

ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้

บุษยมาศ มุ่งสันติ

ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้* Theoretical Problems of Gift: The Deliver of Gift

บุษยมาศ มุ่งสันติ
Budsayamas Moungsunti**

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาปัญหาในทางทฤษฎีของการให้ โดยศึกษาเฉพาะเรื่องการส่งมอบการให้ เนื่องจาก มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” คำว่า “สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” นี้ มีประเด็นว่าการส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่ หากไม่ส่งมอบจะมีผลเช่นไร ในเรื่องนี้นักวิชาการของไทยมีแนวคิดที่ต่างกัน โดยเห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบของการให้ หากไม่ส่งมอบจะทำให้การให้ตกเป็นโมฆะ และที่เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบของการให้ หากยังไม่ส่งมอบก็มีผลเพียงทำให้สัญญาให้ยังไม่บริบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด ความเห็นที่ต่างกันของนักวิชาการในเรื่องนี้มีผลต่อการตีความและการนำบทกฎหมายในเรื่องนี้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง เพื่อศึกษาปัญหาดังกล่าว บทความนี้จึงได้ศึกษาเปรียบเทียบเรื่องนี้กับระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และสกอตพบว่ากฎหมายของประเทศ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้” ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน.

This article is a part of thesis "Theoretical Problems of Gift: The Study of Completeness of Gift". This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Thammasat University. Assistance Professor Dr. Korrasut Korpuangklang is an advisor. Assistance Professor Dr. Surasak Maneesorn and Assistance Professor Dr. Munin Pongsapan are examiners.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: budsayamas_work@outlook.com.

LL.M. Candidate in Private Law at Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 26 มิถุนายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 พฤศจิกายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 พฤศจิกายน 2562.

ทั้งสามไม่ได้กำหนดให้การส่งมอบเป็นแบบแต่เป็นการทำให้การให้มีผลสมบูรณ์ ดังนั้น จากการศึกษา จึงเห็นว่า การส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นการทำให้การให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดควรแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้เข้าใจและปรับใช้ได้ถูกต้อง

คำสำคัญ: สัญญาให้, การส่งมอบ, ความสมบูรณ์ของการให้

Abstract

This article explores the problems of theoretical problem of Gift: The deliver of gift where with article 523 in Thai Civil and Commercial Code regulates that “A gift is valid only on delivery of the property given”. The phrase “valid only on delivery” raises the problem whether the delivery is the form of gift. What is the result of not doing the delivery? Thai scholars have different conceptions on this issue; some scholars see the delivery as the form of gift and if the donor fails to deliver the gift to the donee the gift will be void. In the other hand, some scholars see the delivery as one of configurations of the gift, not delivering it will make the gift not complete. The difference of scholar’s conceptions affects on interpretation and deployment of the gift. To study this problem, this article will study Thai law in comparison with French law, German law and Scottish law. An illustration in the study, the author found that all foreign laws do not regulate the delivery to be the form of gift, but to be one of the configuration of the gift. Therefore, according to the study, we can see that the delivery of the gift is not the form of the gift but just being one of the configuration of the gift that will make the gift complete. Thus, the article 521 in Thai Civil and Commercial Code must be added some additional words for better understanding and adaptation.

Keywords: gift, the delivery, complete of gift

1. บทนำ

กฎหมายเรื่องการให้ในปัจจุบันแม้จะมีนักวิชาการให้คำอธิบายมากมายและเป็นกฎหมายที่ดูเหมือนจะไม่มีประเด็นปัญหาอะไรที่ต้องพิจารณาแล้ว แต่หากศึกษาให้ละเอียดถี่ถ้วนจะพบว่า ในกฎหมายเรื่องการให้นี้ยังมีประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่อีกมากมายที่ต้องศึกษาพิจารณาและตีความให้ชัดเจน โดยเฉพาะในประเด็นปัญหาเรื่องการส่งมอบการให้ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเนื่องจากมาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” คำว่า “สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” นี้ มีประเด็นเป็นที่ถกเถียงว่า การส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่ ถ้าหากไม่มีการส่งมอบหรือไม่ส่งมอบทรัพย์สินแก่กันทันทีขณะทำสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาให้เป็นเช่นไร ในเรื่องนี้มีแนวคิดต่างกันหลายแนวคิด

โดยในแนวคิดแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้ หมายความว่า หากการทำสัญญาให้ใด ผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ จะทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์และสัญญาให้นั้นจะตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ศนันท์กรณโสทธิพันธุ์¹ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑิต เอกจริยกร² และศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร³

ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ไม่ใช่แบบ แต่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น กล่าวคือ การส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด หากไม่มีการส่งมอบก็จะมีผลทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้ทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁴

¹ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 381-382.

²ไพฑิต เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), หน้า 152.

³จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 42.

⁴ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 180-181.

แนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแสดงเจตนา ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช⁵ ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สอนงชาติ⁶ และอาจารย์อัครวิทย์ สุมาวงศ์⁷

และในแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ⁸

ดังนั้น จะเห็นว่าในประเด็นความสมบูรณ์ของการให้นี้แม้ว่าจะมีผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้คำอธิบายมากมายและชัดเจนแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหานี้ก็ยังไม่มียุติข้อสรุปที่เห็นตรงกัน ฉะนั้น ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการให้ ที่ว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ถือเป็นแบบหรือไม่ หากถือเป็นแบบแล้วไม่ทำตามจะมีผลอย่างไร หรือหากไม่ถือเป็นแบบแล้วการไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้จะมีผลอย่างไร ส่งผลในทางปฏิบัติเมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต่างกันหรือไม่ ปัญหาเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาซึ่งในการศึกษาประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนได้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) โดยได้ทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมายต่างๆ หนังสือและตำราวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความ คำพิพากษาของศาล ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

2. ลักษณะของการส่งมอบการให้

2.1 ลักษณะของการส่งมอบการให้ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายสกอต

⁵ มินินทร์ พงศาปาน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 301.

⁶ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), หน้า 102.

⁷ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), หน้า 124.

⁸ กรศุทธิ์ ขอฟวงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย หน้า 230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561,” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 9.

2.1.1 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสการให้ถูกจำกัดความเป็นการที่ผู้ให้ได้ทำการให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับไปโดยทันทีในขณะที่ตนยังมีชีวิตอยู่และผู้รับตกลงรับเอาทรัพย์สินนั้น โดยภายหลังผู้ให้จะไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปคืนมา คำจำกัดความการให้นี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 894⁹ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสการจะพิจารณาว่าการกระทำใดถือเป็นการให้ตามกฎหมายนั้นต้องพิจารณาจากลักษณะสำคัญของการให้ซึ่งประกอบด้วยลักษณะสำคัญสี่ประการ

ประการแรก การให้ต้องเป็นการให้เปล่าโดยที่ผู้ให้ไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนการให้ใดๆ หากผู้ให้ทำการให้โดยหวังสิ่งตอบแทนจากผู้รับแล้ว การกระทำนั้นก็จะไม่ถือเป็นการให้เพราะไม่ใช่การให้เปล่า แต่การกระทำนั้นๆ อาจเปลี่ยนรูปกลายเป็นสัญญาได้

ประการที่สอง คือการทำคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญานั้นคือ ผู้ให้จะต้องมีเจตนาในการให้ กล่าวคือ ผู้ให้จะต้องมีความตั้งใจที่จะให้ทรัพย์สินใดๆ แก่ผู้รับเพื่อประโยชน์ของผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสการให้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบต่อหน้าโนตารี¹⁰ ดังนั้น การเกิดสัญญาให้จึงต้องทำตามรูปแบบของการเกิดสัญญาด้วย นั่นคือต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา มีเจตนาให้และเรื่องความสามารถของคู่สัญญา เป็นต้น แต่ในความเป็นจริงรูปแบบการเกิดสัญญาให้มีความแตกต่างจากการเกิดสัญญาธรรมดาอยู่โดยเฉพาะเรื่องการยินยอม (Consent) เรื่องการยินยอมนี้เป็นผลมาจากแนวคิดของระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสที่ต้องการจะปกป้องความยินยอมของผู้รับการให้ ดังนั้น จึงกำหนดให้การให้ต้องเกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญา โดยผู้ให้จะต้องทำการเสนอการให้ และผู้รับจะต้องมีการสนองรับการให้นั้นๆ การสนองรับการให้ให้ผู้รับจะต้องทำการสนองรับอย่างชัดแจ้ง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับการสนองรับโดยการนิ่งหรือการสนองรับโดยปริยาย เว้นแต่การให้นั้นจะได้ผ่านกระบวนการโนตารีแล้ว¹¹ และการแสดงเจตนารับการให้จะมีผลต่อเมื่อคำสนองของผู้รับไปถึงผู้ให้แล้ว

⁹ Article 894:

A donation inter vivos is an act by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated in favor of the donee, who accepts it.

