

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้าง

จากการศึกษาหลักการทั่วไปของโมฆะกรรมและแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการบอกล้างโมฆะกรรม และหลักกฎหมายว่าด้วยการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประกอบกับแนวทางในการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายว่าด้วยการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างตามกฎหมายต่างประเทศ ทำให้พบว่ามีปัญหาการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างในประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆะกรรม

เมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว มาตรา 176 กำหนดให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น ความเข้าใจในแนวทางการปรับใช้กฎหมายของนักวิชาการมีความเห็นในทางตำรากฎหมายปรากฏเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก¹ เห็นว่า ผลของการบอกล้างโมฆะกรรม ตามธรรมดาทรัพย์สินสิ่งใดที่ได้ส่งมอบแก่กันไปแล้วเนื่องแต่โมฆะกรรมนั้น เมื่อตกเป็นโมฆะ เพราะบอกล้างแล้ว จะต้องส่งคืนแก่กันรวมทั้งดอกผลทั้งหลายที่ได้รับไว้ยังเหลืออยู่หรือใช้ไปแล้วด้วย โดยเข้าลักษณะลากมิควรได้ และเมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว มีผลให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โมฆะมาตั้งแต่นั้น จึงถือว่าการคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปนั้น เป็นทรัพย์สินที่ได้รับไว้โดยไม่มิมูลจะอ้างได้ตามกฎหมาย ถือว่าเป็นลากมิควรได้ ต้องคืนกันตามลักษณะลากมิควรได้ แต่เมื่อเรื่องโมฆะกรรมได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งแตกต่างจากเรื่องการคืนทรัพย์สินในลักษณะลากมิควรได้ จึงต้องถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะบัญญัติยกเว้นหลักทั่วไป และในการคืนทรัพย์สินแก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1376 ว่า “ถ้าจะต้องส่งทรัพย์สินคืนแก่บุคคลผู้มีสิทธิเอาคืนไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติ

¹ จาก *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (น.198-199, น.261), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. และ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (น. 270), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

มาตรา 412 ถึง 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลาภมิควรได้ มาใช้บังคับโดยอนุโลม” ดังนั้น การคืนทรัพย์สินแก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง จึงต้องนำมาตรา 412 ถึง 418 ว่าด้วยลาภมิควรได้ มาใช้บังคับโดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดต่อมาตรา 176 วรรคหนึ่ง

แนวทางที่สอง² เห็นว่า การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนี้นี้ คือ การคืนทรัพย์สินที่ได้รับมา ทั้งหมดจนครบถ้วน โดยไม่อาจนำหลักกฎหมายเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้ เพราะมิใช่เป็นการกระทำ โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ แต่ถือว่าขณะที่กระทำนิติกรรมไม่ถูกบอกล้าง จึงยังมีมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย การคืนทรัพย์สินจึงมีความแตกต่างจากการคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ และเนื่องจากมาตรา 176 กำหนดผลไว้ชัดเจนว่าเมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ มาแต่เริ่มแรก ให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงมีอาจเข้าใจไปได้ว่าการคืนทรัพย์สินต้องคืนฐานลาภมิควรได้ ประกอบกับฐานในการคืนทรัพย์สินเพราะโมฆะกรรมและโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างแล้วก็แตกต่างกัน เนื่องจากโมฆะกรรมนั้นเป็นเรื่องของนิติกรรมที่ไม่เคยมีผลทางกฎหมาย สิ่งที่ทำให้แก่กันไปจึงขาดฐานในทางกฎหมายรองรับมาตั้งแต่เริ่มแรก จึงเห็นชัดเจนว่าสิ่งที่แต่ละฝ่ายได้รับไปเป็นลาภที่ออกขึ้นไปในกองทรัพย์สินของเขา ดังนั้น เมื่อคืนจึงต้องคืนตามหลักลาภมิควรได้ แต่กรณีโมฆียะกรรมนั้น เนื่องจากกฎหมายถือว่านิติกรรมนั้นสมบูรณ์มาตั้งแต่แรกฐานในทางกฎหมายที่รองรับสิ่งที่ให้กันไปจึงมีอยู่ ดังนั้น เมื่อมีการบอกล้าง กฎหมายถือว่าเป็นโมฆะ การคืนทรัพย์สินจึงจะคืนเหมือนลาภมิควรได้ไม่ได้ แต่การคืนทรัพย์สิน จึงต้องคืนในลักษณะของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่าหลักการทั่วไปของโมฆียะที่อาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรก โดยนิติกรรมในลักษณะนี้เป็นนิติกรรมที่กฎหมายได้กำหนดและระบุไว้โดยเฉพาะว่าให้มีผลเป็นโมฆียะกรรม เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยวิปริต คือ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ยกเว้นสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม คุ้มครองผู้ที่แสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่ นอกจากนั้น กฎหมายยังมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ที่หย่อนความสามารถ คือ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถและคนเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งเจตนารมณ์และความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นหลักการทั่วไปของโมฆียะกรรมทำให้โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมที่กฎหมาย “ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง”

² จาก *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมโดย รศ.ดร.คาราพร ธีระวัฒน์* (น. 163), โดย จิต เศรษฐบุตร, 2551, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. และ จาก *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์* (น. 203-204), โดย จิต เศรษฐบุตร, 2522, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นมีสถานะทางกฎหมายที่สมบูรณ์ทุกประการจนกว่าจะมีการบอกล้าง เมื่อใดก็ตามที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรม กฎหมายก็บัญญัติให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกที่ได้ทำนิติกรรมนั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าผลของการบอกล้างทำให้นิติกรรมนั้นเสียเปล่าย้อนหลังความสมบูรณ์ของนิติกรรมไปจนถึงเวลาที่ได้ทำโมฆียะกรรมนั้นเสมือนหนึ่งว่านิติกรรมนั้นใช้ไม่ได้เลยมาแต่ต้น ดังนั้น กฎหมายจึงให้ผู้ใช้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหากเป็นการพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยให้แทน

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็ย่อมเกิดสิทธิเรียกร้องแต่การเกิดสิทธิเรียกร้องได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีการไม่ชำระหนี้ ซึ่งต้องมีหนี้และหนี้้นั้นต้องมีอยู่ก่อน จึงจะบังคับตามผลแห่งหนี้ได้ โดยมูลแห่งหนี้ อาจเกิดจากมูลแห่งหนี้ใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ว่าจะเกิดมูลหนี้ใดต้องเป็นหนี้ที่บังคับได้ หนี้ที่บังคับไม่ได้ถือว่าเป็นหนี้ธรรมดา เช่น หนี้ที่ขาดอายุความเป็นต้น และโดยหลักการแล้วเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นชำระหนี้ได้ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว ทำให้พบปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายในประเด็นที่ว่าหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะก่อนที่นิติกรรมดังกล่าวจะถูกบอกล้าง เจ้าหนี้สามารถบังคับตามสิทธิเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้หรือไม่ หากต่อมาโมฆียะกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างแล้วผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร จากการที่กฎหมายได้กำหนดให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับคืนทรัพย์สิน และลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สิน จะสามารถใช้สิทธิและหน้าที่นั้นๆ ทำการบังคับกันได้หรือไม่

จากหลักการทั่วไปของหนี้ที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 ทำให้ทราบถึงคำว่า“หนี้” นั้นเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้” ส่วนอีกฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำ เรียกว่า “เจ้าหนี้” ซึ่งแยกการกระทำนั้นออกเป็น 3 ชนิด คือ การกระทำ การงดเว้นการกระทำ และการส่งมอบทรัพย์สิน ดังนั้น “หนี้” จึงเป็นความผูกพันทางกฎหมายลักษณะหนี้ซึ่งจะต้องเกิดจากมูลแห่งหนี้ คือ โดยอำนาจกฎหมายส่วนที่เกิดโดยอาศัยมูลแห่งหนี้ก็อย่างเช่นนิติกรรม สัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ถือว่าเป็นอีกประการหนึ่งที่เมื่อหนี้เกิดขึ้นแล้วก็จะมีผลคือการชำระหนี้ ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำการงดเว้นการกระทำ หรือการส่งมอบทรัพย์สิน แล้วแต่กรณีเป็นเรื่องๆ ไปซึ่งตามปกติแล้วก็มีการบังคับชำระหนี้กันได้

ถ้ากรณีใดที่กล่าวอ้างกันว่ามี “หนี้” เกิดแล้ว ก็ต้องพิจารณากันต่อไปว่า สิทธิและหน้าที่นั้นๆ จะทำการบังคับกันเอาประโยชน์ได้หรือไม่ ข้อนี้นับว่าสำคัญมากและเกี่ยวข้องกับการแบ่งแยกชนิดของหนี้ ซึ่งอาจจะแบ่งแยกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ “หนี้ตามกฎหมาย”

เป็นกรณีที่มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ กับ “หนี้ธรรมดา” ที่หมายความว่าหนี้จำพวกที่เป็นหนี้เกิดตามธรรมดาที่ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ แต่ไม่ว่าจะเป็นหนี้ประเภทใดสิ่งสำคัญอยู่ที่ผลอันจะเกิดขึ้นในวาระสุดท้าย กล่าวคือ เรื่องอำนาจเรียกร้องนั้นๆ เพราะหากเป็นหนี้ตามกฎหมายแล้ว ผลในทางกฎหมายทุกประการย่อมเกิดได้ตามปกติอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ส่วนหนี้ธรรมดาผลสุดท้าย คือฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะหนี้ไม่ได้และถ้ามีการชำระหนี้ก็เป็นอันว่าเรียกคืนไม่ได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการนำเอาเรื่องอำนาจบังคับตามกฎหมายมาเป็นแนวทางในการแบ่งแยกชนิดของหนี้ก็พอจะกล่าวได้ว่ามีหนี้เพียงสองชนิด คือ หนี้ตามกฎหมายและหนี้ธรรมดา โดยพิจารณาจากผลประการสุดท้ายของหนี้แต่ละชนิด ซึ่งก็คือการใช้สิทธิเรียกร้องหรืออำนาจเรียกร้องมาเป็นแนวทางในการพิจารณาชนิดของหนี้

คำว่า “หนี้ธรรมดา” ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวไว้ในที่ใดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สามารถอธิบายได้ว่าเป็นหนี้ที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ อันเป็นข้อยกเว้นจากหลักการที่ว่าหนี้นั้นเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ หนี้ธรรมดานั้นจะฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ไม่ได้ การที่จะมีการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้โดยวิธีบังคับ จะมีได้ต่อเมื่อลูกหนี้อยอมชำระหนี้ด้วยความสมัครใจเท่านั้น แสดงให้เห็นว่า ยังมีหนี้บางอย่างซึ่งเจ้าหนี้ไม่อาจฟ้องร้องได้ อยากรู้ก็ตาม คำว่า “หนี้ธรรมดา” นี้ ก็มีลักษณะเป็นหนี้อยู่เพราะว่าหากลูกหนี้ชำระไปแล้วจะเรียกคืนไม่ได้ ถือว่าเป็นการชำระหนี้อย่างถูกต้องแล้ว อยากรู้ก็ตาม เมื่อพิจารณาจากผลในประการสุดท้ายของหนี้ธรรมดา จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า เป็นหนี้ที่เจ้าหนี้ขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ไม่ได้ เป็นหนี้ที่ “บังคับไม่ได้” หากว่าลูกหนี้ชำระไปแล้วก็มีผลคือเรียกคืนไม่ได้

ในส่วนของ “หนี้ตามกฎหมาย” โดยหลักการแล้วเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้และลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ก็จะมีผลทางกฎหมายให้เจ้าหนี้ฟ้องร้องต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ กล่าวคือ เป็น “หนี้ที่อาจฟ้องร้องกันได้” เจ้าหนี้ฟ้องขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ เป็นหนี้ “ที่บังคับได้” เช่น หนี้ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายที่ยังไม่ขาดอายุความเป็นต้นหนี้ ตามกฎหมาย ก็คือ หนี้ที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และเมื่อได้พิจารณาจากมาตรา 194 ที่บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้...” ซึ่งถือเป็นมาตราแรกของบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ก็มีได้เป็นบทวิเคราะห์ศัพท์โดยตรงของคำว่า “หนี้” เป็นแต่เพียงแสดงให้เห็นถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในมูลหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ฉะนั้น เมื่อลูกหนี้ไม่ยินยอมปฏิบัติตาม เจ้าหนี้ก็ฟ้องร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้แก่ตน โดยการอาศัยมาตรา 194 นี้ได้ นอกจากนั้น ยังมีการอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 213 ว่าด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่กระทำการชำระหนี้ตามมูลหนี้ของตน

