

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ เมื่อกล่าวถึงเรื่องนี้คนทั่วไปมักจะนึกถึงการที่ผู้รับ ประพฤติเนรคุณ และหากคนทั่วไปที่พอจะทราบกฎหมายก็จะนึกถึงในเรื่องการให้ที่มีภาวะติดพัน มากับตัวทรัพย์สินที่ให้ ซึ่งสามารถจะเรียกคืนได้เฉพาะส่วนที่ต้องนำไปชำระค่าภาระติดพันนั้น แต่ การคิดในลักษณะดังกล่าวเป็นการคิดเฉพาะในเรื่องของการให้ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะให้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน เช่น กรณีคนขับรถแท็กซี่ที่ หลอกลวงว่าเป็นพลเมืองดีเก็บกระเป๋ามีเงินจำนวนมากของผู้โดยสารได้แล้วส่งคืนจนมีผู้มอบเงิน ให้มากมาย การบริจาคเงินซื้อโรงศพให้แก่ผู้มาขอรับบริจาคในนามมูลนิธิแห่งหนึ่ง แต่ไม่มีการ นำไปซื้อโรงศพตามที่แจ้งไว้ กรณีคนธรรมดาปลอมเป็นพระมาบิณฑบาต ทำให้บุคคลทั่วไป หลงเชื่อจึงได้ทำบุญตักบาตร และถวายทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก การบริจาคเงินช่วยเหลือ ผู้ประสบภัยจากเหตุการณ์คลื่นยักษ์สึนามิ แต่เงินที่ผู้บริจาคให้นั้นกลับไม่นำไปใช้ตาม วัตถุประสงค์ของผู้ให้ การให้เงินเมื่อถูกเรียกค่าคุ้มครอง และพฤติการณ์ลักษณะเช่นนี้อีก มากมาย จะเห็นได้ว่ากรณีเช่นนี้ผู้รับไม่จำเป็นต้องประพฤติเนรคุณผู้ให้หรือการให้นั้นต้องมีค่า ภาระติดพัน ผู้ให้ก็สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ด้วยหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป ในบรรพ 1, 2 และ 4 วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเป็นการศึกษาเพื่อเสนอแนวคิดในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ อย่างเป็นระบบ นั่นคือเมื่อเอ่ยถึงเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้แล้วจะต้องพิจารณา ทั้งระบบของ กฎหมายแพ่งว่าการให้ก็เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จึงไม่ได้จำกัดเหตุ เฉพาะในเรื่องการประพฤติเนรคุณและการไม่ชำระค่าภาระติดพัน เพื่อจะได้ใช้กฎหมายเรียกคืน ทรัพย์สินที่ให้ได้อย่างเป็นธรรมทั้งต่อผู้ให้และผู้รับ การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้จึงเป็นเรื่องที่ต้อง พิจารณาอย่างครอบคลุมทั้งระบบและให้เกิดความชัดเจนเนื่องจากจะมีผลต่อการเรียกคืนใน ลักษณะที่ไม่เหมือนกัน

ผลจากการศึกษาพบว่า การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนได้ 2 กรณี คือ หนึ่ง ตามหลักสัญญาให้ในบรรพ 3 ว่าด้วย เอกเทศสัญญา ด้วยเหตุที่ ผู้รับไม่ชำระค่าภาระ ติดพันตามมาตรา 528 และผู้รับประพฤติเนรคุณตามมาตรา 531 และ สอง ตามหลักทั่วไป

เนื่องจาก (1) สัญญาให้ตกเป็นโมฆะด้วยเหตุที่การให้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการฝ่าฝืน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150 สัญญาให้มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ตามมาตรา 152 การให้โดยมีเจตนาซ่อนเร้นตามมาตรา 154 มีเจตนาลวงตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง และให้โดยสำคัญผิดในสาระสำคัญตามมาตรา 156 (2) สัญญาให้ตกเป็นโมฆะกรรมด้วยเหตุที่ผู้ให้เป็นผู้บกพร่องในความสามารถตามมาตรา 153 ให้โดยสำคัญผิดในคุณสมบัติตามมาตรา 157 ให้เนื่องจากถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 159 และถูกข่มขู่ตามมาตรา 164 (3) ผู้รับผิดสัญญาให้ รวมทั้ง (4) การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 โดยสามารถเรียกคืนได้ ดังนี้

1. การเรียกคืนตามหลักกลาภมิควรได้ เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากสัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพัน และผู้รับประพฤตินทรคุณ การเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกลาภมิควรได้ดังกล่าว มีหลักการคือ กรณีผู้รับสุจริต หากทรัพย์สินที่ให้เป็นเงิน ต้องคืนเงินเท่าที่เหลืออยู่ขณะที่เรียกคืน หากทรัพย์สินที่ให้แก่กันเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจากเงิน ต้องคืนทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่ในขณะเรียกคืน แต่ถ้าการคืนทรัพย์สินตกเป็นฝ่าฝืน ผู้รับไม่ต้องรับผิดชอบในเหตุการณ์คืนตกเป็นฝ่าฝืน ถ้ามีอะไรเหลืออยู่ก็ต้องคืนให้ไป ทั้งนี้ดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่รับไว้ ได้แก่ ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิตินัยอันเกิดจากทรัพย์สินที่รับไว้ ไม่ต้องส่งคืน ในกรณีที่ผู้รับไม่สุจริต ต้องรับผิดชอบใช้ราคาเต็มจำนวนแม้การคืนตกเป็นฝ่าฝืนก็ตาม รวมทั้งต้องคืนดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ตนทุจริต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ให้ได้ชำระหนี้ไปโดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันจะต้องชำระหรือชำระหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ผู้รับไม่ต้องคืนทรัพย์สินที่ให้แต่อย่างใด ในส่วนของผู้ให้ มีหน้าที่ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันควรเพื่อรักษาบำรุงหรือซ่อมแซมโดยทั่วไปที่ทำให้ทรัพย์สินคงอยู่ในสภาพเดิมไม่ใช่ดัดแปลงต่อเติมแก่ผู้รับ ผู้รับจ่ายไปเท่าใดก็สามารถเรียกคืนได้เท่านั้น อีกทั้งชดใช้ค่าใช้จ่ายอย่างอื่นกรณีผู้รับรับไว้โดยสุจริต ในระหว่างที่ทำการโดยสุจริต แต่ต้องไม่เกินราคาทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นในเวลาที่คืนและไม่เกินค่าใช้จ่ายที่เสียไปจริง

2. การเรียกคืนตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ เมื่อผู้ให้หรือผู้มีสิทธิบอกล้างนิติกรรมได้บอกล้างแล้วทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก เป็นผลทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 โดยผู้รับจะต้องคืนทรัพย์สินที่ให้ทั้งหมดแก่ผู้ให้ ถ้าฝ่าฝืนจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ทั้งนี้โดยมิได้พิจารณาว่าผู้รับจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม

3. การเรียกคืนตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ เนื่องจากผู้รับผิดชอบสัญญาให้ และผู้ให้บอกเลิกสัญญา เป็นผลทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้โอนไปยังผู้ให้ ในทันทีโดยผลของมาตรา 391 ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย ส่วนการได้ใช้ทรัพย์สินทำให้ กลับคืนไม่ได้เช่นเดียวกัน ก็ต้องใช้เงินให้ในอัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญา นอกจากนี้ หากการเลิกสัญญายังทำให้ได้รับความเสียหายให้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย แต่การเลิก สัญญาไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกเพราะก่อนที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา สัญญายังมีผล สมบูรณ์ทุกประการ ไม่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิบุคคลภายนอกที่ถือว่าได้สิทธิไปโดยชอบด้วย กฎหมายแล้วได้ แต่ในกรณีทรัพย์สินที่ให้เป็นประเภทที่ดินซึ่งยกให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และวัดเมื่อที่ดินได้ตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือตกเป็นของวัดโดยสมบูรณ์แล้วกรณี เช่นนี้ไม่สามารถเรียกคืนได้เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองที่ดินประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ หากจะโอนกลับมาให้ผู้ให้จะต้องออกเป็นพระราชบัญญัติเสียก่อน ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นในการ กลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391

4. การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ ด้วยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ เจ้าของทรัพย์สินจึงมีสิทธิเรียกคืนได้ตามหลักกรรมสิทธิ์ โดยการใช้สิทธิติดตามเอาคืน ผู้ทรง กรรมสิทธิ์มีสิทธิไปติดตามเอาทรัพย์สินของตนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ได้เสมอตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

5. จากการศึกษาค้นคว้าได้พบว่า บทบัญญัติในเรื่องให้ยังมีปัญหาการตีความที่ไม่ชัดเจน และพิจารณาว่าสามารถตีความไปได้หลายทาง ถ้าหากยังไม่อาจพิจารณาและมีความเห็นไปใน แนวทางเดียวกันแล้ว จะมีผลต่อการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ กล่าวคือการตีความในทางหนึ่ง อาจจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ แต่อีกทางหนึ่งก็อาจเป็นประโยชน์แก่ผู้รับได้ ดังนี้

5.1 การให้ทรัพย์สิน ในบางครั้งผู้ให้ไม่ได้ให้ทรัพย์สินเราเปล่าๆ แต่ได้กำหนด ภาระบางอย่างให้ผู้รับต้องปฏิบัติ เช่น ให้ที่ดินติดจำนอง โดยให้ผู้รับไปไถ่ถอนจำนองเอา ซึ่ง เรียกว่าเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน อันมีลักษณะพิเศษต่างจากการให้โดยทั่วไปเนื่องจากมีการ กำหนดเงื่อนไขหรือภาระที่ผู้รับต้องปฏิบัติต่อไปเกี่ยวกับการให้นั้น ค่าภาระติดพันจึงยังมีปัญหา ว่ามีขอบเขตเพียงใด เนื่องจากมีลักษณะการกระทำที่ใกล้เคียงกับการตอบแทนกันหรือเป็นการ กำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้ ซึ่งหากไม่ได้ความชัดเจนแล้ว เมื่อผู้รับไม่ปฏิบัติตามภาระที่กำหนดไว้ จะมีผลให้มีการเรียกคืนทรัพย์สินแตกต่างกัน จึงต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของการให้ที่มีค่า ภาระติดพันและการผิดเงื่อนไขของสัญญาให้ด้วย อีกทั้งตามแนวคำพิพากษาฎีกามีการวินิจฉัย

เฉพาะค่าภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ จึงมีปัญหาค่าภาระติดพันมีในอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอย่างอื่น ได้หรือไม่

5.2 การประพจน์เนรคุณในลักษณะของการประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรก เห็นว่า ประทุษร้ายนั้น ควรจะหมายถึงการกระทำต่อร่างกายผู้ให้เท่านั้น ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ประทุษร้ายมิให้หมายความเฉพาะความผิดที่กระทำต่อร่างกายเท่านั้น ซึ่งจากการค้นคว้าคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้แล้ว ไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการประทุษร้ายต่อตัวผู้ให้หรือต่อทรัพย์สินของผู้ให้ จึงมีคำถามว่าถ้าผู้รับลักทรัพย์ของผู้ให้วางเพลิงเผาบ้านของผู้ให้ ทุบรถของผู้ให้ที่จอดไว้เสียหาย ขโมยสุนัขที่ผู้ให้รักมากไปขายหรือไปปล่อย พันต้นไม้ราคาแพงของผู้ให้ทิ้ง จุดไฟเผาหนังสือหรือเอกสารของผู้ให้ เอาปลวกมาปล่อยในบ้านของผู้ให้ เป็นต้น เช่นนี้ถือว่าเป็นการประพจน์เนรคุณที่จะถอนคืนการให้และมีผลให้ผู้ให้เรียกทรัพย์คืนได้หรือไม่ ถ้าเห็นว่าได้ก็จะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ให้ ถ้าไม่ผลจะเป็นเพื่อประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง

5.3 กรณีผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง มีองค์ประกอบในทางความคิดอย่างไร ที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสรุปหลักเกณฑ์ได้ว่า เป็นการกระทำต่อผู้ให้ทุกคน โดยเจตนา การกระทำนั้นไม่ถึงกับต้องเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญา โดยไม่ได้มีต้นเหตุจากผู้ให้หรือผู้ให้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้น ทั้งนี้ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแยกตามสภาพสังคม ความเป็นอยู่ ระดับการใช้ภาษา น้ำหนักการใช้ถ้อยคำ และลำดับชั้นการให้ความเคารพนับถือ การศึกษาประกอบกัน แยกเป็นเรื่อง ๆ ไป

5.4 การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาซึ่งเป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นการถอนคืนการให้ที่ศาลปฏิเสธที่จะใช้มาเป็นระยะเวลาร่วม 50 ปี ด้วยเหตุว่าไม่ว่าจะเป็นการให้โดยบิดามารดา บุพการี หรือผู้ใด ศาลก็จะตีความว่าไม่ใช่การให้ด้วยหน้าที่ธรรมจรรยา และไม่มีคำอธิบายหรือขอบเขตที่ชัดเจนในเรื่องนี้ จึงมีผลให้เป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้รับการนำมาใช้ และมีผลให้ผู้รับที่ประพจน์เนรคุณยกขึ้นกล่าวอ้างได้ไม่เป็นผล และต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับแก่ผู้ให้ อันเป็นแนวทางการวินิจฉัยที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ให้ทางเดียว

5.5 เนื่องจากสัญญาให้ไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน แต่ในชีวิตประจำวันจะเห็นได้ว่าการให้ เช่น ให้ทุนการศึกษาแต่กำหนดว่าถ้าเรียนไม่จบภายใน 3 ปี จะต้องคืนเงินพร้อมดอกเบี้ย การยกสุนัขพันธุ์ให้ 1 ตัว แล้วกำหนดว่าให้เลี้ยงด้วยอาหารอย่างดี การบริจาค

เงินให้กับมูลนิธิการกุศลในประเทศไทยเพื่อนำไปช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติจากพายุไซโคลนนากริสในประเทศพม่าหรือแผ่นดินไหวในประเทศจีน แต่ไม่มีการนำไปช่วยเหลือตามวัตถุประสงค์ของผู้ให้ เป็นต้น จะสามารถกำหนดได้หรือไม่ หรือกรณีให้รถจักรยานแต่กำหนดว่าให้ไว้ใช้ห้ามนำไปขาย เหล่านี้ล้วนเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ให้จึงมีปัญหาว่า ผู้ให้สามารถกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการให้ได้หรือไม่เพียงใด เนื่องจากการให้เป็นการที่ผู้ให้สละกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ และกรรมสิทธิ์นั้นตกเป็นของผู้รับแล้ว จะเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือไม่ และหากกำหนดเงื่อนไขได้ เมื่อผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นการผิดสัญญา ผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้หรือไม่ อย่างไร

## 2. ข้อเสนอแนะ

### 2.1 การใช้และตีความกฎหมาย

2.1.1 เนื่องจากการให้เป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 3 เรื่องให้ โดยมีกรบัญญัติว่าการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นี้จะเกิดขึ้นได้จากเหตุประพัตินเระคุณตามมาตรา 531 และเหตุที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 เท่านั้น และจะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ตามหลักلامิควรได้ ทำให้อาจมองได้ว่าการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นี้ต้องพิจารณาและใช้กฎหมายในเรื่องเอกเทศสัญญา ซึ่งไม่ถูกต้องและไม่สามารถครอบคลุมการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ในทุกกรณีได้ โดยแท้จริงแล้วจะต้องมองให้ได้ทั้งระบบประมวลกฎหมายแพ่ง เนื่องจากสัญญาให้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งจึงอยู่ในบังคับของหลักนิติกรรมโดยทั่วไปด้วย หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งระบบแล้ว จะเห็นได้ว่าการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นั้นเกี่ยวข้องกับหลักทั่วไปทั้งในบรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 4 นอกเหนือจากการถอนคืนการให้ด้วยเหตุทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้นี้เป็นความสัมพันธ์ของเอกเทศสัญญาและบรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 4 ทั้งระบบ ดังนั้นผู้ให้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ตามหลักทั่วไป คือ (1) หลักโมฆะกรรม (2) หลักโมฆียะกรรม (3) หลักกรรมสิทธิ์ (4) ผู้รับผิดสัญญา ด้วย

2.1.2 การให้ที่มีค่าภาระติดพัน หมายถึง ค่าภาระติดพันในตัวทรัพย์สินโดยตรง และจะต้องมีอยู่ขณะตกลงทำสัญญาให้กัน โดยผู้รับได้ใช้และถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้ ภาระติดพันนี้อาจเป็นการตัดทอนสิทธิบางประการที่ผู้รับพึงจะได้ในทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวนก็ได้

เช่น การจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้กับผู้ให้ หรืออาจเป็นการทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับ ต้องสูญเสียไปบางส่วน เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินกึ่งหนึ่งให้กับบุคคลอื่นต่อไป หรือเป็นการ กำหนดหน้าที่ที่ผู้รับจะต้องทำการปลดภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่ให้ เช่น การไถถอนจำนอง เป็นต้น และไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน การให้ที่มีค่าภาระติดพันจึงเป็นลักษณะที่ เมื่อผู้รับได้ชำระค่าภาระติดพันแล้ว ผู้รับก็ไม่มีอะไรที่ต้องเสียเปรียบผู้ให้ เพราะค่าภาระติดพันที่ ผู้รับชำระไปก็ติดอยู่กับตัวทรัพย์สินที่ให้ เช่น กรณีจำนอง การนำเงินไปไถถอนจำนอง ก็ไม่ได้ทำให้ ผู้รับต้องขาดทุนแต่อย่างใด อย่างมากก็เท่าทุน จะชำระค่าภาระติดพันอย่างไรผู้รับก็เป็นฝ่ายได้ มากกว่าฝ่ายเสียอยู่ดี การให้ที่มีค่าภาระติดพันจึงมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นภาระติดพันในตัวทรัพย์สินที่ให้โดยตรง ทั้งนี้การให้โดยกำหนดให้ ผู้ให้ได้ใช้ประโยชน์ที่ดิน หรือให้ผู้รับมีหน้าที่ปลดเปลื้องภาระที่ติดมากับที่ดิน หรือให้ผู้รับโอน กรรมสิทธิ์บางส่วนให้กับบุคคลอื่น

2. ภาระที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ให้โดยตรงหรืออาจเรียกได้ว่าภาระติดพัน นอกตัวทรัพย์สินไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน แต่อาจเป็นเรื่องการผิดสัญญาได้

3. สิ่งที่มีค่าภาระติดพันที่เกี่ยวกับการให้ จะต้องมิอยู่ขณะตกลงทำสัญญา ให้แก่กัน หากในขณะที่ให้ไม่มีค่าภาระติดพันติดอยู่กับตัวทรัพย์สินที่ให้ ไม่ถือเป็นการให้ที่มีค่า ภาระติดพัน เช่น การให้ที่ดินไปแล้ว วันรุ่งขึ้นกำหนดว่าต้องนำที่ดินไปให้เช่าแล้วนำค่าเช่ามาให้ ตน ไม่ถือว่าเป็นการให้ที่มีค่าภาระติดพัน

4. ต้องไม่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน เนื่องจากเมื่อเป็นสัญญาต่าง ต่อตอบแทนแล้วจะไม่ถือเป็นการให้โดยเสนหา

ผู้เขียนเห็นว่าค่าภาระติดพันสามารถขยายความถึงภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ได้ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติให้ที่มีค่าภาระติดพันนี้ก็เพื่อประสงค์จะคุ้มครองผู้ให้ อีกทั้งการที่ผู้รับได้รับทรัพย์สินจากผู้ให้ เป็นการได้โดยผู้รับไม่ต้องเสียค่าตอบแทนแต่อย่างใด มี เพียงหน้าที่ที่ผู้ให้กำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติเพื่อปลดเปลื้องภาระที่ติดมากับตัวทรัพย์สินนั้น ประกอบ กับตามบทบัญญัติมาตรา 528 ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “ทรัพย์สินที่มีค่าภาระติดพัน“ โดยไม่มีบทบัญญัติ ในกฎหมายใดที่กำหนดขอบเขตไว้เป็นการเฉพาะว่าหมายถึงสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และโดย ความหมายของทรัพย์สินแล้ว หมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มี ก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายแต่ ประการใด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การให้ที่มีค่าภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ สามารถมีได้ นอกจากนี้เมื่อกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้ให้ ก็ย่อมคุ้มครองทรัพย์สินทุกอย่างของผู้ให้ด้วย เป็นเรื่องที่ผู้ให้ได้ประโยชน์จากตัวทรัพย์สิน เมื่อกฎหมายบัญญัติว่าเป็นภาระติดพันในทรัพย์สิน

ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดขอบเขตไว้เป็นการเฉพาะว่าหมายถึงเฉพาะแต่ต่อสังหาริมทรัพย์ จึงควรพิจารณาถึงหลักทั่วไปและเห็นควรมีความหมายรวมถึงทรัพย์สินทุกประเภทด้วย

2.1.3 คำว่าประทุษร้ายอย่างร้ายแรงต่อผู้ให้ซึ่งเป็นเหตุเนรคุณนั้น มีความหมายถึงการทำให้บาดเจ็บ ทำให้เสียหาย จึงควรหมายความถึงการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้ด้วย เนื่องจากการทำให้ผู้ให้ได้รับบาดเจ็บหรือทำให้ทรัพย์สินของผู้ให้เสียหาย แต่ต้องเป็นกรณีที่ผู้รับได้รู้ถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของผู้ให้ด้วย เพราะกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้รับมีความกตัญญูต่อผู้ให้ จะต้องไม่กระทำการให้ผู้ให้เดือดร้อนไม่ว่าจะเป็นต่อตัวผู้ให้เองหรือทรัพย์สิน แต่ต้องเป็นการทำให้ทรัพย์สินของผู้ให้ต้องเสียหายอย่างมากจนถึงขั้นที่เรียกว่ามีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผู้ให้ ทำให้ผู้ให้เสียหายอย่างร้ายแรง การที่ผู้เขียนเห็นว่าควรตีความกฎหมายขยายความไปถึงทรัพย์สินของผู้ให้ด้วยนี้ เป็นการขยายความเพื่อประโยชน์ของผู้ให้ และเพื่อให้ผู้รับสำนึกในบุญคุณของผู้ให้ การพิจารณาเช่นนี้สอดคล้องกับมาตรา 530 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติว่าการจงใจกระทำให้ผู้ให้ต้องสูญเสียทรัพย์สินเงินทองเป็นจำนวนมากถือเป็นเหตุประทุษร้ายเนรคุณเช่นกัน นอกจากนี้คำว่าอย่างร้ายแรงไม่ควรพิจารณาที่ผลของการกระทำเพียงอย่างเดียว แต่ควรพิจารณาถึงการกระทำที่เข้าลักษณะเป็นที่รังเกียจของสังคมด้วย ส่วนระดับความร้ายแรงควรพิจารณาจากมูลค่าของทรัพย์สิน ความสำคัญของทรัพย์สิน และผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้ กล่าวคือ หากกระทำต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่ามาก หรือมีความสำคัญอย่างมากต่อผู้ให้ และเกิดความเสียหายถึงขนาดที่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินลดน้อยลงอย่างมาก หรือทำให้สิ้นราคาลง ย่อมถือว่าเป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้ให้อย่างร้ายแรง เช่น ผู้รับได้เอาสุนัขไปทาบแหวนเพชรประจำตระกูลของผู้ให้จนเป็นรอยร้าว กรณีนี้ทรัพย์สินไม่ถึงกับต้องสูญหายไป แต่เป็นกรณีที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ให้ต้องเสื่อมค่าและราคาลงอย่างมาก เพียงเท่านี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงเช่นกัน

2.1.4 การพิจารณาว่าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียงหรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรงนี้ ควรพิจารณาองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. ผู้กระทำ หมายถึงผู้รับให้โดยตรงเท่านั้น ไม่รวมไปถึงผู้ใกล้ชิด เช่น บุตร ภรรยา หรือญาติสนิทของผู้รับด้วย
2. ลักษณะการกระทำ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำต่อผู้ให้โดยตรง และเป็นการกระทำโดยซึ่งหน้า แบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ

## 2.1 ด้วยวาจา

(ก) โดยผิดกฎหมาย หมายถึงการใช้ถ้อยคำที่ดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ประกอบมาตรา 393 หรือ

(ข) โดยไม่ผิดกฎหมาย หมายถึงการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่หยาบคาย ช่มชู้ ไม่ถึงกับต้องเข้าองค์ประกอบความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้ถ้อยคำในระดับที่วิญญูชนทั่วไปฟังแล้วเห็นว่าเป็นถ้อยคำที่ไม่อาจยอมรับได้ เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคม วัฒนธรรม ระดับความเป็นอยู่ สถานการณ์ เวลาที่กระทำ สถานะระหว่างผู้ให้และผู้รับ ความใกล้ชิดระหว่างผู้ให้และผู้รับ เช่น บุตรคำว่าบิดาว่า ไอ้แก่ ขึ้นมึงกู ไม่นับถือเป็นพ่อ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3502/2535)

2.2 ด้วยกิริยาอาการ ที่กระทำต่อผู้ให้ในระดับที่วิญญูชนทั่วไปเห็นว่าจะไม่เหมาะสมและไม่อาจยอมรับได้ เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคม วัฒนธรรม ระดับความเป็นอยู่ สถานการณ์ เวลาที่กระทำ สถานะระหว่างผู้ให้และผู้รับ ความใกล้ชิดระหว่างผู้ให้และผู้รับ เช่น ขับไล่ผู้ให้ออกจากบ้าน โยนห่อเสื้อผ้าของผู้ให้ลงจากหน้าต่างบ้านแล้วขับไล่ผู้ให้ออกจากบ้าน เป็นต้น

3. ผู้ถูกกระทำ หมายถึงผู้ให้โดยตรง ไม่หมายความรวมถึงญาติผู้ใกล้ชิดของผู้ให้ และที่สำคัญผู้ให้จะต้องไม่เป็นฝ่ายก่อเหตุหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย

2.1.5 การให้อภัยโดยปริยายมีได้หรือไม่ คำว่า การแสดงเจตนาโดยปริยาย หมายถึง การแสดงเจตนาด้วยการกระทำ แต่คำพิพากษานั้นเองไม่สื่อเจตนาของผู้กระทำว่าต้องการอะไร ต้องอาศัยข้อสันนิษฐาน การกระทำที่ไม่อาจสื่อเจตนาออกมาชัดเจนว่าได้ให้อภัยแล้วหรือไม่ ซึ่งอาจสันนิษฐานได้ทั้งสองทางว่าได้ให้อภัยแล้วหรือยังไม่ให้อภัย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้อภัยเป็นข้อยกเว้นการถอนคืนการให้ ทำให้ผู้ให้หมดสิทธิการถอนคืนการให้อภัยเป็นการระงับสิทธิเรียกร้องของผู้ให้ ทำให้ผู้ให้เสียประโยชน์และเป็นผลทำให้ผู้รับกลับได้ประโยชน์ ดังนั้น การให้อภัยไม่ควรขยายความไปถึงการแสดงเจตนาการให้อภัยโดยปริยายด้วย แต่ควรจำกัดเฉพาะการแสดงเจตนาให้อภัยโดยชัดแจ้งเท่านั้น

ด้วยเหตุที่การให้อภัยเป็นข้อยกเว้นที่ผู้ให้หมดสิทธิการถอนคืนการให้ จึงมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอายุความการฟ้องให้การถอนคืนการให้ คือหากผู้ให้ได้ให้อภัยผู้รับภายในระยะเวลาหกเดือนนับแต่ผู้ให้ได้ทราบเหตุการณ์การถอนคืนการให้อภัย การให้อภัยภายในระยะเวลาดังกล่าวมีผลกระทบทำให้สิทธิในการถอนคืนการให้หมดสิ้นไป และหากผู้ให้ได้ให้อภัยผู้รับภายหลังจากที่ขาดอายุความแล้วเป็นผลทำให้ไม่สามารถฟ้องการถอนคืนการให้ได้

ตลอดไปเช่นกัน ทั้งที่โดยหลักแล้วแม้คดีจะขาดอายุความผู้ให้ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องถอนคืนการให้  
ได้เสมอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/10 ซึ่งถ้าผู้รับไม่ได้ยกอายุความขึ้น  
เป็นข้อต่อสู้ ผู้ให้ก็ยังคงมีช่องทางที่จะเรียกทรัพย์สินที่ให้กลับมาได้ แต่หากผู้ให้ได้ให้อภัยแล้วจึง  
หมดที่จะใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าว

2.1.6 การฟ้องเรียกเงินคืนนั้น มีหลักการพิจารณาว่าหากเงินยังอยู่ในความยึดถือ  
ของผู้ไม่มีสิทธิครอบครองถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามอำนาจกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์สินคืนเดิมคืน  
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งถือเป็นการฟ้องบังคับตามทรัพย์สิน  
แต่ในกรณีเงินนั้นได้เปลี่ยนมือไปยังบุคคลอื่นแล้วสามารถเรียกคืนได้ตามหลักlakamiควรได้ แต่  
ตามแนวทางการพิพากษาฎีกาต่างวินิจฉัยว่า การฟ้องเรียกเงินคืนไม่ว่าจะเป็นกรณีที่จำเลยเอาเงิน  
ไปโดยละเมิดหรือรับเงินไปตามสัญญาถือเป็นการติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
และพาณิชย์ มาตรา 1336

ผู้เขียนเห็นว่า การเรียกคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ เจ้าของทรัพย์สินใช้  
สิทธิติดตามเอาคืนต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อื่นและการติดตามเอาคืน  
ต้องติดตามเอาคืนจากผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินเท่านั้นและผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นต้องยึดถือโดยมิชอบด้วย  
กฎหมาย เนื่องจากเงินเป็นทรัพย์สินชนิดพิเศษซึ่งโดยปกติอาจใช้ของอื่นอันเป็นประเภทและชนิด  
เดียวกันอันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ ดังนั้น จากกรณีที่ได้มีการบริจจาคแต่มีเงินติดมาด้วยนั้น  
หากเจ้าของติดตามเอาคืนคงติดตามเอาคืนได้ในจำนวนหนึ่งล้านบาท คงไม่ถึงกับเรียกธนบัตร  
ฉบับเดิมที่ติดมากับเตียงที่บริจจาค หากเจ้าหน้าที่ได้นำเงินจำนวนนี้ไปบริจจาคให้กับโรงพยาบาล  
กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินได้โอนไปยังผู้รับบริจจาคแล้วกรณีจึงไม่ใช่ติดตามเอาทรัพย์สินคืนเดียวกันนั้นคืน  
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

2.1.7 การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้เนื่องจากผิดสัญญาให้มีได้ในกรณีที่ผู้รับผิดเงื่อนไข  
ที่กำหนดไว้ในสัญญาให้ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวคู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ตามหลักเสรีภาพในการ  
ทำสัญญาและไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีเมื่อผู้รับไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดถือว่า  
ผิดสัญญา ทำให้ผู้ให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ผลจากการบอกเลิก  
สัญญาทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 391 และสามารถ  
เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ ยกเว้นทรัพย์สินที่ให้ประเภทที่ดินซึ่งยกให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ  
และวัดเมื่อที่ดินได้ตกเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือตกเป็นของวัดโดยสมบูรณ์แล้วกรณี  
เช่นนี้ไม่สามารถเรียกคืนได้ ส่วนกรณีผิดสัญญาให้เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้  
นั้นไม่สามารถมีได้เนื่องจากสัญญาให้ไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่กรณีแต่ประการใด โดยในเรื่องนี้นั้น

หลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญและยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างจริงจัง โดยมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เห็นได้ในตัวบทกฎหมายมาตรา 953, 954 และ 956 ว่าผู้ให้สามารถกำหนดเงื่อนไขการให้อย่างไรก็ได้

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างการให้ที่มีเงื่อนไขกับการให้ที่มีค่าภาระติดพัน พบว่า การให้ที่มีเงื่อนไขซึ่งกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญามีความใกล้เคียงกับการให้ที่มีค่าภาระติดพันอย่างมาก ดังนี้

การให้ที่มีค่าภาระติดพันเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดให้ผู้ให้สามารถสร้างเงื่อนไขให้ผู้รับมีหน้าที่ปลดเปลื้องภาระติดพัน หากละเลยไม่ยอมชำระค่าภาระติดพัน ผู้ให้มีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่เห็นได้เพียงเท่าที่เอาทรัพย์สินนั้นไปชำระค่าภาระติดพันตามมาตรา 528 วรรคหนึ่ง แต่การให้ที่มีเงื่อนไขเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ที่ไม่ขัดกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องไม่เข้าลักษณะสัญญาต่างตอบแทน หากผู้รับผิดเงื่อนไขของสัญญาให้ ผู้ให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 และเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ทั้งหมด ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย ส่วนการได้ใช้ทรัพย์สินทำให้กลับคืนไม่ได้เช่นเดียวกัน ก็ต้องจ่ายเงินให้อัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญา นอกจากนี้หากการเลิกสัญญายังทำให้ได้รับความเสียหายให้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย จะเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้รับละเลยไม่ชำระค่าภาระติดพันถือเป็นการผิดเงื่อนไขที่ตกลงไว้ในสัญญาและถือเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง แต่เป็นกรณีที่มีกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้วก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าวคือ เรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ตามหลักลาภมิควรได้เฉพาะส่วนที่เอามาชำระค่าภาระติดพันเท่านั้น

## 2.2 ข้อเสนอการแก้ไขกฎหมาย

2.2.1 การถอนคืนการให้ด้วยเหตุเนรคุณนี้ กฎหมายบัญญัติเฉพาะผู้รับเป็นผู้ประพฤตินेरคุณ ประเด็นปัญหามีว่าหากเป็นบุคคลอื่นมีพฤติกรรมในลักษณะของการประพฤตินेरคุณต่อผู้ให้ จะถอนคืนการให้ได้หรือไม่ เช่น อ. ยกบ้านพร้อมที่ดินให้ลูกชาย และอยู่อาศัยด้วยกัน ต่อมาลูกชายตาย ภริยาของลูกชายไล่ อ. ออกจากบ้าน หรือ กรณีสามีผู้รับมีพฤติกรรมในลักษณะของการประพฤตินेरคุณต่อผู้ให้ เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 531 บัญญัติให้เฉพาะผู้รับเท่านั้นที่เป็นผู้ประพฤตินेरคุณที่เป็นเหตุให้ถอนคืนการให้ได้ เมื่อพิจารณา

จากกฎหมายโรมันในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนจะพบว่ากรอนคีนการให้กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเฉพาะตัวของคู่กรณี ทายาทของผู้ใดผู้หนึ่งไม่สามารถอ้างสิทธิในการกรอนคีนการให้หรืออ้างผลกระทบที่เกิดแก่ทายาทได้ อีกทั้งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ ก็บัญญัติเฉพาะกรณีผู้รับเป็นผู้ประพัตินेरคุณเท่านั้น อีกทั้งตามแนวทางคำพิพากษาฎีกา ก็อธิบายว่าการกรอนคีนการให้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ให้ และการงดเว้นจากการประพัตินेरคุณก็เป็นหน้าที่เฉพาะตัวของผู้รับเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าถ้าจะตีความกฎหมายขยายความผู้ประพัตินेरคุณไปจนถึงทายาทของผู้รับด้วย ก็จะเป็นเหตุให้กรอนคีนการให้ไปได้เสียทั้งหมด โดยที่ผู้รับไม่ได้กระทำความผิดอะไรเลย แต่ต้องมารับผลนั้นด้วย เป็นการไม่ให้ความคุ้มครองผู้รับแต่อย่างใดเลย แต่หากจะพิจารณาจำกัดความให้เฉพาะเป็นผู้รับเท่านั้นที่ประพัตินेरคุณ ผู้ให้ก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองใดจากการกระทำที่มองว่าไม่เป็นธรรมนั้น ในขั้นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะไปขยายความผู้รับประพัตินेरคุณไปถึงผู้ใกล้ชิดกับผู้ให้ที่ประพัตินेरคุณได้หรือไม่ เนื่องจากการประพัตินेरคุณเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นในสัญญาให้ ซึ่งตามหลักจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมาย ไม่ควรขยายความเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียประโยชน์นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาแล้วจะเห็นได้ว่า กรณีการหมั้นประมาทตามมาตรา 531 (2) ศาลวินิจฉัยว่า ไม่ถึงกับต้องเป็นความผิดฐานหมั้นประมาททางอาญา เพียงมีเจตนาดูหมิ่นก็ถือว่าประพัตินेरคุณแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 3502/2535) อันจะเห็นได้ว่าเป็นการขยายความเพื่อประโยชน์แก่ผู้ให้และเพื่อความเป็นธรรมมากกว่า ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีผู้รับประพัตินेरคุณ ตามมาตรา 531 (2) นั้นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้หมายถึงบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของผู้รับ และผู้รับได้รู้ถึงการประพัตินेरคุณนั้นแล้ว แต่นิ่งเฉยเสีย เช่นนี้ให้กรอนคีนการให้ได้ โดยเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 531 วรรคสองว่า

*“ความข้างต้นนี้ให้ใช้บังคับกับการประพัตินेरคุณของญาติผู้ใกล้ชิดกับผู้รับซึ่งได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่ให้และผู้รับละเว้นไม่ห้ามปรามหรือขัดขวางการประพัตินेरคุณเช่นนั้น ”*

2.2.2 บทบัญญัติข้อยกเว้นเหตุกรอนคีนการให้ในมาตรา 535 (3) ว่า การให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา นั้น ไม่สามารถกรอนคีนการให้ได้ ก็ยังไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจนว่าเป็นประการใด มีความหมายที่แท้จริงว่าอย่างไร ตั้งแต่มีการร่างบทบัญญัตินี้ขึ้นมา มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 1584/2497 และคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2502 เท่านั้นที่วินิจฉัยว่าเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา และแม้จะมีคดีเป็นจำนวนมากที่ผู้รับผู้ประพัตินेरคุณได้ยกมาตรา 535 (3) ขึ้นต่อสู้ แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา 50 ปี ศาลกลับปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะบังคับใช้ และคำว่าหน้าที่

ธรรมจรรยา กับการนำมาบังคับใช้ในกฎหมายนี้ไม่มีความหมายและขอบเขตที่แน่ชัดให้ยึดเป็นหลักเกณฑ์ได้ จากการศึกษาพบว่า เป็นบทบัญญัติที่ยากต่อการตีความและนำมาปรับใช้ เนื่องจากเป็นรูปธรรมที่ต้องพิจารณาอย่างลึกซึ้งซึ่งว่าอย่างไรเป็นการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยา ในขณะที่ มาตรา 535 (1), (2) และ (4) เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมเห็นได้ชัดเจนไม่ต้องตีความ จึงเป็นเพียงบทบัญญัติที่จำเลยมักจะนำมาอ้างเพื่อไม่ให้ถอนคืนการให้ ขณะที่ศาลก็ปฏิเสธที่จะใช้ แต่คงยึดแนวคำพิพากษาฎีกาในอดีต รวมทั้งคำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2523 ว่าการให้ระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน หรือการให้ทรัพย์สินในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่เข้ามาตรา 535 (1), (2) และ (4) แล้วเป็นการให้โดยเสน่หาทั้งสิ้น จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้นำมาใช้แต่อย่างใด

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 534 ซึ่งเป็นต้นแบบในการยกร่างมาตรา 535 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติว่าการให้ตามหน้าที่ธรรมจรรยาหรือให้ตามธรรมเนียมประเพณี ไม่อาจเรียกคืนการให้หรือถอนคืนการให้ได้ และตามคำพิพากษาของประเทศเยอรมนีที่ตัดสินเกี่ยวกับการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาหรือให้ตามธรรมเนียมประเพณี ได้วางแนวทางว่าให้ยึดหลักขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสำคัญ เช่นการให้ในวันเกิด วันคริสต์มาส วันแต่งงาน การให้ระหว่างพี่น้องที่อยู่ร่วมกันต้องช่วยเหลือกัน จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ไม่ได้ ซึ่งวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าแม้คำว่าหน้าที่ธรรมจรรยาจะไม่มีคำอธิบายที่แน่ชัดเป็นหลักเกณฑ์ตายตัวว่าหมายถึงอะไร มีขอบเขตครอบคลุมถึงไหน อย่างไร แต่บทบัญญัติมาตรา 534 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยาไว้คู่กับคำว่าธรรมเนียมประเพณี อย่างชัดเจน และแนวทางคำพิพากษาฎีกาของเยอรมันได้วางหลักการสำคัญว่าการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาและธรรมเนียมประเพณีหมายถึงเป็นการให้ที่ให้ยึดหลักเรื่องขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสำคัญ แสดงว่ากฎหมายเยอรมันมีขอบเขตในการที่จะสามารถหยิบยกมาตรา 534 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นำบทบัญญัติมาตรา 534 มาใช้เพียงครั้งเดียว คือนำมาใช้เฉพาะคำว่าหน้าที่ธรรมจรรยา แต่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการใช้ อีกทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยแม้ว่ามีคดีเป็นจำนวนมากที่ผู้รับผู้ประพฤติเนรคุณได้ยกมาตรา 535 (3) ขึ้นต่อสู้ แต่ศาลได้พิจารณาโดยให้ความสำคัญกับผู้ให้และการกระทำที่เป็นการประพฤติเนรคุณยิ่งกว่าจะไปค้นหาเหตุผล ที่มาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย พิจารณาจากฐานรากแห่งความคิดแล้ว เห็นว่าด้วยสภาพสังคมไทยเมื่อต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างการประพฤติเนรคุณและขนบธรรมเนียมประเพณีแล้ว การประพฤติเนรคุณจะเป็นเรื่องที่ยิ่งใหญ่กว่า จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวอ้างมา

ข้างต้น จึงเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 535 (3) เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีประโยชน์ที่จะนำมาบังคับใช้ แต่อย่างใด และยังเป็นปัญหาข้อยุ่งยากในการตีความ สร้างภาระให้กับศาลในการพิจารณา ผู้เขียนจึงเห็นควรให้ยกเลิกมาตรา 535 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นผลให้ผู้ให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ในลักษณะเช่นนี้ได้หากผู้รับประพัตินเรคุณต่อผู้ และผู้รับจะไม่มีข้ออ้างยกขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ถูกเรียกคืนทรัพย์สินที่ตนได้รับเมื่อประพัตินเรคุณ ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกต้องว่า เมื่อผู้รับประพัตินเรคุณ โดยหลักผู้ให้ควรเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้ได้ จะมาอ้างว่าได้รับมาโดยหน้าที่ธรรมจรรยาไม่ได้ เนื่องจากผู้รับจะต้องมีหน้าที่ทางธรรมจรรยาที่ไม่ควรประพัตินเรต่อผู้ให้ในทางเนรคุณเช่นกัน