



การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ

โดย

นายรวิน ถกลวิโรจน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ

โดย

นายรวิน ถกลวิโรจน์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

SPECIFIC PERFORMANCE IN OBLIGATIONS
TO DO SOMETHING

BY

MR. RAWIN THAKOLWIROJ



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
PRIVATE LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายรวิน ถกลวิโรจน์

เรื่อง

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

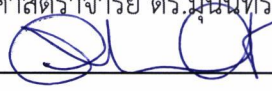
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)

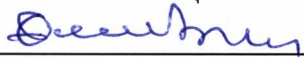
กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง)

คณบดี


(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ
ชื่อผู้เขียน	นายรวิน ถกลวิโรจน์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยเฉพาะในหนี้กระทำการ และเสนอแนะแนวทางการตีความบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 194 และมาตรา 213 เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

จากการศึกษาในทางประวัติศาสตร์พบว่าหลักการที่อยู่เบื้องหลังประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 194 คือ หลักความสำคัญสูงสุดของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งถือว่าเป็นสิทธิและมาตรการเยียวยาหลักจากการไม่ชำระหนี้ โดยหลักการนี้ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 แต่กลับไม่สอดคล้องกับมาตรา 213 ที่ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมองว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับเดียวกัน ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างฯ รวมไปถึงบทบัญญัติอื่นๆ ในบรรพ 2 เกี่ยวกับการไม่ชำระหนี้ซึ่งโดยส่วนใหญ่ต่างก็ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งสิ้น และพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการเยียวยาอื่นๆ เช่น ค่าเสียหาย หรือ การเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้ความสำคัญกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นลำดับแรก ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอแนะให้ตีความไปในแนวทางเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก

เมื่อเมื่อตีความว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิและมาตรการเยียวยาหลักแล้ว การวินิจฉัยสิทธิของเจ้าหนี้ตามมาตรา 213 โดยเฉพาะประเด็นเรื่องสภาพแห่งหนี้ ไม่เปิดช่อง จากการศึกษากรณีตัวอย่างในเอกเทศสัญญาบางประเภท จะเห็นได้ว่ามีหนี้กระทำการ บางประเภทที่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้ตีความว่า

สภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องจะต้องเป็นกรณีที่มีการบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ หรือเป็นการบังคับเอากับบุคคลภายนอกเท่านั้นโดยไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งหนึ่ง และเพื่อให้ครอบคลุม ทั้งกระบวนการในการบังคับชำระหนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้ตีความการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยครอบคลุมทั้งการส่งมอบที่เป็นหนี้โอนส่งมอบทรัพย์สินและ ที่เป็นหนี้กระทำการส่งมอบโดยไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสารบัญญัติ

สำหรับสำหรับกรณีที่สภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้บังคับได้เนื่องจากเป็นการบังคับเอากับ เนื้อตัว ร่างกายของลูกหนี้ เช่น หนี้กระทำการที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัว ผู้เขียนเสนอแนะให้ ศาลวินิจฉัยยกฟ้องหรือให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายไปตั้งแต่ต้น โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ กระทำการเสียก่อน หากลูกหนี้ไม่กระทำการจึงให้ชดใช้ค่าเสียหายแต่อย่างใด สำหรับมาตรการที่ให้ จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ดูเสมือนหนึ่งว่า เป็น ความพยายามจะบังคับชำระหนี้เอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า มาตรการ ดังกล่าวควรจะถูกนำมาปรับใช้ในบริบทของมาตรการลงโทษลูกหนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของ คำพิพากษาของศาล มากกว่าจะเป็นการที่เจ้าหน้าที่อาศัยศาลเป็นผู้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ให้แก่ตน

คำสำคัญ: การบังคับชำระหนี้, การบังคับคดีตามคำพิพากษา, หนี้กระทำการ

Thesis Title	SPECIFIC PERFORMANCE IN OBLIGATIONS TO DO SOMETHING
Author	Mr. Rawin Thakolwiroj
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Private Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Munin Pongsapan, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

This thesis studies the concept of specific performance in the Thai legal system, especially the obligation to do something, and provides a guideline to interpret Section 194 and Section 213 of the Civil and Commercial Code in order to achieve clarity and certainty of interpretation and consistency between substantive and procedural law with regard to specific performance.

Based on the results from a historical study in this thesis, it was found that the underlying principle of Section 194 of the Civil and Commercial Code is the primacy of specific performance, which is considered the primary right and remedy for breach of contract. This principle was influenced by the German Civil Code 1900. However, such principle is not consistent with Section 213 of the Civil and Commercial Code, which was predominantly influenced by the French Civil Code 1804 which placed specific performance and compensation for damage the same footing. Nevertheless, taking the intention of the drafting commission into consideration as well as other provisions regarding non-performance in Book II of the Civil and Commercial Code, which was mostly influenced by the German Civil Code; and a comparative study of other remedy measures, such as damages or termination of contract, the Thai Civil and Commercial Code gives priority to the enforcement of specific performance. Therefore, the author suggests that the interpretation should

be in line with the German Civil Code: specific performance should be the primary right and remedy for breach of contract.

When we interpret specific performance as the main right and remedy, the right of the creditor under Section 213, especially if the nature of the obligation does not permit compulsory performance, based on examples from specific contracts, it was found that there are certain types of obligations to do something which are able to be enforced specifically. As such, the author suggests that the interpretation of an obligation that “does not permit compulsory performance” should only be limited to the cases where physical measures must be used on the debtor’s body or must be performed by a third party, without the need to take the subject matter of the obligation into consideration. Additionally, for the benefit of the whole execution process of an obligation, the author suggests that the execution of rulings or orders to return or deliver a specific property, whether it is the obligation to transfer/delivery or the obligation to perform a delivery, should be interpreted in the same approach i.e., without taking the subject matter of the obligation into consideration, so that it is consistent with the substantive law.

In case the nature of the obligation does not permit compulsory performance because the execution of such obligation requires physical measures to be used on the debtor’s body, for example, an obligation of a performance which only the debtor can perform, the author suggests that the court should dismiss the case or rule that the debtor must pay damages from the beginning of the case, without having to rule that the debtor must perform the obligation first, then, if the debtor fails to perform, the debtor must pay damages.

With regard to the court order to imprison or detain a debtor so that the debtor would comply with the verdict, which seems to be an attempt to execute the obligation by using physical measures towards the debtor’s body, the author suggests that such measures should be implemented in the context of penalty measures in order to preserve the virtue of the court’s judgement (*res judicata*) rather than a measure to force the execution of specific performance by the court for the creditor.

Keywords: Specific performance, Execution of judgment, Obligation to do something



กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีด้วยความกรุณาช่วยเหลือ และเอาใจใส่เป็นอย่างดีจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปานที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ และสละเวลามาช่วยให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำและให้ข้อคิดเห็นในการปรับปรุงแก้ไข จนการศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์เล่มนี้เสร็จสมบูรณ์ลง ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณในความกรุณาของศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่ให้เกียรติมาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ และกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลางที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าของคณะกรรมการทุกท่านมาให้ความเห็น คำแนะนำเพิ่มเติมแก่ผู้เขียน จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ คุณยิ่งพรรณธัญ คำภูเวียงและคุณปัญญพร ชนะสุขที่คอยให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ และให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอด และขอขอบพระคุณ คุณวิภาวี แจ่มแจ้งที่ช่วยตรวจสอบบทคัดย่อให้กับผู้เขียน

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบคุณในความรัก ความห่วงใยและกำลังใจจากครอบครัวที่มอบให้แก่ผู้เขียนตลอดมาจนทำให้การศึกษาในระดับชั้นปริญญาโทนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นายรวิน ถกลวิโรจน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐาน	7
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	8
1.4 ขอบเขตการศึกษา	8
1.5 วิธีการศึกษา	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
1.7 ทบทวนวรรณกรรม	9
1.8เค้าโครงวิทยานิพนธ์	10
บทที่ 2 แนวคิดขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง	13
2.1 ความนำ	12
2.2 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง	14
2.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน ระบบกฎหมายซีวิลลอว์	14
2.2.2 ลักษณะทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	17
2.3 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน ระบบกฎหมายซีวิลลอว์	20

2.3.1 พัฒนาการของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสมัยโรมัน	20
2.3.2 พัฒนาการของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในยุโรปภายหลัง การค้นพบ Digest	23
2.3.3 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1804 และประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900	30
2.3.4 การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.2002 และประมวล กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.2016	37
2.4 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	43
2.5 การจำแนกวัตถุประสงค์แห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดย เฉพาะเจาะจง	46
2.6 บทสรุป	51
บทที่ 3 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย	53
3.1 ความนำ	53
3.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 และมาตรา 213	53
3.3 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ของไทย	59
3.3.1 มีหนี้เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งเป็นหนี้ที่สมบูรณ์และบังคับ ได้ตามกฎหมาย	60
3.3.2 ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้	64
3.3.3 เจ้าหนี้จะต้องบังคับชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้	70
3.3.4 สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้	73
3.4 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งของไทย	78
3.4.1 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งเดิม	81

3.4.1.1 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่เจ้าพนักงาน บังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการ	82
3.4.1.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่ศาลเป็น ผู้ดำเนินการ	85
3.4.2 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งใหม่	87
3.4.2.1 การบังคับคดีในกรณีที่เป็นหนี้เงิน	88
3.4.2.2 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง	89
3.4.2.3 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขับไล่ รื้อถอน	90
3.4.2.4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ	90
3.4.2.5 การบังคับคดีในกรณีได้มาซึ่งทรัพย์สินที่มีทะเบียน	94
3.4.2.6 การบังคับคดีในกรณีที่ขอให้ศาลจับกุมและกักขังลูกหนี้ ตามคำพิพากษา	94
3.5 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในมูลสัญญากับการเรียกทรัพย์สิน โดยอาศัยมูลละเมิดหรืออำนาจแห่งกรรมสิทธิ์	95
3.6 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย	100
3.6.1 ปัญหาการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง	100
3.6.1.1 ปัญหาตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน	102
3.6.1.2 ปัญหาตามสัญญาจ้างทำของ	105
3.6.1.3 ปัญหาตามสัญญาซื้อขายคงรูป	107
3.6.1.4 ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์สิน	108
3.6.2 ปัญหาในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ	109
3.7 บทสรุป	110
บทที่ 4 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในต่างประเทศ	112
4.1 ความนำ	112
4.2 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายเยอรมัน	113
4.2.1 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน ค.ศ.2002	113

4.2.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน	115
4.3 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส	123
4.3.1 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส ค.ศ.1804	123
4.3.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส	129
4.4 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายอังกฤษ	133
4.4.1 หลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมาย อังกฤษ	133
4.4.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายอังกฤษ	150
4.5 บทสรุป	157
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในหนี้กระทำการ	159
5.1 ความนำ	159
5.2 ปัญหาการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง	160
5.2.1 ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 414	161
5.2.2 การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง	166
5.3 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการบางประเภท	173
5.3.1 ปัญหาตามสัญญาเช่าทรัพย์	173
5.3.2 ปัญหาตามสัญญาจ้างทำของ	180
5.3.3 ปัญหาตามสัญญายืมใช้คงรูป	183
5.3.4 ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์	186
5.4 ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ บางประเภท	187
5.5 ปัญหาการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง	196
5.6 ข้อเสนอแนะ	198

5.7 บทสรุป	200
บทที่ 6 บทสรุป	203
บรรณานุกรม	208
ประวัติผู้เขียน	218



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดของหนี้ประเภทหนึ่งนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมคาดหวังที่จะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาหรือได้รับการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา จึงอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์หรือสาระสำคัญ (essence) ของหนี้หรือสัญญาก็คือ “การชำระหนี้” (performance) ของแต่ละฝ่าย¹ สัญญาหรือหนี้ย่อมเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามสัญญาหรือหนี้ดังกล่าว ดังนี้แล้วสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้จึงเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุด (primary right) ของเจ้าหนี้และเกิดขึ้นโดยผลของสัญญาหรือหนี้ แม้ว่าต่อมาลูกหนี้จะไม่ยอมปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา เจ้าหนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ (specific performance หรือ specific enforcement) ทั้งนี้แม้ว่าในกรณีผิดสัญญากฎหมายจะให้สิทธิเจ้าหนี้ในการเรียกค่าเสียหาย (damages) หรือการเลิกสัญญา (termination of contract) แต่เจ้าหนี้ก็ยังคงมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่คู่สัญญามุ่งประสงค์เป็นหลักตั้งแต่เมื่อเข้าทำสัญญา สิทธิของเจ้าหนี้ในการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายลักษณะหนี้หรือสัญญา²

ในระบบกฎหมายไทย การเลิกสัญญามักจะถูกกล่าวถึงในบริบทของกฎหมายลักษณะสัญญา ขณะที่ค่าเสียหายและการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมักจะถูกอธิบายกันในแง่ของ

¹ Paul ซึ่งเป็นนักกฎหมายคนสำคัญในยุคคลาสสิกได้กล่าวว่า “สาระสำคัญของหนี้ไม่ได้อยู่ที่ตัวทรัพย์สินแต่อยู่ที่ความผูกพันในทางกฎหมายที่ลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน ทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้” หลักการนี้ได้รับการบรรจุอยู่ในกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis) “The essence of obligations does not consist in that it makes some property or a servitude ours, but that it binds another person to give, do, or perform something for us.” (D.44.7.3pr.)

² G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, (Oxford : Clarendon Press, 1988), p.1. ; Solene Rowan, Remedies for Breach of Contract : A Comparative Analysis of The Protection of Performance, (Oxford : Oxford University Press, 2012), pp.1-2.

กฎหมายลักษณะหนี้³ โดยบทบัญญัติใน ป.พ.พ. มาตรา 194⁴ ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้แต่ในทางปฏิบัติแล้ว มาตรา 194 ไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาอธิบายในเรื่องการบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงมากนัก แต่กลับถูกใช้ในการให้ความหมายของหนี้หรือจำแนกวัตถุแห่งหนี้แทนเป็นส่วนใหญ่ นักกฎหมายไทยมักจะอธิบายการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยอ้างถึง ป.พ.พ. มาตรา 213 เป็นหลัก⁵ มาตรา 213 บัญญัติรับรองสิทธิแก่เจ้าหนี้ในอันจะฟ้องร้องเพื่อบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เว้นแต่ “สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่อง” ให้บังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ เช่น สัญญาจ้างลูกหนี้มาร้องเพลง จ้างลูกหนี้มาทำความสะอาดบ้าน หรือจ้างลูกหนี้วาดภาพกรณีเหล่านี้ล้วนแต่เป็นหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำการอะไรบางอย่างเป็นการชำระหนี้ (หนี้กระทำการ) ซึ่งมีแต่ลูกหนี้เท่านั้นที่จะมาร้องเพลง ทำความสะอาดหรือวาดภาพได้ตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ แม้มาตรา 213 วรรค 2 จะให้ทางแก้ไขเกี่ยวกับหนี้กระทำการเอาไว้ว่า เช่น จ้างคนอื่นมาร้องเพลง มาทำความสะอาดบ้าน หรือมาวาดภาพแทนลูกหนี้ซึ่งแม้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ก็ตาม

³ Munin Pongsapan, “Remedies for breach of Contract in Thai Law,” in Studies in the Contract Laws of Asia: Remedies for breach of Contract, Mindy Chen-Wishart, Alex Loke, & Burton Ong, (Oxford: Oxford University Press, 2016) ch 16, p.374.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194

“ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้”

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213

“ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้หรือถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อกลายหน้าด้วยก็ได้

อนึ่งบทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่”

แต่ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามความประสงค์ของสัญญา เป็นเพียงการบังคับชำระหนี้โดยอ้อมเท่านั้นหนี้กระทำการในลักษณะนี้จึงเป็นหนี้กระทำการโดยแท้ซึ่งไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ อย่างไรก็ตามยังมีหนี้กระทำการที่ไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้ดังเช่นหนี้กระทำการที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินด้วยเช่นกัน

ดังนั้นเงื่อนไขที่สำคัญยิ่งในการพิจารณาสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็คือ สภาพแห่งหนี้ต้องเปิดช่องให้บังคับได้ การตีความหรือวินิจฉัยบทบัญญัติในส่วนนี้จึงมีความสำคัญมากและเป็นตัวกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของเจ้าหนี้ในแต่ละกรณี ซึ่งในปัจจุบันการใช้และการตีความเรื่อง “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งก่อให้เกิดปัญหาบางประการขึ้น ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาที่สัญญาบางประเภทอาจก่อให้เกิดหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ที่อาจจะถือได้ว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง แต่โดยสภาพแล้วไม่ได้เป็นการเฉพาะตัวเหมือนหนี้ดังกล่าวข้างต้น จึงมีปัญหาคือพิจารณาว่าจะสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในหนี้กระทำการเช่นว่านี้ได้หรือไม่ กล่าวคือจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันหรือไม่

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาถึงปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการในสองระดับ คือปัญหาในทางกฎหมายสารบัญญัติและปัญหาในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในส่วนแรกตามมาตรา 213 คำว่า “สภาพแห่งหนี้” ควรจะตีความโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใดหรือมีข้อจำกัดมากนักน้อยเพียงใดในการตีความ โดยผู้เขียนจะทำการศึกษาจากกรณีตัวอย่างในสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างทำของ สัญญายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สิน เพื่อนำมาตอบปัญหาที่ว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” ตามมาตรา 213 วรรคแรก มีความหมายกว้างมากนักน้อยเพียงใด และเป็นดุลพินิจของศาลหรือไม่ที่จะกำหนดว่ากรณีใดสภาพแห่งหนี้เปิดช่องหรือไม่เปิดช่อง กล่าวคือหากเป็นกรณีที่ได้โดยสภาพแล้วสามารถบังคับกันได้ ศาลจะสามารถใช้อำนาจในการวินิจฉัยคดีว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องทั้งๆ ที่ศาลสามารถบังคับได้ ในกรณีนี้ศาลจะมีอำนาจทำเช่นนั้นหรือไม่โดยทำการศึกษาจากกรณีตัวอย่างดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาว่าผู้เช่ามีสิทธิจะฟ้องร้องบังคับให้ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้ผู้เช่าเข้าไปใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่าได้หรือไม่ แม้ว่าบทบัญญัติในลักษณะเช่าทรัพย์สินจะให้นำบทบัญญัติในลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งหากเป็นสัญญาซื้อขายแล้วผู้ขายไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินให้ สภาพแห่งหนี้ย่อมเปิดช่องให้บังคับได้โดยสภาพอยู่แล้ว⁶ แต่สัญญาเช่าเองก็มีลักษณะที่

⁶ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5825/2534

ต่างกับสัญญาซื้อขายและไม่ได้มุ่งถึงการโอนกรรมสิทธิ์ ทั้งคู่สัญญายังมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอีก ภายหลังจากมีการส่งมอบกันแล้ว เช่น ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า หรือแก้ไขความชำรุดบกพร่องที่เกิดแก่ทรัพย์สิน ขณะที่เช่าผู้เช่ามีหน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่า หน้าที่จะต้องยอมให้ผู้ให้เช่าตรวจดูทรัพย์สินที่เช่า หรือหน้าที่จะไม่ทำการดัดแปลงต่อเติมทรัพย์สินที่เช่า เป็นต้น กรณีสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่

ตัวอย่างเพื่อพิจารณาในวิทยานิพนธ์นี้ ก. ตกลงทำสัญญาเช่าอาคาร A จาก ข. มีกำหนด 30 ปี มีการจดทะเบียนการเช่ากันเรียบร้อยแล้ว สัญญาเช่าจึงสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ แต่ถึงเวลา ข. กลับไม่ยอมส่งมอบอาคาร A ให้ ก. เข้าไปใช้ประโยชน์ในอาคาร ถ้า ก. ต้องการจะใช้อาคาร A เท่านั้นจึงใช้สิทธิตามสัญญาเช่ามาฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่า ข. ละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเช่าให้แก่ตน กรณีศาลจะวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ตามสัญญาเช่าเปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่

(2) ปัญหาว่าผู้ว่าจ้างจะฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาจ้างทำของในกรณีที่การทำงานที่สั่งให้ให้ทำเป็นการทำงานที่ก่อให้เกิดทรัพย์อย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาใหม่

ตัวอย่างเพื่อพิจารณาในวิทยานิพนธ์นี้ ก. ตกลงว่าจ้าง ข. ให้สร้างตู้เก็บของให้ ปรากฏว่า ข. เริ่มทำการสร้างตู้เก็บของแล้วแต่ยังไม่สำเร็จดี และไม่ยอมทำต่อไป ก. จะมีสิทธิฟ้องบังคับให้ ข. ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพียงใด กรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ หรือหาก ข. ทำตู้เก็บของเสร็จแล้วแต่ไม่ยอมมอบให้ ก. กลับเอาไว้งานเอง ข. จึงมาฟ้องของบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาจ้างทำของเพื่อให้ ข. ชำระหนี้แก่ตน กรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ ทั้งนี้หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาจ้างทำของที่อาศัยความสามารถเฉพาะตัวของลูกหนี้จะบังคับลูกหนี้ได้หรือไม่ ในทางกฎหมายสารบัญญัติจะยอมให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาจ้างทำของซึ่งลูกหนี้มีหนี้จะต้องกระทำการให้การทำงานสำเร็จได้มากน้อยเพียงใด

(3) ปัญหาตามสัญญาใช้คงรูป เมื่อผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินเสร็จแล้ว ผู้ยืมยังคงมีหนี้ตามสัญญาใช้คงรูปในการจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมซึ่งถือเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ได้เป็นการเรียกเอาคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ลูกหนี้ตามสัญญาใช้คงรูป

ตัวอย่างเพื่อพิจารณาในวิทยานิพนธ์นี้ ก. นำรถยนต์ที่มีชื่อมารดาของ ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไปให้ ข. ยืมเป็นเวลา 1 เดือน ในระหว่างนั้น ข. เอารถยนต์ไปฝากไว้แก่ ค. หรือ ข. เอารถยนต์ดังกล่าวไปให้ ค. ยืมอยู่ เมื่อครบกำหนด ข. จึงไม่ได้ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ ก. หาก ก.

มาฟ้อง ข. เพื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญาเดิมใช้คงรูปแต่รถยนต์ยังอยู่ในความครอบครองของ ค. อยู่
กรณี ก. จะมีสิทธิฟ้องให้ ข. ชำระหนี้ได้เพียงใด แม้ทรัพย์จะอยู่กับบุคคลภายนอกซึ่งมีแนว
คำพิพากษาศาลฎีกาว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ แต่ก็เป็นเรื่องของสัญญาซื้อขายซึ่งทำให้
บุคคลภายนอกได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์พิพาทไปแล้ว หรือกรรมสิทธิ์เป็นของบุคคลภายนอกอยู่แล้ว
ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เพราะลูกหนี้ไม่อาจไปบังคับ
บุคคลภายนอกให้โอนกรรมสิทธิ์คืนมาได้⁷ แต่กรณีตามตัวอย่างนี้บุคคลภายนอกไม่ได้มีการได้ไปซึ่ง
กรรมสิทธิ์ในรถยนต์แต่อย่างใดมีเพียงสิทธิตามสัญญากับ ข. เท่านั้น กรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่อง
ให้บังคับลูกหนี้คือ ข. ชำระหนี้ตามสัญญาเดิมใช้คงรูปนี้ได้หรือไม่

(4) ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์ซึ่งลูกหนี้มีหนี้จะต้องคืนทรัพย์ที่รับฝากเอาไว้แก่เจ้าหนี้
(ผู้ฝากทรัพย์) อย่างไรก็ตามหากทรัพย์ที่รับฝากตกไปอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกโดย
ชอบด้วยกฎหมายเสียแล้ว เช่น ลูกหนี้นำไปฝากไว้กับบุคคลภายนอกอีกที เช่นนี้หากเจ้าหนี้มาฟ้อง
บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ชำระหนี้ด้วยการส่งคืนทรัพย์ที่รับฝากไว้จะถือว่าสภาพแห่งหนี้
เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่

ตัวอย่างเพื่อพิจารณาในวิทยานิพนธ์นี้ ก. ฝากรถยนต์ของมารดาตนเองเอาไว้กับ ข.
มีกำหนดเวลา 1 เดือน ปรากฏว่า ข. เอาไปฝากไว้กับ ค. อีกที เมื่อครบกำหนดเวลาจึงไม่ได้ส่งมอบคืน
ให้กับ ก. หาก ก. มาฟ้องบังคับให้ ข. ชำระหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์ แม้ว่ารรถยนต์จะยังอยู่ในความ
ครอบครองของ ค. ตามสัญญาฝากทรัพย์ระหว่าง ข. กับ ค. และ ค. เองเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิได้
มีนิติสัมพันธ์อย่างใด ๆ กับ ก. และ ก. เองก็ไม่สามารถจะอ้างหลักกรรมสิทธิ์คืน ค. ได้ และไม่สามารถ
จะอาศัยสัญญาฝากทรัพย์บังคับเอา กับบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม ก. ยังคงอาศัยสิทธิตามสัญญา
ฝากทรัพย์บังคับชำระหนี้เอา กับ ข. ซึ่งเป็นลูกหนี้ของตนได้ เพียงแต่ว่าการฟ้องบังคับในกรณีดังกล่าว
จะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าสภาพแห่งหนี้ในกรณีตามตัวอย่างเปิดช่องให้บังคับเอา กับลูกหนี้คือ ข.
ได้หรือไม่

ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติในประการแรก สืบเนื่องจากกรณีตัวอย่างในเอกเทศ
สัญญาทั้งสี่ประเภทข้างต้น หากได้วินิจฉัยแล้วว่ากรณีทั้งสี่ตัวอย่งนั้นเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้เปิด
ช่องให้บังคับกันได้จึงมีปัญหาคือต่อไปว่า ศาลจะกำหนดวิธีการบังคับคดีว่าเป็นการส่งคืนหรือส่งมอบ
ทรัพย์เฉพาะสิ่งใดหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการอธิบายว่าการส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์
ยังไม่ได้อยู่กับเจ้าหนี้ การส่งคืนก็เป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์อยู่กับเจ้าหนี้แล้ว แต่มีความจำเป็นหรือไม่ที่การ

⁷ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3831/2537 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 315/2534

ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งกันตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 346⁸ และ มาตรา 347⁹ จะต้องเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์กันหรือมีความเกี่ยวข้องกับ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือมีฐานของกรรมสิทธิ์รองรับเอาไว้ หากเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหนี้ กระทำการ โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์เลยจะอยู่ในบังคับของการบังคับคดีให้ส่งคืนหรือ ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพียงใด หรือกรณีจะถือว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งที่ต้องอาศัย การจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ชำระหนี้เท่านั้น และหากจำเป็นจะต้องใช้วิธีการจับกุม หรือกักขังแล้วย่อมเกิดปัญหาอีกประการหนึ่งตามมา ซึ่งเป็นปัญหาหลักของผู้เขียนที่จะวิเคราะห์ให้ เห็นถึงปัญหาบางประการที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 361¹⁰ ได้กำหนดวิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยอาศัยการจับกุม กักขังลูกหนี้จนกว่าลูกหนี้ จะปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ในประเด็นนี้จึงมีปัญหาว่าวิธีการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ ชำระหนี้จะขัดกับหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 หรือไม่ ทั้งนี้จะเห็นได้ ว่าในมาตรา 213 หนี้กระทำการซึ่งโดยหลักแล้วเราไม่สามารถจะบังคับฝืนใจลูกหนี้ได้ กฎหมายจึง กำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้โดยอ้อมเอาไว้ เช่น การใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาหรือ ให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนก็เพื่อที่จะยืนยันหรือคุ้มครองไม่ให้มีการบังคับชำระหนี้เอา กับเนื้อตัว

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 346

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืน หรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ถ้าบทบัญญัติในหมวดนี้มีได้กำหนดวิธีการ บังคับคดีไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติในหมวด 2 การบังคับคดีในกรณีที่เป็นหนี้เงินมาใช้อย่างบังคับโดย ออโนโลม”

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 347

“ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะ สิ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องแก่เจ้าหนี้ตาม คำพิพากษา ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินนั้นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง”

¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 361

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติหมวด 4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้จับไล่ ในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำ พิพากษาจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ และไม่มีวิธีการบังคับอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้ บังคับได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอฝ่ายเดียว ให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำ พิพากษาก็ได้”

ร่างกายของลูกหนี้หรือหากพิจารณาจากถึงถ้อยคำที่ว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” จึงไม่อาจบังคับได้ ก็เป็นเพราะว่าการจะบังคับนั้นเป็นการบังคับเอาแก่นเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ มาตรา 213 จึงกำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ว่าในกรณีนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

การที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยเฉพาะในส่วนของการบังคับตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเองโดยไม่อาจร้องขอให้บุคคลภายนอกทำแทนได้ตามมาตรา 358¹¹ ให้เจ้าหนี้สามารถร้องขอให้จับกุม คမ်းขังลูกหนี้ตามมาตรา 361 เพื่อให้ลูกหนี้กระทำการตามคำพิพากษาของศาลได้ด้วย ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนนี้เป็นผลทำให้ในท้ายที่สุดแล้วก็มีการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการตามคำพิพากษาขึ้นได้ และเป็นการบังคับเอาแก่นเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ซึ่งมีประเด็นปัญหาว่าจะขัดกับหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติในส่วนของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 หรือไม่

1.2 สมมติฐาน

หนี้กระทำการบางประเภทที่ไม่จำเป็นต้องบังคับเอาแก่นเนื้อตัว ร่างกายของลูกหนี้ น่าจะสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ และไม่ถือว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้แต่อย่างใด โดยที่การตีความว่ากรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ควรจะต้องเป็นเพราะในกรณีนั้นๆ การจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นการบังคับเอาแก่นเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ และไม่ควรตีความโดยอาศัยเฉพาะแต่เพียงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เท่านั้น

ในส่วนของวิธีการบังคับนั้น การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง การส่งมอบหรือส่งคืนนี้ควรจะต้องตีความรวมทั้งการส่งมอบหรือส่งคืนที่เป็นหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการส่งมอบหรือส่งคืนที่เป็นหนี้กระทำการส่งมอบด้วย รวมไปถึงควรจะต้องตีความให้ใช้บังคับได้ทั้งการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์และโดยอาศัยสิทธิทางหนี้อื่นๆ

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 358

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งไม่ใช่กรณีตามมาตรา 357 นอกจากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอตามมาตรา 361 แล้ว ถ้าการกระทำนั้นเป็นกรณีที่อาจให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนได้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอฝ่ายเดียวให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้บุคคลภายนอกกระทำการนั้นแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย”

สำหรับนี้กระทำการที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัวเมื่อถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องแล้ว ศาลควรจะพิพากษายกฟ้องหรือให้ชดใช้ค่าเสียหายไปตั้งแต่ต้น และมาตรการในการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเอาไว้จนกว่าจะชำระหนี้ควรบังคับใช้ในบริบทของมาตรการลงโทษลูกหนี้จากการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษามากกว่าในบริบทของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย รวมไปถึงหลักสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 ว่ามีความหมายกว้างเพียงใด ทั้งนี้เพื่อจัดระบบความคิดในเรื่องดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย รวมไปถึงค้นหาข้อสรุปเพื่อตอบปัญหาเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในนี้กระทำการที่เกิดจากเอกเทศสัญญาบางประเภทข้างต้น

2. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

3. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในนี้กระทำการที่เกิดจากเอกเทศสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญา임ใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์ทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาในเรื่องขอบเขตของสภาพแห่งหนี้ตามมาตรา 213 เป็นหลักโดยผู้เขียนจะทำการศึกษาจากกรณีตัวอย่างซึ่งเป็นหนี้ตามสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญา임ใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์เท่านั้น ทั้งนี้ในส่วนของการกฎหมายวิธีพิจารณาความ จะทำการศึกษาเฉพาะวิธีการที่จะบังคับชำระหนี้ตามกรณีตัวอย่างข้างต้นและปัญหาเกี่ยวกับการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้นโดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะเน้นศึกษาในส่วนของการกฎหมายสารบัญญัติเป็นหลักมากกว่าในส่วนของการกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.5 วิธีการศึกษา

การศึกษาถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการผู้เขียนจะใช้วิธีการศึกษาและค้นคว้าวิจัยจากตำราหรือคำอธิบายกฎหมาย และบทความต่างๆ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ งานวิจัยและวิทยานิพนธ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา แล้วนำข้อมูลที่ได้มาศึกษา และวิเคราะห์เพื่อจัดระบบโครงสร้างทางความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการอย่างชัดเจนและเป็นระบบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้เข้าใจถึงถึงหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทยรวมไปถึงขอบเขตของหลักสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213
2. เพื่อให้เข้าใจถึงถึงหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ
3. เพื่อให้เข้าใจถึงถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการที่เกิดจากเอกเทศสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์ทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

ประเด็นการศึกษาตามวิทยานิพนธ์เล่มนี้ แม้จะยังไม่มีผู้ทำการศึกษาเอาไว้โดยตรง แต่ในวิทยานิพนธ์เรื่อง “การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้”¹² ได้มีการกล่าวถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งหนี้ในหนี้กระทำการที่มีการส่งมอบทรัพย์สินรวมอยู่ด้วย อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์ดังกล่าวได้ทำการศึกษาในประเด็นที่ว่าลูกหนี้ในหนี้กระทำการดังกล่าวส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ เช่น จ้างให้ตัดชุดแต่งงานอันเป็นสัญญาจ้างทำของ เมื่อลูกหนี้ตัดชุดเสร็จแล้วนำมาส่งมอบปรากฏว่าการ

¹² ศุภกาญจน์ ปรีชา, “การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

งานที่ลูกหนี้ทำมาไม่ถูกต้องตามแบบ ประเด็นที่ต้งไว้ในวิทยานิพนธ์ดังกล่าวคือเจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้เพียงใดเท่านั้นโดยไม่ได้ตั้งประเด็นปัญหาว่าจะบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการได้หรือไม่ นอกจากนี้ก็มีการกล่าวในส่วนของสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงบ้างเพียงเล็กน้อยในส่วนกฎหมายต่างประเทศในบางประเทศเท่านั้น

