

ส่วนที่ ๓ เงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม

ข้อความเบื้องต้น

เราได้ศึกษามาแล้วว่ารากฐานแห่งการเกิดขึ้นของนิติกรรมนั้นก็คือการแสดงเจตนาที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมายตามหลักเสรีภาพทางทรัพย์สิน และเสรีภาพในการทำสัญญาอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือประโยชน์แห่งความแน่นอนชัดเจน หรือประโยชน์สาธารณะอันสำคัญประการอื่น หรือเพื่อคุ้มครองบุคคลบางประเภท โดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ไร้ความสามารถ กฎหมายอาจวางกำหนดเงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรมบางประการเพิ่มเติมขึ้นจากองค์ประกอบพื้นฐานในส่วนเจตนาก็ได้ เงื่อนไขแห่งความมีผลของนิติกรรมนี้จึงเป็นเรื่องที่ต้องแยกพิจารณาต่างหากจากเรื่องการแสดงเจตนาอันเป็นรากฐานแห่งนิติกรรมโดยทั่วไป กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขความมีผลแห่งความมีผลของนิติกรรมไว้เป็นการทั่วไป ๓ ประการ ได้แก่

ก) วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการฝ่าฝืนวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นตกเป็นโมฆะ (มาตรา ๑๕๐, ๑๕๑)

ข) นิติกรรมนั้นทำขึ้นโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา ๑๕๒)

ค) ผู้ทำนิติกรรมมีความสามารถทำนิติกรรมเช่นนั้นได้ การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา ๑๕๓)

บทที่ ๑

การอันมีวัตถุประสงค์มิชอบด้วยกฎหมาย

อุทธรณ์

๑) ก. เจ้าของโรงงานทำขนมปังกรอบแห่งหนึ่ง เลิกจ้าง ข. ซึ่งเป็นคนงานคนหนึ่งของตน เพราะเหตุที่ ข. สมัครงานเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน และเลิกจ้าง ค. เพราะเหตุที่ ค. ประกอบอาชีพขายขนมปังกรอบของโรงงานคู่แข่งนอกเวลาทำงาน ดังนี้ท่านจงวินิจฉัยว่าการเลิกจ้างดังกล่าวมีผลตามกฎหมายหรือไม่

๒) ก. เป็นเจ้าของโรงแรมแห่งหนึ่งซึ่งถูกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรมเพราะ ก. ติดสุราและเป็นโรคพิษสุราเรื้อรัง อันเป็นคุณสมบัติต้องห้ามถือใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม ก. จึงขายโรงแรมให้ ข. โดยตกลงกำหนดเงื่อนไขให้ ข. ถือใบอนุญาตประกอบโรงแรมและจ้างตนเป็นผู้จัดการโรงแรม ดังนี้นิติกรรมดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่

๓) บริษัท ก. เป็นบริษัทประกอบกิจการค้าขายเครื่องจักรอุตสาหกรรม ได้ตกลงกับ ข. ซึ่งเป็นลูกค้าและลูกหนี้ของ ก. มานาน และมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยให้ ข. โอนเครื่องจักรทั้งหมดของ ข. มาเป็นของ ก. เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เพื่อให้บริษัท ก. เป็นเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันการชำระหนี้ดีเป็นพิเศษกว่าเจ้าหนี้อื่น ๆ ของ ข. และ ข. ได้โอนกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรดังกล่าวแก่ ก. ตามสัญญา ดังนี้นิติกรรมรายนี้จะจะมีผลสมบูรณ์ หรือตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรือไม่ เพราะเหตุใด

๔) นักโทษ ก. ตกอยู่กับนักโทษ ข. ซึ่งคิดบุหรืออย่างรุนแรงว่า ก. จะขอมแบ่งบุหรี่ยของตนแก่ ข. จำนวนวันละ ๑ ซองมีกำหนด ๑ ปี หาก ข. จะเลิกนับถือศาสนาของตน ดังนี้หาก ข. ขอมเลิกนับถือศาสนาจริง ข. จะมีสิทธิเรียกร้องต่อ ก. ให้ส่งมอบบุหรี่ยแก่ตนหรือไม่ เพราะเหตุใด

๕) ก. ตกหล่นกุญแจเงินจาก ข. เป็นค่าเครื่องบินเดินทางกลับภูมิลำเนา โดย ข. ทราบดีว่า ก. ตกอยู่ในภาวะจำเป็นต้องใช้เงินอย่างยิ่ง เพราะต้องรีบเดินทางกลับไปเยี่ยมมารดาซึ่งป่วยหนักอยู่ที่บ้าน ข. จึงให้กุญแจเงินโดยทำหลักฐานเป็นหนังสือและคิดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ ๑๐ ต่อเดือน ดังนี้สัญญาซื้อขายระหว่าง ก. กับ ข. จะตกเป็นโมฆะหรือไม่ เพราะเหตุใด

บทที่ ๑

การอันมีวัตถุประสงค์มิชอบด้วยกฎหมาย

๑. ข้อความเบื้องต้น

นิติกรรมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดผลตามกฎหมายขึ้นตามเจตนาหรือความสมัครใจของผู้ทำนิติกรรม และกฎหมายยอมรับบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของผู้ทำนิติกรรมนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันมานานาประเทศทั่วโลก โดยนับนี้โดยทั่วไปแล้วเจตนาของบุคคลจึงเป็นเครื่องบันดาลให้เกิดผลขึ้นได้ตามกฎหมาย แต่การกระทำที่กฎหมายยอมรับบังคับให้เป็นไปตามผลแห่งการแสดงเจตนา นั้น ย่อมอยู่ในขอบเขต กล่าวคือต้องเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบที่กฎหมายรับรองให้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ด้วยเหตุนี้กฎหมายในนานาประเทศจึงมักกำหนดกรอบไว้ว่า นิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้ต้องไม่เป็นการอันมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการอันพ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการอันพ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายก็ย่อมไม่รับบังคับให้เกิดผลตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม และถือว่านิติกรรมเช่นนั้นตกเป็นโมฆะ^๑ หลักการนี้เราเห็นได้จากความในมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่ว่า

“การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

บทกฎหมายมาตรานี้เป็นหลักทั่วไปในการจำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้นการตีความความหมายของมาตรานี้จึงต้องพิจารณาในแง่ที่เป็นหลักทั่วไปและใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ไม่แน่นอนตายตัว (indefinite term) บทมาตรานี้แม้จะเป็นบทบังคับ (jus

^๑ หลักกฎหมายข้อนี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในระบบกฎหมายของนานาประเทศ เช่น มาตรา ๑๓๔ และ ๑๓๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน; มาตรา ๑๕, ๒๐ แห่งประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิส ประกอบกับมาตรา ๑ ในประมวลกฎหมายแพ่งของสวิส หรือในมาตรา ๑๑๑๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และในมาตรา ๑๓๔๓, ๑๓๔๖ ประกอบมาตรา ๑๓๒๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ซึ่งตั้งอยู่บนฐานความคิดว่าด้วย "มูลอันมิชอบ" (une cause illicite) ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ก็มีหลัก Illegality & Public Policy เป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นเดียวกัน

cogens) ซึ่งคู่กรณีไม่อาจตกลงยกเว้นกันได้ แต่ก็ไม่ใช่เป็นบทเฉพาะหรือบทยกเว้น เพราะกฎหมายมุ่งให้มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงการแสดงเจตนาและนิติกรรมทั้งปวง

แม้บทกฎหมายมาตรานี้จะกล่าวถึงเฉพาะ “การใด” มิได้เจาะจงลงไปว่า “การแสดงเจตนา หรือนิติกรรมใด” แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า คำว่า “การใด” ในที่นี้ ย่อมหมายถึง การกระทำอันบุคคลได้กระทำลงโดยประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย เพื่อก่อความผูกพันหรือ ก่อให้เกิด โอนไปเปลี่ยนแปลง หรือสงวนไว้ซึ่งสิทธิ โดยมุ่งหมายถึงการแสดงเจตนา และนิติกรรมนั่นเอง

วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมในมาตรา ๑๕๐ นี้เป็นคำที่มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงความมุ่งหมายแห่งนิติกรรมที่ประสงค์ให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผลที่มุ่งถึงโดยตรงในเบื้องต้นและเบื้องปลาย วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมจึงมีความหมายรวมไปนับตั้งแต่เนื้อหาสาระแห่งนิติกรรม วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม ลักษณะแห่งนิติกรรม และพฤติกรรมต่าง ๆ ของคู่กรณี รวมตลอดไปจนถึงประโยชน์สุดท้ายอันเกิดจากการปฏิบัติตามความผูกพันแห่งนิติกรรมนั้นด้วย เช่น ในการทำนิติกรรมเช่าบ้าน วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมย่อมครอบคลุมไปถึงเนื้อหาแห่งสัญญาเช่าซึ่งเป็นสัญญาที่ฝ่ายผู้ให้เช่าตกลงยอมให้ผู้เช่าใช้ทรัพย์สินที่เช่า โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าเช่า และรวมไปถึงผลสำเร็จหรือความมุ่งหมายแห่งสัญญาเช่านั้นด้วยเช่นเช่าเป็นสถานประกอบการค้าหรือเป็นโรงงาน หรือเป็นที่อยู่อาศัย เป็นต้น

สิ่งซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมนี้ หากเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวผู้กระทำได้มุ่งต่อการเกิดขึ้นหรือรับรู้รับรองถึงพฤติการณ์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมนั้นว่าย่อมจะเกิดขึ้นจากผลแห่งนิติกรรมนั้น หากเป็นนิติกรรมซึ่งทำขึ้นโดยบุคคลสองฝ่าย คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมรู้กันถึงพฤติการณ์นั้นจึงจะนับว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมสัญญานั้น หากฝ่ายเดียวรู้หรือมุ่งหมายให้พฤติการณ์อันต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเกิดขึ้นดังนี้ก็ยังไม่อาจเรียกพฤติการณ์เช่นนั้นว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมเช่นนั้นได้^๒

ตัวอย่างเช่น ก. กับ ข. ต่างมีเรือคนละลำ และได้้นำออกให้ ค. เช่าเพื่อจับสัตว์น้ำ ปรากฏว่า ค. นำเรือที่เช่านั้นไปใช้ในการขนของต้องห้ามออกนอกประเทศ โดย ก. รู้เห็นในการกระทำ

^๒ เทียบจากคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๒๔/๒๕๑๒ ๒๕๑๒ ฎ.๑๕๓๔ ซึ่งเป็นกรณีมีผู้รับฝากเงินไปหาประโยชน์ โดยเรียกดอกเบี้ยสูงเข้าช่วยประกอบการธนาคารพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อผู้ฝากเงินไม่ได้รู้เห็นด้วยขอมติไม่ได้ว่าวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย; คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๕๐/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.๑๖๓๓ ผู้รับฝากสินค้าเพื่อส่งไปต่างประเทศไม่ได้รับอนุญาตจดทะเบียนเป็นคลังสินค้าตามกฎหมาย แต่ได้ออกใบรับฝากของตามแบบคลังสินค้า เมื่อผู้ฝากสินค้าและธนาคารผู้ซื้อใบรับของไว้ไม่รู้เห็นด้วยกับการประกอบการของผู้รับฝากซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย การฝากของดังกล่าวไม่ตกเป็น โฆษณ

ของ ค. แต่ ข. ไม่รู้เห็นด้วย ดังนี้สัญญาระหว่าง ก. กับ ค. ตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ผิดกฎหมาย แต่สัญญาระหว่าง ข. กับ ค. ไม่ตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์มิได้ขัดต่อกฎหมาย^๓

นอกจากนี้ ควรคำนึงไว้เสมอว่า วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมนั้นอาจแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของผู้ทำนิติกรรมก็ได้ และการวินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมเป็นการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการอันพ้นวิสัย หรือเป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ย่อมจะต้องพิจารณาจากนิติกรรมนั้นเอง ไม่ใช่จากความต้องการของผู้เข้าทำนิติกรรม ในบางกรณีแม้ผู้ทำนิติกรรมมีเจตนาดี แต่นิติกรรมนั้นก็อาจมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายได้

ตัวอย่างเช่น ก. กับ ข. เป็นสามีภริยากันแต่ไม่มีบุตรด้วยกัน จึงร่วมกันชักชวน ค. ซึ่งเป็นน้องสาวของ ข. ให้ยอมร่วมอยู่กินหลับนอนกับ ก. โดยตกลงจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ค. เป็นรายเดือน ค. ตกลงเพราะเห็นใจคู่สามีภริยาทั้งสอง ดังนี้นิติกรรมนั้นก็จัดเป็นนิติกรรมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี^๔

ในทำนองกลับกันถ้าวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมมิได้ฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่คู่กรณีมีเจตนากระทำการฝ่าฝืนกฎหมายโดยสำคัญผิดไปว่าการอันมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้ ก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นกลายเป็นการอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีไปได้ เช่น ก. กับ ข. ตกลงซื้อขายวิทยุสื่อสารความถี่สูงในประเทศหนึ่งโดยเข้าใจว่าการซื้อขายอุปกรณ์ดังกล่าวเป็นความผิดอาญา หากปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวไม่ผิดกฎหมายในประเทศนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ตกเป็นโมฆะ แม้ว่าคู่กรณีจะมีวัตถุประสงค์ที่จะทำการอันขัดต่อกฎหมายก็ตาม

นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนี้ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้แจ้งชัดว่าหมายความว่าอย่างไร จะมีก็แต่กำหนดผลทางกฎหมายไว้ในมาตรา ๑๗๒ ว่า โมฆะกรรมไม่อาจให้สัตยาบันหรือความยินยอมเพื่อให้เกิดผลได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายแก่แห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้ นอกจากนี้หากจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม กฎหมายก็กำหนดให้นำหลักว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ

ควรสังเกตว่าในทางตำรามักเป็นที่เข้าใจกันว่านิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะหมายถึงนิติกรรมที่ไม่มีผล เพราะเสียหายมาแต่ต้น^๕ ความเห็นทำนองนี้เป็นความเห็นที่น่าจะก่อให้เกิดความเข้าใจความหมายและผลของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะคลาดเคลื่อนไป เพราะอันที่จริงนิติกรรมที่ตกเป็น

^๓ โปรดเทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๔๒, ๒๔๔๓/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ.ร. ๑๖๖๖

^๔ โปรดเทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๕/๒๔๘๔

^๕ โปรดดู ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, (ฉบับ พ.ศ. ๒๕๓๖), หน้า ๒๔๔

โมฆะนั้นเพียงแต่เป็นนิติกรรมที่ไม่มีผลตามที่จะมีตามหลักทั่วไปในกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมเท่านั้น คือ ไม่มีผลตามที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นมุ่งหมายจะให้เกิดขึ้น แต่อาจมีผลอย่างอื่นต่างจากที่ผู้ทำนิติกรรมประสงค์ได้

ดังตัวอย่างเช่น นิติกรรมที่ทำโดยเจตนาหลง ตามมาตรา ๑๕๕ ย่อมตกเป็นโมฆะ แต่นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนี้ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหายจากการนั้นได้ นอกจากนี้การแสดงเจตนาที่ทำโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ หากเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมใด แม้การแสดงเจตนาเช่นนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๕๖ แต่หากความสำคัญผิดนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มาตรา ๑๕๗ ก็ปิดปากไม่ให้ผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดนั้นอ้างความสำคัญผิดเป็นประโยชน์แก่ตน ซึ่งก็เท่ากับห้ามมิให้อ้างว่าการแสดงเจตนา นั้นเป็นโมฆะกรรมนั่นเอง

ดังนั้นเราย่อมเห็นได้ว่า โมฆะกรรมนั้นจึงไม่ใช่กรณีที่การแสดงเจตนา หรือนิติกรรมนั้นเสียหายในความหมายว่าไม่มีผลใด ๆ เลย แต่เป็นการแสดงเจตนาหรือนิติกรรมที่กฎหมายบังคับไม่ให้เกิดผลตามที่ผู้แสดงเจตนาหรือผู้ทำนิติกรรมนั้นมุ่งจะให้เกิดผลตามหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมโดยทั่วไปเท่านั้น

๒. นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย

ก) การต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย

การจะเข้าใจได้ว่านิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมายหรือไม่ จำเป็นต้องเข้าใจเสียก่อนว่าการต้องห้ามในบทกฎหมายต่าง ๆ นั้นมีว่าอย่างไร และข้อห้ามเช่นนั้นครอบคลุมถึงวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมนั้นหรือไม่ การจะเข้าใจได้ว่าข้อห้ามในบทกฎหมายนั้น ๆ มีว่าอย่างไรต้องอาศัยการตีความบทกฎหมายเรื่องนั้น ๆ ให้ถี่ถ้วนเสียก่อนด้วย

บทกฎหมายในที่นี้หมายถึงบทกฎหมายในพระราชบัญญัติ และบทกฎหมายลำดับรอง เช่นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ คำสั่ง และข้อบังคับขององค์กรปกครองท้องถิ่น หรือหน่วยงานอิสระ เช่นข้อบังคับเทศบาล และกฎหมายจารีตประเพณีด้วย แต่มติคณะรัฐมนตรีที่มีไว้เพื่อประโยชน์ในทางบริหารราชการไม่ใช่กฎหมาย เช่นมติคณะรัฐมนตรีห้ามข้าราชการและพนักงานรัฐวิสาหกิจเล่นแชร์เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับบัญชาทางวินัย การเล่นแชร์จึงไม่ใช่การอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันกฎหมายห้ามไว้แจ้งชัด หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน^๖

^๖ เทียบจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕๓/๒๕๑๘ ๒๕๑๘ ฎ.๒๗๗๕

นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนี้จะต้องห้ามในแง่เนื้อหาแห่งนิติกรรมหรือในแง่ความมุ่งหมายแห่งนิติกรรมก็มีค่าเท่ากัน เพราะต่างก็รวมอยู่ในความหมายของวัตถุประสงค์เหมือนกัน ที่ว่าต้องห้ามชัดแจ้งนี้มีได้หมายความว่าต้องมีบทกฎหมายวางข้อห้ามหรือระบุโดยตรงว่าจะกระทำมิได้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่หมายถึงกรณีที่กฎหมายมุ่งหมายไปในทางห้าม หรือในทางยับยั้งหรือป้องกันไม่ให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดโดยนิติกรรมนั้นด้วย

ตัวอย่างเช่น กฎหมายอาญาวางบทห้ามรับของโจร ห้ามเจ้าพนักงานรับสินบน และการสนับสนุนการกระทำผิดดังกล่าวก็เป็นความผิดด้วย ดังนั้นการทำนิติกรรมใดที่มีวัตถุประสงค์ทำให้การอันกฎหมายห้ามนั้นสำเร็จโดยตรง สนับสนุนหรือส่งเสริมการกระทำผิด ก็จัดเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายทั้งสิ้น ในเรื่องรับของโจร การรับซื้อ รับฝาก การจัดหาเครื่องมือในการกระทำความผิด การรับขนของที่คนร้ายลักมา ส่งข่าวคราวแก่คนร้าย หรือในเรื่องการให้สินบนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การส่งของหรือรับฝากสินบนที่ไว้โดยมิชอบ เหล่านี้ ย่อมจัดเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เมื่อกฎหมายอาญากำหนดว่าความผิดฐานใดเป็นความผิดอันยอมความได้ แม้ไม่มีบทกฎหมายใดห้ามยอมความในความผิดฐานอื่น ก็ย่อมหมายความว่าความผิดนอกจากที่กฎหมายกำหนดนั้นจะยอมความกันไม่ได้ หากตกลงยอมความในฐานความผิดนั้น นิติกรรมนั้นย่อมเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย^๑ ในเรื่องอายุความมีกฎหมายกำหนดห้ามมิให้ตกลงคดี ชยายออกหรือยื่นเข้า ดังนี้เมื่อคู่กรณีตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่ข้อพิพาท ย่อมต้องใช้เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ดังนั้นข้อตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องอายุความจึงใช้บังคับไม่ได้^๒ ในเรื่องกู้เงินนั้น หากตกลงกู้เงินกัน โดยผู้กู้ยอมมอบสวนให้ผู้ให้กู้ทำกินต่างดอกเบี้ย และทำสัญญาว่าถ้าไม่ชำระเงินภายในกำหนดตามสัญญา ผู้กู้ยอมโอนสวนให้แก่ผู้กู้ เป็นการทำสัญญาฝ่าฝืนกฎหมายลักษณะผู้ยืม มาตรา ๖๕๖ วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้การรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนเงินที่ผู้ยืมต้องติดตาม

^๑ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๘๑/๒๔๕๑, ที่ ๑๕๒๗/๒๕๑๒, ที่ ๑๕๒๗/๒๕๑๓ ๒๕๑๓ ฎ.๑๕๘๗, ที่ ๕๕๘/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ฎ.๕๐๗ ทำสัญญาประนีประนอมยอมความในคดีพรากผู้เยาว์ อันมุ่งต่อการระงับคดีอาญานั้น ข้อตกลงดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ (แต่ในคดีนี้คำพิพากษาระบุว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน) แต่โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๖๕๔/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ. ๑๕๑๕ ถ้าเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในเรื่องความเสียหายทางเมิด สัญญานั้นไม่ต้องห้าม เพราะกฎหมายห้ามเฉพาะการตกลงระงับคดีหรืองดการฟ้องคดีอาญาที่มีโทษความผิดต่อส่วนตัวเท่านั้น

^๒ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๘๗/๑๕๑๑ ๒๕๑๑ ฎ.๑๕๗๓

ราคาห้องตลาดในเวลาส่งมอบ สัญญานั้นตกเป็น โฆษะ^๕ แต่การที่กฎหมายกำหนดว่า หากการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เพราะพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้นยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา ๒๑๕ นั้น ไม่ใช่บทกฎหมายบังคับตายตัว หากคู่กรณีตกลงยกเว้นยอมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน^๖

ข) ผลของนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย

นิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายนั้น มาตรา ๑๕๐ กำหนดว่าการนั้นเป็น โฆษะ

อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาว่าการนั้นจะตกเป็น โฆษะเพราะเป็นการอันมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเสียก่อนว่าการที่จะตกเป็น โฆษะนั้นต้องเป็นการอันกฎหมายมุ่งหมายจะห้ามมิให้เกิดผลด้วย ถ้ากฎหมายมิได้มุ่งจะห้ามหรือป้องกันมิให้มีการกระทำการนั้น ดังนี้การนั้นอาจจะยังคงมีผลสมบูรณ์ เพราะไม่ใช่การอันกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้เกิดเป็นผลขึ้น โดยตรง เช่นกฎหมายที่ดินกำหนดว่าคนต่างด้าวจะได้อำนาจที่ดินต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ดังนั้นหากคนต่างด้าวทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินในฐานะเป็นผู้จะซื้อ นิติกรรมนั้นย่อมสมบูรณ์ เพราะกฎหมายที่ดินมิได้ห้ามเด็ดขาดมิให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินเสียทีเดียว สัญญาจะซื้อจะขายจึงไม่ใช่สัญญาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่ตกเป็น โฆษะ^๗ แต่ถ้าเป็นกรณีคนต่างด้าวซื้อที่ดินโดยให้คนไทยเป็นผู้รับโอนที่ดินแทน ดังนี้วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย สัญญาซื้อขายตกเป็น โฆษะ^๘

กฎหมายบางบทอาจมุ่งที่จะห้ามพฤติการณ์หรือวิธีในการทำนิติกรรมบางอย่าง โดยเฉพาะ แต่มิได้มุ่งที่จะห้ามผลแห่งนิติกรรมนั้นแต่อย่างใด เช่นกฎหมายห้ามเปิดสถานบริการเกินเวลาควบคุม หรือห้ามเปิดบริการในบางวัน ย่อมมุ่งห้ามการเปิดบริการเมื่อพ้นกำหนดเวลาควบคุมโดยเฉพาะ มิได้มุ่งห้ามผลอย่างอื่นที่มีตามมาจากการเปิดบริการเมื่อพ้นเวลาดังกล่าว

^๕ โปรดเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๐๓-๘๐๔/๒๔๕๑ ๒๔๕๑ ฎ.๕๕๑ และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๓๗/๒๔๕๑ (ประชุมใหญ่) ๒๔๕๑ ฎ.๑๓๓๓

^{๖๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๓/๒๔๕๒ ๒๔๕๒ ฎ.๖๓๖

^{๖๗} โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๒/๒๕๑๑ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๑ ฎ.๒๕๕, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๘/๒๕๑๑ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๑ ฎ.๗๐๗

^{๖๘} โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๔/๒๕๑๑ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๑ ฎ.๓๔๓ ในคดีนี้ศาลพิพากษาว่าคนต่างด้าวประสงค์จะให้ผู้รับโอนโอนที่ดินให้คนในนามของบุตรตนซึ่งเป็นคนไทยมิได้ และผู้รับโอนก็จะอ้างว่าเป็นเจ้าของก็ไม่ได้ด้วย

ด้วย เช่นการห้ามเปิดสถานบริการเกินเวลา หรือในวันที่กำหนด ในกรณีเหล่านี้กฎหมายมุ่งห้ามผู้ประกอบการมิให้เปิดกิจการเกินเวลาที่กำหนด แต่ไม่ได้มุ่งต่อการห้ามมิให้ผู้บริโภคซื้อสุราหรืออาหารเมื่อพ้นเวลาที่กำหนดด้วย ดังนั้นหากมีการขายสุราในเวลาที่ยกเว้นก็จะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการกระทำความผิด แต่ไม่มีผลทำให้นิติกรรมซื้อขายสุราตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ซื้อขายแร่ต้องได้รับอนุญาตจากราชการ โดยไม่ได้มุ่งที่จะห้ามการซื้อขายแร่ ดังนั้นแม้ผู้ซื้อขายไม่ได้รับอนุญาต ก็ผิดที่ไม่ได้ขออนุญาต แต่สัญญาซื้อขายแร่ไม่ตกเป็นโมฆะ^{๑๑} หรือกรณีที่กฎหมายห้ามขับรถยนต์เร็วเกินอัตรา แต่ผู้ซื้อขายรถยนต์ตกลงกันว่ารถยนต์จะต้องมีคุณสมบัติพิเศษวิ่งได้เร็วกว่าอัตราที่กำหนด หรือผู้ว่าจ้างตกลงกับผู้รับจ้างให้ส่งคนไขหรือส่งของเป็นการด่วน และรับรู้กันว่าจะต้องขับรถยนต์ด้วยความเร็วเกินกว่าอัตราที่กำหนด ดังนั้นไม่น่าจะเป็นเหตุให้สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาจ้างส่งของนั้นตกเป็นโมฆะไป

เราอาจกล่าวในอีกแง่หนึ่งได้ว่า กรณีที่วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งนิติกรรมไม่ใช่การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายโดยตรง แม้นิติกรรมนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับการอันต้องห้ามตามกฎหมายอยู่บ้าง นิติกรรมนั้นไม่จำเป็นจะต้องตกเป็นโมฆะเสมอไป

การที่กฎหมายห้ามขับรถยนต์ด้วยความเร็วเกินที่กำหนดนั้น มิได้มุ่งห้ามสัญญาว่าจ้างการขนส่งสินค้าหรือคนโดยสาร โดยมีกำหนดเวลานำส่งถึงที่ในเวลารวดเร็ว และต้องใช้รถยนต์นำส่งด้วยความรวดเร็วที่อาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือการที่กฎหมายห้ามขับรถยนต์เร็วเกินอัตรา มิได้มุ่งต่อการห้ามซื้อขายหรือเช่ารถยนต์ที่มีกำลังสูงหรืออุปกรณ์ปรับแต่งเครื่องยนต์ให้มีกำลังสูงเพื่อขับขี่ยุติรถเร็วเกินอัตราที่กำหนด ดังนั้นหากผู้ใดขับขี่ยุติรถที่ซื้อหรือเช่ามาในอัตราเร็วสูงกว่าที่กฎหมายกำหนด สัญญาซื้อขายหรือเช่ารถยนต์นั้นย่อมไม่ตกเป็นโมฆะ

กฎหมายห้ามตัดไม้โดยไม่ได้รับอนุญาต ปรากฏว่าผู้ตัดไม้โดยใบอนุญาตขาดอายุ และไม่ถูกเจ้าหน้าที่จับและยึดไว้เป็นของกลาง ได้ตกลงขายไม้นั้นต่อไป ดังนั้นสัญญาซื้อขายรายนี้ไม่ตกเป็นโมฆะเพราะการขายไม้ไม่ต้องห้ามโดยกฎหมาย^{๑๒}

การประกอบกิจการประกันภัยต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ แต่สัญญาประกันภัยที่ทำขึ้นโดยผู้รับประกันภัยไม่ได้รับอนุญาตอันเป็นการผิดกฎหมายนั้น ถ้าผู้เอาประกันภัยไม่ทราบถึงความไม่สมบูรณ์แห่งสิทธิของผู้รับประกันภัย สัญญานั้น ไม่ตกเป็นโมฆะ^{๑๓}

^{๑๑} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๖๒/๒๔๕๓ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายมีความมุ่งหมายโดยตรงที่จะห้ามมิให้มีการซื้อขายกัน เช่นสินค้าควบคุมที่กฎหมายห้ามซื้อขายในเวลาประกาศภาวะฉุกเฉิน หรือในยามสงคราม เว้นแต่จะได้รับอนุญาต ดังนั้นผลก็อาจเปลี่ยนไป หากซื้อขายกันก็อาจตกเป็นโมฆะได้

^{๑๒} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๒/๒๕๐๕ ๒๕๐๕ ฎ.๘๐๑

^{๑๓} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๘/๒๔๘๒ ๒๔๘๒ ฎ.๕๘

แต่ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะห้ามสิ่งที่เป็นเนื้อหาแห่งนิติกรรมโดยตรง เช่น นิติกรรมที่มีเนื้อหาฝ่าฝืนข้อห้ามเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะเสมอ เช่น กฎหมายห้ามการฆ่าคน หรือทำร้ายร่างกาย ดังนั้นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาเป็นการทำลายชีวิตหรือทำร้ายร่างกายมนุษย์^{๑๖} ย่อมตกเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ข้างต้นก็ยังมีข้อควรพิจารณาที่ต้องพิจารณาประกอบด้วยเสมอ เช่น

(๑) ในกรณีที่กฎหมายประสงค์จะห้ามพฤติกรรมของกลุ่มหนึ่งในนิติกรรมหนึ่งนิติกรรมใดเพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นควรพิจารณาด้วยว่ากฎหมายมุ่งจะห้ามนิติกรรมนั้นทั้งหมด หรือมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มที่เกี่ยวข้องยิ่งกว่า

ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายที่ทำขึ้นโดยผู้ขายล้อไถของผู้ซื้อนั้น การล้อไถเป็นพฤติการณ์ซึ่งเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็จริง แต่นิติกรรมเช่นนี้ก็เข้าข่ายเป็นนิติกรรมที่ทำขึ้นโดยการใช้กลฉ้อฉลด้วย กรณีเช่นนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้มีผลเป็นเพียงโมฆียะกรรม เพราะกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองประโยชน์ได้เสียของกลุ่มฝ่ายที่แสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลเพื่อให้มีสิทธิเลือกที่จะให้นิติกรรมมีผลต่อไปหรือเลือกจะบอกล้างในภายหลัง ดังนั้นแทนที่นิติกรรมเช่นนั้นจะตกเป็นโมฆะ ผลก็จะกลายเป็นว่านิติกรรมนั้น ๆ ตกเป็นโมฆียะเท่านั้น

(๒) กรณีที่การต้องห้ามโดยกฎหมายนั้นเป็นเนื้อหาแห่งนิติกรรมโดยตรง นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ แต่การชำระหนี้ตามนิติกรรมเช่นนั้นอาจไม่ต้องตกเป็นโมฆะเสมอไปก็ได้

ตัวอย่างเช่น กฎหมายควบคุมราคาสินค้า ห้ามขายสินค้าเกินราคาที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่ทำให้การส่งมอบสินค้าและการโอนกรรมสิทธิ์แก่ผู้ซื้อสินค้าที่ซื้อขายเกินราคากันนั้นพลอยตกเป็นโมฆะไปด้วย เพราะการที่กฎหมายห้ามนั้นมุ่งห้ามผู้ประกอบการธุรกิจการค้ามิให้ขายสินค้าเกินราคามิได้มุ่งป้องกันมิให้ผู้บริโภคที่ยินยอมซื้อสินค้าเกินราคานั้นได้รับสินค้ามาใช้สอยหรือบริโภค ด้วยเหตุนี้การโอนกรรมสิทธิ์จึงคงมีผลสมบูรณ์

(๓) แต่ถ้ากฎหมายประสงค์จะห้ามการโอนทรัพย์สินอันเป็นการชำระหนี้ตามนิติกรรมนั้นด้วย ดังนั้นนิติกรรมอันเป็นเหตุแห่งการโอนและการโอนนั้นย่อมตกเป็นโมฆะไปด้วยกัน และผู้โอนย่อมมีสิทธิเรียกทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาได้ตามหลักกรรมสิทธิ์

ตัวอย่างเช่น มีกฎหมายห้ามการให้สินบนเจ้าพนักงาน ห้ามโอนหรือจำหน่ายสินค้าบางประเภท หรือกำหนดว่าการจำหน่ายสินค้าบางประเภทต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียก่อน เช่น การจำหน่ายสารเคมี สารเสพติด หรือไม้หวงห้าม ดังนั้นหากมีการให้สินบนเจ้า

^{๑๖} คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๕๘/๑๕๑๑ ๒๕๑๑ ฎ.๓๕๘ ให้ผู้เงินไปใช้หนี้ในการจ้างฆ่าคน เป็นโมฆะ; คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๐๗/๒๔๘๗ ๒๔๘๗ ฎ.๔๒๔ การกู้เงินเพื่อทำการค้าฝืนเงื่อนไขซึ่งเป็นการผิดอาญา ดังนั้นสัญญากู้ตกเป็นโมฆะ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกเงินจากผู้กู้ต่อศาลไม่ได้

พนักงาน หรือซื้อขายสินค้าต้องห้าม ดังนั้นทั้งสัญญาซื้อขายและการโอนทรัพย์สินนั้นย่อมตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น

ค) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเล็งกฎหมาย

กรณีการเล็งกฎหมายอาจมีได้ในกรณีที่กฎหมายประสงค์จะห้ามหรือป้องกันผลอย่างใดอย่างหนึ่งมิให้เกิดมีขึ้นโดยไม่คำนึงถึงวิธีที่ผลเช่นนั้นจะเกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม แต่มิได้วางบทห้ามไว้โดยตรง หรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดข้อห้ามไว้คลุมไปไม่ถึงข้อเท็จจริงบางกรณี ทำให้มีการอาศัยช่องว่างดังกล่าวก่อพฤติการณ์ที่กฎหมายประสงค์ห้ามนั้นโดยเล็งกฎหมาย แต่หากตีความกฎหมายตามความมุ่งหมายแล้วได้ความว่ากฎหมายมุ่งห้ามการเช่นนั้น ดังนั้นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเล็งกฎหมายที่มุ่งหมายป้องกันผลเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะการเล็งกฎหมายที่แท้ก็คือการฝ่าฝืนข้อห้ามแจ้งชัดในกฎหมายนั่นเอง

ตัวอย่างที่ ๑ กรณีตามอุทธรณ์ข้อ ๒) ข้างต้น เมื่อกฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้บุคคลที่มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นผู้ประกอบการ โรงแรม หรือประกอบการสถานบริการนั้น เป็นไปเพื่อรักษามาตรฐานความปลอดภัยและคุณสมบัติของผู้ประกอบการ ดังนั้นการเล็งผลจากการที่ผู้ประกอบการที่ถูกถอนใบอนุญาตเพราะมีเหตุเสื่อมเสียหรือขาดคุณสมบัติโดยทำนิติกรรมให้ผู้ถูกถอนใบอนุญาตกลับมาเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการประกอบการที่ถูกถอนใบอนุญาตอีก แม้จะกลับมาทำหน้าที่เพียงในฐานะผู้จัดการสถานประกอบการซึ่งเป็นเพียงตัวแทนของผู้ประกอบการรายใหม่ก็ตาม นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ให้เกิดผลในทางที่กฎหมายมุ่งจะห้ามไม่ให้เกิดขึ้นย่อมได้ชื่อว่าเป็นนิติกรรมเล็งกฎหมายและเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้นสัญญาจ้างผู้จัดการในกรณีดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ^{๑๓}

ตัวอย่างที่ ๒ ทำสัญญาเช่ากิจการพิมพ์และจ้างพิมพ์หนังสือซึ่งมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิการเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ของผู้ให้เช่า ให้ผู้เช่าเป็นผู้ใช้หรือรับประโยชน์จากการเป็นผู้ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ โดยกำหนดด้วยว่าให้ผู้ให้เช่างดเว้นการใช้สิทธิ

^{๑๓} เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๖๐๘/๒๕๒๗ ผู้ได้รับอนุญาตตั้งสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการตกลงโอนสิทธิตามใบอนุญาตไปยังบุคคลอื่น สัญญาโอนตกเป็นโมฆะ เพราะใบอนุญาตตั้งสถานบริการเป็นใบอนุญาตที่ออกให้เฉพาะตัว การโอนใบอนุญาตจึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตกเป็นโมฆะ

ในฐานะเป็นบรรณาธิการตลอดระยะเวลาที่ตกลงกันได้ ดังนั้นเป็นการทำนิติกรรมหลีกเลี่ยงและฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. ๒๔๘๔ มาตรา ๒๔ นิติกรรมคือสัญญาเช่านั้นตกเป็นโมฆะ^{๑๘}

ตัวอย่างที่ ๓ กรณีมีกฎหมายห้ามนำที่ดินที่ราษฎรได้รับจากทางราชการไปทำกินไปโอนต่อไปยังบุคคลอื่นมีกำหนด ๑๐ ปี ปรากฏว่าผู้ได้รับที่ดินไปทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินและได้รับมอบเงินและส่งมอบที่ดินกันแล้ว แม้จะตกลงกันว่าจะไปจดทะเบียนโอนกันเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาห้ามโอนตามกฎหมาย ดังนั้นเป็นการเลี่ยงกฎหมายห้ามโอน จัดว่าเป็นการอันมิวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและย่อมตกเป็นโมฆะ แม้ต่อมามีกฎหมายยกเลิกข้อห้ามโอนนี้แล้ว ก็ไม่ทำให้สัญญาซึ่งเป็นโมฆะมาแต่แรกแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นอีกได้^{๑๙}

ตัวอย่างที่ ๔ กฎหมายคุ้มครองแรงงานซึ่งมุ่งวางหลักเกณฑ์คุ้มครองไม่ให้ลูกจ้างได้รับความไม่เป็นธรรม กำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายเงินทดแทนในกรณีลูกจ้างถึงแก่ความตายขณะปฏิบัติหน้าที่ไว้ในอัตราสูง แต่นายจ้างได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความในเรื่องเงินค่าทดแทนไว้ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้นสัญญาประนีประนอมยอมความในส่วนที่เกี่ยวกับเงินค่าทดแทนจึงตกเป็นโมฆะ^{๒๐}

ตัวอย่างที่ ๕ เจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญา เมื่อรู้ว่ามี ความผิดเกิดขึ้นย่อมมีหน้าที่จับกุมผู้กระทำผิดหรือแจ้งการกระทำผิดนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจับกุม หากการกระทำผิดนั้นเกิดนอกเขตอำนาจของตน ดังนั้นเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจนั้นแจ้งความต่อนายตรวจสุลการโดยหวังจะรับเงินสินบนนำจับในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ซึ่งตนเองมีอำนาจและหน้าที่จะต้องปฏิบัติอยู่แล้ว ข้อตกลงในการเรียกและยอมให้สินบนนำจับแก่เจ้าพนักงานผู้นั้นเพื่อปฏิบัติการตามหน้าที่ย่อมมีลักษณะเป็นการที่เจ้าพนักงานเรียกและรับสินบน

^{๑๘} เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๐๗/๒๕๑๔ ๒๕๑๔ ฎ.๗๖๖ และ โปรดุคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๗๗/๒๕๒๓ ๒๕๒๓ ฎ.๑๓๘๕ การเป็นเจ้าของหนังสือพิมพ์ต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมาย และต้องขออนุญาต หากฝ่าฝืนต้องได้รับโทษอาญา เป็นกิจการที่ต้องทำเองเฉพาะตัว สัญญาที่เจ้าของหนังสือพิมพ์ตั้งผู้อื่นเป็นตัวแทนถือใบอนุญาตเป็นเจ้าของหนังสือพิมพ์แทนกัน จึงเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ

^{๑๙} เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๔๖/๒๕๒๕ และ ๓๓๕๓/๒๕๒๕ ๒๕๒๕ ฎ.๒๔๗๓

^{๒๐} เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๘๓/๒๕๑๖ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๖ ฎ.๓๕๒ กรณีเลี่ยงกฎหมายทำนองเดียวกันนี้เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๖๓๕/๒๕๒๔ ๒๕๒๔ ฎ.๑๕๒๔ บริษัทมีข้อบังคับจ่ายบำเหน็จเมื่อพนักงานมีอายุครบตามกำหนด โดยมีวิธีคำนวณชัดเจน ทั้งยังจ่ายให้ในกรณีลาออกและถึงแก่กรรมด้วย เงินบำเหน็จจึงมีลักษณะเป็นค่าสงเคราะห์ตอบแทนการที่ลูกจ้างทำงานด้วยดีจนออกจากงานหรือถึงแก่กรรม จัดเป็นเงินประเภทอื่นนอกเหนือจากค่าชดเชย การที่บริษัทนายจ้างตกลงกับลูกจ้างคิดเงินบำเหน็จเป็นค่าชดเชยจึงเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างได้รับเงินชดเชย ข้อตกลงนี้ย่อมไม่ผูกพันลูกจ้าง

ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็น โฆษณา เจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นไม่มีสิทธิเรียกร้องเงินสินบนนำจับ^{๒๑}

ตัวอย่างที่ ๖ ผู้ได้รับอนุญาตให้ส่งข้าวออกนอกราชอาณาจักรตกลงทำสัญญาให้ผู้อื่นส่งข้าวออกในนามของตนแลกกับประโยชน์ตอบแทน (ขายโคเวต้าข้าว) แม้ไม่มีกฎหมายห้ามแต่การอนุญาตนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนขายกันไม่ได้ การตกลงดังกล่าวเป็นการหลีกเลี่ยงการควบคุมสินค้าที่ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร จึงเป็นนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน^{๒๒}

ตัวอย่างที่ ๗ กรณีที่มีการทำสัญญาเพื่อเลี่ยงการเสียภาษีอากร เช่น ตกลงเช่าบ้านในที่ทำเลดีในราคาแพง แต่ผู้ให้เช่าประสงค์จะเลี่ยงภาษีค่าเช่า จึงแบ่งสัญญาออกเป็นสัญญาเช่าบ้านในราคาต่ำ และสัญญาให้บริการอื่นในราคาสูง โดยไม่มีเหตุผลสมควร ดังนี้สัญญาเช่าและสัญญาให้บริการย่อมตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อกฎหมาย^{๒๓}

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีที่มีกฎหมายเรื่องหนึ่งห้าม แต่กฎหมายอีกเรื่องหนึ่งเปิดช่อง ศาลก็ยังยึดเงื่อนไขที่จะพิพากษาว่าเป็นกรณีเลี่ยงกฎหมาย เช่น กรณีขายฝากกันโดยระบุสินไถ่โดยคำนวณผลประโยชน์ในอัตราร้อยละ ๒ ต่อเดือนมีกำหนด ๑ ปีหรือร้อยละ ๒๔ ต่อปีนั้น แม้จะเกินกว่าอัตราดอกเบี้ยที่กฎหมายกำหนดคิดได้ไม่เกินร้อยละ ๑๕ ต่อปี แต่โดยที่ทำการในรูปแบบสัญญาขายฝากและเป็นสินไถ่ตามมาตรา ๔๕๕ ศาลก็เคยพิพากษาว่าการกำหนดสินไถ่ดังกล่าวไม่ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี^{๒๔}

๓. นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัย

^{๒๑} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๒๗/๒๕๑๑ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๑ ก.๑๒๓๓

^{๒๒} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๘๘/๒๕๐๑ (ประชุมใหญ่) ๒๕๐๑ ก.๑๕๕๘ กรณีทำนองเดียวกันนี้ได้แก้กรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๓๐/๒๕๐๓ (ประชุมใหญ่) ๒๕๐๓ ก.๑๘๐๕ ซึ่งเป็นกรณีผู้มีสิทธิผูกขาดค้าเครื่องรับวิทยุตามกฎหมายทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นส่งเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์เข้ามาจำหน่ายอีกต่อหนึ่งโดยเรียกผลประโยชน์ตอบแทน เป็นการโอนอำนาจการค้าแก่ผู้ไม่มีอำนาจ ศาลตัดสินว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ และทำให้ผู้อนุญาตไม่มีสิทธิเรียกเงินตามสัญญา

^{๒๓} โปรดเทียบคดีอังกฤษ Alexander v. Rayson [1936] 1 K.B. 169 ในคดีนี้ปรากฏว่าเช่าบ้านกันย่าน Piccadilly ซึ่งเป็นย่านทำเลงามในราคาเช่าปีละ ๑,๒๐๐ ปอนด์ แต่ทำสัญญาแบ่งเป็นสองฉบับ คือค่าเช่าปีละ ๔๕๐ ปอนด์ และค่าบริการอย่างอื่นอีก ๗๕๐ ปอนด์ คดีนี้ศาลตัดสินว่าสัญญาไม่มีผลบังคับ; และโปรดดูคดี Napier v. National Business Agency, Ltd., [1951] 2 All E.R. 264.

^{๒๔} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๐๗-๗๐๘/๒๕๐๕

ก) การอันพันวิสัย

เหตุที่กฎหมายไม่รับรองให้นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการ อันพันวิสัยมีผลสมบูรณ์ นั้นก็เนื่องมาจากกฎหมายมุ่งจะรับรองและคุ้มครองให้นิติกรรมมีผลตามหลักความสมัครใจ เมื่อนิติกรรมใดเป็นการอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัย การจะปฏิบัติตามนิติสัมพันธ์นั้นย่อมไม่มีทางเป็นไปได้และบังคับกันไม่ได้ กฎหมายจึงไม่ยอมรับและบังคับให้มีผลสมบูรณ์ เพราะหากจะบังคับไปเอกชนก็จำต้องฝืนอยู่นั่นเองและอาจทำให้ระบบกฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ไป

การอันพันวิสัยในความหมายแห่งมาตรานี้หมายถึงการอันพันวิสัยตามธรรมชาติหรือพันวิสัยตามกฎหมาย คือการอันเป็นไปไม่ได้และไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลใดที่จะทำให้เกิดเป็นไป ได้โดยสภาพหรือโดยกฎหมาย การอันพันวิสัยนี้ต่างจากการอันเฉพาะตัวลูกหนี้ไม่อาจทำให้สำเร็จลงได้ แต่บุคคลอื่นอาจทำให้สำเร็จได้ เพราะกรณีเช่นนี้เป็นเพียงการอันลูกหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้เท่านั้น ไม่ถึงกับพันวิสัยเสียทีเดียวเพราะยังมีผู้อื่นซึ่งอาจทำการให้สำเร็จลงได้

การอันพันวิสัยมีตัวอย่างเช่น ตกลงซื้อขายทรัพย์ที่ไม่อาจจะโอนแก่กันได้โดยสภาพ เช่น ชื่อท้องทะเล ท้องฟ้า ดวงดาว หรือทรัพย์ซึ่งต้องห้ามมิให้โอนแก่กันตามกฎหมายเช่น ชื่อขายโบราณวัตถุ โบราณสถาน หรือจะซื้อขายที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือซื้อขายทรัพย์สินซึ่งสูญหายหรือถูกทำลายไปเสียแล้ว เช่น ชื่อขายสินค้าในตู้เรือบรรทุกสินค้าซึ่งอยู่ระหว่างขนส่งทางทะเลและสินค้าในตู้ตกละเล หรือเรือจมทะเลไปแล้ว หรือชื่อม้าตัวหนึ่งหรือรถยนต์คันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งประสบอุบัติเหตุตายหรือถูกทำลายไปแล้ว ดังนี้เป็นต้น นิติกรรมซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัยนี้ย่อมตกเป็น โมฆะ

ส่วนกรณีที่เป็นการอันลูกหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้ เช่น ชื่อขายทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้เหลือวิสัยจะจัดหาได้ เพราะข้อจำกัดเฉพาะตัวลูกหนี้เอง เนื่องจากราคาแพง ไม่รู้แหล่งสินค้า หรือเจ้าของไม่ยอมโอนขายให้ ถ้ามีผู้อื่นอาจจัดหาให้ได้ ดังนี้ไม่จัดว่าเป็นการอันพันวิสัย นิติกรรมซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการอันเหลือวิสัยสำหรับลูกหนี้ไม่ตกเป็น โมฆะ ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่หาทางจัดการให้การนั้นสำเร็จลง เมื่อตนเองทำไม่ได้ก็ต้องหาทางให้คนอื่นซึ่งทำการให้สำเร็จลงได้เป็นผู้ทำ

ข) การอันพันวิสัยมาแต่ต้นในขณะทำนิติกรรม

การอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัยในที่นี้หมายถึงเป็นพันวิสัยอยู่แล้วในขณะก่อน หรือขณะที่นิติกรรมนั้นเกิดขึ้น จึงต่างจากกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยภายหลังก่อนนี้ตามมาตรา ๒๑๕ ซึ่งถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยไปเพราะพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้อง

รับผิดชอบ ก็เป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ตัวอย่างเช่น ตกลงซื้อขายรถยนต์คันคันหนึ่ง ในเวลาที่ตกลงกันนั้นรถยนต์คันนั้นยังมีสภาพดีตามที่คู่กรณีต้องการ นิติกรรมซื้อขายรายนี้จึงมีวัตถุประสงค์ซึ่งไม่เป็นการอันพินวิสัย แต่หากปรากฏว่าก่อนถึงกำหนดส่งมอบมีรถบรรทุกวิ่งมาชนรถยนต์คันที่ตกลงซื้อขายกัน ใวนั้นเสียหายใช้การไม่ได้โดยสิ้นเชิง ดังนี้เป็นกรณีที่การชำระหนี้คือส่งมอบรถยนต์คันนั้นกลายเป็นพินวิสัย ถ้าเป็นเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ เช่นจอดขวางถนนไว้ในที่มืด ดังนี้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามมาตรา ๒๑๘ แต่ถ้าเป็นเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้ย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา ๒๑๙

ค) ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัย

นิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัยในขณะที่ทำนิติกรรมขึ้นนี้ มีประเด็นเป็นที่ถกเถียงกันในทางตำราว่า ในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นผู้ทำในนิติกรรมนั้นต้องรู้ถึงการอันพินวิสัยนั้นหรือไม่ หากไม่รู้ถึงการอันพินวิสัยนั้น นิติกรรมจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ ความเห็นในเรื่องนี้แบ่งแยกออกเป็น ๒ แนว คือ

แนวความเห็นแรก เห็นว่านิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัยนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้ทำนิติกรรมรู้ถึงการอันพินวิสัยอยู่แล้วในขณะที่ทำนิติกรรม เพราะถ้าไม่รู้ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรม ถ้าเป็นนิติกรรมสองฝ่ายการจะเป็นวัตถุประสงค์ได้ก็ต้องเป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรู้ถึงการอันพินวิสัยนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น ตกลงซื้อขายแจกันใบหนึ่ง ถ้ารู้ว่าแจกันใบนั้นแตกทำลายเสียแล้วในเวลาทำนิติกรรม ก็เป็นกรณีวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัย นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๕๐ แต่ถ้าไม่รู้ว่แจกันใบนั้นแตกเสียแล้วก็ไม่ใช่กรณีวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัย แต่เป็นเรื่องสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามมาตรา ๑๕๖ คือสำคัญผิดในความมีอยู่ของวัตถุแห่งหนึ่งคือแจกันใบนี้ เมื่อแจกันแตกเสียแล้ว นิติกรรมก็เป็นโมฆะ แต่เป็นโมฆะเพราะสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ไม่ใช่เพราะวัตถุประสงค์เป็นการอันพินวิสัย^{๒๕}

^{๒๕} โปรดดู เสนีย์ ปราโมช, นิติกรรมและหนี้ เล่ม ๑, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕, ฉบับไทยวัฒนาพานิช พ.ศ. ๒๕๒๗, หน้า ๑๑๖; และโปรดดู สุบิน พูนพัฒน์, "วัตถุประสงค์ที่ต้องห้าม", บทบัญญัติ, ๑๔ (มิถุนายน ๒๕๔๕), หน้า ๖๓๑-๖๓๒ และโปรดเทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๐๐๗/๒๕๔๒ ๒๕๔๒ ฎ.ส่งเสริม ๘/๑๒๙ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้จะซื้อตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจากผู้จะขายโดยสำคัญผิดว่าที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่สามารถขอก่อออกโฉนดได้เพราะขณะที่ทำสัญญาผู้จะขายครอบครองอาศัยที่ดินโดยปลูกสร้างอยู่อย่างถาวรและมีสำเนาทะเบียนบ้านถูกต้อง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาตกเป็นโมฆะเพราะความสำคัญผิดของผู้จะซื้อที่ถือว่าสำคัญ โดยนัยแห่งฎีกานี้เราพอเห็นได้ว่าศาลฎีกาเห็นว่าการ

แนวความเห็นหลังเห็นว่านิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัยนั้นคู่กรณีจะรู้หรือไม่ว่าการนั้นเป็นพ้นวิสัยหรือไม่สำคัญ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะเสมอ^{๒๖} และอาจปรับเข้าได้ทั้งสองกรณีคือทั้งกรณีที่มีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัย (มาตรา ๑๕๐) และกรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญ (มาตรา ๑๕๖) ซึ่งให้ผลเหมือนกันคือนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ

เป็นที่รับรู้กันว่าความสำคัญของความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีต่อพฤติการณ์อันเป็นพ้นวิสัยนั้นเกี่ยวข้องกับกรณียกทรัพย์ขึ้นตามหลักกลาภมิควรได้ เนื่องจากมาตรา ๔๑๐ บัญญัติไว้ว่า “บุคคลผู้ใดได้ทำการชำระหนี้โดยมุ่งต่อผลอย่างหนึ่ง แต่มิได้เกิดผลขึ้นเช่นนั้น ถ้าและบุคคลนั้นได้รู้มาแต่แรกว่าการที่จะเกิดผลนั้นเป็นพ้นวิสัยก็ดี ... ฯลฯ... ท่านว่าบุคคลนั้นไม่มีสิทธิจะเรียกร้องคืนทรัพย์” หมายความว่าถ้ารู้ว่าการนั้นเป็นพ้นวิสัยมาแต่แรกแล้วยังชำระหนี้ ก็เรียกทรัพย์คืนไม่ได้ แต่ถ้าไม่รู้ว่าการนั้นเป็นพ้นวิสัย หากชำระหนี้ไปก็เรียกทรัพย์คืนได้

ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับความเห็นอย่างหลังจึงยกหลักกฎหมายนี้ขึ้นอ้างเพื่ออธิบายว่าการอันพ้นวิสัยนั้นอาจมีได้ทั้งกรณีรู้และไม่รู้ถึงการอันเป็นพ้นวิสัยนั้น^{๒๗} แต่การอ้างเช่นนี้ก็ยังไม่อาจเป็นข้อยืนยันได้ว่าการอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัยนั้นจัดเป็นกรณีตามมาตรา ๑๕๐ อยู่ดี เพราะการที่กฎหมายกล่าวถึงกรณีนี้บุคคลผู้มาแต่แรกว่าการที่จะเกิดผลนั้นเป็นพ้นวิสัยนั้น คำว่า “รู้มาแต่แรก” นั้นอาจหมายถึงรู้มาตั้งแต่เวลาที่ทำนิติกรรมในกรณีที่การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยมาแต่แรกเริ่ม หรือหมายถึงเวลาที่ชำระหนี้ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยภายหลังก่อนนี้ก็ได้อีก เช่นตกลงซื้อขายรถยนต์กัน ตกลงวางมัดจำกันไว้โดยกำหนดโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคาทั้งหมดภายใน ๓ วัน หากปรากฏว่ารถยนต์ทุกคันที่เก็บไว้ในโกดังของผู้ขายเกิดประสบอุบัติเหตุเพลิงไหม้เสียหายโดยสิ้นเชิงในวันรุ่งขึ้น และผู้ซื้อไม่รู้ จึงโอนเงินเข้าบัญชีผู้ขายเมื่อผู้ขายไม่อาจโอนรถแก่ผู้ซื้อได้ก็เป็นกรณี “มุ่งต่อผลอย่างหนึ่ง แต่มิได้เกิดผลขึ้นเช่นนั้น” เช่นกัน ดังนี้ผู้ซื้อย่อมเรียกเงินคืนได้ตามหลักกลาภมิควรได้ แต่หากผู้ซื้อรู้แล้วว่าการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยแล้วยังคงชำระหนี้ ผู้ซื้อย่อมอ้างกลาภมิควรได้มาเรียกทรัพย์คืนไม่ได้

ส่วนความเห็นฝ่ายแรกนั้นยืนยันว่าการอันมีวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัยนั้น ความรู้หรือไม่รู้ในการอันพ้นวิสัยนั้นอาจก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติแตกต่างกันอย่างสำคัญได้ ถ้าจัดเข้าเป็นเรื่องวัตถุประสงค์เป็นการอันพ้นวิสัยแล้วนิติกรรมตกเป็นโมฆะ ไม่ว่าคู่กรณีจะรู้หรือไม่รู้ถึง

ที่ผู้จะซื้อไม่รู้ว่าที่ดินนั้นเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นพ้นวิสัยที่จะโอนกันได้เป็นเรื่องสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

^{๒๖} โปรดดู ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๖, หน้า ๔๑-๔๓ ซึ่งได้อ้างถึงคำตอบข้อสอบเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ ๓๐ พ.ศ. ๒๕๒๐ ประกอบด้วย; จำปี โสคติพันธุ์, นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๖ พ.ศ. ๒๕๔๓, หน้า ๖๘ เจริญธรรมที่ ๑๑

^{๒๗} โปรดดู ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๖, หน้า ๔๔

พฤติการณ์อันพันวิสัยนั้น ต่างก็อาจอ้างโมฆะกรรมได้ทั้งสิ้น แต่ถ้าจัดเป็นกรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญตามมาตรา ๑๕๖ ก็จะมีผลพิเศษแตกต่างจากกรณีตามมาตรา ๑๕๐ กล่าวคือฝ่ายที่จะอ้างโมฆะกรรมได้ต้องเป็นฝ่ายที่มีได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ฝ่ายที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะอ้างโมฆะกรรมเป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้ เพราะต้องตกอยู่ได้บังคับมาตรา ๑๕๘

ตัวอย่าง เช่น ตกงซื้อขายแจกันใบหนึ่ง หรือรถยนต์คันหนึ่งซึ่งขณะตกลงกันนั้นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมเสียหายใช้การ ไม่ได้ไปเสียแล้ว ดังนี้ถ้าถือตามความเห็นฝ่ายหลัง ว่าคู่กรณีจะรู้หรือไม่ว่าการนั้นเป็นพันวิสัยมาแต่แรกเริ่มไม่สำคัญ ปรับเข้ากับมาตรา ๑๕๐ ได้เสมอ ดังนี้นิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ โดยฝ่ายใดจะอ้างโมฆะกรรมนั้นก็ได้

แต่ถ้าถือตามความเห็นฝ่ายแรกนิติกรรมย่อมเป็น โมฆะตามมาตรา ๑๕๐ เฉพาะกรณีที่คู่กรณีรู้อยู่แล้วว่าเป็นการอันพันวิสัย ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ทำนิติกรรมไม่รู้ หรือรู้เพียงฝ่ายเดียว กรณีย่อมไม่ใช่วัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัย แต่เป็นกรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญ เป็นกรณีต้องปรับตามมาตรา ๑๕๖ ฝ่ายที่ไม่รู้ว่าแจกันหรือรถยนต์นั้นเสียหายใช้การ ไม่ได้ไปแล้วยอมอ้างความสำคัญผิดอันเป็นเหตุแห่งโมฆะกรรมได้ แต่ฝ่ายที่รู้ หรือไม่รู้เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยอมอ้างความสำคัญผิดอันเป็นเหตุ โมฆะกรรมขึ้นเป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามมาตรา ๑๕๘ เท่ากับต้องยอมรับผลผูกพันแห่งนิติกรรมนั้น

ดังนั้น ตามความเห็นฝ่ายแรกนี้ ถ้าเป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่รู้ว่าวัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัยนั้นยังขึ้นเข้าทำนิติกรรมทั้ง ๆ ที่ตัวรู้ หรือ ไม่รู้เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเฉพาะพวกที่มีเหตุควรรู้ว่าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นเป็นการอันพันวิสัยแล้วแต่ขาดความระมัดระวัง จึงเข้าทำนิติกรรมนั้น บุคคลที่รู้หรือไม่รู้เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนี้อาจต้องรับผิดชอบฝ่ายที่ไม่รู้หรือฝ่ายผู้สุจริตได้ จึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเรื่องสำคัญผิดในสาระสำคัญใน มาตรา ๑๕๖ ประกอบกับมาตรา ๑๕๘ ให้ความคุ้มครองผู้สุจริตยิ่งกว่ากรณีตามมาตรา ๑๕๐

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายรู้หรือควร ได้รู้ว่าแจกันแตก หรือรถยนต์เสียหายใช้การ ไม่ได้สิ้นเชิงแล้วยังขึ้นเข้าทำนิติกรรมขายแจกันหรือรถยนต์นั้นเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยฝ่ายผู้ซื้อตกลงด้วยโดยไม่รู้ถึงการอันพันวิสัยนั้น ดังนี้ถ้าถือตามความเห็นฝ่ายแรก นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะเพราะสำคัญผิดในสาระสำคัญตามมาตรา ๑๕๖ แต่แม้จะตกเป็นโมฆะ ผู้ขายก็อ้างความสำคัญผิดเป็นเหตุแห่งโมฆะกรรมขึ้นเป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามมาตรา ๑๕๘ แต่ฝ่ายผู้ซื้ออ้างได้เพราะมิได้เป็นฝ่ายประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถ้าผู้ซื้อไม่อ้างโมฆะกรรม ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายได้

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีวัตถุประสงค์เป็นพันวิสัยต้องเป็นกรณีที่ผู้ทำนิติกรรมรู้ถึงการอันพันวิสัยนั้น ส่วนกรณีที่ผู้ทำนิติกรรมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่รู้ถึงการอันพัน

วิสัยนั้น จะจัดว่าเป็นกรณีวัตถุประสงค์เป็นการอันพันวิสัยตามมาตรา ๑๕๐ ไม่ได้ ต้องจัดเป็นกรณีสำคัญผิดตามมาตรา ๑๕๖ และการจัดกรณีพันวิสัยมาแต่แรกเริ่มซึ่งคู่กรณีไม่รู้ดังกล่าวนี้ให้เข้าเป็นกรณีสำคัญผิดจะมีผลให้กฎหมายคุ้มครองผู้สุจริตดีกว่า ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายแรกยิ่งกว่าฝ่ายหลัง^{๒๔}

๔. นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ก) การอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(๑) คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และเป็นคำที่มีความหมายในเชิงคุณค่า เป็นข้อความคิดทางกฎหมายชนิดที่มีความหมายไม่แน่ชัด (indefinite concept / unbestimmter Rechtsbegriff) ซึ่งขึ้นอยู่กับมาตรฐานความรู้สำนึกผิดชอบชั่วดีของวิญญูชน และแตกต่างกันตามแต่กาลและเทศะ^{๒๕}

(๒) ที่ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นต้องมีองค์ประกอบอย่างน้อย ๒ ประการคือ

(ก) จะต้องมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คือขัดต่อคุณค่าสำคัญของสังคมในเรื่องความมั่นคงของรัฐ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ หรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล และผู้กระทำนิติกรรมต้องรู้หรือมุ่งหมายให้พฤติการณ์เช่นนั้นเกิดเป็นผลขึ้น แม้ว่าผู้กระทำจะเห็นว่าการกระทำของตนเป็นสิ่งที่ดีหรือเป็นธรรม หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม

^{๒๔} การที่มาตรา ๑๕๘ บัญญัติห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อ้างความสำคัญผิดเป็นประโยชน์แก่ตนเองได้นี้ กฎหมายมิได้รับรองให้นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะกลับมีผลขึ้น เพียงแต่ห้ามอ้างความสำคัญผิดเป็นประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น ด้วยเหตุนี้นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะจึงอาจมีผลบังคับในทางเป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่สุจริตได้ และน่าจะเป็นที่มาของหลักความรับผิดชอบในความผูกพันอันเกิดจากความเชื่อถือไว้วางใจต่อกัน ซึ่งมีขึ้นก่อนจะเกิดสัญญาได้

^{๒๕} โปรดเทียบคำพิพากษาศาลอังกฤษ ในคดี *Evanturel v. Evanturel* (1874) L.R.6 P.C. 1,29 ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ว่า "The determination of what is contrary to the so-called 'policy of the law' necessarily varies from time to time. Many transactions are upheld now by our courts, which a former generation would have avoided as contrary to the supposed policy of the law. The rule remains, but its application varies with the principles which for the time being guide public opinion".

ตัวอย่างเช่น การตกลงจำกัดการแข่งขัน หรือที่เรียกว่าฮั้วราคาในการเข้าประมูลราคา^{๑๐} สัญญาซื้อขายความกัน^{๑๑} การตกลงทำสัญญากันเพื่อห้ามไม่ให้พยานไปให้การต่อศาล หรือเพื่อ หน่วงคดี หรือตกลงกันโดยห้ามคู่กรณีนำคดีขึ้นฟ้องศาล^{๑๒} การเรียกเก็บค่าผ่านทางในรูปค่าช่วยเหลือทางทั้ง ๆ ที่ผู้เรียกเก็บเป็นผู้มีหน้าที่ซ่อมแซมอยู่แล้ว^{๑๓} การแสดงความกตัญญูโดยทำสัญญา เป็นคนรับใช้ตลอดชีพสละสิทธิที่จะเลิกสัญญาหรือลาออกไม่ว่ากรณีใด ๆ หรือการที่ชายหญิงตกลงอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาทั้งที่ชายมีคู่สมรสอยู่แล้ว และชายตกลงจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูเป็น ค่าตอบแทน^{๑๔} เหล่านี้ล้วนเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งสิ้น

^{๑๐} เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๐๒/๒๕๑๕ (ประชุมใหญ่) ๒๕๑๕ ณ.๑๐๕๓ แกล้งยื่นประมูลโดยเสนอราคา ค่าก่อสร้างสูงกว่าปกติ เพื่อให้ผู้อื่นที่ตกลงกันได้ล่วงหน้าชนะการประมูล เป็นการอันขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน, คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๖/๒๕๒๑ ๒๕๒๑ ณ.๖๖๖ ออกเช็คให้ กันตามสัญญาไม่แข่งขันกันในการประมูลรับจ้างทำไม้จากบริษัทของรัฐ ลงให้เชื่อว่าประมูลกันจริง ขัดตกลงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะ เรียกเงินตามเช็คไม่ได้ อย่างไรก็ดี ก่อนหน้านี้นศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๗/๒๕๐๑ ๒๕๐๑ ณ.๒๗๐ เคยพิพากษาว่าการตกลง ฮั้วราคาในการประมูลเป็นแต่เพียงล่อให้ผู้เปิดประมูลเห็นว่าผู้เข้าประมูลเป็นผู้ให้ราคาต่ำสุดเท่านั้น จัดเป็นการดำเนินพาณิชย์นโยบายที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดี เพราะผู้ให้ประมูลต้องใช้ดุลพินิจ เอาว่าจะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลราคาต่ำสุด

^{๑๑} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๒/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ณ.๕๗ ก. เป็นความอยู่กับผู้อื่น ทำสัญญากับ ข. ให้ ข. ให้ประโยชน์เป็นเงินแก่ ก. และ ก. ยอมโอนสิทธิส่วนได้เสียในคดีนั้นทั้งหมดแก่ ข. ดังนั้นเป็นสัญญาแสวงหา ประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน หรือสัญญาซื้อขายความ ย่อมเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะ

^{๑๒} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๗๓๒/๒๕๐๓ ๒๕๐๓ ณ.๑๗๓๓

^{๑๓} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๗/๒๕๐๒ ๒๕๐๒ ณ.๓๗๓

^{๑๔} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๕/๒๔๘๔, คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๑๓/๒๕๐๕ ๒๕๐๕ ณ.๑๕๔๘ แต่เงินทองที่ ชำระแก่กันไปแล้วก็เรียกคืนกันไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามหลักกฎหมายได้เนื่องจากเป็นการชำระหนี้ด้วย วัตถุประสงค์ซึ่งฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี; แต่ในทางตรงกันข้าม เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๕/๒๕๒๑ ๒๕๒๑ ณ.๑๒๖ พิพากษาว่าสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างหญิงกับชายซึ่งมีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย อยู่แล้วว่าตกลงเลิกอยู่กินร่วมกัน โดยชายยอมจ่ายให้หญิง ๔๐,๐๐๐ บาท ภายใน ๑๕ วัน ดังนั้นการตกลง เลิกอยู่กินร่วมกันโดยได้รับค่าตอบแทนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ เป็นโมฆะ ที่เป็นเช่นนี้ผู้เขียนใคร่ขอตั้งข้อสังเกตด้วยว่าลักษณะการจ่ายเงินดังกล่าวเป็นการชดเชยความ เสียหายหรือค่าใช้จ่ายอันอาจเกิดแก่หญิงหรือเพื่อให้โอกาสในการเริ่มต้นชีวิตใหม่ของหญิงนั้น ไม่ใช่ ค่าตอบแทนการร่วมอยู่กินกันฉันสามีภริยาจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

(ข) พฤติการณ์ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นต้องเป็น วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม ในกรณีเป็นนิติกรรมที่มีคู่กรณีสองฝ่าย คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องรู้ถึง พฤติการณ์อันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีด้วยกันทั้งคู่

ตัวอย่างเช่น ก. ซื้อยาม่าแมลงจาก ข. เพื่อวางยาพิษภริยาของตน หรือ ก. เช่าบ้านจาก ข. เพื่อใช้เป็นช่องโศกเถื่อน ดังนี้แม้ ก. จะเข้าทำสัญญาซื้อขายรายนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หาก ข. มิได้รู้เห็นเป็นใจด้วย ก็ไม่อาจถือว่านิติ กรรมคือสัญญาซื้อขายรายนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี กรณีที่จะถือได้ว่าสัญญา ดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีได้จะต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ถึง การนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้รู้และกระทำการอันมีวัตถุประสงค์ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไปฝ่ายเดียว หากอีกฝ่ายหนึ่ง ควรได้รู้ ก็ถือได้ว่าการนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนได้ ในกรณีเช่นนี้นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เช่น ก. ซื้อยาม่าแมลงจาก ข. โดย พฤติการณ์ที่ ข. ควรรู้ว่า ก. ซื้อไปใช้เป็นยาพิษ หรือ ก. เช่าบ้านจาก ข. โดยพฤติการณ์ที่ ข. ควรรู้ ว่า ก. จะนำบ้านไปใช้เป็นช่องโศกเถื่อน ดังนี้นิติกรรมซื้อขายหรือสัญญาเช่านั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

ข) ปัญหาการนับเวลาที่การนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

มีข้อน่าคิดว่าเวลาที่จะนับว่าการนั้นเป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนหรือไม่นั้น จะนับในเวลาที่มีการทำนิติกรรมนั้น ๆ ขึ้น หรือจะนับเวลาที่นิติ กรรมเป็นผลหรือมีการปฏิบัติตามความผูกพันกันในภายหลัง ทั้งนี้เนื่องจากความสัมพันธ์ทางข้อ-เท็จจริงหรือค่านิยมอาจเปลี่ยนแปลงไป หรือพฤติการณ์อันเป็นองค์ประกอบของการอันขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงไปก็ได้

โดยทั่วไปนิติกรรมย่อมเกิดขึ้นและมีผลทันที ดังนั้นตามหลักทั่วไปต้องนับเวลาที่นิติ กรรมเกิดขึ้น เพราะเมื่อนิติกรรมเกิดขึ้นและมีผลแล้ว แม้ค่านิยมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีที่เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง ความเปลี่ยนแปลงนั้นย่อมไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ หรือไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมนั้นอีก

แต่กรณียกเว้นอาจเกิดขึ้นได้ เช่นมีเหตุสมควรต้องนับเวลาที่นิติกรรมเป็นผลในภายหลัง เป็นเกณฑ์ โดยเฉพาะในกรณีที่เวลาที่นิติกรรมเกิดขึ้นและเวลาที่นิติกรรมเป็นผลนั้นแตกต่างกัน เพราะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาหน่วงไว้ และเห็นได้ชัดว่ากฎหมายมิได้มุ่งห้ามผลเช่นนั้น ซึ่งต้อง พิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป เช่นในขณะที่นิติกรรมนั้น การนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดี แต่ในเวลาทีนิติกรรมเป็นผลนั้นการนั้นการนั้นกลายเป็นการอันไม่ขัดต่อความสงบ

เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแล้ว^{๓๕} ดังนั้นต้องนับเวลาที่นิติกรรมนั้นเป็นผล หรือเวลาที่มีการปฏิบัติ ตามความผูกพันในนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ เพราะหลักกฎหมายมุ่งจะห้ามผลหรือขัดขวางไม่ให้ การอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นผลเป็นสำคัญ

ตัวอย่างเช่นตกลงซื้อขายข้าวกันล่วงหน้า โดยคาดหมายว่ากฎหมายที่ห้ามซื้อขายข้าว หรือพฤติการณ์ที่ทำให้สัญญาซื้อขายระหว่างกันเป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดี เช่นการซื้อขายระหว่างพ่อค้าในประเทศที่เป็นคู่แข่งกัน จะสิ้นผลหรือสิ้นสุด ไปในไม่ช้า หากคู่กรณีมุ่งจะให้สัญญายับบังคับได้เมื่อข้อห้ามตามกฎหมายสิ้นผลไป หรือ พฤติการณ์ที่เป็นเหตุให้นิติกรรมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีสิ้นสุดลงแล้ว ดังนี้ไม่อาจถือได้ว่านิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะมาแต่ต้น แต่ต้องพิจารณาจากเวลาที่มุ่งจะให้นิติ กรรมนั้นเป็นผลเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี มีตัวอย่างปัญหาที่อาจเป็นข้อถกเถียงกันได้ เช่นในเรื่องพินัยกรรมหากขณะที่ ทำพินัยกรรมนั้น การนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่ต่อมาพฤติการณ์นั้น ราบรื่นไป อาจมีปัญหาได้ว่าจะถือเวลาใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมนั้น ๆ ต้องห้าม หรือไม่ ในเรื่องพินัยกรรมนี้ เมื่อเจ้ามรดกได้ทำพินัยกรรมขึ้นแล้ว พินัยกรรมนั้นย่อมเกิดขึ้น ทันที แต่เจ้ามรดกอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนพินัยกรรมนั้นเสียได้ทุกเมื่อก่อนที่เจ้ามรดก จะถึงแก่ความตาย ดังนี้เราจึงอาจกล่าวได้ว่า พินัยกรรมนั้นแม้จะมีผลเป็นพินัยกรรมทันทีที่ได้ทำ ขึ้นสำเร็จแล้ว แต่จะเป็นผลให้เกิดมรดกตกทอดไปยังทายาทได้ก็ต่อเมื่อถึงเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ ความตาย ดังนั้นพินัยกรรมที่ทำขึ้น โดยฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน อาจจะมีผลบังคับได้ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายนั้นพฤติการณ์อัน เป็นเหตุแห่งการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีได้สิ้นไปแล้ว เช่น ก. ทำพินัยกรรม ยกทรัพย์สินทั้งหมดของตัวแก่ ข. ซึ่งเป็นภริยาน้อย เพื่อจูงใจให้ ข. ยอมลักลอบอยู่กับตนฉัน สามีภริยา ซึ่งพินัยกรรมเช่นนี้ย่อมเป็นพินัยกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ถ้าปรากฏว่าต่อมา ก. ได้สมรสกับ ข. แล้วถึงแก่ความตายโดย ไม่ได้แก้ไขพินัยกรรม ดังนี้ควรถือว่าพินัยกรรมนั้นมีผลบังคับได้ เพราะในขณะที่พินัยกรรมเป็น

^{๓๕} แต่ถ้าเป็นกรณีที่จะทำนิติกรรมการนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี แต่ต่อมาภายหลัง พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปทำให้ผลแห่งนิติกรรมหรือการปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นกลายเป็นการอันขัดต่อความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีขึ้นมา ดังนี้ ย่อมเป็นกรณีนี้กลายเป็นพันวิสัยภายหลังก่อหนี้ และต้อง พิจารณาตามหลักในมาตรา ๒๑๘, ๒๑๙ โปรดเทียบคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๗๖๑-๒๗๖๔/๒๕๑๗ (ประชุม ใหญ่) สัญญาเช่าประทานบัตรทำเหมืองแร่ทำขึ้นก่อนที่กฎหมายจะห้ามมิให้ผู้ถือประทานบัตรยอมให้ ผู้อื่นรับช่วงทำเหมือง นิติกรรมนั้นย่อมบังคับใช้ได้ และถ้ากฎหมายห้ามการรับช่วงโดยเด็ดขาดใน ภายหลังก็เป็นกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย

ผลตามกฎหมายนั้น พินัยกรรมนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด

บทที่ ๒

แบบแห่งนิติกรรม

อุทธรณ์

๑) ก. เป็นเจ้าของที่ดินพร้อม โรงเรือนแห่งหนึ่ง ตกลงให้ ข. เช่าที่ดินแปลงนี้มีกำหนด ๓ ปี โดยทำ สัญญากันไว้เป็นหนังสือ (มาตรา ๕๓๘ กำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้) ครั้นต่อมา ๑ ปี ข. ค้างค่าเช่า ๒ งวดติดต่อกัน ก. จึงบอกเลิกสัญญาเช่าต่อ ข.

ก) โดยบอกกล่าวด้วยวาจา

ข) โดยบอกกล่าวทางโทรเลข

ดังนั้นการบอกกล่าวเลิกสัญญาดังกล่าวมีผลหรือไม่ เพราะเหตุใด

๒) ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีระหว่าง ธนาคาร ก. กับลูกค้า ข. กำหนดว่าหากลูกค้าธนาคารไม่ชำระเงินที่เบิกเกินบัญชีภายในรอบปีบัญชีของธนาคาร ธนาคารอาจบอกเลิกสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีได้ โดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือลงทะเบียนส่งถึงลูกค้า ปรากฏว่าเมื่อ ข. ขาดส่งเงินที่เบิกเกินเข้าบัญชีตามกำหนด ธนาคาร ได้มีจดหมายบอกเลิกสัญญาโดยส่งเป็นจดหมายลงนามผู้จัดการธนาคารส่งทางโทรสารมายัง ข. โดยไม่ได้ทำเป็นจดหมายลงทะเบียนส่งตามมา ดังนั้นท่านจึงวินิจฉัยว่าการบอกกล่าวเลิกสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์หรือไม่ เพราะเหตุใด

๓) ก. ตกงซื้อที่ดินจาก ข. ราคา ๒ ล้านบาท โดยทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญากันเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ตามสัญญาซื้อขายกำหนดว่า ก. ตกงชำระราคาเป็นงวด ๆ รวม ๑๐ งวด โดยชำระเป็นรายเดือนละ ๑ งวดมีกำหนด ๑๐ เดือน ครั้นจดทะเบียนกันเสร็จเรียบร้อยแล้ว ทั้งสองฝ่ายตกลงกันด้วยวาจาว่าให้ ก. ผ่อนชำระเป็นงวด ๆ จำนวน ๒๐ งวด โดยชำระรายเดือนมีกำหนด ๒๐ เดือน ดังนั้นข้อตกลงด้วยวาจาดังกล่าวจะมีผลผูกพันหรือไม่ เพราะเหตุใด

๔) ก. กู้เงินจาก ข. เป็นเงิน ๒ ล้านบาท โดยมี ค. ซึ่งประกอบอาชีพเป็นทนายความเป็นผู้ค้ำประกันเงินกู้รายนี้ โดย ค. แจ้งแก่ ข. ว่าการค้ำประกันนั้น ปกติกฎหมายกำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือมิฉะนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ (มาตรา ๖๘๐) แต่ในกรณีนี้มีข้อยกเว้นเนื่องจาก ค. เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กฎหมายยกเว้นให้ไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ได้ ข. หลงเชื่อยอมตกลงตามนั้น โดยมีพยานรู้เห็นด้วยหลายราย ต่อมาเมื่อ ก. ผิดนัดชำระหนี้ ข. จึงเรียกให้ ค. ชำระหนี้ในฐานะผู้ค้ำประกัน ดังนี้ ข. จะฟ้องร้องบังคับให้ ค. ชำระหนี้รายนี้ได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

๑. ข้อความเบื้องต้น

ตามหลักกฎหมายแพ่งนั้น นิติกรรมสัญญาสามารถทำกันได้โดยไม่ต้องมีแบบ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่นิติกรรมบางอย่างมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องทำตามแบบ การไม่ต้องทำตามแบบจึงเป็นหลักทั่วไป และการบังคับให้ทำตามแบบจึงเป็นข้อยกเว้น ดังที่กฎหมายกำหนดว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ” (มาตรา ๑๕๒) การจะพิจารณาว่ากรณีใดเป็นเรื่องที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ และกรณีใดไม่ใช่เรื่องแบบจึงเป็นเรื่องสำคัญ และโดยที่ข้อบังคับในเรื่องแบบเป็นข้อยกเว้นซึ่งมาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา การตีความข้อบังคับแห่งกฎหมายเรื่องแบบจึงต้องใช้ความระมัดระวังตีความโดยเคร่งครัด

การที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้นั้น ตามปกติเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อความชัดเจนแน่นอนว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้น ๆ กันขึ้นแล้ว และเพื่อให้ปราศจากข้อสงสัยว่าเนื้อหาแห่งนิติกรรมนั้นมีอย่างไร มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยหรือไม่ หรือเพื่อให้เกิดความชัดเจนในสถานะของข้อตกลงดังกล่าว ว่าเป็นเพียงข้อตกลงในระหว่างการเจรจาหรือเป็นสัญญาที่ตกลงกันสำเร็จเด็ดขาดแล้ว นอกจากนี้แบบที่กฎหมายกำหนดยังมีความสำคัญในแง่พยานหลักฐาน และมีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่กรณีที่เกี่ยวข้องให้ระมัดระวังรักษาสិทธิหน้าที่ของตน หรือเพื่อหวังให้คู่กรณีได้ตกลงกัน โดยได้ตรึกตรองให้ดีเสียก่อน หรือเพื่อให้คู่กรณีได้รับคำแนะนำในสิทธิและหน้าที่ให้แจ่มแจ้งก่อนตกลงใจ ในหลาย ๆ กรณีแบบที่กฎหมายกำหนดอาจมีความมุ่งหมายหลาย ๆ อย่างปะปนกันก็ได้

๒. ประเภทของแบบ

แบบที่กฎหมายบังคับไว้นั้นมีสามประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

๒.๑ แบบให้ทำเป็นหนังสือ

การที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมให้ทำเป็นหนังสือนี้โดยทั่วไปกฎหมายมุ่งหมายให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนเข้าทำนิติกรรม หรือเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในแง่พยานหลักฐานแห่งนิติกรรม ตัวอย่างนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดแบบให้ทำเป็นหนังสือ เช่น การโอนหนี้อื่นซึ่งต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง (มาตรา ๓๐๖) การตกลงเช่าซื้อ (มาตรา ๕๙๒ วรรคสอง) การตกลงกู้เงินโดยเอาดอกเบี้ยค้างชำระทบเข้ากับเงินต้น (มาตรา ๖๕๕) การบอกกล่าวบังคับจำนอง (มาตรา ๗๒๘) การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันกฎหมาย

ให้ต้องทำเป็นหนังสือ (มาตรา ๗๕๘ วรรคแรก) การบอกกล่าวบังคับจำนำ (มาตรา ๗๖๔) การโอนหุ้นระบุชื่อในบริษัทจำกัด (มาตรา ๑๑๒๕) เป็นต้น

การทำเป็นหนังสือนั้นหมายถึงการเขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และแม้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีข้อความอย่างไร ก็เข้าใจได้ตามสามัญสำนึกว่าต้องมีข้อความอันสื่อความหมายให้เข้าใจได้ว่าผู้ใดเป็นผู้แสดงเจตนา หรือตกลงผูกพันกัน และการแสดงเจตนาหรือข้อตกลงผูกพันกันนั้นมีเนื้อหาครบในข้อสาระสำคัญของนิติกรรมนั้น ๆ ดังนั้นหนังสือนั้นจะทำเป็นภาษาอะไรก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นภาษาไทย นอกจากนี้มาตรา ๕ ยังวางหลักทั่วไปในเรื่องการทำเป็นหนังสือไว้ด้วยว่าบุคคลผู้ทำหนังสือนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่ต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น ถ้าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ต้องการผู้ลงลายมือชื่อเพียงคนเดียว แต่ถ้าเป็นนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นไปก็ต้องลงลายมือชื่อทุกคน เช่นในเรื่องเช่าซื้อกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ก็ต้องลงลายมือชื่อทั้งฝ่ายผู้เช่าซื้อและผู้ให้เช่าซื้อ หากลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวก็ไม่อาจนับได้ว่าเป็นหนังสือแล้ว แต่ถ้ากฎหมายมุ่งให้เป็นผลได้ด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว เช่นเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนี้แม้ผู้โอนแสดงเจตนาโดยทำเป็นหนังสือบอกกล่าวการโอนฝ่ายเดียว โดยปรากฏว่าผู้รับโอนตกลงรับโอนแต่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ดังนี้การโอนสิทธิเรียกร้องก็สมบูรณ์^{๓๖}

การลงลายมือชื่อนั้นปกติต้องเป็นการลงลายมือชื่อของผู้แสดงเจตนาหรือผู้ทำนิติกรรม โดยเขียนเป็นตัวอักษรบ่งชื่อของผู้ลงลายมือชื่อดำลายมือของผู้นั้นเอง ถ้าเพียงแต่เขียนข้อความด้วยลายมือ แม้เขียนชื่อของตนแต่ไม่ได้เขียน โดยมุ่งหมายจะลงลายมือชื่อก็ไม่นับเป็นการลงลายมือชื่อ^{๓๗} แต่ในกรณีที่ผู้ทำเป็นหนังสือซึ่งต้องลงลายมือชื่อนั้นมีเหตุให้ไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่รู้หนังสือ หรือได้รับอุบัติเหตุใช้มือลงลายมือชื่อไม่ได้ มาตรา ๕ ก็วางหลักว่าอาจใช้เครื่องหมายแทนการลงลายมือชื่อได้ เครื่องหมายที่ใช้แทนลายมือชื่อที่กฎหมายรับรองได้แก่ ลายพิมพ์นิ้วมือ แงงไค ตราประทับ หรือเครื่องหมายอย่างอื่นที่ทำลงในเอกสารโดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้สองคน แต่ถ้าได้ทำเครื่องหมายต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่จำเป็นต้องใช้พยานสองคน

อนึ่ง การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ วางหลักว่าการทำเป็นหนังสือนั้นผู้ทำเป็นหนังสือไม่ต้องเขียนเอง เป็นหลักที่วางไว้สำหรับกรณีทั่ว ๆ ไปที่มีกฎหมายกำหนดให้ทำ

^{๓๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๕๓/๒๕๑๒ ๒๕๑๒ ฎ.๒๒๕๗

^{๓๗} โปรดเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๕๕/๒๕๓๘ ๒๕๓๘ ฎ.ส่งเสริมฯ เล่ม ๘ น.๒๖๓ ก. เขียนข้อความว่า “ก. ได้ยืมเงินของ ข. หกหมื่นบาทถ้วน” โดย ก. ไม่ได้ลงลายมือชื่อ ดังนี้ไม่อาจถือเป็นหลักฐานเป็นหนังสือ ฟ้องบังคับคดีกันไม่ได้

เป็นหนังสือ แต่ในกรณีเฉพาะบางกรณี หากมีกฎหมายกำหนดให้ต้องเขียนด้วยลายมือตนเอง ผู้ทำเป็นหนังสือก็ต้องเขียนเอง จะให้ผู้อื่นเขียนให้ไม่ได้ เช่นกรณีที่ผู้ทำเป็นหนังสือประสงค์จะทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ (มาตรา ๑๖๕๗) ดังนั้นก็ต้องเขียนเองทั้งฉบับจะให้ผู้อื่นเขียนให้ไม่ได้ มิฉะนั้นเป็นอันผิดแบบ พินัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ เว้นแต่จะไปเข้าแบบเป็นพินัยกรรมอย่างอื่นที่กฎหมายรับรองไว้ พินัยกรรมนั้นก็อาจสมบูรณ์ตามแบบอื่นนั้นได้

การทำเครื่องหมายแทนการลงลายมือชื่อนี้ บางกรณีกฎหมายห้ามมิให้กระทำ เช่นในเรื่องเช็ค กฎหมายกำหนดให้ผู้ลงลายมือชื่อในเช็คต้องรับผิดชอบ และการทำเครื่องหมายแทนการลงลายมือชื่อ แม้มีพยานรับรองก็ไม่ถือเป็นการลงลายมือชื่อ (มาตรา ๕๐๐) ดังนั้นหากทำลงไปโดยมีพยานรับรองก็ไม่นับว่าเป็นการลงลายมือชื่อในเช็ค

พยานที่รับรองการลงลายมือชื่อหรือทำเครื่องหมายแทนการลงลายมือชื่อนั้น หมายถึงพยานรู้เห็นในการแสดงเจตนาโดยการลงลายมือชื่อหรือทำเครื่องหมายลงในหนังสือ ดังนั้นจึงเป็นพยานรู้เห็นข้อเท็จจริง การลงชื่อเป็นพยานไม่ได้เป็นการยืนยันว่ารู้ข้อความในนิติกรรม ซึ่งผู้เป็นพยานไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงแต่ยืนยันว่ารู้ข้อเท็จจริงว่ามี การแสดงเจตนาโดยลงลายมือชื่อเท่านั้น ผู้เป็นพยานมิได้แสดงเจตนาในทางที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย หรือความผูกพันอย่างหนึ่งอย่างใด การลงลายมือชื่อจึงไม่ใช่การเข้าทำนิติกรรม ดังนั้นพยานจึงอาจเป็นผู้เยาว์ก็ได้ หากผู้นั้นอยู่ในฐานะที่รู้และเข้าใจการกระทำนั้น ๆ แล้ว เช่นผู้เยาว์อายุ ๑๕ ปี ดังนั้นแม้ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ก็ลงลายมือชื่อเป็นพยานได้ ไม่ตกเป็นโมฆะ เพราะไม่ใช่นิติกรรม^{๓๘}

๒.๒ แบบให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน

กรณีที่กฎหมายกำหนดแบบให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน ได้แก่กรณีที่นิติกรรมนั้น ๆ เป็นนิติกรรมที่สำคัญ กฎหมายมุ่งเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้คิดไตร่ตรองให้รอบคอบและแน่วแน่ใจเสียก่อนที่จะเข้าผูกพันตามนิติกรรม และเพื่อคุ้มครองไม่ให้ถูกหลอกลวงหรือชักจูงใจโดยไม่สมควร และเพื่อให้คู่กรณีได้รับคำแนะนำปรึกษาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของตนอย่างแจ่มแจ้งจึงกำหนดให้ทำนิติกรรมสำคัญนั้นต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้นิติกรรมสำคัญควรได้รับการบันทึกไว้ในทะเบียนของราชการอันเป็นเอกสารมหาชนให้เป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนว่าได้มีการทำนิติกรรมนั้น ๆ ขึ้นต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้กระทำกันโดยสมัคร

^{๓๘} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๕๔/๒๕๑๑

ใจจริง และมีความถูกต้องแท้จริงเชื่อถือได้ตามที่ปรากฏในทะเบียน^{๓๘} เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือคนทั่วไปที่ประสงค์จะเข้าเกี่ยวข้องกับสิทธิในเรื่องนั้น ๆ ขอตรวจดูได้ เช่นในการซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้อสังหาริมทรัพย์ (มาตรา ๔๕๖ วรรคแรกตอนต้น, ๕๑๕, ๕๒๕) กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หลักเรื่องแบบเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นี้ยังใช้ได้กับ การซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้อสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ อันได้แก่เรือมีระวางตั้งแต่ ๕ ตันขึ้นไป^{๓๙} รวมทั้งแพและสัตว์พาหนะด้วย (มาตรา ๔๕๖ วรรคแรกตอนท้าย) ในเรื่องจำนองนั้น แม้กฎหมาย (มาตรา ๗๑๔) มิได้กำหนดว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนจะมีผลอย่างไร ก็มีคำพิพากษาฎีกาวางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า หากไม่ทำเป็นหนังสือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ย่อมตกเป็นโมฆะ^{๔๐} การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนนี้เป็นหลักสำคัญในการแสดงออกซึ่งการทรงทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ โดยกฎหมายได้วางหลักคุ้มครองสิทธิของผู้ที่เชื่อถือทะเบียนสิทธิและได้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษมาโดยทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนให้เป็นผู้มีสิทธิที่สุดด้วย (มาตรา ๑๒๕๕, ๑๓๐๐)

แต่ก็มีข้อควรสังเกตว่า กฎหมายบังคับเรื่องแบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้เฉพาะสำหรับการซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้อสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษเท่านั้น ไม่ได้กำหนดบังคับเป็นการทั่วไปให้การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษโดยนิติกรรมอื่นนอกเหนือจากเรื่องซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ต้องทำตามแบบอีกด้วยเหตุนี้เองมาตรา ๑๒๕๕ วรรคแรก จึงกำหนดว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไป (นอกเหนือจากเรื่องซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ) เช่นการได้มาตามสัญญาซื้อขายนี้ หรือสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน ก็มีผลเพียงแต่ไม่บริบูรณ์เท่านั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้ตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์แต่อย่างใด ดังนั้นกรณีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรมซึ่งมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดในมาตรา ๑๒๕๕ จึงไม่ใช่

^{๓๘} อนึ่งเรื่องนี้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๒๗ รับรองไว้ในฐานะเป็นเอกสารมหาชน ด้วยว่า “...ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นของแท้จริงและถูกต้อง เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่ถูกอ้างเอกสารนั้นมาขึ้นต้องนำสืบความไม่บริบูรณ์หรือความไม่ถูกต้องแห่งเอกสาร”

^{๓๙} แก้ไขเพิ่มเติมจากเดิมตาม พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ. ๒๕๔๘ ซึ่งเดิมใช้บังคับถึงเรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

^{๔๐} โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๔๖/๒๕๑๒ ๒๕๑๒ ฎ.๘๗๐

กรณีที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบ เพราะกฎหมายมิได้กำหนดให้ตกเป็นโมฆะ^{๔๒} เพียงแต่ไม่บริบูรณ์ซึ่งหมายถึงไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินที่จะใช้บังคับบุคคลทั้งหลายได้เท่านั้น แต่ยังใช้ชั้นระหว่างคู่กรณีกันเองได้

โดยที่ทะเบียนตามกฎหมายมีหลายแบบ คือมีทั้งทะเบียนนิติกรรม ทะเบียนกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนด ทะเบียนสถานะของบุคคล เช่นทะเบียนสมรส ทะเบียนอนุญาตการใช้ทรัพย์สิน เช่นทะเบียนรถยนต์ ทะเบียนอาวุธปืน จึงควรเข้าใจว่าทะเบียนในความหมายของแบบแห่งนิติกรรมในมาตรา ๑๕๒ นี้หมายถึงการจดทะเบียนนิติกรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตามการจดทะเบียนบางประเภทก็เป็นแบบของนิติกรรมไปด้วยพร้อมกัน เช่นการจดทะเบียนสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ลงในทะเบียนที่ดินเป็นการจดทะเบียนสิทธิในที่ดินพร้อมกันไปกับการจดทะเบียนซื้อขาย หรือการจดทะเบียนสมรส เป็นการจดทะเบียนนิติกรรมสมรส และเป็นการจดทะเบียนสถานะบุคคลไปด้วยพร้อมกัน เป็นต้น

การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบที่กฎหมายกำหนดนี้เป็นไปตามบทบังคับแห่งกฎหมาย จึงเป็นเอกสารมหาชน ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน กฎหมายสันนิษฐานว่า... “เป็นของจริงแท้และถูกต้อง เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่ถูกอ้างเอกสารนั้นมาขึ้น ที่จะต้องนำสืบความไม่บริสุทธิ์หรือความไม่ถูกต้องแห่งเอกสาร” (มาตรา ๑๒๗ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) ตัวอย่างเช่น ปราบกฐีชื่อนาย ก. เป็นเจ้าของที่ดินตามโฉนดที่ดิน ดังนั้นกฎหมายย่อมสันนิษฐานว่า นาย ก. เป็นเจ้าของที่ดินจริง หากผู้ใดจะปฏิเสธข้อสันนิษฐานนี้ก็ต้อนนำสืบหักล้างให้ได้

๒.๓ กรณีที่กฎหมายกำหนดแบบไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะ

แบบที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะนั้นก็เพื่อเป็นหลักฐานแห่งนิติกรรมนั้น ๆ โดยเฉพาะ เช่นตัวแลกเงิน กฎหมายกำหนดให้ต้องมีรายการครบถ้วนตามที่กฎหมาย (มาตรา ๕๐๕) กำหนด มิฉะนั้นไม่สมบูรณ์เป็นตัวแลกเงิน (มาตรา ๕๑๐) ตัวสัญญาใช้เงินต้องมีรายการดังที่ระบุไว้ในมาตรา ๕๘๓ มิฉะนั้นไม่สมบูรณ์เป็นตัวสัญญาใช้เงิน (มาตรา ๕๘๔) เช็คต้องมีรายการตามที่กฎหมายระบุในมาตรา ๕๘๘ หรือการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อนอกจากทำเป็นหนังสือแล้ว ยังต้องมีพยานลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อนั้นอย่างน้อย ๑ คน พิษักรรมก็มีแบบเฉพาะเช่นกัน กล่าวคือถ้าเป็นพิษักรรมแบบธรรมดาต้องทำตามแบบในมาตรา ๑๖๕๖ ถ้าทำเป็น

^{๔๒} อย่างไรก็ตาม คดี สอนงชาติ, นิติกรรมและสัญญา, พ.ศ. ๒๕๓๖, น.๗๕ อธิบายว่า การได้อสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา ๑๒๕๕ วรรคหนึ่ง ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าหากไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานนั้นเป็นเรื่องแบบ

แบบเขียนเองทั้งฉบับต้องทำให้ถูกแบบในมาตรา ๑๖๕๗ ถ้าเป็นแบบเอกสารฝ่ายเมืองต้องทำตามแบบในมาตรา ๑๖๕๘ และถ้าทำแบบเอกสารลับก็ต้องทำตามแบบในมาตรา ๑๖๖๐ ดังนี้เป็นต้น

๓. ผลของการอันมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ

๓.๑ สาเหตุของการที่มิได้ทำนิติกรรมตามแบบ

นิติกรรมที่กระทำขึ้น โดยมิได้ทำตามแบบมักปรากฏให้เห็นได้บ่อย ๆ โดยมากมักเป็นเพราะคู่กรณีมีความไว้วางใจกันเนื่องจากเป็นเพื่อนสนิทหรือมีความสัมพันธ์อันญาติพี่น้องเป็นเหตุให้มิได้ปฏิบัติตามข้อบังคับที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้บางครั้งเหตุที่ไม่ได้ทำตามแบบก็เป็นเพราะความเลินเล่อของคู่กรณี หรือบางทีก็เป็นเพราะต้องการเลี่ยงกฎหมาย เช่น หลีกเลี่ยงภาระภาษีอากร ดังนี้เป็นต้น

๓.๒ นิติกรรมที่มิได้ทำตามแบบย่อมตกเป็น โฆษะ

กล่าวคือไม่มีผลตามความมุ่งหมายของผู้ทำนิติกรรมนั้นขึ้น ในกรณีที่ไม่แน่ชัดว่าได้ทำนิติกรรมนั้นสำเร็จเด็ดขาดแล้วหรือไม่ การไม่ได้ทำตามแบบก็เป็นเหตุให้สันนิษฐานได้ว่านิติกรรมนั้นยังไม่ได้ทำขึ้น หรือถ้าปรากฏแน่นอนว่าได้ทำขึ้นแล้ว นิติกรรมนั้นก็ตกเป็น โฆษะคือเสียไปไม่มีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามที่มุ่งหมาย ถ้าการที่มิได้ทำตามแบบนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของนิติกรรมทั้งหมด เช่น ตกลงซื้อขายที่ดินกันในฐานเป็นส่วนหนึ่งของการซื้อขายกิจการ หากไม่ได้ทำสัญญาซื้อขายที่ดินเป็นหนังสือและจดทะเบียนซื้อขายที่ดินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมส่งผลให้นิติกรรมทั้งหมดคือการซื้อขายกิจการนั้นตกเป็น โฆษะไปโดยนัยแห่งมาตรา ๑๗๑ เว้นแต่จะมีพฤติการณ์ให้สันนิษฐานได้ว่าคู่กรณีประสงค์จะให้ส่วนที่เป็น โฆษะนั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่เป็น โฆษะได้ นิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะแล้วนี้ ย่อมไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ (มาตรา ๑๗๒ วรรคแรก) แม้ว่าคู่กรณีแห่งนิติกรรมจะไม่คิดใจแก่กันและยินยอมให้นิติกรรมนั้นมีผลบังคับ หรือตกลงสละสิทธิไม่ยกความเป็น โฆษะแห่งนิติกรรมนั้นขึ้นอ้าง ก็ไม่ทำให้นิติกรรมที่ตกเป็น โฆษะแล้วนั้นกลับฟื้นคืนมามีผลได้ แต่การที่นิติกรรมตกเป็น โฆษะนั้น ไม่ตัดสิทธิผู้ทำนิติกรรมที่มิได้ทำตามแบบจะทำนิติกรรมนั้นขึ้นใหม่ให้ถูกต้องตามแบบ ในกรณีเช่นนี้นิติกรรมที่ทราวล่วงนั้นย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้ทำตามแบบนั้นเป็นต้นไป ไม่อาจมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่ทำนิติกรรมนั้น โดยฝ่าฝืนข้อบังคับเรื่องแบบในคราวก่อนได้

๓.๓ ผู้กล่าวอ้างความเสียหายแก่แห่งนิติกรรมต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ผู้ที่อาจยกความเสียหายแก่แห่งนิติกรรมขึ้นอ้างได้นั้น ตามมาตรา ๑๗๒ วรรคแรก กำหนดว่าต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึงมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์แห่งนิติกรรมนั้น อันได้แก่ผู้ทำนิติกรรม คู่กรณีในนิติกรรม หรือผู้ได้รับประโยชน์จากนั้น และผู้มีส่วนได้เสียนี้อาจเป็นบุคคลภายนอกก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมนั้นโดยตรง เช่น ผู้มีสิทธิติดตามทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้รับโอนทรัพย์สินนั้น เป็นต้น

แต่มีปัญหาคิดว่า ถ้าการที่มีได้ทำตามแบบนั้นเป็นเพราะกลล่อลวง แม้นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะ คู่กรณีฝ่ายที่ทำกลล่อลวงจะมีสิทธิยกโมฆะกรรมขึ้นอ้างได้หรือไม่ ข้อนี้นักเขียนเห็นว่าผู้ทำกลล่อลวงเป็นเหตุให้มีการทำนิติกรรมโดยฝ่าฝืนบทบังคับเรื่องแบบ ย่อมไม่อาจอ้างว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียและยกโมฆะกรรมขึ้นอ้างได้ เพราะการอ้างเช่นนั้นย่อมขัดต่อหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตตามนัยแห่งมาตรา ๕ ประกอบกับมาตรา ๑๕๘ ซึ่งเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายห้ามมิให้ผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยกความสำคัญผิดขึ้นอ้างได้ ในกรณีสำคัญผิดในสาระสำคัญที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา ๑๕๘ นั้น แม้นิติกรรมเป็นโมฆะ ผู้ทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดก็ยกขึ้นอ้างไม่ได้ ในเมื่อในกรณีดังกล่าวนี้ กฎหมายห้ามมิให้ผู้แสดงเจตนาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยกโมฆะกรรมขึ้นอ้าง ดังนั้นในกรณีที่มีผู้ใช้กลล่อลวงล่อลวงให้มีผู้ทำนิติกรรมโดยไม่ทำตามแบบขึ้น เป็นกรณีที่ผู้ล่อนก่อนเหตุโมฆะกรรมขึ้น โดยจงใจ เขาย่อมควรได้รับผลร้ายยิ่งกว่าผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา ๑๕๘ ดังนั้นผู้ใช้กลล่อลวงย่อมไม่อาจอ้างโมฆะกรรมเพราะนิติกรรมมิได้ทำตามแบบขึ้นอ้างได้ แต่คู่กรณีฝ่ายที่สุจริต หรือบุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียอาจอ้างโมฆะกรรมขึ้นได้

๓.๔ โดยทั่วไปกฎหมายมุ่งให้ทำตามแบบเฉพาะการก่อนนิติกรรม ไม่รวมถึงการระงับนิติกรรม

การที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำตามแบบนี้ หมายถึงการก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้น แต่ไม่รวมไปถึงการยกเลิกนิติสัมพันธ์นั้น ๆ เช่น สัญญาเช่าซื้อ หากไม่ทำเป็นหนังสือย่อมตกเป็นโมฆะ (มาตรา ๕๗๒ วรรคสอง) แต่การบอกเลิกสัญญาเช่าซื้ออาจทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าซื้อ กลับคืนแก่เจ้าของผู้ให้เช่าซื้อ หรือจะบอกกล่าวเลิกสัญญาก็ได้ ไม่มีแบบบังคับไว้โดยเฉพาะ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น เมื่อทำขึ้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าเป็นสัญญาที่มีภาระผูกพันกันนาน ๆ เช่น ผู้ขายต้องก่อสร้างอาคาร หรือผู้ซื้อต้องผ่อนชำระราคา หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญา เป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาสามารถทำได้โดยส่งคำบอกกล่าวแก่กัน ไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานแต่อย่างใด

๔. กรณีที่ไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม

๔.๑ แบบ กับเนื้อหาแห่งนิติกรรม

การที่จะถือว่าข้อบังคับใดเป็นแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่นั้น ข้อสำคัญต้องแยกเรื่องแบบซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำตามแบบพิธีอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนด ออกจากเรื่องการแสดงเจตนาที่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมายในทางเนื้อหาเสียก่อน เมื่อแยกเรื่องแบบซึ่งเป็นเรื่องแบบพิธีออกจากเรื่องเจตนาซึ่งเป็นเรื่องเนื้อหาแล้ว ก็ควรเข้าใจว่าปัญหาเรื่องแบบเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาหลังจากได้มีการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบเป็นนิติกรรมในทางเนื้อหาแล้ว คือวินิจฉัยว่าเจตนาหรือนิติกรรมที่ครบถ้วนแล้วนั้นอาจเสียไปเพราะเหตุที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้หรือไม่ เรื่องแบบจึงเป็นเรื่องไขความมีผลแห่งนิติกรรม

๔.๒ ปัญหาว่าการส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่

ปัญหาข้อนี้มีตัวอย่างเห็นได้จากกรณีที่เกี่ยวข้องกันว่า นิติกรรมบางประเภทซึ่งกฎหมายกำหนดให้สมบูรณ์เมื่อส่งมอบ เช่น ในเรื่องให้โดยเสน่หา (มาตรา ๕๒๓) หรือบริบูรณ์เมื่อส่งมอบ ในเรื่องยืม (มาตรา ๖๔๑ และ ๖๕๐ วรรคสอง) หรือกำหนดให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบในสัญญาเช่น ฝากทรัพย์ (มาตรา ๖๕๗) สัญญาจำนำ (มาตรา ๗๔๗) และสัญญาเก็บของในคลังสินค้า (มาตรา ๗๗๑) นั้นจะถือว่าการส่งมอบนั้นเป็นแบบแห่งนิติกรรมได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านอธิบายว่า ในสัญญาเหล่านี้ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ ตราบนั้นสัญญาไม่เกิดขึ้น หรือไม่บริบูรณ์ หรือตกเป็นโมฆะ ดังนั้นจึงถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง^{๔๗} แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่เห็นพ้องด้วย^{๔๘} และอธิบายว่ากรณีเหล่านี้

^{๔๗} โปรดดู จิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ ๕, พ.ศ.๒๕๒๘), หน้า๑๓๔ ความคิดเช่นนี้เป็นความคิดที่เคยมีนักนิติศาสตร์ในศตวรรษที่ ๑๙ อธิบายไว้เช่น Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I, Frankfurt 1887, § 171 เคยอธิบายว่า การส่งมอบเป็น “แบบ” ของการโอนกรรมสิทธิ์ แต่นักนิติศาสตร์ในสมัยหลังมาอธิบายว่า การส่งมอบเป็น “องค์ประกอบ” ของการโอนกรรมสิทธิ์ เพราะหากถือว่าเป็นแบบ เมื่อไม่ทำตามแบบนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ การไม่ส่งมอบย่อมทำให้เจตนาโอนและรับโอนพลอยเสียไปด้วย แต่ถ้าเป็นเพียงองค์ประกอบของนิติกรรม เจตนาโอนและรับโอนยังมีผลอยู่ หากมีการส่งมอบสำเร็จในภายหลัง นิติกรรมก็ครบองค์ประกอบ และการโอนก็สมบูรณ์ ผู้สนใจโปรดดู กิตติศักดิ์ ปกติ, หลักการ โอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต, พ.ศ. ๒๕๔๖, หน้า ๒๖, ๒๗.

กฎหมายมุ่งหมายให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาแห่งนิติกรรม เพราะถือว่าการแสดงเจตนาโดยไม่มี การส่งมอบยังไม่นับว่าเป็นการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบ ดังนั้นนิติกรรมนั้นจึงไม่สมบูรณ์ คือไม่มีผล แต่กฎหมายไม่ได้มุ่งหมายให้นิติกรรมนั้น โหมะหรือเสียไปเสียทีเดียว เพราะหากต่อมาภายหลัง หากคู่กรณียังมีเจตนาผูกพันกันอยู่ และมีการส่งมอบเกิดขึ้น นิติกรรมนั้นก็ครบองค์ประกอบและเป็นผลขึ้น ถ้าถือว่าการส่งมอบเป็นแบบแห่งนิติกรรม เมื่อไม่ได้ทำตามแบบนิติกรรมย่อมตกเป็น โหมะ(มาตรา ๑๕๒) เจตนาที่ได้แสดงไว้นั้นย่อมเสียผลไป หากมีการส่งมอบในภายหลังก็ไม่ทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ขึ้นมาใหม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงทำนิติกรรมกันใหม่อีกครั้งหนึ่ง แต่ถ้าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าหากไม่ส่งมอบนิติกรรมนั้นเป็น โหมะ ดังนี้การส่งมอบอาจถือว่าเป็นแบบในเรื่องนั้น ๆ ได้ เช่นในเรื่องการจำหน่ายสิทธิซึ่งมีตราสาร กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า ถ้าไม่ส่งมอบตราสารการจำหน่ายนั้นตกเป็น โหมะ (มาตรา ๑๕๐)

๔.๓ แบบต่างจากหลักฐานแสดงสิทธิ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาว่ากรณีใดเป็นเรื่องแบบพิธีในการแสดงเจตนาที่ถูกกฎหมายกำหนดแล้ว การที่จะถือได้ว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องแบบหรือไม่ยังต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า แบบพิธีในการแสดงเจตนา หรือการทำนิติกรรมนั้นกฎหมายวางบทบังคับในฐานะเป็นการสำคัญถึงขนาดที่ถูกกฎหมายบังคับให้การนั้น ๆ เป็นอันไร้ผลไปหากมิได้ทำตามแบบที่ถูกกฎหมายกำหนดบังคับไว้หรือไม่ ดังที่มาตรา ๑๕๒ กำหนดว่า การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่ถูกกฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็น โหมะ แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งหมายให้การนั้นไม่เกิดผลหรือเสียไปเลย เพียงแต่กำหนดให้ด้วยสิทธิบางประการ เช่นกำหนดไว้เพียงว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือ หรือหากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ จะฟ้องร้องบังคับคดีกันมิได้ ดังนี้เห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้บังคับให้การนั้นต้องทำตามแบบใดแบบหนึ่ง เพียงแต่มุ่งจะบังคับให้มีพยานหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการแสดงสิทธิให้รับรู้กันได้ หรือเพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ในกรณีเหล่านี้กฎหมายอาจกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ทำเป็นหนังสือ หรือกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ได้ และวางข้อจำกัดสิทธิไว้ต่อไปว่าหากไม่มีหลักฐานข้างต้นจะด้วยสิทธิบางประการ เช่นใช้อ้างขึ้นฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ หรือเป็นสิทธิที่ไม่บริบูรณ์ แต่ไม่ได้กำหนดให้เสียไปหรือไม่สมบูรณ์หรือตกเป็น โหมะไป^{๔๔} ดังนี้ควรเข้าใจว่ากรณีเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องแบบแห่งนิติกรรมตามนัยแห่งมาตรา ๑๕๒

^{๔๔} โปรดดู ประกอบ หุตะสิงห์, นิติกรรมและสัญญา, (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๑๘) หน้า ๑๑; ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, พ.ศ. ๒๕๓๖, น.๘๔-๘๕

^{๔๕} โปรดดูจิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมสัญญา, หน้า ๑๕; ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, หน้า ๘๔-๘๕ และ โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๖๒/๒๕๓๘ ๒๕๓๘ ฎ.ส่งเสริมฯ เล่ม ๑๐ น.๓๔ สัญญาเข้าไม่มีหลักฐาน

ซึ่งเป็นบทบังคับในเรื่องเงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม เราเห็นได้ว่า ในกรณีเหล่านี้กฎหมายยังยอมรับความมีผลตามกฎหมายของนิติกรรมนั้น ๆ อยู่ ถ้าเป็นสัญญาที่ยอมรับว่ามีความผูกพันเป็นหนี้ระหว่างกันอยู่ เพียงแต่กฎหมายยกเว้นไม่บังคับคดีให้ หรือจำกัดสิทธิบางประการไว้เท่านั้น

ตัวอย่างข้อจำกัดสิทธิเช่น สัญญาจะซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาตั้งแต่ ๒๐,๐๐๐ บาทขึ้นไป ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิด หรือได้วางประจำ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ (มาตรา ๔๕๖ วรรคสองและวรรคสาม)^{๔๖} หรือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ และถ้าเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า ๓ ปี หากไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ให้บังคับกันได้เพียง ๓ ปี (มาตรา ๕๓๘)^{๔๗} สัญญากู้เงินเกินกว่า ๒,๐๐๐ บาท^{๔๘} (มาตรา ๖๕๓)^{๔๙} สัญญาค้ำประกัน

เป็นหนังสือ แม้ฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ กฎหมายก็ยังถือว่าสัญญาเช่ากันอยู่ตามที่ได้ตกลงกัน เมื่อผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาเช่า สัญญาเช่านั้นเป็นอันระงับ และโปรดดู คดีที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทกษัตริย์วิจารณ์และถกเถียงกันอย่างขึง ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๔๖/๒๕๓๗ ๒๕๓๗ ฎ.สงเสริม ๗ เล่ม ๑๑ หน้า ๑๖ ซึ่งศาลฎีกาตัดสินคดีซื้อขายข้าวนี้ระหว่างผู้ขายในประเทศไทย กับผู้ซื้อในต่างประเทศ โดยคู่กรณีตกลงกันผ่านทางโทรพิมพ์ และปรากฏต่อมาว่า ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบข้าวนี้ตามที่ตกลงกัน ผู้ซื้อจึงฟ้องศาลเพื่อบังคับให้ส่งมอบ ปรากฏว่า ในคดีนี้แม้ศาลจะยอมรับว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่เมื่อมีหลักฐานการแสดงเจตนาเพียงโทรพิมพ์ ไม่ปรากฏว่ามีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิด (ในกรณีนี้คือฝ่ายผู้ขาย) ย่อมตกอยู่ได้บังคับมาตรา ๔๕๖ วรรคท้าย และผู้ซื้อย่อมฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

^{๔๖} พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๔๘) แก้ไขข้อความในมาตรา ๔๕๖ วรรคสาม จากเดิมที่กำหนดไว้แก่กรณีซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่ตกลงราคากันตั้งแต่ ๕๐๐ บาทขึ้นไป

^{๔๗} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๔๕/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ฎ.๑๐๒๓ ทำสัญญาเช่าโรงแรมลงวันที่เช่าไว้ล่วงหน้าเป็น ๓ ระยะเวลา รวมทั้งสิ้น ๘ ปี ดังนี้เป็นการทำสัญญาหลักเสียมาตรา ๕๓๘ จึงบังคับกันได้เพียง ๓ ปี ต่อจากนั้นถือเป็นเช่าโดยไม่มีกำหนดเวลา นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๘๐/๒๕๑๘ ๒๕๑๘ ฎ. ๒๕๕๓

^{๔๘} พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๔๘) แก้ไขข้อความจากเดิมที่กำหนดไว้แก่กรณีกู้เงินเกินกว่าห้าสิบบาท มาเป็นเกินกว่าสองพันบาท

^{๔๙} แม้มิได้มีหลักฐานลงลายมือชื่อผู้กู้ในขณะที่กู้กันซึ่งกฎหมายกำหนดว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้ (มาตรา ๖๕๓) แต่หากปรากฏหลักฐานขึ้นภายหลัง เช่นผู้กู้เขียนถึงผู้อื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ให้กู้ หรือผู้กู้ให้การเป็นพยานและลงลายมือชื่อไว้ ดังนี้สัญญาภู่นั้นก็ย่อมบังคับกันได้ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๑/๒๕๐๕ ๒๕๐๕ ฎ.๑๕๕๕

(มาตรา ๖๘๐) สัญญาประนีประนอมยอมความ (มาตรา ๘๕๑) ซึ่งศาลฎีกาขยายความให้ใช้กับ ข้อตกลงแบ่งทรัพย์สินระหว่างเจ้าของรวมด้วย^{๕๐}

การที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมบางชนิดต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้^{๕๑} หมายความว่าถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อใน หนังสืออันเป็นหลักฐานแห่งนิติกรรม คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธินำหนังสือนั้นฟ้องให้ศาลบังคับ คู่กรณีฝ่ายที่ลงลายมือชื่อต้องรับผิดชอบในนิติกรรมนั้นได้ แต่คู่กรณีฝ่ายที่ลงลายมือชื่อจะอ้าง หลักฐานเป็นหนังสือนั้นฟ้องศาลให้บังคับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อให้ต้องรับผิดชอบไม่ได้^{๕๒} แต่เอกสารลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบนี้ไม่ต้องเป็นตัวสัญญา อาจเป็นหนังสือที่ผู้นั้นเขียนถึง ผู้อื่นที่ไม่ใช่เจ้าหนี้ หรือเป็นคำเบิกความในฐานะพยานที่ลงลายมือชื่อไว้แล้วก็ได้^{๕๓} ที่ว่าฟ้องร้อง บังคับคดีไม่ได้^{๕๔} รวมไปถึงยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีไม่ได้เช่นเดียวกัน^{๕๕}

กรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง มาตรา ๕๔ กำหนดว่าจะนำพยานบุคคลมาสืบแทน เพิ่มเติม ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไข ข้อความในเอกสารไม่ได้ แต่ไม่ห้ามกรณีที่น่าสืบหักล้างพยานเอกสารนั้น เช่นนำสืบว่าเป็น เอกสารปลอม หรือ ไม่ถูกต้อง หรือหนีตามเอกสารนั้น ไม่สมบูรณ์ หรือเพื่อตีความเอกสาร ได้^{๕๖}

^{๕๐} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๑-๑๒๓๒/๒๕๑๐ ๒๕๑๐ ฎ.๒๐๕๘ พุคยทที่พิพาท โดยตั้งเมื่อไว้เมื่อตายเป็น พินัยกรรมเมื่อไม่ทำตามแบบยอมไม่มีผล ตกลงยอมแบ่งที่พิพาทแต่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือยอมไม่มีผล บังคับกันได้ตามกฎหมาย คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๒๐/๒๕๑๐ ๒๕๑๐ ฎ.๒๔๕๕ แบ่งกรรมสิทธิ์รวมว่าใคร ได้เนื้อที่เท่าใด เข้าลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาทอันจะมีขึ้นให้เสร็จไป เมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือยอมไว้บังคับได้ตามกฎหมาย

^{๕๑} คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๖๕/๒๕๑๐ ๒๕๑๐ ฎ.๑๔๕๓ ใบเสร็จรับเงินค่าเช่า มีลายมือชื่อผู้ให้เช่า ไม่มีลายมือ ชื่อผู้เช่า ใช้เป็นหลักฐานฟ้องผู้เช่าให้ชำระค่าเช่าไม่ได้ คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๖๒๔/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ. ๑๘๑๔: ประนีประนอมยอมความคดีละเมิดลงชื่อผู้ทำละเมิดฝ่ายเดียวก็ใช้บังคับแก่ผู้ทำละเมิดให้ใช้ค่า สิ้นไหมทดแทนได้

^{๕๒} คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๑/๒๕๐๕ ๒๕๐๘ ฎ. ๑๕๕๕ จดหมายถึงบุคคลภายนอกระบุว่า จำเลยค้างค่าเช่าและ จะชำระให้ในไม่ช้า ถือเป็นหลักฐานเป็นหนังสือในการเช่า อาจนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้

^{๕๓} คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๐๐/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ฎ.๕๘๐ เช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ผู้เช่าจะ อ้างสิทธิตามข้อตกลงขึ้นต่อสู้ผู้เช่าไม่ได้

^{๕๔} คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๓/๒๕๑๕ ๒๕๑๕ ฎ.๑๐๖๔ กู้เงินกัน ๖๐๐ บาท โดยผู้กู้ลงลายมือชื่อในหนังสือ สัญญาเพื่อให้ผู้ให้กู้รอกข้อความให้ครบถ้วน ผู้ให้กู้รอกข้อความเป็น ๖,๐๐๐ บาท ดังนั้นผู้นำนับว่า เอกสารนั้นเป็นเอกสารปลอม และสัญญาผู้ไม่สมบูรณ์ได้ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๓๐/๒๕๑๖ ๒๕๑๖ ฎ. ๑๓๒๖ ทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เช่าซื้อรถยนต์ และจำนองที่ดินเป็นประกันเงินกู้ ดังนั้นนำสืบหักล้าง สัญญาผู้และสัญญาจำนองว่าเป็นนิติกรรมอำพราง และหนีไม่สมบูรณ์ได้

๔.๔ ข้อตกลงให้ทำเป็นหนังสือ เช่นข้อตกลงว่าให้แสดงเจตนาหรือทำคำบอกกล่าวเป็นหนังสือไม่ใช่แบบในความหมายของมาตรา ๑๕๒ แต่อาจมีผลให้การบอกกล่าวโดยฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และตามมาตรา ๓๖๖ วรรคสอง กำหนดว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีให้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” ก็เป็นหลักที่อาจนำมาปรับใช้ได้แก่กรณีที่ตกลงกันว่าการทำคำบอกกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ทำเป็นหนังสือและไม่มีพฤติการณ์ให้สันนิษฐานได้ว่าคู่กรณียอมรับคำบอกกล่าวนั้น ดังนี้ต้องถือว่าคำบอกกล่าวนั้นไม่มีผลเป็นคำบอกกล่าวเลย