ซึ่งมาตรา 213 วรรคแรก ก็ได้วางหลักการไว้ว่าหากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตนที่เป็นหนี้กันอยู่ เจ้าหนี้อำนาจที่จะร้องขอต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 194 และมาตรา 213 ก็จะเห็นว่าหนี้ชนิดหนึ่ง เรียกว่า “หนี้ตามกฎหมาย” ปรากฏความหมายอยู่ใน บทบัญญัติดังกล่าว โดยหนี้ชนิดนี้มีลักษณะสำคัญคือ เป็นหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายอันเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้และทำให้เกิดสิทธิแก่บุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ในอันที่จะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้

ดังนั้น ผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆะกรรม จึงอธิบายได้ ดังนี้

1. หนี้ที่เกิดจากนิติกรรมที่เป็น โมฆะก่อนที่นิติกรรมดังกล่าวจะถูกล้างเจ้าหนี้สามารถบังคับตามสิทธิเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้เนื่องจากเป็นหนี้ตามกฎหมาย แม้นิติกรรมจะเป็น โมฆะก็ก่อให้เกิดหนี้ได้ บังคับกันได้ โดยถือว่าเป็นหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายอันเจ้าหนี้สามารถเรียกร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้และทำให้เกิดสิทธิแก่บุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ในอันที่จะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้

2. เมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรม กฎหมายก็บัญญัติให้ถือว่านิติกรรมเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรกที่ได้ทำนิติกรรมนั้น อธิบายได้ว่า “โมฆะเพราะโมฆะกรรมถูกล้าง” คือ ความเสียหายย้อนหลังลงไปนับตั้งแต่เข้าทำนิติกรรมกล่าวโดยสรุปได้ว่า โมฆะด้วยตัวของนิติกรรมเอง จะมีผลคือเสียหายมาแต่แรก แต่ถ้าเป็น โมฆะแล้วต่อมาถูกล้างแล้วจึงเป็น โมฆะเช่นนี้จะมีผลคือ ความเสียหายย้อนหลังไปนับตั้งแต่เวลาเริ่มต้นเข้าทำนิติกรรม เพราะฉะนั้น เมื่อความเสียหายย้อนหลังไปจึงเกิดมีหนี้ขึ้น ซึ่งหนี้ที่เกิดขึ้นกับ โมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างแล้วคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็คือการคืนทรัพย์สิน

3. แม้นิติกรรมที่เป็น โมฆะและต่อมาได้มีการบอกล้างจะมีผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โมฆะ นำสัญญาามบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ไม่ได้ แต่กฎหมายกำหนดให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น จากหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยวิธีการคืนทรัพย์สินที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 ทำให้เห็นได้ว่า การกลับคืนสู่ฐานะเดิม แท้จริงแล้วกฎหมายต้องการที่จะให้คู่สัญญาได้ไปอยู่ ณ จุดที่มีการเข้าทำสัญญากัน หรือถ้าไปอยู่ ณ จุดนั้นไม่ได้ก็ให้ใกล้เคียงที่สุด คือ ถ้าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันแล้วก็ต้องส่งทรัพย์สินนั้นคืนแก่กัน ถ้ามีการให้เงินก็ต้องคืนเงินให้แก่กันนับตั้งแต่เวลาที่ได้รับเงินไว้ ถ้าเป็นการงานที่ได้กระทำเมื่อต้องมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ภาวะเดิมที่เป็นอยู่ก่อนการงานที่ทำลงนั้นได้ กฎหมายก็หาทางชดเชยให้โดยคิดเป็นตัวเงิน เพื่อให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ถ้าท้ายที่สุดแล้ววัตถุประสงค์แห่งนี้เป็น การฟื้นวิสัยจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยแทน

ซึ่งการที่ฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิเรียกร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำหน้าที่ชำระหนี้โดยการคืนทรัพย์สิน เพื่อทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น จะเห็นได้ว่านี่ก่อให้เกิดทั้งความผูกพันเกิดทั้งอำนาจบังคับ และการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็เป็นหน้าที่ที่มีความผูกพันจะต้องปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น การกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ต้องถูกบังคับเนื่องจากเป็นหนี้ตามกฎหมาย ไม่ใช่หนี้ธรรมดา จึงสามารถอาศัยอำนาจศาลบังคับได้เนื่องจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็เป็นมูลหนี้อย่างหนึ่ง คือ มูลหนี้ตามกฎหมาย ฉะนั้นโดยหลักการ เมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ก็จะมีผลทางกฎหมายให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ ซึ่งเป็นผลทางกฎหมายกรณีการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆะกรรม ดังนั้น การเป็นหนี้ที่ต่างฝ่ายต่างต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน รวมถึงการใช้ค่าเสียหายซึ่งเป็นเงินให้แก่กันด้วย เมื่อไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ จึงเป็นการนำเอากฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้กับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะกฎหมายลักษณะหนี้มีรายละเอียดหลักเกณฑ์ ที่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้

นอกจากนั้น หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เมื่อสัญญาเสียเปล่าเพราะมีการบอกล้างสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปทั้งหมด กล่าวคือ เมื่อมีการบอกล้างสัญญาแล้ว ส่งผลให้ทั้งสองฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้ใกล้เคียงกับว่าการทำสัญญานั้นมิได้เกิดขึ้นให้มากที่สุด และต้องมีให้ฝ่ายที่บอกล้างสัญญาได้รับประโยชน์โดยไม่เป็นธรรมจากค่าใช้จ่ายของอีกฝ่ายหนึ่งการที่คู่สัญญาจะบอกล้างสัญญาได้นั้น ต้องปรากฏด้วยว่าได้เตรียมการที่จะคืนทรัพย์สินหรือสิ่งที่ตนได้รับมาตามสัญญา เพื่อให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม มิใช่ว่าบอกล้างสัญญาแล้วตนเองได้รับทรัพย์สินคืนแต่ฝ่ายเดียวแต่กลับไม่สามารถคืนทรัพย์สินให้กับอีกฝ่ายได้ แต่ในกรณีที่ฝ่ายที่บอกล้างสัญญาได้มีการใช้ทรัพย์สินนั้นจนหมดไป ทำให้ไม่อาจคืนได้ ศาลอังกฤษใช้หลักความยุติธรรมในการให้ใช้เงินแทนการคืนทรัพย์สินที่ได้รับมา โดยต้องเป็นการคืนประโยชน์ที่ตนได้รับจากการใช้หรือการโอนทรัพย์สินนั้นทั้งหมดให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งรวมถึงผลประโยชน์ที่ตนได้รับ และค่าเสื่อมสภาพของทรัพย์สินนั้นด้วย

กรณีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ก็มีมูลเหตุของโมฆะกรรมมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายไทย เมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรมนั้นถือว่าเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 121 มิใช่เสียเปล่าตั้งแต่วันที่บอกล้างการที่กฎหมายบัญญัติให้โมฆะกรรมที่บอกล้างเสียเปล่าไปตั้งแต่นั้นนั้น จึงมีผลให้

ทรัพย์สินที่แต่ละฝ่ายได้ให้แก่กัน ไปเพราะนิติกรรมนั้นต้องส่งคืนแก่กัน ถ้าไม่อาจคืนทรัพย์สินที่ได้ให้แก่กันเพราะนิติกรรมนั้น ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่มีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินนั้น

จากการศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆียะของทั้งสองประเทศ จะเห็นได้ว่า หลักการของทั้งสองประเทศมีความเหมือนกัน แม้จะมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มีความมุ่งหมายเดียวกัน มีแนวคิดเดียวกัน เพียงแต่ว่าในระบบ Civil Law ถูกสร้างขึ้นมาจากประมวลกฎหมาย ในขณะที่ระบบ Common Law ถูกสร้างโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน เพราะโดยหลักการของระบบ Civil Law ก็เหมือนกับหลักการของระบบ Common Law ในขณะที่ประเทศไทย เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ระบบประมวลกฎหมายนั้น มีลักษณะพิเศษ คือ การรวบรวมเอา กฎหมายเรื่องใหญ่ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมารวมไว้ในที่เดียวกัน มีการจัดหมวดหมู่ให้เป็นระเบียบ สอดคล้อง สัมพันธ์ และเชื่อมโยงกัน ในขณะที่ประมวลกฎหมายก็เกิดมาจากความคิดในระบบ กฎหมายโรมัน จากนั้นก็มีการขยายมาสู่กลุ่มประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปตอนกลาง และขยายมาสู่ประเทศแถบเอเชีย เฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งของไทยก็บัญญัติตามแบบอย่างประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันและญี่ปุ่น ดังนั้น จึงถือว่าได้รับอิทธิพลจากระบบ Civil Law

ตามที่มาตรา 176 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าเมื่อบอกล้างโมฆียะแล้วคู่กรณีต้อง กลับคืนสู่ฐานะเดิม หากพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ซึ่งการชดใช้ ค่าเสียหายให้คำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่ต้องคืนจากนั้นให้คืนเป็นเงินแทน ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 176 ก็ได้บัญญัติไว้ชัดเจน จึงยากที่จะนำเอากฎหมายเรื่องลาภมิควร ได้ทั้งหมดมาปรับใช้ในการคืน ทรัพย์สิน ทั้งนี้ กฎหมายในเรื่องการบอกล้างโมฆียะกรรมก็มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองคู่กรณีให้ได้ กลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างแท้จริงด้วย แม้ว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมคู่กรณีต้องคืนทรัพย์สินทั้งหมด แก่กันโดยไม่คำนึงถึงความสุจริต แต่ทั้งสองฝ่ายก็จะได้รับทรัพย์สินคืนอย่างเท่าเทียมกัน หากมี คู่กรณีฝ่ายใดไม่สุจริต ก็ย่อมสามารถลงโทษคู่กรณีฝ่ายนั้นในทางแพ่งได้โดยให้ชดใช้ค่าเสียหาย ตามกฎหมายละเมิด หรือตามกฎหมายลักษณะหนี้ได้ด้วย

นอกจากนี้ กรณีบอกล้างโมฆียะยังเป็นการเรียกคืนทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์ได้อีก ทางหนึ่งเพื่อให้กรรมสิทธิ์กลับมายังเจ้าของเดิม แต่การเรียกทรัพย์สินคืนตามหลักกรรมสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่าตัวทรัพย์สินยังคงมีอยู่และเจ้าของเดิมได้ใช้สิทธิติดตามทวงคืนตามมาตรา 1336 เรียกทรัพย์สินคืนจากผู้ใดก็ตามที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้ เว้นแต่บุคคลนั้นเป็นบุคคลภายนอก ซึ่งได้รับทรัพย์สินนั้นมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ทรัพย์สินไม่อาจคืนได้เนื่องจากตกเป็นของบุคคลภายนอกที่ได้รับความ คุ้มครองตามมาตรา 1329 เจ้าของเดิมคงมีสิทธิเรียกร้องในทางหนี้ในการเรียกเป็นเงินให้ชดใช้แทน

4.2 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน

นิติกรรมที่เป็นโมฆียะ เมื่อบุคคลที่มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย บอกล้างโดยชอบแล้ว นิติกรรมนั้นให้ตกเป็นโมฆะย้อนหลังไปถึงวันที่ทำนิติกรรมนั้น และให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ฝ่ายที่รับอะไรไว้ก็คืนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อเกิดหนี้ขึ้นแล้ว หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วน เจ้าหนี้ก็เกิดสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้มีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้น

การพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน อธิบายได้ว่า “ค่าเสียหาย” หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เป็นการชดเชยความเสียหาย ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายส่วนใหญ่ก็ต้องชดเชยกันด้วยเงิน ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือความเสียหายเป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้นแม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งในเรื่องละเมิดมาตรา 438 ก็ให้ศาลวินิจฉัยให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหาย ศาลก็ไม่จำเป็นต้องให้จำเลยชำระเต็มตามจำนวนที่โจทก์เรียกร้อง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสมโดยมุ่งที่จะให้เป็นการชดเชยตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น