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องวิธีการในการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการบางประเภทที่ผู้เขียนตั้งสมมติฐานว่าน่าจะทำได้โดยอาศัยเจ้าพนักงานบังคับคดีได้เคยมีผู้ทำวิทยานิพนธ์ที่ใกล้เคียงกันในเรื่อง “ปัญหาในการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”¹³ อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์ดังกล่าวมุ่งศึกษาเฉพาะปัญหาในการยึดสิ่งปลูกสร้างของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในลักษณะสังหาริมทรัพย์ ปัญหาการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ปัญหาการยึดทรัพย์สินที่อยู่ภายในร่างกายของลูกหนี้ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการค้นสถานที่ใดๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 279 วรรคสอง และปัญหาการประเมินราคาในการยึดสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แม้จะมีการศึกษาถึงร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยเฉพาะการบังคับตามคำพิพากษาให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแต่ประเด็นปัญหาโดยเฉพาะในส่วนของการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ในวิทยานิพนธ์ดังกล่าวทำการศึกษาอยู่บนพื้นฐานของหลักกรรมสิทธิ์ว่ากรรมสิทธิ์เป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพียงแต่ไม่ได้อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้นและเป็นการศึกษาในประเด็นการยึดเพื่อนำมาชำระหนี้เงินตามคำพิพากษาให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ซึ่งผู้เขียนเน้นไปที่การวินิจฉัยในกฎหมายสารบัญญัติก่อนว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่เพียงใด แล้วจึงวินิจฉัยในตอนท้ายว่าจะใช้มาตรการใดในการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวและผู้เขียนยังศึกษากรณีต่างๆ เหล่านี้โดยไม่มีฐานแห่งกรรมสิทธิ์รองรับเอาไว้

1.8 คำโครงวิทยานิพนธ์

บทที่ 1 : บทนำ ผู้เขียนจะอธิบายถึงความเป็นมาและสภาพปัญหาของการบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194 และมาตรา 213 เกี่ยวกับหนี้กระทำการบางประเภทข้างต้นและอธิบายถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย หลังจากนั้นจะชี้ให้เห็นถึงสมมติฐานที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้รวมไปถึงวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

¹³ สุนิดา บุรินทร์กุล, “ปัญหาในการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

และทำการกำหนดขอบเขตและวิธีการศึกษาให้ชัดเจน ตลอดจนผลสำเร็จที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

บทที่ 2 : แนวคิดขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแต่ละระบบกฎหมายเพื่อความเข้าใจในเบื้องต้นก่อน หลังจากนั้นจะอธิบายถึงประวัติศาสตร์และพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยเริ่มจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ตั้งแต่สมัยโรมันเรื่อยไปจนถึงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 และการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 ตลอดจนเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 และการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2016 หลังจากนั้นจึงทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เริ่มตั้งแต่ในยุคที่เป็นศาลคอมมอนลอว์ไปจนถึงระบบศาลแบบในปัจจุบัน และในท้ายที่สุดผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักคิดเกี่ยวกับการจำแนกวัตถุประสงค์หนี้เพื่อการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งมีมาตั้งแต่ในสมัยยุโรปช่วง ius commune เรื่อยมาจนปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 โดยในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักคิดในเรื่องนี้ที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยด้วย

บทที่ 3 : การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย ในบทนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากกระบวนการในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยโดยเฉพาะกระบวนการในการร่างบทบัญญัติในมาตรา 194 และมาตรา 213 หลังจากนั้นจะอธิบายหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามลำดับแล้วจึงชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นพร้อมกับยกตัวอย่างประกอบ

บทที่ 4 : การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในต่างประเทศ ในบทนี้ผู้เขียนจะเริ่มจากการศึกษาหลักเกณฑ์เรื่องนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน หลังจากนั้นจะทำการศึกษาลักษณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 และในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดีของฝรั่งเศสที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2011 จากนั้นจึงจะศึกษาเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประเทศอังกฤษในท้ายที่สุดเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าในระบบกฎหมายต่างประเทศมีการแก้ปัญหาในลักษณะนี้อย่างไรบ้างเพื่อจะได้นำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย

บทที่ 5 : บทวิเคราะห์ ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงสาเหตุของปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยเสียก่อน หลังจากนั้นจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายในต่างประเทศที่ได้ศึกษามาในบทที่ 4 เพื่อจะทำการวิเคราะห์หาเจตนารมณ์และการตีความ

เรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องในเอกเทศสัญญาบางประเภทรวมถึงเสนอแนะวิธีในการตีความในเรื่องดังกล่าวให้เหมาะสมกับสภาพการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมากที่สุด

บทที่ 6 : บทสรุป : ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการสรุปแนวความคิดในระบบกฎหมายต่างๆ และทำการสรุปเป็นแนวทางในการตีความในระบบกฎหมายไทยเพื่อตอบปัญหาดังกล่าวข้างต้น



บทที่ 2

แนวคิดขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

2.1 ความนำ

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็น “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ซึ่งเกิดมาด้วยอำนาจของกฎหมายหนี้หรือสัญญา ดังนั้นเจ้าหนี้จึงมีสิทธิดังกล่าวตั้งแต่เมื่อหนี้หรือสัญญานั้นเกิดขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ กล่าวคือถึงแม้ว่าจะมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้น (breach of contract) เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพราะในความเข้าใจของนักกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่าสิทธิในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ยังคงมีอยู่ต่อไปและสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาหรือหนี้ตั้งแต่แรกมิใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญากันแต่อย่างใด ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงไม่ได้ให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาที่เกิดขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญาหรือไม่ (remedies for breach of contract) โดยมองว่าเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่แรกแล้วโดยมีการบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายของหลายๆ ประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹

อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กลับไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมากเท่ากับในระบบซีวิลลอว์ และมีแนวความคิดและความเข้าใจเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่แตกต่างกันออกไป โดยมองว่าเฉพาะค่าเสียหาย (damages) เท่านั้นที่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือผิดสัญญา และเป็นมาตรการเยียวยาหลัก (primary remedies for breach of contract) ที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ขณะที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ถือว่าเป็นสิทธิของเจ้าหนี้แต่อย่างใด และถือว่าเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับรองเท่านั้น (secondary remedies for breach of contract) นักกฎหมาย

¹ Martin Van Kogelenberg, Motive Matters! An exploration of the notion ‘deliberate breach of contract’ and its consequences for the application of remedies, (Intersentia Publishing Ltd., 2013), pp.30-34.

คอมมอนลอว์จึงมองว่าการบังคับชำระหนี้เป็นการเยียวยา (remedy) มากกว่าจะเป็นสิทธิเหมือนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์²

ทั้งนี้แม้ว่าในปัจจุบันหากพิจารณาในแง่ของกฎหมายเปรียบเทียบจะเป็นที่ยอมรับกันว่าสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในบริบทของการผิดสัญญาที่จัดเป็นมาตรการเยียวยาอย่างหนึ่ง (remedy) ด้วยก็ตาม แต่ความแตกต่างกันของแนวคิดดังกล่าวข้างต้นทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ก็ยังคงมีอยู่ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นผลมาจากวิวัฒนาการทางความคิดในทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันมาตั้งแต่ในอดีต ในบทที่ 2 ผู้เขียนจึงเริ่มจากการอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ในเบื้องต้นก่อน เพื่อจะชี้ให้เห็นถึงแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไป แล้วจึงศึกษาต่อไปถึงวิวัฒนาการในเชิงประวัติศาสตร์ของแต่ละระบบกฎหมายที่ส่งผลให้แนวความคิดในเรื่องดังกล่าวมีความแตกต่างกันออกไปในทั้งสองระบบกฎหมาย และส่วนสุดท้ายจะกล่าวถึงแนวคิดที่อาศัยการจำแนกวัตถุประสงค์ให้แยกเป็นหนี้กระทำการ หนี้เว้นกระทำการ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้แต่ละประเภท

2.2 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

2.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นผลมาจากแนวคิดเกี่ยวกับความผูกพันตามสัญญาหรืออำนาจบังคับตามสัญญา เจ้าหนี้สามารถร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เสมอ ไม่ว่าจะเป็นการให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้ลูกจ้างงดเว้นจากการค้าขายแข่งขันก็ตาม กล่าวคือในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

² *Ibid.*, pp.26-29 ; G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, (Oxford : Clarendon Press, 1988), pp.43-46. ; Munin Pongsapan, “Remedies for breach of Contract in Thai Law,” in Studies in the Contract Laws of Asia: Remedies for breach of Contract, Mindy Chen-Wishart, Alex Loke, & Burton Ong, (Oxford: Oxford University Press, 2016) ch 16, p.374.

ในทุกกรณี ทั้งนี้เนื่องมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์เองมองเรื่องสัญญาหรือหนี้ควบคู่ไปกับเรื่องศีลธรรม (moral) ดังนั้นคำมั่นสัญญาหรือหนี้ต่างๆ จะต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม³

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงเป็นที่ยอมรับกันว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็น “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ กล่าวคือ ตั้งแต่ขณะเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอันเป็นสิทธิหลักของเจ้าหนี้ และเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นเจ้าหนี้ก็ย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยถือว่าเป็นสิทธิหลัก (primary right) หรือเป็นการเยียวยาหลัก (primary remedies for breach of contract) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 มาตรา 241⁴ ขณะที่ค่าเสียหายและสิทธิในการเลิกสัญญาถือเป็นสิทธิในลำดับรอง (secondary right) หรือเป็นการเยียวยาในลำดับรอง (secondary remedies for breach of contract) ซึ่งหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถทำได้อยู่ เจ้าหนี้อย่อมต้องบังคับไปตามสิทธิหลักเท่านั้นจะบังคับเอาค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอันเป็นสิทธิในลำดับรองไม่ได้⁵

อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ แต่สิทธิดังกล่าวจะเป็นสิทธิหลักดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันหรือไม่กลับมีความแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 แม้ว่ามาตรา 1134⁶ จะยอมรับว่าเจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิหลัก

³ Jan M. Smits, *Contract Law : Comparative Introduction*, (Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2014), p.193.

⁴ German Civil Code (2002) Section 241

“(1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.”

⁵ Munin Pongsapan, *supra note 2*, p.376.

⁶ French Civil Code (1804) Article 1134

“Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.

They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law.

They must be performed in good faith.”

ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 1184⁷ ซึ่งวางหลักว่าในกรณีที่มีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือเลิกสัญญาพร้อมกับเรียกเอาค่าเสียหาย อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 1142 ถึง 1144 กลับยอมรับค่าเสียหายในฐานะที่เป็นสิทธิหลักของเจ้าหนี้เช่นเดียวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวคิดนี้ในฝรั่งเศส โดย Marcel Planiol (1853-1931)⁸ ยอมรับว่าสิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็น “สิทธิหลัก” หรือเป็น “มาตรการเยียวยาหลัก” ความเห็นดังกล่าวทำให้ดูเหมือนกับว่าจะอธิบายแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในฝรั่งเศสได้เป็นอย่างดี แต่บทบัญญัติในมาตรา 1142⁹ กลับอธิบายว่าสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์แห่งหนี้ว่าเป็นหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน และ Denis Tallon (1924-2013)¹⁰ ให้ความเห็นว่า “ข้อความคิดที่สำคัญที่สุดในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือ มาตรการการเยียวยาในทุกประเภท (การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง การเรียกค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้ และการเลิกสัญญา) อยู่ในระดับ

⁷ French Civil Code (1804) Article 1184

“A condition subsequent is always implied in synallagmatic contracts, for the case where one of the two parties does not carry out his undertaking.

In that case, the contract is not avoided as of right. The party towards whom the undertaking has not been fulfilled has the choice either to compel the other to fulfil the agreement when it is possible, or to request its avoidance with damages.”

Avoidance must be applied for in court, and the defendant may be granted time according to circumstances.”

⁸ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยแรนส์ (University of Rennes) และมหาวิทยาลัยซอร์บอนน์ (University of Sorbonne) เป็นที่รู้จักผ่านหนังสือ “Traité élémentaire de droit civil (Elementary Treatise of Civil Law)” ซึ่งอธิบายหลักการเบื้องต้นในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและหลักกฎหมายโรมัน

⁹ French Civil Code (1804) Article 1142

“Any obligation to do or not to do resolves itself into damages, in case of non-performance on the part of the debtor.”

¹⁰ ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายเปรียบเทียบประจำมหาวิทยาลัยปารีสสอง (Université Panthéon-Assas (Paris II)) และเป็นหนึ่งในผู้แต่งหนังสือ “Contract Law : Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe”

เดียวกัน กล่าวคือ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือจะเรียกเอาค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือจะเลิกสัญญาก็ได้”¹¹

นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมองเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นเรื่องของ “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ในทางกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น นักกฎหมายเยอรมันแยกแยะปัญหาเรื่องสิทธิเรียกร้องในทางสารบัญญัติออกจากปัญหาเรื่องการบังคับตามสิทธิเรียกร้องในทางวิธีพิจารณาความอย่างชัดเจน ดังนั้นการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้กระทำการ หนี้ดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินไม่มีผลใดๆ ต่อการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือในหนี้ทุกประเภทไม่สำคัญว่าวัตถุแห่งหนี้จะเป็นเช่นไร กฎหมายยอมรับว่าเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เสมอ ขณะที่สิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวจะบังคับกันได้เพียงใดเป็นปัญหาในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความเท่านั้น แต่ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกลับมุ่งไปที่การบังคับตามสิทธิโดยอาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้กระทำการ หนี้ดเว้นกระทำการ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเป็นจุดเริ่มในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้แต่ละประเภท¹²

แม้ว่าลักษณะทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้างแต่ก็เป็นที่ยอมรับกันในเบื้องต้นว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็น “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.2.2 ลักษณะทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มองเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของศีลธรรมหรือการรักษาสัญญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กลับแตกต่างออกไปโดยมองการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ (economic) มากกว่า กล่าวคือ โดยหลักแล้วการบังคับตามสัญญาหรือหนี้ คือการที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ (damages) เท่านั้นซึ่งในบางกรณีอาจจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็เป็นได้ เช่น ก. ตกลงขายทรัพย์สินซึ่งมีขายทั่วไปให้กับ ข. และไม่ยอมส่งมอบให้แก่ ข. ดังนี้ ข. มีสิทธิเพียงเรียกเอาค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้ ข. ก็ได้เงินไปซื้อทรัพย์สินที่อื่นต่อ ขณะที่ ก. ก็ไม่ต้องไปเสียเวลาหาซื้อทรัพย์สินจากที่อื่นมาส่งมอบ

¹¹ Munin Pongsapan, *supra* note 2, pp.377-378.

¹² *Ibid.*, p.376.

ให้ ข.¹³ ต่างฝ่ายต่างก็ได้ประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจกันทั้งคู่ ค่าเสียหายจึงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก (primary remedies for breach of contract) จากการผิดสัญญาและเป็นมาตรการที่สำคัญที่สุดที่ถูกใช้เพื่อชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย และเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นทันทีเมื่อมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้น¹⁴

อย่างไรก็ตามในบางกรณีค่าเสียหายก็ไม่อาจจะเยียวยาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ เช่น ทรัพย์ที่ซื้อขายกันเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง หรือมีขึ้นเดียวในโลก หรือต้องอาศัยความสามารถของลูกหนี้เท่านั้น ถ้าพึงแค่ค่าเสียหายย่อมไม่อาจบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้ได้ จึงต้องมีมาตรการเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (equitable remedies) เป็นการบังคับชำระหนี้ไปตามมูลหนี้นั้นๆ ซึ่งให้ผลที่น่าพึงพอใจแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่าค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม มาตรการเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมนั้นโดยสภาพแล้วถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ที่จะกำหนดมาตรการดังกล่าวให้แก่คู่กรณี ซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าค่าเสียหายต่างๆ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น expectation damages หรือ reliance damages หรือ restitution damages ไม่เพียงพอที่จะชดเชยความเสียหายอันเกิดแต่การผิดสัญญาได้¹⁵

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงถือเป็นมาตรการเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นเจ้าหนี้ก็มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแก่ลูกหนี้ได้ หากเจ้าหนี้ประสงค์จะให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะต้องร้องขอต่อศาล และศาลจะทำการพิจารณาว่าเหมาะสมแล้วหรือไม่ที่จะให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในคดีนี้ โดยถือเป็นดุลพินิจโดยอิสระของศาลในแต่ละคดี¹⁶ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงไม่ใช่สิทธิของเจ้าหนี้แต่อย่างใด เฉพาะแต่ค่าเสียหายเท่านั้นที่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้

¹³ Jan M. Smits, *supra* note 3, pp.193-194.

¹⁴ Martin Van Kogelenberg, *supra* note 1, pp.26-27.

¹⁵ Philip Clarke and Julie Clarke, Contract Law : Commentaries, Cases and Perspectives, Second Edition, (Australia : Oxford University Press, 2012), p.702.

¹⁶ *Ibid.*, p.703.

ในคดี Beswick V. Beswick (1968) ศาลฎีกาของอังกฤษ (House of lords)¹⁷ ได้วินิจฉัยว่าหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อจะก่อให้เกิดความยุติธรรมที่สมบูรณ์ (more perfect and complete justice) มากกว่าค่าเสียหาย¹⁸ ซึ่งในทางปฏิบัติได้มีการพัฒนาหลักการนี้ต่อมา โดยเฉพาะในคดีระหว่าง Co-Operative Insurance Society Ltd. V. Argyll Stores (Holdings) Ltd. ข้อเท็จจริงมีว่า ในเดือนพฤษภาคม ปี 1995 บริษัท Argyll Stores (Holdings) Ltd. ซึ่งเป็นจำเลยในคดีนี้ตัดสินใจปิดกิจการซูเปอร์มาเก็ตของจำเลยที่ Hillsborough Shopping Centre ในเมือง Sheffield เนื่องจากประสบปัญหาขาดทุนจากการประกอบกิจการ ซึ่งเป็นการผิดข้อตกลง (covenant) ระหว่างโจทก์กับจำเลยในการเช่าพื้นที่ดังกล่าว ในข้อ 4 (19) ว่าจำเลยตกลงจะเปิดซูเปอร์มาเก็ตในพื้นที่ที่เช่าในระหว่างเวลางานตลอดระยะเวลาตามสัญญาเช่า 35 ปี (ระหว่าง ค.ศ.1979-2014) โจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าและเจ้าของที่ดินจึงฟ้องจำเลยฐานผิดข้อตกลงดังกล่าว และจำเลยให้การยอมรับว่าตนเป็นฝ่ายผิดข้อตกลงจริงและยอมรับที่จะชำระเงินค่าเสียหาย โจทก์อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษากลับให้จำเลยปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เป็นไปตามข้อตกลง (specific performance) กล่าวคือ ให้จำเลยเปิดกิจการต่อไปจนกว่าจะครบกำหนดเวลาตามสัญญาเช่า

จำเลยจึงยื่นฎีกาไปยังศาลฎีกาของอังกฤษ และในเวลาต่อมาก็ได้มีคำพิพากษากลับและปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในคดีนี้¹⁹ Lord Hoffman ได้วินิจฉัยว่าหลักการเยียวยาเพื่อความเป็นธรรม (equitable remedies) และการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เอาไว้ ดังนี้ “คำพิพากษาที่กำหนดให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาที่เป็นอิสระของศาล (discretionary remedy) ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างยืดหยุ่นและเหมาะสมเพื่อให้เกิดความถูกต้องและความยุติธรรมมากกว่าที่

¹⁷ ศาลสูงของประเทศอังกฤษและเป็นสถาบันเดียวกับสภานิติบัญญัติในรัฐสภาของอังกฤษ (British Parliament) ซึ่งมีอำนาจนิติบัญญัติในฐานะสภาสูงด้วยจนกระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.2005 (The Constitution Reform Act 2005) จึงได้มีการยกเลิกอำนาจหน้าที่ทางด้านตุลาการของสภานิติบัญญัติหรือศาลฎีกาและให้จัดตั้งศาลฎีกา (Supreme Court) ขึ้น

¹⁸ Mindy Chen-Wishart, Contract Law, Fifth Edition, (UK : Oxford University Press, 2015), p.564.

¹⁹ Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, Third Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), pp.949-960.

จะปล่อยให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาได้รับเพียงค่าเสียหายเท่านั้น การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงตามกฎหมายอังกฤษจึงถือเป็นมาตรการยกเว้น (exceptional remedy) ซึ่งจะขัดกับหลักในเรื่องค่าเสียหายในช่วงศตวรรษที่ 19 (orthodox doctrine) ที่อธิบายว่าอำนาจในการพิพากษาให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงเป็นส่วนหนึ่งของศาลชานเซอร์ที่จะพิพากษาเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในคดีที่ค่าเสียหายตามหลักคอมมอนลอว์ไม่อาจจะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นศาลจะไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงให้หากว่าค่าเสียหายนั้นเพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว”²⁰

ดังนั้นหากปรากฏว่ามาตรการเยียวยาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เพียงพอต่อการชดเชยความเสียหายจากการผิดสัญญาแล้ว ศาลก็จะปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงได้ หากว่ายังสามารถทำได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะก่อให้เกิดภาระแก่ลูกหนี้ หรือทรัพย์สินหาได้ทั่วไปตามท้องตลาดหรือไม่ เพราะระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่าเป็น “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ ศาลจึงต้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงให้กับเจ้าหนี้ ขณะที่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นเพียงดุลพินิจของศาลเท่านั้น แนวความคิดที่แตกต่างกันของทั้งสองระบบกฎหมายต่างก็มีที่มาและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันออกไปอันส่งผลมาถึงปัจจุบันซึ่งจะกล่าวต่อไป

2.3 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

2.3.1 พัฒนาการของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงในสมัยโรมัน

ในสมัยยุคทองของจักรวรรดิโรมัน (classical roman) มีข้อถกเถียงกันว่าในช่วงเวลาดังกล่าวมีแนวคิดเรื่องของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจงหรือไม่ คำอธิบายส่วนใหญ่มักจะอธิบายกันว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีเพียงสิทธิที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินจากการไม่ชำระหนี้เท่านั้น ไม่มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะจะจง แนวความคิดในเรื่องนี้จึงยังไม่ปรากฏให้เห็นในยุคทองของโรมัน²¹ อย่างไรก็ตามคำอธิบายดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งโดย Laurens

²⁰ Philip Clarke and Julie Clarke, *supra* note 15, p.703.

²¹ Munin Pongsapan, “The Reception of Foreign Private Law in Thailand in 1925 : A Case Study of Specific Performance,” (Ph.D. Thesis, University of Edinburgh, 2013), p.125.

Winkel (1949–ปัจจุบัน)²² ว่าแนวคิดเรื่องการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมันมาอย่างยาวนานก่อนจะมาถึงยุคสมัยของพระเจ้าจัสติเนียนในรูปแบบของการนำคน (ลูกหนี้) ลงเป็นทาสจนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นวิธีการบังคับชำระหนี้ที่ดีที่สุดในยุคสมัยซึ่งยังไม่มีระบบเงินตรา²³

ต่อมาในช่วง 200 ปีก่อนคริสต์ศักราช เมื่อมีการพัฒนาระบบเงินตราขึ้นมาใช้ทั่วทั้งราชอาณาจักรโรมัน การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงยิ่งเกิดขึ้นน้อยมากทั้งนี้เพราะกฎหมายโรมันยึดถือหลัก “*condemnatio pecuniaria*” กล่าวคือ ไม่สำคัญว่าหนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้คืออะไร หรือมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างไร เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้จะถูกบังคับให้ชำระหนี้เป็นเงินเท่านั้น²⁴ และคำพิพากษาของศาลให้ชำระหนี้ในทุกกรณีจะต้องเป็นการกำหนดจำนวนเงินเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามวิธีพิจารณาคดีแบบ “*formulae procedure*” ที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดว่าประชาชนชาวโรมันจะต้องไม่สูญเสียเสรีภาพของพวกเขาไปเพียงเพราะเหตุที่พวกเขาไม่ชำระหนี้ หลักการนี้ยังได้รับการยืนยันจาก Gaius (AD 130–180)²⁵ และ Celsus²⁶ เช่นกันว่าค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้มีเพียงอย่างเดียวคือค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น²⁷ อย่างไรก็ตามคำอธิบายของ Ulpian (170–223)²⁸ ในอีก 50 ปีต่อมากลับอธิบายตรงกันข้าม

²² ศาสตราจารย์ทางด้านประวัติศาสตร์กฎหมายประจำมหาวิทยาลัยอีราสมุส รอตเทอร์ดาม (Erasmus University Rotterdam)

²³ Laurens Winkel, “Specific Performance in Roman Law,” in *The Right to Specific Performance : The Historical Development*, Jan Hallebeek and Harry Dondrop (eds), (intersentia : 2010), p.9.

²⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of The Civilian Tradition*, (Juta & Co, Ltd., 1992), pp.771–772. ; Jan Hallebeek, *The Right to Specific Performance*, p.2.

²⁵ นักกฎหมายโรมันคนสำคัญในช่วงสมัยปลายยุคทองของอาณาจักรโรมัน (late classical roman)

²⁶ นักปรัชญาชาวกรีกในช่วงศตวรรษที่ 2 ซึ่งเป็นที่รู้จักผ่านงานเขียนเรื่อง “The True World”

²⁷ Laurens Winkel, *supra note 23*, pp.10–11.

²⁸ นักกฎหมายโรมันที่มีความสำคัญมากที่สุดคนหนึ่งในช่วงสมัยยุคทองของอาณาจักรโรมัน (classical roman)

ว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวมีการยอมรับให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกันได้²⁹ ซึ่งทำให้นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่าเอกสารของ Ulpian อาจจะถูกเพิ่มเติมโดยพระเจ้าจัสติเนียน³⁰ ขณะที่บางท่านก็ให้ความเห็นว่าเป็นเอกสารที่ถูกต้องแล้วไม่ได้ถูกแก้ไขแต่อย่างใด³¹

อย่างไรก็ตามเมื่อจักรวรรดิโรมันต้องเผชิญหน้ากับปัญหาทางการเงินและการคลังจากการขยายอาณาจักร ในช่วงหลังยุคทอง (post-classic) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงถูกหยิบยกขึ้นมาอีกครั้งเพื่อแทนที่การชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน และในช่วงศตวรรษที่ 3-4 ก็ได้มีการเปลี่ยนระบบวิธีพิจารณาคดีจากระบบ “formulae procedure” ไปเป็น “cognitio procedure” โดย Max Kaser (1906-1997)³² ยืนยันว่าภายใต้ระบบพิจารณาแบบใหม่หลัก “condemnatio pecuniary” จะไม่ถูกบังคับใช้อีกต่อไปโดยศาลควรจะต้องพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามมูลหนี้มากกว่าจะให้ชำระเป็นเงินโดย Kaser อ้างถึง C.7.4.17, C.6.2.22.3, C.7.54.3.3 และ C.7.39.8.3 ที่แสดงถึงบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกฎหมายโรมัน³³ ต่อมาในสมัยของ

²⁹ D. 6.1.68 Ulpian, Commentary on the Edict, book 51. “When someone to whom has been given the order of restitution does not obey the judge with the assertion that this is impossible for him, if he possesses the thing, then the possession of the thing will be transferred by physical force based on the authority of the judge and the condemnation refers only to the fruits and the like. When, however, he cannot give back and it is his fault that he cannot give back, he must be condemned to pay a sum estimated by the claimant under oath without any limitation.”

³⁰ Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.126. ; Max Kaser and Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, pp.609-610.

³¹ Laurens Winkel, *supra* note 23, p.12.

³² ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายประจำมหาวิทยาลัยมุนสเตอร์ (University of Münster), มหาวิทยาลัยฮัมบูร์ก (University of Hamburg) และมหาวิทยาลัยซาลซ์บูร์ก (University of Salzburg) และผู้เขียนหนังสือ “Roman Private Law” อธิบายกฎหมายเอกชนในสมัยโรมัน

³³ Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.126. ; Max Kaser and Hackl, *supra* note 30, pp.609-610.

พระเจ้าจัสติเนียนในประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Corpus iuris civilis หรือ CIC)³⁴ Institutiones IV, 6, 32 ก็อธิบายไปในทางเดียวกันว่าโดยหลักแล้วเจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา³⁵ อย่างไรก็ตามการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน CIC ถูกจำกัดไว้เฉพาะหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กัน (obligations dandi) เท่านั้น ขณะที่ในหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการ (obligations faciendi) และหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน (obligations praestandi) กลับไปใช้หลัก “condemnatio pecuniaria” เช่นเดิมซึ่งเป็นปัญหาที่นักกฎหมายในยุคสมัยถัดไปให้ความสนใจและศึกษา³⁶

2.3.2 พัฒนาการของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในยุโรปภายหลังการค้นพบ Digest

ภายหลังการล่มสลายของจักรวรรดิโรมันในปี ค.ศ. 476 ระบบกฎหมายโรมันก็ล่มสลายไปพร้อมๆ กันจนกระทั่งพระเจ้าจัสติเนียนได้รื้อฟื้นกฎหมายโรมันขึ้นมาโดยรวบรวมกฎหมายโรมันเข้าไว้ในรูปของประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis หรือ CIC) ในช่วงปี ค.ศ. 529-534 อย่างไรก็ตามในยุคสมัยของพระองค์หรือในยุคถัดมาประมวลกฎหมายนี้ก็กลับไม่ได้มีบทบาทมากนักเนื่องจากข้อจำกัดหลายประการ จนกระทั่งมีการค้นพบ Digest ที่โบโลญญา (Bologna) ในช่วงปลายศตวรรษที่ 11 CIC โดยเฉพาะในส่วน Digest จึงกลายมาเป็นเอกสารชิ้นสำคัญที่ให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายโรมันที่ดีที่สุดที่สุดในยุคกลางและทำให้ชาวยุโรปเริ่มหันมาสนใจ

³⁴ ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนประกอบด้วยสี่ส่วนใหญ่ๆ คือ (1) Codex เป็นส่วนที่รวบรวมกฎหมายทั้งหมดที่ยังบังคับใช้อยู่เข้าไว้ด้วยกัน (2) Digest เป็นบทคัดย่อที่สะท้อนถึงสภาพกฎหมายและสังคมในกรุงโรม (3) Institutions เป็นตำรากฎหมายเบื้องต้น และ (4) Novellae เป็นส่วนที่รวบรวมกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่โดยจักรพรรดิภายหลังจากที่ Codex มีผลบังคับแล้ว

³⁵ Reinhard Zimmermann, *supra note 23*, pp.772-773.

³⁶ Janwillem Oosterhuis, Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century : Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation, (Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2011), pp.24-27.

และศึกษากฎหมายโรมันโดยเริ่มต้นที่โบโลญญา ก่อนจะแพร่หลายไปทั่วทั้งยุโรปในเวลาต่อมา นับเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายร่วมกันของยุโรปหรือ “ius commune”³⁷

พวก Glossators³⁸ ถือเป็นชนกลุ่มแรกที่ทำการศึกษา CIC ที่โบโลญญา ในช่วงปลายศตวรรษที่ 11 ถึง 13 นับเป็นการจุดเริ่มต้นใหม่ของการศึกษากฎหมายโรมันในยุโรป พวก Glossator ทำการศึกษาโดยเชื่อกันว่า CIC เป็นเสมือนคำสอนของพระเจ้าในคัมภีร์ไบเบิลและใช้กฎหมายนั้นในการตอบปัญหาทางกฎหมายทั้งหมดผ่านการอธิบายกฎหมายโรมันโดยไม่มีความคิดที่จะโต้แย้งกฎหมายนั้นเลยแม้ว่ามันอาจจะไม่ถูกต้องก็ตาม เพราะพวกเขาศึกษาเพียงเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของกฎหมายโรมันเท่านั้นไม่ได้มุ่งจะนำไปใช้ในทางปฏิบัติจริงๆ อย่างไรก็ตามการเริ่มต้นศึกษากฎหมายโรมันของ Glossators และการเกิดขึ้นของ Canon laws ก็นำไปสู่กฎหมายร่วมกันของยุโรป (ius commune) และพัฒนาการของ ius commune ก็มีส่วนช่วยในการจัดระบบความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เป็นอย่างดี³⁹

แม้ว่าใน CIC จะมองเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของวิธีพิจารณาความ (procedural) แต่พวก Glossators ศึกษาปัญหาเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขายที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกัน โดยส่วนใหญ่แม้จะยอมรับกันว่าในกรณีดังกล่าวเจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์หรือการเรียกทรัพย์กลับคืน (restituere)⁴⁰ แต่ปัญหาที่ว่าหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการควรจะรวมไปถึงหนี้ส่งมอบทรัพย์สินด้วยหรือไม่ เช่น หนี้ของผู้ขายในการส่งมอบการครอบครอง หรือส่งมอบวัตถุที่ขาย จะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายแทนเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่แม้แต่พวก Glossators

³⁷ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.59-60, 63-64.

³⁸ กลุ่มนักกฎหมายซึ่งทำการศึกษากฎหมายโรมันในยุโรปเป็นกลุ่มแรกโดยอาศัย Digest เป็นหลักในประเทศอิตาลี, ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันช่วงศตวรรษที่ 11-12

³⁹ Munin Pongsapan, *supra note 21*, p.128.

⁴⁰ *Ibid.*, pp.128-129. ; Janwillem Oosterhuis, *supra note 36*, pp.27-28. ; Reinhard Zimmermann, *supra note 24*, p.774.

ด้วยกันก็มีความเห็นที่ต่างกันไป⁴¹ โดยพวก Glossators บางส่วนมองว่า การส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันควรจะต้องถูกจัดอยู่ในวัตถุแห่งหนี้ประเภทหนี้กระทำการ และอาศัย D.42.1.13.1 ในการปฏิเสธที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว⁴²

Bulgarus (1085-1166)⁴³ อธิบายว่า ผู้ขายสามารถปลดเปลื้องหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินได้โดยใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้แต่ในปี ค.ศ.1816 จากการค้นพบ Gaius' Institutes แสดงให้เห็นว่าการตีความ Digest และ Codex ของ Bulgarus ข้างต้นมาจากยุคทองของกฎหมายโรมันโดยหลัก condemnatio pecuniaria⁴⁴ นอกจากนี้แม้จะเป็นหนี้ส่งมอบที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กัน (obligations dandi) Bulgarus ก็ยังอธิบายว่าไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ศาลควรจะบังคับให้ลูกหนี้จ่ายค่าเสียหายเป็นเงินแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เฉพาะแต่การเรียกทรัพย์สิน (restitution) เท่านั้นซึ่งสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ (manu militari) โดยอ้าง D.6.1.68 ซึ่งแยกออกเป็นการเรียกคืนทรัพย์สินตามสัญญาที่ให้ยืมหรือให้เช่าทรัพย์สิน กับการเรียกทรัพย์สินคืนมาจากสัญญาที่เกิดจากการหลอกลวงหรือกลฉ้อฉล⁴⁵ อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้ได้ถูกโต้แย้งโดย Johannes Bassianus (-1197)⁴⁶ และ Azo Porcius (1150-1250)⁴⁷ ที่อธิบายว่าหนี้ส่งมอบที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ (obligations dandi) ศาลสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ไม่เฉพาะแต่การที่เจ้าของทรัพย์สินใช้สิทธิในการเรียกทรัพย์สินคืนแต่ต้องรวมไป

⁴¹ Munin Pongsapan, *Ibid.*, pp.128-129. ; Janwillem Oosterhuis, *Ibid.*, pp.27-28. ; Reinhard Zimmermann, *Ibid.*, p.774.

⁴² Munin Pongsapan, *Ibid.*, p.128.

⁴³ นักกฎหมายชาวอิตาลีในช่วงศตวรรษที่ 12 เป็นหนึ่งในสี่นักกฎหมายสำคัญของการศึกษากฎหมายที่โบโลญญา (Four Doctors of the law school of the University of Bologna)

⁴⁴ Janwillem Oosterhuis, *supra note 36*, p.28.

⁴⁵ Harry Dondrop, "Precise cogi, Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship", in *The Right to Specific Performance : The Historical Development*, Jan Hallebeek and Harry Dondrop (eds), (intersentia : 2010), p.27.

⁴⁶ นักกฎหมายชาวอิตาลีในช่วงศตวรรษที่ 12 เป็นลูกศิษย์ของ Bulgarus

⁴⁷ นักกฎหมายชาวอิตาลีเป็นหนึ่งในพวก Glossators ที่โบโลญญาและเป็นลูกศิษย์ของ Bassianus ต่อมาได้กลายเป็นศาสตราจารย์ที่มหาวิทยาลัยโบโลญญาโดยมีงานเขียนที่สำคัญคือ "Summa Codicis" เป็นคำอธิบายกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดชิ้นหนึ่ง

ถึงการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย (obligations dandi) โดยอ้าง D. 45.1.75.10.⁴⁸ แนวคิดของ Bassianus และ Azo ในเรื่องดังกล่าวยังได้รับการยอมรับจากพวก Glossators ในยุคต่อมาและพวก Commentators⁴⁹ ที่ยืนยันว่าศาลจะต้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหากว่าทรัพย์สินยังมีอยู่ แต่หากทรัพย์สินสูญหายหรือถูกทำลายลงไปศาลจึงจะกำหนดให้ลูกหนี้ชดใช้ราคาให้แก่เจ้าหนี้ อย่างไรก็ตามพวก Commentators ได้ขยายหลักการออกไปอีกว่า การจะกำหนดว่ากรณีใดจะบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือกรณีใดจะบังคับให้ชดใช้ราคาเป็นดุลพินิจโดยอิสระของศาลโดยยกตัวอย่างสองกรณีที่แม้ทรัพย์สินจะยังคงมีอยู่ แต่ศาลควรจะบังคับให้ชดใช้ราคามากกว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงคือ (1) เมื่อการส่งมอบทรัพย์สินล่าช้าขึ้นทำให้ทรัพย์สินเสื่อมคุณภาพหรือมูลค่าลง (D.12.1.22) และ (2) เมื่อการส่งมอบไม่สามารถทำได้หรือทำได้ยาก (D.30.71.3.)⁵⁰

Martinus Gosia (1100-1167)⁵¹ ให้ความเห็นว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่เกิดจากสัญญาซื้อขาย หากว่าผู้ขายยังสามารถที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่ขายได้ ผู้ขายควรจะถูกบังคับให้ส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ โดย Martinus ตั้งคำถามว่า หากคุณตกลงซื้อขนมปังกันแล้วผู้ขายไม่ยอมส่งมอบให้จนคุณตายเนื่องจากความหิว จำนวนเงินที่ได้รับจากคำพิพากษาของศาลจะเพียงพอและเป็นธรรมหรือไม่⁵² และอ้างไปถึง D.19.1.11.1-2 ของ Ulpian⁵³ ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 14 แนวความคิดของ Martinus จึงได้รับการยอมรับโดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ ว่าผู้ขายทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งสามารถจะส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้จะต้องถูกบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินโดยอาศัยอำนาจทางทหาร (military force)⁵⁴

⁴⁸ Harry Dondrop, *supra* note 45, p.28.

⁴⁹ Commentators หรือ Post-glossators เป็นกลุ่มนักกฎหมายในยุโรปที่ทำการศึกษากฎหมายโรมันในอิตาลีและฝรั่งเศสในช่วงศตวรรษที่ 14 ภายหลังจากศึกษาของพวก Glossators ในโบโลญญาเสื่อมถอยลง

⁵⁰ Harry Dondrop, *supra* note 45, pp.28-29.

⁵¹ นักกฎหมายชาวอิตาลีในช่วงศตวรรษที่ 12 เป็นหนึ่งในสี่นักกฎหมายสำคัญของการศึกษากฎหมายที่โบโลญญา (Four Doctors of the law school of the University of Bologna)

⁵² John P. Dawson, “Specific Performance in France and Germany”, *Michigan Law Review* 57, p.502 (1959). ; Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.128.

⁵³ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, p.29.

⁵⁴ John P. Dawson, *supra* note 52, p.504.

ในส่วนของหนี้กระทำการ D.42.1.13.1 ก่อให้เกิดการโต้เถียงกันว่าลูกหนี้จะสามารถเลือกชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หรือไม่ แม้จะไม่มีหลักการในลักษณะทั่วไปว่าหนี้กระทำการจะถูกบังคับโดยค่าเสียหายแต่ Azo และ Franciscus Accursius (1182-1263)⁵⁵ และผู้นำของพวก Glossators อีกส่วนหนึ่งต่างก็มีความเห็นว่า “ค่าเสียหายควรจะถูกพิจารณาให้เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่าหนี้กระทำการเองก็ต้องถูกบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเช่นเดียวกัน”⁵⁶

การศึกษากฎหมายโรมันของพวก Glossators ยังคงดำเนินต่อไปสู่ยุคของ Commentators ซึ่งมีวิธีการศึกษาที่แตกต่างกับพวก Glossators เดิม คือใช้วิธีการศึกษาแบบวิพากษ์วิจารณ์เพื่อค้นหาหลักกฎหมายและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับทางปฏิบัติจริงๆ และมีการเขียนคำอธิบายแทรกพร้อมทั้งยกตัวอย่างประกอบไว้จนกลายมาเป็นตำราคำอธิบายกฎหมายโรมันที่สามารถนำไปใช้ได้จริง⁵⁷ Commentators ที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่งคือ Bartolus de Saxoferrato (1313-1357)⁵⁸ เขาอาศัยการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างหนี้ส่งมอบ (obligations dandi) และหนี้กระทำการ (obligations faciendi) ออกจากกันมาใช้ในการอธิบายเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยในช่วงเวลาก่อนหน้านั้น ไม่มีการอธิบายโดยเฉพาะถึงความแตกต่างของหนี้ที่มีผลต่อการบังคับชำระหนี้มีเพียง Accursius ที่เคยชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของหนี้ส่งมอบทรัพย์สินและหนี้กระทำการผ่านคำอธิบายของ Celsus เพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁵⁹

Bartolus แบ่งแยกหนี้ออกเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน (obligations dandi) ซึ่งสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ กับหนี้กระทำการ (obligations facere) ที่ยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่โดยเขาแบ่งหนี้กระทำการออกเป็นอีกสามประเภท คือหนี้กระทำการที่เกิดจากกฎหมาย พิณยกรรมและหนี้กระทำการที่เกิดจากสัญญา โดย Bartolus อธิบายว่าหนี้กระทำการที่เกิด

⁵⁵ นักกฎหมายโรมันในช่วงกลางศตวรรษที่ 13 ซึ่งเป็นลูกศิษย์ของ Azo และต่อมาได้รับการแต่งตั้งเป็นศาสตราจารย์ที่มหาวิทยาลัยโบโลญญาและได้ทำการรวบรวมและจัดระบบคำอธิบายและคำสอนกฎหมายโรมันทั้งหลายเข้าด้วยกันอย่างเป็นระบบที่เรียกกันว่า “Glossa Ordinaria”

⁵⁶ Munin Ponsapan, *supra* note 21, p.128. ; Harry Dondrop, *supra* note 45, p.23.

⁵⁷ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 37*, น.67.

⁵⁸ ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายชาวอิตาลีซึ่งเป็น Commentators ที่มีชื่อเสียงเป็นอย่างมากในการศึกษากฎหมายโรมันในยุคยุโรปยุคกลาง

⁵⁹ John P. Dawson, *supra* note 52, p.504.

จากกฎหมายและพินัยกรรมสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ขณะที่หนี้กระทำการที่เกิดจากสัญญาไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้และลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากหนี้ได้โดยการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกหนี้บนหลักพื้นฐานที่ว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในหนี้กระทำการที่เกิดจากสัญญา กฎหมายจะรวมเอาหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเข้ากับหนี้กระทำการเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว⁶⁰ ส่วนหนี้ส่งมอบทรัพย์สินของผู้ขายก็ถือเป็นหนี้กระทำการแต่ Bartolus ก็ยังอธิบายไว้ด้วยว่ากรณีอาจจะถือว่าเป็นหนี้ส่งมอบที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันก็ได้ด้วย โดยแยกพิจารณาเป็นว่า หากผู้ขายเป็นเจ้าของยอมเป็นหนี้ส่งมอบที่โอนกรรมสิทธิ์ (dare) ย่อมสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ส่งมอบได้ แต่หากผู้ขายไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินยอมเป็นหนี้ส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการ (facere) ซึ่งบังคับได้แต่เพียงค่าเสียหาย⁶¹

หลักการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการโดยการชดใช้ค่าเสียหายของ Bartolus ได้รับการสนับสนุนจากลูกศิษย์ของเขาในเวลาต่อมาทั้ง Baldus de Ubaldis (1327-1400)⁶² และ Jason de Mayno (1435-1519)⁶³ จนเป็นที่ยอมรับกัน⁶⁴ เพียงแต่ทั้งสองท่านเห็นว่ามีข้อยกเว้นอยู่บ้างทั้งนี้เพราะแนวคิดของ Bartolus ค่อนข้างจำกัดว่าหนี้กระทำการในทุกกรณีลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากหนี้โดยการชำระค่าเสียหายเว้นแต่เป็นหนี้กระทำการที่เกิดจากกฎหมายหรือพินัยกรรมเท่านั้นซึ่งพวก Commentators ในเวลาต่อมาไม่คิดว่าหลักการนี้จะเป็นหลักทั่วไปในเรื่องนี้⁶⁵ เช่น Baldus เห็นว่าคู่สัญญาอาจตกลงกันให้ผูกพันเพื่อชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ หรือ Mayno ยกตัวอย่างข้อตกลงที่มีการยืนยันผ่านคำสาบานว่าสามารถบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงได้โดยไม่ได้ปรับใช้หลักของ Bartolus เป็นการทั่วไป⁶⁶

⁶⁰ Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.129. ; Harry Dondrop, *supra* note 45, pp.50-51. ; Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, pp.30-31.

⁶¹ Janwillem Oosterhuis, *ibid.*, p.31.

⁶² หนึ่งในนักกฎหมายคนสำคัญของการศึกษากฎหมายโรมันในยุโรปยุคกลางและให้คำอธิบายกฎหมายเอาไว้มากมาย เช่น คำอธิบาย Codex ใน CIC, คำอธิบาย Canon law และคำอธิบาย feudal law เป็นต้น

⁶³ Commentators ที่มีชื่อเสียงอีกคนหนึ่งในยุคกลางของยุโรป

⁶⁴ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, p.32.

⁶⁵ Harry Dondrop, *supra* note 45, p.51.

⁶⁶ *ibid.*, p.53.

แนวคิดของ Bartolus ที่ใช้ความแตกต่างระหว่างหนี้ส่งมอบทรัพย์สินกับหนี้กระทำการในการอธิบายเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและหลักทั่วไปที่ว่าหนี้กระทำการจะเปลี่ยนเป็นหนี้ค่าเสียหายทันทีเมื่อมีการผิดสัญญากันเกิดถือเป็นมรดกตกทอดขึ้นสำคัญของ Bartolus ที่มีต่อพัฒนาการของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง⁶⁷ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 15 พวก Glossators ยอมรับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการโดยให้สิทธิเลือกระหว่างการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือค่าเสียหาย อย่างไรก็ตามความเห็นส่วนใหญ่ของพวก Commentators เชื่อว่าลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากหนี้กระทำการได้ผ่านการชดเชยค่าเสียหายตามความคิดของ Bartolus และลูกศิษย์ของเขาซึ่งแพร่ขยายไปทั่วทั้งยุโรปในเวลานั้น⁶⁸ และในปี 1601 Antonio Favre (1557-1624)⁶⁹ อธิบายถึงหลักที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะถูกบังคับให้กระทำการใดได้โดยไม่สมัครใจเว้นแต่จะใช้กำลังบังคับทางกายภาพเอากับลูกหนี้ให้กระทำการ ดังนั้นการชำระค่าเสียหายจึงเป็นการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการ”⁷⁰ (nemo praecise potest cogi ad factum)⁷¹

หลัก nemo praecise potest cogi ad factum ได้กลายเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักกฎหมายเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในช่วง ius commune นักกฎหมายต่างมีความเห็นแตกต่างกันออกไปแต่ความเห็นที่มีอิทธิพลมากที่สุดในช่วงเวลาก่อนยุค

⁶⁷ Munin Pongsapan, *supra note 21*, pp.129-130. ; John P. Dawson, *supra note 52*, pp.505-506.

⁶⁸ Janwillem Oosterhuis, *supra note 36*, pp.34-35.

⁶⁹ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งทำการศึกษากฎหมายโรมันผ่าน CIC และความพยายามในการแบ่งแยกกฎหมายที่พระเจ้าจัสติเนียนเพิ่มเติมเข้าไปกับกฎหมายโรมันในยุคทองออกจากกันของเขายังคงมีคุณค่าต่อการศึกษาจนถึงปัจจุบัน

⁷⁰ One cannot be forced to and act ; act cannot be enforced without the use of physical force against the debtor; hence a payment of damages succeeds the obligation to do something.

⁷¹ Harry Dondrop, *supra note 45*, p.21. ; Munin Pongsapan, *supra note 21*, p.130. ; Janwillem Oosterhuis, *supra note 36*, pp.34-35.

สมัยใหม่คือความเห็นของ Robert Joseph Pothier (1699-1772)⁷² ผ่านงานเขียนของเขาซึ่งได้รับการยอมรับไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในเวลาต่อมา

2.3.3 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.1804 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900

การค้นพบ CIC ในราวศตวรรษที่ 11 ตลอดจนการศึกษากฎหมายโรมันของพวก Glossators และ Commentators จนทำให้ทั่วทั้งยุโรปมีกฎหมายร่วมกัน (ius commune) กลายเป็นพื้นฐานของกฎหมายซีวิลลอว์ในสมัยใหม่ และเข้าไปมีอิทธิพลต่อกฎหมายจารีตประเพณีในฝรั่งเศส โดยเฉพาะในฝรั่งเศสตอนเหนือที่แต่เดิมกฎหมายโรมันได้ถูกแทนที่โดยจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมัน (germanic customary law) ก็ค่อยๆ ถูกกฎหมายโรมันแทรกซึมเข้าไป เช่น การใช้กฎหมายโรมันเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายจารีตประเพณี หรือการใช้เหตุผลทางกฎหมายจากหลักกฎหมายโรมันในการอธิบายกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว⁷³ การจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นจะเป็นหนทางที่ทำให้ฝรั่งเศสสามารถจัดระบบกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันได้ทั่วทั้งราชอาณาจักร โดยผลของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่เป็นแรงกระตุ้นสำคัญให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายในฝรั่งเศสและมีความพยายามมากมายหลายครั้งในการจัดทำประมวลกฎหมายในฝรั่งเศสแต่ทั้งหมดก็ถูกปฏิเสธไปหมด⁷⁴ จนกระทั่งนโปเลียน โบนาปาร์ตเข้ามามีอำนาจในปี 1799 กระบวนการร่างประมวลกฎหมายจึงเริ่มขึ้นอย่างจริงจังโดยนโปเลียนได้ตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมาย 4 คนประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายจารีตประเพณี 2 ท่าน ได้แก่ (1) Francois-Denis Tronchet (1726-1806) และ (2) Felix-Julien-Jean Bigot-Preameneu (1747-1825) และผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายโรมันอีก 2 ท่าน ได้แก่ (1) Jacques de Maleville (1741-1824) และ (2) Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-

⁷² นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งมีชื่อเสียงมากที่สุดคนหนึ่งในช่วงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส (ancien régime) และเป็นทั้งผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ที่มหาวิทยาลัยออร์ลีนส์ (University of Orleans) หนังสือและอธิบายกฎหมายของฝรั่งเศสของเขาส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสโดยงานเขียนที่มีชื่อเสียงและเป็นงานชิ้นแรกก็คือคำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (*Traité des Obligations*) ในปี ค.ศ.1761

⁷³ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, (Oxford : Clarendon Press, 1998), pp.74-75.

⁷⁴ *Ibid.*, pp.79-80.

1807)⁷⁵ และนโปเลียนก็ได้ลงมาควบคุมการร่างด้วยตัวเอง คณะกรรมการร่างกฎหมายใช้เวลาเพียงไม่นานก็ได้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่สะท้อนหลักกฎหมายธรรมชาติซึ่งผสมผสานระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีของฝรั่งเศสและกฎหมายโรมัน และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1804⁷⁶

กรอบความคิดในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในส่วนของกฎหมายลักษณะหนี้และสัญญาอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดของระบบกฎหมายโรมันโดยคณะผู้ร่างได้อาศัยคำอธิบายของ Pothier และ Jean Domat (1625-1696)⁷⁷ เป็นหลัก⁷⁸ แนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประมวลกฎหมายแพ่งนี้จึงมาจากแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญคือ Pothier และ Domat โดยทฤษฎีการแบ่งแยกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการของ Pothier ปรากฏอยู่ในมาตรา 1101⁷⁹ และมาตรา 1126⁸⁰ และแนวคิดที่ว่าหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการจะเปลี่ยนเป็นหนี้ค่าเสียหาย เมื่อมีการผิดสัญญากันของ Pothier ก็ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1142-1144 ขณะที่หลักการของ Domat ที่มองว่าหนี้ทุกประเภทจะต้องมีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยไม่คำนึงถึงสภาพแห่งหนี้ก็ถูกบัญญัติเอาไว้เช่นกันผ่านบทบัญญัติในมาตรา 1134 และมาตรา 1184⁸¹

⁷⁵ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, p.126.

⁷⁶ *Ibid.*, pp.125-127.

⁷⁷ นักกฎหมายโรมันชาวฝรั่งเศส งานเขียนที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับของเขาคือคำอธิบายกฎหมายแพ่ง (Lois civiles dans leur ordre naturel) และกฎหมายมหาชน (Le droit public)

⁷⁸ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 73, p.79.

⁷⁹ French Civil Code (1804) Article 1101

“A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.”

⁸⁰ French Civil Code (1804) Article 1126

“Any contract has for its object a thing which one party binds himself to transfer, or which one party binds himself to do or not to do.”

⁸¹ Janwillem Oosterhuis, *supra* 36, pp.128-129.

Pothier เริ่มจากการแบ่งแยกหนี้ออกเป็นหนี้ในหนี้กระทำการ และงดเว้นกระทำการ (obligations to commit or omit) กับหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน (obligations to give) โดย Pothier กล่าวถึงหลักที่ว่า หนี้กระทำการย่อมผูกพันลูกหนี้ให้ชำระหนี้ไปตามมูลหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือผิดสัญญาลูกหนี้จะถูกบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น ศาลควรจะพิพากษาโดยกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้กระทำการนั้น ถ้าลูกหนี้ยังคงไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาที่ศาลกำหนด ศาลจึงจะบังคับให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหาย เช่นเดียวกับหนี้งดเว้นกระทำการ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือผิดสัญญา หนี้นั้นก็เปลี่ยนเป็นหนี้ที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย⁸² ดังนั้นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามแนวคิดของ Pothier จึงเป็นไปได้และหนี้ดังกล่าวจะเปลี่ยนไปเป็นหนี้ค่าเสียหายแทนในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามหลัก “nemo praecise potest cogi ad factum” นอกจากนี้ Pothier ให้นิยามความหมายของหนี้กระทำการและหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเชื่อมโยงกับเจตนาว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับวัตถุ (object) หรือเกี่ยวกับการกระทำ (act) เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับหนี้ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายซึ่ง Bartolus อธิบายว่าเป็นหนี้กระทำการ Pothier อธิบายว่าเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเนื่องจากมันเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับสิ่งของหรือวัตถุ (thing) ไม่ใช่กระทำการ (act)⁸³

แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกหนี้ออกเป็นหนี้ส่งมอบ (obligations to give) และหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (obligations to commit or omit an act) ของ Pothier ปรากฏในมาตรา 1101 และ มาตรา 1126 ขณะเดียวกันด้วยสภาพการหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ที่ยึดถือคำขวัญว่า “เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ” รวมไปถึงการใช้อำนาจตุลาการของกษัตริย์กดขี่ข่มเหงประชาชนในช่วงก่อนการปฏิวัติ คณะผู้ร่างจึงคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักบทบัญญัติใน มาตรา 1142 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ว่า หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการจะกลายเป็นหนี้ค่าเสียหายในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งคล้ายคลึงกับหลัก “nemo praecise potest cogi ad factum” ในกฎหมายโรมัน⁸⁴ ทั้ง Bigot-Preameneu⁸⁵ และ Pothier ต่างก็รับหลักการนี้มาว่า “บุคคลไม่อาจจะถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการใดได้เว้นเสียแต่ว่าจะใช้กำลังบังคับซึ่งไม่ใช่หนทางที่เหมาะสมสำหรับการบังคับชำระหนี้ตามสัญญา” โดย Pothier อธิบายว่า หลัก

⁸² *Ibid.*, pp.69-71

⁸³ *Ibid.*, p.72.

⁸⁴ John P. Dawson, *supra* note 52, p.510. ; Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.131.

⁸⁵ หนึ่งในคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804

“nemo praecise potest cogi ad factum” ไม่นำมาใช้กับการกระทำที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินไม่ว่าจะมาจากสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้าง จะใช้บังคับกับหนี้กระทำที่เป็น pure act เท่านั้น เช่น หนี้ให้ชุดหลุม หรือเขียนหนังสือซึ่งจะกลายเป็นหนี้ค่าเสียหายเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งแตกต่างกับการกระทำที่เป็นการส่งมอบ (act of delivery) ซึ่งไม่ใช่ pure act และมีลักษณะคล้ายคลึงกับหนี้ส่งมอบ (obligations to give) เช่น หากผู้ขายปฏิเสธไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้ขาย ศาลควรจะอนุญาตให้ผู้ซื้อเข้ายึดทรัพย์สินนั้นได้ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดินหรือบ้านก็ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการขับไล่ออกไปแล้วส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม Pothier มีข้อยกเว้นในกรณีที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นการยากมากหรือยากเกินไปสำหรับลูกหนี้ที่จะปฏิบัติตาม⁸⁶ ขณะที่ Bigot-Preameneu แม้จะกล่าวอ้างถึงหลักกฎหมายโรมันข้างต้นแต่ก็ไม่ได้อธิบายว่ามาตรา 1142 นั้นใช้บังคับเฉพาะกับ pure act ดังที่ Pothier อธิบายเอาไว้แต่ในขณะที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในส่วนที่ห้ามมิให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาบริการซึ่งต้องบังคับเอากับร่างกายของลูกหนี้กลับถูกยกเลิกไปด้วยเหตุผลว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับมาตรา 1142 นั้นเอง⁸⁷

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้รับเอาเฉพาะแนวคิดของ Pothier เอาไว้เท่านั้นแต่ยังอาศัยแนวคิดของนักกฎหมายหมายคนอื่นๆ อีกโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดของ Domat ที่ถูกหยิบยกมาเป็นต้นแบบของมาตรา 1134 ซึ่งวางหลักว่า หนี้ทุกประเภทควรจะได้รับปฏิบัติตามโดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้ซึ่งไปสอดคล้องกับมาตรา 1184 ว่าในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกที่จะ (1) บังคับชำระหนี้ หรือ (2) เลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย⁸⁸

Pothier อาศัยการแบ่งประเภทของหนี้บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่าหนี้ที่แตกต่างกันย่อมมีรูปแบบของการชำระหนี้ที่แตกต่างกัน หนี้บางประเภทต้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ขณะที่บางประเภทต้องเปลี่ยนเป็นหนี้ค่าเสียหาย ซึ่งปรากฏในมาตรา 1142 แต่ Domat กลับไม่ได้อาศัยการแบ่งประเภทของหนี้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งปรากฏในมาตรา 1134 และมาตรา 1184 ความขัดแย้งกันระหว่างหลักการของ Pothier และ Domat ซึ่งต่างก็

⁸⁶ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, p.72.

⁸⁷ *Ibid.*, pp.129-130.

⁸⁸ *Ibid.*, pp.128-129.

ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสนำมาซึ่งความไม่ชัดเจนของแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁸⁹

ในขณะที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในฝรั่งเศสอยู่ภายใต้หลัก “nemo praecise potest cogi ad factum” นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่กลับมองการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นสิทธิธรรมดาที่เหมาะสมกับหนี้ทุกประเภทและเป็นการเยียวยาขั้นต้นให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ Christian Friedrich von Glück (1755-1831)⁹⁰ กล่าวว่า “ตามหลักกฎหมายธรรมชาติบุคคลที่ผูกพันตามข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายควรจะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามที่บุคคลนั้นได้ตกลงผูกพันไว้” และไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องหาความแตกต่างหรือแบ่งแยกหนี้ออกเป็นหนี้กระทำการหรือหนี้ส่งมอบแต่อย่างใด พวก Pandectist บางคน เช่น Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim (1770-1831)⁹¹ Georg Friedrich Puchta (1798-1846)⁹² และ Friedrich Mommsen (1818-1892)⁹³ ยืนยันว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิหลักในหนี้ทุกประเภท แม้ว่าจะเป็นหนี้กระทำการก็ตาม Mommsen ยืนยันอีกว่าการบังคับชำระหนี้เป็นเงินแทนที่ปรากฏในสมัยโรมันยุคทอง (classic Roman) ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในขณะนั้นอีกต่อไป⁹⁴

⁸⁹ *Ibid.* ; Munin Pongsapan, *supra* note 21, pp.132-133.

⁹⁰ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัย Friedrich-Alexander-University (FAU) งานเขียนที่มีชื่อเสียงชิ้นหนึ่งคือ “Ausführliche Erläuterung der Pandekten”

⁹¹ ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายแพ่งประจำมหาวิทยาลัยแลนซ์ชุตและมิวนิค (Landshut and Munich universities)

⁹² ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายโรมันประจำมหาวิทยาลัยมาร์บวร์ก (University of Marburg), มหาวิทยาลัยไลพ์ซิจ (University of Leipzig) และมหาวิทยาลัยเบอร์ลิน (University of Berlin) งานเขียนที่มีชื่อเสียงเป็นการอธิบายหลักในกฎหมายโรมัน (ancient roman law) ใน “Lehrbuch der Pandekten” และ “Kursus der Institutionen”

⁹³ ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายโรมันที่มหาวิทยาลัยเกิ์ทิงเก้น (University of Göttingen), สมาชิกสภาเมืองไฟร์บวร์กและ เบอร์ลิน งานเขียนที่มีชื่อเสียงของเขาได้แก่ “Beiträge zum Obligationenrecht” และ “Erörterungen aus dem Obligationenrecht” ซึ่งอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะหนี้

⁹⁴ Munin Pongsapan, *supra* note 21, pp.133-134.

แนวคิดว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิหลักหรือเป็นมาตรการเยียวยาหลักจากการไม่ชำระหนี้เริ่มปรากฏให้เห็นในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรผ่านกฎหมายแห่งชาติของปรัสเซีย Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten ที่มีผลบังคับในปี 1794 ใน I.5 s270 บัญญัติเป็นหลักการทั่วไปว่าลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามที่ได้สัญญาเอาไว้ Christian Friedrich Koch (1798-1872)⁹⁵ ซึ่งให้เห็นว่าหลักการนี้ตรงกับสุภาษิตลาตินคือ “pacta sunt servanda” (สัญญาต้องเป็นสัญญา) และอธิบายต่อไปว่าหนี้จะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายก็ต่อเมื่อการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นอันพันวิสัยจะกระทำไม่ได้ หลักทั่วไปนี้ใช้บังคับกับหนี้ทุกประเภทรวมถึงหนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการโดยให้บังคับไปตามวิธีที่ระบุไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตาม I.5 s 276 แต่ต่อมาในปี 1834 จะมีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยให้สิทธิเจ้าหนี้เลือกระหว่างการให้ลูกหนี้ชำระหนี้เอง หรือให้บุคคลที่สามชำระหนี้แทนโดยลูกหนี้ออกค่าใช้จ่าย หรือจะเรียกค่าเสียหายก็ได้ แต่ต่อมาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน (Civilprozeßordnung 1879) ก็กลับมายืนยันสถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นสิทธิหลักหรือมาตรการเยียวยาหลักจากการไม่ชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการหรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินก็ตามและกลายมาเป็นแนวคิดสำคัญในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 (BGB)⁹⁶

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900 หรือ BGB ถือเป็นผลผลิตของกระบวนการคิดแบบ “Pandectism” ที่ปฏิเสธการจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบฝรั่งเศสซึ่งกล่าวกันว่าเป็นผลมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติและมีความเป็นสากล โดย Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)⁹⁷ต่อต้านการทำประมวลกฎหมายตามแบบฝรั่งเศสและเสนอเรื่องจิตวิญญาณประชาชาติ (volksgeist)⁹⁸ ซึ่งต่อมาพัฒนาจนกลายเป็นสำนักประวัติศาสตร์โดยมีนักกฎหมายที่ทำการศึกษากฎหมายโรมันแท้ๆ (ancient roman) เพื่อค้นหาหลักการแท้จริงของกฎหมายโรมันและ

⁹⁵ นักกฎหมายชาวเยอรมันซึ่งมีชื่อเสียงจากงานเขียน “Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach preussischem Recht”

⁹⁶ Munin Pongsapan, *supra* note 21, pp.134-136.

⁹⁷ ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายโรมันที่มหาวิทยาลัยเบอร์ลิน (University of Berlin) และร่วมกับ Karl Friedrich Eichhorn และ Johann Friedrich Ludwig Göschen ก่อตั้งสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School)

⁹⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.231-233.

จัดระบบเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลเพื่อปรับใช้กับสภาพสังคมในขณะนั้นซึ่งเรียกกันว่าพวก “Pandectism” เมื่อทำการศึกษาจนตกผลึกแล้วในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 เยอรมันจึงเริ่มจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันขึ้น BGB จึงมีการจัดระบบหมวดหมู่แบ่งโครงสร้างของกฎหมายเอาไว้ชัดเจน (บรรพทั่วไป หนี้ ทรัพย์ ครอบครัวและมรดก) และสะท้อนภาพสังคม การเมืองและเศรษฐกิจในเยอรมันช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ได้เป็นอย่างดี⁹⁹

สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อมีการผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นปรากฏในมาตรา 241 BGB ค.ศ. 1900 วางหลักว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้...”¹⁰⁰ โดยคณะผู้ร่างคณะแรกและคณะที่สองต่างก็มีความเห็นตรงกันว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะบังคับชำระหนี้เป็นส่วนสำคัญของหนี้ นักกฎหมายเยอรมันมีความคิดว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมีขึ้นตั้งแต่ขณะเมื่อเกิดสัญญาแล้ว แม้ต่อมาจะมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้นก็ไม่ทำให้สิทธิดังกล่าวของเจ้าหนี้หายไป เว้นแต่ในบางกรณี เช่นการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงใน BGB จึงเป็นสิทธิหลักหรือมาตรการเยียวยาหลักเมื่อมีการผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือเลิกสัญญาได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่าทำได้เท่านั้น¹⁰¹

จากหลักการดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ไม่ว่าหนี้นั้นจะเป็นหนี้ระทำการ งดเว้นระทำการหรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม ขณะที่สิทธิดังกล่าวจะบังคับโดยศาลได้มากน้อยเพียงใดล้วนแต่เป็นปัญหาในทางกฎหมายวิधिพิจารณาความแพ่งทั้งสิ้น ไม่ใช่ปัญหาในทางกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมากำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ได้¹⁰²

⁹⁹ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 73, pp.139-144.

¹⁰⁰ German civil code (1900) section 241

“By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.”

¹⁰¹ Munin Pongsapan, *supra* note 21, pp.140-141. ; G.H. Treitel, *supra* note 2, p.48. ; B. S. Markesinis, Werner Lorenz and Gerhard Dannemann, The German Law of Obligations: The Law of Contracts and Restitution : A Comparative Introduction, (Oxford : Clarendon, 1997), p.428.

