



ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และค้ำประกันว่าจะให้

โดย

นางสาวบุษยมาศ มุ่งสันติ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้

โดย

นางสาวบุษยมาศ มุ่งสันติ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Theoretical problems of gifts and promises of a gift

BY

MISS BUDSAYAMAS MOUNGSUNTI



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS FOR

THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2018

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวบุษยามาศ มุ่งสันติ

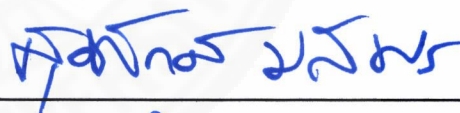
เรื่อง

ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

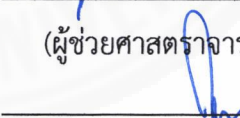
เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

คณบดี



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้
ชื่อผู้เขียน	นางสาวบุษยามาศ มุ่งสันติ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สาขากฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

การให้หรือสัญญาให้เป็นการที่ผู้ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับ โดยเสนาหา โดยกฎหมายบัญญัติเรื่องการให้ไว้ในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้เรื่องให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะบัญญัติให้การให้มีลักษณะเป็นสัญญาซึ่งโดยทั่วไปจะต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา ได้แก่ การเกิดสัญญา แบบของสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ การเลิกสัญญา เป็นต้น แต่จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนพบว่า เรื่องสัญญาให้นี้ นักกฎหมายไทยได้มีคำอธิบายแตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาโดยทั่วไป อยู่หลายเรื่อง ได้แก่ เรื่องลักษณะของสัญญาให้ หนี้ของสัญญาให้ ความสมบูรณ์ของสัญญาให้ เป็นต้น และเมื่อผู้เขียนทำการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมก็พบว่าในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ สัญญาจะให้การให้ในลักษณะอื่นๆ ได้แก่ การปลดหนี้ และเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ยังมีประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีหลายเรื่องที่นักกฎหมายไทย ยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน และยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน ดังนั้น เพื่อศึกษาปัญหาในทางทฤษฎีต่างๆ ของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหา ดังนี้

(1) ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของสัญญาให้ ในเรื่องนี้ นักกฎหมายในประเทศไทยส่วนใหญ่ต่างเห็นตรงกันว่า การให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายมาแสดงเจตนาเสนอสันองต้องตรงกันในการทำสัญญา แต่ในเรื่องนี้ ของสัญญาให้ นักกฎหมายกลับมีความเห็นแตกออกเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่าสัญญาให้ มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งแต่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ เนื่องจากเมื่อสัญญาให้เกิดขึ้นผู้ให้ต้องทำการส่งมอบ ทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปทันที สัญญาให้จึงสมบูรณ์ตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้สัญญาให้ไม่ก่อให้เกิดหนี้ทั้งแก่ผู้ให้และผู้รับ ในขณะที่เดียวกันนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งกลับเห็นว่า

สัญญาให้ก่อให้เกิดหนี้เนื่องจากสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้น จึงก่อให้เกิดหนี้เช่นเดียวกับสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป การส่งมอบตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเพียงการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการเกิดของสัญญาให้

ต่อมา ในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้มีประเด็นปัญหาว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกันออกเป็นสี่แนวคิด โดยแนวคิดแรกเห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบที่หากไม่ทำจะทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ แนวคิดที่สองเห็นว่าการส่งมอบเป็นเพียงการปฏิบัติการตามสัญญาให้ ซึ่งถ้าไม่ทำผู้รับสามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินได้ แนวคิดที่สามเห็นว่า การส่งมอบเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแสดงเจตนา ซึ่งหากไม่ส่งมอบจะมีผลให้การแสดงเจตนาของผู้ให้ไม่สำเร็จเด็ดขาด ส่งผลให้สัญญาให้ไม่เกิดขึ้น และสุดท้ายแนวคิดที่สี่เห็นว่าการส่งมอบเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้ หากมีคำเสนอสนองแล้วแต่ยังไม่มี การส่งมอบมีผลให้เจตนาเกิดขึ้นแต่นิติกรรมการให้ยังไม่เกิด เมื่อใดที่ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ สัญญาให้นั้นก็เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์

ต่อมา มีประเด็นปัญหาว่าสัญญาให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขบังคับก่อน เงื่อนไขบังคับหลังได้หรือไม่ เรื่องนี้นักกฎหมายไทยก็มีความเห็นแตกต่างกัน โดยมีทั้งเห็นว่าสัญญาให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขบังคับก่อน เงื่อนไขบังคับหลังได้ เนื่องจากเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง และที่เห็นว่าสัญญาให้ไม่สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขบังคับก่อน เงื่อนไขบังคับหลังได้เลย

และสุดท้ายมีประเด็นปัญหาว่าสามารถมีสัญญาว่าจะให้ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ได้หรือไม่ และจะมีลักษณะทางกฎหมายเช่นไร

(2) ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ในกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ได้แก่ การปลดหนี้ที่ มาตรา 522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักให้การให้สามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ แต่มาตรา 340 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กลับวางหลักให้เจ้าหนี้สามารถแสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ได้เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น การปลดหนี้ที่มีลักษณะเป็นการให้ชนิดหนึ่ง จึงมีปัญหาในเรื่องลักษณะทางกฎหมายว่าจะมีลักษณะเป็นสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาให้หรือจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวตามคำอธิบายเรื่องนี้

(3) ประเด็นปัญหาเรื่องคำมั่นว่าจะให้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่อง คำมั่นว่าจะให้ไว้ จึงทำให้มีประเด็นปัญหาว่าคำมั่นว่าจะให้มีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร จะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้หรือจะมีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะทำสัญญาเช่นเดียวกับ คำมั่นว่าจะซื้อจะขาย จะมีกำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อใด และการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตาม มาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นแบบของคำมั่นว่าจะให้หรือไม่

(4) ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคร่าวๆตามมาตรา 527 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เช่นกันทำให้มีประเด็นปัญหาว่าจะมีลักษณะทางกฎหมายเป็นเช่นไร จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้หรือไม่ และคู่สัญญาจะสามารถเลิกสัญญาได้หรือไม่

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษาปัญหาดังกล่าวข้างต้นโดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายและแนวคิดทั้งจากกฎหมายไทยและกฎหมายของระบบกฎหมายต่างประเทศต่างๆ และใช้การตีความหลักกฎหมายต่างๆในการหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อจะได้นำมาแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้นให้สมบูรณ์และสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ดียิ่งขึ้นต่อไป

คำสำคัญ: สัญญาให้, คำมั่นว่าจะให้, ปัญหาทางทฤษฎี

Thesis Title	THEORETICAL PROBLEMS OF GIFTS AND PROMISES OF A GIFT
Author	Miss Budsayamas Moungsunti
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Private Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistance Professor Korrasut Korpuangklang, Ph.D.
Academic Years	2018

ABSTRACT

A gift or gift contract is a contract in which the donor gratuitously transfers his property to the donee. The law regulates the concept of a gift in Section 521 of the Civil and Commercial Code that its legal status is a contract. Since the law regulates it as a contract, a gift must normally be treated under the contract principle, which includes, for example, the formation of a contract, formalities, contractual performance and the rescission of a contract; however, it has been found in this thesis that many elements of a gift contract have been described by Thai scholars differently from the general principle of contract in many aspects, such as the characteristics, obligation and validity of a gift contract. This led to further research and the discovering that a promise of a gift, a future gift contract and other kinds of gifts, such as the release of obligation and a periodical gift in Section 527 also has many theoretical problems on which Thai scholars have many different opinions and on which there is no clear conclusion yet. Therefore, this study of the theoretical problems related to gifts and promises of a gift, includes the following topics;

(1) The problem of the characteristic, obligation and the validity of a gift: many Thai scholars have the same opinion of this topic that a gift is a contract that must have two parties with the same express will to form a contract. However,

the opinions of Thai scholars about its obligation can be divided into two groups. The first group sees a gift as a contract, but does not constitute an obligation because, when the gift contract has been formed, the donor must transfer the gifted property immediately so the contract is completed based on Section 523; therefore, neither the donor nor the donee are obliged by the contract. On the other hand, another group of Thai scholars perceive a gift as a contract that represents an obligation binding both parties like a normal contract, and the transfer in Section 523 is regulated for the reason of validity, which is different from the formation of a contract.

In terms of the validity of a gift contract, whether the transfer in Section 523 is a form of a gift or not is problematic. Thai scholars have four different opinions, the first of which is that a transfer is a form of contract and the failure to transfer will invalidate that contract. The second opinion is that the transfer of a gift is a performance which, if the donor fails to enact, can be enforced by the donee to complete the gift. The third opinion is that the transfer of a gift is part of the expression of the donor's will, and if the gift is not transferred, the contract will not have been formed and the donor will have failed to express his will; hence, the gift will be incomplete. The fourth opinion is that the transfer of a gift is an element of a juristic act, in which if there is an offer and an acceptance of the parties, but the donor has not yet transfer the property given; hence, the will is expressed completely but the gift contract has not been formed until donor has transferred the gift.

Another topic is whether a gift contract can have a condition or time clause? Thai scholars also have different opinions of this topic with one group maintaining that a contract can have a condition or time clause because a gift is a contract and the other contending that a contract cannot have a condition or time clause.

The final issue is whether a future gift contract can be formed without being regulated by the law and, if so, what legal characteristics will it have.

(2) The topic of other kinds of gift which is the concept of release of obligation Section 522 defines a release of obligation as a kind of a gift. However, based on Section 340, if the creditor declares to the debtor an intention to release

the obligation, it is extinguished. Hence, the release of an obligation, which the law regulates as a gift, has a problematic legal characteristic whether it is a bilateral or unilateral juristic act.

(3) The promise of a gift is also not generally regulated; hence, it also has a problematic legal characteristic in that it will either be a unilateral juristic act that creates an obligation per se or a kind of promises to enter into a contract, like a promise of sale. Other issues are time of performance and whether or not the means regulated under Section 526, that requires a promise of a gift to be written and registered, is a formality requirement.

(4) The topic of periodical gifts can be found in Section 527. Since this is not clearly regulated by the law, it has a problematic legal characteristic and it is questionable whether the law in Section 526, which stipulates that a promise to gift needs to be written and registered, must also be used to address periodical gifts in Section 527 and whether the parties can rescind a contract.

These topics are studied in this thesis based on a comparative analysis of Thai law and foreign laws and the results is interpreted to find conclusions and suggestions to resolve all of these problems.

Keywords: Gift, Promises of a gift, Theoretical problems

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและช่วยเสนอแนะประเด็นปัญหาในการศึกษาค้นคว้ามากมาย อีกทั้งยังช่วยเสนอแนะความคิดเห็นและแนวทางในการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหาต่างๆซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเป็นอย่างมาก และผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี ที่กรุณาสละเวลามาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่กรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้ข้อคิดเห็นและแนวทางในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่และน้องชายของผู้เขียนผู้ซึ่งคอยดูแล ให้กำลังใจให้ความช่วยเหลือ ตลอดจนให้การสนับสนุนในด้านต่างๆตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนได้จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบคุณนางสาวศศิพร ปรียพงศ์พันธ์ ผู้ซึ่งเป็นกัลยาณมิตรที่ดี ผู้ซึ่งคอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และให้การสนับสนุนผู้เขียนในทุกขั้นตอนตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณนางสาวเอมอมร สุขศรีสว่างวงศ์ และนางสาวเหมือนตะวัน จุฬจักรวัฒน์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือและคอยให้กำลังใจในเวลาที่คุณเขียนต้องการ และขอขอบคุณเพื่อนพี่น้องในสาขากฎหมายเอกชนที่คอยช่วยเหลือกันและกันเป็นอย่างดีเสมอมา และสุดท้ายผู้เขียนขอขอบพระคุณหัวหน้างานของผู้เขียนทั้งสองท่านที่เข้าใจและให้การสนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนเป็นอย่างดีและด้วยความกรุณาของทุกๆท่านวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงสำเร็จลงได้ด้วยดี

นางสาวบุษยมาศ มุ่งสันติ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	11
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	11
1.4 วิธีการศึกษา	12
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	12
1.6 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	13
บทที่ 2 วรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	15
2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้	16
2.1.1 ยุคโรมันคลาสสิก	16
2.1.2 ยุคจักรพรรดิคอนสแตนติน	19
2.1.3 ยุคพระเจ้าจัสติเนียน	21
2.2 แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของการให้ในประเทศไทย	23
2.2.1 การให้ในช่วงก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	23
2.2.1.1 การให้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา	23
2.2.1.2 การให้ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์	25
2.2.2 การให้ในช่วงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	27
2.3 บทสรุป	30

บทที่ 3 การให้ในระบบกฎหมายไทย	32
3.1 การให้	32
3.1.1 ลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้	32
3.1.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้	32
3.1.1.2 หนี้ของการให้	38
3.1.2 ความสมบูรณ์ของการให้	40
3.1.2.1 การส่งมอบทรัพย์สิน	40
3.1.2.2 การให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุด	47
3.1.2.3 การให้ทรัพย์สินในอนาคต	52
3.1.2.4 การให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้	53
3.1.3 สัญญาว่าจะให้	54
3.1.4 การให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ	55
3.2 คำมั่นว่าจะให้	57
3.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	57
3.2.2 กำหนดเวลาชำระหนี้ และการบังคับคำมั่นว่าจะให้	59
3.3 การให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ	61
3.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ	61
3.3.2 การบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ	62
3.4 บทสรุป	63
บทที่ 4 การให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ	66
4.1 การให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส	66
4.1.1 การให้	66
4.1.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้	66
4.1.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย	70
4.1.2 การให้ในลักษณะอื่นๆ	71
4.1.2.1 การปลดหนี้	71
4.1.3 คำมั่นว่าจะให้	73

4.1.3.1	ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	73
4.1.3.2	รูปแบบและการบังคับการทำให้คำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย	74
4.2	การให้ในระบบกฎหมายเยอรมัน	75
4.2.1	การให้	76
4.2.1.1	ลักษณะทางกฎหมายของการให้	76
4.2.1.2	รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย	78
4.2.2	การให้ในลักษณะอื่นๆ	78
4.2.2.1	การปลดหนี้	78
4.2.3	คำมั่นว่าจะให้	80
4.2.3.1	ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	80
4.2.3.2	รูปแบบและการบังคับการทำให้คำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย	81
4.3	การให้ในอังกฤษ	82
4.3.1	การให้	82
4.3.1.1	ลักษณะทางกฎหมายของการให้	82
4.3.1.2	รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย	83
4.3.2	การให้ในลักษณะอื่นๆ	84
4.3.2.1	การปลดหนี้	84
4.3.3	คำมั่นว่าจะให้	86
4.3.3.1	ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	86
4.3.3.2	รูปแบบและการบังคับการทำให้คำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย	86
4.4	การให้ในระบบกฎหมายสกอต	87
4.4.1	การให้	88
4.4.1.1	ลักษณะทางกฎหมายของการให้	88
4.4.1.2	รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย	90
4.4.1.3	การปฏิเสธการให้ของผู้รับ	92
4.4.2	การให้ในลักษณะอื่นๆ	93
4.4.2.1	การปลดหนี้	93
4.4.3	คำมั่นว่าจะให้	94
4.4.3.1	ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	94
4.4.3.2	รูปแบบและการบังคับการทำให้คำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย	94

4.5 การให้ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR)	95
4.5.1 การให้	96
4.5.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้	96
4.5.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย	97
4.5.2 คำมั่นว่าจะให้	97
4.5.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	100
4.5.2.2 รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย	100
4.6 บทสรุป	101
บทที่ 5 บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายเรื่องสัญญาให้ คำมั่นว่าจะให้ การให้ใน กฎหมายลักษณะอื่นๆ และการให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆตามมาตรา 527	103
5.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของ การให้	103
5.1.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้	103
5.1.2 ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้	106
5.1.2.1 ประเด็นปัญหาเรื่องแบบของสัญญาให้	106
5.1.2.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไข เริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้หรือไม่	108
5.1.2.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตมีได้ หรือไม่	110
5.1.2.4 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้	111
5.1.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการทำสัญญาว่าจะให้สามารถมีได้หรือไม่	112
5.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ	113
5.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการทำคำมั่นว่าจะให้	115
5.3.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้	115
5.3.2 ประเด็นปัญหาเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้และการบังคับ คำมั่นว่าจะให้	116
5.4 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527	118
5.4.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการให้ที่มี	118

ลักษณะเป็นคราวๆ ตามมาตรา 527	
5.4.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ ตามมาตรา 527	119
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	121
6.1 บทสรุป	121
6.2 ข้อเสนอแนะ	127
บรรณานุกรม	131
ภาคผนวก	136
ประวัติผู้เขียน	143

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การให้ในประเทศไทยนับแต่อดีตมีการให้อยู่หลายประเภท ทั้งการให้โดยเสนหา การให้เพราะความกลัว และการให้ด้วยศรัทธา การให้แต่ละแบบนี้ก็จะมีลักษณะและผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ได้เหลือรูปแบบการให้อยู่เพียงรูปแบบเดียว คือ การให้โดยเสนหา ซึ่งก็คือ การที่ผู้ให้ได้มอบทรัพย์สินใดๆให้แก่ผู้รับโดยเสนหาและไม่ได้รับอะไรเป็นการตอบแทน กฎหมายไทยได้มีการบัญญัติการให้โดยเสนหานี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มีนักกฎหมายได้ให้คำอธิบายในเรื่องการให้ไว้มากมาย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนแล้วจะเห็นว่า การให้นั้นยังมีปัญหาในทางทฤษฎีอยู่มาก และนักกฎหมายส่วนใหญ่ก็ยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนและไม่ชัดเจนอยู่ รวมไปถึงในเรื่องของการทำค้ำประกันว่าจะให้เช่นกัน ฉะนั้น ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาประเด็นปัญหาและแบ่งออกเป็นดังนี้

1. ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของการให้

การให้นั้นเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่งที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 3 โดยในมาตรา 521 ได้บัญญัติว่า “อันว่าให้ นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น” จากมาตรานี้ให้จึงเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปสัญญาต่างๆก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนิติกรรมสัญญา เช่น เรื่ององค์ประกอบของสัญญา การแสดงเจตนา การก่อให้เกิดสัญญา การปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา การเลิกสัญญา เป็นต้น เมื่อให้มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งแล้ว ตามหลักกฎหมายก็ต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องลักษณะของให้นี้ ก็ยังมีประเด็นที่ผู้ทรงคุณวุฒิต่างๆถกเถียงกันอยู่ว่าการให้หรือสัญญาให้นี้จะก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้และผู้รับหรือไม่ โดยมีแนวคิดแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ในแนวคิดแรกก็มีความเห็นว่า การให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ที่มีวัตถุประสงค์คือฝ่ายหนึ่งโอนทรัพย์สินให้อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายหลังไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรตอบแทน การส่งมอบทรัพย์สินเป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน ดังนั้น

สัญญาให้จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆทั้งแก่ผู้ให้และผู้รับทั้งก่อนและหลังการเกิดสัญญา ฉะนั้น สัญญาให้นี้ จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์¹

ส่วนในแนวคิดที่สองนี้มีความเห็นว่า สัญญาให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สิน โดยวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินนี้ มีความแตกต่างจากการโอนหรือการส่งมอบทรัพย์สินจากผู้ให้ไปยังผู้รับที่เป็นการปฏิบัติตามสัญญา หรือการชำระหนี้ตามสัญญาต่างหาก เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินนั้น เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาให้ที่ในท้ายที่สุดแล้วต้องการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินไปยังผู้รับ โดยไม่จำเป็นต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินไปทันทีในขณะก่อสัญญา ทำให้เมื่อการก่อสัญญา มีการทำถูกต้องตามหลักนิติกรรมสัญญา และมีวัตถุประสงค์ไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแล้ว สัญญาให้นั้นก็เกิดขึ้น ผู้ให้และผู้รับจะมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาให้ตามมา นั่นคือ การโอนกรรมสิทธิ์ หรือการส่งมอบทรัพย์สินกันภายหลัง ผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์²

และสุดท้าย ในแนวคิดที่สาม มีความเห็นว่า “สัญญาให้เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน เนื่องจากมีฝ่ายที่ได้รับประโยชน์เพียงฝ่ายเดียวคือฝ่ายผู้รับ และกฎหมายถือเอาการส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ในเรื่องสัญญาซึ่งถ้าไม่มีสัญญาที่จะก่อหนี้ขึ้นได้ฉันทใด สัญญาหรือคำมั่นว่าจะให้ที่ขาดการส่งมอบ ก็ไม่อาจมีผลก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้ฉันทนั้น” ผู้ที่เห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช³ และ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ

จากแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามแนวคิดจะเห็นว่าในเรื่องลักษณะและหนี้ของการให้ผู้ทรงคุณวุฒิต่างๆยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทำให้เรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้จำเป็นต้องทำการศึกษาเพื่อประโยชน์ในทางทฤษฎีในการเข้าใจถึงลักษณะที่แท้จริงของการให้ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญาอันจะสามารถมีการทำการให้ที่มีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไข การให้ในอนาคต การให้ที่ไม่ใช่ทรัพย์สินของผู้ให้ หรือสัญญาจะให้ได้ เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนและเกิดความเข้าใจที่สอดคล้องกันเกี่ยวกับกฎหมาย

¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.377.

² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น.81, 109.

³ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. แก้วไขเพิ่มเติมโดย มุนินทร์ พงศาปาน ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), น.301.

ในเรื่องสัญญา แต่หากการให้ไม่ใช่สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้การให้ก็จะมีสถานะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้ให้ที่ไม่จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมารองรับเพียงแต่ผู้ให้ทำการให้และมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับการให้ก็จะสมบูรณ์ นอกจากนี้ก็จะเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติที่จะสามารถนำกฎหมายเรื่องการให้ไปใช้ได้ถูกต้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงมากที่สุด

ต่อมา ในประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ของการให้ นั้น เนื่องจากมาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้นท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” คำว่า “สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” นี้ มีประเด็นเป็นที่ถกเถียงว่า การส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่ ถ้าหากไม่มีการส่งมอบหรือไม่ส่งมอบทรัพย์สินแก่กันทันทีขณะทำสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาให้เป็นเช่นไร ในเรื่องของการส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่มีแนวคิดต่างกันหลายแนวคิด

โดยในแนวคิดแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้ หมายความว่า หากการทำสัญญาให้ใด ผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจะทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์และสัญญาให้นั้นจะตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร⁵ ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร⁶

ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ไม่ใช่แบบ แต่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น กล่าวคือ การส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์ หากไม่มีการส่งมอบก็จะมีผลทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้ทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁷

⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.381 - 382.

⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), น.152.

⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.42.

⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น.180 - 181.

แนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็น องค์ประกอบหนึ่งของการแสดงเจตนา ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช⁸ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ⁹ และอาจารย์อัครวิทย์ สุมาวงศ์¹⁰

และในแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็น องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ¹¹

ดังนั้น จะเห็นว่าในประเด็นการส่งมอบเป็นแบบของการให้หรือไม่นี้ แม้ว่าจะมี ผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้คำอธิบายมากมายและชัดเจนแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหานี้ก็ยังไม่ มีข้อสรุปที่เห็นตรงกัน ฉะนั้น ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการให้ ที่ว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ถือเป็นแบบหรือไม่ หากถือเป็นแบบแล้วไม่ทำตามจะมีผลอย่างไร หรือหากไม่ถือเป็นแบบแล้ว การไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้จะมีผลอย่างไร ส่งผลในทางปฏิบัติเมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นต่างกันหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่นาย ก. เจอนาย ข. โดยบังเอิญและบอกนาย ข. ว่า ตนจะให้หนังสือแก่นาย ข.หนึ่งเล่ม แต่ขณะนั้นนาย ก. ไม่มีหนังสือเล่มดังกล่าวอยู่กับตัว วันรุ่งขึ้น นาย ก. จึงได้อาหนังสือเล่มดังกล่าวไปให้นาย ข.

กรณีนี้จึงมีประเด็นว่าการทำการให้ของนาย ก. ต่อนาย ข. ในครั้งแรกที่ตกลงให้ กันแต่ไม่ได้มีการส่งมอบหนังสือให้ทันทีจะมีผลเป็นการให้หรือไม่ และการที่นาย ก. นำหนังสือไปมอบ ให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้นจะถือเป็นการส่งมอบหนังสือตามการตกลงให้ในครั้งแรกหรือจะเป็นการทำ การให้ใหม่ เรื่องนี้ยังเป็นปัญหาที่ยังไม่ชัดเจนและจำเป็นต้องทำการศึกษาเพื่อประโยชน์ในการนำ กฎหมายเรื่องการให้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง เพราะหากการส่งมอบเป็นแบบตามกฎหมายที่หากไม่มี การส่งมอบแล้วจะทำให้การให้ตกเป็นโมฆะแล้ว การให้ก็จะเป็นกฎหมายที่ปรับใช้กับข้อเท็จจริง

⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.301.

⁹ ศักดิ์ สอนงชาติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540)*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2547).

¹⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557).

¹¹ กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561” *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* น.9.

ได้แคบมาก เนื่องจากการให้จะไม่สามารถมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไข การให้ในอนาคต หรือการให้ที่ผู้ให้ยังไม่ใช่เจ้าของได้ หรือจากตัวอย่างหากนาย ก. นำหนังสือไปให้นาย ข. ที่ห้อง แต่นาย ข. ไม่อยู่ นาย ก. จะฝากหนังสือไว้ที่แม่บ้านหรือวางไว้หน้าห้องได้หรือไม่ หากการส่งมอบเป็นแบบแล้วการที่นาย ก. ไม่ได้ส่งมอบหนังสือให้นาย ข. ในการเจอกันครั้งแรกการให้ก็ตกเป็นโมฆะ เมื่อนาย ก. มาเจอนาย ข. ที่ห้องเพื่อส่งมอบหนังสือแต่นาย ข. ไม่อยู่ การให้จึงไม่อาจเกิดได้เนื่องจากไม่มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต่อกันใหม่ ฉะนั้น นาย ก. สามารถทำได้เพียงสละการครอบครอง หนังสือเล่มนั้นแล้วฝากไว้ให้นาย ข. ทำให้กฎหมายเรื่องการให้ไม่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริง ได้อย่างสมประโยชน์และเกิดความยุ่งยากเกินสมควร

ถัดมา เนื่องจากการให้หรือสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ซึ่งสัญญา โดยทั่วไปสามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุด สัญญาให้ในอนาคต หรือสัญญาให้ ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ได้ แต่ในเรื่องการให้ยังมีประเด็นว่าสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด โดยต้องแยกพิจารณา ดังนี้

ประการแรก การให้จะสามารถมีเงื่อนไขได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ยกที่ดินของตนให้แก่เทศบาลเพื่อให้จัดทำเป็นสถานีขนส่งทางบกโดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ ในที่ดินให้เมื่อกรรมการขนส่งทางบกมีคำสั่งให้สร้างสถานีขนส่งทางบกบนที่ดินแปลงดังกล่าวแล้ว เท่านั้น กรณีนี้เป็นการทำการให้ที่มีเงื่อนไขจะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด และจะมีผลเช่นไร

ประการต่อมา การให้จะสามารถมีเงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ยกรถยนต์ของตนให้นแก่นาย ข. โดยให้นาย ข. นำไปใช้ได้เมื่อถึงวันเกิดของ นาย ข. กรณีนี้เป็นการทำสัญญาให้สังหาริมทรัพย์ที่มีเงื่อนไขเริ่มต้นจะสามารถทำได้หรือไม่ หรืออีกกรณี นาย ก. ทำสัญญายกที่ดินให้นแก่นาง ข. โดยกำหนดว่าเมื่อนาง ข. อายุ 60 ปี สัญญาให้ ก็สิ้นสุดลง และนาย ก. สามารถเรียกคืนที่ดินที่ได้ทันทีที่สัญญาให้ที่มีเงื่อนไขสิ้นสุดแบบนี้ จะทำได้หรือไม่

ประการต่อมา เรื่องการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตจะสามารถมีได้หรือไม่ การทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต หมายถึง การทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ขณะทำสัญญากันผู้ให้ไม่มี หรือไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาให้นั้น ยกตัวอย่างเช่น นายแดงซื้อรถยนต์ให้ น.ส.เชียวบุตรสาว แต่รถยนต์ยังไม่ได้ทันทีเนื่องจากต้องรอการผลิตเป็นเวลา 3 เดือน กรณีนี้ นายแดง จึงยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ดังกล่าว การทำการให้รถยนต์แก่น.ส.เชียวบุตรสาวจึงเป็นการให้ ทรัพย์สินในอนาคต กรณีนี้จะสามารถทำได้หรือไม่

ประการสุดท้าย การทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ ยกตัวอย่างเช่น นายเล็กสั่งซื้อเครื่องถ่ายเอกสารจากร้านค้า 1 เครื่อง เพื่อบริจาคแก่มหาวิทยาลัยโดยได้ทำการสั่งซื้อ และให้ร้านนำไปส่งที่มหาวิทยาลัยเลย กรณีนี้ เนื่องจากนายเล็กสั่งซื้อเครื่องถ่ายเอกสารโดยยังไม่มี

การระบุว่าเป็นเครื่องไหน ดังนั้น เครื่องถ่ายเอกสารที่ซื้อขายจึงยังไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทำให้กรรมสิทธิ์ในเครื่องถ่ายเอกสารยังไม่โอนไปยังนายเล็ก การบริจาคให้เครื่องถ่ายเอกสารของนายเล็กจึงเป็นการให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้น สัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้แบบนี้จะสามารถทำได้หรือไม่

ถัดมา ในกรณีที่ผู้ให้และผู้รับต้องการทำสัญญาจะให้แก่กัน คือการที่ผู้ให้ตกลงให้ทรัพย์สินใดๆแก่ผู้รับในอนาคตจะสามารถทำได้หรือไม่เนื่องจากไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการทำสัญญาจะให้รองรับไว้ในเรื่องสัญญาจะให้นี้มีประเด็นให้ต้องพิจารณาหลายประการ ประการแรก หากพิจารณาว่ากฎหมายได้วางหลักเรื่องการให้ว่าต้องเป็นการให้โดยเสนหา ผู้ให้จะต้องทำการให้แก่ผู้รับด้วยความยินยอมพร้อมใจแล้ว การทำสัญญาจะให้ที่กำหนดการให้ในอนาคตซึ่งถึงตอนที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินผู้ให้อาจไม่ต้องการให้ทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับแล้วก็ได้ สัญญาจะให้นี้จึงอาจจะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ ประการถัดมา เนื่องจากสัญญาจะให้มีลักษณะเป็นการให้ทรัพย์สินในอนาคต ดังนั้น สัญญาจะให้จึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญาให้ในอนาคต และสัญญาให้ที่มีเงื่อนไข จึงต้องมีการทำการศึกษาและพิจารณาความแตกต่างของสัญญาจะให้กับสัญญาให้ในอนาคต และสัญญาให้ที่มีเงื่อนไข และประการสุดท้าย หากคู่สัญญาสามารถทำสัญญาจะให้ได้จะต้องนำหลักในมาตรา 526 คือการกำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มาใช้กับเรื่องสัญญาว่าจะให้นี้ด้วยหรือไม่ เพียงใด หรืออาจจะต้องนำหลักในมาตรา 456 วรรค 2 ในเรื่องการฟ้องบังคับสัญญาจะซื้อจะขายมาใช้เทียบเคียงกับเรื่องสัญญาจะให้ ในเรื่องสัญญาจะให้นี้จึงมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาหลายประการดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาในเรื่องนี้เพื่อจะได้เข้าใจและสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้อง

จากประเด็นปัญหาต่างๆที่กล่าวมาทำให้เห็นว่าในเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของการให้ยังมีประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่มากมายทั้งในเรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้ ความสมบูรณ์ของการให้ การส่งมอบ การให้ทรัพย์สินที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา การให้ทรัพย์สินในอนาคต การให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ และเรื่องสัญญาจะให้ ดังนั้น เรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของการให้จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จำเป็นต้องทำการศึกษาเพื่อจะได้ทำความเข้าใจในเรื่องการให้ให้มากขึ้นและสามารถนำกฎหมายเรื่องการให้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไป

2. ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ

การปลดหนี้ ได้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 340 ในเรื่องหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม การปลดหนี้ ก็มีลักษณะเป็นการให้ประการหนึ่ง เนื่องจากในมาตรา 522 นั้น ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการปลดหนี้ไว้โดยเขียนให้อยู่ในเรื่องการให้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองแนวทาง คือ แนวที่หนึ่งเห็นว่า

การปลดหนี้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้หรือเจ้าหนี้เพียงแสดงเจตนาว่าต้องการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับหรือลูกหนี้ทราบก็เป็นการปลดหนี้แล้ว นักกฎหมายผู้เห็นในแนวทางนี้ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์¹² ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร¹³ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์¹⁴ และพระยาเทพวิฑูร¹⁵ ส่วนอีกแนวความคิดหนึ่ง เห็นว่า การปลดหนี้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย มีลักษณะเป็นสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาให้ ผู้ที่เห็นตามแนวทางนี้ได้แก่ อาจารย์เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม¹⁶

ฉะนั้น เมื่อการปลดหนี้มีลักษณะเป็นการให้และถูกบัญญัติไว้ในเรื่องหนึ่งในเวลาเดียวกันแล้ว จึงมีประเด็นปัญหาว่าลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้จะเป็นอย่างไร จะต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องการให้มาใช้กับเรื่องการปลดหนี้ด้วยหรือไม่ เพียงใด และจะมีผลอย่างไร ในเรื่องนี้ยังเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องได้รับการพิจารณาเพื่อประโยชน์ในทางทฤษฎีที่กฎหมายเรื่องการให้และการปลดหนี้จะมีความสอดคล้องกัน ไม่เกิดความขัดแย้งทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดความสับสน อีกทั้งการอธิบายกฎหมายทั้งสองเรื่องจะได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และเพื่อประโยชน์ในทางปฏิบัติในการนำกฎหมายเรื่องการให้และการปลดหนี้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง โดยหากได้ข้อสรุปว่าการปลดหนี้เป็นการให้ประการหนึ่งแล้วการปลดหนี้ก็สามารถถูกถอนการให้เพราะเหตุประพฤติเนรคุณได้ และสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการให้ต่างๆมาปรับใช้กับเรื่องการปลดหนี้ด้วย

3. ประเด็นปัญหาเรื่องคำมั่นว่าจะให้

คำมั่นว่าจะให้ถือเป็นการทำคำมั่นชนิดหนึ่งแต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้มีการอธิบายถึงเรื่องลักษณะ ความสมบูรณ์และผลทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้ว่าเป็นอย่างไร ดังนั้น

¹² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.438.

¹³ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขปรับปรุงโดยจิตติ ติงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น.556.

¹⁴ เพ็งอ้วง, น.556.

¹⁵ เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล), ยล ชีรกุล, แก้ไขปรับปรุงโดยดาราพร ธิระวัฒน์, ชวิน อุ่นภัทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.312 - 313.

¹⁶ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, รายงานฉบับสมบูรณ์ ลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้ ≡ Legal status of release, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.70 - 73.

เรื่องคำมั่นว่าจะให้ผู้ทรงคุณวุฒิจึงมีความเห็นที่แตกต่างกันไป ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่น นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า การทำคำมั่นเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มุ่งผูกพันผู้ให้คำมั่นตามคำมั่นนั้น และผู้ให้คำมั่นมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการตามที่ตนได้ให้คำมั่นไว้ แต่เรื่องการทำคำมั่นว่าจะให้ ผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้คำอธิบายในเรื่องคำมั่นว่าจะให้นี้ไปต่างหาก โดยในแนวคิดแรกอธิบายว่า คำมั่นว่าจะให้เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้ อย่างไรก็ตาม หนี้ตามคำมั่นว่าจะให้เกิดเมื่อการแสดงเจตนาทำคำมั่นว่าจะให้มีผลตามมาตรา 168 หรือมาตรา 169 แล้วแต่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับเอาคำมั่นแต่อย่างใด ส่วนมาตรา 526 เป็นเพียงวิธีการในการฟ้องร้องบังคับคดีไม่มีผลต่อการเกิดนิติกรรม ผู้ทรงคุณวุฒิที่อธิบายในแนวทางนี้ ได้แก่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง¹⁷

ส่วนในแนวคิดที่สอง ได้อธิบายเรื่องคำมั่นว่าจะให้ไว้ว่า คำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะซื้อหรือคำมั่นว่าจะขาย เป็น “คำมั่นว่าจะทำสัญญา” ประการหนึ่ง ผู้ให้คำมั่นแสดงเจตนาผูกพันตนเองฝ่ายเดียวว่าจะให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง คือ ผูกพันว่าจะทำสัญญาให้โดยเสนาหาในอนาคต โดยบุคคลอีกฝ่ายยังไม่ได้แสดงเจตนาตกลงเข้าทำสัญญาด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิที่อธิบายในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์¹⁸ และคุณธีราพร ดิษยาธิคม¹⁹ เมื่อคำมั่นว่าจะให้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่เมื่อใดที่มีผู้มาแสดงเจตนารับเอาคำมั่นว่าจะให้ นั้น คำมั่นว่าจะให้ก็จะส่งผลเป็นสัญญาให้ทันที ในการอธิบายคำมั่นว่าจะให้ในแนวทางนี้จึงมีความคล้ายกันกับการทำคำมั่นว่าจะซื้อจะขายตามมาตรา 454 วรรค 1 ดังนั้น จึงอาจนำเรื่องความสิ้นผลของคำมั่นจะซื้อจะขายตามมาตรา 454 วรรค 2 มาปรับใช้ได้ คือ ผู้ให้คำมั่นอาจกำหนดเวลาพอสมควรและบอกกล่าวไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้ตอบมาว่าจะมาทำสัญญาให้ให้เสร็จเด็ดขาดไปหรือไม่ในเวลาที่เหมาะสม หากผู้รับคำมั่นไม่ตอบมาในกำหนดเวลาคำมั่นนั้นก็จะเป็นอันไร้ผลไป

ต่อมา ในเรื่องความสมบูรณ์ของคำมั่นว่าจะให้ เนื่องจากมาตรา 526 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักไว้ว่า การทำคำมั่นว่าจะให้หากไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับเจ้าหน้าที่การทำคำมั่นว่าจะให้นั้นก็จะมีผล ประเด็นนี้จึงมีปัญหายอยู่ว่าการทำคำมั่นว่าจะให้ เป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 ไซ้แบบของคำมั่นว่าจะให้หรือไม่ และทรัพย์สินชนิดใดที่สามารถมาทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ได้ เนื่องจากมาตรา 526 กำหนดให้การทำคำมั่นว่าจะให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ดังนั้น

¹⁷ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.8.

¹⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.383.

¹⁹ ธีราพร ดิษยาธิคม, “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.128 - 129.

จึงมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าทรัพย์สินที่จะสามารถทำค้ำมั่นว่าจะให้ได้มีเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่สามารถจดทะเบียนได้เท่านั้น ผู้ที่เห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช²⁰ อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าค้ำมั่นว่าจะให้สามารถทำได้ทั้ง อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดธรรมดาโดยไม่เป็นปัญหาในเรื่องการจดทะเบียนแต่อย่างใด ผู้ที่เห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์²¹ ดังนั้น จะเห็นว่าเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้ แม้มาตรา 526 จะกำหนดให้ค้ำมั่นว่าจะให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน แต่ในปัจจุบันยังไม่มี กฎหมายกำหนดให้หน่วยราชการใดเป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องรับการจดทะเบียนทำค้ำมั่นว่าจะให้ ตามมาตรานี้ด้วย ดังนั้น ประเด็นปัญหาว่าการทำค้ำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนตาม มาตรา 526 ใช้แบบของค้ำมั่นว่าจะให้หรือไม่ และทรัพย์สินใดบ้างที่สามารถทำค้ำมั่นว่าจะให้ ได้ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องมีการศึกษา

สุดท้าย ในเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ของค้ำมั่นว่าจะให้ เนื่องจากมาตรา 526 กำหนดให้ค้ำมั่นว่าจะให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีประเด็นว่า การจดทะเบียนนี้เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้น เมื่อมีการทำ ค้ำมั่นว่าจะให้เกิดขึ้นจึงมีประเด็นปัญหาว่าหนี้ตามค้ำมั่นว่าจะให้นี้จะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อใด หนี้จะถึงกำหนดเมื่อได้มีการทำค้ำมั่นว่าจะให้ทันทีหรือจะถึงกำหนดเมื่อค้ำมั่นว่าจะให้ได้มีการทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 เสียก่อน และจะต้องนำหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 203 มาใช้กับเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้หรือไม่ ประเด็นปัญหานี้จำเป็นต้องทำการศึกษาเพื่อจะได้ ทราบว่าหนี้ตามค้ำมั่นว่าจะให้จะถึงกำหนดเมื่อใดเพื่อจะได้ทำการบังคับชำระหนี้ตามค้ำมั่น ได้อย่างถูกต้อง

ดังนั้น จะเห็นว่าในเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้ยังมีประเด็นปัญหาหลายประเด็นที่ยังมี ความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกัน ส่งผลให้เกิดปัญหาในการทำค้ำมั่นว่าจะให้ เนื่องจากการตีความลักษณะทางกฎหมาย ความสมบูรณ์รวมถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ของค้ำมั่นว่าจะให้ ที่แตกต่างกันย่อมส่งผลให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย ดังนั้น เรื่องค้ำมั่นว่าจะให้จึงมี ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาเพื่อจะได้เข้าใจเรื่องการทำค้ำมั่นว่าจะให้มากขึ้น และจะได้ นำ ค้ำมั่นว่าจะให้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพต่อไป

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.301.

²¹ ปรีชา สุมาวงศ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532), น.723 - 724.

4. ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมาย และการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็น

ครราวๆตามมาตรา 527

การทำสัญญาให้ที่จะต้องมีการชำระหนี้เป็นครราวๆตามมาตรา 527 นั้น มีประเด็นปัญหาว่าสัญญาให้แบบนี้จะเกิดขึ้นในช่วงเวลาใด จะเกิดมีผลตั้งแต่ตอนที่ได้มีการทำสัญญาให้กันทันทีหรือจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้ในคราวแรกแล้ว หรือจะเกิดมีผลเมื่อการให้ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 เนื่องจากในมาตรา 526 ได้กล่าวถึงการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนของการให้ทรัพย์สินไว้ด้วย ดังนั้น จึงเข้าใจได้ว่าการให้เป็นครราวๆก็สามารถที่จะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนได้เช่นกัน ดังนั้น หากว่าการทำการให้เป็นครราวๆมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแล้วสัญญาจะเกิดมีผลเมื่อได้มีการจดทะเบียนหรือไม่ และหากผู้ให้ต้องการยกเลิกการให้ในอนาคตที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินจะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร

ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัย ก. มอบทุนการศึกษาให้แก่ นายแดงเป็นเงิน 50,000 บาท ทุกภาคการศึกษาติดต่อกันเป็นระยะเวลาสี่ปี โดยมีเงื่อนไขว่านายแดงจะต้องมีผลการศึกษาไม่ต่ำกว่า 3.50 ในทุกๆเทอม ต่อมา นายแดงไม่สามารถรักษาผลการศึกษาไว้ได้ มหาวิทยาลัย ก. จึงต้องการยกเลิกสัญญาให้ทุนการศึกษาในเทอมที่เหลือ ดังนี้ จะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร จะต้องนำหลักกฎหมายเรื่องใดมาปรับใช้ดังนั้น จะเห็นว่าเรื่องการทำค้ำประกันจะให้ เป็นครราวๆตามมาตรา 527 นี้ ยังมีประเด็นปัญหาที่ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอจึงจำเป็นต้อง ทำการศึกษาเพื่อจะได้สามารถเข้าใจและนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไป

เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องการให้นี้ยังมี ปัญหาอยู่มากมายที่ยังไม่ได้รับการพิจารณา ทั้งในเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ ของการให้ การให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ปัญหาเรื่องค้ำประกันจะให้ และปัญหาเรื่องลักษณะทาง กฎหมาย กำหนดเวลาชำระหนี้ และความสิ้นสุดของการให้ที่มีลักษณะเป็นครราวๆตามมาตรา 527 ความไม่ชัดเจนในประเด็นเหล่านี้ส่งผลให้เกิดความไม่เข้าใจหรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในการ ปรับใช้กฎหมายจนส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพและการนำกฎหมายในเรื่องการให้ไปปรับใช้ ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นความสำคัญของปัญหาเหล่านี้ที่จะต้องได้รับการศึกษาเพื่อจะได้มีการทำความเข้าใจ หรือเพื่อหาแนวทางแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายในเรื่องการให้นี้มีความสมบูรณ์และสามารถ ปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของการให้และคำมั่นว่าจะให้ รวมถึงความมีผลทางกฎหมาย รูปแบบและการบังคับใช้ และลักษณะการให้ตามกฎหมายอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้
2. เพื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการให้และคำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต²² และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ในส่วนของลักษณะ ความมีผลทางกฎหมาย รูปแบบและการบังคับใช้ และผลในทางปฏิบัติ
3. เพื่อวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการให้และคำมั่นว่าจะให้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) กับกฎหมายไทย เพื่อเป็นการทำความเข้าใจลักษณะของการให้และคำมั่นว่าจะให้ จนนำไปสู่ความเข้าใจและการปรับใช้กฎหมายที่ถูกต้อง
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการให้และคำมั่นว่าจะให้ให้มีความถูกต้องเหมาะสม และสอดคล้องกับลักษณะทางกฎหมายและการบังคับใช้ให้มากขึ้น

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้และคำมั่นว่าจะให้ว่าแท้จริงแล้วมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร จะมีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ธรรมดา หรือมีลักษณะเป็นสัญญาอันจะต้องมีลักษณะและมีผลตามนิติกรรมสัญญาหรือไม่ รวมไปถึงลักษณะและการบังคับใช้การให้และคำมั่นว่าจะให้ด้วย โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับ การให้และคำมั่นว่าจะให้ในกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายสกอต ระบบกฎหมายอังกฤษ และตามDraft Common Frame of

²² ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ใช้คำว่ากฎหมายสกอตตามแนวทางของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง เนื่องจากเห็นว่าคำคุณศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับสกอตแลนด์ใช้คำว่า “สกอต” เช่น ชาวสกอต ปีสกอต ดังนั้น จึงใช้คำว่า “กฎหมายสกอต” แทน “กฎหมายสกอตแลนด์” ในทำนองเดียวกับการใช้คำว่า “กฎหมายสวิส” ไม่ใช่ “กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์” และ “กฎหมายเยอรมัน” ไม่ใช่ “กฎหมายเยอรมนี”

Reference (DCFR) อันเป็นแนวทางว่าด้วยหลักกฎหมายเอกชนในทวีปยุโรป เพื่อทำความเข้าใจและนำมาเป็นแนวทางในการทำความเข้าใจและอธิบายรวมถึงการบังคับใช้ กับการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ของประเทศไทยต่อไป

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) โดยได้ทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมายต่างๆ หนังสือและตำราวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความ คำพิพากษาของศาล ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ รวมถึงความมีผลทางกฎหมาย รูปแบบและการบังคับใช้ และลักษณะการให้ตามกฎหมายอื่นๆที่มีลักษณะเป็นการให้ด้วย

2. ทราบและมีความเข้าใจกฎหมายเกี่ยวกับการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ในส่วนของลักษณะความมีผลทางกฎหมาย รูปแบบและการบังคับใช้ และผลในทางปฏิบัติ

3. สามารถวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) กับกฎหมายไทย เพื่อการทำความเข้าใจลักษณะของการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ จนมีความเข้าใจและมีการนำไปปรับใช้กฎหมายให้ถูกต้อง

4. สามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการให้และค้ำมั่นว่าจะให้ ให้มีความถูกต้องเหมาะสม และสอดคล้องกับลักษณะทางกฎหมายและการบังคับใช้ให้มากขึ้นได้

1.6 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในเรื่องปัญหาทางทฤษฎีของการให้และคำมั่นว่าจะให้นี้มีวิทยานิพนธ์ในหัวข้อที่เกี่ยวข้องกันอยู่ 4 เล่ม ได้แก่

1.6.1 วิทยานิพนธ์เรื่องปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้ซึ่งทำการศึกษาโดยคุณธีราพร ติชยาธิคม²³

ได้ศึกษาใน 3 ประเด็น คือ ประเด็นเรื่องหนี้ของผู้ให้ ประเด็นเรื่องหนี้ของผู้รับ และเรื่องปัญหาในทางปฏิบัติของสัญญาให้ โดยศึกษาในประเด็นการบริจาคเงินผ่านโทรศัพท์ รายการสด และการบริจาคเงินผ่านรายการทีวี ผู้เขียนได้เสนอแนะว่า กฎหมายควรกำหนดให้การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นแบบแห่งสัญญาให้ที่มีความสำคัญเท่าเทียมกับการส่งมอบ โดยกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะโอนไปเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ส่วนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะโอนไปเมื่อได้มีการส่งมอบ และการทำคำมั่นว่าจะให้หรือสัญญาจะให้สามารถกำหนดให้ผู้รับฟ้องเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินได้และควรรวมถึงการฟ้องบังคับไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนด้วย และในเรื่องการทำสัญญาให้โดยมีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา การให้ในอนาคต เป็นการที่จะทำการให้ในอนาคต จึงต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 ด้วย และควรเปลี่ยนคำนิยามจากสัญญาให้โดยเสนหาคือสัญญาให้โดยไม่มีค่าตอบแทน เพื่อไม่ให้ขัดกับเรื่องสัญญาจะให้ สัญญาที่มีเงื่อนไข และสัญญาให้เป็นคราวๆที่เป็นการทำที่ไม่มีค่าตอบแทนไม่ใช่การทำโดยเสนหา และหากมีการทำสัญญาให้กันแต่ต่อมาผู้ให้ไม่ยอมส่งมอบ ผู้รับสามารถเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบได้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนาโดยจะเป็นสัญญาไม่มีชื่อมิใช่สัญญาให้โดยเสนหา

1.6.2 วิทยานิพนธ์เรื่องการทำอันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายซึ่งทำการศึกษาโดยคุณปรัชญา หนูเจริญ²⁴

ได้ศึกษาในประเด็นเรื่องการทำอันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายและมีข้อเสนอแนะว่าการให้ลักษณะนี้จะมีผลเหมือนการทำพินัยกรรม และจะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการทำพินัยกรรมมาใช้โดยเทียบเคียง

²³ ธีราพร ติชยาธิคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*.

²⁴ ปรัชญา หนูเจริญ, “ปัญหาเรื่องการทำอันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

1.6.3 วิทยานิพนธ์เรื่องปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันซึ่ง ทำการศึกษาโดยคุณตะวัน กุลกาญจนวรรณ²⁵

ศึกษาในประเด็นปัญหาในเรื่องความหมายและองค์ประกอบของค่าภาระติดพัน และเรื่องปัญหาการนำหลักกฎหมายได้มาปรับใช้ในการเรียกคืนทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพัน และมีข้อเสนอแนะว่า การให้มีสามประเภท คือ การให้ตามมาตรา 521 ที่ไม่ก่อข้อกำหนดหรือหนี้ใดๆ ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม การเรียกคืนทรัพย์สินทำได้เฉพาะกรณีผู้รับประพฤติผิดเนรคุณเท่านั้น และสองสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 ก่อให้เกิดข้อกำหนดและหนี้ให้ต้องกระทำตาม คล้ายกับสัญญามีค่าตอบแทน เรียกคืนทรัพย์สินได้เฉพาะกรณีผู้รับไม่ชำระค่าติดพันเท่านั้น และสุดท้าย สัญญาให้อันมีข้อสัญญาเป็นสาระสำคัญ เมื่อผู้รับผิดสัญญาย่อมเลิกสัญญาได้ เรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายได้

1.6.4 วิทยานิพนธ์เรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ซึ่งทำการศึกษาโดย คุณศศิภรณ์ นารอดภัย²⁶

ศึกษาในประเด็นปัญหาเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไป การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักสัญญาให้เนื่องจากผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 ปัญหาการใช้และการตีความเหตุแห่งการถอนคืนการให้ตามมาตรา 531 ปัญหาการใช้และการตีความเหตุยกเว้นการถอนคืนการให้ตามมาตรา 535 (3) โดยผู้เขียนมีข้อสรุปและข้อเสนอแนะว่า สัญญาให้ไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญา และสัญญาให้สามารถมีเงื่อนไขได้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนาโดยหากคู่สัญญาทำผิดเงื่อนไขคู่สัญญาสามารถเลิกสัญญาได้และจะทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้ต้องมีการคืนทรัพย์สินแก่กัน ต่อมา ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ 2 กรณี คือ เรียกคืนตามหลักสัญญาให้เนื่องจากผู้รับไม่ชำระค่าติดพันตามมาตรา 528 และผู้รับประพฤตินเรคุณตามมาตรา 531 และการเรียกคืนตามหลักทั่วไปในมาตรา 152 153 โดยผู้ให้สามารถเรียกคืนได้ตามหลักกฎหมายได้ในกรณีสัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และผู้รับประพฤตินเรคุณส่วนการเรียกคืนตามหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิมผู้ให้เรียกได้เมื่อสัญญาให้ตกเป็นโมฆะและมีการบอกล้างนิติกรรมนั้นแล้ว รวมถึงเมื่อผู้รับผิดสัญญาให้และผู้ให้บอกเลิกสัญญาให้แล้วด้วย

²⁵ ตะวัน กุลกาญจนวรรณ, “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559).

²⁶ ศศิภรณ์ นารอดภัย, “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

บทที่ 2

แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของการให้

การจะศึกษาเรื่องการให้นั้นก่อนอื่นเราจะต้องรู้ที่มาที่ไปของแนวความคิดเสียก่อนว่า แนวคิดเรื่องการให้ในระบบกฎหมายไทยนี้มีที่มาจากอย่างไร เพื่อที่เราจะได้เข้าใจถึงแนวความคิดและวิวัฒนาการของการให้จนสามารถที่จะรู้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสามารถที่จะวิเคราะห์กฎหมายและปรับใช้กฎหมายต่อไปได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

แนวความคิดเรื่องการให้ในประเทศไทยนี้ ได้มีมาตั้งแต่สมัยโบราณโดยการให้ได้ สอดแทรกอยู่ในวิถีการใช้ชีวิตประจำวัน ได้แก่ การที่ผู้ใหญ่ให้ขนมแก่เด็ก พ่อแม่สร้างเรือนหอให้แก่ บ่าวสาว ขวราวาสมอบทรัพย์สินถวายวัด เป็นต้น วิถีชีวิตและขนบธรรมเนียมการให้เหล่านี้ของคนใน สมัยโบราณล้วนมีความเชื่อมโยงกับศาสนา คือ แนวคิดที่ว่า การให้คือการให้ทานอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายในเรื่องการให้ในประเทศไทยได้ปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรก ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยกำหนดสัญญาให้ตามบาลีไว้ 3 ประการ คือ ให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสนาหา ให้ทรัพย์ด้วยกลัว และให้ทรัพย์แก่กันด้วยศรัทธา¹ การให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสนหานั้น หากการให้นั้น ยังไม่ได้มีการส่งมอบผู้รับก็จะไปเรียกเอาทรัพย์สินจากผู้ให้ไม่ได้ ต่อมา เมื่อมาถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ หลักกฎหมายเรื่องการให้ก็ได้สืบต่อไปด้วย โดยถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวงในบทเบ็ดเสร็จ หมวด 4 ในมาตรา 105-116 โดยให้การให้มีสามลักษณะด้วยกันเช่นเดียวกับในสมัยกรุงศรีอยุธยา คือ ให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสนาหา ให้ทรัพย์ด้วยกลัว และให้ทรัพย์แก่กันด้วยศรัทธา²

ต่อมา เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมาย กฎหมายเรื่องการให้ก็ได้ถูกบรรจุอยู่ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน โดยกฎหมายเรื่องการให้ในประเทศไทยนี้เป็นกฎหมาย ที่ได้รับเอาแนวคิดมาจากกฎหมายของต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มี รากฐานความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการทางกฎหมายมาจากระบบกฎหมายโรมัน และเมื่อศึกษาลึกลงไปในระบบกฎหมายโรมันก็พบว่า เรื่องการให้นี้ได้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันตั้งแต่ ยุคคลาสสิก โดยสอดแทรกอยู่ในชีวิตประจำวันของผู้คนโดยใช้แนวคิดด้านขนบธรรมเนียมและ

¹ เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2559), น.79.

² กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), น.219-220.

วัฒนธรรมกับการให้เช่นกัน ซึ่งในเวลาต่อมา แนวคิดเรื่องการให้ก็ได้รับการวางรากฐานให้มีความเป็นกฎหมายมากขึ้นเรื่อยๆ ในแต่ละยุคสมัย

2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้ได้เริ่มมีแนวคิดมาตั้งแต่สมัยโรมัน นับตั้งแต่สมัยโรมันคลาสสิก ยุคพระเจ้าคอนสแตนติน และยุคพระเจ้าจัสติเนียน ที่การให้สามารถทำได้โดยวิธีการธรรมดา เช่น การส่งมอบ หรือการทำตามแบบพิธี ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ยุคโรมันคลาสสิก

ในยุคคลาสสิกนี้การให้ไม่ได้ถูกให้คำนิยามที่ชัดเจน ความหมายของการให้นั้นจึงมีขอบเขตที่ กว้างและครอบคลุมกว่าการให้คำนิยามในเรื่องการให้ในปัจจุบัน โดยคำว่า "การให้" ในยุคคลาสสิกนี้ได้ หมายครอบคลุมถึงการกระทำและการโอนกรรมสิทธิ์ทุกประการที่ตามมา ภายหลังจากได้ถูกแยกออกไปเป็นเรื่องของตัวเอง อันได้แก่ การให้บริการ การจ่ายค่าธรรมเนียม การให้รางวัล การติดสินบน การจ่ายภาษี การกู้ยืม เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ในยุคคลาสสิกล้วนถูกเรียกว่าการให้ทั้งสิ้น³ และมีการให้อีกประเภทที่เป็นการ ให้ในเชิงเชื่อมความสัมพันธ์ นั่นคือการให้แก่คนต่างชาติ ที่เป็นการขยายขอบเขตการให้ที่แต่เดิมได้มีการให้ใน สิทธิและหน้าที่เฉพาะแก่คนในครอบครัวหรือเพื่อนร่วมงานที่ใกล้ชิดขยายไปยังการให้ที่มอบให้แก่คนต่างชาติ โดยมีวัตถุประสงค์ในเชิงผลประโยชน์ร่วมกัน หรือเพื่อให้ได้รับสิทธิพิเศษบางประการจากประเทศที่รับ การให้ ไป ดังนั้น การให้ประเภทนี้จึงจะประกอบด้วยสองส่วนเสมอ คือการให้แรกเริ่มเพื่อหวังผล และต่อมาก็จะมีการให้เพื่อตอบแทนการให้แรกกลับไป⁴

การให้ในยุคคลาสสิกนี้เมื่อมีการให้โดยทั่วไปมักจะมีการประกาศให้สาธารณชนรับทราบด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายผู้รับรู้สึกเป็นหนี้บุญคุณ อีกทั้ง ยังเป็นการแสดงถึงอำนาจของผู้ให้แก่สาธารณชนอีกด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับการให้ที่กระทำโดยบุคคลที่มีสถานะต่ำกว่า การให้นี้จะกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้มีสถานะสูงกว่ารู้สึกพอใจหรือให้เพราะมีความตั้งใจดี

³ Finley, M.I., *The World of Odysseus*. 2nd ed., (New York : Penguin Press, 1979), p. 66 ; Donlan, Walter, *The Unequal Exchange between Glaucus and Diomedes in Light of the Homeric Gift-Economy*, (Phoenix : Spring Press, 1989), pp.3 - 4.

⁴ Finley, M.I., *supra note 3*, p.64.

แต่กับการให้ในลักษณะแข่งขันกัน เช่นการให้ในระหว่างบุคคลที่สถานะความสัมพันธ์ไม่แน่นอน⁵ การให้ชนิดนี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงโอ้อวด หรือแสดงความร่ำรวย หรือแสดงสถานะพิเศษต่างๆที่ผู้ให้มียู่อื่นผู้รับ และเพื่อเป็นการกดให้ผู้รับอยู่ภายใต้หนี้บุญคุณที่ใหญ่หลวง

อย่างไรก็ตาม ในยุคคลาสสิกนี้ก็ได้ออกเป็นสองประเภท คือ การให้ชนิดพิเศษ (munus) ที่แม้นิยามจะไม่ชัดเจน แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า การให้ชนิดนี้รวมถึงการให้ที่ไม่ว่าจะมีจุดประสงค์เพื่ออะไรก็ตามเป็นการให้ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการให้ทางสังคม ที่ต่อมาภายหลังมีสถานะถูกกฎหมาย และก่อให้เกิดหนี้ การให้ชนิดนี้รวมไปถึงการให้ตามวาระหรือโอกาสพิเศษ ที่เป็นการให้บางสิ่งบางอย่างในจำนวนพอเหมาะในโอกาสพิเศษ หรืองานเทศกาล การให้เพื่อตอบแทนการทำงานของอาชีพบางอย่างที่ตามปกติชาวโรมันเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีค่าตอบแทน รวมถึงการให้ในเกมส์ การแข่งขันหรือการเลี้ยงฉลอง และการให้ของผู้มีอำนาจที่เป็นการให้แก่สังคมเพื่อคงไว้ซึ่งอำนาจและสิทธิพิเศษของตน และการให้อีกประเภทหนึ่ง คือ การให้ชนิดทั่วไป (Donum) ที่รวมถึงการให้ที่มีขอบเขตกว้างขวาง และรวมถึงการให้ที่ฉับพลันโดยไม่ได้มีการวางแผนไว้ก่อนด้วย

การให้นี้ถือเป็นศูนย์กลางของชีวิตชนชั้นสูงชาวโรมันเลยทีเดียว⁶ เนื่องจากในสมัยนั้นการค้าขายยังมีน้อยและชนชั้นสูงที่ร่ำรวยก็มักจะใช้ชีวิตจากผลผลิตที่มาจากการผลิตของตนเอง ดังนั้น การให้จึงเป็นหนทางที่เหล่าคนในชนชั้นสูงจะได้มาซึ่งของมีค่าอื่นๆที่พวกเขายังไม่มีนั่นเอง อันได้แก่ อาหารราคาแพง หนังสือหายาก สัตว์ป่า สิ่งของมีค่าที่เกี่ยวกับศาสนา เป็นต้น

ถัดมา มีการให้อย่างหนึ่งที่ในเวลาห้าร้อยปีกฎหมายโรมันถือเป็น การให้เพียงอย่างเดียวที่ถือเป็น การให้ตามกฎหมาย นั่นคือ การให้ที่ทำตามกฎหมาย Lex Cincia ที่เป็นกฎหมายที่มีข้อห้ามการจ่ายเงินให้กับทนายความที่ว่าการในคดีให้ไม่ว่าจะเป็น การให้ในรูปแบบของการจ่ายค่าธรรมเนียม หรือในรูปแบบของการให้ นอกจากนี้ การให้อื่นๆก็ใช้เป็นการทั่วไป แต่กระนั้น ในเรื่องข้อห้ามข้อจำกัดต่างๆในเรื่องการให้ของกฎหมาย Lex Cincia ไม่เหลือหลักฐานอยู่ชัดเจนนักได้แต่สันนิษฐานว่ามีข้อห้ามบางอย่างอยู่ เช่น มีข้อจำกัดการให้ในเรื่องจำนวนที่จะทำการให้ได้ และมีข้อจำกัดว่าการให้จะต้องกระทำตามรูปแบบที่ถูกกำหนดในกรณีการให้สิ่งของที่มีมูลค่าสูง โดยจะต้อง

⁵ Donlan Walter, *supra note 3*, p.6.

⁶ Wood, Ian, The Exchange of Gifts Among the Late Antique Aristocracy. In *El Disco de Teodosio*, ed. Martín Almagro Gorbea, (Madrid : Real Academia de la Historia, 2000), pp.301 - 304.

ทำตามรูปแบบอันได้แก่ *mancipatio, in iure cessio* หรือการส่งมอบ (*traditio*)⁷ ซาวิญญี่⁸ (Savigny) ได้กล่าวไว้ว่า ข้อจำกัดในกฎหมาย *Lex Cincia* มีไว้เพื่อให้มีการรับทราบการให้ก่อนที่ การให้ครั้งต่อไปที่อาจมีมูลค่ามากกว่าจะถูกให้อีก นักวิชาการอื่นๆ⁹ ได้ให้ข้อคิดเห็นว่า ข้อกำหนดนี้ มีไว้เพื่อให้ทราบถึงการให้ของที่มีมูลค่าสูงแก่นักการเมืองจากครอบครัวที่ร่ำรวย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมาย *Lex Cincia* ไม่ได้กำหนดไว้ว่า หากการให้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดเหล่านี้แล้วจะมีผลอย่างไร กล่าวคือ หากมีการให้ที่ฝ่าฝืน การให้นั้นไม่ได้เป็นโมฆะ เพียงแต่อาจจะทำให้ผู้รับไม่อาจเรียกให้ผู้ให้ ทำการให้แก่ตนได้ หรืออาจมีผลให้ผู้ให้ไม่อาจเรียกคืนการให้ได้รวมไปถึงการเรียกคืนของทายาทด้วย การให้ตามกฎหมาย *Lex Cincia* นี้อาจมีอยู่ก่อนการให้แบบ *donatio* และอาจเป็นการให้ที่กฎหมาย รับรู้ถึงการมีอยู่ครั้งแรกและได้ให้ความสำคัญเพียงพอที่จะกำหนดข้อจำกัดการให้ขึ้นมา¹⁰

ดังนั้น เราอาจกล่าวได้ว่า ตั้งแต่ยุคเริ่มแรกจนถึงยุคไปแซนไทน์ การให้ไม่ได้มี แบบพิธีพิเศษเฉพาะ แต่เป็นการให้ที่เกิดจากการเคลื่อนย้ายเปลี่ยนผ่านจากผู้ให้ถึงมือผู้รับตาม

⁷ *Mancipatio* คือ การซื้อขายที่ไม่มีการซื้อขายกันจริง ๆ แต่นำเอาวิธีการซื้อขายมาใช้ โดยใช้วิธีการส่งมอบที่ทำโดยการนำขึ้นของทองแดงไปชั่งในตราชั่งให้ได้น้ำหนักเท่ากับน้ำหนักของ ทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายเท่ากับมูลค่าตามน้ำหนักของทองแดงที่ชั่งได้ และต้องมีพยานห้าคน และสำหรับการให้นั้น ผู้ให้จะถือทรัพย์สินที่จะให้ในมือข้างหนึ่งและขึ้นทองแดงในมืออีกข้าง จากนั้น ก็กล่าวคำตามแบบพิธีจากนั้นนำทองแดงชั่งในตราชั่งแล้วมอบมันให้แก่ผู้ให้

in iure cessio คือ แบบพิธีที่สามารถใช้ได้กับทรัพย์สินทุกชนิด ในเรื่องการให้นั้นผู้ให้ จะถือทรัพย์สินที่จะให้ไว้ต่อหน้าผู้พิพากษา (*Magistrate*) จากนั้นกล่าวคำให้ตามแบบพิธีซึ่งคำกล่าวนี้ คล้ายกับคำกล่าวตามแบบพิธี *mancipatio* จากนั้นก็จะทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับไป

tradition คือ แบบในการส่งมอบทรัพย์สินที่ได้สร้างขึ้นในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน การส่งมอบตามแบบพิธีนี้จะสมบูรณ์เมื่อประกอบด้วยความตั้งใจที่จะส่งมอบกรรมสิทธิ์และการส่งมอบ ทรัพย์สินจริงๆทางกายภาพด้วย สำหรับสิ่งของที่เคลื่อนย้ายไม่ได้หรือเคลื่อนย้ายลำบากสามารถใช้รูป หรือสัญลักษณ์เป็นตัวแทนในการส่งมอบได้

⁸ Savigny, Friedrich Carl von., Under die lex Cincia de donis et muneribus und deren spätere Umbildungen In Friedrich Carl von Savigny *Vermischte Schriften I*, (Berlin : Veit und Comp, 1850), pp.334 - 335.

⁹ Byrnes, William H., IV., "Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice and Law of Charity," (*Rutgers Law Review* 57), p.1101 (2005).

¹⁰ Archi, Gian Gualberto, *Donazione (diritto romano)*. In *Enciclopedia del diritto* 13, (Milano : Giuffrè, 1964), p.931.

ลักษณะของทรัพย์สินแต่ละชนิดเท่านั้น ซึ่งการให้ในลักษณะนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญา หรือแม้กระทั่งการกระทำทางกฎหมายแต่อย่างใด การเคลื่อนย้ายในการให้นี้สามารถทำได้โดยแบบพิธีทั่วไป คือ traditio, mancipatio, in iure cession หรือ usucapio¹¹ ซึ่งแบบพิธีเหล่านี้จะทำให้การให้นั้นผูกพันบุคคลที่เกี่ยวข้องได้เช่นกันแม้ไม่ได้ทำการให้ตามแบบ Lex Cincia และการให้จะยังไม่มีผลสมบูรณ์จนกว่าจะได้มีการเคลื่อนย้ายหรือทำการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้นั้นให้เสร็จเด็ดขาดตามแบบพิธีแล้ว และหากการให้ยังไม่เสร็จสมบูรณ์และผู้รับยังไม่ได้เข้าครอบครองหรือใช้สอยทรัพย์สินนั้น ผู้ให้ก็ยังสามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นั้นได้ ถัดมา ยังมีการให้อีกชนิดหนึ่งที่สามารถทำได้ นั่นคือ การปลดหนี้ การให้โดยการปลดหนี้สามารถทำได้โดยแบบพิธี acceptilatio หรือคือการทำการปลดหนี้โดยการกล่าวด้วยวาจาโดยเจ้าหนี้จะทำการถามลูกหนี้ว่าจะเต็มใจให้ปลดหนี้หรือไม่ หากความต้องการของเจ้าหนี้กับลูกหนี้ตรงกัน การปลดหนี้ก็จะเสร็จสมบูรณ์ หลังจากที่ได้ศึกษาการให้ทำให้เห็นว่า ในยุคคลาสสิกนี้การให้แตกต่างจากสัญญาซื้อขายที่จะสมบูรณ์โดยการตกลงกันโดยมิต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆอีก

หลังจากนั้น ในต้นศตวรรษที่สาม การให้ตามกฎหมาย Lex Cincia ไม่ได้ได้รับความนิยมอีกต่อไป เนื่องจากการให้เหล่านี้ไม่สามารถปรับใช้ได้กับการให้โดยเสนหา อีกทั้งสังคมโรมันมีการพัฒนาขึ้นเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและการอพยพย้ายถิ่นฐาน ทำให้สังคมโรมันเกิดความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จารีตและประเพณีโรมันดั้งเดิมจึงมีความไม่เหมาะสมในการปรับใช้ จนก่อให้เกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า วิฤติการณ์ทางกฎหมาย ดังนั้น ข้อกำหนดและข้อห้ามต่างๆของการให้ตามกฎหมาย Lex Cincia จึงถูกแทนที่ด้วยการจดทะเบียนการให้แทน

2.1.2 ยุคจักรพรรดิคอนสแตนติน

ในยุคจักรพรรดิคอนสแตนตินนี้ เป็นยุคที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์เป็นอย่างมาก และ เป็นยุคที่มีการรับรองให้ศาสนาคริสต์เป็นศาสนาที่ถูกต้องตามกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน อันเป็นการส่งเสริมให้คนโรมันเป็นผู้มีน้ำใจและมีความเอื้อเฟื้อต่อผู้อื่น ในยุคนี้พระเจ้าคอนสแตนตินได้ทำให้การให้มีความ เสริมมากขึ้นกว่าในยุคคลาสสิกที่มีแบบพิธีและข้อจำกัดมากมาย โดยประมาณปีคริสต์ศักราชที่ 319 จักรพรรดิคอนสแตนตินได้ทำการยกเลิกการให้ตามกฎหมาย Lex Cincia และเลิกใช้เด็ดขาดประมาณปีคริสต์ศตวรรษที่ 326¹² โดยจักรพรรดิ

¹¹ Usucapio คล้ายกับการเข้าครอบครองตามแบบของ Common law กรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินจะไม่ถูกแย่งการครอบครองหากแต่จะอาศัยเวลาตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้ได้กรรมสิทธิ์มาเป็นของตน

¹² Lévy Jean-philippe, “Essai sur la promesse de donation en droit romain,” (*Revue international des droits de l’antiquité* 3), pp.102 - 103 (1949).

คอนสแตนตินเห็นว่า การให้มีลักษณะเป็นการกระทำสองฝ่าย (Bilateral Act) ที่มีผลให้เกิดการเคลื่อนย้ายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันที การให้โดยแบบพิธีถูกเปลี่ยนจากการให้ที่มีผลเป็นการให้ในหลายประเภท เช่น การจ่ายค่าธรรมเนียม การเสียภาษี ดังที่ได้กล่าวแล้ว เปลี่ยนเป็นรูปแบบพิธีในการให้เป็นการเฉพาะ และจักรพรรดิคอนสแตนตินยังได้สนับสนุนให้มีการใช้แบบพิธีรูปแบบเดียวสำหรับการให้ทรัพย์สินทุกชนิด นั่นคือ การให้ทุกชนิดจะต้องกระทำต่อหน้าพยานที่เป็นเพื่อนบ้าน¹³ และมีการลงชื่อของผู้ให้ ชื่อหรือลักษณะของทรัพย์สินที่ทำการให้ และสถานะของผู้ให้ด้วย¹⁴ ซึ่งในกรณีนี้ การให้แบบ traditio ถือเป็นกรให้ที่ใช้ทั่วไป ทรัพย์สินที่ให้หากเป็นทรัพย์สินก็จะต้องมีการส่งมอบให้แก่กันทันที แต่หากเป็นทรัพย์สินกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินนั้นก็จะต้องโอนไปยังผู้รับเมื่อผู้ให้ได้ทำพิธีสละกรรมสิทธิ์โดยการแสดงการเดินออกจากทรัพย์สินนั้นของ ตน¹⁵ การแสดงเจตนารับเอาทรัพย์สินที่ให้ของผู้รับมีความจำเป็นเช่นกันเช่นเดียวกับการจดทะเบียนที่ทำต่อหน้ารัฐหรือผู้พิพากษาที่ต้องจดไว้ด้วยว่าการให้ได้ทำตามแบบพิธีแล้ว

แนวคิดเช่นนี้ของจักรพรรดิคอนสแตนตินดูเหมือนจะได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดในการให้ ทรัพย์สินต่อกษัตริย์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶ การให้ใดๆที่ไม่ทำตามแบบพิธีจะมีผลไม่สมบูรณ์ จักรพรรดิคอนสแตนตินให้เหตุผลไว้ว่าที่ต้องมีแนวคิดเชิงปกป้องเช่นนี้ก็เพื่อป้องกันความซับซ้อนในกระบวนการกฎหมาย และป้องกันการที่ทรัพย์สินจะไม่มีเจ้าของ อีกทั้ง การทำการให้ให้รับรู้แก่สาธารณะยังเป็นประโยชน์ในการเรียกเก็บภาษีอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม จักรพรรดิคอนสแตนตินก็ได้มีการผ่อนปรนแก่การให้บางชนิด เช่น การให้ทรัพย์สินของบุตรแก่บิดามารดา โดยบุตรสามารถทำการให้ทรัพย์สินแก่บิดาของตนเป็นจำนวนสามส่วนจากทรัพย์สินทั้งหมดของตนโดยอาจจะไม่ต้องทำตามแบบของกฎหมายได้ และบุตรที่

¹³ เหตุที่ต้องทำต่อหน้าพยานเนื่องจากเพื่อเป็นการป้องกันการเข้าเป็นเจ้าของโดยทุจริตในที่ดินที่ทำการให้

¹⁴ อย่างไรก็ตาม Zimmermann กล่าวว่าแบบพิธีที่กำหนดเช่นนี้เป็นแค่คำแนะนำให้ทำมากกว่าการกำหนดให้จำต้องทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ที่ทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่รัฐ การให้ที่ทำต่อหน้าผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะทำการจดทะเบียนแสดงเจตนาของผู้ให้ไว้ ฉะนั้น อาจไม่จำเป็นที่จะต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือก็อาจจะมีผลเป็นการให้ได้เช่นกันตามกฎหมาย

Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Cape Town : Juta, 1990), pp.492 - 493.

¹⁵ Dupont Clémence, “Les donations dans les constitutions de Constantin,” (*Revue international des droits de l'antiquité* 9), p.300 (1962).

¹⁶ *Ibid*, p.303.

ทำการให้ก็อาจจะเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบิดาไม่ได้ หากถูกพิสูจน์ได้ว่าบุตรนั้นได้แสดงความออกตัณญ์แก่บิดาของตน¹⁷ อย่างไรก็ตาม สรุปได้ว่า แนวคิดของจักรพรรดิคอนสแตนตินที่มีต่อเรื่องการให้คือ การให้จะต้องทำให้รับรู้โดยสาธารณะและผู้ที่ให้จะต้องได้รับการปกป้องจากการถูกทุจริตนั่นเอง

ต่อมา มีการต่อต้านแนวคิดนี้ของจักรพรรดิคอนสแตนตินโดยเหล่านักคิดและบุคคลในทางปฏิบัติ ที่มีการให้ความสำคัญต่อการแสดงเจตนาของผู้ให้มากขึ้นเรื่อยๆ¹⁸ จนภายหลังจักรพรรดิคอนสแตนตินได้ยกเลิกการกำหนดให้ต้องมีพยาน เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นหากการให้นั้นได้ทำบันทึกการให้แล้ว และกำหนดให้การให้มีผลสมบูรณ์หากการให้นั้นได้ทำต่อหน้าโนตารี และมีการลงชื่อผู้ให้ หรือการให้นั้นได้ทำการจดทะเบียน จึงกล่าวได้ว่า ยุคของจักรพรรดิคอนสแตนตินได้ปรับเปลี่ยนการให้จากการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินธรรมดาเป็นการกระทำทางกฎหมาย

2.1.3 ยุคพระเจ้าจัสติเนียน

ในยุคของพระเจ้าจัสติเนียน ได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการให้อีกครั้งราวประมาณปีคริสต์ศักราชที่ 528 การเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ทำให้การให้ในยุคนี้มีความแตกต่างไปจากการให้ในยุคของจักรพรรดิคอนสแตนติน นั่นคือ พระเจ้าจัสติเนียนได้ออกกฎหมายที่เอื้อต่อการให้มากกว่ากฎหมายในยุคของพระเจ้าคอนสแตนติน โดยนักกฎหมายในยุคนี้ได้วางการให้ให้ตั้งอยู่บนโครงสร้างเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขาย¹⁹ ซึ่งการให้นี้ไม่จำเป็นต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการทำตามแบบพิธี (traditio) แต่อย่างใด และการจดทะเบียนถูกกำหนดให้ต้องทำเฉพาะการให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าเกินกว่า 300 solidi (และต่อมาเปลี่ยนเป็น 500 solidi) เท่านั้น ส่วนการให้ทรัพย์สินอื่นๆ ก็จำเป็นต้องมีการส่งมอบหรือการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินให้แก่กันเท่านั้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่า พระเจ้าจัสติเนียนได้เปลี่ยนแปลงการให้จากที่เป็นการกระทำทางกฎหมายมาเป็นการสร้างรูปแบบการให้ให้อยู่ในรูปของสัญญา โดยเห็นว่าการให้เป็นการตกลงกันที่ผู้ให้ตกลงส่งมอบเคลื่อนย้ายทรัพย์สินของตนไปให้แก่ผู้รับโดยมีเจตนาให้โดยเสน่หาหรือให้เปล่า ซึ่งแตกต่างจากสัญญาโดยเสน่หาอย่างอื่นได้แก่ สัญญายืม (comodatus) และสัญญาที่บุคคลหนึ่งๆส่งบุคคลอื่นให้กระทำการบางอย่างให้โดยไม่มีค่าตอบแทน (mandatus) เนื่องจากการให้เป็นการที่ผู้ให้ยินยอมกระทำการให้ตนเองมีทรัพย์สินน้อยลงเพื่อผู้รับการให้

¹⁷ *Ibid*, p.118.

¹⁸ Archi Gian Gualberto, *supra note 10*, pp.949 - 950.

¹⁹ *Ibid*, p.424.

และนอกจากการให้แบบปกตินี้แล้วก็ยังมีกรให้ในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีการใช้ในยุคนี้ และมีการใช้ในหมู่ประชากรโรมันแกลลิก (Roman-Gallic) ในช่วงที่โรมันเข้ายึดครองประเทศอีกด้วย การให้เหล่านั้น ได้แก่ การให้เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก การให้เงินสินสอด (Dowry) การให้ทรัพย์สินของสามีแก่ภรรยาภายหลังจากที่สามีตายหรือหย่าขาด (the ante nuptias donation) การให้ระหว่างสามีภรรยา และการปลดหนี้²⁰

การให้เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่งสัญญาแก่บุคคลอีกฝ่ายว่าจะให้ทรัพย์สินหรือกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ให้กับผู้รับเลย

ส่วนการให้เงินสินสอด (Dowry) เป็นการที่ฝ่ายชายให้ทรัพย์สินเงินทองแก่พ่อแม่ฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนที่เลี้ยงดูหญิงที่จะมาเป็นภรรยาตนจนเติบโตใหญ่

ถัดมาคือ การให้ทรัพย์สินของสามีแก่ภรรยาภายหลังจากที่สามีตายหรือหย่าขาด (the ante nuptias donation) การให้ประเภทนี้ คล้ายๆกับการให้สินสอด กล่าวคือ เป็นการที่ฝ่ายชายซึ่งจะเป็นสามีในอนาคตได้มอบหลักประกันให้แก่ฝ่ายหญิงที่จะเป็นภรรยาตนเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอยู่ที่ดีกว่า ภายหลังแต่งงานฝ่ายสามีได้ตายลงหรือหย่าขาดจากภรรยา²¹

ต่อมา การให้ระหว่างสามีภรรยา เป็นการให้ในรูปแบบพิเศษที่มีข้อจำกัดเฉพาะ นั่นคือ การให้ชนิดนี้จะสามารถมีได้เฉพาะการแต่งงานแบบ sine manu เท่านั้น เนื่องจาก การแต่งงานชนิดนี้จะสามารถมีสินสมรสได้เนื่องจากฝ่ายหญิงสามารถถือเอาทรัพย์สินหรือจัดการทรัพย์สินของตนภายหลังสมรสได้ รวมทั้งจะสามารถรับทรัพย์สินที่ได้มาจากการให้ได้ด้วยโดยเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของสามี ซึ่งแตกต่างจากการแต่งงานแบบ cum manu เพราะการแต่งงานชนิดนี้ฝ่ายหญิงจะไม่สามารถมีทรัพย์สินเป็นของตนเองได้ อีกทั้งยังไม่สามารถเข้าจัดการทรัพย์สินในครอบครัวได้อีกด้วย²²

และสุดท้ายคือ การปลดหนี้ ซึ่งเป็นการให้ชนิดหนึ่งที่เจ้าหนี้ปฏิเสธการใช้สิทธิของตนในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งการปลดหนี้แบบนี้ไม่ได้ทำให้หนี้สูญหายไป เพียงแต่ทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนตามสัญญาได้อีก เนื่องจากเจ้าหนี้

²⁰ Codrin Codrea, “The legal evolution of the donation in French law before Napoleon’s code,” Retrieved on 5 May 2017, from <http://www.upm.ro/ccci3/CCI-03/Law/Law%2003%2059.pdf>, p.482

²¹ *Ibid*, p.482.

²² *Ibid*, p.482.

มีเจตนาที่จะปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ตัวเองโดยสมัครใจ เป็นการที่เจ้าหนี้อาสาที่จะทำให้ทรัพย์สินของตนลดลงเพื่อประโยชน์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้น การปลดหนี้จึงถือเป็นการให้ชนิดหนึ่งเช่นกัน²³

ต่อมา ในยุคพระเจ้าจัสติเนียนได้ปรากฏเรื่องคำมั่นว่าจะให้โดยมีแนวคิดที่คำมั่นว่าจะให้มีสถานะเป็นสัญญาโดยความยินยอม (Consensual contract) เมื่อมีการทำคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยกว่า 500 โซลิดี (Solidi) กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบใดๆ แต่เมื่อมีการทำคำมั่นว่าจะให้ในทรัพย์สินที่มีมูลค่ามากกว่า 500 โซลิดี (Solidi) คำมั่นนั้นก็จะถูกกำหนดให้ต้องทำตามแบบ คือ จะต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือและมีการแสดงต่อเจ้าหน้าที่รัฐ แบบนี้กฎหมายกำหนดให้ต้องทำไม่ว่าจะเป็นการให้ที่มีการส่งมอบทันที (traditio) หรือเป็นแค่คำมั่นว่าจะให้

2.2 แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของการให้ในประเทศไทย

การให้ในประเทศไทยนับได้ว่าเป็นการกระทำที่สามารถพบเห็นได้ทั่วไปในสังคมไทย และมีรากฐานทางวัฒนธรรมมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน เนื่องจากคนไทยมีบุคลิกลักษณะนิสัยที่โอบอ้อมอารีต่อกัน หากใครมีสิ่งใดเหลือกินเหลือใช้ก็มักจะแจกจ่ายให้ปันแก่กัน ในด้านกฎหมายก็ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการให้มาตั้งแต่สมัยโบราณทั้งในสมัยอยุธยา สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ จนมาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในสมัยปัจจุบัน ฉะนั้น การศึกษาและทำความเข้าใจในเรื่องแนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของการให้ในประเทศไทยจึงเป็นสิ่งจำเป็นก่อนที่จะเริ่มศึกษากฎหมายเรื่องการให้ในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อจะได้ทำความเข้าใจถึงแนวคิดในเรื่องการให้ว่ามีวิวัฒนาการทางความคิดมาอย่างไร และเพื่อจะได้เข้าใจแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องการให้ในกฎหมายปัจจุบันได้ดีมากขึ้น โดยในการศึกษาเรื่องการให้ในประเทศไทยอาจแบ่งได้เป็นสองช่วง คือ การให้ในช่วงก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการให้ในช่วงของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.1 การให้ในช่วงก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.2.1.1 การให้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา

กฎหมายในเรื่องการให้ในประเทศไทยปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งกฎหมายในสมัยอยุธยาไม่ได้เกิดจากการตรากฎหมายขึ้นใช้เอง

²³ *Ibid*, p.482.

โดยตรงหากแต่เป็นการนำธรรมเนียมมาปรับใช้โดยถือว่ากฎหมายก็คือธรรมะเป็นเรื่องเดียวกัน²⁴ กฎหมายที่เป็นแม่บทสำคัญในสมัยกรุงศรีอยุธยา นั่นคือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ที่มีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดูโดยประเทศไทยได้รับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ผ่านมาจากประเทศมอญที่นับถือศาสนาพุทธเช่นเดียวกัน²⁵ กฎหมายไทยในสมัยนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เสร็จสรรพ หากแต่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นเรื่อยๆ ไปตามความจำเป็นเมื่อเกิดคดีพิพาทขึ้น โดยมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ เนื่องจากมีการยึดถือคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงพระราชวินิจฉัย²⁶

ในเรื่องการให้ให้มีปรากฏอยู่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในสมัยอยุธยา อยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จโดยบทที่ 119 กำหนดสัญญาให้ตามบาลีไว้ 3 ประการ คือ ให้ทรัพย์แก่กันด้วยเสน่หา ให้ทรัพย์ด้วยกลัว และให้ทรัพย์แก่กันด้วยศรัทธา²⁷ ในส่วนของการให้โดยเสน่หานั้นหากผู้ให้ได้ให้แล้วจะเอาคืนไม่ได้ และหากการให้นั้นยังไม่ได้มีการส่งมอบผู้รับก็จะไปเรียกเอาทรัพย์คืนจากผู้ให้ก็ไม่ได้ ส่วนการให้ด้วยกลัวนั้นผู้ให้สามารถว่ากล่าวเอาคืนได้เนื่องจากการให้ประเภทนี้ไม่ใช่การให้ด้วยความเต็มใจ หากแต่เป็นการให้ที่เกิดจากความกลัวเกรงหรือความกลัวภัยที่จะมี เป็นต้น ส่วนสุดท้าย คือการให้ด้วยศรัทธา การให้ชนิดนี้เมื่อทำการให้แล้วจะเอาคืนไม่ได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ส่งมอบผู้รับก็จะเรียกเอาทรัพย์คืนไม่ได้เช่นเดียวกับการให้โดยเสน่หา แต่หากได้ทำการให้ไปแล้วผู้ให้จะเอาคืนจะโดนลงโทษตามพระราชอาญา

ต่อมา ในบทที่ 125 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์อันมิควรที่จะให้แก่ท่าน เอาไปให้แก่ท่าน ก็เป็นโทษแก่ผู้ให้ นั้น เพราะเหตุผู้นั้นมีรู้จักเดิมมาแห่งทรัพย์ อนึ่ง ถ้าเอาทรัพย์นั้นไปให้แก่ท่านระดอกร ผู้รับ นั้นก็เป็นโทษ เพราะเหตุผู้รับไม่พิจารณาเดิมที่มาแห่งทรัพย์นั้น อนึ่ง ถ้าทรัพย์นั้นผู้เอามาให้ค่าสิ่งของประการใดก็ดี ผู้รับนั้นหาโทษมิได้ เป็นโทษแก่ผู้ให้ อนึ่ง ทรัพย์มิควรที่จะเอา และผู้รับรู้ว่าทรัพย์นั้น กอปรด้วยโทษแล้ว แลรับเอาทรัพย์นั้นมาก็ดี มีรู้ว่ากอปรด้วยโทษแลรับไว้ก็ดี ก็เป็นโทษแก่ผู้รับ แลผู้ให้ นั้น”²⁸ ในบทนี้อธิบายได้ว่า การให้สิ่งของใดๆ แก่กัน ผู้รับจะต้องสำรวจสภาพสิ่งของชิ้นนั้นๆ ก่อน หากว่าผู้รับไม่ได้ตรวจสอบแล้วสิ่งของนั้นเกิดเสียหายจะไปโทษผู้ให้ไม่ได้ อีกประการคือ เมื่อได้มีการทำการให้แล้วแม้ว่าผู้ให้จะได้ให้สิ่งของไปผิด อย่างเช่น ให้แหวนเพชรไป

²⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2552), น.84.

²⁵ เพ็งอ้อ, น.84.

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น.69.

²⁷ เพ็งอ้อ, น.79.

²⁸ เพ็งอ้อ, น.80.

แทนที่จะเป็นแหวนโลหะ ผู้ให้จะแก้ตัวว่าให้ของไปผิดมิได้ ถือว่าเป็นโทษแก่ผู้ให้เองแล้ว ในขณะที่เดียวกัน ทรัพย์สินที่ผู้รับได้รับเอา ถ้าต่อมาสิ่งของนั้นก่อให้เกิดโทษผู้รับก็จะไปโทษแก่ผู้ให้ไม่ได้เช่นกัน

ประการถัดมา ในบทที่ 128 ได้มีการบัญญัติไว้เป็นหลักว่า การให้จะต้องมีการส่งมอบจึงจะสมบูรณ์ โดยมีการบัญญัติว่า “ผู้ใดเสนาหาแก่กัน แล้วจะให้ทรัพย์ข้าคนแก่กัน แลทรัพย์ซึ่งจะให้นั้นยังอยู่ในสถานที่ไกล แลมิได้มีอยู่ในมือผู้นั้น แต่ออกปากว่าจะให้แก่กันดั่งนั้น ถ้าแลทรัพย์มาถึงมือผู้นั้นจึงจะว่าเป็นสิทธิแก่ผู้นั้น”²⁹ ในบทนี้หากว่าการให้นั้นได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้ถึงมือแล้ว และต่อมาผู้รับได้นำทรัพย์สินนั้นไปจำหน่ายเสียสิ้นเชิงแล้วผู้ให้ก็จะกลับมาเรียกเอาทรัพย์นั้นคืนมิได้อีกเลย

กฎหมายเรื่องการให้ในสมัยอยุธยาได้มีการห้ามการให้บางอย่างโดยบัญญัติอยู่ในบทที่ 129 ตราไว้ว่า “ชายให้อันมิดิควรแต่หญิงอันเป็นเมียท่าน ให้ไหม 1 แสน ถ้าหญิงหาผู้มีได้แลชายให้อันมิดิควร ให้ไหม 8 หมื่น ถ้าหญิงให้อันมิดิควรแก่ชาย ให้ไหม 1 แสน 2 หมื่น ถ้าหญิงเหมือนกันให้อันมิดิควรแก่กัน ให้ไหม 7 หมื่นแล”³⁰ จากบทบัญญัตินี้ของที่มีควรให้หมายความถึงอะไร อาจจะต้องอาศัยการตีความว่าสิ่งใดที่ไม่ควรให้แก่กันเป็นกรณีๆ ไป และต่อมาในบทที่ 130 มีการปรับโทษผู้ที่ลวงให้ท่านกินอันมิดิควรโทษที่ 58 มีบัญญัติไว้ด้วยว่า “ชายไปเลี้ยงลูกสาวท่าน ให้ย่าเกรงพ่อแม่ผู้เฒ่าผู้แก่แลญาติแห่งหญิง ถ้าชายมีพศกินเหล้ามักด่าตีเมียตน พ่อตาแม่ยายห้ามปรามมิฟัง มั่นว่ากล่าวเกินเลยหยาบซ้ำ แลให้เครื่องอันมิดิควรแก่พ่อตาแม่ยาย ให้มันแต่งข้าวตอกดอกไม้รูปเทียนสมาพ่อตาแม่ยาย และเรียกเอาทนต์บนไว้”³¹

2.2.1.2 การให้ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์

ในยุคสมัยถัดมาจากสมัยกรุงศรีอยุธยาคือสมัยรัตนโกสินทร์ กฎหมายที่ใช้ในระยะแรกก็คือกฎหมายที่สืบทอดมาจากสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยอาศัยความจำเป็นและการคัดลอกกันมาตามเอกสารที่หลงเหลือจากการถูกทำลายเมื่อครั้งเสียกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีเหลืออยู่จำนวนน้อยมาก ดังนั้น ในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องต่างๆ สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชจึงได้ทรงทำการวินิจฉัยปัญหาเรื่องต่างๆ โดยใช้มูลอำนาจอธิปไตยของพระองค์ หรืออาศัยหลักฐานจากการสืบสวน

²⁹ เพ็ญอักษร, น.80.

³⁰ เพ็ญอักษร, น.81.

³¹ เพ็ญอักษร, น.81.

และคำบอกเล่าของคนเก่าแก่ จนกระทั่งเกิดคดีฟ้องหย่าของอำแดงป้อมขึ้น³² คดีนี้เป็นเหตุให้สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชเห็นว่าคำพิพากษานี้ขัดต่อหลักความยุติธรรม จนเป็นผลให้เกิดการชำระสะสางกฎหมายขึ้นใหม่จนกลายเป็นกฎหมายตราสามดวงในเวลาต่อมา

ในเรื่องการให้นั้น ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวงด้วยเช่นกัน โดยอยู่ในบทเบ็ดเสร็จ หมวด 4 โดยกล่าวว่า การให้มีสามลักษณะด้วยกัน คือ การให้ทรัพย์สินแก่กันด้วยเสนาหา การให้ทรัพย์สินด้วยกลัว และการให้ทรัพย์สินแก่กันด้วยศรัทธา โดยมีกรบัญญัติว่า “อันว่าทรัพย์สินให้ด้วยเสนาหา นั้น จะคืนเอาเล่าก็มิได้ จว่าเอาเล่าก็มิได้ อันว่าทรัพย์สินให้ด้วยความกลัวนั้น จะคืนเอาเล่าก็ได้ จว่ากล่าวเล่าก็ได้ อันว่าทรัพย์สินให้ด้วยศรัทธา จะคืนเอาเล่าก็มิได้ ถ้าผู้นั้นจะคืนเอาเล่า ให้ลงโทษมัน โดยราชาอาชา”³³

การให้ในกฎหมายตราสามดวง อยู่ในมาตรา 105-116 โดยในมาตรา 105 บัญญัติว่า “ให้ทรัพย์สินแก่ท่านด้วยกลัว ถ้าทรัพย์สินยังอยู่ก็ตี จำหน่ายสิ้นแล้วก็ตี และจะคืนเอาเล่าก็ได้ เพราะเหตุให้ทรัพย์สินแก่ท่านนั้น กลัวโดยอันตรายจะมาถึงจึงให้”³⁴ จากมาตรานี้ การให้ทรัพย์สินด้วยความกลัวแม้ว่าต่อมาทรัพย์สินที่ให้นั้นจะยังอยู่กับผู้รับหรือถูกจำหน่ายจ่ายโอนไปแล้ว ผู้ให้ยังสามารถเรียกทรัพย์สินนั้นคืนในภายหลังได้ ทั้งนี้ เนื่องด้วยการให้ประเภทนี้เป็นการให้ที่เกิดจากความกลัวของผู้ให้โดยอาจจะเป็นความกลัวอำนาจของผู้รับหรือกลัวภัยอันตรายต่างๆ และอาจจะไม่ได้มีความเต็มใจในการให้ กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนได้

ต่อมา ในมาตรา 106 - 108 ของกฎหมายตราสามดวงเป็นเรื่องของการให้ลูกและลูกทาสเป็นบุตรแก่บุคคลอื่น ส่วนในมาตรา 109 เป็นเรื่องการยกภรรยาของตนให้เป็นของบุคคลอื่นโดยเสนาหา

ในมาตรา 110 เป็นเรื่องการนำทรัพย์สินที่ไม่ควรจะให้หรือทรัพย์สินประกอบด้วยโทษไปให้แก่บุคคลอื่น โดยบัญญัติว่า “110 มาตราหนึ่ง ผู้ใดเอาทรัพย์สินอันมิควรจะให้แก่ท่านนั้นเอาไปให้แก่ท่านก็เป็นโทษแก่ผู้นั้น เพราะเหตุผู้นั้นมิรู้จักเดิมมาแห่งทรัพย์สินนั้น แลเอาเป็นทรัพย์สินเอง แลเอาไปให้แก่ท่าน อนึ่งถ้าเอาทรัพย์สินนั้นไปให้แก่ท่านระดอ ก ผู้รับนั้นก็เป้นโทษ เพราะเหตุผู้รับนั้นไม่พิจารณาเดิมที่มาแห่งทรัพย์สินนั้น อนึ่งถ้าทรัพย์สินนั้นผู้เอามาให้ค่าสิ่งของประการใดก็ดี

³² คดีนี้เป็นคดีที่อำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรีช่างเหล็กหลวงทั้งๆที่ตนได้ทำชู้กับนายราชาอรธและศาลได้พิพากษาให้หย่าได้ตามที่อำแดงป้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทกฎหมายที่มีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้”

³³ กฎหมายตราสามดวง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.219 - 220.

³⁴ *เพ็ญอ้าง*, น.220.

ผู้รับนั้นหาโทษมิได้ เปนโทษแก่ผู้ให้ นั้น อนึ่งทรัพย์สมควรที่จะเอา แลผู้รับรู้ว่าทรัพย์นั้นก่อปรด้วยโทษ แลรับเอาทรัพย์นั้นก็ดี มิรู้ว่าประกอบด้วยโทษแลรับไว้ก็ดี ก็เปนโทษแก่ผู้รับแลผู้ให้ นั้น”³⁵

ในมาตรา 111 เป็นเรื่องการนำทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนไปให้แก่บุคคลอื่น กำหนดให้ตั้งใหม่และเอาคืนแก่ผู้เป็นเจ้าของ

มาตรา 112 เป็นเรื่องการที่ผู้ให้จะเอาทรัพย์สินมาให้โดยมีการรับของ ตอบแทนจากผู้รับ มาตราฉบับนี้บัญญัติไว้ว่า “112 มาตราหนึ่ง ผู้ใดจะเอาทรัพย์สินเงินทองมาให้แก่ท่าน แลรับเอาพัสดุแห่งท่านไป อยู่มาพ้นจากวันคืนที่นั้นแลมิได้เอาทรัพย์สินเงินทองมาให้แก่ท่าน แลลงเอาพัสดุของท่านไปเปนอนาประโยชน์แก่ท่านเอง ถ้าเปนสัจว่าเอาพัสดุของท่านไปจริง ควรให้ใช้เป็น ทวิคูณ อนึ่งถ้าข่มเหงเอาทรัพย์สินแห่งท่านก็ดี ซึ่งเอาทรัพย์สินแห่งท่านก็ดี ควรให้ใช้ทรัพย์สินนั้นเปนตรีคูณ”³⁶

มาตรา 113 เป็นเรื่องการรับปากว่าจะให้ทรัพย์สินแก่กันแต่ทรัพย์สินนั้น ยังอยู่ไกลและมีได้อยู่ในมือผู้รับ การให้ลักษณะนี้จะมีผลก็ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นได้เดินทางมาถึงมือ ผู้จะรับแล้วและทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นสิทธิแก่ผู้รับนั้น หากภายหลังผู้รับนำทรัพย์สินนั้นไปจำหน่าย สิ้นเชิงแล้วผู้ให้ก็จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืนไม่ได้อีก ดังที่บัญญัติว่า “113 มาตราหนึ่ง ผู้ใดเสนห แก่กันแล้วจะให้ทรัพย์สินแก่กัน แลทรัพย์สินซึ่งจะให้นั้นยังอยู่ในสถานที่ไกลแลมิได้อยู่ในมือผู้รับ แต่ออกปากว่าจะให้แก่กันดั่งนั้น ถ้าแลทรัพย์สินมาถึงมือผู้รับนั้นจึงจะว่าเป็นสิทธิแก่ผู้รับนั้น เหตุใดจึงกล่าวว่ ดั่งนี้ เหตุว่าทรัพย์สินนั้นมิได้มาถึงมือผู้จะรับได้ ถ้าแลให้ถึงมือแล้วแลผู้ได้ทรัพย์สินเอาทรัพย์สินไปจำหน่าย เสียสิ้นเชิงแล้ว ผู้ให้นั้นจะกลับคืนเอาไม่ได้เลย”³⁷

ต่อมา ในมาตรา 114 เป็นเรื่องการให้ที่ไม่ควรระหว่างชายหญิง มาตรา 115 เป็นเรื่องการลวงให้กินสิ่งมีดีหรือสิ่งโสโครก และสุดท้ายมาตรา 116 เป็นเรื่องการเอาอาจม ซัดเรือน

2.2.2 การให้ในช่วงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในช่วงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น เรื่องการให้ได้ถูกร่างอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ซึ่งถูกประกาศให้มีผลใช้บังคับ ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468 พร้อมๆกับวันที่ประกาศเลื่อนให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 มีผลใช้บังคับ เนื่องจากให้เหตุผลว่า ประมวลทั้งสามบรรพมีความเกี่ยวเนื่องกัน ดั่งนั้น จึงควรให้ใช้พร้อมกันทั้งสามบรรพ ต่อมา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3

³⁵ เฝิงอ้าง, น.222.

³⁶ เฝิงอ้าง, น.222-223.

³⁷ เฝิงอ้าง, น.223.

ที่ได้ประกาศให้มีผลใช้บังคับแล้วนั้นได้ถูกยกเลิกและให้ใช้บทบัญญัติที่ตรวจชำระใหม่แทนตามพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2472³⁸

จากการศึกษาสำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค. – 8 ก.พ. 2466) และการตรวจร่างแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ณ วังบางขุนพรหม ทำให้ทราบว่า ในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการให้นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีการรับเอาแนวคิดในเรื่องการให้มาพิจารณาทั้งจากแนวทางการให้ของอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศสวีเดนและประเทศญี่ปุ่น

ในรายงานประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ. 2467 พระยาจินดาภิรมย์ฯ ได้กล่าวไว้ว่า “เรื่องการยกของให้กันนั้นมีกฎหมายเบ็ดเสร็จบัญญัติไว้ว่าฟ้องร้องไม่ได้ ไม่เป็นยกให้กันจนกว่าจะมอบส่งของเด็ดขาดถึงมือผู้รับ” กฎหมายเบ็ดเสร็จที่ว่านี้หมายถึงกฎหมายไทยโบราณเดิมที่ยึดถือการส่งมอบของให้แก่กันจึงจะเป็นการให้ที่ใช้บังคับได้ ดังนั้น หลวงสารสาสน์ประพันธ์จึงได้กล่าวว่า “ถ้าเช่นนั้นสัญญาจะยกให้หรือสัญญายกให้ที่ยังไม่มอบของคงไม่ใช่การให้โดยเสน่หาตามความในกฎหมายเบ็ดเสร็จ”³⁹ ต่อมา “พระยาจินดาภิรมย์ฯ จึงอธิบายว่า ในกฎหมายไทยมีแต่เรื่องการส่งมอบของ สัญญาจะบังคับกันที่หลังนั้นฟ้องร้องไม่ได้ เว้นแต่ทำเป็นกรรมธรรม์ไว้ กฎหมายไทยกับกฎหมายอังกฤษใกล้เคียงกันมาก สัญญายกให้ไม่มีไม่เกิดบริบูรณ์จนส่งของ คงเหมือนเรื่อง Don Manuel ในกฎหมายฝรั่งเศส”⁴⁰

ดังนั้น กฎหมายเรื่องการให้ของประเทศไทยแต่เดิมจึงมีความแตกต่างจากกฎหมายเรื่องการให้ที่ได้มีการแก้ไขใหม่อยู่บ้าง ดังที่หลวงสารสาสน์ประพันธ์ได้อธิบายไว้ว่า “การให้โดยเสน่หาตามประมวลกฎหมายนี้มีอยู่ 3 อย่าง คือ สัญญาให้ของแก่กัน (มาตรา 530 ซึ่งเป็นมาตรา 521 ในปัจจุบัน) ที่เรียกว่า “Contract of Gift” ภาษาลาตินเรียกว่า donatio ประการที่สองนั้นคือ การให้โดยเสน่หา ที่ไม่ใช่สัญญาอะไร เป็นแต่การส่งมอบของ (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ที่ถ้าไม่มอบของแล้วก็ไม่เรียกว่าให้กันโดยเด็ดขาด ประการที่ 3 การให้ของบางอย่างที่ต้องทำเป็นกรรมธรรม์หรือทำต่อเจ้าพนักงาน”⁴¹

³⁸ เรอเน่ กียอง ถอดความและเรียบเรียงโดยสุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), น.97.

³⁹ สำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค. – 8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, น.197.

⁴⁰ เพ็ญอ้าง, น.197.

⁴¹ เพ็ญอ้าง, น.201.

