

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

การศึกษาเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยศึกษาถึงแหล่งที่มาของหลักกฎหมายดังกล่าว ลักษณะทางธรรมชาติของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย องค์ประกอบของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายและผลของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยศึกษาเปรียบเทียบทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ นำไปสู่ข้อสรุปว่า ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์รับหลักการทางกฎหมายดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายโรมันเหมือนกัน แต่มีทัศนคติและวิธีคิดต่อหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวต่างกัน

ในกฎหมายโรมัน โดยทั่วไป การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เป็นเรื่องการให้เนื่องจากผู้ให้ตกอยู่ในสภาวะใกล้จะตายจึงได้ทำการให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับ โดยเจตนาสงวนสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนหากผู้ให้รอดพ้นจากความตาย อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาทางตำรา ในสมัยโรมันผู้ให้สามารถทำการให้ประเภทนี้ได้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ แม้ว่าในขณะที่ทำการให้ผู้ให้ยังมีสุขภาพดี ไม่มีเหตุอันควรคาดหมายว่าจะตกอยู่ในภยันตรายถึงชีวิตแต่อย่างใด การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุให้ประเภทนี้ อาจทำการส่งมอบทรัพย์สินโดยตรง หรือทำเป็นลายลักษณะอักษร หรือทำในรูปแบบการปลดหนี้อื่นจะให้ เป็นผลเมื่อตายก็ได้ นอกจากนี้สิ่งหาทรัพย์สินยังสามารถเป็นวัตถุแห่งการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ อนึ่ง การให้ประเภทนี้ หากผู้ให้ไม่ถึงแก่ความตาย ผู้ให้มีสิทธิถอนคืนการให้ได้ทุกเมื่อ

ในประเทศสหราชอาณาจักรยอมรับให้คู่กรณีปฏิบัติการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ เฉพาะเมื่อผู้ให้ตกอยู่ในภยันตรายอันใกล้จะถึงและเพื่อให้การให้ประเภทนี้มีลักษณะแตกต่างจากการทำพินัยกรรมด้วยวาจา พร้อมทั้งต้องการบังคับให้การให้เป็นไปตามหลักเสรีภาพทางทรัพย์สินและความประสงค์ของผู้ให้มากที่สุด อีกทั้งเพื่อให้สังคมสงบเรียบร้อยป้องกันข้อครหาจากทายาทของผู้ตายในระดับหนึ่ง ศาลอังกฤษจึงวางหลักให้การให้ประเภทนี้ ผู้ให้จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินยกให้หรือสิ่งแทนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับในลักษณะมอบอำนาจการปกครองดูแลทรัพย์สิน(dominion) ให้แก่ผู้รับการให้ ก่อนที่ผู้ให้จะถึงแก่กรรม และจากการศึกษาทางคำพิพากษาของศาล ศาลในประเทศอังกฤษมีแนวโน้มที่จะพยายามบังคับให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้มากที่สุด ดังจะเห็นได้จากคดี Sen v Headley [1991] Ch 425 , [1991] 2 WLR 1308, [1991] 2 All ER 631, CA ผู้ให้ป่วยเป็นมะเร็งระยะสุดท้าย สามวันก่อนที่ถึงแก่ความ

ตาย ผู้ให้กล่าวแก่ผู้รับว่าเพื่อนยาก บ้านรวมทั้งสิ่งของภายในบ้านเป็นของเธอแล้วนะ เอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน(a deed) อยู่ในตู้เหล็กซึ่งกุญแจอยู่ที่เธอแล้วนะ (โดยเมื่อครั้งแรกที่ผู้รับมาเยี่ยมผู้ให้ที่โรงพยาบาล ผู้ให้ได้แอบใส่กุญแจตู้เหล็กไว้ในกระเป๋าถือของผู้รับ โดยที่ผู้รับไม่รู้ตัว) ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าที่ดินไม่สามารถยกให้โดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ผู้รับอุทธรณ์ศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษากลับว่าที่ดินสามารถเป็นวัตถุแห่งการยกให้รูปแบบนี้ได้ ซึ่งในทางตำราชั้นนำในประเทศอังกฤษ และแนวทางคำพิพากษาบรรทัดฐาน ต่างถือกันมาตลอดว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายมิได้เฉพาะกรณีสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และนอกจากนี้ในกรณีที่วัตถุแห่งการให้เป็นตราสารแห่งหนึ่ง หรือเป็นสิทธิเรียกร้อง ศาลก็ได้วางหลักเกณฑ์เฉพาะให้สามารถทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ อนึ่ง ในกฎหมายอังกฤษ ก็เช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน ศาลได้วางบรรทัดฐานเหตุแห่งการที่ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย จำนวน 3 กรณีคือ (1) ผู้ให้รอดพ้นจากภยันตราย หรือ (2) ผู้ให้กลับเข้าครอบครองทรัพย์สิน (3) ผู้ให้เปลี่ยนใจ

ในประเทศฝรั่งเศส ก่อนมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา ค.ศ. 1731 กฎหมายอนุญาตให้ผู้ให้สามารถทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายได้ ซึ่งในเรื่องนี้ท่าน Prof.Brissaud¹ ได้อธิบายว่า การให้ประเภทนี้มีประโยชน์ ในกรณีที่บุตรชายแห่งครอบครัวที่มีฐานะร่ำรวยและยังไม่มีความสามารถที่จะทำพินัยกรรมได้ สามารถทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายยกทรัพย์สิน ให้แก่บุคคลใดได้ โดยได้รับอนุญาตจากศาล ในเรื่องนี้เห็นได้ว่า เมื่อกรณีที่เด็กอายุยังน้อย ไม่มีความสามารถทำพินัยกรรมเพื่อจัดการทรัพย์สินส่วนของตนได้ และกรณีนี้ไม่สามารถร้องขอต่อศาลให้ผู้ปกครองทำพินัยกรรมแทนได้ เนื่องจากพินัยกรรมเป็นเรื่องที่ต้องทำเองเฉพาะตัว แต่หากทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยใช้รูปแบบพินัยกรรม ภายใต้การได้รับอนุญาตจากศาล เช่นนี้เด็กผู้เยาว์ย่อมกระทำได้ ต่อมาเมื่อแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติได้แพร่หลายในหมู่นักนิติศาสตร์ ก็เกิดความเห็นพ้องกันว่าสัญญาย่อมมีผลบังคับได้โดยเจตนาตามความสมัครใจของคู่กรณี เมื่อเกิดขึ้นแล้วจะบอกเลิกไป โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนผิด หรือไม่ยินยอม หรือไม่ตกลงไว้ล่วงหน้าไม่ได้ ความเข้าใจดังกล่าวนี้ มีผลต่อแนวความคิดเรื่องสัญญาให้ด้วย กล่าวคือ เมื่อการให้สำเร็จลงแล้ว ตามเจตนาของคู่กรณี ย่อมมีผลทำให้การให้ไม่สามารถบอกถอนการให้ได้อีกต่อไป เว้นแต่ผู้รับให้มีเหตุเนรคุณ หรือมีเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายฝรั่งเศส

¹ Jean Brissaud, A History of French Private Law, translated from the second French edition by Rapelje Howell, (New York: Augustus M Kelley Publishers, 1968) p.715

จึงพยายามคัดค้านหลักการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ซึ่งรับมาจากหลักกฎหมายโรมันและ ผู้ให้มีสิทธิที่จะบอกถอนคืนการให้ได้เสมอ จากแนวความคิดดังกล่าวนี้เอง ต่อมาเมื่อมีการ ประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา ค.ศ. 1731 กฎหมายได้ห้ามมิให้ปฏิบัติการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อ ผู้ให้ตาย โดยหากผู้ให้ต้องการทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ต้องตกอยู่ในบังคับกฎหมาย ว่าด้วยพินัยกรรม ซึ่งการที่พระราชกฤษฎีกา ค.ศ.1731 ห้ามมิให้ทำการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อ ผู้ให้ตายนี้ ท่าน Prof.Brissaud เห็นว่าเป็นที่น่าเสียดายที่ทำให้การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย หมดประโยชน์ไป ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1804 สืบเนื่องจาก แนวคิดเรื่องการแสดงเจตนาต่อความผูกพัน และประกอบกับเรื่องแนวคิดจารีตประเพณีที่ว่า “ให้ แล้วยังสงวนทรัพย์ไว้จะเรียกว่าเป็นการให้ไม่ได้” กฎหมายฝรั่งเศสจึงวางหลักห้ามมิให้ปฏิบัติการ ให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยหากต้องการยกทรัพย์ให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ก็ต้องปฏิบัติ ตามบทกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ดังนั้นรูปแบบการโอนทรัพย์สินโดยเสน่หา ในประมวลแพ่งฝรั่งเศส จึงมี 2 ประเภท คือ การให้ในระหว่างมีชีวิต และการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม เท่านั้น ซึ่ง แนวความคิดนี้

ในประเทศเยอรมัน สืบเนื่องจากแนวความคิดในทางตรรกะของ Savigny นี้เอง โดยได้ทำการพิเคราะห์การให้ในรูปลักษณะดังกล่าวจากในยุคโรมันสู่หลักทั่วไปว่า การให้อันจะเป็น ผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย คือ การให้ที่ถือเอาความมีชีวิตรอดของผู้รับการให้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อน โดยไม่ให้เน้นถึงการที่ผู้ให้สามารถถอนคืนการให้ได้ทุกเมื่อ เป็นสาระสำคัญของการให้ประเภทนี้ การสงวนสิทธิถอนคืนการให้ เป็นเรื่องที่ยึดกับเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้ โดยตีความจากพฤติการณ์ แวดล้อม หรือ มีข้อตกลงอันแจ่มชัดระหว่างผู้ให้และผู้รับ ด้วยอิทธิพลของแนวความคิดจาก Savigny ต่อมาเมื่อมีการเสนอให้นำหลักกฎหมายดังกล่าว บัญญัติขึ้นเป็นหลักเกณฑ์พิเศษใน เรื่องให้ กรรมการร่างประมวลกฎหมายชุดที่สองได้ลงความเห็นที่ไม่จำเป็น เพราะเป็นเรื่องที่ บังคับกันได้ตามหลักทั่วไป แต่เพื่อความชัดเจนก็ได้มีมติให้นำไปบัญญัติไว้ในเรื่องมรดกแทนดังจะ เห็นได้ในมาตรา 2301 สำหรับมาตรา 2301 แบ่งออกเป็นสองวรรค วรรคแรกวางหลักว่า “การให้ โดยถือเอาความมีชีวิตรอดของผู้รับเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้นำบทบัญญัติว่าด้วยมรดกและ พินัยกรรมมาใช้บังคับ” ส่วนในวรรคสองวางหลักว่า “หากผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้รับ แล้วให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาใช้บังคับ” เห็นได้ว่า นักกฎหมายเยอรมัน มองการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ว่าเป็นเรื่องของการให้ผสมอยู่กับเรื่องนิติกรรมที่มีเงื่อนไข นั้นเอง และการให้ประเภทนี้ มีลักษณะกึ่งกลางระหว่างการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรมและการยก ทรัพย์ให้ในระหว่างมีชีวิต ดังจะเห็นได้ในวรรคแรกว่า หากคู่กรณีได้ทำการตกลงก่อนความผูกพัน

ต้องการให้ทรัพย์สินโดยให้เป็นผู้ให้ตาย เช่นนี้ ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยมรดกและ
 พินัยกรรมมาใช้บังคับ ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่หากผู้ให้ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่
 ให้แก่ผู้รับแล้ว แต่ประสงค์ให้เป็นผล(เกิดการโอนกรรมสิทธิ์) ต่อเมื่อผู้ให้ตาย เช่นนี้ เห็นว่า
 ใกล้เคียงกับการให้ในระหว่างมีชีวิต จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้
 โดยอนุโลม

สำหรับประเทศไทยก่อนมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตาม
 กฎหมายลักษณะมรดก มาตรา 50 วางหลักว่า หากผู้ให้ตกอยู่ในภาวะป่วยไข้ใกล้ตาย หากได้ส่ง
 มอบทรัพย์สินให้ถึงมือผู้รับ เช่นนี้ ผู้รับย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น หากผู้ให้ถึงแก่ความตาย แต่หาก
 ผู้ให้ไม่ถึงแก่ความตาย ผู้ให้ย่อมเรียกทรัพย์สินกลับคืนได้ เห็นได้ว่ากฎหมายเก่าบทนี้มีลักษณะ
 ใกล้เคียงกับการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ตั้งแต่ยุคโรมัน ตลอดถึงกฎหมายอังกฤษ เหตุที่
 เป็นเช่นนี้ก็เพื่อมุ่งบังคับตามเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้เป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่า บท
 กฎหมายเก่านี้ มีความหมายที่แคบ เพราะจำกัดพฤติการณ์ประกอบทำให้ได้เฉพาะกรณีให้ผู้ให้ตก
 อยู่ในภาวะป่วยไข้ใกล้ตายเท่านั้น ต่อมาเมื่อมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 มาตรา 536 คณะผู้ร่าง ได้เห็นสภาพปัญหาจากคำพิพากษาฎีกา 297 / 120 ซึ่งคดีดังกล่าวนี้ กรม
 หลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน ในคดีดังกล่าวนี้ ผู้ให้ได้ทำการตกลงยก
 ที่ดินให้แก่ผู้รับโดยทำกันในรูปแบบพินัยกรรม กล่าวว่าเป็นสิทธิขาดแก่ผู้รับตั้งแต่ทำพินัยกรรม
 เป็นต้นไป และหลังจากทำข้อตกลงดังกล่าวเสร็จ ผู้รับได้มาเรียกร้องทรัพย์สินที่ยกให้ ปัญหาที่ว่า
 พินัยกรรมฉบับดังกล่าวมีผลเพียงใด จึงได้ร่างบทบัญญัติมาตรา 536 ขึ้น โดยเทียบเคียงจาก
 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 554 เพื่อเปิดช่องให้คู่กรณีสามารถทำการยกทรัพย์สินให้แก่กัน
 โดยประสงค์ให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยมีลักษณะยึดหยุ่นและมั่นคงกว่าพินัยกรรม จะเห็นได้ว่า
 บทบัญญัติมาตรา 536 บัญญัติว่า “การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายนั้น ท่านให้บังคับด้วยบท
 กฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม” ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีลักษณะกระชับต้องอาศัยการ
 ตีความ โดยพิเคราะห์ถึงลักษณะทางกฎหมายของการให้ประเภทนี้ ซึ่งมีลักษณะผลระหว่างการ
 ให้ในระหว่างมีชีวิตและการยกทรัพย์สินให้โดยพินัยกรรม นอกจากนี้ต้องคำนึงถึงตำแหน่งโครงสร้าง
 ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว อยู่ใน
 กฎหมายลักษณะเอกเทศสัญญา ว่าด้วยให้ จึงควรนำความเข้าใจทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการ
 ให้มาปรับใช้ และประกอบกับการให้ประเภทนี้มีการนำเหตุการณ์เข้ามาเกี่ยวข้องกับความ
 เป็นผล
 ของนิติกรรมด้วย จึงควรนำหลักเรื่องเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาปรับใช้ด้วย จึงจะสามารถทำความเข้าใจและ
 ใช้ประโยชน์จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ เปรียบดังสามารถไขกุญแจไขเข้าเปิดหีบสมบัติ

หีบหนึ่ง ที่คณะผู้ร่างกฎหมายทิ้งไว้ให้เป็นมรดกแก่นักกฎหมายรุ่นหลัง จากการศึกษาทางตำรา ผู้เขียนพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายของไทยส่วนใหญ่ อธิบายการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ว่าเสมือนหนึ่งเป็นพินัยกรรม ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม และผู้ให้สามารถเพิกถอนทรัพย์ที่ยกให้ได้เสมอ และพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านให้นิยามความหมายของการให้ประเภทนี้แคบเกินไป ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ โดยอธิบายว่า “..สัญญาให้เมื่อตายเป็นสัญญาที่ผู้ให้คาดว่าจะตายจึงตกลงยกทรัพย์ให้ผู้รับและผู้รับตกลงรับให้จึงมีสัญญาต่อกัน..”² ซึ่งหากแปลความกฎหมายมาตราดังกล่าวในลักษณะนี้ จะเป็นผลให้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่มีที่ใช้ในกฎหมายไทย และทำให้ไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างการให้ประเภทนี้กับพินัยกรรมได้ และทำให้บทบัญญัติมาตรา 536 ไม่ได้ถูกหยิบยกมาใช้ทั้งในด้านการศึกษานิติศาสตร์ และทั้งในด้านการนำไปประยุกต์ใช้ในชีวิตประจำวัน

2. ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 536 มีลักษณะกระชับสั้นเกินไป เป็นผลทำให้ยากแก่การเข้าใจและการนำไปปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากในทางปฏิบัติ ไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลฎีกาได้ตัดสินคดีในประเด็นมาตรา 536 โดยตรง และประกอบกับในทางวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิได้ทำการศึกษาค้นคว้าในเรื่องดังกล่าวน้อยเกินไป จึงทำให้ผู้ศึกษากฎหมาย หรือ ผู้ที่จะนำกฎหมายไปปรับใช้ ไม่สามารถทำความเข้าใจและตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้ จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวไปปรับใช้ได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอข้อเสนอนี้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

1. เสริมสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องในหมู่นักกฎหมาย ในเรื่องที่เกี่ยวข้องดังนี้

- แหล่งที่มาของกฎหมาย เป็นเรื่องสำคัญที่นักกฎหมายจะสามารถทำความเข้าใจถึงความสัมพันธ์เชิงเหตุผลที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 536 ได้ โดยในประเด็นนี้ในทางตำราผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน กล่าวไว้ว่า “ไม่ปรากฏบทกฎหมายต่างประเทศที่คล้ายคลึงกับมาตรานี้”³

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “สัญญาให้กับการยกทรัพย์ให้โดยพินัยกรรม”, *สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, จัดพิมพ์เนื่องในโอกาสที่ ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน มีอายุครบ 5 รอบ 10 มีนาคม 2537, น. 15 (2538).

³ ไผทชิต เอกจริยกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย ชื่อชาย แลกเปลี่ยน ให้ บรรพ 3 มาตรา 453 – 536*, (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์, 2548), น.196 – 197.

ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ผู้ร่างกฎหมายได้ยกร่างจากประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในคำพิพากษาศาลฎีกา 297 / 120 โดยเทียบเคียงจากประมวลกฎหมายแพ่งญาโปแลนด์ มาตรา 554⁴

- ลักษณะทางกฎหมายของการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย โดยควรทำความเข้าใจว่า การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ตามบทบัญญัติมาตรา 536 คือ การให้ที่มีลักษณะทางกฎหมายผสมกันอยู่ระหว่างการให้ในระหว่างมีชีวิต และการยกทรัพย์สินให้โดยพินัยกรรม และนอกจากนี้การให้ประเภทนี้ยังเป็นการนำเอาความมีชีวิตรอดของผู้รับให้ในขณะที่ผู้ให้ถึงแก่ความตายมากำหนดความเป็นผลของการให้ประเภทนี้ด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การให้ประเภทนี้เป็นการให้ที่ถือเอาความมีชีวิตรอดของผู้รับให้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนนั่นเอง ดังนั้นจึงต้องนำความเข้าใจถึงเรื่องนิติกรรมที่มีเงื่อนไข มาประกอบด้วย

- รูปแบบการให้ตามมาตรา 536 อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท

ประเภทแรก คือ การที่ผู้ให้ตกลงให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับโดยจะให้เป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย เห็นได้ว่าการที่คู่กรณีตกลงกันเช่นนี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับการยกทรัพย์สินให้โดยพินัยกรรม จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมมาใช้บังคับโดยอนุโลมโดยไม่ขัดกับลักษณะของสัญญาให้ เช่น เรื่องแบบของพินัยกรรม เรื่องความเป็นผลของพินัยกรรม เป็นต้น ส่วนประเด็นที่ว่าผู้ให้สามารถเพิกถอนการให้ได้เสมอหรือไม่นั้น อิงอยู่กับเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้ ว่าในขณะที่ตกลงยกทรัพย์สินให้ผู้รับนั้น จะสงวนสิทธิบอกเลิกการให้ไว้เพียงใดหรือไม่ หากไม่สามารถตีความการแสดงเจตนาของผู้ให้ ทั้งจากพฤติการณ์ขณะประกอบกรให้ หรือจากข้อตกลงของผู้ให้และผู้รับว่าจะสงวนสิทธิบอกเลิกการให้ เช่นนี้ ผู้ให้ไม่สามารถบอกเลิกการให้ได้ตามอำเภอใจ

ประเภทที่สอง คือ การที่ผู้ให้ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปในลักษณะที่ทำให้ผู้ให้รับมีอำนาจจัดการเหนือทรัพย์สินที่ยกให้อย่างแท้จริงแล้ว ในระหว่างที่ผู้รับยังมีชีวิตอยู่ แต่ต้องการให้ทรัพย์สินนั้น ตกเป็นสิทธิขาดของผู้รับอย่างแท้จริง ก็ต่อเมื่อ ผู้ให้ได้ถึงแก่กรรมแล้ว กรณีเช่นนี้ มักจะปรากฏว่า ผู้ให้มักจะทำให้ในรูปแบบนี้ทำการยกทรัพย์สินให้แก่ผู้รับใช้ผู้ซื้อสัตย์มาเป็นระยะเวลาสั้น ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีคือหลักกฎหมายเรื่องกรให้ในระหว่างมีชีวิต และหลักเรื่องนิติกรรมที่มีเงื่อนไข สำหรับในกรณีที่ผู้รับได้รับมอบทรัพย์สินจากผู้ให้

⁴ พระยามานวราชเสวี(ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-5. ในอุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 ฉบับกรร่างกฎหมาย, เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี 18 กันยายน 2533. น. 17

เช่นนี้แล้ว ผู้ให้ไม่สามารถเพิกถอนการให้ได้ เว้นแต่ผู้รับจะประพฤติเนรคุณ หรือ สามารถตีความเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้ ได้ว่าสงวนสิทธิในการบอกเลิกการให้ เพื่อเอาทรัพย์สินกลับคืน อันจัดเป็นสัญญาให้ประเภทแรก

2. เมื่อในแวดวงวิชาการมีความเข้าใจในเรื่องการให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตายในระดับหนึ่งแล้ว การบัญญัติกฎหมายก็เป็นสิ่งสำคัญรองลงไป อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้การให้ในรูปแบบนี้ ในทางการจัดการทรัพย์สินของตนให้เกิดประโยชน์มากที่สุด โดยหากเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้ง่ายแก่การทำความเข้าใจและการนำไปปรับใช้ ควรเทียบเคียงจากบทกฎหมายเยอรมันมาตรา 2301 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เข้าใจได้ง่าย ดังนี้

“การให้อันจะเป็นผลต่อเมื่อผู้ให้ตาย ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

“หากผู้ให้ได้ทำการทุกอย่างให้การให้เสร็จสิ้นไปแล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการให้ในระหว่างมีชีวิตมาปรับใช้โดยอนุโลม”