¹⁰² Munin Pongsapan, *Ibid.*, p.141. ; B. S. Markesinis, Werner Lorenz and Gerhard Dannemann, *Ibid.*, pp.29-30. ; Florian Faust and Volker Wiese, “Specific

2.3.4 การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.2002 และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.2016

ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (BGB) ครั้งใหญ่ในปี 2002 แม้ส่วนสำคัญของการแก้ไขจะอยู่ที่บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะหนี้โดยเฉพาะในเรื่องการผิดสัญญา (breach of contract) และมาตรการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญา (remedies of breach of contract) แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ยังคงรับรองสถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงผ่านบทบัญญัติในมาตรา 241 เช่นเดิม¹⁰³ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมเน้นไปที่ข้อยกเว้นของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ชัดเจนมากขึ้นกว่าเดิมและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของสหภาพยุโรป เช่น Convention on the International Sale of Goods (CISG) Principles of European Contract Law (PECL) หรือ UNIDROIT's Principles of International Commercial Contracts เป็นต้น¹⁰⁴

ตัวอย่างเช่น การชำระหนี้ที่ตกเป็นพันธียซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญของหนึ่งข้อยกเว้นสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของเจ้าหนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 2002 ให้ชัดเจนมากขึ้นในมาตรา 275¹⁰⁵ ในมาตรา 275 (1) ได้ระบุชัดเจนว่าการชำระหนี้ที่ตกเป็นพันธียตาม

Performance – A German Perspective”, in Specific Performance in Contract Law : National and Other Perspectives, Jan Smits, Daniel Haas and Geerte Heslen, (intersentia : 2008), pp.48-49.

¹⁰³ Munin Pongsapan, *Ibid.*, p.142. ; Reinhard Zimmermann, The New Law of Obligations: Historical and Comparative Perspective, (Oxford : OUP, 2005), p.1.

¹⁰⁴ Reinhard Zimmermann, *Ibid.*, pp.40-41.

¹⁰⁵ German Civil Code (2002) Section 275

“(1) A claim for performance cannot be made in so far as it is impossible for the obligor or for anyone else to perform.

(2) The obligor may refuse to perform in so far as performance requires expenditure which, having regard to the subject matter of the obligation and the principle of good faith, is manifestly disproportionate to the obligee’s interest in performance. When determining what may reasonably be required of the obligor, regard must also be had to whether he is responsible for the impediment.

ความหมายในมาตรา 275 ใช้บังคับกับการพ้นวิสัยทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการพ้นวิสัยในเชิงภาวะวิสัย (objective impossibility) การพ้นวิสัยในเชิงอัตวิสัย (subjective impossibility) การพ้นวิสัยตั้งแต่ก่อนที่จะตกลงทำสัญญา (initial impossibility) การพ้นวิสัยภายหลังการทำสัญญา (subsequent impossibility) รวมไปถึงการพ้นวิสัยแต่เพียงบางส่วน (partial impossibility) หรือ พ้นวิสัยทั้งหมด (total impossibility)¹⁰⁶ นอกจากนี้มาตรา 275 นี้ยังไม่ได้คำนึงถึงว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะความผิดของลูกหนี้หรือไม่ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 275 เดิม¹⁰⁷ ที่กำหนดเอาไว้ชัดเจน¹⁰⁸

นอกจากนี้ในมาตรา 275 (2) ยังได้กำหนดกรณีที่มีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยในทางปฏิบัติ (practical impossibility) คือการชำระหนี้ยังสามารถกระทำได้แต่ลูกหนี้ต้องอาศัยความพยายามอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับแล้ว เช่น ตกลงซื้อขายแหวนกัน

(3) Moreover, the obligor may refuse to perform if he is to effect the performance in person and, after weighing up the obligee's interest in performance and the impediment to performance, performance cannot be reasonably required of the obligor."

(4) The obligee's rights are determined by §§ 280, 283 to 285, 311a and 326."

¹⁰⁶ Reinhard Zimmermann, *supra note 103*, p.44. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, Second Edition, (Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005), p.195. ; อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุกาพ, "หลักการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.191. ; เอมิกา คงคา, "หลักความผิดกับการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.87-88.

¹⁰⁷ German Civil Code (1900) Section 275

"The debtor is relieved from this obligation to perform if the performance becomes impossible in consequence of circumstance for which he is not responsible occurring after the creation of the obligation

If the debtor ,after creation of the obligation, becomes unable to perform , it is equivalent to a circumstance rendering the performance impossible"

¹⁰⁸ Reinhard Zimmermann, *supra note 103*, p.44. ; เอมิกา คงคา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถ* ที่ 106, น.16.

แล้วแต่ยังไม่ได้ส่งมอบให้กัน ปรากฏว่าลูกหนี้ทำแหวนตกลงไปในมหาสมุทร เช่นนี้แม้จะไม่พ้นวิสัย เสียทีเดียวแต่ลูกหนี้ก็ต้องใช้ความพยายามอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับกลับมา ลูกหนี้ย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ และกำหนดให้มีกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยในทาง เศรษฐกิจ (economic impossibility) คือการมีเหตุการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถคาดเห็นได้เกิดขึ้นและ ทำให้ลูกหนี้ต้องรับภาระหนักขึ้นเกินสมควร เช่น ตกลงซื้อขายน้ำมันกันในราคา 1,000 ดอลลาร์ต่อ บาร์เรล ต่อมาเมื่อไม่คาดคิดเกิดขึ้นทำให้ราคาเพิ่มเป็น 50,000 ดอลลาร์ต่อบาร์เรล กรณีลูกหนี้ไม่ สามารถอ้างมาตรา 275 (1) ได้เพราะยังสามารถไปซื้อน้ำมันได้ในราคา 50,000 เพื่อมาส่งมอบให้ เจ้าหนี้ กฎหมายจึงเพิ่มเติมสิทธิให้ลูกหนี้สามารถปฏิเสธการชำระหนี้ในกรณีนี้ได้¹⁰⁹

ในมาตรา 275 (3) ก็ยังกำหนดกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยในทางศีลธรรม เพิ่มเข้ามาอีก (moral impossibility) โดยให้สิทธิแก่ลูกหนี้ที่มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติเป็นการเฉพาะตัวใน การปฏิเสธไม่ชำระหนี้หากว่าลูกหนี้มีเหตุขัดข้องซึ่งเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับแล้วมี เหตุผลรับฟังได้มากกว่า เช่น สัญญาจ้างลูกหนี้มาร้องเพลงแต่ปรากฏว่าลูกหนี้ทราบข่าวว่าบุคคลใน ครอบครัวเสียชีวิตไปในวันนั้น จึงปฏิเสธที่จะมาร้องเพลงตามกำหนดเวลาได้¹¹⁰

นอกจากเรื่องการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยแล้วประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 นี้ยังจัดระบบในเรื่องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาเสียใหม่ กล่าวคือแม้ว่าลูกหนี้จะมีสิทธิที่ จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 275 ก็มีใช้ว่าจะหลุดพ้นจากการชดเชยค่าเสียหายหรือการถูกเลิก สัญญาอันเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับรองซึ่งสิทธิในการเรียกค่าเสียหายของเจ้าหนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐาน ของหลักความผิด¹¹¹ โดยบัญญัติเป็นหลักการไว้ในมาตรา 280¹¹²

¹⁰⁹ Reinhard Zimmermann, *Ibid.*, pp.45-46 ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *supra note 106*, p.195. ; เอมิกา คงคา, *เพ็งอ้าง*, น.88-89. ; อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 106*, น.192.

¹¹⁰ Reinhard Zimmermann, *Ibid.*, p.49. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Ibid.*, p.195. ; เอมิกา คงคา, *เพ็งอ้าง*, น.90. ; อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ, *เพ็งอ้าง*, น.193.

¹¹¹ Reinhard Zimmermann, *Ibid.*, p.50 ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Ibid.*, p.193.

¹¹² German Civil Code (2002) Section 280

“(1) If the obligor fails to comply with a duty arising under the obligation, the obligee may claim compensation for the loss resulting from this breach. This does not apply if the obligor is not liable for the failure.

ในส่วนของการใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง บัญญัติเป็นหลักทั่วไปอยู่ในมาตรา 280 (3) ซึ่งพิจารณาได้เป็น 3 กรณี¹¹³

(1) กรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเพราะความผิดของลูกหนี้ตามมาตรา 275 (1) (4) และมาตรา 280 (1) (3) ประกอบมาตรา 283¹¹⁴

(2) กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องในเมื่อเจ้าหนี้ได้เตือนให้ ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรแล้ว เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายแทนการบังคับ ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแต่เมื่อใช้สิทธิดังกล่าวแล้วก็ไม่มีความผิดจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดย เฉพาะเจาะจงอีกต่อไปตามมาตรา 280 (1) และมาตรา 281 (1) (4)¹¹⁵

(2) The obligee may demand compensation for delay in performance only if the additional requirement in § 286 is satisfied.

(3) The obligee may demand compensation in lieu of performance only if the additional requirements of § 281, § 282 or § 283 are satisfied.”

¹¹³ มุนินทร์ พงศาปาน , “ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง : ปัญหาการ ตีความมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 250, เล่มที่ 1, ปีที่ 44, น.261-262. (2558). ; Reinhard Zimmermann, *supra note 103*, pp.52-55. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *supra note 106*, p.194.

¹¹⁴ German Civil Code (2002) Section 283

“If, by virtue of § 275 (1) to (3), the obligor does not have to perform, the obligee may demand compensation in lieu of performance. § 281 (1), second and third sentence, and (5) apply mutatis mutandis.”

¹¹⁵ German Civil Code (2002) Section 281

“(1) In so far as the obligor fails to perform when performance is due or fails to perform properly, the obligee may, subject to the requirements of § 280 (1), demand compensation in lieu of performance if he has fixed to no avail a reasonable period within which the obligor is to perform or to effect supplementary performance. If the obligor has performed only in part, the obligee may demand compensation in lieu of full performance only if he has no interest in performance in

(3) กรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ประธานถูกต้องแล้วแต่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหนี้ อุปกรณ์ที่ตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น เจ้าหนี้จ้างลูกหนี้มาวาดภาพเหมือนในบ้านของเจ้าหนี้ หนี้ประธานคือการวาดภาพ ขณะเดียวกันลูกหนี้ก็มีหนี้อุปกรณ์ที่จะต้องปฏิบัติตามคือการระมัดระวังไม่ให้ทรัพย์สินภายในบ้านเสียหายระหว่างการวาดภาพ หากปรากฏว่าลูกหนี้ทำให้ทรัพย์สินในบ้านของเจ้าหนี้เสียหายอยู่เสมอจนคาดหมายได้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับความเสียหายเกินสมควร เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ตามมาตรา 280 (3) มาตรา 282¹¹⁶ ประกอบมาตรา 241 (2)

นอกจากเรื่องการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยและค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงแล้วยังมีการแก้ไขในเรื่องสำคัญๆ อีกมาก เช่น หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpa in contrahendo) หรือการเลิกสัญญาเป็นต้น¹¹⁷

part. If the obligor has failed to perform properly, the obligee may not demand compensation in lieu of performance if the breach of duty is immaterial.

(2) A period for performance does not have to be fixed if the obligor seriously and definitely refuses to perform or if there are special circumstances which, after each party's interests are balanced, justify the immediate assertion of a claim for compensation.

(3) If the type of breach of duty is such that, it is not feasible to fix a period for performance, a warning notice replaces the fixing of such a period.

(4) The claim for performance is excluded once the obligee has demanded compensation in lieu of performance.

(5) If the obligee demands compensation in lieu of full performance, then the obligor may claim, in accordance with §§ 346 to 348, the return of whatever he has performed.”

¹¹⁶ German Civil Code (2002) Section 282

“If the obligor infringes a duty under § 241 (2), the obligee may, subject to the requirements of § 280 (1), demand compensation in lieu of performance if he can no longer reasonably be expected to accept performance by the obligor.”

¹¹⁷ See also Manfred Lowisch, “New Law of Obligations in Germany”, Retrieved on October 1, 2017, from www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred

ในขณะที่ประเทศเยอรมนียังคงยืนยันสิทธิของเจ้าหนี้ในอย่างชัดเจนแม้ว่าจะมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 ก็ตาม การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในปี 2016 กับตรงกันข้ามโดยยกเลิกบทบัญญัติในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงทั้งหมด จากเดิมที่แม้จะรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ไว้ในมาตรา 1184 แต่บทบัญญัติในมาตรา 1142 กลับให้เฉพาะสิทธิในการเรียกค่าเสียหายในหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการเท่านั้นแต่ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2016 การจำแนกวัตถุประสงค์หนึ่งเพื่อการกำหนดสิทธิดังเช่นในมาตรา 1142 ได้ถูกยกเลิกไปทั้งหมดและบัญญัติหลักการใหม่ในเรื่องมาตรการเยียวยาจากการผิดสัญญาเอาไว้ในมาตรา 1217¹¹⁸ ว่าในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิดังต่อไปนี้ (1) ปฏิเสธที่จะชำระหนี้ตอบแทนหรือ (2) บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือ (3) เรียกร้องให้มีการลดมูลค่าลงหรือ (4) เลิกสัญญาหรือ (5) เรียกร้องการชดเชยจากการไม่ชำระหนี้

ในส่วนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงบัญญัติไว้เฉพาะในมาตรา 1221¹¹⁹ กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เว้นแต่การชำระหนี้จะตกเป็นพันวิสัยหรือปรากฏอย่างชัดเจนว่าค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการชำระหนี้ของลูกหนี้ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ซึ่งเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องพิสูจน์ หากลูกหนี้พิสูจน์ได้ว่า

141.pdf.

¹¹⁸ French Civil Code (2016) Article 1217

“A party towards whom an undertaking has not been performed or has been performed imperfectly, may:

- refuse to perform or suspend performance of his own obligations;
- seek enforced performance in kind of the undertaking;
- request a reduction in price;
- provoke the termination²² of the contract;
- claim reparation of the consequences of non-performance.

Sanctions which are not incompatible may be combined; damages may always be added to any of the others.”

¹¹⁹ French Civil Code (2016) Article 1221

“A creditor of an obligation may, having given notice to perform, seek performance in kind unless performance is impossible or if there is a manifest disproportion between its cost to the debtor and its interest for the creditor.”

เจ้าหนี้ไม่ได้รับประโยชน์อะไรการบังคับชำระหนี้ หรือค่าเสียหายเพียงพอต่อความเสียหายนั้นแล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เช่น กรณีที่ผู้รับจ้างก่อสร้างบ้านหรืออาคาร สูงหรือต่ำกว่าที่ตกลงกันไว้ในสัญญา แม้จะพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้กระทบต่อความเหมาะสมในการนำไปใช้ก็ตามแต่เดิมศาลก็พิพากษาให้ทำลายทิ้งและสร้างใหม่ให้ตรงตามสัญญา หากบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่ง 2016 อาจจะทำให้เข้าข่ายกเว้นในส่วนท้ายก็ได้ซึ่งคงต้องรอการตีความจากคำพิพากษาของศาลและคำอธิบายของนักวิชาการต่อไป¹²⁰

2.4 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

แนวความคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในคอมมอนลอว์มีพัฒนาการมาจากการกำเนิดขึ้นของหลักความเป็นธรรม หรือ equity โดยศาลชานเซอร์รี่ (Chancery Court)¹²¹ แรกเริ่มเดิมทีในช่วงศตวรรษที่ 12 กฎหมายคอมมอนลอว์ถูกใช้และริเริ่มโดยศาลหลวงของอังกฤษ (Royal Court)¹²² ใช้บังคับกฎหมายเป็นบรรทัดฐานทั่วราชอาณาจักร ซึ่งระบบวิธีพิจารณาของศาลหลวงนั้นค่อนข้างจำกัดและแคบมาก (writ system) โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องได้รับหมาย (writ) จากลอร์ดชานเซลเลอร์ (Chancellor) ก่อน ซึ่งจะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงของผู้ฟ้องคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลหลวงหรือไม่ ถ้าอยู่ในเขตอำนาจก็จะออกหมายให้แก่ผู้ฟ้องคดีในนามของกษัตริย์ ช่วงแรกลอร์ดชานเซลเลอร์จะออกหมายสำหรับข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ หากมีข้อเท็จจริงใหม่ที่แตกต่างจากเดิมก็จะออกหมายอันใหม่เพื่อให้ครอบคลุมกับข้อเท็จจริงใหม่

จนในที่สุดหมายที่ออกกลายเป็นแบบฟอร์มที่เป็นมาตรฐาน จนในช่วงปลายศตวรรษที่ 13 ลอร์ดชานเซลเลอร์จึงยินยอมให้เฉพาะหมายที่สอดคล้องกับ form of action ใน register of writs เท่านั้น การเลือกประเภทของหมายมีความสำคัญมากในระบบของอังกฤษ เมื่อเลือกแล้วจะมีผลตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณาไปจนเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณา หมายแต่ละประเภทจะมีรูปแบบการพิจารณาคดี (form of action) ที่มีลักษณะเฉพาะตัวของหมายแต่ละประเภทนั้น ถ้าโจทก์เลือกหมาย

¹²⁰ Jan Smits and Caroline Calomme, “Legal Developments: The Reform of The French Law of Obligations”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.23, pp.1040-1047 (2016).

¹²¹ ศาลที่นำกฎหมายที่เกิดจากหลักเกณฑ์แห่งความยุติธรรม (equity) มาปรับใช้กับคดี

¹²² ศาลที่ทำการพิจารณาคดีทั่วทั้งราชอาณาจักรโดยใช้กฎหมายเดียวกัน (common law)

ผิดประเภทหรือไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามประเภทของหมายที่กำหนดไว้ คดีอาจจะถูกยกฟ้องโดยการคัดค้านของจำเลยได้ แต่ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าโจทก์เลือกหมายได้ถูกต้องและปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาคืบคลานตามหมาย คดีจึงจะได้รับการพิจารณา¹²³

ในแง่ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าค่าเสียหายเป็นมาตรการเยียวยาเพียงอย่างเดียวก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากรูปแบบการฟ้องและการพิจารณาคดีในระบบคอมมอนลอว์เอง ในช่วงแรกการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาามีหมาย (writ) อยู่ 3 ประเภท คือ (1) writ of debt ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่โจทก์ให้จำเลยชำระหนี้เงินเท่านั้น เช่น เงินที่กู้ยืมไป ชำระเงินค่าสินค้าที่จำเลยซื้อไป ค่าเช่า หรือค่าจ้างทำของ เป็นต้น (2) writ of debtinue ใช้เฉพาะกรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกทรัพย์สินของตนคืนจากจำเลยที่ยึดถือไว้โดยไม่ชอบ เช่น ฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้ยืมและ (3) writ of covenant เป็นการฟ้องขอให้จำเลยชำระค่าเสียหายที่ไม่แน่นอนจากการผิดสัญญาที่มีการทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดและมีการทำเป็นหนังสือและมีลายมือชื่อเท่านั้น (under seal) หากข้อตกลงไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ไม่สามารถบังคับโดย writ of covenant ได้¹²⁴ นอกเหนือไปจากสามกรณีนี้แล้ว สัญญาหรือความตกลงอื่นๆไม่อาจจะฟ้องบังคับที่ศาลหลวงได้

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 14 ระบบการพิจารณาคดี (forms of action) ดังกล่าวจึงเริ่มไม่หลากหลายพอที่จะแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนไป ประเภทของหมายที่มีไม่อาจการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้และไม่อาจเยียวยาความเสียหายจนเป็นที่พอใจได้ ผู้ฟ้องคดีจึงเริ่มไปร้องเรียนต่อกษัตริย์ และเมื่อศาลหลวงและกษัตริย์ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ประชาชนจึงไปร้องเรียนกับลอร์ดชานเซลเลอร์ ทำให้ลอร์ดชานเซลเลอร์เริ่มมีการพิจารณาคำร้องและใช้ระบบวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างและหลากหลายกว่าศาลคอมมอนลอว์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละคดีและพัฒนาต่อมาเรื่อยๆจนกลายเป็นศาลชานเซอร์รี่ ขณะที่กฎหมายที่ถูกพัฒนาขึ้นในศาลชานเซอร์รี่ก็

¹²³ Thomas D. Musgrave, “Comparative Contractual Remedies”, University of Western Australia Law Review 34, 300, p.309. (2009). ; สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.64-65.

¹²⁴ Harold Potter, An Historical Introduction to English Law and Its Institutions edit by A.K.R. Kiralfy, Fourth Edition, (London : Sweet & Maxwell Limited, 1962), pp.452-456. ; J.H. Baker, An Introduction to English Legal History, Fouth Edition, (UK : Butterworths LexisNexis, 2002), pp.318-325. ; สุนัย มโนมัยอุดม, เพ็ญอ่าว, น.67.

เริ่มเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “หลักความเป็นธรรม (equity)” ซึ่งกำหนดมาตรการเยียวยาไว้ในกรณีที่ศาลคอมมอนลอว์ไม่อาจจะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม¹²⁵

ต่อมาเพื่อไม่ให้เกิดการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเรื่องสัญญาไปอยู่ที่ศาลชานเซอร์รี่เสียหมด ศาลคอมมอนลอว์จึงมีการนำ writ of trespass ซึ่งใช้กับเรื่องละเมิดและการกระทำที่ผิดกฎหมายมาปรับใช้กับเรื่องสัญญาเพิ่มเติมอีก¹²⁶ โดยจะนำมาใช้ในกรณีที่จำเลยสัญญาจะทำบางอย่างให้แก่โจทก์แต่กลับไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ในบริบทของเรื่องสัญญาจะเรียกกันว่า writ of assumpsit เป็นการขยายขอบอำนาจของศาลให้เพิ่มมากขึ้น และในศตวรรษที่ 16 ก็ได้ขยายความ writ of assumpsit ออกไปให้รวมถึงกรณีที่เป็นการงดเว้นหรือเพิกเฉยต่อกฎหมายด้วย และในปี 1602 คดี *Slade v. Morley* ก็ได้ขยายความออกไปอีกว่า writ of assumpsit ให้ใช้ได้กรณีในกรณีโจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้เงิน การฟ้องคดีแบบ assumpsit เพื่อเรียกให้ชำระหนี้เงินจึงเรียกกันว่าเป็น “indebitatus assumpsit”¹²⁷ อย่างไรก็ตามการพัฒนาระบบ assumpsit ในศาลคอมมอนลอว์ก็ไม่ได้ถูกแทรกแซงโดยหลักความเป็นธรรมแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะโจทก์ยังคงฟ้องคดีที่ศาลชานเซอร์รี่อยู่ดีเพราะค่าเสียหายที่ศาลคอมมอนลอว์ให้แก่โจทก์ไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น¹²⁸

ศาลชานเซอร์รี่เองก็สร้างมาตรการเยียวยาสำหรับคู่สัญญาที่เสียหายคือการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เพื่อทดแทนค่าเสียหายในระบบคอมมอนลอว์ที่ให้เพียงค่าเสียหายเท่านั้น อย่างไรก็ตามสถานะของ equity มีขึ้นเพื่อช่วยเยียวยาโจทก์ในกรณีที่ไม่มีมาตรการเยียวยาในศาลคอมมอนลอว์ หรือมาตรการนั้นไม่เพียงพอต่อความเสียหายเท่านั้น ศาลคอมมอนลอว์และค่าเสียหายตามกฎหมายคอมมอนลอว์ยังคงเป็นมาตรการหลักในกรณีที่มีการผิดสัญญา การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงเป็นเพียงข้อยกเว้นและใช้บังคับเฉพาะเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเป็นรายคดีไปและอาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรองเท่านั้น¹²⁹

¹²⁵ Thomas D. Musgrave, *supra* note 123, pp.308-310. ; Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 73, p.187. ; สุนัย มโนมัยอุดม, *เพิ่งอ้าง*, น.81-82.

¹²⁶ สุนัย มโนมัยอุดม, *เพิ่งอ้าง*, น.84.

¹²⁷ Reinhard Zimmermann, *supra* note 24, pp.776-779.

¹²⁸ Thomas D. Musgrave, *supra* note 123, p.323.

¹²⁹ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 73, p.187. ; สุนัย มโนมัยอุดม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 123*, น.86.

ระบบคู่ขนานเช่นนี้ดำเนินไปจนในศตวรรษที่ 19 จึงมีการปฏิรูประบบกฎหมายครั้งใหญ่ ในปี 1832-1833 มีการยกเลิกระบบวิธีพิจารณาคดี (form of action) ในรูปแบบต่างๆ ส่งผลให้รูปแบบการพิจารณาคดีทั้งหมดของคอมมอนลอว์จะเริ่มต้นที่ writ เดียวกันเสมอ และ form of action ก็เป็นรูปแบบง่ายๆ เพียงแค่ระบุลงในช่องว่างที่กำหนดไว้ให้ใน writ ก็พอ¹³⁰ และเมื่อ Judicature Acts มีผลบังคับใช้ในปี 1875 ก็เป็นอันยกเลิกระบบศาลแบบในอดีตทั้งหมดของอังกฤษ รวมทั้งศาลคอมมอนลอว์และศาลชานเซอร์ และแทนที่ด้วยระบบสูง (Supreme Court) ซึ่งประกอบด้วยศาลฎีกา (High Court of Justice) และศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) แต่เดิมที่การเลือกเขตอำนาจศาลของผู้ฟ้องคดีจะส่งผลต่อมาตรการเยียวยาที่แต่ละศาลจะให้ทั้งหมดไป ไม่มีทั้งศาลคอมมอนลอว์หรือศาลอิควิตี้ มีเพียงศาลยุติธรรมเท่านั้นและศาลยุติธรรมศาลเดียวนี้สามารถปรับใช้ทั้งกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความเป็นธรรมได้¹³¹ และสถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ยังได้รับการยืนยันโดย Lord Hoffman ในคดี Co-Operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. ข้างต้นว่าเป็นเพียงข้อยกเว้นของค่าเสียหายในระบบคอมมอนลอว์เท่านั้น¹³²

2.5 การจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

แม้ในอดีตตั้งแต่สมัยโรมันนักกฎหมายโรมันจะมีการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นประเภทต่างๆ เช่น วัตถุแห่งหนี้เป็นการส่งมอบ (obligation dandi) วัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (obligation facere) วัตถุแห่งหนี้เป็นการเรียกคืนทรัพย์สิน (obligatio restituendi) หรือวัตถุแห่งหนี้เป็นการส่งมอบการครอบครอง (obligatio praestandi) ก็ตาม¹³³ แต่การจำแนกดังกล่าวก็ไม่ได้มีนัยยะสำคัญอย่างไร จนกระทั่ง Bartolus เริ่มใช้การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างหนี้ส่งมอบและหนี้กระทำการออกจากกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าหนี้กระทำการที่เกิดจากสัญญาเจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้

¹³⁰ Thomas D. Musgrave, *supra* note 123, p.311.

¹³¹ Jill E. Martin, *Modern Equity*, Fourteenth Edition, (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1993), pp.15-16. ; J.H. Baker, *supra* note 93, pp.113-114.

¹³² Alastair Hudson, *Equity & Trusts*, Fourth Edition, (London : Cavendish Publishing Limited, 2005), pp.905-906.

¹³³ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, pp.22-23.

ชำระหนี้ได้ ทำให้เฉพาะการบังคับเอาค่าเสียหายเท่านั้น¹³⁴ ส่วนหนี้ส่งมอบทรัพย์สินของผู้ขาย Bartolus ก็มองว่าเป็นหนี้กระทำการโดยแยกพิจารณาเป็นว่า หากทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ขายเป็นย่อมสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ส่งมอบได้ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันได้ด้วย¹³⁵ แต่หากผู้ขายไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินย่อมเป็นหนี้ส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการซึ่งเจ้าหนี้บังคับได้แต่เพียงค่าเสียหาย¹³⁶

อิทธิพลจากแนวความคิดของ Bartolus ได้ส่งต่อไปทั่วทั้งยุโรปและในช่วงเริ่มต้นของรัฐสมัยใหม่ Pothier ได้อาศัยการแบ่งแยกวัตถุแห่งหนี้ดังกล่าวในการตอบปัญหาเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและส่งต่อไปยังประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสปี 1804

Pothier จำแนกหนี้ออกเป็นหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สิน (thing) ซึ่งลูกหนี้ผูกพันตนเองในการจะส่งมอบให้ (give) และหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำ (act) ซึ่งลูกหนี้ผูกพันตนเองในการกระทำการบางอย่างหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง (commit or omit)¹³⁷ ในหนี้ส่งมอบก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการจะได้รับชำระหนี้โดยตัวทรัพย์สินนั้น แต่ Pothier อธิบายต่อว่าสิทธินั้นไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินแต่เป็นสิทธิเหนือตัวลูกหนี้ในการบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นต่างหาก ทรัพย์สินที่ลูกหนี้เป็นหนี้จะต้องส่งมอบยังเป็นของลูกหนี้จนกว่าจะมีการส่งมอบกันเจ้าหนี้มีเพียงสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้เท่านั้น ในขณะที่หากเป็นหนี้กระทำการหนี้้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการจะบังคับให้ลูกหนี้การทำการใดๆ ตามมูลหนี้แต่เจ้าหนี้มีเพียงสิทธิที่จะบังคับเอาค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้เท่านั้นตามหลัก *nemo praecise cogi potest ad factum*¹³⁸

สำหรับหนี้ของผู้ขายในการส่งมอบทรัพย์สิน Pothier จัดว่าเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่สามารถบังคับชำระหนี้ให้ส่งมอบได้เนื่องจากมีวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินจึงไม่ใช่หนี้กระทำการอีกต่อไป นอกจากนี้ Pothier ยังอธิบายอีกว่าหนี้ตามสัญญาเช่า ผู้เช่าสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่เช่าได้ตามสัญญาหากผู้ให้เช่าปฏิเสธที่จะส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะเดียวกับการบังคับให้ผู้ขายส่งมอบ

¹³⁴ Munin Pongsapan, *supra* note 21, p.129. ; John P. Dawson, *supra* note 52, pp.504-505.

¹³⁵ Munin Pongsapan, *Ibid.*

¹³⁶ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, p.31.

¹³⁷ *Ibid.* ; Pothier, *A Treatise on The Law of Obligations, or Contracts*, Vol.1, (London : A.Strahan, 1806), p.73.

¹³⁸ Pothier, *Ibid.*, pp.86-89.

ทรัพย์ ดังนั้นการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ของ Pothier จึงมีขึ้นเพื่อที่จะแบ่งแยกหนี้กระทำการบางประเภทให้เป็นหนี้ส่งมอบเพื่อจะได้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้¹³⁹

อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นได้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมผ่านประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มาตรา 1142 ที่วางหลักว่าหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการจะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายแทนในกรณีผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงจำเป็นต้องจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นสามประเภทคือหนี้กระทำการ หนึ่งงดเว้นกระทำการ และหนี้ส่งมอบ ทรัพย์สินเสียก่อนในลำดับแรก แล้วจึงมาวินิจฉัยถึงสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นลำดับถัดมา

อย่างไรก็ตามหนี้ส่งมอบทรัพย์สินในบริบทของกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้หมายถึงหนี้ส่งมอบทรัพย์ทั่วไปแต่หมายถึงหนี้ส่งมอบที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กัน¹⁴⁰ กล่าวคือในกรณีที่ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาอยู่และมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน หากการส่งมอบไม่ได้เป็นผลมาจากหนี้ที่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันเกิดขึ้น หนี้ดังกล่าวจัดว่าเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้ คือการส่งมอบทรัพย์นั้น อย่างไรก็ตามถ้าหนี้ที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบเกิดมาจากหนี้ที่มีการโอนกรรมสิทธิ์แก่กัน หนี้ดังกล่าวจึงไม่ใช่หนี้กระทำการแต่เป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน¹⁴¹

การจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิดังกล่าวไม่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องมาจากแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้ในเยอรมันเป็นสิทธิหลักหรือเป็นมาตรการเยียวยาหลักสำหรับหนี้ทุกประเภทเสมอ โดยไม่คำนึงถึงวัตถุแห่งหนี้ว่าจะเป็นหนี้โอนส่งมอบทรัพย์สิน หนี้กระทำการหรือหนึ่งงดเว้นกระทำการหรือไม่ ล้วนแล้วแต่มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ทั้งสิ้น ขณะที่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เองก็ยึดถือค่าเสียหายเป็นมาตรการหลัก การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นเพียงข้อยกเว้นในฐานะที่เป็นมาตรการเยียวยาเพื่อความเป็นธรรมเท่านั้น

ในระบบกฎหมายไทยอธิบายกันว่าวัตถุแห่งหนี้มีสามประเภทโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194 คือ (1) หนี้กระทำการ คือหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการ

¹³⁹ Janwillem Oosterhuis, *supra* note 36, pp.73-74.

¹⁴⁰ Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, Second Edition, (Great Britain : Bookcraft Ltd, Midsomer Norton, Somerset, 1992), p.154. ; Juliette Senechal, “Contract Formation and Non-performance in French Law”, in *The Law of Obligations in Europe : A New Wave Codifications*, Reiner Schulze and Fryderyk Zoll, (Munich : Sellier European Law Publishers, SELP, 2013), p.367.

¹⁴¹ G.H. Treitel, *supra* note 2, p.56.

อย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้ เช่น ต้องมาทาสีบ้านให้เจ้าหนี้ ต้องมาร้องเพลงให้ฟัง เป็นต้น (2) หนึ่งดวันกระทำการ คือหนี้ที่ลูกหนี้ต้องดวันการกระทำบางอย่าง เช่น ไม่เปิดเผยความลับ ไม่ค้าขายแข่งขัน เป็นต้น และ (3) หนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน คือหนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินให้แก่ลูกหนี้¹⁴² ในส่วนของหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินมีคำอธิบายที่แตกต่างกันออกไป

พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) อธิบายว่า หนี้ในการโอนทรัพย์สินหมายถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และเหตุที่แยกออกมาก็เพื่อให้เห็นความแตกต่างจากการส่งมอบทรัพย์สินที่จัดว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอยู่แล้ว¹⁴³

เช่นเดียวกับศาสตราจารย์กำธร พันธุลาภ¹⁴⁴ และศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ ที่ให้ความเห็นว่าหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินกันจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์กัน หากเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันย่อมจัดอยู่ในประเภทหนี้กระทำการ เช่น หนี้ตามสัญญาเช่าใช้คงรูปหนี้ที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมคืนเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง¹⁴⁵

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร¹⁴⁶ และศาสตราจารย์ ดร.ดารารพ ธีระวัฒน์ก็อธิบายว่าต้องเป็นหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์จึงจะเป็นหนี้ส่งมอบตามความหมายในข้อนี้¹⁴⁷

¹⁴² ศนันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.48-49.

¹⁴³ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, ปรับปรุงโดยดารารพ ธีระวัฒน์ และ ชวิน อุ่นภัทร, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.2.

¹⁴⁴ กำธร พันธุลาภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.12-13.

¹⁴⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.73.

¹⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, แก้ไขเพิ่มเติมโดยดารารพ ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.63.

¹⁴⁷ ดารารพ ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.32.

ขณะที่ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกรอธิบายว่า หมายความว่ารวมทั้งหนี้ส่งมอบที่มี การโอนกรรมสิทธิ์และไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปด้วย¹⁴⁸ และศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสติพันธ์ เห็นว่าหนี้ประเภทนี้ต้องมีความเกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินและหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินแล้วโดยหลักมิใช่หนี้ ในการโอนกรรมสิทธิ์และไม่ใช้หนี้กระทำการ¹⁴⁹

แม้จะมีการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกมาเป็น 3 ประเภทแต่การจำแนกดังกล่าวกลับไม่ได้ มีบทบัญญัติเหมือนในประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดให้หนี้กระทำการหรือหนึ่งดเว้นกระทำการเปลี่ยนเป็น หนี้ค่าเสียหาย ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ อธิบายถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เพียงว่าเป็นการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุแห่งหนี้ซึ่งมีอยู่สามประการดังกล่าวข้างต้น เท่านั้น¹⁵⁰ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายไทยพยายามจะเชื่อมโยงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เข้ากับการ อธิบายเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตามมาตรา 213 เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดย เฉพาะเจาะจง ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร อธิบายไว้เป็นการทั่วๆ ไปว่า หนี้กระทำการหรือ งดเว้นกระทำการซึ่งโดยสภาพลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตัวเอง เจ้าหนี้จึงไม่อาจบังคับ ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง ขณะที่หนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน รวมทั้งหนี้เงินสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เสมอเพราะสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับ เสมอ¹⁵¹ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร¹⁵² และศาสตราจารย์ ดร.ดาราวพร ธีระวัฒน์ก็อาศัยการ จำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่ออธิบายถึงหนี้ที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเช่นกัน¹⁵³ ในขณะที่ศาสตราจารย์ พิเศษไพโรจน์ วายุภาพไม่ได้โยงเรื่องสภาพแห่งหนี้กับวัตถุแห่งหนี้เข้าด้วยกันโดยอธิบายเพียงสั้นๆ ว่า กรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องนั้นจะต้องพิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องเป็นเรื่อยๆ ไป¹⁵⁴

¹⁴⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น.61.

¹⁴⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 142, น.49.

¹⁵⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 145, น.171.

¹⁵¹ โสภณ รัตนกร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 148, น.141-142.

¹⁵² จิต เศรษฐบุตร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 146, น.59-60.

¹⁵³ ดาราวพร ธีระวัฒน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 147, น.74-75.

¹⁵⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 145, น.186.

2.6 บทสรุป

สืบเนื่องมาจากข้อจำกัดของกระบวนการพิจารณาคดีในศาลคอมมอนลอว์ที่ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่ความได้จนต้องอาศัยศาลชานเซอร์ีเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ตน ทำให้แนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กลายเป็นอำนาจของศาลชานเซอร์ีที่จะกำหนดให้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเป็นรายกรณีๆ ไปเท่านั้น แม้ในภายหลังจะมีการรวมศาลคอมมอนลอว์และศาลชานเซอร์ีเข้าด้วยกัน แต่หลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ยังเป็นหลักที่ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้เท่านั้น ดังนั้นหากศาลพิจารณาว่าค่าเสียหายตามกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นธรรมแล้ว ก็จะไม่กำหนดให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ ดังนั้นค่าเสียหายจึงเป็นมาตรการเยียวยาที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ส่วนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นเพียงช้อยกเว้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเป็นคดีๆ ไปเท่านั้น

แตกต่างกับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่แนวคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมีมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน และมีการพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวอย่างมากในยุค *ius commune* ซึ่งนักกฎหมายต่างก็อาศัย CIC ในการอธิบายในแนวทางที่แตกต่างกันไป จนกระทั่งมาถึงคำอธิบายของ Bartolus ที่ใช้การจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ต่อมาจนถึง Antonio Favre ได้อธิบายถึงหลัก “*nemo praecise potest cogi ad factum*” ซึ่งต่อมาก็ถูกหยิบยกมาอธิบายโดย Pothier รวมไปถึงแนวคิดในการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้กลายมาเป็นหลักการพื้นฐานของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ขณะที่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกลับอาศัยหลัก “*pacta sunt servanda*” เป็นหลักการพื้นฐานในการอธิบายเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแทน แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 จะไม่ได้บัญญัติหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเอาไว้ชัดเจนโดยอาศัยการอธิบายผ่านมาตรา 241 และแม้ภายหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมก็ไม่ได้มีการแก้ไขเอาไว้ให้ชัดเจน อันเป็นข้อที่แสดงให้เห็นว่าหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในเยอรมันได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปไว้อยู่แล้ว ในมาตรา 241 ไม่จำเป็นจะต้องแก้ไขให้มีความชัดเจนมากขึ้นอีกแล้ว

อย่างไรก็ตามการที่ไม่ได้บัญญัติแนวคิดดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 241 นี้เองทำให้เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในส่วนนี้ โดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาเป็นต้นแบบ ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นหลายประการอันเนื่องมาจากคณะผู้ร่างฯ มิได้คำนึงถึงหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่อยู่เบื้องหลังมาตรา

241 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งผู้เขียนจะได้ถึงประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย รวมไปถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยต่อไปในบทที่ 3



บทที่ 3

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย

3.1 ความนำ

ตามที่ได้ศึกษาไปแล้วถึงประวัติความเป็นมาของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันว่ามีแนวคิดเบื้องหลังอย่างไร ในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายตั้งแต่ประวัติความเป็นมา รวมไปถึงกระบวนการในการร่างบทบัญญัติในมาตรา 194 และมาตรา 213 ของไทยซึ่งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 อาจเข้าใจผิดว่าได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งนำไปสู่ปัญหาบางประการในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย¹ ภายหลังจากศึกษาที่มาและข้อขัดข้องบางประการแล้ว ผู้เขียนจะกล่าวถึงลักษณะและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน ตลอดจนวิธีการในการบังคับชำระหนี้ในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้วจึงชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

3.2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194 และมาตรา 213

เดิมทีก่อนที่จะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แนวคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเริ่มปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยอยุธยาในรูปของการบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินและบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ เช่น การนำลูกหนี้มาทักขังและตากแดดเป็นเวลา 3 วันและใส่ชื่อแช่น้ำไว้อีก 3 วันรวมไปถึงการเชียนตีประจานลูกหนี้ก็สามารถกระทำได้ตามพระไอยการลักษณะตระลาการ บทที่ 48 และบทที่ 54²

¹ ตูมุนินทร์ พงศาปาน, “ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 738, เล่มที่ 4, ปีที่ 42 (2556).

² เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510), น.27-28. ; มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, “ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166”, 3 เล่ม, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2529), 1, น.400 อ้างถึงในปวิณ กุมาร, “ผู้มี

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์จึงเริ่มมีแนวความคิดที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้มากกว่าจะบังคับจากเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ โดยมีบทบัญญัติห้ามมิให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้โดยทำร้ายลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีการจำคุกลูกหนี้ที่จงใจไม่ชำระหนี้ตามสัญญาบางประเภทที่ได้รับไว้ในพระราชกำหนดอาญาการกระทำผิดสัญญา ร.ศ. 117 ซึ่งบัญญัติให้ การผิดสัญญารับทำการด้วยกำลังตนในการใช้สอย สัญญาในการที่จะพาผู้คนฤาสิ่งของจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง สัญญารับใช้การงานในเวลาเดินทาง สัญญารับบำรุงเลี้ยงและพิทักษ์ทารกและตนทุพพลภาพโดยกำหนดให้การผิดสัญญาดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญา³ ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น ในทางกฎหมายสารบัญญัติจึงยอมรับเฉพาะการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 194 มาตรา 213 และมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ผลกระทบจากการทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษซึ่งมีสาระสำคัญประการหนึ่งคือ ข้อตกลงเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้คนต่างชาติที่กระทำความผิดในประเทศไทยสามารถขอยกเว้นที่จะไม่ใช้กฎหมายไทยบังคับได้ โดยอาศัยเหตุผลที่ว่ากฎหมายไทยป่าเถื่อน ล้าสมัย ตามมาด้วยการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวกับอีกหลายประเทศ นอกจากจะก่อให้เกิดข้อเสียเปรียบทางด้านการศาลแล้วยังมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ประเทศไทยจำต้องทำการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลให้มีความทันสมัยมากขึ้น โดยเฉพาะในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 พระองค์ทรงมีพระราชดำริว่า การจะปฏิรูปกฎหมายและการศาลได้นั้นจะต้องปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทุกสาขาให้สำเร็จเรียบร้อยก่อน จึงจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นและปรับปรุงโครงสร้างของศาลไทยให้เป็นแบบ

ส่วนได้เสียในการบังคับคดี”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.13-14.

³ ชูเกียรติ ไข่เทียมวงษ์, “ปัญหาการนำมาตรการเพิกถอนการฉ้อฉลมาปรับใช้กับการชำระหนี้โดยเลือกปฏิบัติ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.8-9.

⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.137.

ยุโรป (จากเดิม 16 ศาล ยุบเหลือเพียง 7 ศาลขึ้นกับกระทรวงยุติธรรม)⁵ และจัดตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายเพื่อผลิตบุคลากรที่มีความรู้ทางด้านกฎหมาย⁶

ภายหลังจากมีการปฏิรูปทางการศาลและการจัดตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายแล้ว พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดเกล้าฯ ให้การจัดทำประมวลกฎหมายดำเนินไปตามแบบของระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) การจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบตะวันตกจึงเริ่มต้นขึ้นด้วยการร่างกฎหมายอาญา ร.ศ.127 ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ฉบับแรกของไทย แต่กระบวนการในการร่างกลับมีอุปสรรคหลายประการจนต้องหยุดชะงักไปในปี พ.ศ. 2444 และกลับมาเริ่มต้นอีกครั้งเมื่อมีการแต่งตั้งนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) เป็นที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายและเป็นประธานกรรมการร่างกฎหมายรวมกับกรรมการร่างกฎหมายอีกสามท่านได้แก่นายตีเลกี (William Alfred G. Tilleke) พระอัครการประสิทธิ์ (ปลื้ม สุจริตกุล) และหลวงสกลสัตยาทร (ทองบูน บุนยมาโน) คณะกรรมการร่างกฎหมายชุดดังกล่าวใช้เวลาประมาณสามปีในการร่างกฎหมายลักษณะอาญาจนสำเร็จ และมีการประกาศใช้เป็นกฎหมายในปี พ.ศ. 2451⁷

หลังจากมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในปี พ.ศ. 2451 แล้วในปีเดียวกัน พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นโดยแบ่งแยกหน้าที่การทำงานของคณะกรรมการร่างออกเป็น 6 กองต่อมาเพื่อความเหมาะสมในการทำงานจึงมีการยุบคณะกรรมการร่างกฎหมายซึ่งเป็นกองไปและให้หน้าที่ในการร่างกฎหมายเป็นหน้าที่ของหม่อมเจ้าจรัสสุศักดิ์ฯ กับนายยอร์ช ปาดูซ์จนสิ้นรัชกาลของพระองค์ในปี พ.ศ.2453⁸ ต่อไปในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 คณะกรรมการร่างกฎหมายก็ยังมีอุปสรรคต่างๆ มากมายในการร่างประมวลกฎหมาย เช่น การกลับไปรับราชการที่ยุโรปของนายปาดูซ์ ขณะที่นายเดเลสเตอร์ซึ่งทำหน้าที่แทน (ในปี 2457-2459) ถูกพิจารณาว่าไม่มีความสามารถพอทำให้กระบวนการร่างเป็นไปอย่างล่าช้า ในปี พ.ศ. 2459 จึงได้มีการปรับปรุงคณะกรรมการร่างกฎหมายใหม่โดยมีพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระสวัสดิวัตน์วิศิษฐ์

⁵ เรอเน่ กียอง, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทยสยาม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.33-34.

⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.174 ; อมรเทพ เมืองแสง, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.186.

⁷ มุนินทร์ พงศาปาน , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.743.

⁸ เรอเน่ กียอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.83 ; อมรเทพ เมืองแสง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.188.

อธิบดีศาลฎีกาเป็นประธาน⁹ ในปี พ.ศ. 2462 กรมหลวงสวัสดิวัตน์วิศิษฎ์ได้ลาออกจากตำแหน่งและเจ้าพระยาอภัยราชาฯ ได้เข้ารับตำแหน่งแทนพร้อมทั้งมีการแต่งตั้งกรรมการเพิ่มเติมเมื่อคณะกรรมการมีหลายคน และแต่ละคณะต่างก็มีจำนวนคนเพิ่มขึ้นทำให้การติดต่อประสานการเป็นไปด้วยความล่าช้า ประกอบกับในปี พ.ศ. 2465 รัฐบาลฝรั่งเศสได้เรียกร้องให้ประเทศไทยปรับปรุงกฎหมายโดยตั้งกรมร่างกฎหมายขึ้นซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขในการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ดังนั้นปี พ.ศ. 2466 รัชกาลที่ 6 จึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้ยกฐานะกรรมการชำระประมวลกฎหมายขึ้นเป็นกรมร่างกฎหมายในสังกัดกระทรวงยุติธรรมและมีหน้าที่ร่างกฎหมายแต่เพียงกรมเดียว โดยให้เจ้าพระยาอภัยราชาเป็นนายกรัฐมนตรี และให้ นายเรอเน่ กียองหัวหน้ากรรมการร่างประมวลกฎหมายเป็นที่ปรึกษา และต่อมาในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466 จึงได้มีการประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ บรรพ 2 ให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 อย่างไรก็ตามบรรดาผู้พิพากษาและทนายความต่างก็อ่านแล้วไม่เข้าใจ ไม่รู้เรื่องทำให้ต้องมีการตั้งกรรมการชุดใหม่เพื่อยกร่างกฎหมายใหม่ประกอบไปด้วยพระยานเรนดิบัญชากิจ พระยาศรีธรรมาธิเบศร์ พระยาเทพวิฑูรฯ พระยามานวราชเสวีและนายเรอเน่ กียอง

ในการประชุมเพื่อยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งฯ นั้น พระยามานวราชเสวีได้เสนอให้ใช้โครงร่างประมวลกฎหมายแพ่งฯ ตามแบบของประเทศเยอรมนีโดยคัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่เพื่อไม่ให้เสียไมตรีจึงได้นำบทบัญญัติบางตอนจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและบางตอนจากประมวลกฎหมายที่ได้ยกร่างไว้ในฉบับที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2466 มาใช้ประกอบและยังมีการนำบทบัญญัติบางตอนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของสวิตเซอร์แลนด์มาใช้ด้วย ต่อมาในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468 ได้มีพระราชกฤษฎีกาออกมาให้ยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งฯ บรรพ 1 และบรรพ 2 และให้ใช้ฉบับที่ได้ตรวจชำระใหม่นี้แทน¹⁰

ในการประชุมกรรมการร่างกฎหมายเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2468 พระยาจินดาภิรมย์ฯ กับพระยามานวราชเสวีได้นำร่างสารบัญสำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ที่แก้ไขใหม่ซึ่งร่างโดยใช้ประมวลกฎหมายเยอรมัน ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์และบราซิลเป็นต้นร่างเสนอต่อที่ประชุม ที่ประชุมซึ่งประกอบไปด้วยพระยาจินดาภิรมย์ฯ พระยาเทพวิฑูรฯ พระยามานวราชเสวี นายเรมี เดอ ปลังเตอโรสและนายเรเน่ กาโซ ได้ตรวจพิจารณาและมามีมติแก้ไขหัวข้อจากคำว่า

⁹ กรรมการอื่นประกอบด้วย พระยานเรนดิบัญชากิจ (ลัด เศรษฐบุตร) พระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) นายเรอเน่ กียอง นายเดอ ลาโฟร์การ์ดและนายเลวีส์ก

¹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 4*, น.235-236.

“Scoop of obligation” มาเป็น “Subject of obligation” และได้ประชุมปรึกษาหารือเกี่ยวกับร่างมาตราในบรรพ 2 หมวด 1 ลักษณะ 1 ว่าด้วย “Subject of obligation” (วัตถุแห่งหนี้) นายเรมีเดอ ปลังเตอโรสได้เสนอว่าควรจรร่างมาตราอธิบายความหมายของคำว่าหนี้ (obligation) ด้วย ที่ประชุมจึงได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ปรากฏว่าโดยมากไม่มีคำอธิบายเอาไว้จึงตกลงกันว่าไม่ควรจะมีคำอธิบายเช่นกันและได้ร่างมาตรา 194¹¹ ขึ้นใหม่ในทำนองเดียวกับมาตรา 241¹² ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 (BGB 1900)¹³

แม้ว่ามาตรา 241 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 (ต้นแบบของมาตรา 194 ของไทย) จะใช้สำหรับอธิบายถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและสถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นมาตรการเยียวยาขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมายเยอรมันตามที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 แต่ในการประชุมกรรมการร่างกฎหมายข้างต้นกลับไม่ได้มีการถกเถียงถึงแนวคิดเบื้องหลังดังกล่าวแต่อย่างใด และในอุทธรณ์ของกรมร่างกฎหมายก็ได้กล่าวถึงเช่นกันดังนี้¹⁴

อุทธรณ์ที่ 1 ก. ตกลงโดยปากเปล่า หรือทำเป็นหนังสือว่าจะขายม้าให้ ข. และ ข. ตกลงจะใช้เงิน 1000 บาทให้แก่ ก. เป็นค่าม้า ฉะนั้น ก. มีหนี้ต้องส่งมอบม้าให้ ข. และ ข. มีหนี้ต้องใช้เงิน 1,000 บาทแก่ ก.

อุทธรณ์ที่ 2 ก. ตกลงจะรับใช้การงานเป็นคนใช้ ข. โดยมีเงินเดือนเดือนละ 40 บาท ก. มีหนี้ต้องรับใช้การงาน ข. และ ข. มีหนี้ต้องให้เงิน 40 บาทแก่ ก. ทุกๆเดือน

¹¹ ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194

“By virtue of an obligation the creditor is entitled to claim performance from the debtor. The performance may consist in a forbearance.”

¹² German Civil Code (1900) Section 241

“By virtue of an obligation the creditor is entitled to claim performance from the debtor. The performance may consist in a forbearance.”

¹³ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม.สคก. 3/4, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 17 สิงหาคม พุทธศักราช 2468

¹⁴ พระยามานวราชเสวี, อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ฉบับกรรมาญร่างกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2533), น.67.

อุทาหรณ์ที่ 3 ก. ตกลงกับ ข. ว่าจะไม่ทำการก่อสร้างสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงในที่ดินของตนซึ่งอยู่หน้าบ้าน ข. และ ข. จะให้เงิน 1,500 บาทแก่ ก. ฉะนั้น ก. มีหนี้ต้องไม่ก่อสร้างสิ่งใด และ ข. มีหนี้ต้องใช้เงิน 1,500 บาท

แม้ที่ประชุมจะมีมติว่าไม่ควรจะมีทบทวนปฏิบัติที่อธิบายความหมายของหนี้ (obligation) แต่จะเห็นได้ว่าในอุทาหรณ์ดังกล่าวไม่ได้มีการกล่าวถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเลยแต่กลับเป็นการอธิบายให้เห็นถึงลักษณะของหนี้ส่งมอบ (ส่งมอบมา) หนี้กระทำการ (รับใช้การงาน) และหนี้เว้นกระทำการ (ไม่ก่อสร้างสิ่งใด) เท่านั้น ประกอบกับคำอธิบายในทางตำราส่วนใหญ่ก็อธิบายความหมายของหนี้โดยอาศัยมาตรา 194 นี้ทั้งสิ้น¹⁵ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าทบทวนปฏิบัติในมาตรา 241 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900 ถูกเลือกมาเป็นต้นแบบในการร่างมาตรา 194 เพียงเพราะว่าสามารถให้คำนิยามของหนี้ได้ตรงตามความประสงค์ของผู้ร่างเท่านั้นส่งผลให้มาตรา 194 ที่แม้จะไม่ได้มุ่งหมายจะให้คำนิยามถูกใช้สำหรับการให้ความหมายของหนี้อย่างอ้อมๆ และการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เท่านั้นโดยไม่ได้ถูกนำมาใช้กับเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

เมื่อคณะกรรมการร่างต้องการหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงทำการร่างมาตรา 213 ขึ้นมาอีก ในการประชุมเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2468 เรื่องผลแห่งหนี้ (Effects of obligations) ที่ประชุมซึ่งประกอบด้วย พระยาจินดาภิรมย์ฯ พระยาเทพวิฑูรฯ นายเรมีเดอ ปลั่งเตอโรส และนายเรเน กาโซได้มีการพิจารณาเรื่องการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บราซิลและเยอรมัน พระยาจินดาภิรมย์ฯ เสนอ

¹⁵ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง มาตรา ว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, ปรับปรุงโดยดาราพร ธีระวัฒน์ และ ชวิน อุ่นภัทร, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.3. ; กำธร พันธูลภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.5. ; เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), ปรับปรุงแก้ไขโดยมนินทร์ พงศาปาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.246. ; สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.18. ; โสภณ รัตนกร, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 32, น.24. ; จิต เศรษฐบุตร, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.19. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.16.

ว่าประมวลกฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 414¹⁶ เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนและคล้ายคลึงกับร่างเดิมจึงควรใช้เป็นต้นแบบในการร่าง ที่ประชุมเห็นชอบด้วยจึงตกลงร่างมาตรา 213¹⁷ ขึ้นตามแบบของ

¹⁶ Japan Civil Code 1896 Article 414

“If an obligor voluntarily fails to perform any obligation, the obligee may request the enforcement of specific performance from the court; provided, however, that, this shall not apply where the nature of the obligation does not permit such enforcement.

In cases the nature of the obligation does not permit the enforcement of the specific performance, if it is an obligation for an act, the obligee may request the court to cause a third party to perform such act at the expense of the obligor; provided, however, that with respect to any obligation for any juristic act, the manifestation of intention of the obligor may be achieved by a judgment.

With respect to any obligation for an inaction, a request may be made to the court at the expense of the obligor seeking the removal of the outcome of the action performed by the obligor, or an appropriate ruling against any future action.

The provisions of the preceding three paragraphs shall not preclude demanding damages.”

¹⁷ ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213

“If a debtor fails to perform his obligation, the creditor may enter an action in court for specific performance except where the nature of the obligation does not admit it.”

“When the nature of an obligation does not admit of compulsory performance, if the subject of the obligation is the doing of an act, the creditor may apply to the court to have it done by a third person at the debtor’s expense; but if the subject of the obligation is the doing of juristic act, the order of the court stands in the place of a declaration by the debtor.”

“As to an obligation whose subject is the forbearance from an act, the creditor may apply to the court for an order that the acts done shall be undone,

ประมวลกฎหมายญี่ปุ่น¹⁸ ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้จึงได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นโดยที่คณะกรรมการร่างเข้าใจว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นทำการคัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในมาตรา 414 น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มากกว่าซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 5

3.3 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วตั้งแต่ประวัติความเป็นมาในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะเห็นได้ว่าเมื่อระบบกฎหมายไทยอาศัยมาตรา 194 ในการแบ่งแยกวัตถุแห่งนี้ออกหนึ่งกระทำกร งดเว้นกระทำกร และหนี้ส่งมอบทรัพย์สินแล้ว และให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม “หนี้” เป็นเพียงบุคคลสิทธิซึ่งเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องระหว่างกันเท่านั้น หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็ไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ด้วยตัวเองจึงต้องอาศัยอำนาจของศาลในการบังคับลูกหนี้ บทบัญญัติในมาตรา 213 จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการจะขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้สอดคล้องกับวัตถุแห่งหนี้ทั้งสามประเภทข้างต้น โดยผู้เขียนจำแนกหลักเกณฑ์ออกเป็น 4 ประการดังนี้

3.3.1 มีหนี้เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งเป็นหนี้ที่สมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย

ประการแรกนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่เจ้าหนี้จะมาขอให้ศาลบังคับให้ตามมาตรา 213 จะต้องเป็นความผูกพันกันตามกฎหมายลักษณะหนี้กล่าวคือ เป็นความผูกพันที่มีผลตามกฎหมายลักษณะหนี้ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้และอีกฝ่ายเป็นลูกหนี้โดยมีวัตถุ

under the expense of the debtor; the court may also order proper measure to be taken for the future.”

“The provisions of the forgoing paragraphs do not effect the right to claim damages.”

¹⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม.สคก. 3/4, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังนา วันที่ 24 สิงหาคม พุทธศักราช 2468

แห่งหนึ่งที่จะได้รับชำระหนี้เป็นกระทำการ จดเว้นกระทำการหรือโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน¹⁹ หากไม่ได้มีความผูกพันกันในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่สามารถบังคับกันได้ เช่น การครอบครองปรปักษ์ ในที่ดินของผู้อื่นเป็นการได้ทรัพย์สินมาโดยผลของกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เจ้าของที่ดินเดิมกับผู้ครอบครองปรปักษ์จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะหนี้ต่อกัน ไม่เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กัน ผู้ครอบครองปรปักษ์ย่อมไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้เจ้าของที่ดินเดิมไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ตนได้²⁰ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 955/2535 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 549/2535²¹) รวมไปถึงการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยการแย่งการครอบครองก็ไม่ก่อให้เกิดหนี้ที่จะบังคับตามคำขอได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1021/2538²²)

หนี้บางประเภทที่กฎหมายกำหนดว่าจะมีผลสมบูรณ์เมื่อมีการกระทำการบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนด หากยังไม่มีกรปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดหนี้ดังกล่าวย่อมไม่สมบูรณ์ไม่ก่อให้เกิดหนี้ระหว่างกัน ย่อมไม่สามารถจะบังคับอะไรกันได้ เช่น หนี้ตามสัญญาให้ตาม

¹⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.7-8. ; ศันสน์ถรณ์ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.33. ; กำธร พันธูลาภ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น.5 ; เสนีย์ ปราโมช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น.246-247. ; จิต เศรษฐบุตร, อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.19 ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.17.

²⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, เพ็ญอ้าว, น.107. ; สมจิตร ทองศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.263. ; วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, กฎหมายแพ่งพิสดาร เล่ม 4, (กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2560), น.290.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 549/2535 วินิจฉัยว่า “การฟ้องบังคับจำเลยให้แบ่งแยกโฉนดที่ดินพิพาทและโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทแก่โจทก์โดยอ้างว่าโจทก์ได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1383 นั้น เป็นกรณีที่จำเลยไม่มีหน้าที่ในทางนิติกรรมที่จะต้องไปแบ่งแยกโฉนดที่ดินที่พิพาทและโอนกรรมสิทธิ์ให้โจทก์ดังนี้โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องแต่เมื่อโจทก์มีคำขอให้พิพากษาแสดงกรรมสิทธิ์ที่พิพาทด้วยจึงควรวินิจฉัยข้อนี้ต่อไป”

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1021/2538 วินิจฉัยว่า “จำเลยได้สิทธิครอบครองในที่ดินของโจทก์โดยการแย่งการครอบครอง โจทก์ไม่มีหน้าที่ทางนิติกรรมที่จะต้องจดทะเบียนแบ่งแยกให้จำเลยจึงบังคับให้ตามคำขอของจำเลยที่ขอให้โจทก์แบ่งแยกที่ดินให้จำเลยมิได้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 523²³ และสัญญาห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 641²⁴ และ มาตรา 650²⁵ เป็นต้น กรณีดังกล่าวหากยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน สัญญาซื้อขายไม่สมบูรณ์ จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่กัน คู่สัญญาไม่ได้มีสถานะเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ต่อกันย่อมไม่อาจจะบังคับอะไรกันได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2566/2556 ได้วินิจฉัยยืนยันว่าแม้โจทก์จะตกลงกับจำเลย (ธนาคาร) เรื่องเงินกู้ได้แล้วแต่เมื่อยังไม่มี การส่งมอบเงินกู้แก่กันก็ยังไม่ถือว่าไม่มีหนี้ต่อกัน โจทก์ผู้กู้ย่อมมาบังคับให้ธนาคารอนุมัติเงินกู้ให้โจทก์อันเป็นการฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญากระหว่างโจทก์กับธนาคารย่อมไม่ได้ เพราะไม่มีหนี้ต่อกันแต่อย่างใด

สำหรับสัญญาซื้อขายเงินซึ่งเป็นสัญญาห้ามใช้สลับเปลี่ยนประเภทหนึ่ง หนี้ตามสัญญา กู้จึงสมบูรณ์ได้ด้วยการส่งมอบเงินที่ผู้ยืมกัน หรือส่งมอบกันทางอ้อม หรือโดยปริยายด้วยวิธีการแปลงหนี้จากมูลหนี้ที่มีอยู่เดิมมาผูกพันกันตามสัญญา กู้ เช่นนี้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสัญญาซื้อขายเงิน สมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงสามารถฟ้องบังคับตามสัญญา กู้ได้²⁶ แต่หากมูลหนี้ที่นำมาแปลงเป็นสัญญา กู้ไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีหนี้ต่อกันก็ถือว่าสัญญา กู้ยังมิได้มีการส่งมอบกัน ย่อมไม่สมบูรณ์ไม่ สามารถจะมาบังคับตามสัญญา กู้ได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1852/2506 เป็นกรณีที่จำเลยทำสัญญาซื้อขายเงินจากโจทก์มอบไว้แทนของหมั้น โจทก์มาฟ้องบังคับให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญา กู้ อันเป็นการฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง กรณีดังกล่าวเมื่อของหมั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้ส่งมอบหรือโอนให้แก่กันไว้แล้ว กล่าวคือการหมั้นจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการมอบของหมั้นแก่กันแล้ว

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523

“การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้”

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 641

“การให้ยืมใช้คงรูปนั้น ท่านว่าย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้ยืม”

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650

“อันว่าห้ามใช้สลับเปลี่ยนนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสลับไปนั้น เป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิดและปริมาณ เช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น

สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม”

²⁶ ปัญญา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนอ, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.33-35. ; ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย ยืม ผากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.67.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1437²⁷ เมื่อจำเลยยังไม่ได้มีการส่งมอบของหมั้น การหมั้นจึงไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 1437 ข้างต้น จำเลยจึงไม่มีหน้าที่จะต้องให้หรือส่งมอบของหมั้น แก่โจทก์ เช่นนี้จึงไม่มีมูลหนี้ระหว่างกันที่จะแปลงเป็นสัญญาเงินกู้ยืมได้ สัญญากู้ยืมไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 650 โจทก์จึงไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาได้

นอกจากเจ้าหนี้และลูกหนี้จะต้องมีความผูกพันกันตามกฎหมายลักษณะหนี้ หรือ มี “หนี้” ต่อกันแล้วหนี้ดังกล่าวจะต้องสมบูรณ์และไม่มีเหตุที่ทำให้หนี้ดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมาย เช่น ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ และได้มีการบอกล้างโมฆียกรรมแล้ว อย่างไรก็ตามแม้หนี้ระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้จะสมบูรณ์ แต่หากไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีกันได้โดยทางศาล เจ้าหนี้ก็ไม่อาจอาศัย บทบัญญัติในมาตรา 213 เพื่อบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพราะมาตรา 213 เป็นบทบัญญัติที่ เจ้าหนี้ต้องอาศัยอำนาจของศาลในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ ด้วยตนเองได้ หนี้ในลักษณะนี้ได้แก่หนี้ที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญหรือต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆ ตามที่กฎหมายบังคับเอาไว้ เช่น การซื้อขาย สหหาริมทรัพย์เป็นราคาตั้งแต่ 20,000 บาทขึ้นไป²⁸ สัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์²⁹ หรือสัญญากู้ยืมเงิน กว่า 2,000 บาท³⁰ ขึ้นไปเป็นต้น³¹

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1437 วรรคหนึ่ง

“การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิง เพื่อเป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น”

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456

“การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ว่า เป็นโมฆะวิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

สัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใดๆ ดังว่ามานี้ก็ดี คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นนั้นก็ดี ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาสองหมื่นบาทหรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย”

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538

“เช่าสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือ

3.3.2 ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคแรกให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ การละเลยไม่ชำระหนี้ดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อ (1) หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และ (2) ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้³²

(1) หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

(1.1) กรณีหนี้ไม่มีกำหนดเวลา

หนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้และจะอนุমানจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้นั้น ย่อมถึงกำหนดชำระทันที เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ชำระหนี้ได้ทันที ขณะที่ลูกหนี้ก็สามารถชำระหนี้ได้ทันทีเช่นเดียวกันตามมาตรา 203 วรรคหนึ่ง³³ เช่น ก. เข้าไปซื้อของที่ร้านค้าของ ข.

กำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซ้ร หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี”

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653

“การกู้ยืมเงินกว่าห้าพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

³¹ จรรย์ ภักดีชนากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่ 2, 2558), น.36-37. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.108.

³² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2556), น.127. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, เพ่งอ่าว, น.108. ; ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.239, 242. ; เสนีย์ปราโมช, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 34, น.622. ; จิต เศรษฐบุตร, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.49. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ่าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.44.

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคหนึ่ง

“ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้มีได้กำหนดลงไว้ หรือจะอนุমানจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ร ท่านว่าเจ้าหนี้นั้นจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันดุจกัน”

เมื่อได้ของมาแล้วก็ต้องจ่ายเงินชำระหนี้ทันที ขณะที่ ข. ก็ต้องส่งมอบของให้ ก. ทันทีเช่นเดียวกัน หรือกรณีกู้เงินกันไปโดยไม่ได้กำหนดว่าจะใช้คืนเมื่อใด เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ทันที³⁴

หากมีการตกลงกำหนดเวลาชำระหนี้กันไว้แล้ว ต่อมา มีการตกลงยกเลิก กำหนดเวลานั้นไปโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และไม่มี การกำหนดเวลาชำระหนี้กันใหม่ นั้นดังกล่าว ย่อมกลายเป็นหนี้ไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ตามมาตรา 203 วรรคหนึ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 997/2551³⁵) หรือกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ไม่มีผลบังคับ³⁶ เช่น ก. ทำสัญญาจะซื้อที่ดินจาก ข. โดย ตกลงกันไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคาในวันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2560 อันเป็น กำหนดเวลาชำระหนี้ที่กำหนดไว้ตามวันปฏิทิน แต่ปรากฏว่าวันดังกล่าวตรงกับวันเสาร์ซึ่งเป็น วันหยุดราชการย่อมไม่อาจจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กันได้ และจะถือเอาวันเปิดทำการวันแรก คือวัน จันทร์ที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 193/8³⁷ เป็นกำหนดเวลาชำระหนี้ก็ไม่ได้ กรณีจึงต้อง

³⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาค จบบริบูรณ์), ปรับปรุงแก้ไขโดยมุรินทร์ พงศاپาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2560), น.518-519. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.111. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.243. ; โสภณ รัตนกร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.128. ; จิต เศรษฐบุตร, อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.51-52. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51, น.45-46.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 997/2551 วินิจฉัยว่า “ตามสัญญาโฆษณากำหนดวันชำระหนี้ไว้ว่า ชำระเงินหลังวันโฆษณาภายใน 30 วัน ส่วนวันโฆษณาคือวันที่ 4 และ 9 ธันวาคม 2540 ดังนั้น วัน ครบกำหนดชำระเงินคือภายในวันที่ 3 และ 8 มกราคม 2541 จึงถือได้ว่ามีกำหนดวันชำระหนี้ไว้ แน่นนอนตามปฏิทิน แต่เมื่อพนักงานของโจทก์ไปส่งใบแจ้งหนี้และใบวางบิลให้แก่จำเลยแล้ว จำเลย ระบุในใบรับวางบิลว่า โปรดมารับเงินวันที่ 13 มีนาคม 2541 โจทก์มิได้ทักท้วง แสดงว่าโจทก์และ จำเลยมิได้ถือเอาวันที่ครบกำหนดชำระเงินตามสัญญาโฆษณา เป็นสาระสำคัญอีกต่อไปจำเลยจะ ผิดนัดต่อเมื่อโจทก์ได้เตือนให้ชำระหนี้แล้วจำเลยไม่ชำระตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคหนึ่ง จึงจะคิดดอกเบี้ยตามมาตรา 224 ได้”

³⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.113.

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/8

“ถ้าวันสุดท้ายของระยะเวลาเป็นวันหยุดทำการตามประกาศเป็นทางการหรือตามประเพณี ให้นับวันที่เริ่มทำการใหม่ต่อจากวันที่หยุดทำการนั้นเป็นวันสุดท้ายของระยะเวลา”

ถือว่าหนี้ยี้ดั่งกล่าวกลายเป็นหนี้ยี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2225/2540 และ 8701/2542³⁸)

การที่เจ้าหนี้ยี้จะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลันจะต้องเป็นหนี้ยี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ และจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ หากหนี้ยี้้นั้นไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้แต่สามารถอนุมานจากพฤติการณ์ได้ เจ้าหนี้ยี้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้โดยพลัน และลูกหนี้ยี้เองก็ไม่มีสิทธิที่จะชำระหนี้โดยพลันเช่นกัน พฤติการณ์ที่จะพึงอนุมานเพื่อกำหนดเวลาชำระหนี้ได้อาจจะต้องพิจารณาจากเหตุการณ์ที่ทำให้มีสัญญาเกิดขึ้น ขนบธรรมเนียมประเพณีในทางการค้า หรือทางปฏิบัติระหว่างคู่กรณี เช่น ผู้ซื้อของเชื่อจากร้านขายของชำที่เคยชำระเงินรวมกันตอนสิ้นเดือนเป็นปกติประเพณี ผู้ขายจะเรียกเก็บค่าสินค้าก่อนสิ้นเดือนย่อมไม่ได้ หรืออาจจะพิจารณาจากสภาพแห่งการชำระหนี้ เช่น จำข่างมาสร้างบ้าน แม้จะมีได้กำหนดเวลาชำระหนี้เอาไว้แต่ตามสภาพเจ้าหนี้ยี้จะเรียกให้ส่งมอบบ้านโดยพลัน หรือผู้รับจำข่างจะชำระหนี้โดยพลันเองย่อมเป็นไปไม่ได้จึงต้องอนุมานเอาจากพฤติการณ์ว่ากำหนดเวลาชำระหนี้ก็คือเมื่อสร้างบ้านเสร็จ³⁹

(1.2) กรณีหนี้ยี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้

หนี้ยี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้เอาไว้แน่นอนย่อมถึงกำหนดชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ อาจจะเป็นหนี้ยี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน หรือมีกำหนดเวลาชำระหนี้ที่คำนวณตามวันแห่งปฏิทินได้ เช่น ตกลงให้ชำระราคาค่าสินค้าในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 หนี้ยี้ดังกล่าวก็ถึงกำหนดชำระในวันนั้น หรือให้ชำระราคาในอีก 3 เดือนนับจากวันที่ 1 มกราคม 2561 หนี้ยี้ดังกล่าวก็ถึงกำหนดชำระในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2561 หนี้ยี้ในลักษณะนี้จึงมีลักษณะเป็นหนี้ยี้ที่มีเงื่อนไข

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8701/2542 วินิจฉัยว่า “วันที่ 17 เมษายน 2537 ซึ่งเป็นวันที่โจทก์และจำเลยได้ตกลงนัดจดทะเบียนโอนสิทธิในที่ดินตามสัญญาซื้อขายกัน เป็นวันอาทิตย์อันเป็นวันหยุดราชการไม่อาจจดทะเบียนโอนสิทธิในที่ดินกันได้ในวันนั้น และกรณีดังกล่าวไม่ได้อยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/8 ที่บัญญัติให้วันวันที่เริ่มทำการใหม่ต่อจากวันที่หยุดทำการเป็นวันสุดท้ายของระยะเวลา จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยต้องไปโอนที่ดินให้แก่โจทก์ในวันที่ 18 เมษายน 2537 การที่จำเลยไม่ได้จดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่โจทก์ในวันดังกล่าว ย่อมถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาไม่โอนที่ดินให้โจทก์ โจทก์จึงไม่อาจอ้างเหตุดังกล่าวมาบอกเลิกสัญญาเรียกเบี้ยปรับและขอคืนเงินมัดจำจากจำเลยได้”

³⁹ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.520-521. ; โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.128. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.243. ; จิต เศรษฐบุต, *อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51*, น.51. ; ดาราพร ถิระวัฒน์, *อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51*, น.45.

เวลากล่าวคือ ถ้าหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระลูกหนี้ก็ยังไม่มียกหน้าที่จะต้องชำระและเจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เช่นกันตามมาตรา 192 วรรคหนึ่ง⁴⁰ แต่ลูกหนี้อาจจะสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขดังกล่าวโดยการชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ก็ได้ถ้าไม่กระทบกระเทือนถึงประโยชน์ที่คู่กรณีอีกฝ่ายจะได้รับจากเงื่อนไขนั้น⁴¹ ตามมาตรา 192 วรรคสอง

ในกรณีที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้กันแต่เป็นที่สงสัยว่าเงื่อนไขนั้นจะเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้หรือเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ มาตรา 203 วรรค 2⁴² ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเงื่อนไขนั้นเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้เท่านั้น กล่าวคือเจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาไม่ได้ แต่ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาเช่นนั้นได้ เช่น กู้ยืมเงินกันเจ้าหนี้ยอมให้ใช้คืนภายใน 1 เดือนข้างหน้าหรือภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 ย่อมเป็นที่เข้าใจในเบื้องต้นว่าเจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้ได้ประโยชน์จากระยะเวลา เจ้าหนี้จึงไม่อาจเรียกให้ชำระหนี้ก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 ได้แต่ลูกหนี้อาจยอมสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขดังกล่าวและทำการชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดก็ได้⁴³ แต่หากมีการตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง เช่น มีข้อตกลงเพิ่มเติมอีกว่าไม่ตัดสิทธิผู้ให้กู้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 กรณีย่อมไม่เป็นที่สงสัยอีก เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ก่อนถึงกำหนดชำระเช่นกัน⁴⁴ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527⁴⁵)

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 192

“เงื่อนไขเริ่มต้นหรือเงื่อนไขสิ้นสุดนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากำหนดไว้เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ เว้นแต่จะปรากฏโดยเนื้อความแห่งตราสารหรือโดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าได้ตั้งใจจะให้ เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้หรือแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยกัน

ถ้าเงื่อนไขเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใด ฝ่ายนั้นจะสละประโยชน์นั้นเสียก็ได้ หากไม่กระทบกระเทือนถึงประโยชน์อันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะพึงได้รับจากเงื่อนไขนั้น”

⁴¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.240-241.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคสอง

“ถ้าได้กำหนดเวลาไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัย ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนเวลานั้นหาได้ไม่ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็ได้”

⁴³ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.522. ; โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.130.

⁴⁴ โสภณ รัตนกร, *เพ็งอ้าว*, น.130. ; จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 51*, น.53.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527 วินิจฉัยว่า “สัญญากู้มีข้อความว่า “ผู้กู้ตกลงจะชำระหนี้ตามสัญญานี้ภายในวันที่ 10 เดือนเมษายน พ.ศ.2524 แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ที่จะ

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 203 วรรคสองเป็นกรณีที่เป็นที่สงสัยกันว่ากำหนดเวลานั้นกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ของฝ่ายใดเท่านั้น หากกรณีเป็นที่ชัดเจนว่ากำหนดกันไว้เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ก็ย่อมไม่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามมาตรา 203 วรรคสอง เจ้าหนี้ก็ย่อมมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระได้ แต่ลูกหนี้ย่อมไม่สามารถจะชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระได้⁴⁶

(2) ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้

การที่จะถือว่าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ได้จะต้องปรากฏว่าหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้แล้วและลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หนี้จะถึงกำหนดชำระเมื่อใดต้องพิจารณาตามมาตรา 203 ข้างต้น⁴⁷ ขณะที่การกระทำที่เป็นการละเลยไม่ชำระหนี้ ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร อธิบายว่าหมายถึง ลูกหนี้มีเจตนาไม่ชำระหนี้หรือไม่สนใจที่จะชำระหนี้ดังกล่าว⁴⁸ ขณะที่ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ อธิบายว่าหมายถึง ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การไม่ชำระหนี้โดยจงใจย่อมหมายถึงการที่ลูกหนี้ตั้งใจที่จะไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดแล้ว ส่วนการไม่ชำระหนี้โดยประมาทเลินเล่อย่อมหมายถึงการที่ลูกหนี้มิได้ตั้งใจที่จะไม่ชำระหนี้แต่อาจประมาทเลินเล่อ เช่น หลงลืมไปว่าถึงกำหนดชำระแล้ว เป็นต้น⁴⁹

ศาสตราจารย์จิติติ ดิงศักทีย์⁵⁰ ได้อธิบายเอาไว้ว่า “ละเลย” นี้เป็นศัพท์ทางกฎหมายหรือศัพท์ทางวิชาการจะอาศัยความเข้าใจกันตามภาษาธรรมดาของถ้อยคำไม่ได้ คำว่า “ละเลย” ตามภาษาธรรมดาทำให้เข้าใจไปในลักษณะที่ปล่อยปละ ทอดทิ้ง ไม่เอาใจใส่ แต่ในทาง

เรียกร้องให้ผู้กู้ชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก่อนกำหนดที่กล่าวมาก็ได้ตามแต่ผู้ให้กู้จะเห็นสมควรและโดยมิพักต้องชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่าในกรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้องดังกล่าวมานี้ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที” ดังนี้ แม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยใจสมัครของลูกหนี้เอง หากเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนไม่จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ผู้ให้กู้จึงฟ้องเรียกเงินกู้คืนก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้”

⁴⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.116-117. ; เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34* น.522.

⁴⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, *เพ็งอ้าว*, น.108.

⁴⁸ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.132.

⁴⁹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.239, 245.

⁵⁰ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2843/2525 โดยศาสตราจารย์จิติติ ดิงศักทีย์

วิชาการเป็นคำที่แปลงมาจากคำว่า “fail” หมายความว่า ทำไม่สำเร็จ ดังนั้นการที่ลูกหนี้ละลายไม่ชำระหนี้คือการที่ลูกหนี้ทำไม่สำเร็จในการชำระหนี้ เป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งที่ไม่ต้องพิจารณาว่าการไม่ชำระหนี้ที่ทำไม่เสร็จนั้นมีความผิดของลูกหนี้อยู่ด้วยหรือไม่⁵¹

สำหรับหนี้ที่ไม่ได้กำหนดเวลาชำระหนี้เอาไว้ แม้จะถือว่าเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระโดยพลัน และเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที แต่ก็ เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกร้องเอาโดยพลันหรือไม่ก็ได้ ลูกหนี้อย่อมไม่อาจทราบได้ว่าเจ้าหนี้ต้องการให้ชำระหนี้หรือไม่ ดังนั้น แม้จะถือว่าถึงกำหนดโดยพลันแต่กรณีจะถือว่าลูกหนี้ละลายไม่ชำระหนี้คงไม่ได้ เพียงแต่เมื่อเจ้าหนี้บอกกล่าวทวงถามให้ชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้จึงถือว่าลูกหนี้ละลายไม่ชำระหนี้ดังกล่าว เจ้าหนี้จึงมาขอศาลให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เช่น ทำสัญญาคู่กันโดยไม่กำหนดเวลาชำระหนี้หนี้ตามสัญญายอมถึงกำหนดโดยพลันแต่ยังไม่ถือว่าลูกหนี้ละลายไม่ชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิตามมาตรา 203 วรรคหนึ่งเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ดังกล่าว⁵²

กรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไปแล้วแต่ล่าช้าไป เจ้าหนี้จะมาขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอีกคงไม่ได้เพราะลูกหนี้ชำระหนี้ไปแล้ว เจ้าหนี้จึงได้แต่รับชำระหนี้เอาไว้และเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 215⁵³ หรือมาตรา 216⁵⁴ แล้วแต่กรณีเท่านั้น การชำระหนี้ล่าช้าจึงไม่อยู่ในความหมายของการละลายไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 213 นี้แต่อย่างใดส่วนจะกินความไปถึงการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ด้วยหรือไม่ หากการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ หรือชำระหนี้บกพร่องนั้นให้ผลเสมือนดังว่ามิได้มีการชำระหนี้กันเลย

⁵¹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.54-55. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.47-48.

⁵² เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 34*, น.622.

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215

“เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ไ้”

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 216

“ถ้าโดยเหตุผิดนัด การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้และจะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้”

เช่น ทำสัญญาซื้อขายมาก่อนแต่ผู้ขายส่งมอบล่าช้าให้แทน หรือนัดส่งมอบมาก่อนที่กรุงเทพแต่ถึงกำหนดกับเรียกให้ไปรับมาที่ลำปางแทน ก็ถือว่าเป็นกรณีที่ถูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ได้เจ้าหนี้อย่อมฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 ได้⁵⁵

ส่วนการที่ถูกหนี้ไม่ชำระหนี้เนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยไม่ว่าจะโทษถูกหนี้ได้หรือไม่ก็ตาม ย่อมจะถือว่าถูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ไม่ได้เพราะหนี้นั้นไม่อยู่ในวิสัยที่ถูกหนี้จะชำระให้ได้ เจ้าหนี้จึงไม่สามารถฟ้องบังคับให้ถูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 213 ทำได้เพียงเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ลูกหนี้มีส่วนผิดในการทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยตามมาตรา 218⁵⁶ เท่านั้น หรือหากลูกหนี้ไม่ได้มีส่วนผิดก็ย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ไปตามมาตรา 219⁵⁷ ไม่อาจจะมีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกันได้⁵⁸

3.3.3 เจ้าหนี้จะต้องบังคับชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้

เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และบังคับกันได้ตามกฎหมายแล้ว หากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ การบังคับชำระหนี้ดังกล่าวเป็นการบังคับ

⁵⁵ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.623-634.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 218

“ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้”

ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยแต่เพียงบางส่วน ถ้าหากว่าส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้ นั้นจะเป็นอันรู้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะไม่ยอมรับชำระหนี้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้ นั้นแล้วและเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้เสียทั้งหมดทีเดียวก็ได้”

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219

“ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้”

ถ้าภายหลังที่ได้ก่อหนี้ขึ้นแล้วนั้น ลูกหนี้กลายเป็นคนไม่สามารถจะชำระหนี้ได้ไซ้ ท่านให้ถือเสมือนว่าเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การชำระหนี้ตกเป็นอันพันวิสัยนั้น”

⁵⁸ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.132. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.108. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.620. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น.83-84.

ให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ในหนี้นั้นๆ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาได้เฉพาะที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้จะบังคับเอากับสิ่งอื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์แห่งหนี้ไม่ได้ อย่างมากก็ได้เพียงการบังคับเอาค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ในการฟ้องคดีตามมาตรา 213 โจทก์จึงต้องมีคำขอให้ศาลสั่งบังคับจำเลยให้ชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่โจทก์มี⁵⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 515/2525⁶⁰ นี้จำเลยขายฝากเรือนหลังเดิมเอาไว้กับโจทก์กรรมสิทธิ์ในเรือนหลังเดิมนี้อยู่เป็นของโจทก์โดยจำเลยมีหนี้จะต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบเรือนหลังเดิมให้แก่โจทก์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝาก ดังนั้นโจทก์ย่อมมีสิทธิจะเรียกร้องให้จำเลยชำระหนี้ได้ เมื่อจำเลยไม่ชำระหนี้ก็ชอบที่จะร้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้ให้จำเลยโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบเรือนหลังเดิมให้แก่โจทก์พร้อมทั้งขับไล่จำเลยออกไปจากเรือนพิพาทได้ อย่างไรก็ตามคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงอีกว่าจำเลยรื้อเรือนหลังเดิมอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝากระหว่างโจทก์กับจำเลยออกไปแล้วทำการสร้างขึ้นใหม่ เรือนหลังใหม่จึงไม่ใช่วัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝาก (เพราะวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝากคือเรือนหลังเดิม) การที่โจทก์มาฟ้องให้ส่งมอบเรือนหลังใหม่และขับไล่จำเลยออกไปอันเป็นการขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาขายฝากของโจทก์เมื่อเรือนหลังใหม่ไม่ใช่วัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝากที่โจทก์อ้างมาบังคับชำระหนี้ โจทก์จึงไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้กับเรือนหลังใหม่จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6114/2540⁶¹ คดีนี้โจทก์รับช่วงสิทธิมาฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินถูกโจรกรรม ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาที่จำเลยทำกับธนาคารมี

⁵⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *เพ็ญอ่าว*, น.171. ; เสนีย์ ปราโมช, *เพ็ญอ่าว*, น.614, 616. ; โสภณ รัตนกร, *เพ็ญอ่าว*, น.137.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 515/2525 วินิจฉัยว่า “จำเลยขายฝากเรือนเลขที่ 126 ขนาดกว้าง 8 คอก ยาว 3 วาให้โจทก์ ต่อมาระหว่างอายุสัญญาจำเลยรื้อเรือนดังกล่าวแล้วสร้างขึ้นใหม่กว้าง 3 วา ยาว 4 วาโดยใช้ไม้ของเรือนหลังเดิมบางส่วน และใช้บ้านเลขที่ 126 ตามเดิมดังนี้ถือได้ว่าเรือนหลังเดิมซึ่งตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ตามสัญญาขายฝากและเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้สิ้นสภาพไปแล้วเรือนหลังใหม่คือเรือนพิพาทย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของสัญญาขายฝากโจทก์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในเรือนพิพาท ไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยออกจากเรือนพิพาท คงมีอำนาจที่จะว่ากล่าวแก่จำเลยในกรณีที่จำเลยรื้อเรือนหลังเดิมอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาขายฝากเท่านั้น”

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6114/2540 วินิจฉัยว่า “ตามสัญญาให้บริการเป็นหน้าที่ของจำเลยที่ 2 จะต้องให้บริการเป็นผู้ประสานงานส่งข้อมูลขอความช่วยเหลือไปยังหน่วยงานที่ระบุไว้เพื่อขอความช่วยเหลือที่รวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ และเมื่อปรากฏว่าเครื่องส่งสัญญาณเอส.โอ.เอส. ที่

ว่าจำเลยจะเป็นผู้ประสานงานส่งข้อมูลของธนาคารจากเครื่องส่งสัญญาณยังสถานีตำรวจเพื่อขอความช่วยเหลือ วัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาของจำเลยจึงเป็นหนี้กระทำการ กล่าวคือเมื่อจำเลยได้รับสัญญาณจากธนาคารแล้วจำเลยจะต้องส่งสัญญาณขอความช่วยเหลือไปยังสถานีตำรวจ เมื่อเจ้าหน้าที่ของจำเลยละเลยไม่แจ้งไปยังสถานีตำรวจจึงถือว่าจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา ธนาคารย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับชำระหนี้ได้ แต่โจทก์ผู้รับช่วงสิทธิมาจากธนาคารมาฟ้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งที่ในสัญญาไม่มีข้อตกลงว่าจำเลยจะยอมใช้ค่าเสียหายให้แก่ธนาคารหากถูกโจรกรรม

ค่าเสียหายที่โจทก์มาฟ้องไม่ใช่วัตถุประสงค์หนึ่งที่โจทก์จะรับช่วงสิทธิมาบังคับเอาแก่จำเลยได้ (วัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาในกรณีนี้คือ การกระทำการโดยแจ้งสัญญาณเตือนก็ต้องบังคับไปตามนั้น ส่วนจะบังคับได้แค่ไหน หรือบังคับได้เพียงใดเป็นอีกเรื่องหนึ่ง) ทั้งนี้จะถือว่าเป็นค่าเสียหายจากการผิดสัญญาก็ไม่ได้เพราะความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการถูกโจรกรรมทรัพย์สินไปซึ่งเกิดก่อนที่จะจำเลยจะผิดสัญญากันเกิด แม้จำเลยจะแจ้งเตือนสัญญาณไปยังตำรวจก็ทำได้เพียงแค่เยียวยาความเสียหายที่

จำเลยที่ 2 ติดตั้งไว้ที่เครื่องบริการเงินด่วนของธนาคาร ท. ส่งสัญญาณขอความช่วยเหลือไปยังศูนย์ข้อมูลของจำเลยที่ 2 เนื่องจากถูกคนร้ายจัดทำลายเข้าไปในเครื่องบริการเงินด่วนแล้ว เจ้าหน้าที่ของจำเลยที่ 2 ละเลยไม่แจ้งเหตุร้ายต่อไปยังสถานีตำรวจท้องที่เพื่อขอความช่วยเหลือตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญา จึงต้องถือว่าจำเลยที่ 2 ปฏิบัติผิดสัญญาต่อธนาคาร ท. ผู้ซื้อบริการ แต่การที่จำเลยที่ 2 ละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำละเมิดต่อธนาคาร ท. คู่สัญญาเพราะการละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีดังกล่าวมิได้เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายต่อบุคคลอื่น เป็นเหตุให้เขาเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โจทก์เป็นผู้รับประกันภัยวินาศภัยในความเสียหายของเงินสดในเครื่องบริการเงินด่วน ของธนาคาร ท. ที่ถูกคนร้ายลักไป ได้ใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าหน้าที่เอาประกันภัยไปแล้วมาฟ้องจำเลยที่ 1 และที่ 2 ในฐานะผู้รับช่วงสิทธิจากเจ้าหน้าที่ โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 880 วรรคแรก เมื่อไม่ปรากฏว่ามีข้อสัญญาว่าหากจำเลยที่ 2 ผิดสัญญา จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ธนาคาร ท. สัญญาให้บริการเป็นเพียงสัญญาให้บริการแก่ธนาคาร ท. เพื่อช่วยป้องกันการโจรกรรมทรัพย์สินของธนาคารอีกทางหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่สัญญา ที่จำเลยที่ 2 ตกลงยอมชดใช้ค่าเสียหายแก่ธนาคาร ท. ในกรณีที่ทรัพย์สินของธนาคารถูกโจรกรรม ธนาคาร ท. คงมีสิทธิตามสัญญาข้อ 3 ที่กำหนดให้ธนาคาร ท. ได้รับการประกันตามขอบข่ายของกรรมธรรม์ประกันภัยของบริษัท ค. ซึ่งตามกรรมธรรม์ประกันภัยได้ระบุว่า ธนาคาร ท. ผู้ใช้บริการเป็นผู้เอาประกันภัยด้วย ดังนั้น ธนาคาร ท. จึงไม่มีสิทธิตามสัญญาที่จะฟ้องจำเลยที่ 2 เพื่อเรียกค่าเสียหายตามจำนวนเงินที่ถูกคนร้ายลักไปได้ และโจทก์ย่อมไม่อาจรับช่วงสิทธิของธนาคาร ท. มาฟ้องเรียกให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบโจทก์ได้”

เกิดขึ้นไปแล้วด้วยการตามจับคนร้ายและเอาทรัพย์สินคืนมาเท่านั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่ใช่ผลมาจากการผิดสัญญาของจำเลยแต่อย่างใด ขณะที่ในมูลละเมิดแม้ว่าวัตถุแห่งหนี้จะเป็นการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแต่จำเลยไม่ใช่ผู้กระทำละเมิดจึงไม่มีมูลหนี้ให้ต้องรับ⁶² (ความเสียหายของธนาคารที่ถูกโจรกรรมไปเกิดก่อนการละเลยไม่แจ้งสัญญาณเตือนไปยังสถานีตำรวจของเจ้าหน้าที่จำเลย ความเสียหายดังกล่าวจึงมิได้เกิดจากการละเลยไม่แจ้งสัญญาณเตือนของจำเลยเช่นเดียวกัน

3.3.4 สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายในการที่เจ้าหนี้จะขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง มีบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปในมาตรา 213 วรรคหนึ่งว่า เจ้าหนี้จะขอได้ต่อเมื่อสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับเอากับลูกหนี้ได้ กล่าวคือศาลสามารถจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เองโดยอำนาจของศาลเองซึ่งต้องพิจารณาไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าศาลมีอำนาจบังคับลูกหนี้อย่างไรบ้าง⁶³ เช่น ก. เป็นหนี้เงินกู้ ข. อยู่ 10,000 บาท ข. มาฟ้องบังคับชำระหนี้ศาลจึงพิพากษาให้ ก. ชำระหนี้ให้แก่ ข. ตามฟ้องได้เพราะสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้ ที่ว่าเปิดช่องให้บังคับได้นั้นเพราะถึงแม้ ก. ไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษาดังกล่าว ศาลก็มีอำนาจตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ให้แก่ ข. แต่หาก ข. จำ ก. มาร้องเพลงที่ร้านอาหารของตนแล้ว ก. ไม่ชำระหนี้คือไม่มีร้องเพลงที่ร้าน ข. เจ้าหนี้จึงมาฟ้องบังคับชำระหนี้ให้ ก. ไปร้องเพลงที่ร้าน แม้ศาลจะพิพากษาให้ลูกหนี้ไปร้องเพลงที่ร้านแต่หากสุดท้าย ก. ไม่ยอมไป ศาลก็ไม่มีอำนาจหรือไม่มีทางอื่นใดจะบังคับ ก. ได้ แม้จะนำลูกหนี้มาขังก็ไม่แน่ว่าจะได้รับการชำระหนี้ กรณีสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้บังคับซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ที่จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ดังนั้นหากว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเสียแล้ว เจ้าหนี้อย่อมไม่สามารถจะร้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชได้อธิบายถึงข้อจำกัดที่ว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเอาไว้ว่า เป็นกรณีที่วิธีที่จะบังคับให้ได้ผลเป็นการชำระหนี้ก็ต่อเมื่อต้องบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายและอวัยวะหนึ่งหมายถึงกรณีที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติด้วยตนเอง

⁶² ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.74. ; เพ็ง เพ็งนิติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2558), น.91-92.

⁶³ ไพโรจน์ วายุภาพ, *เพ็งอ้าว*, น.174. ; ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.249.

เป็นการเฉพาะตัว⁶⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์ อธิบายว่าหมายถึง ด้วยลักษณะของหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องชำระแล้ว หากลูกหนี้ไม่ยอมชำระ ศาลจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่หนี้ไม่ได้ เพราะศาลไม่อาจบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวได้⁶⁵

สำหรับหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำการบางอย่างเพื่อชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัวซึ่งต้องอาศัยความรู้ความสามารถหรือคุณสมบัติเฉพาะตัวของลูกหนี้กระทำเอง เช่น ลูกหนี้เป็นนักร้องมืออาชีพ เป็นนักเขียนภาพระดับโลก หรือเป็นดาราหรือนักแสดง หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้นี้ย่อมไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง ศาลไม่สามารถจะบังคับให้ลูกหนี้มาร้องเพลง ให้ลูกหนี้วาดภาพหรือให้ลูกหนี้มาแสดงภาพยนตร์ได้⁶⁶ เช่นเดียวกับหนึ่งดวันกระทำการ เช่น ลูกหนี้มีหนึ่งดวันกระทำการจะต้องไม่สร้างสิ่งก่อสร้างมาปิดบังแสงสว่าง เมื่อลูกหนี้ฝ่าฝืนก่อสร้างไปแล้วก็ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยสภาพเพราะการบังคับไปตามวัตถุแห่งหนี้คือ ห้ามไม่ให้ลูกหนี้ก่อสร้างแต่กรณีลูกหนี้ได้ก่อสร้างไปแล้ว ย่อมไม่สามารถย้อนไปบังคับอะไรกันได้ง่ายทำได้เพียงแต่รื้อถอนออกไปเพื่อให้กลับสู่สภาพเดิมเท่านั้น⁶⁷

บางกรณีแม้ว่าจะเป็นหนี้เงินซึ่งโดยปกติแล้วถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้เสมอ แต่หากกระทบกระเทือนถึงบุคคลภายนอกด้วย ศาลฎีกาก็ถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้เช่นกัน ทั้งนี้เพราะคำพิพากษาย่อมผูกพันเฉพาะคู่ความและศาลไม่มีอำนาจจะไปบังคับบุคคลภายนอกให้กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ได้เพราะบุคคลภายนอกไม่ใช่คู่ความในคดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7588/2549 ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยทำสัญญากู้ยืมเงินกับโจทก์ ย่อมมีหน้าที่ชำระหนี้เงินกู้คืนให้โจทก์ หากไม่ชำระโจทก์ย่อมสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้และสภาพแห่งหนี้ก็เปิดช่องให้บังคับกันได้แต่กรณีมีข้อตกลงกันว่าจำเลยยอมให้ผู้บังคับบัญชาของจำเลยหักเงินเดือนของจำเลยตามจำนวนที่ต้องชำระในแต่ละงวดเพื่อส่งชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินแก่โจทก์ ต่อมาจำเลยไม่ยอมให้หักเงินผู้บังคับบัญชาจำเลยจึงไม่ยอมหักเงินส่งให้โจทก์ โจทก์จึงมาฟ้องบังคับให้จำเลยยินยอมให้หักเงินและผู้บังคับบัญชาจำเลยหักเงินส่งให้แก่โจทก์ ซึ่งศาลไม่สามารถบังคับให้บุคคลภายนอกทำเช่นนั้นได้ ในส่วนนี้สภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้บังคับเอาจากจำเลยได้เพราะจะเป็นการกระทบถึงบุคคลภายนอกได้ ศาลจึงพิพากษาได้เพียงว่าให้จำเลยชำระหนี้เงินกู้แก่โจทก์

⁶⁴ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.619-620.

⁶⁵ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.249-250.

⁶⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.250 ; โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.138.

⁶⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.183.

เท่านั้น⁶⁸ (กรณีนี้คำขอท้ายฟ้องของโจทก์คือ ให้ผู้บังคับบัญชาส่งมอบเงินที่หักจากจำเลยให้โจทก์ ซึ่งตรงนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเพราะศาลไม่อาจบังคับบุคคลภายนอกคดีได้)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9384/2552 คดีนี้โจทก์มอบอำนาจให้จำเลยนำเงิน 70,000 ไปประกันตัว ก. เมื่อคดีถึงที่สุดศาลชั้นต้นสั่งจ่ายเช็ค 70,000 ระบุชื่อจำเลยเป็นผู้รับเงินในฐานะนายประกัน จำเลยจึงมีหนี้เงินต้องชำระแก่โจทก์คืน 70,000 บาทแม้จำเลยส่งมอบเช็คให้แก่โจทก์แต่โจทก์ก็นำไปขึ้นเงินไม่ได้เพราะไม่ใช่ผู้ทรงต้องให้จำเลยเป็นผู้นำเช็คไปขึ้นเงิน โจทก์จึงมาฟ้องให้จำเลยมาเบิกถอนเงินตามเช็คเพื่อชำระหนี้โจทก์ หากจำเลยไม่มาเบิกเงินให้ศาลสั่งให้ธนาคารจ่ายเงินตามเช็คดังกล่าวให้แก่โจทก์ ซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของหนี้เงินย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ศาลย่อมพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เงินแก่โจทก์ 70,000 บาทได้ตามมาตรา 213 หากจำเลยไม่ชำระก็มีสิทธิจะยึดทรัพย์สินของจำเลยมาชำระหนี้ได้ แต่โจทก์ไม่อาจมาบังคับให้จำเลยไปเบิกเงินให้ได้และศาลก็ไม่สามารถจะบังคับให้จำเลยไปเบิกเงินให้ได้ รวมถึงจะให้ศาลไปบังคับให้ธนาคารซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจ่ายเงินตามเช็คที่ระบุชื่อจำเลยให้แก่โจทก์แทนย่อมไม่ได้สภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้ศาลบังคับจำเลยได้⁶⁹

หนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน หากทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ไม่มีอยู่หรือไม่อยู่ในอำนาจของลูกหนี้ เจ้าหนี้อย่อมไม่สามารถฟ้องให้ลูกหนี้โอนทรัพย์สินให้แก่ตนได้ก็ถือเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้เช่นเดียวกัน⁷⁰ เช่น ขณะทำสัญญาจะซื้อขายกันผู้จะขายยังไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดินก็ยังสมบูรณ์เป็นสัญญาจะซื้อขายได้ เมื่อถึงกำหนดโอนแล้วผู้จะขายยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นมาจึงไม่สามารถจะโอนให้แก่ผู้จะซื้อได้ ที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ในกรณีเช่นนี้คงเป็นเพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับผู้จะซื้อหรือผู้จะขายแต่อย่างใด ผู้จะซื้อจึงมาฟ้องผู้จะขายให้โอนทรัพย์สินให้ไม่ได้ แม้จะได้ฟ้องเจ้าของกรรมสิทธิ์เข้ามาในคดีด้วยก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3831/2537⁷¹ และ 315/2534) แม้ว่าขณะทำสัญญาลูกหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อยู่แต่ภายหลัง

⁶⁸ เฟื่องอ้าง, น.174.

⁶⁹ เฟื่องอ้าง, น.176.

⁷⁰ โสภณ รตนากร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.139.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3831/2537 วินิจฉัยว่า “จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินของจำเลยและที่พิพาทแก่โจทก์โดยบุตรจำเลยที่ปรากฏชื่อว่าเป็นผู้จะขายที่พิพาทในสัญญาจะซื้อขายมิได้ลงลายมือชื่อเป็นคู่สัญญากับโจทก์ จึงเป็นกรณีจำเลยตกลงจะขายที่พิพาทแก่โจทก์ด้วย แม้ขณะทำสัญญาจะซื้อขายจำเลยมิใช่เจ้าของที่พิพาทก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นการพ้นวิสัยและตกเป็นโมฆะเพราะจำเลยมีโอกาสนวนขายเพื่อให้ได้ที่พิพาทมาโอนแก่โจทก์ตามกำหนดเวลาที่ตกลงกันได้ ที่

จากนั้นได้ทำการโอนไปให้กับบุคคลอื่นทำให้พอถึงกำหนดชำระจึงไม่สามารถโอนให้แก่เจ้าหนี้ได้กรณี
จึงถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้เพราะหากบุคคลภายนอกไม่ยอมโอนคืนให้ศาลก็ไป
บังคับไม่ได้ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422-1423/2522) เว้นแต่กรณีจะต้องด้วยบทบัญญัติ
ในมาตรา 237⁷² ซึ่งเจ้าหนี้สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนการโอนระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอกได้และ
เมื่อทรัพย์กลับมาเป็นของลูกหนี้แล้วกรณีสภาพแห่งหนี้จึงเปิดช่องให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้
โดยเฉพาะเจาะจงเอากับทรัพย์ดังกล่าวได้

ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้มีบทบัญญัติให้ทางแก้ไขไว้
ในมาตรา 213 วรรคสองและวรรคสามเพียงแค่ 3 กรณีเท่านั้น

**(a.) หนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการกระทำการอันหนึ่งอันใดเจ้าหนี้จะร้องขอให้
ศาลสั่งให้บุคคลภายนอกกระทำการนั้นแทนโดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายแทนก็ได้**

หนี้กระทำการในลักษณะนี้จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ต้องอาศัยความรู้
ความสามารถหรือคุณสมบัติของลูกหนี้ (หากเป็นกรณีต้องอาศัยความสามารถของลูกหนี้แล้วถือว่า
สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้และจะใช้วิธีแก้ตามมาตรา 213 วรรคสองนี้ก็ได้ เจ้าหนี้จึงเรียก
ได้แต่เฉพาะค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น) เช่น สัญญาว่าจ้างนักร้องโดยไม่
ระบุเจาะจงชื่อ สัญญาจ้างคนขับรถยนต์ทั่วไป สัญญาจ้างคนมาทำความสะอาดบ้านหรือสัญญาจ้าง
ก่อสร้างอาคารตามแบบแปลน หากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะมาร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระ

พิพาทเป็นของบุตรจำเลยซึ่งเป็นบุคคลนอกสัญญาจะซื้อขายเพราะไม่ได้ลงลายมือชื่อเข้าเป็นคู่สัญญา
กับโจทก์หรือมอบอำนาจให้จำเลยกระทำการแทน และไม่รู้เห็นยินยอมในการทำสัญญาจะซื้อขายที่
พิพาทด้วย โจทก์จึงไม่อาจบังคับให้จำเลยโอนที่พิพาทแก่โจทก์เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้
กระทำได้”

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237

“เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ ซึ่งนิติกรรมใดๆอันลูกหนี้ได้กระทำลงทั้งรู้อยู่
ว่าจะเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ท่านนิติกรรม
นั้น บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลาภนอกแต่การนั้นมีได้รู้เท่าถึงข้อความจริง อันเป็นการทำให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ
นั้นด้วย แต่หากกรณีเป็นการทำให้โดยเสน่หา ท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้รู้ฝ่ายเดียวเท่านั้นก็พอแล้วที่
จะขอเพิกถอนได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมใดอันมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นสิทธิใน
ทรัพย์สิน”

หนี้ไม่ได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง แต่มาตรา 213 วรรคสอง เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนได้โดยให้ลูกหนี้ออกค่าใช้จ่ายแทนได้⁷³

(b.) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลจะสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

กรณีที่ลูกหนี้มีหนี้ที่จะต้องแสดงเจตนาทำนิติกรรม และลูกหนี้ไม่ยอมแสดงเจตนาทำนิติกรรมเช่นนั้น เจ้าหนี้อย่อมไม่สามารถจะร้องขอต่อศาลให้บังคับให้ลูกหนี้แสดงเจตนาทำนิติกรรมได้เพราะสภาพแห่งหนี้อย่อมไม่เปิดช่อง แต่ศาลมีอำนาจจะสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ก็ถือว่านิติกรรมเกิดขึ้นแล้วเช่นกัน เช่น ลูกหนี้ไม่ยอมไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่เจ้าหนี้ ศาลย่อมมีอำนาจพิพากษาให้ลูกหนี้ไปจดทะเบียนโอนที่พิพากษาให้แก่เจ้าหนี้ หากลูกหนี้ไม่ไปให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา เช่นนี้เจ้าหนี้ก็สามารถนำคำพิพากษาไปจดทะเบียนโอนที่ดินเป็นของตนเองได้⁷⁴

ข้อสำคัญคือจะต้องเป็นหนี้ที่เป็นการทำ “นิติกรรม” เท่านั้นจึงจะขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ หากเป็นหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิดหรือเป็นหนี้ส่งมอบ เช่น ฟ้องบังคับให้ส่งมอบโฉนดที่ดิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4920/2547) ฟ้องบังคับให้ชำระหนี้เงิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6896/2548) ฟ้องให้คืนทรัพย์สินให้แก่โจทก์ แม้โจทก์จะมีคำขอให้เอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาศาลก็ไม่อาจจะพิพากษาให้ได้เพราะหนี้เหล่านี้มิใช่การทำนิติกรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3110/2539)⁷⁵

(c.) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นการงดเว้นการอันใด เจ้าหนี้อาจร้องขอให้รื้อถอนออกไปโดยลูกหนี้ออกค่าใช้จ่ายก็ได้

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหนี้งดเว้นกระทำการนั้นเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ โดยสภาพแล้วย่อมไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้ได้อีกต่อไป เจ้าหนี้มีสิทธิเพียงให้รื้อถอนออกไป

⁷³ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.142-143. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.179. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.251. ; เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.625-626. ; จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น.60. ; ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น.74.

⁷⁴ โสภณ รัตนกร, เพิ่งอ้าง, น.145. ; ไพโรจน์ วายุภาพ, เพิ่งอ้าง, น.180. ; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, เพิ่งอ้าง, น.252. ; เสนีย์ ปราโมช, เพิ่งอ้าง, น.627-629. ; จิต เศรษฐบุตร, เพิ่งอ้าง, น.62 ; ดาราพร ธีระวัฒน์, เพิ่งอ้าง, น.74-75.

⁷⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, เพิ่งอ้าง, น.182-183.

โดยให้ลูกหนี้ชำระค่าใช้จ่ายตามมาตรา 213 วรรคสามเท่านั้น ส่วนการรื้อถอนจะกระทำอย่างไรก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กล่าวโดยสรุปหากหนี้ที่เจ้าหนี้ต้องการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมีลักษณะครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการข้างต้นย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามแม้ศาลจะพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามที่ฟ้องร้องบังคับชำระหนี้กันแต่หากลูกหนี้ซึ่งกลายมาเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างถูกต้องครบถ้วนแล้วย่อมไม่มีปัญหา แต่หากลูกหนี้ยังคงไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แม้จะมีคำพิพากษาของศาลแล้วก็ตาม กรณีเช่นนี้จะเป็นเรื่องของวิธีที่จะบังคับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4

3.4 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยอาศัยหลัก "การบังคับชำระหนี้" เพียงแต่เจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ตามอำเภอใจได้เพราะอาจจะเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นได้ในสังคม กฎหมายจึงบัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกำหนดวิธีการบังคับคดีไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷⁶ คำพิพากษาของศาลจึงเป็นเพียงการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่คู่ความในคดีในเรื่องที่ทำการฟ้องร้องกันเท่านั้น ส่วนการที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษานั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องดำเนินการบังคับคดีตามวิธีการและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่ง⁷⁷

เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ชอบที่จะร้องขอต่อศาลให้มีการบังคับคดีตามวิธีการที่กำหนดไว้ในหนี้แต่ละประเภทได้ภายใน 10 ปีนับแต่วันที่มีคำพิพากษา ซึ่งแต่เดิมแม้จะมีข้อถกเถียงกันว่า

⁷⁶ สุนิดา บุรินทร์กุล, “ปัญหาในการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.13-14.

⁷⁷ เอื้อน ขุนแก้ว, วิธีการชั่วคราวและการบังคับคดีแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2560), น.81.

ระยะเวลา 10 ปีดังกล่าวจะต้องนับตั้งแต่วันที่ที่มีคำพิพากษา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 224/2548 และ 7190/2538) หรือจะเริ่มนับเมื่อคำพิพากษาดังกล่าวถึงที่สุดแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1221/2558 และ 3193/2553)

ปัจจุบันเป็นที่ยุติว่าระยะเวลา 10 ปีดังกล่าวจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ "คำพิพากษาของศาลชั้นที่สุดในคดีนั้น"⁷⁸ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3126/2559 และ 10731/2558 ประชุมใหญ่) กล่าวคือ หากคดีดังกล่าวเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว คดีดังกล่าวไม่มีการอุทธรณ์ต่อไป ระยะเวลา 10 ปี จึงเริ่มตั้งแต่วันอ่านคำพิพากษาศาลชั้นต้นไม่ว่าวันที่คดีถึงที่สุด เช่น ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 หากไม่มีการอุทธรณ์คดีย่อมถึงที่สุดตั้งแต่วันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 เป็นต้นไป (พ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์) เช่นนี้ย่อมถือว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นเป็นศาลชั้นที่สุดในคดีนี้ระยะเวลาจึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 เป็นต้นไปไม่ใช่เริ่ม 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 แต่อย่างใด หากมีการอุทธรณ์ต่อไปจนศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาและปรากฏว่าไม่มีฎีกา ในคดีนั้นคำพิพากษาศาลอุทธรณ์จึงเป็นศาลชั้นที่สุดในคดีนี้จึงเริ่มนับระยะเวลา 10 ปีนับตั้งแต่วันที่อ่านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ทั้งนี้แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 271 เดิม⁷⁹ กลายเป็นมาตรา 274⁸⁰

⁷⁸ สมชาย จุลนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.83-85. ; เอื้อน ขุนแก้ว, เพ็ญอ่วง, น.90.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 เดิม

“ถ้าคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา)มิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลทั้งหมดหรือบางส่วน คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ขอบที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นได้ภายในสิบปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยอาศัยและตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น”

⁸⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 274

“ถ้าคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชำระหนี้ (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) มิได้ปฏิบัติตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทั้งหมดหรือบางส่วน คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะคดีหรือบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชำระหนี้ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ขอบที่จะร้องขอให้มีการบังคับคดีโดยวิธียึดทรัพย์สิน อายัดสิทธิเรียกร้อง หรือบังคับคดีโดยวิธีอื่นตามบทบัญญัติแห่งภาคนี้ภายในสิบปีนับตั้งแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่ง และถ้าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิ

หลักการนี้ระยะเวลา 10 ปีในการบังคับคดีก็ยังคงถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10731/2558 ประชุมใหญ่ เพียงแต่ในมาตรา 274 มีการเพิ่มบุคคลที่อาจจะถูกบังคับคดีและบุคคลที่มีสิทธิมีร้องขอบังคับคดีเพิ่มเติมเข้ามา คือ “บุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชำระหนี้” และ “บุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ได้รับชำระหนี้” บุคคลเช่นว่านี้ก็เช่น ผู้รับประโยชน์ตามสัญญา ประนีประนอมยอมความซึ่งศาลได้มีคำพิพากษามาตามยอมแล้วหรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาตกลงยินยอมชำระหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งศาลได้มีคำพิพากษามาตามยอมแล้ว⁸¹

ในกรณีที่จะต้องมีการบังคับคดีกันศาลจะออกคำบังคับเพื่อให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษากายในเวลาและเงื่อนไขที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำบังคับ ซึ่งหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำบังคับ การบังคับคดีก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงขอที่จะร้องขอให้มีการบังคับคดีกันได้⁸² แต่เดิมในมาตรา 275 เดิม บังคับให้ยื่นขอต่อศาลเพื่อให้ออกหมายบังคับคดีเพื่อทำการบังคับคดีต่อไป แต่ในปัจจุบันมาตรา 275 ระบุเพียงแต่ให้ยื่นคำขอต่อศาลโดยระบุถึงหนี้ที่ลูกหนี้ยังมิได้ปฏิบัติตามและวิธีการที่ขอให้ศาลบังคับให้เท่านั้นไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอมาเพื่อออกหมายบังคับคดีทุกเรื่องอีกต่อไป และเมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

เรียกร้องใดไว้หรือได้ดำเนินการบังคับคดีโดยวิธีอื่นไว้บางส่วนแล้วภายในระยะเวลาดังกล่าว ก็ให้ดำเนินการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้อง หรือบังคับคดีโดยวิธีอื่นนั้นต่อไปจนแล้วเสร็จได้

ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งกำหนดให้ชำระหนี้เป็นงวด เป็นรายเดือน หรือเป็นรายปี หรือกำหนดให้ชำระหนี้ในอนาคต ให้นับระยะเวลาสิบปีตามวรรคหนึ่งตั้งแต่วันที่หนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นอาจบังคับให้ชำระได้

ถ้าสิทธิเรียกร้องตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นการให้ชำระเงิน ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สิน เฉพาะสิ่ง บุคคลซึ่งได้รับโอนหรือรับช่วงสิทธิตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมียานาจบังคับคดีตามความในหมวด 2 การบังคับคดีในกรณีที่หนี้เงิน หรือหมวด 3 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สิน เฉพาะสิ่ง แล้วแต่กรณี โดยการร้องขอต่อศาลเพื่อเข้าสวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป”

⁸¹ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, “หลักการใหม่ และถาม – ตอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ.2560 (การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง) ตอนที่ 1”, น.4-5, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2560, จาก http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1504599826.pdf.

⁸² ปวิณ กุมาร, “ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.30.

ขอให้บังคับคดีแล้วศาลจะต้องกำหนดวิธีการในการบังคับคดีให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับที่เจ้าหนี้ระบุมาในคำขอก็ได้⁸³

ทั้งนี้วิธีการในการขอให้ศาลบังคับคดีโดยหลักแล้วก็คือการบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีและโดยทางศาลโดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะอธิบายวิธีการดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 เดิม ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2560 ผู้เขียนจะอธิบายวิธีการบังคับคดีโดยมิได้แยกเป็นการบังคับคดีทางเจ้าพนักงานบังคับคดีและทางศาลแต่จะอธิบายวิธีการบังคับคดีเชื่อมโยงกับหนี้ตามคำพิพากษาในแต่ละประเภทแทน

3.4.1 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม

เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายื่นคำขอเพื่อให้ออกหมายบังคับคดีแล้ว มาตรา 276 เดิมวรรคท้าย⁸⁴ วางหลักการว่าสภาพแห่งการบังคับคดีนั้นเปิดช่องให้บังคับคดีกันได้เพียง 2 ช่องทาง

⁸³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276

“เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาขอให้บังคับคดี ถ้าศาลเห็นว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ทราบหรือถือว่าได้ทราบคำบังคับแล้ว ทั้งระยะเวลาที่กำหนดไว้เพื่อให้ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นได้ล่วงพ้นไปแล้ว และคำขอได้ระบุข้อความไว้ครบถ้วน ให้ศาลกำหนดวิธีการบังคับคดีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้และตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการบังคับคดีต้องทำโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้ศาลออกหมายบังคับคดีตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีและแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบเพื่อดำเนินการต่อไปตามที่กำหนดไว้ในหมายนั้น

(2) ถ้าการบังคับคดีอาจทำได้โดยไม่ต้องตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดี ให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการตามที่เห็นสมควรเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้กระทำได้

(3) ถ้าเป็นการขอให้ศาลสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการนั้น”

⁸⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276 เดิมวรรคท้าย

“ในกรณีที่ออกหมายบังคับคดีให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้ขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้ศาลระบุเงื่อนไขแห่งการ

เท่านั้น คือ (1) เปิดช่องให้ผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดี และ (2) เปิดช่องให้ผ่านทางศาล ซึ่งแต่ละช่องทางก็มีวิธีการบังคับคดีที่แตกต่างกันออกไป⁸⁵

ทั้งนี้กรณีที่ศาลจะออกหมายบังคับคดีให้จะต้องเป็นกรณีที่ต้องดำเนินการบังคับคดีโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้น หากไม่ใช่เรื่องที่จะต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ไม่จำเป็นต้องออกหมายบังคับคดี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2569/2522⁸⁶) เช่น หนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินซึ่งแต่เดิมอาศัยการบังคับคดีโดยการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁸⁷

3.4.1.1 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการ

การบังคับชำระหนี้โดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดีทำได้ 2 กรณีเท่านั้น คือ (1) กรณีที่เป็นหนี้เงิน หากจำเลยไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษาโจทก์ย่อมขอหมายบังคับคดีให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดได้ (2) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ขับไล่จำเลยพร้อมบริวารออกจากที่พิพาทหรือให้จำเลยรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากที่พิพาท โจทก์ไม่สามารถจะขับไล่หรือรื้อถอนเองได้ต้องขอหมายบังคับคดีให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการขับไล่หรือรื้อถอนให้แทน

(1) กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นเงินแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา มาตรา 282 เดิม ได้บัญญัติให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจที่จะรวบรวมเงินให้พอชำระหนี้ตามคำพิพากษาโดยวิธียึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้และขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อชำระหนี้ การยึดหรืออายัดจึงต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้น

บังคับคดีลงในหมายนั้นตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ศาลกำหนดการบังคับคดีเพียงเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้ทำได้โดยทางศาลหรือโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี”

⁸⁵ วิวัฒน์ ว่องวิวัฒน์ไวยะ, สรุปย่อหลักกฎหมายการบังคับคดี, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560), น.6.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2569/2522 วินิจฉัยว่า “ในกรณีที่มิต้องบังคับคดีโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี ก็มีใช้เรื่องที่จะต้องออกหมายบังคับคดีเสียก่อน เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำบังคับศาลก็มีอำนาจสั่งจับกุมและกักขังจำเลยได้ทีเดียว”

⁸⁷ ปวีณ कुमार, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 82, น.31.

การยึดทรัพย์ เป็นการเอาทรัพย์สินของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามาไว้ในความดูแลรักษาของเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปและเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการสืบหาทรัพย์สินของลูกหนี้และแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีไปทำการยึดทรัพย์ดังกล่าว⁸⁸ (มาตรา 283เก่า) กฎหมายจึงให้สิทธิเจ้าหนี้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ทำการไต่สวนและออกหมายเรียกลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำเพื่อประโยชน์ในการที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้นำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปดำเนินการบังคับคดี⁸⁹ (มาตรา 277 เดิม) ส่วนวิธีการยึดทรัพย์แบ่งเป็นการยึดเอกสาร หรือสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างตาม มาตรา 303 เดิมและการยึดอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 304 เดิม ซึ่งคงมีปัญหาคือไปว่าหากเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นที่ไม่ใช่เอกสาร สังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น หุ่นในบริษัท⁹⁰ หรือทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ⁹¹ เจ้าหนี้จะนำเจ้าพนักงานบังคับคดีไปยึดทรัพย์สินดังกล่าวได้หรือไม่ ในข้อนี้เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วก็ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้โดยเฉพาะให้ทำการยึดได้แล้ว

การยึดสังหาริมทรัพย์นั้น สำคัญคือการนำทรัพย์สินมาจากลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วเอามาฝากไว้ตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นสมควรเพื่อรอการจัดการ ขณะที่การยึดอสังหาริมทรัพย์สำคัญไม่ใช่การพาทรัพย์สินนั้นมาเพราะไม่อาจจะพามาได้ สำคัญจึงอยู่ที่การแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทางทะเบียนทราบเพื่อระงับการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนเอาไว้ซึ่งมาตรา 304 เดิม กำหนดให้แจ้งการยึดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินทราบก็พอแล้ว เช่น การยึดที่ดินเพียงแต่นำโฉนดมาฝากเอาไว้และแจ้งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานที่ดินทราบก็ถือเป็นการยึดอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายแล้ว⁹² (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14257/2557) เมื่อทำการยึดทรัพย์สินมาได้แล้วก็มีผลเป็นการห้ามจำหน่าย จ่าย โอน หรือเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนตาม

⁸⁸ พึ่งอ้าง, น.32-33.

⁸⁹ สมชาย จุลนิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78, น.202.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2487 วินิจฉัยว่า “หุ่นในบริษัทจำกัดเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 การโอนหุ้นบริษัทจำกัดไม่สมบูรณ์ถ้าผู้รับโอนได้ปกครองมาเกิน 5 ปีก็อาจได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นตาม มาตรา 1382”

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9544/2542 วินิจฉัยว่า “เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ไม่มีรูปร่าง ทั้งไม่อาจยึดถือครอบครองได้อย่างทรัพย์สินทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน”

⁹² วิวัฒน์ ว่องวิวัฒน์ไวยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 85, น.78-79.

มาตรา 305 เดิม และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อนำมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป โดยการขายให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การอายัดสิทธิเรียกร้อง คือการที่ศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำสั่งห้ามบุคคลภายนอกไม่ให้โอนทรัพย์สินหรือชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาแต่ให้ชำระแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีแทน เช่น ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลภายนอกชำระหนี้เงินหรือหนี้ส่งมอบ หากมีการอายัดเสียแล้วบุคคลภายนอกก็ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีเท่านั้น โดยวิธีการอายัดตามมาตรา 311 เดิม ศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีจะมีคำสั่งอายัดไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอนสิทธิเรียกร้องนั้น และมีคำสั่งไปถึงบุคคลภายนอกไม่ให้ชำระหนี้หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ลูกหนี้แต่ให้ชำระแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีแทน เมื่อได้มีการอายัดแล้วก็มีผลตามมาตรา 314 เดิม ในทำนองเดียวกับผลของการยึดทรัพย์นั่นเอง เมื่อทำการอายัดแล้วและบุคคลภายนอกได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีแล้วก็ให้นำออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ต่อไป

(2) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ขับไล่จำเลยพร้อมบริวารออกจากที่พิพาทหรือให้จำเลยรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากที่พิพาท หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องขอหมายบังคับคดีเพื่อดำเนินการบังคับคดีเพื่อมาดำเนินการให้ตามมาตรา 296 ทวิเดิม จะดำเนินการขับไล่รื้อถอนด้วยตนเองไม่ได้

วิธีการขับไล่ หากเป็นกรณีที่ไม่มีบุคคลใดอาศัยอยู่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีมอบทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเข้าครอบครองได้ทันทีตามมาตรา 296 ตรีเก่า แต่หากมีบุคคลอาศัยอยู่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องดำเนินการเป็นขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดโดยเริ่มจากมาตรา 296 จัตวาเดิม (3) คือปิดประกาศกำหนดเวลาให้บุคคลที่ไม่ใช่บริวารมาแสดงอำนาจพิเศษภายในเวลา 8 วัน หากครบกำหนดแล้วยังไม่ยอมออกเจ้าพนักงานบังคับคดีจึงต้องใช้วิธีรายงานต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบริวารตามมาตรา 296 จัตวาเดิม (2) หากผู้ถูกจับขังยังคงยืนยันจะไม่ยอมออกไปศาลก็จะสั่งกักขัง และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีปฏิบัติตามมาตรา 296 ตรีเดิม โดยอนุโลมเสมือนว่าไม่มีบุคคลใดอาศัยอยู่แล้ว⁹³ ส่วนวิธีการรื้อถอนเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ ณ บริเวณที่จะรื้อถอนก่อนการรื้อถอนไม่น้อยกว่า 7 วัน และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่การพฤติการณ์ในการรื้อถอนนั้นโดยให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการรื้อถอนตามมาตรา 296 เบญจเดิม

⁹³ เพิ่งอ้าง, น.90-91.

3.4.1.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่ศาลเป็นผู้ดำเนินการ

การบังคับชำระหนี้โดยทางศาลไม่จำเป็นต้องขอหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดี คือการถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา และการที่ศาลใช้อำนาจสั่งจับกุมหรือกักขังจำเลยไว้จนกว่าจะชำระหนี้ตามมาตรา 297 เดิม ถึงมาตรา 300 เดิม

(1) การถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องบังคับให้จำเลยแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อศาลพิพากษาให้ลูกหนี้แสดงเจตนาทำนิติกรรมดังกล่าวตามฟ้องแล้วแต่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล กรณีไม่จำเป็นจะต้องขอให้ศาลจับกุมหรือกักขังจำเลยจนกว่าจะปฏิบัติตามคำพิพากษาแต่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสามารถจะขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรค 2 และไม่ต้องดำเนินการผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีแต่อย่างใด ทั้งนี้ข้อสำคัญก็คือจะต้องเป็นการฟ้องให้ลูกหนี้แสดงเจตนาทำนิติกรรมเท่านั้นจึงจะสามารถบังคับคดีได้โดยวิธีนี้ได้โดยรายละเอียดได้กล่าวไว้แล้วในการอธิบายมาตรา 213 ข้างต้น

แม้ในคำพิพากษาของศาลจะไม่ระบุเอาไว้ว่าหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ แต่เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ศาลก็มีอำนาจสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของจำเลยได้ ถือเป็นคำสั่งเกี่ยวเนื่องกับการบังคับคดีเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2701/2537⁹⁴)

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2701/2537 วินิจฉัยว่า “ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่โจทก์โดยให้โจทก์ชำระเงินค่าที่ดินที่เหลือแก่จำเลย หากจำเลยไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้โจทก์ ก็ให้คืนเงินมัดจำกับค่าเสียหายแก่โจทก์ดังนั้น ในการบังคับคดีจำเลยจึงต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ต่อโจทก์ตามลำดับของคำพิพากษา โดยจำเลยต้องโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่โจทก์ก่อน จำเลยจะเลือกวิธีการคืนเงินมัดจำกับชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ทั้งที่จำเลยยังสามารถโอนที่ดินให้แก่โจทก์ได้โดยโจทก์ไม่ตกลงด้วยหาได้ไม่ เมื่อศาลชั้นต้นได้ออกคำบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษตามคำของโจทก์ซึ่งขอให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษา หากจำเลยไม่ปฏิบัติตามก็ให้โจทก์บังคับคดีได้ทันที และให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแล้วแต่จำเลยไม่ปฏิบัติ ศาลชั้นต้นจึงมีอำนาจที่จะสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของจำเลยได้ เพราะเป็นคำสั่งเกี่ยวเนื่องกับการบังคับคดีเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นกรณีจึงมิใช่เป็นเรื่องที่ศาลชั้นต้นต้องมีคำสั่งในเวลาที่ยื่นคำบังคับด้วยว่า หากจำเลยไม่ยอมโอนที่ดินให้แก่โจทก์ ให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของจำเลย และมีใช่เป็นเรื่องแก้ไขเพิ่มเติมคำพิพากษา”

(2) กรณีจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา เป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลและไม่มีวิธีอื่นใดจะบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามได้แล้ว เจ้าหนี้จึงต้องร้องขอให้ศาลจับกุม กักขังลูกหนี้เอาไว้จนกว่าลูกหนี้จะยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวตามมาตรา 297 เดิม ทั้งนี้การจะบังคับคดีด้วยวิธีนี้ได้ประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

(2.1) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งจับกุมหรือกักขังจำเลยตามคำพิพากษา หากเจ้าหนี้มีได้ระบุมานโดยชัดแจ้งในคำขอศาลย่อมไม่สามารถจะสั่งจับกุมหรือกักขังจำเลยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2554⁹⁵ และ 5888/2551)

(2.2) ต้องปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษามีความสามารถที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาได้อยู่แต่ไม่ยอมปฏิบัติ หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่อาจปฏิบัติตามคำพิพากษาได้โดยสุจริตศาลจะสั่งจับกุมหรือกักขังไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2510⁹⁶)

(2.3) จะต้องไม่มีวิธีอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับคดีได้อีกแล้ว หากยังมีวิธีอื่นที่เจ้าหนี้สามารถบังคับคดีได้ เช่น ทางเจ้าพนักงานบังคับคดี หรือถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้กรณีเช่นนี้ก็จะมาขอให้ศาลสั่งจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ไม่ได้

กรณีที่จะต้องบังคับกันด้วยวิธีนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมก็คือกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งไม่มีวิธีการอื่นใดจะบังคับลูกหนี้ได้แล้วไม่ว่าโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือโดยทางศาลก็ตาม ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11006/2555⁹⁷ เป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดว่าตาม

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2554 วินิจฉัยว่า “คำร้องของโจทก์ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น มิได้ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา ดังที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 298 วรรคหนึ่ง(เดิม) แต่อย่างไรก็ดี จึงไม่ต้องด้วยกรณีที่ศาลจะออกหมายจับ หรือสั่งกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ตามความในวรรคสอง”

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2510 วินิจฉัยว่า “พฤติการณ์ที่ถือว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่สามารถจะปฏิบัติตามคำพิพากษาได้โดยสุจริต ศาลจะสั่งให้จับกุมและกักขังไม่ได้”

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11006/2555 วินิจฉัยว่า “ศาลพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันส่งมอบรถยนต์ที่เข้าซื้อคืนแก่โจทก์ หากคืนไม่ได้ให้ใช้ราคาแทน การบังคับตามคำพิพากษาต้องเป็นไปตามลำดับ เมื่อโจทก์ประสงค์จะบังคับคดีตามคำพิพากษาในลำดับแรก คือให้จำเลยทั้งสองส่งมอบรถยนต์แก่โจทก์ โดยไม่ปรากฏหลักฐานที่จะแสดงให้เห็นว่าโจทก์ได้ติดตามรถยนต์และพบว่าอยู่ที่

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมนั้นหากศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าหนี้มีสิทธิจะขอให้จับกุมหรือกักขังจำเลยไว้จนกว่าจนเลยจะชำระหนี้ได้ แสดงว่าศาลเองก็มองว่าในกรณีเช่นนี้ไม่มีวิธีอื่นใดจะบังคับเอากับจำเลยได้อีกแล้วจึงมีคำสั่งให้จับกุมจำเลยมาขังเอาไว้ถึง 2 คราว เจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิขอให้ศาลตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีไปยึดทรัพย์สินมาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ไม่ได้

ในส่วนของหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการ โดยสภาพที่ไม่อาจจะอาศัยการบังคับคดีโดยวิธีอื่นได้อยู่แล้วจึงต้องบังคับด้วยการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้เช่นเดียวกัน มีตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 921/2503⁹⁸ ศาลฎีกาก็มีคำพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ให้จับกุมหรือกักขังจำเลยไว้เพื่อให้จำเลยปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาต่อไป

3.4.2 วิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่

ในปี พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 5 กันยายน 2560 เป็นต้นไป⁹⁹

จำเลยทั้งสอง อันแสดงว่าจำเลยทั้งสองจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดี ต้องด้วยกรณีที่จะบังคับให้จำเลยทั้งสองปฏิบัติตามคำพิพากษาในลำดับแรกได้ แต่กลับได้ความว่าจำเลยทั้งสองได้พยายามชวนขวยติดตามสืบหาที่อยู่ของผู้ครอบครองรถยนต์เพื่อนำมาคืนโจทก์ แต่มาสามารถติดตามคืนมาได้จนเป็นเหตุให้ศาลชั้นต้นต้องออกหมายจับจำเลยทั้งสองมากักขังถึงสองคราวตามที่โจทก์ขอ กรณีน่าจะถือว่าจำเลยทั้งสองไม่อาจส่งมอบรถยนต์คืนได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ไมอาจบังคับตามคำพิพากษาในลำดับแรกได้ จึงต้องบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาในลำดับถัดไป”

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 921/2503 วินิจฉัยว่า “ศาลออกคำบังคับให้จำเลยเปิดเหมืองตรงที่ปิดไว้ให้เป็นไปตามสภาพเดิม การที่จำเลยเปิดเหมืองตามคำบังคับของศาลแล้วต่อมาเพียงเดือนเดียวกับปิดเสียใหม่ ในที่ห่างกันเพียงแขนเดียว ทำให้น้ำกลับท่วมเต็มดังเช่นเดิมอีก การกระทำของจำเลยเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นเจตนาว่าทำไปเพื่อเลี่ยงในการที่จะไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลนั่นเอง”

⁹⁹ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 81*, น.1.

