

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การให้เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นสัญญาสองฝ่าย ระหว่างผู้ให้กับผู้รับที่ต่าง แสดงเจตนาให้มีการโอนและรับโอนทรัพย์สินที่ให้ ความสำคัญของสัญญาให้จึงอยู่ที่การแสดงเจตนาของผู้สัญญา ดังนั้น การที่ผู้ให้จะมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้อาศัยอยู่บนพื้นฐานของหลักทั่วไปด้วย จากการศึกษาพบว่าสัญญาให้มีสาระสำคัญ ดังนี้

ประการแรกคือ มีคู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายแรกเรียกว่า ผู้ให้ เป็นบุคคลที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ โดยไม่ได้รับสิ่งตอบแทน และฝ่ายที่สองเรียกว่า ผู้รับ เป็นบุคคลที่แสดงเจตนารับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้โดยที่ไม่ให้สิ่งตอบแทนใด ๆ แก่ผู้ให้ เช่นเดียวกัน¹

ประการที่สอง มีการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการส่งมอบ เพื่อให้ทรัพย์สินอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับ หากผู้รับได้ครอบครองทรัพย์สินอยู่แล้ว ผู้ให้เพียงบอกกล่าวการให้ก็มีผล ถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับก็ได้² หากเป็นการให้ทรัพย์สินประเภทถ้ามีการซื้อขายจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การให้ทรัพย์สินประเภทนี้จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนด้วย การให้จึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย³ แต่การให้สังหาริมทรัพย์แก่รัฐ เพื่อเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน แม้ไม่ได้จดทะเบียนก็มีผลสมบูรณ์⁴ นอกจากนี้การให้ที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง เช่น ที่ดินประเภทหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) แม้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้รับก็ได้รับสิทธิครอบครอง

¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 บัญญัติว่า อันว่าให้นั้น คือสัญญาที่บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น

²วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), น.122.

³ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525

⁴ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 506/2490 (เนติ), น.645.

ตามหลักการสละสิทธิการครอบครองและการได้มาซึ่งการครอบครองตามหลักเกณฑ์ในเรื่องทรัพย์สิน ตามมาตรา 1337 และมาตรา 1378⁵

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า สัญญาให้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง จึงต้องนำหลักทั่วไปของนิติกรรมมาใช้กับสัญญาให้ด้วย ดังนั้น หากสัญญาให้เป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะ ผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรม หรือให้สัตยาบัน หรือบอกล้างโมฆียะกรรมได้แล้วแต่กรณี การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จะเป็นไปตามหลักลาภมิควรได้หรือหลักกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่สำหรับสัญญาให้ที่สมบูรณ์มีผลบังคับตามกฎหมาย การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดในบรรพ 3 ว่าด้วยลักษณะให้ ด้วยเหตุที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันหรือผู้รับประพฤติเนรคุณ ซึ่งเรียกว่า การถอนคืนการให้ โดยจะขอให้คำจำกัดความของคำว่า “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้” และ “การถอนคืนการให้” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า

“การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้” หมายถึง สิทธิเรียกร้องของผู้ให้ในการที่จะเรียกให้ผู้รับคืนทรัพย์สินที่ได้รับจากผู้ให้ อันเนื่องมาจากความไม่เป็นผลแห่งนิติกรรม ในเรื่องความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรม วัตถุประสงค์ในการทำนิติกรรม แบบแห่งนิติกรรม บัญญัติภายนอกที่ทำให้เจตนาของผู้ให้ในการทำนิติกรรมการให้นั้นเบี่ยงเบน กรณี ความสำคัญผิด ข้อหล ข่มขู่ หรือการแสดงเจตนาที่แตกต่างจากเจตนาที่แท้จริง กรณี เจตนาหลง และเจตนาซ่อนเร้น การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเนื่องมาจากอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ รวมถึงการเรียกคืนทรัพย์สินอันสืบเนื่องมาจากการให้ที่มีค่าภาระติดพันและผู้รับละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพัน ตามมาตรา 528 และการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เมื่อมีการการถอนคืนการให้ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 3 เรื่องให้

“การถอนคืนการให้” หมายถึง นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้แสดงเจตนาใช้สิทธิ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 3 เรื่องให้ ซึ่งนิติกรรมการถอนคืนการให้จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิตามมาตรา 149 และมีผลตามมาตรา 534

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งระบบแล้ว จะเห็นว่า การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้มิได้มีเฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในบรรพ 3 เท่านั้น แต่ยังคง

⁵ไพฑูริศ เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงตามมาตรา ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ บรรพ 3 มาตรา 453-536, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), น.159.

พิจารณาทั้งบรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 4 อันเป็นหลักทั่วไปด้วย ซึ่งจะได้ศึกษาถึงรายละเอียดของการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามลำดับ ดังนี้

1. การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักเอกเทศสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะให้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุแห่งการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไว้ 2 ประการ คือ กรณีผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันและผู้รับประพฤตินิรคุณ ดังนี้

1.1 ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

การให้ทรัพย์สินสิ่งของแก่กันในบางครั้งผู้รับอาจไม่ได้รับเฉพาะตัวทรัพย์สินมาเพียงลำพัง แต่อาจต้องรับภาระบางอย่างที่ติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้ด้วย ในกรณีการให้สังหาริมทรัพย์ เช่น รับให้ที่ดินที่ผู้ให้จดทะเบียนสิทธิเก็บกินอยู่เหนือตัวทรัพย์สิน รับให้ที่ดินแล้วผู้รับมีภาระหน้าที่ต้องแบ่งให้ผู้อื่นครึ่งหนึ่ง หรือในกรณีการให้สังหาริมทรัพย์ เช่น ได้รับสุนัขแม่พันธุ์มาหนึ่งตัวโดยผู้ให้กำหนดว่าเมื่อสุนัขแม่พันธุ์ออกลูกแล้วจะต้องส่งให้ผู้ให้ครึ่งหนึ่ง ให้ลอตเตอรี่แล้วตกลงว่าหากถูกรางวัลผู้รับจะต้องแบ่งเงินให้ 5 เปอร์เซ็นต์ ให้ขนมแล้วบอกให้ผู้รับแบ่งให้น้องทานด้วย เป็นต้น จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นจะเห็นว่า เป็นการให้ทรัพย์สินโดยมีภาระที่ติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งมีปัญหาว่าจะถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันหรือไม่ และจะมีหลักเกณฑ์ใดที่กำหนดว่ากรณีเช่นนี้เป็นกรณีก่อให้เกิดค่าภาระติดพัน นอกจากนี้หากผู้รับไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ผลจะเป็นประการใด

1.1.1 ความหมายของค่าภาระติดพัน

การให้ที่มีค่าภาระติดพัน⁶ เป็นการให้ที่มีลักษณะพิเศษต่างจากการให้โดยทั่วไปเนื่องจากเป็นการให้ที่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือภาระที่ผู้รับต้องปฏิบัติต่อไปเกี่ยวกับการให้นั้น ค่าภาระติดพันนี้อาจมีอยู่ก่อนการให้หรือเป็นเงื่อนไขที่สร้างขึ้นสำหรับการให้นั่นเองและผู้รับทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพันย่อมรับเอาไปทั้งสิทธิในทรัพย์สินและหน้าที่อันจะปลดเปลื้องภาระ

⁶ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 528

ติดพันนั้นด้วย⁷ เป็นการผูกพันตนที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่ง การผูกพันนี้ถือว่าเป็นภาระติดพัน⁸ และภาระติดพันนี้จะต้องมีภาระติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้โดยตรงเท่านั้น⁹ นอกจากนี้ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าภาระติดพัน ดังนี้

1. กรณียกที่ดินให้โดยกำหนดให้ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ที่ดิน หรือให้ผู้รับมีหน้าที่ปลดเปลื้องภาระที่ติดมากับที่ดิน หรือให้ผู้รับโอนที่ดินให้กับบุคคลอื่น ถือเป็นกาให้ที่มีค่าภาระติดพัน เช่น

1.1 ยกที่ดินให้ โดยระบุให้ผู้รับจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับผู้ให้เป็นผู้ทรงสิทธิตลอดชีวิตของผู้ให้ หรือเก็บผลประโยชน์ที่ดินที่ให้นั้น¹⁰

1.2 ยกที่ดินให้มีภาระจำนองติดมากับที่ดิน โดยระบุให้ผู้รับออกเงินไถ่ถอนจากจำนอง แล้วผู้ให้โอนที่ดินให้ในวันเดียวกัน¹¹

1.3 ยกที่ดินให้ โดยระบุให้ผู้รับต้องโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแก่บุคคลอื่นต่อไปอีกทีหนึ่ง¹²

การที่ศาลฎีกาถือว่ากรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจากการกำหนดให้ผู้รับจดทะเบียนสิทธิเก็บกินหรือเก็บผลประโยชน์ที่ดินแก่ผู้ให้ การ

⁷ โปยม เลขยานนท์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2500 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), น. 101.

⁸ พระมนูภาคินิมลศาสตร์, อามาศย์เอก (ชม จามรมาน), อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพอามาศย์เอก พระมนูภาคินิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน), (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ, 2522), น. 52.

⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น.399. และไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), น. 348.

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2364/2515 (เนติ.) น. 1745, 1516/2525 (เนติ.) น. 1145, 5147/2537 (สงเสริม.) น.156.

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 428/2507 (เนติ.) น. 822, 1163/2515 (เนติ.) น. 961, 1601/2519 (เนติ.) น. 831.

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2519 (เนติ.) น. 27.

กำหนดให้ผู้รับไถ่ถอนจำนอง หรือโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่บุคคลอื่นกึ่งหนึ่ง ล้วนเป็นภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่ให้โดยตรงทั้งนั้น อีกทั้งศาลฎีกาไม่ถือเคร่งครัดในเรื่องการจดทะเบียนเช่นกรณีให้ผู้ให้ได้กำหนดให้ผู้รับยินยอมให้ผู้ให้เก็บผลประโยชน์ในที่ดินที่ให้ แม้ไม่ได้จดทะเบียนสิทธิเก็บกินก็ถือเป็นค่าภาระติดพันได้เช่นเดียวกัน

2. กรณียกที่ดินให้โดยกำหนดให้ผู้รับให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ให้ ไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เช่น

2.1 ยกที่ดินให้ โดยผู้รับสัญญาว่าจะอุปการะเลี้ยงดูให้สิ่งจำเป็นเลี้ยงชีพตลอดชีวิตแก่ผู้ให้ และจะเป็นผู้ทำศพเมื่อผู้ให้วายชนม์¹³

2.2 ยกที่ดินให้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้รับต้องส่งข้าวเปลือกให้ปีละ 10 ถัง¹⁴

การที่ศาลฎีกาถือว่ากรณีดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจากการกำหนดให้ผู้รับอุปการะเลี้ยงดูผู้ให้และเป็นผู้ทำศพเมื่อผู้ให้เสียชีวิต หรือกรณีที่กำหนดให้ผู้รับส่งข้าวเปลือกให้กับผู้ให้ ล้วนเป็นภาระติดพันนอกตัวทรัพย์สินไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้โดยตรงจึงไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่อาจเป็นเรื่องการผิดสัญญาหรือไม่ก็ได้

3. สิ่งที่มีค่าภาระติดพันที่เกี่ยวกับการให้ จะต้องมิอยู่ขณะตกลงทำสัญญาให้แก่กัน หากในขณะที่ให้ไม่มีค่าภาระติดพันติดอยู่กับตัวทรัพย์สินที่ให้ ไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เช่น มารดายกที่ดินให้กับบุตรและที่ดินที่ยกให้ติดจำนองมาก่อนที่จะยกให้ ต่อมามารดาได้ไถ่ถอนจำนองจากนั้นจึงยกให้บุตรและในวันเดียวกันนั้นบุตรก็ได้จำนองที่ดินแปลงนี้¹⁵

การที่ศาลฎีกาถือว่ากรณีดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจากขณะที่ยกให้มารดาได้ไถ่ถอนจำนองแล้วจึงไม่มีภาระติดพันใดๆ ในที่ดินขณะที่ให้ แต่ภาระติดพันเกิดขึ้นภายหลังที่บุตรผู้รับได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาเป็นของตน แล้วนำที่ดินไปจำนองในวันเดียวกัน เมื่อขณะที่ให้ไม่มีค่าภาระติดพันติดอยู่กับตัวทรัพย์สินที่ให้จึงไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน

4. กรณีการให้เพื่อเป็นการตอบแทนที่ผู้ให้เคยให้ความช่วยเหลือหรือกรณีการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน ไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เช่น นาย ก. ไปกู้เงินผู้อื่นเอามาให้ นาย ข. ไปไถ่ถอนการขายฝากที่ดิน ต่อมานาย ข. จึงยกที่ดินให้กับนาย ก. เป็นการ

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 972/2508 (เนติ.) น. 1517.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2532 (สงเสริม.) น. 85.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 947/2495

ตอบแทนที่นาย ก.ได้ให้การช่วยเหลือนาย ข. ไม่ถือว่าเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน¹⁶ ผู้ให้ยกที่ดินให้จำเลยปลูกสร้างตึกแถว 5 ห้อง ผู้รับมีภาระผูกพันที่จะต้องเอาที่ดินไปจำนองเพื่อนำเงินมาลงทุนในการปลูกสร้างด้วย สร้างเสร็จต้องยกให้ผู้ให้ 1 ห้อง เป็นการตอบแทน¹⁷

การที่ศาลฎีกาถือว่าการดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน เนื่องจากเป็นการตอบแทนที่ผู้ให้เคยให้การช่วยเหลือผู้รับ เข้าลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อเป็นสัญญาต่างตอบแทนแล้วจึงไม่ถือเป็นการให้โดยเสนหา ซึ่งสอดคล้องกับแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์บางท่านที่เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันต้องไม่ใช่ลักษณะสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากภาระที่ติดมากับตัวทรัพย์สินที่ให้นี้มิได้ทำให้ผู้ให้ต้องนำทรัพย์สินอะไรไปให้ตอบแทน ผู้ให้หรือตอบแทนการให้ เป็นแต่เพียงภาระที่มาจำกัดอำนาจกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ทำให้ผู้ให้ไม่สามารถใช้อำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของตนได้เต็มที่ตามมาตรา 1336 เท่านั้น ผู้รับไม่ต้องควักเนื้อของตนมาตอบแทนอะไรกับผู้ให้ ไม่ต้องควักกระเป๋าตนเองออกมาเพื่อตอบแทนการให้ แต่เป็นภาระที่ผู้รับสามารถนำสิ่งที่ได้รับมาให้มาปลดเปลื้องได้อยู่แล้ว¹⁸ แม้ผู้รับจะมีหน้าที่ต้องชำระค่าภาระติดพันตามข้อตกลงในสัญญา แต่หน้าที่ชำระค่าภาระติดพันดังกล่าว ก็หาใช่การชำระหนี้ตอบแทนการให้ทรัพย์สินไม่ เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้โอนไปยังผู้รับแล้ว เพียงแต่ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระค่าภาระติดพันตามเงื่อนไขที่ผู้รับตกลงไว้กับผู้ให้เท่านั้น การให้ซึ่งมีค่าภาระติดพันจึงไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทน แต่เป็นสัญญาให้โดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับต้องชำระค่าภาระติดพัน¹⁹ อย่างไรก็ตามยังมีนักนิติศาสตร์บางท่าน เห็นว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันนี้มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน²⁰ สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันไม่ควรจัดให้

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2520 (เนติ.) น. 539.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2318/2527 (เนติ.) น. 1595.

¹⁸ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 399-400, 402-403.

¹⁹ ประดิษฐ์ เอกมณี, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่* 87/2532 (เนติ.) น. 212.

²⁰ ปรีชา สุมาวงศ์, *คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย* *ซื้อขาย แลกเปลี่ยน* ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2532), น.734-735., โปยม เลขยานนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 7, น.101, *พระมนูภาคินวิมลศาสตร์, อำมาตย์เอก (ชมจามรมาน), อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 8, น. 52, เดือน จิตรกร, *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย* *เอกเทศสัญญา (ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ)*, (พระนคร: โรงพิมพ์ มงคลการพิมพ์, 2510), น. 109., สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมาย* *ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, พิมพ์ครั้งที่ 5 ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), น. 153.

เป็นสัญญาต่างตอบแทน แต่ควรเป็นลักษณะของสัญญาให้โดยเสน่หา เนื่องจากการที่จะเป็นสัญญาต่างตอบแทนได้นั้นต้องมีการกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งตอบแทนผู้ให้ โดยการตอบแทนนั้น ต้องมาจากทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับมีอยู่หรือจะมีในอนาคต หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้รับเอง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่รับให้แต่อย่างใด แต่การให้ที่มีค่าภาระติดพันดังกล่าวจะต้องเป็นภาระติดพันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น ผู้รับมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการชำระค่าภาระติดพันที่ติดมากับตัวทรัพย์สินนั้น โดยผู้รับจะต้องยอมรับและรับรู้ถึงภาระติดพันก่อนหรือในขณะที่รับทรัพย์สินที่ให้และพร้อมที่จะดำเนินการชำระค่าภาระติดพันนั้น

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาประกอบกับแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ข้างต้น สามารถนำมาอธิบายความหมายของคำว่า “ค่าภาระติดพัน” ได้ว่า ค่าภาระติดพันหมายถึง ค่าภาระติดพันในตัวทรัพย์สินโดยตรงและจะต้องมีอยู่ขณะตกลงทำสัญญาให้กัน โดยผู้รับได้ใช้และถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ ภาระติดพันนี้อาจเป็นการตัดทอนสิทธิบางประการที่ผู้รับพึงจะได้ในทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวนก็ได้ เช่น การจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับผู้ให้ หรืออาจเป็นการทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับต้องสูญเสียไปบางส่วน เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินกึ่งหนึ่งให้กับบุคคลอื่นต่อไป หรือเป็นการกำหนดหน้าที่ที่ผู้รับจะต้องทำการปลดภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่ให้ เช่น การไถถอนจำนอง เป็นต้น แต่จะต้องไม่ใช่ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน

ตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีการกล่าวถึงเฉพาะการให้ที่มีค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น จึงมีประเด็นปัญหาว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มีได้หรือไม่ จากการค้นคว้าของผู้เขียนไม่พบว่ามีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ไว้แต่ประการใด แต่มีนักนิติศาสตร์บางท่านมีความเห็นไปในทำนองว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ก็อาจมีได้เช่นกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. ไผทชิต เอกจริยกร²¹ เห็นว่า ค่าภาระติดพันจะมีในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ได้ คงมิได้จำกัดว่ามีเฉพาะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เพราะตัวบทมาตรา 528 ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งครอบคลุมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ หากมาตรา 528 ต้องการให้ใช้เฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ก็ควรจะมีการระบุเช่นนั้นไว้เป็นการชัดแจ้ง

อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มีได้ เช่น ให้ทรัพย์สินโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับต้องมีหน้าที่ให้เงินเดือนหรือเงินปีแก่ผู้ให้ตลอดเวลาที่คู่สัญญา

²¹ไผทชิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 349.

จะได้ตกลงกันหรือให้ทรัพย์ที่ผู้ให้ได้จำนองหรือจำนำผู้อื่นไว้ ซึ่งผู้รับต้องออกเงินไปไถ่มา²² การให้เงินโดยมีเงื่อนไขว่า ผู้รับจะต้องเอาเงินจ่ายเป็นทุนให้เด็กกำพร้าเล่าเรียน 2 คน หรือให้ผู้รับใช้เป็นค่าเล่าเรียนในต่างประเทศมีกำหนด 5 ปี เช่นนี้ถือเป็นการให้มีค่าภาระติดพัน²³

อาจารย์อัมพร จันทรวิจิตร²⁴ เห็นว่า ค่าภาระติดพัน (charge) หมายถึงพันธะต่างๆ อันมีอยู่เหนือทรัพย์สิน เช่น จำนอง จำนำ หรือกรณีใดก็ตามที่ทำให้ทรัพย์สินต้องรับเป็นพันธะผูกพันอยู่

อาจารย์สหัส สิงหวิริยะ เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มีได้ เช่น ยกรถยนต์ให้ 1 คัน โดยรถยนต์นั้นค้างชำระค่าภาษีทางราชการอยู่ เป็นต้น²⁵

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของผู้ที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า แม้ค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์จะมีได้มีอยู่ในบทบัญญัติเรื่องทรัพย์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การให้โดยมีค่าภาระติดพันจะไม่มีอยู่ในสังหาริมทรัพย์ด้วย ดังนั้นถ้าแนวความคิดเกี่ยวกับการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มาใช้กับการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์แล้ว ก็สามารถมีได้²⁶

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่จะวินิจฉัยได้ว่าการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มีได้หรือไม่ ควรนำตัวอย่างที่อาจเกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวันมาวิเคราะห์ประกอบกับหลักกฎหมายและแนวความเห็นของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งความเห็นของนักนิติศาสตร์ มาประกอบการพิจารณา ดังนี้

²²ปรีชา สุขมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 695.

²³เพ็งอ่าง, น. 735.

²⁴อัมพร จันทรวิจิตร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ค้ำประกัน จำนอง จำนำ ตัวแทน นายหน้า รับขน และเก็บของในคลังสินค้า, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาพระสุเมรุ, 2512), น. 108.

²⁵สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 3 ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: วีเจพรินติ้ง, 2547), น. 177.

²⁶ธีรพร ติชยาธิคม, “ปัญหาในเรื่องหนี้ของสัญญาให้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 157.

1. การให้สังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนำ เช่น นาย ก. นำแหวนไปจำนำกับสถานธนาอนุบาลแห่งหนึ่ง ต่อมา นาย ก. ได้ยกแหวนที่จำนำให้กับ นาย ข. โดยให้นาย ข. ไปใ้จำนำเอง ถือเป็นกรให้ที่มีค่าภาระติดพันได้หรือไม่

ปัญหาข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า ผู้จำนำต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนำ และการจำนำถือเป็นกรประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกับจำนอง ดังนั้นจำนำจึงเป็นพันธะอันอยู่เหนือทรัพย์สินที่ให้โดยตรงและมีอยู่ขณะทำสัญญาให้อีกทั้งผู้รับมีหน้าที่ปลดเปลื้องภาระที่ติดมากับทรัพย์สินที่ให้ จึงถือได้ว่าเป็นค่าภาระติดพันอย่างหนึ่ง ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปมีว่า นาย ก. ผู้ให้จะสามารถส่งมอบแหวนให้กับนาย ข. ได้หรือไม่ เนื่องจากแหวนได้อยู่ในความครอบครองของสถานธนาอนุบาล ผู้รับจำนำไปแล้ว กรณีนี้สามารถอธิบายได้ว่าแม้ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำไว้แก่เจ้าหนี้คือผู้รับจำนำก็ตาม แต่การส่งมอบดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการประกันหนี้เท่านั้น²⁷ ไม่ใช่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำแต่ประการใด การครอบครองทรัพย์สินที่จำนำของผู้รับจำนำจึงเป็นการครอบครองแทนผู้จำนำ ไม่ได้ครอบครองในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน เมื่อนาย ก. ประสงค์จะยกแหวนให้กับนาย ข. นาย ก. สามารถส่งมอบแหวนให้แก่ นาย ข. ได้โดยการโอนการครอบครองหรือการส่งมอบการครอบครองเพียงแต่นาย ก. มีการแสดงเจตนาโอนยอมเท่ากับมีเจตนาสละการครอบครองทำให้การครอบครองสิ้นสุดลงตามมาตรา 1377 และเมื่อนาย ข. แสดงเจตนารับโอนโดยการไปใ้ถอนจำนำและเข้าครอบครองแหวนวงนี้เมื่อมีการยึดถือและมีเจตนายึดถือเพื่อตน นาย ข. ได้สิทธิครอบครองแหวนวงดังกล่าว ตามมาตรา 1367²⁸ จะเห็นได้ว่าเมื่อการจำนำถือเป็นค่าภาระติดพันในตัวทรัพย์สินอย่างหนึ่งและสามารถส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำได้ ดังนั้น การให้สังหาริมทรัพย์ที่ติดจำนำจึงเข้าลักษณะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันได้

²⁷สุดา วิศรุตพิชญ์, หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2550), น. 164-166.

²⁸วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 4 มาตรา 1298-1434, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2545), น. 167.

2. การให้สิทธิทรัพย์สินโดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่
ให้ เช่น

2.1 นาย ก. ให้เครื่องถ่ายเอกสารแก่ นาย ข. โดยกำหนดเงื่อนไขว่า นาย ข. จะต้องยอมให้ใช้ถ่ายเอกสารเดือนละ 2,000 แผ่น

2.2 นาย ก. ให้รถยนต์แก่ นาย ข. 1 คันกำหนดเงื่อนไขว่านาย ข. ต้อง ขับรถมารับส่งนาย ก. ไปทำงานทุกวัน ทั้งสองกรณีดังกล่าวถือเป็นกรที่ให้ที่มีค่าภาระติดพันได้หรือไม่

ปัญหาข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า การที่ นาย ก. ได้กำหนดเงื่อนไขว่า นาย ข. จะต้องยอมให้ใช้ถ่ายเอกสารเดือนละ 2,000 แผ่น หรือกำหนดเงื่อนไขว่านาย ข. ต้อง ขับรถมารับส่งนาย ก. ไปทำงานทุกวัน เป็นการกำหนดให้ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ ให้ โดยตรงถือได้ว่าเป็นภาระติดพันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้ เข้าลักษณะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันได้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ผู้ให้ใช้ถ่ายเอกสารเดือนละ 2,000 แผ่น แต่น้ำหมึก กระดาษ ค่าไฟ รวมไปถึงค่าเสื่อมราคา ในการถ่ายเอกสารแต่ละครั้ง ผู้รับต้องเป็นผู้รับผิดชอบ หรือการ ให้รถแล้วกำหนดให้ขับรถมารับส่งไปทำงานทุกวัน แต่ค่าน้ำมันรถ ค่าแรง ค่าเสียเวลาที่ต้อง ขับรถไปรับส่งซึ่งผู้รับต้องรับผิดชอบ ภาระเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือจากทรัพย์สินที่ให้ ทั้งสิ้น หากค่าภาระติดพันนั้นเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่ให้ก็ตาม ผู้เขียนยังเห็นว่าเป็นกรให้ที่มีค่า ภาระติดพันอยู่ดี แต่ผู้รับจะต้องรับผิดชอบเพียงเท่าราคาทรัพย์สินที่ให้เท่านั้นตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 529

3. การให้สิทธิทรัพย์สินโดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อ
ประโยชน์แก่ผู้ให้ เช่น

3.1 นาย ก. ให้ลอตเตอรี่แก่นาย ข. จำนวน 1 ใบ โดยกำหนดว่าหากถูกรางวัลจะต้องแบ่งเงินรางวัลให้ 5 เปอร์เซ็นต์

3.2 นาย ก. ให้สุนัขเพศเมียแก่นาย ข. จำนวน 1 ตัว โดยกำหนด เงื่อนไขว่า เมื่อสุนัขออกลูกเมื่อใด ต้องเอามาให้นาย ก. 1 ตัว

3.3 นาย ก. ให้เครื่องลายครามโบราณแก่มูลนิธิข้าง แล้วกำหนดว่าให้ นำออกประมูลเพื่อนำเงินที่ได้เข้ามูลนิธิครึ่งหนึ่ง ส่วนที่เหลือส่งคืนให้แก่ นาย ก. ทั้งสามกรณี ดังกล่าวถือเป็นกรให้ที่มีค่าภาระติดพันได้หรือไม่

ปัญหาข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า การที่ผู้ให้ได้กำหนดว่า หากถูกรางวัลจะต้องแบ่งเงินรางวัลให้ 5 เปอร์เซ็นต์ หรือเมื่อสุนัขออกลูกเมื่อใดต้องเอามาให้ 1 ตัว หรือ

ให้นำเงินที่เหลือซึ่งได้จากการประมูลส่งคืนผู้ให้ ดังกล่าวข้างต้นถือเป็นการกำหนดให้ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้โดยตรงเข้าลักษณะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันได้

4. การให้สังหาริมทรัพย์โดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับเองหรือบุคคลภายนอก เช่น

4.1 นาย ก. เขียนหนังสือขึ้นมาเล่มหนึ่งแล้วยกให้นาย ข. บอกให้เอาไปพิมพ์ขาย แล้วกำหนดว่าให้เอาเงินส่วนหนึ่งมาเป็นทุนการศึกษา

4.2 นาย ก. ให้ขนมแก่นาย ข. โดยกำหนดว่าให้แบ่งให้นาย ค. ทานด้วยทั้งสองกรณีดังกล่าวถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันได้หรือไม่

ปัญหาข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า การที่กำหนดเงื่อนไขว่าให้นำหนังสือที่ผู้ให้เขียนไว้เอาไปพิมพ์ขาย แล้วเอาเงินส่วนหนึ่งมาเป็นทุนการศึกษา หรือ ให้ขนมแล้วกำหนดว่าให้แบ่งให้บุคคลอื่นทานด้วย เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับเองหรือบุคคลภายนอก อันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้โดยตรงเข้าลักษณะเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันได้

จากการวิเคราะห์ปัญหาว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์มีได้หรือไม่ มาตามลำดับข้างต้นแล้วเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายแล้ว การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์อาจมีได้ และตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นบทบัญญัติที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้ให้ อีกทั้ง การที่ผู้รับได้รับทรัพย์สินจากผู้ให้ เป็นการได้โดยผู้รับไม่ต้องเสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด มีเพียงหน้าที่ที่ผู้ให้กำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติเพื่อปลดเปลื้องภาระที่ติดมากับตัวทรัพย์สินนั้น เช่น การจำหน่าย หรือสงวนสิทธิบางอย่างไว้เพื่อตัวผู้ให้เองหรือการขอให้ได้ใช้ประโยชน์บางอย่างในทรัพย์สินที่ตนได้ให้ เช่น ให้เครื่องถ่ายเอกสารโดยกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องยอมให้ใช้ถ่ายเอกสารเดือนละ 2,000 แผ่น ให้ลดเตอริโดยกำหนดว่าหากถูกรางวัลจะต้องแบ่งเงินรางวัลให้ 5 เปอร์เซ็นต์ ให้สุนัขเพศเมียโดยกำหนดเงื่อนไขว่าเมื่อสุนัขออกลูกเมื่อใด ต้องเอามาให้นาย ก. 1 ตัว รวมถึงขอให้ผู้รับช่วยกระทำการบางอย่างแทนผู้ให้ เช่น ให้ขนมโดยกำหนดว่าให้แบ่งให้บุคคลอื่นทานด้วย

ประกอบกับตามบทบัญญัติมาตรา 528 ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “ทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพัน” โดยไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายใดที่กำหนดขอบเขตไว้เป็นการเฉพาะว่าหมายถึงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เมื่อคำนึงถึงหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ให้ความอิสระในการคิดตัดสินใจ ในการทำสัญญาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ประกอบกับหากขยายความ

การให้ที่มีค่าภาระติดพันไปถึงสังหาริมทรัพย์ด้วยแล้ว ก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายแต่ประการใด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ สามารถมีได้

อนึ่ง จากการศึกษาเรื่องการให้ที่มีค่าภาระติดพันดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับการให้ที่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการให้ที่มีค่าภาระติดพันกับการให้ที่มีเงื่อนไขอีกครั้งในหัวข้อผู้รับผิดชอบ

29

1.1.2 ขอบเขตการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้³⁰ การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเนื่องมาจากการให้ที่มีค่าภาระติดพัน ไม่สามารถเรียกคืนได้เพราะเหตุเนรคุณ³¹ แต่ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนได้ ดังนี้

1. ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน

ผู้ให้จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ด้วยการบอกเลิกการให้และเรียกเอาทรัพย์สินที่ให้กลับคืนฐานลามิควรรได้ กล่าวคือ เรียกคืนได้เฉพาะที่จะเอาไปชำระค่าภาระติดพันที่ค้างอยู่เท่านั้น เช่น

1.1 นาย ก. ให้ที่ดิน นาย ข. จำนวน 1 แปลงเนื้อที่ 2 ไร่ โดยมีเงื่อนไขว่าให้ นาย ข. แบ่งที่ดินให้กับผู้ยากไร้ 1 ไร่ เพื่อเพาะปลูกหาเลี้ยงชีพ เมื่อนาย ข. รับให้ที่ดินแล้ว ไม่ชำระค่าภาระติดพันในทรัพย์สินที่ได้รับ กล่าวคือไม่แบ่งที่ดินให้ผู้ยากไร้

กรณีนี้ถือว่า นาย ข. ละเลยไม่ยอมชำระค่าภาระติดพันที่ผู้ให้กำหนดไว้ นาย ก. ผู้ให้มีสิทธิเลิกสัญญาโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องเลิกสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาให้และเรียกเอาทรัพย์สินคืนมาได้ แต่การใช้สิทธิจะใช้เต็มที่เหมือนในสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้คงเรียกคืนได้เพียงเท่าที่จะเอาทรัพย์สินไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น³² ดังนั้น นาย ก. มีสิทธิเรียกที่ดินคืนเท่าที่จะต้องโอนแก่ผู้ยากไร้ตามเงื่อนไข คือ 1 ไร่ หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า หลังจากนั้น นาย ข. ได้ประพฤตินेरคุณต่อ นาย ก. กรณีนี้ ถือว่าทรัพย์สินส่วนอื่นที่ไม่ต้องนำไปชำระค่าภาระติดพันเป็นส่วนของการให้โดยเสนาหาโดยแท้ผู้ให้ย่อมถอนคืนการให้ได้

²⁹ ดูหัวข้อ 2.4 ผู้รับผิดชอบ หน้า 105

³⁰ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 528 และมาตรา 529

³¹ ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 535 (2)

³² สุจินตนา ชุมวิสูตร, หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5 ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 198.

เพราะเหตุเนรคุณ³³ กรณีดังกล่าว นาย ก. มีสิทธิถอนคืนการให้ที่ดินในส่วนที่เหลือ 1 ไร่ นอกเหนือจากการนำไปชำระค่าภาระติดพันด้วยเหตุที่นาย ข. ได้ประพฤตินेरคุณต่อนาย ก. ได้

1.2 นาง ก. ได้ยกที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินสมบัติชิ้นสุดท้าย ให้กับนาย ข. บุตรชายเนื้อที่ 10 ไร่ และได้กำหนดเงื่อนไขว่า นาย ข. ต้องนำที่ดินไปให้ผู้อื่นเช่าบางส่วนจำนวน 2 ไร่ เพื่อนำเงินค่าเช่าที่ได้รับแต่ละเดือนมาให้กับนาง ก. แต่ปรากฏว่าไม่มีผู้ใดมาเช่าที่ดินแปลงนี้เลย นาย ข. จึงไม่มีเงินค่าเช่าที่จะส่งให้กับนาง ก. ตามที่กำหนดไว้ได้

กรณีนี้ถือว่าการเช่าเป็นภาระติดพันที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่ให้โดยตรงและ ผู้ให้ได้กำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์แก่ผู้ให้ จึงเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน การที่นาย ข. ได้นำที่ดินไปให้ผู้อื่นเช่าตามกำหนดเงื่อนไขแล้ว แต่ไม่มีผู้ใดมาเช่าที่ดินแปลงนี้เลย จะถือว่า นาย ข. ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันอันเป็นผลทำให้ นาย ก. มีสิทธิเรียกคืนได้หรือไม่ ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ตามต้นร่างภาษาอังกฤษของมาตรา 528 คือ "...the donee fails to perform the charge ..."³⁴ ซึ่งแปลตามตัวอักษรหมายถึง ผู้รับไม่สามารถชำระค่าภาระติดพันได้ และจากรายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังนำ วันที่ 29 พฤศจิกายน พระพุทธศักราช 2469 ในที่ประชุมได้ตกลงให้แปลความในมาตรานี้ว่า "...ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน..." ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำว่าผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน หมายถึง เหตุใด ๆ ที่ไม่สามารถปฏิบัติการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ผู้ให้ได้กำหนดไว้ได้ ไม่ว่าจะเหตุ นั้นเกิดจากตัวผู้รับเองเนื่องจาก การเพิกเฉย ไม่เอาใจใส่ หรือเหตุภายนอกที่ไม่สามารถจะทำให้ ปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จได้ ดังนั้น การที่ นาย ข. ไม่สามารถหาบุคคลใดมาเช่าที่ดินแปลงนี้ตาม ความประสงค์ของ นาง ก. ผู้ให้ได้ ถือเป็นการละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันเช่นเดียวกัน นาง ก. จึงมีสิทธิเรียกที่ดินคืนได้เท่าที่จะต้องนำไปให้ผู้อื่นเช่า จำนวน 2 ไร่

สำหรับกรณีทรัพย์สินที่ให้มามีราคาไม่พอกับค่าภาระติดพัน³⁵ หมายถึงค่า ภาระติดพันนั้นมีมากกว่าราคาทรัพย์สินที่ให้ผู้รับจะต้องชำระแต่เพียงเท่าราคาทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น เช่น นาย ก. ยกที่ดินให้กับ นาย ข. เนื้อที่ 10 ไร่ ราคา 10 ล้านบาท โดยให้นาย ข. มีภาระหน้าที่

³³ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 405.

³⁴ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังนำ วันที่ 28 พฤศจิกายน 2469 เอกสารไมโครฟิล์มหอจดหมายเหตุแห่งชาติ (ม. สดก3/6 รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (12 มกราคม – 31 สิงหาคม 2469)).

³⁵ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 529

ต้องปลดจำนองที่ดินแปลงนี้ซึ่งได้จำนองไว้เป็นเงิน 12 ล้านบาท กรณีเช่นนี้ นาย ข. มีหน้าที่ชำระเงินไม่เกิน 10 ล้านบาทเท่ากับราคาทรัพย์สินที่ให้เท่านั้น

2. เหตุยกเว้น

เหตุยกเว้นที่ผู้ให้ไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเนื่องมาจากผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพัน มีได้ในกรณีบุคคลภายนอกเป็นผู้มีสิทธิเรียกให้ชำระค่าภาระติดพัน³⁶ สิทธิที่จะเรียกให้ชำระค่าภาระติดพันอยู่กับบุคคลภายนอก ผู้ให้ก็หมดสิทธิที่จะเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนมาเพื่อชำระค่าภาระติดพัน เช่น นาย ก. ยกที่สวนยางพาราให้กับนาย ข. และตกลงกันให้นาย ข. นำเงินที่ได้จากการขายยางพารา มอบให้กับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกสิ้นปีปฏิทิน เพื่อจัดสรรเป็นทุนนักศึกษาปีละ 2,000 บาท เป็นเวลา 5 ปี โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้ตอบรับการแสดงเจตนาให้นาย ข. ทราบแล้ว ดังนี้ เมื่อถึงกำหนดชำระ แล้ว ข. ละเลยเสียไม่ชำระค่าภาระติดพัน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จึงเป็นบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเรียกให้นาย ข. ชำระเงินจำนวนดังกล่าวได้ นาย ก. หมดสิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เพื่อนำมาชำระค่าภาระติดพันดังกล่าว เนื่องจากสิทธิดังกล่าวได้ตกเป็นของบุคคลภายนอกคือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ไปแล้ว

1.1.3 ความรับผิดเพื่อการชำระดอกเบี้ยหรือเพื่อการรอนสิทธิ³⁷

ด้วยการให้ทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพันเป็นการให้ในลักษณะพิเศษ ที่ผู้รับมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามบางอย่างในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ให้ เมื่อผู้รับรับทรัพย์สินไปแล้วปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นชำระดอกเบี้ย หรือมีบุคคลอื่นมาอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่รับมานั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ให้ต้องรับผิดเพื่อความชำระดอกเบี้ยในทรัพย์สินที่ให้เช่นเดียวกับผู้ขายรวมทั้งต้องรับผิดเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ให้เช่นเดียวกับผู้ขาย แต่ต้องไม่เกินไปกว่าจำนวนค่าภาระติดพัน ซึ่งโดยปกติการให้โดยเสนหาค่าไปไม่จำเป็นต้องรับผิดขอรับในเรื่องนี้ เพราะสัญญาให้ไม่ใช่สัญญาต่างตอบแทนเช่นสัญญาซื้อขาย แต่การที่กฎหมายบัญญัติให้เฉพาะการให้ที่มีค่าภาระติดพันต้องรับผิดเพื่อการชำระดอกเบี้ยหรือเพื่อการรอนสิทธิ ก็เพื่อให้ผู้ให้เป็นผู้รับผิดชอบเนื่องจากผู้รับจะมีหน้าที่เฉพาะชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น เช่น นาย ก. ยกบ้านให้นาย ข. ปรากฏว่านาย ก. ค้างชำระค่าบ้านกับนาย ค. จำนวน 10,000 บาท นาย ข. จึงชำระค่าบ้านให้แก่ นาย ค. ไป ต่อมาปรากฏว่านาย ก. ไม่ใช่เจ้าของบ้านที่แท้จริง นาย ข. จึงถูกรอนสิทธิและไม่สามารถยกการให้บ้านมาแย้งเจ้าของที่แท้จริงได้ นาย ข. สามารถเรียกเงินได้เฉพาะที่ชำระค่าบ้านให้นาย ค. ไป 10,000 บาทคืนจากนาย ก. ได้ แต่จะเรียกให้นาย ก. ใช้ราคาที่ดินทั้งหมด

³⁶ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 528 วรรคท้าย

³⁷ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 530

ไม่ได้ หรือจากตัวอย่างข้างต้น เมื่อนาย ข. ชำระค่าบ้านที่ค้างแทน นาย ก. แล้ว เมื่อรับมอบบ้านปรากฏว่าโครงสร้างบ้านทรุด กรณีนี้ นาย ก. ต้องรับผิดชอบความชำรุดบกพร่องของบ้านที่ให้

1.1.4 อายุความ

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ สามารถเรียกคืนได้ทันทีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และฟ้องศาลภายใน 6 เดือนนับแต่ทราบถึงการไม่ชำระค่าภาระติดพันนั้น หรือภายในสิบปีนับแต่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน อันเป็นอายุความตามหลักกฎหมายได้

1.2 ผู้รับประพัตินเรคุณ

1.2.1 เหตุเนรคุณ

คำว่า เนรคุณ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 แปลว่า ออกตัญญู อย่างไรก็ตามจะเรียกว่าผู้รับเนรคุณหรือออกตัญญูต่อผู้ให้ นั้นเป็นความหมายที่กว้าง แต่การที่ผู้ให้จะถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพัตินเรคุณได้จะต้องเป็นกรณีหนึ่งกรณีใดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 531 (1) (2) (3) ดังนี้

ก. ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้ เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา³⁸

คำว่าประทุษร้ายต่อผู้ให้ ในทางตำรามีความเห็นที่แตกต่างกันแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า ประทุษร้ายนั้น ควรจะหมายถึงการกระทำต่อร่างกายผู้ให้เท่านั้น มิให้มุ่งถึงตัวทรัพย์สินของผู้ให้ ถ้าผู้รับกระทำต่อทรัพย์สินของผู้ให้ ไม่เป็นเหตุที่ผู้ให้จะถอนคืนการให้ได้³⁹ การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้ แม้จะเป็นความผิดอาญาก็น่าจะอยู่

³⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 (1) ใช้คำว่าความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามกฎหมายลักษณะอาญา แต่เมื่อกฎหมายดังกล่าวได้ถูกยกเลิกตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500 แล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างถึงกฎหมายลักษณะอาญา ให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างถึงประมวลกฎหมายอาญา

³⁹ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 20*, น. 743. วิริยะ เกิดศิริ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 2*, น. 129. และวิชญ์ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2549), น. 328

ห่างไกลจากนครคุณต่อผู้ให้⁴⁰

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ประทุษร้ายมิให้หมายความเฉพาะความผิดที่กระทำต่อร่างกายเท่านั้น การกระทำใด ๆ ที่เป็นความผิดอย่างร้ายแรงและมีโทษตามประมวลกฎหมายอาญาก็อยู่ในความหมายนี้⁴¹ อีกทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการจะลงโทษผู้มีเจตนาร้ายต่อผู้ให้ซึ่งเป็นผู้มีบุญคุณสมควรจะถอนคืนการให้ได้⁴² เช่น การลักทรัพย์ของผู้ให้ แม้จะเป็นความผิดทางอาญาก็ไม่น่าจะเป็นเหตุให้ผู้ให้ถอนคืนการให้ได้ แต่ถ้าลักทรัพย์ของผู้ให้จนสิ้นเนื้อประดาตัว หรือผู้รับเป็นคนร้ายปล้นทรัพย์ผู้ให้ แม้จะเจตนาเอาทรัพย์ก็มีการชู้ญว่าจะทำร้ายเจ้าทรัพย์คือผู้ให้ด้วย น่าจะพอถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุให้ถอนคืนการให้เพราะเหตุนครคุณได้⁴³

นอกจากนี้ได้มีผู้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้มีความเห็นว่า คำว่าประทุษร้ายควรหมายความถึงแต่เฉพาะกรณีที่ผู้รับมีเจตนาในการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจต่อผู้ให้เท่านั้น⁴⁴

จากการค้นคว้าคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้แล้ว ไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการประทุษร้ายต่อตัวผู้ให้หรือต่อทรัพย์สินของผู้ให้ คงปรากฏว่ามีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 412/2528 ที่ได้วางหลักไว้ว่า การประทุษร้ายต่อบุพการีแม้จะไม่เกิดผลอย่างร้ายแรงก็ถือว่าเป็นการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงแล้ว จึงเป็นประเด็นว่าสำหรับคำว่าอย่างร้ายแรงนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณีไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 412/2528 จำเลยทำร้ายร่างกายโจทก์ผู้เป็นมารดาด้วยการบีบคอจนเลือดไหลที่คาง ย่อมเป็นการแสดงเจตนาให้เห็นว่า จำเลยขาดความกตัญญู และประทุษร้ายต่อบุพการีผู้มีพระคุณของตน แม้โจทก์จะได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสก็ดี ก็ถือว่าจำเลยได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 (1) โจทก์เรียกถอนคืนการให้ได้

⁴⁰ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 388.

⁴¹ สุวิทย์ นิมน้อย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน* ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), น. 217.

⁴² สุจินตนา ชมวิสูตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 32, น. 202.,

⁴³ วิริยะ เกิดศิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 2, น. 129.

⁴⁴ ธีราพร ดิษยาธิคม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 26, น. 167. .

ประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำว่าประทุษร้าย มีความหมายถึงการทำให้บาดเจ็บ ทำให้เสียหาย การประทุษร้ายควรจะหมายความถึงการประทุษร้ายทั้งต่อตัวผู้ให้ และทรัพย์สินของผู้ให้ เป็นการทำให้ผู้ให้ได้รับบาดเจ็บและทำให้ทรัพย์สินของผู้ให้เสียหาย แต่ต้องเป็นกรณีที่ผู้รับได้รู้ถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของผู้ให้ด้วย เพราะกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้รับมีความกตัญญูต่อผู้ให้ จะต้องไม่กระทำการให้ผู้ให้เดือดร้อนไม่ว่าจะเป็นต่อตัวผู้ให้เองหรือทรัพย์สิน เช่น ผู้รับลักทรัพย์ของผู้ให้ วางเพลิงเผาบ้านของผู้ให้ ทุบรถของผู้ให้ที่จอดไว้เสียหาย รู้ว่าสุนัขชื่อ “ตัวมเตี้ยม” เป็นสุนัขที่ผู้ให้รักมาก ก็มาขโมยไปขายหรือไปปล่อย ต้นไม้ที่ผู้ให้ปลูกไว้ก็ไปฟันทิ้ง หนังสือหรือเอกสารของผู้ให้ก็ไปจุดไฟเผา เอาปลวกมาปล่อยในบ้านของผู้ให้ เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินผู้ให้ และหากเป็นการร้ายแรง เช่น การขโมยสุนัขของผู้ให้ไปขายหรือปล่อย โดยเป็นสุนัขดังกล่าวเป็นสุนัขที่ชนะเลิศการประกวด มีราคาแพง และเป็นพอมันธุ์ที่ดี การฟันต้นไม้ของผู้ให้ทิ้ง ซึ่งเป็นต้นไม้พันธุ์หายาก เอกสารหรือหนังสือที่จุดไฟเผา เป็นหนังสือหรือเอกสารสำคัญ การเอาปลวกไปปล่อยในบ้านของผู้ให้ โดยผู้ให้ไม่ทราบและมีผลต่อเนื่องกระทั่งปลวกไปกัดกินหนังสือหรือฟันไม้ลามิเนตในบ้านผู้ให้เสียหาย ต้องจ้างเปลี่ยนใหม่ ถือว่าเป็นการทำให้ทรัพย์สินของผู้ให้ต้องเสียหายอย่างมาก ซึ่งพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไปแล้ว จะเห็นได้ว่าร้ายแรงมาก แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า ทรัพย์สินที่ผู้รับกระทำต่อ นั้น ไม่ได้มีความสำคัญ เป็นทรัพย์สินที่หาได้ทั่วๆ ไป เช่น หนังสือที่เอาไปเผาทิ้งเป็นหนังสือการ์ตูนหรือหนังสือพิมพ์ทั่วไป สุนัขที่ขโมยไปปล่อยก็เป็นสุนัขธรรมดาที่ผู้ให้เลี้ยงไว้โดยไม่ได้เอาใจใส่ดูแล จะหายไปก็ไม่ได้ทำให้ผู้ให้รู้สึกอะไร ต้นไม้ที่ไปฟันทิ้งก็เป็นต้นพริกหน้าบ้านที่ขึ้นมาเอง เอาปลวกไปปล่อยในบ้านผู้ให้ แต่บ้านผู้ให้มีการฉีดยากำจัดปลวกอยู่เป็นประจำ ปลวกที่เอาไปปล่อยก็ตายไป เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใด ที่จะทำให้ผู้ให้เสียหายอย่างร้ายแรง ก็ไม่มีเหตุที่จะไปเรียกทรัพย์สินคืนกรณีได้ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อย่างร้ายแรงได้ การที่ผู้เขียนเห็นว่าควรขยายความไปถึงทรัพย์สินของผู้ให้ด้วยนี้ เป็นการขยายความเพื่อประโยชน์ของผู้ให้ และเพื่อให้ผู้รับสำนึกในบุญคุณของผู้ให้ ส่วนระดับความร้ายแรงควรพิจารณาจากมูลค่าของทรัพย์สิน ความสำคัญของทรัพย์สิน และผลกระทบที่เกิดแก่ผู้ให้ กล่าวคือ หากกระทำต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่ามาก หรือมีความสำคัญอย่างมากต่อผู้ให้ และเกิดความเสียหายถึงขนาดที่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินลดน้อยลงอย่างมาก หรือทำให้สิ้นราคาลง ย่อมถือว่าเป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อย่างร้ายแรง เช่น ผู้รับได้เอาสุนัขไปทุบแหวนเพชรประจำตระกูลของผู้ให้จนเป็นรอยร้าว กรณีนี้ทรัพย์สินไม่ถึงกับต้องสูญหายไป แต่เป็นกรณีที่ทำให้

ทรัพย์สินของผู้ให้ต้องเสื่อมค่าและราคาลงอย่างมาก เพียงเท่านี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงเช่นกัน

การที่ผู้ให้จะถอนคืนการให้ได้ไม่ว่าผู้รับที่ประทุษร้ายต่อผู้ให้นั้นจะถูกศาลลงโทษแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่การกระทำของผู้รับนั้นต้องเป็นความผิด หากผู้รับยังมีข้อแก้ตัวอันจะได้รับการยกเว้นโทษแล้ว การกระทำนั้นไม่นับเป็นความผิด ก็ไม่เป็นเหตุที่ผู้ให้จะถอนคืนการให้ได้ นอกจากนี้การกระทำไปโดยไม่เจตนาหรือประมาทก็ไม่จัดเข้าเป็นเหตุเนรคุณ⁴⁵

ข. ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง

สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1. ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หมายถึง ทำให้ถูกผู้อื่นดูถูก หรือเกลียดชัง ทำให้บุคคลที่สามมองผู้ให้ในทำนองไม่ดี

2. ผู้รับได้หมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง กรณีนี้จะเขียนซ้ำกับคำว่า ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง เนื่องจากศาลฎีกาได้ตัดสินว่าผู้รับได้ด่าทอผู้ให้ด้วยความหยาบช้ำรุนแรง ต้องตามมาตรา 531(2) ทำให้เข้าใจว่าคำว่า หมิ่นประมาทหมายถึง การดูหมิ่น หรือครอบคลุมไปถึงการดูหมิ่นด้วย⁴⁶ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การทำให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรงนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ว่าการกระทำนั้น ๆ ตามความรู้สึกของคนธรรมดาเห็นว่าเป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงหรือไม่⁴⁷

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา พบว่าการให้ทรัพย์สินแก่กันแล้วมีการฟ้องร้องขอถอนคืนการให้ด้วยเหตุเนรคุณนี้ ส่วนมากจะเป็นกรณีพิพาทที่บิดามารดายกทรัพย์สินให้แก่บุตร มีเพียงส่วนน้อยที่เป็นกรณีพิพาทของบุพการี ญาติผู้ใหญ่ พี่ ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือแม่เลี้ยงยกทรัพย์สินให้แก่หลาน น้อง บุตรบุญธรรม หรือลูกเลี้ยง เป็นต้น นอกจากนี้ยังไม่พบคดีความในเรื่องที่เป็นการฟ้องร้องกล่าวหาว่าบิดามารดา บุพการี ญาติผู้ใหญ่ พี่ ผู้รับบุตรบุญธรรม และแม่เลี้ยงในฐานะผู้รับได้ประพฤตินเรคุณต่อผู้ให้แต่อย่างใด จึงมองได้ว่าฝ่ายผู้ใหญ่ให้ทรัพย์สินแก่ผู้น้อยก็ด้วยความรู้สึกที่ดี ให้ด้วยความรัก เมตตาเอ็นดู หวังพึ่งพาอาศัย ฝ่ายผู้รับควรที่จะกตัญญูต่อผู้ให้ อีกทั้งให้ความเคารพนับถือ ยำเกรง อุปการะ เลี้ยงดู ตามฐานะที่

⁴⁵ โยยม เลขยานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.105.

⁴⁶ ไผทชิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 354.

⁴⁷ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.743.

ทำได้ แต่เมื่อผู้รับไม่สำนึกในบุญคุณของผู้ให้ โดยถึงขนาดทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงแล้ว ถือเป็นเหตุแค้นคุณที่ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้

ลักษณะการกระทำที่ศาลฎีกาถือว่าเป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง ได้แก่

1. การที่ผู้รับได้ใช้ถ้อยคำต่อผู้ให้ในลักษณะที่หยาบคาย หยาบซ้ำ รุนแรง ลามก เหยียดหยามให้ตกต่ำ เป็นที่น่ารังเกียจ ลบหลู่ ทำให้ขาดความเคารพ ดำว่าผู้ให้ ตัวอย่างถ้อยคำที่ถือว่าทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง เช่น อีท่าเย็ด อีดอกทอง อีแก่ เอบุตรสาวมาทำเป็นเมีย อ้ายแก่ อีสัตว์เหี้ย อีแก่เจ้าเล่ห์ อีหัวหงอก อีโคตรพ่อ อีหน้าด้าน มีซู้ อ้ายแก่หัวหงอก ไอ้แก่ฉิบหาย มึงสมควรตาย อีเฒ่าหัวหงอก ไอ้เปรต ไอ้เฒ่าบ้า บ้าสมบัติ บ้าผู้หญิง ตอแหล ไอ้เหี้ย บ้าตมหา ช่มชืดเด็ก อีหน้าหมา อีไม่มีศีลธรรม
2. การที่ผู้รับแสดงกิริยาอาการที่เหยียดหยามไม่เคารพนับถือต่อผู้ให้ เช่น ขับไล่ออกจากบ้าน โยนห่อเสื้อผ้าออกจากบ้าน ชูเชิงว่าจะให้ยาเบื่อกิน ภูไม่นับมึงเป็นพ่อ ไม่ไปมึงตายกูไม่รู้ “ไอ้เหี้ย ให้รื้อบ้านออกไปจากที่ดินของกู ไปให้พันไม่ต้องมาใช้น้ำบ้านกู ให้มึงรื้อบ้านออกไปเป็นขาทานที่วัดเสียเลย” “พ่ออย่างมึง ภูไม่นับถือเป็นพ่ออีกต่อไป” มึงสมควรตาย⁴⁸

ผู้เขียนได้พิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นได้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะที่จะถือว่าเป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง อันจะเป็นเหตุให้ถอนคืนการให้ได้ตามมาตรา 531 (2) ดังนี้

1. เป็นการกระทำต่อผู้ให้ทุกคน ไม่จำกัดว่าจะต้องกระทำต่อบิดามารดา แต่รวมถึงการกระทำต่อบุพการี และผู้ให้อื่นๆ ด้วย
2. ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง เช่น การดำผู้ให้ว่าเป็นหมา ถึงจะเป็นถ้อยคำหยาบคายไม่น่าฟัง แต่ก็ไม่ได้ดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทว่าเป็นหมาโดยตรง ไม่มีเจตนาทำให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรงแต่เป็นการทำด้วยอารมณ์ประชดประชัน⁴⁹ ผู้รับว่าผู้ให้ว่า “หัวหงอกหัวขวานตาย”

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1117/2493, 197/2494, 1362/2497, 538/2500, 1146-1147/2503, 324/2504, 2304/2508, 206/2510, 1680/2517, 2227/2518, 144/2522, 966/2522, 1947/2523, 2043/2523, 31/2531, 697/2531, 301/2524, 215/2528, 31/2531, 697/2531, 2352/2531

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6250/2537 (สงเสริม.) น. 236.

เนื้อหาตลอดจนความหมายแห่งถ้อยคำมิใช่คำดำ เป็นเพียงพูดจากระทบกระเทียบที่ไม่สมควรใช้กับบุพการี⁵⁰

3. การหมิ่นประมาทตามมาตรา 531 (2) ไม่ถึงกับต้องเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญา เพียงมีเจตนาดูหมิ่นก็ถือว่าประพฤติน่ารุณแล้ว เช่น ต่ำว่าบิดาว่าไอ้แก่ขึ้นมึงกู ขับไล่ไม่นับถือเป็นพ่อ⁵¹

4. ต้องไม่ใช่ลักษณะของการทะเลาะเบาะแว้ง หรือการกระทำที่ผู้ให้เป็นผู้ก่อ และผู้รับตอบโต้ เช่น การที่โจทก์และจำเลยทะเลาะกันและต่างคนต่างด่ากันก็เป็นเพราะโจทก์เป็นฝ่ายก่อ และจำเลยด่าโต้ตอบเพราะถูกโจทก์ข่มเหงน้ำใจอย่างรุนแรง⁵²

5. ไม่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากผู้ให้กระทำเอง เช่น บุตรแจ้งความต่อตำรวจว่ามารดาข่มขืนและขอให้อัยการฟ้องมารดาเรียกเข็มขัดทองนั้น มารดาสาบานต่อหน้าพระตามคำทำ มีบุคคลหลายคนเห็น เป็นแต่มารดาสมัครใจสาบานตามคำทำในศาลเอง ไม่เป็นหมิ่นประมาทมารดาที่จะเพิกถอนการให้ได้⁵³

6. ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแยกตามสภาพสังคม ความเป็นอยู่ ระดับการใช้ภาษา ระดับการศึกษา น้ำหนักการใช้ถ้อยคำ และลำดับชั้นการให้ความเคารพนับถือประกอบกัน เช่น ผู้รับด่าผู้ให้ที่เป็นญาติห่างๆ ว่า “อีพวกดอกทอง ไม่ต้องมายุ่งเรื่องของกู พวกมึงก็ดอกทองเหมือนกัน” เป็นการด่าด้วยถ้อยคำหยาบคาย แต่โดยนิสัยของบุคคลระดับชาวบ้านใช้ด่าว่ากัน แม้ไม่สุภาพและไม่สมควรที่จะกล่าว แต่ยังฟังไม่ได้ว่ามีเจตนาหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง⁵⁴ หรือ น้องดำพี่ที่เป็นผู้ให้ว่า “มึงยกให้กู แล้วยังมีหน้ามาบอกให้ยกให้คนอื่นอีกหรือ อ้ายสัตว์ อ้ายขี้โกง อ้ายคอมมิวนิสต์ใหญ่ โคตรพ่อโคตรแม่มึงเป็นเช่นนี้หรือ อียากได้ให้ไปฟ้องเอา” เป็นการกล่าววาจาหยาบคาย ความหมายและน้ำหนักของถ้อยคำยังไม่เป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือ หมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง⁵⁵

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1527/2534 (สงเสริม.) น. 219.

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3502/2535 (เนติ.) น. 2641.

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 1953/2537 (สงเสริม.) น. 75.

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2885/2522 (เนติ.) น. 2275.

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 8306/2548 (สงเสริม.) น. 222.

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2980/2523 (เนติ.) น. 2377.

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะถือว่าเป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรงนี้ เป็นกรณีที่ผู้ให้ได้ดำงาโดยใช้ถ้อยคำที่หยาบช้า รุนแรง ลามก เหยียดหยามให้ตกต่ำ เป็นที่น่ารังเกียจ ลบหลู่ ทำให้ขาดความเคารพ เป็นการกระทำต่อหน้าผู้อื่นหรือต่อส่วนตัวก็ได้ ไม่ว่าจะผู้ให้จะเป็นบุพการีหรือบุคคลใดก็ตามถือเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง การที่ผู้ให้สามารถด่าทอและแสดงกิริยาต่างๆ ตามที่กล่าวถึงข้างต้น แสดงให้เห็นว่าผู้ให้หมิ่นความเคารพนับถือ หรือสำนึกในบุญคุณของผู้ให้แล้ว เป็นการออกัตถุญจึงสมควรถอนคืนการให้ได้ แต่ในทางตรงข้ามหากเป็นการใช้ถ้อยคำที่ไม่สุภาพ หรือต่อว่าที่ไม่รุนแรง การว่าลับหลัง ก็ยังแสดงให้เห็นว่าผู้รับยังคงให้ความเกรงใจ เคารพผู้ให้อยู่ กรณีจึงไม่อาจจะไปถอนคืนการให้อันเนื่องมาจากการกระทำที่พอจะมองว่าเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่มนุษย์ปุถุชนทั่วไปสามารถกระทำได้ ในลักษณะที่ไม่รุนแรงต่อผู้ให้ เป็นเรื่องที่คนทั่วไปสามารถยอมรับได้

โดยสรุปการพิจารณาว่าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้ อย่างร้ายแรงนี้ ควรพิจารณาองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. ผู้กระทำ หมายถึงผู้รับให้โดยตรงเท่านั้น ไม่รวมไปถึงผู้ใกล้ชิด เช่น บุตร ภรรยา หรือญาติสนิทของผู้รับด้วย
2. ลักษณะการกระทำ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำต่อผู้ให้ โดยตรงและเป็นการกระทำโดยซึ่งหน้า แบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ

2.1 ด้วยวาจา

(ก) โดยผิดกฎหมาย หมายถึงการใช้ถ้อยคำที่ดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ประกอบมาตรา 393 หรือ

(ข) โดยไม่ผิดกฎหมาย หมายถึงการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่หยาบคาย ช่มชู้ ไม่ถึงกับต้องเข้าองค์ประกอบความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้ถ้อยคำในระดับที่วิญญูชนทั่วไปฟังแล้วเห็นว่าเป็นถ้อยคำที่ไม่อาจยอมรับได้ เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคม วัฒนธรรม ระดับความเป็นอยู่ สถานการณ์ ระดับการศึกษา เวลาที่กระทำ สถานะระหว่างผู้ให้และผู้รับ ความใกล้ชิดระหว่างผู้ให้และผู้รับ เช่น บุตรดำงาบิดาว่า ไ้แก่ ขึ้นมิ่งกู ไม่นับถือเป็นพ่อ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3502/2535)

2.2 ด้วยกิริยาอาการ

กระทำต่อผู้ให้ในระดับที่วิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นไม่เหมาะสมและไม่อาจยอมรับได้ เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคม วัฒนธรรม ระดับความเป็นอยู่ สถานการณ์ เวลา

ที่กระทำ สถานะระหว่างผู้ให้และผู้รับ ความใกล้ชิดระหว่างผู้ให้และผู้รับ เช่น ขับไล่ผู้ให้ออกจากบ้าน โยนห่อเสื้อผ้าของผู้ให้ลงจากหน้าต่างบ้านแล้วขับไล่ออกจากบ้าน เป็นต้น

3. ผู้ถูกกระทำ หมายถึงผู้ให้โดยตรง ไม่หมายความรวมถึงญาติผู้ใกล้ชิดของผู้ให้ และที่สำคัญผู้ให้จะต้องไม่เป็นฝ่ายก่อเหตุหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย

ค. ผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลาที่ยุ่ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้

สามารถแยกได้ ดังนี้⁵⁶

1. ผู้ให้ยากไร้ไม่มีสิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิต หมายถึง ยากไร้ตามฐานานุกรม ไม่ได้หมายความว่าต้องจนถึงกับเครื่องนุ่งห่มขาดวินหรือไม่มีอาหารรับประทานเสมอไป ถ้าผู้ให้เป็นผู้มั่งมีในเวลาที่ยากไร้แก่ผู้รับ แล้วจนถึงกับไม่มีบ้านของตัวเองและไม่มีทรัพย์สินที่จะใช้จ่ายตามสามัญธรรมดาแล้วก็น่าจะยากไร้ได้

2. ผู้รับสามารถจะให้สิ่งจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ได้ จะต้องพิจารณาตามฐานะและสภาพของผู้ให้ และตามปกติย่อมหมายถึงอาหารหรือค่าอาหารและเครื่องนุ่งห่มหลับนอนตามสมควร

3. ผู้ให้ได้ขอสิ่งจำเป็นเลี้ยงชีวิตต่อผู้รับและผู้รับบอกปิดไม่ยอมให้ กรณีนี้ต้องปรากฏว่าผู้รับมีทรัพย์สินพอสมควรจะให้ได้ตามที่ผู้ให้ขอความอุปการะ แต่ผู้รับก็ยังบอกปิดจึงจะเป็นเหตุเนรคุณ ถ้าผู้รับไม่ได้ให้โดยที่ผู้ให้ไม่ได้ขอ แม้ผู้ให้จะยากไร้สักเพียงใดและแม้ผู้รับจะทราบหรือเห็นความเป็นอยู่ของผู้ให้แล้วก็ตาม จะเอาผิดแก่ผู้รับว่าเป็นการเนรคุณไม่ได้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการที่ผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลาที่ยุ่ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้ มีดังนี้

ก. การปฏิเสธการให้หรือการช่วยเหลืออย่างสิ้นเชิง เช่น ผู้รับปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือทั้งที่สามารถให้ได้ ไม่ได้หมายความว่าต้องมาก แต่ให้ตามควรแก่ฐานะของตน⁵⁷

ข. ผู้ให้พิการ ประกอบอาชีพไม่ได้ ไม่มีเงินใช้จ่าย ต้องไปอาศัยอยู่กับบุตรเลี้ยง ผู้ให้ขอเงินผู้รับเพื่อมาซื้อยารักษา แต่ผู้รับไม่ให้ ทั้งที่ผู้รับประกอบอาชีพเลี้ยงกุง⁵⁸

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าไม่เป็นการที่ผู้รับได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลาที่ยุ่ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้ มีดังนี้

⁵⁶ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 20, น. 751-752.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 905/2527 (เนติ.) น. 479, 382/2524 (เนติ.) น. 379.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3601/2542

ก. ผู้ให้ไม่ใช่ผู้ยากไร้ เช่น มีสวน มีที่นา มีบ้าน มีที่อยู่อาศัย มีอาหารการกินครบถ้วน มีบุตรอุปการะเป็นครั้งคราวตามฐานะ มีเงินฝากธนาคาร⁵⁹ อย่างไรก็ตามการจะพิจารณาว่าผู้ให้ยากไร้ต้องพึ่งพยานหลักฐานทั้งหมด กรณีบิดา อายุ 74 ปี มีบ้านและที่ดินอยู่ อาจทำงานเลี้ยงตัวไม่ได้ ซึ่งอาจตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ยากไร้ เรือนและที่ดินที่ปลูกเรือน หาใช้สิ่งเลี้ยงชีวิตเสมอไป ไม่ใช่เมื่อมีทรัพย์สินอันใดอยู่บ้างแล้ว จะเรียกไม่ได้ว่ายากไร้⁶⁰

ข. ผู้ให้ยังมีผู้อุปการะเลี้ยงดูอยู่ เช่น ผู้ให้มีบุตรหลายคน ช่วยกันอุปการะเลี้ยงดู บุตรที่ผู้ให้ยกที่ดินให้ ทำงานรับจ้างอยู่กรุงเทพฯ มีบุตรต้องเลี้ยงดู การที่บุตรผู้รับให้ที่ดินไม่ได้มาดูแลโจทก์ผู้ให้ ปล่อยให้พี่น้องคนอื่นดูแลแทน หรือกรณีผู้ให้แยกไปอยู่กับผู้อื่น แล้วผู้รับไม่ตามไปเลี้ยงดู ยังถือไม่ได้ว่าผู้รับประพฤตินอกคุณ⁶¹

ค. ข้อเท็จจริงฟังว่าผู้รับไม่ได้เอาใจใส่ในการให้อาหารใจทักกับประทานและมิได้สนใจปรนนิบัติดูแลโจทก์⁶² ไม่ปรนนิบัติผู้ให้ซึ่งมีฐานะดี⁶³

จากแนวคำพิพากษากฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยเฉพาะกรณีว่าอย่างไรถือว่าเป็นผู้ยากไร้ และอย่างไรถือว่าเป็นการบอกปิดไม่ให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีพ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่ากรณีดังกล่าวต้องเป็นการที่ผู้ให้ยากไร้ถึงขนาดไม่มีกิน ไม่มีที่อยู่ ไม่มีผู้อุปการะเลี้ยงดูจริงๆ ถ้าผู้ให้ยังมีทรัพย์สินสมบัติอยู่ แม้เพียงน้อยนิด แต่สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้แบบไม่อดตาย ก็ยังไม่ถือว่าเป็นผู้ยากไร้ อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดประกอบกัน กล่าวคือแม้ผู้ให้ยังมีทรัพย์สินอยู่ แต่ทรัพย์สินที่มีอยู่ไม่ใช่สิ่งที่จะนำมาเลี้ยงชีวิตได้ ก็อาจถือว่ายากไร้ได้เช่นกัน แสดงให้เห็นว่าศาลให้ความสำคัญในเรื่องการเลี้ยงชีพว่าสามารถเลี้ยงชีพตนเองได้มากน้อยเพียงไร มากกว่าการพิจารณาในเรื่องทรัพย์สินที่ผู้ให้มียอยู่ ส่วนกรณีที่ผู้รับบอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีพนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้ให้ในเวลาที่อยู่ในฐานะที่ยากไร้ได้เอ่ยปากขอแล้ว แต่ผู้รับปฏิเสธโดยสิ้นเชิง หากผู้รับได้ให้ แม้จะเป็นเพียงน้อยนิดแต่ถ้าเป็นการให้ตามฐานะของตน อาจจะไม่สามารถช่วยให้ผู้ให้หากจากการยากไร้ได้ แต่ก็ถือว่ายากไร้ได้ให้สิ่งของจำเป็นสำหรับเลี้ยงชีพแล้ว และผู้ให้จะถอนคืนการให้ด้วยเหตุนี้ไม่ได้

⁵⁹ คำพิพากษากฎีกาที่ 650/2501 (เนติ.) น. 757, 456/2520, 1507/2520 (เนติ.) น. 1187, 2885/2522, 3410/2526 (เนติ.) น. 2547, 1789/2543 (เนติ.) น. 680.

⁶⁰ คำพิพากษากฎีกาที่ 997/2503 (เนติ.) น. 1031.

⁶¹ คำพิพากษากฎีกาที่ 3562/2535 (เนติ.) น. 2687, 2341/2537

⁶² คำพิพากษากฎีกาที่ 5756/2540 (เนติ.) น. 2048

⁶³ คำพิพากษากฎีกาที่ 3778/2535 (เนติ.) น. 2966.

นอกจากกรณีผู้รับประพัตินเรคุณในลักษณะที่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า อาจมีการกระทำในลักษณะอื่นที่ถือว่าเป็นการประพัตินเรคุณ นอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ เช่น ผู้รับแย่งคนรักของผู้ให้ ทำให้ผู้รับได้รับความชอกช้ำระกำใจ ผู้รับแย่งผลงานของผู้ให้ไปเสนอว่าเป็นของตนเอง เป็นการทำร้ายแก่จิตใจของผู้ให้ ผู้รับโยนความผิดของตนให้แก่ผู้ให้ นำความลับของผู้ให้ไปเปิดเผย เป็นต้น กรณีเช่นนี้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าเป็นการประพัตินเรคุณ แต่เมื่อมองว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ห้ามมิให้ผู้รับประพัตินเรคุณ อันหมายถึงมิให้กระทำการที่เป็นการออกตัญญูต่อผู้ให้แล้ว ย่อมหมายความว่า ผู้รับจะต้องรู้อุปการคุณของผู้ให้ มีความเป็นผู้สนองคุณผู้ให้ ดังนี้พออนุมานได้ว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นการเนรคุณต่อผู้ให้เช่นกัน แต่ผลของการเนรคุณในลักษณะนี้มีอาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ เนื่องจากการจะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้นี้จะต้องเป็นการเนรคุณตามมาตรา 531 คือ ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง และบอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ในเวลาที่ยุ่ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้ เท่านั้น

1.2.2 ผู้มีสิทธิถอนคืนการให้และวิธีการถอนคืนการให้

ก. ผู้ให้

สิทธิในการถอนคืนการให้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ให้ หากผู้ให้มีสิทธิตามทีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 แล้วมิใช่สิทธิเกิดถึงแก่ความตายไปก่อน โดยหลักแล้วสิทธิถอนคืนการให้ย่อมตกไปตามตัวผู้ให้ สิทธิในการถอนคืนการให้ไม่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทแต่อย่างใด เว้นแต่กรณีเข้ามาตรา 532⁶⁴

ข. ทายาทของผู้ให้

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพัตินเรคุณเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ให้ ถ้าผู้ให้ถึงแก่ความตายสิทธิในการถอนคืนการให้เป็นอันระงับไม่ตกแก่ทายาท แต่ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ทายาทของผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 532 ประกอบด้วย 2 กรณี คือ

(1) ผู้รับฆ่าผู้ให้ตายโดยเจตนาและไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากมิใช่เรื่องผู้รับให้ได้ฆ่าผู้ให้ตายทายาทก็จะเรียกถอนคืนการให้ไม่ได้ นอกจากนี้การกระทำความผิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากผู้รับให้ฆ่าผู้ให้อันเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่เข้าเหตุที่ทายาทจะเรียกถอนคืนการให้ เช่น หากผู้รับให้กระทำการป้องกันตนเองโดยสมควรแก่เหตุ

⁶⁴ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 9, น.403.

เนื่องจากผู้ให้จะฆ่าตน หรือผู้รับให้ได้ฆ่าผู้ให้ตายโดยประมาทเล็กน้อย เพราะมาตรา 532 มุ่งเน้นในกรณีที่ผู้รับการให้เป็นคนชั่ว เป็นคนไม่ดี เนรคุณต่อตัวผู้ให้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงภาวะจิตใจที่ไม่ดี ลำพังการประมาทเล็กน้อยของผู้รับให้ค้นหาได้เป็นไปในลักษณะดังกล่าวไม่ เพียงแต่ผู้รับให้กระทำการไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ดังนั้นทายาทของผู้ให้ไม่น่าจะมีสิทธิเรียกถอนคืนการให้ได้⁶⁵

(2) ผู้รับให้ได้กีดกันมิให้ผู้ให้ถอนคืนการให้ ซึ่งจะต้องมีเหตุที่ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้ได้แล้วเกิดขึ้นก่อน และผู้รับการให้กีดกันมิให้ผู้ให้ดำเนินการถอนคืนการให้ จนในที่สุดผู้ให้ตายไปโดยไม่สามารถเพิกถอนคืนการให้ ดังนั้น ทายาทของผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้

66

(3) ผู้ให้ฟ้องคดีถอนคืนการให้แล้วและตายไปในระหว่างคดี ทายาทของผู้ให้ยอมเข้าเป็นคู่ความแทนโดยจะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ค. วิธีการถอนคืนการให้

วิธีการถอนคืนการให้ของผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้ มิได้มีกฎหมายกำหนดวิธีการถอนคืนการให้ไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องทำอย่างไร แต่ในทางตำราต่างเห็นว่า การถอนคืนการให้สามารถกระทำได้โดยการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ เมื่อผู้ให้แสดงเจตนาถอนคืนการให้แล้ว ผลก็ย่อมเกิดขึ้นตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 534 ซึ่งหากผู้รับการให้ไม่ดำเนินตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ให้หรือทายาทย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนได้ การแสดงเจตนาถอนคืนการให้ต่อผู้รับที่อยู่เฉพาะหน้าย่อมมีผลนับตั้งแต่ผู้รับได้ทราบถึงการแสดงเจตนาถอนคืนการให้ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 แต่ถ้าเป็นการแสดงเจตนาถอนคืนการให้ต่อผู้รับที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาถอนคืนการให้ย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้แสดงเจตนาถอนคืนการให้ไปถึงผู้รับตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 หากผู้ให้ได้แสดงเจตนาต่อผู้รับขอถอนคืนการให้ หากผู้รับไม่ยอมคืนทรัพย์สินให้ ผู้ให้อาจฟ้องต่อศาล อันเป็นการแสดงเจตนาต่อศาล เพื่อให้ผลการถอนคืนการให้เกิดขึ้นจริงได้ด้วยการบังคับของกระบวนการยุติธรรม

1.2.3 ผลของการถอนคืนการให้

เมื่อมีการถอนคืนการให้แล้วผลย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 534 ที่บัญญัติว่า “เมื่อถอนคืนการให้ ท่านให้ส่งคืนทรัพย์สินตามบทบัญญัติ

⁶⁵ไพฑูริย์ เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.187.

⁶⁶เพ็งอ่าง, น. 88.

แห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยลามมิควรได้” ซึ่งมีผลกระทบต่อผู้รับให้และบุคคลภายนอกที่ได้รับทรัพย์สินหลังจากถอนคืนการให้ จะได้กล่าวถึงตามลำดับ ดังนี้

ก. ผลต่อผู้รับให้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 534 ผู้รับต้องส่งคืนทรัพย์สินแก่ผู้ให้ แต่การส่งคืนนี้ไม่ใช่การคืนในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะการถอนคืนการให้ไม่ใช่การบอกเลิกสัญญา ประกอบกับผลของการให้โดยเสนหาได้ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ตกไปเป็นของผู้รับไปเรียบร้อยแล้ว และผู้รับไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่จะคาดหมายได้ว่าผู้ให้จะมาเรียกทรัพย์สินคืนด้วย ดังนั้น ผู้รับจึงใช้อำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้อย่างเต็มที่ แม้ต่อมาผู้ให้จะมีสิทธิและได้ใช้สิทธิตามกฎหมายในการถอนคืนการให้ จึงส่งผลให้ผู้รับการให้ต้องส่งคืนทรัพย์สินในลักษณะของลามมิควรได้เท่านั้น⁶⁷

ข. ผลต่อบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินหลังจากถอนคืนการให้

สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ได้ทรัพย์สินหลังจากการถอนคืนการให้ อาจถูกกระทบกระเทือน ดังนี้

(1) กรณีทรัพย์สินที่ให้เป็นสิ่งหามิทรัพย์

บุคคลภายนอกผู้รับโอนสิ่งหามิทรัพย์ภายหลังที่มีการถอนคืนการให้ หรือภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาถอนคืนการให้ ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแต่อย่างใด แม้บุคคลภายนอกนั้นจะรับโอนโดยเสียค่าตอบแทนและสุจริต เพราะเมื่อมีการถอนคืนการให้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ได้กลับคืนสู่ผู้ให้แล้ว ผู้รับจึงไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

(2) ทรัพย์สินที่ให้เป็นสิ่งหามิทรัพย์หรือสิ่งหามิทรัพย์ชนิดพิเศษ

บุคคลภายนอกผู้รับโอนสิ่งหามิทรัพย์หรือสิ่งหามิทรัพย์พิเศษมาภายหลังที่มีการถอนคืนการให้หรือภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาถอนคืนการให้ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 และมาตรา 1300 ถ้ารับโอนทรัพย์สินมาโดยเสียค่าตอบแทนโดยสุจริตหรือจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตตามบทบัญญัติมาตรา 237 ให้สิทธิเจ้าหนี้ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่ลูกหนี้ทำไปโดยรู้ว่าทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบได้ ในเรื่องให้โดยเสนหา เมื่อผู้รับประพฤตินั้นคน ผู้ให้ชอบที่จะเพิกถอนการให้ได้นับแต่วันที่ทราบเหตุเนรคุณ และนับแต่นั้น ถือว่าผู้ให้อยู่ในฐานะเจ้าหนี้แล้ว จึงขอให้เพิกถอนการชำระได้ คู่ฎีกาที่ 1514-1515/2516, 1947/2523

⁶⁷ไพฑูริศ เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 419.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1514-1515/2516 โจทก์ยกที่ดินให้แก่จำเลยที่ 1 โดยเสนาหา ต่อมาจำเลยที่ 1 ประพฤติเนรคุณ โจทก์จึงมีสิทธิถอนคืนการให้จากจำเลยที่ 1 ก่อนโจทก์ยื่นฟ้องเรียกถอนคืนการให้ 1 วัน จำเลยที่ 1 ได้โอนขายที่ดินนั้นให้แก่จำเลยที่ 2 แต่การเพิกถอนการให้เพราะเหตุเนรคุณนั้น ผู้ให้ชอบที่จะเพิกถอนการให้ได้นับแต่วันทราบเหตุเนรคุณ จึงถือได้ว่าโจทก์อยู่ในฐานะเป็นเจ้าของและเป็นฝ่ายต้องเสียเปรียบจากการที่จำเลยที่ 1 ผู้เป็นลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 2 ไป แม้จำเลยที่ 2 จะได้รับโอนโดยมีค่าตอบแทน แต่จำเลยที่ 2 รู้อยู่แล้วว่าโจทก์กำลังเรียกเอาที่ดินพิพาทคืนจากจำเลยที่ 1 เพราะประพฤติเนรคุณ จึงมีสิทธิขอเพิกถอนการซื้อขายที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 กับที่ 2 ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1947/2523 จำเลยที่ 1 ด่าโจทก์ว่า โจทก์ประพฤติตัวไม่ดีเคยมีชู้ ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 หมิ่นประมาทโจทก์อย่างร้ายแรงตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531(2) โจทก์ถอนคืนการให้ได้ และเมื่อจำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมยกที่ดินพิพาทที่โจทก์ยกให้นั้นให้แก่จำเลยที่ 2 ที่ 3 ต่อไป เพื่อจะไม่ให้โจทก์เรียกคืนที่ดินพิพาทโดยรู้อยู่ว่าเป็นทางให้โจทก์เสียเปรียบ โจทก์ก็มีอำนาจฟ้องให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ตามมาตรา 237 หากจำเป็นที่โจทก์จะต้องเป็นเจ้าของนี้ตามคำพิพากษาในขณะที่จำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมนั้นไม่

ค. ผลต่อบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินก่อนถอนคืนการให้

สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินก่อนถอนคืนการให้นี้ไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เพราะขณะที่ผู้รับโอนทรัพย์สินให้บุคคลภายนอก ผู้รับยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้

1.2.4 เหตุยกเว้นของการถอนคืนการให้

การถอนคืนการให้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีเหตุยกเว้นของการถอนคืนการให้ ดังนี้

ก. เหตุยกเว้นเพราะเหตุเนรคุณ

เหตุที่เป็นข้อยกเว้นในการถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤติเนรคุณตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 535 ประกอบด้วยเหตุ 4 ประการ ดังนี้

(1) ให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้

การให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้มีความใกล้เคียงกับสัญญาต่างตอบแทน เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น จากการศึกษาพบว่ามีความเห็นในทางตำราและความเห็นของคำพิพากษาศาลฎีกา ไว้ดังนี้

1. ความเห็นในทางตำราเห็นว่าการให้เป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ เป็นการให้ในเชิงตอบแทนการที่ผู้รับให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้ให้หรือได้ออกแรงทำกิจการอันใดแก่ผู้ให้ซึ่งมีลักษณะที่เห็นได้ว่าไม่ใช่ทำกันให้เปล่า ๆ⁶⁸ และการให้แบบนี้ไม่ใช่การให้ค่าจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ เพราะการให้ค่าจ้าง (สินจ้าง) ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องชำระ ซึ่งถูกจ้างหรือผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องได้ตามกฎหมาย⁶⁹ นอกจากนี้บำเหน็จสินจ้างในที่นี้ต่างกับสินจ้างในสัญญาจ้างแรงงานหรือจ้างทำของเพราะสินจ้างในกรณีดังกล่าวเกิดโดยสัญญา แต่บำเหน็จสินจ้างในสัญญาให้ เป็นค่าตอบแทนที่บุคคลหนึ่งทำการให้แก่อีกบุคคลหนึ่งโดยไม่มีข้อตกลงไว้ก่อนว่าจะต้องให้สินจ้าง เช่น ค่าทิปที่ให้แก่ช่างตัดผม คนขับแท็กซี่ บริการในโรงแรมหรือร้านอาหาร⁷⁰ ให้เงินแก่หมอมือที่ทำการผ่าตัดให้ ให้เงินตอบแทนที่ช่วยเก็บกระเป๋าสตางค์ ให้กระเช้าของขวัญตอบแทนที่ช่วยนำไปส่งโรงพยาบาลเมื่อเราได้รับอุบัติเหตุ ให้ของขวัญตอบแทนน้ำใจที่ช่วยรดน้ำต้นไม้ให้เมื่อไม่อยู่บ้าน ให้ของขวัญตอบแทนที่ช่วยเปลี่ยนท่อประปาในบ้านให้ ให้ผลไม้ตอบแทนที่มาช่วยแก้ไขไฟฟ้าดับในบ้าน เป็นต้น

2. ความเห็นตามแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกา ได้วินิจฉัยไว้ เช่น ผู้ให้ยกที่ดินในส่วนของตนให้แก่ผู้รับเพราะผู้รับได้ชำระหนี้เงินกู้และไถ่ถอนจำนองที่ดินจากธนาคารให้ เป็นการให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้⁷¹ กรณีผู้ให้ยกที่ดินให้แก่ผู้รับโดยตกลงกันให้ ผู้ให้เก็บค่าเช่าในที่ดินได้จนกว่าจะถึงแก่กรรมและเมื่อผู้ให้ถึงแก่กรรมผู้รับก็จะออกค่าทำศพให้ เป็นการให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้⁷² ทั้งนี้ศาลตรวจจรรยาจิตติ ดิงศภักย์ ได้ให้ความเห็นท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 936/2522 กรณีโจทก์ยกที่ดินให้เพื่อตอบแทนในการที่จำเลยออกเงิน 26,000 บาท ชำระหนี้แทนโจทก์ โจทก์ฟ้องขอถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ ว่า เป็นเรื่องที่จำเลยใช้หนี้ 26,000 บาทแทนโจทก์ไปแล้ว โจทก์จึงยกที่ดินให้จำเลยเป็นการให้เพื่อตอบแทนการออกเงินใช้หนี้แทน เป็นมูลเหตุจูงใจเพราะจำเลยใช้หนี้แทนไป โจทก์จึงยกที่ดินให้จำเลย เป็นการให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้

⁶⁸ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 351.

⁶⁹ เดือน จิตรกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 121.

⁷⁰ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39, หน้า 333.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4791/2540 (สงเสริม), น.1875.

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3020/2537 (สงเสริม), น. 862.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2982/2526 โจทก์ให้ที่พิพาทแก่จำเลยเพราะให้จำเลยชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แทนโจทก์ แม้การให้ดังกล่าวจะมีใช่เป็นการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญาต่างตอบแทนโดยตรง และถือไม่ได้ว่าเป็นการให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพันตามมาตรา 535 (2) ก็เป็นการให้เพื่อเป็นบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ตามมาตรา 535 (1) การให้เช่นนี้จะถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 5791/2540⁷³ โจทก์ยกที่ดินเฉพาะส่วนของโจทก์ที่ถือกรรมสิทธิ์ร่วมกับจำเลยให้จำเลยเพราะจำเลยได้ชำระหนี้เงินกู้และได้ถอนจำนวนที่ดินจากธนาคารซึ่งเป็นหนี้ที่โจทก์ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ของโจทก์ฝ่ายเดียว ถือได้ว่าเป็นการให้เพื่อบำเหน็จสินจ้างโดยแท้ โจทก์จึงถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ ตามมาตรา 535 (1)

(2) ให้สิ่งที่มีค่าภาระติดพัน

ภาระติดพัน หมายถึง ภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหรือหน้าที่ที่จะต้องยอมรับเป็นระยะเวลาต่อเนื่องกัน เนื่องจากการยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น ซึ่งต่างจากเงื่อนไขซึ่งเป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่มีลักษณะเป็นภาระหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเป็นการต่อเนื่อง⁷⁴ โปรดดูหัวข้อ 1.1 ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน หน้า 19-31

(3) ให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเป็นสภาพของการให้หรือเหตุผลพิเศษของการให้โดยเสน่หาตามมาตรา 521⁷⁵ ที่ถึงแม้ผู้รับจะประพฤตินेरคุณ แต่ถ้าขณะให้โดยเสน่หา นั้น เป็นเหตุผลว่าได้ให้ไปโดยหน้าที่ธรรมจรรยา ผู้ให้ก็ไม่อาจถอนคืนการให้ได้ ซึ่งจวบจนปัจจุบันนับแต่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ขึ้นมาใช้เมื่อ พ.ศ. 2468 และได้บัญญัติข้อยกเว้นเหตุถอนคืนการให้ในมาตรา 535 (3) ว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยานั้น ไม่สามารถถอนคืนการให้ได้ ก็ยังไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจนว่าเป็นประการใด มีความหมายที่แท้จริงว่าอย่างไร และศาลก็ไม่ได้พิจารณาว่าอย่างไรเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาอย่างชัดเจน มีเพียง

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 5791/2540 (เนติ.) น.1875.

⁷⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 ฉบับปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.115.

⁷⁵ มาตรา 521 อันว่าการให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนโดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1584/2497⁷⁶ และคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2502⁷⁷ เท่านั้นที่วินิจฉัยว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ผู้เขียนจึงพยายามที่จะศึกษาโดยพิจารณาจากความคิดเห็นของนักกฎหมาย แนวคำพิพากษาฎีกา ความเห็นของผู้รู้ นักวิชาการในสาขาต่าง ๆ รวมถึงการนำหลักพุทธศาสนา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาสนาและกฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่คู่กันเสมอ เนื่องด้วยเมื่อมีมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคม ทุกคนย่อมต้องประพฤติปฏิบัติตนให้ดี ให้อยู่ในกรอบของศีลธรรม เมื่อต้องการให้คนในสังคมประพฤติดี ก็ย่อมต้องมีกฎหมายออกมาใช้บังคับ เพื่อให้คนอยู่ในศีลธรรมนั่นเอง โดยผู้เขียนจะขอนำแนวความคิดต่าง ๆ ที่เห็นว่าสำคัญมาประมวลเข้าเพื่อให้เป็นแนวทางเดียวกัน ให้มีความหมายที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกันที่สุด เพื่อประโยชน์ต่อการพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา จากการศึกษาแนวความเห็นทางตำรา คำพิพากษาฎีกา รวมถึงหลักการในพุทธศาสนา ต่างให้ความคิดเห็น ดังนี้

1. แนวความคิดเห็นในทางตำรา

ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ได้อธิบายไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1146-1147/2503 ว่า หมายถึงการให้เงิน หรือสิ่งของที่จำเป็นประจำวันในการครองชีพ เช่น เสื้อผ้า ค่าหม้อ ค่ายา⁷⁸

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1561/2524 กรณีมารดายกที่ดินให้บุตร เพื่อเอาไปทำมาหาเลี้ยงชีพ ไม่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา โดยหมายเหตุว่า หน้าที่ทางศีลธรรมในความสัมพันธ์ฉันบุพการีกับผู้สืบสันดานย่อมมีอยู่เป็นปกติธรรมดา ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้กับผู้รับ แม้จะใกล้ชิดแน่นแฟ้นปานใด เช่น ความสัมพันธ์ฉันบุพการีกับผู้สืบสันดาน ก็ไม่ได้หมายความว่ากรให้นั้นจะเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเสมอไป⁷⁹ และหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2523 ว่าหน้าที่

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1584/2494 วินิจฉัยว่า ผู้ปกครองของเด็กที่จ่ายเงินให้แก่เด็กเป็นค่าเสื้อผ้า ค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ด และค่ารักษาโรคถือว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา จะเรียกเงินเหล่านี้คืนไม่ได้

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 104/2502 วินิจฉัยว่า บิดามารดายกที่ดินให้กับ จ ซึ่งเป็นบุตรคนหนึ่ง และได้สั่งให้ จ. แบ่งที่ดินให้กับ ล. ซึ่งเป็นบุตรอีกคนหนึ่ง เมื่อ จ. ได้แบ่งที่ดินให้กับ ล. ตามคำสั่งของบิดามารดาแล้ว จ. จะถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ เพราะเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1146-1147/2503 (เนติ.) น. 1172.

⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1561/2524 (เนติ.) น.1569.

ตามธรรมเนียมจรรยาบรรณนั้นไม่มีกฎหมายกำหนด เป็นแต่ความรู้สึกลึกซึ้งผูกพันทางศีลธรรมเท่านั้น บทกฎหมายที่ใกล้เคียงคือมาตรา 403⁸⁰ ซึ่งสันนิษฐานไว้ก่อนในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าการที่บุพการี บำรุงรักษาผู้สืบสันดานเป็นทางอุปการะก็ดี หรือกลับกันเป็นทางปฏิการะก็ดี เป็นนการกระทำโดยไม่มีเจตนาให้มีการชดใช้คืน กรณีเช่นนี้ แล้วแต่ข้อเท็จจริงว่ามีความรู้สึกลึกซึ้งผูกพันทางจิตใจที่ควรทำระหว่างกันโดยไม่ประสงค์ให้มีหนี้ที่จะต้องชดใช้ทดแทนคืนหรือไม่ กรณีให้ทรัพย์คืนกันระหว่าง บุพการีและผู้สืบสันดานก็คงเป็นได้อย่างมากก็แต่ข้อสันนิษฐาน และสันนิษฐานเมื่อเป็นที่สงสัย มิใช่ถือเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมเนียมจรรยาเสมอไป⁸¹

ศาสตราจารย์ ดร. ไผทชิต เอกจริยกร ได้อธิบายว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมเนียมจรรยา หมายถึง การให้ในกรณีที่ผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ แต่มีหน้าที่หรือความรู้สึกลึกซึ้งผูกพันตามศีลธรรมที่จะทำเช่นนั้น เช่น นายทรัพย์ยกที่ดิน 1 แปลง จำนวน 2 ไร่ ให้แก่บุตรชายซึ่งบรรลุนิติภาวะ เพื่อปลูกบ้านอยู่อาศัยและทำไร่นาสวนผสม เนื่องจากบุตรชายยากจนมากไม่มีที่อยู่และที่ทำกิน เช่นนี้ถือว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมเนียมจรรยา⁸²

รองศาสตราจารย์ ดร. ศันนัทภรณ์ โสคติพันธ์ ได้อธิบายว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมเนียมจรรยา เป็นการให้เพราะผู้ให้ไม่มีหนี้หรือหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องให้ หากไม่ให้กฎหมายก็บังคับไม่ได้ เพราะไม่ใช่หนี้หรือหน้าที่ทางกฎหมาย เพราะมีหนี้ทางใจนี้เองที่ทำให้แม้ผู้รับจะประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้ ผู้ให้ก็ไม่สามารถขอลงคืนการให้ได้⁸³

อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์ ให้ความหมายในแนวทางเดียวกันว่า หมายถึงการให้โดยผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ เป็นเพียงหน้าที่ทางศีลธรรม เช่น หนี้ที่ขาดอายุความฟ้องร้อง ลูกหนี้ที่มีหน้าที่ธรรมเนียมจรรยาที่จะใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ เพราะลูกหนี้เอาเงินของ

⁸⁰ มาตรา 403 ถ้าผู้จัดการมิได้มีบุพพเจตนาจะเรียกให้ตัวการชดใช้คืน ผู้จัดการก็ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องเช่นนั้น

การที่บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย บำรุงรักษาผู้สืบสันดานเป็นทางอุปการะก็ดี หรือกลับกันเป็นทางปฏิการะก็ดี เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีเจตนาจะเรียกให้ผู้รับประโยชน์ชดใช้คืน

⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2523 (เนติ.) น.1511-1512.

⁸² ไผทชิต เอกจริยกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 352.

⁸³ ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 391.

เจ้าหนี้ไปจริง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 408 (3) ใช้คำว่าชำระหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม แม้จะใช้คำต่างกัน แต่ภาษาอังกฤษใช้คำว่า moral duty เหมือนกัน⁸⁴

พระมนูภาคินิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน) อธิบายว่าหมายความว่า การไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ แต่มีหน้าที่ตามศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น บิดาให้ทรัพย์สินแก่บุตรที่เกิดทางลับซึ่งตนไม่รับว่าเป็นบุตร หรือเช่นผู้ให้รู้สึกว่าคุณได้ทรัพย์ของผู้อื่นมา โดยทางที่ผิดศีลธรรม จึงคืนให้แก่เจ้าของเสีย⁸⁵

อาจารย์สุวิทย์ นิ่มน้อย อธิบายว่า เป็นการให้ในกรณีที่ผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องให้ แต่มีหน้าที่ตามหลักศีลธรรม เช่น การให้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป เช่น บิดามารดาให้ค่าใช้จ่ายในการศึกษาเล่าเรียนแก่บุตร ให้เสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่มแก่บุตร บุตรให้เงินบิดามารดาเป็นค่าใช้จ่าย ค่าเช่าบ้าน แต่ไม่รวมถึงการที่บิดาให้ที่ดินที่มีราคาแพงแก่บุตร หรือให้ทรัพย์สินส่วนใหญ่แก่บุตรสาวผู้เดียว บุคคลอื่น ๆ ไม่ได้⁸⁶

อาจารย์อัมพร จันทรวิจิตร ยกตัวอย่างว่าเป็นกรณีลูกหนี้ (ผู้ให้) ใช้หนี้ที่ขาดอายุความแล้วให้เจ้าหนี้ (ผู้รับ) บิดามารดาให้ค่าใช้จ่ายในการศึกษาเล่าเรียนแก่บุตรธิดา⁸⁷

อาจารย์วิริยะ เกิดศิริ ได้กล่าวไว้ว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา เป็นความรู้สึกทางจิตใจว่า จะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เขา ข้อนี้ได้แก่การให้ซึ่งผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ แต่มีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องให้เขา เช่น หนี้ที่ขาดอายุความแล้วเจ้าหนี้จะไปฟ้องร้องเรียกคืนจากลูกหนี้ไม่ได้ แต่ลูกหนี้รู้สึกว่าเป็นสิ่งที่จะต้องใช้หนี้แก่เจ้าหนี้⁸⁸

อาจารย์มาลี สุรเชษฐ อธิบายว่าหมายถึงการให้ซึ่งผู้ให้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องให้ แต่ผู้ให้ให้เพราะมีความสำนึกในทางศีลธรรมว่าควรให้ เช่น

⁸⁴ ปรีชา สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 20, น.758

⁸⁵ พระมนูภาคินิมลศาสตร์ (ชม จามรมาน), *อำมาตย์เอก, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 8, น. 55.

⁸⁶ สุวิทย์ นิ่มน้อย, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 41, น. 257-258.

⁸⁷ อัมพร จันทรวิจิตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 24, น. 108-109.

⁸⁸ วิริยะ เกิดศิริ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 2, น. 131-132.

น้ำเลี้ยงหลานมาจนโต หลานทำงานได้แล้ว เห็นน้ำจูงให้เงินน้ำไว้ใช้ 20,000 บาท ถือว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา⁸⁹

ท่านทวี กสิยพงศ์ ได้ให้ความเห็นในที่ประชุมใหญ่คำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2523ว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ตรงกับการชำระหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม มาตรา 408 (3) เนื่องจากใช้ภาษาอังกฤษคำเดียวกัน คือ Moral Duty (หน้าที่ธรรมจรรยา) Moral Obligation (หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม) ซึ่งหนี้ตามศีลธรรม คือหนี้ที่ฟ้องทางโรงศาลไม่ได้ แต่เป็นหนี้ที่ผูกพันทางศีลธรรม คือ 1. หนี้แห่งกตัญญูตเวทิตาธรรม การมุ่งตอบแทนผู้มีบุญคุณ เช่น คนที่พยาบาลเรายามเจ็บไข้ คนที่ช่วยลูกของเราจากการจมน้ำ 2. หนี้แห่งสุจริตธรรม การชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แม้หนี้นั้นจะขาดอายุความหรือขาดหลักฐานการฟ้องร้อง 3. หนี้ศีลธรรมทางเพศ ได้แก่ การเลี้ยงดูบุตรนอกกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 58/2497 การให้ตามสมควรในทางศีลธรรม) 4. หนี้บุญกุศล เป็นหนี้ทางสังคม ตามอัธยาศัยในสังคม เช่น ให้ในงานศพ วันเกิด⁹⁰

จากแนวความคิดของนักกฎหมายแต่ละท่านข้างต้น สรุปได้ว่า ความหมายของการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา มีลักษณะดังนี้

1.1 การให้ที่ไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมาย
1.2 การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา นั้นจะต้องเป็นการให้ที่พอสมควรแก่ฐานานุรูป ให้เพื่อการดำรงชีวิตปกติ เช่น เสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม ค่าเล่าเรียน เป็นต้น

1.3 ความสัมพันธ์ฉันบุพการีและผู้สืบสันดาน ไม่อาจนำมาพิจารณาการให้ระหว่างกันว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเสมอไป

2. แนวความคิดเห็นของคำพิพากษาศาลฎีกา แยกได้ ดังนี้

2.1 กรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ได้แก่

⁸⁹ มาลี สุรเชษฐ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายพาณิชย์ 1 หน่วยที่ 8-15 (ฉบับปรับปรุง) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2548, น. 32.

⁹⁰ ประภาศน์ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, 2536), น. 1611.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1584/2497 วินิจฉัยว่า ผู้ปกครองของเด็กที่ จ่ายเงินให้แก่เด็กเป็นค่าเสื้อผ้า ค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ด และค่ารักษาโรคถือว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ ธรรมจรรยา จะเรียกเงินเหล่านี้คืนไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 104/2502 วินิจฉัยว่า บิดามารดายกที่ดิน ให้กับ จ. ซึ่งเป็นบุตรคนหนึ่ง และได้ส่งให้ จ. แบ่งที่ดินให้กับ ล. ซึ่งเป็นบุตรอีกคนหนึ่ง เมื่อ จ. ได้ แบ่งที่ดินให้กับ ล. ตามคำสั่งของบิดามารดาแล้ว จ. จะเพิกถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ เพราะเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

2.2 กรณีที่วินิจฉัยว่าไม่ใช่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1146-1147/2503 วินิจฉัยว่า จำเลยเป็น บุตรสาวปรนนิบัติโจทก์ผู้เป็นบิดาแต่ผู้เดียว พี่น้องคนอื่น ๆ ไปเรียนหรือไปอยู่ต่างจังหวัดกันหมด โจทก์ให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นจำนวนมาก ราคาสูงและเป็นทรัพย์สินส่วนใหญ่แก่จำเลยผู้เดียว ส่วน บุตรคนอื่น ๆ ไม่ได้ ไม่ใช้การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา⁹¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 1680/2517 วินิจฉัยว่า มารดายกที่ดินจำนวน มาก ราคาสูงให้แก่บุตรซึ่งมีอาชีพและครอบครัวเป็นหลักฐานแล้ว ไม่เป็นการให้โดยหน้าที่ ธรรมจรรยา⁹²

คำพิพากษาฎีกาที่ 1561/2524 วินิจฉัยว่า มารดายกที่ดินให้บุตร เพื่อเอาไปทำมาหาเลี้ยงชีพ ขณะยกที่ดินให้บุตรนั้นก็ไดยกที่ดินแปลงอื่น ๆ ให้แก่บุตรคนอื่น ด้วย เพื่อทำมาหาเลี้ยงชีพ ไม่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาซึ่งมารดาไม่มีหน้าที่ธรรมจรรยาต้องทำ เช่นนั้น⁹³

คำพิพากษาฎีกาที่ 3880/2540 วินิจฉัยว่า โจทก์จดทะเบียนยก ที่ดินให้แก่จำเลยผู้เป็นบุตรเพื่อไปทำมาหาเลี้ยงชีพ เป็นการให้โดยเสนหา ไม่ใช่เป็นการให้โดย หน้าที่ธรรมจรรยา เพราะโจทก์ไม่มีหน้าที่ตามธรรมจรรยาที่ต้องกระทำเช่นนั้น⁹⁴

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่า ศาลได้พิจารณา พิพากษากรณีที่มีการขอถอนคืนการให้โดยเสนหาว่าการที่บิดามารดา ผู้บุพการียกที่ดินให้บุตร

⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1146-1147/2503 (เนติ.) น.1172.

⁹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1680/2517 (เนติ.) น.1247.

⁹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1561/2524 (เนติ.) น.1569.

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3380/2540 (เนติ.) น.1147.

ไม่เป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา บิดามารดาผู้บุพการีมีหน้าที่เพียงเลี้ยงดู ในขณะที่คำพิพากษาฎีกาตามบทบัญญัติในบรรพ 5 กลับพิจารณาว่าการยกให้ที่ดินแก่บุตรหลานเป็นการให้ตามสมควรในทางศีลธรรมอันดี แต่คำพิพากษาฎีกาที่ 4433/2536 วินิจฉัยว่าการยกที่ดินให้แก่บุตรและหลานเป็นการให้โดยเสน่หา ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เพราะมิใช่การให้ตามสมควรในทางศีลธรรมอันดี จะเห็นได้ว่าการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา นั้นเป็นดุลพินิจของศาลแต่ละท่านว่าพิจารณาอย่างไร ซึ่งไม่มีบรรทัดฐานเดียวกัน แต่ข้อสังเกตหนึ่งก็คือศาลจะพิจารณาว่าการยกให้ นั้นเป็นกรณีให้ผู้ให้มีทรัพย์มากมายหรือไม่ถ้าให้แล้วยังเหลือทรัพย์ของตนอยู่ก็ถือได้ว่าเป็นการให้ในทางศีลธรรมอันดีดังคำพิพากษาฎีกาที่ 2391-2393/2517 และ 413/2518

แนวความคิดตามหลักพุทธศาสนา

ท่านพุทธทาสภิกขุ กล่าวไว้ว่า ศีลธรรมและจริยธรรมเป็นเรื่องที่ไม่ควรเอามาปนกัน ศีลธรรม ควรใช้คำว่า Moral หรือ Morality เพราะหมายถึงเรื่องที่เป็นคำสั่งให้ประพฤติ หรือประพฤติแล้ว เป็นสิ่งที่ต้องทำจริง ๆ สำหรับปัญหาเฉพาะหน้าเป็นเรื่อง ๆ ไป ส่วนคำว่าจริยธรรม ควรใช้คำว่า Ethics เพราะตามตำราแล้ว จะหมายถึง Philosophy of Morality ในขณะที่ จริย หมายถึง ความประพฤติ ฟังประพฤติ ซึ่งเรื่องนี้เป็นสิ่งที่ต้องถกเถียงกันอีกมากว่า อะไรคือสิ่งที่ควรประพฤติ หรือต้องประพฤติ⁹⁵

พระธรรมปิฎก (ป.ย.ปยุตโต) กล่าวว่า ธรรมเป็นสิ่งที่จริง สิ่งที่มีอยู่ตามธรรมดาตามปกติ ตามธรรมชาติ เพราะฉะนั้นจะใช้คำว่า morality ไม่ได้ เพราะไม่ได้กินความหมายที่ลึกซึ้งขนาดนั้น⁹⁶

สมเด็จพระสังฆราชเจ้ากรมหลวงวชิรญาณวงศ์ กล่าวว่าธรรมเป็นกฎธรรมดาที่คงตัวอยู่เสมอ⁹⁷

⁹⁵พุทธทาสภิกขุ, ศีลธรรมกับมนุษยโลก, (กรุงเทพมหานคร: ธรรมทานมูลนิธิ, 2520), น. 25.

⁹⁶พระธรรมปิฎก (ป.ย.ปยุตโต), นิติศาสตร์แนวพุทธ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพุทธธรรม, 2541), น. 14.

⁹⁷สมเด็จพระสังฆราชเจ้ากรมหลวงวชิรญาณวงศ์, ทศพิชราชธรรมและหลักพระพุทธศาสนา, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2516), น. 71.

พระเทวินทร์ เทวินโท ธรรมคือสภาพที่ทรงไว้ ดำเนินไปตาม กระบวนการของธรรมดา การประพฤติตามกฎของศีลธรรม การสร้างความสัมพันธ์ที่ดีใน ครอบครัว⁹⁸

ความเห็นของนักธรรมทางพุทธศาสนาหลายท่านมองว่า ธรรม หมายถึง ธรรมดา ปกติ ธรรมชาติ เป็นกฎธรรมดาที่คงตัวเสมอ เป็นสภาพที่ทรงไว้ ในขณะที่ ศีลธรรม หมายถึงสิ่งที่ต้องประพฤติตามที่ตั้งไว้ เพื่อความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวและสังคม

ความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542⁹⁹

ธรรม	หมายถึง คุณความดี ความจริง ความถูกต้อง
จรรยา (จริยา)	หมายถึง ความประพฤติ กิริยาที่ควรประพฤติ
ธรรมจรรยา	หมายถึง การประพฤติที่ถูกต้อง ธรรม การประพฤติที่เป็นธรรม

พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมและความหมายตามหลัก พระพุทธศาสนาแล้ว พอจะสรุปได้ว่าในทางพุทธศาสนาและความหมายคำภาษาไทย ธรรมจรรยาหมายถึงความประพฤติที่เป็นคุณความดี เป็นความถูกต้อง เป็นสิ่งธรรมดาทั่วไปที่ ควรปฏิบัติ

แนวความคิดเห็นอื่น ๆ

ประกาศรี สี่ห้าไฟ กล่าวว่าจริยธรรม หมายถึง หลักความ ประพฤติที่อบรมกิริยาและปลูกฝังลักษณะนิสัย ให้อยู่ในครรลองคลองธรรมของคุณธรรมหรือ ศีลธรรม คุณค่าทางจริยธรรมชี้ให้เห็นความเจริญของงามในการดำรงชีวิตอย่างมีระเบียบแบบ แผนตามวัฒนธรรมของบุคคลที่มีลักษณะทางจิตใจที่ดีงาม อยู่ในสภาพแวดล้อมที่นำมาให้ บุคคลมุ่งทำความดี ละเว้นความชั่ว มีแนวทางความประพฤติอยู่ในเรื่องความดี ความ ถูกต้อง ความควรในการปฏิบัติตนเพื่ออยู่ในสังคมได้อย่างสงบเรียบร้อย และเป็นประโยชน์ต่อ ผู้อื่น มีคุณธรรมและมโนธรรมที่จะสร้างความสัมพันธ์อันดี โดยมีสำนึกที่จะใช้สิทธิ และหน้าที่ ของตนตามค่านิยมที่พึงประสงค์¹⁰⁰

⁹⁸เทวินทร์ เทวินโท, พุทธจริยศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร :สมิตร พรินติ้ง, 2544), น.13.

⁹⁹พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์ พับลิเคชันส์, 2546) น. 289, 553.

¹⁰⁰ประกาศรี สี่ห้าไฟ, พื้นฐานการศึกษาทางศาสนาและจริยธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น.7.

สุชาติ ประสิทธิ์รัฐสินธุ์ กล่าวไว้ว่า จริยธรรมหมายถึงความถูกต้อง ดีงาม สังคมทุกสังคมจะกำหนดกฎเกณฑ์ กติกา บรรทัดฐานของตนเองว่าอะไรคือสิ่งที่ดีงาม สิ่งที่เป็นความดีความถูกต้องในความคิดแต่ละคนจึงขึ้นอยู่กับพื้นฐานการอบรมขัดเกลาของบุคคลใน สังคมนั้น ๆ¹⁰¹

วไลทิพย์ หงษ์ไทย จริยธรรม คือ หลักเกณฑ์ประพฤติดปฏิบัติที่มี มาจากเหตุผลการตัดสินใจของผู้ปฏิบัติ ผู้ปฏิบัติมีสิทธิที่จะตัดสินใจประพฤติดปฏิบัติอย่างเป็นทางการ หรือไม่เป็นทางการก็ได้ ไม่มีกฎหมายควบคุมที่เป็นหลักเกณฑ์ของความผิด¹⁰²

โคลเบอร์ก ได้ให้ความหมายของคำว่าจริยธรรมไว้ว่า เป็น ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี เป็นเกณฑ์และมาตรฐานของความประพฤติปฏิบัติของสังคมซึ่งบุคคลจะ พัฒนาขึ้นจนกระทั่งมีจริยธรรมของตนเองโดยอาศัยเกณฑ์จากสังคมเป็นสิ่งตัดสินว่าการกระทำนั้น ถูกหรือผิด¹⁰³

สำหรับแนวความคิดเห็นในเรื่องจริยธรรมนี้ ก็คงสรุปได้ในแนวทาง เดียวกันกับแนวความคิดต่างๆ ที่หยิบยกขึ้นมาข้างต้น กล่าวคือแนวความคิดที่ว่า หมายถึงสิ่งที่ ควรปฏิบัติ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ต้องอาศัยกฎเกณฑ์ทางสังคมเป็นผู้ตัดสิน

จากการศึกษาพบว่ามีเพียงบทบัญญัติตามประกาศคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด จากญาติหรือบุคคลที่ให้แก่กันโอกาสต่างๆ โดยปกติ ตามธรรมเนียม ประเพณี หรือวัฒนธรรม หรือให้แก่กันตามมารยาทที่ปฏิบัติกันมาในสังคม และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการให้หรือ รับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544 ที่ได้วางระเบียบเพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การ ปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้ของขวัญและรับของขวัญ ไว้เป็นการถาวร มีมาตรฐาน เดียวกันและชัดเจน เพื่อเสริมมาตรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ เฉพาะในส่วนที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไม่ได้กำหนดไว้

¹⁰¹สุชาติ ประสิทธิ์รัฐสินธุ์, จริยธรรมทางวิชาการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2539), น. 3.

¹⁰²วไลทิพย์ หงษ์ไทย, “จริยธรรมทางวิชาชีพต่อการปฏิบัติงานของนักสังคม สงเคราะห์ในสังกัดกรุงเทพมหานคร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 11.

¹⁰³Kohlberg, L., Moral Development and Behavior. (New York: Rinchart and Winston, Inc., 1976), p. 34.

โดยให้ความหมายของคำว่าปกติประเพณีนิยมว่าหมายถึง เทศกาลหรือวันสำคัญ ซึ่งอาจมีการให้ของขวัญกัน และให้หมายความรวมถึงโอกาสในการแสดงความยินดี การแสดงความขอบคุณ การต้อนรับ การแสดงความเสียใจ หรือการให้ความช่วยเหลือตามมารยาท ที่ถือปฏิบัติกันในสังคมด้วย

ตามความหมายข้างต้นเป็นการจำกัดความให้แก่ขบถมาเพียงเฉพาะหมายถึงการรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน ในโอกาสพิเศษต่าง ๆ ซึ่งไม่อาจจะนำมาใช้ได้กับบทบัญญัติในมาตรา 535 (3) ซึ่งหมายถึงประชาชนทั่วไป

จากแนวความคิดเห็นในสาขาต่างๆ จึงสรุปได้ว่าการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเป็นการให้โดยมีหน้าที่ตามปกติธรรมดาที่คนทั่วไปต้องทำ เช่น การอยู่ร่วมกัน เป็นธรรมดาที่ต้องช่วยเหลือกัน ประสบอุทกภัย วาตภัย เราก็ยื่นมือเข้าช่วย โดยไม่ต้องมีกรอบของข้อปฏิบัติอะไรมากำหนดให้ทำ เช่น กรณีเห็นผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน ยากจน ขัดสน ก็เข้าไปให้ความช่วยเหลือ ไม่ว่าจะเป็นการให้เงิน ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่เห็นว่าผู้รับนั้นสมควรที่จะต้องได้รับสิ่งเหล่านี้ ซึ่งคงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปตามข้อเท็จจริง

จากที่ได้รวบรวมความหมายและแนวคิดต่างๆ ประมวลเข้าด้วยกันแล้ว การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาคือการให้โดยเสน่หาตามบทบัญญัติของมาตรา 521 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือมีคู่สัญญาสองฝ่าย ที่เรียกว่าผู้รับและผู้ให้ โดยผู้ให้ไม่ประสงค์ได้ค่าตอบแทน ผู้รับมีเจตนารับ มีการส่งมอบครบทุกกระบวนการของการให้โดยเสน่หา เมื่อเป็นสัญญาไม่มีค่าตอบแทน จึงไม่อาจมองว่ามีหนี้ที่ต้องตอบแทนกันแม้จะเป็นหนี้ทางศีลธรรมก็ไม่ใช่ ผู้เขียนมองว่าเมื่อมีเจตนาขณะให้ถือว่าผู้ให้มีความประสงค์โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับ เป็นความประสงค์ที่บริสุทธิ์ ว่างเปล่า ไม่มีความคิดว่าผู้รับจะต้องทำอะไรตอบแทน อาจมีหวังว่าผู้รับจะยินดี เป็นการสร้างมิตรภาพอย่างหนึ่ง หรือหวังว่าในอนาคตหน้าอาจนึกถึงเราหรือมีอะไรให้เราบ้าง แต่ก็เห็นเรื่องในอนาคตที่ไม่เกี่ยวกับการให้ครั้งนี้ เพราะการให้สมบูรณ์แล้วเมื่อส่งมอบ และไม่มีหนี้ต่อกัน เช่นนี้ผู้รับควรต้องมีศีลธรรมมีความรู้สึกสำนึกบุญคุณว่าต้องประพฤติดี ตอบแทนความมีน้ำใจของผู้ให้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ถอนคืนการให้ได้ถ้าผู้รับประพฤติเนรคุณ แต่ประเด็นปัญหามีว่าข้อมูลเอกสารเหตุผลของคณะกรรมการร่างกฎหมายของไทยในบทบัญญัติมาตรานี้ได้สูญหายไป ผู้เขียนจึงได้นำแนวความคิดต่าง ๆ มาเป็นแนวทางในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้ โดยสรุปความแล้ว ยังคงเห็นว่าข้อยกเว้นเหตุถอนคืนการให้ในมาตรา 535 ซึ่งบัญญัติไว้ 4 ประการนี้ ในมาตรา 535 (3) เป็นบทบัญญัติที่ยากต่อการตีความและนำมาปรับใช้ เนื่องจากเป็นรูปธรรมที่ต้องพิจารณาอย่างลึกซึ้งซึ่งว่าอย่างไรเป็นการ

ให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ในขณะที่ (1) (2) และ (4) เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมเห็นได้ชัดเจนไม่ต้องตีความ

ผู้เขียนเห็นว่าคำว่าหน้าที่ และคำว่าธรรมจรรยา ไม่ควรมาอยู่รวมกันเพราะหน้าที่เป็นสิ่งที่มีการกำหนดหรือบัญญัติไว้โดยกฎหมายหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ว่าต้องทำอะไร เป็นคำพูดที่ใช้แล้วมีลักษณะในเชิงบังคับ ในขณะที่ ธรรมจรรยา หมายถึงสิ่งที่ควรประพฤติปฏิบัติโดยเราเป็นผู้กำหนดเอง หรือสังคมจารีตประเพณีเป็นตัวกำหนด เป็นสิ่งที่อยู่ในสามัญสำนึกความดีของแต่ละคน จึงเป็นอิสระที่จะกระทำ จริงอยู่ที่อาจจะมีการใช้คำว่าหน้าที่ให้พบเห็นอยู่ทั่วไป เช่น หน้าที่ของประชาชนคนไทยทุกคนที่ต้องรักษาเอกราชอธิปไตย ฯลฯ แต่ในทางกฎหมายแล้วไม่ควรนำคำว่าหน้าที่มาใช้ร่วมกับคำว่าธรรมจรรยาซึ่งเป็นความหมายในลักษณะของนามธรรม

นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตรา 535 (3) นี้ มองได้ว่าเป็นเพียงบทบัญญัติที่จำเลยมักจะนำมาอ้างเพื่อไม่ให้ถอนคืนการให้ ขณะเดียวกันอาจมองได้ว่าศาลก็จะพิจารณาโดยไม่ไปตีความคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยาแต่อย่างใด คงยึดแนวคำพิพากษาฎีกาในอดีตรวมทั้งคำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2523 ว่าการให้ระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน หรือการให้ทรัพย์สินในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่เข้ามาตรา 535 (1), (2) และ (4) แล้วเป็นการให้โดยเสน่หาทั้งสิ้น จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้นำมาใช้แต่อย่างใด

ข้อยกเว้นการถอนคืนการให้ตามมาตรา 535 (1), (2) และ (4) เป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติ เมื่อให้แล้วจะจบลงไปตรงนั้น เป็นการให้ในสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เป็นรูปธรรม เห็นได้ชัดเจน ให้ในโอกาสวาระใดวาระหนึ่ง ในเวลาใดเวลาหนึ่ง ในระยะเวลาที่ใกล้ชิดมีผลต่อเนื่องกัน แต่การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเป็นสิ่งที่มิตัดตัวอยู่ตลอดไป การบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ได้ความยุติธรรมที่แท้จริง จะเป็นการดีหากจะบัญญัติกฎหมายที่สามารถเห็นเป็นรูปธรรมได้ หากจะนำมาพิจารณาว่าบทบัญญัติที่เป็นนามธรรมอื่นที่เห็นได้ในตัวบทกฎหมาย เช่น ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยายังต้องตีความให้ลึกซึ้งกว่า เพราะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดียังเป็นสิ่งที่มีกรอบระเบียบ แต่ธรรมจรรยาเป็นสิ่งที่ต้องมองให้เห็นถึงความถูกต้องทั้งหมด ประกอบกับบทบัญญัติในเรื่องนี้เห็นว่าเป็นเรื่องง่ายหากจะตัดบทบัญญัติในมาตรานี้ทิ้งไปเสีย เพราะเป็นข้อยกเว้นการถอนคืนการให้ ซึ่งมีเหตุผลที่นำมาประกอบได้ว่าการเนรคุณก็คืนความช่วยเหลืออย่างหนึ่งของคน เมื่อผู้รับประพาศติชั่ว ไม่รู้สำนึกบุญคุณแล้ว ก็อย่าได้ไปให้ความเป็นธรรมแก่เขาเลย

กรณีที่มีแนวความคิดเห็นว่าการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ก็คือให้ ในทางศีลธรรม ก็ยังไม่อาจอธิบายความได้ชัดเจนนักเพราะศีลธรรมเป็นสิ่งที่กำหนดตายตัวเป็น ข้อ ๆ ลงไป เช่นว่า ศีลห้า ศีลแปด มีระบุเป็นข้อ ๆ ว่าคือการประพฤติเช่นไรบ้าง

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติคำว่าหน้าที่ก็ได้ บัญญัติเพียงคำว่าให้การให้โดยธรรมจรรยา ซึ่งหมายถึงการให้ในสิ่งที่ถูกที่ควรปฏิบัติ ตามความถูกต้องโดยทั่ว ๆ ไป ไม่ถึงกับต้องไปตีความว่าจะต้องเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วย การให้โดยธรรมจรรยาเพียงอย่างเดียวก็เพียงพอแล้วที่จะพิจารณาว่าไม่อาจถอนคืนการให้ได้

ประเด็นปัญหาจากการใช้บทบัญญัติของมาตรา 535 (3) นี้ ผู้เขียน เห็นว่าการพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ต้องมีลักษณะที่สำคัญที่จะ นำมาใช้พิจารณา 3 ประการ คือ

1. หน้าที่ที่เป็นลักษณะของธรรมจรรยา อาจเป็นประเภทของหน้าที่ เช่น หน้าที่ต่อครอบครัว หน้าที่ในฐานะเพื่อน หน้าที่ต่อชุมชน หน้าที่ต่อประเทศ

2. เป็นเรื่องที่ถูกต้องที่คนธรรมดาทั่วไปประพฤติปฏิบัติต่อกัน และเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับด้วย เช่น ให้การเลี้ยงดูบุตรหลาน ไม่ว่าจะเป็ลูกหลานที่นำมาเลี้ยงไว้ก็ ต้องให้ความเป็นธรรมแก่เขา คือมีความยุติธรรม มีความเป็นกลาง และสมแก่ฐานะของผู้ให้ เพื่อให้เขาใช้ชีวิตในสังคมได้เช่นปกติทั่วไป เช่น ให้การศึกษาเล่าเรียน ให้เสื้อผ้าของใช้ ให้เงินทองไว้ได้จับจ่ายตามฐานะกำลัง และความเหมาะสมของผู้ให้

3. รู้ข้อเท็จจริงขณะที่ส่งมอบทรัพย์สินให้ว่าผู้รับมีความจำเป็นต้อง การได้รับทรัพย์สินนั้น เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ที่อยู่ในฐานะลำบาก การให้ความช่วยเหลือ บุคคลที่อยู่ในฐานะที่ควรให้ความช่วยเหลือ ในแต่ละโอกาสและสถานการณ์ที่จำเป็นของเขา เช่น กรณีเห็นคนที่ทุกข์ยากขัดสน และประสงค์เข้าช่วยเหลือแบบให้เปล่าเพื่อช่วยผ่อนหรือบรรเทา ความทุกข์ยากของผู้รับ เช่น นาย ก. มีรถจักรยานยนต์เก็บไว้ไม่ได้ใช้ เห็นนาย ข. ตกงาน ไม่มี เงินจึงยกรถจักรยานยนต์ของตนให้นาย ข. เขาไปประกอบอาชีพมอเตอร์ไซด์รับจ้าง เป็นการให้ โดยหน้าที่ธรรมจรรยา

ผลจากการศึกษาตามแนวคิดของนักกฎหมาย แนวคำพิพากษาฎีกา และความหมายของคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยา ในความหมายทั่ว ๆ ไป และในทางพุทธ ศาสนาแล้ว เห็นว่า

1. การให้โดยเสน่หาเมื่อไม่มีค่าตอบแทนและเป็นเรื่องทางจิตใจของผู้ให้ที่ประสงค์จะให้แล้ว เมื่อผู้รับประพฤติเนรคุณเขาอย่าถอนคืนการให้ทุกกรณี มิต้อง

พิจารณาว่าขณะที่ให้นั้นผู้ให้ไปเพราะถูกสภาพบังคับอยู่ ถ้าไม่ให้เป็นเช่นนั้น อันเรียกว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาหรือไม่ เพราะองค์ประกอบของการให้ที่สำคัญก็คือ เจตนา ซึ่งเจตนาจะต้องแสดงออกด้วยอิสระ และความรู้สึกที่ตั้งใจอย่างแท้จริง ไม่ควรอยู่ภายใต้การเกรงกลัวว่าถ้าไม่ให้แล้วจะถูกสังคมตำหนิเอาได้

2. การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยานี้ ย่อมหมายถึง การที่ผู้ให้ได้ให้ด้วยความรู้สึกที่ถูกต้อง เป็นธรรม ดังนี้แล้วมองได้ว่าธรรมคือเครื่องหมายแห่งความดี เมื่อผู้รับได้รับมาด้วยความดีของผู้ให้ ผู้รับก็ควรอุปการคุณที่ผู้ให้เมื่อก่อน เมื่อผู้รับประพฤตินั้นคุณก็ควรถนอมคืนการให้ได้

3. พิจารณาจากความหมายของคำว่า “หน้าที่ธรรมจรรยา” แล้วเห็นว่าหมายถึงหน้าที่อันควร (อันพึง) ประพฤติให้ถูกต้อง (ถูกธรรม) ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องดีความและถกเถียงกันไม่รู้จักจบ ว่าจะอะไรเป็นธรรมจรรยา เพราะไม่มีบทนิยามไว้อย่างชัดเจน โดยส่วนตัวเห็นว่าต่างกับศีลธรรม เพราะศีลธรรมเป็นหลักที่บัญญัติไว้แล้วว่าจะต้องประพฤติปฏิบัติในแต่ละเรื่องอย่างไรบ้าง

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 534 ซึ่งเป็นต้นแบบในการยกร่างมาตรา 535 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติว่าการให้ตามหน้าที่ธรรมจรรยาหรือให้ตามธรรมเนียมประเพณี ไม่อาจเรียกคืนการให้หรือถนอมคืนการให้ได้ และตามคำพิพากษาของประเทศเยอรมนีที่ตัดสินเกี่ยวกับการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาได้วางแนวทางว่าให้ยึดหลักขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสำคัญ เช่นการให้ในวันเกิด วันคริสต์มาส วันแต่งงาน การให้ระหว่างพี่น้องที่อยู่ร่วมกันต้องช่วยเหลือกัน จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไม่ได้¹⁰⁴ สำหรับการอธิบายคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยานั้น หมายถึง เป็นการให้ในลักษณะพิเศษระหว่างผู้ให้กับผู้รับ โดยเป็นการกระทำที่มีความหมายมากกว่าการเป็นหน้าที่ที่จะ “ทำความดี” เป็นความรู้สึกของผู้ให้ว่าเขาจะต้องทำหน้าที่เมื่อเขา “ต้องเผชิญหน้าระหว่างสิ่งที่ถูกและผิด”¹⁰⁵ ประเภทของหน้าที่ธรรมจรรยาอาจจะรวมถึง หน้าที่ต่อครอบครัว ต่อเพื่อน ต่อชุมชน ต่อประเทศชาติ ต่อบุคคลที่ควรได้รับความช่วยเหลือ เห็นหน้าที่ที่ควรกระทำต่อบุคคลที่มีความจำเป็นจะได้รับ หน้าที่ต่อบุคคลผู้

¹⁰⁴Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 11., neubearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck München, 2004), p.641.

¹⁰⁵Dawson J.P., Gifts and Promises : Continental and American Law Compared, (Yale University Press: New Haven London, 1980), p. 163.

กำลังอยู่ในความยากลำบาก¹⁰⁶ และมองว่าระบบกฎหมายโดยทั่วไปเห็นว่าหน้าที่ที่จะช่วยเหลือคนอื่นเป็นหน้าที่ธรรมจรรยาของจิตใจคนแต่ละคน¹⁰⁷ ซึ่งวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าแม้คำว่าหน้าที่ธรรมจรรยาจะไม่มีคำอธิบายที่แน่ชัดเป็นหลักเกณฑ์ตายตัวว่าหมายถึงอะไร มีขอบเขตครอบคลุมถึงไหน อย่างไร แต่บทบัญญัติมาตรา 534 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยาไว้คู่กับคำว่าธรรมเนียมประเพณี อย่างชัดเจน และแนวทางคำพิพากษากฎีกาของเยอรมันได้วางหลักการสำคัญว่าการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาเป็นเรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณี แสดงว่ากฎหมายเยอรมันมีขอบเขตในการที่จะสามารถหยิบยกมาตรา 534 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นำบทบัญญัติมาตรา 534 มาใช้เพียงครั้งเดียว คือนำมาใช้เฉพาะคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยา แต่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการใช้ อีกทั้งแนวคำพิพากษากฎีกาของไทยแม้ว่ามีคดีเป็นจำนวนมากที่ผู้รับผู้ประพัตินेरคุณได้ยกมาตรา 535 (3) ขึ้นต่อสู้ แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา 50 ปี ศาลกลับปฏิเสธที่จะใช้โดยสิ้นเชิง โดยให้ความสำคัญกับผู้ให้และการกระทำที่เป็นการประพัตินेरคุณยิ่งกว่าจะไปค้นหาเหตุผล ที่มา เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายแล้วมาตีความคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยา พิจารณาจากฐานรากแห่งความคิดแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าด้วยสภาพสังคมไทยเมื่อต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างการประพัตินेरคุณและขนบธรรมเนียมประเพณีแล้ว การประพัตินेरคุณจะเป็นเรื่องที่ยิ่งใหญ่กว่า จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวอ้างมาข้างต้น จึงเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 535 (3) เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีประโยชน์ที่จะนำมาบังคับใช้แต่อย่างใด และยังเป็นปัญหาข้อยุ่งยากในการตีความ ผู้เขียนจึงเห็นควรให้ยกเลิกมาตรา 535 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นผลให้ผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะเช่นนี้ได้หากผู้รับประพัตินेरคุณต่อผู้ให้ และผู้รับจะไม่มีข้ออ้างยกขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ถูกเรียกคืนทรัพย์สินที่ตนได้รับเมื่อตนประพัตินेरคุณ ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้วว่า เมื่อผู้รับประพัตินेरคุณโดยหลักผู้ให้ควรเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ จะมาอ้างว่าได้รับมาโดยหน้าที่ธรรมจรรยาไม่ได้ เนื่องจากผู้รับจะต้องมีหน้าที่ทางธรรมจรรยาที่ไม่ควรประพัตินेरต่อผู้ให้ในทางเนรคุณเช่นกัน

¹⁰⁶Henry Sidgwick, <<http://www.angelfire.com/md2/timewrap/sidgwick.html>>.

¹⁰⁷Weinrib EJ. The case for a duty to reacquie. Yale Law Journal, 1980;90@:

247-293.33 Vermont Statutes Annotated. T.12s519(a).34 Minnesota Statutes Annotated s 604.05 referred to <http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/369/ceja_2i93.pdf>.

(4) ให้ในการสมรส

การให้ในการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 535 (4) นี้ หมายถึงการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือ มีการจดทะเบียนสมรส¹⁰⁸ และการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับเนื่องในการสมรสน่าจะเป็นการให้ก่อนหรืออย่างช้าก็ในขณะที่ผู้รับทำการสมรส¹⁰⁹ แต่ถ้าหากว่าคู่สมรสได้อยู่ด้วยกันแล้วมีญาติคนหนึ่งเห็นว่าคู่สมรสยากจนลง จึงยกทรัพย์สินให้ดังนี้ไม่ใช่เป็นการให้ในการสมรส¹¹⁰ เช่น การให้ทรัพย์สินเป็นทุนแก่คู่สมรส การที่ญาติผู้ใหญ่อุปถัมภ์และทรัพย์สินในการรับไว้ ให้ของขวัญแก่คู่บ่าวสาวในวันสมรส

คำพิพากษาฎีกาที่ 5126/2545¹¹¹ โจทก์จดทะเบียนให้ที่ดินพิพาทแก่จำเลยเนื่องในโอกาสที่จำเลยทั้งสองสมรสกันเพื่อให้ใช้ทำมาหากินเลี้ยงครอบครัวสืบไปเป็นการให้ในการสมรส ไม่ว่าจะจำเลยทั้งสองจะประพฤตินเอยคุณโจทก์หรือไม่ โจทก์ก็จะฟ้องขอถอนคืนการให้ไม่ได้ ตามมาตรา 535 (4)

ข. เหตุยกเว้นเพราะหมดสิทธิถอนคืนการให้

เหตุยกเว้นเพราะหมดสิทธิถอนคืนการให้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 533 แบ่งได้ 2 กรณี คือ ผู้ให้ได้ให้อภัยแก่ผู้รับ กับหมดอายุความ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. ผู้ให้ได้ให้อภัยแก่ผู้รับ

การที่ผู้ให้ได้ให้อภัยแก่ผู้รับ แสดงให้เห็นว่าผู้ให้ไม่ถือว่า ความประพฤติของผู้รับนั้นเป็นการเนรคุณแก่ผู้ให้ต่อไปแล้ว เช่น ผู้รับหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง ต่อมาผู้รับสำนึกผิดและได้ทำการขอขมาผู้ให้ต่อหน้าคนอื่น ๆ โดยผู้ให้ก็ได้พุดให้อภัยแก่ผู้รับแล้ว ดังนี้ ผู้ให้ก็จะถอนคืนการให้ไม่ได้อีกแล้ว¹¹² และการให้อภัยหรือยกโทษให้ไม่ต้องเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งเท่านั้น¹¹³ ซึ่งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหมายถึง วิธีการแสดงโดยชัดเจนปราศจากข้อสงสัยซึ่งอาจเกิดด้วยวาจาคือคำพูด อาจเกิดด้วยกิริยาอาการคือการกระทำ หรืออาจเกิดด้วยลายลักษณ์อักษรคือการ

¹⁰⁸ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 409.

¹⁰⁹ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 358.

¹¹⁰ โภยม เลขยานนท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 109.

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5126/2545 (เนติ.) น. 2320-2321.

¹¹² ไพบูลย์ เอกจริยกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 189.

¹¹³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 396, สุจินตนา ชมิวิสูตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 210.

เขียนก็ได้¹¹⁴ ยกตัวอย่างเช่น ผู้รับขอขมาผู้ให้ต่อหน้าผู้คนและผู้ให้ก็ได้แสดงการให้อภัยต่อหน้าผู้คน หรือผู้รับได้ขับไล่ผู้ให้ให้ออกไปจากบ้านและไม่ส่งเสียงดูทั้งที่ผู้ให้ยากไร้ต้องไปขอทาน ต่อมาผู้รับไปตามหาผู้ให้และรับตัวผู้ให้กลับมาอยู่บ้านด้วยกัน คุณแล พาไปเที่ยวด้วยกัน หรือผู้รับเขียนจดหมายไปขออภัยในการที่ตนได้ตำหนิทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงและยังหมิ่นประมาททำให้ผู้ให้ต้องอับอายและผู้ให้มีเจตนาตอบรับว่าให้อภัยทุกสิ่งแล้ว จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้ให้ได้ให้อภัยผู้รับด้วยวาจาคือคำพูด การกระทำคือกิริยาอาการ รวมทั้งลายลักษณ์อักษรคือการเขียน ซึ่งมีพฤติการณ์แสดงเจตนาให้อภัยโดยชัดแจ้งปราศจากข้อสงสัยจึงเป็นการให้อภัยโดยชัดแจ้ง และที่สำคัญการให้อภัยต้องเกิดจากผู้ให้เท่านั้นในกรณีถอนคืนการให้โดยทายาท ทายาทจะใช้สิทธิตรงนี้แทนผู้ให้ไม่ได้¹¹⁵

จึงมีประเด็นปัญหาที่ควรนำมาวิเคราะห์ต่อไปว่าการให้อภัยโดยปริยายมีได้หรือไม่ คำว่า การแสดงเจตนาโดยปริยาย หมายถึง การแสดงเจตนาด้วยการกระทำ แต่ถ้าพิจารณาการกระทำนั้นเองไม่ใช่เจตนาของผู้กระทำว่าต้องการอะไร ต้องอาศัยข้อสันนิษฐาน¹¹⁶ เช่น นาง ก. ได้คู่ค้า นาย ข. ผู้ให้ และต่อมาได้พุดจาขออภัยต่อ นาย ข. ซึ่งนาย ข. ก็ได้พุดกับนาง ก. ด้วย แต่เป็นการพุดคุยในเรื่องอื่นไม่ได้กล่าวข้อความให้อภัยนาง ข. แต่อย่างใด หรือ นาง ก. ได้ขับไล่ นาย ข. ออกจากบ้านโดยนาย ข. ต้องไปขอทานหาเลี้ยงชีพ ต่อมา นาง ก. ไปรับ นาย ข. โดยมีเจตนาให้มาอยู่ด้วยกันเช่นเดิม นาย ข. ก็ยอมกลับมาอยู่ด้วย แต่ไม่ยอมพุดคุยและให้ความใกล้ชิดสนิทสนมกับนาง ก. ดังเดิม หรือกรณี นาง ก. ได้เขียนจดหมายไปขออภัยนาย ข. ที่ตนได้ตำหนิและขับไล่ออกจากบ้าน ต่อจากนั้น นาย ข. ได้เขียนจดหมายส่งมาถึง นาง ก. โดยข้อความในจดหมายได้กล่าวถึงเรื่องอื่นโดยไม่มีข้อความใดแสดงว่าได้ให้อภัยนาง ก. แต่อย่างใด จากตัวอย่างข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่าคำพิงการกระทำของนาย ข. ไม่อาจสื่อเจตนาออกมาชัดแจ้งว่าได้ให้อภัยแก่ นาง ก. หรือไม่ ซึ่งอาจสันนิษฐานได้ทั้งสองทางว่าได้ให้อภัยแล้วหรือยังไม่ให้อภัย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้อภัยเป็นข้อยกเว้นการถอนคืนการให้ ทำให้ผู้ให้หมดสิทธิการถอนคืนการให้

¹¹⁴ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, อธิบายศัพท์นิติกรรม-สัญญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549) น. 87.

¹¹⁵ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 407.

¹¹⁶ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนขอ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 87.

อันเป็นการระงับสิทธิเรียกร้องของผู้ให้ ทำให้ผู้ให้เสียประโยชน์และเป็นผลทำให้ผู้รับกลับได้ประโยชน์ ดังนั้น การให้อภัยไม่ควรขยายความไปถึงการแสดงเจตนาการให้อภัยโดยปริยายด้วย แต่ควรจำกัดเฉพาะการแสดงเจตนาให้อภัยโดยชัดแจ้งเท่านั้น

ด้วยเหตุที่การให้อภัยเป็นข้อยกเว้นที่ผู้ให้หมดสิทธิถอนคืนการให้ จึงมีประเด็นที่ควรนำมาวิเคราะห์ต่อไปว่ามีความเกี่ยวข้องกับเรื่องอายุความการฟ้องให้การถอนคืนการให้หรือไม่

ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนเห็นว่า หากผู้ให้ได้ให้อภัยผู้รับภายในระยะเวลาหกเดือนนับแต่ผู้ให้ได้ทราบเหตุการณ์ถอนคืนการให้อันเป็นอายุการถอนคืนการให้ การให้อภัยภายในระยะเวลาดังกล่าวมีผลกระทบทำให้สิทธิในการถอนคืนการให้หมดสิ้นไป และหากผู้ให้ได้ให้อภัยผู้รับภายหลังจากที่ขาดอายุความแล้วเป็นผลทำให้ไม่สามารถฟ้องถอนคืนการให้ได้ตลอดไปเช่นกัน ทั้งนี้โดยหลักแล้วแม้คดีจะขาดอายุความผู้ให้ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องถอนคืนการให้ได้เสมอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/10 ซึ่งถ้าผู้รับไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ผู้ให้ก็ยังคงมีช่องทางที่จะเรียกทรัพย์สินที่ให้กลับมาได้ แต่หากผู้ให้ได้ให้อภัยแล้วจึงหมดที่จะใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าว

2. หมดอายุความ

หลังจากที่ผู้รับประพฤตินเรคุณแล้ว เวลาได้ล่วงเลยไปหกเดือนนับแต่เหตุเช่นนั้นได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะถอนคืนการให้ได้ซึ่งอาจจะเป็นผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้ แสดงว่าบุคคลนั้นไม่ติดใจที่ผู้รับประพฤตินเรคุณหรือละเลยไม่สนใจถอนคืนการให้ จึงไม่ควรให้มีสิทธิถอนคืนการให้อีก¹¹⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 475/2523 โจทก์ฟ้องขอเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุจำเลยประพฤตินเรคุณ เมื่อพ้นหกเดือนนับแต่วันที่โจทก์ทราบเหตุนั้น ฟ้องของโจทก์จึงขาดอายุความ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2430/2548¹¹⁸ โจทก์ทำสัญญายกที่ดินให้บุตรสาว ต่อมาโจทก์ได้เรียกร้องให้จำเลยแบ่งแยกที่ดินบางส่วนให้แก่โจทก์ ซึ่งโจทก์ได้บรรยายฟ้องว่า เมื่อเดือนตุลาคม 2540 จำเลยบันดาลโทสะพูดกับโจทก์ว่า จำเลยไม่จัดการโอนที่ดินให้โจทก์เพราะโจทก์ได้ยกที่ดินให้จำเลยแล้ว ถ้าอย่างได้แก่งจริงให้ไปฟ้องศาลเอง เป็นการประพฤตินเรคุณต่อโจทก์ ขอให้ถอนคืนการให้ที่ดินพิพาทที่โจทก์ยกให้จำเลย แต่โจทก์ฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม

¹¹⁷ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น. 189.

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2430/2548 (สงเสริม.), น. 212.

2541 ซึ่งเป็นเวลาล่วงพ้นกำหนดหกเดือนไปแล้ว ซึ่งตามมาตรา 533 วรรคหนึ่ง การจะฟ้องถอน คืบการให้เพราะเหตุผู้รับประพัตินรคุณนั้น ต้องฟ้องภายในกำหนดหกเดือนนับแต่เหตุประพัตินรคุณได้ทราบถึงบุคคลผู้ชอบที่จะเรียกถอนคืบการให้คดีของโจทก์จึงขาดอายุความ

นอกจากนี้เวลาได้ล่วงเลยสิบปีนับแต่เวลาที่ผู้รับประพัตินรคุณ กรณีนี้ หมายถึงกรณีที่ผู้ให้ไม่รู้ถึงการประพัตินรคุณของผู้รับการให้หรือทายาทที่ไม่ทราบว่าได้เกิด เหตุการณ์ดังกล่าว ดังนั้น กำหนดเวลาหกเดือนจึงไม่นับ แต่กำหนดเวลาสิบปีจะนับไปเรื่อย ๆ เมื่อ ครบแล้ว ผู้มีสิทธิถอนคืบการให้จะใช้สิทธิอีกไม่ได้เนื่องจากเวลานั้นนานเกินไป หากมาใช้สิทธิ ก็อาจไม่ได้รับอะไรกลับคืนไปเลยในทางข้อเท็จจริงก็ได้¹¹⁹

การถอนคืบการให้ด้วยเหตุเนรคุณนี้ กฎหมายบัญญัติเฉพาะผู้รับเป็นผู้ประพัตินรคุณ ประเด็นปัญหามีว่าหากเป็นบุคคลอื่นมีพฤติกรรมในลักษณะของการประพัตินรคุณต่อผู้ให้ จะถอนคืบการให้ได้หรือไม่ เช่น อ. ยกบ้านพร้อมที่ดินให้ลูกชาย และอยู่อาศัยด้วยกัน ต่อมาลูกชายตาย ภริยาของลูกชายไล่ อ. ออกจากบ้าน หรือ กรณีสามีผู้รับมีพฤติกรรมในลักษณะของการประพัตินรคุณต่อผู้ให้ เป็นต้น เช่นนี้แล้ว ผู้ให้จะถอนคืบการให้ได้หรือไม่ ซึ่งจากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นว่าไม่เป็นธรรมกับผู้ให้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 531 ก็บัญญัติให้เฉพาะผู้รับเท่านั้นเป็นผู้ประพัตินรคุณที่เป็นเหตุให้ถอนคืบการให้ได้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายโรมันในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนจะพบว่า การถอนคืบการให้กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเฉพาะตัวของคู่กรณี ทายาทของผู้ใดผู้หนึ่งไม่สามารถอ้างสิทธิในการถอนคืบการให้หรืออ้างผลกระทบที่เกิดแก่ทายาทได้ อีกทั้งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ ก็บัญญัติเฉพาะกรณีผู้รับเป็นผู้ประพัตินรคุณเท่านั้น นอกจากนี้ตามหมายเหตุคำพิพากษาศฎีกาที่ 298/2501¹²⁰ ก็อธิบายว่าการถอนคืบการให้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ให้ และการงดเว้นจากการประพัตินรคุณก็เป็นหน้าที่เฉพาะตัวของผู้รับเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าถ้าจะตีความกฎหมายขยายความผู้ประพัตินรคุณไปจนถึงทายาทของผู้รับด้วย ก็จะเป็นเหตุให้ถอนคืบการให้ไปได้เสียทั้งหมด โดยที่ผู้รับไม่ได้กระทำความผิดอะไรเลย แต่ต้องมารับผลนั้นด้วย เป็นการไม่ให้ความคุ้มครองผู้รับแต่อย่างใดเลย แต่หากจะพิจารณาจำกัดความให้เฉพาะเป็นผู้รับเท่านั้นที่ประพัตินรคุณ ผู้ให้ก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองใดจากการกระทำที่มองว่าไม่เป็นธรรมนั้น ในชั้นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า

¹¹⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 , น. 406.

¹²⁰ คำพิพากษาศฎีกาที่ 298/2501 โจทก์จดทะเบียนยกที่ดินให้บุตรและหลาน ต่อมาบุตรและหลานตาย จำเลยเป็นบุตรเขยและบิดาของหลานได้รับมรดกในที่ดินแปลงนั้น แม้จำเลยจะเนรคุณโจทก์ก็ถอนคืบการให้ไม่ได้

ควรจะไปขยายความผู้รับประพัตินेरคุณไปถึงผู้ใกล้ชิดกับผู้ให้ที่ประพัตินेरคุณได้หรือไม่ เนื่องจากการประพัตินेरคุณเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นในสัญญาให้ ซึ่งตามหลักจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมาย ไม่ควรขยายความเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียประโยชน์ นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีการหมั้นประมาทตามมาตรา 531 (2) ศาลวินิจฉัยว่า ไม่ถึงกับต้องเป็นความผิดฐานหมั้นประมาททางอาญา เพียงมีเจตนาดูหมิ่นก็ถือว่าประพัตินेरคุณแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 3502/2535) อันจะเห็นได้ว่าเป็นการขยายความเพื่อประโยชน์แก่ผู้ให้และเพื่อความเป็นธรรมมากกว่า ดังนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีผู้รับประพัตินेरคุณ ตามมาตรา 531 (2) นั้นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้หมายถึง บุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของผู้รับ และผู้รับได้รู้ถึงการประพัตินेरคุณนั้นแล้ว แต่หนึ่งเฉยเสีย เช่นนี้ให้ถอนคืนการให้ได้โดยเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 531 วรรคสองว่า

“ความข้างต้นนี้ให้ใช้บังคับกับการประพัตินेरคุณของญาติผู้ใกล้ชิดกับผู้รับซึ่งได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้และผู้รับละเว้นไม่ห้ามปรามหรือขัดขวางการประพัตินेरคุณเช่นนั้น ”

นอกจากนี้หากจะพิจารณาให้ได้ความเป็นธรรมแก่ผู้ให้ เช่นกรณีผู้รับตาย ทายาทของผู้รับไล่ผู้ให้ออกจากบ้าน จะถอนคืนการให้ได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ทรัพย์สินนั้นได้ตกทอดเป็นเรื่องของมรดกแก่ทายาทไปแล้ว มิอาจจะเรียกคืนการให้ได้ คงทำได้เพียงแนะนำผู้ให้ว่า ก่อนให้ ทรัพย์สินนั้นควรมีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับไว้หรือกำหนดค่าภาระติดพันไว้ เช่น นาย ก. ยกบ้านและที่ดินให้นาย ข. โดยมีเงื่อนไขว่าให้นาย ก. ได้อาศัยอยู่ในบ้านและมีสิทธิเก็บกินในที่ดินนั้นตลอดชีวิต ลักษณะนี้เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน หรือกำหนดหน้าที่ว่า ให้นาย ข. หรือทายาทของนาย ข. เลี้ยงดูนาย ก. ตลอดชีวิต เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีกรณีตัวอย่างว่า บิดายกบ้านให้บุตรสาว และบุตรสาวได้ใช้อาศัยกับสามี โดยบิดาก็ได้อาศัยอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวนี้ด้วยกัน แต่ต่อมาสามีของบุตรสาวได้ขับไล่บิดาออกจากบ้าน แต่พฤติการณ์การขับไล่เป็นเพียงการใช้ถ้อยคำปกติธรรมดา ไม่ได้ด่าว่า เป็นการพูดลอยๆ แต่พูดทุกวัน ฝ่ายบุตรสาวก็ทราบในพฤติการณ์ของสามีแต่ก็หนึ่งเฉยเสีย จนบิดาทนไม่ได้ต้องออกจากบ้านไป กรณีเช่นนี้พฤติการณ์ยังไม่ถึงขั้นเป็นการประพัตินेरคุณตามมาตรา 531 อันจะเป็นเหตุให้ถอนคืนการให้ได้ การกระทำดังกล่าวอาจมองได้ว่าเป็นเพียงการสร้าง ความขัดแย้ง กดดัน รบกวนจิตใจผู้ให้ เมื่อสุดท้ายบิดาทนไม่ได้ออกจากบ้านไป ก็คงเป็นเพียงการต้องยอมรับในสิ่งที่เกิดขึ้นกับตน การออกจากบ้านถ้ามีความสุขกว่าก็ควรทำเช่นนั้น แต่

หากออกจากบ้านแล้วบิดาตกเป็นผู้ยากไร้ และเมื่อได้ขอสิ่งจำเป็นเลี้ยงชีวิตกับบุตรสาวแล้ว แต่บุตรสาวไม่ยอมให้ทั้งที่สามารถจะให้ได้ เช่นนี้บิดาก็สามารถยกขึ้นอ้างเป็นเหตุขอถอนคืนการให้ เพราะผู้รับประพฤตินั้นผิดได้ตามมาตรา 531 (3)

1.3 การให้ด้วยการปลดหนี้และชำระหนี้

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา นอกจากการให้โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายยังได้มีบทบัญญัติตามมาตรา 522 ว่า “การให้นั้นจะทำด้วยปลดหนี้ให้แก่ผู้รับหรือด้วยชำระหนี้ที่ผู้รับค้างชำระอยู่ก็ได้” จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้ถือว่าการปลดหนี้หรือการชำระหนี้เป็นการให้ประเภทหนึ่ง เมื่อเป็นดังนี้แล้วประเด็นปัญหาว่าจะมีกรณีให้เรียกคืนทรัพย์ที่ได้หรือไม่ อย่างไร เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏอยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา เหตุที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้จึงต้องเป็นเหตุที่เกิดจากการประพฤตินั้นผิด เมื่อผู้ให้ได้ให้ด้วยการปลดหนี้และชำระหนี้ ต่อมาผู้รับประพฤตินั้นผิด ผู้ให้จะเรียกคืนทรัพย์สินใดได้จากผู้รับ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ขายคอมพิวเตอร์ให้ นาย ข. ราคา 50,000 บาท ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้กันแล้ว แต่กำหนดชำระเงินกันในวันที่ 1 พฤษภาคม 2551 ครั้นถึงวันที่ 25 เมษายน 2551 นาย ก. บอกลยหนี้ให้กับ นาย ข. ทั้งหมด อันเป็นการปลดหนี้ซึ่งถือเป็นการให้ตามมาตรา 522 ต่อมา นาย ข. ประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้ นาย ก. ประสงค์จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จากนาย ข. ทรัพย์สินที่นาย ก. จะเรียกคืนได้คือสิ่งใด หรือกรณีนาย ก. กู้เงินนาย ข. ไป 100,000 บาท ต่อมานาย ข. บอกลยหนี้ให้ หรือนาย ก. ให้นาย ข. ยืมหนังสือไป ต่อมานาย ก. บอกลยให้หนังสือที่นาย ข. ยืมไป กรณีเช่นนี้ ตามบทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อมีการปลดหนี้หรือชำระหนี้ให้แล้ว ต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของหนี้คืออะไร ในที่นี้ได้แก่หนี้เงินจำนวน 50,000 บาท เงินกู้จำนวน 100,000 บาท และหนังสือ เมื่อมีการปลดหนี้ให้จึงเท่ากับว่านาย ก. ได้ให้เงินจำนวน 50,000 บาท เงินกู้จำนวน 100,000 บาท และหนังสือ แก่นาย ข. การปลดหนี้และชำระหนี้เมื่อถือว่าเป็นการให้ประเภทหนึ่ง บัญญัติอยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา เหตุที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปนั้น จึงต้องเกิดจากเหตุเนรคุณ และเหตุอื่น ๆ อันได้แก่ นิติกรรมที่เป็นโมฆะหรือนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ รวมทั้งเรื่องสัญญา และผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์ที่ได้ได้ตามหลักลาภมิควรได้

2. การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไป

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไป สามารถแบ่งแยกได้เป็น 4 ประการคือ การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักโมฆะกรรม หลักโมฆียะกรรม หลักกรรมสิทธิ์ และผู้รับผิดชอบ

2.1 หลักโมฆะกรรม

โมฆะกรรม หมายถึง นิติกรรมใดหรือการกระทำใดที่กระทำลงไปนั้นเป็นการเสียเปล่า ไม่มีผลตามกฎหมาย การเสียเปล่านี้นี้มีตั้งแต่เริ่มแรกที่ทำนิติกรรมต่อกันสิทธิและหน้าที่คงมีอยู่ เช่นเดียวกับในขณะก่อนมีการกระทำนิติกรรมนั้น¹²¹ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้มุ่งศึกษาเฉพาะเหตุแห่งโมฆะกรรมรวมถึงผลแห่งโมฆะกรรมในสัญญาให้ เท่านั้น

2.1.1 เหตุแห่งโมฆะกรรม

เหตุแห่งโมฆะกรรมมีได้หลายกรณี ดังนี้

ก. นิติกรรมมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²² จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์¹²³ เป็นองค์ประกอบสำคัญของนิติกรรม หากนิติกรรมทำขึ้นโดยไม่มีวัตถุประสงค์หรือขาดวัตถุประสงค์แล้ว นิติกรรมเป็นอันไม่มีเลยหรือเป็นโมฆะ¹²⁴ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจคำว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม” เสียก่อน ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกเอาความเห็นของนักนิติศาสตร์ ที่ได้อธิบายเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้เพื่อจะได้ทราบแนวความคิดเห็นเกี่ยวกับความหมายของวัตถุประสงค์ของนิติกรรมต่อไป

¹²¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74, น. 540-541.

¹²²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

¹²³เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 ใช้คำว่า “วัตถุประสงค์” ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ บรพ 1 ฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2535 เปลี่ยนมาใช้คำว่า “วัตถุประสงค์” ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “วัตถุประสงค์” เท่านั้น

¹²⁴เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520) น. 199.

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรมคือการที่ต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามความมุ่งหมายของนิติกรรม”¹²⁵

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิดให้มีขึ้น เป็นไปอย่างไรโดยอาศัยนิติกรรมนั้นเป็นประโยชน์ ผลสุดท้ายที่นิติกรรมนั้นพึงอำนวยให้”¹²⁶

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร เห็นว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรมคือ ความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมนั่นเอง”¹²⁷

รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ เห็นว่า พิจารณาได้เป็น 2 ด้าน ด้านหนึ่งเรียกว่าวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัย (objective sense) หมายถึงเป้าหมายของตัวนิติกรรมซึ่งหากเป็นนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะไว้ เป้าหมายก็จะเป็นไปตามประเภทของนิติกรรมซึ่งในนิติกรรมประเภทเดียวกันเป้าหมายจะเหมือนกัน คือคงที่ไม่เปลี่ยนแปลงไม่ว่าใครจะเป็นผู้ทำ อีกด้านหนึ่งเรียกว่า วัตถุประสงค์ทางอัตวิสัย (subjective sense) หมายถึง เป้าหมายของผู้ทำนิติกรรม ซึ่งหากเป็นนิติกรรมสองฝ่ายคู่กรณีต้องร่วมรู้ร่วมกัน สำหรับเป้าหมายของผู้ทำนิติกรรมนั้นจึงแปรเปลี่ยนไปตามความประสงค์ของคู่กรณีแห่งนิติกรรม¹²⁸

จากแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ข้างต้นต่างมีความเห็นไปในทางเดียวกันสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรมหมายถึง ความมุ่งหมายหรือเป้าหมายสุดท้ายของคู่กรณีในการทำนิติกรรม สำหรับลักษณะของนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีได้ 3 ลักษณะ คือ

(1) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติห้ามนี้อาจเป็นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นใดก็ได้ ที่สำคัญกฎหมายนั้นต้องมีการบัญญัติห้ามมิให้กระทำการบางอย่างไว้โดยชัดเจนและกฎหมายดังกล่าว

¹²⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517) น. 128.

¹²⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 124, น. 132.

¹²⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 12.

¹²⁸ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 116, น. 70-71.

ต้องมีอยู่ในขณะทำนิติกรรม¹²⁹ กรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามโดยชัดแจ้งนี้มักจะบัญญัติผลแห่งการที่ฝ่าฝืนไว้ด้วย เช่น การยกให้ที่ดินมีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ระหว่างห้ามโอนสิบปี ตามมาตรา 58 ทวิ¹³⁰ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มีผลให้การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมประเภทให้ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ต้องเพิกถอนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรือในกรณีที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้แม้จะมีได้บัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาโดยหลักวิญญูชนย่อมเห็นว่าการนั้นย่อมไม่สมควรเป็นนิติกรรมที่สามารถบังคับกันได้ ดังเช่น ให้เงินไปลงทุนค้าขายโดยรู้ว่าจะเอาไปค้าฝิ่นเป็นการอุปการะผู้กระทำความผิดตกเป็นโมฆะ การให้ของผิดกฎหมาย เช่น เหล้าเถื่อน ยาเสพติด ของหนีภาษี ให้วีซีดีหรือดีวีดีเถื่อน เป็นต้น

จะเห็นได้ว่านิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทหนึ่งเพราะเป็นการกระทำที่กฎหมายห้าม เนื่องจากการกระทำนั้นขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชนเป็นส่วนรวมหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย เพราะไม่มีการกระทำอย่างใดที่กฎหมายห้ามโดยชัดแจ้งจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งแม้จะปรากฏว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ศาลอาจวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ได้ โดยมีผลอย่างเดียวกันคือ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ¹³¹ และวัตถุประสงค์ของนิติกรรมต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ร่วมกันด้วย ถ้าคู่กรณีรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ จะถือว่าวัตถุประสงค์นั้นต้องห้ามตามกฎหมายไม่ได้ ดังแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1124/2512 ที่วินิจฉัยไว้ว่า “การใดที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ซึ่งตกเป็นโมฆะกรรมนั้น ในสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่ทั้งสองฝ่ายต้องการ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ร่วมกัน จึงจะเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมสัญญานั้น ถ้าคู่กรณีฝ่ายเดียวรู้ถึงการกระทำของตนว่าเป็น

¹²⁹ เฟิงอ๋าง, น. 73-75.

¹³⁰ มาตรา 58 ทวิ วรรคห้า ภายในสิบปีนับแต่วันที่ได้รับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้บุคคลตามวรรคสอง (3) ผู้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินดังกล่าวโอนที่ดินนั้นให้แก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดก

¹³¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 23 – 24.

การต้องห้ามตามกฎหมาย โดยอีกฝ่ายไม่ได้ร่วมรู้ด้วย จะถือว่านิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมายหาได้ไม่”

(2) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย มีนักนิติศาสตร์ต่างให้คำจำกัดความของนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยไปในแนวทางเดียวกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า เป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมจริง ๆ โดยไม่สามารถสำหรับบุคคลทุกคนไม่เฉพาะแต่ผู้ทำนิติกรรมเอง¹³²

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช เห็นว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย อาจเป็นการพ้นวิสัยตามธรรมชาติ เช่น จะทำสามเหลี่ยมโดยไม่ให้มีเหลี่ยม หรือพ้นวิสัยตามกฎหมาย เช่น จะทำให้เด็กอายุ 3 ขวบ บรรลุนิติภาวะ ข้อสำคัญจะต้องเป็นเรื่องพ้นวิสัยไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะทำได้ ถ้าเป็นเรื่องที่คู่กรณีโดยเฉพาะตัวไม่อาจทำได้โดยขาดทุนแต่คนอื่นเขาทำได้ไม่นับเป็นการพ้นวิสัย¹³³

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร เห็นว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย ต้องมีลักษณะ 3 ประการคือ

1) ต้องเป็นการพ้นวิสัยโดยเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่มีทางใดที่จะปฏิบัติได้เลย หากการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมเป็นแต่เพียงยากมากหรือว่าต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไปดังนั้นนิติกรรมไม่เป็นโมฆะ

2) ต้องเป็นการพ้นวิสัยชนิดที่บุคคลทั่วไปก็ปฏิบัติไม่ได้ ไม่ใช่เฉพาะลูกหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นเท่านั้นแต่บุคคลอื่นกลับปฏิบัติได้เช่นนี้ไม่ใช่วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย

3) ต้องเป็นเหตุการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะที่ทำนิติกรรม หากเหตุการณ์เป็นอันพ้นวิสัยได้เกิดขึ้นภายหลัง นิติกรรมไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นเรื่องการชำระหนี้พ้นวิสัย¹³⁴

จากความเห็นของปรมาจารย์ทางนิติศาสตร์ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความหมายของนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยครอบคลุมอย่างยิ่ง นอกจากนี้ยังมีประเด็นสำคัญว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ร่วมกัน

¹³² หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 125, น. 129.

¹³³ เสณีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 124, น. 151.

¹³⁴ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่* 127, น. 31.

ด้วยหรือไม่ว่า นิติกรรมมีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย ปัญหานี้มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง¹³⁵ เห็นว่า ในกรณีที่วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยชนิดที่เป็นไปไม่ได้เลย คู่กรณีย่อมร่วมรู้ในวัตถุประสงค์นั้นด้วยกันเพราะวัตถุประสงค์ปรากฏชัดแจ้งในการทำนิติกรรมอยู่แล้ว เช่น นาย ก. บอกนางสาว ศ. หญิงอันเป็นที่รักว่าจะให้ดวงดาว ให้ดวงจันทร์ ส่วนกรณีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยชนิดที่เป็นไปไม่ได้เพราะ ไม่สามารถปฏิบัติได้ เช่น ก. ทำสัญญาให้บ้านหลังที่ถูกไฟไหม้ไปหมดแล้ว ก่อนหรือขณะที่จะยกบ้านหลังนี้ให้แก่ ข. ถ้าคู่กรณีรู้อยู่แล้วว่าบ้านถูกเพลิงไหม้แต่ยังขึ้นทำนิติกรรมให้ก็ย่อมจะร่วมรู้ในวัตถุประสงค์นั้นด้วยกัน มีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ตกเป็นพ้นวิสัย กล่าวโดยสรุปได้ว่า ถ้านิติกรรมหลายฝ่ายคู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องรับรู้ในวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยด้วยจึงจะเป็นโมฆะ แต่ถ้าคู่กรณีทำสัญญาให้บ้านโดยไม่รู้ว่าเป็นบ้านหลังนั้นถูกเพลิงไหม้ จะถือหรือไม่ว่าคู่กรณีร่วมรู้ในวัตถุประสงค์อันเป็นการพ้นวิสัยนั้นด้วยกัน แยกพิจารณาได้ว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมให้บ้านคือ การที่ผู้รับได้บ้านเป็นกรรมสิทธิ์และผู้ให้ได้โอนกรรมสิทธิ์ในบ้านหลังนั้นให้แก่ผู้รับ เห็นว่า คู่กรณีต่างร่วมรู้วัตถุประสงค์นั้นด้วยกัน ส่วนการที่บ้านถูกเพลิงไหม้เป็นเพียงผลที่เกิดแก่วัตถุประสงค์หาใช้วัตถุประสงค์ต้องร่วมรู้ด้วยกันไม่ สรุปได้ว่าถ้านิติกรรมหลายฝ่าย คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องร่วมรู้ในวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยด้วย จึงจะเป็นโมฆะ

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นกรณีสัญญาให้ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย อย่างไรก็ตาม ยังมีกรณีของคำมั่นว่าจะให้ ซึ่งลักษณะของสัญญาประเภทนี้ เป็นกรณีที่ผู้ให้ยอมผูกพันตนเองไว้เพียงฝ่ายเดียวว่า จะให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้รับ โดยผู้รับเพียงแต่รับรู้เจตนายอมผูกพันตนเองเช่นนั้นอยู่ ผู้รับยังมีได้แสดงเจตนาตอบรับตามคำมั่น สัญญาให้ยังไม่เกิด แต่ก่อนความผูกพันเฉพาะผู้ให้คำมั่นเท่านั้น¹³⁶ โดยรูปแบบของคำมั่นว่าจะให้จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่¹³⁷ ปัญหาว่าขณะที่ผู้ให้ทำคำมั่นว่าจะให้ปรากฏว่าตัวทรัพย์สินได้สูญหายไปก่อนหรือขณะทำคำมั่นแล้ว กรณีเช่นนี้จะถือว่านิติกรรมตกเป็นโมฆะ เนื่องจากวัตถุประสงค์ตกเป็นพ้นวิสัยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้ขับรถยนต์ยี่ห้อเบนซ์ สีเงิน ไปจอดหน้าสำนักงานเขตดอนเมือง เวลา 09.00 น. แล้วเข้าไปในสำนักงานเขตดอนเมืองเพื่อดำเนินการจดทะเบียนคำมั่นว่าจะให้รถยนต์ยี่ห้อเบนซ์ สีเงิน ของตน แก่นาย ข. ในเวลา 09.30 น. แต่เมื่อจดทะเบียนคำมั่นดังกล่าวเสร็จกลับออกมาเวลา

¹³⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 131, น. 37-38.

¹³⁶ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 9, น.378.

¹³⁷ คู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526

ประมาณ 10.30 น. ปราบกฏว่ารถได้สูญหายไปแล้วตั้งแต่เวลา 09.15 น. ก่อนที่นาย ก. จะจดทะเบียนค้ำประกันจะให้ หรือรถได้สูญหายไปภายหลังที่นาย ก. ได้จดทะเบียนค้ำประกันจะให้แล้ว เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยนั้น จะต้องเป็นการพ้นวิสัยโดยเด็ดขาด ไม่มีทางที่จะปฏิบัติได้เลย และบุคคลทั่วไปก็ไม่สามารถปฏิบัติได้ รวมทั้งต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหรือขณะทำนิติกรรม สำหรับค้ำประกันจะให้ทรัพย์สิน เมื่อผู้ให้ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 ว่ามีผลบังคับได้ จากถ้อยคำว่า “ค้ำประกันจะให้ทรัพย์สิน” แสดงอยู่ในตัวว่าผู้ให้จะให้ทรัพย์สินในอนาคตแก่ผู้รับ แต่ทรัพย์สินนั้นจะต้องมีตัวตนอยู่ในวิสัยที่ผู้ให้จะต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับได้ แต่กรณีข้างต้น หากปรากฏว่าขณะที่นาย ก. ได้ไปดำเนินการจดทะเบียนทำค้ำประกันจะให้รถยนต์ยี่ห้อเบนซ์ สีเงิน แต่ปรากฏว่ารถยนต์คันดังกล่าวได้สูญหายไปแล้ว ผู้ให้จึงไม่มีทรัพย์สินที่จะส่งมอบให้กับ นาย ข. ในขณะนั้นหรือในอนาคตก็ตาม กรณีถือว่านิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย ค้ำประกันจะให้ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

สำหรับการที่รถยนต์ได้สูญหายไปเกิดขึ้นภายหลังที่จดทะเบียนค้ำประกันจะให้แล้ว กรณีเช่นนี้ เข้าลักษณะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย ซึ่งจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 218 และมาตรา 219

(3) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จุดประสงค์ที่บัญญัติเรื่องนี้ไว้เพื่อเป็นการขัดขวางต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของบุคคลมิให้เกิดผลในทางกฎหมาย เพราะความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาของบุคคล การใด ๆ ที่เอกชนทำลงถ้าขัดต่อความสงบ ความปลอดภัย และศีลธรรมของประชาชนส่วนรวม อันก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สังคม กฎหมายไม่ยอมรับให้นิติกรรมนั้นมีผลบังคับและให้ตกเป็นโมฆะ¹³⁸ ประเด็นปัญหาว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี มีขอบเขตเพียงใดไม่มีบทนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติข้อความข้างต้นไว้ก็ไม่ปรากฏว่าได้ให้บทนิยามไว้เช่นเดียวกัน ประกอบกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่างเห็นว่าเป็นไม่สามารถให้ความหมายที่ชัดเจนได้เพราะขึ้นกับยุคสมัยและเห็นว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่ใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วแต่กรณีไป อย่างไรก็ตามมีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง¹³⁹ ได้วางขอบเขตของคำว่า “ความสงบ

¹³⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 162-163.

¹³⁹เพ็ญอ้อ, น. 174-187.

เรียบง่ายหรือศีลธรรมอันดี” ไว้อย่างน่าสนใจ โดยแยกเป็น 2 กรณี คือ ความสงบเรียบร้อยอย่างหนึ่ง กับศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างหนึ่ง ดังนี้

1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน แยกพิจารณาตามแนวความคิดทางทฤษฎีได้ ดังนี้

ก) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง เกี่ยวข้องกับอำนาจในการปกครองประเทศ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจดังกล่าวด้วย การกระทำนิติกรรมใดให้มีผลเป็นการยกเลิกเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือไม่รับรองอำนาจของรัฐดังกล่าวย่อมทำไม่ได้เพราะขัดต่อเจตนารมณ์อันแท้จริงของบทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายเหล่านี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา กฎหมายพรรคการเมือง กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น เช่น การทำสัญญายอมความกันมิให้ฟ้องร้องหรือถอนฟ้องในคดีอาญาแผ่นดิน โดยให้ทรัพย์สินเป็นการตอบแทนยอมขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁴⁰ ทำสัญญายกที่ดินให้แก่ผู้อื่นเพื่อตอบแทนในการที่ผู้นั้นออกเงินและวิ่งเต้นให้เป็นความ จนได้ที่ดินนั้นมา สัญญายกให้เป็นโมฆะและยังเข้าลักษณะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411 ที่ว่าบุคคลใดได้กระทำการชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี บุคคลนั้นหาอาจเรียกร้องทรัพย์สินคืนได้ไม่¹⁴¹

ข) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางเศรษฐกิจ ทฤษฎีว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้เข้ามามีบทบาทในการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจโดยจำกัดเสรีภาพของเอกชนในการทำสัญญาอันเกี่ยวกับเศรษฐกิจลง เพื่อรักษาเศรษฐกิจของส่วนรวม เช่น สัญญาให้ทรัพย์สินโดยมีข้อตกลงให้ผู้รับหมาก่อสร้างตนหนึ่งยื่นประมูลสูงกว่าอีกคนหนึ่งเพื่อให้คนหลังได้รับการประมูลโดยผู้ประมูลคนหลังออกเช็คให้ผู้ประมูลรายที่สูงกว่าตอบแทน การตกลงสมยอมกันดังกล่าวทำให้ไม่มีการประมูลราคากันอย่างแท้จริงเป็นการหลอกลวงผู้ประกาศประมูลให้หลงเชื่อและเป็นการบีบบังคับเอาเงินจากรัฐโดยไม่สุจริตขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หนี้ตามเช็คพิพาทจึงตกเป็นโมฆะ¹⁴²

¹⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 375/2537 (เนติ.) น. 140.

¹⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 622/2494 (เนติ.) น. 546.

¹⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่) (เนติ.) น. 1053

ค) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางสังคม แยกได้เป็น 3 ด้าน

คือ

1. ด้านสถาบันครอบครัว สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันอันดับแรกของบุคคลสมควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกถือเป็นกฎหมายสำคัญคู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกตามอำเภอใจหาได้ไม่ นอกจากกฎหมายจะอนุญาตให้ทำได้ เช่น ชายทำสัญญายกทรัพย์สินให้ฝ่ายหญิงเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมเป็นภรรยา โดยหญิงรู้อยู่ว่าชายนั้นมีภรรยาอยู่แล้ว เป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้เพราะสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งการสมรสที่ว่าชายหรือหญิงจะต้องไม่เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1445 (บรรพ 5 เดิม) หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 (บรรพ 5 ใหม่)¹⁴³

2. ด้านวิชาชีพ การประกอบวิชาชีพเป็นเรื่องสำคัญของบุคคลในสังคม แต่ต้องมีการควบคุมให้อยู่ในวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการเอา راحتเอาเปรียบจนเกินไปอันจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมและอาจทำให้เอกชนแสวงหาประโยชน์เกินควรโดยอาศัยข้อตกลงนั้น ๆ

3. ด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มนุษย์เกิดมาทุกคนย่อมมีสิทธิขั้นพื้นฐานเรียกว่า สิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุที่มนุษย์ทุกคนย่อมมีเกียรติและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ หลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงควรได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนในสังคม การตกลงอันใดเป็นผลทำให้บุคคลสูญเสียความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ความตกลงนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2) ศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นไปตามยุคสมัย โดยสมัยหนึ่งยุคหนึ่งแนวความคิดความรู้สึกรู้สึกของประชาชนย่อมเปลี่ยนแปลงไป อาจเป็นไปได้ว่าการกระทำอย่างหนึ่งในยุคหนึ่งเป็นการขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อีกยุคหนึ่งกลับไม่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดี ทั้งนี้เป็นเพราะหลักศีลธรรมอันดีเป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามยุคตามสมัย

¹⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 95/2484

นอกจากนี้สาระสำคัญของวัตุประสงค์อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงขึ้นอยู่กับคู่กรณีรัฐหรือไม่ในวัตุประสงค์ของนิติกรรมนั้นด้วย ซึ่งปกตินิติกรรมอันมีวัตุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคู่กรณีมักจะต้องทราบโดยความรู้สึกสำนึกของวิญญูชนโดยทั่วไป ซึ่งแล้วแต่ว่าข้อนี้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติแต่อาจทราบได้โดยสามัญสำนึก¹⁴⁴

ข. นิติกรรมใดมิได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้¹⁴⁵ การทำนิติกรรมใด ๆ ก็ตาม ถ้าไม่ได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางบทบังคับไว้ให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

(1) คำว่า “แบบของนิติกรรม” มีนักนิติศาสตร์หลายท่านให้ความหมายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า แบบของนิติกรรม หมายถึง วิธีการแสดงเจตนาของผู้กระทำนิติกรรมซึ่งกฎหมายบังคับไว้โดยเฉพาะ¹⁴⁶

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า แบบของนิติกรรม หมายถึง องค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด ผลตกเป็นโมฆะ กล่าวคือ กฎหมายไม่ยอมรับบังคับบัญชาให้¹⁴⁷

ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สมองชาติ เห็นว่า แบบของนิติกรรม หมายถึง พิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมหากไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นโมฆะ¹⁴⁸

จากแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งสามท่านข้างต้นพอจะสรุปได้ว่าแบบของนิติกรรม หมายถึง วิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเพื่อเป็นหลักบังคับให้ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามนอกเหนือจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยทั่วไป ถ้าผู้กระทำนิติกรรมไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องย่อมทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ

¹⁴⁴ ไซยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 165.

¹⁴⁵ คู่มือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

¹⁴⁶ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 125, น. 130.

¹⁴⁷ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 124, น. 159.

¹⁴⁸ ศักดิ์ สมองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 131, น. 82.

(2) ชนิดของแบบนิติกรรม จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนพบว่า มีนักนิติศาสตร์ต่างแบ่งชนิดของแบบนิติกรรมไว้หลายชนิดแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามมีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้แบ่งชนิดของแบบนิติกรรมไว้ 4 ชนิด ดังนี้¹⁴⁹

1) ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบดังกล่าวนี้จะต้องเป็นนิติกรรมที่มีความสำคัญจำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการเปิดเผยให้สาธารณชนทั่วไปได้รับทราบโดยสามารถตรวจสอบได้ในเอกสารมหาชน

2) ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมประเภทนี้กฎหมายเพียงกำหนดให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้นโดยไม่ได้อำนาจให้ทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด

3) ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมประเภทนี้กฎหมายได้กำหนดแบบให้ทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดให้จดทะเบียนไว้ด้วย ลักษณะของนิติกรรมประเภทนี้จึงมีความสำคัญน้อยกว่านิติกรรมประเภทแรก

4) ต้องทำเป็นหนังสือโดยทำกันเอง นิติกรรมแบบนี้มีความสำคัญกว่านิติกรรมโดยทั่วไป จึงต้องทำเป็นหนังสือเพราะสามารถบันทึกข้อตกลงไว้ได้อย่างแน่นอน

(3) ลักษณะแบบของสัญญาให้ สำหรับสัญญาให้มีกรณีที่จะต้องพิจารณาว่ากรณีต่อไปนี้เป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ เนื่องจากลักษณะของสัญญาให้กฎหมายได้กำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับการให้อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ¹⁵⁰ และการส่งมอบสำหรับการให้ทรัพย์สินโดยทั่วไป¹⁵¹

1) ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีการให้อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษยอมสมบูรณ์หากได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดโดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้¹⁵² เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดถึงผลหากไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามแม้ในบทบัญญัติในเรื่องนี้ไม่ได้บัญญัติถึงผลแห่งการทำนิติกรรมไม่ถูกต้องตามแบบก็ตาม หากไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมาย

¹⁴⁹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 124, น. 161- 167.

¹⁵⁰ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525

¹⁵¹ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523

¹⁵² ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2959/2536, 1931/2537, 6267/2537, 663/2538

กำหนดย่อมมีผลตกเป็นโมฆะโดยผลบังคับตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152¹⁵³ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การให้อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้มีนักนิติศาสตร์ต่างเห็นว่าเป็นแบบของสัญญาให้¹⁵⁴ ดังนั้น หากคู่สัญญาไม่ทำตามแบบข้างต้นทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2229/2542¹⁵⁵ แม่ ท. เจ้าของที่ดินเดิมยินยอมให้ทางพิพาทเป็นทางภาระจำยอมแก่ที่ดินของโจทก์ อันเป็นกรณีที่ดินที่โจทก์ได้ภาระจำยอมโดยทางนิติกรรมก็ตาม แต่เมื่อยังมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การได้มาจึงไม่บริบูรณ์ ตามมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง จึงคงใช้บังคับได้ในฐานะบุคคลสิทธิเฉพาะกับโจทก์กับ ท. ซึ่งเป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วย เมื่อ ท. ยกที่ดินแปลงดังกล่าวให้จำเลย ถือว่าจำเลยเป็นบุคคลภายนอก ทั้งในเรื่องให้หาได้มีบทบัญญัติให้ผู้รับต้องรับหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ ของผู้ให้ไปด้วย อย่างกรณีทายาทรับมรดกไม่ ความยินยอมดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันจำเลย ไม่อาจบังคับให้จำเลยจดทะเบียนภาระจำยอมหรือเปิดทางพิพาทโดยอาศัยเหตุนี้ได้

2) การส่งมอบ เป็นการให้ทรัพย์สินโดยทั่วไป ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” จึงเป็นปัญหาว่าการส่งมอบเป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ จากการศึกษาค้นคว้า มีนักนิติศาสตร์ต่างให้ความเห็นเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้ไว้ พอแยกได้ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า สัญญาให้คือ ความตกลงระหว่างผู้ให้กับผู้รับให้ในการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโดยเสนาหา แต่สัญญาให้ยังไม่สมบูรณ์จนกว่าผู้ให้จะได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแล้ว ซึ่งการส่งมอบนี้จะทำในเวลาแสดงเจตนาให้หรือในภายหลังก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องส่งมอบเสียก่อนที่ผู้ให้ตายหรือผู้ให้ได้ถอนการแสดงเจตนาภายหลังแล้ว¹⁵⁶

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า สัญญาให้โดยเสนาหากฎหมายกำหนดวิธีการสำคัญสำหรับการให้ไว้คือ การส่งมอบตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ให้แก่ผู้รับ การส่งมอบในสัญญาให้นี้มีใช้การปฏิบัติชำระหนี้ของผู้ให้ แต่เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการ

¹⁵³ ไซยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 74, น. 234.

¹⁵⁴ เสณีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 124, น. 161., ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 131, น. 79., ไซยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 74, น. 241.

¹⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2229/2542 (เนติ.) น.653.

¹⁵⁶ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 20, น. 710.

โอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน ทั้งนี้การส่งมอบเป็นการยืนยันเจตนาอิสระของผู้ให้ในการให้ทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการแสดงเจตนารับของผู้รับการให้กับการส่งมอบจึงต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นกรรมเดียวและวาระเดียวกัน หากผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับในทันที สัญญาให้ยืมตกเป็นโมฆะ¹⁵⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่า ตราบดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน คือยื่นทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่กัน ตราบนั้นสัญญาก็ไม่เกิดขึ้น ไม่บริบูรณ์ ไม่สมบูรณ์ เป็นโมฆะ¹⁵⁸

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของทั้งสองฝ่ายข้างต้นมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยฝ่ายแรกเห็นว่า แม้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ขณะทำสัญญาให้ ไม่ได้ทำให้สัญญาให้เป็นโมฆะ แสดงว่าฝ่ายแรกเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ไม่ถือเป็นแบบของนิติกรรม แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่า หากไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ในทันที สัญญาให้เป็นโมฆะ แสดงว่าฝ่ายที่สองเห็นว่า การส่งมอบเป็นแบบของนิติกรรม

แนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 8530/2544¹⁵⁹ วินิจฉัยว่า “สัญญาที่จำเลยให้เครื่องวิทยุคมนาคมแก่โจทก์ ระบุว่า จำเลยตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในเครื่องวิทยุคมนาคม ตามบัญชีต่อท้ายสัญญาให้แก่โจทก์ นับแต่วันทำสัญญาและโจทก์ได้รับมอบเครื่องวิทยุคมนาคมแล้ว แต่ปรากฏว่าในวันที่ทำสัญญาจำเลยยังไม่ได้ส่งมอบเครื่องวิทยุคมนาคมแก่โจทก์ จึงขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 523 ย่อมไม่สมบูรณ์จึงไม่มีผลบังคับตามสัญญา” ตามแนวคำพิพากษาฎีกาจะเห็นได้ว่าเป็นการวางหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับฝ่ายแรก ที่เห็นว่า สัญญาให้ยังไม่สมบูรณ์จนกว่าผู้ให้จะได้ส่งมอบ แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญาให้เป็นโมฆะ

ค. การแสดงเจตนาโดยไม่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ การทำนิติกรรมผู้ทำต้องมีความต้องการหรือเจตนาในการทำนิติกรรมที่เรียกว่า มูลเหตุชักจูงใจ โดยผู้ทำนิติกรรมจะเริ่มคิดว่า จะทำนิติกรรมหรือไม่ เมื่อคิดรอบคอบแล้วก็จะตัดสินใจทำนิติกรรม เรียกว่าเป็นการก่อเจตนาภายใน ซึ่งจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อได้แสดงออกมาภายนอกเพื่อให้บุคคลอื่นสามารถรับรู้ได้ ดังนั้น เจตนาจึงมีความสำคัญในการก่อให้เกิดนิติกรรม เราจึงเรียกเจตนาว่าเป็นองค์ประกอบที่

¹⁵⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 369-370.

¹⁵⁸ จี๊ด เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 127, น. 40.

¹⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 8530/2544 (เนติ.) น. 2512.

เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ขาดเสียไม่ได้ของนิติกรรม¹⁶⁰ เพราะนิติกรรมนั้นจะต้องกระทำโดยใจสมัครเพื่อมุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แม้มีการแสดงเจตนาถ้าหากไม่มีเจตนาอันแท้จริงที่จะมุ่งผูกนิติสัมพันธ์ย่อมขาดองค์ประกอบในการทำนิติกรรมหรือถ้าหากกระทำโดยไม่มีใจสมัครก็ย่อมขาดองค์ประกอบเช่นกันซึ่งความบกพร่องอันเกี่ยวกับเจตนาที่ย่อมมีผลถึงความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมนั้น ๆ สำหรับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอันเป็นเหตุทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ได้แก่

(1) การแสดงเจตนาซ่อนเร้น¹⁶¹ มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาออกมาโดยซ่อนเร้นเจตนาอันแท้จริงที่ไม่มุ่งจะผูกพันไว้ในใจ เหตุที่กฎหมายต้องควบคุมแสดงเจตนาดังกล่าวเพื่อรองรับความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอันแท้จริงและเพื่อคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งผู้ทำการโดยสุจริต มิให้ต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาเช่นนั้น ถ้าพิจารณาจากองค์ประกอบของนิติกรรมที่ว่านิติกรรมเป็นการกระทำโดยมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การแสดงเจตนาซ่อนเร้นก็คือ การแสดงเจตนาออกมาให้เห็นว่ามุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ แต่ในใจไม่ประสงค์จะผูกพันตามที่ได้แสดงเจตนาออกมานั้น ที่กฎหมายไม่สนับสนุนการแสดงเจตนาซ่อนเร้นเพราะย่อมเป็นการยากที่บุคคลจะหยั่งทราบถึงเจตนาในใจของบุคคลอื่น หากยอมให้แสดงเจตนาซ่อนเร้นกันตามอำเภอใจ ก็คงจะเกิดการหลอกลวง คดโกงกันสับสนวุ่นวายจนไม่มีใครจะเชื่อถือนิติกรรมอีกต่อไป แต่จะไม่ยอมรับรู้เสียเลยก็เป็นการฝืนเจตนาอันแท้จริง กฎหมายจึงเข้าควบคุมเพื่อคุ้มครองผู้แสดงเจตนาด้วย นิติกรรมอันเกิดจากการแสดงเจตนาซ่อนเร้นจะเป็นโมฆะหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของผู้แสดงนั้นหรือไม่ ถ้ารู้ก็ต้องบังคับตามเจตนาอันแท้จริงคือ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ถ้าไม่รู้นิติกรรมก็ไม่ตกเป็นโมฆะโดยถือตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น¹⁶² เช่น ส่งมอบแหวนแล้วบอกว่าเป็นไข่มุก ในใจจริงไม่ต้องการจะให้ เป็นแต่เพียงการประชดไม่ต้องการผูกพันด้วยประการใดเลย หรือในใจจริงต้องการจะขายแต่ส่งมอบแหวนไปบอกว่าเป็นไข่มุก ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งคือ ผู้รับแหวนไม่ได้รู้ถึงเจตนาที่ซ่อนอยู่ในใจของฝ่ายที่แสดงนั้น การให้เป็นอันสมบูรณ์จะเพิกถอนเสียไม่ได้

¹⁶⁰ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 116, น. 103-104.

¹⁶¹ ฎุประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154

¹⁶² ศักดิ์ สนองชาติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 134, น. 144-145.

(2) การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁶³ ได้แก่ การที่ผู้แสดงเจตนาได้สมรู้หรือสมคบกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้รับการแสดงเจตนา ไม่ว่าจะแต่ละฝ่ายจะมีจำนวนเท่าใดก็ตามโดยการแสวงแสดงเจตนาออกมาโดยเจตนาที่ปรากฏไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงเพื่อให้เกิดนิติกรรม โดยที่ไม่มีความประสงค์จะให้เกิดนิติกรรมนั้นแต่อย่างใด เพียงแต่จุดประสงค์อันแท้จริงก็คือ เป็นการทำนิติกรรมหลอกขึ้นเพื่อลวงบุคคลภายนอกให้เข้าใจผิดว่ามีนิติกรรมนั้น ซึ่งโดยแท้จริงแล้วนิติกรรมที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ทำขึ้นนั้นไม่มีอยู่เลย¹⁶⁴ นิติกรรมอันเกิดจากการแสดงเจตนาลวงระหว่างคู่กรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม กรณีอาจเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นซึ่งไม่ทราบความจริงได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงนั้น กล่าวคือ แม้การแสดงเจตนาลวงนั้นจะตกเป็นโมฆะก็ตาม คู่กรณีแต่ละฝ่ายในการแสดงเจตนาลวงจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกไม่ได้ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เช่น นาย ก. คบคิดกับ นาย ข. โดยนาย ก. แกล้งยกที่ดินให้กับนาย ข. เพื่อจุดประสงค์ไม่ต้องการให้เจ้าหน้าที่มาบังคับชำระหนี้ เช่นนี้ให้เรียกคืนที่ดินจาก นาย ข. ได้

ง. การแสดงเจตนาด้วยสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

(1) ความหมายของสำคัญผิด

ในเบื้องต้นจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของความสำคัญผิดก่อนที่จะศึกษาถึงรายละเอียดอื่น ๆ ต่อไป จากการศึกษาพบว่ามีนักนิติศาสตร์ต่างให้ความหมายของคำว่าสำคัญผิดไว้ในแนวทางเดียวกัน เช่น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช เห็นว่า ความสำคัญผิดคือการสำคัญว่าเป็นจริงในสิ่งที่เท็จ สำคัญว่าเท็จเป็นสิ่งที่จริงหรืออีกนัยหนึ่งคือการเชื่อไม่ตรงต่อความจริง¹⁶⁵

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร เห็นว่า ความสำคัญผิดคือการเข้าใจความจริงไม่ถูกต้องกล่าวคือ เหตุการณ์เป็นอย่างหนึ่งแต่ได้มีการนึกคิดว่าเป็นอีกอย่างหนึ่ง¹⁶⁶

¹⁶³ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง

¹⁶⁴ ไซยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 74, น. 336.

¹⁶⁵ เส็นีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 124, น. 89.

¹⁶⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 127, น. 129.

จากความเห็นของนักกฎหมายทั้งสองท่านข้างต้น พอที่จะสรุปความสำคัญผิดได้ว่า หมายถึง การเข้าใจข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องเป็นผลให้มีการแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับเจตนาอันแท้จริง ซึ่งความสำคัญผิดเกิดได้ 2 กรณี คือ¹⁶⁷

1. บุคคลผู้สำคัญผิดเข้าใจข้อเท็จจริงผิดหรือแสดงเจตนาผิดเองแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม กับ ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งปกติเป็นสาระสำคัญ

2. บุคคลผู้สำคัญผิดเข้าใจข้อเท็จจริงผิดเพราะมีบุคคลอื่นมาหลอกลวงหรือมาทำกลฉ้อฉล

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมกับความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน เท่านั้น ดังนี้

(2) ความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม¹⁶⁸

คือ การเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความจริง โดยความจริงเป็นอย่างหนึ่งแต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจหรือคิดเป็นอย่างหนึ่ง สำหรับความเข้าใจผิดในกรณีนี้เป็นการเข้าใจผิดในช่วงของการแสดงเจตนา เพราะกระบวนการในการก่อเจตนาภายในคือ ความคิดความเข้าใจข้อเท็จจริงในช่วงแรกก่อนการแสดงเจตนาอันถูกต้องตรงกับความจริงทุกประการ ความเข้าใจผิดเกิดขึ้นเฉพาะช่วงที่แสดงเจตนาเท่านั้น และโดยการแสดงเจตนาที่เกิดจากความสำคัญผิดนี้ทำให้เจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกับเจตนาในใจจริง เจตนาที่แสดงออกจึงตกเป็นโมฆะ¹⁶⁹ ซึ่งความสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ได้แก่

ก. การสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม หมายถึง ผู้แสดงเจตนาได้ตั้งใจจะแสดงเจตนาทำนิติกรรมกับคนหนึ่ง แต่เวลาแสดงเจตนาออกมากลับทำนิติกรรมกับอีกคนหนึ่งเพราะความเข้าใจผิดหรือหลงผิดว่าเป็นคน ๆ คนเดียวกับที่ตนประสงค์จะทำนิติกรรมด้วย¹⁷⁰ เช่น เจตนาจะให้หน้าพิกากแก่ ก. แต่สำคัญผิดว่า ข. เป็น ก. จึงให้หน้าพิกากแก่ ข. ไป เป็นต้น

¹⁶⁷ ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพันธ์, หลักความสำคัญผิด, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น. 42-43.

¹⁶⁸ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156

¹⁶⁹ ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116, น. 122.

¹⁷⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74, น. 417.

คำพิพากษาฎีกาที่ 480/2539¹⁷¹ มูลนิธิที่จะเป็นนิติบุคคลได้ต้องเป็นมูลนิธิที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้ว เมื่อขณะรับการให้มูลนิธิผู้รับโอนยังไม่เป็นนิติบุคคล ย่อมถือว่าเป็นการให้ที่ผู้โอนให้สำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ทำให้นิติกรรมกรให้เป็นโมฆะ จำเลยที่ 1 และ 2 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานผู้ได้รับเรื่องราวตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ย่อมเพิกถอนการจดทะเบียนนิติกรรมกรให้ได้ หากจำต้องให้ผู้โอนให้ไปฟ้องร้องเพื่อเพิกถอนการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเพิกถอนการให้ก่อนไม่

ข. สำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม หมายถึง การที่ผู้แสดงเจตนาประสงค์จะแสดงทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่เวลาแสดงออกมากลับปรากฏว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอีกอันหนึ่งโดยเข้าใจว่าเป็นนิติกรรมที่ตนประสงค์จะแสดงเจตนา¹⁷² เช่น ส่งเงินให้ ข. เจตนาจะให้ยืม แต่ ข. คิดว่าให้ หรือหยิบของให้ ข. เจตนาจะขาย แต่ ข. นึกว่าให้เป็นต้น

ค. สำคัญผิดในวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม หมายถึง ความสำคัญผิดในตัวทรัพย์สินที่จะต้องส่งมอบหรือข้อปฏิบัติ อันเป็นการกระทำหรือการงดเว้นที่พึงปฏิบัติ¹⁷³ เช่น ก. มีเจตนาจะให้เงิน ข. 20 บาท แต่ขณะที่หยิบเงินจากกระเป๋าจะส่งให้ ข. นั้น เป็นเวลาที่อยู่ในโรงภาพยนตร์ ทำให้เห็นไม่ชัดจึงหยิบธนบัตร 100 บาทส่งให้ไป โดยเข้าใจว่าเป็นฉบับละ 20 บาท หรือ ก. จะยกที่ดิน ให้ ข. แต่ ระบุเลขที่ดินผิดแปลง เป็นต้น

ตามที่กล่าวแล้วข้างต้นว่าผลของความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรมทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ การคืนทรัพย์สิน อันเกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ รายละเอียดได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 1.1.3 อย่างไรก็ตามความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมดังกล่าวหากเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้แสดงเจตนาจะถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาเป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้ กล่าวคือ การที่นิติกรรมตกเป็นโมฆะนั้นมาเป็นประโยชน์หรือข้ออ้างของตนไม่ได้¹⁷⁴

¹⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 480/2539 (สงเสริม.) น. 98.

¹⁷² ไซยยศ เหมะรัชตะ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 74, น. 421.

¹⁷³ *เพ็งอ้าง*, น. 423 – 424.

¹⁷⁴ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158

2.1.2 ผลของโมฆะกรรม

นิติกรรมเป็นโมฆะด้วยเหตุต่าง ๆ ตามที่กล่าวมาแล้วตามข้อ 2.1.1 ข้างต้นไม่ทำให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นแต่อย่างใดเลย ตามกฎหมายถือว่านิติกรรมนั้นไม่มีอยู่เลย¹⁷⁵ อีกทั้งไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่อย่างใด ๆ ทางกฎหมาย ทุกอย่างยังคงอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรม¹⁷⁶ และผลแห่งโมฆะกรรมดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้¹⁷⁷

ก. การกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรม เนื่องจากความเป็นโมฆะกรรมเกิดขึ้นด้วยผลของกฎหมายทันทีที่มีการกระทำการนิติกรรม ดังนั้น ผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆะได้ทั้งสิ้น เนื่องจากความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมนี้เป็นความเสียหายเปล่าสำหรับบุคคลทั่วไปไม่ใช่เฉพาะสำหรับคู่กรณีแห่งนิติกรรมที่เป็นโมฆะเท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคือได้ประโยชน์จากการกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิกล่าวอ้างได้ คำว่า กล่าวอ้างนี้ไม่ใช่การบอกล้างหรือเพิกถอน หากเป็นการแจ้งเรื่องเพื่อประโยชน์จากความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมนั้น การกล่าวอ้างจึงไม่ใช่การทำนิติกรรมเพราะโมฆะกรรมเป็นความเสียหายเปล่าแต่เริ่มแรกโดยอำนาจของกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องมีใครมาบอกล้างทำลายนิติกรรมให้เสียหายและไม่จำเป็นต้องให้ศาลทำการเพิกถอนนิติกรรม แต่ถ้ามีการโต้แย้งว่านิติกรรมนั้น เป็นโมฆะหรือไม่ก็จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลให้ผู้ชี้ขาด¹⁷⁸ อีกทั้งการกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าแห่งนิติกรรมนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาหรืออายุความไว้ ผู้มีส่วนได้เสียจึงมีสิทธิกล่าวอ้างได้นับแต่เวลาที่เกิดโมฆะกรรมตลอดไปไม่ว่าเวลาใด ๆ¹⁷⁹

ข. ไม่อาจให้สัตยาบันได้ การให้สัตยาบันเป็นการรับรองนิติกรรมที่บกพร่องให้เป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ แต่ด้วยเหตุที่โมฆะกรรมเป็นนิติกรรมที่เสียหายมาตั้งแต่ต้นกฎหมายจึงไม่เปิดโอกาสให้สัตยาบันกันได้ เพราะจะให้สัตยาบันก็คงเป็นการกระทำที่เสียหายเปล่านั้นเอง

¹⁷⁵ ประคอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2518), น. 75.

¹⁷⁶ ศนันท์กรณ (เจ้าปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 116, น.160.

¹⁷⁷ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172

¹⁷⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 124, น. 180 – 181.

¹⁷⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 131, น. 248.

2.1.3 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเกิดจากโมฆะกรรม

การคืนทรัพย์สินอันเกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลามิกอร์ได้มาใช้บังคับ¹⁸⁰ ดังนั้น การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเกิดจากโมฆะกรรมจึงต้องเรียกคืนตามหลักลามิกอร์ได้ อันเป็นมูลหนี้ที่กำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม เนื่องจากผู้ที่ได้สิ่งใดมาโดยไม่มีสิทธิจะต้องคืนสิ่งนั้นให้แก่เขา แต่จะต้องได้มาลักษณะเป็นลาภยกขึ้นเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ทำนองเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์ จึงจะบังคับได้ตามหลักลามิกอร์ได้¹⁸¹ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลามิกอร์ได้อันเกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะในสัญญาให้เป็นสำคัญ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยลามิกอร์ได้ตั้งแต่มาตรา 406 ถึงมาตรา 419 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

ก. หน้าที่ของผู้รับทรัพย์สินที่ให้ มีหน้าที่ดังนี้

(1) ทรัพย์สินที่ให้แก่กันเป็นเงิน ให้ผู้รับชำระไว้ต้องคืนลามิกอร์ได้เต็มจำนวนในกรณีไม่สุจริต แต่ถ้าสุจริตก็ต้องคืนเท่าที่เหลือเป็นลาภอยู่แก่ตนในขณะเรียกคืน¹⁸²

(2) ทรัพย์สินที่ให้แก่กันเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นอันไม่ใช่ตัวเงิน ถ้ารับไว้โดยสุจริตคงคืนทรัพย์สินเท่าที่เป็นอยู่ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการที่ทรัพย์สินสูญหายหรือบอบสลาย แต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบอบสลายก็ต้องคืนให้ไป แต่ถ้ารับไว้โดยไม่สุจริตก็ต้องรับผิดชอบถึงการสูญหายหรือบอบสลายด้วย ไม่ว่าจะการสูญหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ถึงอย่างไรก็ดีทรัพย์สินนั้นก็ยังคงสูญหายหรือบอบสลายอยู่นั่นเอง¹⁸³ การคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย หมายถึงกรณีทรัพย์สินนั้นสูญหายไปแต่ไม่รวมถึงการบอบสลายซึ่งผู้รับไว้ยังต้องคืนตัวทรัพย์สินอยู่ การคืนอาจตกเป็นพันวิสัยเพราะสภาพแห่งทรัพย์สิน เช่น เนื้อสัตว์ต่าง ๆ เมื่อผู้ได้รับไว้เป็นลาภไม่ได้ใช้ทำอาหารภายในเวลาอันควรเก็บไว้นานย่อมเน่าเสียได้ การคืนย่อมตกเป็นพันวิสัย แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นถูกขโมย ผู้รับได้จำหน่ายจ่ายโอนไป การคืนทรัพย์สินตกเป็นพัน

¹⁸⁰ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 วรรคสอง

¹⁸¹ จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 เรื่อง จัดการงานนอกสั่ง และ ลามิกอร์ได้, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น.21.

¹⁸² ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 412

¹⁸³ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 413

วิสัยเพราะเหตุอย่างอื่นตามมาตรา 414¹⁸⁴ การคืนทรัพย์ตามมาตรา¹⁸⁵นี้บุคคลผู้รับทรัพย์ไว้โดยสุจริตไม่ต้องรับผิดชอบในเหตุการณ์คืนทรัพย์ตกเป็นพันวิสัย ถ้ามีอะไรเหลืออยู่ก็ต้องคืนให้ไป¹⁸⁵ แต่ถ้ารับไว้โดยไม่สุจริต บุคคลผู้รับลาภก็ต้องรับผิดชอบใช้ราคาเต็มจำนวนแม้การคืนตกเป็นพันวิสัยก็ตาม¹⁸⁶

(3) ดอกผลอันเกิดจากทรัพย์ที่รับไว้ ได้แก่ ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิติณัยอันเกิดจากทรัพย์สินที่รับไว้ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์ไว้โดยสุจริตไม่ต้องส่งคืนในเวลาที่มีการคืนลาภมิควรได้ แต่ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์มาโดยทุจริตย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้รับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ตนทุจริต¹⁸⁷

ข. หน้าที่ของผู้ให้ทรัพย์สิน มีหน้าที่ ดังนี้

(1) การชดใช้ค่าใช้จ่ายอันควรเพื่อรักษาบำรุงหรือซ่อมแซม เป็นค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาทรัพย์สินโดยทั่วไปที่ทำให้ทรัพย์คงอยู่ในสภาพเดิมไม่ใช่ตัดแปลงต่อเติม แต่จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่สมควรแก่การบำรุงรักษาหรือซ่อมแซม ผู้รับจ่ายไปเท่าใดก็สามารถเรียกคืนได้เท่านั้น¹⁸⁸

(2) การชดใช้ค่าใช้จ่ายอย่างอื่นกรณีรับไว้โดยสุจริต กรณีนี้ผู้รับสามารถเรียกให้ชดใช้ได้เฉพาะที่เสียไปในระหว่างที่ทำการโดยสุจริต และมีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการ คือ ต้องไม่เกินราคาทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นเพราะค่าใช้จ่ายนั้นในเวลาที่ยึดและไม่เกินค่าใช้จ่ายที่เสียไปจริง¹⁸⁹

¹⁸⁴ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น. 164.

¹⁸⁵จิตติ ติงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452, แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.160.

¹⁸⁶ไพจิตร ปุญญพันธุ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 184, น. 164

¹⁸⁷ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 415

¹⁸⁸ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 416

¹⁸⁹ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 417

ค. ข้อยกเว้นไม่ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ มีดังนี้¹⁹⁰

(1) ถ้าคู่กรณีแห่งนิติกรรมที่เป็นโมฆะได้ชำระหนี้โดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่ต้องชำระและเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจ¹⁹¹ คือ รู้ว่านิติกรรมเป็นโมฆะ แต่ยังขึ้นชำระไปตามมาตรา 407 บัญญัติไม่ให้เรียกทรัพย์สินคืน¹⁹² ตัวอย่างเช่น นาย ก. ยกม้าสีหมอกซึ่งเป็นม้าที่ใช้แข่งขันได้รางวัลชนะเลิศมาทุกปี ให้กับนาย ข. เพื่อนผู้รู้ใจโดยไม่ได้จดทะเบียน ซึ่งทั้งนาย ก. ผู้ให้ กับนาย ข. ผู้รับให้ ก็ทราบดีอยู่แล้วว่าจะต้องจดทะเบียนจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ไม่ได้ดำเนินการและได้ส่งมอบม้าให้กับนาย ข. ต่อมานาย ก. เกิดผิดใจกันกับนาย ข. จึงเรียกม้าคืน อ้างว่านิติกรรมตกเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ กรณีเช่นนี้ถือได้ว่า นาย ก. ได้ชำระหนี้โดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระและเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจ ไม่มีสิทธิเรียกคืน นาย ข. จึงไม่ต้องคืนม้าสีหมอกตัวดังกล่าวให้นาย ก. ตามมาตรา 407 อย่างไรก็ตามหาก นาย ก. ได้กล่าวอ้างต่อไปว่า เมื่อไม่ได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ในตัวม้า ยังไม่ได้โอน นาย ก. มีสิทธิเรียกคืนได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ กรณีนี้เป็นประเด็นที่น่าขบคิดด้วยเหตุผลที่ว่า เมื่อนิติกรรมไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังนาย ข. ดังนั้น นาย ก. ในฐานะเจ้าของและมีกรรมสิทธิ์ ยังคงมีสิทธิติดตามเอาคืนได้เสมอตามมาตรา 1336 อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้เป็นเรื่องนิติกรรมซึ่งตกเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด การคืนทรัพย์สิน เป็นไปตามหลักลาภมิควรได้ตามมาตรา 172 วรรคสอง ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ไม่ใช่เรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1336 แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า นาย ข. ได้ขโมยม้าของ นาย ก. ไป โดยที่นาย ก. ไม่ได้ยกให้ อันไม่ใช่เป็นการได้มาโดยนิติกรรม อย่างนี้ นาย ก. อ้างหลักกรรมสิทธิ์ได้

(2) ถ้าคู่กรณีได้ชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี¹⁹³ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง¹⁹⁴ ตั้งข้อสังเกตว่ามาตรา 113 ที่บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพันวิสัยก็ดี เป็นการขัดขวางต่อ

¹⁹⁰ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 558.

¹⁹¹ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407

¹⁹²ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 558.

¹⁹³ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411

¹⁹⁴อุกฤษ มงคลนาวิน, คำบรรยายกฎหมายแพ่งว่าด้วย ภารงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร: ศรีเมืองการพิมพ์, 2515), น. 52.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นเป็นโมฆะ¹⁹⁵ และยังสามารถให้ความเห็นต่อไปว่า หลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปใกล้เคียงกับหลักความสงบเรียบร้อยมากจนกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย ดังนั้น หลักศีลธรรมอันดีจึงมีความหมายกว้างขวางมากและยืดหยุ่นได้ แต่โดยทั่วไปแล้วหลักศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ หรือครอบครัว หรือที่กระทบกระเทือนทางศาสนา¹⁹⁶ จึงเป็นปัญหาว่าถ้ามีการชำระหนี้ ในลักษณะเช่นนี้ต่อมา นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 150 ผู้ได้ชำระหนี้ไปจะเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้หรือไม่ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง¹⁹⁷ มีความเห็นว่า กิจการที่เป็นโมฆะนั้น ไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสมอไป เช่น การอันเป็นโมฆะ เพราะพันวิสัย ผิดแบบ เจตนาลวง หรือสำคัญผิด โฆษกรรมเหล่านี้ไม่ต้องห้ามที่จะเรียกคืนลามมิควรถูกได้

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวความคิดเห็นในทางตำรา สำหรับแนวคำพิพากษาฎีกา ได้วินิจฉัยในกรณีดังกล่าวไว้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 770/2485 วินิจฉัยว่า “หลอกให้ผู้เสียหายให้เงิน 200 บาท แก่ตนเพื่อไปให้สินบนเจ้าพนักงาน เช่นนี้ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียกเงิน 200 บาท คืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 690/2492 วินิจฉัยว่า “ผู้ที่ออกเงินให้ผู้อื่นเป็นความกันโดยจะหวังสิ่งตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เรียกเงินคืนไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 411

คำพิพากษาฎีกาที่ 622/2494 วินิจฉัยว่า “ทำสัญญายกที่ดินให้เพื่อตอบแทนในการที่เขาออกเงินให้เป็นความกับผู้อื่น จนได้ที่ดินนั้นมา เช่นนี้จะเรียกที่ดินนั้นคืนไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 411

คำพิพากษาฎีกาที่ 1913/2505 วินิจฉัยว่า “ชายมีภริยาชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ไปตกลงกับหญิงอื่นว่าจะอยู่กินเป็นสามีภริยากัน ข้อตกลงนี้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ แม้หญิงนั้นจะมีได้ปฏิบัติตามข้อตกลง ก็ไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องรับผิดชอบชาย และถ้าในการตกลงเช่นนั้นชายให้เงินหญิงเป็นการตอบแทน

¹⁹⁵ ปัจจุบันคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

¹⁹⁶ อุกฤษ มงคลนาวิน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 194, น. 59-60.

¹⁹⁷ จิตติ ดิงศภิษฐ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 395 ถึงมาตรา 405, มาตรา 406 ถึง มาตรา 419 เรื่องจัดการงานนอกสั่ง และ ลามมิควรถูกได้*. (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น. 35-36.

เช่นนี้การส่งมอบนั้นเป็นการชำระหนี้ด้วยวัตถุประสงค์ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีแม้หญิงไม่ยอมเป็นภริยาชายตามข้อตกลง ชายก็ไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินนั้นคืน

เมื่อพิจารณาจากแนวความเห็นในทางตำรากับแนวทางคำพิพากษาฎีกาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า การชำระหนี้อันเกิดจากนิติกรรมเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ผู้ชำระหนี้จะเรียกทรัพย์สินคืนฐานลามิควรได้ตามมาตรา 172 ไม่ได้ทุกกรณีไป เมื่อใดก็ตามหากการชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ผู้ชำระหนี้ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้คืนทรัพย์สินนั้นได้ ตามมาตรา 411 กรณีการชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีที่ไม่อาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ เช่น

กรณีนาย ก. ได้ยก เหล้าเถื่อน ยาเสพติด ของหนีภาษี และวีซีดีเถื่อนให้กับ นาย ข. ต่อมา นาย ก. ผิดใจกับนาย ข. จึงเรียกทรัพย์สินที่ให้ดังกล่าวคืน

กรณีนี้นาย ก. ไม่อาจเรียกทรัพย์สินที่ให้แก่นาย ข. คืนได้เนื่องจากนาย ก. ได้รับการชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี เป็นผลทำให้ผู้ชำระหนี้ไม่อาจเรียกทรัพย์สินคืนได้ตามมาตรา 411

แต่สำหรับนิติกรรมที่เป็นโมฆะ เพราะมีวัตถุประสงค์เป็นอันพันวิสัยมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ สำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม รวมถึงนิติกรรมที่เกิดขึ้นเพราะการแสดงเจตนาหลง เหล่านี้ยังไม่ถือว่าเป็นการชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 ผู้ชำระหนี้มีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้

2.2 หลักโมฆียะกรรม

2.2.1 ผู้บกพร่องในความสามารถ

การให้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้ประสงค์จะทำนิติกรรมนั้นต้องแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่สุดของการเกิดขึ้นของนิติกรรม เนื่องจากเป็นการแสดงถึงความต้องการของบุคคลหนึ่งเพื่อให้บุคคลอื่นได้ทราบ¹⁹⁸ ดังนั้นบุคคลผู้ซึ่งแสดงเจตนา จะต้องไม่มีเหตุบกพร่องตามที่กฎหมายกำหนด จริงอยู่ว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ต้องมีขอบเขตบางประการตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อปกป้องรักษาและคุ้มครองถึงสิทธิประโยชน์ของสาธารณชน เพื่อให้บ้านเมืองสามารถดำรงอยู่ได้โดยสงบ

¹⁹⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 33.

เรียบง่าย บุคคลผู้ซึ่งแสดงเจตนาจึงเป็นประการแรกที่ต้องพิจารณาว่ามีความสามารถในการทำนิติกรรมการให้หรือไม่ กฎหมายได้กำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งปฏิเสธความสามารถในการทำสัญญาของผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ ภายใต้สถานการณ์บางประการไว้เพื่อปกป้องการที่จะทำนิติกรรมสัญญาใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทางแพ่งเนื่องจากอาจถูกเอาเปรียบจากบุคคลอื่นที่มีความคิดทางปัญญาที่เหนือกว่า¹⁹⁹

บทบัญญัติในมาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” เห็นได้ว่ากฎหมายได้จำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมของบุคคลบางประเภทไว้ ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นผู้บกพร่องในความสามารถในการทำนิติกรรม

ประเภทของบุคคลผู้หย่อนความสามารถมีที่มาจากข้อจำกัดหรือเหตุอันกฎหมายกำหนดไว้เป็นเครื่องกำหนดในเรื่องความสามารถในการใช้สิทธิทำนิติกรรมซึ่งได้แก่เหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ²⁰⁰

1. เหตุตามธรรมชาติ เพราะบุคคลไม่มีความรู้สึกผิดชอบ การที่บุคคลใดไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการทำนิติกรรมนั้น ย่อมถือว่าบุคคลนั้นขาดเจตนาในการทำนิติกรรม ซึ่งย่อมมีผลให้การทำนิติกรรมนั้นไม่เกิดขึ้น

2. เหตุตามกฎหมาย เพราะกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครอง เหตุที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองอันเกิดจากเหตุหย่อนความสามารถนั้น เพราะเหตุว่าบุคคลเหล่านั้นยังมีความนึกคิดอยู่บ้าง กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งหย่อนความสามารถนั้น เหตุอันถือว่าเป็นการทำให้หย่อนความสามารถนั้น ได้แก่

1) เหตุที่เกิดจากอายุ บุคคลผู้หย่อนความสามารถที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีนี้ ได้แก่ ผู้เยาว์

2) เหตุที่เกิดจากสุขภาพ บุคคลผู้บกพร่องในความสามารถอันเนื่องมาจากสาเหตุนี้ ได้แก่ คนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ

3) เหตุที่เกิดจากการไม่สามารถจัดการทรัพย์สินอันเนื่องมาจากสุขภาพ ความประพฤติของบุคคล บุคคลประเภทนี้ ได้แก่ คนเสมือนไร้ความสามารถ

¹⁹⁹Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, Volume II, (Oxford: Clarendon Press, 1987), p. 26.

²⁰⁰ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 74, น. 56.

สรุปได้ว่าบุคคลผู้ปกครองในความสามารถตามที่กฎหมายกำหนดไว้มี 3 ประเภท คือ

(1) ผู้เยาว์ คือบุคคลที่ยังมีอายุไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์ ต่อเมื่อพ้นอายุยี่สิบปีบริบูรณ์แล้วจึงพ้นภาวะผู้เยาว์ กลายเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ²⁰¹ ซึ่งจะสามารถทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้ตามหลักทั่วไป อย่างไรก็ตามการบรรลุนิติภาวะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยการสมรส²⁰² ที่ได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448²⁰³ กล่าวคือ เมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนได้ ซึ่งต้องมีการร้องขอต่อศาล หากศาลเห็นสมควรตามคำร้องนั้น อาจอนุญาตให้ชายหรือหญิงหรือทั้งชายและหญิงที่มีอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์สมรสกันได้ แต่อย่างไรก็ตามการสมรสของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดาและมารดาหรือบิดา หรือมารดา หรือผู้ปกครองผู้รับบุตรบุญธรรมแล้วแต่กรณีตามมาตรา 1436²⁰⁴ และมาตรา 1454²⁰⁵

²⁰¹มาตรา 19 “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์”

²⁰²มาตรา 20 ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสหากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448

²⁰³มาตรา 1448 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้

²⁰⁴มาตรา 1436 ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
- (2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้

- (3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
- (4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1)

(2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง

²⁰⁵ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การทำนิติกรรมใดๆ ของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน มิเช่นนั้นแล้วนิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ²⁰⁶ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บังคับว่าผู้เยาว์จะต้องกระทำด้วยตนเองเสมอไป เพราะผู้เยาว์อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ซึ่งเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมจึงมีอำนาจทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ได้ เช่น ผู้เยาว์อายุ 15 ปี ได้ให้คอมพิวเตอร์โน้ตบุค แก่ ด.ช. ตะวัน หรือ ด.ญ. ตะไคร้ หยิบเงินในกระปุกออมสินของตนจำนวน 3,000 บาท ให้กับขอทานหน้าบ้าน เช่นนี้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน มิฉะนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่บางกรณี ซ้อยกเว้นหลักทั่วไปที่ว่าในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 21 อาจแยกได้ดังนี้คือ²⁰⁷

1. นิติกรรมที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว

มาตรา 22 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นหากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่งหรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง” เช่น การรับทรัพย์ที่ให้โดยเสนหา ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 589/2506²⁰⁸ วินิจฉัยว่า ยายยกที่ดินให้หลาน โดยทำใบมอบฉันทะให้หลานไปทำนิติกรรมยกที่ดินให้แทน แม้หลานจะยังไม่บรรลุนิติภาวะก็เป็นผู้รับมอบอำนาจทำนิติกรรมนี้ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม เหตุที่ผู้เยาว์ทำนิติกรรมในฐานะเป็นตัวแทนโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมนั้น เพราะนิติกรรมดังกล่าวมิได้ผูกพันผู้เยาว์ ผู้เยาว์จึงมิได้เสียหายอันใด²⁰⁹

จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ผู้ให้ซึ่งเป็นผู้เยาว์จะไม่สามารถให้ทรัพย์โดยเสนหาแก่ใครได้เลย เนื่องจากทำให้เป็นการทำให้ผู้เยาว์ต้องเสียทรัพย์หรือประโยชน์ที่ตนมีอยู่เป็นการทำให้ทรัพย์สินของตนลดน้อยถอยลงไม่ได้เพิ่มพูนขึ้น แต่ผู้เยาว์สามารถเป็นผู้รับทรัพย์สินได้ ทั้งจากการให้โดยตรง หรือได้รับจากการปลดหนี้หรือชำระหนี้ด้วย เช่น ด.ญ. ตะไคร้ ได้เยี่ยมหนังสือการ์ตูน จากนางสาว ต. ต่อมานางสาว ต. บอกยกให้ เช่นนี้ ด.ญ. ตะไคร้ สามารถรับ

²⁰⁶ มาตรา 21 ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงโดยปราศจากความยินยอมนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

²⁰⁷ ชาญยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 71.

²⁰⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 589/2506

²⁰⁹ ชาญยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 68-69.

หนังสือการ์ตูนได้ อันเป็นการได้รับหนังสือการ์ตูนมาโดยการปลดหนี้ หรือ ด.ช. ตะวัน ได้ไปซื้อขนมที่ร้านค้าข้างบ้านราคาถุงละ 5 บาท แต่มีเงินแค่ 4 บาท จึงบอกเจ้าของร้านว่าสักครู่จะเอามาให้ นางสาว ต. เห็นเข้า จึงชำระหนี้ 1 บาทแทน เป็นต้น

2. นิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องทำเองเฉพาะตัว

มาตรา 23 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว” หมายความว่า เป็นเรื่องที่ผู้เยาว์สามารถตัดสินใจทำนิติกรรมสัญญาเองได้ และกฎหมายให้ผู้เยาว์ทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม เช่น การรับรองบุตรตามมาตรา 1547 การทำพินัยกรรมตามมาตรา 25²¹⁰

กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้กับการให้ได้ในกรณีที่ผู้เยาว์สามารถบริจาคเงิน ทรัพย์สินสิ่งของ เล็กๆ น้อยๆ ที่ตนมีตามฐานานุรูปให้แก่ผู้อื่น เช่น ให้เงินขอทาน ให้เงินอุดหนุนชมรม โครงการต่าง ๆ บริจาคเสื้อผ้า ของเล่น ของเหลือใช้แก่ผู้ยากจน เป็นต้น

3. นิติกรรมที่จำเป็นเพื่อการเลี้ยงชีพ

มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการสมแก่ฐานานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” กรณีนี้หมายถึงการกระทำที่ต้องมีความจำเป็นในการให้มีชีวิตอยู่ ต้องเป็นนิติกรรมเพื่อการดำรงชีพ เช่น ซื้อหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค เป็นต้น

4. กิจการที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมโดยทั่วไป

เป็นกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ความยินยอมในเรื่องของการจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อการอันใดอันหนึ่งภายในขอบเขตที่ผู้แทนโดยชอบธรรมระบุไว้หรือมิได้ระบุไว้²¹¹ เช่น ให้เสื้อผ้าผู้เยาว์เพื่อนำไปบริจาค ผู้เยาว์จะนำไปบริจาคให้ใครก็ได้ตามแต่เห็นสมควร แต่ผู้เยาว์จะนำไปขายไม่ได้ แต่ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมให้เสื้อผ้าโดยมิได้ระบุว่าเป็นเพื่ออะไร ผู้เยาว์ย่อมจะนำไปจำหน่ายอย่างไรก็ได้ตามแต่ความต้องการของตน ทั้งนี้การจำหน่ายหมายความว่า การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ไม่รวมถึงการก่อหนี้ผูกพันอย่างอื่น²¹²

²¹⁰มาตรา 25 “ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์”

²¹¹ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 26

²¹²จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล,

5. นิติกรรมที่สำคัญตั้งระบุไว้ในมาตรา 1574 (8) (9)

ตามมาตรา 1574 (8) (9) กฎหมายกำหนดว่าการให้โดยเสน่หา การรับการให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา เป็นนิติกรรม เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะทำได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต อย่างไรก็ตามก็ตามสำหรับกรให้โดยเสน่หา ผู้ปกครองอาจเอาเงินได้ของผู้เยาว์ให้การกุศลสาธารณะเพื่อการสังคัมหรือตามหน้าที่ธรรมจรรยาได้ ทั้งนี้ต้องพอสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์

(2) คนไร้ความสามารถ

คนไร้ความสามารถ ได้แก่ บุคคลวิกลจริตที่ศาลได้มีคำสั่งให้บุคคลนั้นตกเป็นคนไร้ความสามารถ²¹³ เมื่อศาลสั่งแล้ว บุคคลนั้นจึงไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิ ตามกฎหมายอย่างแท้จริง และต้องอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล โดยผู้อนุบาลจะเป็นผู้ปกป้องรักษาผลประโยชน์ของคนไร้ความสามารถและจัดการทรัพย์สินแทนคนไร้ความสามารถนั้น คนไร้ความสามารถไม่อาจจะทำนิติกรรมใด ๆ โดยลำพังเช่นผู้เยาว์ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติยกเว้นไว้ดังเช่นกรณีผู้เยาว์ ดังนั้นนิติกรรมใด ๆ ที่คนไร้ความสามารถได้กระทำการยอมตกเป็นโมฆียะ²¹⁴ นั้นหมายถึงนิติกรรมกรให้ด้วย

(3) คนเสมือนไร้ความสามารถ

เป็นบุคคลจำพวกหนึ่งที่กฎหมายจำกัดความสามารถด้วยเหตุบกพร่องในสุขภาพทางร่างกายและจิตใจ จนไม่สามารถจะจัดทำกรงานของตนได้ ต้องอยู่ภายใต้การพิทักษ์ของผู้พิทักษ์²¹⁵ คนเสมือนไร้ความสามารถจะให้โดยเสน่หา รับการให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน เว้นแต่กรให้ที่พอสมควรแก่ฐานานุรูป เพื่อการกุศล การสังคัม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา หากผู้เสมือนไร้ความสามารถทำนิติกรรมกรให้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ²¹⁶

²¹³ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 28

²¹⁴ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29

²¹⁵ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 32

²¹⁶ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 34

2.2.2 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติย่อมนับว่าเป็นสาระสำคัญ²¹⁷

ลักษณะของความสำคัญผิดในกรณีนี้ เกิดจากกระบวนการในการก่อเจตนาถูกรบกวนทำให้บิดเบือนไปจากที่ควรจะเป็น แต่เป็นการแสดงเจตนาที่ตรงกับเจตนาภายในเพียงแต่เจตนาภายในนี้เกิดขึ้นในลักษณะที่ผิดปกติเพราะมีเหตุการณ์มาแทรกแซงทำให้กระบวนการสร้างเจตนาแปรปรวนไป ความผิดปกติหรือความบกพร่องเกิดขึ้นในขั้นตอนการก่อเจตนาภายใน เพราะความเข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ทำให้ผู้ที่เข้าใจผิดตัดสินใจหรือก่อเจตนาภายในไปตามที่เข้าใจผิดนั้น แต่เมื่อมีการแสดงเจตนา เจตนาที่แสดงออกมาตรงกับเจตนาภายในที่ได้ก่อขึ้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงกำหนดให้มีผลเป็นเพียงโมฆียะเท่านั้น²¹⁸ ดังนี้

ก. สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล เป็นลักษณะที่สำคัญผิดในสาระสำคัญในคุณสมบัติของบุคคล ซึ่งกรณีจะถือว่าเป็นคุณสมบัติของบุคคลอันเป็นสาระสำคัญ มีหลักพิจารณา²¹⁹ เช่น คุณสมบัติของบุคคลนั้นต้องอาศัยความไว้วางใจ มุ่งหมายต่อความรู้ความสามารถหรือความชำนาญพิเศษของบุคคลนั้น คุณสมบัติของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นสาระสำคัญในการทำนิติกรรม พิจารณาจากความมุ่งหมายของคู่กรณีที่เข้าทำนิติกรรมนั้นว่า ผู้แสดงเจตนาอันมีเจตนามุ่งหมายให้เป็นสาระสำคัญในการทำนิติกรรมหรือไม่เพียงใด เช่น กรณีผู้ให้ประสงค์จะให้ของทุนการศึกษาแก่นักเรียนที่เรียนดี สอบได้ที่ 1 ปรากฏว่ามีการรวมคะแนนผิดพลาดทำให้ ข. เป็นผู้สอบได้คะแนนเป็นที่ 1 ทั้งที่จริงแล้ว ข. เป็นผู้ได้คะแนนเป็นลำดับที่ 2 ผู้ให้จึงได้ให้ของรางวัลแก่ ข. ไปโดยสำคัญผิด ดังนี้เจตนาที่แสดงออกและเจตนาภายในตรงกัน แต่เนื่องจากการตัดสินใจหรือการก่อเจตนาภายในนี้เกิดเพราะความสำคัญผิดของผู้ให้เอง ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ที่ปกติเป็นสาระสำคัญสำหรับนิติกรรมการให้ กล่าวคือในความเป็นจริงแล้ว ข. ไม่ใช่ผู้ที่ชนะเลิศการประกวดร้องเพลง เป็นต้น

ข. ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สิน ในกรณีคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญในการทำนิติกรรมนี้ ย่อมเกิดขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณีซึ่งต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์เป็นราย ๆ ไป โดยหากตามเจตนาปรากฏว่าคู่กรณีต้องการ

²¹⁷ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157

²¹⁸ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 120, น. 126.

²¹⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74, น. 443-445.

คุณสมบัติอย่างไรเพื่อประสงค์จะนำไปใช้ประโยชน์อันใดหากได้แจ้งวัตถุประสงค์ให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบคุณสมบัติของทรัพย์สินก็ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น ทั้งนี้แล้วแต่คู่กรณีเป็นสำคัญ เพราะบางรายประสงค์จะได้ทรัพย์สินที่มีคุณสมบัติดีเยี่ยม บางรายประสงค์จะได้ทรัพย์สินเก่าแก่ บางรายต้องการทรัพย์สินที่มีคุณภาพดีหรือปากกลางสิ่งสำคัญถือเอาความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาเป็นหลัก²²⁰ เช่น ก. มีเจตนาที่จะให้ข้าวสารเสกให้แก่ ข. จำนวน 1 กระสอบ แต่สำคัญผิดเองไปหยิบข้าวสารหอมมะลิให้ ข. ด้วยมองดูเห็นเมล็ดข้าวขาวคิดว่าเป็นข้าวสารเสกให้ เป็นต้น

ค. ผลของความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน

นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ กล่าวคือ นิติกรรมมีผลสมบูรณ์ใช้ได้จนกว่าจะถูกบอกล้างโดยผู้มีสิทธิบอกล้างโดยชอบด้วยกฎหมาย²²¹ ถ้าไม่มีการบอกล้างภายในกำหนดตามกฎหมาย²²² หรือมีการให้สัตยาบันโดยผู้มีสิทธิให้สัตยาบัน²²³ สิทธิบอกล้างย่อมเป็นอันระงับ ถ้ามีการบอกล้างภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการทำนิติกรรม²²⁴

2.2.3 กลลข้อฉล

กลลข้อฉลเป็นเรื่องที่เจตนาที่แสดงออกมาตรงกับใจจริงของบุคคลนั้น แต่มีเหตุมาเบี่ยงเบนให้เจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกับความจริงของบุคคลนั้น เจตนาอันบกพร่องเพราะเหตุกลลข้อฉลนี้จึงไม่สมบูรณ์ กฎหมายกำหนดให้ผลเป็นนิติกรรมที่เป็น โมฆียะ²²⁵ จากคำจำกัดความของนักนิติศาสตร์หลาย ๆ ท่าน สรุปได้ว่ากลลข้อฉลหมายถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยใช้อุบายหลอกลวงให้ผิดไปจากความเป็นจริง ถึงขนาดที่ทำให้คู่กรณีในนิติกรรมหลงเชื่อว่าเป็นความจริงและได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมโดยหลงผิด ซึ่งผู้กระทำการโดยทุจริตใช้อุบายหลอกลวงนั้นอาจเป็นคู่กรณีแต่ละฝ่ายหรือบุคคลภายนอกก็ได้ แต่การแสดงเจตนาจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรได้รู้ถึงกลลข้อฉลนั้น วิธีการทำกลลข้อฉลนั้นจะทำ

²²⁰ เฟิงอ้าง, น. 446-447.

²²¹ ฎประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175

²²² ต้องบอกล้างภายใน 1 ปีนับแต่เวลาอาจให้สัตยาบันได้หมายถึง เวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะหมดสิ้นไปแล้วคือ ผู้แสดงโดยสำคัญผิดได้ทราบถึงข้อสำคัญผิดนั้นแล้ว หรือภายใน 10 ปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ

²²³ ฎประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 177

²²⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 131, น. 263.

²²⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74, น. 457.

ต่อบุคคลโดยเฉพาะอย่างจงใจ เช่น ก. ได้รับของรางวัลเป็นสร้อยไข่มุก ข. หลอกว่าสร้อยไข่มุก นั้นเป็นของปลอม ก. หลงเชื่อและด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจ จึงเห็นว่ามีสร้อยปลอมไว้ก็ไม่ มีประโยชน์อะไร จึงยกให้ ข. ไป เป็นต้น หรือการทำกลฉ้อฉลจะกระทำต่อบุคคลทั่วไปโดยการ โฆษณาก็ได้ เช่น กรณีของนายสมพงษ์ เลือดทหาร คนขับรถแท็กซี่ที่หลอกวงว่าตนเก็บกระเป๋าสตางค์ได้ ทำให้คนทั่วไปหลงเชื่อ มอบของรางวัลให้มากมาย หรือกรณี ส. ไปออกรายการ โทรทัศน์อ้างว่าเป็นสัตวแพทย์ที่รักษาสุนัขจรจัดฟรี จนทำให้ตนเองไม่มีบ้านจะอยู่ ผู้ชมทาง โทรทัศน์ หลงเชื่อก็บริจาคเงินให้ หรือกรณีขอทานหลอกว่าทุกข์ยาก พิการ ให้คนหลงเชื่อสงสาร จึงมอบเงินช่วยเหลือให้ หรือกรณีขอรับบริจาคเงินซื้อโรงศพให้ศพไร้ญาติ แต่จริง ๆ แล้ว ฉ้อฉลรับ เงินที่มีผู้บริจาคไว้ใช้เอง หรือกรณีคนธรรมดา ปลอมเป็นพระ มาบิณฑบาต หรือประกาศรับ บริจาคช่วยเหลือผู้ประสบภัยสึนามิ แล้วนำเงินและสิ่งของที่ได้รับบริจาคไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นที่ ไม่เป็นไปตามที่ประกาศโฆษณา หรือกรณีนายเด่น ศรีจันทร์ ชายหนุ่มอายุ 29 ปี ที่หลอกวงว่า เป็นไข้ หูหนวก เวชชายตึกแตนसान เพื่อเอาเงินไปรักษาแม่ที่ป่วยเป็นโรคเบาหวาน ทำให้คน ทั่วไปที่พบเห็นสงสารให้เงินช่วยเหลือนอกเหนือจากการช่วยซื้อตึกแตนसान เป็นต้น

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปเพราะเหตุกลฉ้อฉลนี้ เรียกคืนได้ในลักษณะของการ กลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 ซึ่งอธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.2.5 เรื่อง การเรียกคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้าง

2.2.4 ข่มขู่

การข่มขู่เป็นการบังคับผู้แสดงเจตนา ผู้แสดงเจตนาเห็นว่าตนถูกข่มขู่ให้ต้องทำ ตามความปรารถนาของผู้ข่มขู่ในการทำนิติกรรมให้ต้องตามที่ผู้ข่มขู่ปรารถนาไม่ว่าเพื่อประโยชน์ ของบุคคลใด ด้วยลักษณะที่เฉพาะของการข่มขู่จึงมีลักษณะที่รุนแรงน่ากลัวกว่ากลฉ้อฉล เพราะ กลฉ้อฉลเป็นการกระทำการหลอกวงจนผู้แสดงเจตนาเข้าใจผิดโดยไม่รู้ตัวจึงทำนิติกรรม แต่การ ข่มขู่ ผู้แสดงเจตนา รู้ตัวแต่มีได้เป็นการแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจแท้จริง เพราะความเกรง กลัวจึงจำใจต้องทำตามที่ผู้ข่มขู่ต้องการ²²⁶ เพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันเกิดจากการข่มขู่โดยตรง²²⁷ โดยถ้า ไม่แสดงเจตนาตามที่บอกให้ทำแล้ว จะได้รับภัยอันใดอันหนึ่ง การข่มขู่นี้ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีหรือ บุคคลภายนอกที่มีใช่คู่กรณีเป็นผู้ข่มขู่ก็มีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 166

²²⁶ เฟิงอ้าง, น. 509-510.

²²⁷ เฟิงอ้าง, น. 517.

หลักเกณฑ์ของการข่มขู่²²⁸ มี ดังนี้

(1) ต้องเป็นการข่มขู่ให้แสดงเจตนาโดยตรง และการแสดงเจตนาจะต้องเป็นผลสืบเนื่องโดยตรงจากการข่มขู่ เช่น ก. ใช้ปืนขู่บังคับให้ ข. ให้แหวนเพชรแก่ตน ถ้าไม่ให้จะยิง ค. เดินผ่านมา ข. จึงเรียกให้ ค. ช่วยแล้วบอกว่าจะให้เงิน ครั้น ค. ได้ช่วย ข. พันภัย แล้ว เมื่อได้มอบเงินให้ ค. แล้ว ภายหลังจะมาเรียกคืนโดยอ้างว่าให้ไปเพราะถูกข่มขู่ไม่ได้

(2) การข่มขู่ต้องถึงขนาดให้ผู้ถูกข่มขู่กลัว ต่อภัยอันจะเกิดขึ้น เช่น ถ้าผู้ข่มขู่ใช้ปืนของเล่น จะอ้างว่าได้ให้ไปเพราะถูกข่มขู่ไม่ได้ เป็นต้น ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงลักษณะของบุคคลหรือเหตุผลอื่น ๆ ประกอบด้วย คำพิพากษาฎีกาที่ 1479/2523 รองผู้กำกับการตำรวจขู่ว่าจะจับโจทก์ไปขังในข้อหาภัยสังคม หากโจทก์ ไม่ยอมเซ็นเช็ค 300,000 บาท ให้จำเลย โดยโจทก์มิได้เป็นหนี้จำเลย เป็นภัยใกล้จะถึงซึ่งมีมูลต้องกลัว และไม่เป็นการใช้สิทธิตามปกตินิยม โจทก์บอกล้างและเรียกเช็คคืนได้

(3) เป็นภัยที่ใกล้จะถึง คืออาจจะเกิดขึ้นในขณะนั้นเอง หรือในอนาคตอันใกล้เป็นระยะเวลาติดต่อกับการกระทำข่มขู่

(4) ต้องเป็นภัยที่ร้ายแรงเท่ากับผลร้ายอันจะเกิดจากการแสดงเจตนา เช่น ขู่ถ้าไม่ให้เงิน 1 ล้านบาทจะยิงทิ้ง ย่อมเป็นการข่มขู่ที่มีเหตุผลสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับระหว่างเงินกับชีวิต แต่ถ้าข่มขู่ว่าถ้าไม่ให้เงินจะตบหน้า 1 ที อย่างนี้ยังพิจารณาไม่ได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรต้องกลัว

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรให้อันเกิดจากการข่มขู่ จะต้องดูเจตนาอันแท้จริงของผู้ให้ด้วยว่าเป็นการให้ที่ตนมีเจตนาตรงกันกับการถูกข่มขู่ด้วยหรือไม่ เช่น การให้ค่าคุ้มครองแก่กลุ่มผู้มีอิทธิพลที่มาข่มขู่ กรณีนี้หากผู้ให้มิเจตนาให้อย่างแท้จริงเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครอง ก็ไม่อาจจะถือว่าเป็นการให้เพราะถูกข่มขู่ได้ แต่ถ้าผู้ให้จำใจต้องให้ เช่นนี้แล้วจึงเป็นนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ มีผลตามมาตรา 164 วรรคแรก ให้ตกเป็นโมฆียะ ซึ่งการตกเป็นโมฆียะ ผู้ให้ต้องบอกล้างการแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ และเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 176 ดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.5 เรื่อง การเรียกคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมที่ถูบบอกล้าง

²²⁸ เฟิงอ้าง, น. 520-252.

2.2.5 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้อันเกิดจากโมฆียะกรรมที่ถูกลบออกแล้ว

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ เปลี่ยนแปลงสถานะไปให้เป็นเหมือนตอนก่อนที่ทำนิติกรรม ได้ให้อะไรกันไปก็ต้องคืนให้แก่กันทั้งหมดถ้าพันวิสัยที่จะคืนได้ให้ใช้ค่าเสียหายแทน²²⁹ การจะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นี้ อาจต้องพิจารณาประเภทของความผิดด้วยว่า ผู้ให้ได้สำคัญผิดเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความเป็นจริงโดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติหรือไม่ หากเป็นความสำคัญผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว มิให้ผู้สำคัญผิดยกเอาความสำคัญผิดมาใช้ประโยชน์แทน²³⁰ หมายถึงจะบอกล้างโมฆียะกรรมไม่ได้ กรณีนี้ย่อมหมายถึงว่าผู้รับจะต้องสุจริตด้วย หลักการเรียกคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมมีดังนี้²³¹

ก. ให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมและถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืน เช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน²³² โมฆียะกรรมที่ถูกลบออกแล้วแม้จะถือว่าเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรกแต่เวลาที่ทำนิติกรรมนั้นนิติกรรมยังสมบูรณ์ใช้ได้อยู่ การรับทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมจึงเป็นการรับไว้โดยมีมูลที่จะอ้างกฎหมายได้จึงไม่ต้องนำหลักลาภมิควรได้มาใช้บังคับ เรื่องโมฆียะกรรมที่ถูกลบออกแล้ว กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ข. การกลับคืนสู่ฐานะเดิม หมายความว่า ถ้าได้มีการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามโมฆียะกรรมไปประการใด เมื่อมีการบอกล้างก็ต้องคืนแก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งเหมือนไม่ได้ทำนิติกรรมกันเลย หากเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เพราะเป็นการพันวิสัย อาจเกิดจากเหตุหนึ่งเหตุใด เช่น ทรัพย์สินที่จะต้องคืนแก่กันสูญ เสียหาย บุกสลาย ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือบางส่วน ทรัพย์สินที่จะต้องคืนแก่กันโอนไปยังบุคคลภายนอกผู้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน เป็นต้น ดังนั้น ทรัพย์สินที่ไม่สามารถคืนได้ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินแทน ถ้าสามารถคืนได้บางส่วนก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายในส่วนที่คืนไม่ได้ การชดใช้ค่าเสียหายกันนั้นเป็นการทดแทนการที่ไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นคนกรณีกับค่าเสียหายฐานผิดสัญญา สำหรับทรัพย์สินที่ต้องเลิกหรือเสื่อมราคาไปไม่อยู่ในสภาพเดิมก็น่าจะมีสิทธิได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน

²²⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 116, น. 179-180.

²³⁰ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158

²³¹ ศักดิ์ สนองชาติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 131, น. 271-277.

²³² ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 วรรคหนึ่ง

เช่นเดียวกันแต่ไม่ใช่เป็นค่าใช้สอยทรัพย์สิน นอกจากนี้เงินที่ได้รับไว้ตามโมฆียะกรรมก่อนถูกบอกล้างก็ไม่มีสิทธิติดดอกเบี้ยย เว้นแต่ดอกเบี้ยยนั้นเป็นดอกผล เพราะมาตรา 176 ไม่ได้บัญญัติไว้

ค. การคืนทรัพย์สินแก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้นำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึง มาตรา 418 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดต่อมาตรา 176 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อควรสังเกตว่า การเรียกคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมนั้นต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ทั้งหมด ส่วนกรณีโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างนั้น บังคับตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง และการคืนทรัพย์สินแก่กันคงให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 412 ถึง 418 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงไม่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 ถึง 411 และมาตรา 419 ดังนั้น กรณีเรียกทรัพย์สินคืนไม่ได้เนื่องจากเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจตามมาตรา 407 การชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลซึ่งรู้อยู่แล้วว่าเป็นพันวิสัยตามมาตรา 410 และการชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 ย่อมไม่นำมาใช้บังคับในกรณีเรียกทรัพย์สินคืน อันเนื่องจากการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งคู่กรณีมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ทุกกรณีเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 412 ถึง 414 เห็นได้ว่าเป็นกรณีคืนทรัพย์สินในฐานะลาภมิควรได้ โดยพิเคราะห์ถึงความสุจริตหรือทุจริตของผู้รับ ถ้าทุจริตต้องคืนเต็มจำนวน ถ้าสุจริตก็คืนเพียงเท่าที่เหลือหรือตามสภาพที่เป็นอยู่ ส่วนโมฆียะกรรมเมื่อถูกบอกล้างตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก มาตรา 176 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คู่กรณีกลับสู่คืนสภาพเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะกลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสุจริตหรือทุจริต จึงน่าจะนำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึง 414 มาอนุโลมใช้ในกรณีที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่งมิได้

ง. การคืนดอกผลแก่กันนั้นไม่ใช่เป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยตรง เพราะในขณะที่มีการรับทรัพย์สินไว้ตามโมฆียะกรรมทรัพย์สินนั้นยังไม่มีดอกผลเพิ่งมาภายหลัง ดังนั้น เฉพาะดอกผลของทรัพย์สินจึงนำมาตรา 415 มาใช้บังคับได้อนุโลม ซึ่งมีผลคือ คู่กรณีผู้ได้ทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ให้ถือว่าตกอยู่ในฐานะทุจริตตั้งแต่วันที่เรียกคืนนั้น

จ. ห้ามไม่ให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนก่อนที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรม²³³ แต่บุคคลใดได้รู้หรือควรได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ

²³³ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1329

เมื่อบอกแล้วให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะนับแต่วันที่ารู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆะนั้นคือ บุคคลผู้รู้หรือควรได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้วยังขึ้นทำการด้วยย่อมจะอ้างไม่ได้ว่าตนเป็นบุคคลภายนอกผู้กระทำโดยสุจริต

จ. หน้าที่ของผู้รับทรัพย์สินคืน มีอยู่ 3 ประการ คือ

(1) ชดใช้ค่าใช้จ่ายทั้งหลายอันควรแก่การเพื่อรักษาบำรุง หรือซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นแก่ผู้คืนทรัพย์สินเต็มจำนวน แต่ผู้คืนทรัพย์สินจะเรียกร้องให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายตามธรรมดา เพื่อบำรุงซ่อมแซมทรัพย์สิน หรือค่าภาระติดพันที่ต้องเสียไปในระหว่างที่ตนคงเก็บดอกผลอยู่นั้นไม่ได้²³⁴

(2) ชดใช้ค่าใช้จ่ายอย่างอื่นแก่ผู้คืนทรัพย์สินที่ทำการโดยสุจริต โดยชดใช้เท่าที่ทรัพย์สินมีราคาเพิ่มสูงขึ้น²³⁵

(3) ชดใช้ค่าตัดแปลงต่อเติมแก่ผู้คืนทรัพย์สินซึ่งรับไว้โดยทุจริตตามที่ใช้จ่ายจริง หรือเท่าที่ทรัพย์สินมีราคาเพิ่มสูงขึ้น หรือจะเรียกให้ผู้คืนทรัพย์สินนั้นจัดทำทรัพย์สินคืนคงสภาพเดิมก็ได้ แต่ถ้าไม่สามารถจะทำให้ทรัพย์สินคืนคงสภาพเดิมได้ เพราะเป็นพันวิสัย หรือจะทำให้ทรัพย์สินบุบสลาย ผู้คืนทรัพย์สินต้องส่งคืนทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่และไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อราคาทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้น เพราะการตัดแปลงหรือต่อเติมนั้นได้²³⁶

2.3 หลักกรรมสิทธิ์

2.3.1 หลักเบื้องต้น

กรรมสิทธิ์เป็นอำนาจชนิดหนึ่งที่บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สินนับเป็นอำนาจที่สมบูรณ์ที่สุดเนื่องจากเป็นอำนาจแห่งความเป็นเจ้าของนั่นเอง²³⁷ ซึ่งอำนาจแห่งความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของมีสิทธิทั่วไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของ

²³⁴ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 416

²³⁵ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 417

²³⁶ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 418

²³⁷ ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, แก้ไขเพิ่มเติมโดย พัฒน์ เนียมกฤษกร และ บุญทรง พุฒาพงษ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

ตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวสามารถจำแนกสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินได้ 5 ประการ คือ

1. สิทธิใช้สอย หมายถึง อำนาจที่จะทำประโยชน์ ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินตามความต้องการโดยไม่เป็นการทำลายภาวะแห่งทรัพย์สินนั้น²³⁸
2. สิทธิจำหน่าย ไม่ได้หมายถึงการจำหน่ายจ่ายโอนให้กับคนอื่นไปเท่านั้น เช่น การให้ แต่ยังกินความรวมถึงการทำลายสภาวะหรือเปลี่ยนสภาวะของทรัพย์สินให้เป็นอย่างอื่นด้วย²³⁹
3. สิทธิได้ดอกผล หมายถึง เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิได้ดอกผลทั้งดอกผลธรรมดาและดอกผลนิตินัย²⁴⁰
4. สิทธิขัดขวาง หมายถึงสิทธิขัดขวางมิให้บุคคลอื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของมีสิทธิขัดขวางได้เมื่อได้มีการครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่เป็นการใช้สิทธิอำนาจเหนือ²⁴¹ สามารถใช้กำลังของตนได้โดยพลการ หากทำไปตามความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุย่อมเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้ใช้สิทธิขัดขวางไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน²⁴²

นิติบรรณการ, 2550), น. 121.

²³⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2521), น. 223.

²³⁹ เพ็งอ้าง, น. 257.

²⁴⁰ ดอกผลธรรมดาหมายความว่า สิ่งที่เกิดขึ้นไปตามธรรมชาติของทรัพย์สินซึ่งได้มาจากทรัพย์สินโดยการมีหรือการใช้ทรัพย์สินนั้นตามปกตินิยมและสามารถถือเอาได้เมื่อขาดจากทรัพย์สินนั้น ส่วนดอกผลนิตินัยหมายความว่า ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าของทรัพย์สินจากผู้อื่นเพื่อการที่ได้ใช้ทรัพย์สินนั้นและสามารถคำนวณและถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้

²⁴¹ สิทธิอำนาจเหนือคือ ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้กำลังโดยพลการในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้โดยไม่ต้องพึ่งพาเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลแต่อย่างใด

²⁴² วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 125-126.

5. สิทธิติดตามเอาคืน เป็นสิทธิสำคัญยิ่งของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้จะได้นำไปกล่าวในรายละเอียดในหัวข้อการเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่อไป

อย่างไรก็ตามสิทธิใช้สอย สิทธิจำหน่ายสิทธิได้ดอกลงผล สิทธิขัดขวางและ สิทธิติดตามเอาคืน ที่กล่าวมาข้างต้นจะถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายได้ซึ่งมีทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน²⁴³

2.3.2 การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาให้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง ดังนั้น การให้ทรัพย์สิน ผู้ให้จะต้องมีเจตนาส่งมอบทรัพย์สินที่ไปด้วยจึงจะทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ แต่ก็มีบางกรณีที่ผู้ให้มีเจตนาจะให้ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง แต่ปรากฏว่ามีทรัพย์สินอีกอย่างหนึ่งติดไปด้วยโดยที่ผู้ให้ไม่ได้มีเจตนาจะให้ทรัพย์สินนั้นแต่อย่างใด เช่น นาย ก. ให้กางเกงยีนตัวหนึ่งแก่นาย ข. แต่ปรากฏว่ามีแหวนทองหนึ่งวงของนาย ก. ติดไปกับกางเกงด้วยโดยที่นาย ก. ไม่ได้มีเจตนาจะยกแหวนให้กับนาย ข. แต่อย่างใด หรือกรณีเจ้าหน้าที่มูลนิธิวัดสวนแก้ว ได้ออกตระเวนรับบริจาคของจากประชาชนเพื่อนำไปซ่อมแซมปรับปรุงใหม่แล้วนำไปขายให้กับประชาชนเพื่อหารายได้เข้ามูลนิธิ ปรากฏว่ามีผู้บริจาคเพียงทำด้วยไม้สักแบบโบราณมีของลับไว้เก็บของ เจ้าหน้าที่ของมูลนิธิได้พบเงินจำนวนหนึ่งล้านบาท สร้อยคอทองคำหนักไม่ต่ำกว่าสี่บาท และพระเลี่ยมทองอีก 5 องค์ ติดมากับเตียงที่บริจาค ทางวัดได้ประกาศให้ผู้เป็นเจ้าของมารับแต่ก็ไม่มีผู้ใดแสดงความจำนงเข้ามา พระพยอม กัลยาโณ เจ้าอาวาสวัดสวนแก้ว จึงประกาศให้ผู้ที่เป็นเจ้าของนำหลักฐานมารับคืนได้ที่วัดสวนแก้ว ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน หากไม่มีผู้แสดงเป็นเจ้าของจะนำทรัพย์สินเหล่านี้ไปบริจาคสร้างโรงพยาบาลหรือโรงเรียนต่อไป เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าสิ่งของที่ติดมากับทรัพย์สินที่ให้ข้างต้นผู้ให้ไม่มีเจตนาจะยกให้แต่อย่างใด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงยังไม่ได้โอนไปยังผู้รับ ดังนั้น ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์เจ้าของทรัพย์สินจึงมีสิทธิเรียกคืนได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ โดยการใช้สิทธิติดตามเอาคืน ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีสิทธิไปติดตามเอาทรัพย์สินของตนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ และการติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือนี้จะกระทำเองโดยผลการไม่ได้ต้องใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่ผู้ยึดถือทรัพย์สินไม่ยอมคืนให้เพราะสิทธิติดตามเอาคืนนี้อาจการใช้สิทธิเป็นสิทธิเรียกร้อง²⁴⁴ และจะฟ้อง

²⁴³ เฟิงอ๋าง, น. 123-128.

²⁴⁴ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 126.

เรียกคืนได้ก็เฉพาะกับผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์สินของผู้ทรงกรรมสิทธิ์ไว้เท่านั้น หากบุคคลนั้นเป็นเพียงผู้เคยยึดถือครอบครอง แต่เมื่อมีการฟ้องเรียกคืนในขณะที่เขาไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว เจ้าของทรัพย์สินจะฟ้องเรียกคืนจากบุคคลดังกล่าวไม่ได้ เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น หากนาย ข. ได้ให้แหวนวงนั้นกับนาย ค. ต่อไปอีก โดยที่นาย ค. สุจริต กรณีนี้นาย ก. จะติดตามเอาคืนแหวนจากนาย ข. โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ไม่ได้ เพราะแหวนไม่ได้อยู่ในความครอบครองของนาย ข. แล้ว แต่มีสิทธิติดตามเอาคืนจากนาย ค. ได้ เนื่องจากการที่นาย ข. ได้รับแหวนวงนี้มาเกิดจากการที่นาย ก. ได้ส่งมอบให้ด้วยความสำคัญผิดในตัวทรัพย์สิน นาย ข. ได้เบียดบังเอาทรัพย์สินของผู้อื่นที่ได้ตกมาอยู่ในความครอบครองของตน เพราะผู้อื่นส่งมอบให้ด้วยความสำคัญผิด ถือว่านาย ข. กระทำความผิดฐานยกยอกทรัพย์สินที่ส่งมอบโดยสำคัญผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ตกมาอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำความผิด เพราะผู้อื่นส่งมอบให้โดยสำคัญผิดไปด้วยประการใด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่ง” การที่นาย ข. ได้ส่งมอบแหวนวงนี้ให้กับนาย ค. เป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด นาย ค. จึงไม่ได้กรรมสิทธิ์ อันเป็นข้อยกเว้นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริตมาตรา 1303 ที่บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสิ่งหาทรัพย์สินเดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้รู้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในความครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้รับการครอบครองมาโดยสุจริต

ท่านมิให้ใช้มาตรานี้บังคับถึงสิ่งหาทรัพย์สินซึ่งระบุไว้ในมาตราก่อนและในเรื่องทรัพย์สินหายกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด”²⁴⁵ และหากข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า นาย ค. ได้นำแหวนวงนี้ขายให้กับนาย ง. แม้นาย ง. ได้ซื้อมาโดยสุจริต ก็ไม่ได้กรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน เป็นไปตามหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”²⁴⁶ ดังนั้น นาย ก. ก็ยังมีสิทธิติดตามเอาแหวนคืนจากนาย ง. ได้ โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์มาตรา 1336

²⁴⁵ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิดนี้ นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่า หมายถึงทรัพย์สินที่ผู้โอนได้มาโดยการกระทำความผิดอาญา ดู เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 238*, น. 164 และประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 237*, น. 125.

²⁴⁶ ยกเว้นกรณีที่ได้มาโดยสุจริตในพฤติการณ์พิเศษ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1332

กล่าวได้ว่า การเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ สามารถเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ทั้งหมด เนื่องจากกรรมสิทธิ์ยังไม่ได้โอนไปยังผู้รับ

ตามที่กล่าวข้างต้นเป็นกรณีการเรียกทรัพย์สินคืนอันเป็นทรัพย์สินโดยทั่วไป แต่สำหรับการเรียกคืนทรัพย์สินที่เป็นตัวเงินนั้น มีปัญหาที่ควรจะนำวิเคราะห์ว่าจะสามารถใช้สิทธิเรียกคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ เช่น ตามตัวอย่างกรณีมีผู้บริจาคเตียงให้กับมูลนิธิวัดสวนแก้ว แต่ปรากฏว่ามีเงินติดไปด้วยจำนวนหนึ่งล้านบาท หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของมูลนิธินำเงินจำนวนนี้ไปบริจาคให้กับโรงพยาบาล ผลในทางกฎหมายจะเป็นประการใด เจ้าของเงินจะเรียกให้คืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ เรื่องนี้มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง²⁴⁷ มีความเห็นว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน การที่จะมีกรรมสิทธิ์ได้จะต้องมีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิและทรัพย์สินนั้นจะต้องมีตัวตนแน่นอนแยกออกจากสิ่งอื่น ซึ่งทำให้ระบุชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นไหน ดังเช่นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง มิฉะนั้นจะไม่อาจทราบได้ว่าจะใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินขึ้นไหน ดังนั้น การเรียกทรัพย์สินคืนโดยอ้างอำนาจกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ก็จะต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นมีตัวตนแน่นอนสามารถระบุได้ว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นไหน ถ้าเงินที่ได้มายังคงอยู่และระบุได้อย่างแน่ชัด ผู้ถือกรรมสิทธิ์ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกคืนตามมาตรา 1336 ได้ แต่เงินนั้นเป็นทรัพย์สินมิได้มีตัวตนแน่นอนเฉพาะเจาะจงและอาจรวมปะปนกับเงินส่วนอื่นได้โดยง่าย เช่น นำไปเก็บรวมกับเงินส่วนอื่น ๆ ของตน หรือนำไปฝากธนาคาร การฟ้องเรียกเงินคืนไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามอำนาจกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์สินเดิมคืน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งถือเป็นการฟ้องบังคับตามทรัพย์สินสิทธิ แต่น่าจะถือได้ว่าเป็นการฟ้องบังคับตามบุคคลสิทธิโดยอาศัยหลักกลาภมิควรได้มากกว่า

ผู้เขียนเห็นว่า การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาให้หนี้ ตามหลักแล้วไม่อาจเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ เนื่องจากเมื่อมีการให้โดยสมบูรณ์แล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนไปยังผู้รับ ผู้ให้ไม่อาจติดตามเอาคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการให้ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง แต่มีทรัพย์สินอีกอย่างหนึ่งติดไปด้วย โดยที่ผู้ให้ไม่มีเจตนาให้แต่อย่างใด กรณีนี้ทั้งผู้ให้ไม่ได้มีเจตนาให้และผู้รับไม่ได้มีเจตนารับ จึงไม่ก่อให้เกิดสัญญาให้ เจ้าของทรัพย์สินมีอำนาจใช้สิทธิติดตามเอาคืนได้และจะต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น และการติดตามเอาคืนต้องติดตามเอาคืนจากผู้ที่ยึดถือ

²⁴⁷ โสภณ รัตนากร, “การฟ้องเรียกทรัพย์สินมีอายุความหรือไม่,” *ดุลพาน*, เล่ม 1, ปีที่ 42, น. 28-29 (มกราคม-มีนาคม 2538).

ทรัพย์เท่านั้นและผู้ยึดถือทรัพย์นั้นต้องยึดถือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย สำหรับทรัพย์ที่เป็นเงินนั้น เนื่องจากเงินเป็นทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งโดยปกติอาจใช้ของอื่นอันเป็นประเภทและชนิดเดียวกันอันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ ดังนั้น หากเงินยังอยู่ในความยึดถือของผู้ไม่มีสิทธิครอบครองถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามอำนาจกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์ขึ้นเดิมคืน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งถือเป็นการฟ้องบังคับตามทรัพย์สินสิทธิ เช่น กรณีที่มีการบริจาคเพียงให้กับมูลนิธิวัดสวนแก้ว แต่มีเงินติดมาด้วยนั้น หากเงินยังอยู่ในความครอบครองของวัดสวนแก้ว เจ้าของที่แท้จริงสามารถติดตามเอาคืนได้โดยอาศัยอำนาจตามหลักกรรมสิทธิ์ แต่หากเงินนั้นได้เปลี่ยนมือไปยังบุคคลอื่น โดยมูลนิธิวัดสวนแก้วได้นำเงินจำนวนนี้ไปบริจาคให้กับโรงพยาบาล กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์ได้โอนไปยังผู้รับบริจาคแล้ว เจ้าของที่แท้จริงไม่อาจติดตามเอาคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าธนบัตรฉบับใดเป็นของตนก็จะสามารถติดตามเอาคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้

ยังมีปัญหาที่น่าสนใจเช่น กรณีที่นาย ก. ได้ให้ตู้แก๊สนาย ข. ปรากฏว่าในตู้นั้นมีไม้แผ่นแปรรูปจำนวนหนึ่งติดอยู่ในตู้ด้วย ต่อมานาย ข. ได้นำไม้แผ่นนั้นไปทำฝักันบ้านที่นาย ข. ได้ปลูกสร้างขึ้นใหม่ในที่ดินของตน นาย ก. จะเรียกเอาไม้ดังกล่าวนั้นคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่

จะเห็นได้ว่าไม้อันเป็นสัมภาระของนาย ก. ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ ได้นำมาสร้างบ้านขึ้นใหม่ บ้านที่ทำขึ้นใหม่นี้เป็นอสังหาริมทรัพย์ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ มาตรา 1315 ที่บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนหรือทำการก่อสร้างอย่างอื่นซึ่งติดที่ดิน หรือเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติในที่ดินของตนด้วยสัมภาระของผู้อื่น ท่านว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของสัมภาระ แต่ต้องใช้ค่าสัมภาระ”

ตามมาตรา 1315 ได้กำหนดให้เจ้าของที่ดินที่เอาสัมภาระของผู้อื่นมาปลูกเป็นโรงเรือน ให้สัมภาระนั้นตกแก่เจ้าของที่ดินแต่เจ้าของที่ดินต้องชดใช้ค่าสัมภาระ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเจ้าของที่ดินจะสุจริตหรือไม่สุจริตก็ตาม²⁴⁸ ดังนั้น การที่ นาย ข. ได้นำไม้ของนาย ก. มาปลูกสร้างบ้านขึ้นใหม่ในที่ดินของนาย ข. กรณีนี้ นาย ข. ได้กรรมสิทธิ์ในไม้นั้นแต่ต้องชดใช้ค่าไม้ให้กับนาย ก.

หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่านาย ข. ได้นำไม้แผ่นแปรรูปไปซ่อมแซมฝักันบ้านที่หลุดไปหนึ่งแผ่น เท่านั้น นาย ก. มีสิทธิติดตามเอาไม้คืนตามหลักกรรมสิทธิ์มาตรา 1336 ได้

²⁴⁸ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 28, น. 50-51.

หรือไม่ ปัญหานี้จะต้องพิจารณาตามหลักทั่วไป มาตรา 144 ที่บัญญัติว่า

“ส่วนควบของทรัพย์ หมายความว่า ส่วนซึ่งโดยสภาพแห่งทรัพย์หรือโดยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์นั้น และไม่อาจแยกจากกันได้ นอกจากจะทำลาย ทำให้บุบสลาย หรือทำให้ทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงรูปทรงหรือสภาพไป

เจ้าของทรัพย์ย่อมมีกรรมสิทธิ์ในส่วนควบของทรัพย์นั้น”

จะเห็นได้ว่า ไม้ซึ่งได้นำไปซอมแซมฝ้ายบ้าน แม้ฝ้ายบ้านถือเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของบ้านก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า การเอาไม้ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของมาซอมแซมฝ้ายบ้านไม่ดังกล่าวจะเป็นส่วนควบได้ต้องคำนึงด้วยว่ามีการนำไม้มาโดยสุจริตหรือไม่ หากไม่สุจริตไม่น่าจะตกเป็นส่วนควบ ดังตัวอย่างข้างต้น การที่ นาย ข. ได้นำไม้ของนาย ก. ไปซอมแซมฝ้ายบ้านของตน ทั้งที่รู้อยู่ว่าเป็นไม้ของนาย ก. ที่ส่งมอบให้โดยสำคัญผิดการกระทำของนาย ข. จึงไม่สุจริต หากพิจารณาตามหลักกฎหมายอาญาถือว่าเป็นการเบียดบังเอาทรัพย์ของผู้อื่นมาเป็นของตน เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดอาญาฐานยกยอกทรัพย์ที่ส่งมอบโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352 วรรคสอง อีกทั้งเป็นการละเมิดต่อนาย ก. ตามหลักกฎหมายแพ่งอีกด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวถือว่าไม้ยังไม่ตกเป็นส่วนควบของบ้านที่จะทำให้นาย ข. ได้กรรมสิทธิ์ในตัวไม้โดยอาศัยหลักส่วนควบแต่อย่างใด กรรมสิทธิ์ในตัวไม้ยังเป็นของนาย ก. อยู่ ดังนั้น นาย ก. จึงมีสิทธิติดตามเอาคืนได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ มาตรา 1336

2.3.3 อายุความในการเรียกคืนทรัพย์คืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์

อายุความคือ ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลภายในกำหนดเวลา ถ้าหากทิ้งไว้นานจนเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วจะทำให้เกิดผลเสียหายแก่เจ้าของสิทธิเรียกร้อง (เจ้าหนี้) นั้นได้ ซึ่งเรียกว่า สิทธิเรียกร้องขาดอายุความหรือหนี้ขาดอายุความ ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นเกิดมีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยอ้างเหตุหนี้ขาดอายุความได้²⁴⁹ สำหรับการเรียกคืนทรัพย์คืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์แม้จะเป็นสิทธิเรียกร้อง แต่กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่มีอยู่ตลอดเวลาเจ้าของกรรมสิทธิ์อาจติดตามเอาทรัพย์คืนจากผู้ไม่มีสิทธิจะเอาไว้ได้เสมอโดยไม่มีกำหนดเวลาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การฟ้องคดีเพื่อบังคับตามทรัพย์สินโดยเฉพาอย่างยิ่งการติดตามเอาทรัพย์คืนโดยอาศัยอำนาจกรรมสิทธิ์ไม่มีอายุความ²⁵⁰ สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่า อำนาจในการติดตามเอาคืนทรัพย์คืน

²⁴⁹ คำชัย จงจักรพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545) น. 82.

²⁵⁰ ไสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 247, น. 15.

จากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือเป็นอำนาจของเจ้าของทรัพย์สินไม่ใช่อำนาจที่เกิดจากสิทธิเรียกร้องโดยทั่วไป จึงไม่อยู่ภายใต้อายุความโดยทั่วไปและถือว่าสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินไม่มีอายุความ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 424/2499 วินิจฉัยว่า “โจทก์ฟ้องเรียกเรื้อนครวคืนจากจำเลย เมื่อได้ความว่าเรื้อนครวนั้นจำเลยยกให้โจทก์แล้ว ปัญหาที่เกี่ยวกับอายุความต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 เพราะเป็นการติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืน มิใช่เป็นการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากมูลละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448”

คำพิพากษาฎีกาที่ 462/2518 วินิจฉัยว่า “สามียกที่ดินสินสมรสให้ผู้อื่นโดยที่ภริยามิได้ยินยอม ภริยาย่อมฟ้องขอให้เพิกถอนการยกที่ดินและใช้สิทธิติดตามเรียกคืนได้ เมื่อเป็นการใช้สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สิน คดีจึงไม่มีอายุความฟ้องร้อง แม้จะเป็นเวลาช้านานสักเพียงใดก็มีสิทธิติดตามเอาคืนได้เสมอ เว้นแต่จะขาดกรรมสิทธิ์โดยอาศัยอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 “

คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2519 วินิจฉัยว่า “ โจทก์และบิดาได้รับที่ดินตามพินัยกรรมร่วมกัน บิดาเอาที่ดินไปยกให้จำเลย โจทก์ย่อมมีสิทธิติดตามเอาส่วนของโจทก์คืนได้เสมอโดยไม่มีอายุความฟ้องร้อง เว้นแต่ต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 และมาตรา 1383 “

จากกรณีข้างต้นเป็นเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ซึ่งถือว่าการติดตามเรียกเอาทรัพย์สินในกรณีนี้ไม่มีอายุความ

2.4 ผู้รับผิดชอบ

2.4.1 หลักทั่วไป

สัญญาเป็นปอเกิดแห่งหนึ่งหรือมูลแห่งหนึ่ง เมื่อสัญญาเกิดย่อมผูกพันคู่สัญญาในอันที่จะต้องชำระหนี้ตามสัญญานั้น แม้ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญา สัญญาก็ไม่ระงับไป เจ้าหนี้ยังอาจขอให้บังคับลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญานั้นได้ตามมาตรา 213 ตามหลักทั่วไปว่าด้วยความระงับแห่งหนึ่งนั้นก็อาจระงับด้วยเหตุอันใดอันหนึ่งใน 5 ประการ คือ การชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบบหนี้ แปรลงหนี้ใหม่ และหนี้เกลื่อนกลืนกัน ถ้ายังไม่ต้องด้วยเหตุนี้ระงับดังกล่าว หนี้ตามสัญญาก็ย่อมยังไม่ระงับ แม้ลูกหนี้ผิดสัญญาก็ตาม ถ้าหากเจ้าหนี้ประสงค์จะ

ให้หนี้ตามสัญญาจะรับลงก็ต้องทำลายสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ด้วยการเลิกสัญญา²⁵¹ การผิดสัญญาอาจเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งฝ่ายไม่ผิดสัญญาไม่มีสิทธิเลือกวิธีการให้ชำระหนี้หากต้องการให้สัญญายังคงมีอยู่ต่อไป หรือการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยแสดงเจตนาต่อฝ่ายผิดสัญญาหากไม่ต้องการให้สัญญาคงอยู่ต่อไป²⁵² เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญาทำให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการเลิกสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิจะต้องใช้สิทธินั้นด้วยจึงจะทำให้สัญญาเลิกกันได้ ซึ่งการเลิกสัญญานี้มีนักนิติศาสตร์เห็นว่า เป็นการทำลาย “บ่อเกิดแห่งหนี้”²⁵³ และเป็นการทำลายสัญญาทำให้สัญญาไม่มีผลตามกฎหมาย²⁵⁴ ซึ่งสิทธิในการบอกเลิกสัญญานั้น อาจเกิดขึ้นได้โดยข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาและโดยบทบัญญัติของกฎหมาย²⁵⁵ มีสาระสำคัญ ดังนี้

ก. สิทธิบอกเลิกสัญญาอันเกิดจากข้อตกลงที่กำหนดในสัญญา มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้อธิบายเกี่ยวกับสิทธิการเลิกสัญญาในกรณีนี้ไว้ว่า²⁵⁶

(1) สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหมายความว่า คู่สัญญาได้ตกลงกันกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาไว้ล่วงหน้า เมื่อมีการผิดสัญญาก็ให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิแสดงเจตนาเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว มิใช่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันเลิกสัญญาหลังจากการทำสัญญาแล้ว อันเป็นการเลิกสัญญาโดยความตกลง

(2) สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา มิใช่เงื่อนไขบังคับหลังหรือเงื่อนไขสิ้นสุด เพราะนิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับหลังหรือเงื่อนไขสิ้นสุดย่อมสิ้นผลหรือสิ้นสุดเมื่อเงื่อนไขสำเร็จหรือถึงเวลากำหนด ส่วนสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นแม้จะกำหนดไว้ในนิติกรรมเช่นเดียวกันก็เป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่ที่จะเลือกหากประสงค์จะเลิกสัญญาก็ต้องแสดงเจตนาเลิกสัญญา หากไม่แสดงเจตนาเลิกสัญญา สัญญาก็ยังมีอยู่

ข. สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แยกได้ เป็น 2 กรณี ดังนี้

²⁵¹ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 131, น. 499.

²⁵² จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 185, น. 90.

²⁵³ ศนันทกรณ (จ่าปี) โสถพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 116, น.380.

²⁵⁴ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 127, ข้อ 506

²⁵⁵ ประกอบ หุตะสิงห์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 175, น. 171.

²⁵⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 131, น. 507-508.

(1) กรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้²⁵⁷ โดยหลักการแล้วเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะดำเนินการบังคับให้มีการชำระหนี้นั้นโดยฟ้องต่อศาลได้ และหากการไม่ชำระหนี้ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาที่เป็นเจ้าหนี้คู่สัญญาก็มีสิทธิฟ้องบังคับให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ ยิ่งกว่านั้นยังให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเลิกสัญญาให้ตนพ้นความผูกพันได้ทั้งนี้ไม่ว่าสัญญาที่จะให้เลิกนั้นจะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่ต่างตอบแทน ที่ว่าคู่สัญญาไม่ชำระหนี้หมายถึง การไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นด้วยความผิดของลูกหนี้ อาจเป็นการไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรือบางส่วนก็ได้ แต่ฝ่ายเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวให้ฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาพอสมควรก่อน เมื่อพ้นระยะเวลานั้นยังไม่ชำระหนี้ย่อมบอกเลิกสัญญาได้ อย่างไรก็ตามหากในสัญญาได้กำหนดให้ระยะเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ ฝ่ายเจ้าหนี้อาจบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องเตือนให้ชำระหนี้ก่อน²⁵⁸

(2) กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย²⁵⁹ การชำระหนี้ในกรณีนี้เพราะเกิดจากเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดอันจะโทษลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเลิกสัญญา อาจจะเป็นการพันธวิสัยทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้²⁶⁰

2.4.2 การผิดสัญญาให้ตามหลักทั่วไป

ตามที่กล่าวข้างต้นแล้วว่าการผิดสัญญาก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายไม่ผิดสัญญาสามารถเลิกสัญญาได้และเหตุอันเกิดจากการเลิกสัญญาอาจเกิดจากการผิดข้อตกลงในสัญญาและบทบัญญัติของกฎหมายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ สำหรับในสัญญาให้นั้นมีปัญหาว่าผู้ให้สิทธิเลิกสัญญาตามหลักทั่วไปได้หรือไม่ นอกจากนี้หากผู้ให้ได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้รับไว้ในสัญญาให้สามารถกำหนดได้หรือไม่ และการกำหนดเช่นนี้จะถือว่าเป็นสัญญาให้หรือเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง จากการศึกษาพบว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความสำคัญและยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างจริงจัง โดยมีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในด้วยบทกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 953, 954 และ 956 ว่าผู้ให้สามารถกำหนดเงื่อนไขการให้อย่างไรก็ได้ แต่ตามหลักกฎหมายแพ่งของไทยในเรื่องสัญญาให้ไม่ได้บัญญัติไว้แต่ประการใด จึงมีกรณีจะต้องพิจารณา ดังนี้

²⁵⁷ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 และมาตรา 388

²⁵⁸ จิต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 15, แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 356-359.

²⁵⁹ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389

²⁶⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 134, น. 505-506.

ก. การให้ที่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง²⁶¹ เห็นว่า การให้เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งจึงตกอยู่ในบังคับดังเช่นนิติกรรมทั้งหลายเว้นแต่เรื่องใดที่กฎหมายลักษณะให้ไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากลักษณะนิติกรรม จึงจะต้องบังคับตามกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษเช่นว่านั้น ด้วยเหตุนี้การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จึงสามารถที่จะยกหลักทั่วไปอันเกี่ยวกับนิติกรรมมาใช้บังคับได้ด้วย ฉะนั้น การให้จึงอาจตกอยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขดังเช่นนิติกรรมทั้งหลายตามที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 4 หมวด 4 ซึ่งผู้ให้อาจมีข้อกำหนดการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้และเมื่อผู้รับตกลงรับทรัพย์สินไปตามข้อกำหนดดังกล่าวแล้วก็ต้องทำตามที่ได้กำหนดไว้ นั้น มิฉะนั้น ผู้ให้ย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินที่ให้กลับคืนได้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าการที่ผู้ให้จะกำหนดหน้าที่แก่ผู้รับในสัญญาให้ว่าผู้รับจะต้องปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งมิฉะนั้นแล้วผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้นั้น ข้อกำหนดดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและต้องคำนึงด้วยว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ นั้น จะต้องไม่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้ว สัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นลักษณะของสัญญาให้อีกต่อไป ซึ่งอาจเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างอื่นได้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างที่อาจพบได้ในชีวิตประจำวันเพื่อประกอบกรวิเคราะห์ดังนี้

(1) กรณีที่มีประชาชนได้ร่วมกันบริจาคเงินโดยมีความประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้เดือดร้อนอันเกิดจากภัยสึนามิ ต่อมาภายหลังปรากฏว่าผู้รับบริจาคนำเงินไปใช้ส่วนตัวโดยไม่ได้นำไปช่วยเหลือผู้ประสบภัยดังกล่าว

(2) กรณีที่มีผู้บริจาคเงินให้กับมหาวิทยาลัยเพื่อนำไปเป็นทุนการศึกษาให้กับนักศึกษาที่เรียนดีแต่ฐานะยากจน ปรากฏว่าเวลาผ่านไปนักศึกษาไม่มารับทุน เจ้าหน้าที่จึงนำเงินดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวผิดวัตถุประสงค์ของผู้บริจาค

(3) กรณียกสุนัขพันธุ์ซุให้ 1 ตัว และกำหนดเงื่อนไขว่าให้เลี้ยงด้วยอาหารอย่างดี แต่ผู้รับกลับนำไปเลี้ยงด้วยน้ำข้าว

ตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นเหล่านี้จะเห็นได้ว่า ผู้ให้ได้กำหนดหน้าที่ของผู้รับไว้ในสัญญา และผู้รับไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ผู้ให้ได้กำหนดไว้ เป็นปัญหาจะต้องวิเคราะห์ว่ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่งหรือเป็นสัญญาให้ ซึ่งอาจมองได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ อาจเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง เพราะโดยทั่วไปสัญญาให้ผู้รับไม่มีหน้าที่หรือหน้าที่ที่จะต้องจะชำระแก่ผู้ให้แต่ประการใด หากมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับทำต่อไปหลังจากการให้ จึงไม่ใช่

²⁶¹ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.764.

ลักษณะสัญญาให้ หรืออาจจะมองได้ว่าเป็นสัญญาให้ก็ได้ เพราะการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไม่ใช่เป็นลักษณะของการต่างตอบแทนระหว่างผู้ให้กับผู้รับ แต่อยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่กรณีจะตกลงกันกำหนดหน้าที่ของผู้รับได้ หากไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า ลักษณะทั่วไปของสัญญาให้ที่สำคัญอย่างหนึ่งคือการเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน หมายถึงเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของหนี้ฝ่ายเดียว หรืออีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้ฝ่ายเดียว ไม่ต่างเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ซึ่งกันและกัน²⁶² ดังนั้นการที่ผู้ให้ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามตัวอย่างที่หยิบยกมาข้างต้น เช่น การกำหนดให้ผู้รับมีหน้าที่นำเงินที่ได้รับไปช่วยเหลือผู้ประสบภัยสึนามิ การกำหนดให้มหาวิทยาลัยมีหน้าที่นำเงินที่ได้รับไปเป็นทุนการศึกษาแก่นักศึกษา หรือการกำหนดให้ผู้รับมีหน้าที่เลี้ยงสุนัขด้วยอาหารอย่างดี ล้วนเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับปฏิบัติฝ่ายเดียวและถือได้ว่าผู้รับเป็นลูกหนี้ผู้ให้ฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาไม่ต่างตอบแทน อันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาให้ แม้จะมีการกำหนดหน้าที่ของผู้รับไว้ในสัญญาก็ตาม

อย่างไรก็ตามการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับปฏิบัติดังกล่าว อาจมองว่าไม่ใช่ลักษณะของสัญญาให้ เพราะสัญญาให้ เมื่อให้แล้วกรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้รับ ไม่ควรกำหนดหน้าที่ซึ่งเป็นเงื่อนไขให้ผู้รับต้องปฏิบัติต่อไปอีก สัญญาประเภทนี้จึงมีลักษณะที่ควรเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันเป็นพิเศษแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ หากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว กฎหมายก็ยอมรับให้บังคับได้ตามความที่ได้ตกลงกันไว้ด้วย²⁶³ แต่จากการศึกษาพบว่ากรณีจะเป็นสัญญาไม่มีชื่อได้ ต้องเป็นสัญญาที่ไม่มีกฎหมายระบุชื่อไว้ ถ้าทำสัญญาที่กฎหมายระบุไว้เป็นเอกเทศสัญญา สิทธิและหน้าที่ย่อมเกิดขึ้นเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แม้มิได้ตกลงกันไว้ แต่ถ้าทำสัญญาที่ไม่มีกฎหมายระบุชื่อ กำหนดสิทธิหน้าที่ไว้ จะบังคับกันได้ก็แต่ตามผลแห่งนั้นๆ ไป ถ้าต้องการให้มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเป็นพิเศษอย่างไร ต้องตกลงกันไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย มิฉะนั้น อาจฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้²⁶⁴ อีกทั้งได้มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง²⁶⁵ มีความเห็นว่าลักษณะของสัญญาไม่มีชื่อหมายถึง

²⁶² เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 124, น. 481.

²⁶³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3. แก้ไขและเพิ่มเติม.

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) น. 58.

²⁶⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 124, น. 485-486.

²⁶⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 263, น. 58.

สัญญาที่เกิดจากบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงที่จะผูกพันกันโดยชอบด้วยกฎหมายและภายในขอบเขตที่กฎหมายลักษณะทั่วไป คือกฎหมายลักษณะนิติกรรมบังคับไว้ ซึ่งหากคู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้เป็นพิเศษแล้ว เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นย่อมต้องบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยผลแห่งนั้นโดยทั่วๆ ไปเท่านั้น จะนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายในบรรพ 3 มาใช้บังคับกับสัญญาไม่มีชื่อไม่ได้ สัญญาไม่มีชื่อย่อมจะต้องอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องหนี้ อีกด้วย

แต่กรณีตัวอย่างข้างต้น แม้ผู้ให้จะกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับต้องปฏิบัติ เมื่อผู้รับไม่ปฏิบัติถือว่าผู้รับผิดสัญญาทำให้ผู้ให้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 มีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดลงและคู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 อย่างไรก็ตามหากผู้รับประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้แล้ว ผู้ให้ก็มีสิทธิถอนคืนการให้ตามหลักเอกเทศสัญญาว่าด้วยลักษณะให้ได้ อีก หรือหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการให้สูญพันธุที่สุดดังกล่าวเป็นการให้เนื่องจากการสมรสซึ่งมีอาจถอนคืนการให้ได้ แม้ผู้รับประพฤติเนรคุณ ตามมาตรา 535 (4) จะเห็นได้ว่าสัญญาดังกล่าวยังคงสามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายในบรรพ 3 เอกเทศสัญญามาบังคับใช้ได้ จึงยังคงเป็นลักษณะของสัญญาให้อยู่นั่นเอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าตัวอย่างที่หยิบยกมาข้างต้น น่าจะเป็นลักษณะสัญญาให้มากกว่าเป็นลักษณะสัญญาไม่มีชื่อ

นอกจากนี้การที่ผู้รับได้ปฏิบัติผิดหน้าที่ที่ผู้ให้ได้กำหนดไว้ในข้อสัญญา ผู้ให้ก็มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

ซึ่งการเลิกสัญญาตามมาตรา 387 นี้ ผู้ร่างกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเลิกสัญญาให้ตนพ้นความผูกพันได้ ไม่ว่าสัญญาที่จะเลิกนั้น จะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทน โดยไม่มีเหตุอันใดที่จะตัดสิทธิเจ้าหน้าที่ในการเลิกสัญญา ในเมื่อผู้มีหน้าที่ไม่ทำตามหน้าที่ ดังนั้นมาตรา 387 จึงใช้บังคับแก่สัญญาทั่วไป คือสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทนก็ได้²⁶⁶

การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาให้ยังมีปัญหาว่าในบางกรณีผู้ให้จะกำหนดเงื่อนไขว่าห้ามผู้รับโอนทรัพย์สินที่ให้กับบุคคลภายนอก กรณีเช่นนี้จะเป็นการขัดกับหลักกรรมสิทธิ์หรือไม่ เนื่องจากสัญญาให้กรรมสิทธิ์ได้โอนไปยังผู้รับเมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินที่

²⁶⁶ เฟิงอ๋าง, น. 356-357.

ไปแล้วและด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิใช้สอย จำหน่ายทรัพย์สิน ได้ดอก
ผลรวมทั้งมีสิทธิขัดขวางหรือติดตามเอาคืนทรัพย์สิน²⁶⁷ หรือจะกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังไว้ใน
สัญญาให้ กรณีนี้จะกำหนดเป็นเงื่อนไขได้หรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ตามลำดับ ดังนี้

ข. การกำหนดเงื่อนไขไม่ให้ผู้รับโอนทรัพย์สินให้กับบุคคลอื่น

ตามหลักโดยทั่วไปแล้วกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่อาจมีเงื่อนไขบังคับ
เจ้าของไว้ได้ จะมีได้ก็แต่โดยที่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้วางเงื่อนไขไว้ได้ ซึ่งปรากฏว่ามีอยู่
ตามที่ปรากฏในบรรพ 6²⁶⁸ ทั้งนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะให้ก็ไม่มี
กฎหมายบัญญัติไว้ แต่มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งเห็นว่าการให้โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้รับโอน
ทรัพย์สินที่ให้ต่อไปนั้นก็อาจมีได้ภายในขอบเขตที่มาตรา 1700 ถึง มาตรา 1702 ได้กำหนดไว้
เช่นกัน²⁶⁹ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ในบรรพ 6 ลักษณะ 3 หมวด 6 ว่าด้วย
ความเสียหายแห่งพินัยกรรมหรือข้อกำหนดพินัยกรรม ตามมาตรา 1700 โดยมีสาระสำคัญว่า

“บุคคลจะจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ โดยนิติกรรมที่มีผลในระหว่างชีวิต
หรือเมื่อตายแล้ว โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้รับประโยชน์โอนทรัพย์สินนั้นก็ไม่ได้ แต่ต้องมีบุคคลใด
บุคคลหนึ่งนอกจากผู้รับประโยชน์กำหนดไว้ สำหรับเป็นผู้จะได้รับทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิเด็ดขาด
ในเมื่อมีการละเมิดข้อกำหนดห้ามโอน

ผู้ซึ่งกำหนดขึ้นดังกล่าวนั้นต้องเป็นผู้มีสิทธิต่าง ๆ ได้อยู่ในขณะที่การ
จำหน่ายทรัพย์สินนั้นมีผลบังคับ

ถ้ามิได้กำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับทรัพย์สินในเมื่อมีการละเมิด
ข้อกำหนดห้ามโอนไว้ ให้ถือว่าข้อกำหนดห้ามโอนนั้นเป็นอันไม่มีเลย”

จะเห็นได้ว่าเจ้าของทรัพย์สินสามารถทำนิติกรรมหรือพินัยกรรม ใน
การจำหน่ายทรัพย์สินโดยการห้ามผู้รับประโยชน์โอนทรัพย์สินหมายถึงการโอนด้วยความสมัครใจ
อาจเป็นการขาย แลกเปลี่ยน หรือให้โดยเสนหากก็ได้ และต้องกำหนดตัวบุคคลไว้ให้เป็นผู้รับ

²⁶⁷ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

²⁶⁸ “ดังนั้นข้อความในมาตรา 1313 ที่ว่าผู้เป็นเจ้าของที่ดินโดยมีเงื่อนไขนั้น ก็คือผู้เป็น
เจ้าของที่ดินโดยมีข้อกำหนดห้ามโอนนั่นเอง” ดูประมวล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 237, น.
141. จะเห็นได้ว่าการกำหนดห้ามโอน นอกจากกฎหมายจะอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งในบรรพ 6
แล้ว ยังปรากฏให้เห็นในบรรพ 4 เรื่องทรัพย์สินด้วย

²⁶⁹ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 728.

ทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดในเมื่อผู้รับประโยชน์ละเมิดข้อกำหนดโอนถ้าไม่ระบุผู้รับทรัพย์สินเมื่อมีการละเมิดข้อกำหนดห้ามโอนต้องถือว่านิติกรรมหรือพินัยกรรมนั้นไม่มีข้อกำหนดห้ามโอน นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่จะมีข้อกำหนดห้ามโอนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1702 ว่า

“ข้อกำหนดห้ามโอนอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่อาจจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้นั้น ให้ถือว่าเป็นอันไม่มีเลย

ข้อกำหนดห้ามโอนอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่จะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการห้ามโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

บทบัญญัติในวรรคก่อนนี้ให้ใช้บังคับแก่เรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งแพ และสัตว์พาหนะด้วย”

จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินที่จะกำหนดห้ามโอนได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนอันได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่อาจจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้เช่น เรือกำปั่น เรือมีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ 5 ตัน ขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะ โดยต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนห้ามโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ทำตามแบบดังกล่าวถือว่าไม่บริบูรณ์ ใช้บังคับบุคคลภายนอกไม่ได้ เช่น นาย ก. ยกที่ดินให้กับนาย ข. โดยเสน่หา โดยมีข้อกำหนดห้ามไม่ให้ นาย ข. โอนให้กับบุคคลภายนอก กรณีนี้มีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการให้แล้ว ส่วนการจดทะเบียนห้ามโอนก็กระทำพร้อมกันไป เป็นต้น ในกรณีที่มีการโอนในระหว่างที่ยังไม่ได้จดทะเบียนข้อกำหนดห้ามโอน แม้ผู้รับโอนจะไม่ต้องรับผิดชอบเพราะการห้ามโอนยังไม่บริบูรณ์ แต่ข้อกำหนดห้ามโอนก็ยังผูกพันผู้รับประโยชน์มิให้ทำการโอน ผู้รับประโยชน์จึงต้องรับผิดชอบต่อผู้รับทรัพย์สินเป็นสิทธิเด็ดขาดเมื่อตนฝ่าฝืน เช่น นาย ก. ยกที่ดินให้แก่นาย ข. และห้ามไม่ให้ นาย ข. โอนให้กับบุคคลภายนอกหากฝ่าฝืนให้ที่ดินตกแก่นาย ค. โดยได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ยกที่ดินให้แก่นาย ข. แล้ว แต่ยังไม่ได้จดทะเบียนห้ามโอน ต่อมานาย ข. ได้โอนที่ดินแปลงนี้แก่นาย ง. แม้ นาย ง. จะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่นาย ข. ก็ต้องรับผิดชอบต่อ นาย ค. ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดห้ามโอนดังกล่าว

สำหรับสังหาริมทรัพย์ที่ไม่อาจจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้นอกจากสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษไม่สามารถกำหนดห้ามโอนได้

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วเห็นว่า กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิที่จะทำนิติกรรมหรือพันธกรรมในการจำหน่ายทรัพย์สินของตนโดยการกำหนดห้ามโอนได้ แม้กฎหมายได้บัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วยความเสียหายแก่พันธกรรมหรือข้อกำหนดพันธกรรมก็ตาม แต่สัญญาให้ก็เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง จึงสามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมากำหนดเป็นเงื่อนไขในสัญญาให้ได้ อันถือได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 1700 นี้เป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตแล้ว ซึ่งไม่ต้องห้ามตามมาตรา 150 กล่าวคือเป็นข้อกำหนดที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามมาตรา 151 ข้อกำหนดห้ามโอนจึงสามารถใช้ได้กับสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษเท่านั้น ซึ่งจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และจะต้องกำหนดเงื่อนไขให้บุคคลภายนอกรับประโยชน์หากผู้รับผิดเงื่อนไขไว้ด้วย ส่วนสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถกำหนดห้ามโอนได้ เนื่องจากข้อกำหนดห้ามโอนในสังหาริมทรัพย์นั้นไม่มีวิธีที่ปรากฏแก่บุคคลทั่วไปได้ บุคคลภายนอกจะไม่สามารถทราบข้อกำหนดห้ามโอนนี้ได้เลย เว้นแต่จะมีการจดทะเบียน จึงจะสามารถใช้ยันกับบุคคลภายนอกได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่าในสัญญาให้ ทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ผู้ให้สามารถกำหนดห้ามไม่ให้ผู้รับโอนทรัพย์สินให้กับบุคคลอื่นได้ โดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่จะต้องกำหนดบุคคลอื่นรับประโยชน์ไว้ หากผู้รับให้ผิดสัญญา สำหรับสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขห้ามโอนได้ เช่น กรณีนาย ก. ยกจักรยานให้แก่ นาย ข. และได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าห้ามไม่ให้ นาย ข. ขายจักรยานคันดังกล่าวให้กับผู้อื่น ต่อมา นาย ข. ได้ปฏิบัติฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญาโดยนำจักรยานคันดังกล่าวไปขายให้กับผู้อื่น หรือ กรณี นาย ก. ได้ยกลูกสุนัขพันธุ์บางแก้วซึ่ง นาย ก. รักและหวงแหนมากให้กับ นาย ข. ไปเลี้ยงโดยมีข้อแม้ว่าห้ามนำสุนัขไปขายให้กับผู้ใด ต่อมา นาย ข. ฝ่าฝืนได้นำสุนัขไปขายให้กับ นาย ค. เป็นต้น เงื่อนไขที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นผู้ให้ไม่สามารถกำหนดห้ามโอนได้เพราะทรัพย์สินที่ห้ามโอนดังกล่าวเป็นสังหาริมทรัพย์การที่ผู้ให้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ถือได้ว่าไม่มีเงื่อนไขที่กำหนดไว้เลย กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินได้โอนไปยังบุคคลภายนอกผู้รับโอนไปโดยปริบูรณ์แล้วเป็นไปตามหลักกรรมสิทธิ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

ค. การกำหนดเงื่อนไขบังคับหลัง คือ เงื่อนไขที่กำหนดให้นิติกรรมซึ่งมีผลตามกฎหมายนั้นสิ้นสุดลงเมื่อเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนได้เกิดขึ้น²⁷⁰ เช่น

²⁷⁰ วิจารณ์ เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127, น. 235.

กรณี นาย ก. ยกที่ดินให้นาย ข. โดยมีเงื่อนไขว่าให้ทำประโยชน์ในที่ดินโดยปลูกข้าวเท่านั้นและยังกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังว่าหาก นาย ข. ถูกถอดถอนหรือรางวัลที่หนึ่งเมื่อใด ให้สัญญาให้ดังกล่าวสิ้นสุดลงทันที

กรณี นาย ก. ยกบ้านให้นาย ข. โดยมีเงื่อนไขว่าหากลูกสาวนาย ข. แต่งงานออกเรือนไปเมื่อใด ให้นาย ข. โอนบ้านคืนให้นาย ก. เป็นต้น

มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง²⁷¹ ได้อธิบายว่า นิติกรรมอันคู่กรณีปฏิบัติชำระหนี้เพียงครั้งหนึ่งครั้งเดียว เมื่อมีเงื่อนไขบังคับบังคับหลังและเงื่อนไขได้สำเร็จขึ้นต้อง เป็นการเลิกสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามมาตรา 391 ว่าด้วยการเลิกสัญญาอันมีผลย้อนหลังอยู่ในตัว

จะเห็นได้ว่าในสัญญาให้ผู้ให้สามารถกำหนดเงื่อนไขบังคับหลังในสัญญาได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายห้ามและเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม ไม่สามารถกำหนดไว้ได้ทุกกรณีต้องพิจารณาในตัวทรัพย์สินที่ให้ด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นทรัพย์สินประเภทที่ใช้แล้วสิ้นเปลืองหมดไปก็ไม่สามารถจะกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับหลังได้ เช่น นาย ก. ให้มั่งคุดแก่ นาย ข. หนึ่งตะกร้า โดยมีเงื่อนไขว่าหากนาย ค. ได้ซื้อผลไม้ให้กับนาย ข. จำนวนหนึ่ง ตะกร้าแทนแล้วให้นาย ข. ส่งมั่งคุดหนึ่งตะกร้าคืนแก่นาย ก. แต่ปรากฏว่าในขณะที่นั้นนาย ข. ได้รับประทานมั่งคุดไปหมดแล้ว เป็นต้น

2.4.3 การผิดสัญญาอันเนื่องมาจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

จากการศึกษาพบว่าสัญญาในนี้มีนักนิติศาสตร์ส่วนมากต่างมีความเห็นว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับได้ประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว โดยที่ฝ่ายผู้ให้ไม่ได้รับประโยชน์อันใดตอบแทนเลย จึงเป็นสัญญาที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่ฝ่ายผู้ให้แต่ประการใด

สำหรับฝ่ายผู้รับยังมีประเด็นปัญหาว่ามีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้หรือไม่ จากการศึกษพบว่า ในสัญญาให้ กฎหมายได้กำหนดให้ผู้รับต้องไม่ประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้ เหตุเนรคุณจะต้องเป็นเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 สรุปได้ 3 กรณีคือ ผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง และผู้รับบอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีพแก่ผู้ให้ในเวลาที่ยุให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้

²⁷¹ เฟิงอ้าง, น. 237-238.

ได้ ดังนั้นการไม่ประพฤติเนรคุณจะถือเป็นหนึ่งเว้นกระทำการของผู้รับหรือไม่ การที่ผู้รับไม่ประพฤติเนรคุณนี้ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง²⁷² เห็นว่า การที่ไม่ประพฤติเนรคุณนี้มีใช้หนึ่งทางกฎหมายที่ผู้รับจะต้องงดเว้นปฏิบัติ แต่หากจะว่าเป็นหนึ่งแล้วก็เป็นหนึ่งตามจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมอันดีของสังคมต่างหาก ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้นว่า การกำหนดให้ผู้รับต้องไม่ประพฤติเนรคุณแก่ผู้ให้ ไม่ใช่หนึ่งเว้นกระทำการที่ผู้รับมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ แต่เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ฝ่ายผู้รับต้องมีความกตัญญูตเวทิตาต่อผู้ให้ อันเป็นการเสริมสร้างวัฒนธรรมอันดีของสังคมไทย เมื่อผู้รับประพฤติตนฝ่าฝืนตามหลักกฎหมายที่กำหนด กฎหมายจึงได้บัญญัติบทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะโดยให้สิทธิแก่ฝ่ายผู้ให้ในการถอนคืนการให้ได้ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการเลิกสัญญาอันเกิดจากฝ่ายลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

กล่าวโดยสรุปได้ว่าในสัญญาให้โดยทั่วไปไม่ก่อให้เกิดหนี้ทั้งฝ่ายผู้ให้และการที่ผู้รับต้องไม่ประพฤติเนรคุณต่อผู้ให้ กรณีนี้ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นหนึ่งเว้นกระทำการของผู้รับแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ในสัญญาให้อาจมีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับได้บางประการ เช่น การกำหนดไม่ให้ผู้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษให้กับบุคคลอื่นใด หรือกำหนดหน้าที่ของผู้รับใด ๆ ก็ได้ที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หากฝ่ายผู้รับปฏิบัติผิดข้อสัญญาที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้รับหรือละเลยไม่ปฏิบัติ ผู้ให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาให้ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไป

2.4.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการให้ที่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับกับการให้ที่มีค่าภาระติดพัน

จากการศึกษาพบว่า การให้ที่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับ และการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง มีความใกล้เคียงกับการให้ที่มีค่าภาระติดพันอย่างมาก จึงเป็นประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวมีความแตกต่างกันอย่างไร และการที่ผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพัน จะถือว่าเป็นการผิดสัญญาให้ด้วยหรือไม่ เรื่องนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วมีความเห็น ดังนี้

(1) การให้ที่มีค่าภาระติดพันหมายถึง ค่าภาระติดพันในตัวทรัพย์สินโดยตรงและจะต้องมีอยู่ขณะตกลงทำสัญญาให้กัน โดยผู้รับได้ใช้และถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ ภาระติดพันนี้อาจเป็นการตัดทอนสิทธิบางประการที่ผู้รับพึงจะได้ในทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวนก็ได้ เช่น การจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับผู้ให้ หรืออาจเป็นการทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับต้องสูญเสียไปบางส่วน เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินกึ่งหนึ่งให้กับบุคคลอื่นต่อไป

²⁷² ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 386

หรือเป็นการกำหนดหน้าที่ที่ผู้รับจะต้องทำการปลดภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่ให้ เช่น การไถ่ถอนจำนอง เป็นต้น แต่จะต้องไม่ใช่ลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน และผู้รับมีหน้าที่ปลดเปลื้องภาระติดพันนั้น หากผู้รับละเลยไม่ยอมชำระค่าภาระติดพันที่ผู้ให้ได้กำหนดไว้ผู้ให้มีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ให้คืนได้เพียงเท่าที่เอาทรัพย์สินนั้นไปชำระค่าภาระติดพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 528 วรรคหนึ่ง

แต่สำหรับการให้ที่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่แก่ผู้รับนั้น ข้อกำหนดในสัญญาให้เป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาจะกำหนดอย่างไรก็ได้ที่ไม่ขัดกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องไม่เข้าลักษณะสัญญาต่างตอบแทน หากผู้รับข้อกำหนดของสัญญาให้ ผู้ให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้สามารถเรียกคืนได้ตามเงื่อนไขดังนี้ หากมีการชำระหนี้กันไปแล้วก็ต้องคืน ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย ส่วนการได้ใช้ทรัพย์สินทำให้กลับคืนไม่ได้เช่นเดียวกัน ก็ต้องใช้เงินให้อัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญานอกจากนี้หากการเลิกสัญญายังทำให้ได้รับความเสียหายให้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย เพื่อให้มีความเข้าใจยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างประกอบคำอธิบาย ดังนี้

นาย ก. ยกที่ดินมีเนื้อที่ 10 ไร่ ให้แก่นาย ข. โดยกำหนดให้นาย ข. นำที่ดินไปให้ผู้อื่นเช่า จำนวน 2 ไร่ และให้นำเงินค่าเช่านี้ให้ นาย ก. ได้ใช้สอย กรณีนี้เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน หากนาย ข. ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน นาย ก. มีสิทธิที่จะเรียกร้องที่ดินคืนได้เฉพาะจำนวน 2 ไร่ เพื่อไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น แต่ถ้ากำหนดเงื่อนไขว่านาย ก. ยกที่ดินให้กับนาย ข. โดยให้นาย ข. ปลูกข้าวเท่านั้น กรณีนี้ไม่เป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพันแต่เป็นการให้ที่มีเงื่อนไขซึ่งกำหนดไว้ในข้อตกลงในสัญญา หากนาย ข. ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขถือว่าผิดสัญญา นาย ก. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเป็นผลทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมและนาย ก. มีสิทธิเรียกที่ดินคืนรวมทั้งค่าเสียหายหากเกิดมีขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391

จะเห็นได้ว่าการที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันถือเป็นการผิดเงื่อนไขที่ตกลงไว้ในสัญญาและถือเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง แต่กรณีนี้เมื่อมีกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้วก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าว

(2) การให้ที่มีค่าภาระติดพันกับการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง การให้ทั้งสองประเภทนี้ มีนักนิติศาสตร์ได้แสดงความเห็นไว้แตกต่างกัน ดังนี้

ฝ่ายแรก²⁷³ เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันจัดว่าเป็นการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง ด้วยเหตุผลที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้โอนไปยังผู้รับแล้ว แต่มีเงื่อนไขหรือภาระการให้ที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติต่อไปเกี่ยวกับการให้นั้น

ฝ่ายที่สอง²⁷⁴ เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันมิใช่การให้ที่มีเงื่อนไขบังคับหลัง เพราะ การให้ที่มีเงื่อนไขการบังคับหลังกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โอนไปยังผู้รับเรียบร้อยแล้ว แต่หากเกิดเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนขึ้นมาเมื่อใดการให้ย่อมสิ้นผลกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนไปจะต้องโอนกลับคืนมายังผู้ให้ ส่วนการให้ที่มีค่าภาระติดพันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะกลับคืนไปยังผู้ให้ได้ในกรณีที่ผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพัน มิได้เกิดทันทีที่ผู้รับไม่ชำระค่าภาระติดพันแต่เกิดเมื่อผู้ให้เรียกทรัพย์สินคืนและผู้ให้เองก็เรียกคืนได้เท่าส่วนที่ไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น มิได้เรียกคืนได้ทั้งหมด

ผู้เขียน เห็นว่า การให้ที่มีเงื่อนไขการบังคับหลัง คือ เงื่อนไขที่กำหนดให้นิติกรรมซึ่งมีผลตามกฎหมายนั้นสิ้นสุดลงเมื่อเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนได้เกิดขึ้น ส่วนการให้ที่มีค่าภาระติดพันแม้จะกำหนดเงื่อนไขไว้เช่นเดียวกัน แต่เงื่อนไขที่กำหนดไว้นี้มีลักษณะที่แน่นอนเพื่อให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดได้ ไม่ใช่เงื่อนไขที่มีลักษณะไม่แน่นอนอย่างเงื่อนไขการบังคับหลัง อีกทั้งผลของความสิ้นสุดของนิติกรรมทั้งสองประการดังกล่าวมีความแตกต่างกันกล่าวคือ การให้ที่มีเงื่อนไขการบังคับหลังเป็นผลให้นิติกรรมสิ้นสุดลงทันทีเมื่อเงื่อนไขสำเร็จ แต่การให้ที่มีค่าภาระติดพันแม้ผู้รับไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดเป็นผลทำให้ผู้ให้เกิดสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้และเรียกคืนนี้ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนได้เท่าส่วนที่ไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น เช่น

กรณี นาย ก. ยกที่ดินให้นาย ข. เนื้อที่ 10 ไร่ โดยมีเงื่อนไขการบังคับหลังว่า หาก นาย ข. ถูกถอดถอนจากราชการหนึ่งเมื่อใด ให้สัญญาให้ดังกล่าวสิ้นสุดลงทันที จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขที่ นาย ก. กำหนดเป็นเงื่อนไขในอนาคตไม่แน่นอน หากต่อมา นาย ข. ถูกถอดถอนจากราชการหนึ่งเป็นผลทำให้สัญญายกให้ที่ดินแปลงนี้สิ้นสุดลงทันทีและที่ดินจำนวนเนื้อที่ 10 ไร่ ก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่นาย ก. ทันทีเช่นกัน แต่หากนาย ก. กำหนดเงื่อนไขให้นาย ข. นำที่ดินไปให้ผู้อื่นเช่า จำนวน 2 ไร่ และให้นำเงินค่าเช่านี้ให้ นาย ก. ได้ใช้สอย จะเห็นได้ว่าเงื่อนไข

²⁷³ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 734

²⁷⁴ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 404.

ดังกล่าวเป็นเงื่อนไขที่มีลักษณะแน่นอนถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน หากนาย ข. ละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน นาย ก. มีสิทธิที่จะเรียกร้องที่ดินคืนได้เฉพาะจำนวน 2 ไร่ เพื่อไปชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น

การให้ที่มีค่าภาระติดพันกับการให้ที่มีเงื่อนไขบังคับการหลัง มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สองที่เห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันมิใช่การให้ที่มีเงื่อนไขการบังคับหลัง

2.4.5 ผลของการเลิกสัญญา

ผลของการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากการผิดสัญญา ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะให้เป็นทีละอ้อมเสี้ยวแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นภาระงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น”

จากบทบัญญัติของมาตรา 391 ทำให้เกิดผลของการเลิกสัญญา ดังนี้

ก. ผลต่อคู่สัญญา ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนก่อนที่จะทำสัญญา เนื่องจากสัญญาถูกทำลายและไม่มีหนี้ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติอีกต่อไป หากมีการชำระหนี้กันไปแล้วก็ต้องคืนแต่ถ้ายังไม่มีมีการชำระหนี้ต่อกันก็ไม่มีสิ่งใดต้องคืนอีก ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย ถ้าเป็นภาระงานที่ทำไปแล้วโดยสภาพไม่สามารถคืนกันได้ก็ต้องใช้เป็นเงินแทน ส่วนการได้ใช้ทรัพย์สินทำให้กลับคืนไม่ได้เช่นเดียวกัน ก็ต้องจ่ายเงินให้อัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญา นอกจากนี้หากการเลิกสัญญายังทำให้ได้รับความเสียหายให้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย สำหรับสัญญาที่มีการปฏิบัติชำระหนี้เป็นระยะ ๆ นั้น เมื่อมีการใช้สิทธิเลิกสัญญาจะไม่มีผลย้อนหลังให้กลับสู่ฐานะเดิม แต่จะมีผลเป็นการเลิกนิติสัมพันธ์สำหรับอนาคตเท่านั้น สิ่งใดที่เคยให้กันไป หรือชำระหนี้กันไปในอดีตก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย²⁷⁵

²⁷⁵ ศนันทกรรณ (เจ้าปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116, น. 396.

ข. ผลต่อบุคคลภายนอก การเลิกสัญญาไม่มีผลกระทบต่อบุคคล ภายนอก เพราะก่อนที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา สัญญายังมีผลสมบูรณ์ทุกประการใครได้อะไรไปจากสัญญาถือว่าได้ไปโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมายและสามารถอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 โอนต่อไปยังบุคคลภายนอกได้ บุคคลภายนอกที่รับโอนไปก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลจะอ้างได้ตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ฉะนั้น เมื่อบอกเลิกสัญญา เป็นเหตุเฉพาะคู่สัญญา ไม่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิบุคคลภายนอกที่ถือว่าได้สิทธิไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วได้²⁷⁶

2.4.6 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผิดสัญญาให้

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผู้รับผิดเงื่อนไขของสัญญาให้ นักนิติศาสตร์²⁷⁷ ต่างเห็นว่าเป็นเหตุแห่งการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้โดยมีเหตุผลว่า สัญญาให้เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งจึงตกอยู่ในบังคับอย่างเช่นนิติกรรมทั้งหลายและสามารถยกหลักทั่วไปอันเกี่ยวกับนิติกรรมมาใช้บังคับได้ด้วย ผลของการเลิกสัญญาจึงเป็นไปตามหลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้ามีการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินสิ่งใดให้กันไปแล้วก็ต้องกลับสู่สภาพเดิมก่อนส่งมอบหรือโอนโดยคืนทรัพย์สินนั้นและกรรมสิทธิ์ก็ย่อมโอนกลับไปยังผู้โอนตามเดิมขณะที่มีการบอกเลิกสัญญา ดังนั้น การคืนทรัพย์สินก็คือส่วนหนึ่งของการที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั่นเอง

สำหรับการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผิดสัญญาสามารถแยกพิจารณาตามประเภทของทรัพย์สินที่ให้ ดังนี้

ก. การให้สังหาริมทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 กำหนดว่าการให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ดังนั้น ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ ธรรมดาการส่งมอบอาจทำได้โดยตรงหรือปริยายก็ได้เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับ หากผู้รับได้ครอบครองทรัพย์สินอยู่แล้ว ผู้ให้เพียงแต่บอกยกให้การให้ก็มีผล ถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สามผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับก็ได้²⁷⁸ กรรมสิทธิ์ใน

²⁷⁶ เฟิงอ้าง, น. 397.

²⁷⁷ ปรีชา สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.764. พรชัย สุนทรพันธุ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518) น.39 และเดือน จิตรกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.112.

²⁷⁸ วิริยะ เกิดศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 122.

สังหาริมทรัพย์ได้ออนไปยังผู้รับเมื่อมีการส่งมอบแล้ว²⁷⁹ อย่างไรก็ตามการให้สังหาริมทรัพย์ ผู้ให้สามารถเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา เมื่อมีการบอกเลิกสัญญากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ออนกลับคืนไปยังผู้ให้โดยอัตโนมัติโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 391 เพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม เช่น

กรณีที่มีประชาชนได้ร่วมกันบริจาคเงินโดยมีความประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้เดือดร้อนอันเกิดจากภัยสึนามิ ต่อมาภายหลังปรากฏว่าผู้รับบริจาคมำเงินไปใช้ส่วนตัวโดยไม่ได้นำไปช่วยเหลือผู้ประสบภัยดังกล่าว

กรณีที่มีผู้บริจาคเงินให้กับมหาวิทยาลัยเพื่อนำไปเป็นทุนการศึกษาให้กับนักศึกษาที่เรียนดีแต่ฐานะยากจน ปรากฏว่าเวลาผ่านไป นักศึกษาไม่มารับทุน เจ้าหน้าที่จึงนำเงินดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวผิดวัตถุประสงค์ของผู้บริจาค

กรณียกสุนัขพันธุ์บางแก้วให้ 1 ตัว และกำหนดเงื่อนไขว่าให้เลี้ยงด้วยอาหารอย่างดี แต่ผู้รับกลับนำไปเลี้ยงด้วยน้ำข้าว

จากตัวอย่างข้างต้น การที่ผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงไว้ในสัญญาให้ ถือว่าผู้รับผิดสัญญา ผู้ให้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 เมื่อผู้ให้แสดงเจตนาเลิกสัญญาไปยังผู้รับผลอันเกิดจากการเลิกสัญญาเป็นไปตามหลักทั่วไปของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ออนกลับไปยังผู้ให้ในขณะที่ผู้ให้แสดงเจตนาเลิกสัญญากล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในตัวเงินบริจาคเพื่อช่วยเหลือผู้เดือดร้อนอันเกิดจากภัยสึนามิ เงินบริจาคให้กับมหาวิทยาลัยเพื่อเป็นทุนการศึกษา หรือสุนัขพันธุ์บางแก้ว ได้กลับคืนไปยังผู้ให้ขณะบอกเลิกสัญญาแล้ว ส่วนการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อกลับคืนแก่ผู้ให้เป็นหนี้ตามกฎหมายที่ผู้รับจะต้องส่งมอบให้กับผู้ให้ต่อไป

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า ยังมีปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนอีกกรณีหนึ่ง เช่น นาย ก. ได้ให้ทุนการศึกษาแก่นาย ข. จำนวน 100,000 บาท เพื่อศึกษาต่อในระดับปริญญาโท มีกำหนดเวลา 3 ปี และมีเงื่อนไขว่า หากไม่สำเร็จการศึกษาภายในระยะเวลาดังกล่าว นาย ข. ผู้รับทุนจะต้องคืนเงินที่ให้เพื่อเป็นทุนการศึกษาแก่นาย ก. ทั้งหมด ต่อมา นาย ข. ไม่สำเร็จการศึกษาภายในระยะเวลาที่กำหนด นาย ก. มีสิทธิจะเรียกเงินคืนพร้อมดอกเบี้ยได้หรือไม่

²⁷⁹ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116, น.394.

กรณีดังกล่าวเห็นว่า การที่นาย ข. ไม่สำเร็จการศึกษาตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาถือว่า นาย ข. ผิดสัญญา นาย ก. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 เมื่อนาย ก. บอกเลิกสัญญาเป็นผลทำให้สัญญาระงับ ทำให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กรณีนี้นาย ข. ต้องคืนเงินจำนวน 100,000 บาท ให้กับนาย ก. พร้อมด้วยดอกเบี้ยนับแต่วันที่นาย ข. ที่ได้รับเงินจำนวนดังกล่าว ตามมาตรา 391 วรรคสอง หากไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ให้ชำระในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี

ข. การให้อสังหาริมทรัพย์ แยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) ให้ออกชนโดยทั่วไป การให้ทรัพย์สินประเภทนี้จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน การให้จึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย²⁸⁰ และกรรมสิทธิ์ได้โอนไปยังผู้รับแล้วนับแต่วันจดทะเบียนแม้ยังไม่ได้มีการส่งมอบก็ตาม²⁸¹ แต่มีข้อยกเว้นในกรณีการให้ที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง เช่น ที่ดินประเภท ส.ค. 1 น.ส.3 และ น.ส.3 ก. แม้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนผู้รับก็ได้สิทธิครอบครองตามหลักเรื่องการสละสิทธิครอบครองและการได้มาซึ่งการครอบครองตามมาตรา 1377 และมาตรา 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามการให้อสังหาริมทรัพย์แก่เอกชนโดยทั่วไป ผู้ให้สามารถเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกันหากผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญาให้ เช่น ยกที่ดินให้กับมูลนิธิเพื่อสร้างบ้านพักฉุกเฉินแต่กลับไปสร้างคลังสินค้า เป็นต้น การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้การนี้เป็นไปตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กล่าวคือ เมื่อเลิกสัญญาทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โอนไปยังผู้ให้ในทันทีโดยผลของมาตรา 391 เช่นเดียวกัน แต่จะต้องไปดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนตามมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่อ้างว่าได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตได้

(2) ให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ โดยทั่วไปการที่เอกชนยกทรัพย์สินให้แก่แผ่นดินย่อมเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเมื่อได้มีเจตนายกให้ไม่ว่าจะเป็นการอุทิศโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม

²⁸⁰ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525

²⁸¹ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116, น. 394.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525²⁸² ส่วนการยกให้กับหน่วยงานของรัฐต้องจดทะเบียนจึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ยกเว้น การยกให้วัด²⁸³ นอกจากจดทะเบียนแล้ว การแสดงเจตนายกให้โดยการอุทิศทำให้กรรมสิทธิ์ตกแก่วัดได้เช่นเดียวกับการยกทรัพย์สินให้แก่แผ่นดิน

1. หลักการพิจารณา

1) การยกให้เพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะ มิใช่ยกให้เพื่อสาธารณประโยชน์ ต้องจดทะเบียนจึงมีผลสมบูรณ์ เช่น ยกที่ดินมีโฉนดที่ดินให้สุขาภิบาลเพื่อสร้างตลาดสด เป็นการให้แก่สุขาภิบาลมิใช่เป็นการให้เพื่อสาธารณประโยชน์ เมื่อไม่จดทะเบียนตามมาตรา 525 ย่อมไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนได้²⁸⁴

2) การสละที่ดินเพื่อสร้างสิ่งสาธารณประโยชน์ หากการสละที่ดินดังกล่าวยังไม่ได้กำหนดว่าสละบริเวณใดไม่อาจจะระบุได้แน่ชัดว่าที่ดินบริเวณใดที่ยกให้และทางราชการยังไม่ได้เข้ามาก่อสร้าง ยังไม่ถึงว่าที่ดินเป็นที่สาธารณประโยชน์²⁸⁵

3) การอุทิศที่ดินให้เป็นถนนสาธารณะ แต่ชัดเจนว่าพื้นที่ส่วนไหนที่อุทิศให้ ถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้วแม้ยังไม่ได้ทำถนนตามที่อุทิศ²⁸⁶

4) การอุทิศที่ดินให้กับทางราชการสร้างสถานที่ราชการ แต่ทางราชการไม่ใช้ที่ดินตามวัตถุประสงค์ของผู้ให้ ยังถือไม่ได้ว่าที่ดินตกเป็นของทางราชการแล้ว²⁸⁷

5) การยกให้ที่ดินเป็นที่สาธารณประโยชน์อาจมีเงื่อนไขก็ได้ ตราบใดที่ยังไม่เป็นไปตามเงื่อนไขยังไม่ถือว่าที่ดินเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่น อุทิศที่ดินให้ทำเป็นถนนหรือทางเมื่อทำถนนผ่านที่ดินแล้วจะต้องสร้างสะพานให้ด้วย เมื่อยังไม่ได้ทำถนนหรือสร้างสะพานอันเป็นวัตถุประสงค์ของผู้อุทิศเป็นเพียงจะอุทิศเท่านั้น²⁸⁸

²⁸² คำพิพากษาฎีกาที่, 765/2498, 782/2523, 843/2523, 2301-7 /2526, 304/2537, 5727/2537, 5/2538, 5112/2538, 7638/2538

²⁸³ คำพิพากษาฎีกาที่ 7638/2538 (เนติ.) น. 2069.

²⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2195/2505

²⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2505 (เนติ.) น. 1106.

²⁸⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2616/2517 (เนติ.) น. 2616, 1303/2527 (เนติ.) น. 776, 191/2528 (เนติ.) น. 118, 1181/2538 (เนติ.) น. 1010, 112/2539

²⁸⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2792/2519 (เนติ.) น. 2448.

²⁸⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1084/2501 (เนติ.) น. 1272.

2. ผลของการเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

1) เมื่อเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้วมีผลทำให้โอนไม่ได้ ยกอายุความขึ้นต่อผู้แผ่นดินไม่ได้ และห้ามไม่ให้ยึด²⁸⁹

2) การสันนิษฐานเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน แยกได้ดังนี้

ก. ที่ดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน ถ้าได้จัดที่ดินแปลงอื่นให้พลเมืองใช้ร่วมกันแทนแล้ว การโอนหรือถอนสภาพให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ หากพลเมืองเล็กใช้หรือเปลี่ยนสภาพการถอนสภาพให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา

ข. ที่ดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะที่สงวนหวงห้าม ถ้าทบวงการเมืองเล็กใช้หรือไม่ต้องการสงวนหวงห้าม การถอนสภาพให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา

ค. ที่ดินทั้งสองประเภทหากต้องการโอนกลับไปให้กับเอกชนให้กระทำโดยพระราชบัญญัติ²⁹⁰

3) กรณีที่ดินยังไม่เป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสามารถเรียกทรัพย์ที่ให้คืนได้โดยการอาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

(3) การให้ที่ดินแก่วัด

การได้มาซึ่งที่ดินของวัดอยู่ภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 84 ซึ่งกำหนดให้การได้มาซึ่งที่ดินของวัดต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองที่ดินของวัดไว้ว่า ห้ามโอน ห้ามบังคับคดี และห้ามยกอายุความขึ้นต่อผู้กับที่ดินของวัด ดังนั้น การยกให้ที่ดินแก่วัดต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่²⁹¹ และการได้มาซึ่งที่ดินของวัดจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน โดยจะต้องขออนุญาตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อนจดทะเบียนเพื่อพิจารณาว่าที่ดินนั้นควรที่จะให้วัดถือครองหรือไม่เท่านั้น ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของวัดแต่ประการใด

²⁸⁹ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305, 1306 และ 1307

²⁹⁰ ดูประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 8

²⁹¹ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525

อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7638/2538 วินิจฉัยว่า การทำหนังสือยกให้ที่พิพาทสำหรับสร้างวัด ที่พิพาทย่อมตกเป็นของแผ่นดินสำหรับสร้างวัดตามเจตนาของผู้อุทิศพื้นที่โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 525 อีก โดยถือว่าที่ดินของวัดเป็นประเภทเดียวกันกับที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน เนื่องจากวัดได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในลักษณะเดียวกันกับที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สรุปได้ว่าการให้อสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะประเภทที่ดิน ซึ่งยกให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐรวมถึงวัดด้วยนั้น ในกรณีที่กรรมสิทธิ์ยังไม่ตกเป็นของรัฐ หน่วยงานของรัฐหรือของวัดเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ให้กรณีนี้กรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้ให้ ดังนั้น ผู้ให้มีสิทธิติดตามเอาคืนได้ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 แต่ในกรณีที่ดินได้ตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หน่วยงานของรัฐหรือตกเป็นของวัดโดยสมบูรณ์แล้ว กรณีเช่นนี้เมื่อเลิกสัญญาไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองที่ดินประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ หากจะโอนกลับมายังผู้ให้ จะต้องออกเป็นพระราชบัญญัติเสียก่อน ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391

จากการศึกษาพบว่า การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผิดสัญญา ให้สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยทั่วไป ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ยอมโอนจากผู้รับกลับคืนไปยังผู้ให้ ซึ่งเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยผลของมาตรา 391 ส่วนการส่งมอบเป็นหนี้ตามกฎหมายที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยการส่งมอบให้ผู้ให้ต่อไป กรณีวัตถุแห่งหนี้เป็นอสังหาริมทรัพย์ถือได้ว่ากรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ให้ในทันทีโดยผลของมาตรา 391 เช่นเดียวกัน แต่จะต้องไปดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนตามมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่อ้างว่าได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตได้

2. กรณีทรัพย์สินที่ให้ประเภทที่ดินซึ่งยกให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐรวมถึงวัดด้วยนั้น ในกรณีที่กรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้ให้เนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ให้ กรณีนี้ผู้ให้มีสิทธิติดตามเอาคืนได้ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 แต่ในกรณีที่ดินได้ตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือตกเป็นของวัดโดยสมบูรณ์แล้วกรณีเช่นนี้ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เนื่องจากกฎหมาย ได้บัญญัติคุ้มครองที่ดินประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ หากจะโอนกลับมายังผู้ให้จะต้องออกเป็น พระราชบัญญัติเสียก่อน ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391

กรณีการเรียกคืนการให้ที่ดินที่ให้เป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน และที่ดินที่ยกให้วัด ผู้เขียนเห็นว่ากรณียกที่ดินให้รัฐแล้วต่อมารัฐไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข การจะถอน สภาพโอนกลับมาเป็นของผู้ให้ดั้งเดิม กฎหมายบัญญัติว่าต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ ในข้อนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยเนื่องจากที่ดินเมื่อยกให้รัฐ เป็นเรื่องให้เพื่อสาธารณะประโยชน์ ถือว่าประชาชน ทั่วไปมีสิทธิใช้สอย การจะถอนสภาพก็ต้องผ่านความเห็นชอบจากประชาชนโดยผ่านทางสภา ผู้แทนราษฎร แต่กรณีการยกที่ดินให้กับวัด แนวทางคำพิพากษาวางหลักไว้ว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดิน ตกเป็นของวัดทันทีที่มีเจตนาอุทิศให้กับวัด ให้มีผลทันทีเช่นเดียวกับการอุทิศที่ดินให้กับแผ่นดิน การขออนุมัติรัฐมนตรีก่อนการกระทำของมหาดไทยเป็นเพียงการพิจารณาที่ดินว่ามีความเหมาะสมให้ วัดเข้าครอบครองหรือไม่เท่านั้น หากไม่อนุญาตก็จะสั่งให้วัดจำหน่าย การโอนให้กลับไปยังผู้ให้ ต้องกระทำโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งเห็นว่ายังไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากวัดมีฐานะเป็นนิติ บุคคล การยกให้วัดเป็นการยกให้นิติบุคคลนั้น ๆ ใช้ประโยชน์ หากไม่ใช่ประโยชน์ตามเงื่อนไข แล้ว ผู้ให้ควรมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ในฐานผิดสัญญา ไม่ควรกระทำเป็นพระราชบัญญัติ อย่างกรณีที่ดินประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เพราะมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันอย่าง ชัดเจน

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้ที่ดินแก่รัฐเพื่อประชาชนใช้ ประโยชน์ร่วมกัน รวมทั้งการให้ที่ดินแก่วัด ว่าแม้กฎหมายจะได้บัญญัติให้ต้องทำตามแบบของ นิติกรรมกล่าวคือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์มาตรา 525 แต่แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกากลับให้ยกเว้นหลักการข้างต้น โดยถือว่าเพียงแต่แสดงเจตนายกให้โดยการอุทิศที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว ทำให้ที่ดินตก เป็นของรัฐหรือของวัดไปได้โดยง่ายกว่าเอกชน นอกจากนี้เมื่อที่ดินตกเป็นของรัฐหรือของวัดโดย สมบูรณ์แล้วการที่ผู้ให้จะเรียกคืนที่ดินที่ยกให้แก่รัฐหรือแก่วัดให้กลับมาเป็นของผู้ให้ได้ดังเดิมนั้น ในทางกฎหมายแทบจะเป็นไปไม่ได้ ปัญหาในปัจจุบันพบว่า ที่ดินที่มีผู้ยกให้แก่รัฐจำนวนมากที่ ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้ให้ เช่นมีผู้อุทิศที่ดินให้ใช้เป็นคลองสาธารณะสำหรับการสัญจร ต่อมาเมื่อการคมนาคมเจริญขึ้นได้เปลี่ยนมาใช้ถนนแทน ทำให้คลองดังกล่าวตื้นเขินไม่ได้ใช้ ประโยชน์ หรือการยกที่ดินให้เป็นที่ธรณีสงฆ์ ปรากฏว่าทางวัดปล่อยให้เป็นที่รกร้างว่างเปล่า

เป็นต้น จึงเป็นปัญหาที่จะต้องนำมาวิเคราะห์ว่ามีแนวทางแก้ไขปัญหาที่ดินของรัฐหรือของวัดในลักษณะเช่นนี้อย่างไร เพื่อจะได้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด

จากการศึกษาพบว่า แนวทางแก้ไขปัญหาที่ดินของรัฐดังกล่าวนี้ ได้มีมาตรการทางกฎหมายกำหนดไว้แล้วโดยการถอนสภาพกล่าวคือ หากเป็นที่ดินประเภท พลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน ถ้าได้จัดที่ดินแปลงอื่นให้พลเมืองใช้ร่วมกันแทนแล้ว การถอนสภาพ ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ หากพลเมืองเลิกใช้หรือที่ดินเปลี่ยนสภาพ การถอนสภาพให้ทำเป็น พระราชกฤษฎีกา ผลจากการถอนสภาพที่ดินดังกล่าว ทำให้ที่ดินเปลี่ยนสภาพโดยกฎหมายเป็น ที่ดินของรัฐประเภทที่รกร้างว่างเปล่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 (1)²⁹² ทางราชการสามารถนำไปจัดให้แก่ประชาชนทำประโยชน์ได้ เช่น การออกใบจองให้แก่ราษฎร เมื่อราษฎรได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนก็สามารถนำใบจองดังกล่าวมาออก โฉนดที่ดินได้ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับมาตรการทางกฎหมายดังกล่าว แม้ที่ดินที่ผู้อุทิศ ให้กับรัฐจะไม่ได้กลับคืนมาแก่ผู้ให้ดั้งเดิม แต่ก็เป็นการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยรวม อันเป็นการแก้ไขปัญหากินแก่ราษฎรได้ส่วนหนึ่งด้วย

สำหรับที่ดินที่มีผู้อุทิศให้แก่วัดนั้น เมื่อที่ดินตกเป็นของวัดโดย สมบูรณ์แล้ว ที่ดินประเภทนี้เป็นที่ตายที่ไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ได้เท่าที่ควร เนื่องจากวัด ไม่ได้ใช้ประโยชน์ เช่นที่ธรณีสงฆ์ ส่วนใหญ่เอาไปให้เอกชนเช่าเก็บค่าเช่ามาบำรุงวัด มาตรการ ทางกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลักษณะพยายามจำกัดสิทธิการได้มาซึ่งที่ดินของวัด ได้แก่ ประมวล กฎหมายที่ดิน มาตรา 84 ที่บัญญัติว่า “การได้มาซึ่งที่ดินของวัดวาอาราม ต้องได้รับอนุญาตจาก รัฐมนตรี และให้ได้มาไม่เกิน 50 ไร่

ในกรณีที่เป็นการสมควร รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเกิน จำนวนที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกก็ได้

บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนการได้มาซึ่งที่ดินที่มีอยู่ แล้วก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ”

จะเห็นได้ว่าแม้จะมีมาตรการทางกฎหมายที่พยายามจำกัดสิทธิ การได้มาซึ่งที่ดินของวัดก็ตาม แต่ก็ได้เปิดช่องไว้ว่าในกรณีที่เป็นการสมควรรัฐมนตรีจะอนุญาต

²⁹² ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร: นานาสังพิมพ์, 2536), น.115.

ให้ได้มาซึ่งที่ดินเกินจำนวน 50 ไร่ก็ได้ อีกทั้งไม่กระทบต่อการได้มาซึ่งที่ดินก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ซึ่งความเป็นจริงในปัจจุบันจะเห็นว่ามียุทธบางวัดมีที่ดินอยู่เป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่ดินของวัดที่ปล่อยให้รกร้างว่างเปล่า หรือไม่ได้ทำประโยชน์ตามเงื่อนไขที่มีผู้อุทิศ ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่แก้ไขปัญหา เหมือนกับที่ดินของรัฐที่สามารถดำเนินการถอนสภาพแล้วนำไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นที่เหมาะสม หากจะโอนที่ดินของวัด ที่ธรณีสงฆ์หรือที่ดินที่ดินศาสนาสถาณสมบัติของแผ่นดิน ก็ให้กระทำได้โดยออกเป็นพระราชบัญญัติ ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการอุทิศที่ดินให้แก่วัดโดยสมบูรณ์แล้ว การเรียกคืนการให้จึงไม่สามารถกระทำได้ด้วยเหตุผลทางข้อกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามการที่จะให้วัดได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินได้อย่างเต็มที่ กฎหมายยังเปิดโอกาสให้มีการจัดหาผลประโยชน์ในที่ดินของวัดได้ ซึ่งเป็นไปตามกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2511) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 โดยการให้เช่า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เหมาะสมแล้ว เพียงแต่เพิ่มมาตรการในการตรวจสอบในขั้นตอนก่อนการอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินวัดให้รอบคอบรัดกุมจริงจัง ไม่ควรอนุญาตให้วัดได้มาซึ่งที่ดินมากเกินไปจนความจำเป็นเท่านั้น

สรุปได้ว่า การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักทั่วไปและการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักสัญญาให้ สามารถเรียกคืนได้ 4 ประการ คือ

1. การเรียกคืนตามหลักลาภมิควรได้²⁹³ เป็นการเรียกคืนด้วยเหตุเนื่องจากโมฆะกรรม ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และผู้รับประพฤติเนรคุณ การเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ดังกล่าว มีหลักการดังนี้

ก. ผู้รับ กรณีผู้รับสุจริต หากทรัพย์สินที่ให้เป็นเงิน ต้องคืนเงินเท่าที่เหลืออยู่ขณะที่เรียกคืน หากทรัพย์สินที่ให้แก่กันเป็นทรัพย์สินอื่นนอกจากเงิน ต้องคืนทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่ในขณะถอนคืนการให้ แต่ถ้าการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย ผู้รับไม่ต้องรับผิดชอบในเหตุการณ์คืนตกเป็นพันวิสัย ถ้ามีอะไรเหลืออยู่ก็ต้องคืนให้ไป ทั้งนี้ดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่รับไว้ ได้แก่ ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิตินัยอันเกิดจากทรัพย์สินที่รับไว้ ไม่ต้องส่งคืนกรณีผู้รับไม่สุจริต ต้องรับผิดชอบใช้ราคาเต็มจำนวนแม้การคืนตกเป็นพันวิสัยก็ตาม รวมทั้งต้องคืนดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ตนทุจริต

²⁹³ ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 406-419

ข. ผู้ให้ มีหน้าที่ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันควรเพื่อรักษาบำรุงหรือซ่อมแซมโดยทั่วไปที่ทำให้ทรัพย์สินคงอยู่ในสภาพเดิมไม่ใช่ดัดแปลงต่อเติมแก่ผู้รับ ผู้รับจ่ายไปเท่าใดก็สามารถเรียกคืนได้เท่านั้น อีกทั้งชดใช้ค่าใช้จ่ายอย่างอื่นกรณีผู้รับรับไว้โดยสุจริต ในระหว่างที่ทำการโดยสุจริต แต่ต้องไม่เกินราคาทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นในเวลาที่คืนและไม่เกินค่าใช้จ่ายที่เสียไปจริง

2. การเรียกคืนตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเนื่องจากนิติกรรมเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 176 มีหลักการดังนี้

ผู้ให้หรือผู้มีสิทธิบอกล้างด้วยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งภายใน 1 ปี นับแต่ชำมชู่ หรือ 10 ปี นับแต่ทำนิติกรรม เมื่อบอกล้างแล้วนิติกรรมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยผู้รับ ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมด ถ้าพันวิสัยจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ทั้งนี้โดยมิได้พิจารณาว่าผู้รับจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม

3. การเรียกคืนในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอันเกิดจากการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 มีหลักการดังนี้

(1) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โดยทั่วไป ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนึ่งย่อมโอนจากผู้รับกลับคืนไปยังผู้ให้ ซึ่งเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยผลของมาตรา 391 ส่วนการส่งมอบเป็นหนี้ตามกฎหมายที่ผู้รับจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยการส่งมอบให้กับผู้ให้ต่อไป กรณีวัตถุแห่งหนึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ถือได้ว่ากรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ให้ในทันทีโดยผลของมาตรา 391 เช่นเดียวกัน แต่จะต้องไปดำเนินการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนตามมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่อ้างว่าได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตได้

มีประเด็นปัญหาว่าถ้าคู่สัญญาทำความตกลงล่วงหน้าว่าเมื่อเลิกสัญญาแล้ว ไม่ให้กรรมสิทธิ์โอนกลับคืนทันทีจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ จะเห็นได้ว่าข้อตกลงนี้เป็นการตกลงที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งมีผลใช้บังคับภายหลังการเลิกสัญญากัน โดยมีเจตนาให้ข้อตกลงนี้ยังคงอยู่ แม้สัญญาจะถูกทำลายลงอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา แต่ข้อตกลงยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่สามารถตกลงกันได้เมื่อไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 151 เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 151 มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวมหรือศีลธรรมของคนในสังคม อีกทั้งมาตรา 391 วรรคแรกยังได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งว่า ผลของการเลิกสัญญาไม่เป็นการกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งหมายความว่า

ผลเฉพาะคู่สัญญา ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถทำข้อตกลงล่วงหน้าว่าเมื่อเลิกสัญญาแล้ว ไม่ให้กรรมสิทธิ์โอนกลับคืนทันที อันถือเป็นการกำหนดว่าเมื่อเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

(2) กรณีทรัพย์สินที่ให้เป็นประเภทที่ดินซึ่งยกให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐรวมถึงวัดด้วยนั้น ในกรณีที่กรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้ให้เนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ให้การนี้ผู้ให้มีสิทธิติดตามเอาคืนได้ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 แต่ในกรณีที่ดินได้ตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือตกเป็นของวัดโดยสมบูรณ์แล้วกรณีเช่นนี้ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองที่ดินประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ หากจะโอนกลับมายังผู้ให้จะต้องออกเป็นพระราชบัญญัติเสียก่อน ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391

4. การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เจ้าของทรัพย์สินจึงมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้เสมอด้วยการติดตามเอาคืนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ได้เสมอตามมาตรา 1336 และสิทธิติดตามเอาคืนนี้ไม่มีอายุความ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติให้กรรมสิทธิ์หมดสิ้นไปเพราะเจ้าของไม่ใช้สิทธิติดตามเอาคืน เพราะถือว่าเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอยู่ และมีสิทธิติดตามเอาคืนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ เว้นเสียแต่ว่าผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปโดยการครอบครองปรปักษ์ ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้