การให้โดยเสน่หาประการแรก คือ สัญญาให้ของแก่กัน หลวงสารสาสน์ประพันธ์ ได้กล่าวว่า “มาตรา 530 (มาตรา 521 ในปัจจุบัน) นั้นที่ (กรรมการร่างกฎหมาย) ตกลงกันแล้วนั้น พูดว่าการให้เป็นสัญญา (Contract) ซึ่งฝ่ายผู้ให้ ส่งกรรมสิทธิ์และฝ่ายผู้รับรับของนั้น สัญญาจึงจะเด็ดขาดเป็น gift ตามกฎหมาย เพียงเท่านั้นต้องถือว่า gift เป็นสัญญาธรรมดา ถ้าเกิดมีการรับรองขึ้นก็เป็นหนี้ตามกฎหมายที่ฝ่ายผู้รับของให้รับตามตกลง นั้น สามารถฟ้องให้ส่งของได้ไม่จำเป็นต้องส่งทันทีหรือมอบหมายทันทีเวลาสัญญากัน ที่ว่าการยกของให้ ไม่ได้เด็ดขาดจนส่งของนั้น หมายถึง เรื่องที่ฝ่ายผู้ให้อาจโอนให้ผู้อื่นต่อไปได้เท่านั้น ไม่ได้หมายถึงเรื่อง ผู้รับมีสิทธิฟ้องเรียกได้ไม่ได้เลย ถ้าทรัพย์ยังอยู่เขาอาจฟ้องเรียกให้ส่งได้ เพราะกรรมสิทธิ์ตกมายัง ผู้รับเวลา “สัญญา” กันแล้ว ทั้งนี้ เพราะมาตรา 530 (มาตรา 521 ในปัจจุบัน) ว่าเป็นสัญญา และไม่ได้พูดถึงการมอบของ พูดเพียงว่า Transfer โอนกรรมสิทธิ์”⁴² “ถ้าตกลงให้ของแก่ใคร ฝ่ายผู้รับทุกตกลงด้วย เพียงเท่านั้นฝ่ายผู้ให้มิสิทธิที่จะโอนทรัพย์ให้ใครต่อไปก่อนส่งของให้ก็ได้ ส่วนผู้รับ นั้นคงมีสิทธิฟ้องร้องทางสัญญา in personam แต่ไม่มีสิทธิเรียกของได้ถ้าของไม่อยู่ในมือผู้ให้ ก่อนส่งของให้แก่กัน สัญญานั้นเป็นสัญญาธรรมดา ไม่ใช่การให้โดยเสน่หา (gift) ถ้าส่งของแล้ว การให้กันยอมเด็ดขาดเรียกคืนก็ไม่ได้ แต่ปัญหามีว่า ในระหว่างตั้งแต่ตกลงจนส่งของนั้น ฝ่ายผู้รับ มีสิทธิฟ้องเรียกให้ส่งได้หรือไม่ คำว่า “Complete” ไม่ใช่คำบังคับว่าในเรื่อง gift ต้องมี delivery ตามที่เข้าใจกันในขณะนี้ มาตรา 530 (มาตรา 521 ในปัจจุบัน) กับมาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ในปัจจุบัน) ไม่ติดต่อกัน มีความหมายคนละเรื่อง⁴³

ในส่วนของมาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ในปัจจุบัน) ที่ที่ประชุม คณะกรรมการตกลงให้ร่างใหม่นี้ คือ “531 bis A gift is a complete only on delivery of the property given.”⁴⁴ ในมาตรา 531 ใหม่ นี้ คือ การให้โดยเสน่หาประการที่สอง ที่ไม่ใช่สัญญาอะไร เป็นแต่การส่งมอบของ (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ซึ่งคือ การยกให้ โดยมอบหมายไม่มีพิธีอะไร ส่งของให้กันไปก็เด็ดขาดแล้ว ผู้รับได้กรรมสิทธิ์ทันที การเอามาตรา 531 ใหม่ นี้มาต่อจากมาตรา 530 ก็เพื่อให้รู้ว่าเมื่อใดการให้กันเป็นการเด็ดขาดเท่านั้น การยกของให้แก่กัน โดยเสน่หานั้น จะต้องส่งของถึงมือ (inter vivoce) ต้องทำในปัจจุบันต่อกัน จะให้กันภายหลัง ไม่ได้⁴⁵

⁴² เพิ่งอ้าง, น.198-199.

⁴³ เพิ่งอ้าง, น.199.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น.199.

⁴⁵ เพิ่งอ้าง, น.198.

ฉะนั้น หลวงสารสาสน์ประพันธ์จึงได้สรุปไว้ว่า ในมาตรา 530 เป็นเรื่อง การให้ทรัพย์สินที่จับต้องได้ ต่อมาในมาตรา 531 ใหม่ เป็นเรื่องข้อบัญญัติเรื่องการส่งมอบ (Corporeal) ส่วนอีกประการเป็นเรื่องการส่งมอบของที่จับต้องไม่ได้ (Incorporeal)⁴⁶ เช่น การให้สิทธิอันมี หนังสือตราสาร หรือการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 524 และ 525 ในปัจจุบัน ส่วนในเรื่องการให้ทรัพย์สินหรือค้ำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินนั้น นายเรน กาโซ ได้กล่าวไว้ว่า “มาตรา 536 (มาตรา 526 ในปัจจุบัน) นี้ เอมามาจากเยอรมันที่มี Theory ว่าสัญญาจะให้เป็น Gift ใช้ได้ ผิดกับกฎหมายไทยที่ต้องส่งของ”⁴⁷ พระยานวราชเสวีได้กล่าว ในเรื่องนี้ไว้ว่า “เรื่องจะแลก จะให้ จะทำอะไรนั้น จะต้องแปลตามบทบังคับทั่วไปลักษณะหนึ่ง”⁴⁸ เมื่อเปรียบเทียบกับเรื่องการแลกเปลี่ยนแล้ว หลวงสารสาสน์ประพันธ์ ได้กล่าวว่า “ถ้าเป็นแลกของ ตกลงจะส่งกันภายในหน้า “Agree to transfer” กรรมสิทธิ์ยังไม่ผ่านมือจนเวลาส่งของนั้น จะต้อง วินิจฉัยตามบททั่วไปเรื่องสัญญาธรรมดาในลักษณะ “หนึ่ง” ”⁴⁹ ฉะนั้น เรื่องสัญญาจะให้หรือเรื่อง ค้ำมั่นว่าจะให้นี้ก็จะต้องวินิจฉัยตามบททั่วไปว่าด้วยเรื่องหนึ่งเช่นเดียวกัน

สุดท้าย ในปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการให้ของโดยเสนหาซึ่งจะส่งให้กัน ภายในหน้านั้น จะเลิกได้หรือไม่หรือไม่ได้เลย ในเรื่องนี้ พระยาจินดาภิรมย์ว่า “ให้เลิกได้เฉพาะที่จะให้ ภายในหน้าเท่านั้น ที่ให้มาแล้วคืนไม่ได้”⁵⁰

2.3 บทสรุป

จากการศึกษาค้นคว้าในบทนี้สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่าความเป็นมา ทางประวัติศาสตร์ในเรื่องการให้และค้ำมั่นว่าจะให้มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยในช่วงแรกการให้ มีลักษณะเป็นการกระทำการให้ธรรมดา ต่อมาจึงมีลักษณะเป็นแบบพิธี และสุดท้ายกลายเป็นสัญญา ที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายทำพิธีสละกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กัน ส่วนเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้ในยุคโรมัน ก็มีลักษณะเป็นสัญญาโดยความยินยอม (Consensual contract) เมื่อมีการทำค้ำมั่นว่าจะให้ใน ทรัพย์สินที่มีมูลค่ามากก็จะถูกกำหนดให้ต้องทำตามแบบ คือ จะต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือและ

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น.207.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น.208.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น.187.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น.186.

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, น.208.

มีการแสดงต่อเจ้าหน้าที่รัฐ แบบนี้กฎหมายกำหนดให้ต้องทำไม่ว่าจะเป็นการให้ที่มีการส่งมอบทันที (tradio) หรือเป็นแค่คำมั่นว่าจะให้

ในส่วนแนวคิดเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ในประเทศไทยก็มีแนวคิดมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยในยุคก่อนร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการให้ในกฎหมายสมัยอยุธยา และกฎหมายตราสามดวงในสมัยรัตนโกสินทร์มีความคล้ายกันมากเนื่องจากกฎหมายสมัยรัตนโกสินทร์ได้นำกฎหมายเรื่องการให้ในสมัยอยุธยามาชำระและใช้ใหม่ทำให้กฎหมายเรื่องการให้ยังมีความคล้ายกันอยู่มาก นั่นคือ การให้โดยเสนหามีลักษณะเป็นการแสดงน้ำใจไมตรี เป็นลักษณะของการกระทำที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที ไม่สามารถเรียกคืนได้เว้นแต่ผู้รับจะประพฤติเนรคุณ ต่อมา พอถึงยุคร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะผู้ร่างกฎหมายก็ได้นำแนวคิดเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้มาจากระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยมีแนวคิดให้การให้ มีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินสัญญาให้จึงจะมีผลสมบูรณ์ และนำเอาแนวคิดเรื่องคำมั่นว่าจะให้ตามอย่างกฎหมายเยอรมันที่สามารถมีได้แต่ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น เรื่องการให้ในสมัยโบราณทั้งกฎหมายสมัยอยุธยาและกฎหมายสมัยรัตนโกสินทร์จึงมีความแตกต่างกับเรื่องการให้โดยเสนหาตามกฎหมายสมัยใหม่ซึ่งคือเรื่องการให้โดยเสนหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

บทที่ 3

การให้ในระบบกฎหมายไทย

3.1 การให้

การให้ในปัจจุบันถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการให้แบ่งได้เป็นสองชนิด คือ การให้ในระหว่างที่มีชีวิตอยู่ (inter vivos) และการให้ภายหลังจากที่ตายแล้ว (mortis causa) ในการศึกษาครั้งนี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะเรื่องการให้ในระหว่างที่มีชีวิตอยู่นั้น เนื่องจากในเรื่องการให้ในระหว่างที่มีชีวิตอยู่ (inter vivos) มีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาอีกทั้ง เรื่องการให้ภายหลังจากที่ตายแล้ว (mortis causa) ได้มีบุคคลอื่นทำการศึกษาไปแล้ว

3.1.1 ลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้

ผู้เขียนจะทำการศึกษาเรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้ ดังนี้

3.1.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

ในเรื่องลักษณะของการให้ นั้น มาตรา 521 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “อันว่าให้ นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยแส่นหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น” ดังนั้น จากมาตรา 521 นี้ ให้จึงเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ประกอบด้วยบุคคลสองฝ่ายคือผู้ให้และผู้รับ

ในเรื่องลักษณะการให้ นี้ ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้

พระยาวิฑูรธรรมพิเนตุ ได้อธิบายว่า “การให้เป็นสัญญา ต้องมีการตกลงของทั้งสองฝ่ายมีคำเสนอและคำสนองรับตามหลักแห่งสัญญาธรรมดา ไม่ใช่แต่เพียงการกระทำของฝ่ายผู้ให้ฝ่ายเดียวเท่านั้นเป็นพอ และไม่จำเป็นว่าผู้ได้ทรัพย์สินจะต้องทำคำเสนอเสมอไป เพราะผู้ให้ทรัพย์สินอาจเป็นผู้ทำคำเสนอให้ก่อน แล้วผู้รับทรัพย์สินรองรับก็ได้ และเป็นสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ชนิดที่ไม่มีสินจ้างตอบแทน¹”

ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริต เอกจริยกร ได้อธิบายว่า “สัญญาให้มีคู่สัญญาสองฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายแรกคือ ผู้ให้ซึ่งเป็นบุคคลที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับให้ โดยไม่ได้รับ

¹ วิฑูรธรรมพิเนตุ, พระยา, คำอธิบายประมวลแพ่งลักษณะ ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (พระนคร : โรงพิมพ์สยามบรรณกิจ, 2554), น.299.

ค่าตอบแทนแต่อย่างใด ส่วนผู้รับเป็นบุคคลที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์โดยปราศจากค่าตอบแทนจากผู้ให้ ผู้รับต้องเป็นบุคคล จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หากไม่ใช่บุคคลก็รับให้ไม่ได้² วัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้คือทรัพย์สิน และวัตถุประสงค์ของสัญญาให้คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ หากผู้รับแสดงเจตนารับเอา ดังนั้น สัญญาให้ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน³”

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้อธิบายว่า “สัญญาให้ คือ สัญญาที่มี วัตถุประสงค์ที่ผู้ให้โอนทรัพย์สิน (หมายถึงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน) ของตนให้โดยเสน่หาแก่ผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น.....เมื่อเป็นกรณีต้องด้วยมาตรา 521 (กล่าวคือ มีการเสนอสนอง วัตถุประสงค์ของสัญญาคือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โดยเสน่หา) ก็เกิดสัญญาให้แล้ว”⁴

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ได้อธิบายว่า “การให้ โดยเสน่หาเป็นสัญญา จึงเท่ากับเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากการเสนอของผู้ให้และการสนอง ของผู้รับที่ต้องตรงกัน มิได้ต้องการแต่เพียงเจตนาของผู้ให้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องการอะไร ตอบแทนแต่เพื่อที่จะให้การให้สำเร็จได้จำต้องอาศัยเจตนาของผู้รับสนองรับการให้ด้วย⁵ และประเด็นที่ว่า สัญญาให้โดยเสน่หาเป็นสัญญาต่างตอบแทนเพราะก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญา ฝ่ายเดียวคือผู้ให้ นั้น ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ยังไม่เห็นพ้องด้วย เพราะเห็นว่า สัญญาให้ที่เสร็จเด็ดขาดไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆเลยไม่ว่าหนี้ต่อผู้ให้หรือหนี้ต่อผู้รับก็ตาม ผู้ให้เองก็ไม่มีหนี้ หรือหน้าที่ใดๆในทางกฎหมายที่จะต้องให้ ไม่ว่าจะก่อนหรือภายหลังจากการทำสัญญาก็ตาม ในส่วนของ ผู้รับนั้นได้ทรัพย์สินไปฟรีๆอยู่แล้ว หนี้ของผู้รับจึงไม่มียิ่งกว่าผู้ให้เสียอีก สัญญาให้โดยเสน่หาน่าจะจัด อยู่ในประเภทของสัญญาที่ไม่มีค่าตอบแทน”⁶

ดังนั้น จากการศึกษาคำอธิบายส่วนใหญ่ในเรื่องการให้ จะเห็นว่า นักวิชาการทั้งหลายต่างเห็นว่า การให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือผู้ให้และผู้รับ ต้องมีเจตนาตรงกัน คือ ผู้ให้มีเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินและผู้รับมีเจตนาที่จะรับเอาทรัพย์สินนั้น และเห็นว่าสัญญาให้เป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน เพราะเป็นการให้โดยเสน่หา อีกทั้งยังเป็นสัญญา

² ไพจิตร เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), น.144.

³ เพ็งอ้อ, น.145 - 146.

⁴ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น.81, 109.

⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะชื่อขาย แลกเปลี่ยนให้, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.376.

⁶ เพ็งอ้อ, น.377.

ไม่ต่างตอบแทน เนื่องจากเฉพาะผู้ให้เท่านั้นที่มีหน้าที่ต้องกระทำตามสัญญาให้ คือ ส่งมอบทรัพย์สิน หรือโอนกรรมสิทธิ์ เว้นแต่ความเห็นของศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่เห็นว่าสัญญาให้มีใช้สัญญา ไม่ต่างตอบแทน เนื่องจากเห็นว่าสัญญาให้โดยเสนหาที่เสร็จเด็ดขาดแล้วไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆเลยไม่ว่า ต่อผู้ให้หรือผู้รับ

ในเรื่ององค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาให้นี้ ผู้ทรงคุณวุฒิ หลายท่านต่างเห็นพ้องต้องกันว่า สัญญาให้นั้นคือสัญญาชนิดหนึ่งที่ต้องมีองค์ประกอบของสัญญา ทุกอย่างครบถ้วนเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป นั่นคือ สัญญาให้จะต้องมี

(1) คู่สัญญา

สัญญาให้นั้นจำต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ให้และฝ่ายผู้รับ โดยฝ่ายผู้ให้หากเป็นบุคคลธรรมดา ก็จะต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย และหากผู้ให้มีฐานะเป็นนิติบุคคลการให้นั้นก็จะต้องอยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้ง ส่วนผู้รับ การให้นั้น หากเป็นบุคคลธรรมดา ก็สามารถรับการให้ได้ เว้นแต่ การให้ที่จะส่งผลให้ผู้รับต้องมีการติดพันตามมา ในบางกรณี เช่น กรณีของผู้เยาว์ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ ก็อาจต้องได้รับความยินยอมจากศาล หรือผู้พิทักษ์เสียก่อนจึงจะรับการให้นั้นๆได้ ส่วนผู้รับการให้ที่เป็นนิติบุคคล ก็สามารถที่จะเป็นผู้รับการให้ได้เช่นกัน เพียงแต่นิติบุคคลนั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้

ประเด็นปัญหา

ในเรื่องคู่สัญญานี้มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจอยู่ว่า ถ้ามีการทำสัญญาว่าให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นแทนที่จะยกให้แก่ผู้รับ ดังนี้จะทำได้หรือไม่ และจะเป็นสัญญาให้ตาม มาตรา 521 หรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ในเรื่องนี้มีความเห็นที่ค่อนข้างจะสอดคล้องต้องกันว่า ไม่เป็นสัญญาให้ แต่สัญญานี้สามารถบังคับได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 โดยบุคคลภายนอกสามารถแสดงเจตนาเข้าถึงเอาประโยชน์ของสัญญาดังกล่าวได้ในภายหลัง⁷

คุณธีรพร ดิษยาคม ก็มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การให้ที่ยกทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นแทนที่จะเป็นผู้รับนั้น มีลักษณะเป็นการให้ที่ดำเนินการโดยตัวแทนของผู้รับ ซึ่งหากผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนของผู้รับแล้ว แม้ผู้ให้จะแสดงเจตนาว่าต้องการให้ทรัพย์สินนั้นก็ตามสัญญาให้ย่อมไม่สมบูรณ์ เพราะผู้ให้ยังมีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้

⁷ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.144.

แต่หากผู้ให้แสดงเจตนาว่าจะให้ทรัพย์สินในอนาคต แล้วมิได้ทำการให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ตัวแทนของผู้รับหรือผู้รับเองก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ได้⁸

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2537 มีการให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า “....โจทก์และจำเลยยอมให้ที่ดินจำนวน 2 แปลง และบ้านอีก 1 หลัง ตกเป็นของผู้เยาว์ทั้งสอง หลังจากโจทก์และจำเลยจดทะเบียนหย่ากัน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1532 และเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 มิใช่สัญญาให้ จึงไม่ตกอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 แม้ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เมื่อจำเลยผิดสัญญา โจทก์ในฐานะคู่สัญญาย่อมมีอำนาจฟ้องให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา”

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการทำสัญญาว่าให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นแทนที่จะยกให้แก่ผู้รับนั้นสามารถที่จะทำได้ เนื่องจาก หากพิจารณาจากความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายที่ได้อธิบายไว้ว่า การให้ที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน เป็นการให้ที่ยังไม่เด็ดขาด ต้องพิจารณาอย่างสัญญาธรรมดา ฉะนั้น หากการทำสัญญาว่าให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นแทนที่จะยกให้แก่ผู้รับยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้ว การทำสัญญานี้ย่อมเป็นสัญญาให้ธรรมดาที่อาจตกลงทำการให้แก่บุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอกได้ โดยผลของสัญญาย่อมเหมือนสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

ต่อมา เรื่องการทำการให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้รับนี้มีประเด็นว่าสามารถที่จะทำเป็นค้ำประกันว่าจะให้ได้หรือไม่ เนื่องจากการทำค้ำประกันว่าจะให้ผู้ให้ค้ำประกันสามารถทำค้ำประกันว่าจะให้ได้โดยฝ่ายเดียว โดยจะมีผลผูกพันตนเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากผู้ให้ค้ำประกันทำค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินใดๆแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้รับแล้ว และได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 แล้วก็น่าจะสามารถทำค้ำประกันนี้ได้ โดยการบังคับค้ำประกันจะเหมือนการบังคับค้ำประกันว่าจะให้ธรรมดา

(2) วัตถุประสงค์สัญญาให้

ในมาตรา 521 ได้เขียนไว้ว่าให้คือการที่ผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนโดยเสนหาให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ดังนั้น คำว่าทรัพย์สินที่ว่าจึงแสดงให้เห็นว่า วัตถุประสงค์สัญญาให้ก็คือทรัพย์สิน ที่อาจเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ได้ รวมไปถึงสิทธิตามกฎหมายด้วย เช่น สิทธิอันมีหนังสือตราสาร สิทธิเรียกร้อง การปลดหนี้ เป็นต้น

⁸ ธีราพร ดิษยาธิคม, “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.200 - 201.

ในเรื่องการให้ คือ การที่ผู้ให้ออนทรัพย์สินของตนนั้น มีประเด็นให้พิจารณาเนื่องจากว่า แนวความคิดของผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ในปัจจุบันเห็นว่าการให้จะต้องเป็นการให้ทรัพย์สินของตนที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้น ไม่อาจทำการให้ทรัพย์สินที่ตนไม่ใช่เจ้าของหรือทรัพย์สินในอนาคตที่ตนยังไม่มีกรรมสิทธิ์ได้

แต่เรื่องนี้ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ มีความเห็นแตกต่างโดยมีความเห็นว่า “วัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินตามมาตรา 521 นี้ ไม่ใช่เรื่องการมีกรรมสิทธิ์ ผู้ให้จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ในขณะที่ทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินกันหรือไม่ก็ได้ ฉะนั้น จึงยอมทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต หรือยังไม่มีกรรมสิทธิ์ ยังไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ ยังไม่ได้จัดหาหรือจัดทำขึ้นในขณะที่ทำสัญญา และเป็นสัญญาที่ใช้บังคับกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย”⁹

ในเรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตนี้มีความคล้ายคลึงกันกับเรื่องการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตที่มีประเด็นปัญหาเป็นที่ถกเถียงเช่นกันว่าจะสามารถทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตที่ผู้ขายยังไม่มีกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ โดยมีแนวคิดแตกเป็นสองแนว คือ แนวคิดแรกเห็นว่าไม่สามารถทำได้เนื่องจากมาตรา 458 วางหลักให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้นโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ผู้ขายได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ดังนั้น จึงไม่อาจซื้อขายทรัพย์สินที่ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ได้เนื่องจากจะไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อได้ทันที แต่ในแนวคิดที่สองเห็นว่าสามารถทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตได้เนื่องจากเวลาการเข้าทำสัญญาเป็นคนละเรื่องกับเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ เพราะเมื่อคู่สัญญาทำสัญญาซื้อขายกันแล้วก็สามารถที่จะผลัดเวลาหรือตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกันเมื่อใดก็ได้ ฉะนั้น จึงไม่จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่กันทันที¹⁰

(3) วัตถุประสงค์ของสัญญาให้

วัตถุประสงค์ของสัญญาให้ ก็คือ การที่ฝ่ายหนึ่งโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เหมือนกับวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาแลกเปลี่ยน¹¹ แต่เรื่องนี้ก็มีผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหนึ่ง เช่น ศ.ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ที่เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการให้คือ การที่ฝ่ายหนึ่งโอนทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยฝ่ายหลังไม่มีหน้าที่ต้องให้อะไรตอบแทน

⁹ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น.85.

¹⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.86 - 87.

¹¹ ไผทชิต เอกจริยกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.145.

ดังนั้น หากมีการตอบแทนการให้ การให้นั้นก็มิใช่การให้โดยเสน่หา แต่อาจกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนไป¹²

(4) เจตนา

เนื่องจากการให้นี้เกิดจากการที่คู่สัญญาสองฝ่ายมีการทำข้อเสนอสนองต้องตรงกัน ฉะนั้น คำเสนอและคำสนองจะต้องเกิดจากกระบวนการในการก่อเจตนาที่สมบูรณ์ เจตนาที่แสดงออกจะต้องตรงกับเจตนาภายใน และต้องไม่วิปริตด้วย อีกทั้ง เจตนาในการให้นี้จะต้องเป็นเจตนาที่จะให้กรรมสิทธิ์ มิใช่มีเจตนาที่จะให้ใช้ทรัพย์สิน เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นก็จะมิใช่การให้โดยเสน่หานี้

เจตนาที่สมบูรณ์ คือ เจตนาที่ไม่เกิดความบกพร่องเนื่องจากกระบวนการก่อเจตนาถูกบิดเบือนไปทำให้เจตนาที่แสดงออกไม่ตรงกับเจตนาภายในของผู้ที่แสดงเจตนา การแสดงเจตนาที่บกพร่องได้แก่ การสำคัญผิดในสาระสำคัญ การสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สิน กลฉ้อฉล การข่มขู่¹³

การสำคัญผิดในสาระสำคัญ ตามมาตรา 156 คือการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ได้แก่ สำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม สำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้กรณีแห่งนิติกรรม หรือสำคัญผิดในตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม ผลของการสำคัญผิดในสาระสำคัญคือจะตกเป็นโมฆะ¹⁴

ส่วนการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินตามมาตรา 157 หมายถึง การเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปหรือไม่ต้องตามความเป็นจริง จนทำให้เจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงภายใน ความสำคัญผิดประเภทนี้เป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติย่อมนับว่าเป็นสาระสำคัญ เพราะหากไม่มีความสำคัญผิดแล้วนิติกรรมก็ย่อมจะมีได้ทำขึ้นเลย เช่น ผู้รับสำคัญผิดว่าผู้ให้เจตนาทำสัญญาให้รถยนต์มือหนึ่งแก่ผู้รับ แต่ความเป็นจริงรถยนต์เป็นรถมือสองซึ่งผู้รับไม่ต้องการ หากผู้รับรู้ความจริงก็จะไม่เข้าทำสัญญาให้แต่แรก ผลของนิติกรรมที่ทำโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญนั้นจะมีผลเป็นโมฆียะ¹⁵

กลฉ้อฉล คือ การที่บุคคลหนึ่งกระทำการหลอกลวงบุคคลอีกคนหนึ่ง จนทำให้เข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความจริงจนมาแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งหากการทำ

¹² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 379.

¹³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น.123.

¹⁴ *เพ็งอ้าง*, น.123 - 124.

¹⁵ *เพ็งอ้าง*, น.124 - 125.

กลฉ้อฉลนั้นถึงขนาดก็จะมีผลให้การแสดงเจตนานั้นตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 159 ซึ่งอาจถูกบอกล้างได้¹⁶

การข่มขู่ คือการที่บุคคลหนึ่งสร้างความหวาดกลัวให้กับผู้ถูกข่มขู่จนต้องตัดสินใจแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมหรือต้องยอมรับภาระที่หนักกว่าปกติจากการเข้าทำนิติกรรมนั้น ผลคือจะทำให้การแสดงเจตนาโดยการถูกข่มขู่ตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 164¹⁷

3.1.1.2 หนี้ของการให้

เมื่อผู้ให้และผู้รับได้ทำสัญญาให้กันแล้ว ผลของสัญญาให้ก็คือ การที่ผู้รับได้กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ให้ไป และมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นในการที่จะจัดการอย่างไรก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สอย การได้ดอกผล การนำทรัพย์สินไปขายต่อ เป็นต้น อย่างไรก็ตามในประเด็นปัญหาเรื่องผลของสัญญาให้โดยเสน่หาที่มีประเด็นว่าเมื่อมีการทำการให้โดยเสน่หาอย่างสมบูรณ์แล้ว สัญญาให้ดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหนี้ผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้จะโอนไปยังผู้รับเมื่อใด ประเด็นปัญหานี้ก็ยังมีแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิที่แตกต่างกันอยู่เช่นเดียวกัน

แนวคิดแรก ศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์ เห็นว่า เมื่อมีการทำสัญญาให้โดยเสน่หาเรียบร้อยด้วยเจตนาเสนอสอนตรงต่อตรงกันของผู้ให้และผู้รับ รวมทั้งมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แล้วก็ดี หรือมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วในกรณีของการให้ทรัพย์สินประเภทที่ต้องจดทะเบียนก็ดี ผลที่ตามมาคือ ทรัพย์สินที่ให้นั้นย่อมตกเป็นของผู้รับ และผู้รับการให้ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินสามารถจัดการอย่างไรกับทรัพย์สินของตนก็ได้ และการได้ทรัพย์สินไปโดยการให้นี้ โดยหลักแล้วผู้รับย่อมได้รับไปโดยเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไขใดๆทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามเนื่องจากกรให้โดยเสน่หานั้นการโอนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้ไปยังผู้รับไม่ได้เกิดขึ้นเพียงเพราะผู้ให้และผู้รับมีเจตนาเสนอสอนตรงต่อตรงกันดังเช่นกรณีของสัญญาซื้อขาย เนื่องจากในมาตรา 456 เป็นหลักรองรับให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปที่ที่ทำสัญญา อันไปตรงกับหลักความยินยอมมีผลเป็นการโอน แต่ในเรื่องของสัญญาให้โดยเสน่หานี้มิได้เป็นเช่นนั้น เพราะแม้มาตรา 521 จะได้บัญญัติไว้ว่า “...ผู้ให้โอนทรัพย์สิน...” แต่ก็ไม่มีมาตราใดมารองรับว่าโอนทันทีที่ทำการให้ ดังนั้น จึงใช้เฉพาะมาตรา 521 มาคิดว่าการโอนมีผลทันทีที่ทำการให้ไม่ได้ แต่โดยลักษณะของการให้เองประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 523 ที่การให้ต้องส่งมอบจึงจะสมบูรณ์ จึงจำต้องเข้าใจว่าการโอนทรัพย์สินจะเกิดขึ้นเมื่อได้ทำตามวิธีการที่กฎหมายบังคับไว้โดยเฉพาแล้วเท่านั้น ดังนั้น โดยปกติกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้จึงโอนไปเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนในเรื่องการให้ทรัพย์สินประเภทที่ถ้าซื้อขายต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนนั้น เมื่อมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการให้เรียบร้อยแล้ว

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น.128 - 130.

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น.135.

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังผู้รับโดยที่ผู้ให้อาจยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ หากต่อมาภายหลังผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบ ผู้รับก็สามารถเรียกให้ส่งมอบได้ แต่การเรียกให้ส่งมอบนี้ไม่ได้เพราะผู้ให้มีหน้าที่เกิดจากสัญญาให้ แต่เป็นเรื่องที่ผู้รับในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ใช้สิทธิติดตามทรัพย์สินที่เป็นของตนเองตามมาตรา 1366 ต่างหาก¹⁸

แนวคิดที่สอง คือ ฝ่ายที่เห็นว่าสัญญาให้มีฐานะเป็นสัญญาที่การเสนอสนองที่ต้องตรงกันก่อให้เกิดความผูกพันหรือหนี้ระหว่างผู้ให้กับผู้รับแล้วแม้จะยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันก็ตาม ความเห็นในเรื่องผลของสัญญาให้ของฝ่ายนี้จึงมีความเห็นว่าเมื่อสัญญาให้เกิดแล้ว ระหว่างผู้ให้และผู้รับจึงต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้กันโดยบทบัญญัติของกฎหมาย คือ ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินคือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้รับก็ต้องยอมรับมอบรับโอน ถ้าไม่มีการส่งมอบผู้รับก็ย่อมฟ้องร้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบได้ ดังนั้น จึงเห็นว่า มาตรา 523 ที่บัญญัติให้ส่งมอบเป็นหน้าที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ผู้สัญญาจำต้องปฏิบัติประการหนึ่ง ส่วนในเรื่องการให้ที่ถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 นั้น ในการให้ประเภทนี้การทำการให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็นหน้าที่กฎหมายบังคับให้ผู้สัญญาต้องปฏิบัติ ผู้ให้และผู้รับต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน และหากมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกันแล้วก็ได้แปลว่าจะไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กัน เพราะหากมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแล้วแต่ผู้ให้ยังไม่ส่งมอบให้ผู้รับ โดยอาจยังคงอาศัยอยู่หรือใช้สอยทรัพย์สินที่ให้อยู่ ผู้รับที่มีฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็ไม่อาจใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้ ฉะนั้น ผู้ให้ก็ยังมีหน้าที่อันเป็นหน้าที่จะต้องส่งมอบและผู้รับก็ยังมีหน้าที่อันเป็นหน้าที่จะรับมอบอยู่¹⁹

และแนวคิดที่สาม รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ เห็นว่าสัญญาให้เมื่อได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญาและได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันหรือมีการทำการให้หรือสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และก่อให้เกิดหนี้ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ให้และฝ่ายผู้รับ²⁰

ดังนั้น จากการศึกษาแนวความคิดของผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องหนี้ของสัญญาให้นี้ก็ยังมีประเด็นความเห็นที่ยังไม่สอดคล้องกันอยู่ ประเด็นปัญหานั้นคือเมื่อผู้ให้และผู้รับได้ทำสัญญาให้แก่กันแล้ว สัญญาให้นั้นจะก่อหนี้แก่คู่สัญญาหรือไม่ ประเด็นนี้ผู้เขียน

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น.396 - 397.

¹⁹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 4*, น.181 - 182.

²⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “คำบรรยายวิชานิติกรรมและสัญญา ภาคบัณฑิต” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2559.

จะทำการวิเคราะห์ในเรื่องนี้เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศอีกครั้งในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1.2 ความสมบูรณ์ของการให้

เมื่อผู้ให้และผู้รับได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันในการทำสัญญาให้แล้วนั้น ประการถัดมาคือต้องพิจารณาว่าสัญญาให้ นั้นมีผลสมบูรณ์แล้วหรือไม่ เนื่องจากการทำสัญญาให้ นั้นคู่สัญญาอาจมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา หรืออาจเป็นการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต หรือเป็นการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ไว้ หรือกฎหมายอาจมีการกำหนดรูปแบบการทำการให้ไว้ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะมีผลทำให้สัญญาให้ยังไม่มีผลสมบูรณ์จึงจำเป็นต้องมีการพิจารณา ดังนี้

3.1.2.1 การส่งมอบทรัพย์สิน

การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ คือ การที่ผู้ให้กระทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ ซึ่งมีวิธีการส่งมอบแตกต่างกันไปตามสภาพของทรัพย์สินที่ให้ กล่าวคือ หากเป็นสังหาริมทรัพย์ก็อาจส่งมอบโดยการโอนการครอบครองทรัพย์สินนั้นไปยังผู้รับ คือ อาจส่งให้ถึงมือ แต่หากเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้นก็จะต้องทำการให้กันเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามความในมาตรา 525 และเมื่อกระทำการดังกล่าวแล้วการให้ นั้นก็ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันอีก และหากเป็นการให้ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ เช่น สิทธิอันมีหนังสือตราสาร จะต้องใช้วิธีส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับ และต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งสิทธิ นั้นด้วย โดยไม่ต้องมีการส่งมอบของจากมืออีก จะเห็นว่าการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และการให้หนังสือตราสาร เป็นการกำหนดวิธีการให้ที่เป็นข้อยกเว้นจากการที่กฎหมายกำหนดให้การให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันตามความในมาตรา 523 เนื่องจากการให้ในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการที่ผู้ให้ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับไปแล้ว ดังนั้น จึงใช้ทดแทนการส่งมอบของโดยพฤตินัยได้

ประเด็นปัญหา

ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นี้ก็มีประเด็นปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เนื่องจาก มาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” ดังนี้ จึงมีประเด็นปัญหาว่าการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้นี้เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เพราะหากการส่งมอบเป็นแบบแล้วคู่สัญญาได้ทำสัญญาให้กันแต่ไม่มีการส่งมอบสัญญาให้ นั้นก็จะตกเป็นโมฆะ ส่งผลให้คู่สัญญากลับคืนสู่สถานะเดิม แต่หากพิจารณาว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบของสัญญาให้ เป็นเพียงการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์แล้ว เมื่อคู่สัญญาทำสัญญาให้กันแต่ไม่ได้ส่งมอบก็มีผลเพียงทำให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์แต่ไม่ได้เสียไป สัญญาให้ยังคงอยู่และเมื่อไหร่ที่ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับสัญญาให้ นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และเด็ดขาดไป ในประเด็นนี้มีผู้ทรงคุณวุฒิมีความเห็นแย้งกันออกเป็นสัฟาย

โดยฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า ในการให้หนี้ การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ถือเป็นแบบของการให้ ฉะนั้น หากคู่สัญญาไม่มีเจตนาต้องตรงกันแต่ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้น ก็อาจจะตกเป็นโมฆะ ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร อธิบายไว้ว่า คู่สัญญาจะทำให้สมบูรณ์โดยเพียงแต่มีเจตนาตกลงกันเฉยๆเท่านั้นหาเพียงพอไม่ ยังจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ อีก มิฉะนั้น ถือว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ เป็นโมฆะดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 152 โดยแบบที่กฎหมายบังคับไว้ นี้ ยังมีแบบอยู่อีกชนิดหนึ่ง คือ การส่งมอบทรัพย์สิน เรียกว่าสัญญาประเภทที่ต้องทำตามแบบนี้ เป็นสัญญาที่สมบูรณ์โดยการส่งมอบ ได้แก่ สัญญาให้ จำนำ ผากทรัพย์ และสัญญาเช่า การให้ต้องมี การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ อาจเป็นการส่งมอบโดยการกระทำ หรือโดยวาจาไม่ว่าโดยตรง หรือโดยปริยายก็ย่อมจะใช้ได้ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ตามธรรมดา การส่งมอบอาจทำโดยตรง หรือโดยปริยายก็ได้ สุดแต่ว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับ คือ อาจหยิบยื่นหรือส่งให้อย่างธรรมดา หรือหากผู้รับได้ดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว ผู้ให้เพียงแต่บอกยกให้การให้ก็มีผล ถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแทนผู้ให้ก็ได้ แต่ถ้าบุคคลที่สามไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ให้ การให้นั้นก็ยังไม่สมบูรณ์เพราะยัง ไม่มีการส่งมอบตราใบที่ยังไม่มีการส่งมอบ การให้นั้นก็หาสมบูรณ์ไม่และทำให้ผู้รับไม่มีสิทธิเรียกร้องอะไรจากผู้ให้ ส่วนเรื่องว่าจะต้องทำการส่งมอบกันเวลาใดการให้จึงจะสมบูรณ์นั้น เพราะการส่งมอบ อาจเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับการแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการแสดงเจตนารับของผู้รับ หรืออาจจะเป็นการส่งมอบในภายหลังก็ได้ ซึ่งมีอาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์²¹ เห็นว่าการส่งมอบจะทำในเวลาแสดงเจตนาให้นั่นเองหรือภายหลังก็ได้ แต่ถ้าส่งมอบภายหลังการแสดงเจตนาให้แล้ว จะต้องส่งมอบเสียก่อนผู้ให้ตายหรือถอนการแสดงเจตนาให้เท่านั้น มิฉะนั้นการส่งมอบจะใช้ไม่ได้²²

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร จะเห็นว่า แม้ศาสตราจารย์ดร.ไพฑูริย์จะเห็นว่าการส่งมอบถือเป็นแบบก็จริง แต่การส่งมอบนั้นสามารถกระทำโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ อีกทั้งยังสามารถกระทำโดยวาจา หรือสั่งให้บุคคลที่สามทำการให้แทนผู้ให้ก็ได้ และที่สำคัญ การส่งมอบการให้อาจจะทำการส่งมอบไปพร้อมกับการแสดงเจตนาหรือส่งมอบไปภายหลังก็ได้เช่นกัน ดังนั้น แนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์นี้จึงแตกต่างจากแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิอีกสองท่าน นั่นคือ แนวคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์ และศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร

²¹ ปรีชา สุมาวงศ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532), น.710.

²² ไพฑูริย์ เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.152.

ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสติพันธ์ ได้อธิบายไว้ว่า สัญญาให้โดยเสนหานั้น กฎหมายกำหนดวิธีการสำคัญสำหรับการให้ไว้ นั่นคือ การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ให้แก่ผู้รับการส่งมอบในกรณีนี้คงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องของการส่งมอบว่าจะต้องมีลักษณะของการโอนการครอบครองเพื่อให้ผู้รับมีอำนาจจัดการในทรัพย์สินนั้นได้ แต่เป็นที่น่าพิจารณาด้วยว่า “การส่งมอบ” ในสัญญาให้โดยเสนหานี้มิใช่ “การปฏิบัติการชำระหนี้” ของผู้ให้ แต่เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน ทั้งนี้ การส่งมอบเป็นการยืนยันเจตนาอิสระของผู้ให้ในการให้ทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการแสดงเจตนารับของผู้รับการให้กับการส่งมอบจึง ต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นกรรมและวาระเดียวกัน หากผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับไปในทันที สัญญาให้ย่อมไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายจะใช้คำว่า “ไม่สมบูรณ์” และมีได้ใช้คำว่า เป็น “โมฆะ” ก็ตาม แต่ในกรณีนี้ต้องถือว่าความไม่สมบูรณ์คือความเป็นโมฆะ เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการให้นั้นไม่ก่อให้เกิด “หนี้” ต่อผู้ให้ ดังนั้น หากผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินพร้อมกับการแสดงเจตนาให้ ผู้รับการให้จะมาเรียกหรือฟ้องบังคับผู้ให้ให้ “ต้องให้” ไม่ได้ เพราะขัดกับบทบัญญัติในมาตรา 521 อย่างชัดเจน ซึ่งการให้นั้นต้องเกิด “โดยเสนหา” กล่าวคือ ด้วยความอยากให้ผู้ให้มิใช่การให้เพราะ “ต้องให้” ผู้รับจึงจะเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับเองเทียบกับการให้หรือการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และการส่งมอบไม่ใช่ “หนี้” ที่เกิดจากสัญญาให้ เหมือนกับที่เป็น “หนี้” ในสัญญาซื้อขาย²³

ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายในเรื่องนี้ว่า “ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีนิติกรรมหรือสัญญา 6 ประเภทซึ่งจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นๆ ได้แก่ สัญญาให้ (มาตรา 523) กล่าวคือ ตราบไต่ที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน คือ ยื่นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่กันตราบนั้นสัญญาก็ไม่เกิดขึ้น ไม่บริบูรณ์ ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นโมฆะ”²⁴ ถ้าไม่ส่งมอบเป็นเรื่องผิดแบบ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม หรือเป็น “แบบที่กฎหมายบังคับ” ถ้าไม่ส่งมอบ องค์ประกอบของนิติกรรมในส่วนที่แบบที่จะไม่สมบูรณ์ แต่เจตนาอันคงสมบูรณ์แล้วทุกประการ

คุณศศิภรณ์ นารอดภัย อธิบายว่า การส่งมอบสังหาริมทรัพย์กฎหมายไม่ได้เขียนว่าเป็นแบบแต่ใช้คำว่าหากไม่ส่งมอบสัญญาให้จะไม่สมบูรณ์เท่านั้น แต่เรื่องการให้

²³ ศันท์ภรณ์ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.381 - 382.

²⁴ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.42.

อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็นแบบที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ²⁵

และสุดท้าย คุณตะวัน กุลกาญจนวรรณ อธิบายว่า “แม้จะเกิดเป็นสัญญาให้แล้ว แต่หากคู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามแบบของสัญญาให้ที่กฎหมายกำหนด การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์ สำหรับแบบของสัญญาให้ นั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบของการให้และประเภทของทรัพย์สินที่ให้”²⁶

ส่วนแนวคิดเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ฝ่ายที่สองนั้น เห็นว่า สัญญาให้มีสถานะเป็นสัญญาตามกฎหมาย การส่งมอบเป็นเพียงการทำให้สัญญาให้เสร็จเด็ดขาดไปเท่านั้น มีผลแค่ทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ ไม่ใช่หมายความว่าถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กันแล้วจะทำให้การให้นั้นเป็นโมฆะ ผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นตามแนวคิดนี้ คือ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้อธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า “ตามมาตรา 523 การให้ยอมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ แปรความกลับกัน ถ้าไม่ส่งมอบ สัญญาให้ก็ไม่สมบูรณ์ ส่งมอบกันเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น ดังนั้น การส่งมอบจึงไม่ใช่แบบของสัญญาให้ ที่ว่ามานี้อย่าลืมหาสัญญาให้ได้เกิดขึ้นแล้ว มีสัญญาให้แล้ว เพราะมีคำเสนอสนอง มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว ไม่ใช่ยังไม่เกิด ยังไม่มีสัญญาให้ เพียงแต่สัญญายังไม่สมบูรณ์เท่านั้น ย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ คือผู้ให้ผู้รับต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กันโดยบทบัญญัติของกฎหมาย คือผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินคือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้รับก็ต้องยอมรับมอบรับโอน ถ้าไม่ยอมส่งมอบโอนทรัพย์สิน หรือไม่ยอมรับมอบรับโอนทรัพย์สิน กฎหมายก็บัญญัติให้การให้ไม่สมบูรณ์เท่ากับเป็นการลงโทษคู่สัญญา ถ้าไม่มีการส่งมอบ ผู้รับก็ย่อมฟ้องร้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบได้ จึงเห็นได้ว่า ตามมาตรา 523 ที่บัญญัติให้ส่งมอบเป็นหน้าที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติตามประการหนึ่ง”²⁷

ต่อมา แนวคิดฝ่ายที่สาม เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบของการแสดงเจตนา ดังนั้น ถ้าไม่ทำการส่งมอบก็จะทำให้การแสดงเจตนามีผลไม่สมบูรณ์ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช โดยได้อธิบายไว้ว่า “การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ไม่ใช่แบบ เช่น มาตรา 650 วรรค 2 สัญญาใช้สิ่งเปลี่ยนแปลง

²⁵ ศศิภรณ์ นารอดภัย, “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.74 - 76.

²⁶ ตะวัน กุลกาญจนวรรณ, “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น.15.

²⁷ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น.180 - 181.

จะบริบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยึดกันนั้น ความจริงไม่ใช่แบบ ควรจัดว่าอยู่ในขั้นตอนแสดงเจตนา คือ กฎหมายถือว่า ถ้าผู้ให้ยืมยังไม่ได้ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าเขามีเจตนาบริบูรณ์จะให้ยืม”^{28 29}

และสุดท้าย แนวคิดที่สี่ เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม³⁰ หากไม่ทำการส่งมอบแล้วนิติกรรมการให้นั้นก็ยังไม่จะมีผลจนกว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ โดยอธิบายว่า ”ในเรื่องนี้ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านอธิบายว่า ในสัญญาเหล่านี้ตราบิตที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ตรานั้นสัญญาไม่เกิดขึ้นหรือไม่บริบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่เห็นพ้องด้วย และอธิบายว่ากรณีเหล่านี้กฎหมายมุ่งหมายให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาแห่งนิติกรรม เพราะถือว่าการแสดงเจตนาโดยไม่มี การส่งมอบยังไม่นับว่าเป็นการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบ ดังนั้น นิติกรรมนั้นจึงไม่สมบูรณ์ คือไม่มีผล”³¹

เรื่องการส่งมอบได้มีแนวคำพิพากษาฎีกาแยกออกเป็นสองฝ่ายเช่นกัน คือฝ่ายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ ถ้าไม่มีการส่งมอบสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 226/2520

โจทก์ทำสัญญากับจำเลยผู้เป็นบุตรว่า โจทก์ยินยอมสละสิทธิในการรับมรดกซึ่งมีสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ สิทธิและประโยชน์ซึ่งโจทก์มีสิทธิได้รับจากบิดาโจทก์ โดยยินยอมให้ทรัพย์สินมรดกดังกล่าวตกทอดให้แก่จำเลย สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาประนีประนอมยอมความเพราะโจทก์จำเลยมิได้มีข้อพิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกของบิดาโจทก์ในขณะที่ทำสัญญา หรือจะมีขึ้นในภายหน้า หากแต่เป็นสัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ สัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์เมื่อไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ทั้งไม่ได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ถึง 525 บังคับไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ เท่ากับไม่มีสัญญาให้ซึ่งสังหาริมทรัพย์และที่เกี่ยวกับการให้สังหาริมทรัพย์

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศปธาน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), น.301.

²⁹ แนวคิดที่สามนี้ยังมีผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นไปในทางเดียวกับหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช อีก ได้แก่ อาจารย์อัศววิทย์ สุมาวงศ์ อาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย และศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ

³⁰ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.9.

³¹ เพ็ญอ้าง, น.9.

และทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2494

ผู้ตายทำหนังสือ(นาชา) ยกที่ดินให้จำเลยตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ตามกฎหมายอิสลามมิว่าการให้ด้วยหนังสือนาชานี้ใช้ได้ ที่ดินไม่เป็นมรดกต่อไปตามกฎหมายอิสลามไม่ต้องแบ่งมรดกก็ตาม แต่ปรากฏว่าการยกให้ไม่ถูกแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่ได้จดทะเบียน ที่ดินจึงยังเป็นของผู้ตายอยู่ในเวลาตายจึงต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าที่ดินนี้ยังเป็นมรดกของผู้ตายอยู่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515

สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยมีข้อความว่าจำเลยแสดงเจตนาสละสิทธิการครอบครองกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไป และโจทก์สัญญาว่าจะจ่ายเงินผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้นให้แก่จำเลยหนึ่งในสามจนตลอดชีวิตของจำเลยเป็นสัญญาซึ่งจำเลยมีเจตนาขายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โจทก์โดยเสน่หา โดยโจทก์มิได้เสียค่าตอบแทนแต่ประการใด แต่จำเลยคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้เพียงบางส่วนเพื่อใช้สอยในระหว่างที่จำเลยยังมีชีวิตอยู่ ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยสละการครอบครองให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไปคงมีความหมายเพียงว่าจำเลยส่งมอบทรัพย์สินให้โจทก์ อันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาให้เท่านั้น เมื่อทรัพย์สินที่ให้เป็นที่ดินมีโฉนด การให้จึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (แม้จะฟังว่าเป็นคำมั่นจะให้ก็ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกันเมื่อไม่จดทะเบียนนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ)

ต่อมา มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ หากไม่ทำตามคู่สัญญาก็ไม่มีสิทธิบังคับตามสัญญาให้ได้เท่านั้น ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2537

“...สำหรับที่พิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด การโอนกรรมสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 ทวิแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และหนังสือสัญญาให้ที่ดินโดยเสน่หาตามเอกสารหมาย จ.7 ตอนท้ายมีข้อความว่า คู่สัญญาจะได้นำไปจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินภายในกำหนด 7 วัน นับแต่วันทำสัญญาฉบับนี้ จากข้อสัญญาดังกล่าว แสดงว่าจำเลยประสงค์จะยกที่พิพาทให้แก่โจทก์ โดยทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ฉะนั้น เมื่อการให้รายนี้ยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมให้ก็ย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่โจทก์ได้...”

คำพิพากษาฎีกาที่ 586/2538

การให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ที่ดินจะต้องได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงบังคับกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 บันทึกข้อตกลงระหว่าง ป. กับจำเลยที่ระบุว่าจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของที่พิพาทยินยอมยกที่ดินดังกล่าวส่วนหนึ่งให้โจทก์ด้วย แต่มิได้จดทะเบียนจึงไม่มีผลผูกพันจำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาที่พิพาทโดยอาศัยบันทึกดังกล่าวได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 663/2538

ท. ประสงค์จะยกที่ดิน น.ส.3 ให้แก่โจทก์โดยการทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้ ท. จะยื่นเรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมประเภทให้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ประกาศตามระเบียบ ท.ก็ตายเสียก่อน เมื่อยังมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การให้จึงยังไม่สมบูรณ์ โจทก์จะฟ้องขอให้บังคับจำเลยในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะผู้จัดการมรดกของ ท. จดทะเบียนการให้แก่โจทก์ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2195/2522

โจทก์มีเจตนายกตลาดสด ผลไม้ และที่ดินที่ปลูกสร้างให้แก่จำเลยที่ 1 เพื่อให้จำเลยที่ 1 ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวหาผลประโยชน์มาปรับปรุงท้องที่ในเขตสุขาภิบาลของจำเลยที่ 1 เป็นการให้แก่จำเลยที่ 1 โดยเฉพาะ มิใช่เป็นการให้เพื่อใช้เป็นสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อสงวนไว้เป็นประโยชน์ร่วมกันของพลเมืองอันเป็นลักษณะของสาธารณะสมบัติของแผ่นดินตาม มาตรา 1304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อการให้ซึ่งที่ดินและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 บัญญัติไว้ การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้นยังเป็นของโจทก์ โจทก์มีสิทธิเอาคืนได้"

ดังนั้น ในประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นประเด็นทางข้อกฎหมายที่มีความสำคัญและยังไม่อาจหาข้อสรุปได้ การตีความสถานะทางกฎหมายของการส่งมอบที่แตกต่างกันจะส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันด้วย ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. เจอนาย ข. โดยบังเอิญและบอกนาย ข. ว่าตนจะให้หนังสือของตนแก่นาย ข. หนึ่งเล่ม แต่ขณะนั้น นาย ก. ไม่มีหนังสือเล่มดังกล่าวอยู่กับตัว ต่อมาวันรุ่งขึ้น นาย ก. จึงได้นำหนังสือเล่มดังกล่าวไปให้นาย ข. ที่บ้าน หากนำแนวคิดเรื่องการตีความสถานะทางกฎหมายของการส่งมอบมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงนี้จะพิจารณาได้ดังนี้

หากตีความการส่งมอบว่าเป็นแบบตามแนวคิดที่หนึ่ง เมื่อนาย ก. ทำสัญญาให้หนังสือซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์แก่นาย ข. โดยมีได้มีการส่งมอบหนังสือให้ทันที ดังนั้น

ตามแนวคิดที่หนึ่งเมื่อการส่งมอบถูกต้องความเป็นแบบ เมื่อนาย ก.ไม่ทำการส่งมอบหนังสือให้แก่ นาย ข. ทันทีขณะทำสัญญาสัญญาให้มันจึงตกเป็นโมฆะ

ต่อมา หากตีความการส่งมอบตามแนวคิดที่สอง ที่เห็นว่าการส่งมอบ ไม่ใช่แบบแต่เป็นการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์เท่านั้น ฉะนั้น เมื่อมีการทำสัญญาให้หนังสือระหว่าง นาย ก. กับนาย ข. แล้วแต่ยังไม่มีการส่งมอบ นาย ก. ก็จะมีหน้าที่จะต้องส่งมอบหนังสือให้แก่ นาย ข. ตามสัญญา และการที่นาย ก. นำหนังสือไปให้นาย ข. ที่บ้านในวันรุ่งขึ้นก็ถือเป็นการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แล้ว ทำให้สัญญาให้มันมีผลสมบูรณ์

ถัดมา หากตีความการส่งมอบตามแนวคิดที่สาม คือ เห็นว่าการส่งมอบ ไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบของการแสดงเจตนา ดังนั้น การที่นาย ก. ทำสัญญากับนาย ข. โดยยังไม่ได้ส่งมอบหนังสือจึงทำให้การแสดงเจตนาให้ของนาย ก. ไม่สมบูรณ์ ทำให้ไม่เกิดเป็นสัญญาให้ขึ้น

สุดท้าย หากตีความการส่งมอบตามแนวคิดที่สี่ คือ เห็นว่าการส่งมอบ ไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม เมื่อมีการทำสัญญาให้หนังสือแล้วก็เท่ากับ มีการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแล้วแม้ยังไม่มีการส่งมอบหนังสือก็เป็นกรณีที่นิติกรรมการให้มัน ยังไม่สมบูรณ์ เมื่อนาย ก. นำหนังสือที่ให้ไปมอบแก่นาย ข. ในวันรุ่งขึ้นจึงมีผลเป็นการส่งมอบที่เป็น องค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้ ดังนั้น เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วสัญญาให้มันก็เกิดมีผลสมบูรณ์ โดยที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากันใหม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดที่สามารถ ปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงให้ได้ประโยชน์ที่สุด ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะนำประเด็นปัญหานี้ไปวิเคราะห์ ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1.2.2 การให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุด

ในเรื่องการมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุดนั้นปรากฏ อยู่ในหมวด 4 ลักษณะ 4 นิติกรรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในมาตรา 182 ได้กำหนดความหมายของเงื่อนไขไว้ว่าเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน ซึ่งผู้ทำนิติกรรมนำมา กำหนดเกี่ยวกับความเป็นผลหรือสิ้นผลของนิติกรรม เงื่อนไขจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ขึ้นอยู่กับเจตนาของ ผู้ทำนิติกรรมว่าจะเอาเหตุการณ์อะไรมากำหนดถึงความเป็นผลของนิติกรรม³² ส่วนเงื่อนไข คือ จุดช่วงเวลาที่มีการเริ่มต้นหรือสิ้นสุดความเป็นผลของนิติกรรม เป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่แน่นอนแล้ว ซึ่งผู้ทำนิติกรรมได้กำหนดเกี่ยวกับการเริ่มต้นหรือการสิ้นสุดความเป็นผลของนิติกรรม³³

โดยทั่วไป การทำนิติกรรมหรือสัญญาใดๆคู่สัญญาสามารถกำหนดให้ นิติกรรมนั้นมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเงื่อนไขสิ้นสุดได้ และเนื่องจากสัญญาให้ก็มีลักษณะ

³² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.200 - 201.