ดังนั้น ค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องชดเชยนั้น อาจแบ่งออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ 1) กรณีที่สามารถคืนทรัพย์สินได้ และได้มีการคืนทรัพย์สินนั้นแล้วแต่ยังคงมีค่าเสียหายอื่นๆ อีก ตัวอย่างเช่น ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กับผู้เยาว์ ซึ่งต่อมาได้มีการบอกล้าง และได้มีการคืนรถยนต์คืนเงินค่ารถยนต์แก่กัน แต่กรณีปรากฏว่าฝ่ายผู้ขายได้รับความเสียหาย ทำให้ขาดประโยชน์จากการใช้รถยนต์คันดังกล่าว ทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับการเยียวยาจากความเสียหายดังกล่าวขึ้น และ 2) กรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ ทำให้ต้องชดเชยค่าเสียหายแทน ตามที่บทบัญญัติมาตรา 176 ได้กำหนดว่าถ้ากรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยให้ชดเชยค่าเสียหายแทน และในกรณีเดียวกันนี้ คู่กรณียังได้รับความเสียหายอื่นๆ อีก

กรณีนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3595/2531 จำเลยแจ้งปีเกิดตามหลักฐานที่ผิด โดยมีเจตนาปกปิดความจริงเป็นเหตุให้โจทก์สำคัญผิดในคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ

พ.ศ. 2518 ทำให้โจทก์ยอมรับโอนจำเลยเข้าเป็นพนักงานของโจทก์ โดยที่ขณะนั้นจำเลยมีอายุเกินกว่าหกสิบปีบริบูรณ์แล้ว ต่อมาโจทก์ทราบความจริงจึงเลิกจ้างจำเลย เช่นนี้ แม้การที่จะให้จำเลยคืนเงินค่าจ้างและเงินอื่นแก่โจทก์ไม่เป็นการฟื้นวิสัยแต่การงานที่จำเลยทำให้โจทก์ไปแล้ว ซึ่งเป็นประโยชน์แก่โจทก์และ โจทก์ยอมรับเอาการงานของจำเลยแล้วก็ตามกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยคู่กัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 วรรคสาม (ปัจจุบันคือมาตรา 176 วรรคหนึ่ง) เมื่อการที่จะให้การงานที่นำไปแล้วกลับคืนยังฐานะเดิมยอมเป็นการฟื้นวิสัย โจทก์จึงต้องใช้ค่าเสียหายที่สมควรแก่หน้าที่การงานให้แก่จำเลย โดยถือว่าค่าจ้างและเงินอื่นตามฟ้องที่จำเลยได้รับไปแล้วเป็นค่าเสียหายจำนวนนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากจำเลยอีก

จะเห็นได้ว่าจากคำพิพากษาฎีกาที่ 3595/2531 เมื่อการที่จะให้การงานที่นำไปแล้วกลับคืนยังฐานะเดิมยอมเป็นการฟื้นวิสัย โจทก์ไม่อาจคืนการงานที่จำเลยทำมาให้ ซึ่งศาลฎีกาถือว่าค่าจ้างและเงินอื่นตามฟ้องที่จำเลยได้รับไปแล้วเป็นค่าเสียหายจำนวนนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากจำเลยอีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 2471/2541 ในขณะที่ทำสัญญาเช่าที่ดินและตึกแถวพิพาท โจทก์ไม่รู้ว่าที่ดินและตึกแถวพิพาทดังกล่าวอยู่ในแนวเขตที่ดิน ที่ที่จะถูกเวนคืน ซึ่งหากโจทก์ทราบความจริง โจทก์คงจะไม่ทำสัญญาเช่าดังกล่าวกับจำเลย เพราะ โจทก์ไม่สามารถจะดำเนินกิจการร้านค้าบนที่ดินและตึกแถวพิพาทจนถึงจุดคุ้มทุนและมีกำไรตามความตั้งใจได้ การที่โจทก์ทำสัญญาเช่ากับจำเลยจึงเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินที่เช่าซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ การแสดงเจตนาทำสัญญาเช่าของโจทก์จึงเป็น โมฆียะ เมื่อโจทก์มีหนังสือบอกล้างโมฆียะกรรมไปยังจำเลย การอันเป็น โมฆียะกรรมดังกล่าวจึงเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรก โจทก์และจำเลยต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 จำเลยต้องคืนเงินตามสัญญาเช่าที่ได้รับไปแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

คำพิพากษาฎีกาที่ 3105/2553 ในขณะที่ทำสัญญาเช่าที่ดินพิพาท ตามสัญญาเช่าที่ดินต่างตอบแทนพิเศษ โจทก์ไม่รู้อย่างแท้จริงว่าที่ดินพิพาทดังกล่าวไม่ติดกับถนนทอดไท โดยมีที่ราชพัสดุคั่นอยู่ การที่โจทก์ทำสัญญาเช่าที่ดินพิพาทจึงเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินที่เช่าซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากโจทก์ไม่ได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวคงจะไม่ทำสัญญาเช่าที่ดินกับจำเลยทั้งสาม ดังนั้น การแสดงเจตนาทำสัญญาเช่าที่ดินของโจทก์จึงเป็น โมฆียะตาม 157 แม้โจทก์จะขอเช่าที่ดินจากกรมธนารักษ์ที่มีที่ดินคั่นอยู่ก่อนติดถนนทอดไทก็ตาม เมื่อตีความสัญญาเช่าที่ดินพิพาทดังกล่าวโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในทางสุจริตแล้วต้องถือว่าไม่อยู่ในความประสงค์ของโจทก์ที่จะต้องการเช่าทำสัญญาดังกล่าว เพราะ โจทก์ต้องการเช่าที่ดินพิพาทที่ติดกับถนนทอดไทเท่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเรื่องทางเข้าออกในการ

ดำเนินกิจการสถานีบริการน้ำมันในภายหลัง มิฉะนั้น โจทก์จะไม่ยอมเสียค่าตอบแทนสิทธิการเช่า เป็นเงินมากถึง 16,000,000 บาท และยังคงเสียค่าเช่าเป็นรายเดือนอีก ทั้งกรณีไม่ใช่เรื่องความชำรุด บกพร่องแห่งทรัพย์สินที่เช่าตาม ป.พ.พ. มาตรา 549 และมาตรา 551 อันจำเลยทั้งสามจะยกขึ้นอ้าง ได้เมื่อโจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลยทั้งสามและจำเลยทั้งสามได้รับหนังสือดังกล่าว แล้ว การที่โจทก์บอกเลิกสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับเป็นการบอกล้างโมฆะกรรมและต้องถือว่า สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก และมีผลเท่ากับการเช่าที่ดินพิพาทมิได้เกิดมีขึ้น จึงไม่ก่อ สิทธิใดๆ แก่จำเลยทั้งสามที่จะยึดเอาเงินของโจทก์ไว้ได้ โจทก์และจำเลยทั้งสามก็ต้องกลับคืนสู่ สถานะเดิมตาม มาตรา 176 จำเลยทั้งสามต้องคืนเงินที่ได้รับแก่โจทก์ ทั้งโจทก์ก็ต้องส่งมอบที่ดิน พิพาทในสภาพเรียบร้อยคืนแก่จำเลยทั้งสาม

ในขณะที่กรณีของคำพิพากษาฎีกาที่ 2471/2541 โจทก์ได้บอกล้างสัญญาก่อนที่จะถึง กำหนดเริ่มเช่าตามสัญญาเช่า โจทก์จึงยังไม่ได้มีการใช้ประโยชน์ในที่ดิน จึงต้องถือว่ายังมีได้มีการ ได้ทรัพย์สินใดไป โจทก์จึงเพียงแต่ส่งมอบที่ดิน ในสภาพเดิมคืนเท่านั้น แต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3105/2553 ศาลฎีกาให้บังคับไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น ให้จำเลยชำระเงินคืนโจทก์พร้อม ดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่จำเลยได้รับเงินไป โดยอธิบายการคิดดอกเบี้ยจากต้น เงินที่จำเลยได้รับไปในแต่ละจำนวนอย่างละเอียด และให้โจทก์ต้องส่งมอบที่ดินพิพาทในสภาพ เรียบร้อยคืนแก่จำเลยทั้งสาม

จากที่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องชดใช้ข้างต้นนั้น อาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี ด้วยกัน คือ 1) กรณีที่สามารถคืนทรัพย์สินได้ และได้มีการคืนทรัพย์สินนั้นแล้วแต่ยังคงมี ค่าเสียหายอื่นๆ และ 2) กรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ ทำให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายแทน ตามที่ บทบัญญัติมาตรา 176 ได้กำหนดว่าถ้ากรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน และในกรณีเดียวกันนี้คู่กรณียังได้รับความเสียหายอื่นๆ อีก จึงสามารถแยกประเด็นในการวิเคราะห์ ได้ดังนี้

1) กรณีที่สามารถคืนทรัพย์สินได้ และได้มีการคืนทรัพย์สินนั้นแล้วแต่ยังคงมี ค่าเสียหายอื่นๆ ตัวอย่างเช่น ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กับผู้เยาว์ ซึ่งต่อมาได้มีการบอกล้าง และได้มี การคืนรถยนต์ คืนเงินค่ารถยนต์แก่กัน แต่กรณีปรากฏว่าฝ่ายผู้ขายได้รับความเสียหาย ทำให้ ขาดประโยชน์จากการใช้รถยนต์คันดังกล่าว ทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับการเยียวยาจาก ความเสียหายดังกล่าวค่าเสียหายอื่นๆ หมายถึง ค่าเสียหายที่ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการพันวิสัยที่จะ กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ตามมาตรา 176 แต่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายที่คู่กรณีต้องทำ นิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆะและมี การบอกล้างในภายหลัง ซึ่งค่าเสียหายในส่วนนี้มาตรา 176 มิได้บัญญัติไว้โดยตรง คู่กรณีจะเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ได้มีความเห็นของศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้ให้ความเห็นไว้ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไว้ว่า ค่าเสียหายในเรื่องละเมิดยังคงมีอยู่ จึงยังสามารถเรียกได้ แม้ว่าจะมีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว และเป็นค่าเสียหายคนละส่วนกับค่าเสียหายจากการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ได้ตามมาตรา 176 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่สามารถคืนทรัพย์สินได้ และได้ทำการคืนทรัพย์สินนั้นแก่กันแล้ว แต่ยังคงปรากฏว่ามีความเสียหายอื่นๆ เกิดขึ้น เป็นกรณีที่มาตรา 176 มิได้บัญญัติไว้โดยตรง ดังนั้น หากมีค่าเสียหายอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ย่อมที่จะได้รับการเยียวยาโดยสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

1.1) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด

สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดต้องเป็นค่าเสียหายที่ยังไม่ได้รับการเยียวยาหากมีคู่กรณีฝ่ายใดไม่สุจริต ก็คือฝ่ายที่กระทำการมิชอบด้วยกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหาย ย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วยภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่จะเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ของกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้น จึงสามารถลงโทษคู่กรณีฝ่ายนั้นในทางแพ่งได้ โดยพิจารณาให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดมาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 438 และมาตรา 439

1.2) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะหนี้

หากค่าเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นไม่เข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่จะเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ เพราะค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้เกิดจากมูลละเมิด กรณีจึงต้องพิจารณาสินทรัพย์ที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะหนี้ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 222 และมาตรา 223 โดยต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในส่วนของกรณีเรียกค่าเสียหายซึ่งการเรียกค่าเสียหายปกติลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนด หากไม่ชำระก็อาจจะถูกเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218 หากลูกหนี้มีส่วนผิดในการที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 218 หากลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายก็คือลูกหนี้น้อยหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 และจะเรียกได้มากน้อยเพียงใดก็ต้องพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 222 และมาตรา 223 ประกอบด้วย โดยการเรียกค่าเสียหายนั้นมีหลักการที่สำคัญ คือ ต้องเกิดความเสียหายอันพิสูจน์ได้และเป็นความผิดของลูกหนี้ อันจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย

2) กรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ และคู่กรณียังได้รับความเสียหายอื่นๆ สามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1) การชดเชยค่าเสียหายกรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย

กรณีนี้คือการที่ทรัพย์สินที่ได้รับมาจากโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างแล้วไม่สามารถคืนทรัพย์สินแก่กันได้ ไม่ว่าจะเป็เพราะสูญหาย หรือบุบสลาย หรือเสียหายไปทั้งหมด หรือมีการบริโภคหมดไป หรือคืนไม่ได้โดยสภาพ หรือกรณีโอนให้บุคคลภายนอกซึ่งได้รับความคุ้มครอง ทำให้ไม่สามารถคืนทรัพย์สินเดิมแก่กันได้

ถ้าพิจารณาตามกฎหมายลักษณะหนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะหนี้ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัยไว้ จึงอาจเกิดปัญหาว่าหากการพันวิสัยเกิดขึ้นหลังจากมีการบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว หากต้องนำหลักกฎหมายดังกล่าว โดยมาตรา 217 ถึง 219 มาพิจารณา ซึ่งกำหนดให้การชำระหนี้ที่ตกเป็นพันวิสัยมีผลคือไม่ต้องชำระหนี้แต่อาจเรียกค่าเสียหายได้หากการตกเป็นพันวิสัยนั้นเป็นเพราะความผิดของลูกหนี้ เพราะฉะนั้น หากนำบทบัญญัติมาตรา 217 ถึง 219 เรื่องการชำระหนี้ที่ตกเป็นพันวิสัยมาปรับใช้ อาจส่งผลให้คู่กรณีไม่ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการที่จะให้ทำการชดเชยค่าเสียหายแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น มาตรา 176 จึงถือเป็นบทเฉพาะสำหรับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่บัญญัติไว้แตกต่างไปจากมาตรา 217 ถึง 219 โดยที่มาตรา 176 นั้น ไม่จำกัดเฉพาะการตกเป็นพันวิสัยก่อนบอกล้างโมฆะกรรมเท่านั้น ดังนั้น เมื่อบอกล้างโมฆะกรรมแล้วต่อมาไม่อาจคืนทรัพย์สินเพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม กรณีจึงถือว่าเป็นการพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ย่อมต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยชดเชยเป็นเงินแทน ซึ่งมาตรา 176 ได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่การคำนวณมูลค่าทรัพย์สินเพื่อให้ชดเชยเป็นเงินแทนนั้น ถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดราคาทรัพย์สิน โดยต้องพิจารณาถึงราคาของทรัพย์สินในเวลาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กัน

บทบัญญัติมาตรา 176 ได้กำหนดว่าถ้ากรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยให้ชดเชยค่าเสียหายแทน ซึ่งค่าเสียหายจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัยนี้ หากเป็นกรณีที่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน ก็คือการใช้ราคาหรือมูลค่าของทรัพย์สินในขณะที่เข้าทำนิติกรรมอันเป็นโมฆะ ผู้มีหน้าที่คืนทรัพย์สินแต่ไม่อาจคืนได้ก็ต้องใช้ราคาทรัพย์สินเป็นค่าเสียหายแทนการคืนทรัพย์สิน โดยกรณีจะแตกต่างจากเรื่องนี้มาตรา 225 และเรื่องละเมิด มาตรา 440 เพราะทั้งสองเรื่องดังกล่าวจะบัญญัติเวลาในการคำนวณราคาทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ในการคิดคำนวณดอกเบี้ยในเงินที่ต้องใช้ราคา โดยให้ถือเอาราคา ณ เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการประมาณราคาและให้คิดดอกเบี้ยตั้งแต่นั้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้าเกิดกรณีการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ซึ่งค่าเสียหายจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัยตามมาตรา 176 นี้ หากเป็นกรณีที่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน ก็คือ การใช้ราคาหรือมูลค่าของทรัพย์สินในขณะที่เข้าทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และถ้ามีความเสียหายอื่นๆ เกิดขึ้นอีกนอกเหนือจากนี้ เจ้าหนี้ก็ยังสามารถเรียกร้องตามสิทธิที่มีได้อีกส่วนหนึ่ง

กรณีนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 เมื่อปรากฏว่าโจทก์ทำสัญญาจะซื้อขายอาคารพิพาทโดยเข้าใจว่าอาคารดังกล่าวตั้งอยู่บนที่ดิน โฉนดเลขที่ 614 และ 616 แต่ไม่ทราบมาก่อนว่าอาคารดังกล่าวตั้งอยู่บนที่ดิน โฉนดเลขที่ 615 แม้จำเลยจะสามารถจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ของอาคารพิพาทพร้อมที่ดินโฉนดเลขที่ 614 และ 616 ให้โจทก์ได้หรือไม่ก็ตาม แต่โดยที่อาคารดังกล่าวเป็นส่วนควบของที่ดินโฉนดเลขที่ 615 ตามกฎหมายด้วย เมื่อตีความสัญญาจะซื้อขายดังกล่าวของโจทก์และจำเลยโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในทางสุจริตแล้ว ต้องถือว่าไม่อยู่ในความประสงค์ของโจทก์ที่จะเข้าทำสัญญาดังกล่าว โดยไม่อาจได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อทั้งหมดได้ ต้องถือว่าโจทก์เข้าทำสัญญาจะซื้อขายอาคารพิพาทกับจำเลยโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อขายดังกล่าวจึงเป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับการบอกเลิกโมฆียะกรรมและต้องถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก โจทก์และจำเลยต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยโจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยคืนเงินมัดจำที่รับไปพร้อมดอกเบี้ย แต่ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายอื่นใดระหว่างกันได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538 คดีนี้แม้โจทก์จำเลยจะมีได้โต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาในส่วนที่ให้เพิกถอนสัญญาขายที่ดินและรายการจดทะเบียนที่ดินพิพาทระหว่างโจทก์จำเลยก็ตาม แต่การที่โจทก์ยังคงอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นในประเด็นแห่งคดีเกี่ยวกับค่าเสียหายและดอกเบี้ยต่อมานั้น ไม่อาจทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง จึงถือไม่ได้ว่าคดีนี้ได้ถึงที่สุดแล้ว โจทก์จะยื่นคำขอให้ศาลชั้นต้นออกไปสำคัญแสดงว่าคำพิพากษานั้น ได้ถึงที่สุดแล้วหาได้ไม่ การกระทำของจำเลยเป็นการหลอกลวงให้โจทก์หลงเชื่อยินยอมโอนที่ดินให้แก่จำเลย อันเป็นการทำกลฉ้อฉลต่อโจทก์ ดังนั้นสัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นโมฆียะกรรม เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนถือได้ว่าโจทก์ได้บอกล้างโมฆียะกรรมดังกล่าวแล้ว สัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก อันมีผลทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 วรรคท้ายเดิมจำเลยจะต้องโอนที่ดินพิพาทกลับคืนให้แก่โจทก์และโจทก์มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าที่ดินซึ่งโจทก์ได้รับจากจำเลยไปแล้วทั้งหมดแก่จำเลยและในการคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมซึ่งเป็นเงินจำนวนหนึ่งนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องคืนพร้อม

ดอกเบ็ญ และคดีนี้จำเลยมิได้ฟ้องแย้งหรือมีคำขอให้โจทก์ต้องรับผิดชอบค่าที่ดินพร้อมดอกเบ็ญ ศาลย่อมไม่อาจพิพากษาให้โจทก์ชำระดอกเบ็ญในจำนวนเงินค่าที่ดินที่โจทก์จะต้องคืนแก่จำเลยด้วยตามคำฟ้องของโจทก์เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมอันเกิดจากกลฉ้อฉลของจำเลยมิได้ฟ้องบังคับให้จำเลยชำระหนี้หรือใช้สิทธิเลิกสัญญาอันจะทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อีกส่วนหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรคท้าย และ มาตรา 391 วรรคท้าย เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆียะ และโจทก์ได้บอกล้างแล้ว ถือได้ว่าตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ซึ่งมีผลเสมือนหนึ่งว่ามีได้ทำนิติกรรมต่อกันมาแต่ต้น และทำให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 วรรคท้ายเดิม ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนดให้มีการได้รับค่าเสียหายชดใช้แทนก็แต่เฉพาะกรณีที่การจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวเป็นการพ้นวิสัยเท่านั้น ดังนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยได้

จะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 นั้น คู่กรณีหรือโจทก์จำเลยต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคแรก โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอาศัยสัญญาดังกล่าวมาเป็นข้ออ้างเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ต่อกันมิได้ จำเลยเพียงแต่ต้องคืนเงินมัดจำแก่โจทก์พร้อมด้วยดอกเบ็ญ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ให้จำเลยใช้ค่าเสียหายจำนวน 300,000 บาท แก่โจทก์นั้นศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยฟังขึ้นบางส่วน คดีไม่จำต้องวินิจฉัยฎีกาของจำเลยข้ออื่นอีกต่อไป พิพากษาแก้เป็นว่า ให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์จำนวน 100,000 บาท พร้อมด้วยดอกเบ็ญอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ซึ่งเงินจำนวน 100,000 บาทนี้เป็นเงินที่โจทก์ฟ้องเรียกมัดจำคืน

ในกรณีนี้ กฎหมายอังกฤษกำหนดให้ผลของการเป็นพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น ในกรณีที่ฝ่ายที่บอกล้างสัญญาได้มีการใช้ทรัพย์สินนั้นจนหมดไป ทำให้ไม่อาจคืนได้ศาลอังกฤษให้ใช้เงินแทนการคืนทรัพย์สินที่ได้รับมา โดยต้องเป็นการคืนประโยชน์ที่ตนได้รับจากการใช้หรือการโอนทรัพย์สินนั้นทั้งหมดให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งรวมถึงผลประโยชน์ที่ตนได้รับ และค่าเสื่อมสภาพของทรัพย์สินนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม การที่ทรัพย์สินที่ได้รับมามีการเปลี่ยนแปลง หรือโดยสภาพทรัพย์สินไม่อาจจะคืนแก่กันได้ กฎหมายก็อนุโลมให้ฝ่ายที่บอกล้างสัญญาอาจคืนเงินแทนทรัพย์สินที่ได้รับมา นอกจากนี้ กรณีที่ทรัพย์สินที่ได้รับไปมีมูลค่าเพิ่มขึ้น หรือมีการปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้น โดยทั่วไปมูลค่าที่เพิ่มขึ้น หรือการปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้น ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณาส่งคืนเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วย กรณีมูลค่าของทรัพย์สินที่มีการเปลี่ยนแปลงไปก็ต้องมีการนำเอามูลค่าของทรัพย์สินที่มีการเพิ่มขึ้นหรือลดลงนั้นมาคำนวณเพื่อหักทอนหรือเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมด้วย ในขณะที่กฎหมายญี่ปุ่นก็กำหนดให้ถ้าไม่อาจคืนทรัพย์สินที่ได้ให้แก่กันเพราะนิติกรรมนั้น ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่มีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินนั้น

สำหรับกฎหมายไทยมิได้มีหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิเรียกร้องเพราะสาเหตุที่ว่า การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัย กฎหมายไทยบัญญัติเพียงรับรองสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ หากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัย แต่มิได้กำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียด ไม่เหมือนกับ หลักเกณฑ์กฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายประเทศอังกฤษและในกฎหมายประเทศญี่ปุ่น ที่มีกฎหมาย กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการคำนวณมูลค่าหรือราคาทรัพย์สินเป็นตัวเงินแทนการคืน ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการคุ้มครองผู้ที่มีสิทธิบอกล้างสัญญาและเป็นการทำให้คู่กรณี ได้กลับคืนสู่ ฐานะเดิมได้ง่ายมากยิ่งขึ้น

2.2) การชดใช้ค่าเสียหายอื่นๆ

นอกจากการชดใช้ค่าเสียหายกรณีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัยตามมาตรา 176 แล้ว เมื่อพิจารณาว่าเจ้าหนี้ยังได้รับความเสียหายอยู่และทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งเป็นสิทธิที่ จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็ดี หรือตามกฎหมายลักษณะหนี้ก็ดี ซึ่งไม่ใช่การ อาศัยมูลหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิมตามที่มาตรา 176 กำหนดไว้ ดังนั้น หากเจ้าหนี้ยังคงได้รับความ เสียหายและมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในมูลหนี้ตามกฎหมายแล้วก็ย่อมที่จะพิจารณากำหนด ค่าเสียหายอื่นๆ แก่เจ้าหนี้ได้ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด

หากมีคู่กรณีฝ่ายใดไม่สุจริต ก็คือฝ่ายที่กระทำการมิชอบด้วยกฎหมายโดยจงใจหรือ ประมาทเลินเล่อให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหาย ย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วย ภายใต้งบเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่จะเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ของกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้น จึงสามารถลงโทษคู่กรณีฝ่ายนั้น ในทางแพ่งได้ โดยพิจารณาให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดมาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 และมาตรา 439 ซึ่งสามารถพิจารณาได้ในทำนอง เดียวกับที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น

2.1.2) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะหนี้

จากการที่บทบัญญัติมาตรา 176 กำหนดไว้เฉพาะค่าเสียหายจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตกเป็นพันวิสัย ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่ว่าเจ้าหนี้มีค่าเสียหายอื่นๆ และไม่เข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ ที่จะเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เพราะค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้เกิดจาก มูลละเมิด ย่อมต้องพิจารณานำเอากฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้ได้ เช่น สัญญาที่เป็น โฆษณามี ความสมบูรณ์เรียบร้อยมา ต่อมาจึงมีการบอกล้าง ทำให้ต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน การคืนทรัพย์สินนั้น อาจเป็นกรณีที่ไม่อาจคืนได้ และยังมีค่าเสียหายอื่นๆ อีก จะเห็นได้ว่าสัญญาที่เป็น โฆษณามี จำเป็นที่จะต้องเป็นมูลละเมิดเสมอไป ดังนั้น จึงสามารถพิจารณาสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 222 และมาตรา 223 ได้

อย่างไรก็ดี การชดเชยค่าเสียหายโดยการชดเชยเป็นเงินแทนนั้น สามารถที่จะคิดดอกเบี้ยในเงินนั้นได้หรือไม่ เนื่องจากการชดเชยเป็นเงินแทนนี้เป็นกรณีที่เงินคืนแทนการคืนวัตถุแห่งหนึ่งซึ่งกลายเป็นพันวิสัยไปแล้ว จึงเห็นว่าเมื่อค่าเสียหายกรณีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัยเป็นกรณีที่ชดเชยเงินแทนการคืนทรัพย์สิน ไม่ใช่หนี้เงินที่จะคิดดอกเบี้ยระหว่างผิคนัดได้ ประกอบกับการใช้เงินแทนการคืนทรัพย์สินก็จะมีกรคิดคำนวณมูลค่าทรัพย์สินตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งเมื่อไม่มีการคิดดอกเบี้ยเพิ่มเติม ก็จะเท่ากับเป็นการทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับทรัพย์สินคืนแก่กันได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงให้มากที่สุด

4.3 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน

การคืนทรัพย์สินแก่กันเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ในส่วนของดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน กฎหมายมิได้กำหนดรายละเอียดหรือหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ไว้ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การเรียกคืนทรัพย์สินอันเกิดจากกรณีโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างกฎหมายกำหนดให้บังคับตามมาตรา 176 เท่านั้น ดังนั้น จึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน เพราะเมื่อขณะเข้าทำนิติกรรมอันเป็น โมฆียะกรรมทรัพย์สินที่ได้ให้ไว้แก่กันยังไม่เกิดมีดอกผลขึ้น จนกระทั่งเมื่อผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมได้ทำการบอกล้างแล้ว จึงจะทำให้คู่กรณีที่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนและฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นเกิดปัญหาขึ้นว่า ผู้ใดจะมีสิทธิในดอกผลในกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องคืนเกิดดอกผลขึ้น เพราะฝ่ายผู้มีสิทธิเรียกคืนจะอ้างไม่ได้ว่าการคืนดอกผลอยู่ภายใต้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะฐานะเดิมไม่เคยมีดอกผลอยู่ จะปฏิบัติต่อกันอย่างไรกับดอกผลที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่ต้องคืนนี้ เพื่อให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมและเกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

การคืนทรัพย์สินในกรณีที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งกฎหมายให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม และหากเป็นการพันวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยให้แทนนั้น อาจแยกประเภทการคืนทรัพย์สินที่ได้รับไว้ ดังนี้

1) การคืนเงิน

คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับเงินไว้นั้นต้องคืนเงินเท่ากับจำนวนที่ได้รับไว้ซึ่งเงินตรานั้นโดยสภาพแล้วไม่มีการชำระหนี้ด้วยเงินตราที่จะกลายเป็นพันวิสัยไปได้ เพราะการชำระหนี้ด้วยเงินตรานั้นจะเอาเงินตราฉบับใดมาชำระก็ได้ และแม้เงินตราชนิดนั้นจะเลิกใช้แล้ว ก็ยังต้องชำระด้วยเงินตราชนิดที่ใช้กันอยู่ จะถือเป็นการชำระหนี้เป็นพันวิสัยไปไม่ได้และลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้โดยอ้างเหตุสุดวิสัยหรือการกระทำของบุคคลภายนอกเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ นอกจากนั้น เงินยังมีลักษณะพิเศษที่มีดอกเบี้ยซึ่งดอกเบี้ยอาจแบ่งออกเป็น 2 สถานะ ดังนี้

1.1) ดอกเบี้ยที่เป็นดอกผลตามนัยมาตรา 148 ในฐานะที่เป็นค่าตอบแทน ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย เมื่อบอกล้างแล้ว ปรากฏว่ามีหนี้เงินที่ต้องคืนจำนวน 200,000 บาท หนี้เงินจำนวนนี้จะเกิดดอกเบี้ยที่เป็นดอกผลตามนัยมาตรา 148 ในฐานะที่เป็นค่าตอบแทน หรือไม่ ต้องพิจารณาว่า ได้มีการใช้ประโยชน์จากหนี้เงินจำนวนนี้หรือไม่ มีการนำเงินไปลงทุนอันจะทำให้เกิดดอกเบี้ยในฐานะที่เป็นค่าตอบแทนหรือไม่ เช่น นำไปฝากธนาคารได้ดอกเบี้ยเงินฝากธนาคาร หรือให้บุคคลภายนอกกู้ยืมได้ดอกเบี้ยเงินกู้ เป็นต้น ก็เกิดดอกผลในรูปของดอกเบี้ยขึ้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า ต้องมีการใช้ประโยชน์จากเงินนั้น แล้วจึงเกิดดอกผลในรูปของดอกเบี้ยขึ้น โดยถือเป็นดอกเบี้ยในฐานะที่เป็นค่าตอบแทน จึงจะถือว่าเป็นดอกผลตามนัยมาตรา 148 ที่จะพิจารณาต่อไปว่าจะต้องคืนหรือไม่ และคืนแก่คู่กรณีฝ่ายใด

1.2) ดอกเบี้ยที่ไม่ใช่ดอกผลตามนัยมาตรา 148 หากแต่เป็นดอกเบี้ยในฐานะที่เป็นค่าเสียหาย เช่น การไม่ชำระหนี้ หรือการผิดนัดชำระหนี้ตามมาตรา 224 เป็นต้น เมื่อบอกล้างโมฆียะกรรมมีหนี้ที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งเป็นหนี้ที่มีได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ เจ้าหนี้หรือผู้ที่มีสิทธิเรียกเงินคืนอาจเรียกให้คืนได้ทันทีตามมาตรา 203 วรรคแรก และเมื่อเรียกให้คืนเงินแล้วฝ่ายที่ต้องคืนไม่ยอมคืน ก็ต้องทำการเตือนอีกครั้งตามมาตรา 204 วรรคแรก จึงจะถือได้ว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ไม่ยอมคืนเงิน ส่งผลให้เกิดสิทธิเรียกดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 224 วรรคแรก ซึ่งเป็นแนวเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยในคำพิพากษาฎีกาที่ 3285/2553 ที่ได้พิพากษาให้คืนเงินไปทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับวันที่ครบกำหนดตามหนังสือทวงถามที่โจทก์ส่งให้จำเลยก่อนฟ้องซึ่งจะถือว่าไม่ใช่ดอกผลตามนัยมาตรา 148 จึงไม่เป็นดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน จึงไม่ต้องนำมาพิจารณาในส่วนนี้

2) การคืนทรัพย์สินอื่นนอกจากเงิน

โดยหลักคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ส่งมอบทรัพย์สินตาม โมฆียะกรรมในสภาพเดียวกับขณะที่ได้รับทรัพย์สินไว้ นั้น เว้นแต่เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแทน สำหรับการคืนทรัพย์สินอื่นนอกจากเงินนี้อาจจะมีหรือไม่มีดอกผลก็เป็นได้ เช่น ทรัพย์สินที่ต้องคืนเป็นแมว วัว แมว วัวนี้อาจจะมีลูกวัวหรือไม่มีก็ได้ ซึ่งดอกผลในส่วนนี้ก็คือดอกผลธรรมดา เป็นดอกผลตามนัยมาตรา 148 เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืนในกรณี โมฆียะกรรม เมื่อมีการบอกล้าง ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3285/2553 เป็นเรื่องที่มีผู้ซื้อมอบหมายให้ทนายความบอกเลิกสัญญา และขอให้ผู้จะขายคืนเงินค่าที่ดินที่ได้รับไปแล้ว เป็นการบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง

มีผลให้สัญญาจะซื้อจะขายเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผู้ขายต้องคืนเงินค่าที่ดินที่ได้รับไปทั้งหมดให้ผู้จะซื้อพร้อมดอกเบี้ย

ในคดีนี้ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาปรากฏว่า โจทก์ฟ้องว่าโจทก์ได้ชำระเงินจำนวน 100,000 บาท ในวันที่ 22 กันยายน 2544 เป็นเงินมัดจำและชำระเงินอีกจำนวน 1,900,000 บาท ในเวลาต่อมา เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2544 โจทก์ได้มีหนังสือบอกกล่าวให้เลิกสัญญาและเรียกเงินคืนจากจำเลย และฟ้องขอให้จำเลยคืนเงินพร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 22 กันยายน 2544 จนกว่าจะชำระเสร็จ โดยโจทก์ยื่นฟ้องคดีในวันที่ 12 เมษายน 2545

ศาลฎีกาในคดีนี้มีคำพิพากษาให้จำเลยใช้ดอกเบี้ยให้โจทก์ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 3 มกราคม 2545 โดยโจทก์ยื่นฟ้องคดีในวันที่ 12 เมษายน 2545 เมื่อพิจารณาจากวันที่ปรากฏในคำพิพากษาแล้ว วันที่ 3 มกราคม 2545 เป็นกำหนดเวลา 15 วัน นับจากวันที่โจทก์ส่งหนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญา ซึ่งน่าจะเป็นวันที่จำเลยผิดนัดไม่ชำระเงินตามกำหนดเวลาที่ปรากฏในหนังสือบอกเลิกสัญญาของโจทก์ ดอกเบี้ยดังกล่าวจึงเป็นค่าเสียหาย ไม่ใช่ดอกเบี้ยตามนัยมาตรา 148

อย่างไรก็ดี ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า เงินที่ได้รับไว้ตามโมฆียะกรรมก่อนถูกบอกล้างไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ยได้ เว้นแต่มีดอกเบี้ยอันเป็นดอกผล เพราะมาตรา 176 ไม่ได้บัญญัติไว้ ต่างกับมาตรา 391 กรณีเลิกสัญญา ซึ่งเมื่อมาตรา 176 บัญญัติถึงวิธีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเนื่องจากการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้แล้ว จึงไม่น่าจะนำมาตรา 391 มาบังคับใช้ โดยอนุโลมว่าเป็นกฎหมายใกล้เคียงได้³ ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมคล้ายกัน แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องโมฆียะกรรมมุ่งที่จะคุ้มครองคู่กรณีที่บกพร่องในเรื่องความสามารถ การแสดงเจตนา ต่างกับกฎหมายเรื่องการบอกเลิกสัญญาที่คู่กรณีมีความเท่าเทียมกัน จึงถือว่ามีเจตนารมณ์ของการคุ้มครองที่แตกต่างกัน ไม่อาจที่จะนำเอามาตรา 391 มาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2349/2531 จำเลยทำสัญญาจะขายที่พิพาทให้โจทก์ โดยทราบว่าจะซื้อที่พิพาทไปสร้างโรงงาน เมื่อจำเลยทราบว่าที่พิพาทอยู่ในเขตประกาศของกระทรวงมหาดไทย เรื่องห้ามก่อสร้างอาคาร แต่ปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงถือว่าโจทก์แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์ที่จะซื้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อจะขายเป็นโมฆะมาแต่แรก คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยต้องคืนเงินมัดจำให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

คำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538 การกระทำของจำเลยเป็นการหลอกลวงให้โจทก์หลงเชื่อยินยอมโอนที่ดินให้แก่จำเลย อันเป็นการทำกลฉ้อฉลต่อโจทก์ ดังนั้น สัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์

³จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น.275), โดย ศักดิ์ สนองชาติ, 2551, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

กับจำเลยจึงเป็นโมฆียะกรรม เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนถือว่าโจทก์ได้บอกล้างโมฆียะกรรมดังกล่าวแล้ว สัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก อันมีผลทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 138 วรรคท้ายเดิม (ปัจจุบันคือ มาตรา 176) จำเลยจะต้องโอนที่ดินพิพาทกลับคืนให้แก่โจทก์และโจทก์มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าที่ดินซึ่งโจทก์ได้รับจากจำเลยไปแล้วทั้งหมดแก่จำเลย และในการคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆียะกรรมซึ่งเป็นจำนวนหนึ่งนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย และในคดีนี้จำเลยมิได้ฟ้องแย้งหรือมีคำขอให้โจทก์ต้องรับผิดชอบคืนค่าที่ดินพร้อมดอกเบี้ย ศาลย่อมไม่อาจพิพากษาให้โจทก์ชำระดอกเบี้ยในจำนวนเงินค่าที่ดินที่โจทก์จะต้องคืนแก่จำเลยด้วย

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้ ปรากฏว่าโจทก์เป็นผู้ขายที่ดิน โดยฟ้องจำเลยว่า จำเลยหลอกลวงโจทก์ว่าคนมีฐานะดีที่จะซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจากโจทก์ได้ โดยจำเลยเพียงแต่ชำระค่าที่ดินบางส่วนและรับโอนไปเพียงที่ดินบางส่วนก่อนเท่านั้น โจทก์นัดหมายให้จำเลยชำระค่าซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้ครบถ้วนหลายครั้ง และนัดให้ไปโอนที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแต่จำเลยไม่ไปตามนัด โจทก์จึงมาฟ้องขอให้เพิกถอนการโอน และให้รับเงินคืนหลังหักค่าเสียหายแล้ว

จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้มีแนววินิจฉัยส่วนใหญ่กำหนดให้คิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8429/2538 กำหนดให้ไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ย ส่วนเรื่องการคืนดอกผลไม่ปรากฏว่าเคยมีคำพิพากษากำหนดในส่วนนี้

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน

1. ดอกผลที่เกิดขึ้นก่อนบอกล้างโมฆียะกรรม

จะเห็นได้ว่า ปัญหาการคืนดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืนตามมูลหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิม มาตรา 176 นั้น แม้โมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างจะตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกก็ตาม แต่คู่กรณีตามโมฆียะกรรมที่ได้ทรัพย์สินใดไปเป็นการได้ไปโดยมีมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และในขณะที่มีการส่งมอบทรัพย์สินกันทรัพย์สินนั้นยังไม่มีดอกผลแต่อย่างใด มีเฉพาะทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งจากหลักการทั่วไปของโมฆียะกรรมที่นิติกรรมอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรก นิติกรรมในลักษณะนี้เป็นนิติกรรมที่กฎหมายได้กำหนดและระบุไว้โดยเฉพาะว่าให้มีผลเป็นโมฆียะกรรม ทำให้โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมที่กฎหมาย “ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง” นิติกรรมที่เป็นโมฆียะจึงก่อให้เกิดผลของนิติกรรมไปจนกว่าจะมีการบอกล้าง ดังนั้น หากคู่กรณีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันไว้ก็เป็นการชำระหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมาย และฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินนั้นไว้หากมีดอกผลเกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้น ฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้ย่อมมีสิทธิในดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินนั้นด้วย พิจารณาตามหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 แล้ว ฝ่ายผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ย่อมมี

สิทธิในดอกผล เพราะในขณะที่ดอกผลเกิดขึ้น บุคคลนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวแม่ทรัพย์ เนื่องจากกฎหมายลักษณะทรัพย์นั้นวางหลักว่า ดอกผลย่อมเป็นของเจ้าของทรัพย์ แต่เมื่อบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะอันทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะมาแต่แรก ย่อมต้องมีการคืนทั้งตัวทรัพย์ผู้ที่ได้รับทรัพย์คืน ย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์นั้น ทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะขายฝาก ซึ่งศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 656/2517 วินิจฉัยว่าดอกผลของทรัพย์ที่ขายฝากซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างกำหนดเวลาขายฝากย่อมตกได้แก่ผู้ซื้อฝาก ที่มาตรา 492 บัญญัติว่า ถ้าใ้ภายในกำหนดให้ถือว่ากรรมสิทธิ์ไม่เคยตกไปแก่ผู้ซื้อเลยนั้น หมายถึงเฉพาะตัวทรัพย์ที่ขายฝากเท่านั้น ไม่รวมถึงดอกผลด้วย ดังนั้น ดอกผลที่เกิดขึ้นภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรมไปเท่านั้น ที่จะต้องส่งคืนดอกผล

2. ดอกผลที่เกิดขึ้นภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม

เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว มาตรา 176 มิได้บัญญัติวิธีการคืนดอกผลของทรัพย์สินที่ต้องคืนเมื่อมีการบอกล้าง ซึ่งเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นการใช้อิทธิพลในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เรียกเอาทรัพย์สินของตนคืนจึงถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 1376 ซึ่งกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้โดยอนุโลมได้ ซึ่งในเรื่องดอกผลนี้กฎหมายเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ จึงอาจนำมาปรับใช้ได้เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องดอกผลของคู่กรณี และเพื่อความเป็นธรรม การพิจารณาในเรื่องดอกผลจึงควรพิจารณาจากความสุจริตในระหว่างที่ดอกผลเกิดขึ้น ของผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ดังที่มาตรา 415 ได้บัญญัติไว้ โดยความสุจริตนั้นต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 176 วรรคสอง ที่วางหลักการไว้ว่า สุจริต คือไม่รู้ถึงเหตุทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ ดังนั้น หากฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินนั้นไปครอบครองทรัพย์สินด้วยความสุจริตก็ย่อมมีสิทธิในดอกผลนั้น แต่หากฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินนั้นรู้อยู่แล้วว่านิติกรรมตกเป็นโมฆียะ เช่น รู้ว่าอีกฝ่ายไร้ความสามารถ รู้ว่าอีกฝ่ายสำคัญผิด หรือเป็นฝ่ายที่ข่มขู่ให้อีกฝ่ายเข้าทำนิติกรรม เป็นต้น ก็เท่ากับว่าได้รับโอนกรรมสิทธิ์และครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่สุจริตก็ย่อมไม่สมควรที่จะได้รับดอกผล ต้องคืนดอกผลนั้นแก่เจ้าของเดิม

การพิจารณาเรื่องดอกผลโดยใช้มาตรา 1376 ประกอบ มาตรา 415 นั้น ถือว่าเป็นการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ให้ครอบคลุมกับกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้มาตรา 415 ในการคืนดอกผลที่เกิดจากทรัพย์สินที่ได้รับไปจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะเมื่อถูกบอกล้างแล้ว ก็เท่ากับเป็นการคุ้มครองผู้ที่สุจริตด้วย โดยให้พิจารณาจากความสุจริตของผู้ครอบครองในขณะที่ดอกผลนั้นเกิดขึ้นซึ่งอาจมีความเห็นเป็น 2 แนวทางเกี่ยวกับการพิจารณาในเรื่องความสุจริต

ความเห็นแรก อธิบายไว้ว่า คู่กรณีผู้ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใดให้ถือว่าตกอยู่ในฐานะทุจริตตั้งแต่วันที่เรียกคืนนั้นถ้าทรัพย์สินไม่มีดอกผลก็ไม่มีปัญหาเรื่องการคืนดอกผล

แต่ประการใดส่วนคำว่า “สุจริต” หมายความว่า ไม่รู้หรือควรรู้ว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ เช่น เจียว ทำกลฉ้อฉลหลอกลวงขาให้ซื้อรถยนต์ของตน ซึ่งได้มีการส่งมอบรถยนต์และชำระเงินแก่กันแล้ว ขวานำรถยนต์ไปให้เช่า เจียวนำเงินไปฝากธนาคารได้ดอกเบี้ย ต่อมาขาบอกล้างโมฆียะกรรม ดังนี้ ขวาต้องคืนรถยนต์พร้อมด้วยค่าเช่านับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรมค่าเช่าก่อนบอกล้างโมฆียะกรรมตกเป็นของขาเพราะขาได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ส่วนเจียวต้องคืนเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยทั้งหมด เพราะตนได้รับทรัพย์สินไว้โดยไม่สุจริตเนื่องจากรู้อยู่แล้วว่านิติกรรมเป็นโมฆียะ แต่พิเคราะห์แล้วอาจจะเห็นว่าไม่เป็นธรรม เพราะก่อนวันบอกล้างโมฆียะกรรมขาได้ค่าเช่า แต่เจียวไม่ได้ดอกเบี้ย น่าจะถือว่าเจียวตกอยู่ในฐานะทุจริตหรือไม่สุจริต นับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม ดอกเบี้ยก่อนหน้านั้นเจียวไม่ต้องคืน⁴

ความเห็นที่สอง อธิบายไว้ว่า ลักษณะลาภมิควรได้ด้วยการได้ดอกผลโดยสุจริตนั้น มาตรา 176 ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งไว้ เพราะเรื่องดอกผลเกี่ยวกับสิ่งที่ยังออกออกเพิ่มขึ้น จะว่าการให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมต้องคืนดอกผลให้ด้วยนั้นไม่ได้ เพราะฐานะเดิมเมื่อได้มาดอกผลยังไม่ได้ออกออกเพิ่มขึ้น จึงน่าจะบังคับได้ตามลักษณะลาภมิควรได้โดยบริบูรณ์ หลักในเรื่องได้ดอกผลตาม มาตรา 415 นั้น บุคคลผู้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้น ตลอดเวลาที่ยังสุจริตอยู่ ดอกผลที่เกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ยังสุจริตอยู่นั้น แม้จะได้ใช้หมดสิ้นไป หรือยังมีเหลืออยู่เก็บไว้ ก็ไม่ต้องคืนเก็บเอาไว้ได้ ต่อเมื่อใดเขาเรียกคืนจึงจะไม่มีสิทธิได้ดอกผลนับแต่นั้นไป แต่ถ้ารับไว้โดยไม่สุจริตมาแต่ต้นก็ไม่มีสิทธิในดอกผลหรือแต่แรกรับไว้โดยสุจริต แต่ต่อมาารู้ถึงความเสียหายที่ไม่มีมูลที่จะเอาของเขาไว้ได้ในขณะใดก็ไม่มีสิทธิในดอกผลที่เกิดขึ้น นับแต่เวลาที่รู้ขึ้นไปเป็นต้น ข้อที่ว่าสุจริตหรือไม่สุจริตคั่งว่ามานี้ไม่หมายความถึงขนาดเป็นการทุจริตฉ้อโกง คงหมายความว่าได้รู้หรือไม่รู้ว่าสิ่งที่ตนรับไว้โดยไม่มีความมูลที่ตนจะเอาของเขาไว้ได้เท่านั้นเอง เมื่อผลในลาภมิควรได้ประกอบด้วยข้อยกเว้นทั้งหลายในเรื่องที่รู้หรือไม่รู้เป็นอยู่ดังนี้มาตรา 176 วรรคสอง จึงต้องนำมาบัญญัติไว้ โดยให้ถือเอาเวลาที่รู้หรือควรจะได้รู้ถึงข้อโมฆียะเป็นเกณฑ์⁵

จากการพิจารณาความเห็นของทั้งสอง ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเรื่องดอกผลนี้ กฎหมาย เรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ จึงอาจนำมาปรับใช้ได้ เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน และเพื่อความเป็นธรรม การพิจารณาในเรื่องดอกผลจึงควรพิจารณาจากความสุจริตในระหว่างที่ดอกผลเกิดขึ้น ของผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ดังที่

