็นการคืนทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินใช้อำนาจตามมาตรา 1336 ในการติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ เช่น ผู้ให้ให้แหวนทองแก่บุคคลภายนอก โดยสำคัญผิดคิดว่าแหวนทองดังกล่าวเป็นของตน ดังนั้น ผู้รับจึงไม่ได้รับการสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ ทั้งนี้ ตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เจ้าของแหวนทองที่แท้จริงย่อมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากผู้รับได้

วิธีที่สอง การคืนทรัพย์สินโดยการกลับสู่ฐานะเดิม เป็นวิธีการคืนทรัพย์สินที่นำมาปรับใช้ใน 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง นิติกรรมที่เป็นโมฆียะ เช่น ผู้ให้ให้เงินแก่ผู้รับเนื่องจากผู้รับซึ่งเป็นมิฉอาชีพหลอกลวงผู้ให้ว่าตนเจ็บป่วยร้ายแรง ต่อมาเมื่อผู้ให้ได้ทราบข้อเท็จจริงและได้มีการบอกล้างนิติกรรมดังกล่าวแล้วผลคือคู่สัญญาต้องกลับสู่ฐานะเดิม ถ้าพันวิสัยที่จะกลับสู่ฐานะเดิมได้ ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายทดแทน ตามมาตรา 176

กรณีที่สอง สัญญาที่ถูกลบเลิกตามมาตรา 386 เช่น ผู้ให้ให้อาคารพาณิชย์แก่ผู้รับ โดยกำหนดให้ผู้รับใช้อาคารดังกล่าวในการประกอบกิจการร้านอาหารเท่านั้น (สัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ) เมื่อผู้รับผิดสัญญาและผู้ให้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาก็ต้องกลับสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 นั้นเอง

วิธีที่สาม การคืนทรัพย์สินโดยหลักلامิควรได้ เป็นวิธีการคืนทรัพย์สินที่โดยปกติมักจะถูกนำมาปรับใช้แก่การคืนทรัพย์สินที่ผู้ได้รับทรัพย์สินได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้าง

ตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีสัญญาให้ก็อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณีเช่นเดียวกับนิติกรรมประเภทอื่นๆ เช่น การให้โดยสำคัญผิดในตัวผู้รับซึ่งเป็นสาระสำคัญย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 156 หรือการให้อสังหาริมทรัพย์โดยมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 เป็นต้น กรณีสัญญาให้ซึ่งผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน หรือประพฤติน่ารุณ เป็นเพียงกรณีพิเศษที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะให้นำหลักกลาภมิควรได้มาปรับใช้เท่านั้น โดยวิธีการคืนทรัพย์ตามหลักกลาภมิควรได้ก็จะเป็นไปตามรายละเอียดที่ผู้เขียนได้อธิบายแล้วในบทที่ 2

จากวิธีการคืนทรัพย์ที่อธิบายไปทั้งหมด ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยใช้หลักกลาภมิควรได้เป็นวิธีการคืนทรัพย์ที่เหมาะสมกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันมากที่สุด เนื่องจากเหตุผลดังนี้

เหตุผลประการแรก การคืนทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะนำมาปรับใช้กับสัญญาให้ในกรณีทั่วไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ได้โอนไปยังผู้รับอย่างถูกต้องสมบูรณ์ได้ เฉพาะการคืนทรัพย์สินที่ให้ได้โดยบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้นที่น่าจะนำวิธีการคืนทรัพย์วิธีนี้มาปรับใช้ได้

เหตุผลประการที่สอง ด้วยเหตุที่ผู้รับเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตลอดระยะเวลาตั้งแต่ทำสัญญาให้ จนถึงเวลาที่มีการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้หรือถอนคืนการให้แล้วแต่กรณี ดังนั้น ผู้รับจึงมีสิทธิตามมาตรา 1336 สามารถ ใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินที่ให้ รวมถึงติดตามเอาทรัพย์สินที่ให้คืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิ ตลอดจนขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้อย่างอิสระ ดังนั้น การจะให้ผู้รับต้องคืนทรัพย์สินตามหลักการกลับสู่ฐานะเดิมย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้อย่างมาก จึงเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะคุ้มครองผู้รับ ให้ถูกจำกัดความรับผิดชอบเพียงการคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่เหลืออยู่ในขณะคืนเท่านั้น

ส่วนกรณีผู้รับผิดข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญนั้น แม้จะเป็นกรณีที่อาจถือได้ว่าเป็นความผิดของผู้รับเช่นเดียวกับกรณีผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน หรือผู้รับประพฤติน่ารุณก็ตาม แต่เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ผู้ให้ตัดสินใจเข้าทำสัญญาให้ โดยที่ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นประโยชน์โดยตรงต่อบุคคลใด หรือมิฉะนั้นก็เป็นประโยชน์ต่อผู้รับฝ่ายเดียว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิมมีความเหมาะสมแก่กรณีดีแล้ว

4.2.2 การคืนทรัพย์สินที่ให้โดยหลักกลาภมิควรได้

เมื่อได้ข้อสรุปในลำดับแรกแล้วว่าหลักกลาภมิควรได้เป็นวิธีการคืนทรัพย์ที่เหมาะสมกับสัญญาให้มากที่สุด ลำดับต่อไปคือการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาวิธีแก้ไขปัญหาช่องว่างของหลักกลาภมิควรได้เมื่อนำมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามกฎหมายไทยกับกฎหมายฝรั่งเศส แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะไม่ได้ใช้หลักกลาภมิควรได้เหมือนกับกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน แต่ก็มีวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้เฉพาะตัวที่ค่อนข้างน่าสนใจ ผลของการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามกฎหมายฝรั่งเศสผู้เขียนเห็นว่ามิมีลักษณะคล้ายคลึงกับการ

กลับสู่ฐานะเดิม เพียงแต่การกลับสู่ฐานะเดิมนั้นจะเป็นการกลับสู่ฐานะเดิมในรูปแบบของทรัพย์สินที่ให้หรือในรูปแบบของมูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงความสุจริตหรือทุจริตของผู้รับแต่อย่างใดเลย ซึ่งค่อนข้างจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้มาก แต่อาจเกิดประเด็นว่าการคืนทรัพย์สินในลักษณะนี้ทำให้ผู้รับเสียเปรียบหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าศาลไม่ได้วินิจฉัยให้คืนทรัพย์สินที่ให้โดยใช้วิธีการตามที่กฎหมายกำหนดโดยเคร่งครัดเสมอไป ในการวินิจฉัยคดีศาลจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงด้วยว่าผู้ให้เสียหายจากผลแห่งการกระทำของผู้รับมากน้อยเพียงใด และสมควรให้มีการคืนทรัพย์สินที่ให้หรือไม่ อย่างไร โดยประเด็นสำคัญคือผู้ให้จะต้องไม่ร่ำรวยขึ้นจากการคืนทรัพย์สินที่ให้ นั้น ทั้งนี้ ยกเว้นเฉพาะกรณีการคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้ให้มึนทายเป็นซึ่งเกิดภายหลังการให้ ซึ่งการคืนทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะนี้เป็นไปโดยผลของกฎหมายโดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตาม การที่ทรัพย์สินที่ให้กลับคืนสู่ผู้ให้โดยผลของกฎหมายดังกล่าวก็ได้ตัดสิทธิผู้ให้ที่จะทำการให้อีกครั้งหนึ่งแต่อย่างใด กรณีนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่น่าจะมีประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติมากนัก

ผู้เขียนเห็นว่าแม้การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามกฎหมายฝรั่งเศสค่อนข้างจะเป็นธรรม แต่วิธีการดังกล่าวอาจยังไม่เหมาะกับกฎหมายไทย เนื่องจากการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามกฎหมายไทยมีแนวคิดที่ผู้รับเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตลอดระยะเวลาจนได้มีการถอนคืนการให้ จึงมีหน้าที่คืนทรัพย์สินเพียงเท่าที่ยังเหลืออยู่ในขณะคืนตามหลักลามิกอร์ได้เท่านั้น นอกจากนี้ ศาลไทยยังมักพิจารณาคดีโดยยึดคำคู่ความและบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่ให้ให้เป็นในลักษณะเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส ศาลไทยก็คงจะนำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้อย่างเคร่งครัด ไม่ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงในคดีประกอบอย่างศาลฝรั่งเศสทำแต่อย่างใด

ส่วนการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายเยอรมัน ผู้เขียนพบว่า หลักลามิกอร์ได้ตามกฎหมายเยอรมันมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายไทย กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็กฎหมายไทยหรือกฎหมายเยอรมัน ความสุจริตของผู้ได้ลามิกอร์ได้ต่างก็ชี้วัดกันที่ความรู้หรือไม่รู้ว่าตนไม่มีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นลามิกอร์ได้นั้นเป็นสำคัญ หลักกฎหมายนี้ถือเป็นสาระสำคัญของหลักลามิกอร์ได้ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่าควรจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายนี้เป็นเรื่องที่ไม่ง่ายและไม่สมควรเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น แนวคิดที่ว่าผู้รับตามสัญญาให้ที่มีได้มีความบกพร่องจากเหตุที่เกิดขึ้นก่อนหรือขณะทำสัญญาให้ย่อมเป็นผู้สุจริตตามแนวคิดของหลักลามิกอร์ได้เสมอ ก็ยังคงเป็นจริงอยู่เช่นนั้นนั่นเอง เมื่อสถานะความเป็นผู้สุจริตของผู้รับตามสัญญาให้ที่มีได้มีความบกพร่องจากเหตุที่เกิดขึ้นก่อนหรือขณะทำสัญญาให้เป็นเรื่องแน่นอนตายตัว จึงจำเป็นต้องแก้ไขปัญหานี้ในแง่ของขอบเขตการคืนทรัพย์สินตามหลักลามิกอร์ได้แทน ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหลักลามิกอร์ได้ตามกฎหมายเยอรมันมีขอบเขตการคุ้มครองกว้างขวางและครอบคลุมมากกว่ากฎหมายไทย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก มาตรา 818 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติให้การคืนทรัพย์สินครอบคลุมถึงสิ่งใดๆที่บุคคลที่ได้ลาภมิควรได้ได้มาเพื่อเป็นการชดใช้ความเสียหาย (Deprivation) ของทรัพย์สินที่เป็นลาภมิควรได้ด้วย แต่มาตรา 413 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงเพียงค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเท่านั้น ไม่มีเรื่องความเสียหายชดใช้ความเสียหายแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายเยอรมันจึงน่าจะสามารถแก้ปัญหาในกรณีนี้ที่ผู้รับก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้ไว้ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ และผู้รับนำที่ดินที่ให้ไปจำนองต่อบุคคลภายนอก เพื่อประกันการชำระหนี้เงินกู้ของตนเอง กรณีนี้ถือได้ว่าเงินกู้เป็นสิ่งที่ผู้รับได้มาเป็นการชดใช้ความเสียหายชดใช้ความเสียหายของที่ดินที่ให้ หากมีการถอนคืนการให้ ผู้รับจะต้องส่งมอบเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ให้และผู้ให้สามารถนำเงินนั้นไปปลดจำนองที่ดินที่ให้ไว้ เท่ากับว่าผู้ให้ได้รับที่ดินที่ให้กลับมามีอย่างปลอดภัย ส่วนผู้รับก็มิได้เสียอะไรเพราะตนก็หลุดพ้นจากหนี้เงินกู้ที่มีต่อบุคคลภายนอกเช่นกัน

ประการที่สอง มาตรา 822 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติให้บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนทรัพย์สินอันเป็นลาภมิควรได้ไปโดยไม่มีค่าตอบแทนต้องรับผิดชอบคืนทรัพย์สิน เช่นว่านั้นต่อเจ้าของทรัพย์สินโดยตรง โดยถือว่าบุคคลภายนอกดังกล่าวได้รั้งารวยขึ้นโดยปราศจากมูลเหตุจะอ้างได้ตามกฎหมาย ในขณะที่ตามกฎหมายไทยหากเกิดกรณีเช่นนี้เจ้าของทรัพย์สินจะไม่ได้รับสิ่งใดคืนเลย ดังนั้น กฎหมายเยอรมันจึงน่าจะสามารถแก้ปัญหาในกรณีที่ผู้รับจงใจจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้เพื่อมิให้เหลือสิ่งใดที่จะต้องคืนแก่ผู้ให้ได้ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ ต่อมาผู้รับได้โอนที่ดินที่ให้ได้กล่าวให้แก่บุคคลภายนอกที่เป็นญาติของตนโดยไม่มีค่าตอบแทน หากมีการถอนคืนการให้ ผู้ให้ย่อมมีสิทธิให้เรียกให้บุคคลภายนอกคืนที่ดินที่ให้ไว้โดยตรง

ในชั้นตอนนี้ เมื่อได้วิเคราะห์แล้วผู้เขียนมีความเห็นสามารถสรุปได้ดังนี้

ประการแรก การขยายขอบเขตความคุ้มครองของหลักลาภมิควรได้ตามกฎหมายไทยให้กว้างขวางและครอบคลุมไปถึงกรณีความเสียหายชดใช้ความเสียหายของทรัพย์สิน เช่นเดียวกับมาตรา 818 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีความเหมาะสม เพราะสามารถแก้ไขปัญหากรณีที่ผู้รับก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้ไว้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 818 (1) ก็ยังคงมีช่องว่างที่อาจทำให้ผู้ให้เสียเปรียบอยู่ กล่าวคือ หากผู้รับไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนความเสียหายชดใช้ความเสียหายจากการก่อภาระนั้น หรือได้รับแต่น้อยกว่าที่ควรจะเป็น กรณีที่ผู้รับไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนความเสียหายชดใช้ความเสียหายจากการก่อภาระ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ และผู้รับนำที่ดินที่ให้ไปจำนองต่อบุคคลภายนอก เพื่อประกันการชำระหนี้ของเพื่อนของผู้รับ เป็นต้น จะเห็นว่าผู้รับไม่ได้รับประโยชน์ใดๆโดยตรงจากการจำนองเลย ผู้รับจึงไม่มีสิ่งใดที่ได้มาเป็นการชดใช้ความเสียหายชดใช้ความเสียหายของที่ดินที่ให้ ดังนั้น ผู้ให้จึงต้องรับที่ดินที่ให้ที่ติดจำนองกลับไปตามสภาพ โดยที่ผู้ให้ไม่สามารถเรียกร้องสิ่งใดจากเพื่อนของผู้รับได้เพราะเป็นบุคคลภายนอก ส่วนกรณีผู้รับได้รับค่าตอบแทนความเสียหายชดใช้ความเสียหายจากการก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้แต่น้อยกว่าที่ควรจะเป็น เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ และผู้รับได้นำที่ดินดังกล่าวไปจดทะเบียนภาระ

จำยอมเพื่อแลกกับค่าตอบแทน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วอาจถือว่าไม่เหมาะสมหากเปรียบเทียบกับภาระที่จะเกิดขึ้นกับที่ดินนั้นในระยะยาว เป็นต้น

ประการที่สอง กรณีที่มีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอกโดยไม่มีค่าตอบแทนนั้น แม้การขยายความคุ้มครองออกไปให้กว้างขวางและครอบคลุมถึงการเรียกครองทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินอันเป็นลาภมิควรได้โดยไม่มีค่าตอบแทนตามมาตรา 822 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอาจจะเป็นประโยชน์ต่อหลักลาภมิควรได้ตามกฎหมายไทยก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ายังไม่เหมาะสมที่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักลาภมิควรได้ตามกฎหมายไทย เนื่องจากสิทธิของบุคคลภายนอกอาจถูกระทบมากเกินควร เพราะมาตรา 822 นั้นถือเอาการได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากค่าตอบแทนเป็นสำคัญ โดยมีได้พิจารณาถึงความสุจริตหรือทุจริตของบุคคลที่เกี่ยวข้องเลยแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากผู้รับได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้ไปยังบุคคลภายนอกโดยมีค่าตอบแทน มาตรา 822 ย่อมไม่ใช่บังคับ จะต้องบังคับตามมาตรา 818 (2) แทน กล่าวคือ เป็นกรณีการคืนทรัพย์สินเป็นพันวิสัยซึ่งโดยหลักผู้รับจะต้องชดใช้มูลค่าของทรัพย์สินที่ให้นั้น แต่เนื่องจากผู้รับเป็นบุคคลที่ได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริต จึงได้รับประโยชน์จากมาตรา 818 (3) คือจะต้องชดใช้เพียงไม่เกินขอบเขตที่ตนร่ำรวยขึ้นจากลาภมิควรได้เท่านั้น ซึ่งหมายถึงผู้รับจะต้องคืนเพียงค่าตอบแทนที่ได้รับมาจากการจำหน่ายจ่ายโอนจริงนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้รับได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอกโดยมีค่าตอบแทน แต่ค่าตอบแทนนั้นต่ำกว่าที่ควรจะเป็นอย่างมาก เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับ ต่อมาได้ขายที่ดินที่ให้แก่บุคคลภายนอกในราคาต่ำกว่าราคาตลาดมาก เมื่อมีการถอนคืนการให้ผู้ให้ ก็มีสิทธิได้รับเพียงราคาขายที่ดินที่ให้แก่ผู้รับจากบุคคลภายนอกจริงเท่านั้น ซึ่งแม้จะเป็นไปตามหลักกฎหมายคือบุคคลผู้ได้ลาภมิควรได้จะต้องชดใช้เพียงไม่เกินขอบเขตที่ตนร่ำรวยขึ้น แต่หากผู้รับมีเจตนาทุจริตก็อาจทำให้ผู้ให้เสียเปรียบได้

โดยสรุปจะเห็นได้ว่าการที่ผู้รับก่อภาระหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ให้โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือได้รับค่าตอบแทนน้อยกว่าที่ควรนั้นยังคงเป็นปัญหา เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันก็จะเห็นว่ามิบบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและอาจนำมาปรับใช้กับกรณีเหล่านี้ได้คือ การเพิกถอนการฉ้อฉลตามมาตรา 237 นั้นเอง เช่น กรณีที่ผู้รับจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ให้โดยไม่ได้รับค่าตอบแทน ผู้ให้ก็สามารถขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวเพื่อให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้กลับมายังผู้รับ เพื่อให้ผู้รับสามารถคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้ได้ แต่ด้วยความไม่ชัดเจนว่ามาตรา 237 จะสามารถนำมาปรับใช้ได้จริงหรือไม่ตามที่ได้อธิบายไปแล้ว ด้วยเหตุที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการรับรองสิทธิในการเยียวยาความเสียหายของผู้ให้ตามมาตรา 237 อย่างชัดเจน เพื่อป้องกันกรณีเป็นที่สงสัยนั่นเอง

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่ามาตรา 237 มีข้อจำกัดอยู่กล่าวคือ หากบุคคลภายนอกที่ทำนิติกรรมกับผู้รับเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนย่อมไม่สามารถเพิกถอนนิติกรรมที่ทำได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของผู้รับภายใต้เจตนาทุจริตย่อมทำให้ผู้ให้เสียหาย และถือเป็นการละเมิดต่อผู้ให้ ผู้ให้ก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับได้ โดยสิทธิของผู้ให้ที่จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับนั้นมีอยู่แล้วโดยไม่มีควมจำเป็นต้องรับรองสิทธิของผู้ให้ในกรณีนี้เพิ่มเติมแต่อย่างใด เพียงแต่ในปัจจุบันอาจยังไม่มีการใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าว หรือมีการใช้สิทธิแต่คดีเช่นนั้นมิได้ขึ้นสู่ศาลฎีกานั้นเอง และนอกจากตัวผู้รับแล้ว หากมีบุคคลภายนอกที่ร่วมกับผู้รับในการทุจริตทำให้ผู้ให้เสียหาย ผู้ให้ก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลภายนอกดังกล่าวได้ด้วยเช่นเดียวกัน

แต่ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาด้วยวิธีใดก็ตาม ประเด็นสำคัญคือต้องสันนิษฐานว่าผู้รับและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี) มีเจตนาทุจริตเสมอ⁸ เว้นแต่ผู้ให้จะสามารถพิสูจน์ได้ถึงเจตนาทุจริตของผู้รับและบุคคลภายนอกดังกล่าว (ถ้ามี) ได้ แม้มีความเป็นไปได้ที่ผู้รับจะมีเจตนาทุจริตในการคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้ แต่การจะสันนิษฐานในทางที่เป็นโทษแก่ผู้รับก็ยังไม่ถูกต้อง เพราะอย่างไรเสียตลอดระยะเวลาตั้งแต่ทำสัญญาให้จนถึงเวลาที่มีการคืนทรัพย์สินผู้รับก็เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ ย่อมมีสิทธิที่จะใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน หรือก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้นั้นได้โดยอิสระ

4.2.3 การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ

ตามที่ผู้เขียนได้เกริ่นไปแล้ว ผู้เขียนขอถือโอกาสวิเคราะห์ด้วยว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิมเนื่องจากผู้รับไม่สามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญตามสัญญาให้ได้มีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ การวิเคราะห์ในเรื่องการคืนทรัพย์สินที่ให้ในกรณีนี้จะวิเคราะห์โดยไม่ได้เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด ดังนี้

ประการแรก ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายไทยท่านอื่นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาจะต้องถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาให้ซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่งด้วย เว้นแต่จะได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

ในเรื่องนี้ อาจเกิดข้อโต้แย้งว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้มีการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้รับในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตลอดเวลาก่อนการคืนทรัพย์สินที่ให้นั้น ดังนั้น การคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิมจึงไม่น่าจะนำมาบังคับใช้แต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้นั้นจะนำมาปรับใช้กับกรณีผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และ

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 6

กรณีผู้รับประพัตินทรคุณเท่านั้น แต่สัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญนั้นแม้จะเป็นสัญญาให้ แต่ก็ไม่ใช้สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันแต่อย่างใด ส่วนการประพัตินทรคุณนั้นก็เป็นเรื่องพิเศษที่ครอบ ทัບสัญญาให้ทุกประเภทไว้อีกชั้นหนึ่ง เพียงแต่มาตรา 535 (2) ได้จำกัดไม่ให้ผู้ให้ถอนคืนการให้หาก เป็นกรณีสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเท่านั้น

ประการที่สอง ด้วยลักษณะของสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญตามที่ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน ซึ่ง สรุปได้ว่าข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นตามสัญญาให้มักเป็นข้อสัญญาที่มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ให้หรือ บุคคลภายนอกแต่อย่างใด เช่น ข้อสัญญาให้ดูแลทรัพย์สินที่ให้อย่างดี ส่วนข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็น ประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองหรือไม่นั้นก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง เช่น สัญญาให้ทุนการศึกษา (ซึ่งไม่ต้องขอใช้ ทุน หากมีเรื่องของการใช้ทุนเข้ามาเกี่ยวข้องจะกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนไป) ซึ่งไม่ว่ากรณีจะเป็น อย่างไรผู้รับก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นแต่แรกได้ ดังนั้น เมื่อผู้รับตัดสินใจรับ ทรัพย์สินที่ให้ดังกล่าวมา จึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาให้ที่กำหนดไว้ด้วย จะเห็นว่าข้อ สัญญาให้นี้อาจมีลักษณะคล้ายคลึงกับค่าภาระติดพัน แต่จากผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบของผู้เขียน จะเห็นว่ามีความแตกต่างกัน 2 ประการ คือ การชำระค่าภาระติดพันจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือ บุคคลภายนอกในลักษณะคล้ายกับสัญญาต่างตอบแทน และค่าภาระติดพันจะต้องเป็นภาระที่ เกี่ยวกับการแบ่งผลประโยชน์หรือใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้โดยตรง ด้วยเหตุนี้ การให้สิน ทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญโดยใช้หลักลาภมิควรได้จึงไม่เหมาะสม เช่น กรณีสัญญาให้ทุนการศึกษา หากผู้รับทุนไม่สำเร็จการศึกษาตามที่ตกลงกันก็ควรต้องคืน ทุนการศึกษาทั้งหมดที่ได้ไป กรณีเช่นนี้หากให้คืนทรัพย์สินกันโดยหลักลาภมิควรได้ผู้รับทุนย่อมไม่มี หน้าที่ที่จะต้องคืนทุนการศึกษาส่วนที่ได้รับมาและใช้ไปแล้วแต่อย่างใดเลย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็มีข้อสังเกตว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิมที่ ได้วิเคราะห์ไปข้างต้นก็ยังมีประเด็นที่บกพร่องอยู่ 2 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก เมื่อผู้รับไม่สามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาให้อันเป็นสาระสำคัญได้ และ ผู้ให้ได้บอกเลิกสัญญา คู่สัญญาย่อมกลับสู่ฐานะเดิม การกลับสู่ฐานะเดิมนั้นย่อมครอบคลุมไปถึง ทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด เช่น ผู้ให้ให้อาคารพาณิชย์แก่ผู้รับสองแห่งพร้อมกันในคราวเดียว โดยมีข้อ สัญญาอันเป็นสาระสำคัญว่าผู้รับจะต้องใช้อาคารพาณิชย์หลังใหญ่เปิดร้านอาหาร หลังจากนั้นหาก ผู้รับไม่สามารถเปิดร้านอาหารในอาคารพาณิชย์ได้ตามที่ตกลงกัน และผู้ให้บอกเลิกสัญญา โดยผลของ การกลับสู่ฐานะเดิมผู้รับต้องคืนอาคารพาณิชย์ทั้งสองแห่งแก่ผู้ให้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมเท่าไร นัก เพราะอาคารพาณิชย์ที่ตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญมีเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ผู้เขียน เห็นว่าผู้รับคืนอาคารพาณิชย์หลังใหญ่ให้ผู้ให้เพียงหลังเดียวเท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้ว ส่วนอาคาร

พาณิชย์อีกหลังหนึ่งควรเป็นสิทธิขาดของผู้รับต่อไป เว้นแต่ผู้รับจะประพุดิเนรคุณ จึงต้องคืนอาคารพาณิชย์นั้นตามสภาพตามหลักลาภมิควรได้

ประเด็นที่สอง เนื่องจากมาตรา 391 ได้กำหนดให้มีการคิดดอกเบี้ยสำหรับเงินที่จะต้องคืนกันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา และให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย แต่กรณีสัญญาให้นั้นเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน ผู้ให้เพียงฝ่ายเดียวที่มีเจตนาโอนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน จะเห็นว่าแม้ผู้รับจะสามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ได้ ผู้ให้ก็ไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ในทางทรัพย์สินตอบแทนอยู่แล้ว ดังนั้น การที่ผู้รับไม่สามารถปฏิบัติตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ได้ก็ไม่ควรจะส่งผลให้ผู้ให้มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ใดๆตอบแทนเช่นกัน เช่น กรณีของการให้ทุนการศึกษาที่ได้กล่าวถึงข้างต้น แม้ว่าการที่ผู้รับจะไม่สามารถสำเร็จการศึกษาตามที่ตกลงได้อาจทำให้ผู้ให้เสียหายก็ตาม แต่หากยินยอมให้ผู้ให้คิดดอกเบี้ยในการคืนเงินทุนการศึกษา หรือเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาให้ได้ด้วย ย่อมส่งผลให้ผู้ให้ร้ายขึ้นจากการเลิกสัญญาให้และผู้รับต้องคืนทรัพย์สินเกินกว่าขอบเขตของทรัพย์สินที่ให้ที่ได้รับมา จะเห็นว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นขัดต่อลักษณะเฉพาะตัวของสัญญาให้และไม่เป็นธรรมเท่าไรนัก

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงเห็นว่าสำหรับสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญนั้น การคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิมมีความเหมาะสมมากกว่าหลักลาภมิควรได้ แต่ก็ยังมีความจำเป็นจะต้องปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับขอบเขตของการบอกเลิกสัญญา โดยควรให้การบอกเลิกสัญญามีผลเฉพาะทรัพย์สินที่ให้ส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น และไม่ควรอนุญาตให้คิดดอกเบี้ยกรณีที่ทรัพย์สินที่ให้เป็นเงิน ตลอดจนเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาได้ด้วย

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สัญญาให้รวมถึงสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันล้วนเป็นนิติกรรมที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมายาวนานตั้งแต่สมัยโรมันและได้รับการสืบทอดมาจนถึงปัจจุบัน กล่าวคือเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ให้และผู้รับที่ผู้รับต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเมื่อผู้รับละเลยผู้ให้ย่อมมีสิทธิเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้ได้โดยใช้หลักลาภมิควรได้นั่นเอง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายุคสมัยที่ผ่านพ้นไปตามกาลเวลานั้นก่อให้เกิดผลสองประการ ประการแรก สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จะเห็นว่าในหลายกรณีข้อตกลงที่ถือหรืออาจถือได้ว่าเป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้นั้นไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ หรือไม่เกี่ยวข้องข้องกับเรื่องทางทรัพย์สินเลยแต่อย่างใด ประการที่สอง จากความซับซ้อนของค่าภาระติดพันที่มากขึ้น ทำให้การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้อาจไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมอีกต่อไป โดยสรุปคือมีปัญหาเกี่ยวกับความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน และปัญหาเกี่ยวกับวิธีการคืนทรัพย์สินตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเกิดขึ้นนั่นเอง

เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นย่อมมีความจำเป็นจะต้องแก้ไข ประเทศต่างๆที่ได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากโรมันก็จำเป็นต้องปรับตัวให้เข้ากับความเป็นจริงและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องแก้ไขทุกปัญหาทั้ง 2 ประการแต่อย่างใด การแก้ไขปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่งก็น่าจะเพียงพอ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวคิดและวิธีการปรับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศนั่นเอง จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีแนวทางชัดเจนที่สุดคือ แก้ปัญหาที่วิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยใช้วิธีกึ่งการกลับสู่ฐานะเดิมเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงลักษณะของค่าภาระติดพันซึ่งอาจเป็นอะไรก็ได้ แต่ในการพิจารณาคดีศาลก็มีความยืดหยุ่นไม่ได้ยึดติดกับตัวบทอย่างเคร่งครัด และศาลก็ต้องพิจารณาชี้ชัดก่อนด้วยว่านิติกรรมนั้นเป็นการให้หรือนิติกรรมประเภทอื่นกันแน่ ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นให้ความสำคัญกับฐานะความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของผู้รับก่อนการคืนทรัพย์สินที่ให้ โดยเลือกที่จะแก้ปัญหาค่าภาระติดพันแทนวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้ จะเห็นได้จากความพยายามของศาลที่จะแยกสัญญาประเภทอื่นออกจากสัญญาให้ก่อนที่จะพิพากษาคดีนั่นเอง แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็ยังคงมีความเหมาะสมอยู่ระดับหนึ่งเพราะขอบเขตของลาภมิควรได้ตามกฎหมายเยอรมันนั้นค่อนข้างกว้างขวางครอบคลุม

ประเทศไทยนั้นผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหามากที่สุด จะเห็นได้ตั้งแต่ช่วงร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่คณะกรรมการร่างกฎหมายก็มีได้นำกฎหมายฝรั่งเศสมาพิจารณาเพียงอย่างเดียว แต่ได้มีการนำกฎหมายจากประเทศอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเยอรมัน กฎหมายญี่ปุ่น ตลอดจนกฎหมายบราซิล เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาด้วย โดยคณะกรรมการร่างกฎหมายก็ได้คัดเลือกเอาบทบัญญัติที่เห็นว่าเหมาะสมสอดคล้องกับประเทศไทยมากที่สุดมาปรับปรุงแก้ไขและบัญญัติเป็น

มาตราต่างๆตามที่ปรากฏในปัจจุบัน ซึ่งวิธีการนำกฎหมายจากนานาประเทศมาพิจารณาร่วมกันเช่นนี้ มิได้ถูกนำมาใช้กับการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้เท่านั้นแต่ถูกนำมาใช้กับการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งฉบับด้วย โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่ากรกระทำเช่นนี้มีข้อดีคือเป็นการช่วยให้คณะกรรมการร่างกฎหมายเกิดมุมมองที่กว้างและหลากหลายมากขึ้น แต่ในทางตรงข้ามก็มีข้อเสียเช่นกันคือการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายจากหลายแหล่งมาผสมผสานเข้าด้วยกันอาจทำให้บทบัญญัติมีความขัดแย้งสับสน ไม่สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน ก่อให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์ตีความ และปรับใช้อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันในที่สุดนั่นเอง

5.1 บทสรุป

5.1.1 ผลของการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของค่าภาระติดพัน

แม้การที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันขาดความชัดเจนแน่นอน จะมีสาเหตุมาสำคัญจากการร่างกฎหมายโดยอาศัยต้นร่างที่หลากหลายก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่ความบกพร่องขณะคณะกรรมการร่างกฎหมาย เนื่องจากสัญญาให้เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนที่มีลักษณะเฉพาะตัวเป็นพิเศษแตกต่างจากเอกเทศสัญญาประเภทอื่นๆ นอกจากนี้ ผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบได้แสดงให้เห็นแล้วว่าสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันนั้นมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญาต่างตอบแทนอย่างยิ่ง การจะแบ่งแยกให้ชัดเจนเด็ดขาดภายใต้กฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ง่าย ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามกฎหมายต่างประเทศที่แม้จะมีความชัดเจนแน่นอนมากกว่าประเทศไทย แต่ก็ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างอยู่

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ผู้เขียนก็เห็นว่าควรมีการบัญญัติความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ให้มีความชัดเจนแน่นอนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีวัตถุประสงค์สองประการคือเพื่อให้เกิดความแตกต่างในคำวินิจฉัยในคดีที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันให้น้อยที่สุด และเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนแก่ผู้ศึกษาค้นคว้า อันจะช่วยส่งผลให้การศึกษาด้อยอดกระทำได้ง่ายยิ่งขึ้น

ตามที่คุณเขียนได้วิเคราะห์ไปในบทที่ 4 แล้วว่า ค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ ค่าภาระติดพันสามารถเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกได้ แต่ไม่สามารถเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองได้ และค่าภาระติดพันจะต้องเป็นภาระในลักษณะของการแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ มิฉะนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่อาจเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จเงินจ้างโดยแท้ สัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญหรือสัญญาต่างตอบแทนก็ได้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงสรุป

ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ที่ได้จากการศึกษา ซึ่งเป็นไปตามที่ได้ตั้งสมมุติฐานไว้ ดังนี้

ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ หมายถึง “ภาระซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ ในอันที่จะต้องแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ โดยที่ภาระนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้” จากความหมายของค่าภาระติดพัน สามารถแบ่งแยกองค์ประกอบของค่าภาระติดพันได้ 3 ประการดังต่อไปนี้ ซึ่งการจะเป็นค่าภาระติดพันตามสัญญาให้ได้นั้นจำเป็นจะต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง 3 ประการ หากขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งไปย่อมไม่ใช่ค่าภาระติดพันตามสัญญาให้

องค์ประกอบที่หนึ่ง ค่าภาระติดพันเป็นภาระที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ หมายถึง ค่าภาระติดพันก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้รับที่จะต้องชำระค่าภาระติดพันแก่ผู้ทรงสิทธิ เมื่อเป็นหนี้จึงมีลักษณะที่บังคับว่าจะต้องชำระ ดังนั้น ภาระใดๆที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ที่บังคับให้ผู้รับจะต้องชำระย่อมไม่ใช่ค่าภาระติดพัน เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินติดจำนองแก่ผู้รับ กรณีนี้ผู้รับมีอิสระที่จะปลดจำนองหรือไม่ก็ได้ จำนองที่ติดมากับที่ดินที่ให้แก่ผู้รับ ไม่ใช่ค่าภาระติดพัน แม้ในเวลาต่อมาผู้รับจะได้ปลดจำนองดังกล่าวก็ไม่ทำให้สัญญาให้นี้เป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันแต่อย่างใด

ค่าภาระติดพันอาจเป็นภาระที่ก่อขึ้นจากข้อตกลงโดยชัดแจ้งระหว่างผู้ให้กับผู้รับ เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยตกลงกันให้ผู้รับต้องแบ่งรายได้ส่วนหนึ่งจากที่ดินนั้นให้แก่ผู้ให้ หรืออาจเป็นภาระที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่ให้อยู่แล้ว และผู้รับก็รับทรัพย์สินที่ให้ไปพร้อมกับภาระนั้นโดยปริยาย ไม่ได้มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด เช่น ผู้ให้ให้ที่ดินที่ติดอยู่ภายใต้สิทธิเก็บกินของบุคคลภายนอกแก่ผู้รับ โดยมีได้ใส่ใจว่าผู้รับจะยินยอมให้บุคคลภายนอกใช้สิทธิหรือไม่

นอกจากนี้ ค่าภาระติดพันไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังสามารถเป็นทรัพย์สินที่ติดไปกับตัวทรัพย์สินที่ให้ได้ด้วย ซึ่งทรัพย์สินที่ติดไปกับตัวทรัพย์สินนี้อาจก่อขึ้นตามสัญญาให้โดยเฉพาะหรืออาจเป็นภาระที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่ให้อยู่แล้วก็ได้ จึงเท่ากับว่าค่าภาระติดพันสามารถมีได้ในทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญคือ ค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินย่อมเข้าแทนที่ค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิโดยปริยาย ผลก็คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ในหนี้ค่าภาระติดพันในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลเดิมเสมอไปนั่นเอง

องค์ประกอบที่สอง ภาระติดพันจะต้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้โดยมีลักษณะเป็นการแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ โดยผลประโยชน์นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นดอกผลที่ได้จากทรัพย์สินที่ให้โดยตรงแต่อย่างใด ผลประโยชน์ในลักษณะอื่น เช่น ตัวเงิน ก็สามารถ

เป็นค่าภาระติดพันในกรณีนี้ได้หากมีความเชื่อมโยงกับทรัพย์สินที่ให้ทางใดทางหนึ่ง เช่น ผู้ให้ที่ดินแก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับต้องแบ่งรายได้ที่ได้จากที่ดินนั้นให้แก่ผู้ให้ครึ่งหนึ่ง เป็นต้น

จากลักษณะของค่าภาระติดพันที่จะต้องเป็นการแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้นั้น ย่อมเท่ากับว่าค่าภาระติดพันนั้นจำกัดเฉพาะภาระในลักษณะของการส่งมอบทรัพย์สิน หรือกระทำการ (ยินยอมให้ใช้ประโยชน์) เท่านั้น ค่าภาระติดพันโดยสภาพไม่สามารถกำหนดในลักษณะของการงดเว้นกระทำการได้ หากการให้ต้องมีข้อตกลงให้ผู้รับงดเว้นกระทำการ นิติกรรมดังกล่าวย่อมไม่ใช่สัญญาให้ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน เช่น การยกทรัพย์สินให้เพื่อแลกกับการห้ามทำการค้าแข่ง เป็นต้น

นอกจากนี้ เมื่อค่าภาระติดพันต้องมีลักษณะเป็นการแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ ย่อมหมายความว่าหากทรัพย์สินที่ให้ไม่สามารถสร้างผลประโยชน์หรือไม่สามารถใช้งานได้ ก็ถือไม่ได้ว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้ไม่สามารถเรียกร้องสิ่งใดจากผู้รับได้ แม้ว่าการที่ทรัพย์สินที่ให้ไม่สามารถสร้างผลประโยชน์หรือไม่สามารถใช้งานได้นั้นจะเกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้รับก็ตาม การละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันสามารถเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่ผู้รับจงใจไม่ชำระค่าภาระติดพันทั้งที่สามารถจะกระทำเช่นนั้นได้เท่านั้น ส่วนข้อตกลงอื่นๆที่ไม่เข้าลักษณะตามที่กล่าวมาย่อมไม่ใช่ค่าภาระติดพัน แต่จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นข้อสัญญาให้อันเป็นสาระสำคัญหรือเป็นสัญญาต่างตอบแทนนั้น ต้องพิจารณาจากลักษณะของข้อตกลงเป็นรายการไป หากข้อตกลงนั้นมีลักษณะของการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ที่แน่นอนตายตัว ไม่ว่าผลประโยชน์นั้นจะเป็นผลประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือไม่ ก็มีความเป็นไปได้สูงที่สัญญาที่เกิดขึ้นจะเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยไม่คำนึงว่าการต่างตอบแทนนั้นจะเท่าเทียมหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ส่วนข้อตกลงที่ผู้รับต้องกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ แต่การกระทำการของผู้รับนั้นไม่ได้เป็นประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกแต่อย่างใดเลยก็เป็นข้อสัญญาให้อันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าผู้รับจะได้ประโยชน์โดยตรงจากข้อสัญญานั้นหรือไม่ อย่างไร

องค์ประกอบที่สาม ค่าภาระติดพันจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้ หมายถึง ภาระที่ผู้รับจะต้องชำระนั้นจะต้องยังคงมีอยู่ต่อไปหลังจากทำสัญญาให้ โดยที่ภาระดังกล่าวนั้นจะมีอยู่แล้วก่อนที่จะทำสัญญาให้หรือเพิ่งเกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญาให้ก็ตามไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น ผู้ให้ให้อาคารพาณิชย์แก่ผู้รับโดยจดทะเบียนสิทธิอาศัยให้ผู้ให้และครอบครัวมีสิทธิอาศัยในอาคารพาณิชย์ดังกล่าว ดังนั้น ภาระใดๆที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดไปก่อนหรือขณะทำสัญญาให้ย่อมไม่ใช่ค่าภาระติดพัน และอาจส่งผลให้สัญญาที่เกิดขึ้นไม่ใช่สัญญาให้ แต่เป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ หรือสัญญาต่างตอบแทนแล้วแต่กรณี โดยจะต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาว่าได้มีการตกลงกันในลักษณะอันเป็นการตอบแทนกันหรือไม่ เช่น ผู้ให้ชำระหนี้แทนผู้รับจนครบถ้วน ผู้รับจึงได้ให้ที่ดินของตนแก่ผู้ให้ โดยที่ในขณะที่ชำระหนี้แทนนั้น ผู้ให้ไม่เคยตกลงกับผู้รับว่าจะต้องให้สิ่งใดตอบแทนแก่ตนเลย เป็น

ความต้องการของผู้รับฝ่ายเดียวที่จะตอบแทนบุญคุณของผู้ให้ กรณีนี้สัญญาให้ที่ดินที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญาให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ แต่ในทางตรงข้าม หากผู้ให้และผู้รับได้ตกลงกันว่าผู้รับจะต้องให้ที่ดินแก่ผู้ให้ เพื่อตอบแทนที่ผู้ให้เข้าชำระหนี้แทน สัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นสัญญาต่างตอบแทน

จากข้อสรุปดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้แบ่งสัญญาให้ออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก สัญญาให้ หมายถึงการให้ตามมาตรา 521 โดยไม่มีข้อสัญญาหรือข้อกำหนดใดๆที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามทั้งสิ้น เป็นการให้อย่างสมบูรณ์ ผู้รับมีสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 อย่างเต็มที่ การคืนทรัพย์สินที่ให้ประเภทนี้จะสามารถเกิดขึ้นได้เพียงกรณีเดียวคือ กรณีผู้รับประพฤตินิรคุณตามมาตรา 531 เท่านั้น เมื่อผู้ให้ถอนคืนการให้แล้วผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกฎหมายได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกฎหมายได้ยังมีปัญหาอยู่ ตามที่ได้วิเคราะห์เปรียบเทียบไปแล้ว และจะได้สรุปอีกครั้งในหัวข้อถัดไป

ประเภทที่สอง สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน ตามมาตรา 528 เป็นสัญญาให้ที่มีข้อกำหนดให้ผู้รับจะต้องปฏิบัติตาม แต่ข้อกำหนดนั้นจะต้องก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ มีอยู่ในขณะในทำสัญญาให้ และต้องเป็นภาระที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะของการแบ่งผลประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกหรือยอมให้บุคคลดังกล่าวได้ใช้ทรัพย์สินที่ให้นั้น สัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นสัญญาให้ที่มีลักษณะคล้ายกับสัญญาต่างตอบแทนอย่างยิ่ง ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่าค่าภาระติดพันควรมีขอบเขตจำกัดให้เป็นเพียงส่วนหนึ่งแห่งประโยชน์ที่ทรัพย์สินที่ให้จะสามารถสร้างขึ้นได้ เพราะหากไม่มีข้อจำกัดเช่นนั้นแล้วสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันจะไม่ต่างจากสัญญาต่างตอบแทนเลย เมื่อเป็นสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันผู้ให้ย่อมไม่สามารถถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินิรคุณได้เช่นเดียวกับสัญญาให้ทั่วไป ทั้งนี้ เพราะผู้รับได้ชำระค่าภาระติดพันเสมือนเป็นการตอบแทนผู้ให้หรือบุคคลภายนอกแล้วแต่กรณีแล้วนั่นเอง ผู้ให้จะสามารถเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ให้ได้เฉพาะเมื่อผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น ซึ่งในการคืนทรัพย์สินผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้เพียงเท่าที่ควรจะไปใช้ชำระค่าภาระติดพัน ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายได้เช่นเดียวกับกรณีการถอนคืนการให้ผู้รับประพฤตินิรคุณ ซึ่งก็มีปัญหาในทำนองเดียวกันนั่นเอง

ประเภทที่สาม สัญญาให้ที่มีข้อสัญญาให้อันเป็นสาระสำคัญ เป็นสัญญาให้ที่ไม่ได้มีลักษณะคล้ายกับสัญญาต่างตอบแทนเหมือนกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่เป็นสัญญาให้ที่ผู้รับได้ตกลงจะปฏิบัติตามข้อสัญญาให้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งข้อสัญญานั้นเป็นสาระสำคัญอันทำให้ผู้ให้ตกลงเข้าทำสัญญาให้ ดังนั้น เมื่อผู้รับผิดสัญญาผู้ให้ย่อมเลิกสัญญาได้ และเมื่อการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกฎหมายได้ที่นำมาปรับใช้กับสัญญาให้เป็นการพิเศษไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีผิดสัญญาเช่นนี้ด้วย การคืนทรัพย์สินในกรณีนี้จึงต้องคืนกันโดยการกลับสู่ฐานะเดิม ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่ามีทั้งส่วนที่เหมาะสมและยังบกพร่องตามที่วิเคราะห์ไปแล้ว และจะได้สรุปอีกครั้งในหัวข้อถัดไป

ส่วนสัญญาให้ในลักษณะอื่นๆนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาย่อมมีแนวโน้มสูงที่จะไม่ใช่สัญญาให้ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ส่วนจะเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทใดนั้นจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

5.1.2 ผลของการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน

จากการศึกษาทำให้เห็นถึงความสำคัญของวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้ ที่มีความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้รับในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตลอดระยะเวลาก่อนที่จะมีการคืนทรัพย์สินที่ให้นั้น กับสิทธิของผู้ให้ที่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้ซึ่งไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนจากสัญญาให้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่าไม่มีวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้วิธีใดวิธีหนึ่งที่ดีที่สุด วิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้แต่ละอย่างล้วนมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไป โดยวิธีการคืนทรัพย์สินตามกฎหมายไทยปัจจุบันที่นำมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้ มีดังนี้

วิธีที่หนึ่ง การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกรรมสิทธิ์ เป็นวิธีที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เฉพาะกรณีการให้โดยบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น

วิธีที่สอง การคืนทรัพย์สินที่ให้โดยการกลับสู่ฐานะเดิม เป็นวิธีที่คล้ายคลึงกับวิธีตามกฎหมายฝรั่งเศส เป็นวิธีที่มีข้อดีคือ เป็นวิธีการคืนทรัพย์สินที่ให้ที่ค่อนข้างเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้มาก และในการคืนทรัพย์สินก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสุจริตของผู้รับให้เกิดความยุ่งยากแต่อย่างใดเลย ส่วนข้อเสียก็คือส่วนที่เป็นข้อดีของการคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกฎหมายได้ คือเป็นวิธีที่ผู้รับไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้เท่าที่ควรนั่นเอง วิธีนี้จึงเหมาะที่จะนำมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้กรณีผู้ให้ผิดข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากลักษณะของข้อสัญญาที่มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ให้หรือบุคคลภายนอกแต่อย่างใด ไม่ว่าจะข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้รับเองหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม การจะคืนทรัพย์สินที่ให้กันอย่างเคร่งครัดก็ยังไม่เหมาะสมกับกรณี สมควรมีข้อจำกัดโดยให้มีการคืนทรัพย์สินที่ให้เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้รับไม่สามารถปฏิบัติตามได้เท่านั้น รวมถึงไม่ควรอนุญาตให้มีการคิดดอกเบี้ยในกรณีที่ทรัพย์สินที่ให้ที่จะต้องคืนนั้นเป็นตัวเงิน ตลอดจนค่าเสียหายจากการผิดสัญญาด้วย

