

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การคืนทรัพย์สินกรณีโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้าง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 กำหนดให้โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้คู่กรณี กลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายทดแทน ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 176 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินไว้ และจากหลักการเพียงว่าให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม เมื่อนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการคืนวัตถุแห่งหนึ่งในกรณีต่างๆ จึงทำให้พบว่ายังคงมีปัญหาเกิดขึ้น ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้ เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน และปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอื่น จากการศึกษาพบว่าในการคืนทรัพย์สินอันเป็นวิธีการหนึ่งในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีภายหลังจากที่ได้มีการบอกล้างโมฆียะตามมาตรา 176 ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้าเกิดกรณีเฉพาะขึ้นมาก็ต้องพิจารณาโดยการปรับใช้กฎหมาย เฉพาะเรื่องตามแต่กรณี เช่น ในเรื่องความรับผิด ค่าเสียหาย และดอกผล เป็นต้น ซึ่งสามารถสรุป ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม

ในเรื่องการคืนทรัพย์สินเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามที่มาตรา 176 ได้บัญญัติไว้อย่าง ชัดเจนแล้วว่าเมื่อบอกล้างโมฆียะแล้วให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ ฐานะเดิมได้ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน สำหรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ เมื่อ สัญญาเสียเปล่าเพราะมีการบอกล้างสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปทั้งหมด ถ้าไม่อาจคืนได้ให้ใช้เงินแทนการคืนทรัพย์สิน ซึ่งรวมถึงผลประโยชน์ที่ตนได้รับและค่าเสื่อมสภาพ ของทรัพย์สินนั้นด้วย กรณีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะแล้ว นิติกรรมนั้นถือว่าเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น มิใช่เสียเปล่าตั้งแต่วันที่บอกล้าง ทรัพย์สินที่ แต่ละฝ่ายได้ให้แก่กันไปเพราะนิติกรรมนั้นต้องส่งคืนแก่กัน ถ้าไม่อาจคืนได้ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

จะเห็นได้ว่าหลักการของทั้งสองประเทศมีความเหมือนกัน แม้จะมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มี ความมุ่งหมายเดียวกันและมีแนวคิดเดียวกัน

ดังนั้น ผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม ตามบทบัญญัติ มาตรา 176 นั้น หนี้ที่เกิดจากนิติกรรมที่เป็น โมฆียะก่อนมีการบอกล้างเจ้าหนี้สามารถบังคับ ตามสิทธิเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้เนื่องจากเป็นหนี้ตามกฎหมาย แม้นิติกรรมจะเป็น โมฆียะ ก็ก่อให้เกิดหนี้ บังคับกันได้ โดยถือว่าเป็นหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายลักษณะหนี้ต่อมา เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะ กฎหมายก็บัญญัติให้ถือว่านิติกรรมเป็น โมฆะมาแต่เริ่มแรกที่ได้ทำ นิติกรรมนั้น ผลคือความเสียหายย้อนหลังไปนับตั้งแต่เวลาเริ่มต้นเข้าทำนิติกรรม จึงเกิดหนี้ขึ้น ซึ่งหนี้ที่เกิดขึ้นก็คือการคืนทรัพย์สินแต่ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เช่นนั้นได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายทดแทน ดังนั้น การกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ต้องถูกบังคับเนื่องจาก เป็นหนี้ตามกฎหมาย สามารถอาศัยอำนาจศาลบังคับได้โดยหลักการแล้วเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้อง ให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ก็จะมีผลทาง กฎหมายให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้ ซึ่งก็คือการคืนทรัพย์สินเป็นหนี้ที่ต่างฝ่ายต่างต้องคืนทรัพย์สินแก่กัน รวมถึงการใช้ค่าเสียหาย ซึ่งเป็นเงินให้แก่นกันด้วยเมื่อไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้าง โมฆียะกรรมหมดไป ผู้เขียนจึงมีแนวทางที่จะนำเอาหลักการปรับใช้กฎหมาย โดยนำเอากฎหมาย ลักษณะหนี้มาปรับใช้กับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะกฎหมายลักษณะหนี้มีรายละเอียดและ หลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้

2. ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ ทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน

กฎหมายไทยมิได้มีหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิเรียกร้องเพราะสาเหตุที่ว่า การกลับคืนสู่ ฐานะเดิมตกเป็นพ้นวิสัยไว้ กฎหมายบัญญัติเพียงรับรองสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้หากการ กลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพ้นวิสัย แต่มิได้กำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียด ไม่เหมือนกับ หลักเกณฑ์กฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายประเทศอังกฤษและในกฎหมายประเทศญี่ปุ่น ที่มีกฎหมาย กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าหรือราคาทรัพย์สินเป็นตัวเงินแทนการคืน ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการคุ้มครองผู้ที่มีสิทธิบอกล้างสัญญาและเป็นการทำให้ลูกหนี้ได้กลับคืนสู่ ฐานะเดิมได้ง่ายมากยิ่งขึ้น

ในการปรับบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับปัญหาข้อนี้ตามกฎหมายไทย หากเป็นกรณีที่ สามารถคืนทรัพย์สินได้ และได้คืนทรัพย์สินนั้นแล้ว แต่ยังคงมีค่าเสียหายอื่นๆ ทำให้เกิดสิทธิ

เรียกร้องที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายซึ่งค่าเสียหายอื่นๆ คือ ค่าเสียหายที่ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ตามมาตรา 176 แต่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายที่คู่กรณีต้องทำนิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะและมีการบอกล้างในภายหลัง ซึ่งค่าเสียหายในส่วนนี้มาตรา 176 มิได้บัญญัติไว้โดยตรงดังนั้น หากมีค่าเสียหายอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ย่อมที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 และมาตรา 439 หากค่าเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นไม่เข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่จะเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ เพราะค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้เกิดจากมูลละเมิด ย่อมต้องพิจารณาสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะหนี้ ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218 และมาตรา 222 เพราะเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากผลของมูลหนี้ตามสัญญา ซึ่งการเรียกค่าเสียหายปกติลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนด หากไม่ชำระก็อาจจะถูกเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218

หากเป็นกรณีที่ไม้อาจคืนทรัพย์สินได้ และคู่กรณียังได้รับความเสียหายอื่นๆ กรณีนี้คือการที่ทรัพย์สินที่ได้รับมาจากโมฆียะกรรมเมื่อมีการบอกล้างแล้ว ไม่สามารถคืนทรัพย์สินแก่กันได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะสูญหาย หรือบอบสลาย หรือเสียหายไปทั้งหมด หรือมีการบริโภครวมไป หรือคืนไม่ได้โดยสภาพ หรือกรณีโอนให้บุคคลภายนอกซึ่งได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 1329 ดังนั้นเมื่อบอกล้างโมฆียะกรรมแล้วต่อมาไม้อาจคืนทรัพย์สินเพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม กรณีจึงถือว่าเป็นการพ้นวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหาย โดยชดใช้เป็นเงินแทน ซึ่งมาตรา 176 ได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่การคำนวณมูลค่าทรัพย์สินเพื่อให้ชดใช้เป็นเงินแทนนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่น่าสืบและศาลเห็นว่ารับฟังเชื่อถือได้ หากเจ้าหนี้ยังได้รับความเสียหายอื่นๆ อีกก็จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดก็ดี หรือตามกฎหมายลักษณะหนี้ก็ดี ในทำนองเดียวกับกรณีสามารถคืนทรัพย์สินได้แต่ยังคงมีค่าเสียหายอื่นๆ อีก ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม้อาจคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืนหมดไป ผู้เขียนจึงมีแนวทางที่จะนำเอาหลักเกณฑ์กฎหมายลักษณะอื่นๆ มาปรับบังคับใช้ด้วย โดยนำเอากฎหมายลักษณะละเมิด และกฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้กับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม กรณีที่มีความเสียหายอื่นๆ หรือมีความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ต้องคืน เพื่อให้คู่กรณีได้รับการเยียวยา และได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างแท้จริง

3. ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน

เมื่อเข้าทำนิติกรรมยังไม่เกิดมีดอกผลขึ้น จนกระทั่งโมฆียะกรรมได้มีการบอกล้างแล้ว จึงจะทำให้คู่กรณีที่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนและฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นเกิดปัญหาขึ้นว่า

ผู้ใดจะมีสิทธิในดอกผลในกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องคืนเกิดดอกผลขึ้น เพราะฝ่ายผู้มิสิทธิเรียกคืนจะอ้างไม่ได้ว่าการคืนดอกผลอยู่ในขอบข่ายภายใต้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะฐานะเดิมไม่เคยมีดอกผลอยู่นั่นเอง จะปฏิบัติต่อกันอย่างไร กับดอกผลที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่ต้องคืนนี้ ถ้าทรัพย์สินที่ต้องคืนเป็นการคืนเงิน เงินนั้นมีลักษณะพิเศษที่มีดอกเบี้ย ซึ่งดอกเบี้ยที่เป็นดอกผลตามนัยมาตรา 148 ในฐานะที่เป็นคำตอบแทน เช่น นำไปฝากธนาคารได้ดอกเบี้ยเงินฝากธนาคาร หรือให้บุคคลภายนอกกู้ยืมได้ดอกเบี้ยเงินกู้ เป็นต้น เกิดดอกผลในรูปของดอกเบี้ยขึ้น

นิติกรรมที่เป็น โฆษียะจึงก่อให้เกิดผลของนิติกรรมไปจนกว่าจะมีการบอกล้าง ดังนั้น หากคู่กรณีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันไว้ก็เป็นการชำระหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 แล้ว ฝ่ายผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ย่อมมีสิทธิในดอกผล เพราะในขณะที่ดอกผลเกิดขึ้น บุคคลนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน เนื่องจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินนั้นวางหลักว่า ดอกผลย่อมเป็นของเจ้าของทรัพย์สิน แต่เมื่อบอกล้างนิติกรรมที่เป็น โฆษียะอันทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โฆษียะมาแต่แรก ย่อมต้องมีการคืนทั้งตัวทรัพย์สิน ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินคืน ย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะขายฝาก ซึ่งศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 656/2517 วินิจฉัยว่า ดอกผลของทรัพย์สินที่ขายฝากซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างกำหนดเวลาขายฝากย่อมตกให้แก่ผู้ซื้อฝาก ที่มาตรา 492 บัญญัติว่า ถ้าไถ่ภายในกำหนดให้ถือว่ากรรมสิทธิ์ไม่เคยตกไปแก่ผู้ซื้อเลยนั้น หมายถึงเฉพาะตัวทรัพย์สินที่ขายฝากเท่านั้น ไม่รวมถึงดอกผลด้วย ดังนั้น ดอกผลที่เกิดขึ้นภายหลังการบอกล้าง โฆษียะกรรมไปเท่านั้น ที่จะต้องส่งคืนดอกผล

เมื่อมีการบอกล้าง โฆษียะกรรมแล้ว มาตรา 176 มิได้บัญญัติวิธีการคืนดอกผลของทรัพย์สินที่ต้องคืนเมื่อมีการบอกล้าง ซึ่งเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นการใช้อิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เรียกเอาทรัพย์สินของตนคืนจึงถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 1376 ซึ่งกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้โดยอนุโลมได้ ซึ่งในเรื่องดอกผลนี้ กฎหมายเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ จึงอาจนำมาปรับใช้ได้เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องดอกผลของคู่กรณี การพิจารณาในเรื่องดอกผลควรพิจารณาจากความสุจริตของผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ในระหว่างที่ดอกผลเกิดขึ้น ดังที่มาตรา 415 ได้บัญญัติไว้ โดยความสุจริตนั้นต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 176 วรรคสอง ที่วางหลักการไว้ว่า สุจริต คือไม่รู้ถึงเหตุที่ทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็น โฆษียะ ดังนั้น หากฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินนั้นไปครอบครองทรัพย์สินด้วยความสุจริตก็ย่อมมีสิทธิในดอกผลนั้น แต่หากฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินนั้นรู้อยู่แล้วว่านิติกรรมตกเป็น โฆษียะ ก็เท่ากับว่าได้รับ โอนกรรมสิทธิ์และครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่สุจริตก็ย่อมไม่สมควรที่จะได้รับดอกผล ต้องคืนดอกผลนั้นแก่เจ้าของเดิม

การปรับบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยย่อมเป็นไปดังที่กล่าวข้างต้น ย่อมเป็นอันสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายประเทศญี่ปุ่น ที่ว่าผู้ที่บกพร่องในความสามารถนั้น จะต้องคืนลาภมิควรได้เพียงเท่าที่เหลืออยู่ขณะเรียกคืนเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าเป็นคู่กรณีที่สุดจิด สำหรับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่สุดจิดนั้น ได้แก่ผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้โดยรู้อยู่แล้วว่าไม่มีสิทธิจะได้รับ ซึ่งผู้ที่ไม่สุดจิดนี้ ต้องคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ใดๆ ที่ได้รับไว้ไม่ว่าของที่เรียกคืนนั้นจะยังคงมีอยู่หรือไม่ รวมทั้งดอกเบี้ย และต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างใดๆ ที่ก่อให้เกิดขึ้นด้วย

หลักกฎหมายประเทศอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายในเรื่องการคืนดอกผล แต่หลักกฎหมายอังกฤษมุ่งเน้นที่จะให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่มีการทำสัญญากันขึ้น และต้องการที่จะให้ทั้งสองฝ่ายไม่ได้รับประโยชน์ที่เพิ่มเติมหรือองอกงขึ้นมา การคืนทรัพย์สินหลังจากมีการบอกล้างโมฆะกรรมต้องเป็นการคืนทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่ได้รับมาทั้งหมด

ถ้ามีดอกผลที่ต้องคืนแต่ไม่อาจคืนได้ ผู้เป็นเจ้าของก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายโดยพิจารณาตามสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องความรับผิดชอบของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายต่อไป

เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืนหมดไป ผู้เขียนจึงมีแนวทางที่จะนำเอาหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์มาปรับใช้กับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

4. ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ตามหลักกฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ถ้าตราบใดที่บุคคลสองฝ่ายตกลงกันไว้เป็นอย่างใดและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนั้นก็ย่อมใช้บังคับได้ แต่บางกรณีก็อาจมีการทำข้อตกลงที่ได้เปรียบเสียเปรียบกันมากได้เช่นเดียวกับนิติกรรมที่เป็นโมฆะ คู่กรณีอาจตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ตกลงยกเว้นไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 ทำให้เกิดปัญหาผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หากมีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติแล้ว คู่กรณีก็ควรได้รับความเป็นธรรม

สำหรับการพิจารณาพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้กันให้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี ศาลก็มีอำนาจกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) และแม้ศาลล่างจะไม่หยิบยกขึ้นวินิจฉัยให้คู่ความที่เกี่ยวข้องก็ยังมีสิทธิที่จะยกบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง

จากการที่พระราชบัญญัตินี้ได้ให้ตัวอย่างของข้อตกลงไว้ในมาตรา 4 ที่ทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันไว้ถึง 9 ลักษณะ ซึ่งหากข้อตกลงใดมีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติแล้ว ศาลสามารถพิจารณาได้จาก (1) สภาพของคู่สัญญาในด้านต่างๆ ได้แก่ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ตามมาตรา 10 ซึ่งเป็นเพียงแนวทางที่ให้ศาลใช้เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงตาม (1) - (9) ของมาตรา 4 เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ ดังนั้น แนวทางที่มาตรา 10 ได้วางไว้ทั้ง 13 ปัจจัยดังกล่าว จึงเป็นแนวทางที่สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเพื่อไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ซึ่งก็เหมือนกับมาตรา 383 ที่บัญญัติว่า ถ้าเบี่ยงปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ โดยให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทางได้เสียตามที่มาตรา 383 กล่าวนั้น ก็ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเหมือนอย่างกรณีแนวทางพิจารณาตามมาตรา 10 ที่ได้ให้รายละเอียดไว้เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาได้ถึง 13 ปัจจัย นอกจากนั้น ปัจจัยที่เป็นข้อพิจารณาตามมาตรา 10 ยังมุ่งไปที่ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่าย จึงได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา มิใช่ของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามปัจจัยข้อนี้ ก็หมายถึงทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายและหลักสุจริตเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมาตรา 10 ได้กำหนดรายละเอียดแนวทางไว้แล้วเช่นนี้ จึงควรนำแนวทางข้างต้นมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับกรณีปัญหาผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีการนำเอาหลักความยุติธรรมทำนองเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบของพระราชบัญญัตินี้ในส่วนหลักการที่ว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับได้เมื่อข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและมีเหตุผลอันสมควร ดังนั้น บทบัญญัติของมาตรา 10 จึงถือเป็นการบัญญัติขึ้นตามแนวทางของหลักความยุติธรรมอย่างไรในระบบ Common Law แต่ได้นำเอาหลักความยุติธรรมมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะได้ให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาต่อไปให้ข้อตกลงที่เอาเปรียบเกินสมควร คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นหมดไป ผู้เขียนจึงมีแนวทางที่จะนำเอาหลักการพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บทบัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคสาม และบทบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อได้เปรียบนั้นว่าเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้ายประกอบมาตรา 10 มาร่วมปรับใช้ โดยข้อสัญญาเหล่านั้น

ยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมด ไม่ได้ คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น จะเป็นการสร้างความเป็นธรรม และเป็นการบูรณาการกฎหมายที่เป็นประโยชน์ยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับกรณีการคืนทรัพย์สินเมื่อมีการบอกล้างนิติกรรมสัญญาที่เป็นโมฆียะเกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติว่าเมื่อบอกล้างแล้วให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่มีความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน ส่งผลให้การนำกฎหมายไปใช้ไม่ไปในทิศทางเดียวกัน ยังผลก่อให้เกิดการนำไปใช้ที่แตกต่างกันด้วย นอกจากหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมแล้ว การใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ยังมีสภาพปัญหาอื่น ไม่ใช่เพียงการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างเดียวผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางเพื่อการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายการคืนทรัพย์สินภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรมนิติกรรมที่เป็นโมฆียะก่อนที่มีการบอกล้างเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ สามารถบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่มีต่อกันได้ เป็นหนี้ตามกฎหมาย ต่อมาเมื่อมีการบอกล้างโมฆียะ กฎหมายได้กำหนดให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงเกิดมีหนี้ขึ้น เป็นมูลหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งเป็นหนี้ตามกฎหมาย หนี้ที่เกิดขึ้นก็คือการคืนทรัพย์สิน เป็นหนี้ที่สามารถนำเอากฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินเพื่อทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

2. ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้เกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือกรณีความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ต้องคืน

เมื่อบอกล้างโมฆียะแล้ว คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากเป็นกรณีที่สามารถคืนทรัพย์สินได้และได้มีการคืนทรัพย์สินนั้นแล้ว แต่ยังคงมีค่าเสียหายอื่นๆ ซึ่งเป็นค่าเสียหายในส่วนที่มาตรา 176 มิได้บัญญัติไว้ก็สามารถได้รับการเยียวยาภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายลักษณะละเมิด โดยพิจารณาตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 และมาตรา 439 ได้ หากความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากมูลละเมิด ย่อมต้องพิจารณาสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะหนี้ ตามมาตรา 215 มาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 222 และมาตรา 223 เพราะเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากผลของมูลหนี้ตามกฎหมาย หากเป็นกรณีที่ไม่อาจคืนทรัพย์สินได้ ก็ต้องขอใช้ค่าเสียหายเป็นเงินแทนตามที่มาตรา 176 บัญญัติไว้โดยตรง โดยให้คำนวณมูลค่าหรือราคาของทรัพย์สินในเวลาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน ถ้าไม่ใช้การอาศัยมูลหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิมตามที่มาตรา 176 กำหนดไว้ กรณีนี้เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในมูลหนี้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด หรือตามกฎหมายลักษณะหนี้ ทำนองเดียวกันได้ ซึ่งการนำเอากฎหมายลักษณะละเมิด

และกฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้กับมาตรา 176 ก็เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับค่าเสียหาย ทั้งที่เป็นค่าเสียหายกรณีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัยตามมาตรา 176 และค่าเสียหายอื่นๆ นอกจากนั้น ยังสามารถพิจารณาตามแนวทางกฎหมายของประเทศอังกฤษในแนวทางที่ว่า กรณีมูลค่าของทรัพย์สินที่มีการเปลี่ยนแปลงไปก็ต้องนำเอามูลค่าที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงนั้นมาคำนวณเพื่อหักทอนหรือเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมด้วย

3. ปัญหาเกี่ยวกับดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืน

เมื่อทรัพย์สินที่ต้องคืนเกิดดอกผล การคืนดอกผลที่เกิดขึ้นก่อนบอกล้างโมฆียะสามารถพิจารณาตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ มาตรา 1336 โดยหลักการที่ว่าดอกผลย่อมเป็นของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ประธาน จึงเป็นผู้มีสิทธิในดอกผล ต่อมาเมื่อมีการบอกล้าง สิทธิเรียกร้องในฐานะของเจ้าของกรรมสิทธิ์จะกลับคืนมายังเจ้าของเดิม และเป็นผู้มีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินของตนคืน กรณีจึงสามารถพิจารณาได้ตาม มาตรา 1376 ซึ่งกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องลาภมิควรได้มาปรับใช้โดยอนุโลม เมื่อมาตรา 176 มิได้กล่าวไว้ในเรื่องดอกผล จึงพิจารณาตามมาตรา 415 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องดอกผล โดยความสุจริตนั้นต้องพิจารณาตามมาตรา 176 วรรคสอง ซึ่งความสุจริตหรือไม่สุจริตนั้น ให้ถือเอาเวลาที่รู้หรือควรจะได้รู้ถึงข้อที่ว่านิติกรรมเป็นโมฆียะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งสอดคล้องกับการพิจารณาคืนดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สินที่ต้องคืนตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นที่ให้นำเอาหลักการคืนแบบลาภมิควรได้มาปรับใช้ทั้งนี้ ถ้าคืนดอกผลไม่ได้ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้น

4. ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลงที่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 แต่ได้ทำข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หากข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะหรือมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติแล้ว คู่กรณีควรได้รับความเป็นธรรม ศาลสามารถพิจารณาให้ความเป็นธรรมได้ตามบทบัญญัติหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดทำให้ได้เปรียบหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคสาม และบทบัญญัติถึงแนวทางการพิจารณาข้อได้เปรียบนั้นว่าเป็นการได้เปรียบกันเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้ายประกอบมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพราะในมาตรา 10 ได้กำหนดรายละเอียดแนวทางไว้แล้วทั้ง 13 บัญญัติ ซึ่งเป็นการนำเอาหลักความยุติธรรมมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ศาลสามารถใช้ในการพิจารณา ดังนั้น จึงควรนำแนวทางข้างต้นมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น