

บทที่ 3

หลักกฎหมายลาภมิควรได้ในกฎหมายประเทศต่างๆ

แนวคิดของการเรียกทรัพย์สินจากบุคคลซึ่งยึดถือไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้เป็นเหตุให้ผู้ส่งมอบเสียหายตามกฎหมายโรมันนั้นก็มีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายแพ่งปัจจุบันเนื่องจากนักกฎหมายสมัยใหม่ได้รับเอาแนวคิดดังกล่าวพัฒนาต่อมาปรากฏเป็นหลักกฎหมายลาภมิควรได้ในราวศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งได้ปรับปรุงแต่งบัญญัติหลักกฎหมายนี้ไว้ในประมวลกฎหมายของตน เป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายของหลายประเทศในเวลาต่อมา รวมถึงประมวลกฎหมายของไทยด้วย ในขณะที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้เริ่มยอมรับว่ามีมูลหนี้แยกเทศต่างหากคือหลักการลาภมิควรได้อันแตกต่างจากมูลหนี้อื่น เช่น มูลหนี้สัญญาหรือละเมิด ที่ปรับใช้ในการเรียกคืนทรัพย์สินได้ และต่างก็มีหลักกฎหมายที่รองรับห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินโดยหลักลาภมิควรได้ในกรณีที่ได้กระทำการชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอยู่ด้วย

3.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายลาภมิควรได้

3.1.1 กฎหมายฝรั่งเศส

3.1.1.1 หลักลาภมิควรได้ที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

(paiement de l'indu)

นักกฎหมายฝรั่งเศสได้พัฒนาแนวคิดของมูลหนี้เสมือนสัญญาในกฎหมายโรมันโดยยอมรับหลักเกณฑ์เฉพาะเจาะจงบางรูปแบบมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของตนดังที่ปรากฏในหมวดเสมือนสัญญาตั้งแต่มาตรา 1371-1381 ประกอบด้วยหลักกฎหมายสำคัญ 2 เรื่องคือ หลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่ง และหลักกฎหมายลาภมิควรได้ที่นักกฎหมายฝรั่งเศสได้รับเอาหลัก *Condictio* ของโรมันในส่วน of หลัก *Condictio in debiti* มาบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วย

เสมือนสัญญา ซึ่งจะเห็นว่าไม่มีลักษณะของหลักلامิควรได้ที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปแต่อย่างไร
ปรากฏตาม มาตรา 1376¹ , 1377² มีสาระสำคัญคือ³

เป็นกรณีการชำระหนี้ไปโดยไม่มี ความผูกพันที่ต้องชำระ กล่าวคือ เป็นการชำระหนี้
ไปโดยที่ไม่มีมูลหนี้ต่อกันจริงๆ ซึ่งอาจเกิดจากความสำคัญผิดหรือมูลหนี้ที่ตนต้องชำระหนี้
ไม่ได้เกิดมีขึ้น หรือในสถานการณ์ที่ผู้ชำระหนี้เป็นลูกหนี้ที่แท้จริงแต่ได้ไปชำระหนี้ให้ผู้ที่
ไม่ได้เป็นเจ้าของหนี้ หรือในกรณีที่ตนมิได้เป็นลูกหนี้แต่ชำระหนี้ให้กับบุคคลที่มีฐานะเป็น
เจ้าหนี้ของบุคคลอื่น ผู้ชำระหนี้จะต้องพิสูจน์ความสำคัญผิดของตนก่อนที่จะเรียกคืนทรัพย์ได้
ซึ่งความสำคัญผิดนี้จะ เป็นความสำคัญผิดในข้อกฎหมายหรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงก็ได้

การชำระหนี้ในที่นี้ คือ การกระทำเพื่อชำระหนี้รูปแบบใดๆ ไม่เพียงแต่การชำระหนี้
ด้วยเงินเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่างไม่ว่าจะเป็น
สังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ด้วย แต่ไม่รวมถึงแรงงาน การให้บริการ หรือการใช้ประโยชน์
จากสิ่งของของผู้อื่น⁴

การเรียกคืนตามหลักเกณฑ์การชำระหนี้ที่ไม่มี ความผูกพันที่ต้องชำระดังกล่าวไม่มี
ลักษณะเป็นมูลหนี้สำรอง (Subsidiarity) กล่าวคือ หากโจทก์สามารถพิสูจน์ให้เข้าหลักเกณฑ์

¹ Article 1376 “A person who receives by mistake or knowingly anything which is not due to him , incurs an obligation to restore it to the person from whom he has wrongfully received it.”

² Article 1377 “ When person who by mistake believed himself to be indebted has paid a debt , he has a right to demand it back from the supposed creditor. Such right ,however, ceases in the case where the supposed creditor has destroyed his document of title by reason of the payment , leaving to the person who has made the payment his remedy against the real debtor.”

³ John Bell ,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Author , A Principle of French Law ,(Oxford University Press, 1998), p. 407.

⁴ John Bell,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Author , *supra* note 3,p.407, Konrad Zweigert & Hein Kotz , An Introduction to Comparative Law , Third Revised Edition,Translated By Tony Weir, (Oxford,Clarendon Press,1998),p. 546.

ข้างต้นแล้วก็สามารถเรียกคืนโดยอ้างบทบัญญัติมาตรานี้ได้ โดยไม่คำนึงว่าโจทก์จะมีสิทธิเรียกร้องทางอื่นอีกหรือไม่

3.1.1.2. หลักลาภมิควรได้ตามที่ศาลสูงฝรั่งเศสกำหนดขึ้น (Enrichissement sans cause)

ตามที่กล่าวแล้วว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องลาภมิควรได้คงมีแต่บทบัญญัติเฉพาะกรณี การนำมาใช้จึงมีข้อจำกัด ซึ่งในตอนแรกศาลได้ปรับขยายหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งโดยให้สามารถเรียกคืนได้แม้ผู้กระทำไม่รู้ว่าเป็นการทำเพื่อบุคคลอื่น⁵

แต่ต่อมาเมื่อตระหนักถึงความไม่เหมาะสมพอเพียงของหลักกฎหมายข้างต้นและอิทธิพลจากแนวคิดทางวิชาการ ตำรากฎหมาย ศาลสูงฝรั่งเศสจึงเริ่มปรับใช้แนวคิดเรื่องลาภมิควรได้แยกออกต่างหากจากหลักเรื่องจัดการงานนอกสั่งและหลักลาภมิควรได้เท่าที่มีอยู่ตามบทกฎหมายเสมือนสัญญาในคดีเรื่องชื่อของฝรั่งเศสเรื่องหนึ่ง ได้แก่ คดี Boudier⁶ ในปี 1892 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นผู้ขายปุ๋ยให้แก่ผู้เช่าที่ดินในฟาร์มแห่งหนึ่ง ต่อมาสัญญาเช่าสิ้นสุดลงและผู้เช่าตกเป็นคนล้มละลาย โดยมีข้อสัญญาเช่าว่าผู้เช่าและผู้ให้เช่าตกลงให้พืชผลที่ยังไม่ได้เก็บเกี่ยวแต่ใส่ปุ๋ยแล้วตกเป็นของผู้ให้เช่าตามมูลค่าที่ผู้เช่าขากำหนดเพื่อหักกลบลบหนี้ค่าเช่าที่ค้างชำระ เมื่อโจทก์ทราบข้อตกลงดังกล่าวแทนที่จะฟ้องเรียกค่าปุ๋ยจากผู้เช่าที่ดินที่เป็นผู้ตั้งชื่อปุ๋ยมาใช้กลับมาฟ้องเรียกค่าปุ๋ยจากผู้ให้เช่าที่ดิน และศาลสูงฝรั่งเศสก็พิพากษาให้โจทก์ชนะคดีได้รับค่าปุ๋ยตามที่ตนฟ้อง ซึ่งการตัดสินดังกล่าวไม่ใช่เรื่องแปลกเพราะศาลสูงก็เคยตัดสินทำนองนี้มาหลายคดี แต่ที่ต่างออกไปจากเดิมคือกรณีที่ศาลในคดีนี้อ้างหลัก Actio de in rem verso มาเป็นฐานแห่งสิทธิเรียกร้องของโจทก์อันเป็นหลักการที่ไม่มีอยู่ในประมวล จากนั้นศาลสูงฝรั่งเศสก็พัฒนาขยายหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกไปในคดี ปี 1940 และพัฒนาต่อมาจนกลายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป

⁵ John Bell ,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Auther, *supra* note 3,p.406.

⁶ Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra* note 4,p 547.

ของหลักกฎหมายลาภมิควรได้ในปัจจุบันเรียกว่าหลัก *Enrichissement sans cause* ประกอบด้วยองค์ประกอบ ดังนี้⁷

1. ความสัมพันธ์ระหว่างความยากจนลงของโจทก์และความร่ำรวยขึ้นของจำเลย

โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยร่ำรวยขึ้นจากค่าใช้จ่ายของโจทก์ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือความร่ำรวยขึ้นของจำเลยจะต้องเป็นผลหรือเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับความยากจนลงของโจทก์ ซึ่งศาลฝรั่งเศสมีทัศนคติที่กว้างโดยมองความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์จำเลย ว่าเป็นการเคลื่อนย้ายมูลค่าจากโจทก์ไปยังจำเลย จะเป็นการเคลื่อนย้ายมูลค่าจากโจทก์ไปสู่จำเลยโดยตรง เช่น คดีในปี 1982 พยาบาลเป็นวิสัญญีแพทย์แต่งงานกับแพทย์ศัลยกรรม โดยมีข้อตกลงแยกทรัพย์สินกัน เธอทำงานเป็นวิสัญญีแพทย์ให้เขาเป็นเวลา 10 ปี ภายหลังจากทั้งคู่หย่าขาดกัน เธอจึงเรียกค่าการทำงานที่ทำได้โดยตั้งฐานสิทธิเรียกร้องจากหลัก *Enrichissement sans cause* ดังกล่าว

หรือจะเป็นการได้มาโดยอ้อมผ่านทางบุคคลที่สามก็ได้ (*Actio de in rem verso*) ดังเช่น คดี *Boudier* ที่สำคัญก็คือ ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าหากไม่มีความสูญเสียของโจทก์แล้ว จำเลยจะไม่ได้อะไรออกเลยขึ้น

2. ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมาย (Without Legitimate Ground)

หมายความว่า จำเลยได้ लाभเพิ่มพูนขึ้นโดยไม่มีมูลเหตุโดยชอบตามกฎหมายรองรับ เช่น การได้มาโดยความผูกพันสัญญา จำเลยจึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินนั้นไว้

3. โจทก์ไม่มีทางเรียกร้องทางอื่นได้

กล่าวคือ การจะปรับใช้หลัก *Enrichissement sans cause* โจทก์จะต้องไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อจำเลยในมูลหนี้ใดได้แล้ว หากโจทก์มีมูลหนี้อื่นอยู่แต่ไม่สามารถบังคับตามมูลหนี้ดังกล่าวได้เพราะว่าขาดหลักฐานในการฟ้องคดีที่ดีหรือ มูลหนี้ที่ขาดอายุความก็ดี โจทก์จะมาเรียกร้องโดยใช้หลัก *Enrichissement sans cause* ไม่ได้ ทั้งนี้รวมถึงสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิด้วย เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า หลัก *Enrichissement sans cause* เป็นมูลหนี้สำรอง (*Subsidiarity*) ที่มีขึ้นเพื่อให้ความเป็นธรรมในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายอื่นจะให้ความคุ้มครองได้แล้ว

4. การนั้นมีได้เกิดขึ้นโดยความผิดของโจทก์เอง

⁷ John Bell ,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Auther, *supra* note 3,pp .413-419.

หมายความว่า โจทก์ไม่ได้มีส่วนก่อนความสูญเสียนั้นจากความประมาทเลินเล่อหรือความผิดของตนเอง

จากหลักเกณฑ์เรื่องลาภมิควรได้ที่ศาลสูงฝรั่งเศสกำหนดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยคดีดังกล่าว จะเห็นว่า แม้นักกฎหมายฝรั่งเศสและศาลจะยอมรับว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กว้างกว่าหลักการที่บัญญัติในประมวลกฎหมาย แต่การจะนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติอื่นในประมวลกฎหมายจะปรับกับกรณีได้แล้วเท่านั้น นอกจากนี้หลัก Enrichissement sans cause ยังสามารถใช้เพื่อเรียกคืนสิ่งใดก็ตามที่โจทก์สูญเสียไปโดยรวมถึงแรงงานหรือบริการของบุคคลด้วย และในปัจจุบันสามารถปรับใช้ได้ทั้งกรณีที่ผู้ได้รับมอบทรัพย์สินได้ทรัพย์สินนั้นมาจากผู้สูญเสียโดยตรง หรือได้รับมาโดยผ่านบุคคลที่สามก็ได้

3.1.1.3 ข้อจำกัดการเรียกคืนลาภมิควรได้

- 1.กรณีการชำระหนี้ธรรมดาที่ชำระไปโดยสมัครใจ (มาตรา 1235 C.C)⁸
- 2.กรณีการชำระหนี้โดยสำคัญผิดว่าตนเป็นหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ผู้สุจริตของบุคคลอื่นต้องเสียหาย (มาตรา 1377 C.C) ผู้ที่ชำระหนี้ดังกล่าวโดยสำคัญผิดไม่มีสิทธิเรียกคืนจากเจ้าหนี้หนี้ได้ แต่ใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันที่ได้ประโยชน์จากการนั้น
- 3.กรณีการชำระหนี้ที่ขาดอายุความแล้ว⁹ ผู้ชำระหนี้ไม่มีสิทธิเรียกคืน เนื่องจากเป็นหนี้ที่มีอยู่จริงเพียงแต่กฎหมายกำหนดระยะเวลาที่ผู้มีสิทธิจะบังคับให้ชำระหนี้โดยกฎหมายได้เท่านั้น หากไม่มีการบังคับชำระหนี้กันจนสิ้นเวลาที่กฎหมายกำหนด หนี้ดังกล่าวยังคงมีอยู่ เมื่อมีการชำระหนี้กันในภายหลังต่อมาหนี้จึงระงับลง ผู้ชำระหนี้จึงไม่มีสิทธิอันใดที่จะเรียกคืน
- 4.กรณีของการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี
(ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1)

⁸ Article 1235 “Every payment presupposes something due .What has been paid with out being due can be recover back . Payment cannot be recovered back when they are in respect to natural which have been the voluntarily paid.”

⁹ John Bell ,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Auther, *supra* note 3,p.408.

3.1.2 กฎหมายเยอรมัน

3.1.2.1 ลักษณะกฎหมายลามมิควรได้ (ungerechtfertigte Bereicherung, Unjustified Enrichment¹⁰)

นักกฎหมายเยอรมันในศตวรรษที่ 19 ได้พัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับหลักลามมิควรได้ที่ปรากฏในหลักกฎหมายเรียกคืนทรัพย์สินโดยหลักเสมือนสัญญาของโรมัน จนสามารถบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ชัดเจนได้ โดยหลักกฎหมายเรื่องนี้ได้สอดคล้องกันกับหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมลอย อันเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แตกต่างจากประเทศอื่นๆ ที่มองข้อเท็จจริงของการทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ แล้วพิจารณาแยกแยะลักษณะของนิติกรรมออกเป็น 2 ประเภทคือ¹¹

1. นิติกรรมก่อความผูกพัน เป็นนิติกรรมที่ก่อความผูกพันทางหนี้ กล่าวคือ ก่อสิทธิหน้าที่ทางบุคคลสิทธิขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้กระทำการ งดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน แต่ไม่มีผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสิทธิในทรัพย์สินในทางลดน้อยลงหรือเพิ่มพูนขึ้นของคู่กรณีโดยตรง

2. นิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิ เป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยตรงในลักษณะการโอนสิทธิ เปลี่ยนแปลงสิทธิ ก่อภาระแก่สิทธิหรือยกเลิกเพิกถอนสิทธิ เช่น การตกลงให้กรรมสิทธิโอนผ่านมือและจดทะเบียนให้กรรมสิทธิผ่านมือในกรณีสังหาริมทรัพย์ หรือการแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์พร้อมกับส่งมอบทรัพย์สินในกรณีสังหาริมทรัพย์ พบได้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน บางที่จึงเรียกกันว่า นิติกรรมทางทรัพย์สิน

¹⁰อ้างอิงศัพท์ตาม Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra note 4* ,Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition , (Johannesburg:Juta Feo Ltd,1992) หมายถึง ลามมิควรได้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ มีความหมายแตกต่างจากระบบคอมมอนลอว์ที่ใช้ศัพท์ว่า Unjust Enrichment หมายถึงลามมิควรได้โดยเหตุไม่สมควร สนใจศึกษาเพิ่มเติม Francesco Giglio , “A Systematic Approach to “Unjust” and “Unjustified” Enrichment”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 43 ,No.3 (2003) ,pp.455-482.

¹¹กิตติศักดิ์ ปรกติ , “นิติกรรมก่อความผูกพันทางหนี้และนิติกรรมเปลี่ยนแปลงสิทธิกับปัญหานิติกรรมที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา” , เอกสารประกอบการศึกษาริชากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ชั้นสูง ,2549, น.1-4.

นอกจากการแยกดังกล่าว นักกฎหมายเยอรมันยังได้แยกความสมบูรณ์ของนิติกรรมทั้งสองออกจากกันด้วย กล่าวคือหากนิติกรรมทางทรัพย์สินสมบูรณ์แล้วแม้นิติกรรมทางหนึ่งจะบกพร่องไม่มีผลก็ไม่ทำให้นิติกรรมทางทรัพย์สินที่สมบูรณ์นั้นสิ้นผลไปด้วย ผู้โอนจะเรียกคืนได้ก็โดยอาศัยฐานทางหนี้เท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขายผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขายแก่ผู้ซื้อ ขณะเดียวกันผู้ซื้อก็มีหน้าที่ชำระราคาแก่ผู้ขาย ตรงนี้คือนิติกรรมทางหนี้หรือสัญญาทางหนี้ยังไม่มีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นโอนเปลี่ยนมือไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้มาทำความตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้ซื้อและส่งมอบทรัพย์สินแก่กันในกรณีสังหาริมทรัพย์อีกทีหนึ่ง ซึ่งเป็นขั้นตอนของสัญญาทางทรัพย์สิน ดังนั้นหากได้ส่งมอบทรัพย์สินไปตามนิติกรรมทางหนี้ที่เป็นโมฆะแต่นิติกรรมทางทรัพย์สินสมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ตกเป็นของผู้รับโอนแล้ว ดังนั้นผู้โอนจึงไม่สามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์เรียกเอาการครอบครองทรัพย์สินคืนได้คงมีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้ก็แต่โดยอาศัยฐานทางหนี้เท่านั้นซึ่งในที่นี้ได้แก่การปรับใช้มูลหนี้ลามิควอร์ได้เพื่อเรียกทรัพย์สินคืน

นอกจากนี้ นักกฎหมายเยอรมันยังปรับใช้หลักกฎหมายลามิควอร์ได้ในการเรียกคืนสิ่งต่างๆที่ไม่มีตัวทรัพย์สินเป็นรูปร่าง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือประโยชน์ที่สามารถคำนวณราคาเป็นเงินได้ กล่าวคือเป็นทรัพย์สินสิ่งที่ไม่อาจจะบุกรกรรมสิทธิ์ได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายเยอรมันมีการพัฒนาดัดแปลงกฎเกณฑ์และกลวิธีต่างๆ มาปรับใช้เพื่อบรรเทาความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยสัญญาลอยอยู่เหมือนกัน มีอยู่หลายคดีที่ศาลสูงเยอรมันวางแนวคำพิพากษารับว่าในบางกรณีความบกพร่องของนิติกรรมที่เป็นมูลอาจส่งผลให้สัญญาทางทรัพย์สินพลอยเสียไปด้วยก็ได้ เช่น กรณีที่นิติกรรมที่เป็นมูลนั้นถูกบอกล้างภายหลังเพราะเหตุที่นิติกรรมนั้นเกิดจากกลล่อหลอ (มาตรา 132 BGB)¹² หรือกรณีของนิติกรรมสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีบางคดี แม้ศาลสูงจะได้บัญญัติเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า หากนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนทรัพย์สินนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี นิติกรรมนั้นไม่ส่งผลให้นิติกรรมที่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ตกเป็นโมฆะไปด้วยเพราะนิติกรรมอย่างหลังนี้ย่อมเป็นนิติกรรมลอย แต่ทว่าศาลก็รับว่าหลักข้างต้นนี้มีข้อยกเว้นโดยเฉพาะคดีที่ตัวสัญญาทางทรัพย์สินอันเป็นตัวนิติกรรมลอยนั้นเองเป็นวัตถุประสงค์ของการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีก็คือการขัดต่อศีลธรรมนั้นดำรงอยู่ในตัวสัญญาทางทรัพย์สินนั่นเอง¹³

¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2532), น.91.

¹³ เฟิ่งอ๋าง, น.93-94.

ลักษณะของลาภมิควรได้

กฎหมายลาภมิควรได้ของเยอรมันพัฒนามาจากหลัก *Condictio* ในกฎหมายโรมัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการว่า “ผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ในขณะที่อีกคนหนึ่งต้องสูญเสียมีหนี้ต้องคืนผลประโยชน์ที่ตนได้รับไว้” ซึ่งวางหลักไว้ในมาตรา 812¹⁴ มีความว่า

“บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินใดจากการที่ผู้อื่นชำระหนี้ หรือได้มาโดยประการอื่น โดยปราศจากมูลอันชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นมีความผูกพันต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่เขา ถึงหากว่าเหตุที่จะอ้างกฎหมายนั้นสิ้นสุดลงหรือการชำระหนี้ในนิติกรรมที่มีได้มีมิได้เป็นขึ้น

การรับสภาพหนี้ว่ามีอยู่หรือไม่ ให้ถือเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย”

จากบทบัญญัติข้างต้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

1. การได้มาซึ่งทรัพย์สินใด

หมายความว่า บุคคลผู้ได้ลาภจะต้องได้รับทรัพย์สินใดมา จะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่างหรือไม่รูปร่าง หรือเป็นประโยชน์ที่สามารถคำนวณราคาเป็นเงินได้ เช่น การให้บริการ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันได้แยกรูปแบบของลาภมิควรได้ตามลักษณะของการได้มาออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ

(1.) ลาภมิควรได้ที่ได้มาโดยการกระทำเพื่อชำระหนี้ (*Leistungskondiktion*) โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันได้ให้ความหมายของการชำระหนี้ว่า หมายถึงการกระทำโดยตั้งใจและมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดจึงชำระหนี้ไปให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดนั้น¹⁵ กล่าวคือเป็นลาภมิควรได้ที่เกิดจากการที่ผู้เสียลาภส่งมอบทรัพย์สินใดของผู้เสียลาภเองให้แก่ผู้ได้ลาภ อาจ

¹⁴ 812 BGB “(1) A Person who obtains something by performance by another person or in another at the expense of this person with out legal cause is bound to give it up to him . The same obligation exists if the legal cause later lapses of if the result does not occur which the performance had been aimed at to produce according to the content of the legal transaction.

(2) The recognition or denial of the existence of an obligation by way of contract is also considered as performance.”

¹⁵ Loewenheim ,การบรรยายลักษณะลาภมิควรได้ในกฎหมายเยอรมัน , Lecture note.

เกิดขึ้นโดยมีผู้เข้ามาเกี่ยวข้อง 2 ฝ่าย หรือ เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ที่มีคู่กรณี 3 ฝ่าย หรือมากกว่า เข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนมากกว่าใครจะมีสิทธิเรียกคืนและเรียกคืนได้จากใคร

(2.) การได้มาโดยประการอื่น หมายความว่า การได้ลานั้นมาไม่ได้เกิดจากการที่มีบุคคลมากระทำการดูชำระหนี้ให้แก่ผู้ได้ลาภโดยตรง ศาลและนักกฎหมายส่วนใหญ่ของเยอรมันมีความเห็นว่าอาจเกิดได้ 3 รูปแบบ¹⁶ คือ

1. Eingriffskondiktion เป็นกรณีที่ผู้ได้ลาภได้สอดเข้าเกี่ยวข้อง (interference) ถัดเอาประโยชน์จากทรัพย์สินหรือสิทธิของบุคคลอื่นโดยที่ไม่มีสิทธิ แต่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำละเมิด และข้อเท็จจริงนั้นไม่สามารถจะปรับกับหลักการเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองได้

ตัวอย่างในคดีที่เกิดขึ้นในศาลเยอรมันเรื่องหนึ่ง ได้แก่ กรณีที่เด็กชายอายุ 18 ปี คนหนึ่งอยากไปประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีเงินซื้อตั๋วเครื่องบินไปสหรัฐอเมริกา เขามีเงินเพียงซื้อตั๋วเครื่องบินเดินทางจากมิวนิคไปฮัมบูร์ก เมื่อมาถึงสนามบินที่ฮัมบูร์กแล้ว เด็กชายสามารถเดินปะปนกับผู้โดยสารที่ไปสหรัฐอเมริกาและได้เดินทางไปยังนิวยอร์กโดยสายการบินลูฟท์ฮันซ่า แต่ไม่สามารถเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาได้เพราะไม่มีวีซ่า สายการบินลูฟท์ฮันซ่าจึงส่งตัวกลับ และฟ้องเรียกร้องค่าโดยสารทั้งขาไปและกลับ เกี่ยวกับเรื่องนี้ศาลเยอรมันวินิจฉัยว่าไม่มีสัญญาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายจึงไม่สามารถฟ้องทางสัญญาได้ และไม่สามารถเรียกคืนทางละเมิดได้ด้วย เพราะสายการบินไม่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการบินไปของเครื่องบินใช้น้ำมันเท่าเดิม ผู้โดยสารที่จองที่นั่งไม่ได้ลดลง จึงเห็นว่าค่าเดินทางขากลับจากสหรัฐอเมริกามายังเยอรมันนั้นเป็นการเรียกคืนโดยหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่ง ในส่วนของค่าเดินทางขาไปนั้นสายการบินโจทก์มีสิทธิเรียกคืนได้โดยอาศัยหลักกฎหมายลาภมิควรได้ ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าเป็นกรณีที่เด็กชายได้ลาภไปโดยการชำระหนี้ โดยพิจารณาว่าลูฟท์ฮันซ่าได้ชำระหนี้ คือพาเด็กชายไปสหรัฐอเมริกาโดยรู้ตัว กล่าวคือ การชำระหนี้ เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ได้ลาภเพิ่มพูนขึ้น โดยผู้กระทำรู้ตัว ในกรณีนี้วินิจฉัยว่าลูฟท์ฮันซ่าตั้งใจจะพาผู้โดยสารทุกคนที่อยู่บนเครื่องบินไปนิวยอร์ก จึงเป็นการตั้งใจที่จะพาเด็กชายที่ปะปนขึ้นเครื่องบินไปนิวยอร์กด้วย (NJW 1971,609)

อย่างไรก็ดี มีความเห็นทางวิชาการอีกด้านหนึ่งเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามปกติ ประเพณีทางการค้า เหตุทางด้านความปลอดภัยทางปฏิบัติจะมีการตรวจดูว่าผู้โดยสารมาครบหรือยัง สัมภาระครบแล้วหรือไม่ จึงตั้งข้อสังเกตว่ากรณีเช่นนี้สายการบินนำตั้งใจจะบรรทุกเฉพาะ

¹⁶ B.S.Markesinis, W .Lorenz and Gerhard Dannemann .The German Law of Obligations Vol.1 ,(Oxford : Clarendon Press,1997), pp.740 – 755.

คนที่จ่ายเงินค่าโดยสารไปนอร์เวย์เท่านั้น ดังนั้นลูฟท์ฮันซ่าจึงไม่ได้ตั้งใจที่จะพาผู้เยาว์ไปนอร์เวย์ กรณีนี้จึงน่าจะเป็นการที่ผู้เยาว์ได้ลาไปโดยประการอื่น¹⁷

2. *Verwendungskondition* เป็นกรณีที่ผู้เสียหายออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินบุคคลอื่นโดยปราศจากอำนาจ ทำให้เจ้าของทรัพย์สินนั้นได้ลาขึ้น กรณีเช่นนี้มีจำนวนน้อยที่ปรับด้วยหลักเกณฑ์ลามมิควรได้ที่ได้รับลามมาโดยประการอื่น เนื่องจากส่วนใหญ่มักจะปรับใช้การเรียกคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองหรือหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งได้ ตัวอย่างเช่น ในคดีเรื่องหนึ่งโจทก์เป็นหลานได้เช่าที่ดินของป้าและจ่ายค่าเช่าตามกฎหมายโดยป้าได้ทำพินัยกรรมยกที่ดินดังกล่าวให้โจทก์เมื่อเธอตาย ด้วยความคาดหมายว่าจะได้มรดกที่ดินของป้า โจทก์จึงก่อสร้างอาคารลงในที่ดิน แต่ปรากฏว่าในท้ายที่สุดป้าได้เปลี่ยนใจและเปลี่ยนพินัยกรรมยกที่ดินให้ทายาทอื่นแล้วเสียชีวิตไป ศาลสูงได้วินิจฉัยให้โจทก์มีสิทธิเรียกคืนมูลค่าของอาคารจากทายาทผู้ได้รับที่ดินดังกล่าวเป็นมรดกได้ โดยพิจารณาว่าเป็นลามมิควรได้โดยประการอื่นรูปแบบ *Verwendungskondition*¹⁸

3. *Rückgriffskondition* เป็นกรณีที่ผู้เสียหายชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไปโดยสำคัญผิดทำให้ผู้ได้ลามหลุดพ้นจากหนี้ ซึ่งการแก้ไขเยียวยาส่วนใหญ่จะใช้หลักการเรื่องอื่นๆได้ กรณีที่ยากเรื่องหนึ่งที่ปรับใช้ *Rückgriffskondition* คือ คดีที่บริษัทประกันภัยได้จ่ายค่ารักษาพยาบาลให้แก่เด็กหญิงอายุ 11 ปีที่ได้รับบาดเจ็บในห้องเรียนดนตรี โดยสำคัญผิดว่าตนมีหน้าที่ต้องจ่ายตามกรมธรรม์ แต่ปรากฏต่อมาว่าการบาดเจ็บในโรงเรียนสอนดนตรีแห่งนี้อยู่นอกเหนือความรับผิดชอบตามกรมธรรม์ บริษัทประกันภัยจึงฟ้องบิดาของเด็กหญิงเพื่อเรียกค่ารักษาพยาบาลที่ตนได้จ่ายไป¹⁹ (NJW, 1986, 2700)

2. จากความสูญเสียของบุคคลอื่น

หมายความว่า การได้มาของผู้ได้ลามจะมีผลทำให้อีกบุคคลหนึ่งสูญเสีย สิ่งที่สูญเสีย นั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับสิ่งที่ผู้ได้ลามได้รับคือประโยชน์ที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ และการได้ประโยชน์ของผู้ได้ลามนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงกับความสูญเสียของผู้เสียลาม²⁰ ซึ่งจะมีผลต่อ

¹⁷ Loewenheim, *supra* note 15, B.S.Markesinis, W. Lorenz and Gerhard Dennemann, *supra* note 16, pp. 771-777.

¹⁸ B.S.Markesinis, W. Lorenz and Gerhard Dennemann, *supra* note 16, p. 752.

¹⁹ *Ibid*, pp. 753-754.

²⁰ *Ibid*, p. 724.

การพิจารณาถึงความสัมพันธ์เมื่อมีบุคคลเข้ามาพัวพันเกี่ยวข้องกับหลายฝ่ายว่าผู้ใดเป็นผู้สูญเสีย และจะเรียกร้องตามสิทธิของตนต่อผู้ใดด้วย

ตัวอย่างเช่น ผู้เช่าทำสัญญาจ้างช่างติดกระจกมาทำการซ่อมหน้าต่างอาคารที่ตนเช่า อยู่ ปรากฏว่าสัญญาว่าจ้างเป็นโมฆะ ดังนั้นช่างติดกระจกจะเรียกค่าจ้างได้จากผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าซึ่งเป็นเจ้าของอาคาร กรณีนี้นักกฎหมายเยอรมันให้ทัศนะว่าหากมองระหว่างช่างติดกระจกกับเจ้าของอาคารแล้วจะเห็นว่าเขาไม่มีความสัมพันธ์ต่อกัน แต่การชำระหนี้ของช่างติดกระจกเป็นประโยชน์แก่เจ้าของอาคาร อย่างไรก็ตามประโยชน์ที่เจ้าของอาคารได้รับนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้เช่า มิใช่ผลโดยตรงจากการกระทำของช่างติดกระจก ช่างติดกระจกจึงไม่สามารถเรียกร้องต่อเจ้าของอาคารได้ ต้องฟ้องเรียกร้องจากผู้เช่าซึ่งเป็นคู่กรณีตามสัญญาว่าจ้างที่ทำกับตนเท่านั้น

3. โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ (ohne rechtlichen Grund)

หมายความว่า ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินใดมาไม่ว่าโดยมีบุคคลกระทำเพื่อชำระหนี้ให้ หรือโดยตนเข้าถือเอาประโยชน์นั้นเอง ไม่มีเหตุตามกฎหมายใดๆ เช่น สัญญา หรือสิทธิตามกฎหมายอื่น ที่จะกล่าวอ้างเพื่อสงวนยึดถือทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ตนได้รับไว้

3.1.2.2 ข้อจำกัดการเรียกคืนลามิควรได้

1. การชำระหนี้ไปก่อนถึงกำหนดเวลา (มาตรา 813 BGB)
2. การชำระหนี้โดยรู้อยู่ว่าไม่มีความผูกพัน กล่าวคือผู้มอบให้รู้อยู่แล้วว่าเขาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระแก่ผู้รับแต่ประการใด การชำระหนี้ตามที่ทางศีลธรรมหรือตามควรแก่อัธยาศัยในสมาคม (มาตรา 814 BGB)
3. การชำระหนี้ที่มุ่งต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยตนรู้อยู่แต่แรกว่าการจะทำให้เกิดผล เช่นนั้นเป็นพันธิสัย หรือเข้าขัดขวางมิให้เกิดผลนั่นเองโดยฝ่าฝืนความสุจริต (มาตรา 815 BGB)
4. การชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมที่ตนมีส่วนผิดอยู่ด้วย (มาตรา 817 (2) BGB) (ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2)

3.1.3 กฎหมายอังกฤษ

รูปแบบการเรียกคืนทรัพย์สินในกฎหมายอังกฤษจะจัดอยู่ในหลักกฎหมายที่เรียกว่า Law of Restitution ซึ่งมีทั้งการเรียกคืนโดยอาศัยฐานบุคคลสิทธิและการเรียกคืนโดยอาศัยฐานทรัพย์สินสิทธิ กฎหมายเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินของอังกฤษนี้มีความซับซ้อนมากโดยเฉพาะการ

พยายามแยกแยะหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายที่ปรับใช้เพื่อเรียกคืนทรัพย์สินที่แตกต่างกันในแต่ละเรื่อง เนื่องจากข้อเท็จจริงของกรณีการคืนทรัพย์สินนั้นครอบคลุมอยู่ในทั้งกฎหมายเกี่ยวกับหนี้และกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน นักกฎหมายอังกฤษได้พยายามที่จะรวบรวมจัดกฎเกณฑ์วิธีการเรียกทรัพย์สินที่มีอยู่เข้าด้วยกัน ซึ่งยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างมากมายสำหรับขอบเขตที่แน่ชัดของกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สิน²¹

หลักลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment)

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการของลาภมิควรได้ในกฎหมายอังกฤษเองถือเป็นเรื่องที่พึงยอมรับกันในหลักการว่าเป็นหลักของกฎหมายที่แยกออกมาต่างหากจากมูลแห่งหนี้ประเภทอื่นได้ ซึ่งอยู่ในระบบของหลักกฎหมายเรียกคืนทรัพย์สิน อาจสรุปสาระสำคัญได้²² ดังนี้

1. จำเลยได้รับผลประโยชน์บางอย่าง (Benefit)

ประโยชน์ที่ได้รับนี้จะเป็นผลประโยชน์ในทางบวกคือการทำให้กองทรัพย์สินของจำเลยเพิ่มพูนขึ้นหรือในทางลบคือการที่กองทรัพย์สินของจำเลยไม่ต้องลดน้อยลงก็ได้ แนวคิดเกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางเพิ่มพูนขึ้นของกองทรัพย์สินเป็นที่ยอมรับกันโดยไม่มีข้อโต้แย้ง เนื่องจากจำเลยได้รับทรัพย์สินที่มีรูปร่างจับต้องได้ เช่น ได้รับเงิน ที่ดิน สิ่งของ หรือการปรับปรุงซ่อมแซม ผลประโยชน์ในที่นี้พิจารณาได้เป็น 3 ประเภท คือ

ประเภทแรกได้แก่ กรณีของการได้รับผลประโยชน์เป็นเงินซึ่งสามารถใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน

ประเภทที่สองคือ ผลประโยชน์เป็นการได้รับบริการ (service) ซึ่งโดยสภาพย่อมไม่สามารถคืนกันโดยการให้บริการตอบกลับคืนได้ จึงต้องคืนด้วยการชำระเป็นค่าบริการตามอัตราที่โจทก์คิดเป็นปกติจากการให้บริการนั้นโดยไม่คำนึงว่าการให้บริการดังกล่าวจะก่อประโยชน์แก่จำเลยเท่าใด

ประเภทที่สามได้แก่ ผลประโยชน์เป็นการได้รับสิ่งของไว้

²¹ Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, Second Edition, (Butterworths LexisNexis, 2002), p.1.

²² *Ibid*, pp.16-17.

2. จำเลยได้ลาภงอกในกรณีที่โจทก์ต้องสูญเสีย

กล่าวคือเป็นเรื่องที่จำเลยได้รับประโยชน์จากความสูญเสียของโจทก์ เกี่ยวกับเรื่องนี้ คำอธิบายทางตำราของ Birks กล่าวถึงแนวคิดอันคลุมเครือแยกลักษณะที่เกิดขึ้นเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบแรก เป็นความหมายโดยทั่วไปที่เข้าใจกัน คือ สิ่งจำเลยที่ได้รับไว้โดยไม่ชอบนั้น มาจากกองทุนทรัพย์สินความร่ำรวยของโจทก์ เช่น เกิดจากความสำคัญผิด (Unjust enrichment by subtraction) แนวทางที่สองเป็นความหมายที่ไม่ค่อยชัดเจนนัก คือ สิ่งที่จำเลยได้รับมาเกิดจากการที่จำเลยได้กระทำการอันเป็นความผิดต่อโจทก์ เช่น ละเมิด หรือผิดสัญญา²³ (Unjust enrichment by wrongdoing) และในงานเขียนต่อมาของ Birks แนวคิดนี้ได้ขยายไปเป็นหลักการที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนกล่าวคือเป็นคนละเรื่องมากกว่าที่จะเป็นหลักการย่อยที่แตกแขนงจากหลักการทั่วไปที่เป็นแก่นเพียงหลักการเดียว²⁴ เกี่ยวกับเรื่องนี้ปรากฏข้อถกเถียงทางวิชาการมากมาย เป็นเรื่องที่นักกฎหมายคอมมอนลอว์ยังพิเคราะห์โต้แย้งเกี่ยวกับระบบกฎหมายการเรียกคืนทรัพย์สินของตนต่อไป

3. เป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรมที่จะให้จำเลยได้รับผลประโยชน์นั้นไว้ เป็นการพิจารณาลักษณะที่จำเลยได้ลาภมาด้วยความสูญเสียของโจทก์ว่าเป็นเหตุที่ไม่ยุติธรรม

4. จำเลยไม่มีข้อแก้ต่างที่จะกล่าวอ้างยึดเอาผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมนั้นไว้

อย่างไรก็ตามแนวคิดทฤษฎีของหลักลาภมิควรได้ในระบบคอมมอนลอว์คงมีความซับซ้อนและเกิดทัศนะ ทฤษฎีและข้อโต้แย้งทางวิชาการและแนวคำพิพากษาจำนวนมากถึงความมีอยู่และลักษณะการปรับใช้ แม้ว่าโดยภาพรวมปัจจุบันจะมีหลักการที่คล้ายคลึงกับระบบซีวิลลอว์ก็ตาม

²³ Andrew Burrows , *supra* note 21, p.44.

²⁴ *Ibid* ,pp.25-26.

3.1.4 กฎหมายไทย

3.1.4.1 ลักษณะกฎหมายลามิควรไค้

กฎหมายลามิควรไค้ของไทยวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในมาตรา 406²⁵ โดยมีต้นร่างมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 812 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 703 และประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิสมาตรา 62 โดยนักกฎหมายไทยได้แบ่งองค์ประกอบเป็นดังนี้

1.มีการไค้มาซึ่งทรัพย์สินใด

หมายถึง การที่มีบุคคลผู้หนึ่ง (ผู้ไค้ลาม) ไค้ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดไว้ โดยการไค้มานั้นเป็นการไค้มาในลักษณะการเพิ่มพูนของทรัพย์สินของผู้ไค้มาทำนองเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์²⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการไค้มาเป็นของตนเอง แม้ที่จริงแล้วจะไม่ได้กรรมสิทธิ์ก็ตาม เช่น ก ตกกลงให้ ข ยืมหนังสือ แต่ ข เข้าใจว่า ก ให้หนังสือแก่ตน จะเห็นว่ากรณีนี้นิติกรรมสัญญาตกเป็นโมฆะเพราะคู่กรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามมาตรา 156 ข ไม่ได้กรรมสิทธิ์ในหนังสือที่ตนไค้รับมาแต่อย่างใด นอกจากนั้นหากเป็นเพียงการไค้มาซึ่งการครอบครองหรือสิทธิครอบครอง เช่น ผู้ยืมได้รับประโยชน์จากการครอบครองใช้สอยทรัพย์สินที่ยืม หรือกรณีของผู้รับฝากทรัพย์สิน เหล่านี้ไม่ใช่การไค้มาในความหมายของลามิควรไค้ เนื่องจากผู้ไค้ทรัพย์สินไว้รู้ว่าจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่ผู้อื่น จึงไม่ได้ทำให้กองทรัพย์สินของตนเพิ่มพูนขึ้นแต่อย่างใด แต่กรณี เช่น การที่ ก เข้าถือเอาสุนัขที่หลงทางมาเป็นของตน คิดว่าเป็นสุนัขที่ไม่มีเจ้าของ ย่อมเป็นการไค้มา เพราะทำให้

²⁵มาตรา 406 “บุคคลใดไค้มาซึ่งทรัพย์สินใดเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดีหรือไค้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับด้วยตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีมิได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

²⁶จิตติ ติงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 354-452 ด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น.133.

ทรัพย์สินของ ก เพิ่มขึ้น²⁷ ถ้าเป็นเพียงการงดเว้นไม่ปฏิบัติการให้ทรัพย์สินของตนเองหมดไป จะว่าเป็นลาภมิควรได้ไม่ได้ เช่น ไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา ทรัพย์สินยังอยู่ที่ตน จึงไม่เป็นลาภมิควรได้ แต่เป็นการไม่ชำระหนี้อันเกิดแต่มูลสัญญา²⁸ อนึ่งการได้มาในที่นี้ นอกจากจะมองในเชิงการได้มาที่เสมือนเพิ่มพูนกองทรัพย์สินแล้วยังอาจมองในเชิงตรงกันข้าม คือการไม่ต้องเสียอะไรไป ทั้งที่ควรจะต้องเสีย²⁹ ก็ถือเป็นการได้มาได้เช่นกัน

ทั้งนี้กฎหมายไทยกำหนดลักษณะของการได้มาไว้ 2 ทาง คือ

1. ได้มาโดยการชำระหนี้

เป็นการได้มาเนื่องจากมีบุคคลอื่นมากระทำการเสมือนชำระหนี้ให้ โดยคิดว่าตนเป็นหนี้หรือคิดว่ามีความผูกพันต้องชำระหนี้ แต่แท้จริงแล้วมิได้มีมูลหนี้ต่อกัน หรืออาจมีหนี้ต่อกันแต่ผู้ชำระหนี้ได้ชำระไปเกินกว่าที่ตนเป็นหนี้ก็ได้

2. ได้มาโดยประการอื่น

เป็นกรณีการได้มาที่มีได้เกิดจากการมีบุคคลอื่นมากระทำเพื่อชำระหนี้ให้ แต่เกิดจากการกระทำของตัวผู้ได้มาเองที่เข้าถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินหรือสิทธิของบุคคลอื่นโดยที่ตนไม่มีสิทธิในกรณีที่ไม่เข้าลักษณะของการละเมิด

สิ่งที่ได้มานั้นตามกฎหมายใช้คำศัพท์ว่า “ทรัพย์สินสิ่งใด” จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายไทยมีแนวความเห็นที่แตกต่างกันในการตีความ คำว่า “ทรัพย์สินสิ่งใด” อยู่ประการหนึ่ง คือกรณีของการให้บริการและแรงงานของบุคคล จะสามารถถือเป็นลาภมิควรได้ตามความหมายแห่งบทบัญญัติมาตรา 406 ได้หรือไม่ โดยมีความเห็นทางตำราไทยแบ่งเป็น 2 แนวดังนี้

²⁷ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และ ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น.69.

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น.587.

²⁹ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง และ ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2522), น.80, สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และ ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), น.97, คำพิพากษาฎีกาที่ 1608/2529

แนวทางแรก เห็นว่าแรงงานของบุคคลไม่อาจเป็นลามกมิควรได้ตามบทบัญญัติ ลักษณะลามกมิควรได้ของไทย นักกฎหมายที่เห็นตามแนวนี้ที่สำคัญคือ อาจารย์ เสนีย์ ปราโมช ซึ่งอธิบายไว้ความว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ แรงงานเป็นแต่เหตุการณ์อย่างหนึ่งไม่ใช่ทรัพย์สินตามความหมายในมาตรา 99 (มาตรา 138 ปัจจุบัน) ในลักษณะลามกมิควรได้ก็ไม่มีบทใดที่จะให้ชดใช้แรงงานแก่กัน ถ้าจะเรียกได้ต้องเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อบำรุงรักษาหรือเท่าที่ทำให้ราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้นตามมาตรา 416,417³⁰

นักกฎหมายที่เห็นตามแนวเดียวกัน เช่น

อาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ เห็นว่า ตามกฎหมายไทย การใช้กฎหมายตามตัวอักษร มาตรา 4 วรรค 1 ตามตัวบทจะแปลความรวมถึงบริการด้วยคงไม่ได้ แม้จะมีที่มาจากกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่นก็ตาม³¹

อาจารย์วารี นาสกุล เห็นว่า ในเรื่องลามกมิควรได้นี้ไม่ควรรวมถึงประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์สินเพราะกฎหมายใช้คำว่าทรัพย์สินสิ่งใดเท่านั้น³²

แนวทางที่สอง เห็นว่า แรงงานหรือบริการของบุคคลสามารถเป็นลามกมิควรได้ เช่น แนวคำอธิบายของ อาจารย์จิตติ ดิงศภทิพย์ ความว่า แรงงานของบุคคลอื่น เป็นต้นว่าออกแรงทำที่ดินของผู้อื่นให้ดีขึ้นมีราคาเพิ่มขึ้นเป็นต้น ก็มีความหมายอย่างเดียวกัน ข้อสำคัญคือ ประโยชน์นั้นต้องเป็นการที่กองทรัพย์สินเพิ่มขึ้น³³

³⁰ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28*, น.586 โดยเทียบ คำพิพากษาฎีกาที่ 412/2475 มีข้อเท็จจริงว่า เจ้าพนักงานยกยอกแรงงานของรัฐบาลหาความผิดฐานยกยอกไม่ นายตรวจทางรถไฟเอากุสที่ต้องทำงานให้รัฐบาลไปทำงานส่วนตัวแล้วเบิกเงินรัฐบาลมาจ่ายให้กุส เหล่านั้นเสมือนว่าทำงานให้รัฐบาลดังนี้ ท่านว่าไม่ผิดฐานใช้อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริต ตามมาตรา 133,134 และ 136 แห่งกฎหมายลักษณะอาชญา

³¹ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น.73, ดูเชิงอรรถที่ 22, เชิงอรรถที่ 19

³² วารี นาสกุล, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่งลามกมิควรได้*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร:พิมพ์ที่บริษัทประชาชน จำกัด, 2526), น. 283.

³³ จิตติ ดิงศภทิพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.134. ดูเชิงอรรถที่ 21

อาจารย์ยง เหลืองรังสี อธิบายว่า ทรัพย์สินใด ย่อมมีความหมายถึงทรัพย์สินสิ่งใด และความหมายอันแท้จริงคงจะหมายรวมถึงทรัพย์สินและทรัพย์สินรวมทั้งประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ เช่น แรงงานของบุคคลอื่น³⁴

จากประเด็นปัญหาข้างต้นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับแนวทางที่ 2 คือเห็นว่าแรงงานสามารถเป็นลาภมิควรได้ตามความหมายของบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้ของไทย โดยมีเหตุผลที่พิเคราะห์ดังนี้ ประการแรก เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาที่ 412/2475 ตามที่แนวความเห็นแรกอ้างถึง พบว่าเป็นเรื่องการขอแรงงาน ซึ่งน่าจะเป็นกรณีเกี่ยวกับความผิดทางอาญามากกว่าจะเป็นเรื่องของลาภมิควรได้ที่เป็นเรื่องทางแพ่ง จึงไม่น่าจะนำมาเทียบเคียงได้ ประการที่สอง บทบัญญัติมาตรา 406 ของไทยมีต้นร่างมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 812 รวมถึงการใช้คำศัพท์ว่า “ทรัพย์สินใด” ที่ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “something” ก็เป็นคำเดียวกับที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่ใช่ ทรัพย์สิน (things) หรือทรัพย์สิน (property) ซึ่งเมื่อพิเคราะห์แนวทางการปรับใช้ในกฎหมายเยอรมันตามที่กล่าวแล้วจะเห็นว่าแรงงานหรือบริการของบุคคลสามารถเป็นลาภมิควรได้ได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นประโยชน์ที่สามารถคำนวณราคาเป็นเงินได้ในส่วนกฎหมายฝรั่งเศสก็วางหลักให้บุคคลสามารถเรียกคืนแรงงานหรือบริการโดยอาศัยหลักลาภมิควรได้ตามที่ศาลสูงวางหลักขึ้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย จะเห็นว่านักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ก็ตีความโดยกว้างอยู่แล้วว่ารวมถึงประโยชน์ที่สามารถคำนวณเป็นราคาเงินได้เช่นกัน ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลใดที่แรงงานของบุคคลจะเป็นลาภมิควรได้ไม่ได้

ส่วนข้อแย้งที่ว่าหากตีความตามลายลักษณ์อักษรแล้วบทบัญญัติของไทยจะกินความไปไม่ถึงแรงงานหรือบริการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการใช้การตีความกฎหมายย่อมต้องพิเคราะห์ตัวบทบัญญัติไปพร้อมกับเจตนารมณ์เบื้องหลังตัวบทควบคู่กันด้วย จึงเห็นว่า คำว่า “ทรัพย์สินใด” ในที่นี้ ย่อมมีความหมายกว้างขวางเพียงพอที่จะรวมเอาประโยชน์ทุกชนิดที่คำนวณเป็นเงินชดใช้กันได้ โดย พิเคราะห์เน้นความไปที่ คำว่า “สิ่งใด” ซึ่งเป็นถ้อยคำเปิด สามารถแปลความหมายได้กว้าง จึงไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติถ้อยความซ้ำซ้อนขึ้นอีก อันแตกต่างกับบทบัญญัติของญี่ปุ่นที่

³⁴ ยง เหลืองรังสี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย ้จัดการงานนอกสิ่งและลาภมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2512),น. 35.

ใช้ คำว่า “property” กับ “Labour”³⁵ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการจะแปลความหมายของ “ทรัพย์สินใด” ตามประมวลกฎหมายอาญามีควรรได้ของไถยนั้น ควรจะเน้นความไปที่ “สิ่งใด” มากกว่า “ทรัพย์สิน” น่าจะทำให้การตีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและเป็นประโยชน์แก่การปรับใช้กฎหมายมากที่สุด

2.โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้

หมายถึง การไม่มีฐานทางกฎหมายใดๆที่จะรองรับสิทธิของผู้รับทรัพย์สินใดจะนำมากล่าวอ้างเพื่อสงวนยึดถือเอาทรัพย์สินดังกล่าวไว้ได้ โดยคำว่า “มูล” ในที่นี้ หมายถึงสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น กรณีผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินประจักษ์ยอมเป็นเจ้าของส่วนควบด้วย (มาตรา 147) หรือสิทธิตามนิติกรรมสัญญา เช่น การรับทรัพย์สินไว้จากสัญญาซื้อขายแต่ต่อมามีการบอกเลิกสัญญา ทรัพย์สินที่รับไว้ก็ยังคงเป็นการรับที่มีมูลตามกฎหมายอยู่นั้นเองคงบังคับไปตามหลักเกณฑ์เลิกสัญญา หากเรื่องที่จะบังคับด้วยอาญามีควรรได้ไม่ อื่น การรับไว้ตามคำพิพากษา ถือว่ามีมูลอันชอบด้วยกฎหมาย³⁶

ถ้อยคำในมาตรา 406 วรรค 2 ที่ว่า “กรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีมิได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปก่อนแล้วนั้นด้วย” นักกฎหมายและศาลไทยให้ความหมายไว้ดังนี้

เหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีมิได้เป็นขึ้น หมายถึงนิติกรรมที่เป็นโมฆะ³⁷ นอกจากนั้นยังเห็นว่าได้แก่ กรณีความไม่สมบูรณ์หรือเงื่อนไขบังคับก่อนไม่เป็นผลสำเร็จ หรือการได้ทรัพย์สินมาตามสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาจะต้องชำระหนี้ตอบแทนกันทั้งสองฝ่าย แต่การชำระหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ทำลงแม้จะไม่เป็นการผิดสัญญา เช่น โดยเหตุสุดวิสัย หรือการชำระหนี้เป็นพันวิสัยโดยไม่ใช้ความผิดของฝ่ายใด อีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน (มาตรา 369,372) ฝ่ายที่รับชำระหนี้ไว้ก็ได้ชื่อว่ารับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้เช่นเดียวกัน³⁸

³⁵ Article 703 “A person who ,which out legal ground , acquired benefit from the property or labour of another , and there by caused a loss to the other , is bound to make restitution of such benefit in so far as it still actually exists.”

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2484/ 2516

³⁷ เสนีย์ ปราโมช,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28,น.456.

³⁸ จิตติ ติงศภทิพย์,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26,น.135.

เหตุที่ได้สิ้นสุดไปก่อน หมายถึงเหตุที่สิ้นสุดไปก่อนได้ทรัพย์มา ถ้าในเวลาที่ได้ทรัพย์มานั้นสิทธิที่จะได้มีอยู่บริบูรณ์แล้ว แม้อ้อมาจะมีเหตุการณ์อื่นขึ้นเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายไปอย่างไร ก็ไม่เหตุต้องคืน³⁹

ตัวอย่างอุทธรณ์ของกรมร่างกฎหมายที่ยกไว้คือ ก ให้เงิน ข สำหรับดูกระบวนแห่เลี้ยงพระนครที่จะผ่านมา แต่กระบวนแห่หาผ่านทางนั้นไม่ ก มีสิทธิเรียกคืนเงินที่เสียไปคืนได้ เพราะความมุ่งหมายแห่งสัญญาเช่าตามที่ได้ใช้เงินไปแล้วนั้นไม่เกิดผล แต่ถ้า ก รู้ว่าในวันนั้นจะไม่มีกระบวนแห่ เช่นนี้ ก ไม่มีสิทธิจะเรียกร้องเงินที่ใช้ให้ไปคืน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีของเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีมิได้เป็นขึ้น กล่าวคือ เป็นเรื่องวัตถุประสงค์ตามสัญญาเป็นพันวิสัยมากกว่า โดยอาจเป็นกรณีพันวิสัยแต่แรก คือ ในขณะที่ ข กับ ก ตกลงกัน กระบวนแห่เลี้ยงพระนครไม่ได้มีกำหนดว่าจะผ่านมาทางนี้เลย แต่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเข้าใจว่ากระบวนแห่เลี้ยงพระนครจะผ่านมา กรณีจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งถ้า ข ทราบถึงการพันวิสัยนี้แต่แรกย่อมไม่สามารถอ้างความเป็นโมฆะเป็นประโยชน์ต่อตนได้ แต่ถ้า ข ไม่ทราบก็สามารถเรียกเงินคืนได้ หรือกระบวนแห่เลี้ยงพระนครมีกำหนดการผ่านมาทางนี้ แต่ภายหลังได้งดหรือเปลี่ยนเส้นทางก็ควรจะเป็นเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัยภายหลังทำสัญญา แม้ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ข สามารถเรียกเงินคืนได้เช่นกันโดยใช้ฐานทางสัญญา

3.เป็นทางให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ

องค์ประกอบข้อนี้เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการได้มาซึ่งทรัพย์สินใดของผู้ได้ลากกับความสูญเสียของอีกฝ่ายคือผู้เสียลาก กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างการเพิ่มพูนขึ้นและความลดน้อยถอยลงของผลประโยชน์ระหว่างคู่กรณี ที่ขณะผู้ได้ลากได้สิ่งใดมาไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สินหรือในเชิงตรงข้ามคือความน้อยลงของหนี้สินนั้นมีผลทำให้เกิดความสูญเสียแก่ผู้เสียลาก⁴⁰ และความสูญเสียนั้นต้องมีผลทำให้ฐานะทางเศรษฐกิจลดน้อยถอยลงเป็นการทำให้ทรัพย์สินลดน้อยถอยลงหรือไม่เพิ่มขึ้นทั้งที่ควรจะเป็นเพิ่มขึ้น ดังนั้นในกรณีที่มีผู้หนึ่งร่ำรวยขึ้นแต่ไม่มีผลทำให้อีกฝ่ายยากจนลง เช่น ก สร้างตลาดในที่ดินของตน ซึ่งติดกับที่ดินของ ข ทำให้ที่ดินของ ข มีราคาสูงขึ้น แต่ ก ก็ไม่ได้เสียประโยชน์จึงไม่ทำให้ ก เสียเปรียบ⁴¹

³⁹ จิตติ ติงศภทิพย์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น.137.

⁴⁰ ขาดิชา ย อัครวิบูลย์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, น.80 , สุขุม ศุภนิติย์ , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, น.97.

⁴¹ จิตติ ติงศภทิพย์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น.137. อ้างถึง 2 Pre'cis ,No. 428 p. 207

4. ไม่มีทางแก้ตามกฎหมายอื่น⁴²

เป็นแนวคำอธิบายทางตำราของนักกฎหมายไทยบางท่าน ซึ่งเห็นว่ากรณีที่จะปรับได้กับเรื่องลาภมิควรได้นั้น โจทก์จะต้องไม่มีทางแก้ตามกฎหมายอื่นแล้ว โดยอธิบายว่า ถ้าการได้ทรัพย์สินนั้นมีมูลอย่างอื่นที่จะเรียกร้อยกันได้ เช่น ผิดสัญญา หรือ ละเมิด หรือสิทธิติดตามเอาคืน ซึ่งทรัพย์สินในกรรมสิทธิ์ของผู้ที่โอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปโดยกิจการที่เป็นโมฆะ ก็เป็นเรื่องที่ต้องเรียกร้อยหนี้ตามมูลหนี้หรือสิทธิตามกฎหมายอื่นนั้น ผู้มีสิทธิโดยอาศัยมูลหนี้หรือสิทธิเรียกร้อยอย่างอื่นคงจะใช้สิทธิได้โดยไม่ต้องเรียกร้อยในลักษณะลาภมิควรได้ ต่อเมื่อไม่มีสิทธิในมูลหนี้อย่างอื่นจึงอาจใช้สิทธิเรียกร้อยในลักษณะลาภมิควรได้นี้แก่กัน ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้อยสำรอง (Subsidaire)⁴³ ซึ่งหากถือตามแนวคำอธิบายนี้ จะพบว่าหากโจทก์ยังสามารถเรียกร้อยต่อกันได้โดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายอื่น รวมถึงสิทธิติดตามเอาคืนทางทรัพย์สินได้แล้วก็ไม่ใช่เรื่องของลาภมิควรได้แต่อย่างใด

จากแนวคำอธิบายดังกล่าว หมายความว่าหากเจ้าของยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอยู่ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้อยเอาทรัพย์สินของตนคืนจากผู้ไม่มีสิทธิได้เสมอตามมาตรา 1336 เมื่อพิจารณากรณีของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะซึ่งการคืนทรัพย์สินให้บังคับกันตามหลักลาภมิควรได้ขณะเดียวกันในกฎหมายไทยการส่งมอบทรัพย์สินไม่มีผลทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไป แต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปต่อเมื่อมีมูลหนี้ที่สมบูรณ์ เมื่อนิติกรรมเป็นโมฆะ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงยังเป็นของผู้ส่งมอบซึ่งจะเรียกเอาทรัพย์สินคืนโดยอ้างหลักกรรมสิทธิ์ก็ได้ จึงเกิดข้อพิจารณาว่าเป็นกรณีที่ผู้ส่งมอบทรัพย์สินต้องใช้สิทธิเรียกคืนตามหลักลาภมิควรได้โดยถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือต้องใช้สิทธิเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์เท่านั้นตามแนวคำอธิบายข้างต้นหรือเป็นสิทธิของโจทก์จะปรับใช้⁴⁴

เกี่ยวกับเรื่องนี้หากพิจารณาในกฎหมายเยอรมันที่มีหลักเรื่องนิติกรรมลอยซึ่งทำให้ความสมบูรณ์ของสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินแยกจากกัน หากสัญญาทางหนี้บกพร่องแต่สัญญาทางทรัพย์สินสมบูรณ์ก็มีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นโอนเปลี่ยนมือไปแล้ว โดยสภาพจึงไม่

⁴² จิตติ ดิงศภทิพย์, อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 26, น. 138, 142, ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 27, น. 88.

⁴³ จิตติ ดิงศภทิพย์, เฟิงอ่าง, น. 138.

⁴⁴ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, “การใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืน”, ตุลาคม ปีที่ 27 เล่ม 5, (กันยายน. – ตุลาคม 2523), น. 38.

สามารถเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ในตัวได้แต่ใช้หลักลามิควรได้เท่านั้น แต่ในกรณีใดถ้าผู้เสียหายยังมีกรรมสิทธิ์อยู่ก็ต้องปรับใช้หลักกรรมสิทธิ์ โดยลักษณะของมูลหนี้ลามิควรได้ใจทก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกคืนทรัพย์สินใดที่เป็นลามตกแก่ผู้ได้รับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายที่จะเก็บลามนั้นไว้ ซึ่งเป็นวิธีการเยียวยาทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งนอกเหนือจากการเยียวยาวิธีอื่น เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายซึ่งจะพบได้ในความรับผิดทางละเมิดและสัญญาซึ่งสิทธิเรียกร้องของใจทก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นกับใจทมากกว่ามิใช่ความประสงค์ที่จะเรียกคืนลามแต่อย่างใด เป็นต้น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสิทธิเรียกร้องตามหลักลามิควรได้จะไม่สามารถเกิดขึ้นพร้อมกับสิทธิเรียกร้องประเภทอื่นได้เลย โดยกฎหมายเยอรมันอนุญาตให้สิทธิแก่ใจทในการฟ้องคดีซึ่งอาจใช้สิทธิเยียวยาโดยมูลหนี้ที่ต่างกันที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ทั้งคู่โดยไม่จำกัดละทิ้งสิทธิเรียกร้องอันใดอันหนึ่งไปแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษ⁴⁵ ตามกฎหมายเยอรมันในทางทฤษฎีจึงไม่มีข้อห้ามใจทในการจะใช้สิทธิฟ้องคดีกับจำเลยคนเดียวกันโดยอาศัยทั้งมูลหนี้ลามิควรได้และมูลหนี้สัญญา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นกรณีให้เห็นได้ว่าตั้งอยู่บนฐานทางสัญญาหรือลามิควรได้ทางใดทางหนึ่งมิใช่เกิดพร้อมกัน⁴⁶ สถานการณ์หนึ่งที่กล่าวได้จริงๆว่าความรับผิดทางสัญญาและลามิควรได้เกิดขึ้นพร้อมกันได้ ได้แก่ กรณีของการส่งมอบทรัพย์สินไปโดยมุ่งต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายผู้รับ แต่ผลเช่นว่ามีได้เกิดขึ้น ผู้ให้จึงสามารถเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ส่งมอบไปคืนได้⁴⁷ และในบางกรณีความรับผิดตามมูลหนี้ลามิควรได้ก็อาจเกิดขึ้นพร้อมกันกับความรับผิดในมูลละเมิดได้⁴⁸ ในส่วนกฎหมายฝรั่งเศสจะเห็นว่าตามหลักลามิควรได้ที่บัญญัติอยู่ในประมวลไม่ถือว่าเป็นมูลหนี้สำรองเพียงแต่เข้าลักษณะตามที่กำหนดก็สามารถปรับใช้ได้ทันทีแตกต่างกับหลักทั่วไปของลามิควรได้ที่ศาลฝรั่งเศสกำหนดขึ้น (*Enrichissement sans cause*) ที่มีหลักเกณฑ์สำคัญว่าจะต้องเป็นเรื่องที่ไม่สามารถปรับด้วยมูลหนี้ประเภทอื่นใดได้แล้วรวมถึงการใช้สิทธิตามหลักกรรมสิทธิ์ด้วย ซึ่งเข้าใจได้ว่าเป็นเช่นนี้เนื่องจากหลักการดังกล่าวเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาไม่ได้มีอยู่ในประมวลกฎหมายโดยตรง การปรับใช้จึงต้องกระทำอย่างระมัดระวังและเคร่งครัด ดังนั้นแนวคำอธิบายของนักกฎหมายไทยในข้อนี้คงมีที่มาจากคำอธิบายตาม

⁴⁵ B.S.Markesinis, W.Lorenz and Gerhard Dennemann, *supra note* 16 ,p.43.

⁴⁶ *Ibid* ,p.44.

⁴⁷ *Ibid* ,p.45.

⁴⁸ *Ibid* ,p.768.

แนวทางของกฎหมายฝรั่งเศสนั่นเอง ซึ่งไม่น่าจะถูกต้องเมื่อนำมาอธิบายหลักลามิคอร์ได้ของไทย ที่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้อย่างชัดเจน

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่เกี่ยวข้อง เช่น คำพิพากษาที่ 869/2520⁴⁹ คดีมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นบริษัทจำกัดประกอบกิจการขายน้ำอัดลม ได้สั่งหัวเชื้อน้ำอัดลมจากต่างประเทศเข้าเพื่อเป็นวัตถุดิบในการผลิตน้ำอัดลมเพื่อขายของตนเอง ไม่ได้สั่งเข้ามาเพื่อขายหัวเชื้อนั้นอย่างสินค้าแต่โจทก์ได้ส่งเงินเป็นค่าภาษีการค้าและเทศบาลแก่จำเลยไปโดยเข้าใจว่าต้องเสีย ต่อมาปรากฏคำพิพากษาฎีกาว่าการสั่งของเข้ามาเป็นวัตถุดิบไม่ได้เข้ามาขายเป็นสินค้า ไม่ต้องเสียภาษีในฎีกาที่ 1606/2512 โจทก์จึงทราบว่ากรณีของโจทก์ไม่ต้องเสียภาษีและได้ทำหนังสือขอคืนเงินจากจำเลย แต่จำเลยบ่ายเบี่ยง ในที่สุดโจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาล จำเลยให้การต่อสู้ว่าโจทก์ชำระไปโดยถูกต้องแล้วและตนรับไว้โดยสุจริต ได้ส่งเป็นรายได้แผ่นดินใช้ไปหมดแล้วไม่อาจคืนให้ได้ โจทก์รู้ถึงสิทธิเรียกคืนแต่ฟ้องเมื่อเกินกำหนดคดีจึงขาดอายุความตามมาตรา 419 ศาลชั้นต้นตัดสินว่าโจทก์ไม่ต้องเสียภาษีการค้าและภาษีบำรุงเทศบาลสำหรับหัวเชื้อ มีสิทธิเรียกคืนได้ คดีเป็นการฟ้องเรียกทรัพย์สินต้องใช้อายุความทั่วไปตามมาตรา 164⁵⁰ ซึ่งมีอายุความ 10 ปี

จำเลยยื่นอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ วินิจฉัยว่ากรณีของโจทก์ต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามขั้นตอนของประมวลรัษฎากรก่อน โจทก์จึงไม่มีสิทธินำคดีมาสู่ศาล โจทก์ได้ยื่นฎีกา และศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ตัดสินว่ากรณีของโจทก์ไม่ใช่ผู้ประกอบการค้าซึ่งต้องเสียภาษีการค้าและค่าบำรุงเทศบาลตามประมวลรัษฎากรมาตรา 77,78 โจทก์ชำระค่าภาษีดังกล่าวไปแก่อำเภอและศุลกากรซึ่งเก็บแทนกรมสรรพากรเองไม่ใช่เป็นการประเมินภาษีตามมาตรา 87 โจทก์ไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนก็ฟ้องเรียกเงินที่เสียภาษีเกินไปคืนได้ ไม่ใช่ใช้อายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 419 โดยไม่ได้ให้เหตุผลต่อไปว่าโจทก์มีสิทธิเรียกคืนตามฐานแห่งกฎหมายใด เพียงแต่กล่าวว่าไม่ใช่เรื่องลามิคอร์ได้เท่านั้น แต่ก็ไม่วินิจฉัยว่าเป็นการเรียกทรัพย์สินที่มีอายุความทั่วไป 10 ปี ตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น หรือเป็นเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินฐานกรรมสิทธิ์ที่ไม่มีอายุความ

⁴⁹ ประภาศณี อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (จัดพิมพ์โดย สภาส่งเสริมแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์, 2536), น.1486-1505.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 ปัจจุบัน

ด้วยความเคารพ กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการชำระเงินภาษีไปโดยสำคัญผิดว่ามีหน้าที่ต้องชำระแต่จริงๆ แล้วตนไม่มีความผูกพันที่ต้องชำระนั้นเป็นลักษณะของลามมิควรได้แล้ว กล่าวคือ เมื่อขณะที่จำเลยรับเงินจากโจทก์นั้นไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ การรับไปก็เป็นไปได้ไปโดยปราศจากมูลทางกฎหมายและโจทก์ก็เสียเปรียบคือเสียเงินไปโดยไม่ควรต้องเสีย การจะเรียกคืนฐานกรรมสิทธิ์ก็ไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นทรัพย์สินไหนอันไหน แต่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่โจทก์ควรจะได้รับเงินคืน การที่ศาลตัดสินว่าไม่เป็นลามมิควรได้นั้นก็คงเนื่องด้วยความยุติธรรมแต่การตัดสินเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีผลกระทบต่อหลักกฎหมายและลดทอนประโยชน์ของการปรับใช้หลักลามมิควรได้ให้น้อยลงไปจากการหลีกเลี่ยงไม่ใช้ในเมื่อต้องใช้ ในกรณีที่ทรัพย์สินถูกทำลายลงหรือไม่อาจจะบุตัวทรัพย์สินที่แน่นอนได้ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติให้นำหลักลามมิควรได้มาใช้บังคับกับการคืนทรัพย์สินในนิติกรรมที่เป็นโมฆะจึงเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมสามารถนำมาปรับใช้ได้และไม่เป็นการบังคับเด็ดขาดหากโจทก์ยังสามารถปรับใช้สิทธิตามหลักกรรมสิทธิ์ได้เนื่องจากมีที่มาจากฐานแห่งสิทธิที่ต่างกัน ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวความเห็นที่ว่ากรณีหากเป็นเรื่องที่สามารถปรับใช้หลักลามมิควรได้และหลักกรรมสิทธิ์ได้ในข้อเท็จจริงเดียวกันก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกใช้เป็นประโยชน์กับคดีของตน

3.1.4.2 ข้อจำกัดการเรียกคืนลามมิควรได้

กฎหมายลามมิควรได้ของไทยได้วางหลักเกณฑ์กรณีที่ไม่สามารถเรียกทรัพย์สินคืนโดยอาศัยหลักลามมิควรได้ โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. การชำระหนี้ไปตามอำเภอใจ เสมือนรู้อยู่ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ ตามมาตรา 407 ซึ่งการกระทำตามอำเภอใจหมายความว่า กระทำโดยเต็มใจ ไม่ถูกบังคับด้วยข้อเท็จจริงใดๆ ในขณะที่กระทำรู้ถึงความไม่มีหนี้แต่ยังเต็มใจชำระหนี้หรือส่งมอบทรัพย์สิน⁵¹
2. การชำระหนี้ที่มีเงื่อนเวลาก่อนถึงกำหนดเงื่อนเวลานั้น การชำระหนี้ที่ขาดอายุความ และการชำระหนี้ตามหน้าที่ทางศีลธรรมหรือตามควรแก่อัธยาศัยในสมาคม ตามมาตรา 408
3. การชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลซึ่งตนรู้ว่าการอันจะให้เกิดผลเช่นนั้นเป็นพันวิสัย หรือขัดขวางมิให้เกิดผลนั่นเองโดยฝ่าฝืนความสุจริต ตามมาตรา 410 ซึ่งกรณีตามมาตรา 410 นี้หมายถึง

⁵¹ สุขุม ศุภนิติย์ , อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 29, น.115.

การได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้ว ตามมาตรา 406 วรรค 2 แบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ⁵²

(ก) เป็นการชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลอย่างหนึ่ง แต่ผลนั้นมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลนั้นได้รู้มาแต่แรกว่าการที่จะเกิดผลนั้นเป็นพันวิสัย

(ข) เป็นการชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลอย่างหนึ่ง แต่ผลนั้นมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลนั้นได้เข้าปองปิดขัดขวางโดยอาการอันฝ่าฝืนความสุจริต

บทบัญญัติมาตรา 411 มีหลักต่างกับมาตรา 410 ในข้อที่ว่าตามมาตรา 410 นิติกรรมสัญญาที่จะทำให้มีการชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลนั้นจะต้องมีผลสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายแต่ตามมาตรา 411 นิติกรรมสัญญาย่อมเป็นโมฆะ เพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 150⁵³

4. การชำระหนี้โดยสำคัญผิดเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ผู้สุจริตได้รับความเสียหาย ตามมาตรา 409 ผู้ที่ได้ชำระหนี้ไปโดยแท้จริงแล้วตนไม่ใช่ลูกหนี้ แต่ทำให้เจ้าหนี้ที่รับชำระหนี้ไว้โดยสุจริตทำลายหลักฐานในการบังคับชำระหนี้ เพราะเข้าใจว่าหนี้ระงับแล้วกลายเป็นผู้เสียหายไม่อาจบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ที่แท้จริงได้อีก เนื่องจากกฎหมายไทยบัญญัติให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ตามมาตรา 314 บุคคลที่ชำระหนี้ไปนั้นจึงไม่ควรมีสิทธิเรียกทรัพย์สินจากเจ้าหนี้ที่ต้องเสียหายเพราะเหตุรับชำระหนี้โดยสุจริตได้ กฎหมายจึงวางหลักให้ไปใช้สิทธิเรียกร้องเอากับลูกหนี้ที่แท้จริง และผู้ค้ำประกันที่ได้ประโยชน์จากการเข้าชำระหนี้โดยสำคัญผิดนั้น

5. การเรียกทรัพย์สินเพราะได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี มาตรา 411 (ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.4)

3.1.5 สรุป

หลักกฎหมายลามิควรรได้ เป็นมูลหนี้ชนิดพิเศษที่ไม่ได้ตั้งฐานจากสัญญาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย และก็ไม่ใช่เรื่องละเมิด ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจัดให้หลักการนี้อยู่ในส่วนของกฎหมายลักษณะมูลหนี้คล้ายสัญญา (Quasi Contract) อันประกอบด้วยหลักการเรื่อง

⁵² ชาติชาย อัครวิบูลย์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29 , น.118-119.

⁵³ ไพจิตร บุญญพันธ์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27 , น.139.

จัดการงานนอกสั่ง (Gestion d'affaires) และหลักการชำระหนี้โดยไม่มีความผูกพันที่ต้องชำระ (Paiement de l'indu) ซึ่งก็คือหลักลาภมิควรได้ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยพัฒนามาจากหลัก Condictio ของโรมันเฉพาะรูปแบบของ Condictio in debiti อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด ศาลสูงฝรั่งเศสจึงได้วางรูปแบบของหลักลาภมิควรได้อีกทางหนึ่งผ่านแนวคำวินิจฉัยตัดสินจนกลายเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับกันซึ่งถือเป็นหลักลาภมิควรได้ตามที่ศาลสูงฝรั่งเศสกำหนดขึ้น (Enrichissement Sans Cause) โดยพัฒนามาจากหลัก Actio de in rem verso ในกฎหมายโรมัน ต่างจากพัฒนาการในกฎหมายเยอรมัน ที่นักกฎหมายเยอรมันได้สกัดหลัก Condictio รูปแบบต่างๆในกฎหมายโรมันจนสามารถสังเคราะห์เป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของหลักลาภมิควรได้ แยกออกจากหากจากมูลหนี้ประเภทอื่นและหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งอย่างชัดเจน เยอรมันจึงเป็นประเทศแรกที่กล่าวได้ว่าการรับรองหลักการเรื่องลาภมิควรได้ (Unjustified Enrichment) เป็นมูลหนี้ประเภทหนึ่งแยกจากมูลแห่งประเภทอื่นๆ และนำมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปปรากฏตั้งแต่มาตรา 812-822 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ส่วนในกฎหมายอังกฤษหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) จัดอยู่ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกทรัพย์สิน (Law of Restitution) ซึ่งมีความซับซ้อนอย่างมาก

ในส่วนกฎหมายไทย ลักษณะของการปรับใช้เรื่องลาภมิควรได้ เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งได้รับเอาหลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้มาบัญญัติไว้ด้วย โดยได้เลียนแบบมาจากกฎหมายลาภมิควรได้ของประเทศซีวิลลอว์ คือ เยอรมัน ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และบราซิล จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายลาภมิควรได้ของไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสเป็นสำคัญ โดยผู้เขียนเห็นว่าตัวบทของเราค่อนข้างรับเอาแนวคิดตามหลักลาภมิควรได้ของทางเยอรมันเป็นหลัก แม้ว่ากฎหมายไทยจะยึดถือระบบนิติกรรมเดียวเหมือนกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ตาม เนื่องจากว่าลักษณะลาภมิควรได้ของเยอรมันมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและสมบูรณ์กว่าในกฎหมายฝรั่งเศสที่ในที่สุดก็ต้องวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมโดยศาลในเวลาต่อมา

3.2 หลักการข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สิน ที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรม

3.2.1 กฎหมายฝรั่งเศส

หลักการที่ห้ามผู้ซึ่งได้ส่งมอบทรัพย์สินใดไปเพื่อชำระหนี้อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินนั้นในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยตรง กรณีเมื่อข้อผูกพันสัญญาไม่ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายเพราะมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁴ จะพบว่านักกฎหมายฝรั่งเศสมีทัศนะที่แตกต่างกันเป็น 2 แนว คือ

แนวความเห็นแรกมีทัศนะว่าสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายนั้น คู่สัญญาไม่อาจจะเรียกคืนสิ่งที่ชำระหนี้ไปแล้วได้หากทั้งสองฝ่ายมีส่วนผิด

แนวความเห็นที่สองมีความเห็นว่าการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปแล้วอาจมีได้แม้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมีส่วนในการกระทำที่น่าตำหนิ อันเป็นการปรับใช้กฎหมายโดยตีความผลของหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายเนื่องจากขัดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1131

โดยแนวความเห็นแรกดังกล่าวสะท้อนให้เห็นได้จากทัศนะของ Pothier นักกฎหมายผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและก่อนหน้าเขาได้แก่ Domat โดยได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมัน Pothier ได้แบ่งรูปแบบเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกฝ่ายผู้รับชำระหนี้เป็นฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาฝ่ายที่ชำระหนี้ไปย่อมสามารถเรียกทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปนั้นคืนได้ และกรณีที่สองถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมด้วยกันแล้วก็ไม่มีความผิดเรียกคืนการชำระหนี้ระหว่างกันได้ (In pari causa turpitudinis cessat repetitio หรือ In pari causa)⁵⁵

⁵⁴ Article 1131 “ An obligation without a cause, or upon a false cause, or upon an unlawful cause, can have no effect”

⁵⁵ Nelson Enonchong , “Effect of Illegality : A Comparative Study in French and English Law”, The International and Comparative Law Quarterly Law Journal, Vol.44,(Jan 1995),p.200. Pothier เรียกหลักการดังกล่าวในภาษาลาตินอีกแบบว่า Ubi dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus

ศาลฝรั่งเศสได้รับเอาหลักการที่สืบทอดมาจากอิทธิพลของกฎหมายโรมันดังกล่าวมาปรับใช้ในการวินิจฉัยตัดสิน ได้แก่ หลักที่ว่าไม่มีผู้ใดควรได้รับหรือกล่าวอ้างประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบของตนเอง (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* , nobody maybe heard relying on his own wrongdoing)⁵⁶ และกรณีถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมทั้งสองฝ่ายก็ไม่มีสิทธิเรียกคืนการชำระหนี้ระหว่างกันแล้วคืนได้ ตามหลัก *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* ข้างต้น ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในฝรั่งเศสอยู่ช่วงเวลาหนึ่งและเสื่อมลงในราวต้นศตวรรษที่ 19

ในตอนต้นของศตวรรษที่ 19 ทศนะของนักกฎหมายและศาลมีแนวโน้มที่เปลี่ยนแปลงพัฒนาไปโดยเริ่มเห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่ยุติธรรมและเสมอภาค⁵⁷ จึงได้เกิดแนวความคิดเห็นที่สองอันเป็นแนวความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสรุ่นใหม่ที่เกิดขึ้นในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 กล่าวคือ เขาเห็นว่าการที่ไม่ยอมให้เรียกร้องสิ่งที่ได้ชำระไปแล้วนั้น ตรงกันข้ามกลับเป็นการสนับสนุนนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้คำพิพากษาศาลฝรั่งเศสในระยะหลังจึงพิพากษายอมให้เรียกร้องคืนสิ่งที่ชำระไปเพราะนิติกรรมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย เช่น สัญญาซื้อขายที่ดินที่หลีกเลี่ยงไม่ชำระภาษีจำนวนมาก แต่ทำอำพรางว่าซื้อขายเป็นจำนวนน้อย ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาซื้อขายตามราคาที่แท้จริงที่อำพรางไว้เป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อย ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องเงินที่เกินนั้นจากผู้ขายได้⁵⁸ กรณีที่มีการถกเถียงกันตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายสำนักงานกฎหมายโนตารี เนื่องจากในฝรั่งเศสได้จำกัดจำนวนของเจ้าพนักงานโนตารี พนักงานโนตารีอาจขายสิทธิในการปฏิบัติงานแก่นักกฎหมายคนอื่นได้แต่สัญญาซื้อขายดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐ ซึ่งจะควบคุมเกี่ยวกับราคาที่ชำระเพื่อการโอนสิทธิจะต้องไม่มากจนเกินไปโดยราคาที่เพิ่มขึ้นจะมีผลต่อการเสียค่าธรรมเนียมที่เพิ่มขึ้นให้กับรัฐด้วย คู่สัญญาจึงหลีกเลี่ยงทำสัญญาอำพรางราคาที่ชำระกันจริง หลังจากความ

⁵⁶ Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra note 4*,p.579.

⁵⁷ E. SABBATH ,“Denial of Restitution in Unlawful Transactions. A Study in Comparative Law”,*The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8, No. 3 (Jul 1959), p.489.

⁵⁸ จีต เศรษฐบุตตร ,*หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้*, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 ,พิมพ์ครั้งที่ 4,(คณะกรรมาธิการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2526) ,น. 27.

ลังเลใจศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินว่าสัญญาตามราคาที่แท้จริงเป็นโมฆะ จึงเกิดปัญหาว่าผู้รับโอนจะมีสิทธิปฏิเสธราคาที่ทำอำพรางปรากฏตามกฎหมาย และเรียกคืนจำนวนราคาชำระเกินไปได้หรือไม่ ซึ่งในตอนแรกศาลได้ปฏิเสธสิทธิเรียกร้องดังกล่าว แต่ภายหลังศาลสูงฝรั่งเศสก็ได้เปลี่ยนแนวทางวินิจฉัยอนุญาตให้เรียกคืนได้ เหตุผลที่ศาลอ้างอิงมีหลากหลายแต่ที่เด่นชัดกล่าวว่าสัญญาเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย คู่กรณีจึงต้องทำให้แต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะก่อนเข้าทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตามการปฏิเสธหลักการทั่วไปที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมก็ยังไม่มีการอธิบายอย่างแท้จริง⁵⁹ เป็นต้น ดังนั้นจึงมีความเห็นทางวิชาการส่วนหนึ่งมองว่าศาลฝรั่งเศสได้ปฏิเสธการปรับใช้หลักกฎหมายโรมันที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปในกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมดังกล่าวอย่างสิ้นเชิง⁶⁰

โดยตัวอย่างคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสที่ชี้ว่านิติกรรมบางชนิดในสมัยหนึ่งถือว่ามีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วต่อมาอีกสมัยหนึ่งกลับถือว่ามีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น สัญญาให้ค่าบำเหน็จแก่แม่สื่อ ในสมัยกลางศตวรรษที่ 19 ถือว่ามีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในศตวรรษที่ 20 กลับถือว่าการจัดตั้งสำนักงานเพื่อให้หญิงชายเข้าพบและแต่งงานกันเป็นการชอบด้วยกฎหมาย สัญญาให้ค่าบำเหน็จเพราะจัดให้มีการสมรสได้จึงไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสัญญาจ้างคนมาคอยตบมือในโรงละคร สมัยต้นศตวรรษที่ 19 ถือว่ามีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ในกลางศตวรรษที่ 19 กลับถือว่ามีวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่สัญญาระหว่างแพทย์กับเภสัชกรที่ให้ค่าบำเหน็จซึ่งกันและกันในการแนะนำคนไข้ให้ไปรักษาและไปซื้อยาซึ่งกันและกัน ศาลฝรั่งเศสถือว่ามีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶¹ หรือกรณีของสัญญากู้เงินที่คิดดอกเบี้ยสูงกว่าปกติ ในตอนแรกตามประมวลกฎหมายแพ่งไม่ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะเพราะเห็นว่าเป็นเสรีภาพของคู่สัญญาอย่างเต็มที่ในการจะตกลงอัตราดอกเบี้ยที่เหมาะสม แต่ในปี 1807 ได้มีกฎหมายออกมาควบคุมอัตราดอกเบี้ยการกู้ยืมเงิน โดยกำหนดห้ามคิดอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 5 สำหรับเอกชนทั่วไป และห้ามเกินร้อยละ 6 สำหรับการพาณิชย์ โดยกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ให้ยืมที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว และกฎหมายที่ออกมาในปี

⁵⁹ E. SABBATH , *supra note* 57 , pp. 497-498.

⁶⁰ Nelson Enonchong, *supra note* 55, pp.202-204.

⁶¹ จี๊ด เศรษฐบุตร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58 , น.17-18.

1935 ก็มีลักษณะที่ต่อต้านการคิดดอกเบี้ยสูงกว่าปกติเช่นกัน ภายใต้บทกฎหมายนี้ สัญญาเงินกู้ที่คิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดมิได้ตกเป็นโมฆะ แต่ผู้ให้ยืมเงินต้องคืนจำนวนดอกเบี้ยที่คิดเกินอัตราแก่ผู้ยืม การที่กฎหมายเข้ามากำหนดควบคุมวิธีคิดอัตราดอกเบี้ยก็เพราะความไม่ชอบของอำนาจต่อรอง การกำหนดโทษก็เพื่อป้องกันการกระทำที่ผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะ แต่ขณะเดียวกันโจทก์ก็ได้รับอนุญาตให้เรียกคืนต้นเงินที่ให้กู้ไปได้⁶² ทำให้เห็นว่าแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับเรื่องนี้มีความหลากหลายขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและองค์ประกอบแนวคิดของสังคมในแต่ละช่วงเวลา

ปัจจุบันศาลฝรั่งเศสได้ปรับใช้หลักกฎหมายที่ว่าไม่มีผู้ใดควรได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบของตนเอง และหลักกฎหมายในกรณีนี้ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนในการกระทำผิดเท่าๆกันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะไม่สามารถเรียกร้องเงินหรือทรัพย์สินที่ส่งมอบแก่กันไปแล้วคืนได้กับกรณีของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อศีลธรรม (Immoral) แต่ในทางตรงกันข้ามถ้าสัญญานั้นเพียงแต่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Merely illicit) การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนในการกระทำผิดเท่าๆกันอาจไม่ตัดสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินของคู่สัญญา⁶³ ซึ่งการพิจารณาเรื่องนี้จัดเป็นประเด็นที่ยากและซับซ้อนอย่างยิ่งเรื่องหนึ่งในการที่ศาลจะค้นหาหลักพิจารณาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยตัดสินว่าควรจะอนุญาตหรือปฏิเสธสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินของโจทก์ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายและศาลมีทัศนคติที่เห็นพ้องกันทั่วไปประการหนึ่ง คือทัศนคติที่ว่ากรณีที่ศาลไม่ควรจะอนุญาตให้มีการเรียกคืนทรัพย์สินได้แก่กรณีที่การกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ผิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีทางศีลธรรมโดยแท้ เช่นการจ้างให้ทำร้ายคนอื่น แต่ควรจะอนุญาตให้เรียกคืนได้ในกรณีที่การกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้ามไว้ เช่น การซื้อขายสินค้าที่กฎหมายห้ามจำหน่ายตามนโยบายด้านเศรษฐกิจของรัฐ ดังนั้นผู้ที่ซื้อผลิตภัณฑ์อาหารโดยทราบว่ามีใบรับรองอนุญาตให้ผลิตจึงเรียกคืนราคาที่ชำระไปได้⁶⁴ ซึ่งมีแนวโน้มทัศนคติของนักกฎหมายฝรั่งเศสมองว่าปัจจุบันหลักการโดยทั่วไปได้อนุญาตให้มีการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมได้

⁶² E. SABBATH , *supra note 57* , pp. 501-502.

⁶³ John Bell ,Sophie Boyron ,Simon Whittaker with Contributing Author , *supra note 3* , p. 426, Konrad Zweigert & Hein Kotz . *supra note 4* , p.579.

⁶⁴ Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra note 4* , p.579.

3.2.2 กฎหมายเยอรมัน

กฎหมายลามิควรได้ของเยอรมันได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของผู้ที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายและศีลธรรม ไว้ในมาตรา 817 ของประมวลกฎหมายแพ่ง โดยมีความว่า

“If the purpose of an act of performance was specified in such manner that its acceptance by the recipient constitutes an infringement of a statutory prohibition or is *contra bonos mores* , the recipient is bound to make restitution.

The claim for return is barred if the person performing is in *pari delicto*, unless the performance consisted in the incurring of an obligation ; what has been given for the performance of such an obligation may not be demanded back.”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะพบว่ากฎหมายเยอรมันได้วางหลักเป็นการทั่วไปว่าผู้ที่กระทำการชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินใดจากผู้ที่ได้รับไว้ได้ ตามมาตรา 817 (1) แต่สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวจะสูญสิ้นไปเมื่อผู้ที่กระทำการเพื่อชำระหนี้ นั้นอยู่ในฐานะที่มีความผิดเสมอกันกับผู้ที่ได้รับทรัพย์สินใดไว้ในครอบครอง (In *pari delicto*) ตามมาตรา 817 (2) กล่าวคือผู้หรือควรรู้ถึงวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายนั้นด้วยกัน บทบัญญัตินี้จึงสะท้อนภาพของแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมาย *Condictio ob turpem (vel iniustam) causam* และหลัก *In pari turpitudine (In pari turpitudine causa est melior possidentis)* ของโรมันอย่างชัดเจน โดยปรับใช้กับกรณีลามิควรได้ที่ได้มาโดยการกระทำเพื่อชำระหนี้

ตัวอย่างเช่น A ให้เงิน B เพื่อรู้ส่วนผสมทางเคมีอย่างหนึ่ง แต่ B ทำไปโดยเปิดเผยความลับที่ตนรู้มาในหน้าที่เป็นเรื่องที่ต้องต่อศีลธรรม ดังนี้ถ้า A มิได้รู้ถึงความผิดของ B A เรียกเงินที่ให้ B ไปคืนได้ แต่ถ้า A ทราบเรื่องดังกล่าวด้วยกับ B แล้ว ก็ไม่มีสิทธิเรียกเงินคืน⁶⁵

เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติมาตรา 817 (2) คือ ทักษะที่เห็นว่าโจทก์สมควรถูกลงโทษจากการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายของตน และไม่มีวิธีใดที่ป้องกันสังคมจากการกระทำที่ไม่สมควรดีไปกว่าการทำให้ชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวมีมาตรการป้องกันทางกฎหมายรองรับ แต่อย่างไรก็ตามผลที่ตามมาเป็นที่น่าประหลาดใจว่าการลงโทษบุคคลโดยที่ไม่มีการพิจารณาเปรียบเทียบซึ่งน้ำหนักความเหมาะสมถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่ได้กระทำและโทษที่จะได้รับนั้นนำมาซึ่งการได้รับประโยชน์จากข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวของผู้มีส่วนร่วมกระทำการอันฝ่าฝืน

⁶⁵ E.J. Schuster ,The Principle of German Civil Law, (Oxford : Stevensons & Sons ,1907),p.353.

ต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอีกฝ่ายหนึ่งที่สามารถเก็บเงินหรือทรัพย์สินใดๆที่ได้รับไว้ได้ แม้ถึงว่าเมื่อพิจารณาตามพฤติการณ์แห่งคดีแล้วเขาคงจะเป็นฝ่ายที่น่าจะถูกตำหนิจากสังคมมากกว่าฝ่ายโจทก์ผู้โอนทรัพย์สินไปให้ก็ตาม⁶⁶ ความพยายามของนักกฎหมายในการค้นคว้าวิเคราะห์หาความคิดพื้นฐานหลักเกณฑ์ทั่วไปเพียงประการเดียวเพื่ออธิบายถึงหลักการดังกล่าวมีข้อได้เปรียบอย่างมาก เช่น กรณีของการกู้ยืมเงินโดยคิดอัตราดอกเบี้ยสูงเกินปกติ การปรับใช้บทกฎหมายมาตรา 817 (2) ทำให้ผู้ยืมเงินอาจจะยึดครองต้นเงินได้โดยไม่ต้องเสียดอกเบี้ยทั้งหมด ในขณะที่ข้อเท็จจริงบางเรื่องโจทก์ซึ่งมีพฤติการณ์ไม่ชอบอาจเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปได้โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์มากกว่าจะใช้หลักลาภมิควรได้ หรือไม่อีกนัยหนึ่งคือ เหตุใดผู้ให้กู้เงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตราไม่สามารถเรียกคืนต้นเงินได้ ในขณะที่ผู้ให้เช่าทรัพย์สินที่คิดค่าเช่าสูงเกินปกติสามารถเรียกคืนทรัพย์สินของตนได้ทันที ดังนี้ประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าของผู้เช่าควรจะได้รับควบคุมครองทำนองเดียวกับผู้ให้ยืมเงินที่คิดดอกเบี้ยสูงผิดปกติไม่ควรต้องสูญเสียต้นเงินทั้งหมด⁶⁷ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันศาลเยอรมันได้อนุญาตให้ผู้ให้กู้ยืมเงินที่คิดดอกเบี้ยสูงผิดปกติมีสิทธิเรียกคืนต้นเงินทั้งหมดได้โดยไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ย โดยการตีความประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 138 (2)⁶⁸ โดยกว้างมาขยายความข้อจำกัดของมาตรา 817 (2) กล่าวคือ ข้อสัญญาเกี่ยวกับต้นเงินที่ให้ผู้ยืมมิได้เป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรม แต่เฉพาะเงื่อนไขเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยที่สูงผิดปกติเท่านั้นที่ขัดต่อศีลธรรมซึ่งตกเป็นโมฆะ⁶⁹

ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจซึ่งนักกฎหมายเปรียบเทียบกล่าวถึงเสมอได้แก่ คดีที่โจทก์เป็น

⁶⁶ Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra* note 4, p.576.

⁶⁷ Reinhard Zimmermann, *supra* note 10, pp.863-864.

⁶⁸ 138 BGB "A juristic act which is contra bonos mores is void.

A juristic act is also void whereby a person profiting by the difficulties ,indiscretion or inexperience of another ,causes to be promised or granted to himself or to a third party for a consideration ,pecuniary advantages which exceed the value of the consideration to such an extent that ,having regard to the circumstances ,the disproportion is obvious."

⁶⁹ B.S.Markesinis,W . Lorenz and Gerhard Dennemann, *supra* note16, pp.188-189,740.

ภริยาของผู้รับก่อสร้างซึ่งได้รับโอนสิทธิเรียกร้องเงินค่าจ้างได้ฟ้องเรียกค่าจ้างตามสัญญาจ้างงานของสามีโจทก์ที่จำเลยลูกค้ายังค้างชำระอยู่จำนวน 20,505 DM พร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่ค้างชำระต่อศาล เนื่องจากในปี ค.ศ. 1985-1986 สามีโจทก์ได้รับทำงานให้จำเลยโดยไม่มีใบอนุญาตรับรองความเชี่ยวชาญทางวิชาชีพและไม่มีการจดทะเบียนกิจการซึ่งจำเลยก็ทราบเรื่องนี้ดี ต่อมาจำเลยจ่ายค่าจ้างให้สามีโจทก์เพียง 4,500 DM ซึ่งสามีโจทก์ไม่ได้เสียภาษีเงินได้และประกันสังคมในจำนวนเงินดังกล่าวและได้โอนสิทธิเรียกร้องเงินที่จำเลยค้างจ่ายให้แก่โจทก์ คดีนี้ศาลชั้นต้นตัดสินให้จำเลยจ่ายเงินจำนวน 11,880 DM พร้อมดอกเบี้ยแก่โจทก์ ศาลอุทธรณ์ ยกฟ้องทั้งหมดในชั้นศาลสูง ตัดสินโดยให้เหตุผลที่น่าสนใจยิ่งว่าสัญญาจ้างดังกล่าวทำโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ทราบถึงเหตุของความผิดกฎหมายนั้นดีจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งศาลเยอรมันเห็นว่ากรณีข้อเท็จจริงของโจทก์ต้องด้วยหลักกฎหมายลามิกอร์ได้ตามมาตรา 812 (1) จึงอยู่ในบังคับมาตรา 817 (2) ซึ่งคู่กรณีอาจยกเอาความผิดกฎหมายเป็นข้อต่อสู้เพื่อจำกัดสิทธิเรียกร้องของโจทก์ได้เมื่อทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรา 817 (2) จะขัดขวางสิทธิเรียกคืนลามิกอร์ได้ของผู้เรียกร้อง แต่ในกรณีนี้กฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีขอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เนื่องจากแรงงานที่ผิดกฎหมายได้เพิ่มจำนวนผู้ว่างงานในหลายวิชาชีพและทำให้รัฐสูญเสียรายได้ทางภาษีและทำลายระบบประกันสังคม มิได้มุ่งปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ในสถานการณ์นี้ศาลอ้างเหตุผลว่าความสุจริตระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดกฎหมายด้วยกัน ลูกค้าอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าฝ่ายโจทก์ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าและไว้วางใจในสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ความสุจริตใจของโจทก์อยู่เหนือกว่าข้อต่อสู้ของจำเลย จำเลยที่มีส่วนร่วมรับรู้การกระทำผิดด้วยไม่ควรถือว่าได้ลาไปโดยไม่ต้องสูญเสียอะไรเลย ศาลจึงตัดสินให้ลูกค้าต้องชดใช้ค่าการงานบางส่วน⁷⁰

นอกจากนั้นศาลเยอรมันยังมีหลักทฤษฎีที่คล้ายคลึงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้แก่ทัศนคติที่ว่าบทบัญญัติมาตรา 817 (2) จะปรับใช้กับการเรียกคืนตามหลักลามิกอร์ได้ มาตรา 812 เท่านั้น มิได้นำไปปรับใช้กับการเรียกคืนทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิตามมาตรา 985 หรือละเมิดตามมาตรา 823 ด้วย เนื่องจากศาลสูงของเยอรมันพิเคราะห์เห็นว่า เมื่อสิทธิเรียกร้องสามารถตั้งอยู่บนฐานละเมิดมาตรา 823 หรือหลักกรรมสิทธิมาตรา 985 แล้ว โจทก์จะมีสิทธิได้รับการ

⁷⁰ B.S.Markesinis , W .Lorenz and Gerhard Dennemann , *supra* note 16, pp.799-801.

คุ้มครองเยียวยาทางกฎหมายที่ดีกว่าการใช้สิทธิเรียกร้องตามหลักกลาภมิควรรได้⁷¹ หลักทฤษฎีข้างต้นทำให้เกิดข้อสงสัยได้เป็นอย่างมาก โดยนักกฎหมายบางส่วนมีความเห็นว่าจะต้องปรับใช้มาตรา 817 (2) กับสถานการณ์ที่สิทธิเรียกร้องตั้งอยู่บนฐานกรรมสิทธิ์ด้วย ศาลและนักกฎหมายเยอรมันเห็นพ้องกันว่ากรณีการโอนทรัพย์สินซึ่งดำเนินการตามสัญญาทางหนี้ที่น่าตำหนิโดยทั่วไปย่อมมีผลสมบูรณ์ เว้นเสียแต่ในกรณีที่เกิดการฝ่าฝืนข้อกฎหมายหรือศีลธรรมอย่างร้ายแรงเท่านั้นที่ทำให้สัญญาการโอนทรัพย์สินตกเป็นโมฆะไปด้วย ผู้โอนจึงยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่โอนส่งมอบไปตามสัญญาซึ่งขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอยู่ โดยหากปรับใช้ตามหลักการนี้แล้วในกรณีของการเรียกคืนทรัพย์สินนั้น โจทก์สามารถตั้งฐานแห่งสิทธิเรียกร้องโดยหลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 985 ได้พอๆกับการใช้สิทธิเรียกร้องตามหลักกลาภมิควรรได้มาตรา 812⁷²

3.2.3 กฎหมายอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษ สัญญาอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegal contract) ย่อมเป็นโมฆะ บุคคลไม่สามารถที่จะฟ้องคดีโดยอาศัยมูลเหตุที่มีชอบหรือชั่วร้าย (Ex turpi causa non oritur actio)⁷³ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือสัญญาที่กฎหมายห้ามกระทำ เช่น สัญญากำหนดราคาขั้นต่ำของการนำสินค้าไปขายต่อ หรือขัดกับนโยบายสาธารณะ (Public policy) หรือศีลธรรม (Immorality) การให้สินบน การค้ามนุษย์ การพนันชั้นต่อ ซึ่งโดยทั่วไปความไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นข้อจำกัดของสิทธิการเรียกคืนทรัพย์สิน เนื่องจากศาลไม่สมควรจะยื่นมือเข้าไปช่วยเหลือคู่สัญญาซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องจากมูลเหตุอันเกิดจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมของตนเอง

ตามปกติในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนรู้เห็นในกระทำการฝ่าฝืนข้อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี เมื่อมีการฟ้องร้องเพื่อเรียกคืนสิ่งของที่ชำระหนี้ไปแล้ว จำเลยจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าโจทก์ กล่าวคือ จำเลยผู้ได้ลาภสามารถยกเอาความผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องคืนผลประโยชน์ที่ตนได้รับไว้แก่โจทก์แม้ว่าตนเองจะไม่มีสิทธิที่จะเก็บผลประโยชน์นั้น

⁷¹ Konrad Zweigert & Hein Kotz , *supra* note 4 , p.578.

⁷² *Ibid*, p.579.

⁷³ ประชุม โฉมฉาย ,กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น:จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน , พิมพ์ครั้งที่ 2,(โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.129.

ไว้ก็ตาม อันเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน (In pari delicto potior est conditio defendentis) ⁷⁴

ตัวอย่างเช่น คดี Parkinson v College of Ambulance Ltd. and Harrison, ⁷⁵ โจทก์จ่ายเงินจำนวน £ 3,000 ให้องค์การการกุศลของจำเลย เพราะเลขานุการของจำเลยเสนอต่อโจทก์ว่าถ้าโจทก์บริจาคเป็นจำนวนมากก็จะได้รับแต่งตั้งเป็นอัศวิน แต่ปรากฏว่าโจทก์ไม่ได้รับการแต่งตั้งแต่อย่างใด โจทก์จึงได้ฟ้องเพื่อเรียกเงินที่จ่ายไปคืน ศาลตัดสินว่าสัญญาให้เงินขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในคดีนี้โจทก์รู้ว่าสัญญาลักษณะดังกล่าวขัดต่อกฎหมายไม่ควรที่จะทำการที่โจทก์ถูกลอกหลวงจากสัญญาที่ตนก็รู้ว่าไม่ควรจะทำ โจทก์จึงควรตำหนิตนเองในความสูญเสียจากการกระทำของตนจึงไม่มีสิทธิเรียกเงินคืน

แต่ในกรณีที่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวเป็นฝ่ายที่กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีส่วนร่วมรู้เห็นในการนั้นด้วย (Non in pari delicto) คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิเรียกร้องขอทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปคืนได้ในขณะคู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมยอมไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน ลักษณะของการปรับใช้หลักยกเว้นดังกล่าวจะพบได้ในกรณีของการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเงินจ้าง (Total failure of consideration) ซึ่งจะพบได้บ่อยที่สุด ส่วนที่พบการปรับใช้บ้าง ได้แก่ กรณี ความสำคัญผิด (Mistake) หรือการข่มขู่ (Duress) และการใช้อิทธิพลอันไม่ชอบ (Exploitation of weakness, Undue influence) ⁷⁶

⁷⁴ Andrew Burrows , *supra* note 21, p.571.

⁷⁵ Andrew Burrows ,Ewan Mckendrick,&James Edelman ,Case & Materials on The Law of Restitution,Second Edition, (Oxford University Press,2 nd 2007), p.886.

⁷⁶ Andrew Burrows ,*supra* note 21, p.571, Steve Hedley,Margaret Halliwell With Specialist Editors ,The Law of Restitution, (Butterworths LexisNexis ,2002),p.314. แบ่งข้อยกเว้นของหลักการห้ามเรียกคืนการชำระหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็น 3 ประการ ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย(Non in pari delicto),กรณีการถอนตัวจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Withdrawal from the illegal transaction ,Locus poenitentiae) ,และกรณีการเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ (Independent Proprietary rights)

กรณีการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงสินค้า เช่น คดี Berg v Sadler and Moore⁷⁷ โจทก์เป็นพ่อค้ายาสูบที่โดนยึดใบอนุญาตของสมาคมยาสูบทำให้ไม่มีสิทธิที่จะซื้อใบอนุญาตจากสมาชิกอื่นๆได้ โจทก์ให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทนไปซื้อยาสูบจากจำเลยที่เป็นสมาชิกของสมาคมและจ่ายค่ายาสูบแก่จำเลยแล้ว แต่จำเลยสงสัยในพฤติกรรมดังกล่าวเมื่อพบว่าเป็นการซื้อแทนโจทก์ที่ถูกตัดสิทธิ จึงปฏิเสธที่จะส่งสินค้าให้และไม่คืนเงินค่าสินค้า ศาลตัดสินว่าโจทก์ไม่อาจเรียกเงินที่ชำระค่าสินค้าคืนได้เพราะได้ชำระหนี้เพื่อการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

กรณี ความสำคัญผิด เช่น คดี Oom v Bruce⁷⁸ โจทก์เป็นตัวแทนของสินค้ารัสเซียได้ทำการประกันภัยสินค้าที่ส่งมาจากรัสเซียทางเรือที่ล่องจากต้นทางคือเมืองเซนต์ปีเตอส์เบิร์กถึงกรุงลอนดอน โดยที่ไม่ทราบว่าได้เกิดสงครามระหว่างประเทศรัสเซียและอังกฤษขึ้นแล้ว ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายและไม่อาจบังคับกันได้ เป็นเรื่องที่โจทก์สำคัญผิดในข้อเท็จจริงจึงฟ้องเรียกเงินค่าเบี้ยประกันคืน จำเลยได้ยกเอาความผิดกฎหมายเป็นข้อจำกัดสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินของโจทก์ แต่ศาลได้ตัดสินให้โจทก์สามารถเรียกคืนเบี้ยประกันที่จ่ายไปแล้วได้ เนื่องจากโจทก์ไม่ทราบถึงการกระทำของตนในขณะที่ทำสัญญาว่าได้ทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายอยู่

กรณีการบีบบังคับข่มขู่หรือใช้อิทธิพลอันไม่สมควร เช่น คดี Smith v Bromley⁷⁹ จำเลยในฐานะเจ้าหนี้ปฏิเสธไม่ยอมเซ็นใบรับรองเกี่ยวกับการล้มละลายให้แก่ผู้ล้มละลาย จนกว่าจะได้รับเงิน 40 ดอลลาร์ โจทก์ซึ่งคือพี่สาวของผู้ล้มละลายจึงได้ชำระเงินจำนวนดังกล่าวไปหลังจากจำเลยเซ็นหนังสือรับรองแล้วโจทก์จึงฟ้องเรียกคืนเงินดังกล่าว ศาลอนุญาตให้เรียกคืนได้เนื่องจากได้ทำไปเพราะอยู่ในภาวะที่ถูกบีบบังคับ

คดี Smith v Cuff⁸⁰ โจทก์เป็นลูกหนี้ที่ได้ตกลงทำสัญญาประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ทั้งหลาย จำเลยเป็นเจ้าหนี้รายหนึ่งของโจทก์ จำเลยไม่ยอมรับข้อตกลงการประนอมหนี้ที่นอกจากโจทก์ตกลงจะจ่ายให้จำเลยเต็มจำนวน ในที่สุดโจทก์ได้ยินยอมจ่ายชำระหนี้ตามที่จำเลยเรียกร้อง หลังจากการประนอมหนี้เสร็จสิ้น โจทก์ได้ฟ้องเพื่อเรียกจำนวนที่ชำระเกินแก่จำเลยคืน ซึ่งศาลได้ตัดสินให้โจทก์เรียกคืนได้

⁷⁷ Andrew Burrows , *supra* note 21, p.572.

⁷⁸ *Ibid* , pp.574-575.

⁷⁹ *Ibid* ,p.577.

⁸⁰ (1817) 6 M & S 169, Andrew Burrows ,Ewan Mckendrick,&James Edelman, *supra* note 75 ,pp.885-886. Andrew Burrows , *supra* note 21 , p.577.

นอกจากข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้น ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนรู้เห็นในกระทำการฝ่าฝืนข้อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีแต่หากฝ่ายใดได้ถอนตัวออกจากกรกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นแล้ว ศาลอังกฤษในบางคดีได้อนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถอนตัวจากการกระทำที่มีชอบดังกล่าวมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปตามสัญญานั้นได้ เพื่อส่งเสริมให้บุคคลถอนตัวจากการกระทำสิ่งผิด⁸¹

อย่างไรก็ตามลักษณะที่ศาลอนุญาตให้เรียกคืนทรัพย์สินยังคงมีข้อน่าสงสัยอย่างมากถึงความถูกต้องเหมาะสม ความคาบเกี่ยวระหว่างสิทธิการเรียกคืนตามหลักกฎหมายได้และสิทธิเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ ในบางคดีเช่น ในคดี *Bowmakers Ltd.v Barnet Instrument Ltd.*⁸² โจทก์ผู้ขายตกลงทำสัญญาเช่าซื้ออุปกรณ์เครื่องจักร จำนวน 3 ฉบับที่สามารถแยกจากกันได้กับจำเลยผู้เช่าซื้อ โดยสัญญาแต่ละฉบับทำขึ้นโดยไม่ได้ขออนุญาตจากกระทรวงอุตสาหกรรมเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ต่อมาจำเลยผิดสัญญาเช่าซื้อทั้งยังขายเครื่องจักรบางส่วนตามสัญญาฉบับที่หนึ่งและฉบับที่สามให้แก่คนอื่น เมื่อโจทก์ฟ้องคดี จำเลยได้ยกเอาความผิดกฎหมายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการไม่ต้องรับผิดและไม่คืนเครื่องจักรแก่โจทก์ ศาลตัดสินให้โจทก์ชนะคดีโดยให้เหตุผลว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของโจทก์อยู่ ไม่มีสิทธิอื่นใดที่จะหน่วงเหนี่ยวหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจกรรมสิทธิ์ของโจทก์ได้ คดี *Singh v Ali Sardara*⁸³ โจทก์เป็นผู้ประกอบการให้บริการรถบรรทุกที่ไม่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมาย ต้องการที่จะซื้อรถบรรทุก จึงไปทำข้อตกลงสัญญากับจำเลยผู้ประกอบการที่มีใบอนุญาตประกอบกิจการอีกรายหนึ่งโดยให้จำเลยเป็นผู้ซื้อรถบรรทุกและจด

⁸¹ Steve Hedley, Margaret Halliwell With Specialist Editors, *supra note 76*, p.318, Andrew Burrows, Ewan Mckendrick & James Edelman, *supra note 75*, p.911., E. SABBATH. *supra note 52*, p.691. เรียกว่าหลัก *Locus poenitentiae* กล่าวคือ เมื่อผู้ที่ชำระเงินหรือโอนทรัพย์สินไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หลีกเลี่ยงถอนตัวจากสัญญาที่ไม่ชอบนั้นด้วยความสมัครใจ (Voluntary withdrawal, Repentance) ก่อนที่การกระทำตามวัตถุประสงค์ที่ชำระรายนั้นจะเกิดขึ้น จึงมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ เช่น คดี *Taylor v Bower* (1876) 1 QBD 291, *Tribe v Tribe* (1996) Ch 107 เป็นต้น แต่หลักการนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายโรมันและระบบกฎหมายซีวิลลอว์

⁸² (1945) 1 KB 65, Andrew Burrows, Ewan Mckendrick & James Edelman, *supra note 75*, pp.892-894, Andrew Burrows, *supra note 21*, p.580.

⁸³ Andrew Burrows, *ibid*, p.579

ทะเบียนในนามของจำเลยเอง แล้วขายรถดังกล่าวให้โจทก์อีกทีหนึ่งโดยไม่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงสิทธิ จำเลยได้ซื้อรถบรรทุก จดทะเบียนสิทธิในนามตนเองแล้วขายและส่งมอบรถให้โจทก์ ต่อมาสัญญาล้มเลิกกันจำเลยได้ยึดรถบรรทุกคืนจากโจทก์ โจทก์จึงฟ้องคดีเพื่อเรียกคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดหน่วง จำเลยได้ยกเอาความผิดกฎหมายของสัญญาฉบับที่จำเลยขายรถแก่โจทก์ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลตัดสินให้จำเลยต้องคืนรถบรรทุกแก่โจทก์เนื่องจากกรรมสิทธิในรถบรรทุกได้โอนผ่านไปยังโจทก์โดยการส่งมอบแล้ว

3.2.4 กฎหมายไทย

กฎหมายลามิควรได้ของไทยได้บัญญัติหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 411 ซึ่งมีต้นร่างมาจากกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 817 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 708 และกฎหมายแพ่งบราซิลมาตรา 971 โดยมาตรา 411 มีเนื้อความว่า

“บุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจเรียกร้องคืนทรัพย์สินได้ไม่”

ตามบทบัญญัติมาตรา 411 กล่าวถึงกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ส่งมอบไปด้วยเหตุ 2 ประการ คือ ประการแรกได้แก่การชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายและประการที่สองคือการชำระหนี้ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำเพื่อชำระหนี้เป็นการฝ่าฝืนต้องห้ามตามกฎหมาย หมายความว่า จะต้องเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย (Contrary to law) มาตรา 150 หรือศีลธรรมอันดี (Good Moral)⁸⁴ เนื่องจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นย่อมเป็นภัยที่กฎหมายมุ่งจะป้องกันมิให้ใครทำให้มีขึ้น⁸⁵ ตามหลักทั่วไปแห่งนิติกรรมหนึ่งดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ไม่สามารถบังคับให้ปฏิบัติตามนิติกรรมสัญญาขึ้นโดยกฎหมายได้ ขณะเดียวกันทรัพย์สินที่ทำหรือส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายไปแล้วก็ไม่สามารถเรียกร้องคืนจากกันได้ตามมาตรา 411 ถ้อยคำว่า “ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี” ตามมาตรา 411 นี้ จึงมีความหมายเช่นเดียวกับถ้อยคำว่า “การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือชัดต่อศีลธรรมอันดี” ตามมาตรา 150

⁸⁴ ประสิทธิ์ ใชวิไลกุล , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2545),น. 82.

⁸⁵ จิตติ ติงศภทิพย์ ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26,น.152.

โดยการกระทำเพื่อชำระหนี้เป็น “การฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย” หรือ “การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย” ตามมาตรา 150 มีหมายความว่าอย่างไรนั้น นักกฎหมายไทยหลายท่านแสดงความเห็นไว้ เช่น

อาจารย์เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า ที่กล่าวถึงการอันเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายดูไม่ดีอาจทำให้งงได้ ทำให้เข้าใจว่าต้องมีถ้อยคำในตัวบทกฎหมายไว้อย่างชัดแจ้ง แต่เมื่อพิจารณากันต่อไปจะเห็นได้ว่าไม่จำเป็นถึงเพียงนั้นเลย ในกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าใครฆ่าคนตายโดยเจตนามีความผิดโดยไม่มีถ้อยคำที่โทษห้ามมิให้ฆ่าคน แต่แม้ไม่มีถ้อยคำห้ามไว้เช่นนั้น ถ้าทำสัญญาจ้างไปฆ่าคนก็ยังเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าที่กล่าวถึงการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนั้น แท้จริงมิได้หมายความว่าความชัดแจ้งแห่งถ้อยคำข้อห้ามของกฎหมาย แต่หมายความว่า เป็นเรื่องที่มีกฎหมายเขียนไว้แล้วเป็นตัวบทกฎหมายซึ่งจะหาмаดูเห็นได้ชัดแจ้ง⁸⁶

อาจารย์จิต เศรษฐบุตร เห็นว่า ในมาตรา 113 (มาตรา 150 ปัจจุบัน) ได้กล่าวไว้หลายอย่าง คือวัตถุประสงค์ 1.เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายอย่างหนึ่ง 2.เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างหนึ่ง และ 3.เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกอย่างหนึ่ง แต่ความจริงนั้นที่ห้ามตามกฎหมายก็เพราะ 1. ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือ 2. ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ที่ว่าต้องห้ามตามกฎหมายนั้นจะเป็นเรื่องไม่ใช่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งไม่ใช่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่อาจเป็นไปได้⁸⁷

อาจารย์บันโน สุขทรศนีย์ ได้อธิบายว่า กฎหมายที่บัญญัติห้ามนี้จะต้องเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่บัญญัติลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนจะต้องรับโทษทางอาญา ส่วนกฎหมายแพ่งนั้นถ้าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้ใดฝ่าฝืนกระทำนิติกรรมนั้นเข้า นิติกรรมนั้นย่อมเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน⁸⁸

⁸⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 28, น.143.

⁸⁷ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 58, น.15.

⁸⁸ บันโน สุขทรศนีย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น. 56.

อาจารย์ศักดิ์ สมองชาติ ให้ความเห็นว่า การกระทำที่กฎหมายห้ามนั้นกฎหมายอาญาบัญญัติห้ามมิให้กระทำไว้โดยชัดแจ้งหรือเพียงบัญญัติไว้ว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดซึ่งจะต้องรับโทษอย่างใดอย่างหนึ่งก็ถือได้ว่าการกระทำนั้นกฎหมายห้าม นอกจากนี้ยังมีการกระทำที่กฎหมายห้ามอีกอย่างหนึ่ง คือ การกระทำที่แตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 151⁸⁹

อาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ อธิบายว่า บทกฎหมายในที่นี้หมายถึงบทกฎหมายในพระราชบัญญัติ และบทกฎหมายลำดับรอง เช่นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศคำสั่ง ข้อบังคับขององค์กรส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอิสระ และกฎหมายจารีตประเพณีด้วย⁹⁰ ที่ว่าต้องห้ามชัดแจ้งนี้มีได้หมายความว่าต้องมีบทกฎหมายวางข้อห้ามหรือระบุโดยตรงว่าจะกระทำมิได้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่หมายถึงกรณีที่กฎหมายมุ่งหมายไปในทางห้าม หรือในทางยับยั้งหรือป้องกันมิให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดโดยนิติกรรมนั้นด้วย⁹¹

ส่วนถ้อยคำว่า “ศีลธรรมอันดี” และ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จะมีความหมายเพียงใดนั้น นักกฎหมายหลายท่านได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับความหมายและลักษณะของศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ เช่น

ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นอาจหมายถึงการใดๆที่เกี่ยวข้องด้วยความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมถึงตลอดถึงความเจริญผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง วัตถุประสงค์ใดขัดต่อหลักการความปลอดภัยสันติสุขของสังคมประเทศชาติ วัตถุประสงค์นั้นจะรับบังคับบัญชาให้ไม่ได้

ในเรื่องศีลธรรมอันดีก็เช่นเดียวกัน ย่อมหมายความว่าถึงศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยโดยทั่วไป ไม่หมายเฉพาะหลักความคิดเห็นของพวกถือศีลกินเพล หรือพวกฝรั่งนอกหรือพวกนิยมลัทธิอย่างหนึ่งประการใด ดูไปในที่สุดจะเป็นเรื่องความรู้สึกนึกคิดของคนไทยธรรมดาอย่างตามีตามายายสืยายสา ไม่ใช่ความรู้สึกของปรัชญาเมธีหรือผู้ประกอบด้วยภูมิวิทยาอย่างสูง อาจต้องพิเคราะห์กันว่าหลักกลางในความรู้สึกนึกคิดของคนไทยธรรมดามีอยู่อย่างไร ไม่

⁸⁹ ศักดิ์ สมองชาติ ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ , แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 9,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,2549) ,น. 24.

⁹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ ,“ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม”,เอกสารประกอบการศึกษาโครงการบัณฑิตศึกษา ม.ธ. วิชาทฤษฎีกฎหมายเอกชน (น.610) ,2549 ,น. 5.

⁹¹ เพิ่งอ้าง,น. 6.

หมายความว่าเคร่งครัดตามหลักบาลีแห่งคำว่า ศีล แปลว่า ปกติ ธรรม แปลว่าสิ่งที่จริงและดี ถ้าศีลธรรมของคนไทยธรรมดาทั่วไปหย่อนความดี ความจริง ความปกติตามหลักปรัชญาไปสักหน่อย ก็ต้องถือว่านั่นเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนคนไทย ข้อจำกัดคงมีแต่ว่าจะต้องเป็นศีลธรรมที่ดี ศีลธรรมที่ชั่วไม่อยู่ในบังคับของเรื่องนี้⁹²

อาจารย์จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่า อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน นั้น อธิบายว่าเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้⁹³ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ ได้วางขึ้นเพื่อสาเหตุ 2 ประการ คือ

ก. สาเหตุทางการเมือง เพื่อปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบัน คือ 1. ปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐ 2. ปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว 3. ปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชนเอง

ข. สาเหตุทางเศรษฐกิจ วางขึ้นเพื่อ 1. รักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคม และ 2. รักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชน⁹⁴

อะไรเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น อธิบายว่าเป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและในสมัยต่างๆกัน และเห็นว่าหลักบังคับตามธรรมเนียมประเพณี ซึ่งกฎหมายห้ามมิให้บุคคลทำนิติกรรมมีวัตถุประสงค์ที่ฝ่าฝืนนั้น น่าจะต้องอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดาอยู่บ้าง เพราะจะทำให้แนวโน้มปัญหาเช่นนี้สม่าเสมอ ไม่กลับไปกลับมา⁹⁵

อาจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ให้ความเห็นว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคืออะไร ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ในกฎหมาย แต่อาจให้ความหมายได้ว่าประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน หากจะกล่าวอย่างกว้างๆ การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคมและหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ย่อมเกี่ยวข้องกับสงบเรียบร้อยของประชาชน เหตุที่กฎหมายห้ามกระทำการอันเป็นการขัดขวางก็เพื่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองอันเป็นรัฐศาสนบาย

⁹² เสนีย์ ปราโมช , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.156-157.

⁹³ จิต เศรษฐบุตร , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, น.16-17.

⁹⁴ เฟิงอ่าง , น.16.

⁹⁵ เฟิงอ่าง , น.18.

ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายความว่าถึงธรรมเนียมประเพณีของสังคม ธรรมเนียมประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย สิ่งซึ่งสังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่งอาจดับกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ และธรรมเนียมประเพณีของสังคมในชาติหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมในอีกชาติหนึ่งก็ได้ ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน⁹⁶

อาจารย์อุกฤษ มงคลนาวิน เห็นว่า การให้คำจำกัดความ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก คงไม่มีผู้ใดให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่าและเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้นคู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุป ความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและส่วนรวม

ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึง ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม อย่างไรก็ตาม หากจะพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะเห็นได้ว่าถ้อยคำทั้งสองโดยทั่วไปมีขอบเขตแห่งความหมายที่สอดคล้องกันและในทางทฤษฎีก็ไม่แตกต่างกันมากนักเพราะว่าการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทัศนคติทั่วไปของสังคม⁹⁷

อาจารย์ประสิทธิ์ โสมวิไลกุล อธิบายว่า การอันจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นการซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับความอับอายและตำหนิติเตียนจากบุคคลอื่นหรือสมาชิกส่วนมากในสังคม และบางครั้งก็เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order ,Public policy) เป็นสิ่งเกี่ยวกับรัฐศาสตร์นโยบาย กล่าวคือนโยบายเกี่ยวกับทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและการทหารอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความ

⁹⁶ ศักดิ์ สมองชาติ ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89 ,น. 44.

⁹⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน , “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ,บทบัญญัติ ,เล่ม 32 ตอนที่ 1 ,(มีนาคม 2518) ,น.13-14.

มั่นคงของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนทั่วประเทศ การกระทำใดหรือข้อตกลงใด อันกระทบกระเทือน ชัดหรือแย้งกับนโยบายดังกล่าวแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการอันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน บางกรณีก็เป็นการยากยิ่งที่จะวินิจฉัยว่าการใดมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่⁹⁸

จากแนวคิดคำอธิบายทางกฎหมายดังกล่าวมา พบว่าการพิจารณาแยกแยะเรื่องว่าการใดเป็นการ “ต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมาย” “ศีลธรรมอันดี” และ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นสิ่งที่ยากอย่างยิ่ง นักกฎหมายพยายามหาแนวทางเป็นกรอบในการพิจารณาโดยอาศัยการพิจารณาที่จัดประเภท ลักษณะ แนวคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงต่างๆ เป็นเกณฑ์กว้างๆ ในการพิจารณา⁹⁹ ซึ่งผู้เขียนก็มีความคิดเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายทั้งหลายว่า ข้อความคิดในเรื่อง การต้องห้ามข้อห้ามตามกฎหมาย ศีลธรรมอันดี และความสงบเรียบร้อย เป็นเรื่องที่ยากจะชี้ชัดลงไปว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เป็นการฝ่าฝืนในเรื่องใดบ้าง จากการพิจารณาแนวคำอธิบายทางทฤษฎี ความเห็นและการประมวลหลักเกณฑ์จากแนวคำพิพากษาของนักกฎหมายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะพอกล่าวสรุปแยกแยะได้คือ

การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หมายถึง กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติห้ามการกระทำนั้นๆ ไว้ แต่ไม่ต้องถึงกับเขียนห้ามอย่างชัดแจ้งตามตัวอักษร หากหมายถึง เมื่อมีการตีความบทกฎหมายนั้นก็จะรู้ได้ว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายมุ่งห้าม โดยการซึ่งกฎหมายมุ่งห้ามที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรตามบทกฎหมายต่างๆ เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วอาจแยกได้เป็นบทกฎหมายที่กล่าวได้ว่ามาจากเรื่องศีลธรรมประการหนึ่ง กฎหมายที่มาจากเรื่องความสงบเรียบร้อยประการหนึ่ง และบทกฎหมายซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นทั้งเรื่องของศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยอีกประการหนึ่ง ตัวอย่างเช่น กฎหมายอาญาซึ่งมีบทลงโทษผู้ที่ฆ่าบุคคลอื่น สัญญาจ้างฆ่าคนจึงเป็นสัญญาซึ่งต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย โดยชัดทั้งต่อศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนี้เมื่อเรื่องใดมีบทกฎหมายกำหนดห้ามแล้ว จึงเป็นเรื่องที่ย่อมต้องขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่โดยที่การบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมไม่อาจจะครอบคลุมไปถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ไม่ชอบได้ทั้งหมด เนื่องจากทัศนคติแนวคิด คุณค่าของสังคมมีความเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จึงต้องอาศัยข้อความคิดหลัก

⁹⁸ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84, น. 87.

⁹⁹ เช่น อุกฤษ มงคลนาวิน ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 97,น.16-29. ,ศักดิ์ สนองชาติ,อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 89, น.46-70 เป็นต้น.

กฎหมายทั่วไป อันได้แก่ หลักศีลธรรมและหลักความสงบเรียบร้อย เข้ามาปรุงแต่งบทกฎหมาย เพื่อเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายเพื่ออำรงรักษาสังคมและให้เกิดความเป็นธรรมอยู่เสมอ

ศีลธรรมอันดี หมายถึง ทศณะชนบธรรมนิยม จารีตประเพณีของสังคมแต่ละสังคมที่ยอมรับเห็นสอดคล้องต้องกันว่าสิ่งใดถูก สิ่งใดผิด อะไรควร อะไรไม่ควร อาจเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเทศะ โดยศีลธรรมในทางกฎหมายมีความแตกต่างกับศีลธรรมทางศาสนา กล่าวคือ ศีลธรรมในทางกฎหมายมีความหมายอย่างแคบโดยมุ่งหมายถึงศีลธรรมบางเรื่องเท่านั้นที่ผิดกฎหมาย ไม่ใช่ศีลหรือหลักธรรมทางศาสนาเสียทั้งหมด

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง ไม่ถูกรบกวนกระทบกระเทือนทำให้เปลี่ยนแปลงไปจนสังคมไม่อาจยอมรับได้หรือรู้สึกว่าจะไม่มั่นคง โดยเป็นความรู้สึกสำนึกร่วมกันว่าประโยชน์ของส่วนรวมย่อมยิ่งใหญ่มากกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล แนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจแต่ละยุคสมัย เช่น การเผาทรัพย์ของตนเอง ไม่ผิดศีลธรรม ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ถ้ามีลักษณะน่าจะเป็นอันตรายต่อผู้อื่นก็ผิดกฎหมายอาญาที่มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อย หรือ การใช้สิทธิชุมนุมโดยสงบ ปราศจากอาวุธ ในสถานที่สาธารณะ ในเวลาหนึ่งโดยพอสมควรเพื่อแสดงออกซึ่งความประสงค์โดยสุจริตของหมู่ชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แม้จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลอื่นอยู่บ้าง ก็เป็นการใช้สิทธิโดยชอบไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่การชุมนุมในสถานที่สาธารณะเป็นเวลานานเกินสมควร กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นอย่างสำคัญจนไม่อาจยอมรับได้ ก็เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เป็นต้น

จากการพิจารณาแยกแยะจะเห็นว่าเรื่องศีลธรรมอันดีและเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนแม้เป็นหลักการที่สอดคล้องกันแต่ก็มีความแตกต่างกันอยู่แม้ขอบเขตการจำแนกแยกแยะจะกระทำได้อย่างยิ่ง โดยทั้ง 2 เรื่องต่างมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความหมายกว้าง ถือเป็นหลักการสำคัญอันไม่อาจยอมให้เสื่อมเสียหรือยกเว้นได้ มิฉะนั้นสังคมและระบบกฎหมายก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้หรือไม่มั่นคง โดยเฉพาะหลักศีลธรรมซึ่งเป็นมาตรฐานทางจริยธรรมมีลักษณะเชิงนามธรรมสูง จึงมีความหมายกว้างขวาง และยืดหยุ่น

โดยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (อังกฤษ Public Policy, ฝรั่งเศส Ordre Public ,เยอรมัน Öffentliche Ordnung) กับคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (ลาติน Bonus Mores ,อังกฤษ Good Morals ,ฝรั่งเศส Bonnes Moeurs ,เยอรมัน Gute Sitten) ปรากฏว่าในกฎหมายแพ่งของนานาประเทศได้ใช้แตกต่างกัน บางประเทศใช้คำว่า ศีลธรรมอันดีของ

ประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว เช่น กฎหมายโรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 138 วรรคแรก) ประมวลกฎหมายหนี้สวิส (มาตรา 20 วรรคแรก) เป็นต้น บางประเทศก็ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายทำนอง “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” แต่เพียงอย่างเดียว เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 ของไทยซึ่งยกเลิกแล้วใช้คำว่า “การใดๆที่ขัดต่อรัฐประศาสนบายหรือความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สิน การนั้นเป็นโมฆะ ในขณะที่เดียวกันบางประเทศก็ใช้คำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” รวมกัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 6) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 90) ประมวลกฎหมายแพ่งจีน (มาตรา 72) และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (มาตรา 113 และ 114)¹⁰⁰ เป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าเลียนแบบจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและญี่ปุ่น¹⁰¹ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีที่มาจากกฎหมายโรมัน ภายหลังจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1131 และ 1133) และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ดำเนินรอยตาม¹⁰²

เกี่ยวกับเรื่องนี้การที่บทมาตรา 411 บัญญัติถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรม โดยมีได้บัญญัติถึงการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยไว้ด้วย ซึ่งต่างกับบทบัญญัติมาตรา 150 ที่กำหนดให้นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ตกเป็นโมฆะ จึงเกิดปัญหาว่ามีความแตกต่างอย่างไรหรือไม่¹⁰³ ซึ่งจะเห็นว่าแนวคำอธิบายของนักกฎหมายไทยและแนวปฏิบัติของศาลสอดคล้องในทางเดียวกันคือแม้บทกฎหมายมาตรา 411 จะไม่ได้บัญญัติถ้อยคำว่า “ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ด้วยโดยตรง แต่สามารถที่จะแปลความไปถึงการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ เนื่องจากโดยทั่วไปการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมก็จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เช่น การจ้างคนมาชุมนุมเพื่อเรียกร้องทางการเมืองโดยให้เงินหรือสิ่งของ โดยนักกฎหมายไทย¹⁰⁴ ตั้งข้อสังเกตว่าเนื่องจากกฎหมายมาตรานี้ของไทยมีที่มาจากประมวลกฎหมาย

¹⁰⁰ มาตรา 150 และ 151 ปัจจุบัน.

¹⁰¹ อุกฤษ มงคลนาวิน ,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 97 ,น.11-12.

¹⁰² เพิ่งอ้าง,น.13.

¹⁰³ อุกฤษ มงคลนาวิน ,คำบรรยายกฎหมายแพ่งว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง และ ลากมิควรรได้ , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (นครหลวง,สำนักกฎหมาย ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน ,2516) ,น.53.

¹⁰⁴ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 84, น.85 ,ไพจิตร ปุญญพันธ์ . อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 27,น.149 *ดูเชิงอรรถที่* 82.

แพ่งเยอรมัน มาตรา 817 ที่บัญญัติถึงการกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีเท่านั้น และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่รับเอาแนวทางมาจากกฎหมายเยอรมันอีกทอดหนึ่งก็บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ในมาตรา 708 กล่าวถึงการชำระหนี้ที่เกิดจากมูลอันมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้เห็นได้ว่าปัญหานี้เป็นเรื่องของการตีความการปรับใช้กฎหมายกรณีกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันบัญญัติไว้ไม่สอดคล้องกัน ดังนั้น มาตรา 411 แม้จะไม่ได้กล่าวถึงการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย แต่โดยสภาพลักษณะของการอันกฎหมายมุ่งห้ามแล้ว การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมในแง่ที่ผิดกฎหมายแล้ว ย่อมมีความหมายรวมไปถึงการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

การจะชี้แจงนำหน้ากันว่าอะไรเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ขึ้นอยู่กับแนวความคิดของตนในระดับวิญญูชน ศาลเป็นผู้แสดงออกซึ่งลักษณะความคิดเห็นของวิญญูชน¹⁰⁵ การที่จะหาคำนิยามหรือหาขอบเขตความหมายที่แท้จริงของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมกระทำได้ยาก ความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาจมีที่มาจากบทกฎหมายโดยตรงหรือจากเหตุอื่นก็ได้¹⁰⁶ การใดจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับสถานที่ กาลเวลา ความเชื่อทางศาสนาของประชาชนในสังคมนั้น¹⁰⁷ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นดังนี้คือ¹⁰⁸ ความสงบเรียบร้อยทางการเมืองการปกครอง ซึ่งหมายความถึงอำนาจที่เกี่ยวกับอำนาจการปกครองประเทศที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ผู้ใดจะทำความตกลงกันเองเพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิก เปลี่ยนแปลง แก้ไข อำนาจทั้งสามของรัฐยอมทำไม่ได้ หรือจะทำความตกลงกันเพื่อให้อำนาจบริหาร หรือการปกครองของรัฐเปลี่ยนแปลงหรือทำให้ผิดแผกแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายยอมกระทำมิได้ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัวเนื่องจากครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมจึงควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้านวิชาชีพเนื่องจากอาชีพบางอาชีพมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย เช่น อาชีพทนายความ เป็นต้น ความสงบเรียบร้อยของ

¹⁰⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, น.121.

¹⁰⁶ อุกฤษ มงคลนาวิน ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 103 ,น.54.

¹⁰⁷ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 84 ,น.86.

¹⁰⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 103 ,น. 54 - 60. , ชาติชาย อัครวิบูลย์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29 ,น.121-125.

ประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คือการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ส่วนนิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเพราะเหตุอื่นที่ไม่ใช่เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี เช่น นิติกรรมที่เป็นโมฆะเพราะเป็นการพนันวิสัย ตามมาตรา 150 นิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับตามมาตรา 152 นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยเจตนาหลง ตามมาตรา 154 นิติกรรมที่ทำโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม มาตรา 156 เป็นต้น ข้อกำหนดในพินัยกรรมที่เป็นโมฆะไปเพราะผู้รับพินัยกรรมลงชื่อเป็นพยานในพินัยกรรมตามมาตรา 1653,1705¹⁰⁹ นิติกรรมที่เป็นโมฆะเพราะเหตุเหล่านี้ย่อมสามารถเรียกทรัพย์ที่ได้ชำระหนี้ไปโดยมูลลลามิควรวได้ตามมาตรา 406

ตัวอย่างการปรับใช้ที่กรมร่างกฎหมายยกอุทาหรณ์ คือ ก ได้รับเงิน 10,000 บาท จาก ข ให้เผยแพร่ความลับอย่างหนึ่งเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์และการเผยแพร่นี้เป็นการทำลายความไว้วางใจอย่างร้ายแรง จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี ข หามีสิทธิเรียกเงินที่ได้ให้ไปนั้นคืน

ตัวอย่างคำพิพากษาเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 411 เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 770/2485 หลอกให้ผู้เสียหายให้เงิน 200 บาท เพื่อเอาไปให้เจ้าพนักงานเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แต่ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียกเงินคืน เพราะการให้สินบนเป็นการผิดกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกา 707/2487 ให้กู้เงินไปโดยผู้กู้บอกให้รู้ว่าจะเอาไปค้าฝิ่นเถื่อน สัญญากู้ยืมเป็นโมฆะผู้ให้กู้เรียกเงินคืนไม่ได้

คำพิพากษาฎีกา 1124/2512 แม้ผู้รับฝากเงินจะประกอบกรณาคารพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ผู้ฝากมิได้ร่วมรู้ในการกระทำของผู้รับฝาก นิติกรรมรับฝากเงินระหว่างผู้ฝากกับผู้รับฝากจึงไม่เป็นโมฆะ ผู้ฝากมีสิทธิเรียกเงินคืนจากผู้รับฝากได้

คำพิพากษาฎีกา 5311/2538 สัญญาระหว่างโจทก์กับบริษัทจำเลยที่ร่วมหุ้นกันซื้อหุ้นของบริษัทจำเลยเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย การที่โจทก์ชำระเงินค่าหุ้นให้แก่จำเลยตามสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นการชำระหนี้อันฝ่าฝืนต่อข้อห้ามตามกฎหมายตามมาตรา 411 จึงไม่อาจเรียกเงินคืนจากจำเลยฐานลลามิควรวได้

คำพิพากษาฎีกา 2978/2528 โจทก์ไม่มีส่วนได้เสียในที่ดินและไม่มีส่วนเกี่ยวของในบุคคลที่จำเลยน้องสาวโจทก์กับ ท พิพาทกัน โจทก์ออกเงินโดยหวังจะได้ที่ดินพิพาทที่น้องสาว

¹⁰⁹ จิตติ ติงศภักดิ์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 26, น.152.

โจทก์เป็นความกับ ท มาเป็นของโจทก์ ไม่ใช่การช่วยเหลือน้องสาวให้ได้รับความยุติธรรมจากศาล เป็นสัญญาให้ได้รับประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะ จะเรียกเงินที่ออกไปคืนจากจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาฎีกา 1288/2501 (ป) ผู้รับอนุญาตส่งข้าวออกนอกราชอาณาจักรทำสัญญาให้ผู้อื่นส่งข้าวในนามของตนเองโดยเอาผลประโยชน์ตอบแทน แม้ไม่มีกฎหมายห้าม แต่การรับอนุญาตเป็นสิทธิเฉพาะตัว จะโอนขายไม่ได้ จึงเป็นการหลีกเลี่ยงการควบคุมสินค้าที่ส่งออกไปนอกราชอาณาจักรและกระทบกระเทือนไปถึงราคาข้าวซึ่งผู้ผลิตจะได้รับน้อยลงในที่สุด เพราะผู้ส่งข้าวต้องหักราคาข้าวชดเชยเป็นประโยชน์ให้ผู้รับอนุญาต จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การชำระหนี้โดยรู้ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะเรียกเงินคืนไม่ได้

คำพิพากษาฎีกา 1876/2542 เมื่อสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย สัญญาจึงตกเป็นโมฆะ การที่ผู้จะซื้อที่ดินชำระเงินค่าที่ดินพาทแก่ผู้จะขายยอมเป็นการชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ตามมาตรา 411 ผู้จะซื้อไม่สามารถเรียกเงินคืนฐานลามิควรรได้

3.2.5 สรุป

หลักการที่ห้ามผู้ที่ได้ชำระหนี้ส่งมอบทรัพย์สินใดไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมดังกล่าวถือเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมายลามิควรรได้ที่มีอยู่ในทุกระบบกฎหมายซึ่งต่างได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน

จากการศึกษาจะพบว่าในกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยตรง แต่ศาลฝรั่งเศสก็ได้ปรับใช้หลักจารีตที่สืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน ได้แก่ หลักกฎหมายว่า ไม่มีผู้ใดควรได้รับหรือกล่าวอ้างประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบของตนเอง (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans , nobody maybe heard relying on his own wrongdoing) และหลัก In pari causa turpitudinis cessat repetitio ห้ามการใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนผิด ในขณะที่กฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 817 มีสาระสำคัญคือโดยทั่วไปผู้ที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมสามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระไปคืนได้ เว้นแต่ว่าตนจะมีส่วนในการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นด้วยจึงต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์สิน (In pari delicto) โดยศาล

เยอรมันมีทัศนะว่า มาตรา 817 (2) จะปรับใช้กับการเรียกคืนตามหลักลามิคอร์ได้เท่านั้น มิได้นำไปปรับใช้กับการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์หรือหรือการใช้สิทธิตามกฎหมายเรื่องละเมิดด้วย ในส่วนกฎหมายอังกฤษ ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกล่าวคือกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำอันฝ่าฝืนข้อกฎหมายหรือศีลธรรม จำเลยจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าโจทก์โดยสามารถยกเอาความผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องคืนผลประโยชน์ที่ตนได้รับไว้แม้ว่าตนเองก็ไม่มีสิทธิจะเก็บผลประโยชน์นั้นไว้ก็ตาม ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวกระทำผิดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีส่วนร่วมรู้เห็นในการนั้นด้วย (Non in pari delicto) คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำที่มีข้อขัดแย้งตามกฎหมายย่อมมีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปคืนได้ อย่างไรก็ตามการปรับใช้หลักการห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมข้างต้นทั้งในกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ ต่างก็มีข้อโต้แย้ง การแสดงทัศนะ ความคิดเห็นและกรณีศึกษาที่วินิจฉัยแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ในส่วนกฎหมายลามิคอร์ได้ของไทยได้บัญญัติหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 411 โดยได้รับแนวทางมาจากประเทศกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คำอธิบายของนักกฎหมายไทยจึงไม่แตกต่างไปจากลักษณะของต่างประเทศที่กล่าวข้างต้น ซึ่งต่างก็ประสบปัญหาข้อโต้แย้งถึงลักษณะและรูปแบบการปรับใช้หลักการนี้ด้วยกันทั้งสิ้น เพียงแต่ในกฎหมายไทยหลักลามิคอร์ได้มีการปรับใช้ไม่มากนัก การปรับใช้ข้อจำกัดการเรียกคืนทรัพย์สินตามมาตรา 411 จึงไม่ค่อยมีข้อสังเกตโต้แย้งเกิดขึ้นทางวิชาการเท่ากับที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ การศึกษาแนวทางลักษณะการปรับใช้และปัญหาที่เกิดขึ้นในบทต่อไป จึงน่าจะทำให้ทราบถึงแนวทางการปรับใช้มาตราดังกล่าวในกฎหมายไทยได้ดียิ่งขึ้น