วิธีที่สาม การคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักกฎหมายได้ นอกจากจะนำมาปรับใช้กับสัญญาให้ที่จกเป็นโมฆะแล้ว ยังนำมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และผู้รับประพฤติเนรคุณด้วยเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน ภายใต้แนวความคิดว่า เมื่อได้ทำสัญญาให้ผู้รับยอมเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้น ผู้รับจึงมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินที่ให้นั้นได้โดยอิสระ ในกรณีที่ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ การจะบังคับให้ผู้รับต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมดหรือในสภาพเดิมนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับ ซึ่งก็มีเหตุผลที่เหมาะสม แต่ในทางตรงข้ามหากผู้รับ

มีเจตนาทุจริต กล่าวคือ จงใจใช้ช่องว่างของกฎหมายเพื่อเอาเปรียบผู้ให้ในการคืนทรัพย์สินที่ให้ตาม ตัวอย่างที่ได้อธิบายไปแล้ว ย่อมส่งผลไม่เพียงทำให้ผู้ให้เสียเปรียบแต่ยังไม่เป็นธรรมอย่างมากด้วย

โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่า ในการคืนทรัพย์สินที่ให้กรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระ ติดพัน หรือผู้รับประพฤตินั้น หากมุ่งคุ้มครองผู้ให้เป็นหลัก โดยใช้วิธีการกลับสู่ฐานะเดิมให้ผู้รับมีหน้าที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมดและในสภาพเดิม โดยไม่คำนึงถึงความสุจริตของผู้รับ ตลอดจนสิทธิของผู้รับในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตลอดระยะเวลาก่อนที่จะมีการคืนทรัพย์สินที่ให้ ย่อมสามารถรับประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ให้ได้ แต่สำหรับผู้รับที่สุจริตแล้วแน่นอนว่ามีความเสี่ยงที่จะต้องเสียหายจากการกลับสู่ฐานะเดิมดังกล่าว และหากเป็นเช่นนั้นจริงจะเห็นว่าไม่มีช่องทางให้ผู้รับได้ยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบผู้ให้ได้เลย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้โดยมุ่งคุ้มครองผู้รับเป็นหลักก่อน และหากเกิดความเสียหายแก่ผู้ให้จึงค่อยให้ออกาสผู้ให้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้น่าจะเหมาะสมและเป็นธรรมมากกว่า ด้วยวิธีการเป็นลำดับขั้นต่อไปนี้

ลำดับแรก เมื่อต้องมีการคืนทรัพย์สินที่ให้ ให้ใช้วิธีการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ กล่าวคือ ผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้เท่าที่เหลืออยู่และตามสภาพเท่านั้น ซึ่งในลำดับนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ตามกฎหมายไทยยังมีขอบเขตแคบและไม่ครอบคลุมเท่าที่ควร จึงควรขยายขอบเขตความคุ้มครองให้กว้างขวางและครอบคลุมมากขึ้นในลักษณะเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยให้ขอบเขตของสิ่งที่ได้รับมาแทนทรัพย์สินที่เป็นลาภมิควรได้รวมไปถึงค่าสินไหมทดแทนเพื่อการเสื่อมค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินที่ให้ด้วย แต่ยังไม่จำเป็นต้องขยายขอบเขตความคุ้มครองไปถึงกรณีที่บุคคลภายนอกได้รับทรัพย์สินอันเป็นลาภมิควรได้ไปโดยไม่มีค่าตอบแทน

ลำดับที่สอง เมื่อได้คืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้ภายใต้ขอบเขตที่ขยายความคุ้มครองแล้ว หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้ยังคงเสียหายจากการคืนทรัพย์สินที่ให้ดังกล่าว จึงค่อยนำมาตราการขั้นต่อไปมาปรับใช้ คือการอนุญาตให้ผู้ให้เพิกถอนการฉ้อฉล หรือฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี) ได้ แต่ความเสียหายของผู้ให้ต้องเกิดจากเจตนาทุจริตเพื่อเอาเปรียบผู้ให้ในการคืนทรัพย์สินที่ให้ และผู้ให้จะต้องสามารถพิสูจน์ถึงเจตนาทุจริตเช่นนั้นของผู้รับและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี) ได้ด้วย

จากที่ได้สรุปมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการนำหลักลาภมิควรได้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินที่ให้มีช่องว่างซึ่งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ ตามที่ได้ตั้งสมมุติฐานไว้

5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันในปัจจุบันยังขาดความชัดเจนอยู่มาก ข้อเสนอแนะของผู้เขียนทั้งหมดจึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจน ดังนี้

5.2.1 การเพิ่มมาตรา 528 วรรค 3

ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นมาตรา 528 วรรค 3 เพื่อให้ความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพันตามผู้เขียนได้วิเคราะห์เปรียบเทียบและสรุปไปแล้วข้างต้น

“ค่าภาระติดพันตามวรรคหนึ่ง หมายถึง ภาระซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งให้ ในอันที่จะต้องแบ่งผลประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น โดยที่ภาระนั้นจะต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาให้”

5.2.2 การเพิ่มมาตรา 528/1

ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มข้อความดังต่อไปนี้เป็นมาตรา 528/1 เพื่อรองรับสัญญาให้ที่มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ แม้จะเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้วว่าสัญญาให้เป็นสัญญาประเภทหนึ่งย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นจะต้องเพิ่มมาตรานี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าสัญญาให้ประเภทนี้ต่างกับสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน นอกจากนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีผู้รับไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาและมีการบอกเลิกสัญญา หากไม่บัญญัติเช่นนี้การคืนทรัพย์สินโดยการกลับสู่ฐานะเดิมย่อมถูกนำมาปรับใช้กับทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด และผู้ให้สามารถเรียกดอกเบี้ยจากผู้รับในกรณีที่ทรัพย์สินที่ให้เป็นเงิน และเรียกชดเชยค่าเสียหายจากผู้รับได้ด้วย ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนกรณีเช่นนี้ผู้รับไม่ควรจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด ควรให้ผู้รับคืนเฉพาะทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้ข้อสัญญาเท่านั้น ส่วนเรื่องดอกเบี้ยและค่าเสียหายหากยินยอมให้มีการเรียกดอกเบี้ยหรือเรียกชดเชยค่าเสียหายได้ย่อมเท่ากับว่าผู้ให้รำรวยขึ้นจากการเลิกสัญญาให้ซึ่งน่าจะขัดกับเจตนารมณ์ของสัญญาให้อย่างชัดและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม

“ถ้าทรัพย์สินซึ่งให้นั้นตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาซึ่งไม่ใช่ค่าภาระติดพัน และผู้รับละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นไซ้ ท่านว่าโดยเงื่อนไขอันระบุไว้ในกรณีสิทธิเลิกสัญญาต่างตอบแทนกันนั้นผู้ให้จะบอกเลิกสัญญาโดยให้มีผลเฉพาะทรัพย์สินซึ่งให้ที่เกี่ยวข้องเสียก็ได้ แต่ผู้ให้จะบอกดอกเบี้ยสำหรับทรัพย์สินซึ่งให้อันเป็นเงิน และเรียกชดเชยค่าเสียหายนั้นหาได้ไม่”

5.2.3 การแก้ไขมาตรา 413

ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขมาตรา 413 เพื่อขยายขอบเขตของหลักลามิควรรได้ให้กว้างขวางและครอบคลุมมากขึ้น ในลักษณะเดียวกับมาตรา 818 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหากรณีผู้รับก่อภาระในทรัพย์สินที่ได้ จากเดิม

“เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงินและบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่และมีต้องรับผิดชอบใน

การที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินได้โดยสุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั่งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง” เป็น

“เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคั้นนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงินและบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคั้นทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่และมีต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายหรือเสื่อมค่าเสื่อมราคา แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายหรือเสื่อมค่าเสื่อมราคาเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินได้โดยสุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั่งการสูญหายหรือบุบสลายหรือเสื่อมค่าเสื่อมราคาจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไรทรัพย์สินนั้นก็คงต้องสูญหายหรือบุบสลายหรือเสื่อมค่าเสื่อมราคายู่นั้นเอง”

แม้ผู้เขียนจะมีได้ศึกษาผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 413 ที่อาจเกิดขึ้นต่อกฎหมายเรื่องอื่นๆในรายละเอียด แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าการแก้ไขกรณีนี้น่าจะเป็นประโยชน์ในภาพรวม เพราะโดยหลักการของลาภมิควรได้ตามกฎหมายไทยแต่เดิมนั้นบุคคลผู้สุจริตก็จะต้องรับผิดชอบต่อความสูญหาย บุบสลาย หรือตกเป็นพันวิสัยของทรัพย์สินที่ได้ไปโดยเต็มภูมิอยู่แล้ว การเพิ่มเรื่องของความเสื่อมค่าเสื่อมราคามีได้ทำให้หลักการดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมแต่อย่างใด

5.2.4 การเพิ่มมาตรา 528 วรรค 4 และ 534 วรรค 2

ประการที่สี่ ให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นมาตรา 528 วรรค 4

“ก่อนละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพัน หากผู้รับโดยเจตนาทุจริตกระทำการใดโดยมีเจตนาให้ผู้ให้เสียเปรียบในการคั้นทรัพย์สิน ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนการฉ้อฉลมาบังคับโดยอนุโลม”

และให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นมาตรา 534 วรรค 2

“ก่อนประพฤติเนรคุณ หากผู้รับโดยเจตนาทุจริตกระทำการใดโดยมีเจตนาให้ผู้ให้เสียเปรียบในการคั้นทรัพย์สิน ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนการฉ้อฉลมาบังคับโดยอนุโลม”

การแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 มาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสิทธิของผู้ให้ในการเพิกถอนนิติกรรมที่ผู้รับได้กระทำไปโดยมีเจตนาให้ผู้ให้ต้องเสียเปรียบในการคั้นทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งได้แก่กรณีที่ผู้รับก่อภาระในทรัพย์สินที่ให้หรือผู้รับจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ให้โดยไม่มีค่าตอบแทนหรือมีค่าตอบแทน แต่ค่าตอบแทนต่ำกว่าที่เหมาะสมและควรจะเป็น สาเหตุที่จำเป็นต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ให้ในกรณีนี้ก็เนื่องจากมาตรา 237 นั้นเป็นเรื่องของเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ซึ่งความสัมพันธ์

ระหว่างผู้ให้กับผู้รับไม่ใช่ความลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด แม้ว่าผู้รับจะได้ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันหรือประพฤตินุรคุณอันเป็นเหตุให้เกิดสิทธิในการเรียกให้คืนทรัพย์สินที่ให้หรือถอนคืนการให้แก่ผู้ให้แล้วก็ตาม ผู้ให้ก็ยังมีสถานะเป็นเจ้าของผู้รับแต่อย่างใด สถานะเจ้าของผู้ให้ที่มีต่อผู้รับจะเกิดอย่างชัดเจนก็ต่อเมื่อผู้ให้ได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้วเท่านั้น ซึ่งในช่วงก่อนที่ผู้ให้จะฟ้องคดีต่อศาลผู้รับก็อาจกระทำการซึ่งส่งผลให้ผู้ให้เสียเปรียบไปแล้วก็ได้



รายการอ้างอิง

- E.J. Cohn. Manual of German Law Volume 1 General Introduction Civil Law. London: Oceana Publication, Inc., 1968.
- Ernest Joseph Schuster. The Principles of German Civil Law. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- Francesco Giglio. A Systematic Approach to 'Unjust' and 'Unjustified' Enrichment. Oxford Journal of Legal Studies Vol.23 No.3 (2003).
- Fritz Schulz. Classical Roman Law. London: Oxford University, 1969.
- J.A.C. Thomas. The Institutes of Justinian. Oxford: North-Holland Publishing Company, 1975.
- . Textbook of Roman Law. New York: North-Holland Publishing Company, 1976.
- John P. Dawson. Gifts and Promises: Continental and American Law Compared. London: Yale University Press, 1980.
- K.W. Ryan. An Introduction to the Civil Law. Sydney: Halstead Press, 1962.
- Marcel Planiol. Treatise on the Civil Law Volume 3 Part 2. Translated by the Louisiana State Law Institute. 11 ed. Paris: Librairie Generale de Drait et de Jurisprudence, 1959.
- Richard William Leage. Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian. London: Macmillan and Co., Limited, 1906.
- Ryhard Zimmermann. The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford: Juta Co., Ltd., 1992.
- กรมที่ดิน. หนังสือเวียนกรมที่ดิน ที่ มท 0501/ว 33241 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2545 เรื่อง การข้อมความเข้าใจกรณีศาลมีคำพิพากษาให้ถอนคืนการให้ที่ดิน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.dol.go.th/registry/images/medias/registry/file/circular_letter/2545/33241.pdf [เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559]
- กรมสรรพากร. คำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 100/2543 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและอากรแสตมป์ กรณีการขาย การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ ข้อ 10 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/3554.0.html> [เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559]

- . ข้อหาหรือกรรมสรรพากร เลขที่ กค 0811/ก.191 ลงวันที่ 12 เมษายน 2545 [ออนไลน์].
แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/25115.0.html> [เข้าถึงเมื่อ 13 พฤศจิกายน 2559]
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วย
มูลแห่งหนี้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.
- จิตติ ดิงศภัทย์ ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร ชวิน อุ่นภัทร อำนาจตั้งศิริพิมาน. คำอธิบายประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา
395 ถึง 452. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- ธีราพร ติษยาธิคม. ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ไพฑูริศ เอกจริยากร. คำอธิบาย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่
3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.
- ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.
กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน. ใน ตุลพาห เล่ม 1 ปีที่
15 (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2515).
- พระมณูภาณวิมลศาสตร์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2477.
- ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- วิริยะ เกิดศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2515.
- วิษณุ เครืองาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2552.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2559.
- . คำอธิบายชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศศิภรณ์ นารอดภัย. การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 3 ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกเรื่อง การตีความปัญหาข้อกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574 (11) และมาตรา 1611 (2) (กรณีผู้เยาว์ขอรับมรดกระหว่างจำนอง) เลขเสร็จ 24/2520 เดือนเมษายน 2520 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2520&lawPath=c1_0024_2520 [เข้าถึงเมื่อ 10 กรกฎาคม 2559]

———. คำแปลกรรมการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพว่าด้วยพันธะธรรม (มาตรา 1 – 1128) วันที่ 25 มิถุนายน 2462 – 3 พฤษภาคม 2463, ไมโครฟิล์มม้วนที่ 14.

———. คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เดือนมีนาคม 2466, ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13.

———. ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3, กรมร่างกฎหมาย วันที่ 6 กันยายน 2467, ไมโครฟิล์มม้วนที่ 13.

———. รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 16 มิถุนายน 2467, ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

———. รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 18 มิถุนายน 2467

———. รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 19 มิถุนายน 2467

———. รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 21 มิถุนายน 2467

สุจินตนา ชมวิสูตร. หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 5 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

สุวิทย์ นิ่มน้อย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน และให้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.

เสนีย์ ปราโมช ปรับปรุงโดย มุนินทร์ พงศาปาน. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายตะวัน กุลกาญจนาวรณ เกิดเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2531 ที่ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษานิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีการศึกษา 2552 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความ จากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ แห่งสภานายความ รุ่นที่ 33 และสอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ 66 จากสำนักอบรม ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อ พ.ศ. 2556 เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต ที่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2557

