

บทที่ 3

การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในระบบกฎหมายต่างประเทศ

1. การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ศึกษาเฉพาะกรณีกฎหมายอังกฤษ¹

ในทางตำรากฎหมายว่าด้วยมรดกของประเทศสหราชอาณาจักร นิยมเรียกการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายด้วยศัพท์เทคนิคว่า “Donatio mortis causa” หรือเรียกสั้น ๆ ว่า “DMC” (ส่วนในทางตำรากฎหมายว่าด้วยมรดกของประเทศสหรัฐอเมริกา นิยมเรียกการให้ประเภทนี้ว่า gift causa mortis)² การให้รูปแบบนี้มีลักษณะผสมกัน ระหว่างการให้ในระหว่างมีชีวิต (gift inter vivos) และการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม (testamentary gift) ศาลของประเทศสหราชอาณาจักรได้วางบรรทัดฐานเป็นหลักเกณฑ์พิเศษ เพื่อใช้บังคับแก่การให้ประเภทนี้หลายประการ รวมถึงความรับผิดชอบในหนี้ของเจ้ามรดก และการรับภาระภาษีการโอนสินทรัพย์ด้วย (capital transfer tax)³

1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

พัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในยุคก่อตั้งระบบกฎหมายอังกฤษ

หลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายของประเทศไทย ปรากฏร่องรอยทางประวัติศาสตร์ให้สืบค้นได้จากงานนิพนธ์ของแบรดดอนชื่อ De legibus et consuetudinibus Angliae

¹ เรียบเรียงจากตำราของ Andrew Borkowski, Deathbed GIFTS : The law of Donatio Mortis Causa, Reprinted 2005, (New York: A Blackstone Press Book) เว้นแต่จะอ้างอิงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

² Bob Huges, “THE EXCEPTION IS THE RULE: DONATIO MORTIS CAUSA,” Journal of South Pacific Law , Volume 7, p.1 (2003).

³ A.R.Mellows, The Law of Succession, Fourth Edition, (London : Butterworth & Co , 1983) p.458.

(กฎหมายและจารีตของประเทศอังกฤษ)⁴ แบริคตอน เป็นตุลาการแห่งศาลคิงส์เบนชีในยุคเริ่มต้นแห่งสมัยกลาง ตำราของท่านเป็นตำราเล่มแรกที่ครอบคลุมเนื้อหาของกฎหมายประเทศอังกฤษ และมีการเรียบเรียงอย่างเป็นระบบ และแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 13

ช่วงเวลาที่แบริคตอนเขียนตำรา กฎหมายอังกฤษขณะนั้นยังอยู่ในสภาวะเริ่มก่อตัว ตุลาการส่วนใหญ่จึงมีแนวคิดในการยืมหลักกฎหมายโรมันมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีซึ่งคอมมอนลอว์ยังพัฒนาไปไม่ถึง การยืมหลักกฎหมายดังกล่าว หาได้ยืมเฉพาะหลักกฎหมายสารະบัญญัติ เท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึง การรับเอาหลักกฎหมายเทคนิคบางประการ การจัดประเภทกฎหมายและการจัดตั้งองค์กรทางกฎหมายแบบชาวโรมันด้วย

เมื่อพิจารณาห้ตำราที่แบริคตอนเรียบเรียงไว้ เห็นได้ว่าบางครั้งท่านนำหลักกฎหมายโรมันมาเป็นวัตถุแห่งการศึกษาโดยการวิพากษ์วิจารณ์ โดยการศึกษาเปรียบเทียบ (comparison) หรือ โดยการถือว่าหลักกฎหมายโรมันเป็นป่อเกิดแหล่งหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะคำอธิบายในส่วนที่ว่าด้วย De acquirendo reum domino (การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน) ซึ่งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ปรากฏอยู่ในคำอธิบายส่วนนี้และเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำอธิบายส่วนนี้เหมือนกับคำอธิบายกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (The Digest of Justinian) อย่างคำต่อคำ โดยท่านแบริคตอนเริ่มคำอธิบายว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย มี 3 รูปแบบ ดุจเดียวกับที่อัลเปียนได้อธิบายไว้ใน D.39.6.2 ดูเหมือนว่าท่านจะยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายอังกฤษ จากนั้นท่านอธิบายถึงพฤติการณ์ที่สามารถปฏิบัติการให้ประเภทนี้ได้ เป็นทำนองเดียวกับที่อธิบายไว้ใน D.39.6.36 และ D.39.6.35.4 จากนั้นอธิบายถึงคำนิยามของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ในทำนองเดียวกับ Institutes 2.7.1 คำอธิบายของท่านในส่วนนี้ จบลงด้วยข้อเขียนเกี่ยวกับ ผู้ให้สองคนต่างตกลงให้สิ่งของแก่กัน โดยมีเหตุจูงใจที่จะทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ซึ่งก็เป็นทำนองเดียวกับที่กล่าวไว้ใน D.39.6.26 , D.39.6.1 , D.39.6.27

อย่างไรก็ตาม ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่าหลักกฎหมายโรมันเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ดังที่ แบริคตอนได้อธิบายไว้ในตำรา ได้มีการนำไปใช้ในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง

⁴ ตำราของ แบริคตอน ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน โดยท่านได้เรียนรู้ผ่านทาง Glossator ท่านหนึ่งชื่อว่า Azo see also , K.W. RYAN, An Introduction to The Civil Law, (Australia: The Law Book Co. of Australasia Pty Ltd., 1962), p. 24.

หรือไม่เพียงใด จนกระทั่งมีการก่อตั้งหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมัยใหม่(Modern doctrine)ขึ้นมาในศตวรรษที่ 18 (อีก 500 ปีต่อมา) ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากในสมัยกลาง ประชาชนสามารถทำพินัยกรรมด้วยวาจาได้อย่างเสรี ไม่ตกอยู่ในหลักเกณฑ์บางประการทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงอาจทำให้ไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีการนำหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายมาประยุกต์ใช้อย่างไรก็ดี เมื่อพิเคราะห์คำพิพากษาคดี Ward v Turner (1752) 2Ves Sen 431, 28 ER 275 ซึ่งลอร์ด Hardwicke ตุลาการเจ้าของสำนวนได้กล่าวไว้ในสำนวนว่า “น่าเสียใจที่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ไม่ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติป้องกันการฉ้อฉล (Statute of fraud)” ย่อมอนุมานได้ว่าก่อนหน้าที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว น่าจะมีการบังคับใช้หลักกฎหมายดังกล่าว

พัฒนาการของการของหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในยุคสมัยใหม่

พัฒนาการทางด้านประวัติศาสตร์กฎหมาย

มีหลักฐานแจ้งชัดว่า หลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้มีการพัฒนาขึ้นหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันการฉ้อฉล ค.ศ.1677 (บางตำรา 1676) พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดปัญหาอันเกิดขึ้นจากการทำพินัยกรรมด้วยวาจาซึ่งไม่มีแบบแผนและมีการนำไปใช้ในทางที่ผิด ในการนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงวางหลักเกณฑ์ว่า “กรณีทำพินัยกรรมด้วยวาจาจำหน่ายทรัพย์สินมูลค่ากว่า 3 ปอนด์ขึ้นไป ต้องทำต่อหน้าพยานอย่างน้อย 3 คนขึ้นไป และจำต้องจดแจ้งเนื้อความในพินัยกรรมเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 6 วัน นับแต่ได้ทำพินัยกรรมเช่นนั้น ทั้งต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมขณะอยู่ที่บ้านของตนและมีอาการเจ็บป่วยอย่างรุนแรง เว้นแต่ต้องด้วยข้อยกเว้นที่แจ้งชัดอย่างอื่น สาเหตุจากความเคร่งครัดในแบบแผนของพินัยกรรมด้วยวาจาตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงเป็นผลให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายซึ่งเป็นการยกทรัพย์สินให้ด้วยเจตนาให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสามารถทำได้โดยไม่ตกอยู่ในบังคับแบบแผนและศาลก็รับรองให้ แม้จะปรากฏว่ามีผู้โต้แย้งว่าการให้ประเภทนี้ ไม่เป็นธรรม และผิดจากหลักเกณฑ์ดั้งเดิมเพื่อที่จะคัดค้านการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ของผู้รับก็ตาม

สำหรับคดีแรกที่ศาลได้นำหลักเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายมาปรับใช้ โดยปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดี Hedges v. Hedges (1708) Prec Ch269 , 24 ER130 โดยท่านลอร์ด Cowper LC ได้วางหลักไว้ว่า “....หากบุคคลผู้ใดป่วยไข้อย่างร้ายแรงและไม่มีโอกาสที่จะ

ทำพินัยกรรมได้ หรืออย่างน้อยที่สุดบุคคลผู้นั้นอาจถึงแก่ความตายเสียก่อนที่จะทำพินัยกรรม หากเขาผู้นั้นส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ เช่นนี้ให้นำหลักกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมาใช้บังคับ (legacy) แต่หากบุคคลผู้นั้นรอดพ้นจากอาการไข้หนักดังกล่าว ทรัพย์สินก็จะโอนกลับเป็นของผู้ให้” เห็นได้ว่า แม้ว่าคำอธิบายดังกล่าวจะเป็นการอธิบายความหมายของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ตายในแนวทางที่แคบ กล่าวคือ ผู้ให้จะต้องตกอยู่ในภาวะป่วยไข้ขั้นร้ายแรง (extremity) และไม่มีโอกาสที่จะทำพินัยกรรมได้ กระนั้นก็ดีคำอธิบายของท่านลอร์ด Cowper ก็เป็นประจักษ์พยานอันสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาได้ยอมรับหลักเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายอังกฤษแล้ว ถึงแม้ว่าลอร์ด Cowper จะเป็นผู้กล่าวการท่านแรกที่ยอมรับรูปแบบ (formulations) การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย แต่กระนั้นก็ดีได้มีการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าท่านลอร์ดฮาร์ดวิกส์ (Lord Hardwick LC) เป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีสัมัยใหม่เกี่ยวกับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศอังกฤษ ท่านลอร์ดฮาร์ดวิกส์ มีความรู้และสำเร็จการศึกษากฎหมายโรมันและสามารถนำหลักกฎหมายโรมันมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับบริบทกฎหมายอังกฤษได้เป็นอย่างดี คำพิพากษาของท่านในคดี Ward v Turner (1752) 2 Ves Sen 431 , 28 ER 275 เป็นคำพิพากษาที่วางหลักสำคัญ(landmark decision) ในยุคเริ่มแรกแห่งการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องนี้

คำพิพากษาเรื่องนี้ มีประเด็นสำคัญว่า การส่งมอบหลักฐานแห่งการซื้อสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลรายปีของบริษัทเดินเรือแห่งทะเลใต้ ทำให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมบูรณ์หรือไม่ ท่านตุลาการวินิจฉัยว่าคำพิงแห่งการส่งมอบหลักฐานแห่งการซื้อสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลรายปี ไม่เพียงพอที่จะทำให้การให้สมบูรณ์ โดยในคำพิพากษาของท่าน ท่านได้กล่าวทบทวนถึงหลักกฎหมายดังกล่าวในสมัยโรมัน และในตำราต่าง ๆ และคดีที่ศาลอังกฤษได้พิพากษาไว้ในตอนต้นศตวรรษที่ 18 แยกให้เห็นประเด็นที่แตกต่างอันเป็นสาระสำคัญระหว่างการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายกับการทำพินัยกรรมด้วยวาจาซึ่งก็คือ การส่งมอบทรัพย์สิน และยังอธิบายเกี่ยวกับการส่งมอบทรัพย์สินสำหรับการให้รูปแบบนี้ สามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 กรณี *กรณีแรก* เป็นกรณีที่สามารถส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ได้อย่างสมบูรณ์ในขณะที่ปฏิบัติการให้ เช่นนี้ทันทีที่ผู้ให้ตาย ผู้รับย่อมได้รับกรรมสิทธิ์ *กรณีที่สอง* เป็นกรณีที่การส่งมอบทรัพย์สินไม่สามารถทำได้อย่างสมบูรณ์ (incomplete or inchoate) ขณะปฏิบัติการให้ เช่นนี้เมื่อผู้ให้ตาย ผู้จัดการมรดกของผู้ให้ มีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้สมบูรณ์แก่ผู้รับให้ต่อไป นอกจากนี้ยังมีอีกคำพิพากษาสำคัญคือ Snellgrove v Baily (1744) 3 Atk 213 , 26 ER 924 ที่สำคัญ ตัดสินโดยท่านลอร์ดฮาร์ดวิก ตัดสินว่าการส่งมอบพันธบัตรเพื่อชำระหนี้ 100 ปอนด์ เป็นการเพียงพอ

แล้วที่จะส่งมอบผลประโยชน์ที่จะได้รับจากพันธบัตร อื่นๆ นอกจากนี้ คำพิพากษานี้เป็นการขยายหลักเกี่ยวกับการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายที่ศาลอังกฤษได้วางไว้แต่เดิมว่า “หากวัตถุประสงค์แห่งการให้เป็นสิทธิเรียกร้อง(chose in action) ย่อมไม่สามารถปฏิบัติกรให้ได้ เว้นแต่กรรมสิทธิ์แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นสามารถส่งผ่านได้โดยอาศัยการส่งมอบ”

นอกจากนี้ พัฒนาการอื่น ๆ ที่แสดงถึงการรับหลักเรื่อง Donatio Mortis Causa จากกฎหมายโรมันมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรนั้น โดยในปี ค.ศ.1765 แบล็คสโตน⁵ ได้เรียบเรียงหนังสือเรื่อง Commentaries of the Law of England ในหนังสือเล่มดังกล่าว แบล็คสโตน ได้รับรองถึงการดำรงอยู่ของหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศอังกฤษ โดยท่านอธิบายว่า “การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย (Donatio Mortis Causa) คือ การที่บุคคลซึ่งตกอยู่ในภาวะเจ็บป่วยขั้นร้ายแรง โดยคาดว่าตนเองคงจะต้องแตกดับลงในไม่ช้านี้ ส่งมอบการครอบครองของทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ ให้แก่บุคคลอื่น โดยจะเอาทรัพย์สินไปได้เด็ดขาด ก็ต่อเมื่อผู้ให้ตายไปแล้ว อนึ่งทรัพย์สินที่ยกให้แล้ว สามารถกลับไปเป็นของผู้ให้อีกครั้งหากผู้ให้มีชีวิตรอด กลับกันหากผู้ให้ตายการให้เช่นนี้ไม่ต้องการความยินยอมของผู้จัดการมรดก แต่ไม่สามารถยกขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้กองมรดกได้...”

พัฒนาการทางด้านการตีความปรับใช้หลักกฎหมายการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

รอสโคว์ พาวน์ (Roscoe Pound) กล่าวไว้ว่า กฎหมายจะต้องมีเสถียรภาพแต่จะหยุดนิ่งไม่ได้ ระบบกฎหมายโรมันเป็นระบบที่มีเสถียรภาพอย่างยิ่ง แต่ก็ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม กล่าวกันว่ากฎหมายอังกฤษ (Common law) ก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน ตรงกันข้ามกฎหมายอเมริกันถูกวิจารณ์ว่าเปลี่ยนแปลงเร็ว และสับสนวุ่นวายเกินไปจนขาดเสถียรภาพ⁶ ในเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ศาลอังกฤษได้พิพากษา

⁵ Sir William Blackstone (ค.ศ.1723-1780) ผู้เป็นอาจารย์กฎหมายสำคัญแห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด และเป็นผู้เริ่มบรรยายวิชากฎหมายอังกฤษเป็นท่านแรกที่ออกฟอร์ดเมื่อ ค.ศ.1753 ดู, กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย”, เอกสารอัดสำเนาเผยแพร่เนื่องในโอกาสรำลึกครบรอบ 100 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์. น. 2.

⁶ Starr , Chester G., *The Ancient Romans*, (New York: Oxford University Press, 1971), ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น. 42.

คดีขยายหลักกฎหมายดั้งเดิมออกไปเป็นพิเศษหลายเรื่อง ดังจะได้กล่าวต่อไป เช่น เรื่องกรณีวัตถุแห่งการให้เป็นสิทธิเรียกร้อง (Choses in action) กรณีที่วัตถุแห่งการให้เป็นที่ดิน เป็นต้น ซึ่งการแปลความขยายหลักกฎหมายออกไปเช่นนี้ อาจขัดแย้งกับความหวังใจของบรรพบุรุษการแห่งประเทศอังกฤษก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Duffield v Elwes* (1827) 1 Bli NS 497, 4 ER 959, HL ท่าน Lord Eldon กล่าวในสภาพที่น่าจะเป็นการดีหากการให้เช่นนี้ จะไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายของเรา หรือ ในคดี *Ward v Turner* (1752) 2 Ves Sen 431, 28 ER 275 ท่าน ลอร์ดฮาร์ดวิกส์ กล่าวว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ไม่ตกอยู่ใต้บังคับพระราชบัญญัติป้องกันการฉ้อฉล ค.ศ. 1677 และท่านยังกล่าวต่อไปด้วยความหวังใจต่อไปว่า การให้รูปแบบนี้ในประเทศอังกฤษไม่ได้มีขอบเขตกว้างขวางเหมือนดังในระบบกฎหมายโรมัน เป็นต้น

(1) กรณีวัตถุแห่งการให้เป็นสิทธิเรียกร้อง (Choses in action)

ศาลในคดี *Snellgrove v Baily* (1744) 3Atk 214, 26ER 924 ได้พิพากษาขยายหลักเดิมว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมสมบูรณ์ แม้ว่าการส่งมอบวัตถุแห่งการให้ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่เพียงพอที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยกให้ก็ตาม โดยในคดีนี้ศาลเห็นว่าการส่งมอบพันธบัตร (bond) ถือว่าเป็นการโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องอันมีอยู่เหนือพันธบัตรแล้ว แม้ว่าผู้รับจะไม่มีกรรมสิทธิ์ (title) ตามที่กฎหมายรับรองก็ตาม แต่เขาก็มีสิทธิสมบูรณ์ตามความยุติธรรม (equity) เพราะผู้รับเป็นผู้สงวนและครอบครองพันธบัตรไว้ ทั้งนี้ผู้รับสามารถปกป้องสิทธิในพันธบัตรของตนจากการบังคับสิทธิตามพันธบัตรเหนือผู้ให้ได้

(2) การขยายหลักกฎหมายในคดี *Duffield v Elwes* (1827) 1 Bli Ns 497, 4 ER 959, HL

ในคดีนี้ศาลวางหลักว่า การส่งมอบหลักฐานการจำนองที่ดิน (mortgage deed) ย่อมเป็นการเพียงพอในการยกสิทธิในการจำนองเหนืออสังหาริมทรัพย์ประเภทมีกรรมสิทธิ์ (freehold estate) ย่อมเห็นได้ว่าในกรณีนี้ เมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตายสิทธิตามกฎหมายย่อมผ่านไปสู่อัยการมรดก อัยการมรดกย่อมมีฐานะเป็นอัยการรักษามรดกประโยชน์ในทรัพย์สิน (trustee) มีหน้าที่ปกป้องสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวแทนผู้รับ

(3) การวางหลักกฎหมายเรื่องการส่งมอบสิ่งแทนสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยกให้ (The indicia of title principle)

ในคดี *Birch v Treasury Solicitor* (1950) 2 ALLER 1198, CA ท่าน Evershed MR. ได้ให้ความหมายของ "indicia of title" ว่า "เป็นเอกสารหรือทรัพย์สินที่ใช้แทนกรรมสิทธิ์ในสิ่งที่ยกให้, ซึ่งต่างจากหลักฐานของกรรมสิทธิ์" หลัก indicia of title ช่วยให้ศาลสามารถขยายหลักเกี่ยวกับการให้สิทธิเรียกร้องออกไปได้อย่างกว้างขวาง ในคดี *Moor v Darton* (1851) 4De G&Sm

517 , 64 ER 938 เป็นคดีสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยศาลถือว่าใบเสร็จเพื่อการชำระหนี้ สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ข้อเท็จจริงมีว่าใบเสร็จฉบับนี้ มีลายมือชื่อของเจ้าหนี้พร้อมทั้งข้อความระบุถึงการกู้ยืมเงิน เจ้าหนี้ส่งมอบใบเสร็จดังกล่าวแก่ลูกหนี้ในพฤติการณ์แสดงออกถึงการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ศาลรับรองการให้ดังกล่าว เพราะใบเสร็จดังกล่าวได้บันทึกสัญญากู้ยืมเงินของคู่ความทั้งสองฝ่าย เห็นได้ว่าการกระทำเช่นนี้เป็นหลักสำคัญของกรยกหนี้ให้ และเป็นการส่งมอบสิ่งแทนสิทธิในทรัพย์สินแล้ว มิใช่เป็นเพียงการส่งมอบหลักฐานแห่งหนี้เท่านั้น

(4) การขยายหลักกฎหมายกรณีวัตถุประสงค์แห่งการให้เป็นที่ดิน

ประเด็นปัญหามีว่า ที่ดินสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้หรือไม่ ก่อนปี ค.ศ.1991 ไม่มีคำพิพากษาโดยตรงที่พิพากษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่วนความเห็นในทางตำรายอมรับกันว่าที่ดินไม่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้รูปแบบนี้ได้⁷

เมื่อปี ค.ศ.1991 ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศอังกฤษพิพากษาคดี Sen v Headley [1991] Ch 425 , [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 631, CA ว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้ได้ คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อคือ ผู้ให้รักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลแพทย์วินิจฉัยว่าป่วยเป็นมะเร็งระยะสุดท้าย สามวันก่อนที่จะถึงแก่ความตายผู้ให้กล่าวแก่ผู้รับว่าเพื่อนยาก บ้านรวมทั้งสิ่งของภายในบ้านเป็นของเธอแล้วนะ เอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน(a deed) อยู่ในตู้เหล็กซึ่งกุญแจอยู่ที่เธอแล้วนะ (ผู้ให้ได้มอบใส่กุญแจตู้เหล็กไว้ในกระเป๋าถือของผู้รับ โดยที่ผู้รับไม่รู้ตัวขณะและผู้รับมาเยี่ยมผู้ให้เมื่อครั้งแรก) ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าที่ดินไม่สามารถยกให้โดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ผู้รับอุทธรณ์ศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษาคลับว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการยกให้รูปแบบนี้ได้

เมื่อพิจารณาถึงคดีนี้ การที่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น Mummery J พิพากษาเช่นนี้เพราะได้รับอิทธิพลจากคำตัดสินของ Lord Eldon ในคดี Duffield v Elwes (1827) 1 Bli NS 497,4 ER 959, HL ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดา เพราะนักกฎหมายในประเทศอังกฤษส่วนใหญ่มักจะแปลนัยคำตัดสินของ Lord Eldon ที่เคยพิพากษาว่า “หลักฐานแห่งการจำนองสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้รูปแบบนี้ได้” เพราะเป็นเรื่องการโอนสิทธิในที่ดินที่มีเงื่อนไข (conditional estate in land) สามารถโอนได้ภายใต้หลักการเรื่องทรัสต์ และไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของพระราชบัญญัติป้องกันการฉ้อฉล ค.ศ.1677 และไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรในการก่อตั้งหรือโอนซึ่งผลประโยชน์ใน

⁷ เช่น Snell's Principles of Equity (28th ed, 1982) p.381. , Williams Mortimer and Sunnucks on Executors , Administrator and Probate (16th ed, 1982)p.358. เป็นต้น

ทรัพย์สิน เห็นได้ว่าท่านลอร์ด พยายามแยกแยะระหว่างการโอนสิทธิอันมีเงื่อนไขในที่ดินและการโอนที่ดิน และเห็นได้ว่าการโอนที่ดินไม่น่าจะกระทำได้ สำหรับชั้นศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษา Nourse LJ กลับเห็นว่า Lord Eldon ได้เปิดช่องไว้ใน คำพิพากษาคดีดังกล่าว เพื่อที่ว่าในอนาคต หากหลักกฎหมายพัฒนาไปไกลกว่านี้ ที่ดินย่อมสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้ ผู้พิพากษา Nourse LJ อธิบายต่อไปว่า การที่ Lord Eldon กล่าวถึงการก่อตั้งทรัสต์โดยผลแห่งกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการก่อตั้ง ทรัสต์โดยปริยาย ซึ่งได้รับการยกเว้นจากมาตรา 53(2)แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 จากการต้องบันทึกรายละเอียดตามที่มาตรา 53(1) ระบุไว้ ตั้งแต่ยุคของ Lord Eldon เป็นต้นมาได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาสองหลัก คือหลัก “การแสดงออกประการหนึ่งว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สิน” (proprietary estoppel) และการใช้หลักเรื่องการจัดตั้งทรัสต์โดยปริยายระหว่างผู้ที่อาศัยอยู่ร่วมกัน ดังนั้นอาจจะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาด หากปฏิเสธมิให้มีการตั้งทรัสต์โดยปริยายในกรณีที่ดินแห่งการให้เป็นที่ดิน แต่กลับยอมรับให้สามารถตั้งทรัสต์โดยปริยายได้ในกรณีสิทธิมีเงื่อนไขในที่ดิน และยังคงกล่าวให้แก่ว่าต้องตัดสินคดีโดยหลักกฎหมายที่เป็นอยู่จริงในขณะที่ตัดสินข้อพิพาท⁸

การขยายหลักกฎหมายกรณีวัตถุประสงค์แห่งการให้เป็นที่ดิน

ที่ดินสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้หรือไม่? ก่อนปี ค.ศ.1991 ไม่มีคำพิพากษาโดยตรงที่พิพากษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่วนความเห็นในทางตำรายอมรับกันว่าที่ดินไม่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้รูปแบบนี้ได้ เช่น Snell's Principles of Equity (28th edn , 1982 , p.381) , Williams Mortimer and Sunnucks on Executors , Administrator and Probate (16th edn , 1982 , p.358) เป็นต้น

เมื่อปี ค.ศ.1991 ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศอังกฤษพิพากษาคดี Sen v Headley [1991] Ch 425, [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 636, CA ว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการให้ได้ คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อคือ ผู้ให้รักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล แพทย์วินิจฉัยว่าป่วยเป็นมะเร็งระยะ

⁸ “Admittedly that is a step which the House of Lords would not have taken in *Duffied v Elwes* and, if the point had been a subject of decision, we would have loyally followed it in this court. But we cannot decide a case in 1991 as the House of Lords would have decide it, but did snot decide it, in 1827 . We must decide it according to the law as it stands today.”

สุดท้าย สามวันก่อนที่จะถึงแก่ความตายผู้ให้กล่าวแก่ผู้รับว่าเพื่อนยาก บ้านรวมทั้งสิ่งของภายในบ้านเป็นของเธอแล้วนะ เอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน (a deed) อยู่ในตู้เหล็กซึ่งกุญแจอยู่ที่เธอแล้วนะ (ผู้ให้ได้แอบใส่กุญแจตู้เหล็กไว้ในกระเป๋าคือของผู้รับ โดยที่ผู้รับไม่รู้ตัวขณะที่ผู้รับมาเยี่ยมผู้ให้เมื่อครั้งแรก) ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าที่ดินไม่สามารถยกให้โดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ผู้รับอุทธรณ์ ศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษากลับว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุแห่งการยกให้ในรูปแบบนี้ได้

(5) กรณีให้ผู้ให้กำหนดภาวะพร้อมกับการให้ (Trust or particular purpose)

โดยในคดี Blount v Burrow (1792) 4 Bro. CC 72 , 29 ER 784 ศาลได้พิพากษาว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายยอมสมบูรณ แม้ว่าการให้นั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการก่อตั้งทรัสต์หรือมีวัตถุประสงค์ให้ผู้รับดำเนินการบางอย่าง ต่อมาศาลในคดี Hills v. Hills (1841) 8 M&W 401 , 151 ER 1095 ก็ได้เดินตามคำพิพากษาดังกล่าว โดยพิพากษาว่า การที่ผู้ให้ยกทรัพย์ให้แก่ผู้รับโดยกำหนดให้ผู้รับต้องชำระค่าปลงศพให้แก่ผู้ให้ด้วย เช่นนี้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายยอมสมบูรณ

(6) ขยายหลักกรณีการส่งมอบที่ไม่สมบูรณ์ (Imperfect delivery)

กล่าวคือในคดี Re Wasserberge [1915] 1 Ch 195 ผู้ให้ให้กุญแจตู้ซึ่งเก็บพันธบัตร (bond) ไว้แก่ผู้รับ โดยมีเจตนาต้องการให้พันธบัตรเป็นของผู้รับต่อเมื่อผู้ให้ตาย ตู้ซึ่งเก็บพันธบัตรนั้นได้ฝากไว้ที่ธนาคาร โดยมีข้อตกลงกับธนาคารว่าผู้จัดการมรดกจะเป็นผู้ส่งมอบกล่องเก็บพันธบัตรนั้นให้แก่ผู้รับ เช่นนี้ศาลเห็นว่าการส่งมอบที่ไม่สมบูรณ์ (inchoate or imperfect) เช่นนี้ยอมเพียงพอแก่องค์ประกอบที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์ เพราะการส่งมอบกุญแจให้แก่ผู้รับถือว่าเป็นการมอบสิทธิในการควบคุมพันธบัตรเหล่านั้นแก่ผู้รับแล้ว อนึ่ง แม้ว่าการส่งมอบเช่นนี้จะไม่เพียงพอสำหรับการให้ในระหว่างมีชีวิต (inter vivos gift) ก็ตาม

1.2 ลักษณะทางกฎหมายของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศอังกฤษ สัมพันธ์กับกฎหมายว่าด้วยสังหาริมทรัพย์ หลักอิคิวิตี กฎหมายมรดก ดังนั้นหลักกฎหมายบางประการที่ใช้กับการให้ในระหว่างมีชีวิต การก่อตั้งทรัสต์ การยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม จึงต้องนำมาปรับใช้กับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายด้วย เท่าที่ไม่ขัดกับลักษณะทางกฎหมายของการให้รูปแบบนี้

1.2.1 ลักษณะผสมระหว่างการให้ในระหว่างมีชีวิตและพินัยกรรม

ท่านลอร์ด Cowper LC ได้อธิบายลักษณะของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไว้ในคดี Jones v Selby (1710) Prec Ch 300, 24 ER 143 ว่าเป็นการ “ให้ในปัจจุบันแต่

ก่อให้เกิดผลในอนาคต” (a gift in praesenti to take effect in future) ส่วนในทางตำรา ตำราชั้น นำได้อธิบายคำจำกัดความของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย(ซึ่งเป็นส่วนน้อย) ได้แก่⁹

“Crossley Vaines ให้คำนิยามว่า เป็นการให้ที่รู้จักกันดีรูปแบบหนึ่ง ที่ โดยเป็นการให้ที่ผู้ให้คาดว่าตนจะต้องตายในเหตุการณ์ใดและจะเป็นผล ต่อเมื่อเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นแล้ว,และผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้ได้ หาก เหตุการณ์ดังกล่าวมิได้เกิดขึ้น (Personal Property , 5th edn,1973 , p.318)

“Hanbury and Martin ให้คำนิยามว่า เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิตที่มี เงื่อนไขและจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย (Modern Equity , 15th ed , 1977 , p.137)

จะเห็นได้ว่าในทางตำราส่วนใหญ่ ไม่นิยมให้คำจำกัดความ เมื่อต้องการอธิบายถึง ลักษณะของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยมักจะอ้าง คำอธิบายของผู้พิพากษาBuckley ซึ่งท่านกล่าวไว้ในคดี Re Beaumont [1902] 1 Ch 889 ความว่า

“ อาจกล่าวได้ว่าการให้ประเภทนี้มีลักษณะเป็นกึ่งกลางระหว่างการ ให้ในระหว่างมีชีวิตและการยกทรัพย์สินให้โดยทางพินัยกรรม กล่าวคือ การให้ ประเภทนี้มีลักษณะส่วนหนึ่งเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิตโดยผู้รับจะมีกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย และหากผู้ให้ถึงแก่กรรม กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะสมบูรณ์นับแต่วันที่ทำการให้และสามารถยกขึ้นต่อผู้ ผู้จัดการมรดกได้”

เมื่อพิจารณาหาคำพิพากษาข้างต้น ย่อมเห็นลักษณะทางธรรมชาติอันเป็นลักษณะ ผลของการให้ประเภทนี้อย่างชัดเจน การให้ประเภทนี้คล้ายการให้ในระหว่างมีชีวิต กล่าวคือต้อง ส่งมอบทรัพย์สินให้ในระหว่างมีชีวิต และแตกต่างจากการให้ในระหว่างมีชีวิตคือ การให้ประเภทนี้ สามารถเพิกถอนได้ และผู้รับจะได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ให้ตาย การให้ประเภทนี้มีลักษณะคล้ายกับการยกทรัพย์สินให้โดยพินัยกรรม กล่าวคือ ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุ แห่งการให้จะเป็นสิทธิสมบูรณ์ของผู้รับก็ต่อเมื่อผู้ให้ตายลง แต่แตกต่างจากพินัยกรรมตรงที่การส่ง มอบทรัพย์สิน พินัยกรรมไม่ต้องการส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่ทำพินัยกรรม แต่การให้อันจะเป็นผล ต่อเมื่อผู้ให้ตายจำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุในการให้ หรือ ต้องส่งมอบสิ่งแสดงสิทธิใน ทรัพย์สินอันสำคัญ(essential indicia of title)ในกรณีที่ว่าวัตถุแห่งการให้ไม่สามารถส่งมอบได้โดย

⁹ Borkowski Andrew , *supra note* 1 , p 25.

ทางกายภาพ หรือ วัตถุแห่งการให้ เป็นสิทธิเรียกร้อง อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย มีลักษณะเฉพาะตัว 2 ประการ ประการแรก การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายต้องกระทำในขณะที่มีพฤติการณ์ประกอบกรการให้อันซึ่งแสดงให้เห็นถึงภยันตรายร้ายแรงถึงแก่ความตายจนจะเกิดแก่ผู้ให้ ประการที่สองการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ หรือสิ่งแสดงสิทธิในทรัพย์สินอันสำคัญ(essential indicia of title) ให้แก่ผู้รับเสมอ ลำพังการโอนโดยวิธีการใช้กระดาษ(paper method) ซึ่งสามารถทำได้ในกรณีการให้ในระหว่างมีชีวิตย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมบูรณ์¹⁰ ส่วนพินัยกรรมนั้นไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สิน¹¹

1.2.2 การนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้โดยอนุโลม

(1) ต้องมีเจตนายกทรัพย์สินให้ในปัจจุบัน

การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อตาย ผู้ให้จะต้องมีเจตนายกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับในปัจจุบัน แต่ทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นสิทธิขาดแก่ผู้รับก็ต่อเมื่อเงื่อนไขสำเร็จกล่าวคือ ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายและผู้รับมีชีวิตรอดอยู่ หากผู้ให้มีเจตนายกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับในอนาคต เช่นนี้ไม่ใช่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย กรณีเช่นนี้อาจนับได้ว่าผู้ให้มีเจตนาทำพินัยกรรม ซึ่งพินัยกรรมจะมีผลตามกฎหมายเพียงใดหรือไม่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1837

¹⁰ Gerry W. Beyer ได้อธิบายรูปแบบการส่งมอบทรัพย์สินของการให้ในระหว่างมีชีวิต ความว่า One of the elements of an inter vivos gift is delivery. Although delivery by parting with dominion is the most common way in which delivery is done, it may be done by another “paper” method such as a deed of gift (personal property), deed (real property), or declaration of trust (real or personal property). In the “paper” methods of “delivery,” the paper (deed, trust, etc.) takes the place of the physical delivery (parting with dominion). (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ลงวันที่ 2 ตุลาคม 2551)

¹¹ Gerry W. Beyer ได้อธิบายลักษณะทางธรรมชาติของพินัยกรรมอย่างน่าสนใจว่า “With a testamentary (at death) gift, there is no delivery while the donor (testator) is alive. A will is “ambulatory,” that is, it “walks” until the testator dies. In other words, it does not transfer any interest in property until the testator dies.” (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ลงวันที่ 2 ตุลาคม 2551)

(Wills Act 1837) ในคดี RePatterson (1864) 4De GJ&S 422, 46 ER 982 ปล่อยให้ตัวสัญญาใช้เงินสามใบแก่หลาน และกล่าวแก่หลานว่าต้องการให้ตัวเป็นของหลานก็ต่อเมื่อถึงแก่ความตาย มีข้อเท็จจริงว่าภายหลังเมื่อให้ตัวสัญญาใช้เงินแก่หลานชายแล้วลุงยังต้องการมีอำนาจเหนือตัวสามใบดังกล่าว เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย การกระทำของลุงเป็นเพียงการพยายามกระทำการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม ซึ่งไม่เป็นผลแต่อย่างใดเพราะไม่ได้กระทำให้ถูกต้องตามรูปแบบที่พระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1837 บัญญัติไว้

(2) ไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการจัดการมรดก(probate)

แม้ว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จะถือเอาความตายของผู้ให้และความมีชีวิตรอดของผู้รับเป็นเงื่อนไข แต่การให้ได้เกิดขึ้นแล้ว (แม้ไม่สมบูรณ์ก็ตาม) เมื่อผู้ให้ตายการให้ย่อมสมบูรณ์กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยอมเป็นของผู้รับโดยสมบูรณ์นับแต่เวลาที่ได้ส่งมอบทรัพย์ ดังนั้นทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการจัดการมรดก (probate)¹²

(3) ระดับความรู้สำนึกของผู้ให้ (capacity)

Williams , Mortimer and Sunnucks¹³ กล่าวว่า ระดับความรู้สำนึกของผู้ให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย มีลักษณะทำนองเดียวกับการให้ในระหว่างมีชีวิต สำหรับในมุมมองของศาลนั้น ศาลจะคำนึงถึงเกณฑ์ความรู้สึกผิดชอบของผู้ให้สัมพันธ์กับมูลค่าของทรัพย์สินที่ยกให้ หากทรัพย์สินมีมูลค่ามากเกณฑ์ความรู้สำนึกของผู้ให้ก็ย่อมมากไปด้วย (คดี Re Beaney [1978] 1 WLR 770, [1978] 2 All ER 595,ChD) มีปัญหาคิดต่อไปอีกว่า ผู้ให้ต้องคง

¹² Gerry W. Beyer ได้อธิบายความหมายของคำว่า “Probate” ความว่า Probate has two meanings. First, probate means to prove in court that a will is valid, that is, that the will meets all of the requirements for a valid will. Second, probate refers to the entire process of administering the estate of a deceased person. และยังอธิบายถึงความสำคัญของกระบวนการ “Probate” ความว่า A will does not transfer property unless it is probated. Thus, the will is probated to prove that the will is valid and that the decedent's property passes to the beneficiaries named in the will. (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2550)

¹³ Williams , Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate , 17th edn,1993,p.479 cited in Andrew Borkowski, *supra note 1* , p. 28.

ความรู้สำนึกไปตราบกระทั่งความตายมาถึงหรือไม่¹⁴ ผู้พิพากษา Fitzgibbon LJ กล่าวในคำพิพากษาคดี *Agnew v Belfast Banking Co.* [1896] 2 IR 204 ว่าผู้ให้จะต้องคงมีความรู้สำนึกจนกว่าจะถึงแก่ความตาย (donor must remain sane until death.) และคดี *Re Dudman* [1925] Ch 553 ก็เดินตามแนวดังกล่าว

(4) การนำหลักกฎหมายขัดกันมาปรับใช้ (Conflict of laws)

การนำหลักกฎหมายขัดกันมาปรับใช้แก่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นเช่นเดียวกับกรณีการให้ในระหว่างมีชีวิต¹⁵ ในคดี *Re Korvine's Trust* [1921] 1 Ch 343 ผู้ให้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัสเซียกระทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายซึ่งสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษและสมบูรณ์ตามกฎหมายอังกฤษขณะมีแหล่งพำนัก (resident) อยู่ ณ กรุงลอนดอนซึ่งต่อมาเป็นที่ตายของเขา แม้ตามหลักกฎหมายมรดกสังหาริมทรัพย์พิจารณาตามหลักกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของผู้ตาย แต่กรณีนี้ต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ทรัพย์ (สังหาริมทรัพย์) ตั้งอยู่ (*lex situs*) เพราะนำหลักเรื่องการโอนสังหาริมทรัพย์ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้โดยอนุโลม ทั้งนี้ เพราะผู้พิพากษา Eve J (หน้า 348) เห็นว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายมีลักษณะใกล้เคียงกับการให้ในระหว่างมีชีวิตมากกว่าการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม¹⁶

¹⁴ สำหรับประเด็นที่ว่าหากผู้ให้สูญเสียความรู้สึกลงไปภายหลังได้ปฏิบัติการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ในมุมมองของนักกฎหมายอเมริกัน Gerry W. Beyer เห็นว่า The donor would lack the capacity to revoke. It is possible that an agent under a durable power of attorney or a court-appointed guardian could revoke on the donor's behalf. I have not seen cases, however, where this has happened. (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2551)

¹⁵ *Ibid*, p. 29.

¹⁶ อนึ่ง ในประเด็นเดียวกันนี้ Gerry W. Beyer ได้แสดงทัศนะเพิ่มเติมไว้อย่างน่าสนใจว่า The general rule for a movables (personal property) is that they are governed by the law of the owner's domicile. So, when a person dies, it is the law of the domicile (England, in your example) that would govern, not the law where the personal property is located or the decedent was a resident. However, I am uncertain as to whether that same rule would apply to the methods of revoking a gift causa mortis. It is probably

1.2.3 การนำหลักกฎหมายเรื่องพินัยกรรมมาใช้โดยอนุโลม

(1) การนำเอาความตายมากำหนดความเป็นผลของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

ทั้งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายและพินัยกรรม ต่างถือเอาความตายมากำหนดความเป็นผลสมบูรณ์ของการให้รูปแบบนี้ ตราบใดที่ผู้ให้ยังไม่ถึงแก่กรรม ตราบนั้นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายยังไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังผู้รับโดยสมบูรณ์ทันทีที่ผู้ให้ตาย ดังสะท้อนจากคำพิพากษาของท่าน Lord Eldon ในคดี Duffield v Elwes (1827) 1 Bli Ns 497 , 4 ER 959, HL (หน้า 530และ971) ความว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อตาย คือ การให้ที่ทำโดยผู้ให้ซึ่งกระทำการให้เพราะตริถึงความตายอันใกล้จะถึง...สิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่สมบูรณ์ จนกว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตาย (“ a gift made by the donor in contemplation of the conceived approach of deaththe title is not complete till he is actually dead.”) ดังนั้น เมื่อพิจารณาคำพิพากษานี้ เห็นได้ว่า การให้ประเภทนี้ถือเอาความตายของผู้ให้และการมีชีวิตรอดอยู่ของผู้รับในขณะที่ผู้ให้ตายเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนนั่นเอง (และโปรดดูคดี Re Richardson (1885) 53 LT 746, CA เดินตามหลักที่ท่าน Lord Eldon วางหลักไว้)

(2) นำหลักเรื่องความตกไปแห่งพินัยกรรมมาใช้บังคับ (Lapse)

เมื่อผู้รับประโยชน์แห่งพินัยกรรมตายก่อนผู้ทำพินัยกรรม เช่นนี้พินัยกรรมย่อมตกไป (lapse) เช่นเดียวกันการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายมีลักษณะนำความตายของผู้ให้และความมีชีวิตรอดของผู้รับให้มากำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ดังนั้น หากผู้รับตายก่อนผู้ให้การให้ย่อมตกไป

(3) การเพิกถอน (revocation)

การให้ในระหว่างมีชีวิต เมื่อการให้สมบูรณ์แล้วไม่สามารถเพิกถอนได้ (irrevocable) ส่วนการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายและพินัยกรรมสามารถเพิกถอนการให้ได้ แต่วิธีการเพิกถอนแตกต่างกัน กล่าวคือ การเพิกถอนพินัยกรรมต้องเพิกถอนตามรูปแบบที่พระราชบัญญัติว่า

governed by the law of jurisdiction where the gift was made, rather than the domicile of the donor. (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2551)

ด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1837 มาตรา 18 และ 20 อันได้แก่ เพิกถอนโดยการสมรส(marriage) เพิกถอนโดยการทำลายพินัยกรรม(destruction) เพิกถอนโดยผลของพินัยกรรมฉบับหลัง (subsequent will) เพิกถอนโดยการแก้ไขเพิ่มเติมพินัยกรรมฉบับเดิม(codicil) หรือเพิกถอนโดยการกระทำทางเอกสารที่ให้ผลทำนองเดียวกับพินัยกรรมหรือพินัยกรรมฉบับแก้ไขเพิ่มเติม(codicil) ส่วนการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้นมีเหตุแห่งการเพิกถอน 3 ประการ คือ (1) ผู้ให้รอดพ้นจากภยันตราย หรือ (2) ผู้ให้กลับเข้าครอบครองทรัพย์สิน (3) ผู้ให้เปลี่ยนใจ

(4) การใช้อำนาจครอบงำโดยไม่เป็นธรรม (undue influence)

อาจารย์ประมุข สุวรรณศรี¹⁷ แปลศัพท์ undue influence ว่า “การใช้อิทธิพลผิดทำนอง” และท่านอธิบายในเรื่องนี้ว่า

“เหตุที่ศาลจะเพิกถอนสัญญาให้ด้วยการบอกอ้างของคู่กรณีมีอยู่เพียง 3 อย่าง คือ กลฉ้อฉล ช่มชู้ และการไร้ความสามารถ แต่เอ็กคิวตีตีตั้งเหตุประการที่ 4 ขึ้น โดยวินิจฉัยว่าคุณคนอาจถูกงูใจให้เข้าทำสัญญาได้ แม้ไม่ได้ถูกฉ้อฉลถูกช่มชู้และทั้งมีความสามารถบริบูรณ์ แต่เหตุที่งูใจนั้น อาจเป็นด้วยพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกับเหตุทั้งสามประการของคอมมอนลอว์ แม้จะอ้างเหตุของคอมมอนลอว์ไม่ได้ กรณีก็เป็นที่เห็นได้ว่าถ้าจะให้บุคคลนั้นต้องผูกพันโดยสัญญานั้น ก็จะไม่เป็นความเที่ยงธรรมอย่างยิ่ง นี้แหละเป็นหลักที่เรียกว่าเหตุแห่งการใช้อิทธิพลผิดทำนอง เอ็กคิวตีตีจึงวางหลักว่า ถ้าหากบุคคลได้ถูกงูใจให้เข้าทำความตกลงใดโดยการใช้อิทธิพลผิดทำนองเหนือบุคคลนั้นแล้ว ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆียะสำหรับบุคคลนั้น เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายในการตกลงอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นเป็นที่เห็นได้ว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจใช้อิทธิพลเหนือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งโดยผิดทำนองคลองธรรม ถ้าความตกลงนั้นยังผลให้มีการให้โดยเสนหาซึ่งทรัพย์สินอย่างใด ๆ แก่คู่กรณีฝ่ายที่มีอิทธิพลหรือแก่ภริยาหรือบุตรของผู้มีอิทธิพลนั้นแล้ว เอ็กคิวตีตีจะสันนิษฐานว่าข้อตกลงนั้นเป็นไปด้วยเหตุใช้อิทธิพลผิดทำนอง เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น แต่เอ็กคิวตีตีขยายออกไปอีกชั้นหนึ่งเป็นชั้นที่สอง เรียกว่าเป็นเรื่องสันนิษฐานว่าเป็นการใช้อิทธิพลผิดทำนองเรื่องนี้ใช้ในกรณีที่บุคคลมีฐานะเกี่ยวพันกันบางประการ และโดยมากในนิติกรรมประเภท

¹⁷ ประมุข สุวรรณศรี , กฎหมายประเทศแองโกลแซกซอน พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493) น. 91 – 93.

ให้โดยเสน่หาและซื้อขาย เช่นระหว่างทรัสต์กับผู้รับประโยชน์แห่งทรัสต์ก็อาจถูกสันนิษฐานเนื่องด้วยเหตุนี้ได้ ความสัมพันธ์ในกิจการ หรือทางอาชีพซึ่งเห็นได้ว่าต้องมอบความไว้วางใจแก่กัน ก็เป็นข้อที่ทำให้เกิดความสันนิษฐานถึงการใช้อิทธิพลผิดทำนองได้เหมือนกัน เช่นระหว่างแพทย์กับคนไข้ นักบวชกับศิษย์ทางธรรม ทนายความกับลูกความ หรือหุ้นส่วนคนหนึ่งกับหุ้นส่วนอีกคนหนึ่ง กรณีเหล่านี้สำหรับเรื่องที่จะต้องปรึกษาเชื่อฟังกัน แต่ทั้งนี้ความหนักเบาแห่งการสันนิษฐานย่อมจะต้อง คำนึงถึงความใกล้ชิดและระยะเวลาแห่งความสัมพันธ์เข้าประกอบด้วย ”

ปัญหาที่ว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย หากผู้รับการให้ซึ่งมีฐานะสัมพันธ์บางประการกับผู้ให้จะตกอยู่ในข้อสันนิษฐานว่าใช้อำนาจครอบงำผู้ให้ให้ปฏิบัติการให้โดยไม่เป็นธรรม ทำนองเดียวกับการให้ในระหว่างมีชีวิตหรือไม่ ในเรื่องนี้ไม่มีคำพิพากษาของศาลอังกฤษตัดสินไว้โดยตรง แต่มีคำพิพากษาของศาลในประเทศแคนาดา พิพากษาว่า ข้อสันนิษฐานเรื่องการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมไม่นำมาใช้กับกรณีการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จำต้องมีการพิสูจน์ทำนองเดียวกับกรณีของพินัยกรรม¹⁸ ตัวอย่างคดีของศาลแคนาดา ได้แก่ คดี Bohan v Walker [1928] 4 DLR 630 มีข้อเท็จจริงว่าผู้ให้ซึ่งเป็นสมาชิกของโบสถ์แห่งหนึ่ง ได้ทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแก่พระสังกตโบสถ์แห่งนั้น คดีมีประเด็นว่าบทสันนิษฐานความสัมพันธ์เรื่องการใช้อำนาจครอบงำโดยไม่เป็นธรรมจะนำมาใช้แก่กรณีหรือไม่ (หากเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต พระถูกสันนิษฐานว่าใช้อำนาจครอบงำผู้ให้ซึ่งเป็นสมาชิกโบสถ์แห่งนั้น) ศาลแคนาดาวางหลักว่า เรื่องการใช้อำนาจครอบงำโดยไม่เป็นธรรมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ไม่สามารถนำหลักสันนิษฐานดังกล่าวมาใช้กับการให้ในระหว่างมีชีวิต มาปรับใช้แก่กรณีนี้ไป ดังนั้นคดีนี้ฝ่ายไหนกล่าวอ้างฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ

(5) ความรับผิดชอบในการชำระหนี้ของเจ้ามรดก

ศาลอังกฤษวางหลักให้ผู้รับทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จะต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ของเจ้ามรดกเฉพาะกรณีที่ทรัพย์สินในกองมรดกไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการฉ้อฉลเจ้าหนี้นั่นเอง

¹⁸ MILLER GARNETH , The Machinery of Succession , 2nd ed.(Great Britain: Dartmouth Publishing Company Limited,1996), p. 292.

(6) ความสัมพันธ์กับบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวของผู้ให้

ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย ตกอยู่ในบทบังคับแห่ง Inheritance (Provision for Family and Dependents) ค.ศ. 1975¹⁹ กล่าวโดยสรุป หากผู้ให้ให้ทรัพย์สินแล้วทำให้ครอบครัวของผู้ให้เดือดร้อน หากศาลเห็นสมควรศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 2 เพื่อเยียวยาครอบครัวของผู้ให้ได้ ดังนี้ผู้ให้อาจสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับทั้งหมดหรือบางส่วนได้

(7) ความสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติว่าด้วยการริบทรัพย์สิน (Forfeiture Act)

หลักการเรื่องการริบทรัพย์สิน(Forfeiture rule) อยู่บนหลักการที่ว่าบุคคลใดไม่ควรจะ ได้รับผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรมของตนเอง²⁰ ตามพระราชบัญญัตินี้หากความตายของผู้ให้เกิดขึ้นจากการฆาตกรรมของผู้รับ ผู้รับย่อมถูกริบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งการให้นั้น แต่อย่างไรก็ดีตามมาตรา 2(1)และ(2)ศาลมีดุลพินิจที่จะออกคำสั่งให้ผู้รับสามารถกลับเข้าครอบครองและมีสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวได้

(8) ความสัมพันธ์กับหลักการทำความพอใจให้ (Satisfacation)

ท่านอาจารย์ประมุข สุวรรณศร ได้อธิบายหลักเรื่องการทำความพอใจให้ (Satisfacation) ของประเทศอังกฤษไว้ดังนี้²¹

¹⁹ มาตรา 8 (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้วางหลักว่า “ Where any such sum of money or other property is received by any person as a donation mortis causa made by a deceased person, that sum of money, after deducting therefrom and capital transfer tax payable there on, or that other property, to the deceased after deducting therefrom any capital transfer tax so payable, shall be treated for the purposes of this Act as part of the net estate of the deceased.”

²⁰ เป็นทำนองเดียวกับหลักกฎหมายละตินที่ว่า “ Commodum ex injuria sua nemo habere debet”(บุคคลไม่ควรได้รับประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบของตน) แปลโดย ประทีป อ่าววิจิตรกุล, หลักกฎหมายละตินและสัญญาชีวิต, พิมพ์ครั้งที่ 1,(กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีระวิชาการพิมพ์, 2549) น.21

²¹ ประมุข สุวรรณศร , *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น. 73.

“หลักการทำความพอใจให้ (Satisfaction) นั้นหมายความว่า การโอนทรัพย์สินซึ่งถ้าผู้รับยอมรับ จึงจะเป็นการปฏิบัติกรชำระหนี้ตามข้อผูกพันที่ได้มีอยู่แต่เดิมได้ จะเป็นการชำระบางส่วนหรือชำระทั้งหมดก็ตามเช่น ก ทำกรรมกรรมให้คำมั่นสัญญาในเวลาแต่งงานของลูกชายของ ก. ว่าจะโอนเงินเป็นจำนวนหนึ่งหมื่นบาทให้แก่ ข. ต่อมา ก. ตายโดยทำพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกของ ก. ให้ ข. หนึ่งในสามส่วนเช่นนี้ ถ้า ข. ยอมรับเอาตามพินัยกรรมนั้น ก็เรียกว่าเป็นการทำความพอใจให้ตามความรับผิดชอบของ ก. นั้นแล้ว ก็เรียกว่าเป็นการทำความพอใจให้ตามความรับผิดชอบของ ก. นั้นแล้ว แต่ ข. มิได้อยู่ในข้อผูกพันของเอ็กคิวตี้ที่จะต้องรับเอา ข. จะปฏิเสธส่วนได้ตามพินัยกรรมเสียแล้วเรียกร้องเอาจากกองมรดกตามจำนวนหนึ่งหมื่นบาทที่ ก. ให้คำมั่นสัญญาว่าจะโอนก็ได้”

เห็นได้ว่าตามกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ที่ก่อกำขึ้นก่อน อาจทำให้ได้รับความพึงพอใจด้วยพินัยกรรมได้ ดังนั้น โดยการเทียบเคียงหนี้ที่ก่อกำขึ้นก่อนน่าจะถูกทำให้ได้รับความพึงพอใจด้วยผลของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ซึ่งกรณีนี้ไม่มีคดีของศาลอังกฤษพิพากษาไว้โดยตรง แต่มีคดีของศาลในประเทศออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ วางหลักว่าหนี้ที่ผู้ให้ได้ก่อให้เกิดขึ้นก่อนยอมทำให้ผู้รับพึงพอใจได้ด้วยการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย คดีดังกล่าวคือ *Hameiss v Public Trustee* (1940) 40 SR (NSW) 414 กะลาสีเรือคนหนึ่งเป็นหนี้เจ้าของบ้านเช่าในเมืองซิดนีย์ เหตุเนื่องจากเมื่อเรือเทียบท่าที่ซิดนีย์กะลาสีนายดังกล่าวได้เข้าเช่าห้องพักและทำห้องพักเสียหาย ข้อเท็จจริงมีต่อไปว่าต่อมากะลาสีนายนั้นทำการยกให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ซึ่งเงินในบัญชีธนาคารของตนแก่เจ้าของบ้านเช่าดังกล่าว เช่นนี้ถือว่าหนี้อันค้างชำระยอมถูกทำให้ได้รับความพึงพอใจด้วยการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้ว

1.3 องค์ประกอบของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

1.3.1 องค์ประกอบตามคอมมอนลอว์

องค์ประกอบของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศอังกฤษนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบพื้นฐาน 3 ประการ ซึ่งเกิดจากการวางบรรทัดฐานโดยศาล ตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 18 แม้คำพิพากษาในระยะหลัง ๆ (เช่นคดี *Sen v Headly* [1991] Ch 425 , [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 631, CA) ก็ยังคงถือตามหลักดังกล่าวหากแต่ขยายความองค์ประกอบบางประการที่ยังเคลือบคลุมอยู่ให้ชัดเจนขึ้น คำพิพากษาแบบฉบับที่ตำราส่วนใหญ่นิยม อ้างไว้ในตำราเพื่ออธิบายถึงองค์ประกอบ คือ คดี *Cain v. Moon* (1896) 2QB 283 ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ 3 ประการ (1) ขณะปฏิบัติการให้ต้องปรากฏพฤติการณ์ว่าผู้ให้คาดคิดถึงความตาย

อันใกล้ จะถึงไม่จำเป็นต้องถึงขนาดคาดคิดถึงความตายมาก่อนล่วงหน้า (2) ต้องมีการส่งมอบวัตถุแห่งการให้ (3) การให้จะต้องกระทำลงโดยมีพฤติการณ์แสดงออกว่า วัตถุแห่งการให้สามารถกลับคืน เป็นของผู้ให้อีกครั้ง

(1) การให้ต้องกระทำลงขณะพฤติการณ์ที่ผู้ให้คาดถึงความตายอันใกล้จะเกิดขึ้น

ขณะปฏิบัติกรให้ผู้ให้จำต้องคาดถึงความตายอันจวนจะเกิดแก่ตน ลำพังเพียงแค่การตรึกถึงความตายในฐานะสามัญลักษณะย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้การอันสมบูรณ์ สำหรับพฤติการณ์อื่นทำให้ผู้ให้ตรึกถึงความตายนั้น แต่เดิมศาลอังกฤษถือว่าผู้ให้จะต้องตกอยู่ในสภาพป่วยไข้ขั้นร้ายแรง (ในคดี Hedges v Hedges (1708) ท่านลอร์ด Cowper วางหลักว่า “lies in extremity” หรือ “surprised with sickness”) ปัจจุบันผู้ให้ที่มีสุขภาพดีก็สามารถปฏิบัติกรให้ประเภทนี้ได้ แต่จะต้องกระทำลงขณะตรึกถึงภัยอันตรายแห่งความตายอันจวนจะเกิดแก่ตน เช่น ต้องเดินทางไปยังสถานที่อันตราย เป็นต้น²²

ข้อสังเกตบางประการ

1. คำว่า “contemplation of death” มิได้หมายถึง การคาดถึงความตายในฐานะสิ่งที่จะเกิดขึ้นในเวลาใดเวลาหนึ่งอันเป็นสามัญลักษณะ แต่หมายถึง การคิดถึงความตายด้วยเหตุจงใจบางอย่างอันเชื่อได้ว่าภัยอันตรายแห่งความตายจะมาถึงผู้ให้ในอนาคตอันใกล้
2. “contemplation of death” สามารถอนุมานจากพฤติการณ์แวดล้อมได้²³
3. เกณฑ์ทดสอบ “contemplation of death” จะใช้หลักไต่ระหว่างอัตวิสัยหรือภาวะวิสัย ในเรื่องนี้ไม่มี คำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษวางหลักไว้โดยตรง ในทางตำราส่วนใหญ่เห็นว่าใช้หลักภาวะวิสัย แต่ในคดี Thomson v. Mehan [1958] OR 357, (1958) 13 DLR (2d) 103 ศาลอุทธรณ์แห่งออนตาริโอ

²² โปรดดูคดี Water v Hodge (1818) 2 Swans 92, 36 ER 549 ซึ่งวางหลักว่า “..nor is it necessary that the donation should be in the last illness; it is sufficient if made in contemplation of death..”

²³ ดูคดี Walter v Hodge (1818) 2 Swans 92 36 ER 549

พิพากษาว่า การเดินทางโดยเครื่องบินพาณิชย์ ไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายแห่งชีวิตอันเพียงพอแก่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย²⁴

4. การฆ่าตัวตาย กรณีนี้เห็นได้ว่าภัยอันตรายแห่งชีวิตเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ให้เองในทางตำราส่วนใหญ่เห็นว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย กรณีผู้ให้ฆ่าตัวตายไม่สามารถกระทำได้²⁵

(2) การให้ต้องกระทำลงโดยมีความตายของผู้ให้เป็นข้อกำหนดในการโอนกรรมสิทธิ์ โดยการให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย และสามารถเพิกถอนการให้ได้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิต²⁶

การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายแตกต่างจากการให้ในระหว่างมีชีวิต คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะตกเป็นสิทธิสมบูรณ์แก่ผู้รับก็ต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้ว และแตกต่างจากพินัยกรรม ตรงที่เป็นการให้ในปัจจุบันที่ผู้ให้กระทำด้วยเจตนาว่าก่อนที่จะถึงแก่ความตายผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้ได้ ผู้ให้อาจเพิกถอนการให้ด้วยกริยาที่แจ่มชัด เช่น กล่าวด้วยวาจา หรือโดยปริยาย เช่น กลับครองครองทรัพย์สินที่ยกให้ดั้งเดิม หรือการให้อาจถูกเพิกถอนได้กรณีที่ผู้ให้รอดพ้นจากภัยอันตรายแก่ชีวิต สำหรับพินัยกรรมที่ผู้ให้กระทำขึ้นภายหลังไม่สามารถเพิกถอนการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ อนึ่งแม้ว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตายด้วยอีกสาเหตุหนึ่ง เช่นนี้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมสมบูรณ์ (ในคดี *Wilkes v. Allington* [1931] 2 Ch 104 ผู้ให้ปฏิบัติกรให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ด้วยการตริกถึงความตายด้วยโรคมะเร็งร้ายซึ่งกำลังคุกคามเขาอยู่ แต่ปรากฏว่าผู้ให้ถึงแก่ความตายด้วยโรคปอดบวม เช่นนี้การให้ย่อมสมบูรณ์ แม้ว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตายด้วยโรคอีกชนิดก็ตาม)

(3) การส่งมอบทรัพย์สินต้องเพียงพอแก่การที่ผู้รับจะมีสิทธิในการควบคุมทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้

ศาลอังกฤษได้วางหลักมาตั้งแต่เริ่มแรกว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการให้ ทั้งนี้เพื่อแยกการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายออก

²⁴ *Ibid*, p.287.

²⁵ โปรดดูเหตุผลโต้แย้งที่น่าสนใจ Adam J. MacLeod, “ A Gift Worth Dying For?: Debating the Volitional Nature of Suicide in the Law of Personal Property”

²⁶ MILLER GARNETH, *supra* note 18, p. 287.

จากพินัยกรรม สำหรับองค์ประกอบเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน คำพิพากษาดังเดิมอธิบายว่าจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการให้ (there must have been delivery to the donee of the subject – matter of the gift โปรดดูคดี Cain v Moon [1896] 2QB 283) ต่อมาศาลได้มีการขยายหลักเรื่องการส่งมอบออกไป กล่าวคือ จะต้องมี การส่งมอบวัตถุแห่งการให้ หรือ หลักฐานสำคัญที่แทนสิทธิในทรัพย์สิน พร้อมด้วย การให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินนั้น มิใช่เพียงแต่การให้การครอบครองทางกายภาพเหนือวัตถุแห่งการให้ เนื่องจากองค์ประกอบในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินเป็นหัวใจสำคัญของหลักกฎหมายเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายของประเทศอังกฤษ จึงขอแยกเป็นประเด็นเพื่ออธิบายดังนี้

(3.1) องค์ประกอบของการส่งมอบ

การให้ต้องการการส่งมอบทรัพย์สินเพื่อแสดงออกถึงเจตนาของผู้ให้²⁷ การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสามารถกระทำได้ด้วย การส่งมอบตัวทรัพย์สินจริง ๆ (actual) หากทรัพย์สินนั้นสามารถส่งมอบแก่กันได้ หรืออาจเป็นการส่งมอบโดยปริยาย (constructive) ก็ได้ ส่วนการส่งมอบสัญลักษณ์ (symbolic) ไม่สามารถกระทำได้²⁸ ลำพังเพียงแต่การกล่าวถ้อยคำแม้ได้กล่าวอย่างหนักแน่นต่อหน้าพยานก็ไม่ถือว่าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินอันจะทำให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมบูรณ์ได้ (ในคดี Miller v Miller (1735) 3P Wms 356, 24 ER 1099 ก่อนที่ผู้ให้จะตายได้กล่าวด้วยวาจาต่อหน้าพยาน ยกรถม้าและม้าให้แก่ภริยาของเขา เช่นนี้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมเสียไป เพราะไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินในระหว่างมีชีวิต) ในทำนองเดียวกันลำพังเพียงแต่การเขียนเท่านั้นย่อมไม่เพียงพอในกฎหมายอังกฤษ²⁹ แม้ว่าจะเพียงพอในยุคโรมันก็ตาม อนึ่ง

²⁷ ปรากฏในคำอธิบายทางจดหมายของ Gerry W. Beyer ตอนหนึ่งว่า “This paragraph discusses old types of transfers under Roman law. I think the word “deliveries” is used in its “traditional” sense of meaning a transfer from one person to another of the item. This is the origin of the requirement that a gift requires delivery to demonstrate the donor’s intent. (จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ลงวันที่ 16 กันยายน 2551)

²⁸ Andrew Borkowki, *supra note* 1, p. 64.

²⁹ ในคดี Re Huges (1888) 59LT586, CA การที่ผู้ตายเขียนเอกสารยกผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการประกันชีวิตให้แก่ผู้รับ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการส่งมอบอันจะทำให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมบูรณ์ นอกจากนี้โปรดดูคดี Anning v Anning (1900) 21NWS LR (Eq) 13 ซึ่งพิพากษาว่า ลำพังแต่เพียงผู้ให้เขียนเอกสารโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งได้กระทำลงในขณะตกอยู่ในห้วง

การที่ผู้ให้พยายามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแต่ผู้รับปฏิเสธเช่นนี้ถือว่ามีไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินเช่นกัน (คดี Cant v. Gregory (1894) 10 TLR 584, CA)

(3.2) เวลาในการส่งมอบทรัพย์สิน

การส่งมอบทรัพย์สินต้องกระทำก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย (ในคดี Hardy v. Baker (1718) West T. Hard 519, 25 ER. 1063 ก่อนตายผู้ให้สั่งสาวใช้ให้นำเงินไปมอบให้แก่ผู้จัดการมรดกภายหลังจากผู้ให้ตายแล้ว การกระทำเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เพราะไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่) การส่งมอบทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องกระทำพร้อมไปกับคำกล่าวยกทรัพย์สินให้ โดยอาจส่งมอบทรัพย์สินให้ก่อนหรือหลังจากกล่าวคำยกทรัพย์สินให้ก็ได้ (ในคดี Sen v Headley [1991] Ch 425, [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 636, CA) ผู้ให้แอบใส่กุญแจตู้เหล็กในกระเป๋าคือของผู้รับ ในตู้เหล็กประกอบด้วยเอกสารสิทธิในที่ดินประเภท unregistered freehold สามวันก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย ผู้ให้กล่าวถ้อยคำยกที่ดินและบ้านให้แก่ผู้รับ พร้อมกับกล่าวว่ากุญแจอยู่ที่เธอแล้ว เช่นนี้ถือว่าการส่งมอบกุญแจครั้งที่แล้วเพียงพอที่จะทำให้การให้สมบูรณ์แล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินใหม่หรือในคดี Woodard v Woodard (1995) 3 All ER 980, CA รถของผู้ให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับซึ่งเป็นบุตรชาย ผู้ให้ป่วยเป็นโรคหลอดเลือดหัวใจต้องได้รับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาล เมื่อไปถึงโรงพยาบาลเพื่อรักษาตัวผู้ให้กล่าวแก่ผู้รับว่า “เก็บกุญแจไว้เถอะลูกรัก พ่อคงไม่มีโอกาสขับรถอีกแล้ว” ผู้ให้ถึงแก่ความตายในอีกสามวันต่อมา เช่นนี้การส่งมอบย่อมเพียงพอ

(3.3) คุกรณีในการส่งมอบทรัพย์สิน

กล่าวคือ ในการส่งมอบทรัพย์สินนั้นต้องกระทำโดยผู้ให้หรือตัวแทนของผู้ให้ และมีผู้รับหรือตัวแทนของผู้รับเป็นผู้รับการให้ เมื่อพิจารณาทางฝ่ายผู้ให้ลำพังเพียงอาศัยการที่ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนของผู้ให้ ย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้การส่งมอบทรัพย์สินสมบูรณ์ เพราะผู้ให้ไม่ได้มอบสิทธิในการควบคุมจัดการเหนือวัตถุแห่งการให้แก่ผู้รับและเห็นได้ว่าตัวแทนของผู้ให้ปฏิบัติหน้าที่แทนตัวผู้ให้เท่านั้นไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในนามของผู้รับด้วย ยกตัวอย่างเช่นในคดี Re Kirkley (1909) 25 TLR 522 ผู้ให้ส่งมอบกระเป๋าเงินให้แก่คนใช้และกำชับให้ส่งมอบกระเป๋าเงินให้แก่ผู้รับก็ต่อเมื่อผู้ให้ตายแล้ว เช่นนี้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมตกไป อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นในกรณีที่มีข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่าตัวแทนของผู้ให้เป็นตัวแทนโดยสุจริต

ภยันตรายแห่งความตาย ย่อมไม่เพียงพอแก่การก่อให้เกิดการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เพราะขาดการส่งมอบทรัพย์สิน

(fiduciary agent) ยึดถือจัดการทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับด้วย (on trust for the donee) กรณีนี้มีตัวอย่างในคดี Mills v Shields [1948] IR 367 ผู้ให้ส่งกล่องพัสดุแก่ที่ปรึกษาทางจิตวิญญาณ (spiritual advisor) ภายในบรรจุเงินและใบถือครองหุ้น (Share certificates) และขอร้องให้นำส่งแก่ผู้รับด้วย (ต่อมาเป็นโจทก์ในคดีนี้) หากมีเหตุร้ายถึงตายเกิดขึ้นแก่ผู้ให้ (ต่อมาปรากฏว่าผู้ให้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการรักษาพยาบาลที่เมือง Dublin ซึ่งเป็นเมืองท่าอันลือชื่อของไอร์แลนด์) เช่นนี้ศาลถือว่าที่ปรึกษาทางจิตวิญญาณ (spiritual advisor) มีฐานะเป็นตัวแทนโดยสุจริต (fiduciary agent) ของผู้ให้มีหน้าที่ยึดถือจัดการทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับ

(3.4) การให้อำนาจควบคุมจัดการเหนือทรัพย์สินที่ให้

การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ผู้รับการให้ยังไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยกให้จนกว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตาย แม้กระนั้นก็ตามศาลอังกฤษได้นำคำว่า “*dominion*”³⁰ มาอธิบายถึงลักษณะการโอนทรัพย์สินในการให้ประเภทนี้เรื่อยมา อนึ่งท่าน Lord Kenyon ได้นำคำนี้มาใช้เป็นท่านแรกในคำพิพากษาคดี Hawkins v Blewitt (1798) 2 Esp 662, 170 ER 489 คดีเรื่องนี้ มีข้อเท็จจริงว่าผู้ตายออกคำสั่งว่าภายในหีบมีเงินและเสื้อผ้าบรรจุอยู่ จงนำไปเก็บไว้ที่บ้านของผู้ตายและไม่ได้กล่าวอย่างใดอีก เช้าวันต่อมาผู้ตายสั่งให้นำกางเกงขายาวจากในหีบใบนั้นมาให้แก่ผู้ตาย เห็นได้ว่าคดีนี้แม้จะมีการส่งมอบหีบ แต่พยานหลักฐานชี้ให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการส่งมอบครั้งนี้ก็เพื่อเก็บรักษาหีบไว้ให้ปลอดภัย แต่เนื่องจากผู้ตายไม่ได้ให้อำนาจในการควบคุมจัดการเหนือทรัพย์สินที่ยกให้การให้จึงไม่สมบูรณ์ ในคดีดังกล่าวท่าน Lord Kenyon ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “*dominion*” ไว้ แต่ดูเหมือนว่าท่านพยายามใช้ถ้อยคำดังกล่าวเพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างการครองครองทรัพย์สินในทางข้อเท็จจริง (de facto possession) กับการครอบครองตามกฎหมาย (legal possession)³¹ ส่วนในทางตำราท่านอาจารย์ BORKOWSKI เห็นว่าควรจะหมายถึง สิทธิในการจัดการหรือควบคุมวัตถุแห่งการให้ นั้น ซึ่งผู้เขียนเองก็เห็นพ้องด้วยกับท่านอาจารย์

³⁰ ศัพท์นิติศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พิมพ์ครั้งที่ 6 ให้ความหมายของคำว่า “*dominion*” ว่า 1.กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (ก.แพ่ง) 2.การมีอธิปไตยเหนือ (ดินแดนประเทศอื่น) (ก.ระหว่างประเทศ)

³¹ see Andrew Borkowski, *supra* note 1, p. 74.

ในการส่งมอบทรัพย์สินผู้ให้จะต้องส่งมอบด้วยเจตนาให้ผู้รับมีอำนาจควบคุมจัดการเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับด้วยวัตถุประสงค์อื่น เช่น เพื่อให้เก็บรักษาทรัพย์สินไว้ให้ปลอดภัย เช่นนี้ไม่ถือเป็นการส่งมอบด้วยเจตนาให้ผู้รับมีอำนาจควบคุมจัดการเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ นั้น นอกจากนี้การที่มีพยานหลักฐานปรากฏชัดแจ้งว่าผู้ให้มีเจตนาให้แต่ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งสำคัญแทนสิทธิในทรัพย์สินนั้น ด้วยเจตนาให้ผู้รับมีอำนาจควบคุมจัดการเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการให้ เช่นนี้การให้ย่อมไม่สมบูรณ์เช่นกัน ดังคดี *Trimmer v Danby* (1856) 25 LJ Ch 424 เมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว พบว่าในตู้เหล็กของผู้ตายมีพันธบัตร(bond)สลักหลังระบุชื่อ Danby เป็นผู้รับ ข้อเท็จจริงมีต่อไปว่า Danby เป็นสาวใช้ดูแลรักษาบ้านของผู้ตายเป็นเวลา 40 ปีและถูกขังอยู่ในความครอบครองของDanby ตลอดเวลาจนกระทั่งผู้ให้ถึงแก่ความตาย เช่นนี้แม้ผู้ให้จะมีเจตนายกพันธบัตรให้แก่ผู้รับก็ตามแต่เมื่อผู้ให้ยังไม่ได้มีการแสดงออกอันถือว่าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งสำคัญแทนทรัพย์สินนั้น (เช่นถูกขังตู้เหล็ก) ด้วยเจตนาให้ผู้รับมีอำนาจควบคุมจัดการเหนือพันธบัตรนั้นการให้จึงไม่สมบูรณ์ กรณีนี้เห็นได้ชัดว่าการครอบครองถูกขังของผู้รับ อยู่ในฐานะผู้เก็บรักษาทรัพย์สินไว้แทนผู้ให้เท่านั้น

(3.5) การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายกับทรัพย์สินบางประเภท

1 เชื้อ

กรณีเชื้อเป็นวัตถุแห่งการให้ ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี กรณีแรกเป็นเชื้อที่บุคคลภายนอกส่งจ่ายให้แก่ผู้ให้ประการหนึ่ง และกรณีที่สองเป็นเชื้อที่ผู้ให้ส่งจ่ายให้แก่ผู้รับเอง

ก. เชื้อที่บุคคลภายนอกส่งจ่ายให้แก่ผู้ให้ กรณีที่วัตถุแห่งการให้เป็นเชื้อที่บุคคลภายนอกส่งจ่ายให้แก่ผู้ให้ ย่อมสามารถเป็นวัตถุแห่งการให้ได้และไม่จำเป็นต้องมีการสลักหลังเชื้อโดยผู้ให้³² แม้ว่าหากเป็นการให้เชื้อประเภทนี้ในระหว่างมีชีวิตจะต้องมีการสลักหลังเชื้อก็ตาม

ข. เชื้อที่ผู้ให้ส่งจ่ายให้แก่ผู้รับเอง โดยหลักทั่วไปหากปรากฏว่าผู้ให้ส่งจ่ายเชื้อ

³² ดู คดี *Clement v Cheesman* (1884) 27 ChD 631 ผู้ให้ ให้เชื้อซึ่งส่งจ่ายแก่ผู้ให้ หรือตามคำสั่งของผู้ให้จำนวนสองใบแก่บุตรชายของเขาโดยไม่ได้สลักหลังเชื้อแต่อย่างใด ศาลถือว่าการให้(อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย)สมบูรณ์

ให้แก่ผู้รับและมีเจตนาให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น เชื่อกันว่านี่ไม่สามารถก่อให้เกิดการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ เพราะเชื่อกันว่านี่ไม่ใช่ทรัพย์สินและไม่ก่อให้เกิดการโอนเงินที่อยู่ในธนาคาร เห็นได้ว่าเชื่อกันว่าเป็นเพียงคำสั่งของผู้ให้ขอให้ธนาคารจ่ายเงินให้แก่ผู้รับและเมื่อผู้ให้ตายย่อมถูกเพิกถอนโดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษได้วางหลักยกเว้นให้เชื่อกันที่ผู้ให้สั่งจ่ายให้แก่ผู้รับเอง ในกรณีต่อไปนี้สามารถก่อให้เกิดการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้

- (1) ผู้รับได้เสนอเช็ค(present)ต่อธนาคารและธนาคารได้จ่ายเงินตามที่ระบุในเช็คให้แก่ผู้รับไปก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย (เช่นคดี Bouts v Ellis (1853) 17 Beav 121, 51 ER 978; affirmed 4 De G M&G 249, 43 ER 502)
- (2) ธนาคารได้ยอมรับเช็คที่ได้เสนอก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย (ในคดี Re While [1928] WN 182, ChD ผู้ให้ส่งมอบเช็คให้แก่ผู้รับด้วยเจตนาให้เงินในบัญชีของผู้ให้โดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในทันใดนั้นผู้รับได้ยื่นเช็คให้แก่ผู้ช่วยผู้จัดการธนาคาร(sub manager)ซึ่งได้มาตามที่ผู้ให้ร้องขอ ผู้ให้ตายหลังจากผู้ช่วยผู้จัดการกลับไปประมาณหนึ่งชั่วโมง ศาลถือว่าการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายสมบูรณ์ ณ เวลาที่ผู้ช่วยผู้จัดการได้รับเช็คฉบับนั้นไว้ เพราะถือว่าผู้ช่วยผู้จัดการรับเช็คไว้ในฐานะเจ้าหน้าที่ของธนาคาร
- (3) ผู้รับได้โอนขายเช็คก่อนที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย
- (4) ผู้รับได้รับเงินหลังจากที่ผู้ให้ตายแล้วแต่ธนาคารยังไม่ทราบถึงความตาย

2. ตัวสัญญาใช้เงิน

มีหลักการทำนองเดียวกับเชื่อกันที่ได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ หากผู้สั่งจ่ายตัวสัญญาใช้เงินนั้นเป็นบุคคลภายนอกและผู้ให้ได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับ (แม้มิได้สลักหลังโอนก็ตาม)³³ เช่นนี้หากองค์ประกอบอื่นครบถ้วน การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมสมบูรณ์ กลับกันหากผู้ให้เขียน

³³ ในคดี Veal v Veal (1859) 27 Beav 303, 54 ER 118 แม้ตัวสัญญาใช้เงินจะมีได้มี การสลักหลังก็ตาม การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายย่อมสมบูรณ์

ตัวสัญญาใช้เงินด้วยตนเองและส่งมอบให้แก่ผู้รับ เช่นนี้การให้ยืมไม่สมบูรณ์ เพราะตัวประเภทนี้ไม่ใช่ทรัพย์สินและเป็นเพียงคำมั่นจะให้ทรัพย์สินเท่านั้น

3. ตัวแลกเงิน ใช้หลักพิจารณาเช่นเดียวกับเรื่องเช็ค

4. ที่ดิน (land)

คำพิพากษาคดี Sen v Headly [1991] Ch 425, [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 636, CA วางหลักว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุแห่งการให้ได้ ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นที่ดินประเภท unregistered freehold ปัญหาว่ามีหากเป็นที่ดินประเภท registered land ตกอยู่ในบังคับคำพิพากษานี้ด้วยหรือไม่ ในทางตำราเห็นกันว่าคำพิพากษานี้รวมถึงที่ดินประเภท registered land และเห็นต่อไปว่าการส่งมอบ land certificate ถือว่าเป็นการส่งมอบหลักฐานแห่งสิทธิอันสำคัญแล้ว (essential indicia of title)³⁴

1.3.2 การพิสูจน์เงื่อนไขความมีผลของการให้

เมื่อมีข้อพิพาททางศาล ผู้ให้จำต้องพิสูจน์ถึงความสมบูรณ์ขององค์ประกอบของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายด้วยพยานหลักฐานอย่างชัดเจนและไม่เคลือบคลุมและศาลจะพิจารณารับฟังซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างพินิจพิเคราะห์ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง³⁵ เพื่อป้องกันการฉวยโอกาสใช้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายไปในทางที่ผิดและเป็นการฉ้อโกง

1.4 ผลของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

1.4.1 ผลที่เกิดขึ้นก่อนที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย

แม้ว่าผู้รับจะมีได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับอย่างสมบูรณ์จนกว่าผู้ให้จะถึงแก่ความตาย แต่กระนั้นก็ตามศาลอังกฤษถือว่าผู้รับอยู่ในฐานะผู้ครอบครองรักษาประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นแทนผู้ให้ (trustee for the donor) หากการให้ถูกเพิกถอนผู้รับมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวคืนแก่ผู้ให้

³⁴ see Miller Gareth, *supra* note 18, p.290.

³⁵ ในเรื่องนี้ศาลอังกฤษใช้ถ้อยคำเพื่ออธิบายถึงหลักในการพิจารณารับฟังและซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานแตกต่างกัน เช่น “very carefully – ในคดี Re Dillon (1890) 44 ChD 76 ,CA” , “somewhat rigorously – ในคดี Birch v Treasury Solicitor [1951] Ch 298 ,[1950] 2 All ER 1198,CA” , “the strictest scrutiny – ในคดี Cosnahan v Grice (1862) 15 Moo PC 215, 15 ER 476” เป็นต้น

1.4.2 ผลที่เกิดขึ้นหลังผู้ให้ถึงแก่ความตาย

(1) ทรัพย์สินที่ยกให้ไม่เข้าสู่กระบวนการจัดการมรดก

เมื่อผู้ให้ตายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยกให้ย่อมเปลี่ยนมือเป็นของผู้รับโดยผลของกฎหมายและมีผลย้อนหลังไป ณ เวลาที่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ยกให้จึงไม่ใช่ทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย จึงไม่เข้าสู่กระบวนการจัดการมรดก (probate) อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินบางอย่างที่ผู้ให้ยกให้แก่ผู้รับ เช่น ที่ดิน สิทธิเรียกร้องประเภทต่าง ๆ เป็นต้น จำต้องมีการเปลี่ยนชื่อทางทะเบียนหรือสลักหลังโอนตามรูปแบบของสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ ศาลอังกฤษจึงได้วางหลักให้ ผู้จัดการมรดกอยู่ในฐานะผู้จัดการรักษาผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่ยกให้แทนผู้รับ (trustee for the donee) ผู้จัดการมรดกจึงมีหน้าที่ต้องจัดการโอนทางทะเบียน หรือสลักหลังโอนตามแบบพิธีแห่งสิทธิเรียกร้อง แล้วแต่กรณี หากผู้จัดการมรดกไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ศาลย่อมมีอำนาจบังคับให้ผู้จัดการมรดกกระทำหน้าที่ดังกล่าวได้

(2) รับผิดชอบหนี้ของผู้ตายกรณีที่ยกทรัพย์สินของผู้ตายไม่พอชำระหนี้

(3) หนี้ที่เกิดขึ้นก่อนยอมถูกทำให้พอใจได้ด้วยการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

(4) ทรัพย์สินที่ได้รับตกอยู่ในบังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการริบทรัพย์สิน ค.ศ. 1982

(The Forfeiture Act 1982)

(5) ทรัพย์สินที่ได้รับตกอยู่ในบังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลใน

ครอบครัว ค.ศ. 1975

2. การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กรณีศึกษาประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

2.1 พัฒนาการของหลักการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศภาคพื้นยุโรป³⁶

ในกฎหมายทั่วไปของยุโรป (ius commune) หรือหลักกฎหมายโรมันที่ใช้กันในยุโรป จนกระทั่งถึงยุคประมวลกฎหมายในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 และศตวรรษที่ 19 นั้น หลักการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย หรือที่เรียกกันในภาษาละตินว่า donation mortis causa นั้น เป็นที่รู้จักกัน

³⁶ สัมภาษณ์ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

ทั่วไปในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายว่าด้วยการให้ในอนาคต ซึ่งยอมรับกันว่าผู้ให้มีสิทธิบอกถอนคืน การให้ได้เสมอ³⁷ แต่หลักเรื่องนี้มีความเป็นมาที่ค่อนข้างซับซ้อน และมักเป็นที่เข้าใจกันอย่างไม่ เป็นเอกภาพนัก ทศนะของนักกฎหมายในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศยังมีแตกต่างกัน โดยทั่วไปยังคงได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันที่ตกทอดมา และยังไม่เป็นระบบนัก แต่ก็อาจกล่าว ได้ว่า โดยทั่วไปนักนิติศาสตร์ในยุคศตวรรษที่ 19 ค่อนข้างจะมีทัศนะไปในทางคัดค้านหรือไม่ สนับสนุนหลักการของหลักกฎหมายนี้ที่ถือว่าผู้ให้อาจเพิกถอนการให้ได้เสมอ ทั้งนี้ด้วยเหตุผล ต่าง ๆ กันไป ทำให้มีการปรับใช้และบัญญัติขึ้นเป็นบทกฎหมายแตกต่างกันออกไปในแต่ละ ประเทศ

ความเข้าใจที่ตกทอดมาตามกฎหมายโรมันดั้งเดิมก็คือ *donation mortis causa* เป็น การให้ที่ได้ทำขึ้นเพราะผู้ให้อยู่ในภาวะเสี่ยงภัยต่อความตาย หรือมีเหตุภัยอันตรายที่อาจถึงแก่ชีวิต ของผู้ให้ ด้วยเหตุนี้หากผู้ให้มีได้ถึงแก่ความตาย นิติกรรมก็ยังไม่เป็นผล และผู้ให้อาจบอกถอนคืน การให้ได้เสมอ ความเข้าใจทำนองนี้เห็นได้จากคำสอนของ Thibaut ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย โรมันคนสำคัญแห่งมหาวิทยาลัยไฮเดลเบิร์กในศตวรรษที่ 19 ซึ่งอธิบายไว้ในตำรากฎหมายโรมัน สมัยใหม่ของท่านว่า การบอกถอนการให้ได้เสมอนี้ เป็นลักษณะสำคัญของสัญญาให้อันจะเป็นผล เมื่อผู้ให้ตาย แต่ต่อมามีความเข้าใจข้างต้นนี้ก็ถูกโต้แย้งโดย Savigny³⁸ ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทาง กฎหมายโรมันแห่งมหาวิทยาลัยกรุงเบอร์ลิน โดยเขาได้อธิบายเสียใหม่ในตำรากฎหมายโรมันสมัย ปัจจุบันของเขาว่า ลักษณะสำคัญของสัญญาให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นมิได้อยู่ที่สิทธิในการ บอกถอนคืนการให้ตามที่เคยถือกันมาแต่เดิม แต่สำคัญอยู่ที่เป็นการแสดงเจตนาระหว่าง คู่กรณี จึงเป็นสัญญาให้ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน กล่าวคือสัญญาให้ชนิดนี้ย่อมจะเป็นผลก็ต่อเมื่อ ผู้ให้ตายก่อนผู้รับให้หรือตายพร้อมกัน และด้วยเหตุนี้จึงเป็นการให้ระหว่างมีชีวิต ไม่ใช่การจัดการ ทรัพย์สินเพื่อตาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ แนวคิดที่ว่าสาระสำคัญของสัญญา

³⁷ เราเห็นความเข้าใจทำนองเดียวกันนี้ในฝรั่งเศสได้ในคำอธิบายของ Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 11. ed. Vol.III, Paris 1928, Nr. 2519-2522; ในเยอรมันก็ ปรากฏให้เห็นในคำอธิบายของ Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, 3. Auflage, Vol.III, Halle 1881, §154; และในออสเตรีย ไบรอตดู Unger, *Das österreichische Erbrecht*, Leipzig 1871, p.322.

³⁸ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol.IV, Berlin 1840-49, §170.

ให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายเป็นสัญญาให้อันมีเงื่อนไขบังคับก่อน ไม่ใช่อยู่ที่การที่ผู้ให้มีสิทธิบอกถอนได้เสมอนี้ เป็นที่ยอมรับกันต่อมา และกลายเป็นรากฐานสำคัญในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

แม้พวก Pandektist หรือนักกฎหมายโรมันสมัยใหม่จะยอมรับว่า การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนี้ เป็นการให้ที่อาจบอกถอนคืนได้เสมอ แต่ขณะเดียวกันก็ยอมรับว่า การบอกถอนคืนการให้ได้เสมอนี้ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญาชนิดนี้ และหันมาเน้นว่า การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนี้เป็นการให้ที่จัดได้ว่าอยู่ระหว่าง “การให้ระหว่างมีชีวิต” กับ “การจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย”

ความเห็นที่ต่างกันในเรื่องสาระสำคัญของ การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนี้ส่งผลกระทบต่อไปยังกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายในศตวรรษที่ 19 อันทำให้มีการบัญญัติบทกฎหมายและตีความกฎหมายในเรื่องนี้ต่างกัน ซึ่งนับเป็นสิ่งที่นักกฎหมายยุคหลังทั้งหลายจะพึงให้ความสนใจต่อทัศนคติและการให้ความสำคัญแก่สาระสำคัญของสัญญาในระบบกฎหมายต่าง ๆ นั้นมีแตกต่างกัน

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ยังคงยึดติดอยู่กับหลักในdroit coutumier ที่ว่า “Donner et retenir ne vaut” และยืนยันหลักที่ว่า สัญญาให้เป็นสัญญาที่มีผลผูกพันคู่กรณี ดังนั้นเมื่อให้แล้วก็ไม่อาจเพิกถอนได้ เว้นแต่จะเป็นการให้ในอนาคตที่ได้ทำไว้ในรูปของพินัยกรรม³⁹ ดังที่ต่อมาได้นำหลักที่ว่า การให้ยอมไม่อาจเพิกถอนกันได้นี้ไปตราไว้อย่างแจ้งชัดในมาตรา 894 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil 1804) และประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี (Codice civile 1865) มาตรา 1050 ก็เดินตามหลักข้อนี้ ในขณะที่ความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ในเยอรมัน และในเวลาต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้เดินตาม

ในเยอรมันนั้น แต่เดิมประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งปรัสเซีย (ALR ซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ.1794) เดินตามหลักที่ถือกันมาในกฎหมายโรมันที่ใช้กันในยุโรปในยุคนั้น (ius commune) โดยถือว่าการให้อันจะให้ผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นมีได้สองกรณี คือกรณีแรกเป็นสัญญาให้ที่คู่กรณี

³⁹ ทั้งนี้โดยผลของ Ordinance of 1731 Art.3 ซึ่งกำหนดไว้ว่านับแต่วันที่ใช้กฎหมายนี้ การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ทำตามแบบเดียวกันกับพินัยกรรม ซึ่งน่าจะเป็นที่มาของแนวคิดว่าการให้ชนิดนี้ควรตกอยู่ใต้บังคับหลักกฎหมายว่าด้วยมรดกโดยพินัยกรรม

ตกลงสงวนสิทธิบอกถอนการให้ไว้โดยปริยาย และกรณีที่สองเป็นสัญญาให้ที่ได้ทำขึ้นในระหว่างเกิดภยันตรายแก่ชีวิตของผู้ให้ อันเป็นผลให้ผู้ให้บอกถอนคืนการให้ได้เสมอ

ในกรณีที่เป็นการให้โดยสงวนสิทธิถอนคืนการให้ไว้ ผู้รับให้ย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกันกับทายาทตามพินัยกรรม แต่ถ้าเป็นกรณีเป็นการให้ในระหว่างเกิดภยันตรายแก่ชีวิตของผู้ให้ ก็ถือเป็น การให้ที่ผู้ให้สงวนสิทธิบอกถอนคืนการให้เช่นกัน แต่มีข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การให้นั้นได้ ทำกันโดยถือเอาการที่ผู้ให้ไม่รอดชีวิตจากภยันตรายแก่ชีวิตนั้นเป็นเงื่อนไขหรือไม่ ถ้าถือเอาความ ตายของผู้ให้ในเหตุภยันตรายนั้น หรือเอาความตายของผู้ให้ในขณะที่ผู้รับให้ยังมีชีวิตอยู่เป็น เงื่อนไข ดังนี้หากผู้ให้ไม่ตาย เงื่อนไขย่อมตกไป การให้นั้นย่อมปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ทรัพย์สินที่ให้ยังจัดเป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของผู้ให้อยู่ ดังนี้ผู้ให้ก็ดี หรือทายาทของผู้ให้ก็ดี ต่างมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ แต่ถ้ามิได้ถือเอาความตายเป็นเงื่อนไข กรณีย่อมเป็นการให้ที่ผู้ให้มี สิทธิบอกถอนคืนการให้ในฐานะเป็นสิทธิเฉพาะตัว ดังนั้นหากผู้ให้ไม่ได้ถึงแก่ความตายก็ย่อมมีแต่ ผู้ให้เท่านั้นที่มีสิทธิบอกถอนคืนการให้นี้ หากต่อมาผู้ให้ตายโดยไม่ได้บอกถอนคืนการให้ สิทธิบอก ถอนคืนการให้ย่อมระงับไป ทรัพย์สินที่ให้ไม่อยู่ในกองมรดก และทายาทย่อมไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สิน นั้นคืน (ALR I, ii, §§1134-1139)

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งจักรวรรดิออสเตรีย (ABGB) ขึ้นเมื่อ ค.ศ.1811 กฎหมายของออสเตรียก็ยังคงถือว่าการให้อันจะให้เป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นเป็นการให้อัน อาจบอกถอนคืนการให้ได้เสมอเช่นเดียวกัน และกำหนดต่อไปด้วยว่า ให้การให้ประเภทนี้ตกอยู่ได้

บังคับแห่งบทบัญญัติว่าด้วยมรดกโดยพินัยกรรม แต่ก็ยอมให้คู่กรณีตกลงทำสัญญา ให้กันโดยสละสิทธิบอกถอนคืนการให้ได้ด้วย แต่การสละสิทธิบอกถอนคืนการให้ต้องทำเป็น หนังสือสำคัญ (คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานโนตารี) และต้องส่งมอบหนังสือ นั้นแก่ผู้รับให้ (ABGB §§603, 956)

ส่วนในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมีการประกาศใช้เมื่อ ค.ศ.1804 นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังถือตามแนวที่มีมาในประมวลกฎหมายที่มีมาก่อนนั้น โดยถือว่า สาระสำคัญของการให้อันจะให้เป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นอยู่ที่สิทธิบอกถอนคืนการให้ได้เสมอ ด้วย เหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงไม่ถือว่า การให้อันจะให้เป็นผลเมื่อผู้ให้ตายเป็นการให้ที่มี เงื่อนไข โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดเอาการที่ผู้รับให้มีชีวิตรอดอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่

ความตายเป็นเงื่อนไขตามแนวคิดของ Savigny แต่อย่างไร

เราเห็นได้ว่ามาตรา 894 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นบัญญัติไว้แจ้งชัดว่า การให้ย่อมมีผลผูกพัน ด้วยเหตุนี้จึงเกิดความเข้าใจแพร่หลายต่อมาว่า การให้อันจะให้เป็นผลเมื่อ

ผู้ให้ตายที่ยอมให้ผู้ให้บอกถอนคืนการให้ได้เสมออันมีมาแต่เดิมนั้นขัดต่อหลักกฎหมายนี้ (แม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายห้ามการให้ชนิดนี้ไว้ก็ตาม) การทำสัญญาให้อันจะให้ผลเมื่อตายชนิดที่ผู้ให้อาจบอกถอนคืนการให้ได้เสมอจึงต้องทำกันในรูปของพินัยกรรมเท่านั้น ส่วนกรณีที่เป็นการให้ชนิดที่ไม่อาจบอกถอนคืนได้ตามอำเภอใจ แต่ถือเอาความตายของผู้ให้ในขณะที่ผู้รับยังมีชีวิตอยู่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนนั้น กฎหมายฝรั่งเศสก็ยังยอมรับบังคับให้ในฐานะเป็นสัญญาให้ในระหว่างผู้มีชีวิต

ปัญหาทำนองเดียวกันนี้ ก็เป็นปัญหาอันเป็นที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในสเปน เช่นเดียวกัน และสเปนก็ได้เดินตายรอยเดียวกันกับฝรั่งเศสและอิตาลี ศาลสเปนพากันถือว่าการให้

อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายเป็นการให้โดยมีความตายหรือภยันตรายแก่ชีวิตเป็นมูลเหตุชักจูงใจ

ร่วมกัน และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมมีเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินแก่กันเฉพาะในกรณีที่ผู้รับให้มีชีวิตรอดอยู่ในเวลาที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย และดังนั้นถ้าผู้ให้ยังไม่ถึงแก่ความตาย ผู้ให้ย่อมมีสิทธิบอกถอนคืนการให้ได้เสมอ เป็นการให้โดยมีการตกลงสงวนสิทธิบอกถอนคืนการให้นั่นเอง ด้วยเหตุนี้มาตรา 620 ของประมวลกฎหมายแพ่งสเปนจึงวางหลักไว้ว่า การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นต้องตกอยู่ใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยมรดกโดยพินัยกรรม

กรณีของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นนับว่าเป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากระบบกฎหมายในกลุ่มโรมานิก (ฝรั่งเศส อิตาลี และสเปน) ทั้งนี้ด้วยอิทธิพลของหลักตรรกะในทางกฎหมายตามแนวคิดของ Savigny ที่ถือว่าสาระสำคัญของการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้นอยู่ที่การให้โดยมีเงื่อนไขว่าผู้รับให้มีชีวิตอยู่ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย แต่ไม่ยอมรับว่าผู้ให้มีสิทธิบอกถอนคืนการให้ได้เสมอ ดังนั้นการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้น หากคู่กรณีได้ทำการให้กันเสร็จเด็ดขาดไปแล้วก็ต้องถือตามหลักกฎหมายลักษณะให้ แต่ถ้าการให้นั้นยังไม่เสร็จเด็ดขาดเป็นแต่เพียงก่อความผูกพันกันโดยจะให้เป็นผลเมื่อตาย กรณีย่อมถือได้ว่าใกล้เคียงกับการจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย และควรตกอยู่ใต้บังคับแห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกตามพินัยกรรม

ทั้งนี้โดยไม่ถือว่าการสงวนสิทธิบอกถอนคืนการให้เป็นสาระสำคัญในสัญญาชนิดนี้แต่ประการใดเลย และในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น เมื่อมีการเสนอให้บัญญัติขึ้นเป็นหลักเกณฑ์พิเศษในเรื่องให้ กรรมการร่างประมวลกฎหมายชุดที่สองได้ลงความเห็นที่ไม่จำเป็นเพราะเป็นเรื่องที่บังคับกันได้ตามหลักทั่วไป แต่เพื่อความชัดเจนก็ได้มีมติให้นำไปบัญญัติไว้ในเรื่องมรดกแทนดังจะเห็นได้ในมาตรา 2301 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ประมวลกฎหมายสวิสก็ถือตามหลักเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้มีการนำหลักเรื่องนี้ไปบัญญัติไว้ในมาตรา 245 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของสวิสอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องให้ โดยวางหลักว่า การให้อาจตกลงกันโดยมีเงื่อนไข หรือโดยมีภาระอย่างอื่นได้ และการให้อันจะมีผลเมื่อผู้ให้ตายนั้น ให้อยู่ได้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยมรดกโดยพินัยกรรม

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนใคร่ขอวิเคราะห์เป็นข้อสังเกตว่า เหตุที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสวางหลักไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงกระทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ถือหลักทฤษฎีการแสดงเจตนา (Will Theory) เป็นเหตุผลเบื้องต้นหลังการร่างประมวลกฎหมาย ดังนั้น หากคู่กรณีมีเจตนากระทำการให้แล้ว ก็ต้องถือเด็ดขาดกันไป ไม่สามารถเพิกถอนคืนได้ และหากยอมให้มีการปฏิบัติการให้แล้วสงวนสิทธิบอกถอนคืนการให้ได้ทุกเมื่อ ก็จะขัดกับหลักทฤษฎีดังกล่าว และยังขัดกับหลักสุภาษิตจารีตประเพณีที่ว่า “ให้แล้วยังสงวนทรัพย์ไว้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการให้” และประกอบกับผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้น มีทัศนคติอันสืบเนื่องมาจากจารีตประเพณีเก่าของฝรั่งเศสที่จำกัดเสรีภาพในการจำหน่ายทรัพย์สิน โดยไม่ต้องการเปิดช่องให้มีช่องทางจำหน่ายทรัพย์สินเพิ่มขึ้นอีก ทั้งนี้เพื่อสงวนทรัพย์สินไว้ให้แก่ครอบครัว⁴⁰ ดังนั้น กฎหมายฝรั่งเศสจึงวางหลักว่า หากคู่กรณีต้องการยกทรัพย์ให้ในลักษณะผู้ให้สงวนสิทธิในการบอกถอนคืนการให้ ดังนี้ก็ต้องทำเป็นพินัยกรรม อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้วางข้อยกเว้นให้คู่กรณีทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ เช่น ตามมาตรา 947 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยกเว้นให้คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรส หรือสัญญาระหว่างสมรสให้ทรัพย์สินแก่คู่สมรส หรือบุตรที่จะเกิดขึ้นเมื่อตายได้ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน คณะผู้ร่างยอมรับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในฐานะเป็นการให้ที่มีเงื่อนไข โดยถือเอาความมีชีวิตรอดอยู่ของผู้รับการให้เป็นเงื่อนไข และถือเอาความตายของผู้ให้เป็นเงื่อนไขเวลา หนึ่ง และด้วยเหตุนี้ทรัพย์ที่ยกให้จะตกกลับคืนไปเป็นของผู้ให้หรือทายาทของผู้ให้เพียงใด ขึ้นอยู่กับการตีความการแสดงเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้และคู่กรณีประกอบกัน อีกนัยหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่าสิทธิบอกถอนคืนการให้ขึ้นอยู่กับ

⁴⁰ Alfredo Mordechai Rabello , “ ON GIFTS AND THE DAY OF DEATH

SECTION 8(b) OF THE ISRAELI SUCCESSION LAW 5725 – 1965 AND THE DISTINCTION BETWEEN GIFTS INTER VIVOS AND GIFTS MORTIS CAUSA”, Developments in Austrian and Israeli Private Law Springer, (Wien – New York, 1999), pp.267 – 290.

กับพฤติการณ์ประกอบกรให้หรือข้อตกลงแจ้งชัดของคู่กรณี ดังนั้นด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่าการให้ประเภทนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับการจัดการทรัพย์สินเพื่อตาย ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2301 วรรค 1 จึงวางหลักให้นำบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้โดยอนุโลม แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว แต่ต้องการให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้ ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเช่นกัน

2.2 การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในประเทศเยอรมนี⁴¹

หลักกฎหมายเรื่องกรให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 2301⁴² ความว่า

“บทบัญญัติว่าด้วยการจัดการทรัพย์สินเพื่อตายให้นำมาปรับใช้กับสัญญาให้ซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่าผู้รับให้ต้องมีชีวิตอยู่ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ ให้ใช้บังคับกรณีการจะชำระหนี้หรือรับสภาพหนี้ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 780 และมาตรา 781 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขเช่นเดียวกัน

หากผู้ให้ปฏิบัติกรให้โดยส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้โดยอนุโลม”

⁴¹ สัมภาษณ์ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันที่ 29 พฤษภาคม 2553

⁴² § 2301 [Promise of gifts *mortis causa*]

(1) The provisions relating to dispositions *mortis causa* apply to a promise of a gift made subject to the condition that the donee shall survive the donor. The same applies to a promise of debt or acknowledgement of debt of the kind specified in §§780, 781 , made by way subject to the same condition.

(2) If the donor executes the gift by delivery of the object given, the provisions relating to gifts *inter vivos* apply

See Ian S. Forrester, Simon L. Goren, and Han-Michael Ilgen, The German Civil Code(as amended to January 1, 1975), Translated with an Introduction, (South Hackensack, New Jersey: Fred B. Rothman & Co., 1975), p.361.

ในเบื้องต้น ต้องทำความเข้าใจว่า “การให้” มีความหมายกว้าง มิได้มีความหมายเพียงว่า ต้องเป็นการให้และรับการให้ที่เป็นการสำเร็จเด็ดขาดแล้วเท่านั้น แต่กินความรวมถึงการกระทำ การใดเพื่อให้กองทรัพย์สินของตนลดน้อยถอยลงในขณะที่ตนเองมีชีวิตอยู่ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้สำเร็จเป็นการให้ได้

การให้สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การให้ในระหว่างมีชีวิต และการให้อันจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย สำหรับการให้ประเภทหลังนี้ สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี

กรณีแรก การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย หมายถึง การให้ซึ่ง จะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย โดยถือเอาความตายของผู้ให้เป็นเงื่อนไข และควมมีชีวิตรอดอยู่ของผู้รับให้ในขณะที่ผู้ให้ตายเป็นเงื่อนไข ซึ่งในแง่นี้ มิได้ทั้งเงื่อนไขบังคับก่อน กล่าวคือ การมีชีวิตอยู่ของผู้รับให้ในขณะที่ผู้ให้ตายเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน หรือถือเอาความตายของผู้รับให้ ในกรณีที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่เป็นเงื่อนไขบังคับหลัง ซึ่งกรณีเหล่านี้ให้พิจารณาโดยอาศัยหลักเรื่องการแสดงเจตนา ข้อที่สำคัญคือ ถ้าหากว่าผู้ให้หรือเจ้ามรดกมีเจตนาจะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นการเฉพาะตัวแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็อาจสันนิษฐานได้ว่า ผู้ให้มิเจตนา ที่จะให้ โดยถือเอาความตายของตนและควมมีชีวิตอยู่เป็นเงื่อนไข แต่ถ้าหากว่าผู้ให้ประสงค์ที่จะยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับให้โดยไม่เจาะจงเฉพาะตัว เช่น มีเจตนาที่จะให้เป็นประโยชน์ของผู้รับให้ด้วยหรือทายาทด้วย เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ผู้ให้มิถือเอาควมมีชีวิตอยู่ของผู้รับให้ในขณะที่ผู้ให้ตายเป็นเงื่อนไข เช่น ผู้ให้ยกทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับใช้ โดยมุ่งที่จะให้เป็นหลักประกันทางทรัพย์สินแก่ผู้รับใช้และครอบครัวของผู้รับใช้ เช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเจตนาที่แท้จริงมุ่งให้เป็นหลักประกันแก่ผู้รับใช้และครอบครัว เพราะฉะนั้นจึงมิได้ถือเอาการที่ผู้รับใช้มีชีวิตอยู่เอาในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการให้เป็นนิติกรรมมุ่งกระทำต่อบุคคลเฉพาะตัว เช่นเดียวกับสัญญาเช่า ในกฎหมายเยอรมัน หากผู้รับให้ตายก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่ความตาย กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน หากผู้รับการให้ตายก่อนเช่นนี้ ผลย่อมทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ หากทรัพย์สินตกอยู่ในความครอบครองของผู้รับให้แล้ว ผู้ให้สามารถเรียกทรัพย์สินคืนได้ตามหลักลาภมิควรได้

กรณีที่สอง เป็นกรณีตามมาตรา 2301 วรรคสอง ซึ่งผู้ให้ได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว ในระหว่างมีชีวิต แต่มุ่งประสงค์ให้การให้เป็นผลต่อเมื่อตนได้ถึงแก่กรรมไปแล้ว

อย่างไรก็ตาม การให้ในระหว่างมีชีวิตในบางรูปแบบ เกิดสำเร็จผลต่อเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย เช่นนี้เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต มิใช่เป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ได้ตัวอย่างเช่น หากผู้ให้ได้มีเจตนาที่แท้จริงต้องการให้ในระหว่างมีชีวิต แต่ปรากฏว่าการชำระหนี้ นั้น ได้กระทำกันเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย กรณีนี้ มิใช่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นแต่

เพียงการให้ ที่มีเงื่อนไขในการชำระหนี้ หรือในกรณีที่ ผู้ให้ตกลงให้ภาพวาดแก่เพื่อนของตน โดยประสงค์ที่จะให้เสร็จเด็ดขาดไป โดยไม่เจาะจงว่าผู้รับให้จะต้องมีชีวิตอยู่หรือไม่ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย ต่อมาผู้ให้ได้ขอเยี่ยมภาพวาดนั้นกลับมา โดยมีข้อตกลงกันว่าหากผู้ให้ถึงแก่ความตาย ให้ผู้รับมารับภาพวาดกลับคืนไป เช่นนี้เป็นกรณีก่อนที่ในระหว่างมีชีวิตโดยแท้ หรือในกรณีที่ผู้ให้มิเจตนาประสงค์ให้เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต แต่ผู้ให้ได้มอบหมายให้ผู้รับมอบอำนาจ หรือคนเดินสาร หรือ ตัวแทน ไปแสดงเจตนาแก่ผู้รับ เพื่อทำให้การให้สำเร็จเด็ดขาดลง แต่ปรากฏว่า ก่อนที่ผู้รับมอบอำนาจหรือตัวแทนจะดำเนินการให้สำเร็จ ผู้ให้ได้ถึงแก่ความตายเสียก่อน กรณีเช่นนี้หากปรากฏว่า ผู้รับมอบอำนาจได้ไปทำการให้สำเร็จหลังจากผู้ให้ตายแล้ว การให้ก็ถือเป็นกรณีก่อนที่ในระหว่างมีชีวิต ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 2301 แต่เป็นการให้ระหว่างผู้มีชีวิตตามธรรมดา ซึ่งตามปกติ ทายาทของผู้ให้สามารถเพิกถอนกรณีก่อนที่ผู้รับมอบอำนาจจะทำการสำเร็จก็ได้ เว้นแต่ผู้ให้จะได้ทำพินัยกรรมจำกัดสิทธิในการเพิกถอนของทายาทไว้ ยกตัวอย่าง เช่น เจ้ามรดก(ผู้ให้) ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เลขานุการของตน เพื่อนำไปส่งมอบแก่บุตรนอกสมรส เพราะเกรงว่าหากตนถึงแก่ความตาย บุตรนอกสมรสจะไม่ได้รับมรดก จะเห็นได้ว่า ผู้ให้ประสงค์จะให้เกิดผลทันทีในระหว่างมีชีวิต ดังนั้นหากเจ้ามรดกถึงแก่กรรมไปก่อน ที่เลขานุการจะนำทรัพย์สินไปมอบให้ เช่นนี้การแสดงเจตนาของผู้ให้ก็มีผลบังคับได้ และหากเลขานุการกระทำการไปโดยสุจริตและการให้ก็มีผล แต่การให้ประเภทนี้มีใช้เป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย แต่เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต เพราะผู้ให้ประสงค์ต่อผลตั้งแต่นั้นมีชีวิต เพียงแต่สำเร็จผลเมื่อผู้ให้ตาย

เมื่อเราพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 2301 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประกอบกันสามารถอธิบายได้ว่า โดยทั่วไปแล้วการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นการจัดการทรัพย์สินเพื่อตาย จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม (มาตรา 2301 วรรคหนึ่ง) อย่างไรก็ตามถ้าปรากฏแน่ชัดว่าผู้ให้ไม่ได้มีเจตนาที่จะจัดการทรัพย์สินเพื่อตาย แต่ประสงค์ทำการให้เสร็จเด็ดขาดลงตั้งแต่ตนยังไม่ตาย เพียงแต่ประสงค์ให้เป็นผลเมื่อตาย ก็ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาใช้บังคับ (มาตรา 2301 วรรคสอง) ในทำนองเดียวกัน การให้ซึ่งผู้ให้ประสงค์จะให้ เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย แต่ยังไม่เสร็จเด็ดขาด ก็ต้องอยู่ในบังคับว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม

ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปและเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันในกฎหมายเยอรมัน การปฏิบัติกรณีก่อนที่ในระหว่างมีชีวิตจะถือได้ว่าการเป็นการยกทรัพย์สินให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว ซึ่งในบันทึกของกรรมการร่างกฎหมาย ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้อธิบายว่า การให้ นั้น ไม่ว่าจะ

จะเป็นคำมั่นว่าจะให้ หรือเป็นสัญญาให้ หากได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ให้ทรัพย์หรือสิ่งหนึ่งสิ่งใด ที่จะยกให้แก่กันนั้น พ้นไปจากกองทรัพย์สินของตนหรืออำนาจจัดการทรัพย์สินของตนโดยตรง และโดยทันที ย่อมถือได้ว่าเป็นการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว เมื่อพิจารณาในแง่นี้ ก็มีนักวิชาการนักนิติศาสตร์เยอรมัน ได้อธิบายว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย แตกต่างจากการจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย เพราะการจัดการทรัพย์สินเมื่อตายนั้น ไม่ได้ประสงค์ที่จะทำให้กองทรัพย์สินของเจ้ามรดกเปลี่ยนแปลงไปในระหว่างที่เจ้ามรดกยังมีชีวิตอยู่ เช่นนี้จึงเรียกได้ว่าเป็นการจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย หากประสงค์ให้กองทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงไปในระหว่างมีชีวิต ไม่ใช่การจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย การทำให้ทรัพย์สินลดน้อยถอยลง หรืออำนาจจัดการทรัพย์สินลดน้อยถอยลง หรือจำกัดลง ก็แตกต่างลงจากการโอนทรัพย์สินหรือการโอนสิทธิในทรัพย์สินเปลี่ยนมือไป โดยปราศจากเงื่อนไข เพราะถ้าหากว่ามีการโอนทรัพย์สินสำเร็จเด็ดขาดไปแล้ว การจัดการทรัพย์สินในลักษณะเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยไม่มีเงื่อนไข ก็มีใช่เป็นการจัดการทรัพย์สินเมื่อตาย และไม่ใช่ว่าเป็นการจัดการทรัพย์สินโดยหวังให้เป็นผลเมื่อตาย หากเป็นการให้ ก็เป็นการให้ที่สมบูรณ์และเสร็จสิ้นไปแล้วโดยบริบูรณ์ เห็นได้ว่าประเด็นนี้แตกต่างจากการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ตรงที่การให้อันจะให้ผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ถือได้ว่าเสร็จเด็ดขาดเมื่อเป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นลดน้อยถอยลง หรือ เปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น เสร็จเด็ดขาดลงไป โดยมุ่งให้เป็นผลเมื่อตาย หากกล่าวโดยอุปมา จะเห็นได้ว่าการจัดการทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการให้เสร็จเด็ดขาด จะมีลักษณะเข้มขันน้อยกว่า การปฏิบัติการให้ที่สำเร็จบริบูรณ์ อย่างไรก็ตามย่อมมากกว่า การก่อความผูกพันทางหนี้ ที่ยังไม่กระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์หรือสิทธิจัดการทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์(ผู้ให้) แต่แม้กระนั้นก็ตามการให้เสร็จเด็ดขาด กรณีการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ก็ยังบางเบาว่า การโอนทรัพย์สินหรือการทำให้สิทธิเหนือทรัพย์สินเปลี่ยนมือไป ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการให้ย่อมสำเร็จเด็ดขาดเมื่อผู้รับการให้ได้สิทธิ ที่จะได้ทรัพย์นั้น หรือสิทธิที่จะได้สิ่งหนึ่งสิ่งใดจากผู้ให้แล้ว และเป็นสิทธิที่จะได้สิทธิเหนือทรัพย์สิน ไม่ใช่เป็นแต่เพียงสิทธิที่จะเรียกให้ชำระหนี้ และนอกจากนี้ ในการให้นั้น จะเสร็จเด็ดขาดก็ต่อเมื่อ ผู้ให้ได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ในลักษณะที่ไม่อาจเพิกถอน หรือทำให้สิทธิที่ได้จัดการหรือเปลี่ยนแปลงไปแล้วนั้นได้รับการกระทบกระเทือนอีก การพิจารณาในแง่นี้ ย่อมเห็นได้ว่า เป็นการพิจารณาทางฝ่ายผู้ให้ ว่ามีทรัพย์สินลดน้อยถอยลง ก็เพียงพอแล้ว ในการที่จะถือว่าผู้ให้ปฏิบัติการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายเสร็จเด็ดขาดแล้ว ตั้งแต่ยังมีชีวิตจึงถือได้ว่าเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต จึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้

จากตัวอย่างย่อมนั้นเห็นว่า ผู้ให้ได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว เมื่อได้จำกัดหรือตัดอำนาจเหนือทรัพย์สินของตนลง โดยที่ กรรมสิทธิ์ยังไม่เปลี่ยนมือไป ยังบุคคลอื่น เช่นนี้ถือได้ว่าเป็น การให้ที่เสร็จเด็ดขาดในระหว่างมีชีวิตแล้ว เช่นการโอนทรัพย์สิน สิ่งหนึ่งสิ่งใด โดยมีเงื่อนไขบังคับ ก่อน หรือการโอนทรัพย์สินให้แก่คนกลาง ผู้ทำหน้าที่ปกครองทรัพย์สิน โดยยอมให้คนกลางผู้ทำหน้าที่ปกครองทรัพย์สินมีอำนาจเหนือทรัพย์สิน หากผู้ให้มอบหมายให้คนกลางผู้ปกครองทรัพย์สินนั้น ทำการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับให้ ก็ถือได้ว่าผู้ให้ได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว แม้ในระหว่างนั้น ผู้ให้อาจจะยังได้ชื่อว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่ก็ตาม การที่เขาจำกัดอำนาจเหนือทรัพย์สินของตน ไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินนั้นได้อีก ก็ถือได้ว่าเป็นการให้ที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว แต่ถ้าผู้ให้ยังมีสิทธิ์ที่จะเรียกทรัพย์สินคืนได้จากผู้รับตามอำเภอใจ ก็ไม่ถือได้ว่าเป็นการให้ที่เสร็จเด็ดขาด ในกรณีที่ผู้ให้ไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินอีกต่อไป และผู้ปกครองทรัพย์สิน ทำการให้ทรัพย์สินแก่บุคคลภายนอกเมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ก็ถือเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต เพราะประสงค์ในระหว่างมีชีวิต รวมทั้งได้จัดการสิทธิในทรัพย์สินเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว ในกรณีทำนองเดียวกันนี้ ยังมีได้อีก หากผู้ให้ได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จนเป็นทางให้ผู้รับให้ ได้สิทธิไป โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ที่เป็นไปเอง ชนิดที่ผู้ให้หรือเจ้ามรดก หรือทายาทของผู้ให้ ไม่ต้องทำอะไรอีก ในกรณีเช่นนี้ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้ เพราะการให้ได้ทำเสร็จเด็ดขาดแล้ว

เมื่อพิจารณาหาคำอธิบายในบทบัญญัติมาตรา 2301 ย่อมเห็นได้ว่า มีลักษณะเป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้รับให้ต้องมีชีวิตอยู่ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย การให้ชนิดนี้ หากผู้ให้ประสงค์จะให้เสร็จเด็ดขาดไปตั้งแต่ตนมีชีวิตอยู่ ก็ต้องถือเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต โดยมีเงื่อนไขว่าเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย อย่างไรก็ตาม การให้อันจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ไม่ถือว่าเป็นเอกเทศสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ในเรื่องนิติกรรม ซึ่งอาจตกอยู่ภายใต้บังคับบทกฎหมายได้หลายบท กรณีที่ไม่มีปัญหาได้แก่ ผู้ให้หรือเจ้ามรดก ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับให้โดยตรงด้วยตนเอง หรือ ใ้ให้ผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้ทำการให้แก่ผู้รับให้ตั้งแต่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ หรือทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะที่ทำให้กองทรัพย์สินของผู้ให้ลดลง โดยกำหนดเงื่อนไข ว่าเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย เช่นนี้ เป็นกรณีที่เข้าบังคับมาตรา 2301 วรรค 2 แต่หากเป็นแต่เพียงการแสดงเจตนาให้ และผู้รับแสดงเจตนารับ เพื่อไว้ในกรณีที่ผู้ให้ตาย โดยทั้งคู่ประสงค์จะให้ผลเมื่อผู้ให้ตาย ไม่ได้ประสงค์ให้มีผลในระหว่างที่ผู้ให้มีชีวิต เช่น แสดงเจตนากันไว้โดยไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินหรือจัดการอย่างหนึ่งอย่างใด ลงไป ก็เป็นแต่เพียงการก่อความผูกพันลงไป ที่มุ่งจะให้ผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย กรณีเช่นนี้ถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ให้เสร็จเด็ดขาดลง

ไป ย่อมตกอยู่ใต้กฎหมายมรดก หรือถ้าหากว่า ก่อความผูกพันกันโดยไม่ได้ทำตามแบบนิติกรรม นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ

บทบัญญัติในมาตรา 2301 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของทายาทและสิทธิของผู้รับให้ ในแง่ของทายาท มาตราดังกล่าวนี้ มุ่งป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมายลักษณะมรดก ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ(jus cogen) จึงไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ แต่นักนิติศาสตร์ก็มีความเห็นด้วยว่า การตีความบทบัญญัติมาตรา 2301 ไม่ควรตีความให้มีความหมายคุ้มครองผู้เป็นทายาทอย่างกว้างขวางจนเกินไป จนทำให้กระทบต่อเสรีภาพทางทรัพย์สินของเจ้ามรดก ที่จะจัดการทรัพย์สินของตนได้อย่างอิสระในระหว่างที่ตนมีชีวิตอยู่ ด้วยเหตุนี้ ผู้บัญญัติกฎหมายจึงวางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการจัดการทรัพย์สินของผู้ให้ ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองผู้รับให้ไว้ในมาตรา 2301 วรรค 2 และเป็นที่ยอมรับกันว่าความจำเป็นและความต้องการอย่างหลากหลายในสังคม ซึ่งมีการติดต่อค้าขายกันอย่างทรัพย์สินนั้น ก่อให้เกิดความจำเป็นในการยอมรับ ระบบการให้ในระหว่างมีชีวิต อันจะให้ เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย

สิ่งสำคัญในกฎหมายเยอรมัน คือจะต้องแยกแยะการแสดงเจตนา ผูกพันกันในทางหนึ่งที่จะให้ทรัพย์สินแก่กัน กับการแสดงเจตนาที่จะให้สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนมือไป ระหว่างผู้ให้กับผู้รับให้ ซึ่งก็คือการก่อความผูกพันทางหนึ่ง กับการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินซึ่งเรื่องนี้ นอกจากนั้น ในกฎหมายเยอรมันยังยอมรับความจำเป็นและความเป็นไปได้ในการทำสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกในรูปของการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย ซึ่งทำให้เกิดการเลี่ยงบทบัญญัติมรดก เกิดขึ้นได้ง่าย ในทางตำรา จึงเกิดข้อโต้แย้ง ไม่ลงรอยกันว่าจะยอมรับให้เสรีภาพในการจัดการทรัพย์สินในรูปของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น มีขอบเขตกว้างขวางเพียงไร ซึ่งการที่จะเข้าใจปัญหานี้ได้ ต้องไปทำความเข้าใจปัญหานี้ เกี่ยวโยงกับปัญหาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าของพันธบัตรหรือตั๋วเงินที่ฝากพันธบัตรหรือตั๋วเงินนั้นไว้ในตู้നിรัภัยของธนาคาร ตกลงมอบอำนาจและมอบหมายให้ธนาคารซึ่งเป็นผู้สัญญา กับตนนั้น ส่งมอบตั๋วเงินหรือพันธบัตรทั้งหมดแก่นุภรรยาหรือเพื่อนของตน เมื่อตนถึงแก่ความตาย โดยไม่ได้ทำไว้เป็นพินัยกรรม ก็เกิดปัญหาถกเถียงกันว่าเป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในรูปสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกหรือไม่เพียงใด หรือในกรณีที่เจ้าของบัญชี เงินฝาก ที่ทำไว้กับธนาคาร ฝากเงินไว้เพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก แล้วตกลงให้ธนาคารแจ้งแก่บุคคลภายนอกถึงสิทธิที่จะได้รับเงินในบัญชีเงินฝากนี้ เมื่อผู้เปิดบัญชีถึงแก่ความตาย ดังนี้จะเห็นได้ว่า การให้ยังไม่มีการรับให้ เช่นนี้จะนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยมรดกพินัยกรรมมาปรับ

ใช้ หรือ นำบทบัญญัติเรื่องการให้ในระหว่างมีชีวิตอันจะเป็นผลเมื่อตายมาปรับใช้ ปัญหาเดียวกันนี้จะเห็นได้ในสัญญาประกันชีวิต ที่กำหนดตัวผู้รับประโยชน์ แต่เนื่องจากในเรื่องนี้ มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้แล้ว ทำให้มีปัญหาน้อยลง แต่เชื่อว่า不会有เสียเลย ปัญหาเหล่านี้ นำไปสู่ปัญหาของทายาทของผู้ให้ และเจ้านั้นของผู้ให้ ในการที่จะอ้างสิทธิทางมรดก หรือสิทธิทางหนี้ เนื้อเงินฝากนั้น

ปัญหาที่เป็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาการตีความการแสดงเจตนาของผู้ให้ ซึ่งย่อมจะมีการโต้แย้งกันเป็นธรรมดา ว่าเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิตหรือเป็นการจัดการทรัพย์สินเผื่อตาย การให้ที่มุ่งให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับ เพราะคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้รับ เป็นมูลเหตุจูงใจสำคัญนั้น พอจะทำให้เราสันนิษฐานได้ว่า ผู้ให้ประสงค์จะให้ผลได้แก่ผู้รับตั้งแต่วันที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่มากกว่าจะเป็นการแสดงเจตนาจัดการทรัพย์สินเผื่อตาย แต่หลักการนี้ ก็ไม่อาจถือเป็นสูตรสำเร็จตายตัวได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องประกอบไปด้วยเสมอ ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดได้แน่ชัดว่าเจ้ามรดกมีเจตนาอย่างไรในกฎหมายเยอรมัน ก่อให้นำเอาบทกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมมาปรับใช้ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักการตีความการแสดงเจตนาในทางมรดกและพินัยกรรมว่า ต้องตีความในทางที่ช่วยให้เจตนาของเจ้ามรดกมีผลบังคับได้ ซึ่งทำให้เป็นผลไปว่า ไม่มีเจตนาจัดการทรัพย์สินเผื่อตายก็ได้ ถ้าเจตนาอื่น ๆ มุ่งต่อการ ก่อให้เกิดผลในทางเศรษฐกิจ ในอนาคตยิ่งกว่าจะให้เกิดผลทันที หรือมุ่งให้เกิดผลหลังจากที่ตนตายไปแล้ว การตีความไปในทางที่ทำให้เจตนาของเจ้ามรดก มีผลบังคับในกรณีนี้ จึงต้องตีความว่าเป็นการแสดงเจตนาเผื่อตาย ซึ่งจะนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า ไม่ใช่เป็นการให้ในระหว่างการมีชีวิต มีปัญหาคิดต่อไปว่า การยอมรับสภาพหนี้ ในกรณีที่ผู้ได้ประโยชน์ยังมีชีวิตอยู่ โดยมุ่งให้เป็นผลเมื่อผู้รับสภาพหนี้ถึงแก่ความตาย จะถือว่าอยู่ได้บังคับหลักเรื่องให้อันจะเป็นผลเมื่อตายเพียงใด หรือการปลดหนี้โดยจะให้เป็นผลเมื่อตาย จะถือว่าเป็นการให้อันจะเป็นผลเมื่อตายอย่างหนึ่งได้หรือไม่ และจะต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องการให้ในระหว่างมีชีวิตหรือเป็นเรื่องมรดกและพินัยกรรม เหล่านี้เป็นปัญหาในเรื่องการตีความการแสดงเจตนาของผู้ให้

ประเด็นต่อไปก็คือว่า กรณีที่เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต ซึ่งต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง หากไม่ได้ทำตามแบบ นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ การให้นั้นก็ตกเป็นโมฆะ แต่ตามกฎหมายเยอรมัน มีข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา 582 แม้การให้ไม่ได้ทำตามแบบ หากได้มีการทำการทุกอย่าง เพื่อให้การให้นั้นได้สำเร็จเสร็จสิ้นลงแล้ว นิติกรรมการให้นั้น ย่อมกลับมีผลสมบูรณ์ได้ บทบัญญัติในทำนองนี้ในกฎหมายไทยไม่มี การที่กฎหมายเยอรมันบัญญัติเช่นนี้ มีผลสำคัญในเรื่องขอบเขตมาตรา 2301 เพราะแม้การให้ซึ่งทำเสร็จเด็ดขาดไปโดยไม่ได้ทำตามแบบ หากทำ

ครบถ้วนหมดแล้ว ก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ แต่ปัญหาเรื่องการทำตามแบบก็คงมีปัญหาต่อไปในกรณีที่เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกที่มีลักษณะเป็นการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย เช่น ผู้ซื้อกับผู้ขายทรัพย์สินตกลงกันว่า ให้ผู้ขาย ส่งมอบทรัพย์สินแก่บุคคลภายนอก เมื่อผู้ซื้อถึงแก่ความตาย โดยผู้ขายตกลงชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก ตามสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก จะเห็นได้ว่า ผู้ซื้อ ถ้าไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางหนี้กับบุคคลภายนอกเลย ผู้ซื้อก็ทำการให้โดยเสน่หา ถ้าเราพิจารณามุมความสัมพันธ์ ระหว่างผู้ขายกับบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของหนี้ มีสิทธิเรียกชำระหนี้ หากบุคคลภายนอกรู้และได้แสดงเจตนาขอรับประโยชน์แล้ว แต่ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อกับบุคคลภายนอก ถ้าผู้ซื้อประสงค์จะให้ โดยบุคคลภายนอกไม่รู้ ว่าใครเป็นผู้ให้สัญญาให้ย่อมไม่เกิด และในกรณีที่ไม่มี การส่งมอบ โดยผู้ขายยังไม่ส่งมอบให้แก่บุคคลภายนอก และผู้ซื้อเกิดถึงแก่ความตาย หากผู้ขายได้แจ้งไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ทายาทของผู้ซื้ออาจอ้างสิทธิของผู้ซื้อว่าบุคคลภายนอกไม่มีมูลอันจะอ้างด้วยกฎหมายได้ เป็นลามกมิควรได้ ขออายัดทรัพย์สิน หรือหากส่งมอบไปแล้ว ก็ขอเรียกคืนตามหลักเรื่องลามกมิควรได้ เหล่านี้ยังคงเป็นปัญหาต่อไป และเป็นเรื่องที่ถูกถกเถียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น ในกรณีที่การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ไปเกี่ยวพันกับบุคคลหลายฝ่าย ในการแยกแยะผลบังคับของการให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย เราจึงควรเริ่มจากการพิจารณา แยกเป็นสองกรณี คือ กรณีที่ได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดไปแล้วอย่างหนึ่ง กับกรณีที่ยังไม่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วอีกกรณีหนึ่ง การให้ที่เสร็จเด็ดขาดโดยมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือทำให้สิทธินั้นเปลี่ยนแปลงมือไป โดยกรรมสิทธิ์ยังถูกหน่วงไว้ อาจเกิดได้ในกรณีที่ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับให้แล้ว และแสดงเจตนาให้และรับให้กันครบถ้วนแล้ว เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนไว้ว่า ให้กรรมสิทธิ์ โอนไป เมื่อผู้ให้ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ย่อมเห็นได้ว่า ผู้ให้ได้แสดงเจตนาจำหน่ายสิทธิของตน หรือได้แสดงเจตนา เปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินของตนทำให้กองทรัพย์สินของตนลดน้อยถอยลง ทำให้สิทธิเหนือทรัพย์สินของตนตกเข้าไปอยู่ในวงเขตสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้รับให้แล้ว เพียงแต่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้ให้นั้น ยังถูกหน่วงไว้ในมือของผู้ให้ ตามเงื่อนไขบังคับก่อนเท่านั้น กรณีเช่นนี้ ในกฎหมายเยอรมันถือได้ว่าเป็นการให้ที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว แต่ถ้าเพียงมีการเตรียมการเจาะจงตัวทรัพย์สินหรือแยกตัวทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงแล้ว เพียงเท่านั้นยังไม่ถือได้ว่าเป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้น พ้นออกไปจากกองทรัพย์สินของผู้ให้ หรือการมอบอำนาจให้ผู้รับให้ มีสิทธิเรียกร้องทางหนี้ที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ของผู้ให้ ในขณะที่ผู้ให้ตาย ก็เป็นข้อถกเถียงกันว่า จะถือได้ว่าเป็นการให้เสร็จเด็ดขาดไปแล้วหรือไม่ ดังเดิมที่เคยวนั้น ศาลเยอรมัน ถือว่าเพียงแต่ก่อนความผูกพันทางหนี้ หรือมอบอำนาจให้ใช้สิทธิเรียกร้อง ก็ถือได้ว่าเป็นการให้เสร็จเด็ดขาด แต่ต่อมา

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองไปแล้ว แนวคิดนี้ก็เปลี่ยนแปลงไป ในกรณีที่ผู้ให้มอบอำนาจให้ผู้รับให้ถอนเงินจากบัญชีของผู้ให้ แต่ยังไม่ได้มอบสมุดบัญชีเงินฝากให้ไว้ ต่อมาผู้รับให้ได้รับสมุดบัญชีเงินฝากนั้น หลังผู้ให้ถึงแก่ความตาย ศาลเยอรมัน ถือว่า ยังไม่เป็นการให้เสร็จเด็ดขาด เพราะก่อนที่ผู้ให้ถึงแก่ความตาย ยังอาจเปลี่ยนแปลงสิทธิ หรือ เพิกถอนการมอบอำนาจให้ กรณีที่ผู้ให้หรือเจ้ามรดก ได้ทำการทั้งหลาย เพื่อให้กองทรัพย์สินของตน ตกเข้าไปอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้รับให้จนเสร็จสิ้นแล้ว แต่การเปลี่ยนแปลงสิทธินั้น ยังไม่สำเร็จ ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ โดยฝ่ายผู้รับให้ก็อยู่ในฐานะ ที่จะเข้าเป็นผู้ได้สิทธิทางทรัพย์สินนั้น ๆ แล้ว โดยไม่ต้องทำอะไรอีก เพียงแต่ต้องรอการอนุญาต หรือรอความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบเรื่องราวนั้น ๆ เสียก่อน อย่างนี้ เห็นได้ว่า แม้การให้นั้นยังไม่สำเร็จทุกขั้นตอน แต่ถือได้ว่าระหว่างผู้ให้กับผู้รับให้ ผู้ให้ได้ทำการเสร็จเด็ดขาดไประหว่างมีชีวิตอยู่แล้ว เพียงแต่ผลสำเร็จจะเกิดขึ้น หลังผู้ให้ถึงแก่ความตายเท่านั้น กรณีเช่นนี้ ศาลเยอรมันถือว่าการให้ที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว ไม่ใช่เป็นการจัดการทรัพย์สินเพื่อตาย ในกรณีที่ผู้รับให้ยังไม่ได้รับสิทธิจากผู้ให้เพราะการแสดงเจตนาของผู้ให้ ซึ่งผู้ให้ได้แสดงเจตนาไว้ก่อนตาย และประสงค์ให้มีผลตั้งแต่วันที่ตนยังมีชีวิตอยู่ แต่การแสดงเจตนา นั้น เป็นการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง เป็นเหตุให้เจตนา นั้นไปถึงผู้ให้ภายหลังที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายแล้ว โดยไม่ได้เป็นเพราะผู้ให้มีเจตนาห่วงเหนียวการแสดงเจตนาเช่นนั้น อย่างนี้ ถือได้ว่า เป็นกรณีที่ได้ทำการให้เสร็จเด็ดขาดแล้ว เพียงแต่การแสดงเจตนา มาสำเร็จเอาหลังจากผู้ให้ถึงแก่ความตายแล้ว แต่กรณีนี้ไม่ใช่เป็นการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เพราะเจตนาจะให้ผลทันที แต่จะเกิดผลภายหลัง เพราะตายเสียก่อน กรณีนี้มีใช้กรณีมาตรา 2301 วรรค 2 ในกรณีที่ผู้ให้ดำเนินการให้ผ่านผู้รับมอบอำนาจหรือผู้ปกครองทรัพย์สิน แล้วผู้ให้ตายก่อนที่ผู้รับมอบอำนาจจะทำการให้ให้เสร็จสิ้นไปนั้น หากผู้รับมอบอำนาจ ทำการเสร็จสิ้นไปหลังจากผู้ให้ถึงแก่ความตาย ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ให้ประสงค์ให้สำเร็จสิ้นสิ้นไปตั้งแต่มีชีวิตอยู่ กรณีนี้ก็เป็นการให้ในระหว่างมีชีวิตมิใช่เป็นการให้เพื่อตาย ตัวอย่างการให้ ที่พอจะถือได้ว่าเสร็จเด็ดขาด คือ การปลดหนี้เงินกู้ ในกรณีที่ผู้ให้เป็นเจ้าหนี้เงินกู้ที่ใกล้จะถึงแก่ความตาย เร่งรัดให้ลูกหนี้ชำระหนี้บางส่วนภายในกำหนดเวลา โดยสัญญาว่า หากชำระหนี้บางส่วนภายในกำหนดนั้น ๆ แล้ว เจ้าหนี้จะปลดหนี้ส่วนที่ค้างอยู่ให้แก่ลูกหนี้ ในกรณีเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการให้ ในระหว่างมีชีวิต การให้อันจะเป็นผลเมื่อผู้ให้ตาย ในกรณีที่ผู้ให้ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง ในการเบิกเงินในบัญชีของตน แก่ผู้รับให้ โดยให้มีสิทธิเบิกเงินได้เมื่อตนถึงแก่ความตาย และได้ทำหนังสือมอบอำนาจให้เบิกเงินแทน พร้อมทั้งมอบสมุดบัญชีให้แก่ผู้รับให้ไว้เรียบร้อยแล้ว ก็ถือได้ว่าเป็นการให้ที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว เพียงแต่ หากผู้เป็นทายาทรู้ถึงการมอบอำนาจนั้น ก็อาจจะเพิกถอนการมอบอำนาจ

ในฐานะที่ทายาทได้เข้าสวมสิทธิของผู้ให้ซึ่งเป็นเจ้ามรดก ได้เช่นกัน เว้นแต่ว่า เจ้ามรดกจะได้ทำ
 พินัยกรรมจำกัดสิทธิในการเพิกถอน การให้นี้ไว้ในพินัยกรรมแล้ว กรณีที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการให้
 อีกชนิดหนึ่ง คือการที่คู่สมรสเปิดบัญชีธนาคารร่วมกัน โดยยอมให้อีกฝ่ายเบิกเงินได้อิสระ
 กล่าวคือ อีกฝ่ายลงนามก็เพียงพอแล้วหากคู่สมรสตกลงกันโอนสิทธิในบัญชีเงินฝากให้แก่อีกฝ่าย
 หนึ่ง หากฝ่ายใดถึงแก่ความตายก่อน อีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิในเงินนั้นทั้งหมด ดังนี้ ในกฎหมาย
 เยอรมันถือได้ว่าเป็นการให้ในระหว่างมีชีวิต โดยถือได้ว่าเสร็จเด็ดขาดตั้งแต่อนุญาตให้อีกฝ่ายลง
 นามเบิกเงินได้ตามลำพังแล้วเพียงแต่กรรมสิทธิ์ในเงินส่วนของตนนั้น (สิทธิในเงินส่วนของตนนั้น)
 ยังไม่โอนไปเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งจนกว่าคู่สมรสฝ่ายนั้นจะถึงแก่ความตาย กรณีนี้เป็นปัญหาใน
 กฎหมายไทย เพราะสัญญาระหว่างสมรสทำได้เสมอ แต่อาจแก้ไขโดยทำเป็นสัญญาก่อนสมรสไว้

สำหรับกรณีสังหาริมทรัพย์นั้น ตามกฎหมายเยอรมันหากผู้ให้ประสงค์จะยกทรัพย์ให้
 โดยให้เป็นผลเมื่อผู้ให้ตายนั้น เมื่อผู้ให้และผู้รับได้ทำสัญญาให้ในรูปแบบพินัยกรรมแล้วนั้น ผู้รับ
 การให้ย่อมมีสิทธิที่จะขอให้มีการจดทะเบียนจัดลำดับสิทธิ ว่าตนเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้จดทะเบียน
 สิทธิในที่ดินอยู่ก่อน ซึ่งเป็นเรื่องผูกพันการทางหนี้เท่านั้น หาได้ผูกพันกันทางทรัพย์ไม่