

บทที่ 2

แนวคิดที่มาของหลักกฎหมายลาภมิควรได้

การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของสังคมย่อมไม่ได้รับการยอมรับ และถูกลงโทษเพื่อมิให้เกิดการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ในลักษณะเดียวกันขึ้นอีกในสังคม ดังนั้น ข้อตกลงหรือสัญญาใดๆก็ตามที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรม กฎหมายย่อมไม่รับรองบังคับให้เกิดผล คู่สัญญาที่ได้กระทำการเพื่อชำระหนี้ไปตามข้อตกลงสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย จารีต ประเพณี หรือหลักประเพณีปฏิบัติอันดีงามไปแล้วย่อมไม่อาจอ้างกฎหมายเพื่อเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ซึ่งเป็นหลักการที่รองรับบรรจุอยู่ในหลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้ อันเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏตัวในระบบกฎหมายต่างๆ ทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายลาภมิควรได้ในปัจจุบันนั้นล้วนได้รับอิทธิพลแนวคิดมาจากหลักกฎหมายโรมันทั้งสิ้น ดังนั้นการศึกษาถึงแนวคิดลักษณะหลักกฎหมายเรียกทรัพย์สินคืนในกฎหมายโรมันซึ่งเป็นที่มาของหลักลาภมิควรได้และพัฒนาการในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงทำให้เข้าใจลักษณะกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายปัจจุบันกระจ่างชัดยิ่งขึ้น

2.1 กฎหมายโรมัน

กฎหมายโรมันมีแนวคิดในการแบ่งนิติสัมพันธ์ออกเป็นความสัมพันธ์ของสิทธิระหว่างบุคคลต่อบุคคลหรือสิทธิทางหนี้ (Rights in personam) และความสัมพันธ์ของสิทธิระหว่างบุคคลต่อทรัพย์สินหรือสิทธิทางทรัพย์สิน (Rights in rem) ซึ่งความแตกต่างระหว่างสิทธิทั้งคู่พิจารณาได้จากความแตกต่างระหว่างสิทธิในความเป็นเจ้าของ และ สิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้¹ ในการทำข้อตกลงสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาซื้อขายทรัพย์สินสำคัญบางชนิด ได้แก่ ที่ดิน หรือสัตว์พาหนะที่สำคัญในสมัยนั้น 4 ชนิดคือ ม้า ลา วัว และพ้อ (Res mancipi) ซึ่งในสมัยแรกๆเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อต่อเมื่อคู่สัญญาได้ส่งมอบทรัพย์สิน (Conveyance) แก่กันถูกต้องตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น การส่งมอบต่อหน้าสาธารณชนโดยการใช้ตราขี้ผึ้งและมีพยานรับรอง (Mancipatio) หรือใช้วิธีการส่ง

¹ Bary Nicholas , An Introduction to Roman Law ,(Oxford : Clarendon Press,1962),p.99.

มอบต่อหน้าไพร่ตอร์ (In iure cessio)² เพื่อให้บุคคลทั่วไปได้ทราบว่าการที่ทรัพย์นั้นได้เปลี่ยนเจ้าของไปแล้ว เพียงการทำข้อตกลงสัญญาระหว่างกันสมบูรณ์ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์เปลี่ยนมือไปไม่ต่อเมื่อทรัพย์ได้ส่งมอบกันตามแบบที่กฎหมายกำหนดโดยผู้มอบต้องมีเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์และผู้รับต้องมีเจตนาที่จะรับโอนกรรมสิทธิ์จากผู้มอบในขณะที่ทำการส่งมอบทรัพย์กันนั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์จึงโอนไปสู่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงความบกพร่องของข้อตกลงสัญญาอันเป็นมูลเหตุในการส่งมอบอีก ตัวอย่างเช่น เสดกกลางขายลาของตนแก่ปี และทำการส่งมอบลาซึ่งเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายถูกต้องตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรรมสิทธิ์ในลาย่อมตกเป็นของปี แม้ถึงว่าปีจะยังไม่ชำระเงินค่าลาแก่เอก็ตามและถึงแม้ว่าสัญญาซื้อขายดังกล่าวจะปรากฏภายหลังว่าเป็นโมฆะ ปีผู้ซื้อก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในตัวลาอยู่ เอจะเรียกเอาลาคืนโดยอ้างว่าตนมีกรรมสิทธิ์ไม่ได้ กล่าวคือในกรณีที่เหตุแห่งการโอนทรัพย์ไม่สมบูรณ์แต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ได้โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว ตามหลักกฎหมายโรมันผู้ส่งมอบทรัพย์ไปจะไม่สามารถเรียกเอาทรัพย์คืนโดยอ้างว่าตนเป็นเจ้าของด้วยการใช้รูปแบบการฟ้องคดีเรียกคืนฐานทรัพย์สิทธิโดยอ้างกรรมสิทธิ์ (Rei vindicatio) เพื่อเรียกร้องการครอบครองทรัพย์คืนได้อีกต่อไป

จากลักษณะดังกล่าวทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อผู้สูญเสียทรัพย์ในบางกรณี นักกฎหมายโรมันจึงได้คิดรูปแบบการเยียวยาให้ความเป็นธรรมโดยอาศัยมูลหนี้พิเศษที่กำหนดขึ้น ได้แก่ หลักมูลหนี้เสมือนสัญญาหรือมูลหนี้คล้ายสัญญา (Quasi Ex Contractu) เรียกเอาทรัพย์คืน โดยถือว่าเป็นป่อเกิดแห่งหนึ่งรูปแบบหนึ่งแยกต่างหากจากมูลหนี้ประเภทอื่น ปรากฏตามตำรากฎหมายโรมันเบื้องต้นของจัสติเนียน (Justinian Institutes) ซึ่งแบ่งรูปแบบป่อเกิดแห่งนี้ออกเป็น 4 ประเภทด้วยกัน³ ได้แก่ มูลหนี้สัญญา (Ex Contractu) มูลหนี้ละเมิด (Ex Delicto) มูลหนี้เสมือนสัญญา (Quasi Ex Contractu) และมูลหนี้เสมือนละเมิด (Quasi Ex Delicto) โดยมูลหนี้เสมือนสัญญาดังกล่าวได้กลายเป็นแนวคิดรากฐานที่มาของหลักกฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบัน

² ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น: จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.82-83.

³ R.M Prichad, Roman Private Law / Founded on the institutes of Gaius and Justinian, Third Edition, (London, Macmillan & Co Ltd., 1961), p.313.

ลักษณะของมูลหนี้เสมือนสัญญา (Quasi Ex Contractu)

มูลหนี้เสมือนสัญญาจัดเป็นหลักกฎหมายที่คลุมเครืออย่างมากเรื่องหนึ่งของกฎหมายโรมัน กล่าวคือมีลักษณะเป็นมูลหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากข้อตกลงสัญญาใดๆไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย ทั้งไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันจะจัดเป็นมูลละเมิดได้ แต่มีรูปแบบลักษณะบางประการที่ใกล้เคียงกับมูลหนี้สัญญา นักกฎหมายโรมันจึงเรียกมูลหนี้ประเภทนี้ว่า มูลหนี้คล้ายสัญญาหรือมูลหนี้เสมือนสัญญาแยกออกจากบ่อเกิดแห่งหนี้ประเภทอื่น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์เพื่อเรียกคืนทรัพย์สิน 3 รูปแบบที่แตกต่างกัน ได้แก่ หลัก Negotiorum gestio หลัก Actio de in rem verso⁴ และหลัก Condictio ที่ถือเป็นรูปรอยสำคัญซึ่งพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายได้ในปัจจุบัน

2.1.1 Condictio (Conditiones)

หลัก Condictio หรือ Conditiones ในกฎหมายโรมันนั้นมีลักษณะเป็นรูปแบบการฟ้องคดีที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นรูปแบบการฟ้องโดยไม่คำนึงถึงมูลหนี้ระหว่างโจทก์กับจำเลยว่ามีอยู่หรือไม่อย่างไร เพียงแต่โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยมีหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดจะต้องส่งมอบสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้กับโจทก์ โจทก์ก็สามารถฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนโดยใช้รูปคดีแบบ Condictio ได้ การฟ้องคดีแบบ Condictio นี้ในตอนแรกได้ปรับใช้กับการฟ้องเพื่อเรียกคืนหนี้เงินกู้ยืมจำนวนแน่นอน ภายหลังได้ขยายการปรับใช้ออกไปเพื่อการฟ้องเรียกคืนหนี้ยืมสิ่งของอื่นๆ ที่สามารถหาทรัพย์สินที่มีคุณภาพและปริมาณอย่างเดียวกันมาทดแทนได้ เช่น กรณีผู้ให้ยืมได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืมแก่ผู้ยืมไปแล้ว ดังนั้นไม่ว่าทรัพย์สินที่ส่งมอบนั้นจะยังอยู่ในมือของผู้ยืมหรือผู้ยืมได้บริโภคหรือใช้สอยหมดไปแล้ว ผู้ให้ยืมไม่สามารถจะใช้รูปแบบคดีฟ้องเรียกคืนกรรมสิทธิ์เพื่อเรียก

⁴ Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Johannesburg:Juta Feo Ltd,1992),p.878 ,Paol Gallo, “Unjust Enrichment : A Comparative Analysis” ,The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 2 (Spring 1992), p. 438.

คืนทรัพย์สินนั้นได้อีกต่อไป แต่มีสิทธิเรียกร้องสิ่งที่มีค่าเท่ากันแทน⁵ ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน เช่น กรณีการมอบทรัพย์สินหนึ่งให้ไปโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งแต่การกลับไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น เช่น การให้ทรัพย์สินเพื่อเป็นของหมั้นแต่ปรากฏว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น ผู้ให้สามารถเรียกคืนของหมั้นดังกล่าวโดยอ้างหลัก *Condictio* ได้⁶ เป็นต้น นอกจากนี้ที่กล่าวแล้วยังมีลักษณะการปรับใช้หลัก *Condictio* อีกหลากหลายรูปแบบ เนื่องจากลักษณะการปรับใช้หลัก *Condictio* ในสมัยโรมันมีขึ้นเพื่อเยียวยาให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่สมควรจะได้รับทรัพย์สินใดคืน การปรับใช้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีเป็นเรื่องๆไป ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่แน่นอน

2.1.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่าง *Condictio* และกฎหมายสัญญาโรมัน

ในสังคมโรมันมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อตกลงสัญญาระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นมากมาย แต่มีความตกลงสัญญาบางชนิดเท่านั้นที่กฎหมายโรมันยอมรับว่าเป็นข้อตกลงสัญญาที่มีผลบังคับตามกฎหมายได้⁷ เนื่องจากสมัยนั้นยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ความตกลงใดๆมิได้เกิดขึ้นและมีผลโดยตั้งอยู่บนเจตจำนงระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น แต่กฎหมายโรมันกำหนดรูปแบบของสัญญาบางชนิดเท่านั้นว่าเป็นสัญญาที่บังคับกันตามกฎหมายได้ ได้แก่⁸

Formal contract เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบพิธีให้ต้องปฏิบัติโดยบัญญัติคำพูดตัวอักษรและรูปแบบการทำให้ คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด หากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดสัญญานั้นก็ไม่เกิดขึ้น คือ สัญญาที่ทำด้วยวาจา (*Verbal contract*) และสัญญาที่ทำเป็นหนังสือ (*Literal contract*)

⁵ Henry John Roby , Roman Private Law in The Time of Cicero to the Antonines Vol.2, Print of the Edition Cambridge 1902 , (Scientia Verlag Aalen 1975), p.76.

⁶ Konrad Zweigert & Hein Kotz , An Introduction to Comparative Law , Third Revised Edition , Translated By Tony Weir, (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 539.

⁷ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p.843.

⁸ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.128-129.

Informal contract เป็นสัญญาที่กฎหมายโรมันไม่ได้กำหนดรูปแบบพิธีของสัญญา ว่าคู่สัญญาจะต้องใช้ถ้อยคำใดกล่าวแสดงในขณะทำสัญญาเป็นพิธีการเพียงแต่กำหนดหลักการ กว้างๆไว้ เช่น ยืมใช้คงรูป (Commodatum) สัญญาซื้อขาย (Emptio venditio) เป็นต้น

การที่ระบบกฎหมายสัญญาโรมันยอมรับความมีผลทางกฎหมายของสัญญาบาง ชนิดเท่านั้น ทำให้ข้อเท็จจริงของการกระทำเพื่อชำระหนี้ตามข้อตกลงสัญญาที่กฎหมายไม่ยอมรับ ไม่สามารถบังคับตามหลักกฎหมายสัญญาที่มีอยู่ได้ ในขณะเดียวกันสัญญาที่บังคับได้ตาม กฎหมายโรมันบางกรณีก็ไม่มีมูลหนี้กันโดยแท้จริง นักกฎหมายจึงคิดรูปแบบวิธีแก้ไขเยียวยา ข้อบกพร่องของระบบกฎหมายสัญญาในขณะนั้น หลัก Condictio จึงเกิดขึ้นเป็นวิธีการเยียวยา สร้างความเป็นธรรมรูปแบบหนึ่งโดยมีลักษณะไม่แน่นอนแล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น กรณีได้ ชำระหนี้ไปตามข้อตกลงสัญญาตามหลักกฎหมายแล้วแต่ปรากฏว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ ไม่มีมูลหนี้กันแท้จริง เพียงแต่ผู้ชำระหนี้สำคัญผิดว่าตนเองมีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ นั้น ผู้ที่ ชำระหนี้ไปสามารถเรียกคืนได้โดยใช้ รูปแบบของ Condictio indebiti หรือในกรณีที่ผู้ส่งมอบ ทรัพย์สินใดไปตามข้อตกลงที่กฎหมายโรมันไม่ยอมรับ เช่น กรณีที่ผู้ส่งมอบทรัพย์สินไปตามสัญญาใน ลักษณะ Datio ob rem⁹ กล่าวคือ เป็นการส่งมอบของให้ไป (datio) โดยหวังว่าฝ่ายผู้รับ (ob rem) จะมีการกระทำบางอย่างเกิดขึ้น กล่าวคือ ได้ส่งมอบไปโดยมุ่งต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่าย ผู้รับแต่ผลเช่นนั้นมิได้เกิดขึ้น เช่น การให้ทรัพย์สินเป็นของหมั้นโดยคาดหวังว่าจะมีการสมรส เกิดขึ้นดังกล่าวแล้ว หากการสมรสไม่เกิดขึ้น ผู้ให้ก็เรียกทรัพย์สินนั้นคืนได้

2.1.1.2 รูปแบบของ Condictio

ตามที่กล่าวแล้วว่าลักษณะการปรับใช้หลัก Condictio ในสมัยโรมันจะขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีเป็นเรื่องๆไป ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่แน่นอน นักกฎหมายได้ พยายามวิเคราะห์หรือรวบรวมรูปแบบ Condictio ที่สำคัญ อันเป็นรากฐานของกฎหมายลามิคอร์ได้ ในเวลาต่อมา อาจแบ่งได้ดังนี้¹⁰

⁹ Reinhard Zimmermann, *supra* note 4, p.842.

¹⁰ *Ibid*, pp.842-856.

1. *Condictio indebiti*

คือการเรียกทรัพย์สินเนื่องจากผู้ชำระหนี้ได้กระทำการชำระหนี้ไปโดยความสำคัญผิดว่ามีหนี้ต่อกันแต่แท้จริงแล้วมิได้มีหนี้ที่ต้องชำระ ซึ่งในกฎหมายโรมันอนุญาตให้เรียกคืนได้เฉพาะกรณีที่การชำระหนี้ที่นั้นเกิดจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเท่านั้น เนื่องจากเห็นว่าบุคคลทุกคนจะต้องทราบกฎหมาย ดังนั้นความสำคัญผิดในข้อกฎหมายจึงไม่ใช่ข้อแก้ตัว

2. *Condictio causa data, causa non secuta* หรือ *Condictio ob rem*

คือการเรียกทรัพย์สินเนื่องจากการได้ส่งมอบไปโดยมุ่งต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายผู้รับ แต่ผลเช่นนั้นมิได้เกิดขึ้น เช่น การให้ทรัพย์สินเป็นของหมั้นโดยคาดหมายว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้นดังกล่าวแล้ว หากการสมรสไม่เกิดขึ้น ผู้ให้ก็เรียกทรัพย์สินนั้นคืนได้

3. *Condictio ob turpem (vel iniustam) causam*

คือการเรียกทรัพย์สินในกรณีที่ได้กระทำการชำระหนี้ส่งมอบทรัพย์สินไปโดยวัตถุประสงค์ที่สุจริต เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย มาตรฐานความประพฤติที่ติงาม ความเสื่อมเสียไว้วางใจ หรือคลองจารีตศีลธรรมอันดีของสังคม ตัวอย่างเช่น การลักพาตัวเด็กเพื่อเรียกค่าไถ่ หากมีการจ่ายเงินค่าไถ่ให้แก่ผู้ลักพาเด็กไปเพื่อให้ทำการปล่อยตัวเด็กนั้น ผู้ที่จ่ายเงินค่าไถ่ไปสามารถที่จะเรียกเอาเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากผู้กระทำความผิดลักพาเด็กได้¹¹ ในแง่นี้การกระทำความผิดกฎหมายหรือศีลธรรมของผู้ที่ได้รับทรัพย์สินใดไปจึงเป็นฐานแห่งสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินของโจทก์เนื่องจากผู้ได้รับทรัพย์สินไม่มีสิทธิที่จะเก็บทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำที่ชั่วร้ายของตนเองไว้ (*Turpitude accipientis dumtaxat*)

4. *Condictio ex cause furtiva*

คือการเรียกคืนทรัพย์สินจากการกระทำโดยละเมิด คือการลักทรัพย์ (*Furtum*) ซึ่งแนวคิดในกฎหมายโรมันมีความหมายกว้างกว่าแนวคิดในกฎหมายปัจจุบันครอบคลุมไปถึงการกระทำต่างๆที่ไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้ลักทรัพย์ไม่ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ลักจึงมีหนี้ต้องคืนการครอบครองทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าของ

5. *Condictio ob causam finitam*

คือการเรียกคืนทรัพย์สินในสถานการณ์ที่ขณะชำระหนี้ไปนั้นมีมูลเหตุแห่งหนี้อยู่ แต่ภายหลังมูลเหตุที่ต้องชำระหนี้ที่นั้นหมดสิ้นไป เช่น การชำระหนี้ตามสัญญาประกันภัย ที่ภายหลังได้ของที่สูญหายหรือถูกลักไปกลับคืนมา ผู้รับประกันภัยสามารถเรียกสิ่งของตนชำระไปตามสัญญา

¹¹ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p.845.

ประกันภัยนั้นคืนได้¹² หรือกรณีร้านซักรีดถูกกล่าวหาว่าทำเสื้อที่ลูกค้ามาใช้บริการซักรีดหาย ร้านจึงได้จ่ายเงินชดเชยมูลค่าเสื้อแก่ลูกค้าไป ภายหลังจากปรากฏว่าลูกค้าเจอเสื้อที่หายไป เจ้าของร้านซักรีดจึงมีสิทธิเรียกเอาเงินที่ตนได้ชดใช้ไปแล้วคืน¹³

6. Condictio sine causa

คือการเรียกทรัพย์สินจากผู้ที่ได้รับไปโดยปราศจากมูลตามกฎหมาย ในสมัย Classic ไม่เป็นที่รู้จัก เกิดมีขึ้นในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนจัดเป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นหลังสุดและเป็นหลักกฎหมายที่กว้าง สามารถปรับใช้ได้กับการเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่ไม่สามารถเยียวยาโดยหลัก Condictio รูปแบบอื่นๆได้

2.1.1.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรม

กฎหมายและศีลธรรมกล่าวได้ว่าเกิดขึ้นพร้อมๆกับการเกิดขึ้นของสังคมมนุษย์ กล่าวคือความต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมทำให้มนุษย์กำหนดยอมรับกฎเกณฑ์บางประการเป็นบรรทัดฐานควบคุมพฤติกรรมกระทำของบุคคลเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุขและดำรงอยู่ได้ สะท้อนให้เห็นได้จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายตั้งแต่กรีกโรมัน โดยแนวคิดกฎหมายเริ่มแรกปรากฏออกมาในรูปของความเชื่อเกี่ยวกับเทพเจ้าในสมัยโบราณ ต่อมานักปรัชญากรีกได้เริ่มพิจารณาถึงตัวตนของมนุษย์เองและสิ่งแวดล้อมโดยเชื่อในสติปัญญาและความมีเหตุผลมากกว่าความเชื่อเรื่องเทพและอำนาจเหนือธรรมชาติ

นักปรัชญากรีกที่สำคัญ เช่น Socrates ได้อธิบายความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับระบบศีลธรรมและหลักความยุติธรรมว่า เราควรปฏิบัติตามกฎหมายเพราะสิ่งนั้นเป็นธรรมเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ มิใช่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะสิ่งนั้นเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจหรือเพราะพระประสงค์ของพระเจ้าเป็นเจ้า แต่เป็นเพราะสิ่งรู้ได้ด้วยมนุษย์เอง¹⁴ Aristotle ได้

¹²B.S.Makesinis, W .Lorenz and Gerhard Dennemann ,The German Law of Obligations Vol.1 ,(Oxford : Clarendon Press,1997), p.728.

¹³ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p.855.

¹⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์ , นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 7,(โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548),น.109.

อธิบายรากฐานแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายโดยการอธิบายธรรมชาติของมนุษย์ว่า มีธรรมชาติที่สำคัญ 2 ส่วน คือส่วนที่ยังตกอยู่ภายใต้อำนาจของธรรมชาติทางวัตถุเช่นเดียวกับสัตว์อื่นๆ (Part of nature) และลักษณะที่เป็นนายเหนือธรรมชาติทางวัตถุโดยมีเหตุผลและสติปัญญาที่ควบคุมความต้องการตามธรรมชาติทางวัตถุได้ และแบ่งความยุติธรรมเป็น 2 ประเภท คือความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) หมายถึงความยุติธรรมที่เป็นสากล ไม่ขึ้นอยู่กับความรู้หรือการยอมรับของมนุษย์ เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ด้วยตัวของมันเอง กับความยุติธรรมที่มนุษย์กำหนดขึ้น (Conventional justice) หมายถึงความยุติธรรมที่เป็นมาตรการที่มนุษย์กำหนดขึ้นเพื่อชดเชยผิดในเรื่องที่ไม่มีถูกผิดในตัวของมันเอง¹⁵

จากทัศนะดังกล่าวจะเห็นว่าแนวความคิดทางกฎหมายเริ่มแยกออกเป็นเรื่องของความถูกผิดในตัวเองอันเป็นลักษณะของจารีตประเพณีศีลธรรมความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในสังคมที่เห็นสอดคล้องต้องกัน และความถูกผิดที่กำหนดขึ้นโดยไม่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกสำนึกผิดชอบของผู้คนในสังคม แต่แนวคิดนี้ยังไม่ปรากฏเด่นชัดจนแยกแยะกฎหมายออกจากความรู้สึกด้านศีลธรรมในสมัยนั้นได้ กฎหมายตามทัศนะของชาวกรีกในสมัยนั้น จึงหมายถึงหลักศีลธรรมและประเพณีของชาติที่สืบทอดมาตั้งแต่บรรพบุรุษ ที่เรียกว่า The Good Old Law¹⁶ ซึ่งนักกฎหมายโรมันได้สืบทอดรับเอาแนวความคิดทางปรัชญากรีกมาพัฒนาต่อ เช่น Cicero นักปราชญ์ชาวโรมันที่สำคัญได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายไว้ว่ากฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ¹⁷ ชาวโรมันยอมรับแนวคิดความเชื่อในความถูกต้องความดีของสิ่งที่มีมาอยู่ก่อนและตกทอดมาแต่บรรพบุรุษ เชื่อในจารีตประเพณีที่ตกทอดมาว่าเป็น The Good Old Law¹⁸ เช่นเดียวกับในยุคกรีก โดยได้รวบรวมจารีตประเพณีที่สืบทอดกันมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในสมัยโรมันเมื่อกล่าวถึงการกระทำผิดส่วนใหญ่จะกล่าวโดยรวมหมายถึงการเป็นความผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรมควบคู่กัน เนื่องจากความคิดที่จะแยกแยะความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรมยังไม่คลี่คลายตัวอย่างชัดเจน

¹⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น.118-119.

¹⁶ เฟิ่งอ้าง, น.107.

¹⁷ เฟิ่งอ้าง, น.125.

¹⁸ เฟิ่งอ้าง, น.129.

ลักษณะของหลักการข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อ กฎหมายหรือศีลธรรม

ตามกฎหมายโรมัน การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความผิดกฎหมายหรือมาตรฐานทางศีลธรรม เช่น การทำข้อตกลงหรือสัญญาใดๆอาจเป็นข้อตกลงสัญญาที่ผิดศีลธรรมได้เมื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างวานฆ่าหรือทำร้ายผู้อื่น เป็นต้น กล่าวได้ว่ากรกระทำตามข้อตกลงสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันชั่วร้ายเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมเกิดขึ้นได้ 3 ลักษณะ¹⁹ ดังต่อไปนี้

1.กรณีที่คุณสัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินใดไว้เป็นฝ่ายที่กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมเพียงฝ่ายเดียว (Turpitude accipientis dumtaxat)²⁰ ในกรณีเช่นนี้ผู้ที่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้ไปโดยเจตนาบริสุทธิ์ (Datio ob rem honestam) ด้วยความจำเป็นหรือเพื่อยับยั้งการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดียอมสามารถใช้หลัก *Condictio ob turpem (vel iniustam) causam* ที่กล่าวแล้วเพื่อเรียกทรัพย์สินคืนได้ ตัวอย่างเช่น การชำระเงินไปเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการละเมิดสิ่งศักดิ์สิทธิ์ การโจรกรรม หรือการฆ่าคน²¹

2.กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ส่งมอบทรัพย์สินไปเพื่อชำระหนี้เป็นฝ่ายที่กระทำผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมเพียงฝ่ายเดียว (Turpitude solius dantis)²² ในกรณีนี้ผู้ที่ส่งมอบทรัพย์สินไปเพื่อชำระหนี้ยอมไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืน แม้ว่าวัตถุประสงค์ที่ชั่วร้ายตามข้อตกลงสัญญาดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นหรือบรรลุผล²³ ตัวอย่างที่ถกเถียงกันได้แก่กรณีเงินที่ชำระค่าบริการแกโสเภณี มี

¹⁹ Alan Watson ,*The Digest of Justinian*, (English-Language Translation Edited ,Volume 1 University of Pennsylvania Press Philadelphia,1998),p.377 , Paul,Sabinus, book 10, Reinhard Zimmermann, *supra note* 4,pp. 844 – 847.

²⁰ Reinhard Zimmermann, *Ibid* , p. 844.

²¹ Alan Watson , *supra note* 19,p378., Ulpian,Edict, book 26.

²² Reinhard Zimmermann, *supra note* 4,pp. 847,865.เนื่องจากผู้มาขอความเป็นธรรมต้องมาด้วยมือที่สะอาด ซึ่งได้พัฒนาขยายความโดย glossators ผู้ซึ่งนำประมวลกฎหมายของจัสติเนียนที่ค้นพบมาศึกษาขยายความในสมัยฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นใหม่ในยุโรปในเวลาต่อมา กล่าวเป็นภาษิตโรมันว่าไม่มีใครพึงได้รับการคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (Nemo auditur suam turpitudinem allegans) โดยเป็นหลักการเดียวกันกับที่ปรากฏในกฎหมายคอมมอนลอว์และสัมพันธ์กันกับหลัก *In pari turpitudine*

²³ Alan Watson , *supra note* 19,p.377,Paul,Sabinus, book 10.

ความเห็นด้านหนึ่งมองว่าผู้ที่จ่ายเงินเพื่อการนั้นเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมชั่วร้ายเพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่ฝ่ายผู้รับเงินเป็นผู้ที่สมควรถูกตำหนิในการขายศักดิ์ศรีของตนเอง²⁴

3.กรณีที่คุณสัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการทำความตกลงหรือสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรม (Turpitudinis utriusque)²⁵ ตัวอย่างเช่น การให้สินบนแก่ผู้พิพากษาเพื่อให้เกิดสินบิตเบือนไปจากความยุติธรรม ทำนองเดียวกันกับทรัพย์สินที่ส่งมอบไปเพื่อการกระทำผิดทางเพศ การเป็นขู้ การตกลงซื้อขายสินค้าที่กฎหมายห้าม หรือการที่ขโมยตกลงให้เงินแก่ผู้รู้เรื่องความผิดของตนเพื่อแลกกับการให้ปิดเป็นความลับ²⁶ ในสถานการณ์เช่นนี้การปล่อยให้ไปตามที่เป็นอย่างนั้นดีกว่าการจะยื่นเข้าไปช่วยเหลือกรณีที่กระทำผิดฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่อ้างต่อสู้กับผู้กระทำผิดด้วยกันอีกฝ่าย²⁷ หลักกฎหมายโรมันที่เกี่ยวข้องนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้แก่ หลัก *In pari turpitudine* ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่า เมื่อสัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำตามวัตถุประสงค์ที่ชั่วร้ายแล้ว สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้ในความครอบครองจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าสัญญาอีกฝ่าย²⁸ กรณีไม่มีสิทธิฟ้องเพื่อเรียกทรัพย์สินนั้นคืนโดยอ้างหลัก *Condictio* รูปแบบใดๆได้

กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสมัยโรมันที่มีความเห็นถกกันมาก ได้แก่ กรณีของผู้ติดสินบนแก่ผู้พิพากษาให้ตัดสินคดีโดยผิดไปจากความยุติธรรมที่ผู้กรณิพึงได้รับ เกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไม่มี ความแน่ชัดนัก ดูเหมือนว่าจะมีการอนุญาตโดยปรับใช้ *Condictio* ในกรณีนี้ได้ โดยเหตุผลว่าผู้ที่ยอมสินบนให้เป็นผู้ที่น่าตำหนิน้อยกว่าผู้พิพากษาที่ยอมรับเงินเพื่อกระทำการอันขัดต่อหน้าที่ของตน จึงทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าหลัก *In pari turpitudine* นี้เป็นหลักการที่บังคับเด็ดขาดเคร่งครัดตายตัวหรือเป็นหลักที่ให้ดุลพินิจกับผู้พิพากษาโดยการชั่งน้ำหนักความผิดระหว่างผู้กรณิ ทั้งคู่ว่าใครควรจะต้องรับผิดชอบในพฤติกรรมที่น่าตำหนิมากกว่ากัน ซึ่งจากตัวอย่างดูเหมือนว่าผู้พิพากษาโรมันจะไม่ลังเลใจที่จะพิจารณาประเมินเปรียบเทียบระดับความผิดระหว่างสัญญาที่

²⁴ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p. 847, Alan Watson . *supra note 17*, p378, Ulpian, Edict, book 26.

²⁵ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p. 846.

²⁶ Alan Watson , *supra note 19*, p.378, Paul, Sabinus, book 10 , Ulpian, Edict, book 26 , Julian Urseius Ferox, book 3

²⁷ Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p. 846.

²⁸ Reinhard Zimmermann, *Ibid* , p. 846 , Alan Watson, *supra note 19* ,p.378. , Paul, Questions , book 3.

กระทำความผิดและตัดสินให้ฝ่ายซึ่งสมควรถูกตำหนิในการกระทำนั้นน้อยกว่ามีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้²⁹ แนวความเห็นของการปรับใช้ที่ยืดหยุ่นทำนองเดียวกันยังพบอีก เช่น กรณีของหญิงผู้หนึ่งได้มอบทรัพย์สินเป็นของหมั้นให้กับลุงของตนเองผู้ซึ่งเธอจะสมรสด้วยแต่ปรากฏว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น ตามทัศนะของ Papinian เห็นว่าควรจะอนุญาตให้เธอมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินนั้นได้ เนื่องจากเป็นการมอบให้ที่ไม่ใช่เพื่อการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศแต่เป็นการมอบให้เพื่อการสมรส³⁰ อย่างไรก็ตามกรณีโดยทั่วไปจะถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความผิดเท่าๆกัน แม้ถึงว่าจะเป็นผู้จ้างวานชักจูงก่อให้เกิดกรณีอีกฝ่ายทำผิดก็ไม่ใช่เรื่องที่น่าตำหนิน้อยกว่าตัวผู้ทำผิดโดยตรงไม่

2.1.2 Negotiorum gestio

หลักกฎหมายนี้แต่เดิมในโรมันเป็นการให้บุคคลที่เข้ากระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นโดยที่ตนไม่มีอำนาจในกรณีที่บุคคลที่ได้รับประโยชน์ไม่อยู่หรือไม่สามารถจัดการงานนั้นได้ด้วยตนเอง เช่น การเข้าไปซ่อมแซมหลังคาบ้านของเพื่อนบ้านในขณะที่เขาไม่อยู่เพื่อป้องกันของหล่นใส่³¹ หากการนั้นเขาไม่ได้ห้ามมิให้กระทำไว้ก่อน ผู้ที่กระทำไปโดยปราศจากอำนาจดังกล่าวจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเพราะเข้าจัดการงานนั้นได้ แต่ทั้งนี้ตนจะต้องทำไปโดยรู้ว่าเป็นการทำให้แก่ผู้อื่นมิใช่การทำเพื่อตนเองและต้องมิได้มีเจตนาทำไปโดยเสนาหา หลัก Negotiorum gestio นี้ถือเป็นที่มาของหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งในระบบกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งสมัยพระเจ้าจัสติเนียน มีการขยายหลักนี้ออกไปกว้างขึ้นโดยให้ผู้กระทำสามารถเรียกคืนค่าใช้จ่ายได้แม้ว่าผู้กระทำการนั้นจะมีได้ทำเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นก็ตามเรียกว่า Negotiorum gestio utilis

2.1.3 Actio de in rem verso

เป็นรูปแบบการเรียกทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในสมัยที่นักกฎหมายโรมันยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนเกิดขึ้นโดยตรง บางตำราได้จัดให้หลัก Actio de in rem verso

²⁹ Reinhard Zimmermann, *supra note 4* , p. 847.

³⁰ Alan Watson , *supra note 19*, p.390,PapinianI,Questions, book 11, Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p. 847.

³¹ R.M Prichad , *supra note 3*, p. 383.

นี้อยู่ในประเภทของมูลหนี้เสมือนสัญญาในรูปแบบหนึ่ง และเห็นว่าเป็นหลักการที่มีความใกล้เคียงกับหลัก *Condictio*³² หลัก *Actio de in rem verso* มีที่มาจากการปรับใช้กฎหมายตัดสินคดีเพื่อให้ความเป็นธรรมของไพร่ตอร์ โดยการให้สิทธิแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินในการฟ้องคดีต่อบิดาหรือนายของทาสในกรณีที่ทำสหรือบุตรชายได้ก่อหนี้โดยนำทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปใช้สอยเพื่อประโยชน์ของบิดาหรือนายของตน เช่น นำสิ่งของเครื่องใช้ของผู้อื่นไปใช้ซ่อมเก้าอี้ ก่อสร้างอาคาร บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถเรียกให้บิดาหรือนายของบริวารซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้สอยทรัพย์สินนั้นชดใช้ได้ ดังนั้นหลักการนี้จึงมีขึ้นเพื่อให้บุคคลที่สามที่สูญเสียทรัพย์สินใดจากการที่บุตรชายหรือทาสของนายผู้หนึ่งนำไปใช้เพื่อประโยชน์แก่บิดาหรือนายของตน ให้เรียกทรัพย์สินหรือประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนจากบิดาหรือนายของทาสได้แทนที่จะเรียกจากบุตรชายหรือทาสที่เป็นผู้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นโดยตรง

2.2 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

2.2.1 พัฒนาการของหลักกฎหมายลาภมิควรได้

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้แบ่งนิติสัมพันธ์ออกเป็น 2 รูปแบบคือบุคคลสิทธิและทรัพย์สินโดยรับอิทธิพลแนวคิดมาจากกฎหมายโรมัน หลักลาภมิควรได้ในกฎหมายคอมมอนลอว์มีที่มาจากหลัก *Quasi Contract* โดยแรกเริ่มเกิดจากความต้องการที่จะเยียวยาข้อจำกัดของกฎหมายสัญญาที่ใช้อยู่ในขณะนั้นเนื่องจากสัญญาที่สมบูรณ์สามารถบังคับได้ตามหลักกฎหมายอังกฤษจะต้องมีองค์ประกอบบางประการที่จำเป็น เช่น มีข้อตกลงเรื่องค่าตอบแทน (*Consideration*) ระหว่างคู่สัญญาอยู่ในขณะทำความตกลง สัญญาจึงเกิดสมบูรณ์สามารถบังคับกันได้ หากไม่มีการตกลงในเรื่องค่าตอบแทนกันไว้ สัญญาก็ไม่มีผลเกิดเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ ถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญาไปแล้วก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนได้แต่อย่างใด ผู้พิพากษาอังกฤษจึงหาทางแก้ไขความไม่เป็นธรรมด้วยการพัฒนารูปแบบการฟ้องร้องคดีให้คู่สัญญาฝ่ายที่ชำระหนี้ส่วนของตนไปแล้วสามารถเรียกเอาประโยชน์หรือทรัพย์สินคืนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ เรียกว่าหลัก *Quasi Contract* หรือมูลหนี้เสมือนสัญญาโดยพัฒนารูปแบบหมาย *Assumpsit* ซึ่งเป็นหมายที่ปรับใช้ใน

³² Reinhard Zimmermann, *supra note 4*, p. 878.

การฟ้องเกี่ยวกับสัญญาเป็นรูปแบบหมาย *Indebitatus Assumpsit*³³ (เมื่อเขาเป็นหนี้เขาก็ให้คำมั่น) เป็นการประกาศว่าจำเลยมีหนี้และให้คำมั่นว่าจะชำระหนี้ให้ โดยภาระของสิทธิเรียกร้องนี้มาจากความรับผิด (*Accounts*) ที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความสัมพันธ์กับตนส่งคืนเงินซึ่งตนได้รับมาหรือเป็นหนี้³⁴ เพื่อปรับใช้ในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าการงานที่ได้กระทำให้ (*Quantum meruit*) หรือราคาส่งของ (*Quantum valebat*) ที่ตนส่งมอบไปตามสัญญา หรือเงินที่ชำระไปโดยผู้รับไม่ชอบที่จะเก็บไว้ (*Money had and received*)³⁵ ความไม่ชอบนี้มีได้หมายความว่าจำเลยกระทำผิดแต่อย่างใดหรืออาจเกิดจากกรณีที่จำเลยกระทำผิดและได้ประโยชน์จากการกระทำผิดก็ได้ หรือเงินที่โจทก์ได้ชำระแก่บุคคลที่สามไปแล้วทำให้จำเลยได้รับประโยชน์ (*Money paid*)³⁶

อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปหลัก *Quasi Contract* ที่มีอยู่ไม่สามารถจะปรับใช้กับรูปคดีที่มีความซับซ้อนมากขึ้นและไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาหรือเรื่องละเมิดได้ จึงมีการคิดรูปแบบการฟ้องคดีแบบใหม่มาปรับใช้กับการเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่ได้รับสิ่งใดไปโดยไม่ยุติธรรมจากความสูญเสียของโจทก์ ซึ่งนักกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษในระยะแรกไม่ยอมรับแนวคิดของหลักกฎหมายดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นมูลหนี้อีกประเภทหนึ่งที่แตกต่างจากมูลหนี้สัญญาหรือมูลหนี้ละเมิด จนกระทั่งได้รับอิทธิพลจากทัศนคติความคิดเห็นของผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียงในแวดวงกฎหมาย เช่น Lord Mansfield ในคดี *Moses v Macferlan* (1760) และ Lord Wright และโดยในคดี *Fibrosa Spolka Arcyajna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* (1943) ปรากฏที่คณะต่อนหนึ่งความว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าในระบบชีวิตลอร์ด มีการเยียวยาทางกฎหมายที่เรียกว่า หลักลามมิควรได้ (*Unjust enrichment* หรือ *Unjust benefit*) คือกรณีของการป้องกันขัดขวางบุคคลใดๆที่ได้รับเงินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งโดยที่ไม่มีสิทธิอันชอบที่จะเก็บเงินหรือประโยชน์เหล่านั้นไว้ เช่นเดียวกันการเยียวยาในระบบกฎหมายอังกฤษก็มีหลักกฎหมายทั่วไปที่แตกต่างจากการเยียวยาในเรื่องสัญญาหรือละเมิดอยู่และได้รับการยอมรับ

³³ Brice Dickson , “The Law of Restitution in The Federal Republic Of Germany : A Comparison with English Law”, *International and Comparative law Quarterly*, (October 1987), p.753.

³⁴ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.151.

³⁵ Brice Dickson, *supra note 33*, p.753.

³⁶ *Ibid* , p.753.

จัดว่าเป็นหลักกฎหมายประเภทที่สามของคอมมอนลอว์มีชื่อเรียกว่า Quasi contract หรือ Restitution”³⁷

เป็นการยอมรับถึงความมีอยู่ของแนวคิดเกี่ยวกับหลักลาภมิควรได้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ในระยะเริ่มแรก โดยจัดอยู่ในรูปแบบคดีของการฟ้องเพื่อเรียกคืนทรัพย์สิน (The law of Restitution) พัฒนาการที่สำคัญในระบบคอมมอนลอว์คือการออกกฎหมาย Restatement of the Law on Restitution 1937³⁸ ในสหรัฐอเมริกา

2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรม

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยทั่วไปความไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นข้อจำกัดของสิทธิการเรียกคืนทรัพย์สิน ศาลย่อมไม่สนับสนุนการใช้สิทธิเรียกคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือมูลค่าการให้บริการเมื่อผู้ใช้สิทธิเรียกคืนนั้นตั้งอยู่บนการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนเอง เหตุผลนี้เรียกได้ว่าเป็นเรื่องนโยบายของรัฐที่ศาลไม่ควรจะเข้าไปช่วยเหลือคู่สัญญาผู้ซึ่งใช้สิทธิเรียกคืนโดยมีเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมของตนเอง (Ex turpi causa non oritur actio)³⁹ และมีหลักการที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันคือ หลัก In pari delicto potior est conditio defendentis⁴⁰ ปรบใช้ในกรณีซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนในพฤติการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่าๆกัน เมื่อมีการฟ้องร้องจำเลยจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าโจทก์⁴¹ (รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3)

³⁷ Andrew Burrows ,The Law of Restitution,Second Edition, (Butterworths LexisNexis, 2002), p.2.

³⁸ Brice Dickson,“Unjust enrichment claims : A comparative overview”,Cambridge Law Journal 54(1) ,(March 1995),p.102.

³⁹ Steve Hedley,Margaret Halliwell With Specialist Editors ,The Law of Restitution, Butterworths LexisNexis ,2002 p.303.

⁴⁰ Andrew Burrows . *supra* note 37, p.571.

⁴¹ Steve Hedley,Margaret Halliwell With Specialist Editors , *supra* note 39, p.303.

ถ้อยความเห็นที่นักกฎหมายอังกฤษได้ยกเป็นตัวอย่างเกี่ยวกับเรื่องนี้เสมอได้แก่ ทักสนะของ Lord Mansfield ผู้พิพากษาที่กล่าวไว้ในคดีคลาสสิกเรื่องหนึ่ง คือ คดี Holman v Johnson มีสาระสำคัญคือ “การปฏิเสธสิทธิเรียกร้องของโจทก์ในข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรม หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างโจทก์และจำเลย ไม่ได้มาจากข้อแก้ตัวต่างๆที่ออกจากปากของ จำเลยและไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของจำเลย แต่การปฏิเสธสิทธิเรียกร้องดังกล่าวแท้จริงแล้วเป็นเรื่อง หลักการนโยบายโดยทั่วไปซึ่งทำให้ดูเหมือนว่าจำเลยอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบ ซึ่งข้าพเจ้าอาจพูดได้ ว่าหลักนโยบายดังกล่าวคือ หลัก Ex dolo malo non oritur actio นั่นคือไม่มีศาลใดที่จะยื่นมือ ช่วยเหลือบุคคลซึ่งฟ้องคดีโดยอาศัยมูลเหตุอันเกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักศีลธรรมหรือผิด กฎหมายของตน”⁴²

จึงกล่าวได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการห้ามใช้สิทธิเรียกร้องเอาคืนซึ่งทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไป โดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีลักษณะที่คล้ายคลึงสอดคล้อง และได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันซึ่งเป็นแม่แบบของระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน

2.3 สรุป

จากการศึกษาแนวคิดที่มาจากหลักลามิคอร์ได้ในกฎหมายโรมัน พบว่าหลักลามิคอร์ได้มีที่มาจากมูลหนี้ชนิดพิเศษที่ใช้เพื่อเรียกคืนทรัพย์สิน โดยเป็นมูลหนี้ซึ่งไม่ได้ตั้งฐานจาก สัญญาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายและก็ไม่ใช่เรื่องละเมิด กฎหมายโรมันได้จัดให้เป็นบ่อเกิดแห่ง หนี้ประการหนึ่งเรียกว่ามูลหนี้เสมือนสัญญาหรือมูลหนี้คล้ายสัญญา (Quasi Ex Contractu) ถือเป็นหลักกฎหมายที่คลุมเครืออย่างมากเรื่องหนึ่งของโรมัน ประกอบด้วยรูปแบบของหลักกฎหมาย เพื่อใช้เรียกคืนทรัพย์สินที่พอแบ่งได้ชัดเจน 3 รูปแบบ ได้แก่ หลัก Condictio ซึ่งเป็นรูปแบบการ เรียกทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจงที่มีลักษณะพิเศษเนื่องจากเป็นรูปแบบการฟ้องคดีโดยไม่คำนึงถึง มูลหนี้ระหว่างโจทก์กับจำเลยว่ามีอยู่หรือไม่อย่างไร เพียงแต่โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยมีหน้าที่อย่าง หนึ่งอย่างใดจะต้องส่งมอบสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้กับโจทก์ ในขณะที่กฎหมายสัญญาโรมันซึ่งมีลักษณะ เป็นสัญญาเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณียอมรับความมีผลทางกฎหมายของสัญญาบางชนิดเท่านั้น ทำ

⁴²(1775) 1 Cowp 341,343 ,Steve Hedley,Margaret Halliwell With Specialist Editors , *supra note* 39, pp.303-304.

ให้บางครั้งข้อเท็จจริงของการกระทำเพื่อชำระหนี้ตามข้อตกลงสัญญาที่กฎหมายไม่ยอมรับไม่สามารถบังคับตามกฎหมายสัญญาที่มีอยู่ได้ และขณะเดียวกันสัญญาที่บังคับได้ตามกฎหมายโรมันบางกรณีก็ไม่มีมูลหนี้กันแท้จริง ประกอบกับการที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบไปตามสัญญาบางประเภทตามกฎหมายโรมันโอนไปสู่มือของผู้รับอย่างสมบูรณ์แม้ว่าความตกลงสัญญาอันเป็นมูลเหตุของการส่งมอบทรัพย์สินจะไม่มีผลสมบูรณ์ ดังนี้หลัก *Condictio* จึงเกิดขึ้นเป็นวิธีการเยียวยาสร้างความเป็นธรรมโดยมีลักษณะไม่แน่นอนแล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังที่พบว่ามีหลัก *Condictio* อยู่หลายรูปแบบ ตามที่นักกฎหมายพยายามจัดแยกแยะดังกล่าวแล้ว และนอกจากการเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยหลัก *Condictio* แล้ว หลักเสมือนสัญญายังมีรูปแบบวิธีเรียกทรัพย์สินโดยหลัก *Negotiorum gestio* อันเป็นที่มาของหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งในปัจจุบันและหลัก *Actio de in rem verso* ที่รับใช้เพื่อเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่กฎหมายโรมันไม่มีหลักเรื่องของตัวแทนโดยตรงด้วย

ขณะที่การกระทำอันขัดต่อกฎหมาย จารีตประเพณีหรือมาตรฐานทางศีลธรรมอันเป็นหลักการพื้นฐานของสังคมต้องถูกควบคุมลงโทษเพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุข ดังนั้นการใดที่คู่สัญญาได้ชำระหนี้ไปตามข้อตกลงสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักประเพณีปฏิบัติอันดีงามแล้วยอมไม่อาจจะเรียกเอาทรัพย์สินที่ตนได้ส่งมอบไปแล้วคืนโดยอ้างหลักกฎหมาย *Condictio* ได้ ซึ่งกฎหมายโรมันได้วางหลักเกี่ยวกับข้อห้ามใช้สิทธิเรียกร้องโดยหลัก *Condictio* เพื่อเรียกเอาทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมคืนในลักษณะต่างๆ ได้แก่ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินใดไว้เป็นฝ่ายที่กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมเพียงฝ่ายเดียว ผู้ที่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้ไปโดยเจตนาบริสุทธิ์ สามารถใช้อ้างหลัก *Condictio ob turpem (vel iniustam) causam* เพื่อเรียกทรัพย์สินคืนได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ไปเป็นฝ่ายที่กระทำผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมเพียงฝ่ายเดียว ผู้ที่ส่งมอบทรัพย์สินไปเพื่อชำระหนี้ยอมไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืน และในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมรู้เห็นในการทำข้อตกลงสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้ในความครอบครองจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย (*In pari turpitudine*) คู่กรณีไม่มีสิทธิฟ้องเพื่อเรียกทรัพย์สินคืนโดยอ้างหลัก *Condictio* รูปแบบใดๆได้

อย่างไรก็ตามมีความเห็นของนักกฎหมายที่หลากหลายและหลายกรณีของการตัดสินที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทว่าหลักการที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในความผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นเป็นหลักการที่บังคับเด็ดขาดเคร่งครัดหรือเป็นหลักที่เปิดช่องให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาซึ่งนำหน้าความผิดระหว่างคู่กรณีว่าใครควรจะต้องรับผิดชอบต่อ

พฤติกรรมที่ชั่วร้ายมากกว่ากัน ดังนั้นจะเห็นว่าแนวคิดเกี่ยวกับการปรับใช้หลักดุลพินิจพิจารณา การที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในความผิดต่อกฎหมายหรือ ศีลธรรมได้เริ่มปรากฏตั้งแต่ในกฎหมายโรมันแล้ว

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของหลักลาภมิควรได้และข้อจำกัดการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระ หนี้ไปโดยขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ พบว่าหลักลาภมิควรได้มี ที่มาจากหลักเสมือนสัญญา (Quasi Contract) ซึ่งเป็นหลักที่ปรับใช้เพื่อเยียวยาข้อจำกัดของ กฎหมายสัญญาอังกฤษในขณะนั้น จึงเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลและมีความคล้ายคลึงกับหลักมูล หนี้เสมือนสัญญาในกฎหมายโรมัน อย่างไรก็ตามในระยะเริ่มแรกแนวคิดเกี่ยวกับหลักลาภมิควร ได้ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นมูลหนี้เอกเทศต่างหากที่แยกออกได้จากมูลหนี้เรื่องสัญญาหรือ ละเมิดจนราวศตวรรษที่ 18 ความคิดที่จะแยกแยะหลักกฎหมายลาภมิควรได้และหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการเรียกทรัพย์สินจึงเกิดการพัฒนาอย่างจริงจังทั้งจากนักกฎหมายและศาลแต่ระยะเวลา ที่สั่งสมเนิ่นนานทำให้แนวคิด ทศนะ การพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้มีความหลากหลาย และซับซ้อนอย่างมาก

ในส่วนหลักกฎหมายที่ปรับใช้กับกรณีของการชำระหนี้ไปตามข้อตกลงสัญญาที่ขัด ต่อกฎหมายหรือศีลธรรมและคู่สัญญาประสงค์จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นคืน ตามระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์มีแนวคิดที่เหมือนกันกับกฎหมายโรมัน กล่าวคือถือว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมาย จัดเป็นข้อจำกัดของสิทธิการเรียกคืนทรัพย์สิน ศาลย่อมไม่สนับสนุนการใช้สิทธิเรียกคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือมูลค่าการให้บริการเมื่อผู้ใช้สิทธิเรียกร้องนั้นตั้งอยู่บนการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของ ตนเอง โดยได้รับอิทธิพลแนวคิดและรับเอาหลักกฎหมายของกฎหมายโรมันมาปรับใช้เช่นเดียวกับ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์