¹⁰ Martin Hogg, "Promise and Donation in Louisiana and comparative law," *Tulane European and Civil Law Forum* 26 (2011): 190.

¹¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 581.

ประการที่สาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการส่งมอบโดยให้เปล่า (Gratuitous transfer) มีได้สองกรณี คือ การให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิต และการทำพินัยกรรมการให้ในขณะที่ผู้ให้เสียชีวิตหากได้ทำตามแบบฟอร์มของกฎหมายให้แล้วผู้ให้ก็ไม่สามารถเรียกคืนการให้ได้ การให้ใดๆ ที่ทำขึ้นภายหลังผู้ให้เสียชีวิตจะบังคับได้ก็ต่อเมื่อการให้นั้นได้ทำในรูปของพินัยกรรม การให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ทันที (Immediate transfer) และการให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิต (donatio mortis causa) นั้นไม่สามารถมีผลบังคับได้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹²

และประการสุดท้าย คือเรื่องวัตถุแห่งการให้ วัตถุแห่งการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถูกจำกัดอยู่แค่สิทธิในทางทรัพย์สิน นั่นคือ ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ด้วย รวมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่ให้และสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน เช่น สิทธิในการใช้ทางหรือสิทธิอยู่อาศัย¹³ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้มีการห้ามการให้ในทรัพย์สินบางชนิดไว้ นั่นคือ การให้ทรัพย์สินในอนาคต และการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของผู้ให้แต่อาจจะเป็นเจ้าของในอนาคต¹⁴

ต่อมาในเรื่องรูปแบบและการบังคับการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มาตรา 931 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹⁵ กำหนดว่า การกระทำใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้ขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่นั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของสัญญาต่อหน้าโนตารี และโนตารีก็จะเก็บเอกสารสัญญาให้ฉบับจริงไว้การทำสัญญาให้ต่อหน้าโนตารีนี้ผู้ให้และผู้รับจะต้องไปปรากฏตัวต่อหน้าโนตารีซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องมีโนตารีสองคน หลังจากนั้นโนตารีก็จะอ่านเนื้อหาในสัญญาให้ให้คู่สัญญาฟังแล้วคู่สัญญาซึ่งคือผู้ให้กับผู้รับรวมทั้งโนตารีก็จะทำการลงลายมือชื่อลงในสัญญาให้ และสัญญาให้นี้ก็จะถูกคัดลอกเพื่อไปติดประกาศแก่สาธารณชน¹⁶ สัญญาให้ใดๆ ที่ไม่ได้ทำตามแบบนี้จะมีผลตกเป็นโมฆะแม้ว่าผู้ให้จะทำการรับรองสัญญาให้ก็ไม่สามารถบังคับได้ เว้นแต่สัญญาให้นั้นจะได้ทำใหม่ให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด¹⁷ ดังนั้น ข้อกำหนดในการทำสัญญาให้ตามมาตรา 931

¹²Richard Hyland, Ibid, p. 172.

¹³Ibid, p. 184.

¹⁴Ibid.

¹⁵Article 931:

All acts containing a donation inter vivos shall be executed before notaries, in the ordinary form of contracts; and the notaries shall retain an original of them, on pain of nullity.

¹⁶Martin Hogg, op.cit., pp. 190-191.

¹⁷Article 1339:

A donor may not cure by any act of confirmation the defects of a donation inter vivos null in its form: it must be done again in the form prescribed by law.

นี่จึงเป็นแบบของการทำสัญญาให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในการทำสัญญาให้ตามมาตรา 931 นี้ก็มักถูกหลีกเลี่ยงอยู่เสมอโดยวิธีการ คือ การให้สังหาริมทรัพย์ที่การให้สามารถมีผลใช้บังคับได้หากการให้นั้นได้ทำการส่งมอบทันที (Manual Transfer) แนวคิดนี้มีที่มาจากกรณีที่กฎหมายไม่สามารถห้ามผู้ให้ไม่ให้มอบทรัพย์สินของตนที่โดยสภาพสามารถหยิบและส่งมอบให้แก่บุคคลอื่นได้ง่าย¹⁸ และแม้ว่าแบบการทำการให้ต่อหน้าโนตารีและการบังคับการทำสัญญาให้จะมีเพื่อเป็นการปกป้องผู้ให้จากการถูกบังคับการให้โดยไม่เต็มใจก็ตาม การส่งมอบการให้ทางกายภาพจากมือของผู้ให้ไปทันทีกฎหมายก็เห็นว่าสามารถมีผลให้ผู้ให้ตระหนักรู้ว่ากำลังจะเสียทรัพย์สินในมือไป อีกทั้งการส่งมอบโดยกายภาพก็สามารถมีผลเป็นหลักฐานได้¹⁹ แนวคิดนี้ต่อมาได้รับการปรับใช้และรับรองโดยผลของคำพิพากษาของศาลในปี 1800 (Cour de Cassation of 1800) โดยข้อเท็จจริงในคดีมีว่า คดีนี้การให้ถูกอ้างว่าเป็นการซื้อขาย แต่ศาลมีความเห็นว่าแม้การให้นี้จะไม่ได้มีการทำตามแบบของการให้และไม่ได้มีการทำต่อหน้าโนตารีแต่การให้นี้สามารถมีผลใช้บังคับได้ ต่อมา หลังจากที่มีการถกเถียงเกิดขึ้นคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ก็ได้รับการยอมรับอย่างเด็ดขาดในปี 1824²⁰ ทำให้ต่อมาในภายหลังการให้ที่มีการส่งมอบทันที (Manual gift) ได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายจนทำให้การทำการให้สังหาริมทรัพย์ที่ได้ทำอย่างถูกต้องตามแบบฟอร์มและทำโดยโนตารีนั้นเสื่อมความนิยมจนกลายเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ยาก²¹ ส่วนการให้อสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดินนั้น ยังคงต้องกระทำตามแบบในมาตรา 931 นั่นคือ ต้องมีการทำตามแบบฟอร์มสัญญาและมีการทำต่อหน้าโนตารี การทำการให้อสังหาริมทรัพย์โดยวาจาโดยที่ไม่ได้มีการทำตามแบบจะมีผลให้การให้นั้นตกเป็นโมฆะ²²

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบในระบบกฎหมายฝรั่งเศสสามารถสรุปได้ว่า การให้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับต้องมีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่สามารถแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายได้ โดยในการทำการให้ผู้ให้จะต้องทำการให้ทรัพย์สินที่เป็นของตนเองเท่านั้นรวมถึงไม่สามารถทำการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้ แต่ก็สามารถทำการให้ที่มีการตกลงเงื่อนไขได้ และรูปแบบการทำการให้ที่กฎหมายกำหนดไว้คือจะต้องทำการให้เป็นหนังสือและต้องทำ

¹⁸ John P. Dawson, *Gifts and promises: continental and American law compared* (New Haven: Yale University Press, 1980), p. 240.

¹⁹ Ibid, p. 72.

²⁰ Martin Hogg, op.cit., p. 191.

²¹ Ibid, p. 82.

²² Ibid, p. 16.

ต่อหน้าโนตารี แต่ก็อาจจะทำการให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กันได้เช่นกันจากผลของคำพิพากษา

2.1.2 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันได้ให้คำนิยามเรื่องการให้ว่า การให้ คือ การที่ผู้ให้และผู้รับตกลงกันว่าผู้ให้จะให้ประโยชน์หรือทรัพย์สินใดๆ อันเป็นของผู้ให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การให้จึงให้ความสำคัญที่การตกลงกันของคู่สัญญา และเจตนาการให้ที่ต้องเป็นการให้โดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน หรือเป็นการให้เปล่า เรื่องอื่นๆ เช่น เรื่องแรงจูงใจหรือเจตนาในการทำการให้ (animus donandi) ดังที่กฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณา²³ ดังนั้น ลักษณะสำคัญที่จะต้องพิจารณาในการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันมีดังนี้

ประการแรก คือ การให้เปล่า การให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดว่าผู้ให้จะต้องมีเจตนาในการให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การไม่หวังสิ่งใดตอบแทนนี้คือการให้เปล่า หากการให้ใดๆ มีการให้สิ่งของตอบแทน เช่น มีการให้สิ่งของหรือประโยชน์ใดๆ กลับแก่ผู้ให้ หรืออาจเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิต่างๆ เช่น การอนุญาตให้ผู้ให้อยู่อาศัยในบ้านของตนได้เพื่อตอบแทนการให้ของผู้ให้ ดังนี้ การกระทำได้กล่าวว่ามีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งตามระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่ใช้การให้โดยชัดเจน

ประการที่สอง คือ การทำการเสนอและการสนองของคู่สัญญา เนื่องจากการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีลักษณะเป็นการตกลงกันของคู่สัญญาตามมาตรา 516(1) ดังนั้น การให้จึงเกิดจากการที่คำเสนอของผู้ให้และคำสนองของผู้รับต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาให้ขึ้น และสัญญาให้ที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องสมบูรณ์ก็จะมีผลก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตัวคู่สัญญาในสัญญาให้นั้นๆ ต่อมา สัญญาให้อาจทำได้มีเงื่อนไขได้ตามมาตรา 525²⁴ หากเงื่อนไขในสัญญานั้นไม่เป็นผลสำเร็จแล้วผู้ให้ก็สามารถเรียกร้องให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ไปแล้วได้ตามมาตรา 527²⁵ อย่างไรก็ตาม การให้

²³ Martin Hogg, *ibid.*

²⁴ Section 525: Donation subject to conditions

(1) Anyone who makes a donation subject to a condition may demand that the condition is fulfilled if he himself has performed.

(2) If fulfilment of the condition is in the public interest, then the competent public authority may also demand fulfilment after the death of the donor.

²⁵ Section 527: Non-fulfilment of the condition

(1) If fulfilment of the condition fails to occur, the donor may demand the return of the gift under the conditions determined for the right of revocation of reciprocal contracts under the

ในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถมีการให้แบบอื่นที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการตกลงก่อนหน้า ผูกพันกันตามสัญญาของคู่สัญญา เนื่องจากอาจจะเป็นการให้ที่ไม่ได้คิดล่วงหน้าหรือไม่ได้มีการวางแผนมาก่อน เรียกการให้แบบนี้ว่าการให้ที่มีการส่งมอบทันทีเป็น Manual gift (Disposition/ the act of transfer หรือ Handschenkung) กับการให้อีกแบบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาให้ เรียกการให้แบบนี้ว่า คำมั่นว่าจะให้ (Promissory gift/a promise or Contract of donation หรือ Versprechensschenkung)²⁶

การให้ที่มีการส่งมอบทันที (The disposition หรือ Die Zuwendung) อาจเกิดขึ้นได้โดยความต้องการของทั้งผู้ให้หรือผู้รับหรือเกิดโดยเจตนาของผู้ให้ฝ่ายเดียวโดยผู้รับยังไม่ได้มีเจตนารับก็ได้ เมื่อผู้ให้ได้ทำการให้ไปแล้ว ผู้ให้อาจจะทำการกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้ผู้รับแสดงเจตนารับการให้นั้น โดยเมื่อครบเวลาที่กำหนดแล้วหากผู้รับแสดงเจตนารับการให้ (ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย) หรือผู้รับไม่ได้มีการแสดงเจตนาปฏิเสธการให้แล้ว การให้นั้นก็จะถือว่าได้รับ การสนองรับการให้จากผู้รับแล้ว แต่หากผู้รับแสดงเจตนาปฏิเสธการให้ภายในกำหนดเวลา ก็จะมีผลให้การให้นั้นตกเป็นโมฆะ ผู้รับก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปจากการให้ฐานลามิควรได้ ตามกฎหมายมาตรา 516 (2)²⁷

ประการที่สาม คือ การส่งมอบขณะผู้ให้ยังมีชีวิต แม้ว่าตามกฎหมายให้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 516 จะไม่ได้มีการระบุไว้ว่าการให้จะต้องมีการส่งมอบในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณามาตรา 2301 (2)²⁸ แล้วจะเห็นว่าหากผู้ให้มีเจตนาที่

provisions on return of unjust enrichment to the extent that the gift would have had to be used to fulfil the condition.

(2) The claim is excluded if a third party is entitled to demand fulfilment of the condition.

²⁶ Martin Hogg, op.cit., p. 192.

²⁷ Section 516:

(2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it. In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.

²⁸ Section 2301: Promise of donation mortis causa

(2) If the donor executes the donation by delivery of the object given, the provisions concerning gifts inter vivos apply.

จะให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ข้อกำหนดเรื่องการให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตจะต้องมีการนำมาใช้ด้วย

ประการสุดท้าย คือ วัตถุประสงค์การให้ ตามมาตรา 516 (1) ทรัพย์สินที่สามารถทำการให้ได้ คือ ตัวทรัพย์สินรวมถึงสิทธิต่างๆ ในสัญญา เช่น การปลดหนี้การเพิกถอนการใช้สิทธิตามสัญญาการเข้าชำระหนี้แทน การกระทำเหล่านี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการให้เช่นกัน²⁹

ต่อมาในเรื่องรูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย เนื่องจากการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้น เมื่อสัญญาให้ได้มีการทำขึ้นตามแบบโดยสมบูรณ์แล้ว สัญญาให้นี้จะเกิดผลทางหนี้ผูกพันผู้ให้ให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาให้ หากผู้ให้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาผู้รับก็สามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้ปฏิบัติตามสัญญาให้ได้ นั่นคือ ผู้รับสามารถฟ้องบังคับให้ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ตกลงให้กันตามสัญญาได้นั่นเอง

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถสรุปได้ว่า การให้มีลักษณะเป็นสัญญาก่อให้เกิดหนี้ แต่ผู้ให้ก็อาจทำการให้ฝ่ายเดียวโดยกำหนดให้ผู้รับแสดงเจตนาภายหลังได้ และยังสามารถทำการให้ที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาได้โดยหากเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไม่สำเร็จผู้ให้ก็สามารถที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้คืนได้และการส่งมอบทรัพย์สินที่ผู้ให้สามารถทำได้โดยตรงหรือโดยปริยายในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่

2.1.3 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายสกอต

ระบบกฎหมายสกอตเป็นระบบกฎหมายแบบผสม (Mixed Legal System) อย่างไรก็ตาม ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ (Gift/Donation) นั้น ได้มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องการให้เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัยจวบจนมาถึงสมัยปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการให้ในระบบกฎหมายสกอตยุคแรกๆ ได้วางกฎหมายเรื่องการให้ไว้ในส่วนของกฎหมายเรื่องหนี้ (Law of Obligations)³⁰ แต่ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 7-8 ได้มีการแยกกฎหมายเรื่องการให้ออกไปเป็นการเฉพาะเจาะจงมากขึ้น โดยจัดให้ไปอยู่ในส่วนของกฎหมายที่ในปัจจุบันอาจเรียกว่า กฎหมายเรื่องลาภมิควรได้และจัดการงานนอกสั่ง โดยยังไม่ได้มีแนวคิดว่าการให้เป็นสัญญาแต่อย่างใด³¹

ต่อมาในศตวรรษที่ 17 นักคิดชื่อ Stair ได้มีแนวคิดว่าการให้ คือ การกระทำตามกฎหมายทางธรรมชาติ (Natural Law) ที่บุคคลคนหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องทำสิ่งดีๆ ให้แก่บุคคลอื่น ความผูกพันนี้เป็นความผูกพันทางธรรมชาติที่แม้การให้จะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันแก่ผู้รับที่จะต้องเห็น

²⁹ Martin Hogg, op.cit., p. 192.

³⁰ Martin Hogg, op.cit., p. 196.

³¹ Hector MacQueen and Martin Hogg, "Donation in Scots Law," *Juridical Review* (2012): 1.

คุณค่าและสำนึกบุญคุณของผู้ให้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำนี้ก็ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแก่ผู้ให้หรือผู้รับแต่อย่างใด ผลผูกพันเดียวที่ตามมาจากการให้นี้ คือ หากผู้รับการให้นั้นกระทำการใดๆ อันเป็นการไม่สำนึกบุญคุณของผู้ให้แล้ว การให้นั้นก็จะตกเป็นโมฆะและผู้รับก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับไปคืนแก่ผู้ให้³² ตามแนวคิดของ Stair นั้น ไม่ได้มองการให้เป็นสัญญาหรือการสมัครใจเข้าผูกพันทางหนี้ต่อกัน หากแต่เห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่สมัครใจหรือการกระทำที่เป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาตินั้นเอง³³

หลังจากนั้น ในยุคสมัยใหม่นักวิชาการในสกอตแลนด์ก็ยังคงมีแนวคิดที่สอดคล้องกัน คือ เห็นว่าการให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว และไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญา การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เป็นเพียงการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินให้แก่นักโดยให้เปล่าหรือโดยเสนหาที่มีความมุ่งหมายว่าจะกระทำในเวลาใดๆ ระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่การที่การให้ในระบบกฎหมายสกอตเป็นกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญมุ่งหมายในตัวทรัพย์สินเป็นหลักนั้นอาจเป็นผลที่สะท้อนมาจากลักษณะผสมผสานของกฎหมายสมัยใหม่ของระบบกฎหมายสกอต ซึ่งเป็นผลมาจากการที่โครงสร้างระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ของสกอตแลนด์ถูกทับซ้อนบางส่วนโดยแนวคิดและแนวทางปฏิบัติจากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์³⁴ ถึงกระนั้น ระบบกฎหมายสกอตก็ยังคงตระหนักถึงแนวคิดในเรื่องการให้ที่มีรากฐานมาจากเรื่องค้ำนองอยู่ทำให้กฎหมายเรื่องการให้จำแนกเรื่องหนึ่งในการให้ออกจากเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน³⁵ ดังนั้น การให้จึงมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวมากกว่าการกระทำสองฝ่าย ซึ่งแนวคิดนี้ทำให้การให้ในระบบกฎหมายสกอตต่างจากแนวคิดของระบบกฎหมายของประเทศอื่นๆ ส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ รวมทั้งแตกต่างจากแนวคิดในร่างกรอบความคิดของกฎหมายเอกชนในทวีปยุโรป หรือ DCFR (Draft Common Frame of Reference) ด้วย³⁶

ถัดมา ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้แก่กัน อาจจะกระทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่กันจริงๆ หรือแค่ส่งมอบสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินให้แก่กันก็ได้ เช่น การส่งมอบโดยการเขียนเป็นหนังสือ หรือการไปจดทะเบียนการโอนในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ การให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งของที่เป็นสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับไปทันทีเป็นการกระทำที่เป็นแค่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการกระทำ

³² Hector MacQueen and Martin Hogg, Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid, p. 3.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid, p. 4.

ทันทีทันใดโดยไม่ได้มีการกระทำที่เป็นการให้คำมั่นหรือการทำสัญญากันก่อนแต่อย่างใดและระบบกฎหมายสกอตก็ไม่ได้มีการกำหนดแบบของการทำให้ไว้เนื่องจากกฎหมายมองว่าการส่งมอบทรัพย์สินนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับอย่างไรก็ตาม แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายสกอตจะมีแนวคิดว่าการให้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อนการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับจะเกิดสิทธิในการปฏิเสธการให้นั้น นั่นคือ ผู้รับไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมก่อนการส่งมอบแต่เมื่อผู้ให้กระทำการให้ผู้รับมีสิทธิปฏิเสธไม่รับเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นได้ เว้นแต่ผู้รับจะได้ยอมผูกพันตนไว้ก่อนว่าจะยินยอมรับเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นก่อนแล้ว ดังนั้นแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินในการให้จึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้รับซึ่งผู้รับจะต้องมีตัวตนอยู่แล้วในขณะที่จะทำการส่งมอบ หากในเวลาทำการให้ผู้รับยังไม่มีตัวตน การให้นั้นก็จะไม่มีผล³⁷ และการให้ก็สามารถมีเงื่อนไขได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินใดๆ อาจจะถูกกระบังไปจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดตามสัญญาหรือผู้รับได้ทำการใดๆ อันเป็นเงื่อนไขการให้นั้นเสร็จสิ้นแล้ว และการให้ก็สามารถทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างได้เช่นกันตราบใดที่วัตถุประสงค์ของการให้นั้นเป็นแค่เหตุในการที่จะทำให้เกิดการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์มุ่งใจให้มาทำการให้

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายสกอตสามารถสรุปได้ว่า การให้เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ใช่สัญญา ผู้ให้ต้องมีเจตนาให้อย่างชัดแจ้งและต้องมีเจตนาให้ในทันทีขณะนั้น ไม่สามารถทำการให้ในอนาคตได้ การส่งมอบเป็นการทำการให้สมบูรณ์และจะต้องทำในขณะที่ผู้รับมีชีวิตอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม การให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลาหรือการกำหนดวัตถุประสงค์ของการให้ได้

2.2 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามกฎหมายของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะของการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทย ตั้งแต่แนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ไปจนถึงแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

2.2.1 แนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทย

เรื่องการให้ตามกฎหมายไทยได้ถูกร่างอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งถูกประกาศให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ประกาศให้มีผลใช้บังคับแล้วนั้นได้ถูกยกเลิกและให้ใช้บทบัญญัติที่ตรวจ

³⁷ Hector MacQueen and Martin Hogg, Ibid, p. 14.

ชำระใหม่แทน ตามพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2472³⁸ จากการศึกษาสำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค. – 8 ก.พ. 2466) และการตรวจร่างแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ณ วังบางขุนพรหม ทำให้ทราบว่า ในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการให้นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีการรับเอาแนวคิดในเรื่องการให้มาพิจารณาทั้งจากแนวทางการให้ของระบบกฎหมายอังกฤษระบบกฎหมายฝรั่งเศสระบบกฎหมายเยอรมันระบบกฎหมายสวีเดนและแลนด์และระบบกฎหมายญี่ปุ่น

ต่อมาจากการศึกษาสำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมายทำให้พบว่า แรกเริ่มที่ได้มีการร่างกฎหมายเรื่องการให้นั้น คณะผู้ร่างกฎหมายได้ร่างให้การให้โดยเสนหาตามประมวลกฎหมายมีอยู่ 3 อย่าง คือ สัญญาให้ของแก่กัน ตามมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) ที่เรียกว่า “Contract of Gift” ภาษาละตินเรียกว่า donation ประการที่สองนั้นคือ การให้โดยเสนหาที่ไม่ใช่สัญญาแต่เป็นการส่งมอบของให้แก่กันธรรมดา (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ที่ถ้าไม่มีการมอบของให้แก่กันแล้วก็ไม่เรียกว่ามีการให้กันโดยเด็ดขาด และประการที่ 3 คือ การให้ของบางอย่างที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือกรรมธรรม์หรือทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่³⁹

สัญญาให้ของแก่กัน ตามมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) ที่เรียกว่า “Contract of Gift” นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้อธิบายว่าเป็นการทำการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญา (Contract) ที่กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ทำการให้นั้นได้ตกลงไปถึงมือผู้รับแล้วนับแต่เวลาที่ทำสัญญาให้แก่กัน ดังนั้น หากสัญญาให้กันยังไม่ได้มีการทำการส่งมอบของให้แก่กัน ผู้ให้ก็สามารถที่จะทำการมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นแก่ผู้อื่นไปก่อนก็ได้ เนื่องจากผู้รับได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นแล้วก็จะสามารถเรียกให้ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ตนได้ และสัญญาให้มีผลสมบูรณ์แล้วเมื่อมีการตกลงทำสัญญากันโดยยังไม่ต้องมีการส่งมอบ

ต่อมาในส่วนของมาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ป.พ.พ. ในปัจจุบัน) คือ การให้โดยเสนหาประการที่สอง ที่ไม่ใช่สัญญาอะไร เป็นแต่การส่งมอบของ (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ซึ่งคือ การยกให้โดยมอบหมาย ไม่มีพิธีอะไร ส่งของให้กันไปก็เด็ดขาดแล้ว ผู้รับได้กรรมสิทธิ์ทันที การเอามาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) นี้มาต่อจากมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและ

³⁸สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 97.

³⁹รายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค.-8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, หน้า 201. (สำเนา)

พาณิชย์ในปัจจุบัน) ก็เพื่อให้รู้ว่าเมื่อใดการให้กันเป็นการเด็ดขาดเท่านั้น การยกของให้แก่กันโดยเสนหาตามมาตรานี้ นั้น จะต้องส่งของถึงมือ (inter vivoce) ต้องทำในปัจจุบันต่อหน้ากัน จะให้กันภายหลังไม่ได้⁴⁰

และการให้ประการที่ 3 คือ เรื่องการส่งมอบของที่จับต้องไม่ได้ (Incorporeal) เช่น การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสาร หรือการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 524 และ 525 ในปัจจุบันนั่นเอง

2.2.2 แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทยสมัยร่างกฎหมายแล้ว เมื่อกลับมาพิจารณาถึงแนวคิดในเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันพบว่านักวิชาการได้มีแนวคิดเรื่องนี้แตกต่างกันโดยแบ่งออกเป็นสี่แนวคิดด้วยกัน

โดยในแนวคิดแรก เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้ หมายความว่า หากการทำสัญญาให้ใด ผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ จะทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์และสัญญาให้นั้นจะตกเป็นโมฆะ ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร อธิบายไว้ว่า คู่สัญญาจะทำให้สมบูรณ์โดยเพียงแต่มีเจตนาตกลงกันเฉยๆ เท่านั้นหาเพียงพอไม่ ยังจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้อีก มิฉะนั้น ถือว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ เป็นโมฆะดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 152 โดยแบบที่กฎหมายบังคับไว้ นี้ ยังมีแบบอยู่อีกชนิดหนึ่ง คือ การส่งมอบทรัพย์สิน เรียกสัญญาประเภทที่ต้องทำตามแบบนี้เป็นสัญญาที่สมบูรณ์โดยการส่งมอบ ได้แก่ สัญญาให้ จำนำ ฝากทรัพย์สิน และสัญญายืม การให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้อาจเป็นการส่งมอบโดยการกระทำหรือโดยวาจาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายก็ย่อมจะใช้ได้ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ตามธรรมดา การส่งมอบอาจทำโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ สุดแต่ว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับ คือ อาจหยิบยื่นหรือส่งให้อย่างธรรมดา หรือหากผู้รับได้ดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว ผู้ให้เพียงแต่บอกยกให้การให้ก็มีผล ถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแทนผู้ให้ก็ได้ แต่ถ้าบุคคลที่สามไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ให้ การให้นั้นก็ยังไม่สมบูรณ์เพราะยังไม่มี การส่งมอบตราใบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบ การให้นั้นก็หาสมบูรณ์ไม่และทำให้ผู้รับไม่มีสิทธิเรียกร้องอะไรจากผู้ให้ ส่วนเรื่องที่จะต้องทำการส่งมอบกันเวลาใดการให้จึงจะสมบูรณ์นั้น เพราะการส่งมอบอาจจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับการแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการ

⁴⁰ รายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค.-8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, หน้า 198. (สำเนา)

แสดงเจตนารับของผู้รับ หรืออาจจะเป็นการส่งมอบในภายหลังได้ ซึ่งเรื่องนี้ อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์⁴¹ เห็นว่าการส่งมอบจะทำในเวลาแสดงเจตนาให้ตนเองหรือภายหลังก็ได้ แต่ถ้าส่งมอบภายหลัง การแสดงเจตนาให้แล้ว จะต้องส่งมอบเสียก่อนผู้ให้ตายหรือถอนการแสดงเจตนา ยกให้ นั่น มิฉะนั้น การส่งมอบจะใช้ไม่ได้⁴²

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร จะเห็นว่าแม้ศาสตราจารย์ ดร. ไพฑูริศ เอกจริยกร จะเห็นว่าการส่งมอบถือเป็นแบบก็ตาม แต่การส่งมอบนั้นสามารถกระทำโดยตรง หรือโดยปริยายก็ได้ อีกทั้งยังสามารถกระทำโดยวาจา หรือสั่งให้บุคคลที่สามทำการให้แทนผู้ให้ก็ได้ และที่สำคัญ การส่งมอบการให้อาจจะทำการส่งมอบไปพร้อมกับการแสดงเจตนาหรือส่งมอบไป ภายหลังก็ได้เช่นกัน ดังนั้น แนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร นี้จึงแตกต่างจากแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิอีกสองท่าน นั่นคือ แนวคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์ และ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร

ศาสตราจารย์ ดร.ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ได้อธิบายไว้ว่า สัญญาให้โดยเสนหานั้น กฎหมายกำหนดวิธีการสำคัญสำหรับการให้ไว้ นั่นคือ การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ ให้แก่ผู้รับการส่งมอบในกรณีนี้คงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องของการส่งมอบว่าจะต้องมี ลักษณะของการโอนการครอบครองเพื่อให้ผู้รับมีอำนาจจัดการในทรัพย์สินนั้นได้ แต่เป็นที่น่า พิจารณาด้วยว่า “การส่งมอบ” ในสัญญาให้โดยเสนหานี้มิใช่ “การปฏิบัติการชำระหนี้” ของผู้ให้ แต่ เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน ทั้งนี้การส่งมอบ เป็นการยืนยันเจตนาอิสระของผู้ให้ในการให้ทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และ การแสดงเจตนารับของผู้รับการให้กับการส่งมอบจึงต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นกรรมและวาระเดียวกัน หากผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับไปในทันที สัญญาให้ย่อมไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายจะใช้คำว่า “ไม่สมบูรณ์” และมีได้ใช้คำว่า “โมฆะ” ก็ตาม แต่ในกรณีนี้ ต้องถือว่าความไม่สมบูรณ์คือความเป็นโมฆะ เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการให้นั้นไม่ก่อให้เกิด “หนี้” ต่อผู้ให้ ดังนั้น หากผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินพร้อมกับการแสดงเจตนาให้ ผู้รับการให้จะมาเรียก หรือฟ้องบังคับผู้ให้ให้ “ต้องให้” ไม่ได้ เพราะขัดกับบทบัญญัติในมาตรา 521 อย่างชัดเจน ซึ่งการให้ นั้นต้องเกิด “โดยเสนหา” กล่าวคือ ด้วยความอยากให้ผู้ให้มิใช่การให้เพราะ “ต้องให้” ผู้รับจึงจะ เรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ได้ทำนองเดียวกับการให้หรือการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ทำ

⁴¹ปรีชา สุมาวงศ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532), หน้า 710.

⁴²ไพฑูริศ เอกจริยกร, เรื่องเดิม, หน้า 144.

เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และการส่งมอบไม่ใช่ “หนี้” ที่เกิดจากสัญญาให้ เหมือนกับที่เป็น “หนี้” ในสัญญาซื้อขาย⁴³

ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายในเรื่องนี้ว่า “ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีนิติกรรมหรือสัญญา 6 ประเภทซึ่งจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบ ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นๆ ได้แก่ สัญญาให้ (มาตรา 523) กล่าวคือ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ คือ ยื่นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่กันตรานั้นสัญญาก็ไม่เกิดขึ้น ไม่บริบูรณ์ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นโมฆะ”⁴⁴ ถ้าไม่ส่งมอบเป็นเรื่องผิดแบบ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม หรือเป็น “แบบที่กฎหมายบังคับ” ถ้าไม่ส่งมอบ องค์ประกอบของนิติกรรมในส่วนที่แบบที่จะไม่สมบูรณ์ แต่เจตนานั้นคงสมบูรณ์แล้วทุกประการ

คุณศศิภรณ์ นารอดภัย อธิบายว่า การส่งมอบสังหาริมทรัพย์กฎหมายไม่ได้เขียนว่าเป็นแบบแต่ใช้คำว่าหากไม่ส่งมอบสัญญาให้จะไม่สมบูรณ์เท่านั้น แต่เรื่องการให้อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็นแบบที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ⁴⁵

และสุดท้าย คุณตะวัน กุลกาญจนาวรรณ อธิบายว่า “แม้จะเกิดเป็นสัญญาให้แล้ว แต่หากคู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามแบบของสัญญาให้ที่กฎหมายกำหนด การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์สำหรับแบบของสัญญาให้นั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบของการให้และประเภทของทรัพย์สินที่ให้”⁴⁶

ต่อมา ในส่วนของแนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ไม่ใช่แบบ แต่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น กล่าวคือ การส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด หากไม่มีการส่งมอบก็จะมีผลทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้ทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁴⁷

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้อธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า “ตามมาตรา 523 การให้ ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ แปลความกลับกัน ถ้าไม่ส่งมอบ สัญญาให้ก็ไม่สมบูรณ์ส่งมอบกันเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น ดังนั้น การส่งมอบจึงไม่ใช่แบบของสัญญาให้ ที่ว่ามานี้ อย่าลืมนะว่า สัญญาให้ได้เกิดขึ้นแล้ว มีสัญญาให้แล้ว เพราะมีคำเสนอสนอง มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว ไม่ใช่

⁴³ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 376.

⁴⁴ จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม.

⁴⁵ ศศิภรณ์ นารอดภัย, “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 74-76.

⁴⁶ ตะวัน กุลกาญจนาวรรณ, “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 15.

⁴⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, เรื่องเดิม.

ว่ายังไม่เกิด ยังไม่มีสัญญาให้ เพียงแต่สัญญายังไม่สมบูรณ์เท่านั้น ย่อมมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ คือผู้ให้ผู้รับต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กันโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินคือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้รับก็ต้องยอมรับมอบรับโอน ถ้าไม่ยอมส่งมอบโอนทรัพย์สิน หรือไม่ยอมรับมอบรับโอนทรัพย์สิน กฎหมายก็บัญญัติให้การให้ไม่สมบูรณ์เท่ากับเป็นการลงโทษคู่สัญญา ถ้าไม่มีการส่งมอบ ผู้รับก็ย่อมฟ้องร้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบได้จึงเห็นได้ว่า ตามมาตรา 523 ที่บัญญัติให้ส่งมอบเป็นหน้าที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติประการหนึ่ง”⁴⁸

ต่อมา ในส่วนของแนวคิดที่สาม เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบของการแสดงเจตนา ดังนั้น ถ้าไม่ทำการส่งมอบก็จะทำให้การแสดงเจตนามีผลไม่สมบูรณ์ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชโดยได้อธิบายไว้ว่า “การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ไม่ใช่แบบ เช่น มาตรา 650 วรรค 2 สัญญาเืมใช้สัณเป็ลียงจะบริบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมกันนั้น ความจริงไม่ใช่แบบ ควรจัดว่าอยู่ในขั้นตอนแสดงเจตนา คือกฎหมายถือว่า ถ้าผู้ให้ยืมยังไม่ได้ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าเขามีเจตนาบริบูรณ์จะให้ยืม”⁴⁹⁵⁰

ประการสุดท้าย ในส่วนของแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม หากไม่ทำการส่งมอบแล้วนิติกรรมการให้นั้นก็ยังไม่ถึงผลจนกว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ รศ.ศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปกติ⁵¹ โดยอธิบายว่า ”ในเรื่องนี้ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านอธิบายว่า ในสัญญาเหล่านี้ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ตราบนั้นสัญญาไม่เกิดขึ้นหรือไม่บริบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่เห็นพ้องด้วย และอธิบายว่าการนี้เหล่านี้กฎหมายมุ่งหมายให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาแห่งนิติกรรม เพราะถือว่าการแสดงเจตนาโดยไม่มีการส่งมอบยังไม่นับว่าเป็นการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบ ดังนั้นนิติกรรมนั้นจึงไม่สมบูรณ์คือไม่มีผล”⁵²

⁴⁸ไพจิตร ปุญญพันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 81 และ 109.

⁴⁹มุนินทร์ พงศาปาน, เรื่องเดิม.

⁵⁰แนวคิดที่สามนี้ยังมีผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นไปในทางเดียวกับหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชอีก ได้แก่ อาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, อาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย และศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ.

⁵¹กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, เรื่องเดิม.

⁵²เรื่องเดียวกัน.

ในส่วนของแนวคำพิพากษาฎีกาเรื่องการส่งมอบการให้ พบว่า มีแนวคำพิพากษาฎีกาแยกออกเป็นสองฝ่ายเช่นกัน คือ ฝ่ายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ ถ้าไม่มีการส่งมอบสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2494

ผู้ตายทำหนังสือ(นาชา)ยกที่ดินให้จำเลยตั้งแต่มียังมีชีวิตอยู่แต่ตามกฎหมายอิสลามมิว่าการให้ด้วยหนังสือนาชานี้ได้ ที่ดินไม่เป็นมรดกต่อไปตามกฎหมายอิสลามไม่ต้องแบ่งมรดกก็ตาม แต่ปรากฏว่าการยกให้ไม่ถูกต้องตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะไม่ได้จดทะเบียน ที่ดินจึงยังเป็นของผู้ตายอยู่ในเวลาตายจึงต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าที่ดินนี้ยังเป็นมรดกของผู้ตายอยู่

คำพิพากษาฎีกาที่ 2364/2515

สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยมีข้อความว่าจำเลยแสดงเจตนาสละสิทธิการครอบครองกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไป และโจทก์สัญญาว่าจะจ่ายเงินผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้นให้แก่จำเลยหนึ่งในสามจนตลอดชีวิตของจำเลยเป็นสัญญาซึ่งจำเลยมีเจตนายกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โจทก์โดยเสนหา โดยโจทก์มิได้เสียค่าตอบแทนแต่ประการใด แต่จำเลยคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้เพียงบางส่วนเพื่อใช้สอยในระหว่างที่จำเลยยังมีชีวิตอยู่ ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยสละการครอบครองให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไปคงมีความหมายเพียงว่าจำเลยส่งมอบทรัพย์สินให้โจทก์ อันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาให้เท่านั้น เมื่อทรัพย์สินที่ให้เป็นที่ดินมีโฉนด การให้จึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่(แม้จะฟังว่าเป็นคำมั่นจะให้ก็ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกัน เมื่อไม่จดทะเบียนนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ)

คำพิพากษาฎีกาที่ 226/2520

โจทก์ทำสัญญากับจำเลยผู้เป็นบุตรว่า โจทก์ยินยอมสละสิทธิในการรับมรดกซึ่งมีสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์สิทธิและประโยชน์ซึ่งโจทก์มีสิทธิได้รับจากบิดาโจทก์โดยยินยอมให้ทรัพย์สินมรดกดังกล่าวตกทอดให้แก่จำเลยสัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาประนีประนอมยอมความเพราะโจทก์จำเลยมิได้มีข้อพิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกของบิดาโจทก์ในขณะที่ทำสัญญาหรือจะมีขึ้นในภายหน้าหากแต่เป็นสัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์สัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์เมื่อไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ทั้งไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ถึงมาตรา 525 บังคับไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ เท่ากับไม่มีสัญญาให้ซึ่งสังหาริมทรัพย์และที่เกี่ยวกับการให้อสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อไม่ได้ทำ

เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115

ต่อมา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ หากไม่ทำตามคู่สัญญาที่ไม่มีสิทธิบังคับตามสัญญาให้ได้เท่านั้น ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2195/2522

โจทก์มีเจตนายกตลาดสด ผลไม้ และที่ดินที่ปลูกสร้างให้แก่จำเลยที่ 1 เพื่อให้จำเลยที่ 1 ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวหาผลประโยชน์มาปรับปรุงท้องที่ในเขตสุขาภิบาลของจำเลยที่ 1 เป็นการให้แก่จำเลยที่ 1 โดยเฉพาะ มิใช่เป็นการให้เพื่อใช้เป็นสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อสงวนไว้เป็นประโยชน์ร่วมกันของพลเมืองอันเป็นลักษณะของสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามมาตรา 1304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อการให้ซึ่งที่ดินและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 บัญญัติไว้ การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้นยังเป็นของโจทก์ โจทก์มีสิทธิเอาคืนได้"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2537

"...สำหรับที่พิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด การโอนกรรมสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และหนังสือสัญญาให้ที่ดินโดยเสน่หาตามเอกสารหมาย จ. 7 ตอนท้ายมีข้อความว่าคู่สัญญาจะได้นำไปจดทะเบียนสำนักงานที่ดินภายในกำหนด 7 วัน นับแต่วันทำสัญญานับนี้ จากข้อสัญญาดังกล่าวแสดงว่าจำเลยประสงค์จะยกที่พิพาทให้แก่โจทก์ โดยทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ฉะนั้น เมื่อการให้รายนี้ยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมให้ก็ย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่โจทก์ได้..."

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 586/2538

การให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ที่ดินจะต้องได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงบังคับกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 บันทึกรายชื่อข้อตกลงระหว่าง ป. กับจำเลยที่ระบุว่าจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของที่พิพาทยินยอมยกที่ดินดังกล่าวส่วนหนึ่งให้โจทก์ด้วย แต่มิได้จดทะเบียนจึงไม่มีผลผูกพันจำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาที่พิพาทโดยอาศัยบันทึกดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 663/2538

ท. ประสงค์จะยกที่ดิน น.ส.3 ให้แก่โจทก์โดยการทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้ ท. จะยื่น

เรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมประเภทให้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ประกาศตามระเบียบ ท.ก็ตายเสียก่อน เมื่อยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การให้จึงยังไม่สมบูรณ์ โจทก์จะฟ้องขอให้บังคับจำเลยในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะผู้จัดการมรดกของ ท. จดทะเบียนการให้แก่โจทก์ไม่ได้

ดังนั้น เมื่อได้ศึกษาแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องนี้นักวิชาการต่างๆ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังมีแนวคิดที่แตกต่างกันอยู่ ทำให้เมื่อต้องมีการนำกฎหมายเรื่องการให้โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นี้มาพิจารณาปรับใช้กับข้อเท็จจริงจะเห็นว่าจะทำให้เกิดปัญหาและความสับสนในการปรับใช้กฎหมายได้

2.3 บทวิเคราะห์เรื่องการส่งมอบการให้

จากการศึกษาต้นร่างกฎหมายในเรื่องการส่งมอบการให้ของกฎหมายไทยมาแล้วทำให้พบว่า คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีการศึกษากฎหมายของต่างประเทศและหยิบยกเอามาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายเรื่องนี้โดยมีเจตนารมณ์ร่างกฎหมายในเรื่องการให้นี้ออกเป็นสามประเภทด้วยกัน คือ การให้ที่เป็นการให้ตามสัญญา (Contract of gift) การให้ที่เป็นการส่งมอบของให้แก่กันธรรมดา และการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น เมื่อได้มีการร่างกฎหมายเรื่องการให้ออกเป็นสามแบบการส่งมอบหรือวิธีบังคับใช้การให้ก็ย่อมแตกต่างกัน เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดเรื่องการให้ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันจะเห็นว่า ในประเด็นเรื่องลักษณะของสัญญาให้นั้นนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นพ้องต้องกันว่า การให้ตามกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีการเสนอสนองต้องตรงกันของคู่สัญญา และจะต้องครบองค์ประกอบทั่วไปของสัญญาด้วย นั่นคือ ต้องมีเจตนา วัตถุประสงค์ แบบ และความสามารถของคู่สัญญาถูกต้องและครบถ้วนตามกฎหมายด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักวิชาการส่วนใหญ่ของไทยจะเห็นตรงกันว่า การให้มีลักษณะเป็นสัญญาก็ตาม แต่ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้กลับมีความเห็นแตกต่างกันถึงสี่แนวคิด ทำให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎีเรื่องการส่งมอบการให้ขึ้น

ดังนั้น ในประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้นี้จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ และถ้าไม่ทำจะทำให้สัญญาให้มีผลเช่นไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิในประเทศไทยพบว่า ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายยังมีความเห็นที่แตกต่างกันถึงสี่แนวทางด้วยกัน โดยแนวทางแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 เป็นแบบที่กฎหมายกำหนด และถ้าไม่ทำตามสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ แนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 มิใช่แบบแต่เป็นเพียงการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้ ฉะนั้น หากไม่ทำการส่งมอบก็จะมีผลให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งหากภายหลัง

มีการส่งมอบเกิดขึ้นสัญญาให้ นั่นก็จะมีผลสมบูรณ์ได้ ส่วนแนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตาม มาตรา 523 ไม่ใช่แบบแต่เป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา และแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตาม มาตรา 523 ไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรมซึ่งเมื่อมีการส่งมอบการให้ แล้วจะทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ทั้งสี่แนวคิดมาปรับใช้กับ ข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่นาย ก. เดินทางเจอนาย ข. โดยบังเอิญและนาย ก. บอกกับ นาย ข. ว่าตนมีเจตนาให้หนังสือของตนแก่นาย ข. หนึ่งเล่มแต่ขณะนั้นนาย ก. ไม่มีหนังสือเล่มดังกล่าวอยู่กับตัว วันรุ่งขึ้นนาย ก. จึงได้นำหนังสือเล่มดังกล่าวไปให้นาย ข. ที่บ้าน จากตัวอย่างข้อเท็จจริง ดังกล่าว เมื่อนำแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้แนวคิดที่หนึ่งซึ่งเห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบมาปรับใช้ กับข้อเท็จจริงนี้จะทำให้สัญญาให้ระหว่างนาย ก. และนาย ข. ตกเป็นโมฆะโดยทันทีขณะเกิดสัญญา เนื่องจากนาย ก. มีเจตนาให้หนังสือแก่นาย ข. แต่ นาย ก. ไม่ได้ทำการส่งมอบหนังสือให้นาย ข. ทันทีขณะทำสัญญา ดังนั้น สัญญาให้ดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะการที่นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้องทำการแสดงเจตนาให้และแสดงเจตนารับหนังสือ กันใหม่ทำให้เกิดความยุ่งยาก และสับสนในทางปฏิบัติ และหากในกรณีที่นาย ก. นำหนังสือไปให้แก่นาย ข. อาจจะไม่อยู่ที่ห้อง นาย ก. จะฝากหนังสือไว้ที่เพื่อนของ นาย ข. หรือนำหนังสือวางไว้ที่หน้าห้องของนาย ข. ดังนี้ก็จะไม่ใช่การส่งมอบตามสัญญาให้เพราะนาย ก. และนาย ข. ยังไม่ได้แสดงเจตนาเสนอสนองกันใหม่ สัญญาให้จึงยังไม่เกิดขึ้นใหม่ หากนาย ก. ต้องการฝากหนังสือไว้ ก็อาจจะเป็นเพียงการสละการครอบครองหนังสือเท่านั้น

ต่อมาเมื่อนำข้อเท็จจริงนี้ไปปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สองที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่ทำตามคู่สัญญาสามารถฟ้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ เมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงทำให้การที่นาย ก. แสดงเจตนาให้หนังสือแก่นาย ข. แล้วแต่ยังไม่ทำการส่งมอบหนังสือแก่นาย ข. สัญญาให้ระหว่างนาย ก. กับนาย ข. เกิดขึ้นและมีหนี้ผูกพันนาย ก. ผู้ให้แล้ว หากต่อมานาย ก. ไม่ส่งมอบหนังสือเล่มดังกล่าวให้แก่ นาย ข. นาย ข. สามารถไปฟ้องศาลให้บังคับนาย ก. ส่งมอบหนังสือให้แก่ตนได้ อย่างไรก็ตาม การฟ้องบังคับให้ส่งมอบการให้โดยเฉพาะการให้สังหาริมทรัพย์ที่อาจจะไม่มีการทำสัญญาให้กันเป็นลายลักษณ์อักษร อาจจะเป็นการยากที่คู่ความจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นและคล้อยตามจนมีคำบังคับได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สองนี้ปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ยาก และไม่สามารถทำได้จริงในทางปฏิบัติ

ถัดมา เมื่อนำข้อเท็จจริงไปปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สามที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา ผลก็จะเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ

แนวคิดที่หนึ่ง คือ เมื่อนาย ก.แสดงเจตนาให้แต่ไม่มีการส่งมอบการให้ เจตนาให้ของนาย ก.จะไม่สมบูรณ์ ทำให้สัญญาให้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ต่อมา เมื่อ นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้แก่ นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้องแสดงเจตนาให้และสนองรับการให้กันใหม่ ซึ่งถ้านาย ข. ไม่อยู่ รับการส่งมอบ นาย ก. อาจต้องทำการสละการครอบครองหนังสือให้แก่ นาย ข. ไปเท่านั้น ซึ่งทำให้แนวคิดที่สามนี้ปรับใช้ได้ยากในทางปฏิบัติเช่นกัน อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติเรื่องไว้ในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา ฉะนั้น เรื่องให้จึงต้องมีความพิเศษเป็นเอกเทศ แตกต่างจากเรื่องสัญญาธรรมดา และเนื่องจากการให้เป็นการที่ผู้ให้ให้ทรัพย์สินโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน และผู้รับไม่เสียประโยชน์ใดๆ ฉะนั้น หากให้อำนาจผู้รับฟ้องบังคับให้ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้ว ก็ดูจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้เท่าใดนัก ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่สามนี้

ประการสุดท้าย เมื่อนำข้อเท็จจริงปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สี่ที่เห็นว่าการส่งมอบการให้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้ ฉะนั้น การที่นาย ก. และนาย ข. ทำสัญญาให้ต่อกันแล้วแต่นาย ก.ยังไม่ได้ส่งมอบหนังสือให้แก่ นาย ข. การแสดงเจตนาของนาย ก. และนาย ข. สมบูรณ์แล้ว เพียงแต่สัญญาให้ยังไม่เกิดขึ้นเนื่องจากยังไม่ครบองค์ประกอบในนิติกรรม นั่นคือ การส่งมอบการให้เท่านั้น ต่อมา เมื่อนาย ก. นำหนังสือมาให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นิติกรรมการให้จึงครบองค์ประกอบ และมีผลสมบูรณ์ มีผลให้สัญญาให้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และมีผลเสร็จเด็ดขาดไปโดยนาย ก. และนาย ข. ไม่จำเป็นต้องมาทำสัญญาให้หนังสือกันใหม่ ทำให้การปรับใช้แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สี่กับข้อเท็จจริงนี้มีความถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรม สามารถปรับใช้ได้จริงมากที่สุด

ต่อมา เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องการให้และการส่งมอบการให้ จะเห็นว่า แม้จะมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ เมื่อไม่มีการส่งมอบสัญญาให้ จะตกเป็นโมฆะ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่า การไม่ส่งมอบการให้ เป็นเพียงการทำให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้ทำการส่งมอบการให้ให้แก่ผู้รับได้เท่านั้น เมื่อผู้เขียนพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นคล้อยตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบการให้เป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ เนื่องจาก หากพิจารณาว่าการทำสัญญาให้สังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ผู้ให้อาจจะต้องการเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นๆ เช่น การทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่มีอยู่กับตัวผู้ให้ขณะทำสัญญาให้ หรือการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจดทะเบียนการให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอาจต้องใช้เวลา การจะพิจารณาว่าการไม่ไปจดทะเบียนการให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวซึ่งมีผลเป็นการที่ผู้ให้ไม่ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ การจะพิจารณาให้สัญญาให้มีผลตกเป็นโมฆะเมื่อใดจะเป็นการยาก และส่งผลต่อการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

ต่อมา เมื่อผู้เขียนทำการศึกษาเรื่องการบังคับการให้ของระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดแบบของสัญญาให้ที่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและทำต่อหน้าโนตารีมีฉะนั้นการให้จะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่เป็นกรณีการให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปทันที แต่ในส่วนของกฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายสกอตไม่ได้มีการกำหนดแบบไว้ การส่งมอบมีผลแค่ทำให้การให้มีผลสมบูรณ์เท่านั้น

หลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องการส่งมอบการให้ทั้งจากระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการส่งมอบการให้ ตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการรับเอาแนวคิดมาจากแนวคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งมีการกำหนดแบบของสัญญาให้ที่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและทำต่อหน้าโนตารีมีฉะนั้นการให้จะตกเป็นโมฆะและการทำการให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยในยุคร่างประมวลกฎหมายนั้น ไม่มีการนำระบบโนตารีมาใช้ในประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะกรรมการร่างกฎหมายมีเจตนากำหนดให้การทำสัญญาให้ส่งสาริมทรัพย์ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม มาตรา 525 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเป็นการบังคับให้ผู้สัญญาต้องทำการให้ตามแบบ มีหลักฐาน และสามารถตรวจสอบได้ ส่วนการทำสัญญาให้ส่งสาริมทรัพย์ธรรมดาอาจทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ซึ่งการส่งมอบการให้นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของสัญญาให้ประการหนึ่ง ซึ่งเมื่อคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน และได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด

3. บทส่งท้าย

จากการศึกษาเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายของต่างประเทศและระบบกฎหมายไทยแล้วผู้เขียนพบว่า การส่งมอบการให้ตามมาตรา 523 นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของสัญญาประการหนึ่ง ซึ่งเมื่อมีการทำสัญญาให้แล้วแต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินจะมีผลทำให้การแสดงเจตนาให้เกิดขึ้นแล้ว แต่สัญญาให้นั้นยังไม่เกิดมีผลสมบูรณ์จนกว่าคู่สัญญาจะได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน สัญญาให้จึงจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ส่งผลให้ผู้ที่ไม่สามารถเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนจากผู้รับได้เว้นแต่ผู้รับจะประพฤตินิรคุณเท่านั้น

ดังนั้น ในเรื่องนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่านักกฎหมายจะต้องทำการศึกษาและมีความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องการส่งมอบของการให้ใหม่ โดยต้องเข้าใจว่าการส่งมอบการให้ตามมาตรา 523

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้และผู้เขียนมีความเห็นว่าควรแก้ไขข้อความบางส่วนในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องสมบูรณ์มากขึ้นโดยเพิ่มเติมจาก

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

โดยแก้ไขข้อความเป็น

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หา แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

บรรณานุกรม

- กรสุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “เอกสารประกอบการบรรยาย หน้า 230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561.” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ตะวัน กุลกาญจนาภรณ์. “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- ปรีชา สุมาวงศ์. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532.
- ไพฑูริต เอกจริยกร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. **ประมวลบทความกฎหมายแพ่ง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.
- มนินทร์ พงศาปาน. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2557.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ศศิธรณ์ นารอดภัย. “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- สำเนารายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (2466). หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ.
- สุรพล ไตรเวทย์. **การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2557.

Dawson, P. John. **Gifts and promises continental and American law Storrs lectures on jurisprudence**. New Haven: Yale University Press, 1980.

Hogg, Martin. "Promise and Donation in Louisiana and comparative law." **Tulane European and Civil Law Forum** 26 (2011): 14.

Hyland, Richard. **Gift: A study in comparative law**. New york: Oxford University Press, 2009.

MacQueen, Hector and Martin Hogg. "Donation in Scot Law." **Juridical Review** (2012): 1-5.

