

บทที่ 4

ปัญหาเกี่ยวกับข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้าม ตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี

กรณีข้อห้ามการใช้สิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ส่งมอบไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีนั้นตามบทบัญญัติมาตรา 411 ในกฎหมายลาภมิควรได้ของไทย จากการศึกษาทางตำราและแนวปฏิบัติของศาลไทยประกอบกับการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายลาภมิควรได้ตลอดจนหลักกฎหมายต่างๆที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับรูปแบบการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่น่าสนใจในกฎหมายไทยและต่างประเทศ สามารถวิเคราะห์ปัญหาได้ดังนี้

4.1. การอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี

การที่กฎหมายมาตรา 411 กำหนดให้บุคคลที่กระทำการเพื่อชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีหาอาจจะเรียกร้องคืนทรัพย์สินได้ไม่ เป็นการจำกัดสิทธิของผู้เรียกร้องซึ่งกระทำการชำระหนี้ที่เสียเปล่าเนื่องจากเป็นหนี้ที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรม ปัญหาจึงมีว่า ลักษณะข้อเท็จจริงของการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอย่างไรที่จะถูกจำกัดสิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน

จากการศึกษาจะเห็นว่า การชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมตาม มาตรา 411 จะเป็นการชำระหนี้ไปตามนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งตกเป็นโมฆะ การจะปรับใช้มาตรา 411 จึงต้องพิจารณาก่อนว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของนิติกรรมสัญญานั้นเป็นนิติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมและตกเป็นโมฆะหรือไม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมซึ่งเป็นประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนาจะให้เกิดมีขึ้นดังกล่าวแล้ว โดยทั่วไปวัตถุประสงค์ของนิติกรรมย่อมเหมือนกันตามแต่นิติกรรมแต่ละประเภท แต่สิ่งนี้อาจไม่เหมือนกันคือมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมสัญญาของผู้สัญญา ซึ่งโดยธรรมดาแล้วมูลเหตุจูงใจไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด เว้นแต่กรณีที่ฝ่ายหนึ่งได้ทราบมูลเหตุจูงใจในการเข้าทำนิติกรรมของผู้สัญญาอีกฝ่าย

มูลเหตุจูงใจนั้นก็กลายเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมสัญญา¹ ในกรณีของนิติกรรมสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะตกเป็นโมฆะนั้นมีความเห็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณาคือ

อาจารย์เสนีย์ ปราโมช อธิบายโดยสรุปได้ว่า ปัญหาในข้อที่จะผิดหรือขัดกฎหมายเกิดขึ้นได้เมื่อจะเอาทรัพย์สินนั้นไปใช้ประโยชน์อันมิชอบ วัตถุประสงค์อันการกระทำทั้งหลายพอแยกได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ในตัวกับที่ไม่ผิดกฎหมายอยู่ในตัว ผืนเถื่อน การฆ่าคนหรืออย่างอื่นทำนองนี้ เป็นวัตถุประสงค์หรือการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ในตัว บุคคลที่ทำนิติกรรมมุ่งต่อประโยชน์ที่จะได้ซึ่งวัตถุประสงค์หรือการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ในตัว แม้ไม่รู้ว่าการที่ตนมุ่งจะได้มาเป็นการผิดกฎหมายก็ยังมีวัตถุประสงค์ผิดกฎหมาย เพราะถือตามหลักที่ช่วยไม่ได้ว่าคนทุกคนรู้กฎหมาย ขณะที่ถ้าวัตถุประสงค์หรือข้อปฏิบัติไม่ผิดกฎหมายในตัว หรืออาจปฏิบัติกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะใช้หรือทำให้ผิดกฎหมาย ก็ตกเป็นโมฆะใช้ไม่ได้เหมือนกันและในการนี้จะต้องดูว่าคู่กรณีได้รู้ถึงสาเหตุผลประโยชน์ที่จะได้ หรือที่จะนำไปใช้ในทางผิดกฎหมายหรือลักษณะอันผิดกฎหมายในตัวทรัพย์สินนั้นประกอบด้วย²

อาจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ มีความเห็นว่ากิจการบางอย่างมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอยู่ในตัว เช่น สัญญาจ้างคนไปตีหัวเขา แต่กิจการบางอย่างวัตถุประสงค์อาจเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายก็ได้แล้วแต่ว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายหรือไม่ เช่น สัญญาประกันภัย ถ้าคู่กรณีรู้ถึงการประกอบกิจการประกันภัยโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็เป็นการต้องห้ามที่รู้อยู่ด้วยกันมาตั้งแต่ต้น³

อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ มีความเห็นว่ากรณีเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเพราะกฎหมายห้าม ผู้ชำระหนี้ต้องรู้ว่าได้ปฏิบัติฝ่าฝืนข้อห้ามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบ

¹ เสนีย์ ปราโมช , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 , แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 , พิมพ์ครั้งที่ 2 ,(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ ,2520), น.34-35, จิต เศรษฐบุตร ,หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ , แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 , พิมพ์ครั้งที่ 4,(คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2526) , น.13.

² เสนีย์ ปราโมช , เพ็ญอ้าง,น.139-140.

³ จิตติ ติงศภัทิย์ ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ ,พิมพ์ครั้งที่ 5 ,(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์,2526) ,น.152.

เรียบบ่อย กิจกรรมนั้นจึงเป็นโมฆะ เช่น การประกอบกรณาคารพาณิชย์⁴ การกระทำใดจะตกเป็นโมฆะนั้น จะต้องเป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรับรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำของตนว่าเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมด้วย นิติกรรมนั้นจึงจะตกเป็นโมฆะ

อาจารย์ สุขุม ศุภนิติย์ เห็นว่าในกรณีที่เป็นการผิดกฎหมายเพราะทำโดยมิได้รับอนุญาต เช่น ทำกิจการประกันภัย ประกันชีวิต จัดตั้งสมาคม ถ้าเป็นการชำระหนี้โดยคู่กรณีรู้อยู่แล้วว่า กิจการดังกล่าวนี้มิได้รับอนุญาต ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นโมฆะเพราะกฎหมายห้ามกระทำก่อนได้รับอนุญาต การเรียกเงินที่ชำระไปแล้วคืนจึงกระทำมิได้ แต่ในทางตรงข้ามหากคู่กรณีมิได้รู้ว่าการชำระหนี้ที่มีกฎหมายห้ามเป็นการชำระหนี้ที่ไม่มีผลบังคับได้จริง ดังนี้ไม่ต้องห้ามการเรียกทรัพย์คืน เหตุผลที่ต้องพิเคราะห์ถึงความไม่รู้ของข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้นิติกรรมเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามกฎหมายนั้นเพราะว่ากิจการที่กฎหมายควบคุมกำกับไว้เป็นพิเศษ ความเป็นโมฆะไม่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์โดยสภาพของกิจการนั้นๆ แต่เป็นเพราะกฎหมายกำหนดวิธีการไว้เป็นพิเศษเพื่อการจัดระเบียบและป้องกันความเสียหาย เมื่อผู้ชำระหนี้นั้นทำนิติกรรมจึงต้องพิจารณาว่าผู้ชำระหนี้ได้รู้อยู่แล้วหรือไม่ว่ากิจการนั้นมีกฎหมายกำหนดอย่างไร หากรู้ว่ามีกฎหมายฝ่าฝืนกฎหมายและตนยังชำระหนี้ไป ดังนี้ต้องห้ามตาม มาตรา 411⁵

จากแนวคำอธิบายทางตำราข้างต้น จะเห็นได้ว่าลักษณะอย่างไรจึงจะถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีนั้นเป็นเรื่องที่กระทำได้ยากและเป็นปัญหาที่พบในทุกระบบกฎหมาย การกระทำบางเรื่องสามารถชี้ชัดได้ทันทีว่าเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนกฎหมายและศีลธรรม เช่น การจ้างฆ่าคน การรับสินบน แต่บางกรณีก็ยากที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นๆ เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ด้วยเพราะว่ากฎหมายหรือมาตรฐานศีลธรรมอันดีนั้นต้องพิจารณาถึงนโยบายของรัฐ ความรู้สึกสำนึกของคนในสังคมประกอบด้วยการกระทำใดเป็นสิ่งที่กระทบต่อสังคมโดยส่วนรวมอันคนในสังคมนั้นไม่อาจยอมรับการกระทำดังกล่าวได้ โดยเฉพาะหลักศีลธรรมนั้นมีลักษณะเชิงนามธรรมสูง มีความหมายที่หลากหลาย ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดตายตัว เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของข้อเท็จจริง ไม่สามารถให้ความหมายหรือจำกัด

⁴ ซาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง และ ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2522), น.126-127.

⁵ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และ ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), น.135-136.

ขอบเขตที่แน่นอนได้ ซึ่งย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมและยุคสมัย โดยแนวความคิดทางวิชาการเป็นไปในแนวเดียวกันแต่อาจใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไปบ้าง ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า การจะชี้ชัดถึงความรู้ไม่รู้ของคุณสัญญาในมูลเหตุที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นจะต้องพิจารณาลักษณะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่สรุปได้จากแนวคำอธิบายทางตำราคือ ในกรณีของนิติกรรมสัญญาที่วัตถุประสงค์อาจชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ นั่น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนแต่ยังฝืนทำนิติกรรมสัญญาดังกล่าวไปนิติกรรมสัญญานั้นจึงเป็นโมฆะ แต่ในกรณีของนิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองแล้ว นิติกรรมสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะเสมอโดยไม่พิจารณาถึงความรู้หรือไม่รู้ถึงวัตถุประสงค์อันฝ่าฝืนกฎหมายของคุณสัญญาแต่ประการใด

เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติของศาลไทยเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 411 มีแนวคำวินิจฉัยที่น่าสนใจ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 10/2519 โจทก์เป็นบริษัทจำกัด จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลมีวัตถุประสงค์ในการรับประกันภัย บริษัทโจทก์ให้จำเลยซึ่งเป็นพนักงานตัวแทนประกันชีวิตซึ่งทำงานมา 20 ปีแล้วของบริษัทตนเองกู้เงินเป็นจำนวน 30,000 บาท ในขณะที่จำเลยได้รับเงินเดือนจากโจทก์เพียงเดือนละ 1,000 บาท เกินกว่า 6 เท่าของเงินเดือน ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 5 พ.ศ. 2511 ข้อ 7 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 ว่า “การให้กู้ยืมแก่พนักงานของบริษัท โดยมีผู้ค้ำประกัน บริษัทจะให้กู้ได้ไม่เกินร้อยละสองของราคาสินทรัพย์ของบริษัทตามบัญชีมูลค่าที่มีอยู่ในวันสิ้นปีบัญชีครั้งสุดท้าย จำนวนเงินที่ให้กู้ยืมแต่ละรายต้องไม่เกินหกเท่าของจำนวนเงินที่พนักงานผู้นั้นได้รับจากบริษัทในเดือนสุดท้ายก่อนเดือนที่จะให้กู้ยืม และไม่เกินสองหมื่นบาท...” ฉะนั้นการที่บริษัทโจทก์ให้จำเลยซึ่งเป็นพนักงานของบริษัทตนเองกู้เงินเป็นจำนวน 30,000 บาทจึงขัดต่อกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวซึ่งมีโทษตามมาตรา 76 สัญญากระหว่างบริษัทโจทก์และจำเลยจึงมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับ แต่คดีนี้ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้รับเงินที่กู้ไปจากโจทก์จริง และโจทก์ฟ้องคดีนี้มีได้ให้กู้ แต่เป็นการฟ้องเรียกเอาทรัพย์ของตนที่ให้กู้คืน จำเลยที่ 1 รับเงินไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้และเป็นการทำให้โจทก์เสียเปรียบ จำเลยที่ 1 จึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้แก่โจทก์และชำระดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ได้รับเงินไปโดยหักดอกเบี้ยที่ได้รับไว้แล้วออกก่อน

ส่วนจำเลยที่ 2 ผู้ค้าประกันเมื่อสัญญาถูกเป็นโมฆะจึงไม่ต้องรับผิดชอบ⁶

จะเห็นว่าตามคำพิพากษาดังกล่าว ศาลพิจารณาดัดสินว่านิติกรรมการกู้ยืมเงินตกเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย แต่กลับอนุญาตให้โจทก์เรียกเงินที่ให้กับคืนได้ฐานเป็นลามิควรรได้แก่จำเลย โดยมีได้พิจารณาถึงข้อจำกัดการเรียกคืนตามมาตรา 411 ซึ่งน่าจะนำมาปรับใช้กับกรณีด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2167 /2545 จำเลยกู้เงินโจทก์ จำนวน 200,000 บาท คิดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 3 ต่อเดือน แม้การกระทำที่โจทก์คิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดจะเป็นการฝ่าฝืน พ.ร.บ. ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 อันมีผลให้ดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อจำเลยชำระดอกเบี้ยดังกล่าวด้วยความสมัครใจตามที่ตกลงกับโจทก์ไว้ จึงเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจและเป็นการชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายและศีลธรรมอันดีมาตรา 407 และ 411 จำเลยจะเรียกเงินดอกเบี้ยจำนวนดังกล่าวคืนหรือนำมาหักชำระหนี้ต้นเงินหาได้ไม่

⁶ หมายเหตุท้ายฎีกาโดยท่านอาจารย์จิตติ สรุปความว่า การที่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 113 (มาตรา 150 ปัจจุบัน) บังคับด้วยลักษณะลามิควรรได้ตามมาตรา 406 นั้นถูกต้องไม่ใช่กรณีฐานเดิมดังที่เคยเข้าใจกัน แม้ว่าบางทีผลอาจตรงกันแต่ก็มีบางทีที่ผลไม่ตรงกันเพราะไม่ใช่กรณีตามมาตรา 138 วรรค 3 (มาตรา 176 ปัจจุบัน) และก็ไม่ใช้คืนฐานเดิมเพราะเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ด้วย เหตุนี้หากจะมีการคืนเงิน ก็ไม่มีบทบัญญัติให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้ตามมาตรา 391 วรรค 2 อย่างไรก็ดีคิดดอกเบี้ยได้ตั้งแต่วันผิดนัดตามมาตรา 204,224 นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ไม่ต้องคืนเงินตามมาตรา 412 เป็นกรณีโมฆะเพราะผิดกฎหมายด้วยแล้ว ก็ต้องพิจารณาตามมาตรา 411 ด้วย การที่เจ้าหนี้ส่งมอบเงินให้กู้เป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้อย่างหนึ่งที่ต้องปฏิบัติต่อกู้ยืม แม้จะก่อนที่การกู้ยืมจะบริบูรณ์ ซึ่งผู้ชำระหนี้เรียกคืนไม่ได้ เช่น อย่างจ้างคนไปตีหัวเขาผิดกฎหมาย คนที่รับเงินไปแล้วไม่ตีหัว ผู้จ้างเรียกเงินคืนได้หรืออย่างไร ที่ว่าโจทก์มิได้บังคับให้กู้ยืม ก็เช่นเดียวกับผู้จ้างไม่ได้บังคับให้ผู้รับจ้างไปตีหัว ที่จริงเป็นเรื่องโจทก์บังคับให้ใช้เงินตามสัญญาที่กฎหมายห้ามก็คือห้ามมิให้ให้กู้ มิให้ห้ามมิให้กู้ โจทก์ฟ้องบังคับให้คืนเงินและดอกเบี้ยตามสัญญาที่กฎหมายห้ามมิให้โจทก์ให้กู้ยืมอยู่ตรงๆ กู้เงินเกิน 50 บาทไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้ บังคับให้ใช้เงินไม่ได้ ทั้งที่ไม่ใช่ผิดกฎหมายเป็นโมฆะตามมาตรา 113 แต่เรียกเงินคืนฐานลามิควรรได้ก็ไม่ได้ การคืนลามิควรรได้นั้น มีกรณีที่ไม่ต้องคืนอยู่หลายประการ ที่ควรพิจารณาก่อนที่จะให้คืน

จากคำพิพากษาในกรณีนี้จะพบว่าข้อสัญญาคิดดอกเบี้ยกู้ยืมตกเป็นโมฆะเพราะคิดอัตราดอกเบี้ยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย แต่พิเคราะห์ว่าเป็นเรื่องที่คุณสัญญาสมัครใจกันตกลงเช่นนั้น จึงไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยที่ชำระไปแล้วคืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 3037/2547 สัญญากู้เงินระบุว่าจำเลยยอมเสียดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่กู้แก่โจทก์ในอัตราสูงสุดตามประกาศของโจทก์(ปัจจุบันเท่ากับร้อยละ 19 ต่อปี) และหนังสือยินยอมให้ทำประกันอัคคีภัยระบุว่าจำเลยยอมชดเชยประกันภัยแก่โจทก์เต็มจำนวนพร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดตามประกาศของโจทก์(ปัจจุบันเท่ากับร้อยละ 19 ต่อปี) ซึ่งเป็นอัตราดอกเบี้ยกรณีลูกค้าผัดนัดหรือปฏิบัติผิดเงื่อนไขไม่ใช่อัตราดอกเบี้ยสำหรับลูกค้าทั่วไปที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์เรียกเก็บได้จึงเป็นการเรียกดอกเบี้ยโดยฝ่าฝืนต่อประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติเป็นการต้องห้ามตาม พ.ร.บ. ธนาคารพาณิชย์ มาตรา 14 (2) แม้ขณะนั้นโจทก์จะคิดดอกเบี้ยเพียงอัตราร้อยละ 14 ต่อปี มิได้คิดอัตราร้อยละ 19 ต่อปี ตามที่ระบุไว้ก็ตาม ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยในสัญญาเงินกู้และหนังสือยินยอมให้ทำอัคคีภัยก็ตกเป็นโมฆะ โจทก์เป็นผู้ประกอบการธนาคารพาณิชย์ที่ต้องปฏิบัติตาม พ.ร.บ. ธนาคารพาณิชย์ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยและประกาศธนาคาร โจทก์จึงยอมจำเป็นต้องทราบรายละเอียดหลักเกณฑ์การเรียกดอกเบี้ยเป็นอย่างดี ส่วนจำเลยทั้งสองเป็นเพียงผู้ประกอบการอาชีพค้าขาย โดยสภาพและตามจำนวนไม่ปรากฏเหตุผลที่แสดงว่าจำเลยที่ 1 ทราบถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว ถ้าฟังแต่การที่จำเลยที่ 1 นำเงินชำระหนี้แก่โจทก์เพราะตนเป็นหนี้แก่โจทก์ ขณะที่โจทก์เป็นสถาบันการเงินที่ประกอบการธนาคารพาณิชย์อันเป็นกิจการซึ่งเป็นที่เชื่อถือของประชาชน ย่อมมีเหตุผลที่จำเลยที่ 1 เข้าใจและเชื่อว่าโจทก์คิดดอกเบี้ยถูกต้องแล้ว กรณียังถือไม่ได้ว่าชำระหนี้ไปโดยจงใจฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี หรือเป็นการกระทำอันใดตามอำเภอใจเหมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้ว่าคุณตนไม่มีความผูกพันที่ต้องชำระ⁷

ตามคำพิพากษาดังกล่าว จะเห็นว่าในกรณีนี้ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยในสัญญาเงินกู้และหนังสือยินยอมให้ทำอัคคีภัยตกเป็นโมฆะแม้ว่าคุณสัญญาฝ่ายผู้กู้จะไม่รู้ว่าธนาคารได้คิดอัตราดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นการมองว่าการคิดอัตราดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายจึงตกเป็นโมฆะโดยไม่พิจารณาถึงความรู้หรือไม่รู้ถึงวัตถุประสงค์อันฝ่าฝืนกฎหมายของคุณสัญญาฝ่ายผู้กู้ และอนุญาตให้

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 5603/ 2548 ตัดสินทำนองเดียวกัน

จำเลยเรียกเอาเงินที่ชำระเป็นดอกเบี้ยคืนได้โดยให้นำไปคิดเป็นการชำระต้นเงินแทน เนื่องจากพิเคราะห์ว่าไม่ได้รู้เห็นในการฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้นด้วย

กรณีต่างจากผลทางกฎหมายของนิติกรรมสัญญาที่อาจชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้โดยพิจารณาจากความรู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ทราบถึงเหตุดังกล่าวนิติกรรมจึงไม่ตกเป็นโมฆะ ดังนี้จึงไม่มีกรณีต้องคืนทรัพย์สินกันตามหลักกลาภมิควรได้ซึ่งต้องคำนึงถึงข้อจำกัดการเรียกคืนเพราะได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีแต่อย่างไรใด แนวคำอธิบายทางตำราและคำพิพากษาบางครั้งใช้ถ้อยคำว่าผู้ที่ชำระหนี้ไปในกรณีดังกล่าวมีสิทธิเรียกคืนได้ อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นสิทธิเรียกคืนตามหลักกลาภมิควรได้ แต่แท้จริงแล้วสิทธิเรียกคืนในกรณีเช่นนี้หมายถึงการใช้สิทธิเรียกร้องตามหลักกฎหมายอื่นที่บังคับในเรื่องนั้น เช่น อาจถือเป็นเรื่องผิดสัญญา⁸ เป็นต้น

นอกจากนี้ในบางกรณีนิติกรรมที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นก็ได้ตกเป็นโมฆะเสมอไป เกี่ยวกับประเด็นนี้มีแนวคิดทางกฎหมายอธิบายว่า

นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเสียก่อนว่าการที่จะตกเป็นโมฆะนั้นต้องเป็นการอันกฎหมายมุ่งห้ามมิให้ผลเกิดด้วย ถ้ากฎหมายมิได้มุ่งจะห้ามหรือป้องกันมิให้มีการกระทำนั้น ดังนั้นการนั้นอาจจะยังมีผลสมบูรณ์ เพราะไม่ใช่การอันกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้เกิดเป็นผลขึ้นโดยตรง กฎหมายบางบทอาจมุ่งที่จะห้ามพฤติการณ์หรือวิธีในการทำนิติกรรมบางอย่างโดยเฉพาะ แต่มิได้มุ่งที่จะห้ามผลแห่งนิติกรรมนั้นแต่อย่างไร⁹ เช่น การที่กฎหมายห้ามขับขี่รถยนต์เร็วกว่าที่กำหนด มิได้ห้ามนิติกรรมการให้บริการรถโดยสารที่ผู้ขับขี่ขับเร็วกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นการฝ่าฝืนด้วย เป็นต้น กล่าวอีกแง่หนึ่งได้ว่ากรณีที่วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งนิติกรรมไม่ใช่การต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายโดยตรงแม้นิติกรรมสัญญานั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับการอันต้องห้ามตามกฎหมายอยู่

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1124/2512 ผู้รับฝากเงินประกอบการธนาคารพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ผู้ฝากมิได้ร่วมรู้ในการกระทำของผู้รับฝากซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ดังนี้นิติกรรมรับฝากเงินระหว่างผู้ฝากกับผู้รับฝากย่อมไม่เป็นโมฆะ ผู้ฝากมีสิทธิเรียกเงินฝากคืนจากผู้รับฝากได้

⁹ กิตติศักดิ์ ปรกิติ ,“ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขความมีผลของนิติกรรม”, เอกสารประกอบการศึกษาโครงการบัณฑิตศึกษา ม.ธ. วิชาทฤษฎีกฎหมายเอกชน (น.610) ,2549 ,น.5-9.

บ้าง นิติกรรมนั้นไม่จำเป็นต้องตกเป็นโมฆะเสมอไป¹⁰

เมื่อพิจารณาตัวอย่างที่เกิดขึ้นในสังคมไทย คือ กรณีที่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินฟ้องเรียกคืนที่ดินรัชดาจากคุณหญิงพจมาน ชินวัตร สืบเนื่องมาจากการที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษา¹¹ จำคุก พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร จำเลยที่ 1 สมาชิกของคุณหญิงพจมาน ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรีนาน 2 ปี โดยไม่รอลงอาญา ฐานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐซึ่งตนมีอำนาจกำกับ ดูแลควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดีอันเป็นการฝ่าฝืน พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2452 ในคดีซื้อขายที่ดินบริเวณถนนรัชดาภิเษก ส่วนคุณหญิงพจมาน ชินวัตร จำเลยที่ 2 ไม่มีความผิดตามกฎหมาย ป.ป.ช. ในส่วนของที่ดินพิพาท ศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่ทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยตรงจึงมิใช่ทรัพย์สินอันพึงริบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 33 (1),(2) จากคำวินิจฉัยดังกล่าว ได้นำมาสู่การที่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินฟ้องทางแพ่งเพื่อเรียกคืนที่ดินรัชดาจากคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ในเวลาต่อมา ซึ่งมีข่าวและการวิเคราะห์และแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยทั่วไป¹² ปัจจุบันคดีอยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการตัดสินของศาล¹³ ประเด็นหนึ่งที่กล่าวถึง ได้แก่การพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายที่ดินพิพาทตกเป็นโมฆะเพราะเป็นการทำนิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ตามมาตรา 150 ทำให้สามารถเรียกคืนทรัพย์สินได้โดยหลักกฎหมายลาภมิควรได้ และฝ่ายกองทุนฟื้นฟูฯมิได้มีส่วนรับรู้ถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย จึงไม่ต้องห้ามการเรียกทรัพย์สินตามมาตรา 411 เกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าผลของคำวินิจฉัยที่เกิดขึ้นจะแสดงถึงความเข้าใจและแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้ของศาลไทยต่อไป

¹⁰ เฟิงอ้วง ,น. 9.

¹¹ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ อม.1/2550

¹² เช่น บทความ .ไชปริศนา!สัญญาซื้อขายที่ดินรัชดาฯโมฆะหรือไม่ กับเงิน 772 ล้าน ตกเป็นของหลวง?หลังศาลฎีกาคูก"แมว"2ปี. วันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2551 มติชนออนไลน์ <http://www.matichon.co.th/online/2008/10/122467869612246793371.jpg>

¹³ คดีแพ่งหมายเลขดำที่ 5379/2552

4.2 การชำระหนี้ไปตามนิติกรรมสัญญาที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับ

กรณีของการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายเพราะได้ชำระหนี้ไปตามนิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ อันตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 จะถือว่าเป็นการทำนิติกรรมที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอันต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์ได้หรือไม่นั้น ในเรื่องนี้แนวคำอธิบายทางตำราและแนวคำพิพากษาศาลตัดสินว่าไม่ต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์¹⁴ โดยมีแนวความเห็นทางตำรากล่าวถึง ได้แก่

แนวทางแรก เห็นว่า การชำระหนี้ในนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไม่ต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์คืน เนื่องจากเป็นกิจการที่ไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁵

แนวทางที่สอง ได้อธิบายเพิ่มเติมจากแนวทางแรกว่า เรื่องแบบโดยปกติไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เป็นข้อบกพร่องของกฎหมายกำหนดไว้เป็นองค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรมบางอย่าง การชำระหนี้ตามความผูกพันซึ่งเป็นโมฆะเพราะมิได้ทำตามแบบจะจัดว่าเป็นการชำระหนี้โดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 ไม่ได้ การใดที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ เมื่อไม่ทำตามต้องตกเป็นโมฆะนั้น ไม่ใช่

¹⁴ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2501 การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยทำหนังสือกันเอง และไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นเป็นโมฆะ เมื่อผู้ขายกล่าวอ้างขึ้น ผู้ซื้อต้องคืนทรัพย์แก่ผู้ขายและรับเงินคืนจากผู้ขาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2518/2517 เมื่อข้อความในสัญญาแสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาโดยชัดแจ้งว่ามุ่งประสงค์ต่อการซื้อขายที่ดินระหว่างกันเด็ดขาด ไม่มีความตอนใดแสดงให้เห็นถึงเจตนาจะไปจดทะเบียนโอนที่ดินกันในภายหลัง กล่าวคือคู่สัญญาตกลงขายที่ดินกันเองโดยมิได้คำนึงถึงการแบ่งแยกโฉนดและจดทะเบียนโอนที่ดินต่อกัน แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาว่ามุ่งประสงค์ต้องการซื้อขายกันเด็ดขาด สัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ ผู้ซื้อเรียกคืนเงินราคาที่ดินได้ในฐานลามมิควรได้ แต่หาไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายไม่ เพราะมิใช่ผลของการผิดสัญญา

¹⁵ จิตติ ติงศภทิพย์, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 3*, น.152 ,ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.127, ไพจิตร ปุณณพินธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่ง และ ลามมิควรได้*, พิมพ์ครั้งที่ 6 , (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น.141.

เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ เพราะความไม่สมบูรณ์แห่งนิติกรรม¹⁶

โดยกรณีของการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดอาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ กรณีแรก คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ทราบว่านิติกรรมสัญญาที่ตนมุ่งประสงค์จะก่อนั้นมีกฎหมายบังคับเรื่องแบบไว้ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ ตามมาตรา 456 กรณีที่สอง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ว่านิติกรรมสัญญาที่ตนประสงค์จะทำนั้นมีกฎหมายกำหนดเรื่องแบบไว้ แต่จงใจฝ่าฝืนไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ ซึ่งอาจเป็นเพราะความไว้ว่างใจกัน หรือเพราะต้องการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือค่าธรรมเนียมต่างๆที่ต้องเสียแก่รัฐ เป็นต้น

เกี่ยวกับเรื่องนี้ จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติให้การทำนิติกรรมสัญญาบางประเภทจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับนั้นโดยมากจะเป็นนิติกรรมสัญญาที่มีความสำคัญ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมและส่วนได้เสียของผู้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบว่ามีการทำนิติกรรมนั้นๆขึ้นเพื่อป้องกันการหลอกลวงแอบอ้าง เป็นหลักฐานระหว่างคู่สัญญาและในกระบวนการยุติธรรมหากมีคดีเกิดขึ้น จึงเห็นได้ว่าแบบที่กฎหมายบังคับจึงเป็นกรณีที่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันคู่สัญญาจะตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นไม่ทำนิติกรรมสัญญาให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องว่าความเป็นโมฆะของนิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนบทกฎหมายในเรื่องแบบนี้ไม่กระทบต่อสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้กันไปตามหลักลาภมิควรได้ตามแนวคำอธิบายข้างต้น โดยอาจอธิบายเพิ่มเติมให้ชัดได้ว่าการที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบเรื่องแบบเนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมและส่วนได้เสียของผู้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้ว มิได้มุ่งห้ามที่ตัวการกระทำโดยตรงซึ่งจะสังเกตได้จากกรณีของสัญญาที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดนั้นมิได้ตกเป็นโมฆะ

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.128-129,148 ,ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล , *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสังฆลาภมิควรได้* , พิมพ์ครั้งที่ 2 ,(กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม ,2545), น. 83.

เสื่อมเสียไปในทุกกรณีหากการนั้นสามารถสมบูรณ์เป็นนิติกรรมสัญญาอย่างอื่นได้¹⁷ ทั้งความเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนกฎหมายที่กำหนดเรื่องแบบไว้ ไม่คำนึงถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาแห่งนิติกรรมเลยว่าจะทราบหรือไม่ว่านิติกรรมสัญญาที่มุ่งหมายจะทำให้เป็นผลนั้นกฎหมายวางเงื่อนไขบังคับเรื่องแบบไว้หรือไม่ กล่าวคือ แม้คู่สัญญาจะรู้หรือไม่ว่าตนกำลังทำนิติกรรมสัญญาโดยฝ่าฝืนไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ นิติกรรมสัญญานั้นก็คงตกเป็นโมฆะเพราะเหตุที่ฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนดอยู่ดี ในกรณีที่การนั้นไม่สามารถสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ การไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดจึงไม่ใช่เรื่องที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะห้ามการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังนัยยะเรื่องวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมสัญญา ดังนั้นการฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนดจึงไม่เข้าลักษณะของนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 150 ทำให้ผลความเป็นโมฆะของนิติกรรมที่ไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบจึงไม่ต้องพิจารณามาตรา 411 ประกอบด้วยในการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกลาภมิควรได้ แต่ประการใด

อนึ่งมีข้อสังเกตต่อไปได้ว่ากรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้หรือรู้ว่านิติกรรมสัญญาที่ตนมุ่งจะทำนั้นมีกฎหมายกำหนดเรื่องแบบไว้ แต่จงใจฝ่าฝืนไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ นิติกรรมสัญญานั้นตกเป็นโมฆะเพราะเหตุไม่ทำตามแบบ แต่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินกันตามหลักกลาภมิควรได้ได้ดังกล่าวแล้ว ส่วนคู่สัญญาจะฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนดโดยมีเจตนาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรมันนั้นก็คงจะเป็นเรื่องที่น่าจะต้องไปพิจารณากฎหมายที่บังคับเกี่ยวกับเจตนาหรือวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าอาจมีกรณีของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดและขณะเดียวกันก็ตกเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์ไม่

¹⁷ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2525 สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดที่ดินไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 456 วรรคหนึ่งและมาตรา 115 (มาตรา 152 ปัจจุบัน) แต่ที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ผู้ขายคงมีเพียงสิทธิครอบครองซึ่งแจ้งการครอบครองไว้ตามแบบ ส.ค.1 ยังไม่อาจโอนแก่กันได้โดยการจดทะเบียน การโอนการครอบครองย่อมทำได้โดยส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครองตามมาตรา 1378 กรณีเป็นที่พึงสันนิษฐานได้ว่า ถ้าเดิมผู้ซื้อและผู้ขายได้รู้ว่าการซื้อขายที่ดินไม่สมบูรณ์เพราะไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็คงตั้งใจให้สมบูรณ์เป็นสัญญาโอนการครอบครองโดยมีค่าตอบแทน จึงบังคับกันได้โดยฐานเป็นนิติกรรมอย่างอื่น

ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 150 ด้วยก็เป็นได้ ในกรณีดังกล่าวก็คงต้องพิจารณาข้อห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินตามมาตรา 411 ด้วย

ตัวอย่างเช่น โจทก์ต้องการกู้เงินจำเลย จำเลยไม่มีเงินจึงตกลงจดทะเบียนซื้อขายที่พิพาท มีน.ส. 3 ก เพื่อจำเลยจะได้นำ น.ส.3 ก.ไปยืมเงินเพื่อนมาให้โจทก์กู้ หลังจากนั้นอีก 4 วัน โจทก์มารับเงินจากจำเลยแล้วโจทก์จำเลยทำสัญญาขายฝากที่ดินกันเอง ดังนี้ถือได้ว่าการทำสัญญาซื้อขายที่พิพาทเพื่ออำพรางสัญญาขายฝาก สัญญาซื้อขายจึงเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรักันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 118 วรรคแรก (มาตรา154 ปัจจุบัน) ส่วนนิติกรรมขายฝากที่ถูกอำพรางไว้ เมื่อไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย จึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 115 (มาตรา 152 ปัจจุบัน) กรณีต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ โจทก์ต้องคืนเงินให้จำเลย และจำเลยต้องคืนที่ดินให้โจทก์¹⁸

4.3 ลักษณะการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 411

เมื่อพิจารณาได้ว่านิติกรรมใดตกเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ซึ่งการคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปตามหลักลาภมิควรได้ต้องพิจารณาข้อห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 ด้วย มีปัญหาเกิดขึ้นว่าในกรณีเช่นนี้จะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาประการใดที่ศาลควรพิเคราะห์ก่อนที่จะวินิจฉัยอนุญาตหรือปฏิเสธการใช้สิทธิเรียกร้องคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ โดยเหตุตามมาตราดังกล่าวหรือไม่

ในประเด็นนี้มีความเห็นของนักกฎหมายไทยแนวทางหนึ่ง ตั้งข้อสังเกตในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนรู้เห็นในการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีว่า “ควรหรือไม่ที่จะเปรียบเทียบความหนักเบาของพฤติกรรมระหว่างผู้ชำระหนี้กับผู้รับชำระหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นิติกรรมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ผิดกฎหมายเพราะกฎหมายห้ามกระทำก่อนได้รับอนุญาต ควรพิจารณารัฐประศาสนโยบายประกอบด้วยหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ชำระหนี้มีความจำเป็นต้องกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย”¹⁹ ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยตัดสิน อันเป็นแนวทางที่เกิดขึ้นในกฎหมายของต่างประเทศ ส่วนในกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชี้ชัดถึงประเด็นนี้

จากการศึกษาการปรับใช้หลักการห้ามเรียกคืนทรัพย์สินเพราะได้ส่งมอบไปเพื่อชำระหนี้

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 165/2527

¹⁹ สุขุม ศุภนิตย , อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 5,น.141.

ที่ฝ่าฝืนกฎหมายกฎหมายหรือศีลธรรม พบว่าลักษณะของการห้ามเรียกสิ่งทีชำระไปตามหนี้ที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นมียุอยู่ในทุกระบบกฎหมาย ในกฎหมายเยอรมันหลักกฎหมายลามิควอร์ได้บัญญัติกรณีนี้ไว้ในมาตรา 817 โดยวางหลักกฎหมายในส่วนแรกอนุญาตให้ผู้ชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีสามารถเรียกทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปคืนได้ แต่มาตราเดียวกันในส่วนที่สองได้ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินถ้าหากปรากฏว่าการชำระหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นผู้ที่ได้ชำระหนี้ไปมีส่วนผิดเสมอกันกับผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันได้แก่ หลัก *In pari turpitudine* ซึ่งเป็นหลักที่ห้ามการเรียกทรัพย์สินคืนถ้าหากผู้ชำระหนี้รู้หรือเห็นว่าหนี้นั้นไม่สามารถบังคับกันได้เพราะผิดกฎหมาย เช่น การเรียกคืนเงินที่จ่ายเป็นสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ หรือ เงินที่จ่ายให้กับโสเภณี²⁰ เป็นต้น

ในกฎหมายฝรั่งเศส ศาลก็ได้ปฏิเสธการเรียกคืนทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำตามสัญญาที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรม แม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายในประมวลกฎหมายที่บัญญัติห้ามในเรื่องนี้โดยตรง ดังนั้นจึงกระทำโดยอาศัยแนวทางของหลักกฎหมายโรมันเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องยากที่จะค้นหาถึงเหตุผลที่ทำให้ศาลอนุญาตหรือปฏิเสธการเรียกคืนทรัพย์สิน ทัศนคติหนึ่งเห็นว่าการเรียกคืนทรัพย์สินควรจะถูกปฏิเสธถ้าข้อตกลงนั้นผิดต่อศีลธรรม แต่ควรอนุญาตถ้าข้อตกลงนั้นเป็นเรื่องที่ผิดเพราะกฎหมายกำหนดแท้ๆ เช่นกรณีของข้อห้ามเนื่องจากนโยบายทางเศรษฐกิจ²¹ กรณีที่ศาลฝรั่งเศสตัดสินปฏิเสธสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินของโจทก์ เช่น การส่งมอบทรัพย์สินในการพนันขั้นต่อ กรณีที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม เช่น กรณีของการคอร์รัปชัน การฉ้อฉลหรือโกงการเลือกตั้ง เช่น เจ้าของโรงแรมได้ทำสัญญาตกลงกับพรรคการเมืองหนึ่งให้บริการเครื่องดื่มฟรีแก่ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ศาลพิพากษาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ และเจ้าของโรงแรมมีส่วนรู้เห็นในการดังกล่าว (*In pari delicto*) จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายที่เสียไปจากพรรคการเมืองนั้นได้ กรณีต่อมาได้แก่ศีลธรรมที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางเพศ โดยศาลปฏิเสธการเรียกคืนเงินที่โจทก์ให้หญิงที่แต่งงานแล้วมีในการหนีตามคูรักไปและในกรณีที่ชายส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินให้แก่หญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชักจูงใจให้มีความสัมพันธ์ทางเพศด้วย แต่ในทางตรงกันข้าม การที่ชายให้เงินหรือทรัพย์สินแก่หญิงเพื่อยุติความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดศีลธรรม ใน

²⁰ B.S.Markesinis, W .Lorenz and Gerhard Dannemann ,The German Law of Obligations Vol.1 ,(Oxford : Clarendon Press,1997) ,p.739.

²¹ Konrad Zweigert & Hein Kotz , An Introduction to Comparative Law , Third Revised Edition , Translated By Tony Weir, (Oxford,Clarendon Press, 1998), p.579.

สถานการณ์เช่นนี้ สัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์เพราะมิได้มีวัตถุประสงค์ที่สนับสนุนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรมต่อไปแต่อาจถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้ธรรมดาเพื่อเป็นค่าเสียหายชดใช้แก่หญิงในความเสียหายที่หญิงนั้นได้รับ ที่สำคัญได้แก่กรณีเกี่ยวกับโสเภณีและสถานบริการทางเพศ ศาลในบางคดีปฏิเสธสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการเช่า ชาย หรือการกู้ยืมเงิน ที่เกี่ยวข้องกับ การจัดการสถานบริการโสเภณีเพื่อวัตถุประสงค์อันขัดต่อศีลธรรม ตัวอย่างเช่น ศาลปฏิเสธสิทธิ เรียกร้องของพ่อค้าที่ขายเฟอร์นิเจอร์โดยให้สินเชื่อกับที่รู้ว่าสินค้านั้นจะนำไปใช้ในสถานบริการ โสเภณีในการเรียกค่าสินค้านี้เนื่องจากเห็นว่าสัญญานั้นเป็นการสนับสนุนกิจการที่ขัดต่อศีลธรรม โดยตรง ปัญหาที่คล้ายคลึงกันเกิดในกรณีเกี่ยวกับบุคคลที่ให้บริการในสถานโสเภณี เช่น ศาลได้ ปฏิเสธสิทธิเรียกร้องค่าจ้างของบริการในกิจการบันเทิงทางเพศ เพราะเขาไม่อาจแก้ตัวได้ว่าฐาน แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นมีได้เกี่ยวพันตั้งอยู่บนความผิดศีลธรรม อีกกรณีได้แก่การปฏิเสธสิทธิเรียกคืน ทรัพย์สินของโสเภณีที่เธอได้ทิ้งไว้ในสถานบริการ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์มีแนวโน้มว่าศาล ได้เพิ่มจำนวนของกรณีที่อนุญาตให้เรียกคืนทรัพย์สินได้ กล่าวคือ บางคดีก็ที่ไม่สามารถเรียกคืนเงิน ที่ชำระไปเพื่อซื้อสถานบริการทางเพศได้ แต่ผู้ขายกลับสามารถที่จะเรียกเอาสถานบริการที่ขายคืน ได้ ขณะที่บางเรื่องศาลไม่อนุญาตให้เรียกคืนการชำระหนี้ แต่อนุญาตให้เรียกค่าเสียหายได้ ยิ่งไป กว่านั้น บางกรณีมีความเห็นว่าการจัดการที่เกี่ยวข้องกับสถานโสเภณีจะเป็นโมฆะต่อเมื่อเป็นเรื่อง ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการในทางที่เสื่อมเสียเท่านั้น ดังนั้น บางกรณีศาลฝรั่งเศสจึง ตัดสินว่าสัญญาขายเฟอร์นิเจอร์หรือรับประกันอัคคีภัยให้สถานบริการโสเภณีมีผลบังคับได้²²

ในกฎหมายอังกฤษ ตามแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษโดยทั่วไปแล้วคู่กรณี สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมได้ เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญา ฝ่ายที่เรียกคืนจะมีส่วนผิดอยู่ด้วย (In pari delicto) โดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน เช่นกัน อันเป็นหลักการเดียวกับ In pari turpitudine นั้นเอง ตัวอย่างเช่น คดี Parkinson v College of Ambulance Ltd.²³ ดังกล่าวแล้ว ซึ่งในคดีนี้การที่โจทก์จ่ายเงินจำนวน £ 3,000 ให้ องค์การกุศลของจำเลย เพราะเลขานุการของจำเลยเสนอต่อโจทก์ว่าถ้าโจทก์บริจาคเป็นจำนวน

²² 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), pp.502-505

²³ Andrew Burrows, Ewan Mckendrick, & James Edelman, Case & Materials on The Law of Restitution, Second Edition, (Oxford University Press, 2nd 2007), p.886.

มากก็จะได้รับแต่งตั้งเป็นอัครวิณ เป็นเรื่องที่โจทก์รู้อยู่ว่าข้อสัญญาลักษณะนี้เป็นสิ่งที่ไม่สมควร เมื่อในที่สุดโจทก์ไม่ได้รับการแต่งตั้ง โจทก์จึงควรตำหนิตนเองในความสูญเสียจากการกระทำที่ไม่ชอบของตนจึงไม่มีสิทธิเรียกเงินคืน

อย่างไรก็ตามการปรับใช้หลักการซึ่งห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีดังกล่าวมีข้อพิจารณาโต้แย้งในหลายกรณีว่าเป็นเรื่องที่บังคับอย่างเคร่งครัดหรือมีข้อยกเว้นประการใดบ้างหรือไม่

โดยนักกฎหมายเยอรมันกล่าวเปรียบเปรยการปรับใช้หลักลาภมิควรได้มาตรา 817 (2) ว่าเป็นหนึ่งในหายนะภัยอันน่าหว่นเกรงอย่างยิ่งเรื่องหนึ่งในทะเลของหลักกฎหมาย²⁴ ดังกรณีคดีที่กล่าวแล้วได้แก่ คดีที่โจทก์เป็นภริยาของผู้รับก่อสร้างซึ่งได้รับโอนสิทธิเรียกร้องเงินค่าจ้างได้ฟ้องเรียกค่าจ้างตามสัญญาจ้างงานของสามีโจทก์ที่จำเลยลูกค้ายังค้างชำระอยู่จำนวน 20,505 DM พร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่ค้างชำระต่อศาล เนื่องจากในปี ค.ศ. 1985-1986 สามีโจทก์ได้ทำงานให้จำเลยโดยไม่มีใบอนุญาตรับรองความเชี่ยวชาญทางวิชาชีพและไม่มี การจดทะเบียนกิจการซึ่งจำเลยก็ทราบเรื่องนี้ดี ต่อมาจำเลยจ่ายค่าจ้างให้สามีโจทก์เพียง 4,500 DM ซึ่งสามีโจทก์ไม่ได้เสียภาษีเงินได้และประกันสังคมในจำนวนเงินดังกล่าวและได้โอนสิทธิเรียกร้องเงินที่จำเลยค้างจ่ายให้แก่โจทก์ ซึ่งในชั้นศาลสูงได้ตัดสินโดยให้เหตุผลอย่างน่าสนใจยิ่งว่าสัญญาจ้างดังกล่าวทำโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ทราบถึงเหตุของความผิดกฎหมายนั้นดีจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งศาลเยอรมันเห็นว่ากรณีข้อเท็จจริงของโจทก์ต้องด้วยหลักกฎหมายลาภมิควรได้ตามมาตรา 812 (1) จึงอยู่ในบังคับมาตรา 817 (2) ซึ่งคู่กรณีอาจยกเอาความผิดกฎหมายเป็นข้อต่อสู้เพื่อจำกัดสิทธิเรียกร้องของโจทก์ได้เมื่อทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรา 817 (2) จะขัดขวางสิทธิเรียกคืนลาภมิควรได้ของผู้เรียกร้อง แต่ในกรณีนี้กฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีชอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เนื่องจากแรงงานที่ผิดกฎหมายได้เพิ่มจำนวนผู้ว่างงานในหลายวิชาชีพและทำให้รัฐสูญเสียรายได้ทางภาษีและทำลายระบบประกันสังคม มิได้มุ่งปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ในสถานการณ์นี้ศาลอ้างเหตุผลว่าความสุจริตระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดกฎหมายด้วยกัน จำเลยอยู่ในฐานะที่

²⁴ Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Johannesburg: Juta Feo Ltd, 1992), p. 864.

มีอำนาจต่อรองมากกว่าฝ่ายโจทก์ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าและไว้วางใจในสัญญาที่ฝ่าฝืน กฎหมายดังกล่าว ความสุจริตใจของโจทก์อยู่เหนือกว่าข้อต่อสู้ของจำเลย จำเลยที่มีส่วนร่วมรับรู้ การกระทำผิดด้วยไม่ควรที่จะได้ลากไปโดยไม่ต้องสูญเสียอะไรเลย ศาลจึงตัดสินให้ลูกค้าต้อง ชดใช้ค่าการงานบางส่วน²⁵

ตัวอย่างคดีในอังกฤษที่น่าสนใจ เช่น คดี *Tinslay v. Milligan*²⁶ มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ และจำเลยเป็นผู้หญิงสองคนที่ได้ร่วมกันซื้อบ้านหลังหนึ่งโดยจดทะเบียนว่าเป็นของโจทก์ เพียงคนเดียวโดยความรู้เห็นร่วมกัน เพื่อให้จำเลยได้รับเงินสงเคราะห์ทางสวัสดิการสังคมมากกว่า โดยการแสวงหาว่าไม่มีทรัพย์สิน ต่อมาจำเลยสำนึกผิดแจ้งให้ทางสำนักประกันสังคมทราบถึงการ กระทำของตน ภายหลังโจทก์จำเลยขัดแย้งกันจนโจทก์ออกจากบ้านไป และฟ้องการครอบครอง บ้านในฐานะที่ตนเป็นเจ้าของตามทะเบียน จำเลยได้โต้แย้งสิทธิว่าบ้านเป็นกรรมสิทธิ์ของตน ครั้งหนึ่งจากการร่วมกันซื้อ โจทก์แย้งว่าจำเลยไม่มีสิทธิกล่าวอ้างดังกล่าวเพราะได้กระทำไปโดย ข้อหล (fraud) ศาลโดยเสียงส่วนใหญ่พิพากษาให้จำเลยชนะคดี ซึ่งมีข้อน่าคิดว่าหากกรณีนี้ เกิดขึ้นในไทยแล้ว อาจพิจารณาว่าเหตุที่จำเลยคงมีสิทธิในบ้านดังกล่าวครั้งหนึ่งเพราะว่ากฎหมาย ไม่ได้มุ่งประสงค์ห้ามการทำสัญญาซื้อบ้านร่วมกันของโจทก์และจำเลยและการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ ทางทะเบียนโดยตรง เพียงแต่ห้ามการข้อหลของคู่กรณีที่เกิดแจ้งว่าบ้านเป็นของโจทก์เพียงคนเดียว เพื่อหลีกเลี่ยงให้จำเลยได้ประโยชน์จากสวัสดิการสังคมเท่านั้น ดังนั้นแม้ว่านิติกรรมกรซื้อบ้านและ จดทะเบียนเป็นชื่อโจทก์คนเดียวจะเกี่ยวข้องกับการข้อหลอยู่บ้างแต่ก็มีใช้กรณีที่กฎหมายมุ่งจะ ห้ามหรือป้องกันมิให้การนั้นมีผลโดยตรง โจทก์จึงไม่อาจยกการข้อหลขึ้นเพื่อโต้แย้งสิทธิของจำเลย

เกี่ยวกับเรื่องนี้จึงพบได้ว่านักกฎหมายและศาลในแต่ละประเทศมีแนวทางที่แตกต่าง กันออกไปและต่างพยายามหาทางอธิบายเหตุผลของการตัดสินที่แตกต่างไปจากหลักการที่ยึดถือ เมื่อพิจารณาการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ใช้ กฎหมายโรมัน-ดัตช์ พบว่า กฎหมายของแอฟริกาได้สมัยใหม่ได้ปรับใช้หลัก *In pari turpitudine* อย่างยืดหยุ่น โดยมีความเห็นว่า หลักการที่ห้ามเรียกคืนทรัพย์สินในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมี ส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำที่ต้องห้ามขัดแจ้งตามกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นไม่ใช่หลักการเพียง

²⁵ B.S.Markesinis, W .Lorenz and Gerhard Dennemann ,*supra note* 20,pp.799-801.

²⁶ (1994) 1 AC 340, Andrew Burrows ,Ewan Mckendrick & James Edelman , *supra note* 23 ,pp.895-902.

ประการเดียวที่จะสามารถนำไปปรับใช้กับทุกกรณีได้ แต่ยังมีข้อจำกัดบางประการได้แก่กรณีที่ เกี่ยวข้องกับหลักนโยบายของรัฐ²⁷ และปรากฏในกฎหมายของนิวซีแลนด์และอิสราเอลที่ให้ ดุลพินิจ (Discretion Approach) แก่ศาลในการวินิจฉัยถึงพฤติการณ์ระหว่างคู่สัญญา การกระทำ ที่ฝ่าฝืนต่อบทกฎหมาย และน้ำหนักของโทษที่ควรได้รับ ประกอบกับข้อพิจารณาประการอื่นๆที่ ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ²⁸ และเห็นว่าลักษณะของการใช้ดุลพินิจ ดังกล่าวได้นำมาปรับใช้ในกฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ปรากฏดังคดีตัวอย่างข้างต้นและในกฎหมาย เนเธอร์แลนด์ก็เช่นกัน²⁹ โดยข้อสังเกตความได้เปรียบของหลักการใช้ดุลพินิจนี้ได้แก่การช่วยให้ ศาลหลีกเลี่ยงผลลัพธ์ที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือจากนโยบายของกฎหมายแต่ จวบจนพร้อมก็ทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายขึ้น³⁰

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของศาลไทยจากกรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 10/2519 ที่กล่าว แล้ว การที่โจทก์เป็นบริษัทจำกัดจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลมีวัตถุประสงค์ในการรับประกันภัย ให้จำเลยซึ่งเป็นพนักงานตัวแทนประกันชีวิตของบริษัทตนเอง กู้เงินเป็นจำนวนเกินกว่า 6 เท่าของ เงินเดือน ต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 5 พ.ศ. 2511 ข้อ 7 สัญญาที่ระหว่างบริษัทโจทก์และ จำเลยจึงมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับ แต่ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้รับเงินที่กู้ไปจากโจทก์จริง และโจทก์ฟ้องคดีนี้มิได้ให้กู้ แต่เป็นการ ฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินของตนที่ให้กู้คืน จำเลยที่ 1 รับเงินไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นการทำโจทก์เสียเปรียบ จำเลยที่ 1 จึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้แก่โจทก์และชำระดอกเบี้ย ร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่รับเงินไปโดยหักดอกเบี้ยที่ได้รับไว้แล้วออกก่อน ส่วนจำเลยที่ 2 ผู้ค้าประกันเมื่อสัญญาเป็นโมฆะจึงไม่ต้องรับผิดชอบ³¹ ซึ่งศาลอนุญาตให้โจทก์เรียกคืนเงินที่ให้กู้ไป

²⁷ Reinhard Zimmermann, *supra* note 24, pp.865-866.

²⁸ Gerhard Dannemann, "Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claim". *Oxford University Comparative Law Forum* (2000), ouclf.iuscomp.org, p.8 .

²⁹ *Ibid*, p.8 .

³⁰ *Ibid*, p.8 .

³¹ หมายเหตุท้ายฎีกาโดยท่านอาจารย์จิตติ อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 6 , ประสิทธิ์ ไชวิไล กุล , อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 84-85. เห็นว่ากรณีโมฆะกรรมเพราะชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตาม กฎหมายนั้นจะต้องพิจารณามาตรา 411 ด้วย และคดีนี้บริษัทประกันชีวิตก็ทราบอยู่แล้วว่าตนได้ กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมีความผิดและต้องรับโทษตาม พ.ร.บ.ประกันชีวิต พ.ศ.2510 มาตรา

คืนได้โดยไม่ได้พิจารณาถึงข้อห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 ซึ่งควรจะตั้งคำถามถึงด้วยนั้น จึงเกิดข้อสงสัยว่าตามข้อเท็จจริงทั้งโจทก์และจำเลยต่างก็รู้ว่าการกู้ยืมเงินจำนวนนั้นขัดต่อกฎหมาย ซึ่งถ้าปรับใช้หลักมาตรา 411 อย่างเคร่งครัด โจทก์ไม่ควรจะมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน ซึ่งอาจมองได้ว่าการตัดสินเช่นนั้นเป็นกรรมแก่กรณีและบรรลุตฤตยประสงคของการออกกฎหมายห้ามการที่บริษัทประกันภัยให้พนักงานกู้เงินบริษัทเกินจำนวนที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ในขณะที่จะให้จำเลยได้ประโยชน์เป็นลาภลอยจากเงินที่ตนกู้มาจริงทั้งที่รู้ว่าผิดกฎหมาย จึงเป็นข้อสังเกตว่าด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่นำมาตรา 411 มาพิจารณาตัดสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินหรือไม่

จากการศึกษาแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายในต่างประเทศและแนวการวินิจฉัยปัญหาที่ปรากฏในกฎหมายไทยดังกล่าวจะเห็นว่ามี ความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การจะปรับใช้มาตรา 411 จำกัดการเรียกคืนทรัพย์สินนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีส่วนร่วมรู้หรือควรรู้ว่าการชำระหนี้ของตนเป็นไปเพื่อการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี หากคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกกรอง

76 และ พ.ร.บ.นี้ใช้ควบคุมบริษัทประกันชีวิตโดยเฉพาะ หากได้ควบคุมพนักงานของบริษัทไม่ การที่ศาลฎีกาพิพากษาว่าสัญญาเป็นโมฆะก็คงจะพิจารณาเฉพาะด้านบริษัทซึ่งเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบกฎหมายส่วนนี้เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ที่ศาลฎีกาอ้างว่าโจทก์มิได้ฟ้องบังคับให้คืนเงินที่กู้ แต่ฟ้องเรียกเงินที่จำเลยรับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ก็ยังสงสัยอยู่ เพราะกฎหมายก็ได้ห้ามชัดเจนไม่ให้โจทก์ให้กู้เกินกว่าจำนวนที่กำหนดอยู่แล้ว เหตุใดศาลฎีกาจึงไม่พิจารณามาตรา 411 และบังคับให้จำเลยต้องคืนเงินฐานลามิควรรได้ตามมาตรา 406 , ศักดิ์ สนองชาติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้,แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2549),น. 262. ตั้งข้อสังเกตว่าเมื่อวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย การมอบเงินกู้ให้ลูกจ้างจึงน่าจะเป็นการชำระหนี้ซึ่งฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ต้องห้ามมิให้เรียกคืนเงินในฐานลามิควรรได้ ตามมาตรา 411 แต่มีแง่คิดว่าการมอบเงินกู้เป็นเพียงส่วนประกอบของการแสดงเจตนาให้กู้เงินมิใช่เป็นการชำระหนี้โดยตรง หรือเป็นการชำระหนี้แต่มิใช่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายโดยตรง จึงไม่ต้องห้ามมิให้เรียกเงินคืนตามมาตรา 411 ศาลฎีกายังไม่ได้วินิจฉัยในปัญหานี้โดยชัดแจ้ง

เอาทรัพย์สินไม่ได้รู้ว่าตนได้ชำระหนี้ไปเพื่อการที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมก็ไม่ต้องห้ามการเรียกทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามแนวความคิดความเข้าใจหลักกฎหมายลามิคอร์ได้ในวงกฎหมายไทยยังไม่แพร่หลายมากนัก การปรับใช้มีน้อยเมื่อเทียบกับมูลหนี้ประเภทอื่น ข้อเท็จจริงตามมาตรา 411 ที่เป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรม เช่น การให้สินบน การค้าขายของเถื่อน รูปแบบลักษณะข้อเท็จจริงยังไม่มี ความซับซ้อนมากเท่ากับแนวทางที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาในต่างประเทศ อย่างไรก็ตามจากปัจจุบัน ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการด้านต่างๆของประเทศทำให้สังคมไทยเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ปัญหาการกระทำความผิดกฎหมายหรือศีลธรรมมีพัฒนาการที่ซับซ้อนขึ้นดังตัวอย่างคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณาของศาลในปัจจุบันดังกล่าวแล้ว เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแนวทางการปรับใช้ข้างต้น จะเห็นว่าทุกระบบกฎหมายต่างมีหลักกฎหมายที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินซึ่งคู่สัญญาได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี เพื่อคุ้มครองสังคมและบุคคลผู้กระทำการโดยสุจริต การกระทำใดที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือหลักแห่งศีลธรรมอันเป็นหลักการพื้นฐานในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขในสังคมแล้วไม่ได้รับการปฏิเสธหรือลงโทษจากกฎหมายแล้วสังคมย่อมไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยสงบราบรื่น การที่หลักกฎหมายลามิคอร์ได้ได้บรรจุกฎการห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำตามนิติกรรมสัญญาที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรมจึงตอบสนองต่อความรู้สึกผิดชอบของประชาชน ข้อเท็จจริงที่กฎหมายประเทศต่างๆเห็นพ้องกันว่ามีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ได้แก่ การกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายหรือศีลธรรมในตัวเอง เช่น การจ้างฆ่าหรือทำร้ายร่างกายคนอื่น การให้สินบนผู้มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใดให้กระทำมิชอบต่อหน้าที่นั้น และการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเนื่องจากเป็นเรื่องที่ขัดกับนโยบายของรัฐ ตัวอย่างเช่น การประกอบกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องขออนุญาตก่อน เช่น กิจการประกันภัย เป็นต้น

จากการศึกษาลักษณะการปรับใช้และข้อโต้แย้งเกี่ยวกับหลักการห้ามการเรียกทรัพย์สินในกรณีที่คุณสัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนรู้เห็นในการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีแล้ว หากกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าการที่คุณสัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ถึงการกระทำของตนว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ไม่ใช่เรื่องของการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยแท้แล้ว ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่ยืดหยุ่นให้ศาลมีดุลพินิจพิจารณาถึงความหนักเบาของพฤติกรรมแห่งความผิดระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อนที่จะวินิจฉัยตัดสิน ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาปรับใช้มาตรา 411 อย่างเหมาะสมแก่ความยุติธรรมในกฎหมายไทยต่อไป เช่น การจ้างแรงงานเด็กอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดโดย

เด็กสมัครใจและรู้ว่าการทำสัญญาดังกล่าวต้องห้ามตามกฎหมาย สัญญาจ้างแรงงานตกเป็นโมฆะแต่การงานที่เด็กได้ทำไปแล้วควรจะเรียกจ้างจากนายจ้างได้โดยอาศัยหลักลามิคอร์ได้ โดยนายจ้างจะยกเอาความรู้ถึงการจ้างงานที่ฝ่าฝืนกฎหมายของเด็กซึ่งสมัครใจทำสัญญาโดยฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรา 411 มากกล่าวอ้างเพื่อไม่ชดใช้ค่าแรงงานมิได้ เป็นต้น

4.4 การปรับใช้มาตรา 411 กับการใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์

ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 411 ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้เนื่องมาจากในระบบกฎหมายแพ่งไทย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้ตามสัญญาจะโอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายต่อเมื่อมีมูลหนี้ที่สมบูรณ์ ดังนั้นในกรณีที่นิติกรรมสัญญาตกเป็นโมฆะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงไม่โอนไปสู่ผู้รับโอนแม้ว่าทรัพย์สินอาจจะอยู่ในครอบครองของเขาแล้วก็ตาม จึงเกิดปัญหาว่าในกรณีที่นิติกรรมตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีแล้วบุคคลที่ได้ชำระหนี้โดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามนิติกรรมดังกล่าวไปแล้ว ย่อมไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ส่งมอบไปโดยกล่าวอ้างว่าเป็นลามิคอร์ได้เนื่องจากต้องห้ามตามมาตรา 411 บุคคลดังกล่าวจะเรียกคืนทรัพย์สินนั้นโดยอ้างว่าตนคือเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ ซึ่งหากปรับใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินโดยหลักกรรมสิทธิ์ได้และนำบทบัญญัติมาตรา 1376 เรื่องคืนการครอบครองมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินแล้ว กฎหมายมาตรานี้ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์การคืนทรัพย์สินในกฎหมายลามิคอร์ได้มาปรับใช้บังคับโดยอนุโลมตั้งแต่มาตรา 412-418 โดยมีได้กำหนดให้นำส่วนของข้อจำกัดการเรียกคืนมาปรับใช้ด้วย ดังนั้นการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์จะอยู่ในบังคับของมาตรา 411 หรือไม่

ในปัญหาประการนี้กฎหมายไทยไม่มีแนวทางทางตำรากล่าวถึงไว้แน่ชัด กล่าวคือเพียงแต่มีคำอธิบายของนักกฎหมายบางท่านที่เห็นว่าหากโจทก์มีทางแก้อื่นรวมถึงการใช้สิทธิติดตามเอาคืนตามหลักกรรมสิทธิ์แล้วก็ไม่ใช้กรณีของลามิคอร์ได้เท่านั้น³² เกี่ยวกับเรื่องนี้จึงไม่มีแนวทางที่แน่ชัด ในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในกฎหมายไทยผู้เขียนขอยกแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่น่าสนใจ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 622/2494 คดีโจทก์ฟ้องว่าจำเลยทั้งแปดบุกรุกที่ดินที่พิพาทของโจทก์ จึงขอให้บังคับจำเลยและบริวารอย่าเกี่ยวข้องกับที่พิพาทและใช้ค่าเสียหาย จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้ทำสัญญายกที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 1 จำเลยครอบครองมาเกิน 1 ปีแล้ว เป็นที่ไม่มีหนังสือ

³² โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3

สำคัญ คดีของโจทก์ขาดอายุความ ศาลชั้นต้นงดสืบพยานแล้วฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญาในคดีแดงที่ 923/2490 ว่าสัญญายกให้นี้เป็นสัญญาที่โจทก์เจตนายกที่พิพาทรายนี้ให้จำเลยที่ 1 เพื่อตอบแทนการที่จำเลยที่ 1 ออกเงินและวิ่งเต้นให้โจทก์เป็นความกับผู้อื่นจนได้ที่ดินมา การเอาที่ดินนี้ใช้หนี้ยอมทำได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 321 ผู้ชำระหนี้จะใช้สิทธิติดตามเอาคืนไม่ได้ ในชั้นศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าสัญญาฉบับนี้ตกเป็นโมฆะโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เข้าลักษณะตามมาตรา 411 โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกคืน

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวสัญญายกที่ดินให้ตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่ดินนี้ไม่มีโฉนดเจ้าของจึงมีเพียงสิทธิครอบครองศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นโมฆะให้คืนทรัพย์แก่กันโดยหลักกลาภมิควรได้ซึ่งปรากฏว่าเป็นกรณีที่โจทก์ชำระหนี้ไปโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 จึงไม่มีสิทธิเรียกคืน ไม่มีประเด็นการพิจารณาเรื่องเรียกการครอบครองคืนตามกฎหมายลักษณะทรัพย์แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2546 /2518 โจทก์จำเลยเป็นบุตรที่ได้รับมรดกจากมารดาสำหรับที่พิพาทได้ลงชื่อจำเลยถือกรรมสิทธิ์ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า โจทก์จำเลยตกลงกันให้จำเลยถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดพิพาทแทนโจทก์ 2 ใน 3 ส่วน เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของภริยาโจทก์มายึดบังคับหนี้้นั้น เห็นว่าเมื่อข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับได้ คู่กรณีจึงต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผลก็คือว่าโจทก์ยังมีกรรมสิทธิ์ในที่พิพาทอยู่ 2 ใน 3 ส่วน ตามเดิม หากทำให้โจทก์หมดสิทธิฟ้องร้องเรียกเอาส่วนกรรมสิทธิ์ของโจทก์คืนไม่

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสินว่านิติกรรมเป็นโมฆะโดยขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่กลับให้โจทก์เรียกเอาส่วนกรรมสิทธิ์ของตนคืนได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแนวทางในกฎหมายต่างประเทศพบว่าในเยอรมัน ศาลเยอรมันมีทัศนะว่า บทบัญญัติมาตรา 817 (2) ซึ่งบัญญัติห้ามผู้ที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมที่ตนเองมีส่วนผิดอยู่ด้วยเรียกคืนทรัพย์สิ่งที่ชำระหนี้ดังกล่าวจะปรับใช้จำกัดขอบเขตของสิทธิเรียกร้องตามหลักกลาภมิควรได้เท่านั้น ไม่บังคับจำกัดไปถึงสิทธิเรียกร้องตามหลักกฎหมายอื่นเช่นกรรมสิทธิ์หรือละเมิดด้วย แม้ว่าทัศนคติที่ถือเช่นนี้จะมีข้อนำสงสัยทางวิชาการอย่างมากเกี่ยวกับความเด็ดขาดของวัตถุประสงค์ของข้อห้ามหรือประโยชน์สาธารณะในการควบคุมการดำเนินการที่มีขอบด้วยศีลธรรมในการที่จะอนุญาตหรือปฏิเสธการเรียกคืนตามที่อธิบายแล้ว ในกรณีที่สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ตกเป็นโมฆะพร้อมกัน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์จึงไม่โอนไปยังผู้รับโอน โจทก์จึงใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตามในบางคดีศาลสูงเยอรมันได้หลบเลี่ยงผลที่ไม่น่าพอใจของมาตรา 817 (2) ซึ่งไม่เป็นข้อจำกัดการ

เรียกคืนทรัพย์ตามหลักกรรมสิทธิ์ โดยตัดสินด้วยเหตุผลที่ถูกต้องในการอนุญาตให้เจ้าของทรัพย์เรียกคืนสถานที่ซึ่งได้ให้ผู้เช่าทำเป็นสถานบริการทางเพศจากผู้เช่าได้ก่อนระยะเวลาการเช่าจะสิ้นสุดลงว่าการอนุญาตให้ผู้เช่าอ้างบทกฎหมายมาตรา 817(2) เพื่อไม่ต้องคืนสถานที่เช่าเพื่อประกอบการที่ขัดต่อกฎหมายในระหว่างกำหนดระยะเวลาเช่าเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 138³³

ในฝรั่งเศสศาลไม่ประสบความสำเร็จในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับกรณีสังหาริมทรัพย์นักแต่ในส่วนอสังหาริมทรัพย์ยังไม่มีความสำเร็จ ศาลในบางคดีก็ไม่ลังเลใจที่จะปรับใช้หลัก *In pari delicto* กับอสังหาริมทรัพย์ ยิ่งกว่านั้นเห็นว่ากรรมสิทธิ์และการครอบครองได้โอนไปยังจำเลยแล้วจึงปฏิเสธสิทธิเรียกคืนทรัพย์ของผู้เช่า ในขณะที่ศาลในหลายๆคดีเห็นว่าการส่งมอบทรัพย์ในสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผล ผู้รับโอนไม่ได้กรรมสิทธิ์ ดังนั้นโจทก์จึงสามารถเรียกเอาทรัพย์ของตนคืนได้ เช่น ในคดี *Mary v. Lemée* โจทก์ได้ขายสถานบริการโสเภณีให้จำเลยพร้อมเฟอร์นิเจอร์ทั้งหมด ศาลปฏิเสธสิทธิเรียกคืนเฟอร์นิเจอร์ของโจทก์โดยเห็นว่าสัญญาซื้อขายเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์แต่กลับอนุญาตให้โจทก์เรียกเอาสถานบริการคืน โดยเห็นว่าจำเลยไม่ได้กรรมสิทธิ์ การวินิจฉัยทำนองเดียวกันยังพบได้ในบางคดีของสัญญาเช่าที่เกิดผลประหลาดขึ้น กล่าวคือ ผู้ให้เช่าไม่อาจเรียกคืนค่าเช่าได้ในขณะที่ผู้เช่ากลับมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในที่เช่าต่อไปได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าเช่า ทำให้ศาลในบางคดีตัดสินว่าสัญญาเช่าเป็นโมฆะ ผู้เช่าไม่มีสิทธิจะอาศัยอยู่ในที่เช่าต่อไปโดยโจทก์มีสิทธิเรียกคืนสถานที่เช่าของตนได้³⁴

ส่วนในกฎหมายอังกฤษจะพบว่ามีความพิพาทหลายกรณีที่อนุญาตให้โจทก์มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์ซึ่งส่งมอบไปโดยเกี่ยวข้องกับพฤติการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยปรับใช้หลักกรรมสิทธิ์ ดังคำวินิจฉัยในคดี *Tinslay v. Milligan* ซึ่งจำเลยได้โต้แย้งสิทธิว่าบ้านเป็นของตนเองครึ่งหนึ่งจากการร่วมกันซื้อ โจทก์แย้งว่าจำเลยไม่มีสิทธิกล่าวอ้างดังกล่าวเพราะได้กระทำไปโดยฉ้อฉล (*fraud*) ศาลโดยเสียงส่วนใหญ่พิพากษาให้จำเลยชนะคดีโดยพิจารณาว่าเป็นกรณีซึ่งจำเลยมีสิทธิครึ่งหนึ่งในบ้านจากเงินที่ร่วมกันซื้อ³⁵ จึงไม่เกี่ยวข้องกับข้อที่โจทก์ยกเอาความไม่ชอบด้วย

³³ Konrad Zweigert & Hein Kotz, *supra note 21*, p.582.

³⁴ E. SABBATH, *supra note 22*, p.700.

³⁵ Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, Second Edition, (Butterworths LexisNexis), p.581.

กฎหมายเป็นข้อโต้แย้ง หรือ คดี Singh v Ali Sardara³⁶ ดังกล่าวแล้ว เป็นต้น

การพิจารณาปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าอาจแบ่งกรณีของการปรับใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินว่าอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี

กรณีแรก นิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขายบ้านโดยผู้ซื้อจะนำไปเป็นแหล่งผลิตยาบ้า ถ้าผู้ขายทราบมูลเหตุจูงใจในการซื้อบ้านของผู้ซื้อ มูลเหตุจูงใจที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวก็กลายเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย สัญญาซื้อขายนั้นจึงเป็นโมฆะ ผู้ขายจะเรียกเอาบ้านคืนโดยกล่าวอ้างว่าตนยังเป็นเจ้าของได้หรือไม่

กรณีที่สอง นิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและศีลธรรมดังกล่าวเป็นนิติกรรมสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เช่น สัญญาเช่าสถานที่ทำเป็นสถานบริการทางเพศ หากผู้ให้เช่าทราบการดังกล่าวด้วย สัญญาเช่าก็เป็นโมฆะ ผู้ให้เช่าจะยังคงเรียกคืนสถานที่ได้เพราะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่หรือไม่

จากกรณีที่ยกอย่างข้างต้น จะเห็นว่าตามทัศนะทั่วไปหากปรับใช้หลักลามาภิควรได้ แล้วกรณีแรกย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 411 ที่คู่สัญญาไม่สามารถเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืนกันได้ แต่ถ้าจะปรับใช้หลักกรรมสิทธิ์โดยถือว่าไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 ก็ไม่น่าจะสมเหตุผล ในกรณีนี้จึงอาจมองได้ว่าหลักกรรมสิทธิ์ควรอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411

ส่วนกรณีที่สอง แม้ว่าสัญญาจะตกเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมและคู่สัญญาได้ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวไปแล้ว หากปรับใช้หลักลามาภิควรได้ เห็นว่าฝ่ายผู้เช่าคงไม่อาจเรียกเอาเงินค่าเช่าที่ชำระไปแล้วคืนได้ แต่ในฝ่ายของผู้ให้เช่าที่ส่งมอบสถานที่ให้ผู้เช่าครอบครองใช้ประโยชน์น่าจะสามารถกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ เนื่องจากตนยังคงเป็นเจ้าของโดยไม่ถูกตัดสิทธิโดยมาตรา 411 เนื่องจากโดยลักษณะของสัญญาแล้วผู้เช่าเพียงต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าในช่วงเวลาที่กำหนดตกลงเท่านั้นมิได้มุ่งประสงค์ได้ทรัพย์สินที่เช่าเป็นของตนเองเลย หากจะถือว่ากรณีที่ผู้ให้เช่ารู้ถึงวัตถุประสงค์ในการเช่าของผู้เช่าที่ผิดกฎหมายจะเป็นการตัดสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของตนเลยไม่น่าจะเป็นเรื่องที่เหมาะสมผลนักเมื่อเทียบกับการที่จะให้จำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของจำเลยเช่นกัน ดังนั้นการอนุญาตให้โจทก์เรียกเอาทรัพย์สินของตนคืนได้ก็น่าจะเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตามการพิจารณาเช่นนี้มีข้อสงสัยอยู่กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายแพ่ง

³⁶ รายละเอียดดูบทที่ 3 ข้อ 3.2.3

ไทยดังกล่าวแล้วกรณีของโมฆะกรรมนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมิได้โอนไปยังสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างกรณีโมฆะกรรมของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเลย ทำให้เห็นว่าการจะพิจารณาพิเคราะห์ว่ามาตรา 411 ควรจะนำมาปรับใช้บังคับจำกัดกรรมสิทธิ์กับกรณีของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินเท่านั้น ในขณะที่นิติกรรมสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน หากปรับใช้หลักกรรมสิทธิ์แล้วจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 แต่อย่างใด การอธิบายแนวนี้แม้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเหมาะสมกับกรณีแล้ว แต่ก็ทำให้การปรับใช้กฎหมายไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือมาตรา 411 อยู่ในส่วนข้อจำกัดสิทธิเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ซึ่งการเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ก็ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรานี้มาใช้บังคับกับการเรียกคืนทรัพย์สินด้วย จึงอาจมีข้อแย้งได้ว่าเป็นความประสงค์ของกฎหมายที่ไม่บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้หรือในทางตรงกันข้ามก็เป็นช่องว่างของกฎหมายที่พิจารณาไปไม่ตลอดในข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นได้

แต่ถ้าพิจารณาว่าหลักกรรมสิทธิ์ควรจะอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นก็จะเห็นว่าไม่สามารถปรับใช้เป็นบทกฎหมายที่บังคับจำกัดสิทธิเรียกร้องตามหลักกรรมสิทธิ์อย่างเด็ดขาดได้ตามกรณีที่ได้อธิบายข้างต้น จึงไม่ควรจะถือว่าหลักกรรมสิทธิ์นั้นอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 ด้วยเหตุผลดังอธิบายแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังมีแนวทางอื่นในการเยียวยากรณีที่เกิดขึ้น ได้แก่ การปรับใช้หลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานของนิติสัมพันธ์ทุกประเภท โดยหลักสุจริตได้ปรากฏแฝงอยู่ในบทกฎหมายมาตราต่างๆของไทยรวมถึงมาตรา 411 ก็กล่าวได้ว่าเป็นหลักการส่วนหนึ่งของหลักสุจริตด้วย ที่สำคัญหลักสุจริตโดยทั่วไปยังได้ปรากฏตัวอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายไทยที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 5 อันเป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถนำมาปรับใช้เพื่ออำนวยความสะดวกได้อย่างกว้างขวาง และศาลได้นำหลักสุจริตดังกล่าวมาเป็นข้อจำกัดการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ในหลายกรณี เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 546/2529 เมื่อสัญญาเช่าซื้อยังไม่ได้เลิกกันและที่ผู้ให้เช่าซื้อมายื่นคำร้องขอรถจักรยานยนต์ของกลางคืน ก็เพราะญาติของผู้กระทำผิดขอรับรอง และผู้ให้เช่าซื้อไม่เจตนาที่จะรับชำระเงินค่าเช่าซื้อตามสัญญาเท่านั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้กระทำ ความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์ เป็นการสิทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาฎีกาที่ 2611/2529 การที่ผู้ให้เช่าซื้อซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ยื่นคำร้องขอรถจักรยานยนต์ของกลางคืนในคดีนั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ให้เช่าซื้อโดยตรง เมื่อไม่ปรากฏ

ว่าผู้ให้เช่าซื้อจะมีกิจการเกี่ยวข้องกันหรือมีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษ พฤติการณ์ยังถือไม่ได้ว่าผู้ให้เช่าซื้อได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด และไม่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

จะเห็นว่า ทั้งสองกรณีเป็นเรื่องที่จำเลยนำรถที่เช่าซื้อจากโจทก์ไปใช้กระทำความผิด โดยยังชำระราคาที่เขาซื้อไม่ครบ โจทก์ผู้ให้เช่าซื้อยังเป็นเจ้าของรถอยู่ จึงสามารถร้องขอเอารถของตนคืนได้เว้นแต่ตนจะรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วย ตามกฎหมายอาญามาตรา 33 วรรค 2 แต่ตามกรณี ศาลก็มีได้ปรับกับมาตราดังกล่าวเพราะโจทก์อาจมิได้ร่วมรู้เห็นให้จำเลยนำไปใช้กระทำความผิด แต่ที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เรียกคืนทรัพย์สินก็โดยพิจารณาความสุจริตในการมาขอทรัพย์สินเป็นสำคัญว่าทำเพื่อประโยชน์ของใคร หากทำเพื่อให้ได้เงินครบตามสัญญาเช่าซื้อเท่านั้นและมอบรถให้ผู้ต้องหาอีก แม้ผู้ให้เช่าซื้อจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินก็ไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์สินโดยปรับใช้หลักสุจริตเข้ามาตัดสิทธิของโจทก์

ตามที่อธิบายและแนวคำพิพากษาข้างต้น จะพบว่าแม้ข้อเท็จจริงโจทก์จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่เมื่อมีพฤติการณ์ที่ทำให้เห็นว่าการอ้างกรรมสิทธิ์เพื่อเรียกทรัพย์สินนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริต ศาลก็ไม่บังคับให้โจทก์มีสิทธิได้ทรัพย์สิน ดังนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้พิจารณาประกอบในกรณีที่บุคคลได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายและศีลธรรมอันดีได้อ้างหลักกรรมสิทธิ์เพื่อเรียกทรัพย์สินคืนเพื่อหลีกเลี่ยงการปรับใช้มาตรา 411 โดยพิจารณาลักษณะของข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป น่าจะเป็นการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมและเป็นธรรม