

บทที่ 2

หลักการทั่วไปของโมฆียะกรรมและชนิดของหนี้ และแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม

ในเบื้องต้นการที่จะทำการศึกษาถึงการคืนทรัพย์สินอันเนื่องมาจากกรณี โมฆียะกรรม เมื่อมีการบอกล้างแล้ว จำต้องทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องเสียก่อน โดยทำการศึกษาหลักการทั่วไปของโมฆียะกรรมและชนิดของหนี้ รวมทั้งแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม รายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

2.1 หลักการทั่วไปของโมฆียะกรรม

โมฆียะกรรม คือ นิติกรรมที่อาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรกได้ และเมื่อมีการบอกล้างแล้ว ย่อมทำให้นิติกรรมนั้นมีผลย้อนหลังไปจนถึงเวลาที่เข้าทำนิติกรรมนั้น แต่ถ้ามีการให้สัตยาบัน นิติกรรมนั้นก็จะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ไม่เป็น โมฆียะกรรมอีกต่อไป โดยนิติกรรมในลักษณะนี้เป็นนิติกรรมที่กฎหมายได้กำหนดและระบุไว้โดยเฉพาะว่าให้มีผลเป็น โมฆียะกรรม หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าความเป็นโมฆียะกรรมของนิติกรรมนั้นถูกกำหนดโดยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยวิปริต คือ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ยกเว้นสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม คุ้มครองผู้ที่แสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ นอกจากนี้ กฎหมายยังมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ที่หย่อนความสามารถ คือ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งเจตนารมณ์และความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นหลักการทั่วไปของนิติกรรมที่เป็น โมฆียะกรรมนั่นเอง

2.1.1 ลักษณะทั่วไปของโมฆียะกรรม

นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นมีลักษณะ 3 ประการ ดังนี้

1) นิติกรรมนั้นกฎหมาย “ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง” โมฆียะกรรมจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลของนิติกรรมไปจนกว่าจะมีการบอกล้าง ดังนั้น ความเคลื่อนไหวในสิทธิจึงเกิดจากนิติกรรมนั้นตั้งแต่ที่เป็นโมฆียะแล้ว อย่างไรก็ตาม ความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนี้ เป็นความสมบูรณ์ที่อาจถูกเปลี่ยนแปลงได้ หากมีการบอกล้างโมฆียะกรรมโดยผู้มีสิทธิบอกล้าง แต่ตราบใดที่การบอกล้างโมฆียะกรรมยังมีได้เกิดขึ้น นิติกรรมนั้นก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ตราบนั้น

2) นิติกรรมนั้นอาจถูกบอกล้างได้ เนื่องจากนิติกรรมที่เป็น โฆษียะเป็นนิติกรรมที่ถือว่า สมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่านิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์ในตอนต้นนั้น อาจถูกบอกล้างหรือลบล้างให้เสียไปได้โดยบุคคลที่กฎหมายกำหนด บุคคลผู้มีสิทธิบอกล้าง ซึ่งได้แก่บุคคลต่อไปนี้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้าง ก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่

(4) บุคคลวิตกจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็น โฆษียะในขณะที่จริตของบุคคลนั้น ไม่วิตกแล้ว

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็น โฆษียะถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้าง โฆษียะกรรม ทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้าง โฆษียะกรรมนั้นได้ ฉะนั้น บุคคลที่จะบอกล้าง โฆษียะกรรม ได้นี้จึงมีเฉพาะบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

3) การบอกล้าง โฆษียะกรรม การบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โฆษียะนั้น จะต้องกระทำ โดยชัดเจนด้วยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีตัวกำหนดแน่นอน เพราะฉะนั้นแล้ว การบอกล้างโดยปริยายไม่อาจจะกระทำได้ เนื่องจากการบอกล้าง โฆษียะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่จะทำลายสิทธิที่เคยก่อให้เกิดขึ้นมาแล้ว ดังนั้น จึงควรที่จะต้องทำโดยชัดเจนเท่านั้น¹

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งอาจเกิดด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่ด้วยกิริยา อากาหรหรือด้วยการกระทำที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าต้องการบอกล้างก็ได้ ส่วนการแสดงเจตนา โดยปริยายนั้น หมายถึง การกระทำที่ไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการแสดงเจตนาแต่ต้องใช้สันนิษฐาน พฤติการณ์แห่งกรณี

¹ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2549 ตอนที่ 2 หน้า 277 การที่ผู้ถูกกลั่นแกล้งฟ้องคดีถือว่าเป็นการบอกล้าง โฆษียะกรรมแล้ว, คำพิพากษาฎีกาที่ 1955/2538 การทวงเงินมัดจำคืน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการบอกล้าง โฆษียะกรรมแล้ว หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 การบอกเลิกสัญญาถือเป็นการบอกล้าง โฆษียะกรรม (ลักษณะทำนองเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 3105/2553 ตอน 6 หน้า 1064; 3285/2553 ตอนที่ 7 หน้า 1311).

อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดแบบเฉพาะของการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้ การบอกล้างจึงสามารถทำได้ด้วยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ หรือด้วยการฟ้องร้อง หรือแม้แต่การยกข้อต่อสู้ได้เช่นกัน²

เมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมได้บอกล้างด้วยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีตัวกำหนดแน่นอนแล้ว ผลของการบอกล้างก็จะเกิดขึ้น โดยที่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องยินยอมหรือมีเจตนาร่วมด้วย เนื่องจากการบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

อนึ่ง การบอกล้างนิติกรรมอันเดียวที่มีสาเหตุให้เป็นโมฆียะหลายกรณีนั้น หากผู้มีสิทธิได้ใช้สิทธิบอกล้างในกรณีใดแล้ว ผลของการบอกล้างย่อมเกิดขึ้นทันที คือ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก การอ้างเหตุในการบอกล้างในกรณีอื่นอีกจึงไม่มีความจำเป็น แม้การเรียกทรัพย์สินคืนจะเป็นประเด็นที่ตามมาภายหลังก็ตาม แต่หากอ้างเหตุขึ้นเพื่อที่จะฟ้องขอบอกล้าง แต่เหตุดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่าไม่ถึงขนาด ซึ่งก็ย่อมหมายความว่าผู้ฟ้องบอกล้างไม่ได้เนื่องจากนิติกรรมไม่เป็นโมฆียะ ดังนั้น ผู้มีสิทธิย่อมใช้สิทธิในการบอกล้างด้วยสาเหตุอื่นที่มีได้อีก เพราะถือว่านิติกรรมยังคงอยู่ ยังมีได้ถูกบอกล้างแต่อย่างใด

² จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2549 ตอนที่ 2 หน้า 277 การที่ผู้ถูกกลั่นแกล้งฟ้องคดีถือว่าเป็นการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว; คำพิพากษาฎีกาที่ 3237/2527 กฎหมายมิได้บอกกำหนดแบบการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้ การที่จำเลยให้การต่อสู้ว่าจำเลยทำเอกสารดังกล่าวเพราะถูกกลั่นแกล้งให้สำคัญผิดในวัตถุแห่งนิติกรรม จึงไม่ผูกพันจำเลย โจทก์ไม่มีอำนาจนำเอกสารดังกล่าวมาฟ้องจำเลย ขอให้ยกฟ้อง คำให้การดังกล่าวถือว่าเป็นการบอกล้างโมฆียะแล้ว

³ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 8612/2550 หน้า 250 เล่มที่ 12 (สำนักงานศาลยุติธรรม) การแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรมของผู้รับประกันภัยต้องแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีตัวกำหนดได้แน่นอน ตามมาตรา 178 และเมื่อการบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า การบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นจึงมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาบอกล้างฯ เมื่อการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับซึ่งในกรณีนี้คือ ทายาท เมื่อตามข้อเท็จจริงแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรมไปถึงผู้รับพ้นกำหนด 1 เดือน นับแต่วันที่มิผู้รับประกันชีวิตทราบมูลอันจะบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น การบอกล้างจึงไม่ชอบ ถือไม่ได้ว่ามีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นแล้ว

2.1.1.1 ความหมายของโมฆียะกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ไม่ได้ให้บทวิเคราะห์ศัพท์คำว่า “โมฆียะกรรม” ไว้แต่อาจให้ความหมายอย่างสั้นๆ ของโมฆียะกรรมได้ว่าเป็นนิติกรรมที่อาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรกได้⁴ หรืออาจเป็นกิจการที่สมบูรณ์อยู่จนกว่าจะถูกบอกล้าง⁵ หรือเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้ได้จนกว่าจะถูกบอกล้างโดยผู้มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย⁶ ซึ่งสิทธิที่จะทำให้นิติกรรมดังกล่าวนี้เป็นโมฆะ เป็นสิทธิก่อตั้ง (Gestaltungsrecht)⁷ ประการหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิทธิของผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมฝ่ายเดียว ที่จะใช้สิทธิทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ⁸ ลักษณะของนิติกรรมดังกล่าวสรุปมาจากมาตรา⁹ ที่เกี่ยวข้องต่างๆ คือ

มาตรา 175 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่

⁴ จาก *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (น. 191), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2528, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵ จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (น. 245), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2527, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

⁶ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (น. 228), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁷ สิทธิก่อตั้ง (Gestaltungsrecht) ได้แก่ สิทธิที่บุคคลหนึ่งมีความชอบธรรมที่จะกระทำการ (แสดงเจตนา) โดยฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของอีกฝ่ายหนึ่ง อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสิทธิและหน้าที่นิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้วเป็นนิติสัมพันธ์ใหม่ เช่น สิทธิในการบอกล้างโมฆียะกรรม สิทธิของเจ้าหนี้ในการกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ใช้หนี้กรณีหนี้ไม่มีกำหนดเวลา หรือสิทธิของลูกหนี้ในการเลือกชำระหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้หลายอย่าง เป็นต้น โปรดดู จาก *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (น. 96-97), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์.

⁸ จาก *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลแห่งหนี้หนึ่ง* (น. 88), โดย หยุต แสงอุทัย, 2517, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹ เมื่อระบุเพียงเลขมาตรา ให้ถือว่าเป็นมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

(4) บุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 ในขณะที่จิตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็น โมฆียะถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆียะกรรม ทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นได้”

มาตรา 176 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้น ได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็น โมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่ง เมื่อพ้นหนึ่งปี นับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม”

มาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใดได้ให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก”

นอกจากนั้น ความหมายของโมฆียะกรรมยังหมายถึง นิติกรรมที่มีความบกพร่องบางประการที่ไม่ร้ายแรงมาก กฎหมายจึงกำหนดให้นิติกรรมที่เป็น โมฆียะนั้นเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้างโดยผู้มีสิทธิที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ในมาตรา 175 ซึ่งจะทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ใครเคยได้รับอะไรไว้ก็ต้องคืนแก่กันให้หมด ในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าคืนไม่ได้ก็ต้องชดใช้เป็นเงินแทน แต่ถ้าจะต้องคืนเงินไม่ต้องให้ดอกเบี้ย เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ หรือบุคคลเหล่านั้นอาจจะเลือกที่จะให้สัตยาบันเพื่อให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ตลอดไปก็ได้ แต่ในนิติกรรมอันเดียว การใช้สิทธิในทางใดทางหนึ่งทำได้ครั้งเดียว กล่าวคือ ถ้าผู้มีสิทธิคนหนึ่งให้สัตยาบันแล้ว ผู้มีสิทธิคนอื่นจะมาบอกล้างอีกไม่ได้ หรือกลับกัน¹⁰

2.1.1.2 สาเหตุของโมฆียะกรรม

มูลเหตุที่ทำให้นิติกรรมตกเป็น โมฆียะ อาจเกิดจากเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) ความสามารถของบุคคล กล่าวคือ การกระทำนิติกรรมโดยบุคคลผู้ห่อนความสามารถ ซึ่งไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

¹⁰ จาก อธิบายศัพท์นิติกรรม - สัญญา (น. 105), โดย ศนันทภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, 2549, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

ได้ทำนิติกรรมโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ โดยปกติ นิติกรรมดังกล่าวจะเป็นเพียงโมฆียะ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษให้ตกเป็นโมฆะ

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนี้ ได้แก่ บทบัญญัติที่จำกัดความสามารถ ในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ซึ่งหมายถึงผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย แล้วไปทำนิติกรรม โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ ความสามารถ เมื่อทำนิติกรรมบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ หรือแม้แต่นักวิกลจริตที่ทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกลและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็รู้ถึงการวิกลจิตนั้น ดังนั้น การกระทำนิติกรรมโดยผู้หย่อนความสามารถ ซึ่งไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ว่าด้วยความสามารถของบุคคล อัน ได้แก่ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ และบุคคลวิกลจริต ทำนิติกรรมโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลหรือ ผู้พิทักษ์ โดยปกตินิติกรรมดังกล่าวจะเป็นเพียงโมฆียะ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษให้ตก เป็นโมฆะ

2) การแสดงเจตนาในการทำนิติกรรม ในที่นี้มุ่งหมายเฉพาะกรณีของการแสดงเจตนา โดยปริศนานั้นซึ่งได้แก่

2.1 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 157 กล่าวคือ ความสำคัญผิด การแสดงเจตนาไปโดย ความเข้าใจคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินผิดไปจากความเป็นจริง และคุณสมบัติดังกล่าวนั้น ปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญด้วย ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิด นิติกรรมอันเป็น โมฆียะคงจะมีได้ ทำขึ้นเลย สำหรับคุณสมบัติที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญนั้น มิได้หมายความว่าเพียงแต่ลักษณะของรูปร่าง เนื้อตัวแต่อย่างเดียว แต่หมายถึงคุณลักษณะทั้งหลายทั้งปวงที่กระทบกระเทือนถึงความเชื่อถือ ถึงคุณค่าแห่งบุคคลหรือทรัพย์สิน¹¹

2.2 การแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งถึงขนาดตามมาตรา 159 กลั่นแกล้ง คือ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมไปโดยความเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความเป็นจริง แต่ความเข้าใจผิด ดังกล่าวนี้อาจเกิดจากการหลอกลวงของผู้อื่น ซึ่งอาจเป็นคู่กรณีเอง หรือบุคคลภายนอกก็ได้ แต่ในกรณี กลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกจะทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือควร จะรู้ได้ด้วย รวมทั้งกลั่นแกล้งอาจเกิดจากการนิ่งก็ได้

2.3 การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ตามมาตรา 164 การข่มขู่ คือ การแสดงเจตนา เข้าทำนิติกรรมไปเพราะถูกข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดความเสียหายที่ใกล้จะถึงต่อตัวผู้ที่แสดงเจตนาเอง

¹¹ จาก *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา* (น. 50), โดย ประจวบ หุตะสิงห์, 2518, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

ต่อญาติพี่น้อง หรือแม้แต่บุคคลอื่นก็ตาม จนทำให้เกิดความบีบคั้นทางจิตใจแก่ผู้ถูกข่มขู่ และได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมไปเพราะเหตุนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการข่มขู่จะเกิดจากคู่กรณีแห่งนิติกรรมหรือเกิดจากบุคคลภายนอกก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ถึงการเป็น โฆษิตะ เช่น การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสนั้นเป็น โฆษิตะ มาตรา 1505¹² แต่การบัญญัติไว้เช่นนั้น เป็นการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ใช่โฆษิตะกรรมตามความหมายของการก่อให้เกิดนิติกรรมอันก่อให้เกิดหนี้ หากแต่เป็น โฆษิตะกรรมตามกฎหมายเฉพาะกฎหมายลักษณะครอบครัว เป็นกรณีที่สำคัญแห่ง โฆษิตะกรรมไม่ก่อให้เกิดหนี้ เพราะการสมรสไม่ก่อให้เกิดหนี้นั่นเอง

2.1.1.3 ผลของโฆษิตะกรรม

เมื่อนิติกรรมเป็น โฆษิตะด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมมีผลดังต่อไปนี้

1) โฆษิตะกรรมอาจถูกบอกล้างได้ โดยบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างตามมาตรา 175 ก่อให้เกิดผลที่คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 ซึ่งการบอกล้างต้องทำต่อบุคคลมีตัวกำหนดแน่นอนตามมาตรา 178 ภายในอายุความบอกล้างตามมาตรา 181

2) โฆษิตะกรรมอาจให้สัตยาบันได้ เมื่อมีการให้สัตยาบันแล้วย่อมสมบูรณ์ตามมาตรา 177 ซึ่งการให้สัตยาบันต้องทำต่อบุคคลมีตัวกำหนดแน่นอนตามมาตรา 178 โดยการให้สัตยาบันต้องทำหลังมูลเหตุโฆษิตะกรรมหมดสิ้นตามมาตรา 179 โดยสามารถพิจารณาพฤติการณ์ที่ถือได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันแล้วตามมาตรา 180

3) โฆษิตะกรรมมีบททั่วไปคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนตามมาตรา 1329 เป็นเรื่องของฝ่ายที่รับทรัพย์สินนั้นไว้จาก โฆษิตะกรรม ต่อมาได้ทำการโอนทรัพย์สินนั้น ซึ่งกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกตามมาตรา 1329 ฝ่ายที่รับทรัพย์สินไว้จึงไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้ กฎหมายก็กำหนดให้ฝ่ายที่รับทรัพย์สินนั้นชดเชยค่าเสียหายแทน

โฆษิตะกรรมนั้นกฎหมาย “ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง” นิติกรรมที่เป็น โฆษิตะจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลของนิติกรรมไปจนกว่าจะมีการบอกล้าง ดังนั้น ความเคลื่อนไหวในสิทธิจึงเกิดจากนิติกรรมที่เป็น โฆษิตะแล้ว อย่างไรก็ตาม ความสมบูรณ์ของ

¹² จาก มาตรา 1505 บัญญัติว่า “การสมรสที่ได้กระทำไปโดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสนั้นเป็น โฆษิตะ

สิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะสำคัญผิดตัวคู่สมรสเป็นอันระงับเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วเก้าสิบวันนับแต่วันสมรส”

นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนี้เป็นความสมบูรณ์ที่อาจถูกเปลี่ยนแปลงได้ หากมีการบอกล้างโมฆียะกรรมโดยผู้มีสิทธิ แต่ตราบไคที่การบอกล้างยังมีได้เกิดขึ้นนิติกรรมนั้นก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ตราบนั้น และสืบเนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ เป็นนิติกรรมที่ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่านิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์ในตอนต้นนั้นอาจถูกบอกล้างหรือลบล้างให้เสียไปได้ โดยบุคคลที่กฎหมายกำหนด ฉะนั้น บุคคลที่จะบอกล้างได้นี้ มีแต่เฉพาะบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น สำหรับนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น นอกจากการบอกล้างเพื่อให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ คือ เสียเปล่าแล้ว คู่กรณียังสามารถที่จะเลือกตัดสินใจให้การรับรองนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นก็ได้ ซึ่งการรับรองนี้เราเรียกว่า “การให้สัตยาบัน” และการให้สัตยาบันนี้ก็จะทำให้นิติกรรมที่เป็นโมฆียะ มีผลสมบูรณ์ย้อนหลังไปตั้งแต่ต้นและสมบูรณ์ตลอดไปไม่อาจบอกล้างได้อีก ดังนั้น ผลของการให้สัตยาบันจึงพิจารณาได้ว่า ระหว่างคู่กรณีนั้น เมื่อผู้มีสิทธิคนใดคนหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมอันเป็นโมฆียะ กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมนั้นสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก ดังนั้น ผู้มีสิทธิคนอื่นๆ จึงไม่สามารถบอกล้างนิติกรรมอีกได้ และผลต่อบุคคลภายนอก เมื่อผู้มีสิทธิคนใดคนหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมอันเป็นโมฆียะแล้ว ความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่กฎหมายให้ถือว่ามีมาแต่เริ่มแรกนั้นย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งจะเห็นได้ว่าโมฆียะกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ สิ่งที่จะทำให้นิติกรรมดังกล่าวเสียไป มีเพียงประการเดียว คือ การบอกล้าง ฉะนั้นเมื่อสิทธิในการบอกล้างสิ้นไปนิติกรรมนั้นก็สมบูรณ์ตลอดไป กฎหมายกำหนดอายุความบอกล้างไว้ในมาตรา 181¹³ ฉะนั้น ในช่วงที่โมฆียะกรรมยังไม่ถูกบอกล้างจึงมีผลเหมือนนิติกรรมทั่วไป โมฆียะกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่กฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะ¹⁴ ไม่ขึ้นกับเจตนาตกลงของคู่กรณีที่จะทำให้นิติกรรมใดเป็นโมฆียะได้ เนื่องจากมูลเหตุของโมฆียะกรรมเป็นเหตุที่กฎหมายระบุไว้ โดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์อยู่หลายประการ แต่ละกรณีกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อความมุ่งหมายต่างกันไป แต่สำหรับกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมใดตกเป็นโมฆะและโมฆียะนั้น เป็นบทลงโทษหรือระบุให้เกิดผลร้ายขึ้น เนื่องจากการฝ่าฝืนต่อการควบคุมของกฎหมายและขัดขวางการแสดงเจตนา¹⁵

¹³ จาก มาตรา 181 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น”

¹⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 228), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

¹⁵ จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (น. 241), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

2.1.2 โฆษะกรรมที่อาจถูกบอกล้างได้

2.1.2.1 การบอกล้างโฆษะกรรม

การบอกล้างโฆษะกรรม หมายถึง นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้น การบอกล้างจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างต้องมีความสามารถหรืออยู่ในสภาพที่จะทำนิติกรรมที่สมบูรณ์ได้ และสิทธินั้นจะต้องยังมีอยู่ไม่หมดไปเพราะล่วงเลยเวลาที่กฎหมายกำหนด และเมื่อการบอกล้างโฆษะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ผู้มีสิทธิจึงใช้สิทธิบอกล้างด้วยการแสดงเจตนาต่อภุคณีกฎีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีตัวกำหนดแน่นอนได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากภุคณีกฎีกฝ่ายหนึ่ง¹⁶

เมื่อนิติกรรมที่เป็น โฆษะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์แต่อาจถูกบอกล้างให้เป็น โฆษะได้ การบอกล้างจึงได้แก่ การแสดงเจตนาทำลายนิติกรรมที่ โฆษะแต่สมบูรณ์ ให้เป็นไม่สมบูรณ์เป็น โฆษะ การบอกล้างจึงเป็นนิติกรรมระงับสิทธิ เมื่อมีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว บอกล้าง โดยผู้มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ตามนิติกรรมก็เป็นอันระงับ ไม่มีผลผูกพันกันต่อไป อันต่างกับการ “กล่าวอ้าง” เอาประโยชน์จากความเสียหายของ โฆษะกรรม และข้อแตกต่าง ก็คือ การบอกล้างเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง คือ มีผลตามกฎหมายทำให้นิติกรรมที่ โฆษะแต่สมบูรณ์กลายเป็นไม่สมบูรณ์เป็น โฆษะ ส่วนการกล่าวอ้าง โฆษะกรรมนั้น ไม่มีผลทำให้นิติกรรมเปลี่ยนแปลงอย่างใด เพราะนิติกรรมเป็น โฆษะโดยอำนาจกฎหมายอยู่แล้ว การกล่าวอ้างจึงไม่ใช่นิติกรรม

2.1.2.2 ผู้มีสิทธิบอกล้างโฆษะกรรม

เนื่องจากนิติกรรมที่เป็น โฆษะ เป็นนิติกรรมที่ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่านิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์ในตอนต้นนั้นอาจถูกบอกล้างหรือลบล้างให้เสียไปได้โดยบุคคลที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีจำนวนจำกัด เพราะเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติในเรื่อง โฆษะกรรมนี้ มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองและช่วยเหลือผู้หย่อนความสามารถ และผู้ที่แสดงเจตนาโดยวิปริต อันทำให้นิติกรรมตกเป็น โฆษะ ดังนั้น บุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างจึงได้แก่บุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ต่อไปนี้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

¹⁶ จาก อธิบายศัพท์นิติกรรม - สัญญา (น. 34), โดย ศนันทกรณ (เจ้าปี) โสตถิพันธุ์, 2549, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่

(4) บุคคลวิถจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็น โฉมฉวยตามมาตรา 30 ในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิถจริตแล้ว

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็น โฉมฉวยถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้าง โฉมฉวยกรรมทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้าง โฉมฉวยกรรมนั้นได้

ฉะนั้น บุคคลที่จะบอกล้างได้นี้ มีแต่เฉพาะบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กล่าวคือ

(1) บุคคลที่กระทำนิติกรรมเพราะไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย¹⁷ หากเป็นบุคคลผู้หย่อนความสามารถ ซึ่งมี 3 ประเภท คือ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ ก็ย่อมได้รับความช่วยเหลือตามกฎหมายในการที่จะบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โฉมฉวยกรรมได้ เมื่อกลับเป็นผู้มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมายซึ่งได้แก่ ผู้เยาว์เมื่อบรรลุนิติภาวะ คนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ เมื่อศาลได้มีคำสั่งถอนคำสั่งเดิมที่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ แล้วแต่กรณี ส่วนคนวิถจริตก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นไม่วิถจริตแล้ว สำหรับคนวิถจริตที่ทำนิติกรรมในระหว่างวิถจริตนั้นก็มิสิทธิบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โฉมฉวยนี้เช่นกัน เพราะเข้าใจว่าอยู่ในคำว่าผู้ไร้ความสามารถตามความหมายอย่างกว้าง¹⁸

เนื่องจากการบอกล้าง โฉมฉวยกรรม เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อมีการบอกล้างแล้ว ก็ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิเช่นเดียวกับนิติกรรมอื่นๆ เพราะฉะนั้นบุคคลที่ได้ทำนิติกรรมไปโดยบกพร่องในความสามารถก็อาจจะบอกล้างได้โดยลักษณะทำนองเดียวกันกับการทำนิติกรรมของเขา กล่าวคือ ผู้เยาว์อาจบอกล้างได้แม้ยังไม่บรรลุนิติภาวะ โดยได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ได้ทำนิติกรรมตามมาตรา 34 โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ ก็สามารถที่จะบอกล้างนิติกรรมดังกล่าวโดยได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ได้ ในทางกลับกันตราบใดที่เขายังเป็นผู้ถูกจำกัดความสามารถอยู่เขาก็จะไม่สามารถบอกล้างซึ่งก็คือการกระทำนิติกรรมอย่างหนึ่งด้วยตัวเองได้ ส่วนคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น โดยเหตุที่เขาไม่อาจทำนิติกรรมโดยลำพังได้ เขาจึงไม่อาจบอกล้างนิติกรรม โดยได้รับความยินยอมจากผู้อนุบาล กฎหมายจึงมิได้บัญญัติให้สิทธิไว้

¹⁷ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 1918/2541.

¹⁸ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 (น. 404), โดย อุทาหรณ์จากพระยาเทพวิฑูร, 2426.

(2) บุคคลที่ดูแลบุคคลที่บกพร่องในความสามารถ¹⁹ ตามข้อ (1) ซึ่งได้แก่ ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่บุคคลเหล่านี้จะสามารถบอกล้างได้ทราบเท่าที่ยังคงมีฐานะในทางกฎหมายเช่นนี้เท่านั้น กล่าวคือ หากผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะแล้วฐานะทางกฎหมายของผู้แทน โดยชอบธรรมย่อมสิ้นสุดลง หรือเมื่อถูกคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถนั้นศาลถอนคำสั่งไปแล้ว ฐานะทางกฎหมายของผู้พิทักษ์ก็สิ้นสุดลง บุคคลเหล่านี้จึงไม่สามารถบอกล้างโมฆียะกรรมของบุคคลที่เคยอยู่ภายใต้การดูแลของตนได้อีกต่อไป

(3) บุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริต²⁰ เมื่อทราบถึงความจริงหรือหลุดพ้นจากสภาวะต่างๆ ที่ทำให้เจตนาวิปริตนั้นแล้ว เช่น ผู้ถูกกลั่นแกล้งเมื่อได้รู้ความจริง บุคคลที่สำคัญผิด เมื่อเข้าใจข้อเท็จจริงถูกต้อง บุคคลที่ถูกข่มขู่เมื่อได้หลุดพ้นจากการข่มขู่แล้ว

(4) ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมตามข้อ (1) หรือข้อ (3) มิใช่ทายาทของบุคคลตามข้อ (2) เมื่อบุคคลตามข้อ (1) หรือข้อ (3) ได้ถึงแก่ความตายก่อนที่จะได้บอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ²¹

กรณีนี้ควรต้องเข้าใจว่าโดยหลักการแล้วสิทธิในการบอกล้างเป็นสิทธิเฉพาะตัวผู้จะบอกล้างได้ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อผู้มีสิทธิในการบอกล้างตายสิทธิในการบอกล้างซึ่งเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง สิทธินั้นย่อมตกทอดเป็นมรดกสู่ทายาทได้ ทายาทที่จะมีสิทธิบอกล้างก็คือ

¹⁹ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 8515/2538 เป็นกรณีที่คนวิกลจริตทำสัญญาจะซื้อจะขายในขณะที่วิกลจริตและอีกฝ่ายรู้ แต่ยังไม่ได้มีช่วงเวลาที่กลับเป็นคนปกติ ก็ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถเสียก่อน เช่นนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้อนุบาลซึ่งถูกแต่งตั้งภายหลังนี้มีสิทธิบอกล้าง โมฆียะกรรมได้ ทั้งๆ ที่ในขณะที่ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้นคนวิกลจริตยังมีได้เป็นคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ตาม

²⁰ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 2398/2535 นิติกรรมที่จำเลยโอนที่พิพาทเพื่อใช้หนี้เงินยืมให้โจทก์เกิดจากกลั่นแกล้งของโจทก์เป็นโมฆียะ แต่ ป.สามิจำเลยไม่ใช่ผู้ได้ทำการแสดงเจตนาโดยวิปริตหรือบุคคลที่กฎหมายให้บอกล้างโมฆียะกรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 (ปัจจุบันคือ มาตรา 175) การที่ ป. มอบอำนาจให้ทนายความมีหนังสือบอกล้างโมฆียะกรรมจึงไม่มีผลทางกฎหมาย ; คำพิพากษาฎีกาที่ 3237/2527 สามิจไม่มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมที่ภรรยาเป็นผู้กระทำไว้ สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นของผู้ได้ทำการแสดงเจตนาโดยวิปริต

²¹ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 1918/2541 คนวิกลจริตทำสัญญาให้ที่ดินในขณะที่วิกลจริตและอีกฝ่ายรู้จึงตกเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 เมื่อคนวิกลจริตถึงแก่ความตายก่อนการบอกล้างโมฆียะกรรม โจทก์ซึ่งเป็นทายาทจึงมีสิทธิบอกล้างได้ ; คำพิพากษาฎีกาที่ 1175/2532 สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมของทายาทของผู้ไร้ความสามารถหรือผู้ทำการแสดงเจตนาโดยวิปริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 (ปัจจุบันคือ มาตรา 175) นั้น จะมีได้ต่อเมื่อผู้ไร้ความสามารถหรือผู้ได้แสดงเจตนาโดยวิปริตได้ถึงแก่ความตายโดยมิได้มีการบอกล้างโมฆียะกรรมก่อนถึงแก่ความตาย ฉะนั้น เมื่อบิดาโจทก์ยังมีชีวิตอยู่ แม้จะทำนิติกรรมขณะวิกลจริตโจทก์ก็เป็นเพียงผู้สืบสันดานเท่านั้น โจทก์จึงมิใช่ทายาทอันจะมีสิทธิบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะได้ ; ในลักษณะทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 375/2538.

ทายาทของผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม ไม่ว่าจะแสดงเจตนาทำนิติกรรมไปเพราะบกพร่องในความสามารถหรือบกพร่องในเรื่องของเจตนาก็ตาม ซึ่งสถานะความเป็นทายาทจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเจ้ามรดก (คือผู้แสดงเจตนา) ถึงแก่ความตายแล้ว และโดยหลักกฎหมายในเรื่องมรดก สิทธิและหน้าที่ของผู้ตายย่อมตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท ซึ่งรวมถึงสิทธิในการบอกล้างโมฆะกรรมด้วย ดังนั้น ทายาทจึงสามารถที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้ เพราะทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมตามข้อ (1) หรือข้อ (3) นั้น ย่อมมีส่วนได้เสียในนิติกรรมที่เป็น โมฆะนั้น มีสิทธิและหน้าที่ในกองมรดก ในขณะที่ทายาทของบุคคลตามข้อ (2) นั้น ไม่มีส่วนได้เสียอะไร เนื่องจากอำนาจหน้าที่มิได้โอนไปจากบุคคลภายนอกตามข้อ (2) ไปยังทายาทแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างตามข้อ (1) หรือข้อ (3) ตาย สิทธิในการบอกล้างย่อมตกทอดเป็นมรดกได้ และทายาทย่อมใช้สิทธินั้นในการบอกล้างได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สิทธิในการบอกล้างไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวโดยแน่แท้ หากแต่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ นอกจากนี้ ในกรณีของหญิงมีสามีแล้วทำนิติกรรมที่เป็น โมฆะนั้น ปัจจุบัน ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 ซึ่งได้มีการยกเลิกมาตรา 38 เกี่ยวกับหญิงมีสามีแล้ว ดังนั้น การกำหนดให้สามีเป็นผู้มีสิทธิบอกล้างตามความในมาตรา 38 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ได้ถูกยกเลิกไป ทำให้การบอกล้างโมฆะกรรมตามมาตรา 175 จึงไม่บัญญัติถึงกรณีการบอกล้างนิติกรรมของหญิงมีสามีไว้

2.1.2.3 วิธีการบอกล้างโมฆะกรรม

การบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆะนั้นถือว่าการบอกล้างเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง คือ มีผลตามกฎหมายทำให้นิติกรรมที่เป็น โมฆะแต่สมบูรณ์กลายเป็นนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆะ โดยการแสดงเจตนาออกเช่นเดียวกับการทำนิติกรรมทั้งหลาย ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ แต่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งถึงการบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆะ

1) การบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆะด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง

การบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆะด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งนั้น สามารถทำได้ด้วยการเขียนหรือด้วยวาจา แม้กระทั่งด้วยอากัปกริยาต่างๆ ที่แสดงออกให้ทราบว่าเป็นการบอกล้างนิติกรรม เพียงเท่านี้ก็ถือว่าการบอกล้างอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากกฎหมายมิได้บัญญัติว่าจะต้องร้องขอให้ศาลบอกล้างหรือทำลายนิติกรรมที่เป็นโมฆะ ยกเว้น 2 ประการ คือ การสมรสที่เป็น โมฆะเพราะสำคัญผิดในตัวบุคคล ผู้สมรสถูกข่มขู่ ซึ่งการบอกล้างในเรื่องนี้กฎหมายกำหนดให้บอกล้างโดยการร้องขอให้ศาลเพิกถอนการสมรส อีกประการหนึ่งก็คือ การทำพินัยกรรมที่สำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ หากผู้ทำพินัยกรรมตายแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียต้องร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนพินัยกรรม แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดแบบของการบอกล้าง

โมฆียะกรรมไว้ การแสดงเจตนาบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะก็ต้องกระทำให้ชัดเจน หากเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายแล้วอาจไม่เพียงพอที่จะเป็นการบอกล้างที่ถูกต้องตามกฎหมายได้

2) การบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะด้วยการแสดงเจตนาโดยปริยาย

การบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะด้วยการแสดงเจตนาโดยปริยายนั้น ได้แก่ การกระทำที่ไม่อาจบ่งบอกได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่จะบอกล้าง หรือแม้กระทั่งว่ามีการกระทำอันใดอันหนึ่งที่จะต้องแปลความของการกระทำนั้นๆ ต้องมีการอธิบายอากัปกริยาดังกล่าวว่าเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรม เช่นนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการบอกล้างที่ถูกต้องตามกฎหมาย กรณีการแสดงเจตนาบอกล้างโดยปริยายซึ่งไม่เพียงพอที่จะเป็นการบอกล้างที่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น จะขอยกตัวอย่างคดีต่างๆ เช่น ทำสัญญาเช่าทรัพย์ซึ่งผู้เช่าถือว่าสัญญาเช่าดังกล่าวเป็นสัญญาโมฆียะ เพราะผู้ให้เช่าใช้กลฉ้อฉล การที่ผู้เช่าไม่ยอมชำระค่าเช่า เพียงเท่านั้นไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างสัญญาเช่าโดยปริยาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 736/2494) การที่โจทก์ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีอาญาฐานจำเลยหลอกลวงให้โจทก์โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้จำเลยก็ดี และการฟ้องคดีอาญาดังกล่าวนี้เอง ไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรม คือ นิติกรรมที่โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1387/2506) ปัจจุบันศาลมีคำวินิจฉัยการฟ้องคดีก็ดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 1835/3534 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 1918/2541) หรือการให้การต่อสู้คดีก็ดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 3237/2527 และคำพิพากษาฎีกาที่ 7003/2542) ว่ามีการทำนิติกรรมโดยถูกกลฉ้อฉล ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิบอกล้างตามกฎหมายแล้ว อีกตัวอย่างหนึ่ง คือ กรณีที่โจทก์ขณะเป็นผู้เยาว์ได้ทำสัญญาแบ่งแยกที่ดินกับจำเลย ต่อมาโจทก์ฟ้องจำเลยขอให้แบ่งแยกที่ดินรายเดียวกันนี้ใหม่ อันแตกต่างกับที่ตกลงในสัญญาเดิม จำเลยให้การต่อสู้ว่าได้แบ่งแยกแล้ว แต่โจทก์กลับว่าสัญญาเดิมเป็นโมฆะ ไม่ใช่โมฆียะ ดังนั้น ศาลวินิจฉัยว่า สัญญาเดิมอันเป็นโมฆียะ แต่ไม่ได้ถูกบอกล้าง จึงใช้บังคับตามสัญญานั้น ยกฟ้องคดีโจทก์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 181/2507)

นอกจากการบอกล้างต้องทำโดยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งแล้ว นิติกรรมใดที่เป็นโมฆียะและมีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาบอกล้างต้องแสดงต่อบุคคลผู้นั้น เพราะเป็นกรณีที่มีคู่กรณีอันมีตัวกำหนดแน่นอน ตัวอย่างคดีในศาลคือ ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันที่อำเภอ ต่อมาฝ่ายหนึ่งไปร้องต่ออำเภอว่าถูกกลฉ้อฉล ดังนั้น ไม่เป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรม เพราะไม่ได้บอกล้างต่อคู่กรณีหรือคู่สัญญาแห่งการประนีประนอมยอมความอีกฝ่ายหนึ่ง

3) การบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะโดยการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแห่งนิติกรรม แยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) สัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลหลายฝ่าย และเป็นคู่กรณีระหว่างกัน หากคู่กรณีใดเห็นว่านิติกรรมที่ทำนี้เป็นโมฆียะ ประสงค์

จะบอกล้างก็ต้องทำการแสดงเจตนาบอกล้างแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ก. เป็นผู้เยาว์ทำสัญญาซื้อรถยนต์ จาก ข. 1 คัน โดยมีได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หากประสงค์จะบอกล้างก็แสดงเจตนาบอกล้างต่อ ข. คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) นิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดทั่วไป อันการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนี้ จะมีผล ก็ต่อเมื่อ มีผู้รับบุคคลผู้รับการแสดงเจตนา ก็เป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อผู้ทำนิติกรรมฝ่ายเดียวเห็นว่า นิติกรรมนี้เป็นโมฆะประสงค์จะบอกล้างก็ต้องแสดงเจตนาการบอกล้างต่อบุคคลผู้รับนี้ เช่น ก. เป็นผู้เยาว์ ทำนิติกรรมรับสภาพหนี้ให้แก่ ข. เจ้าหนี้ จะเห็นได้ว่านิติกรรมเป็นโมฆะแล้ว เมื่อนิติกรรมรับสภาพหนี้เป็นโมฆะ และ ก. มีความประสงค์ที่จะทำการบอกล้าง ก็ต้องบอกล้างต่อ ข. ซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง

สำหรับนิติกรรมที่ไม่มีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ทำฝ่ายเดียวโดยแท้ ไม่ต้องมีบุคคลอื่นรับการแสดงเจตนา นั้น ตัวอย่างเช่น พิษักรรม การตั้งมูลนิธิ คำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่ง โดยกำหนดระยะเวลาให้ทำ หรือแสดงว่าจะไม่ถอน คำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองรับ นิติกรรมเหล่านี้หากต่อมาจะบอกล้างจะทำประการใด มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า²² นิติกรรมที่ไม่มีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ไม่มีอย่างใดก็ตาม ขอแยกพิจารณาได้ว่า สำหรับพิษักรรมที่สร้างขึ้นโดยสำคัญผิดถูกกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่ นั้น หากผู้ทำพิษักรรมมีชีวิตอยู่ก็ไม่จำเป็นต้องบอกล้าง ทำพิษักรรมใหม่ลบล้างได้ แต่ถ้าตายแล้ว กฎหมายให้ผู้มีส่วนได้เสียต้องร้องขอต่อศาล จึงจะทำการเพิกถอนได้ ปัญหาว่าการบอกล้างจะต้องทำต่อผู้ใดจึงไม่เกิดขึ้น ส่วนการตั้งมูลนิธิ จะเลิกได้ก็ด้วยคำสั่งของศาล ปัญหาเรื่องการบอกล้างจึงไม่มีเช่นเดียวกัน สำหรับคำเสนอชนิดที่บ่งระยะเวลาให้สนองรับเมื่อบอกกล่าวสนองรับเป็นสัญญาขึ้นแล้วก็บอกล้างแก่คู่สัญญานั้นได้ และสุดท้ายคือเรื่องคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัล ซึ่งหากเป็นโมฆะจะบอกล้างอย่างไรนั้น มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หากได้มีผู้ใดผู้หนึ่งทำการตามคำมั่น โฆษณาขึ้น การบอกล้างก็จะทำต่อบุคคลผู้นั้น เพราะได้เป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แต่หากยังไม่มีผู้ใดทำการตามคำมั่น โฆษณาจะปฏิบัติอย่างไรนั้น มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การบอกล้างย่อมทำอย่างเดียวกันกับการถอนคำมั่น โฆษณา กล่าวคือ กระทำโดยวิธีเดียวกับทำ

²² จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (น. 260), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. ซึ่งกล่าวว่านิติกรรมต้องมีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและเป็นบุคคลที่มีกำหนดแน่นอนอยู่เสมอ

คำมั่นโฆษณานั้น ทั้งนี้เพราะเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงที่สุด ซึ่งมาตรา 4 บัญญัติว่าให้นำมาใช้ หากไม่มีบทบัญญัติมาปรับคดีโดยตรง²³

4) สำหรับการบอกล้างต่อผู้รับประโยชน์แห่งนิติกรรมที่เป็นโมฆียะก็ย่อมมีได้ เช่น ก. ได้รับประโยชน์ตามกรรมธรรม์ประกันชีวิต ซึ่ง ข. เอาประกันชีวิตของตนไว้กับบริษัท ค. ปรากฏว่า ข. ปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งถ้าบริษัท ค. ทราบความจริงแล้วจะบอกปิดไม่รับประกัน สัญญาประกันชีวิตจึงเป็นโมฆียะเนื่องจากเกิดจากกลฉ้อฉลถึงขนาด ต่อมา ข. ตาย ก. จึงขอรับเงินตามกรรมธรรม์ประกันชีวิตจากบริษัท ค. บริษัท ค. บอกล้างโมฆียะกรรมต่อ ก. ผู้รับประโยชน์แห่งนิติกรรมที่เป็นโมฆียะได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1675/2500) หรือบอกล้างต่อผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นผู้เยาว์ก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 16/2517) และโดยนัยเดียวกันนี้ เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตาย เข้าใจว่าการบอกล้างย่อมกระทำต่อทายาทผู้ซึ่งได้รับประโยชน์จากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 922/2542)

5) ระยะเวลาในการบอกล้าง

สำหรับระยะเวลาในการบอกล้าง อาจแยกกล่าวได้ 2 ชั้น คือ ระยะเวลา 10 ปี และ ระยะเวลา 1 ปี กล่าวคือ

(1) ระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันทำนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น เมื่อล่วงเลยเกิน 10 ปีไปแล้ว การบอกล้างก็จะไม่มีผล เพราะถือว่าการบอกล้างได้ล่วงพ้นระยะเวลาแล้ว ซึ่งระยะเวลานี้จะใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนที่มีสิทธิบอกล้าง ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ กรณีการแสดงเจตนาโดยวิปริต ได้แก่ บุคคลผู้แสดงเจตนาอื่นๆ รวมทั้งทายาท และกรณีผู้ไร้ความสามารถ ได้แก่ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริตและทายาท รวมทั้งผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลและผู้พิทักษ์ ซึ่งระยะเวลาจะเริ่มนับตั้งแต่มูลเหตุแห่งโมฆียะกรรมนั้นยังคงมีอยู่ และการบอกล้างก็จะพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่เมื่อทำนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น

(2) ระยะเวลา 1 ปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ ซึ่งสามารถบอกล้างได้ภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ การให้สัตยาบันก็สามารถให้ได้หลังจากเวลาที่มูลเหตุแห่งโมฆียะกรรมได้สูญสิ้นลง แต่การเริ่มนับระยะเวลาก็จะต่างกันไปตามกรณีของบุคคลที่มีสิทธิบอกล้าง คือ ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ ย่อมสามารถให้สัตยาบันได้ทันทีที่รู้ว่าการทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น ดังนั้น ระยะเวลาการบอกล้าง 1 ปี ก็เริ่มนับแต่เวลาที่ผู้รู้เรื่อง

²³ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 (น. 500), โดย อุทาหรณ์จากพระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วณิกกุล) , 2426.

การทำนิติกรรมโมฆะนั้น²⁴ โดยให้นับแต่เวลาที่รู้เรื่องจึงสามารถจะให้สัตยาบันได้ สำหรับผู้แสดงเจตนาโดยวิปริตก็ดี ผู้ไร้ความสามารถตามความหมายอย่างกว้างก็ดี ระยะเวลาการบอกล้าง 1 ปี ก็เริ่มนับต่างกันออกไป ขึ้นอยู่ว่ามูลเหตุแห่งโมฆะกรรมนั้นสูญสิ้นเมื่อใด

ในเรื่องระยะเวลาการบอกล้างนี้ หากมีการให้สัตยาบันแก่นิติกรรมที่เป็น โมฆะ นิติกรรมนั้นก็สมบูรณ์ต่อบุคคลทั่วไป ไม่มีบุคคลผู้ใดมีสิทธิบอกล้างต่อไปอีก แต่การไม่บอกล้างภายในเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่ตนอาจให้สัตยาบันได้นั้น ตนผู้เดียวที่ไม่อาจบอกล้างได้อีกต่อไป แต่บุคคลอื่นที่มีสิทธิบอกล้างก็ยังบอกล้างได้อีก เช่น ผู้เยาว์ทำนิติกรรมอันเป็น โมฆะ ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้ทำการบอกล้างภายในเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ คือ นับแต่เวลาที่รู้เรื่องว่าผู้เยาว์ทำนิติกรรม ดังนั้น ผู้แทนโดยชอบธรรมก็หมดสิทธิบอกล้าง แต่ผู้เยาว์นั้นยังมีสิทธิบอกล้างนิติกรรมนี้ต่อไปจนหมดระยะเวลาการบอกล้าง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีภายในเวลา 10 ปี หรือภายในเวลา 1 ปี นับตั้งแต่ตนเป็นผู้บรรลุนิติภาวะพ้นจากการเป็นผู้เยาว์ หากตรงกันข้ามถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมให้สัตยาบันแก่นิติกรรมอันเป็น โมฆะนั้น ผู้เยาว์ย่อม หมดสิทธิในการบอกล้างนิติกรรมนั้นทันทีดังนี้ เป็นต้น

2.1.2.4 ผลการบอกล้างโมฆะกรรม

นิติกรรมที่เป็น โมฆะนั้นมีสถานะทางกฎหมายที่สมบูรณ์ทุกประการจนกว่าจะมีการบอกล้าง ซึ่งหากไม่มีการบอกล้างโมฆะกรรมนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้นิติกรรมนั้นก็ป็นอันสมบูรณ์อยู่ตลอดไป แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการบอกล้างโมฆะกรรม กฎหมายก็บัญญัติให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรกที่ได้ทำนิติกรรมนั้น ซึ่งหมายถึง ผลของการนั้นไม่เคยสมบูรณ์มาก่อนเลย หรืออีกนัยหนึ่งว่าไม่เคยสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก²⁵ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ผลของการบอกล้างโมฆะนั้นทำให้นิติกรรมนั้นเสียเปล่าย้อนหลังความสมบูรณ์ของนิติกรรมไปจนถึงเวลาที่ได้ทำโมฆะกรรมนั้น²⁶ เสมือนหนึ่งว่านิติกรรมนั้นใช้ไม่ได้เลยมาแต่ต้น ซึ่งถือเสมือน

²⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 (น. 513), โดย อุทาหรณ์จากพระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วัฒนกุล), 2426. และคำพิพากษาฎีกาที่ 889/2477 และคำพิพากษาฎีกาที่ 214/2510 ซึ่งวินิจฉัยว่าการที่ภริยาโอนขายที่ดินอันเป็นสินสมรสโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสามีเป็น โมฆะ แต่สามีต้องบอกล้างภายใน 1 ปี นับแต่อาจให้สัตยาบันได้

²⁵ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (น. 92), โดย เสริม วินิจฉัยกุล, 2515, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต.

²⁶ จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (น. 198), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

ว่าฐานะของคู่กรณีมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายจึงให้ผู้ที่เป็คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหากเป็นการพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายความหมายของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไว้ว่า

“การกลับคืนสู่ฐานะเดิมย่อมหมาความว่า ถ้าได้มีการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามโมฆิยะกรรมไปประการใด เมื่อมีการบอกล้างก็ต้องคืนให้แก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งมิได้มีการทำนิติกรรมกันเลย เช่น เจียวผู้ย่าว์ขายรถยนต์ของตนให้ขาวโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม นิติกรรมเป็นโมฆิยะ ต่อมาผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างโมฆิยะกรรม นิติกรรมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ดังนั้น เจียวและขาวต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยเจียวต้องคืนเงินให้กับขาว และขาวต้องคืนรถยนต์ให้กับเจียว ถ้าขาวคืนรถยนต์ไม่ได้เพราะรถยนต์ถูกเพลิงไหม้เสียหายหมด อันเป็นการพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ขาวก็ต้องชดใช้ราคาเป็นค่าเสียหายแทน”²⁷ กรณีที่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่อาจทำได้เพราะเป็นการพ้นวิสัยนั้นอาจมีสาเหตุมาจากกรณีดังต่อไปนี้

1) ทรัพย์สินที่ได้รับไว้ตามโมฆิยะกรรมนั้นซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้เนื่องแต่โมฆิยะกรรมนั้น เมื่อมีการบอกล้างโมฆิยะกรรมแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้นั้นจะต้องคืนให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ส่งมอบทรัพย์สินตามโมฆิยะกรรมนั้น แต่ไม่อาจส่งคืนทรัพย์สินได้เนื่องจากทรัพย์สินได้สูญหาย เสียหาย บอบสลาย หรือถูกทำลายไปทั้งหมด หรือแต่บางส่วน

2) ทรัพย์สินที่ได้รับไว้ตามโมฆิยะกรรมนั้นซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้เนื่องแต่โมฆิยะกรรมจะต้องคืนให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ส่งมอบทรัพย์สินตามโมฆิยะกรรมนั้น แต่ไม่อาจส่งคืนทรัพย์สินนั้นได้ เนื่องจากทรัพย์สินนั้นถูกโอนไปยังบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ซึ่งได้รับความคุ้มครองตาม มาตรา 1329²⁸

3) การงานที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งของโมฆิยะกรรมได้กระทำไปเพื่อเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามโมฆิยะกรรมนั้น หากมีการบอกล้างโมฆิยะกรรมย่อมไม่สามารถคืนได้ เช่น เจียวสำคัญผิดว่าขาวเป็นสถาปนิก จึงจ้างมาให้ขาวปลูกสร้างบ้าน ขาวลงทุนปรับพื้นและดอกเสาเข็ม

²⁷ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 270), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

²⁸ มาตรา 1329 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆิยะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง”

ไปแล้ว เขียวบอกล้างโมฆียะกรรม การลงทุนปรับพื้นที่และตอกเสาเข็มที่ทำได้แล้ว เป็นการทำงานที่ทำให้แก่กันซึ่งไม่สามารถคืนได้²⁹

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการคืนทรัพย์สินในกรณีที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรมซึ่งกฎหมายให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหากเป็นการพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทนนั้น ซึ่งอาจแยกประเภทการคืนทรัพย์สินที่ได้รับไว้ ดังนี้

1) การคืนเงินที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับไว้เนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับเงินไว้ในวันนั้นต้องคืนเงินเท่ากับจำนวนที่ได้รับไว้ให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ส่งมอบเงินให้ตามโมฆียะกรรม

2) การคืนทรัพย์สินอื่นนอกจากเงินซึ่งคู่กรณีได้รับไว้เนื่องจากโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว โดยหลักคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ส่งมอบทรัพย์สินตามโมฆียะกรรม (เจ้าของทรัพย์สินเดิม) ในสภาพเดียวกับขณะที่ได้รับทรัพย์สินไว้ในวัน เว้นแต่เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติถึงผลของการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้ เพียงให้โมฆียะกรรมที่บอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทนนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินในกรณีที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้ว่าจะบังคับกันอย่างไร จึงอาจทำให้เกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่มีการคืนทรัพย์สินเมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในส่วนถัดไป

(1) นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น เมื่อทำไปแล้วนิติกรรมนั้นยังมีผลสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีการบอกล้าง คือ ต้องมีบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น จึงจะทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ผลของการบอกล้างโมฆียะกรรม มีดังนี้

(1.1) โมฆะมาแต่เริ่มแรก ผลประการแรกของการบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะเป็นไปตามที่มาตรา 176 วรรคแรก บัญญัติไว้ คือ “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก...” หมายความว่า นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้างเมื่อถูกบอกล้างโดยชอบ ความสูญเปล่าของนิติกรรมนั้นย้อนไปถึงวันที่ทำนิติกรรมนั้น กฎหมาย

²⁹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 271), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

กล่าวว่าเป็นโมฆะเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรก คือ ย้อนหลังขึ้นไปถึงเวลาทำนิติกรรมนั้น³⁰ ผลของการบอกล้างโมฆะกรรมนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่แรกเมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆะกรรมได้แสดงเจตนาบอกล้างโมฆะกรรมโดยชอบแล้วยอมทำให้โมฆะกรรมนั้นเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก แม้โมฆะกรรมจะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ใช้ได้จนกว่าจะถูกบอกล้าง แต่เมื่อถูกบอกล้างแล้วต้องถือว่าเป็นโมฆะย้อนหลังขึ้นไปจนถึงวันเริ่มต้นทำนิติกรรม มิใช่เริ่มเป็นโมฆะตั้งแต่วันบอกล้าง ดังนั้นโมฆะกรรมที่ถูกบอกล้างจึงตกเป็นโมฆะเสียเปล่าเสมือนหนึ่งมิได้มีการทำนิติกรรมกันเลย มาตั้งแต่เริ่มต้นทำนิติกรรม³¹ หรือหมายความว่าความเสียเปล่ามีผลย้อนหลังล้างความสมบูรณ์ตลอดขึ้นไปจนถึงวันที่ทำโมฆะกรรม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ผลของการบอกล้างทำให้โมฆะกรรมตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ถือว่าไม่มีสิทธิหน้าต่อกันมาแต่เริ่มแรก คุณงามิได้ทำนิติกรรมต่อกันเลย ทั้งนี้ ก็เพราะว่าโมฆะกรรมมีผลสมบูรณ์จนกว่าจะบอกล้าง ถ้าไม่ให้การบอกล้างมีผลย้อนหลังไปถึงแต่เริ่มแรกที่ทำโมฆะกรรม ผลที่จะเป็นโมฆะก็จะมีตั้งแต่บอกล้างไปเท่านั้น ที่สมบูรณ์มาจนถึงเวลาบอกล้างจะไม่ตกเป็นโมฆะไปด้วย³² ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2471/2541 โจทก์ทำสัญญาเช่าที่ดินโดยไม่รู้ว่ที่ดินอยู่ในแนวที่จะถูกเวนคืน ถือว่าการแสดงเจตนาทำสัญญาเช่าเป็นโมฆะ เมื่อโจทก์บอกล้างแล้วสัญญาเช่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก จำเลยต้องคืนเงินตามสัญญาเช่าที่รับไปแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย คำพิพากษาฎีกาที่ 5056/2540 โจทก์เป็นผู้จะซื้อวางมัดจำซื้อขายอาคารพิพาทซึ่งอยู่บนโฉนดสองโฉนด คือ 614 และ 616 แต่ไม่รู้มาก่อนว่าอาคารอยู่บนโฉนด 615 ด้วย ส่วนที่เป็น 615 เป็นของคนอื่นไม่ใช่ของจำเลย เมื่อจำเลยจะโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารก็เกิดปัญหาว่าอาคารนั้นเป็นส่วนควบของที่ดินโฉนดเลขที่ 615 ซึ่งเป็นที่ดินของบุคคลอื่น สัญญาจะซื้อจะขายเป็นโมฆะ เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญาแก่จำเลยโดยอ้างเหตุนี้ขึ้นมาแล้ว ก็ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก จำเลยต้องคืนเงินมัดจำที่ได้รับไปพร้อมดอกเบี้ย แต่ไม่อาจเรียกค่าเสียหายแก่กันได้ อีกตัวอย่างคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 5975/2538 โจทก์ซื้อที่ดินจากจำเลย จำเลยยืนยันว่ามีเนื้อที่ตรงตาม ส.ค.1 ซึ่งไม่เป็นความจริง ถือว่านิติกรรมเป็นโมฆะ โจทก์บอกล้างตามมาตรา 175 จำเลยก็ต้องคืนมัดจำพร้อมดอกเบี้ยและคำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538 จำเลยหลอกหลวงให้โจทก์หลงเชื่อยินยอมโอนที่ดินให้แก่จำเลย สัญญา

³⁰ จาก *หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (น. 164), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2556, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³¹ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (น. 269), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

³² จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (น. 198), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

เป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอน เท่ากับเป็นการบอกล้างโมฆียะกรรมสัญญาซื้อขาย เป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก จำเลยก็ต้องโอนที่ดินคืนให้แก่โจทก์และ โจทก์ก็มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าที่ดินที่โจทก์ได้รับจากจำเลย สำหรับฎีกานี้ศาลฎีกามีได้วินิจฉัยให้โจทก์คืนเงินพร้อมดอกเบี้ย

กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมเป็นโมฆียะมาตั้งแต่เริ่มแรก โดยกำหนดไว้ว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรก” ผลที่กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น “โมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก”³³ นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้น เมื่อทำไปแล้วนิติกรรมนั้นยังมีผลสมบูรณ์อยู่ จนกว่าจะมีการบอกล้าง คือ ต้องมีบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดบอกล้างนิติกรรมอันเป็น โมฆียะนั้น จึงจะทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ และย้อนหลังความเสียเปล่าขึ้นไปถึงวันที่เข้าทำนิติกรรมอันเป็น โมฆียะ

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่า นิติกรรมที่เป็น โมฆียะเมื่อต่อมามีการบอกล้าง ย่อมตกเป็นโมฆะย้อนหลังไปถึงวันทำนิติกรรมนั้น และคู่กรณีย่อมต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น ผู้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินก็คือคู่กรณีในนิติกรรมอันเป็น โมฆียะซึ่งต่อมามีการบอกล้าง แต่ถ้าผู้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินดังกล่าวถึงแก่กรรม สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินซึ่งถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง จึงตกทอดเป็นมรดกสู่ทายาทได้ ทายาทของผู้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินจึงสามารถใช้สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินได้นั่นเอง

(1.2) คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผลประการที่สองนี้ มาตรา 176 วรรคแรก บัญญัติต่อไปว่า “...และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน” หมายความว่า โมฆียะกรรมเมื่อถูกบอกล้างให้ถือว่าเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรกทรัพย์สินที่คู่กรณีรับไว้ต้องคืนให้แก่กันทั้งหมด

การที่มาตรา 176 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมแล้ว ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าพ้นวิสัยจะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายชดใช้แทน” นั้น เพราะนิติกรรมที่เป็นโมฆียะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ แต่เสียเปล่าเมื่อถูกบอกล้าง

³³ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 63/2544 เล่มที่ 1 หน้า 7 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) เป็นเรื่องที่จำเลยลงโฆษณาขายอาคาร 5 ชั้น พร้อมทั้งจ่อครกใต้ดิน ทั้งที่ความจริงยื่นเรื่องขอก่อสร้างเพียง 4 ชั้น โจทก์ไม่ทำตามสัญญาจะซื้อจะขายอาคารดังกล่าว โดยระบุว่าอาคาร 5 ชั้น ตามแบบที่จำเลยให้ซึ่งไม่ตรงกับที่ขออนุญาตก่อสร้าง ทำให้สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินอาคารพิพาทตกเป็น โมฆียะเพราะกลล่อลวงตามมาตรา 159 ประกอบกับมาตรา 162 เพราะหากโจทก์ได้รู้ความจริงก็คงจะไม่ซื้อ เมื่อโจทก์บอกล้างโมฆียะแล้ว สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและอาคารดังกล่าวย่อมตกเป็น โมฆะ; คำพิพากษาฎีกาที่ 2518/2532 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 (ปัจจุบันคือมาตรา 176) นิติกรรมอันเป็นโมฆะที่คู่กรณีกลับคืนยังฐานะเดิมจะต้องเป็นนิติกรรมที่เป็น โมฆียะแล้วมีการบอกล้าง มิใช่นิติกรรมที่เป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก

ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ความเสียเปล่าย้อน ไปถึงวันที่ทำนิติกรรม เท่ากับนิติกรรมได้เสียเปล่าใช้ไม่ได้ ไม่มีผลอะไรเลยมาแต่ต้น กล่าวคือ ถือว่าคู่กรณีมิได้เปลี่ยนแปลงฐานะอย่างไรเลย³⁴ ดังนั้น ถ้ายังไม่มีการบอกล้างโมฆะกรรม นิติกรรมก็ใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าต่อมา มีการบอกล้างคู่กรณีจึงกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าพ้นวิสัยจะกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ให้ชดใช้ค่าเสียหาย ตัวอย่าง นายชัย ทำกลฉ้อฉลนำเอาสร้อยคอทองปลอมมาหลอกขายให้นายชอบ อ้างว่าเป็นทองแท้ เมื่อนายชอบรู้ว่าเป็นทองปลอม จึงบอกล้างนายชัยต้องคืนเงินค่าสร้อยคอ ส่วนนายชอบต้องคืนสร้อยคอทองปลอมให้นายชัย หากคืนไม่ได้ก็ให้ชดใช้ราคา

ผลของการบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆะ กฎหมายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งต่างจากเรื่องนิติกรรมที่เป็นโมฆะ เพราะนิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ทำนิติกรรมเท่ากับนิติกรรมไม่เคยเกิดขึ้นเลย การรับชำระหนี้ไว้ในกรณีนิติกรรมเป็นโมฆะกฎหมายจึงให้นำเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับ คำว่าลาภมิควรได้ก็คือ การที่บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลที่ชำระหนี้เสียเปรียบ บุคคลผู้ได้ทรัพย์สินต้องคืนให้แก่บุคคลผู้ชำระหนี้ ตัวอย่างเช่น ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผิดคน โดยเข้าใจว่าผู้ที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ นั้นเป็นเจ้าหนี้ตัวจริง ซึ่งแท้จริงแล้วไม่ใช่เจ้าหนี้ตัวจริง ดังนั้น เจ้าหนี้ตัวปลอมที่รับเงินจากลูกหนี้รายดังกล่าว ถือว่ารับชำระหนี้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมาย เจ้าหนี้ตัวปลอมนี้จึงไม่มีสิทธิที่จะรับเงิน เงินที่รับไว้จึงเป็นลาภมิควรได้ เจ้าหนี้ตัวปลอมต้องคืนให้แก่ลูกหนี้ ตัวอย่างการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เด็กชาย ข. ผู้เยาว์ขายรถจักรยานให้นาย ก. โดยผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ให้ความยินยอม นิติกรรมนี้ตกเป็นโมฆะ เมื่อผู้แทนโดยชอบธรรมบอกล้างโมฆะกรรมนิติกรรมซื้อขายตกเป็นโมฆะ คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมนาย ก. ต้องคืนรถจักรยานให้เด็กชาย ข. เด็กชาย ข. ต้องคืนเงินให้นาย ก. หากรถจักรยานสูญหายไปอาจคืนไม่ได้ นาย ก. ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้ ข. สำหรับกรณีที่ว่า พ้นวิสัย เช่น ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายทั้งหมดหรือบางส่วน ทรัพย์สินนั้นโอนไปยังบุคคลภายนอกผู้สุจริต และเสียค่าตอบแทนซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 และการงานที่ทำให้แก่กันไม่อาจคืนได้

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่า นิติกรรมที่เป็นโมฆะ เมื่อบุคคลที่มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย บอกล้างโดยชอบแล้ว นิติกรรมนั้นให้ตกเป็นโมฆะย้อนหลังไปถึงวันที่ทำนิติกรรม และให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ฝ่ายที่รับเงินไว้ ก็คืนเงินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่รับทรัพย์สินก็คืนทรัพย์สินให้อีกฝ่ายหนึ่ง แต่มีบางกรณีที่การจะให้คืนทรัพย์สินทำไม่ได้ คือ ตกเป็นพ้นวิสัย เช่น ทรัพย์สินที่ได้มาจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นสูญหายไปเสียแล้ว ดังนั้น ก็ให้ฝ่ายนั้นชดใช้

³⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 (น. 490), โดย อุทาหรณ์จากพระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วัฒนกุล), 2426.

ค่าเสียหายแทนทรัพย์สินที่สูญหายไป แต่บางกรณีทรัพย์สินที่รับมาจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นไม่ได้สูญหาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายที่รับทรัพย์สินนั้นไว้ ได้ทำการโอนทรัพย์สินนั้นไปให้แก่บุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอก ซึ่งกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกนั้นตามมาตรา 1329 ฝ่ายที่รับทรัพย์สินไว้ จึงไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้ กฎหมายก็กำหนดให้ฝ่ายที่รับทรัพย์สินนั้นชดใช้ค่าเสียหายแทน

(1.3) บุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครอง ผลประการที่สาม บุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยมีค่าตอบแทน และโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมที่เป็นโมฆะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง” หมายความว่า บุคคลนั้นต้องสุจริต และต้องเสียค่าตอบแทน ซึ่งมาตรา 1329 ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้นำมาใช้บังคับกับกรณีของโมฆะกรรมเท่านั้น โดยมีหลักเกณฑ์ว่าต้องมีนิติกรรมแรกที่เป็นโมฆะกรรม แล้วจึงมีนิติกรรมระหว่างผู้โอนกับผู้ที่ได้ทรัพย์สินมาอีกนิติกรรมหนึ่ง โดยนิติกรรมครั้งหลังต้องกระทำก่อนมีการบอกล้างโมฆะกรรมอันเป็นนิติกรรมแรก และบุคคลภายนอกจะต้องเป็นบุคคลที่สุจริต คือ ไม่รู้วาททรัพย์สินที่ตนได้รับโอนมา ผู้ที่โอนมาให้ได้มาจากนิติกรรมอันเป็นโมฆะ และบุคคลภายนอกต้องได้เสียค่าตอบแทนสำหรับการได้รับสิทธินั้นมาด้วย บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับทรัพย์สินมาจึงจะได้รับความคุ้มครอง ไม่ต้องรับผลกระทบกระเทือนจากผลของการบอกล้างโมฆะกรรม

(2) หากพิจารณาผลของการบอกล้างโมฆะกรรมที่เกิดขึ้นในแง่สถานะของคู่สัญญาภายหลังโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้าง ก็สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

(2.1) สถานะระหว่างคู่สัญญา

สำหรับสถานะระหว่างคู่สัญญา ดังที่กล่าวมาแล้วว่า นิติกรรมที่เป็นโมฆะเป็นนิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง แสดงว่าก่อนที่จะมีการบอกล้างนิติกรรมนั้นได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของผู้ทำนิติกรรมหรือคู่กรณีไปแล้ว และเป็นการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่มีใช้เฉพาะในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่เป็นความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายด้วย จึงถือว่าก่อนที่จะมีการบอกล้าง กฎหมายได้ยอมรับรองนิติกรรมที่ผิดปกตินั้นให้เกิดผลในทางกฎหมาย เพราะฉะนั้นบุคคลใดได้อะไรไปจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะต้องถือว่าได้ไปโดยชอบด้วยกฎหมายทุกประการ คือ มีมูลที่จะอ้างกฎหมายได้

สิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นที่คู่กรณีได้ปฏิบัติไปแล้ว ก่อนที่จะมีการบอกล้าง ต้องถือว่าเป็นการปฏิบัติโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย จึงเกิดผลที่แตกต่างจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะมาแต่ต้น³⁵

หากเป็นกรณีได้มาซึ่งทรัพย์สินใดโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมายย่อมไม่เป็นการได้มาตามกฎหมายลักษณะลาภมิควรได้ ซึ่งมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมายในการได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น อาจเป็นมูลตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรืออาจเป็นมูลตามนิติกรรมสัญญาก็ได้³⁶ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการได้ทรัพย์สินมาโดยอำนาจแห่งมูลหนี้ ตามมาตรา 194 ซึ่งมูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ มีที่มาจากสำคัญ 4 ทางด้วยกัน คือ 1) นิติกรรมสัญญา 2) ละเมิด 3) จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ และ 4) หนี้ที่เกิดตามบทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมาย

หากเป็นกรณีที่มีการได้ทรัพย์สินมาโดยการที่บุคคลซึ่งมีหน้าที่หรือความรับผิดชอบตามกฎหมายที่จะชำระหนี้ให้กับผู้มีสิทธิรับชำระหนี้ตามมูลหนี้ได้อย่างหนึ่งดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมเป็นการได้มาโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย นอกจากนี้ บางกรณีการได้ทรัพย์สินดังมานั้นอาจมิใช่เป็นการได้มาโดยอำนาจแห่งมูลหนี้ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่เป็นการได้มาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นจึงทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น แต่กรณีกฎหมายให้นำหลักการคืนทรัพย์สินตามกฎหมายลักษณะลาภมิควรได้ไปอนุโลมใช้กับการคืนทรัพย์สินตามกฎหมายลักษณะอื่น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวเพียงแต่ให้นำบทบัญญัติลักษณะลาภมิควรได้มาใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีการส่งคืนทรัพย์สินอันเนื่องมาจากมูลเหตุตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะต่างๆ นั้น มิใช่เป็นการบังคับตามกฎหมายลักษณะลาภมิควรได้โดยตรง เพราะมิใช่กรณีที่เป็นการได้ทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้

กฎหมายลาภมิควรได้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคืนทรัพย์สินไว้ว่า ถ้าเป็นกรณีในการคืนเงินนั้น หลักในเรื่องนี้ก็คือผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้เป็นเงินนั้น โดยหลักรับไว้เท่าใดก็ต้องคืนเต็มจำนวน แต่มีข้อยกเว้น ถ้าผู้ที่ได้รับเงินตราไว้นั้นสุจริต³⁷ กฎหมายให้คืนเพียงเท่าที่

³⁵ จาก *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (น. 162), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติม โดย ดร.พร ธีระวัฒน์, 2538, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁶ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้* (น. 74), โดย ไพจิตร บุญญพันธุ์, 2554, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ. และ *Principle and Practice of civil code of Japan* (p. 458), By J.E. de Becker, 1863, London : Butterworth.

³⁷ จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (น. 597-598), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

เหลืออยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน ดังนั้น การคืนทรัพย์สินอื่นนอกจากเงิน กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินอื่นตามสภาพที่เป็นอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน ไม่ใช่ในขณะที่ได้รับทรัพย์สินไว้ หากขณะเมื่อเรียกคืนทรัพย์สินนั้นมีสภาพอย่างไร ก็ต้องคืนสภาพนั้น ถึงแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะเสื่อมราคาหรือสภาพทรุดโทรมลงก็ตามแต่ถ้าได้อะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหาย บุคคลนั้นก็ต้องคืนด้วย โดยกฎหมายจะมุ่งคุ้มครองผู้สุจริตให้คืนทรัพย์สินที่เป็นลาภนั้นเพียงเท่าที่ยังคงมีอยู่ในขณะเรียกคืน ส่วนที่พ้นวิสัยไปแล้วไม่อาจเรียกคืนได้ตั้งแต่ช่วงขณะที่ได้รับทรัพย์สินที่เป็นลาภไว้โดยสุจริต จนกระทั่งถึงช่วงที่ถูกเรียกคืนนั้น ผู้คืนก็ไม่ต้องรับผิดชอบคืนในส่วนนี้ คงคืนเฉพาะส่วนที่ยังคงเหลืออยู่ในวิสัยเท่านั้น หากในขณะที่รับทรัพย์สินที่เป็นลาภไว้โดยสุจริตแล้ว แต่ต่อมาทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นอันพ้นวิสัยที่จะคืนได้ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดบุคคลนั้นก็ควรใช้ราคาทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวน สำหรับการคืนดอกผลจากทรัพย์สินที่ได้รับไว้ในฐานลาภมิควรได้ ก็มีหลักเกณฑ์ในการคืนดอกผลมาตรา 148³⁸ ดอกผลนี้จะต้องเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ได้รับทรัพย์สินนั้นไว้ โดยอาจแยกพิจารณาช่วงเวลาได้ว่าดอกผลเกิดขึ้นก่อนได้รับทรัพย์สินมาย่อมจะไม่ใช่ดอกผลจากทรัพย์สินที่ได้รับไว้ในฐานลาภมิควรได้ เพราะย่อมตกได้แก่เจ้าของทรัพย์สินตามหลักเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิได้ดอกผล อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นที่ตนเป็นเจ้าของตามมาตรา 1336 ผู้ได้รับทรัพย์สินไว้เป็นลาภมิควรได้รับไว้โดยสุจริต กฎหมายก็กำหนดให้มีสิทธิได้รับดอกผลตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ หากขณะได้รับทรัพย์สินมาได้รับมาโดยไม่สุจริต เมื่อเกิดดอกผลขึ้นก็ย่อมไม่มีสิทธิในดอกผลนั้น เพราะตนไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินนั้น

ดังนั้น ถ้าในเวลาที่ได้ทรัพย์สินมานั้นสิทธิที่จะได้มาได้อยู่สมบูรณ์ หรือบริบูรณ์แล้ว แม้ต่อมามีเหตุการณ์อื่นเกิดขึ้นเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายอย่างไร ฝ่ายที่ได้มามีมูลที่จะอ้างกฎหมายได้ ก่อนหน้านั้นผู้ได้ทรัพย์สินมามีสิทธิตามกฎหมายที่จะเรียกร้องได้ ดังนั้น หากได้ทรัพย์สินมาก่อนที่มูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้จะสิ้นสุดลง เช่น การได้ทรัพย์สินสิ่งใดมาเนื่องจากสัญญาที่เป็น โหมฆิยะกรรม ต่อมามีการบอกล้าง โหมฆิยะกรรมนั้น เป็นต้น คู่กรณีจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ขณะเดียวกันการที่กฎหมายมิได้บัญญัติถึงวิธีการคืนทรัพย์สินในกรณีที่มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เมื่อมีการบอกล้าง โหมฆิยะกรรมไว้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 และจะได้นำเสนอรายละเอียดในบทต่อไป

³⁸ มาตรา 148 บัญญัติว่า “ดอกผลของทรัพย์สินได้แก่ ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิติบัญญัติ

ดอกผลธรรมดา หมายความว่า สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของทรัพย์สินซึ่งได้มาจากตัวทรัพย์สินโดยการมีหรือใช้ทรัพย์สินนั้นตามปกตินิยมและสามารถถือเอาได้เมื่อขาดจากทรัพย์สินนั้น

ดอกผลนิติบัญญัติ หมายความว่า ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าของทรัพย์สินจากผู้อื่นเพื่อการที่ได้ใช้ทรัพย์สินนั้น และสามารถคำนวณและถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้”

กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมเป็น โฆษณาตั้งแต่เริ่มแรก โดยกำหนดไว้ว่า “โฆษณกรรมเมื่อบอกแล้ว ให้ถือว่าเป็น โฆษณาตั้งแต่เริ่มแรก” ผลในประการแรกนี้ก็คือผลที่กฎหมายให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น “โฆษณามาตั้งแต่เริ่มแรก”³⁹ แต่ในทางความเป็นจริงนั้น ได้มีสถานะในทางกฎหมายและความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมนั้นแล้ว เพียงแต่เมื่อมีการบอกกล่าวกฎหมายต้องการลบสิ่งที่เคยเกิดขึ้นมาให้หมดไปเสมือนว่าไม่เคยมีอะไรเกิดขึ้นมาในทางกฎหมาย คือ เสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ตัวอย่างเช่น นาย ก. ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กชาย ข. ได้ทราบถึงการทำนิติกรรมขายรถจักรยานให้แก่ นาย ค. นาย ก. จึงใช้สิทธิบอกกล่าว โฆษณกรรมต่อ นาย ค. ผลของการบอกกล่าว โฆษณกรรมนั้นกฎหมายให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็น โฆษณาตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งหมายความว่ากฎหมายให้ถือว่านิติกรรมการซื้อขายรถจักรยานระหว่างเด็กชาย ข. และ นาย ค. เสียเปล่ามาแต่แรก เสมือนว่าไม่เคยมีการทำนิติกรรมซื้อขายกันมาก่อนเลย ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงมีนิติกรรมที่สมบูรณ์ และตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง บัญญัติต่อไปอีกว่า “...และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้น ได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยให้แทน” ฉะนั้น เพื่อที่จะให้เกิดการลบสิ่งทุกอย่างให้เหมือนเดิมได้นั้น มาตรา 176 จึงได้กำหนดต่อไปให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม⁴⁰ คือ เปลี่ยนแปลงสถานะไปให้เหมือนตอนที่ทำ

³⁹ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 63/2544 เล่มที่ 1 หน้า 7 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) เป็นเรื่องที่จำเลยลงโฆษณาขายอาคาร 5 ชั้นพร้อมที่จอดรถใต้ดิน ทั้งที่ความจริงยื่นเรื่องขอก่อสร้างเพียง 4 ชั้น โจทก์ไม่ทำตามสัญญาจะซื้อจะขายอาคารดังกล่าว โดยระบุว่าเป็นอาคาร 5 ชั้นตามแบบที่จำเลยให้ ซึ่งไม่ตรงกับที่ขออนุญาตก่อสร้าง เป็นการฉ้อฉลต่อโจทก์ ทำให้สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินอาคารพิพาทตกเป็น โฆษณ เพราะกลฉ้อฉลตามมาตรา 159 ประกอบกับ มาตรา 162 หากโจทก์ได้รู้ความจริงก็คงจะไม่ซื้อ เมื่อโจทก์บอกกล่าว โฆษณแล้ว สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและอาคารดังกล่าวย่อมตกเป็น โฆษณ; คำพิพากษาฎีกาที่ 2518/2532 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 (ปัจจุบันคือ มาตรา 176) นิติกรรมอันเป็น โฆษณที่คู่กรณีกลับคืนยังฐานะเดิมจะต้องเป็นนิติกรรมที่เป็น โฆษณแล้วมีการบอกกล่าว มิใช่นิติกรรมที่เป็น โฆษณมาแต่เริ่มแรก

⁴⁰ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 3285/2553 ตอนที่ 7 หน้า 1311 การที่ผู้ซื้อมอบหมายให้ทนายความบอกเลิกสัญญาและขอให้ผู้จะขายคืนเงินค่าที่ดินที่ได้รับไปแล้วเป็นการบอกกล่าว โฆษณกรรมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง มีผลให้สัญญาจะซื้อจะขายเป็น โฆษณมาแต่เริ่มแรก คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผู้ขายต้องคืนเงินค่าที่ดินที่ได้รับไปทั้งหมดให้ผู้จะซื้อพร้อมดอกเบี้ย; คำพิพากษาฎีกาที่ 3105/2553 ตอนที่ 6 หน้า 1064 เมื่อผู้ให้เช่ามีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังผู้เช่าแล้วมีผลเท่ากับเป็นการบอกกล่าว โฆษณกรรมและถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็น โฆษณมาตั้งแต่แรก และมีผลเท่ากับการเช่าที่ดินพิพาทไม่เกิดขึ้น ผู้เช่าและผู้ให้เช่าต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผู้ให้เช่าต้องคืนเงินที่ได้รับให้ผู้เช่า และผู้เช่าต้องส่งมอบที่ดินพิพาทในสภาพที่เรียบร้อยคืนผู้ให้เช่า; คำพิพากษาฎีกาที่ 2349/2531 จำเลยทำสัญญาจะขายที่พิพาทให้โจทก์ โดยทราบว่าโจทก์จะซื้อที่พิพาทไปสร้างโรงงาน เมื่อจำเลยทราบว่าที่พิพาทอยู่ในเขตประกาศของกระทรวงมหาดไทย เรื่องห้ามก่อสร้างอาคาร แต่ปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงถือว่า

นิติกรรม ได้ให้อะไรกันไปที่ต้องคืนให้แก่กันทั้งหมด ถ้าพันธบัตรที่จะคืนได้ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน⁴¹ ซึ่งการพันธบัตรที่จะคืนนี้ อาจเป็นการพันธบัตรเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุของนิติกรรมเองที่ใช้หมดไปหรือสูญหายทำลายไปหมดแล้ว หรืออาจเป็นการพันธบัตรทางกฎหมาย กล่าวคือได้มีการโอนทรัพย์สินนั้นต่อๆ กันไปหลายทอด และผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไปแล้ว ด้วยความคุ้มครองของกฎหมาย คู่กรณีจึงไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ หรือการที่ได้ปฏิบัติไปตามนิติกรรมแล้วนั้น ไม่อยู่ในสภาพที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เช่น เพราะเป็นการงานที่ได้ทำไปแล้ว ดังนั้น เมื่อคืนไม่ได้ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายให้กับส่วนที่คืนไม่ได้⁴² ทั้งนี้ เพื่อให้คู่กรณีอยู่ในสถานะที่เหมือนเดิมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมคืน คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกคืนและในส่วนของ การเรียกทรัพย์สินคืนเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหากที่จะต้องทำภายในเวลาอันจำกัด ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายมีเหตุผลว่า แรกเริ่มเดิมทีการได้ทรัพย์สินไปจากนิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นได้ไปโดยชอบด้วยกฎหมาย การหมุนเวียนเปลี่ยนมือทั้งหลายก็เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น เพราะฉะนั้น เมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรมให้ถือว่าเป็นโมฆะ ถ้าจะเรียกร้องให้คืนทรัพย์สินก็ควรใช้สิทธิภายในเวลา มิฉะนั้นทรัพย์สินอาจจะหมุนเวียนเปลี่ยนมือออกไปอีกโดยชอบก็ได้ ซึ่งผลที่สุดจะเป็น

โจทก์แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินที่จะซื้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อจะขายเป็นโมฆะมาแต่แรก คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมจำเลยต้องคืนเงินมัดจำให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

⁴¹ จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3595/2531 จำเลยแจ้งปีเกิดตามหลักฐานที่ผิดโดยมีเจตนาปิดความจริงเป็นเหตุให้โจทก์สำคัญผิดในคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ทำให้โจทก์ยอมรับโอนจำเลยเข้าเป็นพนักงานของโจทก์ โดยที่ขณะนั้นจำเลยมีอายุเกินกว่าหกสิบปีบริบูรณ์แล้ว ต่อมาโจทก์ทราบความจริงจึงเลิกจ้างจำเลย เช่นนี้ แม้การที่จะให้จำเลยคืนเงินค่าจ้างและเงินอื่นแก่โจทก์ไม่เป็นการพันธบัตรแต่การงานที่จำเลยทำให้โจทก์ไปแล้ว ซึ่งเป็นประโยชน์แก่โจทก์และโจทก์ยอมรับเอาการงานของจำเลยแล้วก็ตาม กลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยคู่กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 วรรคสาม (ปัจจุบัน คือ มาตรา 176 วรรคหนึ่ง) เมื่อการที่จะให้การงานที่ทำไปแล้วกลับคืนยังฐานะเดิมย่อมเป็นการพันธบัตร โจทก์จึงต้องใช้ค่าเสียหายที่สมควรแก่หน้าที่การงานให้แก่จำเลย โดยถือว่าค่าจ้างและเงินอื่นตามฟ้องที่จำเลยได้รับไปแล้วเป็นค่าเสียหายจำนวนนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากจำเลยอีก

⁴² เป็นที่น่าสังเกตว่า “ค่าเสียหาย” ตามมาตรา 176 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นหมายถึงเฉพาะ “ค่าเสียหาย” ได้อีกหรือไม่ และโดยอาศัยบทบัญญัติมาตราใด ซึ่งในกรณีนี้ท่านศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ ได้เคยแสดงความเห็นไว้ตอนหนึ่งว่า “ค่าเสียหายในเรื่องละเมิดยังคงมีอยู่ จึงสามารถเรียกได้ ส่วนค่าเสียหายตามร่างมาตรา 138 (ปัจจุบัน คือ มาตรา 176) นี้ เป็นค่าเสียหายเมื่อคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เท่านั้น” ดูรายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1092-8/2523 วันพุธที่ 20 กุมภาพันธ์ 2523, หน้า 3.

เรื่องยุ่งยากมาก หากต้องมีการกลับสู่ฐานะเดิมกันอีก การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกคืนทรัพย์สินนี้ กฎหมายมิได้กำหนดอายุความไว้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป

(2.2) สถานะของคู่สัญญาต่อบุคคลภายนอก

โดยทั่วไปนิติกรรมที่เป็น โฉมฉะเมื่อมีการโอนทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอก หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 160 และมาตรา 1329 ที่จะเข้ามาคุ้มครองบุคคลภายนอกไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการที่นิติกรรมถูกบอกล้างแล้วเป็น โฉมฉะ กรณีที่มีบุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน บุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครอง ผลของการบอกล้างโฉมฉะกรรม ซึ่งจะทำให้นิติกรรมที่เป็น โฉมฉะมาแต่เริ่มแรกและคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็จะเป็นไปเฉพาะระหว่างคู่กรณีเท่านั้น เพราะบุคคลภายนอกผู้ได้รับ โอนทรัพย์สินไปนั้นอาจไม่ได้รับความกระทบกระเทือน เพราะมาตรา 1329 ได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้แล้วว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้นท่านว่ามิเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็น โฉมฉะและนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง”

บุคคลภายนอกอาจได้รับความคุ้มครองให้ถือว่าได้ทรัพย์สินนั้นไป และอาจมีสิทธิดีกว่าผู้โอนได้ใน 2 กรณี คือ⁴³

(1) กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1329 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลภายนอกที่ได้ทรัพย์สินไปโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ไม่เสียไปแม้จะมีการบอกล้างโฉมฉะกรรมนั้นภายหลัง ดังนั้น บุคคลภายนอกที่จะได้รับการคุ้มครองต้องได้รับโอนทรัพย์สินมาโดยไม่รู้ที่ผู้โอนได้รับทรัพย์สินมาโดยนิติกรรมที่เป็น โฉมฉะ และต้องมีการเสียค่าตอบแทนด้วย

(2) กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 160 ซึ่งบัญญัติไว้ในกรณีของการที่นิติกรรมตกเป็น โฉมฉะเพราะกลฉ้อฉล บุคคลภายนอกอาจได้รับความคุ้มครองด้วยเงื่อนไขเพียงความสุจริตไม่รู้ถึงการมีกลฉ้อฉล จึงไม่รู้ว่านิติกรรมนั้นตกเป็น โฉมฉะ ส่งผลให้บุคคลภายนอกอาจได้ทรัพย์สินนั้นไปแม้ไม่ต้องเสียค่าตอบแทน

บุคคลภายนอกที่จะไม่ได้รับความกระทบกระเทือนนี้ จะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่สุจริต คือ ไม่รู้ว่าทรัพย์สินที่ตนได้รับโอนมานั้น ผู้ที่โอนมาให้ได้มาจากนิติกรรมอันเป็น โฉมฉะ และบุคคลภายนอกต้องได้เสียค่าตอบแทนสำหรับการได้รับสิทธินั้นมาด้วยซึ่งอาจจะเป็นในลักษณะของการซื้อก็ได้ แต่ถ้าบุคคลภายนอกได้รับทรัพย์สินนั้นมาโดยรู้ว่าผู้โอนได้ทรัพย์สินนั้นมาจากนิติกรรมอันเป็น โฉมฉะ ก็ถือว่าบุคคลภายนอกไม่สุจริต ซึ่งบุคคลภายนอกจะรู้เมื่อไรก็ตาม เมื่อนั้น

⁴³ จาก คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง (น. 183), โดย ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, 2553, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

ก็ถือว่าบุคคลภายนอกไม่สุจริต ดังบทบัญญัติในมาตรา 176 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะรู้ว่าการใดเป็น โฆษณิยะ เมื่อบอกแล้ว ให้ถือว่าบุคคลนั้น ได้รู้ว่าการนั้นเป็น โฆษณิยะ นับแต่วันที่รู้หรือควรจะรู้ว่าเป็น โฆษณิยะ” ฉะนั้น เมื่อมีการบอกกล่าว โฆษณิยะกรรม นิติกรรมก็จะตกเป็น โฆษณิยะมาแต่แรก บุคคลภายนอกก็อาจจะต้องคืนทรัพย์ให้ก็ได้หรือถ้าบุคคลภายนอกได้ทรัพย์สินนั้นมาเพราะการให้โดยเสน่หาจากผู้อื่นที่ได้ทรัพย์นั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็น โฆษณิยะ ผลก็จะเป็นอย่างเดียวกัน

บุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้รับความกระทบกระเทือนต่างๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว ฐานในทางกฎหมายที่ได้โอนทรัพย์สินให้เขาไปนั้น ไม่มีอยู่อีกแล้ว เพราะการบอกกล่าว โฆษณิยะ จึงทำให้นิติกรรมเสียเปล่ามาตั้งแต่แรก แต่โดยที่กฎหมายคงพิจารณาว่า ในระหว่างที่ยังไม่มีการบอกกล่าวการได้ไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่รู้เลยว่าผู้อื่นโอนทรัพย์สินให้กับเขาได้ทรัพย์นั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็น โฆษณิยะและยังได้เสียค่าตอบแทน ไปอีกด้วย กฎหมายจึงจำต้องคุ้มครอง จึงถือว่าบุคคลภายนอกได้ทรัพย์สินไปด้วยความคุ้มครองของกฎหมาย สำหรับกรณีของการบอกกล่าว โฆษณิยะกรรมเพราะกลฉ้อฉลนั้นบทบัญญัติในมาตรา 160 บัญญัติว่า “การบอกกล่าว โฆษณิยะกรรมเพราะถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 159 ห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต” เท่ากับบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 1329 ที่บุคคลภายนอก จะได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักเกณฑ์ 2 ประการ เมื่อบุคคลภายนอกสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่หากกรณีที่มีความเป็น โฆษณิยะเกิดจากกลฉ้อฉลแล้ว บุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักเกณฑ์เพียงประการเดียวคือ “สุจริต” เท่านั้น⁴⁴ ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

ความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่า กรณีมาตรา 160 ต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 1329 ด้วย กล่าวคือ บุคคลภายนอกหากได้รับทรัพย์สินไป จะมีสิทธิคิดว่าผู้บอกกล่าว โฆษณิยะกรรม ซึ่งจะต้องเป็น บุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน มิใช่เพียงแต่มีความสุจริตตามมาตรา 160 เท่านั้น

⁴⁴ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7772/2546 เล่มที่ 12 หน้า 185 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของการยกให้ที่ดินเพราะถูกผู้รับทำกลฉ้อฉล การให้เป็น โฆษณิยะ เมื่อผู้ฟ้องคดีถือได้ว่าได้บอกกล่าว โฆษณิยะกรรมแล้ว นิติกรรมการให้จึงตกเป็น โฆษณิยะ แต่ที่ดินดังกล่าวผู้รับได้ขายฝากไว้กับบุคคลภายนอกซึ่งซื้อฝากไว้โดยไม่สุจริต ผู้ให้จึงยกเหตุการณ์บอกกล่าวขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกนั้นได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 160; คำพิพากษาฎีกาที่ 1522/2546 ตอนที่ 6 หน้า 984 กรณีเป็นเรื่องโจทก์เจ้าของที่ดิน และ ผ. ผู้มีชื่อถือกรรมสิทธิ์แทน ถูก ผ. ทำกลฉ้อฉลให้ขายที่ดินให้ นิติกรรมจึงเป็น โฆษณิยะ เมื่อโจทก์ให้ทนายทำหนังสือยกเลิกการซื้อขายยอมทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โฆษณิยะมาตั้งแต่แรก คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ปรากฏว่า จำเลยที่ 1 ได้ขายฝากที่ดินไว้กับจำเลยที่ 2 ก่อนแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ถือเป็นบุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนตามมาตรา 1329 ประกอบมาตรา 160 โจทก์จึงไม่อาจยกนิติกรรมที่เป็น โฆษณิยะขึ้นต่อสู้จำเลยที่ 2 ได้

เพราะมาตรา 1329 นั้น บัญญัติรวมทุกกรณีของการเรียกคืนทรัพย์สินจากการบอกล้างโมฆียะกรรม จากบุคคลภายนอก กรณีการบอกล้างโมฆียะกรรมเพราะถูกกลั่นแกล้งก็เป็นการบอกล้างอย่างหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 1329 ด้วย⁴⁵ และมีความเห็นของนักกฎหมายอธิบายเพิ่มเติมว่า กรณีมาตรา 160 บัญญัติไว้กว้างกว่ามาตรา 1329 เพราะมาตรา 1329 บัญญัติเฉพาะกรณีมีการเรียกคืนทรัพย์สินเท่านั้น แต่มาตรา 160 บัญญัติคุ้มครองบุคคลภายนอก จากผลการบอกล้างในทุกๆ กรณี เช่น ในกรณีที่นิติกรรมมอบอำนาจเป็นโมฆียะ และตัวแทนผู้รับมอบอำนาจนั้นตั้งตัวแทนช่วง หรือจ้างแรงงานต่อ ในกรณีนี้ แม้มีการบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โมฆียะ ตัวแทนช่วงหรือลูกจ้างที่ตัวแทน หรือผู้รับมอบอำนาจจ้างไว้ จะยังคงมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนอยู่⁴⁶

ความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่า กรณีมาตรา 160 ถือเป็นบทเฉพาะของมาตรา 1329 ซึ่งเป็นบททั่วไป ดังนั้น กรณีที่นิติกรรมตกเป็นโมฆียะเพราะกลั่นแกล้ง เมื่อบอกล้างแล้ว บุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองแม้ว่าจะมิได้เสียค่าตอบแทน เพียงแต่มีความสุจริตเท่านั้น⁴⁷

ดังนั้น จากความเห็นของนักกฎหมาย การคุ้มครองบุคคลภายนอก เพราะมีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น บุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่คืนทรัพย์สินที่ได้รับมาตามมาตรา 1329 ให้แก่ผู้มีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินได้และในกรณีที่นิติกรรม เป็น โมฆียะ เพราะกลั่นแกล้ง มาตรา 160 บัญญัติให้ บุคคลภายนอกอาจได้รับความคุ้มครอง ภายใต้ง่อน ใจเดียว คือ มีความสุจริตเท่านั้น โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน

การได้มาตามมาตรา 1329 นั้น ตัวอย่างเช่น ก. ผู้เยาว์ขายม้าให้แก่ ข. โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งนิติกรรมการขายย่อมตกเป็นโมฆียะ เมื่อ ข. โอนขายม้าให้แก่ ค. อีกต่อหนึ่ง ค. รับซื้อไว้โดยให้ค่าตอบแทนโดยสุจริต ไม่รู้ว่านิติกรรมระหว่าง ก. กับ ข. เป็นโมฆียะ แม้อต่อมาผู้แทนโดยชอบธรรมของ ก. จะบอกล้างการซื้อขายอันเป็นโมฆียะ สิทธิของ ค. ก็ไม่เสียไป ผู้แทนโดยชอบธรรมของ ก. จะเรียกคืนม้าจาก ค. ไม่ได้ แต่ถ้า ข. โอนม้าให้ ค. โดยเสนาหา ถึงแม้ว่า ค. จะสุจริต ไม่รู้ว่านิติกรรมระหว่าง ก. กับ ข. เป็นโมฆียะ หรือ ค. ให้ค่าตอบแทนแก่ ข. แต่รู้ว่า ก. เป็นผู้เยาว์และได้ขายม้าให้ ข. โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หากเป็นเช่นนี้ ค. ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 เมื่อผู้แทนโดยชอบธรรม

⁴⁵ จาก คู่มือกฎหมายแพ่ง เล่ม 1 ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา ระยะเวลา อายุความ และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรมและคุ้มครองผู้บริโภค (น. 25), โดย สติติย์ เล็งไธสง, 2551, กรุงเทพฯ : บริษัท ธรรมสาร จำกัด.

⁴⁶ จาก คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา (น. 194), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2551, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁴⁷ จาก คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง (น. 185), โดย ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ของ ก. บอกล้างโมฆิยะกรรม ก็ชอบที่จะเรียกม้าคืนจาก ค. ได้ นอกจากนั้น มาตรา 1329 ยังเป็นเรื่องการได้ทรัพย์สินมาจากผู้ได้มาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆิยะอีกต่อหนึ่ง โดยนิติกรรมระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนชั้นหลังประการใด ถ้านิติกรรมระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนชั้นหลังเป็นโมฆิยะประการใด ก็อาจเสียได้ ใช้ไม่ได้ตามลักษณะโมฆะโมฆิยะ เช่น ก. ผู้เยาว์ขายม้าให้ ข. ผู้เยาว์โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ข. ผู้เยาว์ โอนขายม้าต่อให้ ค. โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือกรณีที่ ข. ไม่ได้เป็นผู้เยาว์ แต่การโอนระหว่าง ข. และ ค. มิได้โอนขายทำตามแบบตกเป็นโมฆะ เช่นนี้ ค. ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 นี้ การได้ทรัพย์สินมาเช่นนี้ ค. อาจถูก ข. หรือผู้แทนของ ข. กล่าวอ้างบอกล้างโมฆิยะกรรมได้แล้วแต่กรณี

มาตรา 1329 นี้ ใช้ได้เฉพาะในเรื่องโมฆิยะกรรมเท่านั้น ไม่คุ้มครองกรณีที่มีการได้มาเบื้องต้นเป็นโมฆะหรือไร้อำนาจด้วยประการอื่นๆ เช่น ได้มาจากผู้ที่ลอบใส่ชื่อในโฉนดโดยไม่มีสิทธิ หรือการได้มาในชั้นต้นเป็นโมฆะเพราะมิได้ทำตามแบบ แม้ผู้ได้มาจะโอนให้ใครต่อไป ผู้รับโอนก็อ้างมาตรา 1329 ไม่ได้ นอกจากนั้น ต้องเป็นกรณีที่ได้มาก่อน โมฆิยะถูกบอกล้าง กล่าวคือ ถ้าถือตามหลักที่ว่าสิทธิของผู้ที่ได้มาตามมาตรา 1329 ไม่เสียไปเพราะอาศัยสิทธิของผู้โอนให้แก่คนที่ได้โดยนิติกรรมอันสมบูรณ์ จนกว่าจะถูกบอกล้างแล้ว การโอนจะต้องทำกันก่อน โมฆิยะกรรมถูกบอกล้าง เพราะโมฆิยะกรรมเมื่อบอกล้างแล้วตกเป็นโมฆะเท่ากับว่าไม่มีนิติสัมพันธ์ผูกพันกันมา เหมือนว่าไม่เคยทำนิติกรรมต่อกันไว้ ไม่เคยมีสิทธิหน้าที่ต่อกัน คู่กรณีฝ่ายที่รับโอนทรัพย์สินตามนิติกรรมที่ได้ถูกบอกล้างเป็นโมฆะนั้น เท่ากับเป็นผู้ได้ทรัพย์สินเขาไว้โดยไม่มีสิทธิหรืออำนาจใดๆ ทั้งสิ้น แม้โอนให้ใครไป ผู้รับโอนก็ไม่ได้สิทธิหรืออำนาจอย่างใด เท่ากับรับโอนจากผู้ที่ไม่ใช่อำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด ดังนั้น มาตรา 1329 คุ้มครองแต่เรื่องโมฆิยะกรรม ไม่รวมไปถึงโมฆะกรรมด้วย ตัวบทก็เขียนบ่งไปในทางที่จะต้องได้โอนกันก่อนแล้ว โมฆิยะกรรมจึงถูกบอกล้างในภายหลัง (คำพิพากษาฎีกาที่ 346/2280) มิใช่ถูกบอกล้างก่อนแล้วจึงมีการโอนกันไป ตัวบทเขียนไว้ว่าอ่านเข้าใจความได้ดังนี้ ถ้าเป็นเรื่องที่โมฆิยะกรรมได้ถูกบอกล้างแล้วภายหลังจึงได้โอนกันไป ผู้รับโอนไม่น่าจะอ้างความคุ้มครองจากมาตรา 1329 ได้⁴⁸

⁴⁸ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์ (น. 206), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2521, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

2.2 หลักการทั่วไปของหนี้และชนิดของหนี้⁴⁹

คำว่า “หนี้” นั้น กล่าวก็คือเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ลูกหนี้” ส่วนอีกฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำ เรียกว่า “เจ้าหนี้” ซึ่งแยกการกระทำนั้นออกเป็น 3 ชนิด คือ การกระทำ การงดเว้นการกระทำ และการส่งมอบทรัพย์สิน นอกจากนี้ คำว่า “หนี้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยังเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “สิทธิเรียกร้อง” ดังที่มาตรา 233 ได้กล่าวไว้ ซึ่งหนี้หรือสิทธิเรียกร้องมีลักษณะทั่วไป 5 ประการ ดังนี้

1) ความเป็นบุคคลสิทธิ คือ เป็นหนี้มีผลตามกฎหมายระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และบุคคลที่เป็นลูกหนี้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง มีผลตามกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย หรือมากกว่าก็ได้ แต่โดยจำกัดให้มีผลเด็ดขาดใช้ทั่วไปไม่ ไม่มีผลตามกฎหมายใช้บังคับบุคคลทุกคนในสังคม ซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันกันเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องมิได้เป็นความผูกพันทั่วไปอย่างทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ก. ถูยืมเงินจาก ข. จึงเป็นเจ้าหนี้มีบุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงินคืน จาก ก. ซึ่งเป็นลูกหนี้ สิทธิดังกล่าวนี้เป็นหนี้ที่มีระหว่าง ก. และ ข. เท่านั้น ข. จะไปเรียกร้องเงินคืนจากบุคคลอื่นๆ ที่ไม่ใช่ ก. ไม่ได้

2) ความเป็นสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยทั่วไปสิทธิทางหนี้มีราคาและอาจโอนกันได้มีความใกล้เคียงกับทรัพย์สิน จนถึงกับมีผู้จัดว่าเป็นทรัพย์สินก็มี ตรงกันข้ามกับสิทธิบางอย่างที่เกี่ยวกับบุคคลและครอบครัว ซึ่งมีอาจโอนกันได้ และบางทีก็ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินจึงไม่มีราคาและไม่ถือกันว่าเป็นสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินแต่อย่างใด⁵⁰

3) ความเป็นสิทธิทางแพ่ง การก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องกันทางแพ่ง เป็นสิทธิเอกชนมิใช่สิทธิมหาชน หนี้จึงมิใช่ภาระหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน เช่น หน้าที่ของพลเมืองที่จะต้องรับใช้ชาติ โดยการเป็นทหาร แต่อย่างไรก็ดี บางกรณีกฎหมายมหาชนก็ก่อให้เกิดภาระหน้าที่หรือหนี้เงินที่บุคคลจะต้องชำระให้รัฐ เช่น ค่าภาษีอากร และค่าธรรมเนียมต่างๆ ทำให้รัฐมีฐานะเป็นเจ้าหนี้และผู้มีหน้าที่ชำระเงินให้รัฐมีฐานะเป็นลูกหนี้ขึ้นมาได้เหมือนกัน⁵¹

4) ลูกหนี้มีตัวตนแน่นอน เนื่องจากสิทธิเรียกร้องเป็นบุคคลสิทธิ มิใช่สิทธิที่มีต่อคนทั่วไปอย่างทรัพย์สิน หน้าที่ของสิทธิเรียกร้องจำกัดอยู่ที่ตัวบุคคลผู้เกี่ยวข้อง ผู้ที่มีหน้าที่หรือลูกหนี้จึงต้องมีตัวตนแน่นอนว่าเป็นคนไหน โดยเฉพาะเจาะจง เช่น ผู้ที่เป็นคู่สัญญาหรือผู้ที่ทำละเมิด เป็นต้น

⁴⁹ จาก คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ (น. 19), โดย จี๊ด เศรษฐบุตร. ใช้คำว่า “หนี้บางชนิด”. และ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 35), โดย โสภณ รัตนากร. ใช้คำว่า “หนี้ชนิดต่างๆ”. ในบางตำราใช้คำว่า “ประเภทของหนี้” ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนขอเลือกใช้คำว่า “ชนิดของหนี้” ในการอธิบาย

⁵⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 24), โดย โสภณ รัตนากร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁵¹ แหล่งเดิม.

หรือในขณะที่ก่อนนี้ยังไม่รู้ตัวลูกหนี้แน่นอน ก็ต้องมีวิธีการที่จะกำหนดตัวลูกหนี้ได้ตั้งแต่ในตอนแรกแล้ว ถ้าไม่มีลูกหนี้หรือผู้มีหน้าที่โดยแน่นอนก็ย่อมไม่มีความสัมพันธ์ทางหนี้ได้ ไม่อาจก่อให้เกิดหนี้หรือสิทธิเรียกร้องขึ้นมาได้ ผิดกับสิทธิที่มีต่อคนทั่วไป เช่น ทรัพย์สินซึ่งบุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ผู้ที่มีหน้าที่หาได้มีตัวตนอยู่ก่อนไม่ แต่อย่างไรก็ดี หากมองในแง่ที่ว่าคนทุกคนเว้นแต่ผู้มีทรัพย์สินต้องเคารพต่อทรัพย์สินแล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าผู้มีหน้าที่ต่อทรัพย์สินเป็นบุคคลที่แน่นอนและคงไม่เปลี่ยนแปลงได้เช่นกัน⁵²

5) วัตถุประสงค์หนี้แน่นอน สิทธิเรียกร้องมีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำ เจรจาหรือการกระทำ หรือส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนี้นั้น เป็นเรื่องที่น่าแน่นอนตามที่มีข้อตกลงกันไว้ หรือตามที่ได้ทำละเมิดต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่น หากสัญญายังไม่แน่นอน เช่น ข้อสัญญาที่สำคัญยังไม่ได้ตกลงกันหรือกำหนดว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ก็ได้ เป็นต้น แสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์หนี้ยังไม่แน่นอน ย่อมยังไม่เกิดความผูกพันอันจะมีผลให้มีหนี้บังคับกันได้ ตัวอย่างเช่น ก. รับจ้างทำงานให้ ข. ก. ก็มีหนี้ที่จะต้องทำงานรับจ้างตามที่ ข. สั่ง ซึ่ง ข. ก็มีหนี้ที่จะต้องจ่ายค่าจ้างให้ ก. ซึ่งเป็นการกระทำที่แน่นอน หรือ ก. ทำสัญญาว่าจะไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับ ข. ในเขตจังหวัดเดียวกันที่ ข. ประกอบธุรกิจนั้นอยู่ก่อนแล้ว ก. ก็มีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องเจรจาหรือการกระทำคือไม่ทำธุรกิจแข่งขันกับ ข. ตามที่ได้ตกลงกัน หรือ ก. ทำสัญญาขายรถยนต์ให้ ข. ก. ก็มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบรถยนต์ให้ ข. ซึ่งเป็นการกระทำที่แน่นอน เป็นต้น

ถ้ากรณีใดที่กล่าวอ้างกันว่ามี “หนี้” เกิดแล้ว ก็ต้องพิจารณากันต่อไปว่า สิทธิและหน้าที่นั้นๆ จะทำการบังคับกันเอาประโยชน์ได้หรือไม่ ข้อนี้นับว่าสำคัญมากและเกี่ยวข้องกับ การแบ่งแยกชนิดของหนี้ ซึ่งอาจจะแบ่งแยกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ “หนี้ตามกฎหมาย” เป็นกรณีที่มี สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ กับ “หนี้ธรรมดา” ที่หมายความถึงหนี้จำพวกที่เป็นหนี้เกิดตาม ธรรมดา ที่ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ หรืออาจจะแบ่งแยกเป็นหลายประเภทกว่านี้ก็ได้ แต่สิ่งสำคัญอยู่ที่ผลอันจะเกิดขึ้นในวาระสุดท้าย กล่าวคือ เรื่องอำนาจเรียกร้องนั้นๆ เพราะหากเป็น หนี้ตามกฎหมายแล้ว ผลในกฎหมายทุกประการย่อมเกิดได้ตามปกติอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย ลักษณะหนี้ ส่วนหนี้ธรรมดาผลสุดท้าย คือ ฟ้องร้องอะไรตามกฎหมายลักษณะหนี้ไม่ได้ และถ้ามี การชำระหนี้ก็เป็นอันว่าเรียกคืนไม่ได้เหมือนกัน ดังนั้น หากนำเอาเรื่องอำนาจบังคับตามกฎหมาย มาเป็นแนวทางในการแบ่งแยกชนิดของหนี้ก็จะกล่าวได้ว่ามีหนี้เพียงสองชนิด คือ หนี้ธรรมดา และหนี้ตามกฎหมาย

⁵² จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 24), โดย โสภณ รัตนากร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

จากบันทึกข้อความสำคัญ ฯลฯ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลวงประดิษฐมนูธรรม พ.ศ. 2472 นั้น กล่าวถึงหนี้ที่ขาดสิทธิเรียกร้องนั้น ถ้าแยกเป็น 3 ประเภท จะได้ความดังนี้⁵³ คือ (1) “หนี้ที่อาจฟ้องร้องกันได้” เจ้าหนี้ฟ้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ เป็นหนี้ “ที่บังคับได้” เช่น หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายที่ยังไม่ขาดอายุความ (2) “หนี้ตามธรรมดา” ซึ่งเป็นแต่เพียงหน้าที่ที่ผูกพันลูกหนี้ในการที่จะโอนทรัพย์สิน กระทบการ งดเว้นกระทบการ ถ้าลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตาม เจ้าหนี้ก็ฟ้องขอให้บังคับไม่ได้ แต่ถ้าลูกหนี้ยอมปฏิบัติ ลูกหนี้ก็เรียกคืนฐานลาภมิควรได้หาได้ไม่ เช่น หนี้ที่เกิดจากการพนันเป็นหนี้ตามธรรมดา (3) “หนี้ตามศีลธรรมหรือตามธรรมจรรยา” ซึ่งเป็นหน้าที่ตามศีลธรรมหรือตามธรรมจรรยา มีตัวอย่างในมาตรา 408 (3) เช่น หน้าที่ของบิดามารดา ฯลฯ ที่จะบำรุงรักษาผู้สืบสันดานเป็นทางอุปการะ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาหนี้ชนิดต่างๆ โดยเริ่มจาก (1) หนี้ธรรมดา และ (2) หนี้ตามกฎหมาย ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหนี้ชนิดใดก็รวมอยู่ในเรื่อง “หนี้” ทำนองเดียวกัน แต่ผู้เขียนจะได้พิจารณาในรายละเอียดของหนี้ชนิดต่างๆ โดยพิจารณาจากผลประการสุดท้ายของหนี้แต่ละชนิด ซึ่งก็คือการใช้สิทธิเรียกร้องหรืออำนาจเรียกร้องมาเป็นแนวทางในการพิจารณาชนิดของหนี้ ดังนี้

2.2.1 หนี้ธรรมดา

คำว่า “หนี้ธรรมดา” อธิบายได้ว่าเป็นหนี้ที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ อันเป็นข้อยกเว้นจากหลักการที่ว่าหนี้นั้นเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม “หนี้ธรรมดา” ก็มีลักษณะเป็นหนี้อยู่ ด้วยว่าหากลูกหนี้ชำระไปแล้วจะเรียกคืนไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นการชำระหนี้อย่างถูกต้องแล้ว⁵⁴

“หนี้ธรรมดา” ต่างกันกับหนี้สามัญในข้อที่ว่า “หนี้ธรรมดา” นั้นจะฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ไม่ได้ การที่จะมีการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้โดยวิธีบังคับ จะมีได้ต่อเมื่อลูกหนี้อยอมชำระหนี้ด้วยความสมัครใจเท่านั้น แสดงให้เห็นว่านอกจากหนี้สามัญซึ่งมีการฟ้องร้องและบังคับกันได้แล้ว ยังมีหนี้บางอย่างซึ่งเจ้าหนี้ไม่อาจฟ้องร้องขอความช่วยเหลือของศาลได้⁵⁵

⁵³ จาก บันทึกข้อความสำคัญ ฯลฯ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (น.2-5 และ 9-21), โดย หลวงประดิษฐมนูธรรม, 2472.

⁵⁴ จาก หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม โดย คาราพร ถิระวัฒน์ (น. 21), โดย จิต เศรษฐบุตร, 2538, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁵ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (น. 223), โดย เสริม วินิจฉัยกุล, 2515, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สรรพสามิต.

นอกจากนั้น คำว่า “หนี้ธรรมชาติ” นี้ ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวไว้ในที่ใดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ถอดแปลความมาจากคำว่า *Obligation Natural*⁵⁶

“หนี้ธรรมชาติ” นั้นความเข้าใจไม่สู้จะลงรอยกัน เดิมเข้าใจกันว่าเป็นหนี้ในแพ่งที่เสื่อมคลายขาดสิทธิเรียกร้องกลายเป็นหนี้ธรรมชาติไป เช่นหนี้ที่ขาดอายุความจะเรียกร้องบังคับกันตามกฎหมายไม่ได้ แต่ถ้าได้ชำระหนี้กันไปแล้วก็มีผลเรียกทรัพย์คืนไม่ได้ ต่อๆ มาความคิดเรื่องหนี้ธรรมดาขยายกว้างออกไปอีกจนถึงกับถือว่าหน้าที่ทางศีลธรรมก็เป็นหนี้ธรรมดาไปด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อให้กฎหมายกับศีลธรรมสอดคล้องกันยิ่งขึ้น ความเข้าใจเช่นนี้ “หนี้ธรรมชาติ” จึงหมายความรวมถึงกรณีต่างๆ ที่บุคคลรู้สึกว่าคุณถูกพันโดยอำนาจภายในทางจิตใจที่จะต้องกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ต่างกับหนี้ในแพ่งที่มีสิทธิเรียกร้องบังคับได้ตามกฎหมายถูกผูกพันตามอำนาจภายนอกโดยกฎหมายบังคับ⁵⁷

ส่วน “หนี้ธรรมชาติ” ได้แก่หนี้ใดนั้น ได้มีความเห็นของนักกฎหมายเป็นสองฝ่าย คือ ความเห็นแรก ได้ให้ความหมายของหนี้ธรรมดาออกอย่างกว้าง โดยเห็นว่าหนี้ธรรมดาก็คือหน้าที่ทางศีลธรรมนั่นเอง นอกจากหนี้ซึ่งกฎหมายได้ระบุไว้โดยชัดเจนพอสมควรว่าเป็นหนี้ธรรมดาแล้ว การที่บุคคลปฏิบัติกรโดยรู้สึกว่าเป็นหน้าที่ในทางศีลธรรมแล้ว บุคคลนั้นจะเรียกคืนไม่ได้ โดยจะขอกกล่าวถึงหนี้ธรรมดาต่างๆ ไว้ดังนี้

⁵⁶ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (น. 426-432), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, เรียกว่า หนี้ธรรมชาติ, และ *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้* (น. 9), โดย กำธร พันธุลาภ, เรียกว่าหนี้ธรรมดาหรือหนี้ในศีลธรรม และ *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1* (น. 393), โดย เสนีย์ ปราโมช, เรียกว่าหนี้ในธรรม. สำหรับ “หนี้ในธรรม” หมายถึง หนี้ที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ และในขณะที่เดียวกัน หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปก็จะเรียกคืนไม่ได้เช่นเดียวกัน โดยถือว่าเป็นการชำระหนี้โดยถูกต้องแล้ว มีลักษณะเป็นหนี้ คือ มีเจ้าหนี้และลูกหนี้ มีความผูกพันทางกฎหมาย แต่มีข้อจำกัดประการเดียว คือ ฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ และถ้าหากมีการชำระหนี้ในธรรมไปแล้วก็เรียกคืนไม่ได้ ตัวอย่างของหนี้ในธรรม ได้แก่ หนี้ขาดหลักฐาน หนี้ที่ขาดอายุความแล้ว ซึ่งผลของการขาดอายุความไม่ได้ทำให้สิทธิเรียกร้องนั้นระงับไปโดยอัตโนมัติ แต่ส่งผลให้ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นสามารถยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้ แต่หากลูกหนี้มิได้ยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ และยอมชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ก็ไม่มีอะไรห้าม และเมื่อชำระหนี้แล้วหนี้นั้นก็ระงับสิ้นไป ลูกหนี้จะมาเรียกคืนฐานลามิควรรได้ไม่ได้ เพราะถือว่าสิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความแล้ว แม้กฎหมายบังคับให้ไม่ได้ แต่ลูกหนี้ก็ยังมีหนี้ทางใจหรือหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมอยู่ ซึ่งหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ถือว่าผิดศีลธรรม นักกฎหมายจึงเรียกหนี้ที่ขาดอายุความแล้วนี้ว่า “หนี้ในธรรม” หรือ “หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม”

⁵⁷ จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้* (น. 147), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2523, กรุงเทพฯ : โครงการตำรา ชุดตำรา ลำดับที่ 4 คณะกรรมการสัมมนาวิจัยฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1) หนี้ที่ขาดอายุความ คือ หนี้ซึ่งไม่ได้ใช้บังคับภายในระยะเวลาหนึ่ง มาตรา 193/10 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความ ลูกหนี้มีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้” หมายความว่า หนี้ที่ขาดอายุความเป็นหนี้ที่เรียกร้องให้ชำระหนี้ไม่ได้ แต่ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ไป แม้จะไม่ว่าหนี้ขาดอายุความ มาตรา 193/28 กล่าวว่า ลูกหนี้จะเรียกคืนไม่ได้

2) หนี้ที่ขาดหลักฐาน เช่น สัญญาบางประเภท กฎหมายบัญญัติว่าต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบ มิฉะนั้นฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ได้แก่ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 538) สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาท (มาตรา 653) สัญญาค้ำประกัน (มาตรา 680) เป็นต้น หนี้ที่ขาดหลักฐานดังกล่าวนี้ กฎหมายบัญญัติว่า เจ้าหนี้จะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้เท่านั้น แต่หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ไป โดยไม่รู้ว่าเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ก็ไม่มีสิทธิเรียกคืน

3) หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมหรือตามควรแก่อัชฌาศัยในสมาคม (มาตรา 408 (3))

4) หนี้จะต้องให้โดยธรรมจรรยา หรือในการสมรส (มาตรา 535)

5) หนี้ที่จะต้องชำระในหนี้การพนันและขันต่อ (มาตรา 853)

6) หนี้ที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี (มาตรา 411)

ส่วนความเห็นที่สอง นักกฎหมายได้ให้ความหมายของหนี้ธรรมดาอย่างแคบ กล่าวคือ กฎหมายจะต้องบัญญัติระบุไว้ให้ชัดเจนพอสมควร โดยเห็นว่าหนี้ธรรมดาอย่างมากก็มีได้เพียง 1) หนี้ขาดอายุความ 2) หนี้ขาดหลักฐาน และ 3) หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมหรือตามควรแก่อัชฌาศัยในสังคม ซึ่งความเห็นที่สองนี้ มองว่าหนี้ธรรมดามีเพียง 3 หนี้ ข้างต้นนั้น ก็ได้มีการให้เหตุผลไว้ว่าการชำระหนี้ธรรมดากับสัญญาให้มีลักษณะใกล้เคียงกันมาก เพราะในสัญญาให้หนี้ก็ต้องมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญาให้ว่าเพราะอะไรเช่นกัน ซึ่งส่วนหนึ่งก็ได้แก่การให้ตามหน้าที่ศีลธรรมเหมือนกัน เมื่อปฏิบัติการให้ไปแล้วก็เรียกคืนไม่ได้ทำนองเดียวกับหนี้ธรรมดา แม้จะเรียกคืนได้ด้วยเหตุเนรคุณตามมาตรา 531 แต่สำหรับการให้โดยหน้าที่ธรรมจรรยาหรือให้ในการสมรส ผู้ให้จะถอนคืนการให้เพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ (มาตรา 535) ดังนั้น ความเห็นของนักกฎหมายในฝ่ายที่สองนี้ จึงเห็นว่าข้อ 4 ของความเห็นแรกที่ให้ให้ความหมายหนี้ธรรมดาอย่างกว้าง แท้จริงแล้วเป็นสัญญาให้มากกว่า ส่วนข้อ 5 และข้อ 6 เห็นว่าไม่ใช่หน้าที่ในทางศีลธรรม เพราะหนี้ทั้งสองข้อเป็นหนี้ที่ผิดกฎหมาย หากเรียกคืนไม่ได้ก็เพราะอาศัยหลักที่ว่าเมื่อได้มีการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไปแล้ว ก็แล้วกันไป จึงเรียกคืนไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่ง มาศาลด้วยมือสกดปรกศาลย่อมไม่สนับสนุน ท้ายที่สุดจึงเรียกคืนไม่ได้มากกว่า

อย่างไรก็ตาม จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าหนี้ธรรมดา กับ สัญญาให้มีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่ก็ยังมีผลประการหนึ่งที่ไม่เหมือนกัน เช่น หนี้ธรรมดาอาจทำการแปลงหนี้ใหม่ได้ตามมาตรา 349 เป็นต้นว่า ลูกหนี้ในหนี้ขาดอายุความแล้วได้แปลงหนี้ใหม่โดยทำสัญญากับเจ้าหนี้ว่าชำระหนี้ได้ ดังนี้สัญญาที่ใช้บังคับได้⁵⁸ ส่วนหน้าที่ในทางศีลธรรมนั้นย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ เพราะเดิมไม่มีหนี้เป็นอย่างใดเลย และด้วยเหตุนี้ หน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้การพนันและขันต่อ จึงแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ เพราะไม่ใช่หนี้ธรรมดา กล่าวคือ ถ้าผู้แพ้การพนันและขันต่อทำสัญญาใดให้แก่ผู้ชนะ แทนการชำระหนี้ เป็นต้นว่า แพ้พนัน 1,000 บาท ก็ทำสัญญากู้เงินผู้ชนะพนัน 1,000 บาท สัญญาดังกล่าวไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับผู้แพ้พนันได้ ตามมาตรา 853 วรรค 2 กล่าวไว้ ดังนั้น จำเลยชำระเงินไปเท่าใดก็เรียกคืนไม่ได้ แต่ที่จำเลยรับว่าจะชำระให้โจทก์โดยทำเป็นสัญญากู้ โจทก์ก็เรียกเอาไม่ได้ เพราะกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องให้ มิใช่การชำระหนี้ธรรมดา⁵⁹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความหมาย ลักษณะ และผลในประการสุดท้ายของหนี้ธรรมดา จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า เป็นหนี้ที่เจ้าหนี้ขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ไม่ได้ กล่าวคือ เป็นหนี้ที่ “บังคับไม่ได้” นั่นเอง หากว่าลูกหนี้ชำระไปแล้วก็มีผลคือเรียกคืนไม่ได้

2.2.2 หนี้ตามกฎหมาย

โดยหลักการแล้วเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้และลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ก็จะมีผลทางกฎหมายให้เจ้าหนี้ฟ้องร้องต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ หนี้ที่มีผลฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ตามกฎหมายนี้ กล่าวคือเป็นหนี้ที่อาจฟ้องร้องกันได้ เจ้าหนี้ฟ้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ เป็นหนี้ที่บังคับได้ เช่น หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายที่ยังไม่ขาดอายุความ เป็นต้น “หนี้ตามกฎหมาย” ก็คือหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายอันเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ นักกฎหมายโรมันได้เรียกหนี้ชนิดนี้ว่า “หนี้ทางแพ่ง” โดยหนี้ทางแพ่งนี้เป็นความผูกพันกันทางกฎหมาย ซึ่งทำให้บุคคลมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ได้

หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่าไม่มีคำว่า “หนี้ตามกฎหมาย” บัญญัติหรือเขียนไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากพิจารณาจากมาตรา 194 ที่บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้...” ซึ่งถือเป็นมาตราแรกของบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ก็มีได้เป็นบทวิเคราะห์ศัพท์โดยตรงของคำว่า “หนี้” เป็นแต่เพียงแสดงให้เห็นถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในมูลหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ฉะนั้น เมื่อลูกหนี้ไม่ยินยอมปฏิบัติตามเจ้าหนี้ก็ได้แต่ฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้แก่ตนโดยการอาศัยมาตรา 194

⁵⁸ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (น. 241), โดย ยล ชีรกุล, 2503.

⁵⁹ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 1566/2499.

นี้ได้ นอกจากนั้น ยังมีการอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 213 ว่าด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ตามมูลหนี้ของตน ซึ่งมาตรา 213 วรรคแรก ก็ได้วางหลักการไว้ว่าหากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตนที่เป็นหนี้กันอยู่ เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะร้องขอต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ นอกจากนั้น การที่กฎหมายให้เจ้าหนี้มีอำนาจร้องขอต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวิธีการชำระหนี้อย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว วิธีการหรือกระบวนการที่จะไปบังคับตามคำสั่งศาลนั้น ก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาทต่อไป

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 194 และมาตรา 213 ก็จะเห็นว่ามิหนำซ้ำยังมีชนิดหนึ่ง เรียกว่า “หนี้ตามกฎหมาย” ปรากฏความหมายอยู่ในบทบัญญัติดังกล่าว โดยหนี้ชนิดนี้มีลักษณะสำคัญ คือ เป็นหนี้ที่ขอบด้วยกฎหมายอันเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้และทำให้เกิดสิทธิแก่บุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ในอันที่จะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้

2.3 หลักการและแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกกล่าวโมฆียะกรรม

2.3.1 นิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมก่อให้เกิดหนี้

คำว่า “หนี้” นั้น เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำการเรียกว่า “ลูกหนี้” ส่วนฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำเรียกว่า “เจ้าหนี้” เพราะฉะนั้น หนี้ในทางกฎหมายจึงเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ โดยลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้ หนี้นั้นจึงจะระงับสิ้นไป หากพิจารณาถึงองค์ประกอบของหนี้แล้ว หนี้มีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ ประการแรก ต้องมีตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และจะมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ประการที่สอง ต้องมีความผูกพันทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติสัมพันธ์” เช่น มีหนี้ตามสัญญา มีหนี้เนื่องจากการกระทำละเมิด เป็นต้น และประการสุดท้าย ต้องมีวัตถุแห่งหนี้ วัตถุแห่งหนี้ คือ การกระทำที่ลูกหนี้จะต้องทำให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งได้แก่ 1. กระทำการ เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น 2. การงดเว้นกระทำการ เช่น เจ้าของร้านตัดผมทำสัญญากับลูกจ้างว่าถ้าลูกจ้างออกจากร้านห้ามประกอบอาชีพตัดผมในรัศมีร้าน 5 กิโลเมตร เป็นต้น 3. การส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญายืม เป็นต้น เมื่อทราบความหมายของหนี้แล้ว ประการต่อมาที่ต้องศึกษาคือ “บ่อเกิดแห่งหนี้” ซึ่งมี 3 ทางด้วยกัน ได้แก่

1) นิติกรรม คือ การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ตามมาตรา 149 ตัวอย่างเช่น สัญญาต่างๆ ที่ทำขึ้นล้วนแต่ถือว่าเป็นนิติกรรม แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีอย่างอื่นที่ไม่ใช่สัญญา แต่ก็เป็นิติกรรมได้ เช่น การทำพินัยกรรม การจดทะเบียนการระจำยอม เป็นต้น

2) นิติเหตุ คือ เหตุใดๆ ที่บุคคลผู้เกี่ยวข้อง ไม่สมัครใจที่จะให้เกิดเหตุการณ์นั้นขึ้น แต่กฎหมายได้กำหนดผลในทางกฎหมายไว้มี 3 ประการ คือ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้

3) เหตุตามกฎหมาย เช่น กรณีที่บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563 กรณีหนี้ภาษีอากร กรณีหนี้ค่าเวนคืนที่ดินในกรณีที่ดินเวนคืนที่ดินจากเอกชนตามกฎหมาย เป็นต้น

ดังนั้น นิติกรรมที่เป็น โหม้ยะจึงถือว่าเป็นนิติกรรมหนึ่งทีก่อให้เกิดหนี โดยนิติกรรมเป็นเครื่องมือซึ่งกฎหมายมอบให้แก่บุคคล เพื่อใช้สร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ตามความสมัครใจ ภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย⁶⁰ หากจะกล่าวโดยย่อ นิติกรรมก็คือ การกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมาย และมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในทางกฎหมาย ผูกพันกันในการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ การก่อ โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ นั้น อาจรวมเรียกว่า การเคลื่อนไหวในสิทธิ⁶¹ นิติกรรมแม้จะเป็น โหม้ยะก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้สิทธิเกิดความเคลื่อนไหวตามความประสงค์ของบุคคล เริ่มแต่ก่อสิทธิไปจนกระทั่งระงับสิทธิ เมื่อบุคคลใดมีสิทธิยอมก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีในอันที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิ นั้น หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิ เรียกร่องของฝ่ายที่มีสิทธิก็คือหนี สิทธิเคลื่อนไหวไปอย่างไรหน้ที่ก็ยอมจะเคลื่อนไหวตามไปด้วย⁶²

นิติกรรมตามปกติอาจแบ่งออกเป็นประเภทต่างๆ ได้หลายแบบ แล้วแต่ว่าจะพิจารณาในด้านใด ตัวอย่างเช่น การแบ่งว่าเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมหลายฝ่าย เป็นการแบ่งประเภท โดยพิจารณาในด้านตัวผู้ทำนิติกรรม นิติกรรมฝ่ายเดียวนั้น ได้แก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว เมื่อบุคคลฝ่ายเดียวแสดงเจตนาทำนิติกรรมก็เกิดผลเป็นนิติกรรมทันที เช่น การทำพินัยกรรม (มาตรา 1646) คำมั่นจะให้รางวัล (มาตรา 362) การรับสภาพหนี้

⁶⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 1), โดย สักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁶¹ จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (น. 198), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. เรียกว่า ความเคลื่อนไหวในสิทธิ. และ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา (น. 50), โดย ประกอบ หุตะสิงห์, 2518, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ. เรียกว่า อาการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ.

⁶² คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 2-3). เล่มเดิม.

(มาตรา 193/14(1)) การบอกล้างโมฆียะกรรม (มาตรา 175 และ 176) การให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม (มาตรา 177) การปลดหนี้ (มาตรา 340) การหักกลบลบหนี้ (มาตรา 341 และ 342) คำเสนอหรือคำสนอง (มาตรา 354 ถึง 361) คำมั่นจะซื้อหรือคำมั่นจะขาย (มาตรา 454) การบอกเลิกสัญญา (มาตรา 386) การผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ (มาตรา 700) เป็นต้น ส่วนนิติกรรมหลายฝ่าย หรือบางทีก็เรียกว่า นิติกรรมสองฝ่าย (มาตรา 162) นั้น ได้แก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้ นิติกรรมหลายฝ่ายก็คือสัญญานั้นเอง ถ้าพึ่งแต่การแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว ไม่อาจเกิดผลเป็นสัญญาได้ จะต้องมีการเสนอคำสนองของทั้งสองฝ่ายถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดผลเป็นสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่าย⁶³ สำหรับสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่าย ถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่ชัดเจน เพราะสัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป มีการก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกัน อันเป็นการก่อหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ บางกรณีอาจเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เช่น ก. ทำสัญญาขายทรัพย์สินให้แก่ ข. ดังนั้น ก. ย่อมเป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ ข. ชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นแก่ตนได้

หนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต้องมีสิ่งสำคัญ 3 ประการ คือ 1. มูลเหตุหรือที่มาแห่งหนี้ 2. บุคคลที่เกี่ยวข้องกับหนี้ และ 3. สิ่งซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ซึ่งอธิบายได้ ดังนี้

1) มูลเหตุหรือที่มาแห่งหนี้

มูลแห่งหนี้ หมายถึง บ่อเกิดหรือที่มาแห่งหนี้ โดยมูลแห่งหนี้ตามกฎหมายโรมันได้มีการอธิบายกันมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยหนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ หนี้ที่เกิดจากสัญญา และหนี้ที่เกิดจากละเมิด⁶⁴ และยังมีหนี้บางประเภทซึ่งไม่ได้เกิดจากสัญญาหรือละเมิดอีก ต่อมาประมวลกฎหมายจัสติเนียนจึงได้เพิ่มเติมหนี้เข้าไปอีก 2 ประเภท คือ หนี้ที่เกิดจากเหตุที่เรียกว่า กิ่งสัญญาหรือคล้ายสัญญา และหนี้ที่เกิดจากเหตุที่เรียกว่า กิ่งละเมิดหรือคล้ายละเมิดหนี้ตามกฎหมายโรมันมุ่งถึงความรับผิดชอบซึ่งเกิดขึ้นเพราะมีสถานการณ์หรือเหตุการณ์บางอย่างมิได้คำนึงถึง

⁶³ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น. 4), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁶⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 25), โดย โสภณ รัตนากร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

เรื่องสิทธิหน้าที่ เรื่องผิดสัญญา เรื่องละเมิดสิทธิ อย่างแนวความคิดในปัจจุบัน เหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญาในกฎหมายโรมันก็ได้แก่ การกล่าวถ้อยคำบางประโยค ซึ่งก่อให้เกิดสัญญา ด้วยวาจา การเขียนอักษรบางประโยคซึ่งก่อให้เกิดสัญญาลายลักษณ์อักษร การตกลงกัน ซึ่งก่อให้เกิดสัญญาตามข้อตกลง การส่งมอบทรัพย์สินทำให้เกิดทรัพย์สินสัญญา อันได้แก่ ยืมใช้สลับเปลี่ยน ยืมใช้คงรูป ฝากทรัพย์สิน และจำนำ เป็นต้น การเข้าไปช่วยจัดการงานผู้อื่นในกรณีฉุกเฉิน หรือได้รับทรัพย์สินจากผู้อื่นโดยการสำคัญผิด การประทุษร้ายต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน เหตุการณ์ต่างๆ เหล่านี้เอง ที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นตามกฎหมายโรมัน⁶⁵ นอกจากนั้น ตามกฎหมายโรมันในตอนแรกๆ ได้ใช้หลักการแก้แค้นต่อการกระทำซึ่งเป็นการละเมิด เช่น ให้อำนาจเจ้าของบ้านที่จะฆ่าคนร้ายที่เข้ามาลักทรัพย์ในบ้านได้ ผู้ที่ทำร้ายผู้อื่นบาดเจ็บต้องให้ผู้ที่ได้รับบาดเจ็บทำร้ายในทำนองเดียวกัน ต่อมากฎหมายได้พัฒนาจากการแก้แค้นมาสู่การใช้ค่าเสียหายแทน เป็นทำนองการไถ่โทษ แต่ในตอนต้นๆ การฟ้องคดีละเมิดยังถือว่าเป็นคดีอาญาอยู่ เพราะฉะนั้นถ้าผู้ละเมิดตาย ก็ไม่อาจเรียกร้องให้ทายาทรับผิดชอบแทนได้ ถ้าผู้ทำละเมิดเป็นทาสหรือเป็นบุตร ความรับผิดชอบจะตกแก่นายหรือบิดาด้วย เว้นแต่นายหรือบิดาจะยอมส่งทาสหรือบุตรของตนให้แก่ผู้ถูกทำละเมิด

หนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นแนวความคิดที่เอามาจากระบบซีวิลลอว์ที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันอีกต่อหนึ่ง ซึ่งถือว่าหนี้เป็นความรับผิดในทางแพ่ง โดยเฉพาะแยกออกจากความรับผิดทางอาญาโดยเด็ดขาด แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้ระบุว่าหนี้มีมูลมาจากอะไร แต่ก็พอมองเห็นได้ว่ามูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดหรือที่มาแห่งหนี้เป็นไปทำนองเดียวกับกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ถือว่ามูลเหตุใหญ่ของหนี้ก็คือสัญญาและละเมิด ส่วนการจัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้และอื่นๆ เป็นมูลส่วนย่อย ตามแนวความคิดในปัจจุบันนี้ นอกจากสัญญาและละเมิดอาจแบ่งออกจากกันได้โดยเด็ดขาดแล้ว ยังอาจวางหลักทั่วไปของสัญญาและละเมิดได้ด้วยว่า สัญญาเป็นเรื่องของนิติกรรม เป็นความตกลง เป็นเรื่องของเจตนา ส่วนละเมิดเป็นเรื่องของนิติเหตุ เป็นความรับผิดที่เกิดจากที่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่า หนี้มีมูลหรือที่มาที่สำคัญ 4 ทางด้วยกัน คือ 1. สัญญา 2. ละเมิด 3. ลากมิกควรได้ 4. จัดการงานนอกสั่ง และนอกจากนั้นยังมีหนี้ที่เกิดตามบทบัญญัติอื่นของกฎหมายบางเรื่อง

⁶⁵ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 26), โดย โสภณ รัตนกร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าหนี้เกิดจากนิติกรรม โดยนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้อาจเป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือ สัญญา หรืออาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ได้ แม้ว่าโดยความเป็นจริงนิติกรรมส่วนใหญ่ที่ก่อให้เกิดหนี้ก็คือ “สัญญา” นั่นเอง ในส่วนนี้สามารถอธิบายได้ ดังนี้

1) นิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญา

สัญญาส่วนใหญ่ก่อให้เกิดหนี้ แต่บางกรณีสัญญาก็อาจไม่ก่อให้เกิดหนี้ก็ได้ เช่น “ให้” เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง สมบูรณ์ก็ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 เมื่อยังไม่มีการให้ทรัพย์สินก็ยังไม่มีการให้ ยังไม่เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ แต่เมื่อใดก็ตามมีการให้ทรัพย์สิน สัญญานั้นก็สมบูรณ์ และไม่มีหนี้อะไรต่อกัน แม้แต่สัญญาซึ่งโดยปกติก่อให้เกิดหนี้ เช่น ซื้อขาย ถ้าเป็นการซื้อขายสิ่งของที่อาจโอนกันได้ด้วยการส่งมอบ เมื่อผู้ซื้อบอกแก่ผู้ขายว่าต้องการซื้อของชิ้นนั้นๆ พร้อมกับส่งเงินให้ผู้ขาย ผู้ขายส่งของให้พร้อมกับรับเงิน เกิดเป็นสัญญาขึ้นพร้อมกับมีการชำระหนี้ตามสัญญาเสร็จเด็ดขาดไปทันที⁶⁶ นอกจากนั้นสัญญาที่ก่อหนี้ขึ้นนั้น อาจก่อหนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว หรือก่อหนี้ให้แก่ทั้งสองฝ่ายก็ได้

2) นิติกรรมฝ่ายเดียว

นิติกรรมฝ่ายเดียว เป็นการกระทำฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดผลทางกฎหมายแล้ว เช่น การบอกเลิกสัญญา การบอกล้างโมฆะกรรม การครอบครอง การทำพินัยกรรม การรับมรดก หรือการเพิกถอนการมอบอำนาจ เป็นต้น แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวในที่นี้ หมายถึง การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวว่าจะก่อให้เกิดหนี้ได้หรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในรูปของคำมั่น จะมีผลผูกพันให้ผู้ให้คำมั่นต้องปฏิบัติตามคำมั่นนั้นหรือไม่⁶⁷ แต่ก็มีผู้ไม่เห็นด้วยว่านิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้โดยที่ยังไม่มีผู้ใดตอบรับหรือเข้ารับเอาหรือเรียกร้องให้ชำระหนี้ เพราะจะกลายเป็นมีลูกหนี้โดยยังไม่มีเจ้าหนี้ เมื่อมีการเรียกร้องเอาสิทธิตามนั้นก็จะเป็นความผูกพันตามสัญญาขึ้นมา จึงไม่มีช่องทางที่จะคิดได้ว่านิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นมูลให้ก่อหนี้ขึ้น⁶⁸ ซึ่งเป็นความเห็นเช่นเดียวกับที่นักกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าสัญญาจะไม่อาจบังคับได้ ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้ให้ “สินจ้าง” หรือสิ่งตอบแทนซึ่งกันและกัน

⁶⁶ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 29), โดย โสภณ รัตนกร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁶⁷ แหล่งเดิม. (น. 31).

⁶⁸ จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (น. 427-434), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

2) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับหนี้

เมื่อนิติกรรมนั้นเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิ อันได้แก่ การก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ สิทธิและหน้าที่ซึ่งเป็นของคู่กัน เมื่อบุคคลใดมีสิทธิย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีในอันที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธินั้น หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิเรียกร้องของฝ่ายที่มีสิทธิก็คือหนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่า “หนี้” นั้น เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำการเรียกว่า “ลูกหนี้” ส่วนฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำเรียกว่า “เจ้าหนี้” เพราะฉะนั้น หนี้ในทางกฎหมายจึงเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ โดยลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้ หนี้นั้นจึงจะระงับสิ้นไป ซึ่งได้แก่ การกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือการส่งมอบทรัพย์สิน ฝ่ายใดมีสิทธิย่อมเป็นเจ้าหนี้ ฝ่ายใดมีหน้าที่ย่อมเป็นลูกหนี้

3) วัตถุประสงค์หนี้อันเกิดขึ้นตามนิติกรรมที่ตกเป็น โฆษิต

วัตถุประสงค์หนี้ อาจแยกออกเป็น 3 ประการ คือ การกระทำการ การงดเว้นกระทำการ และการส่งมอบทรัพย์สิน วัตถุประสงค์หนี้เคยหมายถึง “สิ่ง” ที่ลูกหนี้สัญญาว่าจะให้ จะทำ หรือจะงดเว้น ซึ่งเป็นการมองในแง่ของ “สิ่ง” ที่ลูกหนี้ต้องกระทำเพื่อการชำระหนี้ (prestation) คำว่า prestation เป็นภาษาฝรั่งเศส เดิมหมายถึงค่าเช่าหรือภาษีที่จะต้องจ่ายในระบบศักดินา แม้จะใกล้เคียงกับคำว่า การชำระหนี้ (performance) แต่ก็ไม่ตรงกันนัก เพราะ prestation เน้นถึง “สิ่ง” ซึ่งใช้ชำระหนี้ยิ่งกว่า การชำระหนี้ ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในตอนแรกก็มีการใช้คำๆ นี้ อยู่เหมือนกัน แต่ในตอนหลังได้ใช้คำว่า “วัตถุประสงค์หนี้” แทน ตามแนวความคิดสมัยใหม่ วัตถุประสงค์หนี้ มิได้หมายถึง “สิ่ง” แต่มุ่งถึง “การกระทำ” ซึ่งเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ การกระทำ หรือการงดเว้นกระทำการนั่นเอง⁶⁹

โดยหลักทั่วไปวัตถุประสงค์หนี้จะต้องเป็นไปได้ อาจกำหนดแน่นอนได้และต้องชอบด้วยกฎหมาย หนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยอาจเป็น โฆษิตหรือไม่อาจบังคับกันได้ วัตถุประสงค์หนี้ที่ไม่แน่นอนก็อาจทำให้หนี้เป็น โฆษิตได้เช่นเดียวกัน แต่ไม่จำเป็นว่าวัตถุประสงค์หนี้จะต้องแน่นอนตั้งแต่ในตอนแรกที่ก่อหนี้ อาจมีการระบุวิธีการที่จะกำหนดวัตถุประสงค์หนี้ไว้ก่อนก็ได้ หนี้ที่มีวัตถุประสงค์หนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็น โฆษิตเสมอ และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายใดที่จะเรียกร้องต่อกันได้เลย⁷⁰

⁶⁹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 41), โดย โสภณ รัตนกร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁷⁰ แหล่งเดิม. (น. 42).

วัตถุแห่งหนึ่งที่เกี่ยวข้องกันมาแต่สมัยโรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้นำมาบัญญัติไว้มี 3 ประการ คือ การกระทำ การงดเว้นกระทำการ และการโอนทรัพย์สิน แต่อาจถือว่ามีเพียง 2 ประการ คือ การกระทำ และการงดเว้นกระทำการ โดยถือว่าการ โอนทรัพย์สินรวมอยู่ในการกระทำก็ได้ วัตถุแห่งหนึ่งนั้นเมื่อพิจารณาจากมาตรา 194 ที่บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ อนึ่ง การชำระหนี้ ด้วยการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมิได้” แสดงว่าวัตถุแห่งหนึ่งเป็นการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็มีได้ และในมาตรา 213 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “...ถ้าวัตถุแห่งหนึ่งเป็นการให้กระทำการอันหนึ่งอันใด...” และมาตรา 195 ก็บัญญัติถึงการส่งมอบ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเหล่านี้แล้วอาจกล่าวได้ว่า วัตถุแห่งหนึ่ง หมายถึงตัวเนื้อหาของภาระหนี้ กล่าวคือ ลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้ ซึ่งมี 3 ประการ ดังนี้

1) หนี้กระทำการ เป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องไปทำการงานอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างแก่เจ้าหนี้ กระทำการ เช่น การทำตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น โรงงานประกอบเครื่องยนต์มีสัญญาจ้างงานลูกจ้างมาทำหน้าที่ประกอบเครื่องยนต์ ลูกจ้างต้องกระทำการตามสัญญาซึ่งอาจจะด้วยแรงกายหรือสติปัญญาก็ตาม ในฝ่ายโรงงานก็มีหน้าที่ที่จะต้องทำตามสัญญา เช่น การชำระค่าจ้าง เป็นต้น กระทำการตามมาตรา 213 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “...ถ้าวัตถุแห่งหนึ่ง เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับ ให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนึ่งเป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้” หนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่กระทำการนี้ อาจมีวัตถุแห่งหนึ่งเป็นการกระทำที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัว เช่น จ้างศิลปินให้มาร้องเพลง ศิลปินคนที่ถูกว่าจ้างก็ต้องมาร้องเพลงด้วยตนเองจะให้บุคคลอื่นมาแทนไม่ได้ เพราะผู้ว่าจ้างต้องการศิลปินคนนั้นมาร้องเพลงเป็นการเฉพาะ ไม่ใช่ศิลปินคนอื่น วัตถุแห่งหนึ่งที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัวเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายเท่านั้น ไม่สามารถที่จะบังคับให้ลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ได้ หรืออีกกรณีหนึ่งก็คือ วัตถุแห่งหนึ่งเป็นการกระทำที่ลูกหนี้ไม่ต้องทำเองเฉพาะตัว คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ได้โดยตรง กฎหมายกำหนดวิธีการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ โดยการให้บุคคลอื่นมากระทำแทน คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ได้ นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อีกด้วย เช่น จ้างให้ผู้รับเหมาสร้างบ้าน ถ้าผู้รับเหมาผิดสัญญาไม่สร้างให้แล้วเสร็จ ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิบังคับให้ผู้รับเหมาก่อสร้างให้เสร็จ แต่ผู้ว่าจ้างมีสิทธิจ้างให้ผู้รับเหมาคนใหม่มาทำการก่อสร้างแทนผู้รับเหมาคนเดิม นอกจากนั้น หากวัตถุแห่งหนึ่ง หรือหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นเรื่อง “การทำนิติกรรม” วัตถุแห่งหนึ่งเป็นเรื่องการทำนิติกรรม เช่น การจดทะเบียนสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ การจดทะเบียนหย่า เป็นต้น วิธีการบังคับให้คู่สัญญาทำตามสัญญาในเรื่องการทำ

นิติกรรม กระทำได้โดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ไปทำนิติกรรมให้แก่เจ้าหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ก็ให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ เช่น ก. ทำสัญญาขายที่ดินให้แก่ ข. และ ก. จะไปจดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ ข. เมื่อถึงกำหนด ก. ไม่ไปจดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ ข. ตามสัญญา เช่นนี้ วัตถุประสงค์แห่งหนี้ในเรื่องนี้เป็นเรื่องการทำนิติกรรม ดังนั้น ข. สามารถฟ้องศาลบังคับให้ ก. ไปจดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ตนได้ หาก ก. ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ข. สามารถนำคำสั่งศาลที่สั่งให้ ก. จดทะเบียนโอนที่ดิน ไปแสดงต่อเจ้าพนักงานที่ดินเพื่อให้เจ้าพนักงานดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์จาก ก. มาเป็นชื่อ ข. ได้ แม้ว่า ก. จะไม่ไปสำนักงานที่ดินด้วยก็ตาม

2) หนึ่งวันกระทำการ วัตถุประสงค์แห่งหนี้นั้นอาจกำหนดให้ลูกหนี้ไม่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การงดเว้นกระทำการ ในมาตรา 194 วางหลักไว้เกี่ยวกับการงดเว้นกระทำการว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้ด้วยการงดเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่งก็ได้ เช่น ข้อตกลงห้ามแข่งขันทางการค้าหรือกรณีห้ามนักร้องที่สังกัดค่ายเพลงคู่สัญญาไปร้องเพลงกับค่ายอื่น เป็นต้น เช่นนี้เรียกว่า “การงดเว้นกระทำการ” คือ อยู่เฉยๆ ไม่ทำอะไรก็เป็นการชำระหนี้ได้ การงดเว้นกระทำการตามมาตรา 194 ประกอบกับมาตรา 213 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นอันจะหนึ่งวันการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกหรือให้หรือลดอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้น โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายและให้จัดการอันควรเพื่อกาลภายหน้าด้วยก็ได้” พิจารณาได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งหนี้ หรือหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญา หรือเป็นเรื่อง “การงดเว้นกระทำการ” ได้แก่ การที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ถ้าเป็นสิทธิตามสัญญาก็ได้แก่ การไม่กระทำการต่างๆ อันเป็นการผิดสัญญา เช่น ผู้เช่าต้องไม่นำทรัพย์สินที่เขาไปให้บุคคลอื่นเช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่า ลูกจ้างเมื่อได้รับการฝึกอบรมแล้วจะต้องไม่ประกอบอาชีพหรือทำงานกับผู้อื่นว่าจ้างรายอื่นซึ่งประกอบกิจการลักษณะเดียวกันกับนายจ้างผู้ให้ทุนไปฝึกอบรม เป็นต้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้กระทำผิดสัญญาโดยฝ่าฝืนกระทำการในสิ่งที่ห้ามมิให้กระทำ กฎหมายกำหนดวิธีการบังคับว่า เจ้าหนี้จะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งมิให้ลูกหนี้กระทำการนั้นๆ ในอนาคตก็ได้ ส่วนการกระทำที่ลูกหนี้กระทำไปแล้วในอดีต เจ้าหนี้ได้แต่เรียกค่าเสียหายเท่านั้น เพราะไม่สามารถย้อนกลับไปแก้ไขการกระทำในอดีตได้

3) หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน หมายถึง หนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ ส่งมอบทรัพย์สิน เช่น กรณีที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา เป็นต้น การส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้” นั้น จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินนั้น หมายถึง หนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ วัตถุประสงค์แห่งหนี้ประเภทนี้ ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร เรียกว่า “หนี้โอนทรัพย์สิน” ซึ่งรวมถึงการส่งมอบทรัพย์สินในกรณีที่ไม่มีกรรมสิทธิ์หรือ

โอนทรัพย์สินอื่นในทรัพย์สินด้วย และในความหมายอย่างกว้างรวมถึงการให้ใช้หรือให้ครอบครองทรัพย์สินด้วย การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมหมายถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและการส่งมอบทรัพย์สินด้วย แต่ในบางกรณีอาจเป็นเพียงการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งต้องมีการทำสัญญาเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อหน่วยงานเจ้าหน้าที่ด้วย กรรมสิทธิ์จึงจะโอนไปยังผู้ซื้อ ผู้ขายก็มีหน้าที่การโอนกรรมสิทธิ์และการส่งมอบทรัพย์สินด้วย⁷¹

สำหรับวิธีการในการส่งมอบทรัพย์สินนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของทรัพย์สินนั้น เพราะถ้าทรัพย์สินนั้นสามารถนำส่งให้กับตัวเจ้าหน้าที่ได้เลย เช่น เป็นทรัพย์สินขนาดเล็ก เป็นต้น ในขณะที่ทรัพย์สินบางชนิดมีขนาดใหญ่ไม่อาจเคลื่อนย้ายได้ในทันทีทันใดหรือไม่สะดวก การส่งมอบจึงต้องกำหนดอย่างกว้างๆ ดังที่มาตรา 462 บัญญัติว่า “การส่งมอบนั้นจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ สุดแต่ว่าเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ” เช่น การส่งมอบบ้านที่เช่า เพียงแต่ส่งมอบกุญแจบ้านให้ก็ถือว่าเป็นการส่งมอบแล้ว เป็นต้น

วัตถุแห่งหนี้ที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สิน จะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และทรัพย์สินที่ลูกหนี้จะต้องส่งมอบนี้ กฎหมายเรียกว่า “ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้” คำว่า ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 195 ว่า “เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้นั้นได้ระบุไว้แต่เพียงเป็นประเภทและถ้าตามสภาพแห่งนิติกรรมหรือตามเจตนาของคู่กรณีไม่อาจจะกำหนดได้ว่าทรัพย์สินนั้นจะพึงเป็นชนิดอย่างไรไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดปานกลาง” วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ได้กระทำการอันตนจะพึงต้องทำเพื่อส่งมอบทรัพย์สินนั้นทุกประการแล้วก็ดี หรือถ้าลูกหนี้ได้เลือกกำหนดทรัพย์สินที่จะส่งมอบแล้วด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ก็ดี ท่านว่าทรัพย์สินนั้นจึงเป็นวัตถุแห่งหนี้จำเดิมแต่เวลานั้นไป” ดังนั้น ตัวทรัพย์สินจึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้ เพราะวัตถุแห่งหนี้ คือ การส่งมอบทรัพย์สิน เป็นเนื้อหาของการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระตามเนื้อหานั้น ทรัพย์สินจึงเป็นส่วนประกอบหนึ่งของการชำระหนี้ เป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องส่งมอบแก่เจ้าหนี้นั่นเอง

นอกจากนั้น ยังมีกรณีการชำระหนี้เงินด้วย หนี้เงิน ในที่นี้ หมายถึง หนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เป็นเงินตรา หรือสิ่งที่มีมูลค่าเทียบเท่าเงินตรา ทั้งนี้ หนี้เงิน อาจเป็นหนี้ที่เกิดจากมูลหนี้ใดๆ ที่กำหนดให้ต้องใช้เป็นเงินก็ได้⁷² เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง

⁷¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (น. 60), โดย โสภณ รัตนากร, 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁷² จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้ (น. 77), โดย โสภณ รัตนากร, 2547, กรุงเทพฯ : สหมิตรออฟเซต.

และพาณิชย์ก็จะพบเห็นนิติสัมพันธ์ต่างๆ ที่กำหนดให้การชำระหนี้ต้องทำด้วยการชำระเงิน นิติสัมพันธ์เช่นนี้ก็คือการเป็นหนี้เงินในทางกฎหมายนั่นเอง

สำหรับหนี้เงิน ก็คือ หนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นเงินตรา ไม่ว่าเงินที่เป็นหนี้นั้นจะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยนิติกรรมหรือนิติเหตุ เกิดจากการผิดสัญญาหรือเกิดจากการละเมิดก็ได้

เงินตราโดยปกติเป็นสังกะทรัพย์และไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เงินตรามีลักษณะพิเศษกว่าทรัพย์สินอื่นเพราะทำหน้าที่เป็นเครื่องวัดราคาหรือมูลค่าของทรัพย์สิน เป็นเครื่องกำหนดค่าแรงงานและค่าบริการ เงินตราจึงกลายเป็นสื่อกลางในการซื้อขาย หรือการโอนโดยมีค่าตอบแทน ตลอดจนเป็นสินจ้าง ค่าจ้าง รางวัล ค่าตอบแทน มัดจำ หรือค่าเสียหาย

ในบรรดาทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้เงินตรา เป็นทรัพย์สินที่ถูกหนี้ต้องส่งมอบอย่างหนึ่ง โดยเหตุที่เงินตรานั้นมีลักษณะพิเศษยิ่งกว่าทรัพย์สินอื่นอยู่หลายประการ ทั้งโดยธรรมชาติของการใช้สอย และการกำหนดโดยกฎหมายที่ชัดเจน *ประการแรก* ก็คือ เงินตรานั้น มูลค่าอยู่ที่ราคา ที่ตราไว้ มิได้อยู่ที่คุณภาพความใหม่เก่า ต่างกับทรัพย์สินอื่นที่หากเป็นของใหม่ก็จะมีราคาสูง หากใช้แล้วชำรุดก็จะมีราคาต่ำ *ประการที่สอง* เงินตรานั้น โดยสภาพแล้วไม่มีการชำระหนี้ด้วยเงินตราที่จะกลายเป็นพันวิสัยไปได้ เพราะการชำระหนี้ด้วยเงินตรานั้นจะเอาเงินตราฉบับใดมาชำระก็ได้ และแม้เงินตราชนิดนั้นจะเลิกใช้แล้ว ก็ยังต้องชำระด้วยเงินตราชนิดที่ใช้อยู่ จะถือเป็นการชำระหนี้เป็นพันวิสัยไปไม่ได้ *ประการที่สาม* หนี้เงินนั้นมีดอกเบี้ยได้ กฎหมายได้กำหนดดอกเบี้ยไว้ในกรณีหนี้เงินไว้หลายกรณี เช่น การกู้ยืมเงินก็มีดอกเบี้ยได้ด้วยความตกลงของคู่กรณี และแม้บางกรณีกฎหมายก็ยังกำหนดดอกเบี้ยให้เอง เช่น กรณีผิดนัด ตามมาตรา 224 *ประการที่สี่* เงินตรานั้น ไม่มีความแตกต่างกันในตัวเงินตรา เพราะมีค่าเป็นเพียงเครื่องมือในการแลกเปลี่ยน มีค่ามีราคาตามที่กำหนดไว้ ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยน เมื่อราคาเท่ากันแล้ว ผลในทางกฎหมายก็เท่ากัน

เมื่อกล่าวถึงหนี้เงิน ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร ได้กล่าวถึงหลักสำคัญของเงินตราไว้ 3 ประการ ได้แก่⁷³

(1) เงินตราเป็นเพียงเครื่องมือในการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินหรือสินค้า อันสนองความต้องการต่างๆ ของเราได้ ส่วนเงินตรานั้นไม่สามารถสนองความต้องการโดยตรงได้ จึงอยู่การแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน หากไม่มีเงินตราช่วยก็สามารถแลกเปลี่ยนกันได้ เช่น เรามีเป็ดอยากได้ไก่

⁷³ จาก *หลักกฎหมายแห่งลักษณะหนี้* (น. 39), โดย จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติม โดย ดาราพร ธีระวัฒน์, 2551, กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เราเห็นเขามีไม้ก็แลกกันไป แต่ปกติไม่สะดวก จึงมีเงินตราคั่นกลาง เช่น เรามีเป็ดขายเปิดได้เงินตราแล้วก็ไปซื้อไก่ดังนี้ เป็นต้น

(2) เงินตราเป็นเครื่องมือวัดค่าของทรัพย์สินทั้งหลายด้วย กล่าวคือ เราจะรู้ว่าทรัพย์สินมีค่ามากหรือไม่กี่รู้โดยที่ได้ซื้อขายทรัพย์สินนั้นเป็นจำนวนเงินตราเท่าใด

(3) รัฐผู้เดียวมีอำนาจผูกขาดที่จะออกเงินตราได้ โดยบัญญัติว่าเงินตรานี้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 มาตรา 9⁷⁴ ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบในการแลกเปลี่ยนและการซื้อขาย

ประเภทของหนี้เงิน สามารถแบ่งหนี้เงินออกเป็นประเภทต่างๆ ดังต่อไปนี้⁷⁵

(1) หนี้ซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระเงินตามจำนวนที่ได้ระบุไว้

หนี้เงินเป็นหนี้ซึ่งลูกหนี้ทราบถึงจำนวนเงินที่ตนจะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้อยู่แล้ว ทั้งนี้ อาจเป็นจำนวนเงินที่ถูกกำหนดไว้แล้วแน่นอนหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ อาจกำหนดให้ชำระเงินในจำนวนที่แน่นอนตายตัว เช่น ให้ชำระค่าสินค้า 100,000 บาท เป็นต้น หรืออาจกำหนดให้ชำระเงินตามมูลค่าอ้างอิง ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง เช่น การกำหนดให้ลูกหนี้เสียดอกเบี้ยในอัตราเพิ่มร้อยละ 0.5 จากอัตราอ้างอิงของธนาคาร หรือกำหนดให้ชำระเงิน โดยอ้างอิงจากอัตราแลกเปลี่ยนต่างประเทศ ณ เวลาที่ชำระหนี้ เป็นต้น

ในที่นี้พึงพิจารณาว่า สิ่งที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้ นั้น คือ จำนวนเงินหาใช่ตัววัตถุที่ถือเป็นเงินไม่ ลักษณะประการนี้เองที่ทำให้หนี้เงินแตกต่างจากหนี้ส่งมอบทรัพย์สินประการอื่นๆ เพราะหนี้เงินไม่ได้มุ่งที่การส่งมอบตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้แต่อย่างใด แต่พิจารณามูลค่าของเงินตราที่นำมาชำระหนี้เป็นสำคัญ

(2) หนี้ซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระเงิน คือ หนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่เจ้าหนี้ แต่จำนวนเงินนั้นยังไม่อาจกำหนดได้ เช่น หนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหนี้เงินอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ หนี้ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสืบเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา และหนี้ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากนิติเหตุ

⁷⁴ พระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดทำ จำหน่าย ใช้ หรือนำออกใช้ซึ่งวัตถุหรือเครื่องหมายใดๆ แทนเงินตรา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี”

⁷⁵ From *The Legal Aspect of Money : With Special Reference to Comparative Private and Public International Law* (p. 66-67), by F.A. Mann, 1992, London : Oxford University Press.

ลักษณะสำคัญของการชำระค่าสินไหมทดแทนนั้น คือ ในเวลาที่เกิดมูลหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อกัน ลูกหนี้และเจ้าหนี้จะไม่สามารถรู้ถึงจำนวนเงินอันเป็นค่าเสียหายที่ลูกหนี้จะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ได้ เนื่องจากการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะกำหนดขึ้นภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา มาตรา 222 ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในมูลละเมิด มาตรา 438 อย่างไรก็ตาม แม้จะยังไม่สามารถกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอนได้ หนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นก็ยังคงมีลักษณะเป็นหนี้เงินตามกฎหมายอยู่นั่นเอง

สำหรับกรณีหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ โดยมาตรา 196 บัญญัติว่า “ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ ท่านว่าจะส่งใช้เป็นเงินไทยก็ได้ การเปลี่ยนเงินนี้ให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่ และในเวลาที่ใช้เงิน” บทบัญญัตินี้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ที่จะชำระหนี้เป็นเงินต่างประเทศตามที่แสดงไว้ก็ได้ หรือจะใช้เป็นเงินไทยก็ได้ เช่น มีหนี้เงินสหรัฐอยู่ 1,000 เหรียญ กำหนดชำระหนี้ในวันที่ 1 เมษายน แต่ถ้าลูกหนี้มาชำระในวันที่ 1 พฤษภาคม ลูกหนี้ อาจต้องเสียดอกเบี้ยระหว่างผิดนัด การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในวันที่ 1 เมษายน กลับมาชำระในวันที่ 1 พฤษภาคมนั้น ลูกหนี้ อาจต้องเสียดอกเบี้ยระหว่างผิดนัด สมมติว่าเป็นเงินอีก 10 เหรียญ รวมลูกหนี้ต้องชำระ 1,010 เหรียญ ถ้าชำระเป็นเงินไทยก็ต้องแลกเปลี่ยนในวันที่ชำระ คือ วันที่ 1 พฤษภาคม มิใช่วันที่ 1 เมษายนซึ่งเป็นวันที่หนี้ถึงกำหนด และถ้าชำระเงินที่กรุงเทพฯ ก็ต้องคำนวณตามอัตราแลกเปลี่ยนที่กรุงเทพฯ หากชำระเงินที่เชียงใหม่ก็คำนวณอัตราแลกเปลี่ยนของธนาคารพาณิชย์ที่เชียงใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1179/2536) อัตราแลกเปลี่ยนในเวลาที่ใช้เงินนี้ ศาลฎีกาเคยให้ถือเอาอัตราแลกเปลี่ยนในวันที่มีคำพิพากษา เพื่อความสะดวกในการบังคับคดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 5701/2533, 1179/2536, 797/2538, 939/2537, 1909/2541, 2886/2545) ซึ่งไม่ตรงกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่เป็นสิทธิของลูกหนี้ที่จะเลือกชำระเป็นเงินตราต่างประเทศหรือเงินไทยก็ได้ โดยถืออัตราแลกเปลี่ยนในวันใช้เงิน แต่ปัจจุบันแนวใหม่ของคำพิพากษาจะพิพากษาให้ชำระเงินตราต่างประเทศตามที่เป็นหนี้ที่แสดงไว้วันนั้น แต่ลูกหนี้จะชำระเป็นเงินไทยก็เป็นสิทธิของลูกหนี้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 2512/2544 วินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยมีความผูกพันตามสัญญาต้องจ่ายเงินแก่โจทก์เป็นเงินดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นหนี้เงินที่กำหนดไว้เป็นเงินตราต่างประเทศ จำเลย อาจชำระเป็นเงินไทยก็ได้ โดยคิดอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่และเวลาที่ใช้เงินตามมาตรา 196 ซึ่งเป็นสิทธิของลูกหนี้ที่จะเลือกปฏิบัติการชำระหนี้ ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของลูกหนี้ได้โดยลำพัง และคำพิพากษาฎีกาที่ 3425/2545 วินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยทั้งสองชำระหนี้ให้โจทก์ด้วยเงินดอลลาร์สหรัฐ อันเป็นเงินตราต่างประเทศ ซึ่งมาตรา 196 วรรคหนึ่ง

ให้สิทธิแก่จำเลยทั้งสองที่จะเลือกชำระด้วยเงินตราต่างประเทศหรือเงินไทยก็ได้ตามแต่จะสมควรใจ หากจำเลยเลือกชำระเป็นเงินไทย ก็ต้องชำระเงินไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินในสถานที่และเวลา ใช้เงินตามมาตรา 196 วรรคสอง

กรณีเงินตราที่จะพึงส่งใช้เป็นอันยกเลิกไม่ใช้แล้ว เงินตราชนิดต่างๆ อาจมีการเปลี่ยนแปลง บางชนิดมีการยกเลิก กฎหมายจึงได้กำหนดแนวทางแก้ไขเอาไว้ตามมาตรา 197 บัญญัติว่า “ถ้าหนี้เงินจะพึงส่งใช้ด้วยเงินตราชนิดหนึ่งชนิดใดโดยเฉพาะอันเป็นชนิดที่ยกเลิกไม่ใช้แล้ว ในเวลาที่จะต้องส่งเงินใช้หนี้นั้นไซ้ การส่งใช้เงินท่านให้ถือเสมือนหนึ่งว่ามีได้ระบุไว้ให้ใช้เป็นเงินตราชนิดนั้น” บทบัญญัติมาตรานี้ต้องถือว่าบังคับทั้งฝ่ายลูกหนี้และฝ่ายเจ้าหนี้ เพราะกฎหมายให้ถือเสมือนหนึ่งว่ามีได้ระบุไว้ให้ใช้เงินตราชนิดนั้น ตัวอย่างเช่น กู้เงินมาเป็นเงินมาร์คเยอรมัน แต่เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ เงินมาร์คเยอรมัน ไม่ใช้แล้วเพราะเปลี่ยนมาใช้เงินยูโรร่วมกันกับภูมิภาคในยุโรปแล้ว ดังนั้น ลูกหนี้ก็จะชำระด้วยเงินมาร์คอีกไม่ได้ เจ้าหนี้ก็จะเรียกให้ชำระด้วยเงินมาร์คไม่ได้ด้วยเช่นกัน จึงเท่ากับว่าบังคับแก่ทั้งสองฝ่าย ไม่ใช่จะทำให้สิทธิเฉพาะแก่ลูกหนี้เท่านั้น และบังคับได้ทั้งกรณีที่ทำหนี้กำหนดไว้เป็นเงินต่างประเทศหรือเงินไทยก็ได้ซึ่งจะมีความแตกต่างจากมาตรา 196 ที่เป็นเรื่องของหนี้เป็นเงินต่างประเทศ และลูกหนี้มีสิทธิที่จะชำระด้วยเงินไทย แต่กรณีนี้เป็นกรณีที่ยกเลิกเงินตราชนิดที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นได้ทั้งกรณีเงินต่างประเทศและเงินไทย

2.3.2 หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โฆษียะ

2.3.2.1 แนวความคิดที่ปรากฏตามหลักกฎหมายโรมัน

ในสมัยโรมันยังไม่มีหลักเกณฑ์ของโฆษียะกรรมในลักษณะของนิติกรรมที่กฎหมายถือว่าสมบูรณ์แต่อาจถูกบอกล้างได้เช่นในปัจจุบัน เพราะกฎหมายโรมันกำหนดประเภทของนิติกรรมสัญญาที่บุคคลจะทำได้ไว้หลายประเภทและเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ นิติกรรมสัญญาเฉพาะที่ประเภทกฎหมายกำหนดให้ทำได้เท่านั้นที่บุคคลจะสามารถทำได้และก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องได้ตามกฎหมาย กฎหมายโรมันจึงมีลักษณะครอบคลุมนิติกรรมเป็นเรื่องราว เทียบกับในปัจจุบันก็คือ กฎหมายโรมันมีแต่เอกเทศสัญญา แต่ไม่มีกฎหมายนิติกรรมสัญญาในลักษณะทั่วไป⁷⁶ แต่อาจกล่าวได้ว่าความคิดในเรื่องของโฆษียะกรรมในปัจจุบันนั้น อาจพัฒนามาจากการดำเนินงานของผู้พิพากษาหรือ Praetor เป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญยิ่งสิ่งสำคัญมากคือ ผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินว่าถ้าประชาชนมีเรื่องเดือดร้อนจะมีทางบำบัดบิดเป่าได้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้เปิดช่องไว้ผู้พิพากษาจะยอมให้คนไม่ได้รับความยุติธรรมหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายปรับตัวไม่ทันกับเหตุการณ์ ผู้พิพากษาจึงสร้างทางแก้ไขใหม่ขึ้นมาเพื่อใช้แก้ปัญหา

⁷⁶ จาก *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (น. 165), โดย ประชุม โฉมฉาย, 2555, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เฉพาะหน้า หลักของผู้พิพากษาในสมัยยุคทองก็คือ ความยุติธรรม ในสมัยโรมันที่บางครั้งได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีแล้วพบว่านิติกรรมที่ทำนั้นสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่หากผู้พิพากษาบังคับให้ตามนั้นแล้วก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม เช่น นิติกรรมที่ทำระหว่างคู่กรณีได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้เรียบร้อยแล้ว แต่นิติกรรมนั้นเกิดจากกลฉ้อฉล ซึ่งแม้นิติกรรมเกิดจากกลฉ้อฉล แต่สำหรับกฎหมายโรมันแล้วกลฉ้อฉลไม่มีผลอะไร นิติกรรมนั้นเมื่อได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้แล้วย่อมสมบูรณ์ทุกประการ ผู้พิพากษาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็จะไม่บังคับให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลต้องชำระหนี้ตามกลฉ้อฉลนั้น หรือหากผู้ถูกกลฉ้อฉลชำระหนี้ไปแล้ว ก็จะสั่งให้มีการคืนให้หมดในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ผู้พิพากษาจะไม่ไปแตะต้องความสมบูรณ์หรือไม่ตามกฎหมาย ดังนั้น นิติกรรมที่ผู้พิพากษาไม่บังคับให้จึงมิใช่การบอกล้างโมฆะกรรมและมีได้ทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด⁷⁷

ในเรื่องของการกำเนิดการแบ่งแยกความไม่สมบูรณ์แห่งนิติกรรมให้เป็น โมฆะหรือโมฆียะ แต่เดิมในกฎหมายเก่าของไทยเราไม่มีความคิดที่แบ่งความไม่สมบูรณ์เป็น โมฆะหรือโมฆียะแต่การแบ่งนิติกรรมเป็น โมฆะหรือโมฆียะได้เกิดขึ้นสมัยเมื่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้น โดยได้อาศัยหลักกฎหมายของต่างประเทศเป็นหลักปฏิบัติ แต่ถ้าพิจารณาถึงกำเนิดแห่งการแบ่งแยกนี้ ในกฎหมายต่างประเทศเองก็จะเห็นได้ว่า คำมูลกำเนิดเดิมมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งกล่าวว่าการใด ถ้าไม่ครบองค์ประกอบหรือว่าขัดต่อกฎหมายก็ดี ถือว่าการนั้น ไม่สมบูรณ์มาแต่กำเนิด ไม่เกิดผลในกฎหมายนั้นแต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นกำเนิดแห่งโมฆะกรรม ส่วนโมฆียะกรรมนั้นเป็นวิธีคิดซึ่งเกิดขึ้นภายหลังเพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งได้กระทำการใดอย่างสมบูรณ์ก็จริง แต่ว่าได้ทำให้ตนต้องเสียหาย เช่น บุคคลที่ทำสัญญาเพราะถูกเขาข่มขู่ หรือว่าผู้เยาว์อายุ 15 ปี ได้ทำสัญญาแก่บุคคลซึ่งเอาเปรียบเพราะเห็นเป็นเด็ก ผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีหาได้ตัดสินว่าการนั้นเป็นโมฆะไม่ แต่ทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม หมายความว่า ตั้งแต่วันที่ได้ทำการนั้น การนั้นเกิดผลเรื่อยมา แต่ฐานะของการนั้นยังอ่อนแอ เพราะผู้ที่เสียหายขอให้ผู้พิพากษาสั่งให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสียได้

การที่ผู้พิพากษามีคำสั่งให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution in intergrum)

การที่จะกล่าวอ้างเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้นั้น จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นกับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาหรือเหตุการณ์ใดๆ ซึ่งความเสียหายนั้นเกิดขึ้นและมีผลในทางกฎหมาย⁷⁸ ดังนี้

⁷⁷ จาก เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายโรมันเบื้องต้นประจำภาคฤดู/2547 (น. 45), โดย สนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, 2548, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁸ From *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian* (p. 720), by W.W. Buckland, 1932, London : Cambridge University Press.

(1) กรณีข่มขู่ คือ กรณีที่สัญญาเกิดขึ้นเพราะการข่มขู่ ผู้ถูกข่มขู่มีสิทธิการถูกข่มขู่ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ถูกบังคับตามสัญญา หรือในกรณีที่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญานั้นไปแล้ว อาจฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ โดยอาจฟ้องจากผู้ได้รับทรัพย์สินนั้นไว้ ไม่จำกัดเฉพาะผู้ที่ถูกข่มขู่เท่านั้น⁷⁹ หรือหากไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ อาจเรียกให้ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินจากการข่มขู่ถูกปรับสี่เท่าของทรัพย์สินที่ได้รับไป แต่กรณีที่มีการข่มขู่ให้กระทำในสิ่งที่เป็นหน้าที่ตามกฎหมายอยู่แล้ว เช่น เจ้าหนี้ใช้กำลังข่มขู่ลูกหนี้ให้ชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่อาจขอให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เพราะถือว่ากรณีนี้ไม่มีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้น⁸⁰

(2) กรณีกลั่นแกล้ง คือ กรณีที่สัญญาทำขึ้นเพราะอีกฝ่ายหนึ่งทำกลั่นแกล้งหลอกลวงให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ โดยที่การจะเป็นกลั่นแกล้งซึ่งอาจทำให้ผู้พิพากษามีคำสั่งให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ต้องเป็นกลั่นแกล้งที่มีความชั่วร้าย ซึ่งหมายถึงการกระทำที่พลเมืองโรมันที่ดีไม่สมควรกระทำ ดังนั้น การหลอกลวงหรือโจรผู้ร้าย ไม่ถือว่าเป็นกลั่นแกล้งที่อาจถูกเพิกถอนสัญญาได้⁸¹ กลั่นแกล้งนี้ รวมไปถึงการที่ลูกหนี้ถ่ายทรัพย์สินของตนไปให้บุคคลอื่นโดยไม่สุจริต เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ด้วย⁸²

(3) กรณีของบุคคลซึ่งถึงวัยเจริญพันธุ์แต่มีอายุไม่เกิน 25 ปี มีความสามารถที่จะทำสัญญาผูกพันตนเองตามกฎหมายโรมันได้ โดยผู้เยาว์หรือเยาวชนที่ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมอาจขอให้ผู้พิพากษามีคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาแล้วกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ หากสัญญาที่สร้างขึ้นผู้เยาว์เสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากผู้เยาว์หรือเยาวชนมีผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว การทำสัญญาโดยได้รับความยินยอมอาจใช้สิทธิได้เช่นเดียวกับกรณีผู้เยาว์ที่ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม แต่กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้ให้ความยินยอม ผู้เยาว์นั้นไม่อาจผูกพันตนเองตามกฎหมายโรมันได้อย่างเต็มที่ อาจก่อขึ้นเพียงหนี้โดยธรรมเท่านั้น⁸³

⁷⁹ From *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (p. 655) , by Reinhard Zimmermann, 1992, Cape Town : Juta & Co, Ltd.

⁸⁰ From *Textbook on Roman Law* (p. 345), by Andrew Brokowski and Paul du Plesis, 2005, New York : Oxford University Press.

⁸¹ From *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (p. 668).

⁸² *Textbook on Roman Law* (p. 347). Op.cit.

⁸³ From *The Elements of Roman Law with a translation of the Institution of Justinian* (p. 93), by R.W.Lee, 1986, Great Britain : Page Bros. (Norwich) Ltd.

(4) กรณีการไม่ใช้สิทธิในบางกรณี เช่น เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกครอบครองปรปักษ์ แต่มิได้คัดค้านเพราะมีเหตุจำเป็น ทำให้ต้องเสียสิทธิบางประการ แต่หากการไม่ใช้สิทธินั้นเกิดขึ้น เพราะมีเหตุจำเป็นโดยที่มิใช่ความผิดของผู้ที่ต้องเสียสิทธิ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ การที่อนุญาตให้ผู้เสียสิทธิไปใช้สิทธิในการต่อสู้คัดค้านใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁸⁴

(5) กรณีสำคัญผิดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในบางกรณี เช่น การฟ้องร้องเกินกว่าสิทธิที่ตนมี⁸⁵

กฎหมายโรมันถือเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างมากสำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายในภาคพื้นยุโรป จากการศึกษาประวัติและวิวัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักการใช้สิทธิเรียกทรัพย์สินคืนในสมัยโรมัน จะพบว่ามีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ แบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ การฟ้องคดีเกี่ยวกับบุคคลหรือการเรียกคืนโดยอ้างบุคคลสิทธิและการฟ้องคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการเรียกคืนโดยการอ้างทรัพย์สิน ซึ่งในสมัยโรมันไม่ได้มีแนวความคิดที่จะแบ่งสิทธิและการฟ้องคดีออกจากกันเหมือนอย่างในปัจจุบัน ในสมัยนั้นบุคคลจะมีสิ่งทีในปัจจุบันเรียกว่า “สิทธิ” ก็ต่อเมื่อมีกรณีที่บุคคลอาจฟ้องคดีตามรูปแบบที่กำหนดไว้แล้วเท่านั้น⁸⁶

2.3.2.2 แนวความคิดที่ปรากฏตามบทกฎหมายไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ระบบประมวลกฎหมายนั้นมีลักษณะพิเศษ คือ การรวบรวมเอากฎหมายเรื่องใหญ่ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมารวมไว้ในที่เดียวกัน มีการจัดหมวดหมู่ให้เป็นระเบียบ สอดคล้อง สัมพันธ์ และเชื่อมโยงกัน ในขณะที่ประมวลกฎหมายเกิดมาจากความคิดในระบบกฎหมายโรมัน จากนั้นก็มีการขยายมาสู่กลุ่มประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปตอนกลาง และขยายมาสู่ประเทศแถบเอเชีย เฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งของไทยบัญญัติตามแบบอย่างประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันและญี่ปุ่น หลังจากประกาศใช้กฎหมายเป็นเวลา 2 ปี จึงมีประกาศยกเลิกและให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ฉบับใหม่ ในปี พ.ศ. 2468 แทน และล่าสุด บรรพ 1 ตรวจชำระใหม่ ปี พ.ศ. 2535 แต่โครงสร้างของกฎหมายปี พ.ศ. 2468 ส่วนใหญ่นั้น ยังคงเป็นหลักอยู่ตราบเท่าทุกวันนี้

⁸⁴From *A Text-Book of Roman Law Form Augustus to Justinian* (p. 722), by W.W. Buckland, 1932, London : Cambridge University Press.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ จาก “ทรัพย์สินสิทธิ – บุคคลสิทธิ”, โดย โสภณ รัตนกร, 2529, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, (น. 8-9).

แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บรรพ 1-2 จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2535 ก็ตาม แต่บทบัญญัติในเรื่องผลและการบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะตามมาตรา 176⁸⁷ นั้น ส่วนใหญ่ยังคงมีความหมายดังบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2468 ตามมาตรา 138⁸⁸ ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้าง ผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะได้ศึกษาถึงความเห็นของผู้ร่างกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเมื่อ พ.ศ. 2468 เพื่อจะได้ทราบถึงความเป็นมาในการร่างกฎหมายโดยผู้เขียนจะขอกล่าวโดยสังเขป ดังนี้

บทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ภาค 1 ลักษณะ 1 สัญญา ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาที่เป็นโมฆียะ โดยใช้ชื่อว่า “โมฆียะสัญญา” เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้บัญญัติ “สัญญา” ไว้เป็นบททั่วไป ไม่มีเรื่องนิติกรรม ในส่วนของเหตุแห่งโมฆียะสัญญามี 2 จำพวก เช่นเดียวกับกฎหมายปัจจุบัน กล่าวคือ 1. บกพร่องในความสามารถ ได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ คนวิกลจริตและกระทำนิติกรรมขณะวิกลจริต และบุคคลที่มีกายหรือใจไม่สมประกอบ และ 2. บกพร่องในการแสดงเจตนา ได้แก่ สำคัญผิด กลฉ้อฉล และข่มขู่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 2 ที่ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2466 นั้น ในที่สุดก็มีได้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยในชั้นแรกวันที่ 1 มกราคม 2467 ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บรรพ 3 และเลื่อนเวลาใช้ บรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกมา โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

⁸⁷ มาตรา 176 (ปัจจุบัน) บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็น โมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าบุคคลนั้น ได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่ง เมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม”

⁸⁸ มาตรา 138 (ป.พ.พ. พ.ศ. 2468) บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆะ เมื่อบอกล้างแล้วท่านให้ถือว่าบุคคลนั้น ได้รู้ว่าการนั้นไม่สมบูรณ์

ในการนี้ให้ผู้เป็นคู่กรณีได้กลับคืนยังฐานะเดิม และถ้าเป็นพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

1) ให้เพิ่มบทบัญญัติแห่งบรรพ 3 ตั้งแต่มาตรา 453 ถึงมาตรา 1297 เข้าเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2468 เป็นต้นไป⁸⁹

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ประกาศให้ใช้ในวันที่ 1 มกราคม 2467 นั้น ให้เลื่อนไปใช้ในวันที่ 1 มกราคม 2468

จากบันทึกของกรรมการร่างกฎหมายได้แสดงเจตนาว่า นอกจากจะเลื่อนการใช้บรรพ 1 และ 2 ออกไปแล้ว ยังจะให้มีการแก้ไขบรรพ 1 และ 2 ใหม่เสียด้วย โดยในการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย วันที่ 3 มีนาคม 2467 นายอาร์ กียอง ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายเสนอให้มีการเริ่มแก้ไข บรรพ 1 และ 2 ได้เสนอให้แก้ไขเป็นบางมาตรา แต่พระยาจินดาภิรมณ์เห็นว่า ในเมื่อมีโอกาสแก้ไข บรรพ 1 และ 2 ให้เข้ารูปกับ บรรพ 3 และคิดปรับบทให้ลงกันกับหลักกฎหมายวิธีธรรมชาติเช่นนี้ คิดว่าควรแก้ไข บรรพ 1 และ 2 เรียงมาตรา จะแก้ไขบางมาตราเห็นว่าจะไม่ได้ผลดีตามปรารถนา ซาๆ เกินๆ บทพร้อมจะซ้ำร้ายยิ่งกว่าไม่แก้ไขเลย⁹⁰

ในที่สุดกรรมการร่างกฎหมายส่วนใหญ่เห็นด้วยว่าควรแก้ไข บรรพ 1 และ 2 ทั้งบรรพ และเมื่อได้มีการแก้ไขบรรพ 1 และ 2 ไประยะหนึ่งปรากฏว่ามีการแก้ไขกฎหมายเดิมไปมาก โดยเฉพาะในเรื่องนิติกรรมได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติกรรมขึ้นมาใหม่หลายมาตรา โดยคู่มือกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่น แต่บรรพ 1 และ บรรพ 2 เดิมนั้น ไม่มีหมวดว่าด้วยนิติกรรม จึงทำให้การเรียงลำดับและการจัดหมวดหมู่ไม่เรียบร้อย ในการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2468 คณะกรรมการจึงตกลงกันว่า การแก้ไขบางมาตราที่ได้ทำมาจนถึงวันนี้รู้สึกว่

⁸⁹ บรรพ 3 นี้ใช้ได้อยู่เป็นเวลา 4 ปีเศษ ก็ได้ยกเลิกและใช้ความใหม่แทน ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2547 เป็นต้นไป โดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ โดยบรรพ 3 ที่ได้มีการตรวจชำระใหม่ได้มีการแก้ไขถ้อยคำเล็กน้อยเท่านั้น บทมาตราและหมวดหมู่คงเดิมมิได้มีการแก้ไขเลย

⁹⁰ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, วันที่ 3 มีนาคม 2467 (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) กรรมการร่างกฎหมายในขณะนั้น ประกอบไปด้วย (1) พระยาจินดาภิรมณ์ (2) พระยาเทพวิฑูรฯ (3) พระยามานวราชเสวี (4) นายอาร์ กียอง (5) นายเรมี เดอ ปลังเตอโรส (6) นายเรน กาโซ และ (7) หลวงสารสาสน์ ประพันธ์ เป็นเลขานุการ อนึ่ง ในการจัดองค์การในการร่างกฎหมายในขณะนั้น หลังจากได้มีการร่างกฎหมายในปี พ.ศ. 2466 การร่างกฎหมายก็มีอยู่ในหน้าที่ของกรรมการร่างกฎหมาย (ซึ่งร่างกฎหมายอื่นและรับปรึกษากฎหมายด้วย) และเมื่อกรรมการร่างกฎหมายได้ยกร่างประมวลฯ เสร็จแล้ว ก็ต้องเสนอไปยังคณะกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมายเพื่อตรวจแก้อีกครั้งหนึ่ง (กรรมการตรวจแก้ยกเลิกไปเมื่อ พ.ศ. 2471)

ยังมีลำดับมาตราไม่เรียบร้อยพอควรจะจัดให้เป็นหมวดหมู่เสียใหม่ให้เรียบร้อยตามทำนองประมวลกฎหมายญี่ปุ่น จึงตกลงให้พระยามานวราชเสวี เรียงลำดับหมวดหมู่มาตราที่ได้แก้ไข⁹¹

ปรากฏว่าหมวดหมู่ที่พระยามานวราชเสวีได้จัดใหม่ และเสนอวันที่ 27 พฤษภาคม 2468 ได้จัดตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น บรรพ 1 ซึ่งใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยไม่เหลือเค้าโครงเดิมของบรรพ 1 พ.ศ. 2466 เลย ซึ่งที่ประชุมได้ยอมรับ สำหรับเรื่องนิติกรรมได้จัดหมวดหมู่อยู่ในลักษณะ 4 ของบรรพ 1 และได้มีการเพิ่มเติมมาตราต่างๆ ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันและญี่ปุ่นเป็นอันมาก ต่อมาในวันที่ 4 มิถุนายน 2468 กรรมการร่างกฎหมายได้พิจารณาถึงร่าง มาตรา 114 และได้มีการพิจารณาแก้ไขกันดังนี้

นายเรน กาโซ เสนอว่า มาตรา 114⁹² นั้น ควรแก้ไขใหม่ตามทำนองกฎหมายบราซิล มาตรา 158⁹³ และตามกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 121⁹⁴ และใส่ไว้ในมาตรา 6 หมวด 3 ว่าด้วยนิติกรรมซึ่งเป็นโมฆะและโมฆียะ (Void and Voidable Juristic Act) ให้มีความ ดังนี้ “เมื่อนิติกรรมถูกบอกล้าง นิติกรรมดังกล่าวย่อมเป็น โมฆะมาตั้งแต่ต้น คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม และถ้าไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ คู่กรณีต้องได้รับค่าชดเชยในจำนวนเทียบเท่ากับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม” (When a juristic act is annulled it is deemed to have been void from the beginning. The parties shall be restored to the condition in which they were previously : and if it is not possible to so restore them , they shall be indemnify with an equivalent.) (Brazil 158 , Japan. 121 , Old text 114) ที่ประชุมเห็นชอบด้วย ตกลงให้แก้ไขตามนั้น⁹⁵

มาตรา 114 ที่กรรมการเห็นชอบเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2468 ตามข้อเสนอแก้ไขของนายเรน กาโซ กรรมการร่างกฎหมายชาวฝรั่งเศสนั้น หลังจากนั้นได้มีการแก้ไขร่าง มาตรา 114 เป็น 3 วรรค โดยการแยกร่างมาตรา 114 ที่นายเรน กาโซ เสนอเป็นวรรค 1 และวรรค 3 และเพิ่มวรรค 2 ขึ้น เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ 3 ตามข้อเสนอของพระยามานวราชเสวี ดังที่ปรากฏในรายงาน

⁹¹ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, วันที่ 25 พฤษภาคม 2468 (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

⁹² มาตรา 114 บัญญัติว่า “ในการณ์เมื่อสัญญาใดสัญญาหนึ่งได้เพิกถอนเสียแล้ว ท่านบังคับว่าให้ผู้เป็นคู่สัญญาได้กลับคืนยังฐานะเดิมเหมือนดังเมื่อแรกเข้าทำสัญญาเหมือนเมื่อขณะสัญญาเป็น โมฆะนั้นั้น”

⁹³ Art. 158 “When an act is annulled the parties shall be restored to the condition in which they were previously : and if it is not possible to so restore them, they shall be indemnified with an equivalent.”

⁹⁴ Article 121 “An act which has been avoided shall be deemed to have void ab initio : however , a person under liability shall be liable to make reimbursement only to the extent of being still enriched by reason of such act.”

⁹⁵ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, วันที่ 5 มิถุนายน 2468 (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

ประชุมวันที่ 12 มิถุนายน 2468 ที่ประชุมเห็นชอบด้วย ตกลงแก้ไขมาตรา 6 ตามที่พระยามานวราชเสวี เสนอ⁹⁶

ร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการร่างกฎหมายข้างต้นนั้น ต่อมาได้จัดลำดับ เรียงมาตราและหมวดหมู่เสียใหม่เป็น มาตรา 138 ของหมวด 3 ลักษณะ 4 ในบรรพ 1 และได้เสนอ ไปยังคณะกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมาย ณ วังบางขุนพรหม โดยมีเจ้าฟ้ากรมพระนครสวรรค์ วรพินิจ (บริพัฒน์) ทรงเป็นประธาน คณะกรรมการตรวจแก้ฯ ได้พิจารณาเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2468 โดยแทบไม่ได้แก้ไขถ้อยคำในร่างมาตรา 138 ที่ผ่านการพิจารณาของกรรมการร่างกฎหมาย เลย ร่างมาตรา 138 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมาย มีข้อความดังนี้

“มาตรา 138 โมฆะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรได้รู้ว่าเป็นโมฆะ เมื่อบอกล้างแล้วท่านให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นไม่สมบูรณ์

ในการนี้ ให้ผู้เป็นคู่กรณีได้กลับคืนยังฐานะเดิม และถ้าเป็นพันวิสัยจะให้กลับคืน เช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน”

(138 When Voidable act is avoided it is deem to have been void from the beginning

If a person knew or ought to have know of the voidability, he is deemed, if the act is avoided, to have known that the act was void

The parties shall be restored to the condition in which they were previously and if it is possible to so restor them, they shall be indemnified with an equivatant.)

หลังจากนั้น ในการพิจารณาของกรรมการร่างกฎหมายเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 2468⁹⁷ นายอาร์ กียอง ขอหารือที่ประชุมให้แก้ไขมาตราต่างๆ โดยมาตรา 138 ขอแก้ไขคำว่า “void” ในตอนท้ายเป็น “invalid” เพื่อให้ข้อความดีขึ้น ที่ประชุมเห็นชอบให้แก้ไขตามที่เสนอเป็นอันยุติ การพิจารณามาตรา 138

เมื่อได้พิจารณาแก้ไขบรรพ 1 และ 2 แล้วเสร็จ ก็ได้มี “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่” เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2468 ให้ยกเลิกบรรพ 1 และ บรรพ 2 ที่ออกเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2466 และให้ ใช้ความตอนใหม่ท้ายพระราชกฤษฎีกานี้แทน ซึ่ง บรรพ 1 และ บรรพ 2 นี้ เริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2468 เป็นต้นมา

⁹⁶ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย, วันที่ 12 มิถุนายน 2468 (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

⁹⁷ รายงานการตรวจแก้ประมวลกฎหมาย ณ วังบางขุนพรหม พ.ศ. 2468, (ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

มาตรา 176 ที่ใช้ในปัจจุบัน กำหนดให้นิติกรรมที่เป็น โฆษณาระหว่างมีการบอกกล่าว คู่กรณียอมมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงผลของการบอกกล่าวนิติกรรมที่เป็นโฆษณาระหว่าง โฆษณาระหว่างมีการบอกกล่าวแล้วให้ถือว่าเป็นโฆษณามาแต่เริ่มแรกและให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นนั้น ได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทน ตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ซึ่งการกลับไปอยู่ในสภาพเดียวกับที่เป็นอยู่ก่อนทำนิติกรรม โดยหลักการแล้วคู่กรณีจะต้องกลับไปอยู่ในฐานะเสมือนมิได้มีการทำนิติกรรมขึ้นใครได้รับอะไรไปก็ต้องคืนแก่กันให้หมด ถ้าคืนไม่ได้ก็ต้องชดใช้กันเป็นเงินแทน ซึ่งกฎหมายกำหนดเฉพาะถ้าพ้นวิสัยจะคืนให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินให้แทน โดยมีได้กล่าวถึง ดอกเบี้ยและค่าเสียหายอื่นๆ หากจะมี

ขณะที่นิติกรรมที่เป็นโฆษณาระหว่างมีการบอกเลิกสัญญาที่มีผลย้อนหลัง คำว่า ย้อนหลัง หมายถึง เมื่อมีการเลิกสัญญายอมมีผลเป็นการระงับความผูกพัน ดังนั้น การเลิกสัญญาที่มีผลย้อนหลัง หมายถึง เลิกความผูกพันระหว่างคู่สัญญาตั้งแต่ขณะแรกที่เข้าทำสัญญาก่อนความผูกพันขึ้นระหว่างกัน ถือเป็นเหมือนหนึ่งว่าไม่มีการทำสัญญาผูกพันระหว่างคู่สัญญากันเลย เช่น แดงนำสุนัขมา แลกเอาแมวไปจากดำ ต่อมาดำมีการเลิกสัญญาต่อกัน แดงก็ต้องเอาแมวกลับคืนไปให้ดำ ดำก็ต้องเอาสุนัขกลับคืนไปให้แดง เท่ากับว่ากลับคืนไปสู่เจ้าของเดิม การเลิกสัญญาลักษณะนี้ภาษาอังกฤษใช้คำว่า To Rescind

ในแง่โฆษณาระหว่างนิติกรรมตกเป็น โฆษณานั้น ก็คือ นิติกรรมที่ไม่มีผลตามกฎหมาย ในสายตาของกฎหมายนั้น ถือว่านิติกรรมที่เป็น โฆษณาเป็นสิ่งที่เสียเปล่า คู่กรณีของนิติกรรมที่เป็น โฆษณา คงอยู่ในฐานะเดิมเหมือนดังว่ามีได้เข้าทำนิติกรรมนั้นที่เสีย เช่น ซื้อขายที่ดิน โดยไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็น โฆษณา จะเรียกราคาที่ดิน โดยอาศัยสัญญาไม่ได้ ดังนั้น เมื่อได้ทำนิติกรรมอันเป็น โฆษณาแล้ว หากคู่กรณี ได้ปฏิบัติและรับการปฏิบัติตามนิติกรรมที่เป็น โฆษณาต่อไป ก็เรียกว่า กระทำการโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ คู่กรณีจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาคืนตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ในบางครั้งศาลก็ยังใช้คำว่ากลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น หากโฆษณาระหว่างนิติกรรมตกเป็น โฆษณา คู่กรณีจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาคืนตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ ขณะที่เมื่อสัญญามีมูลเหตุแห่งการบอกกล่าว (กรณีโฆษณาระหว่าง) ซึ่งต่างก็มีมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย คู่สัญญาจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนี่เอง

จากหลักการดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า การกลับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นผลบังคับของกฎหมาย ซึ่งมีหลายวิธีการที่จะทำให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม และการคืนทรัพย์สินก็เป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เนื่องจากกฎหมายต้องการที่จะให้คู่สัญญาได้ไปอยู่ ณ จุดที่มีการเข้าทำสัญญากัน หรือถ้าไปอยู่ ณ จุดนั้นไม่ได้ ก็ให้ใกล้เคียงที่สุด คือ ถ้าเป็น

การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้ว ก็ต้องส่งทรัพย์สินนั้นคืนกัน ถ้ามีการคืนเงินกันก็ต้องคืนนับตั้งแต่เวลาที่ได้รับเงินไว้ ถ้าเป็นการงานที่ได้กระทำ เมื่อต้องมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ภาวะเดิมที่เป็นอยู่ก่อนการงานที่ทำลงนั้นได้ กฎหมายก็หาทางชดเชยให้โดยคิดเป็นตัวเงิน

ในบทนี้จึงทำให้ทราบถึงหลักการทั่วไปของโมฆียะกรรมและแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งเป็นความเข้าใจในเบื้องต้น เพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาลักษณะกฎหมายว่าด้วยการคืนทรัพย์สินและความรับผิดชอบของลูกหนี้กรณีโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้างตามกฎหมายของไทยและกฎหมายต่างประเทศต่อไป