⁴จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (น.274-275), โดย ศักดิ์ สอนงชาติ, 2547, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

⁵จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (น.199-200), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2505, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

มาตรา 415 ได้บัญญัติไว้ โดยความสุจริตนั้นต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 176 วรรคสอง ที่วางหลักการไว้ว่า สุจริต คือ ไม่รู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ ในข้อที่ว่าสุจริตหรือไม่สุจริตนั้นให้ถือเอาเวลาที่รู้หรือควรจะได้รู้ถึงข้อโมฆะเป็นเกณฑ์

การปรับบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยย่อมเป็นไปดังที่กล่าวข้างต้น ย่อมเป็นอันสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายประเทศญี่ปุ่น กรณีที่โมฆะกรรมเกิดเพราะเหตุที่คู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่บกพร่องในความสามารถ เช่น เป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 121 ได้บัญญัติไว้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 703 ว่าผู้ที่บกพร่องในความสามารถนั้น จะต้องคืนลาภมิควรได้เพียงเท่าที่เหลืออยู่ขณะเรียกคืนเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าเป็นคู่กรณีที่สุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 704 สำหรับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่สุจริตนั้น ได้แก่ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้โดยรู้อยู่แล้วว่าไม่มีสิทธิจะได้รับ ซึ่งผู้ที่ไม่สุจริตนี้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 704 บังคับให้เขาต้องคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ใดๆ ที่ได้รับไว้ไม่ว่าของที่เรียกคืนนั้นจะยังคงมีอยู่หรือไม่รวมทั้งดอกเบี้ย และต้องชดเชยค่าเสียหายอย่างใดๆ ที่ก่อให้เกิดขึ้นด้วย ในกรณีบุคคลใดขณะที่ได้ทรัพย์สินนั้นไม่รู้ว่าตนเป็นลาภมิควร ได้จนเวลาผ่านไประยะหนึ่งจึงรู้ว่าเป็นลาภมิควร ได้ก็ถือว่าเขาไม่สุจริตตั้งแต่ขณะที่รู้นั้น โดยดอกเบี้ยก็จะเริ่มคิดตั้งแต่ถือว่าไม่สุจริตและค่าเสียหายก็จะพิจารณาตั้งแต่เวลาที่เริ่มไม่สุจริต เช่นเดียวกันการที่บุคคลใดจะได้ลาภมาโดยสุจริตหรือไม่และตกเป็นผู้ไม่สุจริตเมื่อใดเป็นเรื่องซึ่งโจทก์จะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ต่อศาล

หลักกฎหมายประเทศอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายเรื่องการคืนดอกผล แต่หลักกฎหมายอังกฤษมุ่งเน้นที่จะให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่มีการทำสัญญากันขึ้น และต้องการที่จะให้ทั้งสองฝ่ายไม่ได้รับประโยชน์ที่เพิ่มเติมหรือองงเขยขึ้นมา การคืนทรัพย์สินหลังจากมีการบอกล้างโมฆะกรรมต้องเป็นการคืนทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่ได้รับมาทั้งหมด เพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งไม่มีการทำสัญญาต่อกันตั้งแต่ต้น เช่น ผู้ซื้อหุ้นอาจบอกล้างสัญญาได้ แม้ราคาหุ้นจะตกลงไปมากผู้ซื้อหุ้นยังคงมีหุ้นที่ซื้อไว้และสามารถคืนหุ้นได้พร้อมกับเงินปันผลที่ได้รับมาทั้งหมด ถ้าเป็นการคืนเงินและดอกเบี้ย เมื่อมีการบอกล้างสัญญาแล้ว เงินที่ได้รับไปต้องคืนแก่กันทั้งหมด และฝ่ายบอกล้างไม่สามารถคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปได้ ก็คืนเป็นตัวแทน โดยฝ่ายที่บอกล้างสัญญาต้องคืนผลกำไร ค่าเสื่อมราคาที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพย์สินนั้น รวมไปถึงในกรณีทรัพย์สินที่ฝ่ายบอกล้างได้รับมาเป็นประโยชน์ที่มีไว้ส่วนตัวเงิน เช่น ผู้เช่า หรือผู้ซื้อได้ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าหรือซื้อก่อนบอกล้าง ปัจจุบันแม้ว่าการได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินจะไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ แต่อาจบอกล้างสัญญาได้โดยต้อง

จ่ายค่าเช่า หรือค่าใช้ทรัพย์สินตลอดระยะเวลาที่ครอบครอง เช่น ในคดีหนึ่ง เมื่อบอกล้างสัญญาซื้อเหมืองแล้วผู้ซื้อเหมืองต้องคืนเหมือง พร้อมทั้งผลกำไรทั้งหมดที่ได้มาจากการทำเหมืองนั้นด้วย

กรณีดอกผลในรูปของดอกเบี้ยที่ได้รับมาในขณะที่สุจริต ก็ยอมที่จะไม่ต้องคืน เช่น นำเงินไปฝากธนาคารและได้รับดอกเบี้ยเงินฝากธนาคาร หรือนำเงินไปให้บุคคลภายนอกกู้ยืมและได้รับดอกเบี้ยจากบุคคลนั้น เป็นต้น แต่หากได้รับมาในขณะที่ไม่สุจริตก็ต้องคืน แต่ฝ่ายที่เรียกคืนก็ต้องพิสูจน์ด้วยว่าเป็นดอกผลที่เกิดขึ้นจริงจากนิติกรรมอันเป็นโมฆียะและฝ่ายผู้คืนไม่สุจริต

นอกจากนี้ ถ้ามีดอกผลที่ต้องคืนแต่ไม่อาจคืนได้ ผู้เป็นเจ้าของก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหาย โดยพิจารณาตามสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายเช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อที่ 4.2 ในเรื่องความรับผิดชอบของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายต่อไป

อย่างไรก็ดี เมื่อบอกล้างโมฆียะกรรม มีหนี้ที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งเป็นหนี้ที่มีได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ เจ้าหนี้หรือผู้ที่มีสิทธิเรียกเงินคืนอาจเรียกให้คืนได้ทันทีตามมาตรา 203 วรรคแรก และเมื่อเรียกให้คืนเงินแล้วฝ่ายที่ต้องคืนไม่ยอมคืน ก็ต้องทำการเตือนอีกครั้งตามมาตรา 204 วรรคแรก จึงจะถือได้ว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ไม่ยอมคืนเงิน ส่งผลให้เกิดสิทธิเรียกดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 224 วรรคแรก ซึ่งเป็นแนวเดียวกับการคิดดอกเบี้ยในคำพิพากษาฎีกาที่ 3285/2553 ที่ได้พิพากษาให้คืนเงินไปทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับวันที่ครบกำหนดตามหนังสือทวงถามที่โจทก์ส่งให้จำเลยก่อนฟ้อง

4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ปัญหาว่านิติกรรมที่เป็นโมฆียะเมื่อคู่กรณีตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ทำให้เกิดปัญหาผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ตกลงยกเว้นไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 โดยอาจกำหนดในข้อตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้กรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือยกเว้นความรับผิดชอบกรณีที่เกิดความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน หรือยกเว้นไม่ต้องคืนดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืนโดยหากจะต้องคืนทรัพย์สินกรณี โมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้างแล้ว ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถไม่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กันได้ โดยไม่ต้องดำเนินการใดๆ ไม่ต้องชำระหนี้ใดๆ ต่อกัน ไม่ต้องมีหน้าที่ให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นนี้จะใช้บังคับได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างก่อสร้าง คู่สัญญาตกลงกันไว้ว่าหากมีการบอกล้างโมฆียะกรรมให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ว่าจ้างสามารถรับเงิน หรือการงานที่ได้ทำไปแล้ว โดยไม่ต้องชำระค่าตอบแทนใดๆ รวมทั้งให้วัสดุที่นำมาไว้ในเขตก่อสร้างทั้งหมดตกเป็นของผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น หากตกลงกันไว้เช่นนี้จะสามารถบังคับกันได้หรือไม่

ในปัญหานี้ผู้เขียนอาศัยเทียบเคียงกรณีการบอกเลิกสัญญาเพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหากรณีการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่⁶ เกี่ยวกับการตกลงกันไว้ล่วงหน้ากรณีมีการบอกเลิกสัญญา เห็นว่า ถ้ามีการเลิกสัญญาให้ผู้ว่าจ้างรับภาระงานที่ทำไว้แล้วได้ทั้งหมด ดังนี้ เมื่อผู้รับจ้างผิดสัญญาและผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้ว่าจ้างย่อมรับภาระงานที่ทำไว้แล้วทั้งหมดได้ โดยไม่ต้องชดใช้ค่าแห่งการงานนั้น เพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม

จะเห็นได้ว่า การตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นตามมาตรา 176 ก็สามารถตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้เช่นเดียวกับมาตรา 391 ที่จะไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสามารถตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ แต่ก็มีกรณีที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าแม้ในกรณีที่มีการเลิกสัญญาเพราะเหตุอื่นอันโทษลูกหนี้ไม่ได้ก็ให้เจ้าหนี้รับทรัพย์สิน หรือการงานที่ได้กระทำไว้แล้วของลูกหนี้ได้ โดยไม่ต้องชดใช้เงินตอบแทนนั้น น่าจะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 และ 151

แนววินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว เห็นว่า การตกลงกันไว้ล่วงหน้าเพื่อไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการยอมให้ทรัพย์สินหรือการงานนั้น เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการที่ลูกหนี้ให้สัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่มีใช้จำนวนเงินให้เป็นเบี้ยปรับตามมาตรา 382 และเบี้ยปรับนี้สูงเกินส่วน ศาลก็มีอำนาจที่จะลดลงให้เหลือเป็นจำนวนที่พอสมควรได้ตามนัยมาตรา 382⁷

ผู้เขียนเห็นว่า จากตัวอย่างปัญหาสัญญาจ้างก่อสร้างข้างต้นที่สามารถตกลงกันได้เป็นการตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเพราะไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งทั้งมาตรา 391 และมาตรา 176 ก็มีหลักการในทำนองเดียวกัน ดังนั้น โดยหลักการข้อตกลงดังกล่าวจึงมีผลบังคับกันระหว่างคู่สัญญาแต่เมื่อต่อมามีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลจะมีแนววินิจฉัยอย่างไร ถ้าเกิดกรณีการตกลงไว้ล่วงหน้าเพื่อไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม และจะมีกฎหมายใดที่จะสามารถนำมาสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นกับกรณีการตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 ให้มีความเป็นธรรมขึ้น ผู้เขียน จึงเล็งเห็นและได้พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนของการทำข้อตกลงที่ต้องไม่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ มิฉะนั้นข้อตกลงนั้นจะมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

⁶ จาก *กฎหมายว่าด้วยสัญญา* (น. 550), โดย ไชยยศ เหมะรัชตะ. และ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (น. 516), โดย ศักดิ์ สนองชาติ.

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 458-459/2524 (ประชุมใหญ่) และ คำพิพากษาฎีกาที่ 4664/2534.

เมื่อกล่าวถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อคุ้มครองปกป้องบุคคลที่เสียเปรียบในการเข้าทำสัญญา ซึ่งถือเป็นหลักการของพระราชบัญญัตินี้ ไม่ให้ถูกเอาเปรียบมากเกินไป ซึ่งมีขอบเขตการใช้กฎหมาย ดังต่อไปนี้

- 1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 4
- 2) สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4
- 3) สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4
- 4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงานและข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5
- 5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 6
- 6) ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7
- 7) ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ตามมาตรา 8
- 8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าข้อสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่อาจถูกตรวจสอบได้ตามพระราชบัญญัตินี้มีเฉพาะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ซึ่งในบรรดาข้อสัญญาเหล่านี้ ข้อสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 รวม 3 ประเภท ถูกตรวจสอบได้กว้างขวางที่สุด ส่วนข้อสัญญาอีก 5 ประเภท ที่ระบุไว้ในมาตรา 5 ถึง มาตรา 9 นั้น อาจถูกตรวจสอบในลักษณะเฉพาะด้านใดด้านหนึ่งตามที่ระบุไว้ในแต่ละมาตราเท่านั้น

สัญญา 3 ประเภท ตามมาตรา 4 ยังมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในตัวเอง จะต้องมีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งมีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากแล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร จึงจะทำให้เฉพาะข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและอาจถูกศาลปรับลดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ โดยกฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบหรือไม่ไว้ในมาตรา 4 วรรคสาม และบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อได้เปรียบนั้นว่าเป็นการได้เปรียบกันเกินสมควรหรือไม่ไว้ในมาตรา 4 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 10

มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบกันไว้ในเชิงนิยามศัพท์ว่า “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่

วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” และได้ให้ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบกันไว้ถึง 9 ลักษณะ ดังนี้

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
 - (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
 - (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
 - (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
 - (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
 - (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
 - (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
 - (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภครต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
 - (9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภครต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- ข้อตกลงทั้ง 9 ลักษณะข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างของข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ในทางตรงข้ามข้อตกลงที่ไม่เข้าลักษณะใดใน 9 ลักษณะข้อตกลงข้างต้น ก็ยังอาจเป็นข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันได้ หากมีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

สำหรับนิติกรรมสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่ศาลสามารถให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้ นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายมิได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าแค่ไหนและเพียงไร จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งในการใช้ดุลพินิจของศาลนั้น จะต้องเป็นไปตามแนวทางที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 10 ซึ่งให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งพิเคราะห์ในประเด็นดังนี้

1) สภาพของคู่สัญญาในด้านต่างๆ ได้แก่ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตติจิตเจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากปัญหาที่เกิดขึ้น จึงสามารถวิเคราะห์ได้ว่าตามหลักกฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ถ้าตราบใดที่บุคคลสองฝ่ายตกลงกันไว้เป็นอย่างไรและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนั้นก็ย่อมใช้บังคับได้ แต่บางกรณีก็อาจมีการทำความตกลงที่ได้เปรียบเสียเปรียบกัน

ในการพิจารณาพระราชบัญญัตินี้แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้กันให้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี ศาลก็มีอำนาจยกกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) และแม้ศาลล่างจะไม่หยิบยกขึ้นวินิจฉัยให้คู่ความที่เกี่ยวข้องก็ยังมีสิทธิที่จะยกบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 6087/2550 แม้อุทธรณ์ของจำเลยที่ 2 ที่ว่าจำเลยที่ 2 ทำสัญญาค้ำประกันการทำงานของจำเลยที่ 1 โดยโจทก์มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า เขาเปรียบจำเลยที่ 2 โดยทำสัญญาค้ำประกันกำหนดสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าให้จำเลยที่ 2 ต้องยอมสละสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690 จึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น จะมีได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วโดยชอบในศาลแรงงานกลาง แต่เป็นปัญหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อันเกี่ยวข้องกับสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาจึงรับวินิจฉัยให้

โดยศาลสามารถพิจารณาตามมาตรา 10 ว่าข้อตกลงทั้ง 9 ลักษณะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่าเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม โดยพิจารณาจากความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตติจิตเจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง เป็นต้น มาตรา 10 จึงเป็นเพียงแนวทางที่ศาลใช้เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงตาม (1)-(9) ของมาตรา 4 เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ ดังนั้น แนวทางที่มาตรา 10 ได้วางไว้ทั้ง 13 ปัจจัย จึงเป็นแนวทางที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเพื่อไม่ต้องกลับไปสู่ฐานะเดิม ซึ่งเหมือนกับมาตรา 383 ที่บัญญัติว่า ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะ

วินิจฉัยสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทางได้เสียตามที่มาตรา 383 กล่าวนั้น ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเหมือนอย่างกรณีมาตรา 10 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 10 ในส่วนของการพิจารณาทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ก็มีความชัดเจนกว่ามาตรา 383 โดยในมาตรา 383 ใช้คำว่า “ทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน” กล่าวคือ ข้อพิจารณาในการลดเบี้ยปรับจะมุ่งไปที่ทางได้เสียของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ เพื่อจะได้ลดเบี้ยปรับลงมาให้ใกล้เคียงกับความเสียหายโดยรวมของเจ้าหนี้ได้มากที่สุด ส่วนปัจจัยที่เป็นข้อพิจารณาตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้จะมุ่งไปที่ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่าย จึงได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา มิใช่ของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามปัจจัยข้อนี้ ก็หมายถึงทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายและหลักสุจริตเท่านั้น ถึงแม้มาตรา 10 วรรคหนึ่ง จะมีได้มีคำว่า “อันชอบด้วยกฎหมาย” กำกับไว้เหมือนอย่างในเรื่องเบี้ยปรับ และคำว่า “ตามสภาพที่เป็นจริง” ที่กำกับอยู่ตอนท้ายของมาตรา 10 (1) นี้ ก็มุ่งหมายว่าในการพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ตามมาตรา 10 ให้คำนึงถึงสภาพที่เป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อที่ศาลจะสามารถปรับสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมภายใต้กรอบของหลักสุจริตและความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมาตรา 10 ได้กำหนดรายละเอียดแนวทางไว้ จึงควรนำแนวทางตามมาตรา 10 มาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 620/2552 ข้อตกลงในสัญญาให้ทุนฝึกอบรมต่างประเทศที่กำหนดให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์เป็นเวลา 3 ปี มิฉะนั้นต้องเสียเบี้ยปรับ 3 เท่าของจำนวนค่าใช้จ่ายที่จำเลยที่ 1 จะต้องชดใช้คืนพร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปีนั้น จำเลยที่ 1 สามารถจะเลือกเอาได้ว่าจะกลับมาทำงานกับโจทก์หรือชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนโจทก์พร้อมทั้งเสียเบี้ยปรับ 3 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน ข้อกำหนดเบี้ยปรับ 3 เท่าจึงไม่เป็นข้อกำหนดที่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติแต่โจทก์ส่งจำเลยที่ 1 ไปฝึกอบรมเพียง 14 วัน (รวมวันเดินทาง 2 วัน) โดยประมาณการค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม 300,000 บาท โจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมของจำเลยที่ 1 ไป 223,871.70 บาท ข้อกำหนดที่ให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์ในตำแหน่งและหน้าที่ที่โจทก์กำหนดเป็นเวลาถึง 3 ปี จึงทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติจึงให้มีผลบังคับได้เพียง 1 ปี เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ส่วนอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปีนั้น เป็นอัตราดอกเบี้ยที่อยู่ในขอบเขตซึ่งมาตรา 654 บัญญัติไว้และศาลแรงงานกลางได้ลดอัตราให้เหลือร้อยละ 7.5 ต่อปีแล้ว จึงไม่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งการวางแนววินิจฉัยตามหลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยข้างต้นจึงเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีภายใต้หลักเกณฑ์และความสมเหตุสมผล

กรณีข้อตกลงที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของบุคคล ก็เช่นเดียวกัน ข้อตกลงในสัญญาให้ทุนการศึกษาหรือฝึกงานในต่างประเทศที่กำหนดว่าผู้รับทุนจะต้องกลับมาทำงานกับผู้ให้ทุนเป็นเวลาสองหรือสามเท่าของระยะเวลาที่รับทุนไป มิเช่นนั้นจะต้องถูกปรับเป็นเงินจำนวนสองเท่าหรือสามเท่าของค่าใช้จ่ายในการให้ทุนทั้งหมด และไม่ว่ากรณีใดผู้รับทุนจะไปค้าแข่งหรือทำงานให้บริษัทคู่แข่งของผู้ให้ทุนไม่ได้เลย ข้อตกลงดังกล่าวในส่วนที่บังคับให้ผู้รับทุนต้องทำงานกับผู้ให้ทุน มิเช่นนั้นจะถูกปรับนั้น ในทางกฎหมายแพ่งทั่วไปยังพอมิทางตรวจสอบได้ว่าเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และถ้าไม่เป็นโมฆะก็มีลักษณะเป็นเบี้ยปรับที่ศาลอาจปรับลดความรุนแรงลงได้ตาม มาตรา 383 วรรคหนึ่ง แต่ในส่วนท้ายของข้อตกลงที่ว่า “และไม่ว่ากรณีใดผู้รับทุนจะไปค้าแข่งหรือทำงานให้บริษัทคู่แข่งของผู้ให้ทุนไม่ได้เลย” ในทางกฎหมายแพ่งทั่วไปคงตรวจสอบได้เพียงว่าจะถึงขนาดเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เท่านั้น หากไม่ถึงขนาดที่จะเป็นโมฆะแล้วก็ต้องผูกพันกันเต็มตามข้อตกลงนั้น ศาลจะปรับลดไม่ได้ เพราะมิใช่เบี้ยปรับเหมือนในกรณีแรก ซึ่งในส่วนนี้เองที่มีความจำเป็นต้องให้ข้อตกลงดังกล่าวอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้ เช่นเดียวกับนิติกรรมที่เป็นโมฆะเมื่อคู่กรณีตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ทำให้เกิดปัญหาผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ตกลงยกเว้นไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 ก็ควรได้รับการพิจารณาความเป็นธรรมของข้อตกลง และนำแนวทางตามมาตรา 10 มาปรับใช้ด้วย

สำหรับเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่ ก็สามารถพิจารณาได้ตามมาตรา 10 ซึ่งได้บัญญัติให้พิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ถึง 13 ประการ ด้วยกัน จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนี้เกิดจากการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับหลักการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า และจากเนื้อหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่เน้นความสำคัญของการให้ผู้พิพากษาเข้ามาเป็นผู้ปรับลดข้อความตกลงตามสัญญาให้เป็นธรรม จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ได้นำเอาหลักความยุติธรรมทำนองเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบของพระราชบัญญัตินี้ในส่วนหลักการที่ว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับได้เมื่อข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและมีเหตุผลอันสมควร แต่ด้วยระบบกฎหมายไทย ที่จัดอยู่ในระบบ Civil Law นิติวิธีย่อมแตกต่างกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ในระบบ Civil Law ศาลจะใช้หลักความยุติธรรมเข้าไปตัดสินคดีไม่ได้ เพียงแต่ว่าการใช้หลักความยุติธรรมของศาลจะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเปิดช่องไว้ให้เหมาะสมสมด้วย ดังนั้น บทบัญญัติของมาตรา 10 จึงถือเป็นการบัญญัติขึ้นตามแนวทางของหลักความยุติธรรมอย่างในระบบ Common Law แต่ผู้ร่างได้

นำเอาหลักความยุติธรรมมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะได้ให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาต่อไปให้ข้อตกลงที่เอาเปรียบเกินสมควร คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าด้วยเหตุที่ว่ามูลเหตุในการบอกล้างโมฆะกรรม ผู้ร่างมีเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือผู้ที่แสดงเจตนาโดยวิจริต ผู้ห่อนความสามารถ จึงน่าจะต้องแปลความข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือไม่แม้ว่ากฎหมายจะให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากข้อตกลงใดมีลักษณะข้อตกลงที่ทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่เป็นธรรม ดังเช่นข้อตกลงที่ว่าหากเกิดการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างแล้วให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถไม่ต้องคืนทรัพย์สินแก่กันได้ โดยไม่ต้องดำเนินการใดๆ ไม่ต้องชำระหนี้ใดๆ ต่อกัน ในกรณีเช่นนี้เป็นการกำหนดข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมกับคู่กรณีอีกฝ่าย และยังขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องโมฆะกรรมอันต้องการที่จะให้นิติกรรมที่มีผลเป็นโมฆะแล้วต่อมามีการบอกล้างคู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น หากมีการนำเอาหลักการพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บทบัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคสาม และบทบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อ ได้เปรียบนั้นว่าเป็นการได้เปรียบกันเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้ายประกอบมาตรา 10 มาร่วมปรับใช้โดยข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น จะเป็นการสร้างความเป็นธรรม และเป็นการบูรณาการกฎหมายที่เป็นประโยชน์ยิ่งขึ้น

ในบทนี้ทำให้ทราบถึงปัญหาการคืนทรัพย์สินกรณีโมฆะกรรมเมื่อมีการบอกล้างดังที่กล่าวมาข้างต้น และพบว่าปัญหาการคืนทรัพย์สินดังกล่าว มีหลักเกณฑ์การคืนทรัพย์สินที่ถูกต้องอย่างไร พร้อมทั้งการนำบทกฎหมายมาตราอื่นๆ มาปรับใช้กับกรณีตามประเด็นปัญหาด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้สรุปพร้อมให้ข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป