

## บทที่ 5

### บทสรุปและเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของสังคมย่อมไม่ได้รับการยอมรับ และถูกลงโทษเพื่อมิให้เกิดการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ในลักษณะเดียวกันขึ้นอีกในสังคม แม้บุคคล จะมีอิสระและเสรีภาพในการแสดงเจตนาผูกพันตนเองและคู่สัญญาอันเป็นหลักการพื้นฐานของ กฎหมายแพ่ง แต่ความตกลงนิติกรรมสัญญาใดๆที่คู่สัญญาได้ชำระหนี้ไปตามข้อตกลงสัญญาที่ ขัดต่อกฎหมาย จารีตประเพณีหรือหลักประเพณีปฏิบัติอันดีงามแล้วกฎหมายย่อมไม่รับรองบังคับ ให้เกิดผลสมตามความปรารถนาได้ ขณะเดียวกันคู่สัญญาในนิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายและ ศีลธรรมนั้นก็ไม่อาจจะเรียกเอาทรัพย์สินที่ตนได้ส่งมอบไปแล้วคืนได้เช่นกัน โดยบทกฎหมายที่เข้า มาเกี่ยวข้องกับบังคับจำกัดสิทธิเรียกร้องคืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ปรากฏเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของ หลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องขอคืนทรัพย์สินใดจากผู้ที่ได้รับไว้โดยปราศจาก มูลอันจะอ้างกฎหมายได้

จากการศึกษากล่าวได้ว่าแนวคิดที่มาของหลักลาภมิควรได้นี้มีเค้ารอยเป็นรูปร่าง เกิดขึ้นตั้งแต่กฎหมายสมัยโรมัน แรกเริ่มหลักกฎหมายนี้มีที่มาจากลักษณะของรูปแบบการฟ้องคดี โดยอาศัยฐานทางบุคคลสิทธิที่มีลักษณะเป็นมูลหนี้ชนิดพิเศษที่ไม่ได้ตั้งฐานจากสัญญาไม่ว่า โดยตรงหรือโดยปริยายและก็ไม่ใช่เรื่องละเมิด การจัดแบ่งประเภทและอธิบายรูปแบบของหลักการ นี้จึงถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะมูลหนี้คล้ายสัญญาหรือเสมือนสัญญา (Quasi Contract) อัน ประกอบด้วย หลัก *Negotiorum gestio* ที่พัฒนาแนวคิดจนกลายเป็นหลักกฎหมายเรื่องจัดการ งานนอกสั่ง และหลัก *Condictio* ซึ่งพัฒนาต่อมาเป็นหลักกฎหมายลาภมิควรได้ในปัจจุบัน โดยที่ แนวคิดทั่วไปของหลัก *Condictio* จะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ที่ส่งมอบทรัพย์สินใดไปเรียกคืนทรัพย์สิน ดังกล่าวจากผู้ได้รับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้เพื่อให้ความเป็นธรรม ขณะเดียวกัน กฎหมายโรมันก็ได้วางแนวคิดหลักการว่ากรณีการส่งมอบทรัพย์สินใดไปเพื่อชำระหนี้ตามข้อตกลง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือมาตรฐานศีลธรรมอันดีของสังคมแล้ว คู่สัญญาย่อมไม่อาจจะกล่าวอ้างหลัก *Condictio* เพื่อเรียกร้องขอทรัพย์สินคืนได้ ซึ่งมีหลักกฎหมาย ที่นำมาปรับใช้กับกรณีได้ดังนี้

1.กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินใดไว้เป็นฝ่ายที่กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีเพียงฝ่ายเดียว ผู้ที่ส่งมอบทรัพย์สินให้ไปโดยเจตนาบริสุทธิ์ด้วยความจำเป็นหรือเพื่อยับยั้งการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีนั้นย่อมสามารถใช้รูปแบบการฟ้องคดี *Condictio ob turpem ( vel iniustam ) causam* เพื่อเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระไปนั้นได้

2.กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ไปเป็นฝ่ายที่กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีเพียงฝ่ายเดียวแล้ว ในกรณีนี้ผู้ส่งมอบทรัพย์สินไปย่อมไม่มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินคืน

3.กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการทำความตกลงหรือสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี มีหลักกฎหมายอยู่ว่าเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้ในความครอบครองจะอยู่ในฐานะที่ดีกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย (*In pari turpitudine หรือ In pari delicto*) คู่กรณีไม่มีสิทธิฟ้องเพื่อเรียกทรัพย์สินคืนโดยอ้างหลัก *Condictio* รูปแบบใดๆได้

แนวคิดของหลักกฎหมายโรมันดังกล่าวได้พัฒนาต่อมาโดยนักกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางแนวคิดของหลักกฎหมายลามิกอร์ได้รวมอยู่กับหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งปรากฏในบทบัญญัติมูลหนี้เสมือนสัญญา ตั้งแต่มาตรา 1371-1381 ในขณะที่นักกฎหมายเยอรมันได้สังเคราะห์แนวคิดของหลัก *Condictio* ในกฎหมายโรมันจนแยกแยะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปได้และบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งตั้งแต่มาตรา 812-822 จึงกล่าวได้ว่าเยอรมันเป็นประเทศแรกที่มีการรับรองหลักกฎหมายเรื่องลามิกอร์ได้ (*Unjustified Enrichment*) เป็นมูลหนี้ประเภทหนึ่งแยกจากมูลหนี้ประเภทอื่นๆอย่างชัดเจน ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แนวคิดเรื่องลามิกอร์ได้เริ่มพัฒนาอย่างจริงจังเมื่อประมาณร้อยกว่าปีที่ผ่านมาโดยจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สิน (*Law of Restitution*) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความซับซ้อนและข้อโต้แย้งเกิดขึ้นอย่างมากมา อย่างไรก็ตามลักษณะโดยทั่วไปของหลักลามิกอร์ได้ (*Unjust Enrichment*) ในระบบคอมมอนลอว์ปัจจุบันก็มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับหลักลามิกอร์ได้ในระบบซีวิลลอว์

ในกฎหมายไทย นักกฎหมายเห็นว่าเราก็มีลักษณะของการปรับใช้เรื่องลามิกอร์ได้มาแต่เดิมแล้วไม่ใช่หลักกฎหมายใหม่แต่ไม่เป็นกิจจะลักษณะ เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายตามแบบอย่างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องลามิกอร์ได้ไว้อย่างครบถ้วนในประมวลด้วย โดยได้เลียนแบบมาจากกฎหมายลามิกอร์ได้ของต่างประเทศคือ เยอรมัน ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์และบราซิล ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าเราได้รับอิทธิพลจากกฎหมาย

เยอรมันและฝรั่งเศสเป็นหลัก โดยจากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าตัวบทของเราค่อนข้างรับเอาแนวคิดหลักลาภมิควรได้ตามแนวทางของกฎหมายเยอรมัน แม้ว่ากฎหมายไทยจะยึดถือระบบนิติกรรมเดียวเหมือนกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ตาม เนื่องจากว่าลักษณะลาภมิควรได้ของเยอรมันมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและสมบูรณ์กว่าในกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งในที่สุดศาลสูงของฝรั่งเศสก็ต้องวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในเวลาต่อมาและเมื่อพิจารณาแนวคำอธิบายทางตำราของไทยจะพบว่าส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดจากทั้งของเยอรมันและฝรั่งเศส ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายลักษณะลาภมิควรได้ของไทยไปในแนวทางใดทางหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงบริบทอื่น ๆ ไม่ถูกต้องนัก ผู้เขียนเห็นว่า การปรับใช้เรื่องลาภมิควรได้นั้นควรพิจารณาถึงที่มาของตัวบทพอเป็นแนวทางพิเคราะห์ควบคู่ไปกับการคำนึงถึงทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นด้วย

กรณีปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 สามารถสรุปพิเคราะห์ได้ดังนี้

ประการแรก เกี่ยวกับลักษณะข้อเท็จจริงของการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอย่างไรที่จะถูกจำกัดสิทธิเรียกคืนทรัพย์สิน จะเห็นว่าการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมตามมาตรา 411 นี้เป็นการชำระหนี้ไปตามนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นโมฆะ การจะปรับใช้มาตรา 411 ได้ จึงต้องพิจารณาก่อนว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของนิติกรรมสัญญาอันเป็นนิติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมและตกเป็นโมฆะหรือไม่ โดยพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมซึ่งเป็นประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนาจะให้เกิดมีขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปวัตถุประสงค์ของนิติกรรมย่อมเหมือนกันตามแต่นิติกรรมแต่ละประเภท แต่สิ่งที่ไม่เหมือนกันคือมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายซึ่งตามปกติไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ทราบมูลเหตุจูงใจในการเข้าทำนิติกรรมของคู่สัญญาอีกฝ่าย มูลเหตุจูงใจนั้นก็กลายมาเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมสัญญานั้นได้

กรณีของนิติกรรมสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะตกเป็นโมฆะนั้นมีความเห็นของนักกฎหมายแสดงไว้โดยมีแนวทางที่สอดคล้องกัน แม้จะใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไปบ้าง ซึ่งน่ากล่าวโดยสรุปได้ว่าการจะชี้ชัดถึงความไม่รู้ของคู่สัญญาในมูลเหตุที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นจะต้องพิจารณาลักษณะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่สรุปได้จากแนวคำอธิบายทางตำราคือ ในกรณีของนิติกรรมสัญญาที่วัตถุประสงค์อาจชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้นั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนแต่ยังฝืนทำนิติกรรมสัญญาดังกล่าวไปนิติ

กรรมสัญญา นั้นจึงเป็นโมฆะ แต่ในกรณีของนิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายและมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองแล้ว เช่น สัญญาจ้างวานฆ่าหรือสัญญาจ้างให้ ช่มชู้ทำร้ายร่างกาย นิติกรรมสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะเสมอโดยไม่พิจารณาถึงความรู้หรือไม่รู้ ถึงวัตถุประสงค์อันฝ่าฝืนกฎหมายของคู่สัญญาแต่ประการใด

อย่างไรก็ตามนิติกรรมที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นก็ได้ตกเป็นโมฆะ เสมอไป โดยมีแนวความเห็นทางกฎหมายเห็นว่าต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ ของกฎหมายที่บัญญัติห้ามการกระทำนั้นๆเป็นสำคัญว่าการที่จะตกเป็นโมฆะนั้นต้องเป็นการอัน กฎหมายมุ่งห้ามมิให้ผลเกิดด้วย กฎหมายบางบทอาจมุ่งที่จะห้ามพฤติการณ์หรือวิธีในการทำนิติ กรรมบางอย่างโดยเฉพาะ แต่มิได้มุ่งที่จะห้ามผลแห่งนิติกรรมนั้นแต่อย่างใด เช่น การที่กฎหมาย ห้ามขับขี่ยานต์เร็วกว่าที่กำหนด มิได้ห้ามนิติกรรมการให้บริการรถโดยสารที่ผู้ขับขี่ยานต์เร็วกว่าที่ กฎหมายกำหนดเป็นการฝ่าฝืนด้วย เป็นต้น

จากกรณีของนิติกรรมสัญญาที่อาจชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้โดยอาศัย ความรู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งไม่ทราบเหตุดังกล่าวนิติกรรมจึงไม่ตกเป็นโมฆะ ดังนี้จึงเห็นได้ว่าไม่มีกรณีต้องบังคับคืน ทรัพย์กันตามหลักกฎหมายได้ที่จะต้องพิจารณาข้อห้ามการเรียกคืนเพราะได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่า ฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามมาตรา 411 แต่ประการใด การที่แนวคำอธิบายและ คำพิพากษาใช้ถ้อยคำว่าผู้ที่ชำระหนี้ไปในกรณีดังกล่าวมีสิทธิเรียกคืนได้ อาจทำให้เข้าใจว่าเป็น สิทธิเรียกคืนตามหลักกฎหมายได้ ซึ่งแท้จริงแล้วสิทธิเรียกคืนในกรณีเช่นนี้หมายถึงการใช้สิทธิ ตามหลักกฎหมายอื่นที่บังคับในเรื่องนั้น เช่น อาจถือเป็นเรื่องผิดสัญญา เป็นต้น

ประการที่สอง กรณีการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายเพราะได้ชำระหนี้ไป ตามนิติกรรมที่ไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้มีผลเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 จะถือ ว่าเป็นการทำนิติกรรมที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีอันต้องห้ามการเรียกคืน ทรัพย์ได้หรือไม่นั้น เกี่ยวกับเรื่องนี้ความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำพิพากษาดัดสินว่าไม่ ต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์ โดยมีแนวคำอธิบายทางตำรากล่าวถึง คือ

แนวทางแรก เห็นว่า การชำระหนี้ในนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไม่ ต้องห้ามการเรียกคืนทรัพย์คืน เนื่องจากเป็นกิจการที่ไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน

แนวทางที่สอง อธิบายว่าเพิ่มเติมว่า การใดที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ เมื่อไม่ทำตามต้องตกเป็นโมฆะนั้น มิใช่เป็นเรื่องที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะเพราะความไม่สมบูรณ์ขององค์ประกอบนิติกรรม

ในเรื่องนี้ จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติให้การทำนิติกรรมสัญญาบางประเภทจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับนั้นโดยมากจะเป็นนิติกรรมสัญญาที่มีความสำคัญเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมและส่วนได้เสียของผู้ที่เกี่ยวข้อง ให้นำบุคคลทั่วไปทราบว่าการทำนิติกรรมนั้นขึ้นเพื่อป้องกันการหลอกลวงแอบอ้าง และเป็นหลักฐานระหว่างคู่สัญญาและในกระบวนการยุติธรรมหากมีคดีเกิดขึ้น จึงเห็นได้ว่าแบบที่กฎหมายบังคับจึงเป็นกรณีที่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นไม่ทำนิติกรรมสัญญาให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องว่าความเป็นโมฆะของนิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนบทกฎหมายในเรื่องแบบนี้ไม่กระทบต่อสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระหนี้กันไปตามหลักกฎหมายสมควรได้ โดยอาจอธิบายเพิ่มเติมให้ชัดได้ว่าการที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบเรื่องแบบนี้เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมและส่วนได้เสียของผู้เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้ว มิได้มุ่งห้ามที่ตัวการกระทำโดยตรงซึ่งจะสังเกตได้จากกรณีของสัญญาที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดนั้นมิได้ตกเป็นโมฆะ เสียไปในทุกกรณีหากการนั้นสามารถสมบูรณ์เป็นนิติกรรมสัญญาอย่างอื่นได้ ทั้งความเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนกฎหมายที่กำหนดเรื่องแบบนี้ ไม่คำนึงถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาแห่งนิติกรรมเลยว่าจะทราบหรือไม่ว่านิติกรรมสัญญาที่มุ่งหมายจะทำให้เป็นผลนั้นกฎหมายวางเงื่อนไขบังคับเรื่องแบบนี้ไว้หรือไม่ การไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดจึงไม่ใช่เรื่องที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะห้ามการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังนัยยะเรื่องวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมสัญญาตามมาตรา 150 ไม่ ผลความเป็นโมฆะของนิติกรรมที่ไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบจึงไม่ต้องพิจารณามาตรา 411 ประกอบด้วยในการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายสมควรได้แต่ประการใด

ประการที่สาม เกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้มาตรา 411 เพื่อห้ามการเรียกทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี มีข้อสังเกตของนักกฎหมายไทยแนวทางหนึ่งว่า ควรที่จะเปรียบเทียบความหนักเบาของพฤติการณ์ระหว่างผู้ชำระหนี้ผู้รับชำระหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นิติกรรมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ผิดกฎหมายเพราะกฎหมายห้ามกระทำก่อนได้รับอนุญาต ควรพิจารณารัฐประศาสนนโยบายประกอบด้วยหรือไม่ ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยตัดสิน อันเป็นแนวทางที่เกิดขึ้นในกฎหมายของต่างประเทศ ในกรณีที่ผู้ชำระหนี้มีความจำเป็นต้อง

กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งผู้ชำระหนี้ได้รู้หรือควรรู้ก่อนหน้านั้นไม่สามารถบังคับกันได้กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนในการกระทำตามวัตถุประสงค์ที่ชั่วร้าย ส่วนในกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชี้ชัดถึงประเด็นนี้

จากการศึกษาเกี่ยวกับลักษณะการปรับใช้มาตรา 411 มีข้อวิจารณ์และทัศนะที่แตกต่างกันทางวิชาการอยู่มากทีเดียว ดังคดีที่เกิดขึ้นในเยอรมันได้แก่กรณีที่เกี่ยวข้องกับผู้รับก่อสร้างซึ่งได้รับโอนสิทธิเรียกร้องเงินค่าจ้างได้ฟ้องเรียกค่าจ้างตามสัญญาจ้างงานของสามีโจทก์ที่จำเลยค้างชำระอยู่ ตามที่สามีโจทก์ได้ทำงานให้จำเลยโดยไม่มีใบอนุญาตรับรองทางวิชาชีพและไม่มีการจดทะเบียนกิจการซึ่งจำเลยก็ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งศาลสูงเยอรมันได้ตัดสินโดยให้เหตุผลที่น่าสนใจยิ่งว่าสัญญาจ้างดังกล่าวทำโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ทราบถึงเหตุของความผิดกฎหมายนั้นดีจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งศาลเยอรมันเห็นว่ากรณีข้อเท็จจริงของโจทก์ต้องด้วยหลักกฎหมายลามิคอร์ได้ตามมาตรา 812 (1) จึงอยู่ในบังคับมาตรา 817 (2) ซึ่งคู่กรณีอาจยกเอาความผิดกฎหมายเป็นข้อต่อสู้เพื่อจำกัดสิทธิเรียกร้องของโจทก์ได้เมื่อทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรา 817 (2) จะขัดขวางสิทธิเรียกคืนลามิคอร์ได้ของผู้เรียกร้อง แต่ในกรณีนี้กฎหมายต่อต้านการจ้างงานที่มีขอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเนื่องจากแรงงานที่ผิดกฎหมายได้เพิ่มจำนวนผู้ว่างงานในหลายวิชาชีพและทำให้รัฐสูญเสียรายได้ทางภาษีและทำลายระบบประกันสังคม มิได้มุ่งปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ในสถานการณ์ดังกล่าวศาลได้อ้างเหตุผลโดยยกเอาความสุจริตระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดกฎหมายด้วยกันมาพิจารณาด้วย และเห็นว่าลูกค้านั้นอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าฝ่ายโจทก์และไว้วางใจในสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ความสุจริตใจของโจทก์อยู่เหนือกว่าข้อต่อสู้ของจำเลย จำเลยที่มีส่วนร่วมรับรู้การกระทำผิดด้วยไม่ควรที่จะได้ลากไปโดยไม่ต้องสูญเสียอะไรเลย ศาลจึงตัดสินให้ลูกค้านั้นต้องชดเชยค่าแรงงานบางส่วน ขณะที่การปรับใช้หลักการกฎหมายฝรั่งเศสและอังกฤษต่างก็ประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน

นักกฎหมายและศาลได้พยายามหาหลักเกณฑ์เพื่ออธิบายเหตุผลของการตัดสินที่แตกต่างไป ซึ่งพบว่ากฎหมายของแอฟริกาได้สมัยใหม่ได้ปรับใช้หลัก *in pari turpitudine* อย่างยืดหยุ่น กล่าวคือ พิจารณาว่าหลักซึ่งห้ามเรียกคืนทรัพย์ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายหรือศีลธรรมนั้นไม่ใช่หลักการเพียงประการเดียวที่จะสามารถนำไปปรับใช้กับทุกกรณีได้ แต่ยังมีข้อจำกัดบางประการได้แก่กรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักนโยบายของรัฐ ลักษณะเช่นเดียวกันปรากฏในกฎหมายของนิวซีแลนด์และอิสราเอลที่ทำให้

ดุลพินิจ (Discretion Approach) แก่ศาลในการวินิจฉัยเปรียบเทียบพฤติการณ์ระหว่างคู่สัญญา ในการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทกฎหมาย และเห็นว่าลักษณะของการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ปรากฏใน กฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ดังคดีตัวอย่างข้างต้นและในกฎหมายของเนเธอร์แลนด์เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแนวทางการวินิจฉัยปัญหาที่ปรากฏในกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับ รูปแบบในต่างประเทศดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า มีหลักการที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การปรับใช้มาตรา 411 จำกัดการเรียกคืนทรัพย์สินนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีส่วนรู้หรือควรรู้ว่าการชำระหนี้ของตนเป็นไปเพื่อการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี หากคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกกร้องเอาทรัพย์สินไม่ได้รู้ว่าตนได้ชำระหนี้ไปเพื่อการที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมก็ไม่ต้องห้ามการเรียกทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นข้อเท็จจริงของการปรับหลักกฎหมายได้มีน้อยเมื่อเทียบกับมูลหนี้ประเภทอื่น ข้อเท็จจริงตามมาตรา 411 ที่เป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรม เช่น การให้สินบน การค้าขายของเถื่อน โดยลักษณะข้อเท็จจริงยังไม่มี ความซับซ้อนมากเท่ากับแนวทางที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาในต่างประเทศ ซึ่งจะเห็นว่าทุกระบบกฎหมายต่างมีหลักกฎหมายที่ห้ามการเรียกคืนทรัพย์สินซึ่ง คู่สัญญาได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี แม้จะมีข้อโต้แย้งหรือแนวทางที่แตกต่างกันอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่กฎหมายประเทศต่างๆ เห็นพ้องกันว่า มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ได้แก่ การกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายหรือศีลธรรมในตัวเอง เช่น การจ้างฆ่าหรือทำร้ายร่างกายคนอื่น การให้สินบนผู้มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใดให้กระทำมิชอบต่อหน้าที่นั้น และการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเนื่องจากเป็นเรื่องที่ขัดกับนโยบายของรัฐ ตัวอย่างเช่น การประกอบกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องขออนุญาตก่อน เช่น กิจการประกันภัย เป็นต้น ในกรณีของข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ถึงการกระทำของตนว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมายถ้าเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีโดยชัดแจ้งแต่ผิดกฎหมายเพราะกฎหมายห้ามแล้ว ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวทางที่ให้ศาลมีดุลพินิจพิจารณาเปรียบเทียบความหนักเบาของพฤติการณ์แห่งความผิดระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อนน่าจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาปรับใช้กฎหมายมาตรา 411 ของไทยซึ่งอาจมีข้อเท็จจริงดังที่เกิดในต่างประเทศเกิดขึ้นได้ต่อไป

ประการที่สี่ เกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 411 กับการเรียกทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ เนื่องจากตามหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาของไทย นิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้นถือว่าไม่มีการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิระหว่างคู่สัญญา กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้จึงมิได้อินไปสู่ผู้รับโอนแม้ว่าทรัพย์สินจะอยู่ในครอบครองของเขาก็ตาม คู่กรณีจึงอาจใช้การเรียกทรัพย์สินที่

ส่งมอบไปแล้วคืนตามหลักกรรมสิทธิ์ได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งการปรับใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินโดยหลักกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายไทย หากนำบทบัญญัติมาตรา 1376 เรื่องคืนการครอบครองมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินแล้ว จะพบว่ากฎหมายมาตรานี้ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์การคืนทรัพย์สินในกฎหมายลาภมิควรได้มาปรับใช้บังคับโดยอนุโลมตั้งแต่มาตรา 412-418 โดยมีกำหนดให้นำส่วนของข้อจำกัดการเรียกคืนมาปรับใช้ด้วย จึงมีปัญหว่าในกรณีที่บุคคลได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีซึ่งนิติกรรมที่สร้างขึ้นดังกล่าวยอมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ผู้ที่ได้ชำระหนี้ไปแล้วยอมไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ส่งมอบไปโดยกล่าวอ้างว่าเป็นลาภมิควรได้ตามมาตรา 406 เนื่องจากต้องห้ามตามมาตรา 411 เพราะเป็นการมอบทรัพย์สินให้ไปโดยขัดต่อกฎหมายหรือหลักศีลธรรมอันดีแล้ว บุคคลดังกล่าวจะเรียกทรัพย์สินนั้นคืนโดยอ้างว่าตนคือเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่

ในปัญหาประการนี้กฎหมายไทยไม่มีแนวคำอธิบายทางตำรากล่าวถึงไว้แน่ชัด กล่าวคือเพียงแต่มีคำอธิบายของนักกฎหมายบางท่านที่เห็นว่าหากใจทักมีทางแก้อื่นรวมถึงการใช้สิทธิติดตามเอาคืนตามหลักกรรมสิทธิ์แล้วก็ไม่ใช้กรณีของลาภมิควรได้เท่านั้น<sup>1</sup> เกี่ยวกับเรื่องนี้จึงไม่มีแนวทางที่แน่ชัด

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแนวทางในกฎหมายต่างประเทศพบว่า ศาลเยอรมันมีแนวคิดที่ศนะว่าบทบัญญัติมาตรา 817 (2) ซึ่งห้ามผู้ชำระหนี้ไปโดยมีส่วนผิดอยู่ด้วยเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระไปเพื่อวัตถุประสงค์อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นจะปรับใช้กับสิทธิเรียกร้องตามหลักลาภมิควรได้เท่านั้นไม่รวมไปถึงสิทธิเรียกร้องตามหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิตามมูลหนี้อื่น ๆ ด้วย แต่ที่ศนะดังกล่าวมีการตั้งข้อสังเกตได้แย้งถึงความเด็ดขาดของวัตถุประสงค์ของข้อห้ามหรือประโยชน์สาธารณะที่รัฐมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง ในกฎหมายอังกฤษบางคดีก็มีแนวคำวินิจฉัยที่นำหลักกรรมสิทธิ์มาประกอบการตัดสินคดี เป็นต้น ทำให้เห็นว่าในแต่ละประเทศมีลักษณะการปรับใช้ที่ต่างกันออกไป

การพิจารณาปัญหาดังกล่าว อาจแบ่งลักษณะเพื่อวิเคราะห์ทำความเข้าใจกรณีที่เกิดขึ้นได้ 2 กรณี

กรณีแรก นิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขายบ้านโดยผู้ซื้อจะนำไปเป็นแหล่งผลิตยาบ้า ถ้าผู้ขายทราบมูลเหตุจูงใจในการซื้อบ้านของผู้ซื้อ มูลเหตุจูงใจที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

<sup>1</sup> โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3

ดังกล่าวก็กลายเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย สัญญาซื้อขายนั้นจึงเป็นโมฆะ ผู้ขายจะเรียกเอาบ้านคืนโดยกล่าวอ้างว่าตนยังเป็นเจ้าของได้หรือไม่ ซึ่งหากปรับใช้หลักกลาภมิควรได้แล้วกรณีนี้ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 411 ที่คู่สัญญาไม่สามารถเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืนกันได้ แต่ถ้าจะปรับใช้หลักกรรมสิทธิโดยถือว่าไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 ก็ไม่น่าจะสมเหตุผล ในกรณีนี้จึงอาจมองได้ว่าหลักกรรมสิทธิควรอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411

กรณีที่สอง นิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและศีลธรรมดังกล่าวเป็นนิติกรรมสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สิน เช่น สัญญาเช่าสถานที่ทำเป็นสถานบริการทางเพศ หากผู้ให้เช่าทราบการดังกล่าวด้วย สัญญาเช่าก็เป็นโมฆะ ผู้ให้เช่าจะยังคงเรียกคืนสถานที่ได้เพราะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่หรือไม่ ในกรณีนี้หากปรับใช้หลักกลาภมิควรได้ ผู้เขียนเห็นว่าฝ่ายผู้เช่าคงไม่อาจเรียกเอาเงินค่าเช่าที่ชำระไปแล้วคืนได้ แต่ในส่วนฝ่ายของผู้ให้เช่าที่ส่งมอบสถานที่ให้ผู้เช่าครอบครองใช้ประโยชน์น่าจะสามารถกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินได้เนื่องจากตนยังคงเป็นเจ้าของโดยไม่ถูกตัดสิทธิโดยมาตรา 411 เนื่องจากโดยลักษณะของสัญญาเช่าทรัพย์สินแล้วผู้เช่าเพียงต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าในช่วงเวลาที่กำหนดตกลงเท่านั้นมิได้มุ่งประสงค์ได้ทรัพย์สินที่เช่าเป็นของตนเองเลย หากจะถือว่าการที่ผู้ให้เช่ารู้ถึงวัตถุประสงค์ในการเช่าของผู้เช่าที่ผิดกฎหมายจะเป็นการตัดสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของตนเองไม่น่าจะเป็นเรื่องที่เหมาะสมผลนักเมื่อเทียบกับการที่จะให้จำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของจำเลยเช่นกัน ดังนั้นการอนุญาตให้โจทก์เรียกเอาทรัพย์สินของตนคืนได้จึงน่าจะเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตามการพิจารณาดังกล่าวมีข้อสงสัยอยู่กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายแพ่งไทยกรณีโมฆะกรรมนั้นกรรมสิทธิในทรัพย์สินมิได้โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างกรณีโมฆะกรรมของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินและสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สิน ทำให้เห็นว่าหากจะพิจารณาพิเคราะห์ว่ามาตรา 411 ควรจะนำมาปรับใช้เป็นบทบังคับจำกัดสิทธิเรียกร้องตามหลักกรรมสิทธิในกรณีของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิทรัพย์สินเท่านั้น โดยไม่บังคับกับนิติกรรมสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิทรัพย์สินนั้น แม้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเหมาะสมกับกรณีแล้วแต่ก็ทำให้การปรับใช้กฎหมายไม่สอดคล้องกัน เนื่องจากมาตรา 411 อยู่ในส่วนข้อจำกัดสิทธิเรียกคืนตามหลักกลาภมิควรได้และการเรียกคืนตามหลักกรรมสิทธิก็ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรานี้มาใช้บังคับกับการเรียกคืนทรัพย์สินด้วย จึงอาจมีข้อแย้งได้ว่าเป็นความประสงค์ของกฎหมายที่ไม่บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้หรือในทางตรงกันข้ามก็เป็นช่องว่างของกฎหมายที่พิจารณาไปไม่ตลอดในข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นได้ ถ้าจะพิจารณาว่าหลักกรรมสิทธิควรจะอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 เพื่ออุด

ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นก็จะเห็นว่าไม่สามารถปรับใช้เป็นบทกฎหมายที่บังคับจำกัดสิทธิเรียกร้องตามหลักกรรมสิทธิ์อย่างเด็ดขาดได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรจะถือว่าหลักกรรมสิทธิ์จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 411 โดยยังมีแนวทางอื่นในการเยียวยากรณีที่เกิดขึ้นได้ กล่าวคือ การปรับใช้หลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานของนิติสัมพันธ์ทุกประเภท โดยหลักสุจริตได้ปรากฏตัวอย่างชัดเจนในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายไทย ซึ่งมาตรา 411 ก็กล่าวได้ว่าเป็นหลักการส่วนหนึ่งของหลักสุจริตด้วย ดังนั้นจึงควรจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้พิจารณาประกอบในกรณีที่บุคคลได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายและศีลธรรมอันดีได้อ้างหลักกรรมสิทธิ์เพื่อเรียกทรัพย์สินคืนโดยพิจารณาลักษณะของข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป น่าจะเป็นการปรับใช้กฎหมายที่สอดคล้องเหมาะสมและเป็นธรรม

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ประการแรก การชำระหนี้ไปตามนิติกรรมสัญญาที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ซึ่งมาตรา 411 บัญญัติว่าไม่อาจเรียกคืนกันได้นั้นไม่ควรจะใช้บังคับอย่างเคร่งครัดเด็ดขาด กล่าวคือกรณีที่นิติกรรมสัญญานั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีโดยชัดแจ้งแต่ผิดกฎหมายเพราะกฎหมายห้าม เช่น เป็นเรื่องนโยบายของรัฐ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่ให้ศาลมีดุลพินิจเปรียบเทียบความหนักเบาของพฤติการณ์ระหว่างคู่สัญญาผู้ชำระหนี้กับผู้รับชำระหนี้ก่อนที่จะวินิจฉัยตัดสินว่าควรอนุญาตหรือปฏิเสธสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินน่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมและเป็นอันวยความยุติธรรมได้เป็นอย่างดี

ประการที่สอง กรณีนิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆะซึ่งตามกฎหมายแพ่งไทยถือว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้มิได้โอนไปสู่ผู้รับโอน บุคคลจึงอาจเรียกทรัพย์สินนั้นคืนโดยอ้างว่าตนคือเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้อีกทางหนึ่ง ในกรณีที่บุคคลได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีได้อ้างหลักกรรมสิทธิ์เพื่อเรียกคืนทรัพย์สินเพื่อหลีกเลี่ยงข้อห้ามเรียกคืนทรัพย์สินตามมาตรา 411 ของหลักกฎหมายลามิควรรได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 411 มิใช่กฎหมายที่บังคับจำกัดสิทธิเรียกร้องตามหลักกรรมสิทธิ์ จึงน่าจะนำหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปไปตามมาตรา 5 มาปรับใช้กับกรณีที่บุคคลได้ชำระหนี้ไปโดยฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายและศีลธรรมอันดีได้อ้างหลักกรรมสิทธิ์เพื่อเรียกทรัพย์สินคืนโดยพิจารณาลักษณะของข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป น่าจะเป็นทางหนึ่งในการปรับใช้กฎหมายเพื่ออันวยความยุติธรรม