³³ *เพ็ญอ้าง*, น.217.

เป็นสัญญาชนิดหนึ่งจึงมีประเด็นปัญหาว่าคู่สัญญาจะกำหนดให้การทำสัญญาให้มีเงื่อนไข เงื่อนไข เริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุดเหมือนการทำสัญญาโดยทั่วไปได้หรือไม่

ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ยกที่ดินของตนให้แก่เทศบาลเพื่อให้อำนาจเป็น สถานีขนส่งทางบกโดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้เมื่อกรมการขนส่งทางบกมีคำสั่งให้สร้าง สถานีขนส่งทางบกบนที่ดินแปลงดังกล่าวแล้วเท่านั้น กรณีนี้เป็นการทำการให้ที่มีเงื่อนไข จะสามารถ ทำได้หรือไม่

ต่อมา หากนาย ก. ยกรถยนต์ของตนให้แก่ นาย ข. โดยให้นาย ข.นำไป ใช้ได้เมื่อถึงวันเกิดของนาย ข. กรณีนี้เป็นการทำการให้ที่มีเงื่อนไขเริ่มต้นจะสามารถทำได้หรือไม่ หรือการที่นาย ก. ทำสัญญายกที่ดินให้แก่ นาง ข. โดยกำหนดว่าเมื่อใดที่นาง ข. อายุ 60 ปี สัญญาให้ ก็สิ้นสุดลงและนาย ก. สามารถเรียกคืนที่ดินที่ได้ให้ทันที กรณีนี้เป็นการทำการให้ที่มีเงื่อนไข สิ้นสุดจะสามารถทำได้หรือไม่

ในเรื่องการทำการให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดนี้ นักวิชาการยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน ดังนี้

ในแนวคิดแรกนักวิชาการเห็นว่าสัญญาให้ไม่อาจมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุดได้ นักวิชาการที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ที่มีความเห็นว่า “สัญญาให้ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนน่าจะมีไม่ได้ ตามนัยของมาตรา 521 เพราะโดยหลักเรื่องการให้โดยเสนหาตามมาตรา 521 แล้ว สัญญาให้ที่ไม่ส่งมอบเป็นสัญญาให้ที่ไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ก็ยังไม่โอนไป ซึ่งต่างจากเรื่องซื้อขายที่กรรมสิทธิ์ โอนทันทีที่ทำสัญญาหรือทำการตกลงกัน ดังนั้น หากสัญญาให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อน ย่อมหมายความว่า ผลของสัญญาให้ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ หากเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนที่ได้กำหนดไว้แล้วนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ เงื่อนไขบังคับก่อนสำเร็จ ผลของสัญญาให้ก็จะเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีของการให้ผลตรงนี้จะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยผู้ให้ที่จะส่งมอบ ทรัพย์สินให้กับผู้รับเพื่อให้กรรมสิทธิ์โอนด้วย แต่ผลดังกล่าวไม่สามารถเกิดได้เองทันทีที่เงื่อนไขสำเร็จ ทั้งผู้ให้เองก็ไม่มีหน้าที่จะต้องทำให้ผู้รับได้รับผลของสัญญาให้ด้วย ดังนั้น การทำสัญญาให้ในลักษณะนี้ อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อะไร

ส่วนเรื่องการให้โดยมีเงื่อนไขเริ่มต้นก็น่าจะมีไม่ได้ด้วยเหตุผลเดียวกัน เพราะหากมีได้ย่อมหมายความว่าผลของสัญญาให้จะเกิดขึ้นทันทีที่ถึงเวลา แต่ในกรณีของการให้ ผลของสัญญาให้จะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้ให้เป็นสำคัญ หากจะทำ สัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต สัญญาให้ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อน หรือมีเงื่อนไขเริ่มต้น

หากจะทำได้ก็ต้องทำในรูปสัญญาไม่มีชื่อ แต่จะทำบนฐานของสัญญาให้โดยเสน่หาตามมาตรา 521 ไม่ได้”³⁴

ต่อมา ในแนวคิดที่สองเห็นว่า สัญญาให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้นและเงื่อนไขสิ้นสุดได้ นักวิชาการที่เห็นในแนวทางนี้ ได้แก่ อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ ที่เห็นว่า สัญญาให้อาจทำได้โดยมีเงื่อนไขบังคับก่อนก็ได้เช่นเดียวกับนิติกรรมหรือสัญญาทั่วไป³⁵

ต่อมา ผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นไปในแนวทางนี้อีกท่านได้แก่ ศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธ์ ที่เห็นว่า สัญญาให้ซึ่งเป็นนิติกรรม ย่อมจะมีเงื่อนไข เงื่อนไขได้ ไม่ว่าจะ เป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือหลัง เงื่อนไขเริ่มต้นหรือสิ้นสุด เพราะเมื่อกรณีต้องด้วยมาตรา 521 คือ มีการเสนอสอนอง วัตถุประสงค์ของสัญญาคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยเสน่หา ก็เกิดสัญญาให้แล้วและมีผลผูกพันตามสัญญากันแล้ว แม้จะมีเงื่อนไขเงื่อนไขอยู่ด้วย ก็เพียงแต่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ นิติกรรมยังไม่เป็นผล จะเรียกร้องให้ปฏิบัติตามนิติกรรมสัญญาอย่างไม่ได้เท่านั้น การเกิดของนิติกรรมสัญญาเป็นคนละเรื่องกับเรื่องนิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นสุด หรือเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา หรือเรื่องกรรมสิทธิ์โอน³⁶

และคุณศศิภรณ์ นารอดภัย เห็นว่า การให้สังหาริมทรัพย์สามารถมีเงื่อนไขได้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนา ผู้ให้สามารถเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อมีการบอกเลิกสัญญากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ก็โอนกลับไปยังผู้ให้โดยอัตโนมัติโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 391³⁷

แนวคิดที่สาม รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ เห็นว่า การให้สังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 ไม่สามารถมีเงื่อนไขบังคับก่อนได้ เนื่องจากการให้สังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

แนวคิดที่สี่ คุณตะวัน กุลกาญจนาวรรณ เห็นว่า สัญญาให้อาจมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขได้ แต่ไม่น่าจะสามารถมีการกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังได้ เนื่องจากสัญญาให้โดยทั่วไปเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แล้ว สัญญาให้ย่อมสมบูรณ์โดยทันที ไม่น่าจะสามารถกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังต่อไปได้ หากสัญญาโดยทั่วไปสามารถมีเงื่อนไขบังคับหลังได้ย่อมมีปัญหาว่าการคืนทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะเช่นนี้จะใช้การคืนทรัพย์สินโดยวิธีการใด อย่างไรก็ตาม สำหรับการให้ที่ผู้ให้ผูกพันว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆนั้นเห็นว่าสามารถมีเงื่อนไขบังคับหลังอันเป็น

³⁴ เพิ่งอ้าง, น.424.

³⁵ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น.728.

³⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.105, 109.

³⁷ ศศิภรณ์ นารอดภัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น.120.

เครื่องมือกำหนดความสั้นผลของการให้ได้ โดยเมื่อเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จผู้ให้ยอมไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแก่ผู้รับอีกต่อไป แต่ก็ไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปก่อนที่เงื่อนไขบังคับหลังจะสำเร็จได้³⁸

เรื่องสัญญาให้จะสามารถมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขเวลาเริ่มต้น เงื่อนไขเวลาสิ้นสุดได้หรือไม่ มีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วและมีแนวคำพิพากษาฎีกา ดังนี้

หนังสือกรมที่ดินที่ มท 0712/1/ว 14178 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2562

“บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ทำการแทนผู้เยาว์ของจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้ที่ดินแก่ผู้เยาว์โดยมีข้อกำหนดห้ามโอนไว้ หากมีการละเมิดข้อกำหนดห้ามโอนให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งนอกจากผู้รับประโยชน์นั้น เป็นการรับให้ซึ่งมีเงื่อนไขต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนตามมาตรา 1574 (11) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”³⁹

“สภากาชาดไทยรับให้ที่ดินโดยจะจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับผู้ให้ตลอดชีวิต ซึ่งผู้ให้ได้จดทะเบียนการเช่าที่ดินแปลงนี้ให้กับนิติบุคคลไว้แล้วเป็นระยะเวลา 30 ปี กรณีเช่นนี้เป็นการให้โดยมีเงื่อนไข มิใช่เป็นเรื่องที่สภากาชาดไทยนำทรัพย์สินของสภากาชาดไทยมาจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับบุคคลอื่น แม้ขณะนี้สภากาชาดไทยยังไม่อาจเก็บผลประโยชน์ในที่ดินได้ แต่เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่กรรมแล้ว สภากาชาดไทยก็สามารถเข้ารับผลประโยชน์ในที่ดินได้ และการจดทะเบียนสิทธิเก็บกินในระหว่างสัญญาเช่าก็ไม่ขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด เพราะผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีอำนาจจัดการเกี่ยวกับที่ดินที่เป็นผู้ทรงสิทธิอยู่ โดยการใช้และถือเอาประโยชน์จากที่ดินนั้นได้อยู่แล้ว (มาตรา 1417 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) การที่สภากาชาดไทยจะรับการยกให้ที่ดินดังกล่าวจึงทำได้”⁴⁰

คำพิพากษาฎีกาที่ 6136/2539

โจทก์ยกที่ดินของโจทก์ให้เทศบาลจำเลย เพื่อให้จัดทำเป็นสถานีขนส่งทางบก ต่อมา จำเลยได้ว่าจ้างให้โจทก์ก่อสร้างอาคารสถานีขนส่งลงในที่ดิน โจทก์ได้ดำเนินการก่อสร้างจนแล้วเสร็จ ในที่สุดรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้มีประกาศกำหนดให้สถานที่ที่โจทก์ก่อสร้างเป็นสถานีขนส่ง หลังจากนั้นโจทก์ได้จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่จำเลย ดังนี้ ถือว่าจำเลยได้ดำเนินการตามขั้นตอนเนื่องการจัดตั้ง

³⁸ ตะวัน กุลกาญจนารรรถ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.21.

³⁹ กรมที่ดิน, “จดทะเบียนให้”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2562, จาก <http://www.dol.go.th/registry/DocLib3/จดทะเบียนให้.pdf>

⁴⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.3.

สถานีขนส่งเรียบร้อยทุกขั้นตอนแล้ว ส่วนการที่กระทรวงคมนาคมประกาศยกเลิกสถานีขนส่งผู้โดยสารในเวลาต่อมานั้น เป็นเรื่องที่ทางราชการเห็นว่าสภาพและสภาวะปัจจุบันไม่เหมาะสมที่จะใช้ที่ดินเป็นสถานีขนส่งอีกต่อไป ซึ่งไม่มีผลย้อนหลังให้ที่ดินซึ่งโจทก์ได้จดทะเบียนโอนเป็นกรรมสิทธิ์แก่จำเลยไปแล้วกลับคืนไปยังโจทก์อีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532

การที่โจทก์ยกที่ดินให้จำเลยผู้เป็นบุตรโดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยต้องส่งข้าวเปลือกให้โจทก์ปีละ 10 ถังนั้น ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ทรัพย์สินโดยมีค่าการติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 528 แต่เป็นการยกให้โดยเสน่หา เพราะค่าการติดพันในที่ดินต้องเป็นภาระติดพันเกี่ยวกับตัวที่ดินเองโดยตรง ไม่ใช่การติดพันนอกตัวทรัพย์สิน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4004/2533

โจทก์ฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนจากจำเลยโดยอ้างว่าโจทก์ยกให้โดยมีเงื่อนไขและจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข จำเลยให้การว่าโจทก์ยกให้โดยไม่มีเงื่อนไขและจำเลยไม่ได้กระทำการใดๆที่เป็นการผิดข้อตกลงตามที่โจทก์กล่าวอ้าง เมื่อศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาทเพียงว่าโจทก์ยกทรัพย์สินตามฟ้องให้จำเลยโดยมีเงื่อนไขหรือไม่ และคู่ความเห็นฟ้องด้วย เช่นนี้แม้ข้อเท็จจริงจะได้ความว่าเดิมโจทก์ตกลงยกทรัพย์สินให้จำเลยโดยมีเงื่อนไข แต่เมื่อตอนจดทะเบียนการให้ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขการให้ไว้ในสัญญา จึงไม่มีกรณีที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาให้ ซึ่งจะถือเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ได้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1895/2537

โจทก์ได้แบ่งแยกที่ดินโฉนดเลขที่ 97 ของโจทก์ให้แก่จำเลย 2 แปลง แปลงแรกคือที่ดินโฉนดเลขที่ 156 โดยมีเงื่อนไขว่า ให้จำเลยทำเป็นตลาดสด แปลงที่สอง คือ ที่ดินโฉนดเลขที่ 162 มีเงื่อนไขให้ทำเป็นที่จอดรถ จำเลยได้รับที่ดินแล้วไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ทำกับโจทก์และได้ผิดผ่อนเวลาก่อสร้างตลอดมาโดยอ้างเหตุว่าไม่มีงบประมาณ ศาลฎีกาวินิจฉัยแล้วเห็นว่าโจทก์ยกที่ดินให้จำเลยเพื่อต้องการให้สร้างตลาดสด จำเลยยังไม่สามารถจะสร้างตลาดสดได้ เพราะไม่มีงบประมาณในการก่อสร้าง และยังตั้งใจจะทำการก่อสร้างตลาดสดต่อไป ตั้งแต่ได้รับการยกให้จำเลยก็มีได้นำที่ดินที่ได้รับการยกให้ไปทำอย่างอื่น อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของโจทก์ แต่ประการใด ในสัญญาแบ่งให้ที่ดินตามเอกสารหมาย จ.6 ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษามานั้นชอบแล้ว ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515

สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยมีข้อความว่าจำเลยแสดงเจตนาสละสิทธิการครอบครองยกกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไป และโจทก์สัญญาว่าจะจ่ายเงินผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้นให้แก่จำเลยหนึ่งในสามจนตลอดชีวิตของจำเลย

เป็นสัญญาซึ่งจำเลยมีเจตนาขายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โจทก์โดยเสน่หา โดยโจทก์มิได้เสียค่าตอบแทนแต่ประการใดแต่จำเลยคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้เพียงบางส่วนเพื่อใช้สอยในระหว่างที่จำเลยยังมีชีวิตอยู่ ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยสละการครอบครองให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไปคงมีความหมายเพียงว่าจำเลยส่งมอบทรัพย์สินให้โจทก์ อันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาให้เท่านั้น

จากการศึกษาแนวคิด ประเด็นข้อเท็จจริงและแนวคำพิพากษาฎีกา มาแล้วจะเห็นว่าในประเด็นเรื่องสัญญาให้จะสามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้หรือไม่ นั้น ยังมีแนวคิดที่แตกต่างกัน ทั้งที่เห็นว่าสามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้ และที่เห็นว่าไม่สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้ ดังนั้นประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่ต้องทำการศึกษาเพื่อจะได้นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้องต่อไป ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1.2.3 การให้ทรัพย์สินในอนาคต

การให้ทรัพย์สินในอนาคต หมายถึง การให้ทรัพย์สินที่ยังไม่มีตัวตนแน่นอนหรือยังมิได้เกิดขึ้นในขณะที่ทำการให้นั้นๆ ผู้ให้จึงยังมิได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะให้ในขณะที่ทำสัญญาให้แก่กัน⁴¹ ยกตัวอย่างเช่น นายแดงซื้อรถยนต์ให้ น.ส.เขียวบุตรสาว แต่รถยนต์ยังไม่ได้ทันทีเนื่องจากต้องรอการผลิตเป็นเวลา 3 เดือน เป็นต้น การให้ทรัพย์สินในอนาคตนี้ไม่ใช่เรื่องการทำค้ำประกันว่าจะให้หรือสัญญาจะให้ หากแต่เป็นเรื่องสัญญาให้ธรรมดาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่อาจมีหรือไม่มีขึ้นในอนาคต และในขณะที่ทำสัญญาให้นั้นผู้ให้ไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือมีทรัพย์สินนี้อยู่ในครอบครองเลย และเมื่อผู้ให้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะให้แล้วผู้ให้จะทำการให้ทรัพย์สินที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นได้หรือไม่ เรื่องนี้ก็มีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาและมีแนวความคิดที่แตกต่างกัน

โดยแนวคิดแรก เห็นว่า การให้ทรัพย์สินในอนาคต หมายถึง การให้ทรัพย์สินที่ยังไม่มีตัวตนแน่นอนหรือยังมิได้เกิดขึ้นในขณะที่ให้ ผู้ให้จึงยังมิได้เป็นเจ้าของในขณะที่ทำสัญญาให้ และเมื่อผู้ให้ยังไม่ใช่เจ้าของโดยหลักย่อมไม่มีทรัพย์สินที่จะส่งมอบให้แก่ผู้รับเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ดังนั้น การให้ทรัพย์สินในอนาคตจึงไม่อาจทำได้ตามนัยของมาตรา 521 เพราะดังที่ได้ศึกษามาแล้ว มาตรา 521 มุ่งหมายถึงการให้ที่ต้องการการส่งมอบพร้อมกับการแสดงเจตนาให้และรับเป็นสำคัญ ผู้ที่มีความเห็นในแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์⁴²

⁴¹ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.104.

⁴² ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.423.

ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า การให้ทรัพย์สินในอนาคตสามารถทำได้ เนื่องจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เป็นคนละเรื่องกับเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาให้ เมื่อสัญญาให้ได้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะให้ทรัพย์สินแก่กันแล้ว นิติกรรมสัญญาให้ก็เป็นผล เกิดเป็นสัญญาให้แล้ว มีผลผูกพันตามสัญญากันแล้ว เพียงแต่ทรัพย์สินที่จะให้กันยังไม่เกิดขึ้นทำให้ ไม่อาจเรียกร้องให้ปฏิบัติตามนิติกรรมสัญญาได้เท่านั้น การที่นิติกรรมสัญญาเกิดเป็นคนละเรื่องกับการที่นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผล เมื่อถึงเวลาที่ทรัพย์สินที่จะให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้แล้ว เมื่อนั้นผู้รับก็จะสามารถเรียกให้ผู้ให้ปฏิบัติตามสัญญาให้ได้ผู้ที่มีความเห็นในแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁴³

ในประเด็นนี้เห็นว่าจะมีความไม่ชัดเจนที่จำเป็นต้องมีการศึกษาเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1.2.4 การให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้

เนื่องจากมาตรา 521 ได้เขียนไว้ว่า ให้ คือการที่ผู้ให้ออนทรัพย์สินของตน โดยเสนอให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ดังนั้น จึงมีประเด็นปัญหาว่าผู้ให้จะต้องทำการให้ทรัพย์สินของตน เท่านั้นหรือไม่ ในเรื่องนี้แนวความคิดของผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ในปัจจุบันเห็นว่า การให้จะต้องเป็นการให้ทรัพย์สินของตนที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้น ไม่อาจทำการให้ทรัพย์สินที่ตนไม่ใช่เจ้าของ หรือทรัพย์สินในอนาคตที่ตนยังไม่มีกรรมสิทธิ์ได้เนื่องจากในมาตรา 521 กำหนดให้ผู้ให้สามารถโอน ทรัพย์สินเฉพาะของตนเท่านั้น

ผู้ที่มีความเห็นในแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ โดยเห็นว่า “การให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้ยังไม่ได้เป็นเจ้าของก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการให้ ทรัพย์สินในอนาคต เพราะเมื่อผู้ให้มิใช่เจ้าของย่อมไม่สามารถโอนทรัพย์สินให้กับผู้รับตาม วัตถุประสงค์ของสัญญาให้ได้ จึงไม่อาจเป็นผู้ให้หรือทำสัญญาให้ทรัพย์สินได้”⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ มีความเห็นที่ ต่างออกไปโดยมีความเห็นว่า ผู้ให้สามารถทำการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนหรือที่ตนยังไม่ใช่เจ้าของ ได้ตามหลักอิสระในการแสดงเจตนา แต่หากในภายหน้าผู้ให้ไม่สามารถทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นแก่ผู้รับตามสัญญาได้ผู้ให้ก็ต้องรับผิดชอบใช้ตามสัญญานั้น⁴⁵

ประเด็นการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้จึงยังมีความไม่ชัดเจนที่ต้องมีการศึกษา ดังนั้น ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

⁴³ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.105.

⁴⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.423.

⁴⁵ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.85 - 87.

3.1.3 สัญญาว่าจะให้

เรื่องสัญญาว่าจะให้ไม่มีกฎหมายบัญญัติหรือให้คำอธิบายไว้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาว่าคำมั่นว่าจะให้สามารถทำได้ตาม มาตรา 526 และการทำสัญญาว่าจะให้สามารถกระทำได้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญามาแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์ในการจะให้ทรัพย์สินของผู้ให้แก่ผู้รับในอนาคต ก็ย่อมสามารถทำได้โดยสัญญาว่าจะให้ นี้ ก็จะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจะซื้อจะขายตามมาตรา 456 วรรค 2 โดยสัญญาว่าจะให้อาจจะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับการทำคำมั่นว่าจะให้ในมาตรา 526 เพื่อที่จะสามารถบังคับสัญญาว่าจะให้ได้ตามกฎหมายนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เรื่องสัญญาว่าจะให้ก็มีประเด็นเรื่องความคล้ายคลึงกับการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตที่มีลักษณะเป็นการให้ทรัพย์สินในภายหน้าเช่นเดียวกัน จึงมีประเด็นปัญหาว่าสัญญาว่าจะให้มีความแตกต่างกับสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตอย่างไร และเนื่องจากการให้ที่กฎหมายบัญญัติเป็นการให้โดยเสน่หา เป็นการที่ผู้ให้ยินยอมยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับด้วยความเสน่หาและเต็มใจ ดังนั้น การทำสัญญาว่าจะให้ซึ่งเป็นการทำสัญญาที่ผูกพันผู้ให้ว่าจะต้องทำการให้ทรัพย์สินใดๆแก่ผู้รับในอนาคต ซึ่งเมื่อถึงเวลานั้นผู้ให้อาจไม่ยินยอมมอบทรัพย์สินที่จะให้นั้นแก่ผู้รับแล้ว ดังนั้น จึงมีประเด็นปัญหาว่าการทำสัญญาว่าจะให้อาจจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องการให้โดยเสน่หา

ในเรื่องสัญญาจะให้นี้ได้มีแนวคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1054/2502

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยซึ่งเป็นบุตรโจทก์ได้ขอร้องให้โจทก์ไปช่วยทำการค้าขายโดยจำเลยสัญญาว่าจะแบ่งผลกำไรทรัพย์สินที่ขายได้ให้โจทก์ครึ่งหนึ่ง ต่อมาโจทก์ได้บอกเลิกสัญญาไม่ค้าขายร่วมกับจำเลย จำเลยได้ทำสัญญายินยอมแบ่งผลกำไรให้โจทก์ 10,000 บาท จำเลยได้ชำระให้โจทก์แล้ว 5,000 บาท คงค้างอยู่ 5,000 บาท ขอให้ศาลบังคับให้ จำเลยให้การปฏิเสธฟ้องต่อผู้ว่าหนังสือสัญญาจะให้เงินไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โจทก์จะมาฟ้องไม่ได้ศาลชั้นต้นเชื่อว่าโจทก์จำเลยตกลงแบ่งผลกำไรจากการค้าจริงสัญญาเอกสารหมาย จ.1 ไม่ใช่สัญญาจะให้ พิพากษาให้จำเลยใช้เงินให้โจทก์ 5,000 บาท ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 3421/2545

โจทก์เป็นภริยาของบ. ซึ่งเป็นเจ้าของที่พิพาทโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกันหลังจาก บ. ถึงแก่ความตายโจทก์ได้ครอบครองที่พิพาทอย่างเป็นทางการของตนเองตลอดมา จำเลยซึ่งเป็นพี่ของบ. มิได้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเลย ต่อมาโจทก์ต้องการเป็นผู้ถือสิทธิครอบครองที่พิพาททางทะเบียนให้ถูกต้องแต่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจดำเนินการให้ได้เพราะโจทก์กับบ. มิได้จดทะเบียนสมรสกัน จึงแนะนำให้โจทก์ไปตามจำเลยมาขอรับโอนมรดกที่พิพาทของบ. แล้วให้จำเลยโอนที่พิพาท

แก่โจทก์ภายหลัง ซึ่งเป็นเรื่องไม่ถูกต้องเพราะขณะนั้นที่พิพาทไม่ได้เป็นทรัพย์สินมรดกของ บ. แล้ว การที่จำเลยทำหนังสือว่าจะให้ที่พิพาทแก่โจทก์ก่อนไปจดทะเบียนโอนมรดกจึงไม่ใช่สัญญาจะให้ที่ดิน แต่เป็นสัญญาที่ไม่มีชื่ออย่างหนึ่งที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ดังนั้น ที่จำเลยยื่นคำร้องขอรับมรดกที่พิพาทต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงเป็นการดำเนินการตามสัญญาที่ไว้กับโจทก์นั่นเอง จำเลยต้องโอนที่พิพาทให้โจทก์ตามสัญญา

ดังนั้น หลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องสัญญาว่าจะให้แล้วทำให้เห็นว่าเรื่องสัญญาว่าจะให้ยังมีประเด็นปัญหาอยู่ว่า สัญญาว่าจะให้สามารถทำได้หรือไม่และจะต้องทำอย่างไร จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเช่นไร มีความต่างกับการให้ทรัพย์สินในอนาคตและค้ำประกันว่าจะให้อย่างไร และการทำสัญญาว่าจะให้จะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียน จะทำการวิเคราะห์อีกครั้งในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1.4 การให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ

ในเรื่องการให้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 นั้น กฎหมายได้มีบัญญัติเกี่ยวกับการปลดหนี้ โดยมาตรา 522 บัญญัติไว้ว่า “การให้นั้นจะทำได้หรือให้แก่ผู้รับ หรือด้วยชำระหนี้ซึ่งผู้รับค้างชำระอยู่ก็ได้” ดังนั้น เมื่อกฎหมายได้บัญญัติมาตรา 522 นี้ ไว้ในเรื่องการให้ การปลดหนี้จึงเป็นการให้ชนิดหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เรื่องการปลดหนี้ก็ยังถูกกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ โดยเรื่องการปลดหนี้อยู่ในมาตรา 340

เรื่องการปลดหนี้ กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 522 เรื่องการให้ และมาตรา 340 เรื่องหนี้ โดยคำอธิบายในเรื่องหนี้ได้อธิบายว่า การปลดหนี้ คือ การที่เจ้าหนี้ตกลงยกหนี้สินให้แก่ลูกหนี้ โดยไม่เรียกร้องเอาค่าตอบแทนแต่อย่างใด การปลดหนี้จะต้องกระทำโดยเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ไม่ใช่สัญญา⁴⁶ เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้ที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาคือลูกหนี้ โดยที่เจ้าหนี้สามารถทำการปลดหนี้ด้วยวาจาก็ได้ก็จะทำให้การปลดหนี้มีผลสมบูรณ์ โดยที่การแสดงเจตนาปลดหนี้จำเป็นต้องเป็นการแสดงเจตนาที่มีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาตามมาตรา 168 มาตรา 169 แล้วแต่กรณีด้วย หนี้นั้นก็อันระงับไป⁴⁷ การปลดหนี้เป็นการให้โดยเสนหา ไม่มีอะไรตอบแทน เพราะถ้าให้สิ่งใดตอบแทนแล้ว ก็เท่ากับว่าเจ้าหนี้รับทรัพย์สินอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ แต่ว่าการปลดหนี้นี้มีลักษณะเป็นการกระทำโดยเสนหา และหากหนี้เดิมไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ เพียงแต่เจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าปลดหนี้ให้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานใดอีก แต่ถ้าหนี้นั้นมีหนังสือเป็นหลักฐาน

⁴⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น.556.

⁴⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.438.

การปลดหนี้ดังกล่าวก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย⁴⁸ ผู้ที่เห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์⁴⁹ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร⁵⁰ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์⁵¹ และพระยาเทพวิฑูร⁵²

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีผู้ทรงคุณวุฒิอีกท่านหนึ่ง คือ อาจารย์เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม ได้ให้แนวคิดไว้ว่า การปลดหนี้เป็นการให้ลักษณะหนึ่ง การปลดหนี้ตามกฎหมายไทยมีลักษณะทางกฎหมายเป็น “ข้อตกลง” หรือ “สัญญา” หากใช่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของลูกหนี้ไม่ข้อตกลงหรือสัญญาปลดหนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีข้อเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันในเนื้อหา และวัตถุประสงค์ของสัญญา แม้เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้ การปลดหนี้ก็ไม่เกิดผลทางกฎหมายประการต่อมา คือ การปลดหนี้ไม่มีแบบของนิติกรรม เว้นแต่จะเข้าลักษณะของมาตรา 340 วรรค 2 คือ หนี้นั้นมีหลักฐานเป็นหนังสือถึงจะต้องทำการปลดหนี้เป็นหนังสือ และประการสุดท้าย คือ ผลทางกฎหมายเมื่อมีการทำสัญญาปลดหนี้ขึ้นสมบูรณ์ หนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่ผู้ให้หรือเจ้าหนี้นี้มีต่อลูกหนี้หรือผู้รับนั้นเป็นอันระงับไป คือ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิอ้างอำนาจแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 194 เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก⁵³

ประเด็นปัญหา

การปลดหนี้นี้มีประเด็นปัญหาว่า การปลดหนี้เป็นการให้ชนิดหนึ่งตามกฎหมาย แต่คำอธิบายในเรื่องนี้นั้นอธิบายว่า เพียงเจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้ก็สมบูรณ์แล้ว การแสดงเจตนาของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว จึงผิดกับความเข้าใจในเรื่องสัญญาให้ ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีข้อเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา

⁴⁸ เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล), ยล ชีรกุล, แก้ไขปรับปรุงโดยดาราพร ธิระวัฒน์, ชวิน อุ๋นภัทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องมาตรา ว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.312 - 313.

⁴⁹ ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.438.

⁵⁰ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น.556.

⁵¹ เพ็งอ้าง, น.556.

⁵² เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล), ยล ชีรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.312 - 313.

⁵³ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, รายงานฉบับสมบูรณ์ ลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้ ≡ Legal status of release, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.70 - 73.

เรื่องนี้จึงมีประเด็นปัญหาว่า การปลดหนี้ที่นั้นเกิดขึ้นได้อย่างไรกันแน่ ลักษณะและผลทางกฎหมายของการปลดหนี้เป็นเช่นไร ในประเด็นนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์อีกครั้งในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.2 คำมั่นว่าจะให้

ในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ผู้เขียนจะทำการศึกษาในหัวข้อดังนี้

3.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

คำมั่นว่าจะให้มีปรากฏอยู่ในมาตรา 526 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการให้ทรัพย์สินหรือให้คำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วและผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับไซ้รับ ท่านว่าผู้รับชอบที่จะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้ แต่ไม่ชอบที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยอีกได้”

เรื่องคำมั่นว่าจะให้นี้ กฎหมายไม่ได้มีการอธิบายไว้อย่างแน่ชัดว่าคืออะไร และมีหลักเกณฑ์อย่างไร และไม่มีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยเรื่องคำมั่นว่าจะให้ มีแต่เพียงการกล่าวถึงเรื่องการบังคับคำมั่นว่าจะให้ซึ่งเขียนไว้ในมาตรา 526 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อมีเรื่องคำมั่นว่าจะให้บัญญัติไว้ในมาตรา 526 แล้วก็หมายความว่ากฎหมายกำหนดให้สามารถมีการทำสัญญาจะให้หรือคำมั่นว่าจะให้ได้ ในเรื่องนี้มีผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้ให้คำอธิบายถึงคำมั่นว่าจะให้ไว้โดยแบ่งได้ ดังนี้

แนวคิดแรก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง⁵⁴ มีความเห็นว่า คำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้เมื่อผู้ให้คำมั่นได้มีการแสดงเจตนาทำคำมั่นและการแสดงเจตนาอันมีผลสมบูรณ์แล้วตามมาตรา 168 และมาตรา 169 แล้วแต่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับเอาคำมั่นนั้น

ต่อมา แนวคิดที่สอง ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร⁵⁵ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ว่า “นอกจากการให้ทรัพย์สินแล้ว คำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินย่อมมีได้ เพราะมาตรา 526 ได้กล่าวถึงไว้อย่างชัดเจน ส่วนคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินคืออะไรมาตรานี้ไม่ได้กำหนดไว้ แต่อาจกล่าวได้ว่าเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวของผู้ให้คำมั่นที่จะให้ทรัพย์สินแก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายหลังนี้มีสิทธิเลือกที่จะ

⁵⁴ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, น.10; Korrasut Khopuangklang, “A critical analysis of promise in Scots law and Thai law,” PhD Dissertation, University of Edinburgh, 2016, p.360.

⁵⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.165 - 166.

รับหรือไม่ หากฝ่ายนี้แสดงเจตนารับ สัญญาให้ก็เกิดขึ้น เพราะสัญญาให้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย ไม่ใช่นิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินนี้ ในกรณีที่เป็นการค้ำประกันว่าจะให้ เมื่อผู้รับได้แสดงเจตนาที่จะรับเอาค้ำประกันดังกล่าวแล้ว ผู้ให้ก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ หากผู้ให้เปลี่ยนใจไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สิน ดังนี้ ผู้รับมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าการให้ทรัพย์สินหรือค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นได้มีการนำไปจดทะเบียนกันหรือไม่ หากมีการไปจดทะเบียนและผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับ ผู้รับชอบที่จะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้ และผู้รับจะไปเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยอีกไม่ได้ แต่หากการให้ทรัพย์สินหรือค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว และผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับ ผู้รับก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้

คุณธีราพร ดิษยาธิคม⁵⁶ ได้อธิบายเรื่องค้ำประกันว่าจะให้ไว้ว่าสัญญาจะให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ในมาตรา 526 นี้ เป็นการที่จะไปทำสัญญาให้ในอนาคต การเรียกให้ผู้ทำสัญญาจะให้ส่งมอบทรัพย์สินนี้ไม่ใช่เป็นการเรียกให้ปฏิบัติตามสัญญาให้แต่อย่างใด แต่เป็นการเรียกให้ปฏิบัติตามสัญญาจะให้หรือค้ำประกันว่าจะให้เท่านั้น การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นี้มีได้มีลักษณะเป็นแบบแห่งนิติกรรมที่จะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาให้ แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับการทำหลักฐานเป็นหนังสือ ผลของการไม่ทำตามคือ ผู้รับจะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือเรียกให้ใช้ราคาทรัพย์สินแทนไม่ได้ หนี้ของค้ำประกันว่าจะให้คือหนี้ที่จะต้องไปทำสัญญาให้กันอีกครั้งหนึ่งซึ่งหมายความรวมถึงการส่งมอบทรัพย์สินและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปพร้อมกันด้วย หรือหากผู้ให้ไม่อาจส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับการแสดงเจตนาแล้วผู้รับก็ชอบที่จะเรียกให้ผู้ให้ค้ำประกันว่าจะให้ใช้ราคาทรัพย์สินนั้นแทนได้

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ มีความเห็นในเรื่องการให้ที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบว่ามีลักษณะเป็นสัญญาว่าจะให้มากกว่าจะเป็นค้ำประกันว่าจะให้ โดยได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า “ในเรื่องการให้ที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบนั้นจะเป็นการให้ที่เสร็จเด็ดขาดหรือเป็นเพียงสัญญาว่าจะให้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นสัญญาว่าจะให้มากกว่าจะเป็นค้ำประกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นอะไร หากต้องการบังคับกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยปัจจุบันก็ควรต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานและเจ้าหน้าที่อยู่ดี”⁵⁷

⁵⁶ ธีราพร ดิษยาธิคม, “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.128 - 129.

⁵⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.383.

จากการศึกษาคำอธิบายของผู้ทรงคุณวุฒิข้างต้นจะเห็นว่า เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้อธิบายเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะให้ไว้ ดังนั้น แนวคิดในเรื่องลักษณะของคำมั่นว่าจะให้ จึงยังไม่มี ความชัดเจน เป็นไปในทางเดียวกัน แนวคิดแรกมีความเห็นว่าคำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้คำมั่นสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ และเมื่อการแสดงเจตนา นั้นได้ไปถึงผู้รับคำมั่นและมีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 168 มาตรา 169 แล้วแต่กรณี คำมั่นว่าจะให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ ในขณะที่แนวคิดที่สองกลับมองว่า คำมั่นว่าจะให้ คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีการรับ การแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการที่ผู้ให้ตกลงว่าจะไปทำสัญญาให้กับผู้รับในอนาคต ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจะซื้อจะขาย ฉะนั้น จากแนวคิดทั้งสองนี้จึงทำให้ยังไม่อาจหาข้อสรุปได้ ว่าแท้จริงแล้วคำมั่นว่าจะให้นี้มีลักษณะตามกฎหมายเป็นอย่างไรกันแน่ ดังนั้น ในเรื่องลักษณะของ คำมั่นว่าจะให้ นี้ จึงยังเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3.2.2 กำหนดเวลาชำระหนี้ และการบังคับคำมั่นว่าจะให้

ในเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ และการบังคับคำมั่นว่าจะให้ มาตรา 526 ได้ กำหนดให้คำมั่นว่าจะให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ คำมั่นว่าจะให้ใด ที่ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว หากผู้ให้ไม่ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้ว ผู้รับย่อมสามารถบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ตนได้ อย่างไรก็ตาม การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 นี้ แตกต่างจากการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ตามมาตรา 525 เนื่องจากในมาตรา 525 การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต้องทำเพื่อความสมบูรณ์ ของการให้ทรัพย์สินตามมาตรา 525 แต่ในการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 นี้ ไม่ใช่เพื่อความสมบูรณ์ หากแต่เพื่อการบังคับการให้ หรือการฟ้องร้องคดีกันเท่านั้น เมื่อได้ทำถูกต้อง แล้วผู้รับย่อมเรียกร้องให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินได้

ต่อมา เนื่องจากการกำหนดว่าการทำคำมั่นว่าจะให้ต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนตามมาตรา 526 นี้ เป็นการที่กฎหมายกำหนดเพื่อการบังคับคำมั่น หรือเพื่อ การฟ้องร้องคดีกันเท่านั้น ดังนั้น เรื่องคำมั่นว่าจะให้จึงมีประเด็นปัญหาว่าคำมั่นว่าจะให้ จะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อใด จะถึงกำหนดเมื่อมีผู้มารับเอาคำมั่นหรือจะถึงกำหนดเมื่อมีการนำ คำมั่นว่าจะให้ไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 หรือจะต้องนำมาตรา 203 มาใช้กับ เรื่องคำมั่นว่าจะให้ด้วย ประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

ถัดมา ในเรื่องการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 นี้ ยังมีปัญหา อีกว่า การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนจะทำได้เฉพาะทรัพย์สินตามมาตรา 525 ซึ่งคือ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษเท่านั้นหรือไม่ เนื่องจากทรัพย์สินตามมาตรา 525 สามารถที่จะไปจดทะเบียนได้ในทางปฏิบัติ ในขณะที่สังหาริมทรัพย์ทั่วไป เช่น แหวน 1 วง หรือแจกันดอกไม้ 1 อันนี้ ในทางปฏิบัติยังไม่มีเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานใดรับจดทะเบียนการให้ทรัพย์สิน

ชนิดนี้ ดังนั้น จึงมีผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเห็นว่า การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 นี้ จะมีได้เฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 525 เท่านั้น เนื่องจากสังหาริมทรัพย์ธรรมดาไม่อาจที่จะจดทะเบียนได้⁵⁸ ในประเด็นนี้ อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ได้มีความเห็นแย้งว่า เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายได้ร่างกฎหมายมาตรา 526 โดยใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” จึงเป็นการชัดเจนว่ามีเจตนาจะให้มาตรา 526 ใช้บังคับถึงทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ธรรมดา เพราะหากตีความให้มาตรา 526 ใช้ได้เฉพาะทรัพย์สินตามมาตรา 525 แล้ว คำมั่นว่าจะให้แหวนเพชรหรือรถยนต์แก่บุคคลหนึ่งจะไม่มีทางบังคับกันได้เลย⁵⁹

เมื่อพิจารณาถึงต้นร่างของมาตรา 526 แล้ว จะเห็นว่ากรรมการร่างกฎหมายได้นำแนวคิดเรื่องคำมั่นว่าจะให้นี้มาจากหลักกฎหมายเยอรมันที่มีแนวคิดที่ว่าสัญญาจะให้หรือคำมั่นว่าจะให้สามารถทำได้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที การทำคำมั่นว่าจะให้ที่ผู้ให้คำมั่นยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ให้แก่ผู้รับคำมั่น คำมั่นว่าจะให้นั้นก็ยังไม่มีความสมบูรณ์เป็นการให้ จึงต้องวินิจฉัยคำมั่นว่าจะให้นั้นตามบททั่วไปเรื่องสัญญาธรรมดาในลักษณะ “หนี้”⁶⁰ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็คำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ธรรมดาหรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษก็สามารถทำคำมั่นว่าจะให้ได้ เพียงแต่หากยังไม่ได้มีการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กัน ก็จะต้องนำหลักกฎหมายเรื่องหนี้มาปรับใช้ นั่นคือ ผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นมีหนี้ผูกพันกันแล้ว เพียงแต่การทำคำมั่นว่าจะให้ยังถูกกำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่อีกประการหนึ่งด้วย

ดังนั้น เมื่อมาตรา 526 หมายถึงการทำคำมั่นว่าจะให้นั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนในทรัพย์สินทุกชนิดแล้ว การทำคำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ทั่วไปที่ไม่ได้ทำการจดทะเบียนเนื่องจากไม่มีสถานที่ที่จะให้ไปจดทะเบียนนั้น ผู้รับจะเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินได้หรือไม่ หากพิจารณาตามความในมาตรา 526 แล้ว ก็คงจะบังคับกันไม่ได้ มีผลทำให้ผู้รับฟ้องร้องบังคับผู้ให้ให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินไม่ได้ เรื่องนี้จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหา นั่นคือ ปัญหาที่กฎหมายบังคับให้การทำคำมั่นว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ทุกครั้ง การที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ทำให้การทำคำมั่นว่าจะให้เกิดความยุ่งยากเกินสมควร เนื่องจากการทำคำมั่นว่าจะให้ทั้งทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้และทรัพย์สิน

⁵⁸ ปรีชา สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.722.

⁵⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.723.

⁶⁰ สำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค. – 8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ น.186 - 187, 208.

ที่เคลื่อนไหวไม่ได้ก็จะต้องมีการทำหนังสือและไปจดทะเบียน อีกทั้ง ณ ปัจจุบันกฎหมายก็ยังมีได้ให้อำนาจหน่วยงานราชการส่วนใดให้เป็นผู้มีอำนาจในการรับจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ ทำให้การจะทำคำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 นี้ไม่สามารถทำได้ อันเป็นผลมาจากปัญหาในทางปฏิบัติที่จะต้องมีการแก้ไข ผู้เขียนจึงจะทำการวิเคราะห์ปัญหานี้ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

3.3 การให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ

เรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆกฎหมายได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 527 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ให้ผูกพันไว้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อผู้ให้หรือผู้รับตาย เว้นแต่จะขัดกับเจตนาอันปรากฏแต่มูลหนี้” ในเรื่องนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

3.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ

มาตรา 527 นี้เป็นเรื่องการที่ผู้ให้ผูกพันตนว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ในเรื่องนี้มีลักษณะเป็นการที่ผู้ให้ตกลงผูกพันตนแก่ผู้รับว่าผู้ให้จะทำการให้ทรัพย์สินบางอย่างแก่ผู้รับเป็นคราวๆ คือ เป็นการให้จำนวนหลายครั้งโดยไม่เสร็จสิ้นในคราวเดียว ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัย ก. มอบทุนการศึกษาให้แก่ นายแดง เป็นเงิน 50,000 บาท ทุกภาคการศึกษาติดต่อกันเป็นระยะเวลาสี่ปี โดยมีเงื่อนไขว่า นายแดงจะต้องมีผลการศึกษาไม่ต่ำกว่า 3.50 ในทุกๆ เทอม ต่อมา นายแดงไม่สามารถรักษาผลการศึกษาไว้ได้ มหาวิทยาลัย ก. จึงต้องการยกเลิกสัญญาให้ทุนการศึกษาในเทอมที่เหลือ มหาวิทยาลัย ก. จะสามารถทำได้หรือไม่ เป็นต้น ดังนั้น ในเรื่องลักษณะของการให้เป็นคราวๆ นี้จึงมีปัญหาในทางทฤษฎีเช่นเดียวกัน เนื่องจากแนวคิดในเรื่องนี้ได้มีแนวคิดที่แตกต่างกัน

แนวคิดแรก เห็นว่า การให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ สัญญาที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดในเวลาเดียวกันเหมือนการให้ในกรณีทั่วไป การให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ นี้จึงเป็นการที่ผู้ให้มีหน้าที่ภายหลังสัญญาเกิดขึ้น กล่าวคือ สัญญาให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆ จะเกิดเป็นสัญญาให้เมื่อมีการให้ในครั้งแรกและได้มีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กันแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์แม้จะยังไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม ส่วนการให้ในครั้งหลังๆ จะเป็นเพียงหน้าที่ที่ผู้ให้ยังต้องกระทำเนื่องมาจากสัญญาให้เท่านั้น ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง⁶¹

⁶¹ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 9 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.2.

แนวคิดที่สอง เห็นว่า การให้เป็นคราวๆนี้ การให้ในครั้งแรกนั้นจะเกิดเป็นสัญญาให้ตั้งแต่ผู้ให้ได้ทำการส่งมอบหรือมีการทำการให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว การให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ ส่วนการให้ในครั้งหลังๆที่ยังไม่เกิดขึ้นนั้นจะมีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะให้ผู้ให้เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ ท่านอาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์⁶²

แนวคิดที่สาม เห็นว่า การให้เป็นคราวๆนี้ แยกกันระหว่างการให้ในครั้งแรกกับการให้ในครั้งถัดไป โดยการให้ในครั้งแรกจะมีลักษณะเป็นสัญญาให้เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ส่วนการให้ในครั้งหลังๆที่การให้ยังไม่ถึงมือผู้รับนั้นจะมีลักษณะเป็นสัญญาจะให้มากกว่าคำมั่นว่าจะให้⁶³ เพราะมีการทำคำเสนอคำสนองกันระหว่างคู่สัญญา ก่อให้เกิดเป็นสัญญาว่าจะมีการให้ทรัพย์สินในอนาคตด้วย⁶⁴ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์ และคุณธีราพร ติษยาธิคม

ในเรื่องลักษณะของการให้เป็นคราวๆจึงยังมีประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษา ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

3.3.2 การบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ

ในเรื่องการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดไว้ แต่เมื่อพิจารณาแนวคิดต่างๆแล้วสามารถแบ่งได้เป็นสามแนวคิด ได้แก่

แนวคิดแรก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง เห็นว่า มาตรา 526 ใช้คำว่าให้การให้หรือคำมั่นว่าจะให้ ดังนั้น จึงเห็นว่าคำว่า "การให้" ตามมาตรา 526 นี้รวมถึงการให้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นคราวๆตามมาตรา 527 ด้วย⁶⁵ ฉะนั้น การให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้ หากต้องการจะบังคับตามกฎหมายได้ จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526

ต่อมา แนวคิดที่สอง อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์⁶⁶ เห็นว่า สัญญาให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆเกิดเป็นสัญญาให้เมื่อมีการให้ในครั้งแรกและมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กันแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์แม้จะยังไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนการให้ในครั้งหลังๆที่ยังไม่มีการส่งมอบจะมีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะให้ที่ต้องมีการทำเป็น

⁶² ปรีชา สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.710.

⁶³ ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.383.

⁶⁴ ธีราพร ติษยาธิคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56*, น.130.

⁶⁵ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61*, น.2.

⁶⁶ ปรีชา สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.710.

หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ก่อนจึงจะสามารถบังคับการให้ในคราวหลังๆได้

และสุดท้ายในแนวคิดที่สาม ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์⁶⁷ และคุณธีราพร ดิษยาธิคม⁶⁸ เห็นว่าการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆครั้งใดที่ได้มีการส่งมอบแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์แต่ในการให้ครั้งหลังๆที่ยังไม่มีการส่งมอบจะมีลักษณะเป็นสัญญาว่าจะให้มากกว่าคำมั่นว่าจะให้ ซึ่งต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้จึงจะสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย

ดังนั้น ในประเด็นปัญหาเรื่องการให้เป็นคราวๆจึงมีประเด็นปัญหาว่า สัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นตั้งแต่เมื่อใด จะมีผลเป็นสัญญาตั้งแต่มีการเสนอสอนองต้องตรงกัน หรือเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน หรือเกิดเป็นสัญญาเมื่อได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และหากเห็นว่าการให้ในครั้งแรกและการจะให้ในคราวถัดๆมามีลักษณะแยกจากกันการให้ครั้งแรกและการให้ในคราวหลังๆจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร และจะทำให้มีผลทางกฎหมายเป็นเช่นไร และจะสามารถบังคับการให้ได้อย่างไร ประเด็นปัญหาเหล่านี้เป็นประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาค้นคว้า ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศต่อไปในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์

3.4 บทสรุป

จากการที่ได้ทำการศึกษาเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ในประเด็นต่างๆในบทที่ 3 นี้ สามารถทำการสรุปในประเด็นสำคัญได้ดังนี้

ในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของสัญญาให้นั้น มีแนวคิดแบ่งออกเป็นสองแนวคิด คือ เห็นว่าสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนก่อให้เกิดหนี้ และอีกแนวคิดเห็นว่าสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนไม่ก่อให้เกิดหนี้ เนื่องจากสัญญาให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้วจะไม่ก่อให้เกิดหนี้ให้แก่ผู้ให้และผู้รับเลย ดังนั้น ผลของสัญญาให้คือเมื่อได้ทำสัญญาให้และมีการส่งมอบแล้วสัญญาให้นั้นก็สมบูรณ์ ผู้ให้ไม่สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้อีก ยกเว้นผู้รับประพฤตินิรคุณ

ถัดมา ในเรื่องความสมบูรณ์ของการให้ ในเรื่องการส่งมอบเป็นแบบของการให้หรือไม่ มีแนวคิดแบ่งออกเป็น 4 แนว โดยแนวคิดแรกเห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบถ้าไม่ทำสัญญาให้

⁶⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.383.

⁶⁸ ธีราพร ดิษยาธิคม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56*, น.130.

จะตกเป็นโมฆะแนวคิดที่สองเห็นว่า การส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นการปฏิบัติกรตามสัญญา แนวคิดที่สามเห็นว่า การส่งมอบเป็นองค์ประกอบของการแสดงเจตนา และแนวคิดที่สี่เห็นว่า การส่งมอบเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการทำนิติกรรม

ต่อมา ในเรื่องการให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดมีแนวคิดแบ่งออกเป็น 4 แนวคิดเช่นกัน โดยแนวคิดแรกเห็นว่าสัญญาให้ไม่สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้เลย แนวคิดที่สองเห็นว่าสัญญาให้สามารถมีกรทำเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้โดยหลักทั่วไปของสัญญา แนวคิดที่สามเห็นว่า การให้อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 ไม่สามารถมีเงื่อนไขบังคับก่อนได้ เนื่องจากการให้อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และแนวคิดสุดท้ายคือแนวคิดที่สี่ เห็นว่าสัญญาให้อาจมีการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไขได้ แต่ไม่น่าจะสามารถมีการกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังได้ เนื่องจากสัญญาให้โดยทั่วไปเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แล้ว สัญญาให้ย่อมสมบูรณ์โดยทันที

เรื่องต่อมา เรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตมีแนวคิดแตกออกเป็นสองแนวคิด โดยแนวคิดแรกเห็นว่าสัญญาให้ไม่สามารถมีการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้เนื่องจากมาตรา 521 กำหนดให้ผู้ให้ต้องให้ทรัพย์สินของตนเองเท่านั้น และต้องมีการส่งมอบทันทีจึงไม่อาจมีการให้ในอนาคตได้ ส่วนในแนวคิดที่สองเห็นว่าสามารถมีการให้ในอนาคตได้ตามหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา เนื่องจากการส่งมอบเป็นเพียงการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น

ต่อมา เรื่องการทำสัญญาให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นแทนที่จะยกให้แก่ผู้รับนั้นก็มีแนวคิดแยกเป็นสองความเห็นเหมือนกัน คือ แนวคิดแรกเห็นว่า การทำสัญญาให้ทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นแทนที่จะยกให้แก่ผู้รับสามารถทำได้เนื่องจากสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญา ฉะนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงกันว่าจะทำสัญญาให้โดยต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่นก็ย่อมได้ โดยผลของสัญญานี้จะมีลักษณะคล้ายกันกับสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ในทำนองเดียวกัน เรื่องการให้ทรัพย์สินที่ตนไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และเรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตนั้นก็ยังมีสองแนวความคิด โดยแนวคิดแรกเห็นว่าสามารถทำได้เนื่องจากสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญา สามารถตกลงกันได้ เรื่องการทำสัญญากับระยะเวลาที่ตกลงให้ส่งมอบเป็นคนละเรื่องกัน และอีกแนวคิดเห็นว่าไม่สามารถทำได้เนื่องจากกฎหมายมาตรา 521 วางหลักให้ผู้ให้ต้องทำการโอนทรัพย์สินของตนเท่านั้น

เรื่องสัญญาว่าจะให้ ผู้ทรงคุณวุฒิต่างเห็นว่าน่าจะสามารถทำได้แต่จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้ กำหนดเวลาชำระหนี้จะถึงกำหนดเมื่อได้มีการเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่และมีผลทำให้สามารถบังคับสัญญาว่าจะให้ได้

ในเรื่องการปลดหนี้ นักวิชาการต่างเห็นตรงกันว่า การปลดหนี้เป็นการให้ชนิดหนึ่ง แต่ในเรื่องลักษณะของการปลดหนี้ นั้นนักวิชาการทั้งหลายยังมีความเห็นที่ต่างกันอยู่

โดยในแนวคิดแรกเห็นว่าการปลดหนี้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เจ้าหนี้สามารถทำได้คนเดียว แต่แนวคิดที่สองเห็นว่าการปลดหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ต้องการการแสดงเจตนา ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้

ต่อมา เรื่องคำมั่นว่าจะให้หนี้ มีแนวคิดแบ่งออกเป็นสองแนวคิด โดยแนวคิดแรกเห็นว่าการคำมั่นว่าจะให้จะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลเมื่อผู้ให้คำมั่นได้มีการแสดงเจตนาทำคำมั่นและเจตนาไปถึงผู้รับคำมั่นโดยมีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 168 และมาตรา 169 แล้วแต่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้รับเอาคำมั่น การบังคับคำมั่นว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 และแนวคิดที่สอง เห็นว่าการคำมั่นว่าจะให้จะมีลักษณะคล้ายคำมั่นจะซื้อจะขายตามมาตรา 456 วรรค 2 ที่มีเจตนาว่าจะไปทำสัญญาให้ให้เสร็จเด็ดขาดกันอีกทีในอนาคต การบังคับคำมั่นว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526

และสุดท้าย เรื่องการให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆ แบ่งออกเป็นสามแนวคิด แนวคิดแรกเห็นว่าการให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ สัญญาได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดในเวลาเดียวกัน เหมือนการให้ในกรณีทั่วไป การให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆนี้จึงเป็นการที่ผู้ให้มีหน้าที่ภายหลังสัญญาเกิดขึ้น กล่าวคือ สัญญาให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆจะเกิดเป็นสัญญาให้เมื่อมีการให้ในครั้งแรกและได้มีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กันแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์แม้จะยังไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม ส่วนการให้ในครั้งหลังๆจะเป็นเพียงหน้าที่ที่ผู้ให้ยังต้องกระทำเนื่องมาจากสัญญาให้เท่านั้น และเนื่องจากมาตรา 526 ใช้คำว่าให้การให้หรือคำมั่นว่าจะให้ ดังนั้น คำว่า "การให้" ตามมาตรา 526 จึงรวมถึงการให้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นคราวๆตามมาตรา 527 ด้วย ฉะนั้น การให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้หากต้องการจะบังคับตามกฎหมายได้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ต่อมา แนวคิดที่สอง เห็นว่าการทำสัญญาให้ครั้งแรกกับครั้งหลังๆแยกจากกัน การทำสัญญาให้ครั้งแรกเมื่อมีการส่งมอบแล้วสัญญาให้ก็จะสมบูรณ์ การให้คราวหลังๆจะมีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะให้ ที่การบังคับต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 และสุดท้ายแนวคิดที่สามเห็นว่าการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้ แยกกันระหว่างการให้ในครั้งแรกกับการให้ในครั้งถัดๆไป โดยการให้ในครั้งแรกจะมีลักษณะเป็นสัญญาให้เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ส่วนการให้ในครั้งหลังๆที่การให้ยังไม่ถึงมือผู้รับนั้นจะมีลักษณะเป็นสัญญาจะให้มีมากกว่าคำมั่นว่าจะให้ เพราะมีการทำคำเสนอคำสนองกันระหว่างคู่สัญญาก่อนให้เกิดเป็นสัญญาว่าจะมีการให้ทรัพย์สินในอนาคตด้วยการบังคับต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้

บทที่ 4

การให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

หลังจากที่ได้มีการศึกษาการให้ในระบบกฎหมายไทยมาแล้ว ต่อไปจึงจำเป็นต้องศึกษาเรื่องการให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศด้วย เนื่องจากกฎหมายเรื่องการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นได้รับแนวคิดและอิทธิพลมาจากเรื่องการให้ในกฎหมายต่างประเทศ ฉะนั้น การศึกษาแนวคิดและการบังคับใช้กฎหมายเรื่องการให้ของต่างประเทศจึงเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อที่จะได้ทราบที่มา ลักษณะทางกฎหมายรวมถึงการบังคับใช้กฎหมายเรื่องการให้ของประเทศต่างๆ ว่าจะมีความเหมือนหรือแตกต่างจากกฎหมายเรื่องการให้ของประเทศไทยอย่างไร

ระบบกฎหมายที่ผู้เขียนเลือกศึกษาเรื่องการให้นี้ประกอบด้วยห้าระบบกฎหมายด้วยกัน คือ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR)

4.1 การให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การให้เป็นกฎหมายที่ถูกบรรจุอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยอยู่ในบรรพที่ 3 ลักษณะที่ 2 และเนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซิวิลลอว์ที่มีรากฐานแนวความคิดมาจากกฎหมายในสมัยโรมัน ดังนั้น กฎหมายเรื่องการให้ในประเทศฝรั่งเศสจึงมีรากฐานแนวความคิด ลักษณะ และรูปแบบที่ได้รับอิทธิพลมาจากเรื่องการให้ในสมัยโรมันอยู่มาก กฎหมายเรื่องการให้ในประเทศฝรั่งเศสมีทั้งเรื่องการให้และค้ำประกันว่าจะให้ด้วย โดยมีลักษณะดังนี้

4.1.1 การให้

4.1.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสการให้ถูกจำกัดความว่าเป็น การที่ผู้ให้ได้ทำการให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับไปโดยทันทีในขณะที่ตนยังมีชีวิตอยู่และผู้รับตกลงรับเอาทรัพย์สินนั้น โดยภายหลังผู้ให้จะไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปคืนมา คำจำกัดความการให้นี้

ปรากฏอยู่ในมาตรา 894¹ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส การจะพิจารณาว่าการกระทำใดถือเป็นการให้ตามกฎหมายนั้นต้องพิจารณาจากลักษณะสำคัญของการให้ซึ่งประกอบด้วยลักษณะสำคัญสี่ประการ คือ

(1) การให้โดยเสน่หา

การให้โดยเสน่หาหรือการให้เปล่า (Gratuitousness) คือ การที่ผู้ให้ทำการให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับโดยไม่ได้หวังสิ่งใดตอบแทน การให้โดยเสน่หา นี้ถือเป็นหนึ่งในลักษณะสำคัญของการให้ เนื่องจากการให้ที่มีลักษณะเป็นการที่ผู้ให้ปฏิบัติการให้แก่ผู้รับเพียงฝ่ายเดียวโดยผู้รับไม่จำเป็นต้องให้สิ่งใดตอบแทนการให้นั้น การให้ใดๆหากผู้ให้ทำการให้โดยหวังสิ่งตอบแทนจากผู้รับแล้ว การกระทำนั้นก็จะไม่ถือเป็นการให้เพราะไม่ใช่การให้โดยเสน่หา แต่การกระทำนั้นๆอาจเปลี่ยนรูปกลายเป็นสัญญาธรรมดาได้ แม้ว่าในมาตรา 894 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะไม่ได้มีการเขียนไว้ชัดเจนว่าการให้จะต้องเป็นการให้โดยเสน่หา แต่การให้โดยเสน่หา ก็เป็นแนวคิดที่ถูกใช้อย่างไม่เป็นทางการในกฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อแยกความแตกต่างของการให้จากนิติกรรมอื่นๆ² โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีแนวคิดแบ่งการกระทำทางกฎหมายออกเป็นสามรูปแบบ นั่นคือ การกระทำทางกฎหมายที่เป็นผลจากหน้าที่ตามกฎหมาย (Onerous) การกระทำทางกฎหมายที่เป็นกรให้โดยเสน่หา (Gratuitousness) และการกระทำทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแม้ว่าจะไม่ใช่การกระทำทางกฎหมายที่เป็นผลจากหน้าที่ตามกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายที่เป็นกรให้โดยเสน่หาเลย ยกตัวอย่างเช่น การยืมใช้คงรูป การฝาก หรือการทำหนังสือมอบอำนาจ เป็นต้น³

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการให้ในกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสสามารถมีได้ทั้งการให้ธรรมดาและการให้ที่มีภาระผูกพัน ดังนั้น ในกรณีของการให้ที่มีภาระผูกพันจึงมีปัญหาในการพิจารณาการให้โดยเสน่หา เนื่องจากการให้ที่มีภาระผูกพันเป็นการให้ที่ผู้รับมีความผูกพันที่จะต้องกระทำการบางอย่างเนื่องจากการให้ของผู้รับ เช่น การให้ที่มีเงื่อนไขว่าผู้รับจะต้องไม่แต่งงานใหม่ หรือการให้ที่มีภาระผูกพันที่จะต้องเปิดโรงเรียนต่อไป เป็นต้น การพิจารณาในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาว่าหากการให้นั้นเป็นการให้ที่มีภาระผูกพัน แต่ภาระผูกพันนั้นผูกพันตัวผู้ให้

¹ Article 894 A donation inter vivos is an act by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated in favor of the donee, who accepts it.

² Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law*, (New York : Oxford University Press, 2009), p.140.

³ *Ibid*, p.140.

หรือบุคคลที่สาม การให้นั้นจะเป็นการให้โดยเสนหา ก็ต่อเมื่อภาระผูกพันนั้นมีมูลค่าไม่เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ให้นั้น การพิจารณาจึงต้องชั่งน้ำหนักเอา แต่การชั่งน้ำหนักแบบนี้บางกรณีก็อาจจะเป็นการยากหากว่าภาระผูกพันนั้นเป็นภาระผูกพันที่ต้องกระทำไม่ใช่ภาระผูกพันทางทรัพย์สิน

(2) การทำการเสนอนองของคู่สัญญา

การทำการให้ผู้ให้จะต้องมีเจตนาการให้ นั่นคือ มีความตั้งใจที่จะให้ทรัพย์สินใดๆแก่ผู้รับเพื่อประโยชน์ของผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน ตามกฎหมายฝรั่งเศสการให้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือเป็นสัญญา⁴ ที่ต้องทำตามแบบต่อหน้าโนตารี⁵ ดังนั้น การเกิดสัญญาให้จึงต้องทำตามรูปแบบของการเกิดสัญญาด้วย นั่นคือต้องมีการทำคำเสนอนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา มีเจตนาให้ และเรื่องความสามารถของคู่สัญญา เป็นต้น แต่ในความเป็นจริงรูปแบบการเกิดสัญญาให้มีความแตกต่างจากการเกิดสัญญาธรรมดาอยู่โดยเฉพาะเรื่องการยินยอม (Consent) เรื่องการยินยอมนี้เป็นผลมาจากแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสที่ต้องการจะปกป้องความยินยอมของผู้รับการให้ ดังนั้น จึงกำหนดให้การให้ต้องเกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญา โดยผู้ให้จะต้องทำการเสนองการให้ และผู้รับจะต้องมีการสนองรับการให้ นั่นๆ การสนองรับการให้ที่ผู้รับจะต้องทำการสนองรับอย่างชัดแจ้ง กฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับการสนองรับโดยการนิ่งหรือการสนองรับโดยปริยาย เว้นแต่การให้นั้นจะได้ผ่านกระบวนการโนตารีแล้ว⁶ และการแสดงเจตนารับการให้จะมีผลก็ต่อเมื่อคำสนองของผู้รับไปถึงผู้ให้⁷

⁴ M. Hogg, “Promise and Donation in Louisiana and comparative law”, (Tulane European and Civil Law Forum Vol.26, No. 0), p.14, (2011).

⁵ Article 933

If the donee is a major, acceptance must be made by him or, in his name, by a person endowed with a procuracy from the donee, containing power to accept the donation so made, or a general power to accept all donations that have been or may be made.

That procuracy must be executed before notaries; and an official copy of it must be annexed to the original of the donation, or to the original of the acceptance, if made by a separate instrument.

⁶ Richard Hyland, *supra note 2*, p.581.

⁷ Article 932

A donation inter vivos is binding upon the donor and produces its effects only from the day it is accepted in express terms.

(3) การส่งมอบขณะผู้ให้ยังมีชีวิต

ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสการส่งมอบโดยให้โดยเสน่หา (Gratuitous transfer) มีได้สองกรณี คือ การให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิต และการทำพินัยกรรม⁸ การให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตหากได้ทำตามรูปแบบของกฎหมายให้แล้วผู้ให้ก็ไม่สามารถเรียกคืนการให้ได้ การให้ใดๆที่สร้างขึ้นภายหลังผู้ให้เสียชีวิตจะบังคับได้ก็ต่อเมื่อการให้นั้นได้ทำในรูปของพินัยกรรม การให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ทันที (Immediate transfer) และการให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิต (donatio mortis causa) นั้นไม่สามารถมีผลบังคับได้ตามกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁹

(4) วัตถุประสงค์แห่งการให้

วัตถุประสงค์แห่งการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถูกจำกัดอยู่แค่สิทธิในทางทรัพย์สิน นั่นคือ ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ และทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ด้วย รวมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่ให้และสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน เช่น สิทธิในการใช้ทางหรือสิทธิอยู่อาศัย¹⁰

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้มีการห้ามการให้ในทรัพย์สินบางชนิดไว้ นั่นคือ การให้ทรัพย์สินในอนาคต¹¹ และการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของผู้ให้แต่อาจจะเป็นเจ้าของในอนาคต¹²

Acceptance may be made during the lifetime of the donor, by a subsequent and authentic act, an original of which will be retained by the notary; but then the donation is effective, in regard to the donor, only from the day he has been notified of the act that evidences that acceptance.

⁸ Article 893

A liberality is an act by which a person disposes by gratuitous title of all or part of his assets or his rights to the advantage of another person.

A liberality may be accomplished only by donation inter vivos or by testament.

⁹ Richard Hyland, *supra note 2*, p.172.

¹⁰ *Ibid*, p.184.

¹¹ Article 943 A donation inter vivos may only include the present property of the donor; if it includes future property, it is null in this regard.

¹² Richard Hyland, *supra note 2*, p.184.

4.1.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย

การทำการให้มาตรา 931¹³ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กำหนดว่าการกระทำใดๆที่มีลักษณะเป็นการให้ขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่นั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของสัญญาต่อหน้าโนตารี และโนตารีก็จะเก็บเอกสารสัญญาให้ฉบับจริงไว้ การทำสัญญาให้ต่อหน้าโนตารีนี้ผู้ให้และผู้รับจะต้องไปปรากฏตัวต่อหน้าโนตารี ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องมีโนตารีสองคน หลังจากนั้นโนตารีก็จะอ่านเนื้อหาในสัญญาให้ให้ผู้สัญญาฟัง แล้วคู่สัญญาซึ่งคือผู้ให้กับผู้รับรวมทั้งโนตารีก็จะทำการลงลายมือชื่อลงในสัญญาให้ และสัญญาให้นี้ก็จะถูกคัดลอกเพื่อไปติดประกาศแก่สาธารณชน¹⁴ สัญญาให้ใดๆที่ไม่ได้ทำตามรูปแบบนี้จะมีผลตกเป็นโมฆะแม้ว่าผู้ให้จะทำการรับรองสัญญาให้ก็ไม่สามารถบังคับได้ เว้นแต่สัญญาให้นั้นจะได้ทำใหม่ให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด¹⁵

อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในการทำสัญญาให้ตามมาตรา 931 นี้ก็มักถูกหลีกเลี่ยงอยู่เสมอโดยวิธีการ คือ ในการให้ทรัพย์สินที่สามารถเคลื่อนที่ได้ การให้สามารถมีผลใช้บังคับได้หากการให้นั้นได้ทำการส่งมอบทันที (Manual Transfer) แนวคิดนี้มีที่มาจากกรณีที่กฎหมายไม่สามารถห้ามผู้ให้ไม่ให้มอบทรัพย์สินของตนที่โดยสภาพสามารถหยิบและส่งมอบให้แก่บุคคลอื่นได้ง่าย¹⁶ และแม้ว่าแบบการทำการให้ต่อหน้าโนตารีและการบังคับการทำสัญญาให้จะมีเพื่อเป็นการปกป้องผู้ให้จากการถูกบังคับการให้โดยไม่เต็มใจก็ตาม การส่งมอบการให้ทางกายภาพจากมือของผู้ให้ไปทันทีกฎหมายก็เห็นว่าสามารถมีผลให้ผู้ให้ตระหนักว่ากำลังจะเสียทรัพย์สินในมือไป อีกทั้งการส่งมอบโดยกายภาพก็สามารถมีผลเป็นหลักฐานได้¹⁷ แนวคิดนี้ต่อมาได้รับการปรับใช้และรับรอง

¹³ Article 931

All acts containing a donation inter vivos shall be executed before notaries, in the ordinary form of contracts; and the notaries shall retain an original of them, on pain of nullity.

¹⁴ M. Hogg, *supra note* 4, pp.14 - 15.

¹⁵ Article 1339

A donor may not cure by any act of confirmation the defects of a donation inter vivos null in its form: it must be done again in the form prescribed by law.

¹⁶ Dawson, John Philip, Gifts and promises : continental and American law Storrs lectures on jurisprudence, (New Haven : Yale University Press, 1980), p.72.

¹⁷ *Ibid*, p.72.

โดยผลของคำพิพากษาของศาลในปี 1800 (Cour de Cassation of 1800) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า คดีนี้การให้ถูกอ้างว่าเป็นการซื้อขาย แต่ศาลมีความเห็นว่าแม้การให้ไม่ได้มีการทำตามแบบของการให้และไม่ได้มีการทำต่อหน้าโนตารีแต่การให้สามารถมีผลใช้บังคับได้^{18 19} ต่อมา หลังจากที่มีการถกเถียงเกิดขึ้นคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ก็ได้รับการยอมรับอย่างเด็ดขาดในปี 1824²⁰ ทำให้ต่อมาในภายหลังการให้ที่มีการส่งมอบทันที (Manuel gift) ได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลาย จนทำให้การทำการให้ทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ที่ทำได้ทำอย่างถูกต้องตามรูปแบบและทำโดยโนตารีนั้น เสื่อมความนิยมจนกลายเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ยาก²¹

ส่วนการทำการให้ทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายไม่ได้ เช่น ที่ดิน นั้น ยังคงต้องกระทำตามแบบในมาตรา 931 นั่นคือ ต้องมีการทำตามรูปแบบสัญญาและมีการทำต่อหน้าโนตารี การทำการให้ในทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้โดยวาทะโดยที่มิได้มีการทำตามแบบจะมีผลให้การให้นั้น ตกเป็นโมฆะ²²

4.1.2 การให้ในลักษณะอื่นๆ

4.1.2.1 การปลดหนี้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หนี้มีบ่อเกิด 4 ประการ ได้แก่ สัญญา (Contract) เสมือนสัญญา (Quasi-Contract) ละเมิด (Delict) และเสมือนละเมิด (Quasi-Delict)²³ ส่วนในเรื่องความระงับแห่งหนี้ในทางสัญญานั้นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1234²⁴ โดยวางหลักว่า หนี้ที่ระงับไปได้ด้วยหลายวิธี ได้แก่ การชำระหนี้ การแปลงหนี้ใหม่

¹⁸ M. Hogg, *supra note* 4, p.15.

¹⁹ คำตัดสินนี้มีอยู่ในรายงาน P. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, avc notes et commentaires, 1802.3.1.20.

²⁰ M. Hogg, *supra note* 4, p.15.

²¹ M. Hogg, *supra note* 4, p.15; Dawson, John Philip, *supra note* 16, p.82.

²² M. Hogg, *supra note* 4, p.16.

²³ Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2nd Edition, (Great Britain : Oxford University Press, 2008), p.294.

²⁴ Art. 1234

Obligations are extinguished:

By payment;

By novation;

By voluntary release;

การหักกลบลบหนี้ หนี้เคลื่อนกลืนกัน ความเป็นโมฆะ การเลิกสัญญา หนี้ขาดอายุความ หรือการปลดหนี้ให้โดยสมัครใจ (Remise Volontaire) เป็นต้น

การปลดหนี้หรือการปลดหนี้ให้โดยสมัครใจ (Remise Volontaire) ก็เป็นหนึ่งในวิธีการระงับหนี้ในทางสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งคือการที่เจ้าหนี้ได้สละสิทธิเรียกร้องในหนี้ของตนโดยสมัครใจ ซึ่งการสละสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว หากแต่มีลักษณะเป็นการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้²⁵ ดังนั้นการปลดหนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของคู่สัญญาสองฝ่าย และการปลดหนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดให้การปลดหนี้ต้องทำตามแบบ ฉะนั้น การทำการปลดหนี้โดยวาจา หรือการปลดหนี้โดยปริยายก็สามารถทำได้โดยอาศัยการสังเกตการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ที่แสดงออกมาให้เห็นว่าต้องการสละสิทธิเรียกร้องในหนี้ของตน²⁶ และเมื่อมีการทำสัญญาปลดหนี้แล้วหนี้นั้นก็จะระงับไปพร้อมอุปกรณ์แห่งหนี้ นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังมีบทสันนิษฐานพิเศษว่า เมื่อมีการกระทำใดๆที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ถือว่าการปลดหนี้ได้เกิดขึ้นแล้ว บทสันนิษฐานพิเศษนี้

By set-off;

By merger;

By the loss of the thing;

By nullity or rescission;

By the effect of a condition subsequent, as was explained in the preceding Chapter; and

By the running of the statute of limitation, which will be the subject matter of a special Title

25 Marcel Planiol with the collaboration of George Ripert, Treatise on the Civil Law: Volume 2, Part 1, 11th Edition, (Louisiana State : Law Institute, 1938), pp.329 - 330.

26 *Ibid*, p.331.

ได้เขียนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1282²⁷ 1283²⁸ และมาตรา 1286²⁹ โดยในมาตรา 1282 ได้วางหลักว่า หากเจ้าหนี้ส่งมอบต้นฉบับเอกสารสิทธิคืนให้แก่ลูกหนี้โดยสมัครใจและได้ลงลายมือชื่อไว้แล้ว ให้ถือว่าได้มีการทำการปลดหนี้แล้ว และมาตรา 1283 วางหลักว่า การส่งมอบสำเนาหลักฐานแห่งหนี้ ให้สันนิษฐานว่าเป็นการปลดหนี้ให้หรือมีการชำระเงินแล้วแต่ไม่ตัดสิทธิในการพิสูจน์หักล้างเป็นอย่างอื่น และสุดท้าย ในมาตรา 1286 ได้วางหลักว่าการส่งคืนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยังไม่เพียงพอที่จะสันนิษฐานว่าเป็นการปลดหนี้

ต่อมา ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังกำหนดให้การปลดหนี้ที่สร้างขึ้นในระหว่างที่เจ้าหนี้ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีลักษณะเป็นการให้โดยเสนหาด้วย ดังนั้น เมื่อการปลดหนี้ในระหว่างที่เจ้าหนี้ยังมีชีวิตมีลักษณะเป็นการให้ตามกฎหมายแล้วการปลดหนี้ชนิดนี้จึงอาจถูกเพิกถอนได้โดยการเพิกถอนการให้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า ในเรื่องการให้หรือสัญญาให้ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำตามแบบ นั่นคือ คู่สัญญาต้องทำการให้เป็นหนังสือและต้องกระทำต่อหน้าโนตารี แต่ในเรื่องการปลดหนี้ในระหว่างที่เจ้าหนี้ยังมีชีวิตอยู่นั้น กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการทำตามแบบเช่นเดียวกับในเรื่องการให้ เว้นแต่ในเรื่องการปลดหนี้ที่สร้างขึ้นหลังจากเจ้าหนี้เสียชีวิต ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการทำพินัยกรรม กฎหมายฝรั่งเศสจึงมีการกำหนดให้ต้องทำตามแบบของพินัยกรรมด้วยเท่านั้น

4.1.3 คำมั่นว่าจะให้

4.1.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

การให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความชัดเจนว่ามีลักษณะเป็นสัญญาให้ตามทฤษฎีกฎหมายแล้วก่อนที่ผู้ให้และผู้รับจะมาทำสัญญาให้กันคู่สัญญาดังกล่าวสามารถทำคำมั่นว่าจะให้แก่กันก่อนได้ซึ่งคำมั่นว่าจะให้ก็คือการที่ผู้ให้ทำคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินใดๆของตน

27 Art. 1282

A voluntary remittance of the original instrument under private signature, by a creditor to a debtor, is proof of discharge

28 Art. 1283

A voluntary remittance of the executory copy of the instrument of title establishes a presumption of remission of the debt or of payment, without prejudice to proof of the contrary.

29 Art. 1286

A remittance of a thing given as "pawn or" (Ord. no 2006-346 of 23 March 2006) pledge does not suffice to establish a presumption of remission of debt.

โดยการให้โดยเสนหาค่าผู้รับค้ำมั่น ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคต และเนื่องจากโดยหลักแล้วกฎหมายฝรั่งเศสจะไม่บังคับนิติกรรมฝ่ายเดียว ดังนั้น ค้ำมั่นในกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีสถานะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายเช่นเดียวกับสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ค้ำมั่นจะซื้อจะขายในมาตรา 1589³⁰ วางหลักไว้ชัดเจนว่าค้ำมั่นว่าจะซื้อจะขายมีสถานะเหมือนกันกับสัญญาซื้อขายที่ต้องมีการเสนอสนองของคู่สัญญา ดังนั้น กฎหมายฝรั่งเศสจึงจัดให้การทำค้ำมั่นว่าจะให้นี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่มีผู้ให้ค้ำมั่นและผู้รับค้ำมั่น โดยจัดประเภทของค้ำมั่นว่าจะให้นี้เป็นค้ำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา (la promesse unilatérale de contrat) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นขั้นตอนแรกเริ่มก่อนที่จะนำไปสู่การทำสัญญากันอย่างเรียบร้อยในภายหลัง³¹ นั่นคือ เมื่อมีการทำค้ำมั่นว่าจะให้ ผู้ให้ค้ำมั่นและผู้รับค้ำมั่นจะต้องมีความต้องการตรงกัน คือ มีความต้องการให้และต้องการรับบางสิ่งบางอย่างแก่กัน การทำค้ำมั่นว่าจะให้จึงมีความแตกต่างจากการทำคำเสนอ (Offer) ที่การทำคำเสนอเป็นเพียงการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของผู้เสนอ และผู้เสนออาจจะถอนคำเสนอไปเวลาใดก็ได้ และเมื่อมีการทำค้ำมั่นว่าจะให้เกิดขึ้นแล้วผู้ให้ค้ำมั่นก็จะมีหน้าที่ผูกพันฝ่ายเดียวในการที่จะต้องกระทำการให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งตามค้ำมั่นว่าจะให้แก่ผู้รับค้ำมั่นโดยไม่ได้สิ่งใดตอบแทนจากผู้รับค้ำมั่น และเมื่อผู้รับค้ำมั่นแสดงเจตนารับเอาค้ำมั่นนั้นแล้ว ค้ำมั่นว่าจะให้นี้ก็จะเป็นสภาพกลายเป็นสัญญาให้ไป ฉะนั้น ค้ำมั่นว่าจะให้ที่จะสามารถใช้บังคับได้จะต้องมีการเสนอสนองที่ต้องตรงกันจึงทำให้ค้ำมั่นว่าจะให้มีสถานะที่ไม่ต่างกับสัญญาให้ตามกฎหมายฝรั่งเศส

4.1.3.2 รูปแบบและการบังคับการทำค้ำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

การทำค้ำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดที่สืบทอดกันมาว่าสามารถทำได้ และหากการทำค้ำมั่นว่าจะให้นั้นได้มีการทำค้ำมั่นว่าจะให้ตามแบบต่อหน้าโนตารี เหมือนกับการทำสัญญาให้แล้ว ค้ำมั่นว่าจะให้นั้นก็จะสามารถมีผลใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏคดีที่มีการฟ้องบังคับตามค้ำมั่นว่าจะให้ปรากฏในศาลของประเทศฝรั่งเศสเลย³² ทำให้ยังไม่มี ความแน่ชัดว่าค้ำมั่นว่าจะให้สามารถมีผลใช้บังคับได้หรือไม่อย่างไร ตามกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการกำหนดให้ต้องทำการให้โดยต้องส่งมอบทันที (Manuel gift) กันมาอย่างยาวนาน ทำให้นักกฎหมายไม่คุ้นชินกับแนวคิดที่ว่า

³⁰ Art. 1589

A promise of sale is the same as a sale, where there is reciprocal consent of both parties as to the thing and the price

³¹ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “กระบวนการในการเกิดสัญญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.94.

³² Richard Hyland, *supra note 2*, p.330.

การให้สามารถก่อให้เกิดหนี้ได้ หรือการทำคำมั่นว่าจะให้สิ่งหนึ่งสิ่งใดแก่กันภายในภายหลังโดยไม่มี การส่งมอบสิ่งของที่ให้แก่กันโดยทันทีจะสามารถทำได้ ฉะนั้น ตามกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยทั่วไปจึงไม่อนุญาตให้ผู้ให้ยอมผูกพันตนว่าจะทำการให้ในอนาคต³³ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสก็ได้กำหนดให้การทำคำมั่นว่าจะให้บางประการสามารถมีผลใช้บังคับได้ นั่นคือ การทำคำมั่นว่าจะให้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อชำระหนี้โดยธรรม เนื่องจากกฎหมายมองว่าคำมั่นชนิดนี้เป็น คำมั่นที่ขาดเจตนาว่าจะให้ ซึ่งถือเป็นหัวใจของการให้³⁴ ดังนั้น คำมั่นชนิดนี้จึงอาจถูกใช้บังคับภายใต้ กฎหมายในเรื่องสัญญาโดยทั่วไป เมื่อผู้รับคำมั่นมีการทำคำสนองแล้วคำมั่นนั้นก็จะสามารถมีผล ใช้บังคับโดยมีผลเป็นสัญญา แต่กระนั้น แม้คำมั่นว่าจะให้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อชำระหนี้โดยธรรมจะไม่ มีการทำคำสนองจากผู้รับคำมั่นก็ยังสามารถมีผลผูกพันผู้ทำคำมั่นได้ในตัวอยู่แล้ว³⁵

การทำคำมั่นว่าจะให้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อชำระหนี้โดยธรรม ยกตัวอย่างเช่น การทำคำมั่นว่าจะชำระหนี้ที่หมดอายุความไปแล้วให้แก่เจ้าหนี้ หรือการทำ คำมั่นว่าจะชำระค่าเสียหายให้แก่เจ้าของรถที่ถูกผู้ให้คำมั่นขับชนเสียหาย หรือคำมั่นว่าจะให้ส่วนแบ่ง ในเงินรางวัลของตนแก่เพื่อนๆ หากสลากกินแบ่งของตนถูกรางวัล คำมั่นว่าจะให้เพื่อชำระหนี้โดยธรรม นี้ศาลของประเทศฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้ตัดสินให้มีผลใช้บังคับได้แม้การทำคำมั่นนี้ จะไม่ได้มีการทำตามแบบอย่างการให้ก็ตาม³⁶

4.2 การให้ในระบบกฎหมายเยอรมัน

กฎหมายเกี่ยวกับการให้ในระบบกฎหมายเยอรมันถูกเขียนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน (BGB) บรรพที่สอง กฎหมายในเรื่องหนี้ โดยอยู่ในบทที่ 4 เรื่องการให้ เริ่มตั้งแต่มาตรา 516 ถึงมาตรา 534 การให้ในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถมีได้ทั้งการให้และคำมั่นว่าจะให้ ซึ่งกฎหมาย และหลักเกณฑ์ต่างๆ ได้มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แล้ว ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³³ *Ibid*, p 330.

³⁴ *Ibid*, p 331.

³⁵ *Ibid*, p 331.

³⁶ M. Hogg, *supra note 4*, p.16.

4.2.1 การให้

4.2.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

กฎหมายเยอรมันได้ให้คำนิยามเรื่องการให้ว่า การให้ คือ การที่ผู้ให้และผู้รับตกลงกันว่าผู้ให้จะให้ประโยชน์หรือทรัพย์สินใดๆอันเป็นของผู้ให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การให้จึงให้ความสำคัญที่การตกลงกันของคู่สัญญา และเจตนาการให้ที่ต้องเป็นการให้โดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน หรือเป็นการให้โดยเสน่หา เรื่องอื่นๆเช่นเรื่องแรงจูงใจหรือเจตนาในการทำการให้ (animus donandi) ดังที่กฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญนั้น กฎหมายการให้ในระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณา³⁷ ลักษณะสำคัญที่จะต้องพิจารณาของการให้ตามกฎหมายเยอรมันมีดังนี้

(1) การให้โดยเสน่หา

การให้ตามกฎหมายเยอรมันกำหนดว่าผู้ให้จะต้องมีเจตนาในการให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การไม่หวังสิ่งใดตอบแทนนี้คือการให้โดยเสน่หา หากการให้ใดๆมีการให้สิ่งของตอบแทน เช่น มีการให้สิ่งของหรือประโยชน์ใดๆกลับแก่ผู้ให้ หรืออาจเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิต่างๆ เช่น การอนุญาตให้ผู้ให้อยู่อาศัยในบ้านของตนได้เพื่อตอบแทนการให้ของผู้ให้ ดังนี้ การกระทำดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งตามกฎหมายเยอรมันจะไม่ใช้การให้โดยชัดเจน

(2) การทำการเสนอสนองของคู่สัญญา

เนื่องจากการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีลักษณะเป็นการตกลงกันของคู่สัญญาตามมาตรา 516(1) ดังนั้น การให้จึงเกิดจากการที่คำเสนอของผู้ให้และคำสนองของผู้รับต้องตรงกัน จนเกิดเป็นสัญญาให้ขึ้น และสัญญาให้ที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องสมบูรณ์ก็จะมีผลก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตัวคู่สัญญาในสัญญาให้นั้นๆ

ต่อมา สัญญาให้อาจทำได้โดยมีเงื่อนไขได้ตามมาตรา 525³⁸ หากเงื่อนไขในสัญญานั้นไม่เป็นผลสำเร็จแล้วผู้ให้ก็สามารถเรียกร้องให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ให้ไปแล้วได้ตามมาตรา 527³⁹

³⁷ *Ibid*, p.16.

³⁸ Section 525 Donation subject to conditions

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

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

³⁹ Section 527 Non-fulfilment of the condition

อย่างไรก็ตาม การให้ในระบบกฎหมายเยอรมันก็สามารถมีการให้แบบอื่นที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการตกลงก่อนนี้ผูกพันกันตามสัญญาของคู่สัญญา เนื่องจากอาจจะเป็นการให้ที่ไม่ได้คิดล่วงหน้าหรือไม่ได้มีการวางแผนมาก่อน เรียกการให้แบบนี้ว่าการให้ที่มีการส่งมอบทันทีที่เป็น Manual gift (Disposition/ the act of transfer หรือ Handschenkung) กับการให้อีกแบบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาให้ เรียกการให้แบบนี้ว่า คำมั่นว่าจะให้ (Promissory gift/ a promise or Contract of donation หรือ Versprechensschenkung)⁴⁰

การให้ที่มีการส่งมอบทันที (The disposition หรือ Die Zuwendung) อาจเกิดขึ้นได้โดยความต้องการของทั้งผู้ให้หรือผู้รับหรือเกิดโดยเจตนาของผู้ให้ฝ่ายเดียวโดยผู้รับยังไม่ได้มีเจตนารับก็ได้ เมื่อผู้ให้ได้ทำการให้ไปแล้ว ผู้ให้อาจจะทำการกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้ผู้รับแสดงเจตนารับการให้ นั้น โดยเมื่อครบเวลาที่กำหนดแล้วหากผู้รับแสดงเจตนารับการให้ (ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย) หรือผู้รับไม่ได้มีการแสดงเจตนาปฏิเสธการให้แล้ว การให้นั้นก็ถือว่าได้รับการสนองรับการให้จากผู้รับแล้ว แต่หากผู้รับแสดงเจตนาปฏิเสธการให้ภายในกำหนดเวลา ก็จะมีผลให้การให้นั้นตกเป็นโมฆะ ผู้รับก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปจากการให้ฐานลาภมิควรได้ตามกฎหมายมาตรา 516(2)⁴¹

(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.

⁴⁰ M. Hogg, *supra note 4*, p.17.

⁴¹ Section 516

(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.

ต่อมา เรื่องการให้อีกแบบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาให้ หรือคำมั่นว่าจะให้ (a promise or Contract of donation หรือ Versprechensschenkung) จะอธิบายต่อไปในส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้

(3) การส่งมอบขณะผู้ให้ยังมีชีวิต

แม้ว่าตามกฎหมายให้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 516 จะไม่ได้มีการระบุไว้ว่าการให้จะต้องมีการส่งมอบในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณา มาตรา 2301(2)⁴² แล้วจะเห็นว่าหากผู้ให้มึเจตนาที่จะให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ข้อกำหนดเรื่องการให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตจะต้องมีการนำมาใช้ด้วย

(4) วัตถุประสงค์การให้

ตามมาตรา 516(1) ทรัพย์สินที่สามารถทำการให้ได้ คือ ตัวทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิต่างๆในสัญญา เช่น การปลดหนี้ การเพิกถอนการใช้สิทธิตามสัญญา การเข้าชำระหนี้แทน การกระทำเหล่านี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการให้เช่นกัน⁴³

4.2.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย

เนื่องจากการให้ตามกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้นเมื่อสัญญาให้ได้มีการทำขึ้นตามแบบโดยสมบูรณ์แล้ว สัญญาให้นั้นก็เกิดผลทางหนี้ผูกพันผู้ให้ให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาให้ หากผู้ให้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาผู้รับก็สามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้ปฏิบัติตามสัญญาให้ได้

4.2.2 การให้ในลักษณะอื่นๆ

4.2.2.1 การปลดหนี้

จากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ความระงับแห่งหนี้มีได้หลายวิธี ได้แก่ การชำระหนี้ การหักกลบลบหนี้ การปลดหนี้ การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย หรือการเลิกสัญญา เป็นต้น⁴⁴ การปลดหนี้ก็เป็นวิธีการระงับหนี้วิธีหนึ่งซึ่งประมวลกฎหมาย

⁴² Section 2301

Promise of donation mortis causa

(2) If the donor executes the donation by delivery of the object given, the provisions concerning gifts inter vivos apply.

⁴³ M. Hogg, *supra note 4*, p.16.

⁴⁴ Nigel Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, 4th Edition, (United Kingdom : Oxford University Press, 2010), pp.460 - 461; Gerhard Robbers,

แพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 397(1)⁴⁵ ซึ่งวางหลักว่า หนี้เป็นอันระงับไปเมื่อเจ้าหนี้ได้ทำการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยทำเป็นสัญญา หรือโดยลูกหนี้ทำสัญญาปลดหนี้ให้กับเจ้าหนี้ก็ได้ ดังนั้นจากมาตรา 397(1) นี้ การปลดหนี้ตามกฎหมายเยอรมันจึงต้องมีการทำเป็นสัญญา นั่นคือ ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายมาทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีการกำหนดแบบของการปลดหนี้ไว้ ฉะนั้น การปลดหนี้สามารถทำได้โดยวาจา หรือการแสดงกิริยาท่าทางใด ๆ การปลดหนี้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ได้⁴⁶

ต่อมา เมื่อนำเรื่องการปลดหนี้ตามมาตรา 397(1) นี้ มาเทียบกับเรื่องการให้หรือสัญญาให้ซึ่งอยู่ในมาตรา 516(1)⁴⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้วจะสามารถตีความได้ว่า เรื่องการปลดหนี้และการให้ตามกฎหมายเยอรมันมีลักษณะที่เหมือนกัน นั่นคือ ทั้งการปลดหนี้และการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันล้วนต้องทำเป็นสัญญาโดยมีคู่สัญญาสองฝ่าย อีกทั้ง การปลดหนี้มีลักษณะเป็นการที่เจ้าหนี้ยกหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยไม่ได้สิ่งใดตอบแทน (เว้นแต่การปลดหนี้ที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทที่มีกันอยู่เนื่องมาจากสัญญาการปลดหนี้นั้นนี้อาจจะถูกมองว่ามีลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามมาตรา 779⁴⁸ ประมวลกฎหมาย

An Introduction to German Law, 5th Edition, (Germany : Nomos Verlagsgesellschaft, 2012), pp.162-163.

⁴⁵ Section 397

(1) The obligation expires if the obligee forgives the obligor the debt by contract.

(2) The same applies if the obligee acknowledges by contract with the obligor that there is no obligation.

⁴⁶ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, รายงานฉบับสมบูรณ์ ลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้ = Legal status of release, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.19.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Section 779

แพ่งเยอรมัน⁴⁹) การปลดหนี้โดยที่เจ้าหนี้ไม่ได้สิ่งใดตอบแทนนี้จึงมีลักษณะเหมือนกับการให้ที่มีลักษณะเป็นการที่ผู้ให้ให้บางสิ่งบางอย่างแก่ผู้รับโดยไม่ได้สิ่งใดตอบแทน ฉะนั้น เมื่อตีความตามที่กำลังกล่าวมาแล้ว การปลดหนี้ตามมาตรา 397(1) จึงเป็นการให้ชนิดหนึ่ง ดังนั้น เมื่อการปลดหนี้เป็นการให้ชนิดหนึ่งแล้ว หลักเกณฑ์ในการให้หรือเรื่องการเพิกถอนการให้ย่อมต้องนำมาปรับใช้กับเรื่องการปลดหนี้ด้วยเช่นกัน

4.2.3 คำมั่นว่าจะให้

4.2.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

คำมั่นว่าจะให้หรือที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 518 (1) ใช้คำว่าสัญญา นั้น มีความคลุมเครือในสถานะทางกฎหมายว่าคำมั่นว่าจะให้นั้นมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร จะมีลักษณะเป็นคำมั่นฝ่ายเดียว หรือมีลักษณะเป็นสัญญา หรือมีลักษณะเป็นอย่างอื่น ในความเป็นจริงหากนาย ก. ให้คำมั่นแก่นาย ข. ไว้ว่าตนจะให้เงิน 1,000 ยูโร แก่นาย ข. ในวันที่ 1 เดือนหน้า คำมั่นนี้ไม่ได้มีการทำตามแบบหรือมีการตอบรับคำมั่นจากผู้รับคำมั่นแต่อย่างใด เป็นเพียงคำมั่นเปล่าๆ การทำคำมั่นแบบนี้จึงไม่สามารถที่จะมีสถานะเป็นสัญญาได้ อีกทั้ง จะไม่ก่อนนี้ผู้กพันผู้ให้คำมั่นในการที่จะต้องให้ด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าคำมั่นว่าจะให้นี้จึงถูกจัดให้มีสถานะเป็นคำเสนอ (Offer) ที่รอคำสนองจากผู้ได้รับคำเสนอหรือผู้ที่ตั้งใจจะเป็นผู้รับภายในเวลาที่สมควรคือก่อนที่จะถึงกำหนดให้ตามคำมั่นนั้น⁵⁰ ต่อมา เมื่อคำมั่นนั้นได้รับคำสนองจากผู้รับคำมั่นแล้วสัญญาให้หรือก็คือคำมั่นว่าจะให้นั้นก็จะเกิดขึ้น และเมื่อคำมั่นว่าจะให้นี้มีลักษณะเป็นคำมั่นที่จะให้หรือคือเป็นคำมั่นที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามมาตรา 518(1) และมาตรา 780 จึงกำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและต้องผ่านกระบวนการโนตารีด้วย⁵¹

(1) A contract by which a dispute or uncertainty of the parties with regard to a legal relationship is removed by way of mutual concession (settlement) is ineffective if the fact situation used as a basis according to the contents of the contract does not correspond to reality and the dispute or uncertainty would not have occurred if the facts had been known.

(2) It is equivalent to uncertainty about a legal relationship if the realisation of a claim is uncertain.

⁴⁹ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น.20.

⁵⁰ M. Hogg, *supra note 4*, pp.17 - 18.

⁵¹ Section 518 Form of promise of donation

4.2.3.2 รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

คำมั่นว่าจะให้ หรือที่กฎหมายเยอรมันเรียกว่าสัญญาให้ นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 518 (1)⁵² กำหนดให้จะต้องทำตามแบบโดยต้องให้โนตารีบันทึกการทำคำมั่นว่าจะให้ไว้จึงจะสามารถบังคับคำมั่นว่าจะให้ได้ แบบที่กำหนดให้โนตารีต้องมีการบันทึกคำมั่นว่าจะให้นี้มีแนวคิดเพื่อเป็นการยืนยันความตั้งใจหรือเจตนาที่จะให้ตามคำมั่นนั้นๆ ของผู้ให้คำมั่น โดยมีเจตนาเพื่อปกป้องผู้ให้คำมั่นไม่ให้ถูกบังคับให้ทำคำมั่นโดยไม่สมัครใจ อย่างไรก็ตาม แม้คำมั่นว่าจะให้นั้นไม่ได้มีการทำตามแบบ คือ ไม่ได้มีการให้โนตารีบันทึกคำมั่นไว้ คำมั่นนี้ก็สามารถใช้บังคับได้หากมีการทำการส่งมอบทรัพย์สินตามคำมั่นให้ผู้รับคำมั่นไปตามสัญญาให้ ก็จะมีผลใช้บังคับได้ตามมาตรา 518(2)⁵³ และในทางปฏิบัติหากคู่สัญญาได้มีการลงลายมือชื่อลงในสัญญาให้หรือคำมั่นว่าจะให้ดังกล่าวแล้ว การลงลายมือชื่อของคู่สัญญานี้ก็จะมีผลคล้ายกับได้มีการบันทึกคำมั่นจากโนตารีแล้ว วิธีทำคำมั่นโดยลงลายมือชื่อนี้จะยกเว้นการทำคำมั่นบางชนิด เช่น การให้ที่ดิน

(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.

Section 780 Promise to fulfil an obligation For a contract by means of which performance is promised in such a way that the mere promise is intended to establish the duty (promise to fulfil an obligation) to be valid, to the extent that no other form is specified, it is necessary for the commitment to be made in writing. The commitment may not be made in electronic form.

⁵² Section 518 Form of promise of donation

(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.

⁵³ Section 518 Form of promise of donation

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

ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำตามแบบอื่น ๆ อีกการทำคำมั่นนั้นก็ต้องทำตามแบบตามกฎหมายนั้นๆด้วย⁵⁴

ต่อมา มีคำมั่นว่าจะให้แบบหนึ่งที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำตามแบบในมาตรา 518(1) นั่นคือ การทำคำมั่นว่าจะให้เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เช่น คำมั่นว่าจะให้ประโยชน์ในการทำประกันชีวิต จะสามารถบังคับคำมั่นได้โดยไม่ต้องมีการทำตามแบบฉบับที่ก้ำกัมนั้นโดยอัตโนมัติก่อน⁵⁵

4.3 การให้ในอังกฤษ^{56 57}

อังกฤษก็เป็นประเทศหนึ่งที่จะเห็นความสำคัญที่จะต้องมีการให้ขึ้นมาใช้บังคับ โดยในอังกฤษมีการใช้แนวคิดเรื่องหลักการมีสิ่งตอบแทน หรือหลัก Consideration ซึ่งตลอดมาถูกพิจารณาว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้นั่นเอง หลักกฎหมายเรื่องการให้ในอังกฤษมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 การให้

4.3.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

การให้โดยเสนหาคือการให้โดยเสนหาตามหลักกฎหมายในอังกฤษแตกต่างจากกฎหมายเรื่องการให้โดยเสนหาในประเทศส่วนมากอื่นๆ นั่นคือ กฎหมายอังกฤษไม่ได้มองการให้โดยเสนหา (Gift) อยู่ในรูปของสัญญา⁵⁸ เนื่องจากตามหลักกฎหมายอังกฤษสัญญาส่วนใหญ่ยกเว้นสัญญาที่ต้องมีการทำตามรูปแบบการจดทะเบียน (Deed form) มีข้อกำหนดที่ต้องทำสัญญานั้นให้มีการตกลงในเรื่องการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่กันระหว่างคู่สัญญา สัญญานั้นๆจึงจะสามารถมีผลใช้บังคับได้⁵⁹

⁵⁴ M. Hogg, *supra note 4*, p.17.

⁵⁵ *Ibid*, p.17.

⁵⁶ อังกฤษเป็นส่วนหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร แต่เนื่องจากอังกฤษมีระบบกฎหมายเป็นของตัวเอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเลือกอังกฤษมาทำการศึกษาในฐานะที่มีระบบกฎหมายเป็นของตนเอง

⁵⁷ ราชบัณฑิตยสถาน “ชื่อประเทศ” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2562 จาก <http://www.royin.go.th/wp-content/uploads/2018/03/ชื่อประเทศฯ-22-ก.พ.-60.pdf>

⁵⁸ M. Hogg, *supra note 4*, p.19.

⁵⁹ *Ibid*, p.19.

และเนื่องจากการให้โดยเสน่หาเป็นการกระทำที่เป็นการให้โดยเสน่หา โดยที่ผู้ให้ไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน ดังนั้น หลักเรื่องสัญญาที่ต้องมีสิ่งตอบแทน หรือหลัก Consideration กับหลักการให้โดยเสน่หาจึงมีลักษณะที่ต่างกันจนไม่สามารถไปด้วยกันได้ ทำให้การให้โดยเสน่หาไม่ได้อยู่ในรูปสัญญาตามหลักกฎหมายในอังกฤษ อย่างไรก็ตาม หากจะทำการให้โดยเสน่หาจะต้องมีการให้และการตอบรับ (Accept) จากผู้รับด้วย โดยเมื่อมีการทำการให้เกิดขึ้น การตอบรับของผู้รับจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีการตอบรับแล้วจนกว่าผู้รับจะได้รับการตอบรับที่ชัดเจนในภายหลัง⁶⁰

ดังนั้น การให้ตามกฎหมายอังกฤษสามารถทำได้โดยเป็นการให้ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที (Immediate manual gift) หรือเป็นการให้ที่ต้องมีการจดทะเบียนตามรูปแบบ (Deed) หรือเป็นการให้ผ่านทางกองทรัพย์สิน (Trust)⁶¹

4.3.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย

ในกฎหมายอังกฤษการให้โดยเสน่หาสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นการให้ที่ต้องมีการส่งมอบทันที (Immediate transfer) โดยอาจจะเป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินให้แก่กันหรือเป็นการส่งมอบสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินนั้นก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น โฉนดที่ดิน เป็นต้น โดยการให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันทีไม่ได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือ หรือมีการส่งเอกสารใดๆ หรือมีการบังคับให้ต้องทำการให้ผ่านนอติารีแต่อย่างใด ยกเว้นการให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเช่นที่ดินที่มีข้อกำหนดว่าจะต้องมีการทำตามแบบและจดทะเบียนด้วย ดังนั้น หากการให้ใดๆที่มีเพียงการตกลงกันแต่ไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันทีก็จะไม่สามารถมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ยังมีการให้อีกแบบหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาตามหลักกฎหมายของอังกฤษ นั่นคือ การให้ที่จะต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาในเรื่องการให้สิ่งตอบแทน การให้เช่นนี้จึงจะมีผลเป็นสัญญาที่สามารถมีผลและใช้บังคับกันได้ตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น ผู้ให้ซึ่งเป็นแม่ตกลงมอบบ้านของตนให้แก่ลูกสาวโดยตกลงกันว่าเมื่อให้บ้านแล้วลูกสาวจะต้องเลี้ยงดูแม่ยามแก่ชรา หรือผู้ให้มอบแหวนของตนให้แก่ผู้รับเพื่อตอบแทนที่ผู้รับช่วยซ่อมแซมบ้านให้ เป็นต้น⁶² เมื่อการให้ชนิดนี้มีลักษณะเป็นสัญญา (Consideration contract) ที่ต้องมีการตกลงกันในเรื่องการให้ค่าตอบแทนระหว่างคู่สัญญาจึงจะสามารถมีผลและใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายแล้ว การให้ตามสัญญานี้จึงไม่ได้มีลักษณะเป็นการให้โดยเสน่หาที่มีลักษณะเป็นการให้โดยเสน่หา โดยผู้ให้ไม่ได้รับสิ่งใด

⁶⁰ *Ibid*, p.19.

⁶¹ M. Hogg, *supra note 4*, p.19.

⁶² M. Hogg, *supra note 4*, p.20.

ตอบแทนจากผู้รับ ดังนั้น สัญญาให้ตามกฎหมายของอังกฤษจึงมีความแตกต่างจากสัญญาให้โดยเสน่หาในระบบกฎหมายอื่นๆ

4.3.2 การให้ในลักษณะอื่นๆ

4.3.2.1 การปลดหนี้

กฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้ไม่มีหลักทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับบ่อเกิดแห่งหนี้ทุกประเภท ซึ่งกฎหมายลักษณะหนี้ของอังกฤษในปัจจุบันแบ่งบ่อเกิดแห่งนี้ออกเป็น 3 ประเภท นั่นคือ สัญญา ละเมิด และลาภมิควรได้⁶³ ฉะนั้น การปรับใช้กฎหมายจึงต้องนำหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลมาปรับใช้เฉพาะเรื่องเฉพาะแต่ละบ่อเกิดแห่งหนี้

ในกฎหมายอังกฤษไม่มีเรื่องการปลดหนี้อย่างชัดเจนแต่อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นการระงับแห่งสัญญาโดยข้อตกลงประการหนึ่ง ดังนั้น การปลดหนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญา⁶⁴ ซึ่งสัญญา (Contract) เกิดจากการที่ คู่สัญญาสองฝ่ายมาตกลงทำคำเสนอสนองต้องตรงกันเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งจนเกิดเป็นสัญญากันขึ้น เมื่อสัญญาเกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญาจนก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดหนี้ การปลดหนี้หรือการระงับไปซึ่งสัญญาก็จะต้องมีการทำเป็นข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญาเช่นเดียวกัน โดยจะต้องนำหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาของกฎหมายอังกฤษมาพิจารณาร่วมด้วยสองประการ

ประการแรก คือ หลักการต่างตอบแทน (Consideration) คือ หลักการที่คู่สัญญาสองฝ่ายมาตกลงแสดงเจตนาทำสัญญาหรือเลิกสัญญากันโดยต่างฝ่ายต่างได้รับค่าตอบแทนจากการนั้น หลักการต่างตอบแทน (Consideration) นี้ เป็นหลักการสำคัญในเรื่องสัญญาของกฎหมายอังกฤษที่จะต้องนำมาพิจารณาเสมอเมื่อมีการพิจารณาถึงการเกิดของสัญญา รวมถึงการระงับแห่งสัญญาหรือการปลดหนี้ด้วย⁶⁵

ประการที่สอง คือ หากกฎหมายอังกฤษกำหนดให้การทำสัญญาใดๆ ต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร การเปลี่ยนแปลงใดรวมถึงการระงับแห่งสัญญาหรือการปลดหนี้ ก็จะต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นเดียวกัน ยกเว้น การตกลงเลิกสัญญา หรือการสละข้อสัญญาบางข้อ เป็นต้น⁶⁶

⁶³ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 29th Edition, (Great Britain : Oxford University Press, 2010), p.23.

⁶⁴ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 46, น.25.

⁶⁵ *เพ็งอ้าง*, น.26.

⁶⁶ *เพ็งอ้าง*, น.26.

ความระงับแห่งสัญญาโดยข้อตกลงในกฎหมายอังกฤษที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการปลดหนี้ตามกฎหมายไทยมีอยู่สองวิธี ได้แก่ หลักการสละสิทธิเรียกร้องเป็นตราสาร (Release) และหลัก Accord and Satisfaction⁶⁷ หลักการสละสิทธิเรียกร้องเป็นตราสาร (Release) นั้น เป็นหลักการที่เจ้าหน้าที่ตามสัญญาอาจจะสละสิทธิเรียกร้องตามสัญญาของตนโดยการทำเป็นหนังสือตราสารลงตรา (Deed) การสละสิทธิเรียกร้องโดยการทำเป็นตราสารลงตรานี้ไม่จำเป็นต้องทำตามหลักการให้สิ่งตอบแทน (Consideration) เหมือนหลักสัญญาทั่วไปแต่ต้องมีการทำตามแบบของการทำตราสารลงตรา (Deed) ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิน (ข้อกำหนดทั่วไป) ค.ศ.1989 (Property Miscellaneous) Act 1989) ที่กำหนดให้ตราสารลงตราต้องมีการทำเป็นหนังสือโดยมีการลงนาม (Sign) ลงตรา (Seal) (เว้นแต่ตราสารลงตรานี้จัดทำขึ้นโดยบุคคลธรรมดาที่จะได้รับยกเว้นไม่ต้องมีการลงตรา)⁶⁸และการส่งมอบ (Delivery) ที่ต้องเป็นการกระทำหรือถ้อยคำที่บุคคลผู้ทำตราสารแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาสละสิทธิเรียกร้องโดยไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบตราสารกันจริงๆ ฉะนั้น แม้ว่าตราสารจะยังอยู่กับผู้ที่ทำตราสารก็จะถือได้ว่าได้มีการส่งมอบกันแล้วสามารถใช้บังคับได้ ดังนั้น เมื่อการทำตราสารลงตราได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้วก็จะถือว่าการสละสิทธิเรียกร้องนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายสามารถใช้บังคับได้⁶⁹

ต่อมา หลัก Accord and Satisfaction คือ หลักการสละสิทธิเรียกร้องที่ทำได้ทั้งสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาหรือละเมิด โดยใช้หลักการให้สิ่งตอบแทน (Consideration) ซึ่งการให้สิ่งตอบแทนนี้จะต้องไม่ใช่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาด้วย⁷⁰

อย่างไรก็ตามหลัก Accord and Satisfaction นี้ สามารถนำมาใช้ได้แม้ว่าคู่สัญญาจะได้มีการปฏิบัติการตามสัญญาไปบางส่วนแล้ว หรือมีการทำตราสารลงตราแล้ว หรือไม่ก็ตาม การสละสิทธิเรียกร้องตามหลัก Accord and Satisfaction นี้ อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่าเป็นการซื้อหนี้ (Purchase) หรือเป็นการปลดหนี้โดยใช้สิ่งตอบแทนที่มีค่า (Valuable Consideration) ซึ่งประกอบด้วยสองขั้นตอน คือ การทำข้อตกลงปลดหนี้ (Accord) และการให้สิ่งตอบแทน (Satisfaction)

ในส่วนของการทำข้อตกลงปลดหนี้ (Accord) นั้น แม้สัญญาที่ต้องการทำการปลดหนี้จะมีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ การทำข้อตกลงปลดหนี้

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, น.26.

⁶⁸ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 63*, p.76.

⁶⁹ *Ibid*, pp.77-78.

⁷⁰ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 46*, น.26 - 27.

ก็สามารถทำได้ด้วยวาจา เว้นแต่ ข้อตกลงปลดหนี้บางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ⁷¹

ส่วนการให้สิ่งตอบแทน (Satisfaction) นั้น จะต้องมีการให้สิ่งตอบแทนกันจนเรียบร้อย ข้อตกลงปลดหนี้จึงจะมีผลสมบูรณ์ หากข้อตกลงปลดหนี้ได้มีเพียงคำมั่นว่าจะให้สิ่งตอบแทนโดยที่ยังไม่มีการส่งมอบของตอบแทนกันแล้ว ข้อตกลงปลดหนี้นั้นก็ยังไม่ถือว่าสมบูรณ์แล้ว⁷²

4.3.3 คำมั่นว่าจะให้

4.3.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

การทำคำมั่นว่าจะให้สามารถทำในรูปแบบของสัญญาต่างตอบแทนแบบเฉพาะ (Esoteric consideration) สิ่งที่ต้องทำสำหรับการให้ในการทำสัญญาให้แบบธรรมดา ก็สามารถทำกับคำมั่นว่าจะให้หรือสัญญาต่างตอบแทนแบบเฉพาะ (Esoteric consideration) ได้เช่นกัน โดยสัญญาต่างตอบแทนแบบเฉพาะ (Esoteric consideration) จะอยู่ในรูปของสัญญาที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ในรูปของการต่อรอง (Bargain) ที่พิจารณาให้อยู่ในรูปของสัญญาต่างตอบแทน (Consideration)⁷³

ต่อมา จากกฎหมายในอังกฤษคำมั่นว่าจะให้สามารถมีการทำเงื่อนไขได้ เนื่องจากกฎหมายอังกฤษมองว่าคำมั่นว่าจะให้ที่มีเงื่อนไขก็อาจจะเป็นที่มาของการต่อรองกันได้ การทำการให้ใดๆที่อาจไม่สามารถมองให้เป็นสัญญาให้ธรรมดาได้ก็มักถูกนำมาใส่ในเรื่องการทำคำมั่นว่าจะให้ที่มีเงื่อนไขที่ได้มีการทำการตอบรับจากผู้รับคำมั่น และคำมั่นหรือสัญญาชนิดนี้ก็สามารถมีผลใช้บังคับได้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Errington v. Errington (1952) มีการทำคำมั่นว่าจะให้บ้านแก่ผู้รับคำมั่นหากผู้รับคำมั่นยอมจ่ายเงินค่าจำนองบ้านจนหมดเสียก่อน การกระทำนี้ไม่ถูกมองว่าเป็นสัญญาให้ที่ไม่สามารถบังคับได้หากแต่เป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่มีการสนองจากผู้รับคำมั่นในการที่ยอมจ่ายเงินค่าจำนองบ้าน⁷⁴

4.3.3.2 รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

คำมั่นว่าจะให้ในอังกฤษสามารถใช้บังคับได้เมื่อคำมั่นนั้นตั้งอยู่บนหลักการตอบแทน คือทั้งผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นมีการได้ประโยชน์ทั้งสองฝ่าย และจะสามารถบังคับ

⁷¹ A.G. Guest (General Editor), Chitty on Contracts: Volume 1 General Principle, 25th Edition, (London : Sweet & Maxwell, 1983), pp.813 - 814.

⁷² *Ibid*, pp.814 - 815.

⁷³ M. Hogg, *supra note 4*, p.20.

⁷⁴ *Ibid*, p.20.

ได้ตามกฎหมายเมื่อมีการทำคำมั่นในรูปแบบของฟอร์ม (Deed) ซึ่งคือการเขียนแสดงความตั้งใจที่จะทำคำมั่นนั้นๆ และมีการลงลายมือชื่อของผู้ให้และพยาน จากนั้นมีการส่งมอบทรัพย์สินตามคำมั่นแก่ผู้รับ หรือจะบังคับคำมั่นโดยการสร้างกองทรัสต์ (Trust) ก็ได้⁷⁵

เรื่องการบังคับคำมั่นว่าจะให้นี้เคยมีคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาว่าคำมั่นที่จะให้เงินจำนวนหนึ่งแก่บุคคลหนึ่งสามารถพิจารณาว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน (Consideration) ได้ เนื่องจากผู้ให้คำมั่นตอบแทนโดยการให้เงินและผู้รับคำมั่นก็ตอบแทนโดยการมาและรับเงินไป ดังที่ปรากฏในคดี Gilbert v. Ruddeard (1608)⁷⁶ หรือจากตัวอย่างที่นาย ก. ให้คำมั่นว่าจะให้เงิน 10,000 ยูโร แก่นาย ข. หากนาย ข. แต่งงาน คำมั่นนี้สามารถมีผลใช้บังคับได้หากนาย ข. ให้คำมั่นว่าจะแต่งงานกลับ⁷⁷

4.4 การให้ในระบบกฎหมายสกอต^{78 79}

ระบบกฎหมายของสกอตเป็นระบบกฎหมายแบบผสม (Mixed Legal System)⁸⁰ อย่างไรก็ตาม ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ (Gift/Donation) นั้น ได้มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน⁸¹ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องการให้เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย จวบจนมาถึงสมัยปัจจุบัน โดยระบบกฎหมายสกอตได้แบ่งเรื่องการให้ (Gift/Donation) กับเรื่องคำมั่นว่าจะให้ (Promise of donation) ออกจากกัน โดยมีคำอธิบายและแนวคิดที่แตกต่างกัน ดังนี้

⁷⁵ *Ibid*, p.21.

⁷⁶ M. Hogg, *supra note 4*, p.20.

⁷⁷ *Ibid*, p.20.

⁷⁸ สกอตแลนด์เป็นส่วนหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร แต่เนื่องจากสกอตแลนด์มีระบบกฎหมายเป็นของตัวเอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเลือกสกอตแลนด์มาทำการศึกษาในฐานะที่มีระบบกฎหมายเป็นของตนเอง

⁷⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57*

⁸⁰ M. Hogg, *supra note 4*, p.1.

⁸¹ MacQueen, H & Hogg, M, “Donation in Scots Law” (*Juridical Review*), p.5, (2012).

4.4.1 การให้

4.4.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

กฎหมายเกี่ยวกับการให้ในสกอตแลนด์ยุคแรกๆได้วางกฎหมายเรื่องการให้ไว้ในส่วนของกฎหมายเรื่องหนี้ (Law of Obligations)⁸² แต่ต่อมา ในสมัยศตวรรษที่ 7-8 ได้มีการแยกกฎหมายเรื่องการให้ออกไปเป็นการเฉพาะเจาะจงมากขึ้น โดยจัดให้ไปอยู่ในส่วนของกฎหมายที่ในปัจจุบันอาจเรียกว่า กฎหมายเรื่องลาภมิควรได้และจัดการงานนอกสั่ง โดยยังไม่ได้มีแนวคิดว่าการให้เป็นสัญญาแต่อย่างใด⁸³ จนมาถึงศตวรรษที่ 17 ก็ได้มีนักคิดอธิบายในเรื่องการให้อีกนั่นคือ Stair ที่ได้ตีพิมพ์แนวคิดในปี ค.ศ.1681 โดยมีแนวคิดว่าการให้ คือ การกระทำตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่บุคคลคนหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องทำสิ่งดีๆให้แก่บุคคลอื่น ความผูกพันนี้เป็นความผูกพันทางธรรมชาติที่แม้การให้จะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันแก่ผู้รับที่จะต้องเห็นคุณค่าและสำนึกบุญคุณของผู้ให้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำนี้ก็ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแก่ผู้ให้หรือผู้รับแต่อย่างใด ผลผูกพันเดียวที่ตามมาจากการให้นี้ คือ หากผู้รับการให้นั้นกระทำการใดๆอันเป็นการไม่สำนึกบุญคุณของผู้ให้แล้ว การให้นั้นก็ตกเป็นโมฆะและผู้รับก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับไปคืนแก่ผู้ให้⁸⁴ ตามแนวคิดของ Stair นั้น ไม่ได้มองการให้เป็นสัญญาหรือการสมัครใจเข้าผูกพันทางหนี้ต่อกัน หากแต่เห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่สมัครใจหรือการกระทำที่เป็นผลมาจากกฎหมายธรรมชาตินั่นเอง⁸⁵

ต่อมา ในศตวรรษที่ 18 ได้มีนักคิดชื่อ Bankton ตีพิมพ์แนวคิดในปี ค.ศ.1751 และปี ค.ศ.1753 โดยมีแนวคิดเหมือนกัน คือ อธิบายการให้ว่าเป็นการกระทำอิสระของบุคคลใดๆที่สามารถให้สิ่งใดแก่บุคคลใดก็ได้โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย⁸⁶ โดย Bankton ได้จัดการให้ไว้ในส่วนของบทความผูกพันทางหนี้โดยไม่สมัครใจเพื่อการตอบแทน โดยที่ไม่ได้จัดการให้ไว้ในบทความของบทความผูกพันทางหนี้โดยสมัครใจ หรือสัญญา⁸⁷

⁸² *Ibid*, p.1.

⁸³ *Ibid*, p.1.

⁸⁴ *Ibid*, p.1.

⁸⁵ R Evans-Jones, Unjustified Enrichment, (Edinburgh : W Green, 2013), pp.6.82 - 6.91. อ้างถึงใน MacQueen, H & Hogg, M, “Donation in Scots Law”, (Juridical Review), p.1, (2012).

⁸⁶ MacQueen, H & Hogg, M, *supra note 81*, p.2.

⁸⁷ *Ibid*, p.2.

หลังจากนั้น ในปีค.ศ. 1773 นักคิดชื่อ Erskine ได้ตีพิมพ์แนวคิดเช่นกัน โดย Erskine เป็นคนแรกที่มีแนวคิดว่าการให้ก่อให้เกิดหนี้ หรือเป็นสัญญาในตัวของมันเอง⁸⁸ โดย Erskine ได้แยกระหว่างหนี้ที่จะต้องให้ (Obligation to donate) กับการส่งมอบทรัพย์สิน (The transfer of property) ที่เป็นผลผูกพันมาจากสัญญาให้ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยอธิบายเรื่องการให้เชื่อมโยงกับแนวคิดของ Stair ในเรื่องหนี้ที่เกิดจากคำมั่นฝ่ายเดียวที่มีผลผูกพันได้โดยไม่ต้องมีการตอบรับของผู้รับคำมั่นก่อน ซึ่งสแตร์อธิบายว่าคำมั่นชนิดนี้ก่อให้เกิดหนี้ ฉะนั้น Erskine จึงเห็นว่าคำมั่นว่าจะให้ก็สามารถก่อให้เกิดหนี้ได้เช่นกัน และการทำการให้ใดๆจะก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้จะรับการให้นั้นแค่เฉพาะสิทธิในการเรียกให้กระทำการตามสัญญาให้เท่านั้น ไม่ได้ทำให้ผู้จะรับเกิดสิทธิในตัวทรัพย์สินที่จะให้ในทันทีทันใด ผู้ให้ยังคงมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นไป⁸⁹

ความแตกต่างในเรื่องนี้กับการส่งมอบทรัพย์สินนั้นถือเป็นหนึ่งในเรื่องพื้นฐานของกฎหมายเอกชนในสกอตแลนด์⁹⁰ การศึกษาในเรื่องนี้ช่วยให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างคำมั่นฝ่ายเดียวซึ่งถูกอธิบายครั้งแรกโดย Stair กับกฎหมายในเรื่องการให้ ต่อมา Professor W. M. Gordon ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ที่อธิบายเรื่องการให้ในยุคสมัยใหม่ ได้มีคำอธิบายว่าจะต้องแยกเรื่องหนี้ที่จะต้องให้ (Obligation to give) กับการส่งมอบวัตถุแห่งหนึ่งออกจากกันให้ชัดเจน เนื่องจากการให้มีลักษณะเป็นหนี้ผูกพันฝ่ายเดียว ฉะนั้นเมื่อเกิดหนี้ที่จะต้องให้ (Obligation to give) แล้วก็จะเกิดการให้ทางปฏิบัติหรือก็คือ การส่งมอบทรัพย์สินตามมา⁹¹ ต่อมา Professor W. M. Gordon ได้อธิบายคำนิยามเรื่องการให้ว่า การให้ หมายถึง การเคลื่อนย้ายทรัพย์สินให้แก่กันโดยให้เปล่าหรือโดยเสน่หาที่มีความมุ่งหมายว่าจะกระทำในเวลาใดๆระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่⁹² การที่การให้ในสกอตแลนด์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญมุ่งหมายในตัวทรัพย์สินเป็นหลักนั้นอาจเป็นผลที่สะท้อนมาจากลักษณะผสมผสานของกฎหมายสมัยใหม่ของสกอตแลนด์ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่โครงสร้างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ของสกอตแลนด์ถูกทับซ้อนบางส่วนโดยแนวคิดและแนวทางปฏิบัติจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁹³ ถึงกระนั้น ระบบกฎหมายของสกอตแลนด์ก็ยังคงตระหนักถึงแนวคิดในเรื่องการให้ที่

⁸⁸ *Ibid*, p.2.

⁸⁹ *Ibid*, p.2.

⁹⁰ *Ibid*, p.2.

⁹¹ *Ibid*, p.2.

⁹² *Ibid*, p.3.

⁹³ *Ibid*, p.3.

มีรากฐานมาจากเรื่องคำมั่นอยู่ทำให้กฎหมายเรื่องการให้จำแนกเรื่องนี้ในการให้ออกจากเรื่อง การส่งมอบทรัพย์สิน⁹⁴

ต่อมา นักวิชาการชื่อ Martin Hogg มีความเห็นว่าคำมั่นและการให้ นั้น มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวอย่างชัดเจน⁹⁵ เพราะเป็นการกระทำที่ไม่หวังสิ่งตอบแทน หรือเรียกว่าเป็นการให้โดยเสนหา นั่นคือ เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายเดียวเท่านั้นที่ถูกผูกพันในการทำตาม คำมั่นหรือการให้นั้นๆ Martin Hogg ได้อธิบายลักษณะของการให้ว่าเป็นการส่งมอบความเป็นเจ้าของ ในทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งโดยไม่หวังสิ่งตอบแทน⁹⁶ ดังนั้น การให้จึงมีลักษณะเป็น การกระทำฝ่ายเดียวมากกว่าการกระทำสองฝ่าย ซึ่งแนวคิดนี้ทำให้การให้ในสกอตแลนด์ต่างจาก แนวคิดของระบบกฎหมายอื่นๆส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์รวมทั้งแตกต่างจากแนวคิดใน ร่างกรอบความคิดของกฎหมายเอกชนในทวีปยุโรป หรือ DCFR (Draft Common Frame of Reference) ด้วย⁹⁷

4.4.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย

ในสมัยแรกๆรูปแบบการเกิดและการบังคับการให้ยังไม่มีหลักฐานที่ ชัดเจน จนมาถึงปลายศตวรรษที่ 19 จึงได้มีการบันทึกว่าการให้ใดๆหากมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ กันแล้วผู้ให้ก็จะถูกปลดปล่อยจากความผูกพันที่เกิดจากการให้การให้ นั้น ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าการให้ใน สมัยแรกเริ่มไม่ได้มีการบังคับให้ต้องทำตามแบบเช่นการทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด และหากมี ข้อพิพาทว่าได้มีการให้การให้แล้วหรือไม่ก็สามารถใช้วิธีสอบพยานเพียงอย่างเดียว ดังนั้น หัวใจสำคัญ ในการที่จะพิสูจน์การให้ นั้นคือการพิสูจน์ถึงเจตนาในการให้ของผู้ให้และการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ นั้นเอง⁹⁸

(1) เจตนา

การให้ นั้นผู้ให้จะต้องมีเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับในเวลา ที่ แสดงเจตนา ไม่ใช่มีเจตนาที่จะให้ในเวลาใดๆในอนาคต เช่น มีเจตนาให้ทรัพย์สินหลังจากที่ผู้ให้ตาย แล้ว และเจตนาให้ของผู้ให้ นั้นจะต้องเป็นเจตนาที่ชัดแจ้งจนไม่อาจเกิดข้อสงสัยหรือถูกโต้แย้งได้ การพิสูจน์เจตนาการให้ นั้นหากใช้ตัวผู้รับมาอ้างก็จะไม่ค่อยมีน้ำหนักเท่าการอ้างบุคคลภายนอกที่ไม่มี

⁹⁴ *Ibid*, p.3.

⁹⁵ *Ibid*, p.3.

⁹⁶ *Ibid*, p.2.

⁹⁷ *Ibid*, p.4.

⁹⁸ *Ibid*, p.10.

ส่วนได้เสียกับการให้หนี้ๆ เช่นเดียวกับการให้ในระหว่างผู้ให้และผู้รับที่มีความเกี่ยวข้องกันก็จะง่ายต่อการพิสูจน์เจตนามากกว่าการให้ระหว่างผู้ให้และผู้รับที่ไม่มีเกี่ยวข้องกันเลย⁹⁹

ประการต่อมา การให้หนี้สามารถมีเงื่อนไขได้ หนี้ในสัญญาให้หรือการส่งมอบทรัพย์สินใดๆอาจจะถูกระงับไปจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดตามสัญญาหรือผู้รับได้ทำการใดๆ อันเป็นเงื่อนไขการให้หนี้เสร็จสิ้นแล้ว และการให้ก็สามารถทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างได้เช่นกัน ตราบใดที่วัตถุประสงค์ของกาให้หนี้เป็นแค่เหตุในการที่จะทำให้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์จูงใจให้มาทำการให้ ยกตัวอย่างเช่น การมอบแหวนหมั้นของคู่รักเพื่อทำการขอแต่งงาน การมอบแหวนหมั้นนี้มีวัตถุประสงค์ในการขอแต่งงาน ฉะนั้น หากฝ่ายผู้รับตกลงแต่งงานกับผู้ให้ การให้หนี้ก็บรรลุวัตถุประสงค์ แหวนหมั้นนั้นก็จะถูกมอบให้แก่ผู้รับไป แต่หากผู้รับปฏิเสธการขอแต่งงาน การให้แหวนหมั้นนั้นก็สิ้นผลไป แม้ว่าผู้ให้จะได้ทำการส่งมอบแหวนหมั้นแก่ผู้รับไปแล้ว ผู้รับก็ต้องส่งแหวนหมั้นนั้นคืนแก่ผู้ให้โดยหลักกลาภมิควรได้¹⁰⁰

(2) การส่งมอบทรัพย์สิน

สิ่งที่จำเป็นต้องทำในการทำการให้อย่างที่สองก็คือการส่งมอบทรัพย์สิน การแสดงเจตนาให้อย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะทำให้การให้หนี้เสร็จสมบูรณ์ การส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นสิ่งสำคัญ โดยการส่งมอบทรัพย์สินนี้อาจจะกระทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่กันจริงๆ หรือแค่ส่งมอบสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินให้แก่กันก็ได้ เช่น การเขียนเป็นหนังสือ หรือการไปจดทะเบียนการโอนในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นที่ดินหรือทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้

การให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งของที่เป็นสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับไปทันทีเป็นการกระทำที่เป็นแค่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการกระทำทันทีทันใดโดยไม่ได้มีการกระทำที่เป็นการให้คำมั่นหรือการทำสัญญากันก่อนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม อาจมีการให้ในอีกกรณีหนึ่งที่สามารถมีนิติกรรมอีกอย่างอยู่ก่อน นิติกรรมการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ได้ นิติกรรมที่เกิดก่อนหน้าก็คือการแสดงความตั้งใจของผู้ให้ที่จะกระทำการให้ในเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคต นิติกรรมที่เกิดก่อนหน้านี้ ส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญา แต่ก็มีการกรณีที่อาจจะเกิดเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวได้ และเมื่อมีการแสดงเจตนาทำการให้แก่กันแล้ว หลังจากนั้นก็จะเป็นการทำนิติกรรมการส่งมอบทรัพย์สิน การให้ในกรณีนี้จึงต้องประกอบด้วยสองขั้นตอนจึงจะเกิดการให้ที่สมบูรณ์ได้¹⁰¹

⁹⁹ *Ibid*, p.12.

¹⁰⁰ *Ibid*, p.4.

¹⁰¹ *Ibid*, p.2.

กฎหมายสกอตไม่ได้กำหนดแบบของการทำการให้ไว้ ดังนั้น การทำนิติกรรมการให้ครั้งแรกที่เป็นการแสดงความตั้งใจของผู้ให้ที่จะกระทำการให้ในเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคตจึงสามารถทำโดยปากเปล่าและพิสูจนโดยการสืบพยานเท่านั้นก็ได้โดยไม่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือหรือต้องผ่านกระบวนการนิตาริแต่อย่างใด และในการทำนิติกรรมการให้ในครั้งที่สอง คือการส่งมอบทรัพย์สินนั้น กฎหมายมองว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับ และความผูกพันทางหนี้ใดๆที่เกิดก่อนการส่งมอบก็ไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปของสัญญาเท่านั้น แต่อาจอยู่ในรูปของคำมั่นฝ่ายเดียวก็ได้

4.4.1.3 การปฏิเสธการให้ของผู้รับ

ในการทำการให้หนึ่งๆแม้ว่าผู้รับจะไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงการตอบรับก่อนการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ แต่การที่ผู้รับแสดงความยินยอมรับการให้นั้นก็ทำให้สิทธิของผู้รับในการให้นั้นๆมีความชัดเจนและเข้มแข็งมากขึ้น ในอดีต Bankton ได้เสนอแนวคิดเรื่องการสันนิษฐานความยินยอมของผู้รับไว้ นั่นคือ หากการทำการให้ใดผู้รับได้รับรู้ถึงการทำการให้แล้วไม่ได้มีการแสดงออกอย่างใดๆอันเป็นการปฏิเสธการให้ นั้นก็จะสันนิษฐานว่าผู้รับยินยอมที่จะรับเอาการให้ นั้น¹⁰² ต่อมา Erskine ได้สนับสนุนแนวคิดนี้โดยกล่าวว่า การแสดงความยินยอมของผู้รับเป็นสิ่งจำเป็นในการที่จะทำการให้โดยจะทำให้เกิดหนี้ผูกพันผู้ให้และผู้รับ การสันนิษฐานถึงความยินยอมของผู้รับเป็นเรื่องที่ควรกระทำโดยที่ไม่ต้องมีการบังคับให้ผู้รับแสดงความยินยอมอย่างเป็นทางการใดๆอีก เนื่องจากการให้เป็นสิ่งที่เรียบง่ายและบริสุทธิ์ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะต้องสร้างภาระใดๆแก่ผู้รับอีก¹⁰³ แนวคิดเรื่องการสันนิษฐานความยินยอมของผู้รับนี้เป็นที่ยอมรับและถูกพูดถึงในหมุ่บทกฎหมายของสกอตแลนด์ถึง 150 ปี¹⁰⁴ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีแนวคิดว่าการให้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อนการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แต่ผู้รับจะเกิดสิทธิในการปฏิเสธการให้ นั้นคือ ผู้รับไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมก่อนการส่งมอบแต่เมื่อผู้ให้กระทำการให้ผู้รับมีสิทธิปฏิเสธไม่รับเอาทรัพย์สินที่ให้ นั้นได้ เว้นแต่ผู้รับจะได้ยอมผูกพันตนไว้ก่อนว่าจะยินยอมรับเอาทรัพย์สินที่ให้ นั้นก่อน แล้ว ดังนั้นแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินในการให้จึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้รับซึ่งผู้รับจะต้องมีตัวตนอยู่แล้ว ในขณะที่จะทำการส่งมอบ หากในเวลาทำการให้ผู้รับยังไม่มีตัวตน การให้ นั้นก็จะไม่มีผล¹⁰⁵

¹⁰² *Ibid*, p.14.

¹⁰³ *Ibid*, p.14.

¹⁰⁴ *Ibid*, p.14.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.14.

4.4.2 การให้ในลักษณะอื่นๆ

4.4.2.1 การปลดหนี้

กฎหมายสกอตแบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ออกเป็นสองประเภท ได้แก่ บ่อเกิดแห่งหนี้ที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความยินยอมของลูกหนี้และนิติสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของลูกหนี้¹⁰⁶

นิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความยินยอมของลูกหนี้ หมายถึง มูลหนี้ที่เกิดจากสัญญาหรือข้อตกลง และค้ำมั่น ส่วนนิติสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของลูกหนี้ นั้น หมายถึง มูลหนี้ที่เกิดจากบ่อเกิดประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา หรือมิได้เกิดจากค้ำมั่น โดยลูกหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมนี้สามารถแบ่งได้สองประการ ประการแรก คือ มูลหนี้ที่เกิดจากการกำหนดโดยอำนาจภายนอก (External Power) ซึ่งได้แก่ มูลหนี้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือมูลหนี้จากคำพิพากษาของศาลและมูลหนี้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ได้แก่ หนี้กึ่งสัญญา (Quasi-Contract) เป็นต้น¹⁰⁷

ในเรื่องการระงับแห่งหนี้ นั้น ตามหลักกฎหมายสกอตสามารถทำได้หลายวิธี ได้แก่ การชำระหนี้หรือชำระเงิน การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน การแปลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน หนี้ขาดอายุความ การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย และการปลดหนี้โดยเจ้าหนี้¹⁰⁸

การปลดหนี้ในกฎหมายสกอต (Discharge by Acceptilation) หมายถึง การที่เจ้าหนี้สละซึ่งสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้โดยที่ลูกหนี้ยังมิได้มีการชำระหนี้ โดยการปลดหนี้นี้มีลักษณะเป็นข้อตกลงสองฝ่าย (Bilateral)¹⁰⁹ หากหนี้เป็นหนี้ที่เกิดจากวาจา การปลดหนี้ นั้นก็สามารถทำได้ด้วยวาจา แต่หากว่าหนี้ นั้นเกิดจากสัญญาที่มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร การปลดหนี้ นั้นก็จะต้องมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีการทำการสละหรือยกเลิกหลักฐานแห่งหนี้ หรือต้องมีหลักฐานพิสูจน์โดยคำสัตย์สาบาน (Oath) หรือหมายศาล (Writ) เพราะหากเจ้าหนี้ทำการปลดหนี้ ที่มาจากสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยวาจาเพียงอย่างเดียวแล้วเจ้าหนี้ก็อาจจะมิสิทธิกลับมาบังคับชำระหนี้ใหม่ได้ในภายหลังอีก¹¹⁰

¹⁰⁶ W.A. Wilson and Angelo Forte (Editors), The Law of Scotland, 10th Edition, (Great Britain : Sweet& Maxwell, 1995), p.54.

¹⁰⁷ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 46, น.33.

¹⁰⁸ David M. Walker, The Law of Contract and related obligations in Scotland, (London : Butterwoths, 1979), pp.524 - 525.

¹⁰⁹ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 46, น.33.

¹¹⁰ David M. Walker, *supra note 108*, p.525.

4.4.3 คำมั่นว่าจะให้

4.4.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

คำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและเป็นนิติกรรมให้โดยเสน่หา หมายถึงเป็นนิติกรรมที่อาศัยการแสดงเจตนาของผู้ให้คำมั่นเพียงฝ่ายเดียวและจะมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นฝ่ายเดียวโดยที่ผู้ให้คำมั่นจะไม่ได้อะไรเป็นการตอบแทน ตามกฎหมายเรื่องคำมั่นของระบบกฎหมายสกอตคำมั่นว่าจะให้สามารถก่อให้เกิดหนี้ได้ ดังนั้น ผู้รับคำมั่นจึงสามารถที่จะฟ้องร้องเพื่อเรียกร้องให้ผู้ให้คำมั่นปฏิบัติตามคำมั่นนั้นได้แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิของผู้รับคำมั่นนี้มีเฉพาะสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้คำมั่นปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้ให้ไว้เท่านั้น โดยไม่ได้หมายความว่าผู้รับคำมั่นจะมีสิทธิในตัวทรัพย์สินตามคำมั่นว่าจะให้ ผู้ให้คำมั่นยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับคำมั่น¹¹¹

4.4.3.2 รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

(1) การแสดงเจตนา

การเกิดคำมั่นว่าจะให้นั้นผู้ให้คำมั่นจะต้องมีการแสดงเจตนาที่ชัดเจนว่าผู้ให้คำมั่นมีเจตนาเข้าผูกพันตนตามกฎหมายในคำมั่นนั้น และการแสดงเจตนาทำคำมั่นว่าจะให้สามารถเป็นการแสดงเจตนาที่มีเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ได้เช่นเดียวกับการให้ กล่าวคือ หากการทำคำมั่นว่าจะให้นั้นเป็นการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไข หนี้ตามคำมั่นนั้นก็ยังไม่ถึงกำหนดเวลาจนกว่าวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขในคำมั่นนั้นจะมีผลสำเร็จเสร็จสิ้นเสียก่อน ตัวอย่างเช่น การทำคำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่ผู้ที่นำทรัพย์สินที่ผู้ให้คำมั่นทำหายไปมาคืนผู้ให้คำมั่นได้ หากมีผู้ที่สามารถนำทรัพย์สินหายนั้นมาคืนแก่ผู้ให้คำมั่นได้ ผู้ให้คำมั่นก็จะมีหนี้ผูกพันที่จะต้องให้รางวัลตามคำมั่นนั้น ในเรื่องการแสดงเจตนาทำคำมั่นที่มีวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขนี้จะต้องระวางไว้ว่าวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขในการทำคำมั่นนั้นจะต้องเป็นแค่วัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขที่เป็นเหตุให้ทำคำมั่นเท่านั้น ไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์หรือเงื่อนไขที่จะก่อประโยชน์จูงใจให้เขาทำคำมั่นว่าจะให้มีฉะนั้นแล้วจะกลายเป็นคำมั่นที่เอื้อประโยชน์แก่กันไปซึ่งไม่ใช่การให้โดยเสน่หา

(2) แบบของคำมั่นว่าจะให้

การทำคำมั่นยุคแรกๆกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบในการทำคำมั่นไว้ เมื่อเกิดปัญหาก็สามารถพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของคำมั่นนั้นได้โดยการที่ผู้ให้คำมั่นทำหนังสือยอมรับการมีอยู่ของคำมั่นหรือหนี้ผูกพันตามคำมั่นนั้นหรือโดยการกล่าวคำสาบานของผู้ให้คำมั่นเท่านั้น ต่อมาได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ในปี ค.ศ. 1995 (The Requirements of Writing (Scotland) Act 1995) ที่ได้กำหนดแบบในเรื่องการทำคำมั่นใหม่ว่าการจะทำคำมั่นหรือการจะก่อหนี้

¹¹¹ MacQueen, H & Hogg, M, *supra* note 81, p.2.

ฝ่ายเดียวโดยให้เปล่าหรือโดยเสนหานั้นจะต้องมีการทำเป็นหนังสือและมีการลงลายมือชื่อผู้ให้คำมั่นเป็นสำคัญ¹¹² ดังนั้น การทำคำมั่นใดๆโดยปากเปล่าและไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือจะไม่มีผลผูกพันก่อให้เกิดหนี้ได้ เว้นแต่ การทำคำมั่นนั้นจะเป็นการทำคำมั่นในทางธุรกิจซึ่งได้รับการยกเว้นโดยกฎหมายให้ไม่ต้องมีการทำคำมั่นเป็นหนังสือ¹¹³

4.5 การให้ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR)

ในปัจจุบันสหภาพยุโรปมีความพยายามที่จะสร้างกฎหมายเอกชนที่มีพื้นฐานและกรอบความคิดเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อจุดประสงค์ในการใช้กฎหมายเอกชนร่วมกันในสหภาพยุโรป ความพยายามนี้ได้นำไปสู่การร่าง Draft Common Frame of Reference (DCFR) โดยได้มีการรวบรวมแนวคิดและกรอบกฎหมายเอกชนไว้หลายเรื่อง รวมไปถึงเรื่องการให้ที่ถูกใส่ไว้ในส่วนเอชเล่มที่สี่ (Part H of Book IV) ด้วยเช่นกัน โดยมีทั้งเรื่องการให้ และคำมั่นว่าจะให้

¹¹² *Ibid*, p.9.

The Requirements of Writing (Scotland) Act 1995

1.—(1) Subject to subsection (2) below and any other enactment, writing shall not be required for the constitution of a contract, unilateral obligation or trust.

(2) Subject to subsection (3) below, a written document complying with section 2 of this Act shall be required for—

(a) the constitution of—

(i) a contract or unilateral obligation for the creation, transfer, variation or extinction of an interest in land;

(ii) a gratuitous unilateral obligation except an obligation undertaken in the course of business; and

(iii) a trust whereby a person declares himself to be sole trustee of his own property or any property which he may acquire;

¹¹³ The Requirements of Writing (Scotland) Act 1995

(2)(ii) a gratuitous unilateral obligation except an obligation undertaken in the course of business.

4.5.1 การให้

Draft Common Frame of Reference (DCFR) ได้มีการวางการให้ไว้ในเล่มที่สี่ ส่วนเอช (Book IV part H) โดยมีลักษณะดังนี้

4.5.1.1 ลักษณะทางกฎหมายของการให้

ลักษณะของการให้ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) ถูกอธิบายอยู่ในมาตรา IV.H.-1:101¹¹⁴ โดยอธิบายว่า สัญญาให้ คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคือ ผู้ให้ มีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยให้เปล่าแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคือ ผู้รับ โดยมีเจตนาทำเพื่อประโยชน์ของผู้รับ โดยสัญญาให้ตามกรอบความคิดนี้มีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่ายที่เป็นการให้โดยเสน่หา คือ มีเพียงคู่สัญญาฝ่ายเดียวที่มีหน้าที่ผูกพันให้ต้องทำตามสัญญา และการทำการให้นั้นผู้รับจะไม่ได้สิ่งใดตอบแทน อย่งไรก็ตาม การให้ที่แม้ไม่ได้เป็นการให้โดยเสน่หาทั้งหมดก็ยังคงรวมอยู่ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) ด้วย¹¹⁵ แม้ว่าในมาตรา IV.H.-1:101 จะเขียนว่าการให้เป็นสัญญาก็ตาม แต่ในมาตรา IV.H.-1:104¹¹⁶ เขียนไว้ว่ากฎหมายในส่วนการให้ก็สามารถใช้ได้กับการทำค้ำประกันว่าจะให้และการให้ที่มีการโอนทรัพย์สินที่ให้แก่กันได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นจะเห็นว่า Draft Common Frame of Reference (DCFR) มองการให้สองแบบนี้ คือ การให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้ซึ่ง Draft Common Frame of Reference (DCFR) ได้แบ่งแยกชัดเจนระหว่างนิติกรรมการให้ที่ก่อให้เกิดหนี้และนิติกรรมการส่งมอบกรรมสิทธิ์ที่ตามมา

¹¹⁴ IV.H.-1:101: Contracts covered (1) This Part of Book IV applies to contracts for the donation of goods.

(2) A contract for the donation of goods is a contract under which one party, the donor, gratuitously undertakes to transfer the ownership of goods to another party, the donee, and does so with an intention to benefit the donee

¹¹⁵ MacQueen, H & Hogg, M, *supra note 81*, p.4.

¹¹⁶ IV.H.-1:104: Application to unilateral undertakings and immediate donations

This Part applies with appropriate adaptations where the donor gratuitously, with an intention to benefit the donee:

(a) unilaterally undertakes to transfer the ownership of goods to the donee; or

(b) immediately transfers the ownership of goods to the donee.

ภายหลัง และการให้ที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ไปทันที จึงมีความพิเศษต่างจากกฎหมายเรื่องการให้ในประเทศอื่นๆ

ต่อมา ในสัญญาให้ หากผู้ให้ไม่อาจปฏิบัติตามให้ตามหนี้ในสัญญาให้ได้ ผู้รับมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) เล่ม 3 บทที่ 3¹¹⁷

4.5.1.2 รูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย

(1) เจตนา

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าการให้ตาม Draft Common Frame of Reference (DCFR) นั้น คือการให้ที่ผู้ให้มีเจตนาที่จะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยให้เปล่า และเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้รับเอง ดังนั้น ผู้ให้จึงต้องมีเจตนาที่ต้องการจะส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน แต่ที่สำคัญที่สุดคือ ในการให้นี้ผู้ให้จะต้องมีเจตนาให้ที่ต้องการเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับ แม้ว่าในเรื่องนี้กฎหมายใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) จะไม่ได้เขียนคำนิยามที่ชัดเจนไว้ ดังนั้น จึงไม่อาจอธิบายได้ว่าเจตนาเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับนี้มีคำนิยามเช่นไร เพียงแต่มีการอธิบายคร่าวๆว่าเจตนาดังกล่าวจะต้องมีอยู่ในขณะที่มีการทำการให้¹¹⁸ แม้ว่าผู้ให้จะมีความผูกพันในหนี้ทางศีลธรรมกับผู้รับมาก่อนการให้หรือผู้ให้มีวัตถุประสงค์พิเศษในการให้ก็ตาม ดังที่เขียนไว้ในมาตรา IV.H.- 1:203¹¹⁹ การส่งมอบตามการให้ที่มีเจตนาดังกล่าวเป็นการให้ที่มีลักษณะผสมระหว่างการให้และการเอื้อประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตาม การให้แบบนี้ก็ยังถือเป็นการให้อยู่ตราบใดที่ผู้ให้มีเจตนาเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นว่าสัดส่วนประโยชน์ที่ได้จากการให้นี้มีมูลค่าไม่เท่าเทียมกัน¹²⁰

¹¹⁷ IV.H.-3:201: Application of general rules

If the donor fails to perform any of the donor's obligations under the contract, the donee has the remedies provided for in Book III, Chapter 3 (Remedies for non-performance) unless otherwise provided in this Section.

¹¹⁸ M. Hogg, *supra* note 4, p.21.

¹¹⁹ IV.H.-1:203: Intention to benefit

A donor may be regarded as intending to benefit the donee notwithstanding that the donor:

- (a) is under a moral obligation to transfer; or
- (b) has a promotional purpose.

¹²⁰ IV.H.-1:202: Transactions which are not entirely gratuitous

ต่อมา ในเรื่องเจตนาการให้ ผู้ให้ยังสามารถแสดงเจตนาการให้โดยมีเงื่อนไขได้ ดังที่ระบุในมาตรา IV.H.-1:105 (1)(c) และ (2)¹²¹ การแสดงเจตนาการให้โดยมีเงื่อนไขทำให้หนี้ผูกพันหรือเวลาการส่งมอบยังไม่ถึงกำหนดจนกว่าเงื่อนไขนั้นๆจะสำเร็จลุล่วงลง

(2) รูปแบบและการส่งมอบทรัพย์สิน

การให้จะต้องทำในรูปแบบตัวอักษรหรือรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และจะต้องมีการลงลายมือชื่อผู้ให้เป็นสำคัญด้วยตามมาตรา IV.H. 2:101¹²² เว้นแต่เป็นการให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ทันที หรือเป็นการให้ในทางธุรกิจ ทรัพย์สินที่จะทำการให้ได้นั้น Draft Common Frame of Reference (DCFR) ได้ระบุไว้ว่าจะต้องเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้

(1) If the party undertaking to transfer receives or is entitled to some reward and the transaction is thereby not entirely gratuitous the contract is regarded primarily as a contract for the donation of goods if:

(a) this party undertakes to transfer with an intention *inter alia* to benefit the other party; and

(b) the values to be conferred by the performances are regarded by both parties as not substantially equivalent

¹²¹ IV.H.-1:105: Donations due or conditional on death

(1) This Part does not apply where:

(a) performance of the obligation to transfer is due only on the donor's death;

(b) the transfer or obligation to transfer is subject to the suspensive condition of the donor's death; or

(c) the transfer or obligation to transfer is made subject to the resolutive condition of the donee predeceasing the donor.

(2) Paragraph (1) does not apply if the donor renders performance or waives the condition before the donor's death.

¹²² IV.H.-2:101: Form requirements

A contract for the donation of goods is not valid unless the undertaking of the donor is in textual form on a durable medium signed by the donor. An electronic signature which is not an advanced signature in the sense of I.- 1:107 ("Signature" and similar expressions) paragraph 4, does not suffice in this regard.

เท่านั้น เช่น สินค้า เงิน ไฟฟ้า หรือสิทธิต่างๆในทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินเหล่านี้จะต้องปลอดจากการถูกอ้างกรรมสิทธิ์โดยบุคคลภายนอก เว้นแต่ผู้รับจะรู้มาก่อนแล้วหรือควรจะได้รู้ถึงการนั้น และทรัพย์สินที่สามารถทำการให้ได้ไม่รวมไปถึงทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายไม่ได้ และสิทธิในทรัพย์สินนั้นๆ¹²³

ประการต่อมา ผู้ให้และผู้รับต่างก็มีหน้าที่ต่อกันตามสัญญาให้ กล่าวคือ ผู้ให้มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามการให้ตามสัญญา หากผู้ให้ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาให้แล้วผู้รับก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้ปฏิบัติตามการให้ตามสัญญาได้ ต่อมา ในส่วนของผู้รับก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับการให้หรือรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้จากผู้รับเช่นกัน หากผู้รับไม่ปฏิบัติตามผู้ให้ก็สามารถขอเยียวยาได้ตาม Draft Common Frame of Reference (DCFR) เล่มที่สาม (Book III)¹²⁴

¹²³ IV.H.–1:103: Application to other assets

(1) This Part applies with appropriate adaptations to:

- (a) contracts for the donation of money;
- (b) contracts for the donation of electricity;
- (c) contracts for the donation of stocks, shares, investment securities and negotiable instruments;

(d) contracts for the donation of other forms of incorporeal property, including rights to the performance of obligations, industrial and intellectual property rights and other transferable rights; (e) contracts gratuitously conferring rights in information or data, including software and databases.

(2) This Part does not apply to contracts for the donation of immovable property or rights in immovable property.

¹²⁴ IV.H.–3:401: Application of general rules

If the donee fails to perform any of the donee's obligations under the contract, the donor has the remedies provided for in III.–2:111 (Property not accepted), III.–2:112 (Money not accepted) and Book III, Chapter 3 (Remedies for non-performance).

4.5.2 คำมั่นว่าจะให้

เรื่องคำมั่นว่าจะให้ได้ถูกเขียนอยู่ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) มาตรา IV.H.-1:104 (a).¹²⁵ การที่กฎหมายนี้ได้มีการใส่เรื่องคำมั่นว่าจะให้ด้วยก็เนื่องจากต้องการให้คำมั่นว่าจะให้มีบทบาทในเรื่องการให้ โดยประการแรกก็เพื่อมุ่งหมายให้เป็นการกระทำที่ก่อนนี้ที่จะต้องให้ ประการต่อมาก็เพื่อประโยชน์ในการใช้สอยที่ยืดหยุ่นและมีประโยชน์ในเรื่องการให้นั่นเอง¹²⁶

4.5.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นว่าจะให้

ตาม Draft Common Frame of Reference (DCFR) คำมั่นว่าจะให้ มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของผู้ให้คำมั่นแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยคำมั่นว่าจะให้นี้สามารถก่อให้เกิดหนี้ในตัวของมันเองโดยไม่จำเป็นต้องมีการสนองรับจากผู้รับคำมั่นแต่อย่างใด

4.5.2.2 รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

(1) เจตนา

การทำคำมั่นว่าจะให้นั้นผู้ให้คำมั่นจะต้องมีเจตนาที่จะทำการให้แก่ผู้รับคำมั่น โดยอาจเป็นการให้ที่จะทำในอนาคตก็ได้ เจตนาจะต้องเป็นเจตนาที่ต้องการให้ทรัพย์สินโดยไม่หวังสิ่งตอบแทน โดยการแสดงเจตนาการทำคำมั่นว่าจะให้นี้อาจเป็นการแสดงเจตนาที่มีเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ใดๆก็ได้ หากเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ในการทำคำมั่นนั้นไม่บรรลุผล ผู้ให้คำมั่นก็ไม่ต้องปฏิบัติตามคำมั่นนั้น

(2) รูปแบบและการบังคับการทำคำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมาย

การทำคำมั่นว่าจะให้ของผู้ให้จะต้องทำในรูปแบบตัวอักษรหรือรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และต้องมีการลงลายมือชื่อของผู้ให้ในรูปแบบนั้นด้วยจึงจะมีผลใช้ได้¹²⁷ เว้นแต่เป็น

¹²⁵ IV.H.-1:104: Application to unilateral undertakings and immediate donations

This Part applies with appropriate adaptations where the donor gratuitously, with an intention to benefit the donee:

(a) unilaterally undertakes to transfer the ownership of goods to the donee; or
(b) immediately transfers the ownership of goods to the donee.

¹²⁶ M. Hogg, *supra* note 4, p.22.

¹²⁷ IV.H.-2:101: Form requirements

การทำคำมั่นว่าจะให้โดยเผยแพร่ต่อสาธารณชน¹²⁸ และการทำคำมั่นว่าจะให้นี้ก่อให้เกิดหนี้ในตัว
ของมันเองโดยไม่จำเป็นต้องมีการตอบรับไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากผู้รับแต่อย่างใด
การบังคับคำมั่นก็สามารถบังคับได้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการบังคับคำมั่น

4.5 บทสรุป

จากการที่ได้ศึกษาเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายต่างๆแล้วสามารถ
สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับต้องมีการแสดง
เจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่สามารถแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายได้ โดยในการทำการให้ผู้ให้
จะต้องทำการให้ทรัพย์สินที่เป็นของตนเองเท่านั้นรวมถึงไม่สามารถทำการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้
แต่ก็สามารถทำการให้ที่มีการตกลงเงื่อนไขได้ และรูปแบบการทำการให้ที่กฎหมายกำหนดไว้คือ
จะต้องทำการให้เป็นหนังสือและต้องทำต่อหน้าโนตารี แต่ก็อาจจะทำการให้โดยมีการส่งมอบ
ทรัพย์สินที่ให้ไปทันทีได้เช่นกันจากผลของคำพิพากษา ส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้นั้น
กฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายเหมือนสัญญา ต้องมีการแสดงเจตนาของ
คู่สัญญาและสามารถก่อให้เกิดหนี้ได้ โดยมีรูปแบบกำหนดให้ต้องทำคำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือต่อหน้า
โนตารีเช่นเดียวกับสัญญาให้

A contract for the donation of goods is not valid unless the
undertaking of the donor is in textual form on a durable medium signed by the donor.
An electronic signature which is not an advanced signature in the sense of I.– 1:107
("Signature" and similar expressions) paragraph 4, does not suffice in this regard.

¹²⁸ IV.H.–2:102: Exceptions to the form requirements

The preceding Article does not apply:

- (a) in the case of an immediate delivery of the goods to the donee or
an equivalent to such delivery, regardless of whether ownership is transferred;
- (b) if the donation is made by a business;
- (c) if the undertaking of the donor is declared in a public statement
broadcast in the radio or television or published in print and is not excessive in the
circumstances.

ต่อมา ในระบบกฎหมายเยอรมัน การให้มีลักษณะเป็นสัญญาก่อให้เกิดหนี้ แต่ผู้ให้ก็อาจทำการให้ฝ่ายเดียวโดยกำหนดให้ผู้รับแสดงเจตนาภายหลังได้ และยังสามารถทำการให้ที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขได้โดยหากเงื่อนไขเงื่อนไขที่กำหนดไม่สำเร็จผู้ให้ก็สามารถที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้คืนได้ ส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ กฎหมายเยอรมันอธิบายว่ามีลักษณะเป็นคำเสนอที่รอคำสนองจากผู้รับว่าจะไปทำการให้กันอีกทีหนึ่ง มีลักษณะเป็นคำมั่นว่าจะทำสัญญา โดยมีรูปแบบกำหนดให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีเช่นเดียวกับการทำสัญญาให้

ถัดมา ในระบบกฎหมายอังกฤษ อธิบายว่าการให้โดยเสนหาไม่ใช่สัญญาเนื่องจากไม่มีการให้ค่าตอบแทน (Consideration) ดังนั้น การให้โดยเสนหาจึงไม่สามารถทำได้และไม่มีผลผูกพันผู้ให้และผู้รับ ส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนแบบเฉพาะที่ต้องมีการต่อรองเรื่องค่าตอบแทนเช่นเดียวกับสัญญาให้ สามารถทำคำมั่นว่าจะให้แบบมีเงื่อนไขได้เมื่อได้ทำตามแบบฟอร์ม (Deed) และได้มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือมีการสร้างทรัพย์สิน

ต่อไป ในระบบกฎหมายสกอต อธิบายการให้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ใช่สัญญา ผู้ให้ต้องมีเจตนาให้อย่างชัดแจ้งและต้องมีเจตนาให้ในทันทีขณะนั้น ไม่สามารถทำการให้ในอนาคตได้ การส่งมอบเป็นการทำให้การให้สมบูรณ์และจะต้องทำในขณะที่ผู้รับมีตัวตนอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ก็สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขหรือการกำหนดวัตถุประสงค์ของการให้ได้ ส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ก่อให้เกิดหนี้ ผู้รับมีสิทธิฟ้องบังคับให้ทำตามหนี้ได้ สามารถมีเงื่อนไขหรือการกำหนดวัตถุประสงค์ได้เหมือนการให้ และมีการกำหนดรูปแบบว่าต้องทำเป็นหนังสือและมีการลงลายมือชื่อผู้ให้คำมั่น เว้นแต่การทำคำมั่นในทางธุรกิจ

สุดท้าย การให้และคำมั่นว่าจะให้ใน DCFR (Draft Common Frame of Reference) การให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่ายที่ผู้ให้หนี้ต้องทำการฝ่ายเดียว สามารถมีการให้ที่ส่งมอบทรัพย์สินทันที หรือการให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขได้ มีรูปแบบกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อ ยกเว้นการให้ที่มีการส่งมอบกันทันที หรือการให้ในทางธุรกิจ ส่วนในเรื่องคำมั่นว่าจะให้ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ก่อให้เกิดหนี้ ผู้ให้คำมั่นสามารถทำคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินในอนาคตได้โดยต้องมีการทำคำมั่นเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อ เว้นแต่คำมั่นที่ทำต่อสาธารณชน

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายเรื่องสัญญาให้ คำมั่นว่าจะให้ การให้ในกฎหมาย ลักษณะอื่นๆ และการให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆตามมาตรา 521

เมื่อได้ทำการศึกษาเรื่องการให้หรือสัญญาให้ในกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของประเทศต่างๆมาแล้วในบทก่อนหน้าทำให้เห็นว่า เรื่องการให้หรือสัญญาให้ในกฎหมายไทยที่นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีประเด็นปัญหาอะไรในทางกฎหมายให้ต้องพิจารณามากเหมือนกฎหมายในเรื่องอื่นๆ แต่จากการที่ได้ศึกษาเรื่องการให้หรือสัญญาให้ในระบบกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายของต่างประเทศมาโดยละเอียดแล้วจะเห็นว่า เรื่องการให้หรือสัญญาให้ยังมีประเด็นปัญหามากมายที่นักวิชาการต่างๆยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน ดังนั้นในบทวิเคราะห์นี้ผู้เขียนจึงจะทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นในเรื่องการให้และสัญญาให้เพื่อที่จะสามารถเข้าใจและปรับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ได้ดียิ่งขึ้นต่อไป โดยแบ่งเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

5.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมาย หนี้ และความสมบูรณ์ของการให้

5.1.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของการให้

จากการที่ได้ศึกษาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการให้มาแล้วจะเห็นว่า นักวิชาการไทยส่วนใหญ่มีความเห็นที่ตรงกันว่าให้หรือสัญญาให้ตามมาตรา 521 มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายฝ่ายหนึ่งคือผู้ให้และอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้รับ มีการตกลงหรือมีการทำคำเสนอ คำสนองให้แก่กันโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการที่ผู้ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับ โดยเสนหาหรือไม่ได้สิ่งใดตอบแทนดังนั้น สัญญาให้จึงไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินทันทีเหมือนการให้ในระบบกฎหมายสกอต หากแต่มีลักษณะเป็นสัญญาซึ่งสอดคล้องกับเรื่องลักษณะของการให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ที่ต่างก็มีความเห็นตรงกันว่า เรื่องการให้หรือสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญา (Contract) ที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์คือผู้ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ และเมื่อการให้หรือสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาแล้วก็จะต้องนำหลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญามาปรับใช้กับสัญญาให้ด้วย ซึ่งเรื่องนี้ต่างกับเรื่องการให้ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายสกอตตรงที่กฎหมายอังกฤษไม่ได้มองการให้เป็นสัญญาเนื่องจากไม่มีการจ่ายค่าตอบแทน (Consideration) กันระหว่างคู่สัญญา การให้จึงไม่เป็นสัญญาตามกฎหมายอังกฤษเลย ส่วนระบบกฎหมายสกอตมองว่า

การให้เป็นเพียงสัญญาให้ที่มีผลเคลื่อนย้ายทรัพย์สินจากผู้ให้ไปยังผู้รับเท่านั้น ไม่ใช่สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แต่อย่างใด

หลักทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญาที่จะต้องนำมาปรับใช้กับสัญญาให้ด้วยนั้น ประการแรก ได้แก่ เรื่องการเกิดสัญญา การเกิดสัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ต้องประกอบด้วยผู้ให้และผู้รับที่มีความสามารถทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย โดยผู้ให้และผู้รับจะต้องมีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดๆให้แก่กันโดยเสนหา หรือโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาให้นี้อาจจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ การทำสัญญาให้ในประเทศไทยสามารถทำได้ทั้งการให้โดยชัดแจ้งและการให้โดยปริยาย โดยในการทำการให้โดยปริยายนั้นอาจจะเป็นการทำการให้โดยที่ผู้ให้มีการแสดงเจตนาไปถึงผู้รับ และผู้รับได้รับรู้ถึงการแสดงเจตนาให้นั้นและไม่ได้ปฏิเสธการแสดงเจตนา และเมื่อมีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันทั้งผู้ให้และผู้รับแล้วสัญญาให้ก็จะเกิดมีผลขึ้น ต่อมาเมื่อสัญญาให้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ผลของการเกิดสัญญาก็คือ จะมีการก่อหนี้ผูกพันคู่สัญญา ซึ่งในกรณีของการเกิดสัญญาให้โดยเสนหา หนี้ตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นก็จะเป็นหนี้ผูกพันตัวผู้ให้ฝ่ายเดียวที่จะต้องกระทำการให้ทรัพย์สินใดๆที่ได้มีการแสดงเจตนาให้ไว้นั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในเรื่องหนี้ที่เกิดจากสัญญาให้นี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักทฤษฎีของประเทศไทยว่าสัญญาให้โดยเสนหานี้จะก่อให้เกิดหนี้หรือไม่

ประเด็นเรื่องสัญญาให้ก่อให้เกิดหนี้หรือไม่นี้เป็นประเด็นที่จำต้องศึกษาเนื่องจากการให้หรือสัญญาให้ตามมาตรา 521 บัญญัติชัดเจนว่า ให้มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ดังนั้นเมื่อการให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่งแล้วโดยหลักทั่วไปสัญญาย่อมก่อให้เกิดหนี้ อย่างไรก็ตาม จากแนวคิดของนักกฎหมายบางส่วนที่มีแนวคิดว่าการให้ที่มีลักษณะคล้ายการกระทำฝ่ายเดียวของผู้ให้ คือ ผู้ให้แสดงเจตนาให้และทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ไปพร้อมกับการแสดงเจตนาจึงทำให้สัญญาให้เกิดขึ้นและจบไปในคราวเดียวไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆแก่ผู้ให้และผู้รับ ดังนั้น การอธิบายสัญญาให้แบบนี้จึงก่อให้เกิดความสับสนถึงเรื่องลักษณะของสัญญาให้ว่าเหตุใดสัญญาให้ที่กฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าเป็นสัญญาจึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ และเนื่องจากในมาตรา 527 ได้เขียนว่า “ถ้าผู้ให้ผูกพันไว้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไป” จากมาตรา 527 นี้เป็นเรื่องการให้ที่มีการชำระหนี้เป็นคราวๆกฎหมายได้ใช้คำว่า “ผู้ให้ชำระหนี้เป็นคราวๆ” จึงก่อให้เกิดความสงสัยว่าหากสัญญาให้ไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆแก่คู่สัญญาแล้วเหตุใดในการให้ที่เป็นคราวๆกฎหมายถึงได้ใช้คำว่าหนี้ผูกพันผู้ให้ ฉะนั้น การวิเคราะห์ในประเด็นเรื่องหนี้ของสัญญาให้นี้จะช่วยให้เกิดความเข้าใจสอดคล้องกันในเรื่องนิติกรรมสัญญาและเข้าใจลักษณะของสัญญาให้ทั้งหมดไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการปรับใช้เรื่องสัญญาให้กับข้อเท็จจริง ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้แล้วพบว่าในเรื่องนี้มีความคิดเห็นแบ่งเป็นสามแนวคิด โดยผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายแรกมีความเห็น

ว่าสัญญาให้โดยเสนหามีลักษณะเป็นสัญญาแต่ก็เป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทนที่จะไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆผูกพันตัวผู้ให้เนื่องจากเมื่อสัญญาให้ได้ถูกทำขึ้นจนเสร็จเด็ดขาดแล้ว สัญญาให้นั้นก็ไม่ต้องก่อให้เกิดหนี้ใดๆผูกพันตัวผู้ให้อีก เนื่องจากได้มีการทำสัญญาให้และสัญญาให้นั้นก็เกิดผลเด็ดขาดสมบูรณ์ไปในคราวเดียว ส่วนแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายที่สองนั้น มีความเห็นว่า สัญญาให้นี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ เมื่อสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาแล้ว ก็จะต้องนำหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญามาใช้ด้วย สัญญาใดๆที่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมก่อนที่จะผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้แก่กัน ซึ่งในกรณีของสัญญาให้ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กันโดยไม่หวังสิ่งตอบแทน หนี้ที่เกิดตามสัญญาให้นั้นก็คือ หนี้ที่ผู้ให้จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยที่ผู้รับไม่ต้องให้สิ่งใดตอบแทนนั่นเอง และสุดท้ายแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายที่สามมีความเห็นว่า สัญญาให้เมื่อได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญาและได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันหรือมีการทำการให้อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และก่อให้เกิดหนี้ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ให้และฝ่ายผู้รับ

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหาเรื่องหนี้ที่เกิดจากสัญญาให้นี้ เมื่อผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์จากข้อมูลที่ศึกษามากก็พบว่า กฎหมายเรื่องการให้ของประเทศไทยตั้งแต่สมัยโบราณมีแนวคิดว่าการให้เป็นการกระทำการอย่างหนึ่งให้ผู้ให้ต้องการที่จะให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับไปโดยเสนหา การให้เป็นเพียงการกระทำอย่างหนึ่งที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันฝ่ายใดและเนื่องจากเป็นการให้โดยเสนหา แม้ผู้ให้จะบอกว่าจะให้แล้วไม่ให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับ ผู้รับก็ไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินตามคำพูดได้เนื่องจากถูกมองว่าเป็นการกระทำโดยเสนหา เมื่อผู้ให้ไม่เสนหาอยากให้ของแล้วผู้รับก็ไม่มีสิทธิไปบังคับขืนใจให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ตนไม่อยากให้แล้วได้ แต่เมื่อใดที่ผู้ให้ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้แก่ผู้รับไปแล้วการให้นั้นก็เสร็จเด็ดขาดทันทีโดยผู้ให้ก็ไม่อาจที่จะเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนได้แล้วเช่นกันเพราะจะเป็นการทวงคืนของที่ตนได้ทำการให้ไปแล้วด้วยน้ำใจเว้นแต่ผู้รับจะกระทำการเนรคุณผู้ให้จึงจะมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ ดังนั้น คนไทยจึงมีแนวคิดเรื่องการให้เป็นเช่นนี้มาแต่โบราณ ต่อมา เมื่อมาถึงยุคร่างกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากต้นร่างกฎหมายของเรื่องให้ในมาตรา 521 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันที่คณะผู้ร่างได้มีการนำแนวความคิดเรื่องการให้มาจากกฎหมายฝรั่งเศส และแบ่งจำแนกว่าการให้ที่นำมานี้มีทั้งการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีการนำหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญามาใช้ และการให้อีกแบบที่เป็นการให้แบบธรรมดาที่ไม่ใช่สัญญา (Don manuel) ดังนั้น จะเห็นว่าคณะผู้ร่างกฎหมายได้มีเจตนาที่จะร่างการให้ให้มีสองลักษณะ คือ การให้ที่เป็นสัญญาให้ที่ก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมายและการให้โดยเสนหาที่การให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินถึงจะมีผลเสร็จเด็ดขาดไป และเมื่อนำกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องการให้มาพิจารณาด้วยก็จะเห็นว่า การให้ตามกฎหมายฝรั่งเศสก็มีสถานะเป็นสัญญา

แต่ตามกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีด้วยทำให้เกิดความยุ่งยาก และไม่เป็นที่นิยมทำให้ต่อมามีการทำสัญญาให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่กันทันที มากขึ้นภายหลังที่มีแนวคำพิพากษาในเรื่องนี้มารองรับว่าสามารถทำได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายเรื่องการให้ของประเทศไทย คณะผู้ร่างตั้งใจร่าง ให้การให้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ตามหลักนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไปและตามกฎหมาย หมายฝรั่งเศสในขณะนั้น แต่เนื่องจากคนไทยยังมีแนวคิดเรื่องการให้โดยเสนหาตามแนวคิดดั้งเดิม ที่การให้มีลักษณะเป็นการกระทำของผู้ให้ฝ่ายเดียวอยู่จึงทำให้เข้าใจสับสนว่าการให้อีกแบบที่เป็นการ ส่งมอบกันธรรมดา (Don Manuel) เป็นการให้เพียงชนิดเดียวและมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ของผู้ให้ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินพร้อมกับการแสดงเจตนา

ฉะนั้น จากการศึกษาทั้งหมดผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสัญญาให้มีลักษณะเป็น สัญญาที่ต้องการการแสดงเจตนาของผู้ให้และผู้รับ เมื่อผู้ให้และผู้รับมีการแสดงเจตนาต้องตรงกันโดย มืองค์ประกอบทางสัญญาอันได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ถูกต้อง และสมบูรณ์ตรงกัน วัตถุประสงค์ไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ให้แก่กัน ในขั้นนี้นิติกรรมการให้ยังไม่ครบองค์ประกอบ สัญญาให้ยังไม่เกิดขึ้นทำให้ยังไม่เกิดหนี้จาก สัญญาให้ขึ้น แต่เมื่อใดที่ผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้วสัญญาให้ก็จะเกิดขึ้นและก่อหนี้ ผูกพันคู่สัญญาคือผู้ให้และผู้รับให้ต้องทำตามสัญญาให้นั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการส่งมอบมีผล ทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดไป ฉะนั้น แม้สัญญาให้จะก่อให้เกิดหนี้แต่หนี้นี้ ก็ถูกระงับไปทันทีที่มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นการทำให้สัญญาให้นั้นสมบูรณ์แล้ว ดังนั้น แม้ว่าการพิจารณาเรื่องหนี้จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์มากนักในทางปฏิบัติแต่ในทางทฤษฎีการวิเคราะห์ว่า สัญญาให้ก่อให้เกิดหนี้ทำให้เกิดประโยชน์ในการขจัดความสับสนว่าเมื่อมาตรา 521 วางหลักชัดเจนให้ การให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ดังนั้น สัญญาให้ก็ก่อให้เกิดหนี้เช่นกันเพียงแต่หนี้นี้ระงับไปในเวลา เดียวกับที่สัญญาให้มีผลสมบูรณ์จากการส่งมอบทรัพย์สิน ทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องตรงกัน อย่างเป็นระบบและไม่เกิดความสับสนอีกต่อไป

5.1.2 ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้

ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์แยกเป็นหัวข้อดังนี้

5.1.2.1 ประเด็นปัญหาเรื่องแบบของสัญญาให้

ในประเด็นปัญหาเรื่องแบบของสัญญาให้นี้มีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ และถ้าไม่ทำจะทำให้สัญญาให้มีผลเช่นไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิ ในประเทศไทยพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายยังมีความเห็นที่แตกต่างกันถึงสี่แนวทางด้วยกัน โดยแนวทางแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 เป็นแบบที่กฎหมายกำหนด และถ้าไม่ทำตาม

สัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ แนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 มิใช่แบบแต่เป็นเพียง การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้ ฉะนั้น หากไม่ทำการส่งมอบก็จะมีผลให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งหากภายหลังมีการส่งมอบเกิดขึ้นสัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ได้ ส่วนแนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 มิใช่แบบแต่เป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา และแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 มิใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม

เมื่อนำแนวคิดทั้งสี่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ นาย ก. เจอ นาย ข. โดยบังเอิญและบอกนาย ข. ว่าตนจะให้หนังสือของตนแก่นาย ข. หนึ่งเล่ม แต่ขณะนั้นนาย ก. ไม่มีหนังสือเล่มดังกล่าวอยู่กับตัว วันรุ่งขึ้นนาย ก. จึงได้นำหนังสือเล่มดังกล่าวไปให้นาย ข.

หากนำแนวคิดที่หนึ่งที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบมาปรับใช้กับ ข้อเท็จจริงนี้จะทำให้สัญญาให้ระหว่างนาย ก. และนาย ข. ตกเป็นโมฆะเนื่องจากนาย ก. ไม่ได้ทำการ ส่งมอบหนังสือให้แก่ นาย ข. ขณะทำสัญญา ดังนั้น เมื่อสัญญาให้ตกเป็นโมฆะแล้วการที่นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้องทำการแสดงเจตนาให้กันใหม่ ทำให้เกิดความยุ่งยาก และในกรณีที่นาย ก. นำหนังสือไปให้แก่นาย ข. อาจจะไม่อยู่ที่ห้อง นาย ก. จะฝากหนังสือไว้ที่เพื่อนนาย ข. หรือนำหนังสือวางไว้ที่หน้าห้องของนาย ข. ดังนี้ก็จะไม่ใช่การส่งมอบ ตามสัญญาให้เพราะนาย ก. และนาย ข. ยังไม่ได้แสดงเจตนาเสนอสนองกันใหม่ สัญญาให้ยังไม่เกิด หากนาย ก. ต้องการฝากหนังสือไว้ก็อาจจะเป็นการสละการครอบครองเท่านั้น

เมื่อนำข้อเท็จจริงนี้ไปปรับใช้กับแนวคิดที่สอง ที่เห็นว่าการส่งมอบเป็น การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่ทำตามสัญญาสามารถฟ้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา ได้ ทำให้เมื่อนาย ก. แสดงเจตนาให้หนังสือให้แก่ นาย ข. แล้วแต่ยังไม่ทำการส่งมอบ สัญญาให้ จึงเกิดขึ้นมีหนี้ผูกพันนาย ก. ผู้ให้แล้ว นาย ข. สามารถไปฟ้องศาลให้บังคับนาย ก. ส่งมอบหนังสือได้

และเมื่อนำข้อเท็จจริงนี้ไปปรับใช้กับแนวคิดที่สามที่เห็นว่าการส่งมอบ เป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา ผลก็จะเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับแนวคิดที่หนึ่ง คือ เมื่อนาย ก. แสดงเจตนาให้แต่ไม่มีการส่งมอบ เจตนาให้ของนาย ก. นั้นก็จะไม่สมบูรณ์ ทำให้สัญญาให้ไม่อาจ เกิดขึ้นได้ ต่อมา เมื่อ นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้แก่ นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้อง แสดงเจตนาเสนอสนองให้กันใหม่ ซึ่งถ้านาย ข. ไม่อยู่รับการส่งมอบ นาย ก. ก็ต้องทำการสละ การครอบครองหนังสือให้แก่ นาย ข. ไปเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติเรื่องให้ไว้ใน บรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา ฉะนั้น เรื่องให้จึงต้องมีความพิเศษเป็นเอกเทศ แตกต่างจากเรื่อง สัญญาธรรมดา และเนื่องจากการให้เป็นกรณีที่ผู้ให้ให้ทรัพย์สินโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน และผู้รับ

ไม่เสียประโยชน์ใดๆ ฉะนั้น หากให้อำนาจผู้รับฟ้องบังคับให้ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้ว ก็จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้เท่าใดนัก ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้

ต่อมา เมื่อนำข้อเท็จจริงปรับใช้กับแนวคิดที่สี่ที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมทำให้ การที่นาย ก. และนาย ข. ทำสัญญาให้ต่อกันแล้วแต่นาย ก. ยังไม่ได้ส่งมอบหนังสือให้ การแสดงเจตนาของนาย ก. และนาย ข. สมบูรณ์แล้ว เพียงแต่สัญญาให้นั้นยังไม่เกิดขึ้นเท่านั้น เมื่อนาย ก. นำหนังสือมาให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้นก็จะมีผลให้สัญญาให้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และมีผลเสร็จเด็ดขาดไปโดยนาย ก. และนาย ข. ไม่จำเป็นต้องมาทำสัญญาให้หนังสือกันใหม่ ทำให้การปรับใช้แนวคิดที่สี่กับข้อเท็จจริงนี้ถูกต้องและเป็นธรรมมากที่สุด

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาเรื่องการบังคับการให้ของกฎหมายต่างประเทศพบว่า กฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดแบบของสัญญาให้ที่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและทำต่อหน้าโนตารีมีฉะนั้นการให้จะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่เป็นกรณีการให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ให้แก่ผู้รับไปทันที ส่วนกฎหมายของอังกฤษก็มีการกำหนดแบบให้ต้องทำตามฟอร์ม (Deed) และต้องมีการส่งมอบ หรือสร้างทรัสต์ (Trust) ขึ้น ส่วน Draft Common Frame of Reference (DCFR) ก็ได้มีการกำหนดแบบของสัญญาให้ว่าต้องมีการทำสัญญาให้เป็นหนังสือและมีการลงลายมือชื่อคู่สัญญาด้วยมีฉะนั้นสัญญาให้นั้นจะไม่สามารถใช้บังคับได้ แต่ในส่วนของกฎหมายเรื่องการให้ของระบบกฎหมายสกอตไม่ได้มีการกำหนดแบบไว้การส่งมอบมีผลแค่ทำให้การให้มีผลสมบูรณ์เท่านั้น

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้ทั้งจากกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 และมาตรา 525 ในการทำการให้หรือสังหาริมทรัพย์ที่ต้องทำในรูปหนังสือสัญญาในใบท.ด. 1¹ นั้นไม่น่าจะใช้แบบของสัญญาให้ หากแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรมตามแนวคิดที่สี่ นั่นคือ เมื่อคู่สัญญาได้มาทำสัญญาให้ต่อกันแล้วแต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินก็จะมีผลเพียงทำให้สัญญาให้นั้นยังไม่มีผลสมบูรณ์ และยังไม่เสร็จเด็ดขาดโดยไม่ได้ทำให้สัญญาให้ที่คู่สัญญาทำไว้แล้วตกเป็นโมฆะหรือสิ้นผลไป หากภายหลังคู่สัญญามีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันก็จะทำให้สัญญาให้นั้นมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดไปโดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาตกลงก้อสัญญาให้กันใหม่

5.1.2.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้หรือไม่

ในประเด็นเรื่องการให้จะสามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้หรือไม่ นั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะทางกฎหมายของการให้ว่าการให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง

¹ ปรากฏตามเอกสารหมายเลข 1 ในภาคผนวก

แล้ว การทำสัญญาให้หนี้คู่สัญญาก็ยอมที่จะสามารถมีการตกลงเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดในสัญญาได้เช่นเดียวกับการทำสัญญาธรรมดา และเมื่อพิจารณาแนวคิดเรื่องการให้ของระบบกฎหมายต่างประเทศจะเห็นว่า การให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ต่างวางหลักให้การทำสัญญาให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขได้ เว้นแต่ การทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ที่มีการกำหนดให้มีเงื่อนไขสิ้นสุดหรือเงื่อนไขบังคับหลังจะทำได้เนื่องจากการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์จำต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น เมื่อการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วสัญญาให้นั้นก็สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะโอนไปยังผู้รับและผู้ให้ไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้อีก ดังนั้น สัญญาให้อสังหาริมทรัพย์จึงไม่สามารถมีการกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังหรือเงื่อนไขสิ้นสุดภายหลังที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนไปแล้วได้อีก

เมื่อพิจารณาเรื่องสัญญาให้ตามกฎหมายไทยว่าสามารถมีเงื่อนไขได้หรือไม่ดังตัวอย่างว่านาย ก. ยกที่ดินของตนให้แก่เทศบาลเพื่อให้จัดทำเป็นสถานีขนส่งทางบกโดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้เมื่อกรรมการขนส่งทางบกมีคำสั่งให้สร้างสถานีขนส่งทางบกบนที่ดินแปลงดังกล่าวแล้วเท่านั้น ตัวอย่างนี้เป็นกรณีที่นาย ก. แสดงเจตนาว่าต้องการให้ที่ดินแก่เทศบาลแต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบนั้นคือการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 เนื่องจากมีเงื่อนไขว่านาย ก. จะโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้เมื่อกรรมการขนส่งทางบกมีคำสั่งให้สร้างสถานีขนส่งทางบกบนที่ดินแปลงดังกล่าวแล้วเท่านั้น เรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญาให้ตามตัวอย่างนี้สามารถทำได้เนื่องจากการให้มีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งดังนั้นจึงสามารถมีการกำหนดเงื่อนไขได้เช่นเดียวกับสัญญาธรรมดา และเนื่องจากการส่งมอบเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรม ฉะนั้น จึงสามารถมีการทำสัญญาให้ที่มีเงื่อนไขได้ เมื่อใดที่เงื่อนไขสำเร็จก็สามารถมาทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันอันจะทำให้สัญญาให้ที่มีผลสมบูรณ์ และเสร็จเด็ดขาดไปได้ และเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 6136/2539 ฎีกาที่ 2364/2515 ฎีกาที่ 87/2532 ฎีกาที่ 4004/2533 และฎีกาที่ 1895/2537 แล้ว จะเห็นว่าศาลฎีกาก็ได้มีการพิพากษาให้สัญญาให้ที่สร้างขึ้นโดยมีเงื่อนไขสามารถมีผลใช้บังคับได้ และเมื่อพิจารณาแนวทางการวินิจฉัยของกรมที่ดิน เรื่อง สภาอากาศไทยรับให้ที่ดินที่มีเงื่อนไขว่าสามารถรับให้ได้ และระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการให้ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นพ.ศ. 2548 ที่ข้อ 9 วางหลักให้การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้อสังหาริมทรัพย์แก่ผู้เยาว์โดยมีเงื่อนไข หรือมีค่าภาระติดพันตามมาตรา 1574(9) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถทำได้แล้ว เมื่อพิจารณาประกอบกันทั้งหมด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสัญญาให้สามารถมีเงื่อนไขได้ทั้งการให้อสังหาริมทรัพย์และการให้อสังหาริมทรัพย์ธรรมดา เมื่อเงื่อนไข

ตามสัญญาให้สำเร็จและผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด

5.1.2.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตมีได้หรือไม่

การทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต หมายถึง การทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ขณะทำสัญญากันผู้ให้ไม่มีหรือไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาให้นั้น แตกต่างจากสัญญาจะให้ตรงที่สัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตเป็นการทำสัญญาให้ที่ผู้ให้มีความประสงค์อย่างชัดเจนว่าต้องการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับในเวลาปัจจุบันไม่ใช่ในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น นายแดงพาน.ส.เขียว บุตรสาวไปชมรถยนต์ที่โชว์รูมหลังจากนั้นได้ทำการซื้อ รถยนต์ให้ น.ส.เขียว ดังนี้ ข้อเท็จจริงชัดเจนว่า นายแดงประสงค์ให้รถยนต์แก่ น.ส.เขียวในทันที ณ เวลาปัจจุบัน แต่เนื่องจากรถยนต์ต้องรอการผลิตเป็นเวลา 3 เดือน จึงยังไม่สามารถได้รถยนต์มาทำการส่งมอบในทันที เรื่องนี้จึงเป็นกรณีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต คือ นายแดงทำสัญญาให้รถยนต์แก่บุตรสาวที่ขณะทำสัญญากันนายแดงยังไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รถยนต์คันที่ต้องการให้ ส่วนเรื่องสัญญาจะให้นั้นเป็นสัญญาที่ผู้จะให้ต้องการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับในอนาคตโดยแสดงเจตนาอย่างชัดเจนว่าต้องการให้ในอนาคตไม่ใช่ให้ในเวลาปัจจุบัน โดยผู้ให้อาจจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะให้นั้นแล้วหรือไม่ก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาจะให้กับด.ญ. ข. ว่าเมื่อด.ญ. ข. อายุครบ 20 ปี นาย ก.จะยกบ้านให้ 1 หลัง ดังนี้ ข้อเท็จจริงชัดเจนว่านาย ก. ประสงค์จะยกบ้านให้แก่ด.ญ. ข. ก็ต่อเมื่อด.ญ. ข.อายุครบ 20 ปี บริบูรณ์ ดังนั้น เรื่องนี้จึงไม่ใช่เรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตแต่เป็นเรื่องสัญญาจะให้

เรื่องนี้นักวิชาการในประเทศไทยมีแนวคิดแบ่งออกเป็นสองแนวคิด โดยเห็นว่าสามารถทำได้แนวหนึ่ง และไม่สามารถทำได้อีกแนวหนึ่ง ในเรื่องนี้เมื่อได้ทำการศึกษาค้นคว้าในระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ไม่สามารถที่จะทำการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้ เนื่องจากการให้ในระบบกฎหมายเหล่านี้จะต้องมีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินเฉพาะที่เป็นทรัพย์สินของตัวเอง และภายหลังทำสัญญาให้แล้วจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันสัญญาให้จึงจะสมบูรณ์ ดังนั้น จึงไม่อาจทำการให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินในอนาคตได้

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าในเรื่องนี้ทั้งกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เรื่องการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตนั้นสามารถทำได้ แต่เฉพาะสัญญาให้ทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากแม้ตามมาตรา 521 จะเขียนว่าสัญญาให้คือสัญญาที่ผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับโดยเสนหากก็ตาม มาตรา 521 นี้ก็ไม่ได้เขียนห้ามถึงการทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้อาจมีได้ในอนาคต เพราะเมื่อผู้ให้ได้กรรมสิทธิ์ทรัพย์สินนั้นมาในอนาคต ทรัพย์สินนั้นก็ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ที่สามารถทำสัญญาให้ได้ตามกฎหมาย และการที่ผู้เขียนเห็นว่าการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตสามารถทำได้แต่เฉพาะสัญญาให้ทรัพย์สินที่เป็น

สังหาริมทรัพย์เท่านั้นก็เนื่องมาจากการทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ สัญญาให้จะมีผลสมบูรณ์เมื่อได้มีการส่งมอบ ฉะนั้น แม้ปัจจุบันจะมีการทำสัญญาให้แก่กันแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินเนื่องจากตัววัตถุของสัญญาให้เป็นทรัพย์สินในอนาคต สัญญาให้นั้นก็เกิดขึ้นแล้ว และเมื่อผู้ให้ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในอนาคตตามสัญญาให้แล้ว ผู้ให้ก็สามารถทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับตามสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องให้คู่สัญญามาทำสัญญาให้กันใหม่ และสัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดไป ส่วนทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตได้ก็เนื่องจากการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตจะทำให้คู่สัญญาไม่สามารถไปทำการให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนตามกฎหมายได้ ส่งผลให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์นั่นเอง

5.1.2.4 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้

ในประเด็นปัญหาว่าการให้สามารถทำการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ ได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น นายเล็กสั่งซื้อเครื่องถ่ายเอกสารจากร้านค้า 1 เครื่อง เพื่อบริจาคแก่มหาวิทยาลัยโดยได้ทำการสั่งซื้อและให้ร้านนำไปส่งที่มหาวิทยาลัยเลย แต่เนื่องจากนายเล็กไม่ได้รับรู้ว่าซื้อเครื่องถ่ายเอกสารเครื่องใดทำให้ทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงยังไม่โอนไปยังนายเล็ก เรื่องนี้จึงเป็นการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้มีประเด็นปัญหาว่าจะสามารถทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ มีแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิแบ่งเป็นสองฝ่ายเช่นกัน คือ ฝ่ายที่เห็นว่าเป็นสามารถทำได้และฝ่ายที่เห็นว่าเป็นไม่สามารถทำได้ ในเรื่องนี้เมื่อได้ทำการศึกษาค้นคว้าในระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) วางหลักว่าจะไม่สามารถทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนได้ เนื่องจากสัญญาให้ในระบบกฎหมายเหล่านั้นถูกกำหนดให้ผู้ให้ต้องทำสัญญาให้ทรัพย์สินของตนเท่านั้น และต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที ดังนั้น ผู้ให้จึงไม่อาจทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนในขณะที่ทำสัญญาได้ เพราะไม่อาจจะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับได้ เว้นแต่ระบบกฎหมายเยอรมันที่วางหลักให้สัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้ให้ ดังนั้น ผู้ให้จึงอาจทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนได้โดยหากเมื่อถึงเวลาต้องส่งมอบแล้วผู้ให้ไม่อาจทำการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาได้ ผู้รับก็อาจฟ้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือชดเชยราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้

ในส่วนกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าเรื่องการทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้สามารถทำได้เช่นเดียวกับเรื่องการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต คือ คู่สัญญาสามารถทำสัญญาให้ได้แม้ผู้ให้จะยังไม่มีการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้น เมื่อใดที่ผู้ให้ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นผู้ให้ก็ค่อยมาทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับอีกทีอันจะมีผลให้สัญญาให้สมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดโดยคู่สัญญาไม่ต้องมาทำสัญญาให้แก่กันอีก หรือในตัวอย่างที่

นายเล็กส่งเครื่องถ่ายเอกสารจากร้านให้ไปส่งที่มหาวิทยาลัยเลย นายเล็กได้ทำการซื้อเครื่องถ่ายเอกสารจากร้านแล้วแต่ไม่ได้ระบุว่าสั่งซื้อเครื่องไหน ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในเครื่องถ่ายเอกสารจึงยังไม่โอนไปยังนายเล็กเนื่องจากยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่เมื่อร้านค้าได้เลือกเครื่องถ่ายเอกสารและทำการจัดส่งไปยังผู้รับซึ่งคือมหาวิทยาลัยที่นายเล็กบริจาคเครื่องถ่ายเอกสาร เครื่องถ่ายเอกสารเครื่องนั้นก็จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังนายเล็กซึ่งเป็นผู้ซื้อและโอนต่อไปยังมหาวิทยาลัยที่นายเล็กบริจาคเครื่องถ่ายเอกสารซึ่งเป็นผู้รับอีกต่อ ดังนั้น ในกรณีนี้สัญญาให้เครื่องถ่ายเอกสารจึงมีผลสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้จะสามารถทำได้เฉพาะกรณีการให้สังหาริมทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้สัญญาให้สังหาริมทรัพย์จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามกฎหมายมิฉะนั้นสัญญาให้จะไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 525 และคู่สัญญาต้องมาดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเอง ดังนั้น หากกำหนดให้สามารถทำการให้สังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่ใช่ของผู้ให้ได้แล้วอาจจะก่อให้เกิดความวุ่นวายและไม่เป็นธรรมขึ้นแก่คู่สัญญาและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถทำได้

5.1.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการทำสัญญาว่าจะให้สามารถมีได้หรือไม่

เรื่องสัญญาว่าจะให้ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เหมือนค้ำมั่นว่าจะให้ที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 526 ดังนั้น จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าหากคู่สัญญาต้องการที่จะทำสัญญาจะให้แก่กัน สัญญาจะให้นี้จะสามารถมีผลใช้บังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ สัญญาจะให้แตกต่างกับสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตอย่างไร และการมีสัญญาจะให้จะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่

ในเรื่องนี้เมื่อพิจารณาว่ากฎหมายได้วางหลักเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้ไว้ในมาตรา 526 ว่าสามารถมีการทำค้ำมั่นว่าจะให้ได้ ซึ่งการทำค้ำมั่นคือการที่ผู้ให้ค้ำมั่นผูกพันตนฝ่ายเดียวว่าจะกระทำการบางสิ่งบางอย่างส่วนการทำสัญญาคือการที่คู่สัญญามาแสดงเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์บางอย่างร่วมกัน ฉะนั้น การทำค้ำมั่นจึงเป็นส่วนย่อยของการทำสัญญา สัญญาว่าจะให้จึงไม่เหมือนกันกับค้ำมั่นว่าจะให้ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้ค้ำมั่นสามารถแสดงเจตนาให้ค้ำมั่นและไปทำการจดทะเบียนฝ่ายเดียวได้ แต่เมื่อกฎหมายวางหลักให้สามารถทำค้ำมั่นว่าจะให้ได้ก็ย่อมที่จะสามารถทำสัญญาว่าจะให้ได้เช่นกัน และเมื่อพิจารณาถึงหลักอิสระของการแสดงเจตนาและแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 1054/2502 คำพิพากษาฎีกาที่ 3421/2545 แล้ว จะเห็นว่าศาลฎีกามีแนวคำพิพากษาว่าสัญญาจะให้สามารถมีได้หากคู่สัญญามีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาจะให้โดยสุจริต ดังนั้น หากคู่สัญญาต้องการที่จะทำสัญญาจะให้แก่กันนั้น ผู้เขียนก็เห็นว่าสามารถทำได้ตราบใดที่การทำสัญญาจะให้นั้นทำขึ้นโดยถูกต้องสมบูรณ์ และมีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อกฎหมาย และเมื่อมีการทำสัญญาว่าจะให้แล้วผู้เขียนเห็นว่าสัญญาว่าจะให้ก็จะต้องอยู่ภายใต้มาตรา 526 เช่นเดียวกับค้ำมั่นว่าจะให้ คือ สัญญาว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน

ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้ซึ่งแม้สัญญาว่าจะให้และคำมั่นว่าจะให้มีลักษณะแตกต่างกัน แต่การกำหนดให้สัญญาว่าจะให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้ก็เพื่อผลในการบังคับคดีเท่านั้น ซึ่งการจดทะเบียนสัญญาว่าจะให้นี้จำเป็นต้องทำการจดทะเบียนในหนังสือจดทะเบียนแบบเดียวกับการจดทะเบียนการทำคำมั่นว่าจะให้ เนื่องจากบุคคลผู้ทำหนังสือการจดทะเบียนอาจจะไม่เข้าใจความแตกต่างระหว่างสัญญาว่าจะให้และคำมั่นว่าจะให้เพียงพอจึงไม่ได้มีการจัดทำหนังสือการจดทะเบียนสัญญาว่าจะให้ไว้ต่างหาก แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาที่ต้องการทำสัญญาว่าจะให้ก็สามารถจดทะเบียนสัญญาว่าจะให้โดยใช้หนังสือการจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ได้ เนื่องจากในหนังสือการจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้มีการกำหนดให้ผู้ให้คำมั่น (หรือผู้ให้สัญญาว่าจะให้) และผู้รับคำมั่น (หรือผู้รับสัญญาว่าจะให้) จะต้องลงลายมือชื่อในหนังสือทั้งสองฝ่ายอันเป็นการยืนยันการแสดงเจตนาทำสัญญาว่าจะให้ของคู่สัญญาแล้ว จึงสามารถมีผลใช้บังคับตามกฎหมายได้

การที่กฎหมายต้องกำหนดให้มีการทำสัญญาว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นี้ก็เพื่อที่จะทำให้สัญญาว่าจะให้สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย ซึ่งหากสัญญาว่าจะให้ใดมิได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว สัญญาว่าจะให้นั้นก็ไม่สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายแต่หากสัญญาว่าจะให้ใดมิได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ผลของการทำสัญญาว่าจะให้นั้นก็คือ ผู้ทำสัญญาว่าจะให้ก็จะต้องผูกพันตามสัญญาว่าต้องให้ทรัพย์สินตามสัญญาแก่ผู้รับสัญญาว่าจะให้ ดังนั้น สัญญาว่าจะให้จึงมีความแตกต่างกับคำมั่นว่าจะให้ที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้สามารถไปจดทะเบียนคำมั่นได้ฝ่ายเดียวและสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตที่ผู้ให้ต้องการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับในปัจจุบันทันทีเพียงแต่ทรัพย์สินที่ยังไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของผู้ให้ และผู้เขียนเห็นว่าเมื่อตอนร่างกฎหมายคณะผู้ร่างมีเจนาให้มีการให้สองแบบ คือ การให้ธรรมดาที่ต้องมีการส่งมอบทันที (Don Manuel) และการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้น เมื่อคณะผู้ร่างตั้งใจให้มีการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาและได้มีการกำหนดให้สามารถทำคำมั่นว่าจะให้ได้แล้ว ฉะนั้นหากจะมีการทำสัญญาว่าจะให้ก็คงจะไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่อย่างใด คู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญาว่าจะให้ได้

5.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ

ในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาเนื่องมาจากมาตรา 522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักให้การปลดหนี้ เป็นการให้ประการหนึ่ง และยังมีมาตรา 340 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่วางหลักเรื่องการปลดหนี้ไว้ด้วยเช่นกัน โดยวางหลักให้การปลดหนี้สามารถกระทำโดยเจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้ลูกหนี้ฝ่ายเดียวและหนี้นั้นก็ป็นอัน

ระงับไป เว้นแต่หนัสนั้นจะได้มีการทำเป็นหนังสือก็จะต้องมีการปลดหนี้เป็นหนังสือด้วย ทำให้เรื่อง การปลดหนี้นี้มีประเด็นปัญหาว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติให้การปลดหนี้เป็นการให้ประการหนึ่งตาม มาตรา 522 ซึ่งการให้มึลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีการตกลงกันของคู่สัญญาสองฝ่าย แต่การปลดหนี้ ตามมาตรา 340 กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ได้เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น จึงทำให้เกิด ความสับสนและเลื่อมล้ำในการร่างกฎหมายเรื่องเดียวกันทับซ้อนกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้เขียน ได้ทำการศึกษาในเรื่องนี้ก็พบว่านักกฎหมายของไทยมีแนวคิดเรื่องลักษณะของการปลดหนี้แบ่งเป็น สองแนวทาง คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการปลดหนี้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผู้รับการแสดงความ แต่เป็น สัญญาให้ประการหนึ่งตามกฎหมายมาตรา 522 แต่ก็ได้มึลักษณะเป็นสัญญาเหมือนอย่างสัญญาให้ และแนวคิดที่สอง ได้แก่ อาจารย์เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม มีความเห็นว่าการปลดหนี้เป็นการให้ชนิดหนึ่ง ดังนั้น การปลดหนี้ตามกฎหมายไทยจึงมีลักษณะทางกฎหมายเป็น “ข้อตกลง” หรือ “สัญญา” หาใช่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหนี้ แม้เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้ การปลดหนี้ก็ไม่ เกิดผลทางกฎหมาย ซึ่งหลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าการปลดหนี้ มีลักษณะเป็นการที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ของตนฝ่ายเดียว นั่นคือ เจ้าหนี้สามารถ แสดงการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ได้โดยวาทะ หรือโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 340 วรรค 2 โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันกับเจ้าหนี้เพื่อทำการปลดหนี้ก่อน แต่อย่างไร การปลดหนี้จึงเป็นการที่ลูกหนี้ได้รับประโยชน์ฝ่ายเดียวซึ่งตามปกติลูกหนี้มักยินดีที่จะ ได้รับการปลดหนี้อยู่แล้ว เว้นแต่ในบางกรณีที่ลูกหนี้อาจไม่ต้องการการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ซึ่งมีอยู่เป็น ส่วนน้อย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการปลดหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เจ้าหนี้แสดงเจตนา ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้และลูกหนี้เพียงมารู้การแสดงความเท่านั้น และการปลดหนี้ไม่มีแบบของ นิติกรรม เว้นแต่จะเข้าลักษณะของมาตรา 340 วรรค 2 คือ ถ้าหนัสนั้นมีหลักฐานเป็นหนังสือถึงจะต้อง ทำการปลดหนี้เป็นหนังสือ และเมื่อมีการทำสัญญาปลดหนี้ขึ้นสมบูรณ์ หนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ มีต่อลูกหนี้นั้นเป็นอันระงับไป

ต่อมา แม้มาตรา 522 วางหลักให้การให้จะทำการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับก็ได้ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากการปลดหนี้มีลักษณะเป็นการที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ไปฝ่ายเดียวโดยที่ เจ้าหนี้ไม่ได้สิ่งใดตอบแทน เรื่องการปลดหนี้จึงมีลักษณะคล้ายการให้ตามมาตรา 521 ดังนั้น ใน มาตรา 522 กฎหมายจึงได้วางหลักให้การให้สามารถทำการปลดหนี้ให้แก่ผู้รับก็ได้ การที่กฎหมายวางหลักมาตรา 522 เช่นนี้ไม่ได้ทำให้การปลดหนี้มีลักษณะกลายเป็นสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาให้ หากแต่การปลดหนี้ยังคงมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงความ เหมือนเดิม เพียงแต่กฎหมายให้รวมไว้เป็นลักษณะการให้ประการหนึ่งและมีผลให้เมื่อได้มีการ ทำการปลดหนี้แล้วหนัสนั้นก็จะระงับ เจ้าหนี้ไม่อาจเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก เว้นแต่ลูกหนี้ ประพฤติเนรคุณ เรื่องนี้จึงเป็นการที่กฎหมายให้นำเรื่อง ความสมบูรณ์ ผลของการปลดหนี้หรือการให้

และเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินมาใช้กับเรื่องการปลดหนี้โดยอนุโลมเท่านั้น ความคิดเห็นนี้จึงแตกต่างกับเรื่องการปลดหนี้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายสกอตที่ต่างก็มองการปลดหนี้ว่าเป็นการให้ประการหนึ่งและมีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่ตกลงสองฝ่าย

ดังนั้น เรื่องนี้จึงสามารถสรุปได้ว่าการปลดหนี้เป็นการให้ประการหนึ่งตามมาตรา 522 แต่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาให้ หากแต่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาและกฎหมายให้นำเรื่องการมีผลสมบูรณ์และเรื่องการเพิกถอนการให้ไปใช้กับเรื่องการปลดหนี้โดยอนุโลมเท่านั้น เพราะฉะนั้น มาตรา 522 กับมาตรา 340 จึงไม่ได้มีความขัดแย้งกันตามที่นักกฎหมายบางส่วนเข้าใจ

5.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการทำค้ำมั่นว่าจะให้

ในเรื่องประเด็นปัญหาเรื่องการทำค้ำมั่นว่าจะให้ให้ผู้เขียนจะแบ่งเรื่องที่จะวิเคราะห์ออกเป็นดังนี้

5.3.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของค้ำมั่นว่าจะให้

ในประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของค้ำมั่นว่าจะให้此起ขึ้นจากการที่กฎหมายมีการบัญญัติเรื่องการทำค้ำมั่นว่าจะให้ไว้ในมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่มีการอธิบายว่าค้ำมั่นว่าจะให้นี้มีลักษณะเป็นอย่างไร และมีผลอย่างไร ทำให้เกิดความสับสนในการนำค้ำมั่นว่าจะให้ขึ้นมาปรับใช้ จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิดพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิมีแนวคิดแตกต่างกันสองแนวคิดด้วยกันโดยแนวคิดแรกเห็นว่า ค้ำมั่นว่าจะให้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้เมื่อผู้ให้ค้ำมั่นแสดงเจตนาโดยมีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 168 และมาตรา 169 แล้วแต่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับเอาค้ำมั่นอีก และแนวคิดที่สองเห็นว่า ค้ำมั่นว่าจะให้จะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะไปทำสัญญาให้กันจนเสร็จเด็ดขาดอีกทีหนึ่งคล้ายกับค้ำมั่นว่าจะซื้อจะขาย คือเป็นค้ำมั่นว่าจะทำสัญญา หนี้ตามค้ำมั่นคือการที่ผู้ให้ค้ำมั่นและผู้รับค้ำมั่นจะต้องไปทำการให้กันจนเสร็จเด็ดขาดอีกทีหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงลักษณะของค้ำมั่นว่าจะให้และการนำค้ำมั่นว่าจะให้ไปใช้ ประกอบกับพิจารณาระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการให้ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น พ.ศ. 2548 ข้อ 8 ที่บัญญัติว่า “กรณีผู้ให้มีความประสงค์จะให้ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์แก่ผู้รับให้ แต่ยังไม่ให้ในขณะนี้ จึงให้ค้ำมั่นว่าจะให้ในเวลาต่อไปภายหลังหน้า เช่น เมื่อผู้จะรับให้อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ เป็นต้น ให้ใช้ชื่อประเภทว่า

“คำมั่นว่าจะให้” ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำมั่นว่าจะให้ที่สามารถจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามระเบียบกรมที่ดินมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้เมื่อผู้ให้คำมั่นแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยเมื่อการแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 168 มาตรา 169 แล้วแต่กรณี คำมั่นว่าจะให้นั้นก็จะสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ได้โดยไม่ต้องมีผู้มารับเอาคำมั่นอีก ซึ่งความเห็นของผู้เขียนสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกับแนวคิดแรก ซึ่งเป็นแนวคิดของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง และการทำคำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 สามารถทำได้โดยผู้ให้คำมั่นฝ่ายเดียว และเมื่อคำมั่นว่าจะให้นี้ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแล้ว ก็จะมีผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้คำมั่นในการปฏิบัติตามคำมั่นนั้น ซึ่งในเรื่องนี้มีความเหมือนกับคำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายสกอตและ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ที่คำมั่นว่าจะให้ต่างก็มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้

ในเรื่องคำมั่นว่าจะให้สามารถยกตัวอย่างได้ดังนี้ นาย ก. ทำคำมั่นว่าจะให้ที่ดินแก่นาย ข. หนึ่งแปลงเมื่อนาย ข. อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ นาย ก. ได้มีการแสดงเจตนาและทำคำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ดังนั้น คำมั่นว่าจะให้จึงมีผลสมบูรณ์ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันนาย ก. ให้ต้องทำตามคำมั่นแล้วตั้งแต่ที่การแสดงเจตนาทำคำมั่นของนาย ก. ไปถึงนาย ข. ต่อมา เมื่อนาย ข. มีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์แล้ว นาย ก. ก็มีหนี้จะต้องส่งมอบที่ดินตามคำมั่นว่าจะให้แก่นาย ข. ไปตามคำมั่นว่าจะให้นั้นเอง

5.3.2 ประเด็นปัญหาเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้และการบังคับคำมั่นว่าจะให้

เรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ของคำมั่นว่าจะให้นั้น เนื่องจากคำมั่นว่าจะให้ มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้โดยผู้ให้คำมั่นว่าจะให้สามารถแสดงเจตนาทำคำมั่นได้ฝ่ายเดียวโดยสามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายการพิจารณาเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ตามคำมั่นว่าจะให้จึงต้องดูว่าผู้ให้คำมั่นว่าจะให้ได้แสดงเจตนาทำคำมั่นว่าจะให้ว่ามีกำหนดให้เมื่อใด โดยอาจดูจากหนังสือจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้หรือดูจากเจตนาของผู้ให้คำมั่นว่าจะให้เอง ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำคำมั่นว่าจะให้เงินแก่นาย ข. จำนวน 100,000 บาท เมื่อนาย ข. อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแล้วเห็นว่ากำหนดเวลาชำระหนี้ของคำมั่นว่าจะให้นั้นไม่ได้มีการกำหนดลงไว้ หรือไม่สามารถอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงได้เลย ก็จะต้องใช้มาตรา 203 มาพิจารณาเรื่องกำหนดเวลาชำระหนี้ นั่นคือ หนี้ตามคำมั่นว่าจะให้จะถึงกำหนดเมื่อมีผู้มาแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากคำมั่นว่าจะให้หรือมีผู้มารับเอาคำมั่นว่าจะให้นั้น ผู้ให้คำมั่นว่าจะให้ก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามคำมั่นว่าจะให้นั้นโดยพลัน แต่หากกำหนดเวลาชำระหนี้ตามคำมั่นว่าจะให้มีการกำหนดลงไว้แต่เป็นที่สงสัยผู้รับคำมั่นก็ไม่อาจเรียกให้ผู้ให้คำมั่นชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นได้ แต่ผู้ให้คำมั่นว่าจะให้อาจทำการชำระก่อนถึงกำหนดนั้นได้ตามมาตรา 203 วรรค 2

ต่อมา เรื่องการบังคับค้ำมั่นว่าจะให้ ผู้เขียนเห็นว่าค้ำมั่นว่าจะให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 แต่อย่างไรก็ตาม การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 นี้ไม่ใช่แบบของค้ำมั่นว่าจะให้ เป็นแต่เพียงการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเพื่อที่จะสามารถบังคับค้ำมั่นว่าจะให้ได้เท่านั้น การที่มาตรา 526 กำหนดว่าค้ำมั่นว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น น่าจะเป็นแนวคิดที่มาจากระบบกฎหมายเยอรมันที่ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำแนวคิดมาร่างมาตรานี้ ซึ่งการจะบังคับค้ำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายเยอรมัน ถูกกำหนดว่าต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อหน้าโนตารีจึงจะสามารถมีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยแม้จะมีผู้รับรองลายมือชื่อหรือโนตารีเกิดขึ้นแล้วแต่ลักษณะและขอบเขตงานที่สามารถทำได้นั้นไม่เหมือนกับโนตารีในประเทศฝรั่งเศสหรือเยอรมัน และไม่มีอำนาจในการรับจดทะเบียนค้ำมั่นว่าจะให้ตามกฎหมายด้วย ดังนั้น การทำค้ำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 526 จึงมีประเด็นปัญหาว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการใดจะเป็นผู้รับจดทะเบียนค้ำมั่นว่าจะให้ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนพบว่า ในปัจจุบันการทำค้ำมั่นว่าจะให้ข้อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษสามารถทำการจดทะเบียนค้ำมั่นว่าจะให้ได้ที่กรมที่ดินตามระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการให้ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น พ.ศ. 2548 ข้อ 8 โดยต้องจัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงตามแบบท.ด.16² โดยไม่ต้องทำหนังสือสัญญาส่วนการทำค้ำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์นั้นผู้เขียนพบว่าสามารถทำค้ำมั่นว่าจะให้แก่มูลนิธิได้โดยทำเป็นหนังสือค้ำมั่นสัญญา³ ที่ได้มีการลงลายมือชื่อของผู้ให้ค้ำมั่นและผู้รับค้ำมั่น ในเรื่องนี้แม้เอกสารการทำค้ำมั่นว่าจะให้แก่มูลนิธิจะมีการเขียนว่าเป็นหนังสือค้ำมั่นสัญญา แต่ในทางกฎหมายหนังสือค้ำมั่นสัญญานี้มีผลเป็นค้ำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 มิใช่สัญญาแต่ประการใด

ในเรื่องค้ำมั่นว่าจะให้แก่มูลนิธิผู้เขียนได้พบตัวอย่างจากหนังสือค้ำมั่นสัญญาฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2526 ที่ทำขึ้นโดยสมาคมนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยนายสมาน สุวรรณโชติ นายกสมาคม เป็นผู้ให้ค้ำมั่นมอบเงินให้แก่มูลนิธิสมาคมนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้รับค้ำมั่นเป็นจำนวนเงินหนึ่งแสนบาท⁴

การที่หนังสือการจดทะเบียนค้ำมั่นว่าจะให้ทั้งค้ำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์และค้ำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ต้องมีการลงลายมือชื่อสองฝ่ายทั้งของผู้ให้ค้ำมั่นและผู้รับค้ำมั่นทั้งที่

² ปรากฏตามเอกสารหมายเลข 4 ในภาคผนวก

³ ปรากฏตามเอกสารหมายเลข 6 ในภาคผนวก

⁴ ปรากฏตามเอกสารหมายเลข 6 ในภาคผนวก

คำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากคำมั่นว่าจะให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้คำมั่นสามารถแสดงเจตนาทำคำมั่นว่าจะให้และไปจดทะเบียนคำมั่นฝ่ายเดียวได้โดยสามารถมีผลใช้บังคับตามกฎหมาย แต่การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำหนังสือการจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ที่กำหนดให้หนังสือการจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ต้องมีการลงลายมือชื่อทั้งผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นว่าจะให้สองฝ่ายน่าจะมีสาเหตุมาจากการที่คำมั่นว่าจะให้แม้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ทำคำมั่นสามารถแสดงเจตนาทำคำมั่นได้ฝ่ายเดียวและสามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย แต่หากผู้ให้คำมั่นมาจดทะเบียนฝ่ายเดียวแล้วเจตนาทำคำมั่นของผู้ให้คำมั่นอาจจะไปไม่ถึงผู้รับคำมั่น หรือผู้รับคำมั่นอาจไม่รับรู้ถึงการแสดงเจตนาทำคำมั่นว่าจะให้เช่นนั้นและไม่อาจมาเข้าถือเอาประโยชน์ตามคำมั่นว่าจะให้เช่นนั้นได้ ดังนั้น การกำหนดให้การจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้ที่ต้องมีการลงลายมือชื่อทั้งผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นก็เพื่อเป็นการยืนยันว่าเจตนาการทำคำมั่นว่าจะให้ของผู้ให้คำมั่นได้ไปถึงผู้รับคำมั่นว่าจะให้แล้ว คำมั่นว่าจะให้เช่นนั้นจึงมีผลสมบูรณ์ ก่อให้เกิดหนี้ และสามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย อีกทั้ง ยังมีความชัดเจนและสะดวกต่อการบังคับคดีต่อไปในอนาคต

ต่อมา เรื่องการทำคำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ธรรมดา เช่น รถยนต์หรือเงินแก่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะสามารถทำได้หรือไม่ เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจทำได้เช่นกันเนื่องจากเรื่องการให้เป็นหนี้โดยธรรมประการหนึ่งที่เกิดจากการที่ผู้ให้ต้องการให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับไปโดยเสน่หา ดังนั้น หากผู้ให้อยากจะผูกพันตนเองว่าจะต้องให้ทรัพย์สินใดๆแก่ผู้รับก็ย่อมทำได้โดยการทำเป็นคำมั่นว่าจะให้ที่มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ดังนั้น การทำคำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ธรรมดาจึงสามารถทำได้เช่นเดียวกันโดยจะต้องมีการทำเป็นหนังสือคำมั่นว่าจะให้ที่มีลายมือชื่อของผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นและให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งคือเจ้าหน้าที่ในสำนักงานเขตต่างๆเป็นค้ำประกันเช่นเดียวกับการทำคำมั่นว่าจะให้มูลนิธิ

5.4 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527

เรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ ดังนี้

5.4.1 ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527

ในประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้มีปัญหาว่าการให้เช่นนี้จะมีลักษณะและผลทางกฎหมายเช่นไร และการให้ในครั้งแรกและการจะให้ในคราวถัดๆมาจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร ในเรื่องนี้เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆก็เป็นสัญญาให้ชนิดหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องการการแสดงเจตนา

ของผู้ให้และผู้รับ สอดคล้องกับแนวคิดของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง⁵ ที่เห็นว่าการให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ สัญญาไม่ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดในเวลาเดียวกันเหมือนการให้ในกรณีทั่วไป หากแต่การให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆนี้เป็นการที่ผู้ให้กับผู้รับได้ตกลงกันว่าจะมีการให้ที่ต่อเนื่องหลายๆคราว และเมื่อสัญญาให้นี้มีผลแล้วผู้ให้ก็มีหน้าที่ภายหลังสัญญาให้เกิดขึ้น กล่าวคือผู้ให้ มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้ตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัย ก. มอบทุนการศึกษาให้แก่ นายแดง เป็นเงิน 50,000 บาท ทุกภาคการศึกษาติดต่อกันเป็นระยะเวลาสี่ปี โดยมีเงื่อนไขว่า นายแดงจะต้องมีผลการศึกษามากกว่า 3.50 ในทุกๆเทอม ต่อมา นายแดงไม่สามารถรักษาผลการศึกษาไว้ได้ มหาวิทยาลัย ก. จึงต้องการยกเลิกสัญญาให้ทุนการศึกษาในเทอมที่เหลือนับนี้ จะสามารถทำได้หรือไม่ จากข้อเท็จจริงนี้ การให้ทุนการศึกษาของมหาวิทยาลัย ก. เป็นการทำสัญญาให้ที่เป็นการชำระหนี้เป็นคราวๆ เมื่อมีการตกลงการให้แก่กันหนี้ตามสัญญาให้ก็เกิดขึ้นแล้ว การกำหนดเงื่อนไขว่า นายแดงจะต้องได้เกรดเฉลี่ยไม่ต่ำกว่า 3.50 ทุกเทอมนั้นเป็นการตกลงเงื่อนไขในสัญญาให้ซึ่งสามารถทำได้ หากเมื่อนายแดงไม่สามารถรักษาเกรดเฉลี่ยไว้ได้ตามที่กำหนด มหาวิทยาลัย ก. ก็สามารถบอกเลิกสัญญาให้ที่มีกำหนดเป็นคราวๆนี้ได้ ทุนการศึกษาที่มหาวิทยาลัย ก. ได้ส่งมอบให้แก่ นายแดงแล้วตามระยะเวลาที่มีผลทำให้สัญญาให้ในช่วงระยะเวลานั้นมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดไป มหาวิทยาลัย ก. ไม่สามารถเรียกเงินคืนได้แต่ในส่วนสัญญาให้ในระยะเวลาที่ยังไม่ถึงกำหนด มหาวิทยาลัย ก. ยังไม่ได้ทำการส่งมอบเงินก็สามารถยกเลิกสัญญาให้ทุนการศึกษาในช่วงนี้ได้โดยเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญา

5.4.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527

การให้ว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ สัญญาไม่ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดในเวลาเดียวกันเหมือนการให้ในกรณีทั่วไป ดังนั้น การทำการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 นี้จะเกิดขึ้นนับตั้งแต่มีการทำสัญญาให้ และได้มีการส่งมอบทรัพย์สินกันครั้งแรก การให้ครั้งใดๆที่ได้มีการส่งมอบกันแล้วสัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ ส่วนการให้ในครั้งถัดๆไปก็จะเป็นหน้าที่ของผู้ให้ที่จะต้องกระทำการส่งมอบเป็นคราวๆอันเป็นผลมาจากสัญญาให้เท่านั้น และการจะบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 ได้จะต้องมีการทำการให้เป็นคราวๆนี้เป็นหนังสือและจดทะเบียน เช่นเดียวกับเรื่องค้ำประกันว่าจะให้ตามมาตรา 526 เนื่องจากในมาตรา 526 เขียนว่าการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนสามารถทำได้ทั้งการให้ทรัพย์สินและค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สิน ฉะนั้น หากต้องการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 ก็จะต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและจดทะเบียน โดยในการให้อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจะต้องไปจดทะเบียนที่

⁵ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 9 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.2.

สำนักงานที่ดินเช่นเดียวกับการทำค้ำประกันว่าจะให้ และการจดทะเบียนการให้สังหาริมทรัพย์ก็ต้องไปทำการจดทะเบียนที่ฝ่ายปกครองหรือสำนักงานเขตเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การทำการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ไม่ใช่แบบของการให้แต่เป็นเพียงการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเพื่อจะสามารถฟ้องบังคับกันได้เท่านั้น ฉะนั้น หากผู้ให้ไปทำการให้เป็นคราวๆเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 แต่ยังมีได้ทำการส่งมอบการให้ในครั้งแรก หนีตามสัญญาให้ก็จะยังไม่เกิดแต่อย่างใด แต่ถ้ามีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้ว สัญญาให้คราวๆนั้นก็เสร็จเด็ดขาดไป ไม่สามารถเลิกสัญญาหรือเรียกคืนทรัพย์ที่ให้ได้ เว้นแต่ผู้รับจะประพฤตินิรคุณ ส่วนการให้ครั้งหลังๆที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบนั้น การให้อาจสิ้นสุดเมื่อผู้ให้หรือผู้รับตาย หรือผู้ให้และผู้รับอาจเลิกสัญญาการให้ในคราวหลังๆได้เนื่องจากสัญญาให้ในคราวหลังๆยังไม่เสร็จเด็ดขาดเนื่องจากยังไม่มีมีการส่งมอบนั่นเอง



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้ในประเด็นปัญหาต่างๆ อันได้แก่ เรื่องลักษณะทางกฎหมายของสัญญาให้ ความสมบูรณ์ของการให้ การมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดของสัญญาให้ สัญญาให้ในอนาคต หรือสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ การปลดหนี้ การจะชำระหนี้เป็นคราวๆ และเรื่องคำมั่นว่าจะให้ในกฎหมายทั้งจากกฎหมายไทยและจากระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ มาแล้ว ทำให้เห็นว่าเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ในกฎหมายไทยมีประเด็นปัญหาที่สำคัญซึ่งส่งผลต่อแนวคิด การตีความ และการนำกฎหมายเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงอยู่มากมายหลายประเด็น ซึ่งจากการที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าในประเด็นทั้งหลายเหล่านี้ทำให้สามารถทำการสรุปและเสนอแนะได้ดังนี้

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ในประเด็นปัญหาต่างๆ ทั้งจากกฎหมายไทยและจากระบบกฎหมายของต่างประเทศทำให้สามารถสรุปประเด็นสำคัญได้ดังนี้

6.1.1 ประเด็นลักษณะทางกฎหมายของการให้

จากการศึกษาในประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการให้ในกฎหมายไทยทำให้เห็นว่า การให้ตามมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่ายที่ประกอบด้วยผู้ให้และผู้รับมาทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้ให้ให้แก่ผู้รับโดยเสนหาหรือโดยไม่มีค่าตอบแทน ดังนั้น เมื่อการให้มามีลักษณะเป็นสัญญาแล้วจึงต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยการทำนิติกรรมสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาธรรมดาทั่วไป นั่นคือ การทำสัญญาให้จะต้องมีองค์ประกอบของสัญญาที่สมบูรณ์ กล่าวคือ ทั้งผู้ให้และผู้รับจะต้องเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญาตามกฎหมาย ต่อมา สัญญาให้จะต้องมีการแสดงเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันของผู้ให้และผู้รับ ซึ่งการแสดงเจตนาอาจทำขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น ผู้ให้อาจทำการให้โดยส่งมอบทรัพย์สินไปให้แก่ผู้รับโดยบอกแก่ผู้รับว่าหากผู้รับไม่ต้องการทรัพย์สินที่ให้นั้นก็ให้ผู้รับส่งทรัพย์สินที่ให้นั้นคืน ซึ่งถ้าผู้รับได้รับทรัพย์สินนั้นแล้วมิได้ทำการส่งคืนแก่ผู้ให้ก็ย่อมเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ การให้ของผู้ให้โดยปริยายทำให้สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์และเด็ดขาด ถัดมา วัตถุประสงค์ของการทำ

สัญญาให้ก็จะต้องไม่เป็นวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายมิฉะนั้นสัญญาให้นั้นก็จะเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วัตถุประสงค์ของสัญญาให้ในกฎหมายไทยจะต้องเป็นการที่ผู้ให้ต้องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับไปโดยเสน่หาหรือโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน หากสัญญาให้ใดมีวัตถุประสงค์เป็นการให้โดยมีค่าตอบแทน หรือเป็นสัญญาที่มีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์หรือการต้องกระทำการใดๆสัญญานั้นย่อมไม่ใช่สัญญาให้โดยเสน่หา

ต่อมา เมื่อสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาแล้ว เมื่อผู้ให้และผู้รับได้มีการทำสัญญาให้โดยครบองค์ประกอบของสัญญาโดยสมบูรณ์แล้ว สัญญาให้นั้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้ให้ฝ่ายเดียวในการที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้ให้แก่ผู้รับ

ในเรื่องการให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ การให้ในระบบกฎหมายซิวิลลอว์ เช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันต่างอธิบายการให้ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่ายที่ประกอบด้วยผู้ให้และผู้รับมาเข้าทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ให้แก่ผู้รับ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาให้นี้ผู้ให้และผู้รับจะต้องทำการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเท่านั้น ไม่สามารถที่จะทำการแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายได้ แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันผู้ให้และผู้รับสามารถแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาให้ได้ทั้งชัดแจ้งและโดยปริยาย เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาให้แล้ว กฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันต่างก็เห็นว่าสัญญาให้นั้นจะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้ให้ให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา

ถัดมา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นระบบกฎหมายอังกฤษ อธิบายการให้ว่าเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ต้องมีการให้ค่าตอบแทนแก่กัน คือ เป็นสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับต้องมีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ประการใดประการหนึ่งแก่กัน (Consideration Contract) ดังนั้น สัญญาให้ตามระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ใช่การทำสัญญาให้เปล่าของผู้ให้เหมือนอย่างกฎหมายไทยหรือกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน แต่เมื่อมีการทำสัญญาให้เกิดขึ้น สัญญาให้นั้นย่อมก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมาย

ต่อมา การให้ในระบบกฎหมายผสมเช่นระบบกฎหมายสกอตได้อธิบายการให้ว่ามีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้ให้ คือการให้ไม่ได้อยู่ในรูปของสัญญา แต่เป็นการกระทำของผู้ให้ที่เมื่อมีการทำการให้ก็ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับทันที ดังนั้น การให้ตามระบบกฎหมายสกอตจึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ทั้งแก่ผู้ให้และผู้รับ แตกต่างกับกรณีการทำค้ำประกันว่าจะให้ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้ทำให้สามารถที่จะบังคับชำระหนี้ตามค้ำประกันว่าจะให้

และสุดท้าย การให้ตาม Draft Common Frame of Reference (DCFR) มีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่ายที่ต้องมีผู้ให้และผู้รับแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน โดยเมื่อมีการทำสัญญาให้เกิดขึ้น สัญญาให้นั้นก็ก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อทำการพิจารณาในเรื่องลักษณะการให้ทั้งจากกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า ลักษณะการให้ในกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้เหมือนในลักษณะของสัญญาให้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คือระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่คณะผู้ร่างกฎหมายในสมัยร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลือกใช้เป็นแนวทางในการร่างมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั่นเอง

6.1.2 ประเด็นความสมบูรณ์ของการให้

6.1.2.1 ประเด็นปัญหาเรื่องแบบของสัญญาให้

แนวคิดในเรื่องการให้ตามกฎหมายไทยตั้งแต่สมัยโบราณมีแนวคิดว่าการให้เป็นการกระทำที่ผู้ให้แสดงความมีน้ำใจไมตรีต้องการที่จะให้ทรัพย์สินใดๆของตนแก่ผู้รับไปโดยเสน่หา ดังนั้น การให้จึงต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับในทันทีเพื่อแสดงถึงความตั้งใจที่จะให้ของผู้ให้ หากการให้ใดที่ไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปด้วย การให้นั้นย่อมไม่อาจมีผลและผู้รับไม่อาจที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตนได้ ดังนั้น การส่งมอบจึงถือเป็นแบบที่จำเป็นในการให้สมัยโบราณของไทย ต่อมา เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยในเรื่องการให้คณะผู้ร่างได้นำแนวคิดมาจากกฎหมายฝรั่งเศสที่มีแนวคิดเรื่องการให้แบ่งออกเป็นสองแบบ คือ การให้ที่มีการส่งมอบให้แก่กันทันที (Don Manuel) และแนวคิดว่าการให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่เกิดหนี้ ที่การให้ต้องมีการทำต่อหน้าโนตารีและต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กัน ซึ่งการส่งมอบตามแนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่แบบที่กฎหมายกำหนด ในเรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าคณะผู้ร่างกฎหมายมีความตั้งใจให้เรื่องการให้และการส่งมอบเป็นเหมือนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ การส่งมอบไม่ใช่แบบที่กฎหมายกำหนดหากแต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ทำให้สัญญาให้สมบูรณ์

เรื่องความสมบูรณ์ของการให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันต่างมีการกำหนดให้สัญญาให้เมื่อได้มีการทำเป็นหนังสือต่อหน้าโนตารีแล้ว สัญญาให้นั้นก็จะมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย และหากผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ตามสัญญาแล้วสัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น การส่งมอบในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันจึงไม่ใช่แบบที่กฎหมายกำหนดแต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์ ซึ่งเรื่องนี้เหมือนกันกับเรื่องความสมบูรณ์ในระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอตและ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ที่ต่างก็

อธิบายว่า การส่งมอบไม่ใช่แบบที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำ แต่เป็นองค์ประกอบประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดไปเท่านั้น

ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงสามารถสรุปได้ว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 และมาตรา 525 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ใช่แบบที่กฎหมายกำหนด แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมซึ่งหากคู่สัญญามีการทำการแสดงเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบ มีผลทำให้เจตนาของคู่สัญญาเกิดขึ้นแล้วเพียงแต่ยังไม่เกิดนิติกรรมการให้เท่านั้น และเมื่อผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้วสัญญาให้ก็จะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์เสร็จเด็ดขาดไป

6.1.2.2 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุด

การให้ในกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งดังนั้นตามหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาจึงสามารถที่จะมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้ แต่อย่างไรก็ตาม เฉพาะสัญญาให้สังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขสิ้นสุดได้ ส่วนสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์สามารถมีเงื่อนไขเริ่มต้น เงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขบังคับหลังได้ แต่ไม่สามารถมีเงื่อนไขสิ้นสุดได้ เนื่องจากสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์จำเป็นที่จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 ฉะนั้น หากสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์มีการทำเงื่อนไขบังคับหลังแต่สัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ได้มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วจึงมีผลทำให้สัญญาให้เสร็จเด็ดขาด หากภายหลังเงื่อนไขบังคับหลังไม่สำเร็จผู้ให้ก็ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปแล้วกลับคืนได้อีก

ในเรื่องนี้ สัญญาให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสกอตและ Draft Common Frame of Reference (DCFR) ต่างก็อธิบายว่าสัญญาให้สามารถมีการทำเงื่อนไข เงื่อนไขได้ เว้นแต่ การทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ที่มีการกำหนดให้มีเงื่อนไขสิ้นสุดหรือเงื่อนไขบังคับหลังจะทำได้เนื่องจากการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์จำเป็นต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น เมื่อการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วสัญญาให้นั้นก็สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะโอนไปยังผู้รับและผู้ให้ไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้อีก

6.1.2.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ทรัพย์สินในอนาคตและการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้

เรื่องการทำสัญญาให้ในอนาคตและการทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ในกฎหมายไทยไม่ได้มีการห้ามไว้ ดังนั้นจึงสามารถทำได้ คู่สัญญาสามารถทำสัญญาให้กันก่อน และเมื่อใดที่ผู้ให้ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็สามารมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับ

เพื่อให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์ แต่ในการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถมีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตรหัสหรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนเองได้ เนื่องจากสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 525 จึงจะมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น เมื่อวัตถุประสงค์ในสัญญาเป็นทรัพย์สินในอนาคตรหัสหรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ในขณะที่ทำสัญญา สัญญาให้หนี้จึงไม่อาจทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ส่งผลให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ และสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตรหัสแตกต่างจากสัญญาจะให้เนื่องจากสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตรหัสเป็นสัญญาที่ผู้ให้ต้องการให้ทรัพย์สินที่ตนยังไม่มีการกรรมสิทธิ์หรืออาจยังไม่ได้เป็นเจ้าของ แต่สัญญาจะให้คือการที่ผู้จะให้ ทำสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินที่ตนมีการกรรมสิทธิ์แล้วหรือไม่ก็ได้แก่ผู้จะรับ ดังนั้น ทั้งสองเรื่องจึงมีความแตกต่างกัน

ในเรื่องนี้ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายสกอต และ Draft Common Frame of Reference (DCFR) มีการวางหลักว่าสัญญาให้ไม่สามารถที่จะทำการให้ทรัพย์สินในอนาคตรหัสหรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนเองได้ เนื่องจากการให้ในระบบกฎหมายเหล่านี้จะต้องมีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่เป็นของตนเองขณะทำสัญญาให้เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่อาจทำการให้ทรัพย์สินที่ผู้ให้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินในอนาคตรหัสได้ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษสามารถมีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคตรหัสหรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของตนเองได้

6.1.3 ประเด็นปัญหาเรื่องการทำสัญญาว่าจะให้สามารถมีได้หรือไม่

สัญญาว่าจะให้กฎหมายไม่ได้มีการบัญญัติไว้เหมือนเรื่องการทำค้ำประกันว่าจะให้ที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้และผู้รับต้องการที่จะทำสัญญาว่าจะให้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผูกพันตนตามสัญญาว่าจะให้ก็สามารถทำได้โดยอาศัยหลักอิสระในทางแพ่ง ทั้งนี้ เนื่องจากการที่กฎหมายวางหลักให้การทำค้ำประกันว่าจะให้ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้ค้ำประกันยอมผูกพันตนฝ่ายเดียวว่าจะทำการให้ตามค้ำประกันว่าจะให้นั้นสามารถทำได้ การทำสัญญาว่าจะให้ซึ่งมีสถานะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ผูกพันคู่สัญญาให้ต้องมีการให้และรับตามสัญญาว่าจะให้สามารถที่จะมีได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากต้องการจะบังคับสัญญาว่าจะให้คู่สัญญาก็จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับค้ำประกันว่าจะให้ตามมาตรา 526 ด้วย

6.2 ประเด็นเรื่องการให้ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ

มาตรา 522 วางหลักให้การให้สามารถทำได้ด้วยการปลดหนี้ ดังนั้น การปลดหนี้จึงมีลักษณะเป็นการให้ประการหนึ่ง เป็นการทำหน้าที่การให้สถานะปลดหนี้แก่ลูกหนี้ของตนโดยไม่ได้

รับสิ่งตอบแทน อย่างไรก็ตาม การปลดหนี้ก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย เหมือนกับสัญญาให้ แต่การปลดหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องการผู้รับการแสดงความ อนุญาตเพียงแต่วางหลักให้การปลดหนี้มีลักษณะเป็นการให้อย่างหนึ่งและให้นำหลักเรื่อง ความสมบูรณ์ หนี้ระงับ และเรื่องการเพิกถอนการให้ไปใช้กับเรื่องการปลดหนี้ด้วยโดยอนุโลม เมื่อมี การทำการปลดหนี้แล้วผลทางกฎหมายคือหนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้จะเป็นอันระงับไป เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิอ้างอำนาจแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 194 เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก

เรื่องการปลดหนี้ตามกฎหมายไทยจึงแตกต่างกับเรื่องการปลดหนี้ในระบบกฎหมาย ต่างประเทศทั้งระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายสกอต ที่อธิบาย การปลดหนี้ว่าเป็นการให้ประการหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาต้องมีคู่ตกลงสองฝ่ายคือเจ้าหนี้และ ลูกหนี้มาแสดงความเจตนาปลดหนี้และรับการปลดหนี้กัน และการปลดหนี้ไม่มีการกำหนดแบบ ฉะนั้น จึงสามารถทำได้วาทาได้ เว้นแต่หนี้นั้นจะได้มีการทำเป็นหนังสือการปลดหนี้ก็จะต้องมีการทำเป็น หนังสือด้วย และการเพิกถอนการปลดหนี้ก็จะทำได้ตามหลักการเพิกถอนสัญญาให้

6.3 ประเด็นเรื่องการทำค้ำมั่นว่าจะให้

ค้ำมั่นว่าจะให้ในมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีลักษณะเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้ ค้ำมั่นว่าจะให้จะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เมื่อมีผู้แสดงความ ใจให้ค้ำมั่นและการแสดงเจตนาอันมีผลสมบูรณ์ตามมาตรา 168 และมาตรา 169 แล้วแต่กรณี และเมื่อ พิจารณาถึงการที่กฎหมายกำหนดให้ค้ำมั่นว่าจะให้ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 นั้น จึงเป็นการที่กฎหมายได้กำหนดรูปแบบการบังคับ ค้ำมั่นว่าจะให้ไว้เท่านั้น ไม่ใช่แบบ ดังนั้น ค้ำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทยจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้ให้ค้ำมั่น และการที่ กฎหมายกำหนดให้การทำค้ำมั่นว่าจะให้จะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ด้วย ก็เพื่อที่จะสามารถบังคับค้ำมั่นว่าจะให้นั้นได้

เรื่องค้ำมั่นว่าจะให้ในระบบกฎหมายต่างประเทศที่มีการอธิบายถึงค้ำมั่นว่าจะให้ว่ามี ลักษณะเป็นค้ำมั่นจะทำสัญญา ได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน ส่วนระบบกฎหมายสกอตได้อธิบายค้ำมั่นว่าจะให้ว่ามีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นเป็น นิติกรรมให้เปล่าอาศัยการแสดงความเจตนาของผู้ให้ค้ำมั่นเพียงฝ่ายเดียวและจะมีผลผูกพันผู้ให้ค้ำมั่น ฝ่ายเดียวโดยที่ผู้ให้ค้ำมั่นไม่ได้อะไรเป็นการตอบแทน และค้ำมั่นว่าจะให้สามารถก่อให้เกิดหนี้ได้

6.4 ประเด็นปัญหาเรื่องการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527

การทำสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 มีลักษณะเป็นสัญญาให้ที่มีการกำหนดระยะเวลาให้ไว้เป็นคราวๆ หนึ่งตามสัญญาให้จะเกิดขึ้นนับตั้งแต่คู่สัญญาได้มีการทำสัญญาให้และผู้ให้ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับในครั้งแรกแล้ว ในกรณีที่คู่สัญญามีการทำสัญญาให้แต่ผู้ให้ยังไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ในครั้งแรก แม้ว่าผู้ให้จะไปทำสัญญาให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม หนึ่งตามสัญญาให้ก็จะยังไม่เกิดจนกว่าผู้ให้จะได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ และการให้ในครั้งใดๆที่ผู้ให้ได้มีการทำการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้ว สัญญาให้ในคราวนั้นๆก็จะเสร็จเด็ดขาดไป คู่สัญญาไม่สามารถที่จะเลิกสัญญาหรือเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ เว้นแต่ผู้รับจะประพฤติเนรคุณส่วนการให้ในครั้งหลังๆที่ผู้ให้ยังไม่ได้ทำการส่งมอบสัญญาให้ก็จะยังไม่เสร็จเด็ดขาด ผู้ให้และผู้รับอาจทำการเลิกสัญญาให้ในคราวหลังๆได้เนื่องจากสัญญาให้ในคราวหลังยังไม่เสร็จเด็ดขาด

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหาต่างๆในเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้มาแล้วและพบว่าในเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ยังมีประเด็นปัญหาต่างๆที่ยังมีความเข้าใจที่สับสนและยังไม่ได้รับการอธิบายที่ชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น ประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะทางกฎหมายของการให้ ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการให้และสถานะของการส่งมอบหรือประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะของคำมั่นว่าจะให้และการทำคำมั่นว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหาเหล่านี้มาแล้วผู้เขียนจึงขอเสนอข้อเสนอแนะเพื่อให้สามารถเข้าใจประเด็นปัญหาต่างๆได้ชัดเจนและกระจ่างแจ้งมากขึ้น โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอให้มีการทำความเข้าใจในเรื่องการให้และคำมั่นว่าจะให้ให้ถูกต้องยิ่งขึ้น

(1) ในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เขียนไว้อย่างชัดเจนว่าการให้เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ดังนั้น นักกฎหมายจึงควรทำความเข้าใจว่าการให้หรือสัญญาให้นี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ทั้งในเรื่องการเกิดของสัญญา ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนา และหนี้ที่เกิดจากสัญญา เป็นต้น เมื่อสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่ายและเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทนแล้ว เมื่อคู่สัญญาได้มีการ

แสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาให้ขึ้น สัญญาให้ย่อมก่อให้เกิดหนี้ตามหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักการให้การให้ยอมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบ ประโยคที่ว่าสัญญาให้ยอมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบนี้เนื่องมาจากการส่งมอบตามมาตรา 523 มีลักษณะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมซึ่งคือสัญญาให้ ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาได้ทำสัญญาให้แล้วผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่ผู้รับ สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ ทำให้สัญญาให้นั้นเสร็จเด็ดขาดผู้ให้ไม่สามารถที่จะถอนคืนการให้จากผู้รับได้เว้นแต่ผู้รับจะประพฤตินิรคุณ หรือเป็นการที่ผู้ให้เรียกทรัพย์สินคืนจากผู้รับตามหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมและหลักการแสดงเจตนาซึ่งเกิดจากการที่สัญญาให้เกิดความบกพร่องในขั้นตอนก่อนสัญญา โดยอาจเกิดจากการที่คู่สัญญาไม่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา หรือสัญญาให้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายหรือตอนทำสัญญาให้คู่สัญญาที่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา ได้แก่ คู่สัญญาเข้าทำสัญญาโดยถูกฉ้อฉล ถูกข่มขู่ หรือแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ความบกพร่องเหล่านี้ก็จะทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะแล้วแต่กรณีและผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับได้

(2) ในมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้ การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมซึ่งหากไม่ทำจะมีผลทำให้มีเจตนาของคู่สัญญาเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่มีการให้ แต่เมื่อผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้วก็จะเกิดนิติกรรมการให้ขึ้นและมีผลสมบูรณ์เสร็จเด็ดขาดไป

(3) สัญญาให้สามารถมีการทำเงื่อนไข เงื่อนไขบังคับก่อน เงื่อนไขบังคับหลังได้ โดยเมื่อเงื่อนไข เงื่อนเวลานั้นสำเร็จก็จะมีผลทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์ แต่หากเงื่อนไข เงื่อนเวลานั้นไม่เป็นผลสำเร็จ ผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปแล้วกลับคืนได้ และสุดท้ายสัญญาให้สามารถมีการทำสัญญาให้ทรัพย์สินในอนาคต และสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของผู้ให้ได้ แต่จะสามารถทำได้เฉพาะสัญญาให้สังหาริมทรัพย์เท่านั้น เนื่องจากการให้อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจะต้องมีการจดทะเบียนตามมาตรา 525

(4) สัญญาว่าจะให้สามารถทำได้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนา แต่ต้องมีการทำสัญญาว่าจะให้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับคำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 ซึ่งสามารถไปจดทะเบียนสัญญาให้ได้ทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์

(5) การปลดหนี้มีลักษณะเป็นการให้ตามกฎหมายประการหนึ่งตามมาตรา 522 แต่การปลดหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องการผู้รับการแสดงเจตนา ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่าย และการปลดหนี้ไม่มีแบบที่กฎหมายกำหนดจึงสามารถทำการปลดหนี้ด้วยวาจาได้ เว้นแต่หนี้นั้นจะได้มีการทำเป็นหนังสือการปลดหนี้ก็จะต้องมีการทำเป็นหนังสือด้วย กฎหมายวางหลักให้การปลดหนี้ นำหลักเรื่องความสมบูรณ์ หนี้ และการเพิกถอนการให้มาใช้กับเรื่องการปลดหนี้โดยอนุโลมเท่านั้น

(6) เรื่องคำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นักกฎหมายควรทำความเข้าใจว่าคำมั่นว่าจะให้นี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องมีผู้รับเอา คำมั่นนั้นและคำมั่นว่าจะให้ก่อให้เกิดหนี้ โดยหนี้ตามคำมั่นจะถึงกำหนดเมื่อถึงระยะเวลาตามที่ผู้ให้ คำมั่นได้กำหนดไว้ หรือมีผู้มาแสดงเจตนารับประโยชน์จากคำมั่นหรือในกรณีที่ไม่อาจระบุระยะเวลา ตามคำมั่นนั้นได้ก็อาจต้องนำมาตรา 203 มาใช้บังคับ การบังคับคำมั่นจะสามารถบังคับได้เมื่อ คำมั่นว่าจะให้ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 526 โดยหากเป็น คำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ต้องไปจดทะเบียนการทำคำมั่นว่าจะให้ที่สำนักงานที่ดินแต่หากเป็น การทำคำมั่นว่าจะให้สังหาริมทรัพย์ก็ต้องไปจดทะเบียนที่สำนักงานเขตหรือจัดกับเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง

(7) การทำสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้เช่นเดียวกับสัญญาให้ที่ เสร็จคราวเดียว เพียงแต่การให้เป็นคราวๆนี้คู่สัญญามีการตกลงกันว่าจะทำการให้เป็นคราวๆ ติดต่อกันในระยะเวลาหนึ่ง หนี้ที่เกิดจากสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆนี้จะถึงกำหนดเมื่อผู้ให้ได้ทำ การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับในครั้งแรก การให้ครั้งใดที่ผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ แล้วสัญญาให้คราวนั้นๆจะมีผลเสร็จเด็ดขาดไป ส่วนการให้ในคราวหลังๆเมื่อยังไม่มี การส่งมอบ สัญญานั้นก็จะยังไม่เสร็จเด็ดขาด คู่สัญญาอาจทำการเลิกสัญญาสัญญาให้ในคราวหลังๆที่ยังไม่ได้มี การส่งมอบได้เนื่องจากสัญญาให้ยังไม่เสร็จเด็ดขาด และการบังคับการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆ คู่สัญญา ก็จะต้องทำการให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆตามมาตรา 527 เป็นหนังสือและจดทะเบียน ตามมาตรา 526 ด้วย

6.2.2 ข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องการให้

โดยผู้เขียนมีข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องการให้ ดังนี้

(1.) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องทรัพย์สินที่ผู้ให้สามารถทำการให้ได้มากยิ่งขึ้น โดยมีการแก้ไขข้อความจาก

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนาหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

โดยแก้ไขเพิ่มเติมข้อความเป็น

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สิน ของตนให้โดยเสนาหา แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

(2.) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในมาตรา 527 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เรื่องลักษณะทางกฎหมายและหนี้ของสัญญาให้ที่มีลักษณะเป็นคราวๆเกิดความชัดเจนมากขึ้น โดยเพิ่มเติมข้อความจาก

“ถ้าผู้ให้ผูกตนว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อผู้ให้หรือผู้รับตาย เว้นแต่จะขัดกับเจตนาอันปรากฏแต่มูลหนี้”

โดยแก้ไขเพิ่มเติมข้อความเป็น

“ถ้าการให้ทรัพย์สินนั้นได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว และผู้ให้ผูกตนว่าจะชำระหนี้เป็นคราวๆ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อผู้ให้หรือผู้รับตาย เว้นแต่จะขัดกับเจตนาอันปรากฏแต่มูลหนี้”



บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทย์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม. รายงานฉบับสมบูรณ์ ลักษณะทางกฎหมายของการปลดหนี้ = Legal status of release. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- ปรีชา สุมาวงศ์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล) ยล ธีรกุล แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์, ชวิน อุณหัทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ2 มาตรา 194-353. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- วิฑูรธรรมพิเนต, พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สยามบรรณกิจ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.
- ไพจิตร บุญญพันธ์. ประมวลบทความกฎหมายแพ่ง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.
- ศนันท์ภรณ์ โสสถิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540). พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2557.

ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน, กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548.

เรอเน่ กียอง. สรุปพล ไตรเวทย์ ถอดความและเรียบเรียง. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. กฎหมายสมัยอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

_____. ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศापาน. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา, 2557.

วิทยานิพนธ์

กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง. “กระบวนการในการเกิดสัญญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ตะวัน กุลกาญจนวรรณ. “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน”. วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

ธีราพร ติชยาธิคม. “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ปรัชญา หนูเจริญ. “ปัญหาเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ศศิภรณ์ นารอดภัย. “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

เอกสารอื่นๆ

กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2
ปีการศึกษา 2561”. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

_____. “เอกสารประกอบการบรรยาย น.230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 9 ภาคเรียนที่ 2
ปีการศึกษา 2561”. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ทำข้าง วังหน้า วันที่ 16 มิถุนายน
2467. เอกสารไม่โครฟิล์มหอจดหมายเหตุแห่งชาติ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา).

BOOKS

Archi Gian Gualberto. Donazione (diritto romano). In Enciclopedia del diritto 13. Milano
: Giuffrè, 1964.

Andrew Burrows. John Cartwright. Jack Beatson. Anson's Law of Contract. Great Britain
: Oxford University Press, 2010.

Archi Gian Gualberto. DonazioneZdiritto romanoX In Enciclopedia del diritto. Milan :
Giuffre Publisher, 1964.

- Barry Nicholas. The French Law of Contract, 2nd Edition. Great Britain : Oxford University Press, 2008.
- Donlan Walter. The Unequal Exchange between Glaucus and Diomedes in Light of the Homeric Gift-Economy. Phoenix : Spring Press, 1989.
- Dawson John Philip. Gifts and promises continental and American law Storrs lectures on jurisprudence. New Haven : Yale University Press, 1980.
- Finley M.I. The World of Odysseus. 2nd Edition. New York : Penguin Press, 1979.
- Friedrich Carl Savigny. Under die lex cincia de donis et muneribus und deren spatere Umbildungen. Berlin : Veit und Comp, 1818.
- Jack Beatson. Andrew Burrows. John Cartwright. Anson's Law of Contract, 29th Edition. Great Britain : Oxford University Press, 2010.
- Gerhard Robbers. An Introduction to German Law, 5th Edition. Germany : Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.
- Nigel Foster. Satish Sule. German Legal System and Laws, 4th Edition. United Kingdom : Oxford University Press, 2010.
- Richard Hyland. Gift: A study in comparative law. New york : Oxford University Press, 2009.
- Wood, Ian. The Exchange of Gifts Among the Late Antique Aristocracy. In El Disco de Teodosio, ed. Martín Almagro Gorbea. Madrid : Real Academia de la Historia, 2000.
- Savigny, Friedrich Carl von. . Under die lex Cincia de donis et muneribus und deren spätere Umbildungen In Friedrich Carl von Savigny. Vermischte Schriften I. Berlin : Veit und Comp, 1850.
- Zimmermann Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town : Juta, 1990.

THESIS

Korrasut Khopuangklang. "A critical analysis of promise in Scots law and Thai law".
Ph.D. dissertation. University of Edinburgh, 2016.

ARTICLES

Byrnes, William H., IV.. "Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice
and Law of Charity." Rutgers Law Review 57. (March 2005) : 1101.

Dupont Clémence. "Les donations dans les constitutions de Constantin."
Revue international des droits de l'antiquité 9, (1962) : 300.

H & Hogg, M MacQueen. "Donation in Scot Law." Juridical Review, (2012) : 1-5.

M Hogg. "Promise and Donation in Louisiana and comparative law." Tulane European
and Civil Law Forum Vol. 26, (2011) : 1-2, 14-22.

Lévy Jean- philippe. "Essai sur la promesse de donation en droit romain."
Revue international des drois de l'antiquité 3, (1949) : 102-103.



ภาคผนวก



(พ.ศ. ๒๕๔)

หนังสือสัญญาให้ที่ดิน

ที่ดิน

โฉนดที่..... เลขที่ดิน..... หน้าสำรวจ.....
 ตำบล..... อำเภอ..... จังหวัด.....
 หนังสือสัญญานี้ได้ทำเมื่อวันที่..... เดือน..... พุทธศักราช.....

ณ สำนักงานที่ดินจังหวัด.....

ระหว่าง (.....) ผู้ให้ อายุ (.....) ปี
 (.....) ผู้รับ อายุ (.....) ปี

สัญญาที่..... บิดา/มารดาชื่อ.....
 อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน..... เลขที่..... ตรอก/ซอย..... ถนน..... หมู่ที่.....
 ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... หมายเลขโทรศัพท์.....

กับ (.....) ผู้รับให้ อายุ (.....) ปี
 (.....) ผู้รับให้ อายุ (.....) ปี

สัญญาที่..... บิดา/มารดาชื่อ.....
 อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน..... เลขที่..... ตรอก/ซอย..... ถนน..... หมู่ที่.....
 ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... หมายเลขโทรศัพท์.....

ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงสัญญากันดังต่อไปนี้

ข้อ ๑. ผู้ให้ยอมยกที่ดินแปลงที่กล่าวข้างบนนี้ทั้งหมดให้แก่ผู้รับเป็นเดิครถคันดำหน้าสัญญาขึ้นไป

ข้อ ๒. ผู้รับให้ยอมรับที่ดินตามที่กล่าวไปข้อ ๑ นั้นทุกประการ

ข้อ ๓. ที่ดินรายนี้ทั้งสองฝ่ายได้ทำไว้เป็นจำนวนเงิน ๕๐๐,๐๐๐ บาท (ห้าแสนบาทถ้วน)

ข้อ ๔. ๒ ที่ดินพร้อมบ้านไม้ ๒ ชั้น เลขที่ ... ขนาด ๘ ๗ ๕๐ เมตร ปูดสร้างมา ... ปี

ข้อ ๕. ผู้ให้ที่ดินมาโดย เป็นเวลา ปี ไม่ค้างชำระภาษีโรงเรือน

ข้อ ๖. ผู้รับยกให้ด้วยความเสนห์ ไม่มีค่าตอบแทน เนื่องจากผู้รับให้เป็น ของผู้ให้

หนังสือสัญญานี้ได้ทำเป็นสองฉบับ มีข้อความตรงกัน สำหรับสำนักงานที่ดินหนึ่งฉบับ ผู้รับให้ถือไว้หนึ่งฉบับ (ฉบับนี้สำหรับ.....)

ทั้งสองฝ่ายได้ตรวจดูหนังสือสัญญาฉบับนี้และเข้าใจข้อความตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อ หรือพิมพ์ลายนิ้วมือไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยานและเจ้าพนักงานที่ดิน

(ลงลายมือชื่อผู้ให้)..... นาย ก. นาง ข.
 (ลงลายมือชื่อผู้รับให้)..... นาย ค.
 (ลงลายมือชื่อพยาน).....
 (ลงลายมือชื่อพยาน).....

หนังสือสัญญานี้ได้ทำต่อหน้า

.....เจ้าพนักงานที่ดิน
 ประทับตราตำแหน่งเป็นสำคัญ

.....ผู้เขียน
ผู้ตรวจ
 วันที่ กงสารพิมพ์ กรมที่ดิน จำนวน ๒๕๐,๐๐๐ แผ่น พ.ศ. ๒๕๔๔

เอกสารหมายเลข 2 แสดงตัวอย่างหนังสือสัญญาให้ที่ดิน
 (ใช้ในการทำสัญญาให้ก่อสร้างหัตถ์พิมพ์และก่อสร้างหัตถ์พิมพ์ชนิดพิเศษ)

ตัวอย่างที่ ๖



คำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม
และการสอบสวนสิทธิในที่ดิน ประเภท ค้ำประกัน

- ที่บ้าน (ท.ค.๑)
- ที่สวน/ไร่
- ที่นา
- ที่.....
- นอกเขต
- ในเขต

นาย ก. ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงนี้ ได้ทำหนังสือว่า จะให้ที่ดินแปลงนี้แก่ นาย ข. ภายในวันที่

คำขอจดทะเบียน

ระหว่าง..... ตำบล..... อำเภอ..... จังหวัด.....

เลขที่.....

หน้าสำรวจ.....

โฉนดที่ดิน

เลขที่..... เล่ม..... หน้า.....

จำนวนที่ดิน.....ไร่.....งาน.....ตารางวา

๑. ข้าพเจ้าผู้มีนามต่อไปนี้ มีความประสงค์ขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่กล่าวข้างบนนี้ และได้ปฏิญาณตนแล้ว ขอให้ถือคำพิพากษาความคดีจริง ข้าพเจ้าให้ถือคำนี้เป็นความจริงให้ไว้ถ้อยคำนี้อันข้าพเจ้าในทางคดีอาญาได้

๒. ข้าพเจ้า นาย ก. เลขประจำที่ประชาชน..... ผู้ให้ค้ำประกัน

อายุ.....ปี สัญชาติ..... บิดา/มารดาชื่อ.....

โสด หม้าย คู่สมรสชื่อ.....

อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน..... เลขที่..... ต...... อ...... จ...... หมู่ที่.....

คำขอ/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... หมายเลขโทรศัพท์.....

๓. ข้าพเจ้า นาย ข. เลขประจำที่ประชาชน..... ผู้รับค้ำประกัน

อายุ.....ปี สัญชาติ..... บิดา/มารดาชื่อ.....

โสด หม้าย คู่สมรสชื่อ..... สัญชาติ.....

อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน..... เลขที่..... ต...... อ...... จ...... หมู่ที่.....

คำขอ/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... หมายเลขโทรศัพท์.....

๔. ข้าพเจ้าขอแสดงราคาทรัพย์สินของทำนิติกรรมนี้เป็นเงิน.....บาท.....สตางค์

๕. ข้าพเจ้าขอรับรองว่า

(๑) ข้าพเจ้าไม่ได้รับโอนแทนหรือเพื่อประโยชน์แก่บุคคลต่างตัว

(๒) ราคาทรัพย์สินแสดงไว้เป็น ๕, เป็นราคาที่เป็นจริง

(๓) จะให้เฉพาะที่ดินไม่เกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างในที่ดิน

(๔)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ลงชื่อ นาย ก. ผู้ให้ค้ำประกัน

ลงชื่อ นาย ข. ผู้รับค้ำประกัน

ลงชื่อ.....ผู้สอบสวน

(.....)

สำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่

- ๑) ราคาประเมินทุนทรัพย์.....บาท.....สตางค์
- ๒) โฉนดที่ดินในระหว่าง.....เลขที่.....หน้าสำรวจ.....
- โฉนดที่ดินเลขที่.....เล่ม.....หน้า.....
- จำนวนที่ดิน.....ไร่.....งาน.....ตารางวา
- ลงเหลือ.....ไร่.....งาน.....ตารางวา
- ๓) ได้จดทะเบียนแล้วเมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ผม ขยายเหตุ ข้อความที่มีเครื่องหมาย ลงชื่อ.....

✓ ใช้อักษรสีแดง (.....)

เจ้าพนักงานที่ดิน

หมายเหตุ ๑. ให้ทำเครื่องหมาย ✓ ใน หน้าข้อความที่ต้องการ

๒. ให้พิจารณาข้อความที่ไม่ต้องการออก

พื้นที่ กองการพิมพ์ กรมที่ดิน จำนวน ๑,๐๐๐,๐๐๐ แผ่น พ.ศ. ๒๕๔๗

เอกสารหมายเลข 3 แสดงตัวอย่างคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสวนสิทธิในที่ดิน
ประเภทค้ำประกันว่าจะให้ (ใช้ในการขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมประเภทค้ำประกันว่าจะให้
อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่สำนักงานที่ดิน)

ตัวอย่างที่ ๖



(พ.ศ. ๒๖)

บันทึกถ้อยคำ ข้อตกลงค้ำประกันจะให้

ที่ดิน

ระหว่าง..... ตำบล.....
 เลขที่..... หน้าสำรวจ..... อำเภอ.....
 โฉนดหมายเลขที่..... จังหวัด.....
 ที่ว่าการ.....
 วันที่..... เดือน..... พ.ศ.....

ข้าพเจ้า นาย ก. ผู้ได้ค้ำประกัน..... เลขประจำประชาชน.....
 นาย ง. ผู้รับค้ำประกัน.....
 อายุ.....ปี เชื้อชาติ..... สัญชาติ..... บิดา/มารดาชื่อ.....
 อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน..... เลขที่..... ตรอก/ซอย..... ถนน..... หมู่ที่.....
 ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... หมายเลขโทรศัพท์.....

ขอปฏิญาณตนและให้ถ้อยคำคือ.....
 ด้วยความสัตย์จริง ดังต่อไปนี้ :-
 ที่ดินแปลงเครื่องหมาย.....มีชื่อ นาย ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ บัดนี้ นาย ก. ได้ตกลงให้ค้ำประกัน
 จะให้ที่ดินแปลงดังกล่าวแก่ นาย ง. ภายในวันที่ ... เดือน พ.ศ..... และนาย ง. ตกลงยอมรับ
 ค้ำประกันของ นาย ก. ทุกประการ

บันทึกข้อตกลงนี้ ข้าพเจ้าทั้งสองฝ่ายได้อ่านและเข้าใจความโดยตลอดแล้ว จึงลงลายมือชื่อไว้เป็น
 หลัก ณ สถานที่ พย น และเจ้าพนักงานที่ดิน

ลงชื่อ นาย ก. ผู้ได้ค้ำประกัน
 ลงชื่อ นาย ง. ผู้รับค้ำประกัน
 ลงชื่อ พย น
 ลงชื่อ พย น
 ลงชื่อ เจ้าพนักงานที่ดิน

(.....)
 ประทับตรา ประจำตำแหน่งเป็นสำคัญ

บันทึกที่ กองการพิมพ์ กรมที่ดิน จำนวน ๒๕๐,๐๐๐ ฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๘

เอกสารหมายเลข 4 แสดงตัวอย่างบันทึกถ้อยคำ ข้อตกลงค้ำประกันว่าจะให้
 (ใช้ในการทำค้ำประกันจะให้อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ)

หนังสือค้ำประกันสัญญา

เขียนที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ข้าพเจ้า.....อายุ.....ปี อยู่บ้านเลขที่.....
 หมู่ที่.....ซอย.....ถนน.....แขวง/ตำบล.....
 เขต/อำเภอ.....จังหวัด.....ขอทำหนังสือค้ำประกันสัญญาไว้ต่อทางราชการว่า
 ตามที่.....ได้เป็นผู้ยื่นเรื่องราวขออนุญาตจดทะเบียนจัดตั้งมูลนิธิ ชื่อว่า.....
เพื่อให้มีฐานะเป็นนิติบุคคลนั้น

ถ้ามูลนิธินี้ได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลแล้ว ข้าพเจ้าจะมอบ.....
 จำนวน.....บาท (.....)

ให้แก่มูลนิธิ.....

โดยไม่ขอรับค่าตอบแทนใด ๆ เพื่อเป็นทุนดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิต่อไป ทั้งนี้ภายใน 30 วัน
 นับตั้งแต่วันที่ได้จดทะเบียนจัดตั้ง

(ลงชื่อ).....ผู้ให้ค้ำประกัน
 (.....)

(ลงชื่อ).....ผู้รับค้ำประกัน
 (.....)

(ลงชื่อ).....พยาน
 (.....)

(ลงชื่อ).....พยาน
 (.....)

หมายเหตุ: แนวนหนังสือรับรองเงินฝากจากธนาคารของผู้ให้ค้ำประกัน

เอกสารหมายเลข 5 แสดงตัวอย่างหนังสือค้ำประกันสัญญา
 (ใช้ในการทำค้ำประกันว่าจะให้สังหาริมทรัพย์แก่มูลนิธิ)

หนังสือค้ำประกัน

เขียนที่ ศาลาว่าการกรุงเทพมหานคร

วันที่... 4 ... เดือน... สิงหาคม ... พ.ศ. ... 2526

ข้าพเจ้า สมาคมนิตศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 52 หมายเลขที่ 55/01
โดยนายสมาน สุวรรณโชติ นายกษมาคม
 ขอ..... เงินจำนวน 1 ถนน..... พหลโยธิน แขวง..... จตุจักร
 เขต..... บางกะปิ จังหวัด..... กรุงเทพมหานคร ขอทำหนังสือค้ำมั่น
 สัญญาไว้ค้ำประกันราชการว่า ตามที่.....
 ใ้เป็นคุณเรื่องราวขออนุญาตทะเลเบียนรถคันนี้คือว่า มีเงินจำนวนนิตศาสตร์ แขวง วังใหม่
ธรรมศาสตร์ เพื่อใหม่ฐานะ เป็นนิติบุคคล นั้น
 ตามสัญญาที่ใ้ทะเลเบียนรถคันนี้เป็นนิติบุคคลแล้ว ข้าพเจ้าจะมอบ..... เงิน
 จำนวน..... หนึ่งแสนบาทถ้วน

.....

 ในกรณีนี้ สมาคมนิตศาสตร์ สนธิสัญญา โดยไม่ขอรับ
 คาคอบแทนใด ๆ เพื่อเป็นทุนดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของเงินนี้คือไป หักใน ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ใ้
 ทะเลเบียนรถคันนี้

(ลงชื่อ)..... ผู้ให้ค้ำมั่น
 (นายสมาน สุวรรณโชติ)

(ลงชื่อ)..... ผู้รับค้ำมั่น
 (นายสมาน สุวรรณโชติ)

(ลงชื่อ)..... พยาน
 (นายสมาน สุวรรณโชติ)

(ลงชื่อ)..... พยาน
 (นายสมาน สุวรรณโชติ)

หนังสือค้ำมั่นนี้ใ้ค้ำมั่น ผู้รับค้ำมั่น และพยาน ไ้ลงลายมือชื่อต่อหน้าข้าพเจ้าเป็นการ
 ถูกต้องแล้ว.

(ลงชื่อ)..... นางสาว
 (นายศรีสัทธ วาสกสิริ)
 รองปลัดกรุงเทพมหานคร ปลัดรักษาแทน
 บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เอกสารหมายเลข 6 แสดงตัวอย่างหนังสือค้ำมั่นว่าจะให้เงิน จำนวน 100,000 บาท ระหว่าง
 สมาคมนิตศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยนายสมาน สุวรรณโชติ นายกษมาคม ผู้ให้ค้ำมั่น
 และนายประธาน วัฒนวานิชย์ ผู้รับค้ำมั่น

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวบุษยมาศ มุ่งสันติ
วันเดือนปีเกิด	22 สิงหาคม 2532
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2556: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ตำแหน่ง	นายความ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
ผลงานทางวิชาการ	
	บุษยมาศ มุ่งสันติ. “ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน), มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
ประสบการณ์ทำงาน	2558 ผู้ช่วยนายความ บริษัท ดิลลิก็แอนด์กิบบินส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด 2560 นิติกร กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา