

บทที่ 2

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

1. กฎหมายโรมัน

นักกฎหมายโรมันได้แบ่งประเภทของการให้ออกเป็น 2 ประเภท อย่างชัดเจน คือ การให้ในระหว่างมีชีวิต (*inter vivos*) และการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย (*mortis causa*) ดังจะเห็นได้จากนัยคำอธิบายของนักกฎหมายชื่อมาซิอุส (Marcinus)¹ ความว่า “หากผู้ให้ยกทรัพย์สินให้โดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตายก็ต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่กรรมด้วยเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งและเป็นที่ประจักษ์ชัดอยู่แล้วว่าเหตุการณ์นั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน (กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ให้ไม่สามารถทำการเพิกถอนการให้ได้ เนื่องจากจะต้องถึงแก่กรรมเพราะเหตุการณ์นั้นอย่างแน่นอน) เช่นนี้หาเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไม่ (*mortis causa*) แต่เป็นเพียงการให้ในระหว่างมีชีวิต (*inter vivos*) เท่านั้น ดังนั้นในกรณีนี้จึงต้องห้ามมิให้สามีและภริยายกทรัพย์สินให้แก่กัน กลับกัน หากเป็นกรณีการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้ว ไม่ต้องห้ามด้วยหลักดังกล่าว

1.1 ความทั่วไป

โดยทั่วไปกฎหมายโรมันเกี่ยวกับครอบครัว ห้ามมิให้สามี ภริยา ยกทรัพย์สินให้แก่กัน และกันแม้แต่การซื้อขายระหว่างสามีภริยา กฎหมายก็พิจารณาด้วยความระมัดระวังว่า เป็นการปกปิดเพื่ออำพรางนิติกรรมประการอื่นหรือไม่ ซึ่งหลักนิติศาสตร์โรมัน ดูเหมือนไม่ต้องการให้การสมรสเป็นเครื่องมือในการสะสมทรัพย์สินสมบัติ ถ้าจะต้องการร่ำรวยควรจะหาวิธีอื่น มิใช่วิธีสมรส

¹ Marcian, *Rules*, book 5: Where a gift *mortis causa* is made such that it can in no circumstances be revoked, it is rather the case that death is the reason for the gift than that it is a gift *mortis causa*. Consequently, the gift should be treated exactly like any other gift *inter vivos*. Hence it is not valid between man and wife and the *lex Falcidia* is not applicable, as it is in the case of gift *mortis causa*. See Alan Watson, The Digest of Justinian, English – Language Translation, Revised English-language edition, (United States of America: University of Pennsylvania Press, 1998), Volume 3, p. 417.

แม้แต่สมาชิกของครอบครัวแต่ละฝ่ายก็ให้ของแก่กันไม่ได้² ยกเว้นบางกรณี เช่น กำหนดการเผื่อตาย หรือ หย่าร้าง เป็นต้น³ เพื่อแก้ไขข้อขัดข้องทางกฎหมายและ/หรือ แบบพิธีอันเคร่งครัดของกฎหมายมรดก นักกฎหมายโรมันจึงคิดรูปแบบการโอนทรัพย์สินที่มีลักษณะกึ่งกลางระหว่างการให้ในระหว่างมีชีวิตและพินัยกรรม ซึ่งก็คือ การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย (donation mortis causa) ขึ้น

1.2 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในกฎหมายโรมัน⁴

ในกฎหมายโรมัน การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นรูปแบบหนึ่งของการให้ที่มีเงื่อนไข กล่าวคือ ผู้ให้คาดคิดถึงความตายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนในไม่ช้า และได้ทำการยกทรัพย์สินให้โดยถือเอาความตายจากเหตุการณ์นั้น เป็นเงื่อนไขแห่งความสำเร็จของการให้ ดังได้อธิบายไว้ใน Justinian's Institutes , ที่ 2.7.1 ความว่า “การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นการให้อย่างหนึ่งที่ผู้ให้คาดคิดถึงความตาย และผู้ให้ปฏิบัติการให้ด้วยความเข้าใจว่าหากตนถึงแก่ความตายจริง ผู้รับจึงจะมีสิทธิในทรัพย์สินที่ยกให้ นั้น กลับกันหากผู้ให้รอดพ้นจากความตาย หรือ หากผู้ให้เปลี่ยนใจหรือผู้รับตายก่อน ผู้ให้สามารถเรียกเอาทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนได้”

โดยทั่วไปการให้ประเภทนี้ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินขณะปฏิบัติการให้ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้อาจปฏิบัติการให้ประเภทนี้ ในรูปแบบอื่น โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินก็ได้ เช่น การให้คำมั่นว่าจะให้การปลดหนี้หรือความผูกพันอื่นใด การกระทำดังกล่าวมานี้ย่อมเสมอด้วยกับการส่งมอบทรัพย์สิน

เหตุที่ผู้ให้คาดการณ์ว่าตนจะต้องถึงแก่ความตาย ได้แก่ ปัญหาสุขภาพ หรือเผชิญกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น ซึ่ง Justinian' s Digest ได้ให้ตัวอย่างไว้ใน D.39.6.3-6⁵ เช่น

² ในยุคคลาสสิกเนื่องจากนโยบายของรัฐต้องการที่จะตรวจสอบการใช้จ่าย หรือ การบริหารทรัพย์สินของพลเมืองโรมัน จึงได้มีการบัญญัติกฎหมาย Lexcincia โดยจำกัดการให้ที่มีขนาดเกินที่กฎหมายกำหนดก็ไม่อาจบังคับในจำนวนทั้งหมดได้ เว้นแต่จะเป็นการให้แก่ญาติใกล้ชิด หรือ การยกให้ทรัพย์สินแก่ผู้อุปถัมภ์ผู้ให้ , see ADOLF BEGER, ENCYCLOPEDIA OF ROMAN LAW, NEW SERIES , (The United States of America: The American Philosophical Society Independence Square Philadelphia, 1953) Volume 43 , Part 2, p. 549.

³ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น. 26.

⁴ Andrew Borkowski, Deathbed GIFTS : The law of Donatio Mortis Causa, Reprinted 2005, (New York: A Blackstone Press Book), pp 5 – 7.

ได้รับการข่มขู่คุกคามจากหมู่ข้าศึกหรือจากหมู่โจร หรือเดินทางทางทะเลหรือไปยังสถานที่ใด ๆ ซึ่งอันตราย หรือ กรณีผู้ให้สูงอายุที่อดโรยใกล้หมดสภาพ อย่างไรก็ตาม ไกอุส เห็นว่าล้าพังเพียงแค่การคาดว่าความตายจะเกิดแก่ตนในฐานะสิ่งอันเป็นสามัญลักษณะอันจะพึงเกิดแก่ตนได้เสมอไม่วันใดก็วันหนึ่ง ย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว แม้ว่าภัยอันตรายแห่งความตายนั้นมิได้จวนจะเกิดขึ้นก็ตาม⁶ ความเห็นของไกอุสดังกล่าว คล้ายคลึงกับความเห็นของพอล (Paul) ซึ่งกล่าวว่าทำให้ประเภทนี้สามารถทำได้แม้ว่าขณะปฏิบัติการให้ ผู้ให้จะมีสุขภาพดี⁷ อนึ่ง ในทัศนะของอัลเปียนเห็นว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย มีทั้งสิ้น 3 รูปแบบ คือ

1. การที่ผู้ให้ทำการยกทรัพย์สินให้เพราะคำนึงถึงความตายอันจะเกิดแก่ตนไม่วันใดก็วันหนึ่ง
2. การที่ผู้ให้ทำการยกทรัพย์สินให้เพราะภัยอันตรายแก่ชีวิตอันจวนจะเกิดแก่ผู้ให้และประสงค์ให้ทรัพย์สินเป็นของผู้รับทันที
3. การที่ผู้ให้ทำการยกทรัพย์สินให้เพราะภัยอันตรายแก่ชีวิตอันจวนจะเกิดแก่ผู้ให้และประสงค์ให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะตกเป็นของผู้ให้ก็ต่อเมื่อฝ่ายผู้ให้ถึงแก่ความตาย

ในสมัยจัสติเนียนการกลับคืนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมเป็นไปโดยอัตโนมัติ ส่วนในยุคทอง (classical period) นั้น ดูเหมือนว่าผู้ให้สามารถฟ้องเรียกมูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ให้กลับคืนเท่านั้น ไม่สามารถฟ้องเรียกร้องวัตถุที่ได้ให้ไปได้

การปฏิบัติการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ใช้รูปแบบเช่นเดียวกับการปฏิบัติการให้ในระหว่างที่มีชีวิต (inter vivos gift) โดยปกติแล้วการส่งมอบทรัพย์สิน หรือ ความตกลงที่จะทำการให้ เป็นสิ่งจำเป็น และดูเหมือนว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ได้ทำการให้กันด้วย เหล่านี้เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ ที่ Marcellus ได้อธิบายไว้ใน D.39.6.8 แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์เหล่านี้จะ

⁵ D.39.6.3 Paul, *Sabinus*, book 7: It is permissible to make a gift *mortis causa* not only on grounds of weak health but also on grounds of impending danger of death due to enemies or robbers or the cruelty or hatred of a powerful man or when about to undertake a sea voyage. D.39.6.4 Gaius, *Common Matters of Golden Words*, Book 1: or to travel through dangerous places. D.39.6.5 Ulpian, *Institutes*, book 2: or one is worn out by old age. D.39.6.6 Paul, *Sabinus*, book 7: since all these circumstances represent impending danger. See Alan Watson, *supra* note 1, p. 415.

⁶ See D.39.6.31.2, *Ibid.* p. 418.

⁷ See D.39.6.35.4, *Ibid.* p. 412.

นำไปใช้กับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ทุกรูปแบบหรือไม่ ยังเป็นข้อกังขาอยู่ Justinian's Codex (C.8.56.4) ได้เพิ่มรูปแบบที่สามารถใช้แทนการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ โดยหากการให้ได้กระทำลงท่ามกลางพยานแวดล้อม 5 คน จะมีผลดุจเดียวกับการทำพินัยกรรม

Paul (D.39.6.35.2) อธิบายเหตุผล ที่ผู้ให้ปฏิบัติการให้ประเภทนี้ ในเชิงเปรียบเทียบเปรยว่า : ผู้ให้คำนึงถึงอรรถภาพของเขาและห่วงหาขวัญชีวิตของตน และมีความชอบที่จะเป็นฝ่ายรับมากกว่าฝ่ายให้ เขาควรจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินมากกว่าจะยกให้แก่ผู้รับ หากแต่ผู้รับสมควรที่จะได้รับทรัพย์สินนั้น มากกว่าที่จะให้ทรัพย์สินนั้น ตกเป็นสิทธิ์แก่ทายาทของผู้ให้

ในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนโดยทั่วไปแล้ว การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย สามารถเพิกถอนได้ก่อนที่ผู้ให้ตาย ทั้งนี้ กรณีอาจเป็นการเพิกถอนโดยอัตโนมัติ หากผู้ให้ล้มละลาย หรือมีชีวิตยืนยาวกว่าผู้รับการให้ และโดยหลักทั่วไป สามารถเพิกถอนได้ด้วยเจตนาของผู้ให้ (Institutes , 2.7.1) แต่อย่างไรก็ตามในยุคก่อนหน้านี้นี้ ยังไม่มีความชัดเจนว่า หลักการเพิกถอนจะเป็นเช่นนี้หรือไม่ โดยในทางตำราในยุคคลาสสิกยังมีข้อกังขากันอยู่ในหมู่นักกฎหมายว่า ผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้โดยลำพังได้หรือไม่ (ดู D.39.6.13.1 ; D.39.6.30) อย่างไรก็ตาม Schulz ผู้เขียนตำรากฎหมายโรมันยุคคลาสสิก อันลือชื่อ⁸ ยืนยันว่าในยุคคลาสสิก ผู้ให้ไม่สามารถเพิกถอนการให้ได้ เพราะการให้เช่นนี้เกิดจากข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญระหว่างผู้ให้และผู้รับ

กฎข้อบังคับหลาย ๆ กฎ ที่ใช้บังคับแก่การให้ในระหว่างมีชีวิต ไม่นำมาใช้บังคับกับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายด้วย ยกตัวอย่างเช่น การห้ามการให้ระหว่างคู่สามีภรรยา หรือหลักการจดทะเบียนการให้ในสมัยจักรวรรดิต่อมา⁹

⁸ see Fritz Schulz, Classical Roman Law, reprint of the edition oxford 1951, Enlarged by a preface to reprint 1992, and a source index, By Wolfgang Ernst, (Scientia Verlag Aalen, 1992) p. 332.

⁹ การให้ในยุคจักรวรรดิคอนสแตนตินได้กำหนดแบบในการให้ไว้ โดยกำหนดว่าทุก ๆ การให้จะต้องมีการบันทึกในเอกสารและต้องทำต่อหน้าพยาน โดยในเอกสารนั้นจะต้องมีการระบุชื่อผู้ให้ที่แน่นอน การกำหนดการให้ที่แน่นอน และกรรมสิทธิ์ของผู้ให้ที่แน่นอน ประการที่สองคือ การให้จะต้องมีการส่งมอบต่อหน้าพยาน และประการสุดท้าย คือ จะต้องมีการจดทะเบียนการให้ต่อรัฐด้วย หากมิได้ทำตามเงื่อนไขทั้งสามประการนี้แล้ว ก็จะไม่มาซึ่งความไม่สมบูรณ์ของการให้

ในยุคคลาสสิก นักกฎหมายมักจะมีปัญหาโต้เถียงกันเสมอว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย มีลักษณะเป็นการให้ หรือ พินัยกรรม (legacy) ด้วยเหตุดังกล่าวกฎเกณฑ์บางประการที่ใช้บังคับแก่การทำพินัยกรรม จึงถูกนำมาใช้บังคับกับการให้ประเภทนี้ด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน จึงได้พยายามที่ทำให้การให้ประเภทนี้กลมกลืนกับพินัยกรรมในสาระสำคัญ อย่างไรก็ตาม การผสมกลมกลืนดังกล่าวไม่ได้เคลื่อนกลืนลักษณะของการให้ในรูปแบบนี้ทั้งหมด ตัวอย่างเช่น มักถือกันว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นการแสดงเจตนาโดยอิสระแม้ว่าผู้ให้จะได้ทำพินัยกรรมไว้ หรือ พินัยกรรม นั้นตกไปก็ตาม และในทางปฏิบัติพบว่า มีการกำหนดเงื่อนไขที่หลากหลายกับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายและสามารถกำหนดภาระการดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ในทรัพย์สิน (fideicommissa) ได้

2. กฎหมายไทย

2.1 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเก่าที่มีการใช้บังคับอยู่ดั้งเดิม ก่อนมีการปฏิรูประบบกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายตามความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ กฎหมายอนุญาตเฉพาะกรณีผู้ให้อาพาธเท่านั้น¹⁰

see , Reinhard Zimmermann, The law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition (Johannesburg : Juta & Co . , Ltd. 1992) pp. 490 – 494.

¹⁰การที่ผู้ให้ปฏิบัติการให้ในขณะที่ป่วยไข้ใกล้ตายนั้น มีศัพท์เทคนิคว่า “deathbed gift” การจะวินิจฉัยว่าการที่ผู้ให้ปฏิบัติการให้ในขณะที่ใกล้ตายด้วยอาการป่วยไข้นั้น เป็นการให้อันมีผลสมบูรณ์ในระหว่างมีชีวิต (out right inter vivos gift) หรือเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย (causa mortis) ต้องวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงแห่งกรณี เป็นเรื่อง ๆ ไป อนึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติลักษณะมรดกมาตรา 50 เห็นว่ามีลักษณะเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเพราะผู้รับไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์(out right)จนกว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตาย

อนึ่ง Gerry W. Beyer ได้อธิบายความหมายไว้ดังนี้ A “deathbed gift” is a gift made close to the time that a person dies. It is not a different kind of gift – it is just a gift made when the donor is very ill and getting ready to die. It is an inter vivos gift because the donor is still alive. It could be either (1) outright or (2) causa mortis depending on

ดังปรากฏตามกฎหมายลักษณะ มรดก มาตรา 50¹¹ ซึ่งวางหลักว่า การให้ในขณะที่ผู้ให้อยู่ในสภาวะเจ็บไข้ มีผลใช้บังคับได้ หากผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับถึงมือต่อหน้าพยาน หากภายหลังผู้ให้ถึงแก่ความตายทรัพย์สินย่อมเป็นสิทธิขาดแก่ผู้รับ ไม่ต้องนำทรัพย์สินนั้นแบ่งปันอีกต่อไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากผู้ให้ไม่ถึงแก่ความตายย่อมสามารถเรียกของที่ให้คืนได้¹² เป็นที่น่าสังเกตว่า ในยุคเริ่มแรกที่ศาลในประเทศอังกฤษเริ่มวางหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ศาลอังกฤษจะแปลความเคร่งครัด โดยคำว่าถ้อยคำอันจะถึงแก่ความตายนั้นหมายความว่า ขณะที่ผู้ให้ทำการให้นั้นต้องตกอยู่ในอาการป่วยเจ็บขั้นร้ายแรงเท่านั้น¹³

2.2 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในช่วงจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จนถึงปัจจุบัน

อิทธิพลของการปฏิรูประบบราชการต่อการยกร่างและบัญญัติกฎหมาย มาตรา 536

the facts. It is not a testamentary gift because it is not in a will. (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2551)

¹¹ กฎหมายลักษณะ มรดก มาตรา 50 บัญญัติว่า

“ผู้อาวุศนั้นมีทรัพย์สินของ แก้วแหวนเงินทองสรรพทรัพย์สินใด ๆ แลเรียกเอาทรัพย์สินนั้นออกม่ายนให้ถึงมือ บุตรภรรยาญาติพี่น้องพ้องพันธุ์ มิศหาย ทาส กรรมกร ชายหญิง แลให้ทานทรัพย์สินกับมือผู้อาวุศเองไซ้ แลบุตรภริยาญาติพี่น้องพ้องพันธุ์มิศหาย ได้รับเอาทรัพย์สินนั้นไปจากมือผู้อาวุศนั้นแล้ว แลมีเจ้าไทยพระสงฆ์ผู้เฝ้าผู้แก่ลูกนังรู้เห็นด้วยเป็นค่านับ ท่านว่าเป็นสิทธิแก่ผู้ได้ทรัพย์สิน ถ้าแลผู้อาวุศถึงแก่มรณภาพไซ้ ท่านมิให้เรียกเอาทรัพย์สินนั้นมาแบ่งปันเลย”

¹² ดูความเห็นของผู้เรียบเรียงหนังสือชื่อ “กฎหมายลักษณะ” , (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, มปท.) เจริญครั้งที่ 50 น. 269 ความว่า“เช่นนี้มีในกฎหมายหลายประเทศ แม้ว่าผู้อาวุศคลายไข้ไม่ตายแล้ว เรียกของที่ให้คืนได้”

¹³ ดูคดี Hedges v. Hedges (1708) Prec Ch 269, 24 ER 130 โดยศาลได้วางหลักไว้ตอนหนึ่งว่า “..Where a man lies in extremity , of being surprised with sickness, and not having an opportunity to make a will; but lest he should die before he could make it, he gives with his own hands his goods to his friends about him: this, if he dies, shall operate as legacy; but if he recovers, then does the property thereof revert to him”)

แม้ว่าระบบกฎหมายดั้งเดิมของไทย ก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายจะได้ใช้ปกครองประเทศมายาวนาน โดยมีหลักความยุติธรรมและเมตตาธรรมประกอบอยู่ด้วย แต่ก็ไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงและไม่เข้าต่อยุคสมัย เป็นเหตุให้เกิดสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยประเทศมหาอำนาจได้ใช้อิทธิพลบีบบังคับให้ประเทศไทยต้องทำสนธิสัญญาอมให้ศาลกงสุลของตนพิจารณาคดีระหว่างคนในบังคับของชาติตน หรือระหว่างคนในบังคับของชาติตนกับคนไทย อันเป็นผลเสียหายต่ออำนาจอธิปไตยทางศาลของไทย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเห็นว่าระบบกฎหมายและการศาลของไทยในขณะนั้น มีสภาพเหมือน “เรือกำปั่นที่ถูกเพรียงและปลวกกิน ทุโถมทั้งลำ แต่ก่อนมานี้รั่วแห่งใดก็เข้าไม่ตามอุดยาแต่เฉพาะที่ตรกรอยรั่วนั้น ที่อื่นก็โถมลงอีก ครั้นนานเข้าก็ยิ่งชำรุดหนักลงทั้งลำเป็นเวลาสมควรที่ต้องตั้งกังขึ้นกระดานใหม่เป็นของมันคงสืบไป”¹⁴

ในการยกร่างประมวลกฎหมายนั้น พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระสวัสดิ์วัฒนวิเศษ¹⁵ ซึ่งเป็นประธานคณะกรรมการร่างกฎหมาย ได้วางวัตถุประสงค์หลักในการร่างกฎหมายไว้ว่า “จุดมุ่งหมายของผู้ร่างนั้นในสาระสำคัญก็คือ ร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของประเทศ ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างจึงพยายามอย่างยิ่งที่จะไม่ตกหลุมพรางของการคัดลอกบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศแล้วนำมาดัดแปลงเอาอย่างเพียงผิวเผินไม่ว่าบทกฎหมายต่างประเทศนั้น ๆ จะประเสริฐเลิศเลอเพียงใดก็ตาม สำหรับการร่างกฎหมายแต่ละลักษณะ ๆ นั้น ผู้ร่างจะเริ่มต้นด้วยการศึกษาเรื่องนั้น ๆ อย่างกว้าง ๆ ก่อนโดยดูจากตัวบทกฎหมายของสยามที่มีอยู่ (พระราชบัญญัติหรือคำพิพากษา) และจากประมวลกฎหมายสำคัญ ๆ ของต่างประเทศ เช่นในแง่ของความชัดเจน จะดูจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศส หลักกฎหมายบางอย่างดูจากกฎหมายอังกฤษบางฉบับซึ่งนักกฎหมายสยามส่วนมากรู้จักกันเป็นอย่างดี ในแง่ของบทบัญญัติที่สะดวกในการใช้และทันสมัยจะดูจากประมวลกฎหมายของสวิสและญี่ปุ่น ในแง่ของความกะทัดรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมายก็จะดูจากประมวลกฎหมายเยอรมันนอกจากนั้นก็ยังได้นำเอาข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ได้มีขึ้นในกฎหมายของอิตาลี เบลเยียม ฮอลันดา และบางมลรัฐในอเมริกา มาเป็นข้อพิจารณาด้วย..”

¹⁴ สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทยสยาม, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550) น. คำนำ.

¹⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วย ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้ บรรพ 3 มาตรา 453 – 536, (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์, 2548), น. XI.

จากการสืบค้นถึงที่มาของการร่างและบัญญัติหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยสืบค้นจากดัชนีที่พระยามานวราชเสวีรวบรวมไว้¹⁶ พบว่าคณะผู้ร่างได้ยกร่างขึ้นเพราะเห็นปัญหาข้อกฎหมายในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/120 ระหว่างอำแดงจัมลัมโจทก์และ อำแดงกำป็น ขุนสมาจารณ์ จำเลย จึงร่างมาตราดังกล่าวขึ้น¹⁷ โดยเทียบเคียงมาจาก

¹⁶ พระยามานวราชเสวี(ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-5, ในอุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 ฉบับกร่างกฎหมาย, เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี 18 กันยายน 2533. น. 17.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297 / 120 คดีนี้เป็นคดีที่แปลกอย่างที่สุดที่ได้พิจารณามาแลข้อที่จะได้วินิจฉัยนั้นเป็นถ้อยคำในหนังสือพินัยกรรม ของอำแดงพลับ ตามสำนวนของโจทก์แลสำนวนคำให้การของจำเลยก็ได้กล่าวว่าอำแดงพลับยังมีชีวิตอยู่ในชั้นแรกจึงเข้าใจว่าอำแดงพลับมรณภาพไปแล้ว โจทก์จำเลยจึงได้มีคดีต่อกัน ครั้นมาในชั้นหลังทราบความว่าอำแดงพลับ ยังมรณไม่ จึงเป็นการแปลกใจว่า เหตุไรอำแดงจัมลัมจึงได้มีความปรารถนาให้อำแดงพลับมรณภาพเสียโดยเร็วจนถึงจะแบ่งทรัพย์ของอำแดงพลับ ผู้เป็นคนตั้งใจจะอุปถัมภ์อำแดงจัมลัมกลับเหมาเสียว่ามรณภาพแล้ว กฎหมายในข้อพินัยกรรมนั้นชัดเป็นที่แน่ใจว่าพินัยกรรมทั้งหลายไม่เป็นพินัยกรรมได้ในกฎหมายกว่าที่ผู้ทำจะได้มรณภาพไปแล้ว

ในคดีเรื่องนี้มีแปลกอยู่ก็แต่เพียงว่า หนังสือที่อำแดงจัมลัมทำนั้นเป็นหนังสือแปลกอยู่บ้าง หนังสือฉบับนี้ลงไว้ว่าพินัยกรรมแลทำตามวิธีที่ทำพินัยกรรม คือมีพยานนั่งแถลงชื่อในตอนปลาย มีความว่า “ข้าพเจ้ายอมยกให้อำแดงจัมลัมหลานข้าพเจ้าซึ่งเป็นบุตรจีนอันเป็นสิทธิขาดตั้งแต่ทำหนังสือพินัยกรรมนี้ไป” อาไศรยถ้อยคำนี้โจทก์ขอให้ศาลวินิจฉัยว่า หนังสือฉบับนี้เป็นหนังสือ ยกให้โดยเสน่หาส่วนหนึ่ง เพราะเหตุว่าอำแดงพลับได้ส่งหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินตำบลลำเพ็งให้แก่อำแดงจัมลัมตามถ้อยคำนั้นแล้ว อำแดงจัมลัมได้จ่ายเงินให้ไปแก่ผู้มีชื่อตามคำสั่งในพินัยกรรมนั้นด้วย ฝ่ายจำเลยเถียงว่าที่รายนี้มีใช้ที่อำแดงพลับแต่ผู้เดียว เป็นที่ของกลางในระหว่างวงษ์ญาติของโจทก์จำเลยด้วยกัน จำเลยก็คงอยู่ปกครองในที่รายนี้ ถึงแม้ว่าหนังสือพินัยกรรมของอำแดงพลับจะเป็นหนังสือยกให้แก่โจทก์โดยเสน่หาก็คดี อำนาจปกครองที่รายนี้ยังไม่ได้ตกถึงมือโจทก์ ๆ ฟ้องร้องไม่ได้ ตามที่ศาลแพ่งตัดสินให้ขับไล่ จำเลยนั้นผิดถึง 2 ประการ คือถึงหนังสือฉบับนี้เป็นอะไรไม่ได้ประการหนึ่ง ถึงแม้ว่าจะถือเอาเป็นหนังสือยกทรัพย์ให้แก่กัน

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 554¹⁸ ซึ่งก็เป็นมาตราสุดท้ายในเรื่องของการให้โดยเสน่หาจุ

ทรัพย์นั้นก็ไม่ถึงมือโจทก์ ยังไม่มีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของ ศาลอุทธรณ์ ได้ยกคำพิพากษาศาลแพ่ง
เสียนั้นชอบแล้ว ข้อวินิจฉัยอีกข้อนั้นคือ ไม่มีสิ่งอะไรที่จะห้ามไม่ให้จำเลยพลับทำพินัยกรรมอีกฉบับ
หนึ่งเลิกถอนพินัยกรรมนั้นเสียได้ เพราะเหตุนี้จึงเห็นด้วยเกล้า ๆ ว่าต้องให้ยกฎีกาแลฟ้องโจทก์เสีย
ให้โจทก์เสียค่าฤชาธรรมเนียมแลค่าทำแผนที่ให้แก่จำเลย

(รพีพัฒนศักดิ์ ศิริรัชลังกาส อภัยรณฤทธิ์)

อนึ่ง ผู้เขียนสันนิษฐานว่าในคดีดังกล่าว เหตุที่กรมหลวงรพีพัฒนศักดิ์ ไม่ได้นำหลัก
กฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้เนื่องจาก
ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมิต้องด้วยองค์ประกอบของการให้อันจะเป็นผู้เมื่อผู้ให้ตาย ในประเทศ
อังกฤษ และประกอบกับหลักกฎหมายอังกฤษที่ศาลอังกฤษได้วางไว้ เกี่ยวกับการให้อันจะเป็นผล
ต่อเมื่อผู้ให้ตาย ในยุคร่วมสมัยกับกรมหลวงรพีพัฒนศักดิ์นั้น ศาลอังกฤษยังคงจำกัดการให้อันจะ
เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เฉพาะกรณีสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 554 บัญญัติว่า “ The provisions relating
to legacies are followed with regard to gifts which are to take effect on the death of the
donors. “ See J.E. de Becker, Annotated Civil Code of Japan, First Edition, (London:
Butterworth & Co. , II and I2 Bell Yard, Temple Bar Law Publishers., 1909) Volume II. P.
150.

And See J.E. de Becker, The Principles and Practice of The Civil Code Of
Japan, A Complete Theoretical and Practical Exposition of The Motifs of The Japanese
Civil Code,(London: Butterworth & Co. , II and I2 Bell Yard, Temple Bar Law Publishers.,
1921) p.391. He described that “There is also a gift which is destined to take effect
upon the death of the donor. This is called a “gift taking effect upon death” (*shiin zoyo*
).Such a gift is of course different from a legacy which is a unilateral act; but the effect of
the one being none the less closely akin to that of the other, the provisions relating to
legacies apply *mutatis mutandis* to such gifts (Art.554). “Art. 554 of the Civil Code
provides that the gift contemplated in that Article are governed by the provisions relating
to legacies instead of by those relating to gifts, because they are more closely akin to
legacies than to (ordinary) gifts ; but inasmuch as such gifts are nevertheless to be

เดียวกับกฎหมายไทย ซึ่งในกฎหมายญี่ปุ่นในทัศนะของดีเบ็คเกอร์ ยอมรับให้ทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมมาใช้บังคับโดยอนุโลม แม้ตัวบทบัญญัติจะมีได้ระบุไว้โดยตรง และผู้ให้สามารถทำการให้ประเภทนี้โดยนำไปจดแจ้งไว้ต่อหน้าโนตารีพับบลิก ครั้นต่อมาบทบัญญัติเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ได้มีการประกาศครั้งแรกในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 41 พระพุทธศักราช 2467 หน้า 22 ราชกิจจานุเบกษา วันที่ 1 มกราคม 2467 ในมาตรา 536 ความว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม¹⁹ แต่ปรากฏว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ที่ได้ประกาศให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 นั้น ได้ถูกยกเลิก และให้ใช้บทบัญญัติที่ตรวจชำระใหม่แทน ตามพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2471 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2472²⁰ แม้กระนั้นก็มีการตรวจชำระใหม่ ดังกล่าวหาได้กระทบถึงบทบัญญัติมาตรา 536 แต่อย่างใดไม่ อย่างไรก็ตาม จากการสืบค้นที่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนไม่พบหลักฐานโดยตรงที่บ่งชี้ถึงความมุ่งหมายหรือตัวอย่างการนำบทกฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้แต่อย่างใด แม้กระนั้นก็ตามผู้เขียนพบว่าในการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ.2467 กรรมการร่างกฎหมายบางท่านพยายามอธิบายชี้แจงลักษณะของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายให้กรรมการท่านอื่นมีความเข้าใจยิ่งขึ้น โดยในวันประชุมดังกล่าว ขณะที่ประชุมกำลังพิจารณานำคำว่า “condition” มาใช้ในกฎหมายลักษณะให้ นั้น หลวงสารสาสน์ประพันธ์ได้กล่าวชี้แจงว่า “จนมากถ้าใช้คำว่า Condition ควรย่อรวมกัน เพราะอาจหมายถึงมาตรา 47 (Charge and Condition) และอาจมีเรื่อง Donatio mortis causa ซึ่งเป็น Conditional gift ในภายหลัง” จากถ้อยคำดังกล่าวเห็นได้ว่าท่านมี

classed as contracts, the Article is to be understood as meaning that out of the provisions relating to wills, only those relating to the effect of legacies apply *mutatis mutandis* to such gifts. Therefore when a Notary Public draws up a deed *re* such a gifts. At the request of the donor it is to be dealt with in the same manners as an ordinary contract” (*Reply of the Director of the Bureau of Civil and Criminal Affairs*).

¹⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 41 พระพุทธศักราช 2467 สารบัญญัตกฤษฎีกาภาค 1 หน้า 1 ถึงหน้า 159 , 1 มกราคม 2467 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 41 หน้า 22 ราชกิจจานุเบกษา วันที่ 1 มกราคม 2467

²⁰ สุรพล ไตรเวทย์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 11* , น. 97.

ความเข้าใจว่า เรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในกฎหมายไทย เป็นเรื่องของการให้โดยเสนหามีเงื่อนไขนั่นเอง

จากข้อเท็จจริงที่ยกมาสนับสนุนข้างต้น ผู้เขียนอนุมานได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวน่าจะเป็นนวัตกรรมใหม่ในกฎหมายไทย ที่คณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นควรยกเว้นและบรรจุหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ เพื่อเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง (ช่องทางหนึ่ง) สำหรับผู้ให้ที่ประสงค์จะโอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาคงเป็นสิทธิขาดแก่ผู้รับการให้เมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย โดยที่ทั้งผู้ให้และผู้รับได้มีการตกลงก่อความผูกพันไว้ก่อนแล้วในขณะที่มีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่ผู้ให้ได้ทำการทุกอย่างให้การให้เสร็จสิ้นไปแล้ว แต่ประสงค์ให้การโอนกรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ซึ่งสัญญาให้ประเพณีนั้นนับเป็นช่องทางใหม่ ซึ่งได้เปิดช่องไว้ให้ผู้ประสงค์จะโอนทรัพย์สินให้เปล่าหยิบมาพิจารณาเลือกใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์นอกจากการยกทรัพย์สินให้โดยเสนหา และการยกทรัพย์สินให้โดยพินัยกรรม ซึ่งเป็นช่องทางเดิม

อนึ่ง พึงสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้แตกต่างจากกฎหมายลักษณะ มรดก มาตรา 50 ในสาระสำคัญ คือ 1. บทบัญญัติใหม่ใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะ ภัยอันตรายอันจะเป็นเหตุให้ผู้ให้ถึงแก่ความตายเหมือนดังกฎหมายลักษณะ มรดก มาตรา 50 และ 2. บทบัญญัติใหม่วางหลักให้นำบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมมาใช้บังคับกับการให้ประเพณี ส่วนบทบัญญัติเก่ากฎหมายกำหนดให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินให้ถึงมือแก่ผู้รับต่อหน้าพยาน

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องการให้อันจะเป็นต่อผลเมื่อผู้ให้ตาย

แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่ ฉบับปี พ.ศ. 2467 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน แต่ยังไม่ปรากฏคดีความที่หยิบยกประเด็นมาตรา 536 เป็นประเด็นแห่งคดี แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการทำพินัยกรรมร่วม (ฎ 1764/2498) หรือการทำสัญญาประนีประนอมยอมความยกทรัพย์สินให้อีกฝ่ายหนึ่ง (ฎ 2154/2493 ประชุมใหญ่) ถ้าฝ่ายแรกตายก่อน หรือยกทรัพย์สินให้บุคคลที่สามซึ่งคล้ายคลึงกับการให้ที่มีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย แต่ไม่ใช่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเพราะมีลักษณะต่างตอบแทน ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 997 / 2505 การที่เจ้าของร่วมได้ทำพินัยกรรมฉบับเดียวกันยกทรัพย์สินให้แก่ใคร แม้จะระบุว่า ถ้าเขาทั้งสองตายไปแล้วให้ทรัพย์สินตกให้แก่ผู้นั้นก็ดี เมื่อเจ้าของร่วมผู้ทำพินัยกรรมคนหนึ่งตาย แม้อีกคนหนึ่งยังอยู่ ก็ย่อมเกิดผลตามพินัยกรรมเฉพาะทรัพย์สินของผู้ที่ตายไปแล้ว

ตัวอย่างนี้ มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับพินัยกรรมของนางหนู รับมรดกความจากนางหนูในคดีที่นางหนูฟ้องจำเลยให้แบ่งทรัพย์สืบตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่นางหนูทำไว้กับจำเลย จนศาลอุทธรณ์พิพากษาถึงที่สุดไปแล้ว โจทก์ก็มาฟ้องโดยอาศัยพินัยกรรมที่นางหนูทำขึ้นและยกทรัพย์ให้โจทก์โดยขัดกับสัญญาประนีประนอมนั้น ประเด็นมีปัญหว่า พินัยกรรมนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนว่าสัญญาประนีประนอมยอมความที่ศาลพิพากษาตามยอมชอบหรือไม่²¹ ศาลฎีกาพิจารณาในที่ประชุมใหญ่แล้วเห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอมความนี้ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันนั้น ทรัพย์นั้นยังพิพาทกันอยู่ ยังไม่แน่นอนว่าเป็นกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาดของฝ่ายใด คู่ความจึงได้ตกลงยอมความกันว่าเป็นของนางหนูกับจำเลยร่วมกัน เมื่อใครตายก่อนก็ให้ตกเป็นของอีกคนหนึ่ง จึงเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้โดยมีเงื่อนไขและเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันเพื่อเป็นการระงับข้อพิพาท มิใช่เรื่องพินัยกรรม ทั้งศาลก็ได้มีคำพิพากษาศาตามสัญญาตามนั้น ซึ่งถึงที่สุดไปแล้ว ฉะนั้นขณะเมื่อนางหนูตาย นางหนูจึงไม่มีทรัพย์ดังกล่าวที่จะให้เป็นไปตามพินัยกรรม เพราะทรัพย์เหล่านั้นตกเป็นของนายวาศจำเลยไปตามสัญญาตามยอมเสียแล้ว พินัยกรรมของนางหนูจึงไม่มีผลเกี่ยวกับทรัพย์ตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น²²

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1764/2498 สามีภริยาทำพินัยกรรมคนละฉบับลงวันเดียวกันต่าง ยกทรัพย์ให้แก่กันเมื่อตายมีข้อกำหนดอย่างเดียวกันว่า ถ้าอีกฝ่ายตายก่อนให้ทรัพย์ได้แก่ ก ดังนี้ ถ้าภริยาตายก่อนทรัพย์สืบตามพินัยกรรมของภริยาต่อกได้แก่สามี สามีทำพินัยกรรมใหม่ยกทรัพย์ให้ผู้อื่นได้จะมีข้อผูกพันให้สามีต้องทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้ ก ไม่ได้ เพราะขัดต่อมาตรา 1707 ข้อตกลงเช่นนี้มีใช่เป็นการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกตามมาตรา 374 แต่เป็นเรื่องการยกทรัพย์ให้ตามพินัยกรรม ส่วนที่ ก จะได้รับทรัพย์ก็เป็นการยกให้เมื่อตายต้องบังคับตามมาตรา 536 เมื่อพินัยกรรมไม่ได้ยกทรัพย์ให้ ก โดยตรง และไม่ผูกพันให้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้ ก ตามมาตรา 1707 ก ก็ไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์มรดกของภริยาการที่สามียกทรัพย์ที่ได้มาให้ผู้อื่นไม่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาให้กับการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม”, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, จัดพิมพ์เนื่องในโอกาสที่ ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน มีอายุครบ 5 รอบ 10 มีนาคม 2537, น. 18 (2538).

²² เพิ่งอ้าง, น.19.

คำพิพากษากฎีกาเรื่องนี้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาโดยท่านศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภัทย์ ซึ่งน่าสนใจอย่างยิ่ง ในตอนท้ายของหมายเหตุท่านได้กล่าวอธิบายถึงเรื่องการให้ อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไว้ด้วย เพื่อประโยชน์แก่การศึกษา จึงได้คัดลอกมาไว้ ณ ที่นี้

“หมายเหตุ คดีนี้เป็นเรื่องสามีทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้ภริยา ภริยาทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้สามี โดยมีข้อกำหนดอย่างเดียวกันว่า ถ้าผู้รับพินัยกรรมตายก่อนให้ทรัพย์มรดกตกให้แก่ ใจทก ฉะนั้นเมื่อภริยาตายพินัยกรรมของภริยาที่ยกทรัพย์ให้สามีก็มีผลเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่ว่า สามีตายก่อนให้ทรัพย์ให้แก่ใจทกตกไป ส่วนพินัยกรรมของสามียกทรัพย์ให้แก่ภริยา ถ้าภริยาตาย ก่อนให้ตกเป็นของใจทกนั้น จะมีผลต่อเมื่อสามีตาย ปัญหาจึงมีว่า สามียังไม่ตายสามีจะแก้ไข พินัยกรรมนั้นได้หรือไม่ ฟ้องใจทกที่บรรยายมาตอนต้นว่า สามีภริยาตั้งใจยกทรัพย์ให้ใจทกได้ เคย ทำพินัยกรรมให้ใจทก แล้วแต่มาได้ทำพินัยกรรมฉบับนี้ขึ้นนั้น ก็เป็นความตั้งใจจะให้และมูลเหตุที่ จะทำพินัยกรรม หามีผลผูกพันตามกฎหมายอย่างใดไม่ ส่วนที่อ้างเป็นมูลฟ้องต่อไปว่า สามีภริยา ตกลงกันทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้แก่กันฝ่ายใดตายก่อนให้ทรัพย์ตกแก่ใจทก รับรองจะไม่ เปลี่ยนแปลงนั้น จะว่าสามีภริยาต่างทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้ใจทก แต่ให้อีกฝ่ายเป็นเจ้าของอยู่ ชั่วชีวิต ก็ไม่ใช่เช่นนั้น เพราะเรื่องนี้เป็นกรยกทรัพย์ให้อีกฝ่ายเด็ดขาดต่อเมื่ออีกฝ่ายตายเสียก่อน จึงให้ทรัพย์ตกแก่ใจทก ก็เมื่อฝ่ายที่ยกให้ตายก่อน ใจทกก็ไม่มีสิทธิต้องรอจนฝ่ายผู้รับจะตายลง ตามพินัยกรรมอีกฉบับหนึ่ง แต่ว่า ถึงแม้จะเป็นพินัยกรรมที่สามีภริยา ทำยกทรัพย์ให้ใจทกก็จะมี ผลได้จริง เฉพาะทรัพย์ส่วนของสามีหรือภริยาเท่านั้นจะเป็นผลให้ใจทกได้ทรัพย์ทั้งกองไม่ได้ ที่มี วิธีการและพินัยกรรมแปลกประหลาดอย่างนี้ ก็คงมีความมุ่งหมายให้อีกฝ่ายเปลี่ยนแปลง พินัยกรรมไม่ได้ ซึ่งเป็นปัญหาที่สามีภริยาเป็นกันมากพยายามหาทางที่จะผูกมัดกันมิให้คู่สมรส ฝ่ายที่ตายที่หลังเอาทรัพย์ไปยกให้คนอื่นเลย และก็ยังไม่ปรากฏว่ามีทางใดที่จะทำได้สำเร็จ ครั้น จะยกทรัพย์ให้ใครเสียตั้งแต่สามีภริยายังมีชีวิตอยู่ ก็ไม่ศรัทธาถึงเช่นนั้น เพียงแต่เจตนาจะให้เมื่อ ตายจึงได้แค่ทำเป็นพินัยกรรม แต่ตามกฎหมายจะมีบทบัญญัติใดเล่าที่จะห้ามมิให้เปลี่ยนแปลง พินัยกรรมได้ตามที่บัญญัติไว้ชัดแจ้งใน 1693 1694 1695 1697 จะบังคับให้ผู้รับพินัยกรรมยก ทรัพย์ตามพินัยกรรมให้ใจทกก็ไม่ได้ ขัดต่อมาตรา 1707 เงื่อนไขนั้นต้องถือว่าไม่มี จะให้จำหน่าย โดยนิติกรรมหรือพินัยกรรมก็ต้องห้ามตาม 1707 ทั้งนี้ จะบังคับให้ผู้รับพินัยกรรมยกทรัพย์ของ ผู้รับพินัยกรรมเองให้ใจทกก็ไม่ได้ ขัดต่อมาตรา 1706 (1) ข้อกำหนดนั้นเป็นโมฆะอีก เมื่อไม่มีทาง บังคับกันโดยอาศัยพินัยกรรม จึงเป็นปัญหาว่าจะบังคับกันโดยสัญญาได้หรือไม่ว่า คู่สัญญา จะต้องทำพินัยกรรมได้ แต่ตามสัญญาเท่านั้น ปัญหานี้ก็น่าสงสัยว่าสัญญาที่บังคับให้คู่สัญญา ต้องทำพินัยกรรม อย่างนั้น อย่างนี้ จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้นั้นจะไม่ขัดต่อเสรีภาพในการทำ

พินัยกรรมและบทมาตรา 1693 1694 1695 1706(1) 1707 ดังกล่าวมาแล้วหรือ ถ้าขัดก็ตกเป็นโมฆะ เพราะคงไม่มีใครเถียง ถ้าจะอ้างว่าบทมาตราเหล่านี้ คู่กรณีตกลงกันแก้ไขไม่ได้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ยิ่งถ้าเป็นสัญญากันให้ประโยชน์โดยวิธีทำเป็นพินัยกรรมดังในคดีนี้ ให้สัญญามีข้อผูกพันตัดอำนาจที่จะแก้ไขและบังคับให้จำนายทรัพย์สินแก่ใจทักด้วยแล้ว ก็เป็นการทำสัญญากันให้ทำพินัยกรรมขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวโดยตรง เป็นแต่ไม่เขียนข้อความลงในพินัยกรรม โดยไปตั้งเป็นข้อผูกพันไว้ในสัญญาเท่านั้น จึงไม่เห็นมีทางจะอ้างว่ามีสัญญาอันสมบูรณ์ได้แต่อย่างใด เมื่อสัญญาเป็นโมฆะเสียเปล่าพินัยกรรมที่ทำไว้ก็มีผลตามที่เป็นพินัยกรรมดังที่เขียนไว้เท่านั้น ถ้าพินัยกรรมในแง่นี้ แม้จะอ้างว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามมาตรา 374 ก็อยู่ในข่ายที่จะตกเป็นโมฆะอยู่นั่นเอง ไม่มีทางรอดพ้นไปได้ คดีนี้ต่างกับฎีกาที่ 1254 / 2493 ซึ่งเป็นเรื่องสามีภริยามีบุตรด้วยกันคนหนึ่ง มีบุตรติดสามีมาคนหนึ่งสามีภริยาเกิดได้แย่งการแบ่งทรัพย์กัน จึงตกลงกันทำสัญญาระับข้อพิพาทเรื่องทรัพย์รายหนึ่ง โดยยกทรัพย์นั้นให้บุตรทั้ง 2 คนเสียเป็นการยกให้ทันที แต่มีข้อกำหนดว่าบุตรจะเข้าครอบครองได้เมื่อสามีภริยาตายไปทั้ง 2 คน สามีภริยายังมีสิทธิครอบครองไปจนตลอดชีวิต เมื่อไม่มีการบอกกล่าวสัญญาตามมาตรา 1461 ศาลฎีกาจึงตัดสินว่า สัญญาประนีประนอมยอมความใช้ได้ บุตรเข้ารับประโยชน์ได้ตาม 374 และบังคับให้จดทะเบียนได้ จึงห้ามมิให้ภริยาขายที่ดินนั้นให้ผู้อื่นได้ ส่วนคดีนี้ปัจจุบันสามีภริยาไม่มีเจตนายกทรัพย์ให้ใจทักทันทีเป็นแต่จะให้เมื่อตาย จึงเป็นเรื่องที่ต้องทำเป็นพินัยกรรมไม่มีทางหลีกเลี่ยงให้เกิดผลผูกมัดกัน ไม่ใช่แก้ไขเปลี่ยนแปลงพินัยกรรมได้ การยกทรัพย์ให้เมื่อตายตาม 536 ตามกฎหมายเก่าบางประเทศ เป็นกรณีที่มีสัญญาให้เพราะผู้ให้คาดหมายว่าจะตายผู้รับตกลงรับ จึงมีสัญญาต่อกัน แต่โดยข้อสัญญาจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตายก่อนและเมื่อผู้ให้ยังไม่ตายจะถอนการให้เสียเมื่อใดก็ได้ ฉะนั้นเห็นว่าโดยผลก็ไม่ต่างอะไรกับพินัยกรรม กฎหมายปัจจุบันจึงเห็นว่า สัญญาอย่างนี้มีแต่จะนำมาซึ่งความยุ่งยากเป็นอันไม่ยอมให้มี โดยบัญญัติให้ปฏิบัติตามลักษณะพินัยกรรมเสียเลยตามมาตรา 536 หมายความว่าแม้จะทำการให้เช่นนี้ในรูปสัญญาให้ก็ต้องทำให้เข้าแบบพินัยกรรมจึงจะมีผลบังคับใช้ได้

เมื่อพิจารณาหาคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ เห็นได้ว่าท่านได้รับอิทธิพลแนวคิดหลักกฎหมายเรื่องนี้จากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งพ้องกับคำอธิบายของ

Marty et Raynaud, no.531²³ ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสห้ามการทำสัญญาประเภทนี้ เว้นแต่ตามมาตรา 947 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยกเว้นให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรส หรือสัญญาระหว่างสมรสให้ทรัพย์สินแก่คู่สมรส หรือบุตรที่จะเกิดขึ้นเมื่อตายได้²⁴ ทั้งนี้อาจเป็น เพราะอิทธิพลแห่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นซึ่งหยั่งรากลึก ในสมัยยกร่างประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส อันสะท้อนได้จากข้อเขียนของ Ryan²⁵ ตอนหนึ่งว่า “การรวบรวมกฎหมายลักษณะมรดก เป็นงานที่น่าทึ่งใจที่สุด แนวความคิดเรื่องทรัพย์สินของครอบครัวทั้งหมดในสมัย Acién Regime นั้น ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีแนวความคิดว่าเจ้าของทรัพย์สินไม่มีอิสระในการ โอนทรัพย์สินของตนตามความพอใจ ไม่ว่าเป็นการโอนในระหว่างมีชีวิต(inter vivos)หรือ การโอน ทรัพย์สินอันจะให้ เป็นผลเมื่อตาย (mortis causa) ก็ตาม แต่กลับต้องรักษาทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์ ของทายาท และในบางกรณีชนบทรรมนิยมของ reserve contumiere ก็ได้ควบคุมอำนาจของเจ้า มรดกในการจัดการทรัพย์สินภายหลังการตายด้วย” สำหรับประเทศไทยนั้น ขณะยกร่างประมวล กฎหมายไม่ได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณีอันจะจำกัดเสรีภาพในการทำพินัยกรรม หรือ เสรีภาพ ในการแสดงเจตนา เหมือนดังประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างใด ดังนั้น ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า การอธิบายของท่านศาสตราจารย์จิตติ ดังกล่าวข้างต้นไม่น่าจะสอดคล้องกับบริบทกฎหมายไทยและ ผลของคำอธิบายดังกล่าวไม่มีส่วนช่วยในการจัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพโดยหลีกเลี่ยงการ ก่อให้เกิดข้อพิพาทซึ่งจะทำให้การใช้ทรัพยากรเป็นไปในทางด้อยประสิทธิภาพอันสอดคล้องกับ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา รวมถึงหลัก เศรษฐศาสตร์แนวคิดแบบทุนนิยม ซึ่งแฝงอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดังได้ อธิบายมาแล้วในบทที่ 1

²³ เพิ่งอ้าง, น. 16 - 17. โดยในเรื่องนี้บรรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายโดยยกแนว คำอธิบายที่ Marty et Raynaud และท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ ซึ่งเป็นไป แนวทางเดียวกัน

²⁴ เพิ่งอ้าง, น. 17.

²⁵ K.W.Ryan, An Introduction to The Civil Law, (Australia: The Law Book Co. of Australasia Pty Ltd., 1962), p.27.