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 276 ได้กำหนดให้ศาลกำหนดวิธีการบังคับคดีโดยหากศาลกำหนดวิธีที่จะต้องทำโดยทางเจ้าพนักงานก็ให้ศาลออกหมายบังคับคดีตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการต่อไป แต่ถ้าวิธีการที่ศาลกำหนดไม่ต้องตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ให้ศาลกำหนดวิธีการเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้ การแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้นี้จึงได้มีการกำหนดวิธีการบังคับคดีขึ้นมาใหม่ให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นทำให้สภาพแห่งการบังคับคดีนั้นเปิดช่องให้บังคับคดีกันได้มากขึ้นกว่าเดิม โดยได้แบ่งวิธีการในการบังคับชำระหนี้ในหนี้แต่ละประเภทเอาไว้อย่างชัดเจน

3.4.2.1 การบังคับคดีในกรณีที่เป็นหนี้เงิน

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งกำหนดให้ชำระหนี้เงินตามมาตรา 282 เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาและอายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่มีอยู่เหนือบุคคลภายนอกได้ และนำไปขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

การยึดทรัพย์สินไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้นแต่ได้เพิ่มอำนาจให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถยึดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (มาตรา 305) ตัวเงินหรือตราสารเปลี่ยนมือ (มาตรา 306) หุ่นในห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือบริษัทจำกัด (มาตรา 307) สิทธิในสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิอย่างอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงหรือเกี่ยวเนื่องกัน (มาตรา 308) สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ลิขสิทธิ์ สิทธิในการขอรับสิทธิบัตร สิทธิในชื่อทางการค้าหรือยี่ห้อ หรือสิทธิอย่างอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงหรือเกี่ยวเนื่องกัน (มาตรา 309) สิทธิการเช่าหรือสิทธิที่จะได้ใช้บริการต่างๆ ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ (มาตรา 310) สิทธิตามใบอนุญาต ประทานบัตร อาชญาบัตร สัมปทาน สิทธิอย่างอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงหรือเกี่ยวเนื่องกัน (มาตรา 312) โดยกำหนดวิธีการยึดเอาไว้ในแต่ละมาตราข้างต้นให้ชัดเจน ส่วนผลของการยึดทรัพย์สินในมาตรา 315 ก็มีผลในทำนองเดียวกับกฎหมายเดิมเพียงแต่บัญญัติถ้อยคำในกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น

ขณะที่การอายัดเองก็ไม่ได้จำกัดเฉพาะการอายัดสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้เงินหรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้นแต่รวมถึงการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นด้วยโดยศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำสั่งอายัดและแจ้งไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบุคคลภายนอกให้ทราบ ส่วนผลของการอายัดสิทธิเรียกร้องก็กำหนดให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นและเพิ่มกระบวนการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการถูกอายัดสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 320

ในส่วนของการนำทรัพย์ที่ยึดหรืออายัดได้ออกขายทอดตลาด ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการในการขายทอดตลาดให้เหมาะสมกับลักษณะของทรัพย์ในแต่ละประเภท

และเพื่อให้การขายทอดตลาดเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ จึงมีการแก้ไขวิธีการขายทอดตลาดโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งกำหนดวัน เวลา และสถานที่ที่จะทำการขายทอดตลาดให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบโดยกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันยึดอายัด หรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น

(2) ยกเลิกหลักการที่กำหนดให้ผู้เสนอราคาสูงสุดต้องผูกพันกับการเสนอราคาเป็นระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่เสนอราคานั้น

(3) บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีมีสิทธิเต็มที่ในการเข้าสู่ราคาเองหรือหาบุคคลอื่นเข้าสู่ราคาเพื่อให้ได้ราคาตามที่ตนต้องการ ดังนั้นจึงห้ามมิให้มีการหยีบยกเรื่องราคาต่ำเกินสมควรมาเป็นเหตุขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดอีกต่อไป¹⁰⁰

3.4.2.2 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

การบังคับคดีในกรณีนี้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการจะยึดทรัพย์สินมาเพื่อดำเนินการส่งมอบให้กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปตามมาตรา 347¹⁰¹ หากเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนกรรมสิทธิ์หรือมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เจ้าพนักงานบังคับคดีก็มีอำนาจแจ้งให้เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องให้ดำเนินการจดทะเบียนสิทธิให้เป็นไปตามคำพิพากษาต่อไปได้และในกรณีที่คำพิพากษาของศาลให้ส่งมอบหรือส่งคืนอสังหาริมทรัพย์เฉพาะสิ่ง ถ้ามีเหตุขัดขวางในการจะบังคับตามคำพิพากษา เช่น ลูกหนี้หรือบริวารของลูกหนี้ไม่ยอมออกไปจากอสังหาริมทรัพย์นั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ไม่สามารถขับไล่ลูกหนี้และบริวารออกไปได้เสมือนว่าเป็นการฟ้องคดีขับไล่¹⁰²

¹⁰⁰ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, “ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (บทบัญญัติเดิม) กับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560”, น.73-81, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2560, จาก www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1503983482.pdf.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 347

“ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินนั้นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง”

¹⁰² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 348

การส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมีค่าอธิบายว่าเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์เป็นของเจ้าหนี้อยู่แล้ว บุคคลที่จะเรียกให้คืนต้องเป็น ผู้ทรงทรัพย์สิน สิทธิยึดเหนี่ยว บุริมสิทธิ หรือทรัพย์สินที่อาจบังคับเหนือหรือร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้ เช่น กรณีที่เจ้าหนี้เป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1300 หรือตกลงซื้อขายกันแล้วเพียงแต่ยังชำระราคาไม่ครบเท่านั้น เป็นต้น ขณะที่การส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมีค่าอธิบายว่าเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์ยังไม่เป็นของเจ้าหนี้แต่ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้

3.4.2.3 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขัปลั รื้อถอน

ในส่วนของการบังคับคดีขัปลั รื้อถอนนั้นมีการบัญญัติบทบัญญัติทั่วไปไว้ในมาตรา 350 ในการดำเนินการขัปลั นั้นได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนของการดำเนินการของเจ้าพนักงานบังคับคดีให้มีความรวดเร็วยิ่งขึ้นโดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบริวารไม่ยอมออกไปจากทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 353 ลดขั้นตอนลงมาเหลือเพียง 2 ขั้นตอนเท่านั้น ส่วนการรื้อถอนคงหลักการเดิมตามกฎหมายเดิมเพียงแต่มีการปรับปรุงถ้อยคำและกำหนดระยะเวลาให้เหมาะสมกับทางปฏิบัติในปัจจุบัน (จากเดิมต้องกำหนดไม่น้อยกว่า 7 วันเพิ่มเป็นไม่น้อยกว่า 15 วัน) ตามมาตรา 355

3.4.2.4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

บทบัญญัติที่เป็นบททั่วไปในเรื่องนี้มาตรา 356¹⁰³ ได้วางหลักไว้ว่าหนี้ กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่จะบังคับคดีได้ตามความในหมวดนี้จะต้องไม่ขัดแย้งกับคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ขัปลั รื้อถอน

“การบังคับคดีในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่มีทะเบียนกรรมสิทธิ์หรือมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานั้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนต่อไป

การบังคับคดีในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบอสังหาริมทรัพย์เฉพาะสิ่ง ถ้ามีเหตุขัดขวางหรือเหตุขัดข้องในการส่งคืนหรือส่งมอบอสังหาริมทรัพย์นั้นแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ให้ نابทบัญญัติในหมวด 4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขัปลั มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁰³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 356

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนอกจากกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือให้ขัปลั รื้อถอนตามคำพิพากษา

(1) การบังคับคดีในกรณีที่มีคำพิพากษาให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณีดังนี้

(1.1) การบังคับคดีในหนี้กระทำการที่ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา

หลักการคงเป็นเหมือนเดิมเพียงแต่ในกฎหมายเดิมนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติระบุไว้ชัดเจนแต่ศาลฎีกาก็อาศัยบทบัญญัติในมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ แต่ในกฎหมายใหม่นี้บัญญัติรองรับเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อความชัดเจนแน่นอนแล้วในมาตรา 357 แม้หากว่าศาลไม่ได้ระบุในคำพิพากษาว่าให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็สามารถยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งเช่นนั้นได้ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2701/2537) นอกจากนี้ในวรรคท้ายยังกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการออกใบแทนหนังสือสำคัญต่างๆ ได้ เช่น พินากษาให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนที่ดินให้ แต่จำเลยไม่ไปก็อาศัยคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาได้ ในส่วนของโฉนดที่ดินที่อยู่กับจำเลยก็ใช้ใบแทนโฉนดได้ และโฉนดเดิมที่อยู่กับจำเลยก็เป็นอันสิ้นยกเลิกไป

(1.2) การบังคับคดีในหนี้กระทำการที่ไม่อาจถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันซึ่งไม่อาจจะถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ วิธีการบังคับคดีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้ได้ คือการขอให้ศาลจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเอาไว้ตามมาตรา 361¹⁰⁴

ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และหมวด 4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขับไล่ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการบังคับคดีตามที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 1 หรือส่วนที่ 2 แห่งหมวดนี้ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าวิธีการบังคับคดีดังกล่าวไม่อาจบรรลุผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้ ก็ให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการบังคับคดีตามที่ศาลเห็นสมควรเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้กระทำได้”

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 361

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติหมวด 4 การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขับไล่ ในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ และไม่มีวิธีการบังคับอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอฝ่ายเดียว ให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาก็ได้”

หรือหากว่าหนี้กระทำการดังกล่าวเป็นกรณีที่สามารถจะให้ผู้ค้ำประกันนอกกระทำการแทนได้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจจะใช้สิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ค้ำประกันนอกกระทำการแทนได้โดยให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายตามมาตรา 358¹⁰⁵

ในส่วนท้ายนี้มีลักษณะเดียวกันกับในข้อ (1.1) กล่าวคือเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรค 2 ให้สามารถนำมาใช้บังคับได้จริงในทำนองเดียวกับที่รับรองสิทธิในการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาทั้ง 2 กรณีเป็นการบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความให้สอดคล้องกับกฎหมายสารบัญญัติซึ่งแต่เดิมมาอาจจะไม่ได้กล่าวไว้โดยชัดเจน ในกฎหมายที่แก้ไขใหม่จึงรับรองสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรค 2 ให้เกิดผลบังคับได้อย่างมีหลักเกณฑ์แน่นอนในทางวิธีสบัญญัติ

(2) การบังคับคดีในกรณีที่ให้งดเว้นกระทำการ

หนึ่งงดเว้นกระทำการนั้นโดยสภาพแล้วย่อมไม่อาจจะบังคับชำระหนี้กันได้ เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้งดเว้นกระทำการอย่างหนึ่ง หากลูกหนี้ปฏิบัติตามก็ไม่มีปัญหาที่

เมื่อได้รับคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาคำขอโดยเร็ว หากเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำมาสืบหรือที่ศาลเรียกมาสืบว่า ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีความสามารถที่จะปฏิบัติตามคำบังคับได้ถ้าได้กระทำการโดยสุจริต และเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีวิธีการบังคับอื่นใดที่จะใช้บังคับได้ให้ศาลออกหมายจับลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษามาศาลหรือถูกจับตัวมา แต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่อาจแสดงเหตุอันสมควรในการที่ไม่ปฏิบัติตามคำบังคับได้ ศาลมีอำนาจสั่งกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาทันทีหรือในวันหนึ่งวันใดที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษายังคงขัดขืนอยู่ก็ได้ หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาแสดงเหตุอันสมควรในการที่ไม่ปฏิบัติตามคำบังคับได้ หรือตกลงที่จะปฏิบัติตามคำบังคับทุกประการ ศาลจะมีคำสั่งให้ยกคำขอ หรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นตามที่เห็นสมควรก็ได้”

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 358

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งไม่ใช่กรณีตามมาตรา 357 นอกจากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอตามมาตรา 361 แล้ว ถ้าการกระทำนั้นเป็นกรณีที่อาจให้ผู้ค้ำประกันนอกกระทำการแทนได้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอฝ่ายเดียวให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ค้ำประกันนอกกระทำการนั้นแทนลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย

ค่าใช้จ่ายที่เสียไปในกรณีขอให้ผู้ค้ำประกันนอกกระทำการแทนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นหนี้ตามคำพิพากษาที่จะบังคับคดีกันต่อไป”

จะต้องมาบังคับคดีกันแต่หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามกล่าวคือลูกหนี้ฝ่าฝืนคำพิพากษาได้กระทำการตามที่ศาลได้ห้ามไว้ไปแล้ว การจะบังคับให้ลูกหนี้ไม่กระทำจึงเป็นไปไม่ได้เพราะลูกหนี้กระทำไปแล้ว เช่น ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ ห้ามมิให้ลูกหนี้เปิดเผยความลับของเจ้าหนี้ ตรวจจับที่ลูกหนี้ไม่เปิดเผยก็ไม่มี การบังคับคดีเกิดขึ้น แต่เมื่อลูกหนี้เปิดเผยความลับนี้ออกไปจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล การบังคับคดีจึงเริ่มขึ้นแต่จะบังคับให้ลูกหนี้ไม่เปิดเผย (งดเว้นกระทำการ) ได้อย่างไร ในเมื่อลูกหนี้ได้เปิดเผยความลับ (กระทำการ) ไปเสียแล้ว หรือห้ามลูกหนี้ก่อสร้างอาคารบดบังแสงอาทิตย์แก่อาคารของเจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้ฝ่าฝืนสร้างไปแล้ว การบังคับคดีในกรณีนี้จึงบังคับได้แต่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นการเยียวยาความเสียหายจากสิ่งที่ลูกหนี้ได้กระทำไปแล้ว (อันเป็นการฝ่าฝืนหนึ่งงดเว้นกระทำการ) เท่านั้น มาตรา 359¹⁰⁶ จึงกำหนดให้เจ้าหนี้บังคับเอาค่าสินไหมทดแทนหรือบังคับให้รื้อถอนทรัพย์สินอันเกิดจากหนึ่งงดเว้นกระทำการออกไปเท่านั้น

วิธีการในการบังคับคดีนั้นเจ้าหนี้มีสิทธิ (1) ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้เอาไว้และขอให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ หรือ (2) ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้เอาไว้และขอให้รื้อถอนหรือทำลายทรัพย์สิน (ลูกหนี้มีหนึ่งด

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษางดเว้นกระทำการ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษตามมาตรา 361 และขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ได้ด้วย

(1) ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเกิดจากการไม่งดเว้นกระทำการนั้น

(2) รื้อถอนหรือทำลายทรัพย์สินอันเกิดจากการไม่งดเว้นกระทำการนั้น เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยกรณีนั้นได้กำหนดวิธีการจัดการกับทรัพย์สินดังกล่าวไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว

ในกรณีตาม (1) เมื่อศาลไต่สวนแล้วเห็นว่าคำขอนั้นฟังได้ ให้ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตาม (2) ให้ศาลแจ้งคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบ แล้วให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งศาล โดยลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย

การขอและการดำเนินการตามมาตรานี้ ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ส่วนค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดตามวรรคสองและค่าใช้จ่ายตามวรรคสาม ให้ถือว่าเป็นหนี้ตามคำพิพากษาที่จะบังคับคดีกันต่อไป”

เว้นจะต้องไม่สร้างทรัพย์สินขึ้นมา) โดยลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย ในกรณีหลังนี้ก็เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรค 3 ให้มีผลบังคับกันได้จริงในกฎหมายวิธีพิจารณาความเช่นเดียวกับการให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนและการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาดังที่กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้หากเป็นกรณีรื้อถอนศาลจะต้องตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะขอดำเนินการเองไม่ได้

3.4.2.5 การบังคับคดีในกรณีได้มาซึ่งทรัพย์สินที่มีทะเบียน

เป็นหลักการที่เพิ่มขึ้นมาเพื่อรองรับถึงกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้หรือแสดงว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือบุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินที่มีทะเบียน โดยเพิ่มขั้นตอนเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน กรณีตัวอย่าง เช่น ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่าผู้ร้องเป็นผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการครอบครองปรปักษ์ตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นผู้ร้องย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้มีอำนาจไปดำเนินการจดทะเบียนสิทธิให้เป็นไปตามคำสั่งของศาลได้ตามมาตรา 360¹⁰⁷

3.4.2.6 การบังคับคดีในกรณีที่ขอให้ศาลจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา

การจะขอให้ศาลจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำขอต่อศาล¹⁰⁸ และแสดงให้ศาลเห็นว่า (1) ลูกหนี้จงใจไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ และ (2) ไม่มีวิธีการบังคับคดีอื่นใดที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับแก่ลูกหนี้ได้ซึ่งมีความแตกต่างจากเดิมเพราะแต่เดิมวิธีการในการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษามีไม่ครอบคลุมเท่าในปัจจุบัน แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11006/2555 หากวินิจฉัยตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบันอาจจะไม่สามารถจับกุมหรือกักขังจำเลยได้อีกแล้ว เพราะเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีวิธีการบังคับคดีให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีได้

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 360

“การบังคับคดีในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้หรือแสดงว่าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือบุคคลใดได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่น ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน หากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนและมีเหตุขัดข้องไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนได้ เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาหรือบุคคลดังกล่าวอาจมีคำขอให้ศาลสั่งให้นายทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจดทะเบียนให้ผู้มีสิทธิมีชื่อในทะเบียนให้เป็นไปตามคำสั่งศาล

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 357 วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹⁰⁸ หลักเกณฑ์ในข้ออื่นๆ ยังคงอาศัยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมได้อยู่ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว

3.5 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในมูลสัญญากับการเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยมูลละเมิดหรืออาศัยอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการบังคับชำระหนี้ที่จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินคืนให้แก่กัน กล่าวได้ว่ามีความใกล้เคียงกันกับการเรียกทรัพย์สินโดยอาศัยสิทธิอันเกิดจากมูลละเมิดหรือใช้สิทธิอันเกิดแต่หลักกรรมสิทธิ์ เช่น ในกรณีของสัญญาเช่าใช้คงรูปหรือสัญญาฝากทรัพย์สิน เป็นต้น

ในสัญญาเช่าใช้คงรูปตามมาตรา 640¹⁰⁹ เมื่อผู้เช่าใช้สอยทรัพย์สินดังกล่าวจนครบตามสัญญาแล้วย่อมมีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนให้แก่ผู้ให้เช่า เช่น ก. ให้ ข. ยืมรถยนต์ไปจนถึงวันที่ 31 มกราคม 2560 ข. จึงเป็นลูกหนี้ที่มีหนี้จะต้องส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ ก. เจ้าหนี้ ในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2560 หากไม่ส่งมอบรถยนต์คืน ก. ย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับตามสัญญาเช่าใช้คงรูปนี้เพื่อบังคับให้ ข. ลูกหนี้ส่งมอบรถยนต์คืนดังกล่าวคืนให้แก่ ก. ลูกหนี้ได้ตามมาตรา 213 อันเป็นการใช้สิทธิในทางกฎหมายลักษณะหนี้ และ ก. เองยังมีฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในรถยนต์คันดังกล่าวอีกด้วย ย่อมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินดังกล่าวคืนได้ตามมาตรา 1336¹¹⁰ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในทางกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ทั้งสองกรณี ก. ย่อมบังคับให้ ข. ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ตนได้เหมือนกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ว่า จะยกข้ออ้างโดยอาศัยมูลหนี้ในทางสัญญาหรืออาศัยสิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์

อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวข้างต้น หากเป็นการฟ้องโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่าใช้คงรูปเพื่อเรียกเอาทรัพย์สินคืน หากคืนไม่ได้ให้ใช้ราคานั้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2536¹¹¹ และ

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 640

“อันว่าเช่าใช้คงรูปนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้เช่า ใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เปล่า และผู้เช่าตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินนั้น เมื่อได้ใช้สอยเสร็จแล้ว”

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

“ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2536 วินิจฉัยว่า “โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ชื้อผลิตภัณฑ์ขวดแก้วและยืมถังไม้ใส่ขวดแก้วจากโจทก์หลายคราวติดต่อกันตั้งแต่ พ.ศ. 2515 ถึง พ.ศ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2526¹¹² วินิจฉัยในทำนองว่า การฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินที่ยืมไม่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 649¹¹³ จึงเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความต้องปรับด้วยมาตรา 193/30¹¹⁴ จึงมีอายุความ 10 ปี ขณะที่การฟ้องคดีโดยการใช้อำนาจในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินตามมาตรา 1336 มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเอาไว้อย่างชัดเจนมาตลอดว่าไม่มีกำหนดอายุความแต่อย่างใด¹¹⁵

แต่หากว่า ข. ไม่อาจส่งมอบรถยนต์คืนได้เพราะ ค. ได้ขโมยรถยนต์ของ ก. ไปเสียแล้ว กรณีย่อมไม่อาจอาศัยมาตรา 213 ในการบังคับชำระหนี้เอาแก่ ค. ได้เพราะ ค. ไม่ใช่ลูกหนี้กับ ก.

2522 เมื่อได้มีการคิดบัญชีกันปรากฏว่าจำเลยที่ 1 ยังไม่ได้ส่งส่งไม้คั้นโจทก์จำนวน 54,788 ลัง เป็นเงิน 687,551 บาท จำเลยที่ 1 ชำระค่าส่งไม้ให้โจทก์เกินไป 4 บาท จึงเหลือเงินที่จำเลยที่ 1 จะต้องจ่ายเป็นค่าส่งไม้แก่โจทก์ 687,547 บาท ดังนี้ เป็นคำฟ้องที่เข้าใจชัดแจ้งแล้ว ไม่เคลือบคลุม ส่วนเรื่องจำนวนส่งไม้ที่ว่าต่างราคากันและชนิดของส่งไม้ที่จำเลยที่ 1 รับไปเมื่อใดต้องคืนเมื่อใด เหลือเท่าใดนั้น เป็นรายละเอียดที่จะต้องนำสืบในชั้นพิจารณา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 649 เป็นเรื่องความรับผิดเพื่อเสียค่าทดแทนเกี่ยวกับการยืมใช้คงรูป เช่น เรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับความชำรุดหรือเสื่อมราคาจากการใช้ทรัพย์สินที่ยืมแต่ตามคำฟ้องโจทก์เป็นการฟ้องเรียกคืนส่งไม้หรือราคาส่งไม้ซึ่งจำเลยที่ 1 ยืมไปพร้อมผลิตภัณฑ์ขวดแก้วซึ่งโจทก์ขายให้จำเลยที่ 1 ตามสัญญาซื้อขาย และจำเลยที่ 1 ปฏิบัติกับโจทก์ตลอดมาตั้งแต่มีการซื้อขายกัน จึงนำมาตรา 649 มาบังคับหาได้ไม่ ต้องใช้อายุความ 10 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164”

¹¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2526 วินิจฉัยว่า “อายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 649 เป็นกรณีฟ้องให้รับผิดเพื่อเสียค่าทดแทนอันเกี่ยวกับการยืมใช้คงรูปเช่น ค่าเสียหายเกี่ยวกับความชำรุดหรือเสื่อมราคาเนื่องจากการใช้สอยทรัพย์สินที่ยืม ในกรณีฟ้องเรียกคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินที่ยืมไม่มีบทกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้ จึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 คือมีอายุความ 10 ปี”

¹¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 649

“ในข้อความรับผิดเพื่อเสียค่าทดแทนอันเกี่ยวกับการ ยืมใช้คงรูปนั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันสิ้นสัญญา”

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30

“อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือ กฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี”

¹¹⁵ สมจิตร ทองศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น.171.

และไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมใช้คงรูปดังกล่าวเพราะหนี้ตามสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่าง ก. กับ ข. เท่านั้นไม่มีผลผูกพัน ค. แต่อย่างไรก็ดี กรณีตามข้อเท็จจริงการจะฟ้องเรียกรถยนต์คืนจึงเป็นความทับซ้อนกันระหว่างการใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ของ ก. กับการเรียกเอารถยนต์คืนโดยอาศัยมูลละเมิดตาม มาตรา 438¹¹⁶ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยเอาไว้ว่า การฟ้องเอาคืนซึ่งทรัพย์สินที่ถูกละเมิดไม่ใช่การฟ้องเรียกค่าเสียหายจึงไม่อยู่ในบังคับอายุความตามมาตรา 448¹¹⁷ และถือเป็นการใช้สิทธิในการติดตามเอาคืนตามมาตรา 1336 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 466/2508 และ 9375/2539¹¹⁸) แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ให้ยืมไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้ยืม กรณีหากจะมีการบังคับกันตามสัญญาเดิมใช้คงรูปโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 213 เท่านั้น และหากผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่รู้เห็นยินยอมด้วยกับสัญญาเดิมดังกล่าวก็สามารถอาศัยสิทธิตามมาตรา 1336 เรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกได้ในทำนองเดียวกัน

¹¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

¹¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448

“สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด

แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิด มีโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ”

¹¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9375/2539 วินิจฉัยว่า “คดีนี้เป็นการที่โจทก์ใช้สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้โจทก์จึงถูกโต้แย้งสิทธิอยู่ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินของตนยังอยู่ในความครอบครองของบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ได้เสมอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินว่ามีสิทธิอย่างใดบ้างที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอันเป็นอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง”

นอกจากนี้แล้วในกรณีตามสัญญาฝากทรัพย์ที่ผู้รับฝากไม่ยอมคืนทรัพย์สินที่รับฝากเอาไว้ให้แก่ผู้ฝากตามมาตรา 657¹¹⁹ ประกอบมาตรา 663¹²⁰ การใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาฝากทรัพย์ผ่านบทบัญญัติในมาตรา 213 จึงมีความคาบเกี่ยวกับการเรียกทรัพย์คืนหรือการใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินตามมาตรา 1336 ในลักษณะเดียวกับสัญญายืมใช้คงรูปข้างต้น อย่างไรก็ตามในกรณีสัญญาฝากทรัพย์นั้นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3939/2541 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6169/2538¹²¹ ได้วินิจฉัยไว้ในทำนองว่า การฟ้องให้คืนทรัพย์สินที่ฝากถ้าคืนไม่ได้ให้ชดใช้ราคาเป็นการใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ฝากในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกทรัพย์คืนได้ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินที่ฝากยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฝากอยู่ (เป็นกรณีที่พิพาทกันตามสัญญาฝากทรัพย์และจำเลยอ้างว่าฟ้องของโจทก์ขาดอายุความอายุไปแล้วตามมาตรา 671¹²² ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าไม่ขาดอายุความเพราะเป็นการฟ้องโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์)

ทั้งนี้แม้ศาลฎีกาจะวินิจฉัยไว้ในตอนท้ายว่า “โจทก์ก็มีสิทธิติดตามเรียกคืนได้ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินที่ฝากยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์อยู่” ผู้เขียนเองมีความเห็นว่าแม้ว่าโจทก์จะไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เช่น โจทก์อาจจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้กับบุคคลอื่นไปแล้ว หรือทรัพย์สินที่

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 657

“อันว่าฝากทรัพย์นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ฝาก ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับฝาก และผู้รับฝากตกลงว่าจะเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้ในอารักขาแห่งตน แล้วจะคืนให้”

¹²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 663

“ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะกำหนดเวลาไว้ว่าจะพึงคืนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเมื่อไรก็ตาม ถ้าว่าผู้ฝากจะเรียกคืนในเวลาใดๆ ผู้รับฝากก็ต้องคืนให้”

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6169/2538 วินิจฉัยว่า “โจทก์ฟ้องให้จำเลยคืนข้าวเปลือกที่ฝากไว้ ถ้าคืนไม่ได้ให้ชดใช้ราคาข้าวเปลือก เป็นการใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ฝากในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ ไม่ใช่เรียกร้องให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น เมื่อจำเลยยังไม่คืนทรัพย์สินที่ฝาก โจทก์ก็มีสิทธิติดตามเรียกคืนได้ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินที่ฝากยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์อยู่ ส่วนการให้ชดใช้ราคานั้นเป็นขั้นตอนที่โจทก์จะขอบังคับคดีเอาแก่จำเลยเมื่อจำเลยคืนทรัพย์สินที่ฝากไม่ได้เท่านั้น คดีของโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ”

¹²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 671

“ในข้อความรับผิดชอบเพื่อใช้เงินบำเหน็จค่าฝากทรัพย์ก็ดี ชดใช้เงินค่าใช้จ่ายก็ดี ใช้ค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวแก่การฝากทรัพย์ก็ดี ท่านห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันสิ้นสัญญา”

ฝากนั้นมิใช่กรรมสิทธิ์ของผู้ฝากมาแต่แรก ผู้ฝากก็ย่อมมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ฝากได้โดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้ (สัญญาฝากทรัพย์สิน) และบังคับชำระหนี้ไปตามมาตรา 213 ได้เพียงแต่คงไม่อาจจะอ้างสิทธิในการติดตามเอาคืนตามมาตรา 1336 ได้ จึงน่าจะอยู่ในบังคับอายุความตามมาตรา 193/30 ซึ่งมีอายุความ 10 ปี โดยนัยอย่างเดียวกับสัญญาเืมใช้คงรูปข้างต้น (เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 800/2498 ซึ่งแม้จะไม่ได้มีข้อพิพาทในเรื่องนี้โดยตรงแต่มีคำวินิจฉัยในทำนองว่า ผู้ฝากมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ฝากได้เสมอโดยไม่ต้องคำนึงถึงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามันจะเป็นเพราะเป็นการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ฝากกับผู้รับฝากที่ผู้รับฝากมีหน้าที่จะเก็บรักษาทรัพย์สินเอาไว้และคืนให้แก่ผู้รับฝาก เมื่อไม่คืนย่อมเป็นการผิดสัญญาฝากทรัพย์สิน ผู้ฝากก็ฟ้องให้ปฏิบัติตามสัญญาฝากทรัพย์สินได้โดยอาศัยมาตรา 213 แม้จะมีได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวก็ตาม)

จากตัวอย่างในสัญญาเืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างการบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 กับการใช้สิทธิในการติดตามเอาคืนตามมาตรา 1336 ซึ่งในทางปฏิบัติก็ยังมีความทับซ้อนกันดังที่เห็นได้จากซึ่งในบางกรณีที่มีการพิพาทกันโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาฝากทรัพย์สินแต่ศาลก็วินิจฉัยโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3939/2541 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6169/2538) ขณะที่ในบางกรณีแม้จะพิพาทกันตามสัญญาเืมใช้คงรูปแต่ก็ไม่ได้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2536 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2526) ทั้งที่ทั้งสองกรณีมีความคล้ายคลึงกันในแง่ที่ว่าโจทก์มีทั้งสิทธิในทางหนี้ที่จะบังคับตามสัญญาและเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอีกด้วย ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลฎีกาควรวินิจฉัยคดีไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์เพราะเมื่อฟังว่าโจทก์เป็นเจ้าของทรัพย์สินพิพาทที่ยืมหรือฝากกันแล้ว ไม่ว่าจะโดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้หรือจะอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ผลแห่งคดีก็เป็นเช่นเดียวกัน คือจำเลยต้องคืนทรัพย์สินให้แก่โจทก์ แต่ที่บางกรณีกลับไปหยิบยกหลักกรรมสิทธิ์ขึ้นมาวินิจฉัยก็อาจจะมีข้อเท็จจริงบางประการในคดี เช่น การบรรยายฟ้องของโจทก์เกี่ยวกับการจะอาศัยสิทธิตามสัญญาอาจจะไม่ชัดเจนจนศาลไม่อาจพิพากษาให้ตามสัญญาได้ศาลจึงหยิบยกหลักกรรมสิทธิ์ขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยให้คืนทรัพย์สินแก่เจ้าของที่แท้จริงเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ขณะที่บางกรณีที่ศาลไม่ได้หยิบยกเรื่องอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ขึ้นมาเป็นข้อวินิจฉัยก็อาจจะเป็นเพราะว่าสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่โจทก์ฟ้องมาโดยอาศัยสิทธิทางหนี้ตามมาตรา 213 นั้นสามารถจะบังคับชำระหนี้ให้ลูกหนี้คืนทรัพย์สินที่พิพาทกันได้อยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องไปอ้างหลักกรรมสิทธิ์เพื่อวินิจฉัยคดีอีกเพราะถึงแม้จะอ้างหลักกรรมสิทธิ์มาวินิจฉัยคดีนี้ผลแห่งคดีก็คงไม่เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

ในท้ายที่สุดแล้วแม้จะมีการทับซ้อนกันระหว่างสิทธิในทางหนี้กับสิทธิในทางทรัพย์สินแล้วแต่ในการบังคับคดีในแง่มุมของกฎหมายวิธีพิจารณาความยอมได้ผลลัพธ์เป็นอย่างเดียวกันคือ

การบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ทั้งนี้คงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไปและขึ้นอยู่กับการบรรยายฟ้องของโจทก์ว่าจะอาศัยสิทธิในทางหนี้หรืออาศัยสิทธิในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินแทน อย่างไรก็ตามในการศึกษานี้จะมุ่งไปที่การอาศัยสิทธิทางหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 ว่าจะกระทำได้น้อยเพียงใดโดยไม่ได้คำนึงถึงหลักกรรมสิทธิ์

3.6 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย

3.6.1 ปัญหาการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายสารบัญญัติซึ่งการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 ได้เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดคือสภาพแห่งหนี้จะต้องเปิดช่องให้สามารถบังคับคดีกันได้ซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราว ทำให้เป็นการยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวขึ้นมาและโดยบทบัญญัติในมาตรา 213 เองก็บัญญัติไว้เพียงแค่นั้นทำให้อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นดุลพินิจของศาลในแต่ละคดีที่จะกำหนดว่าในคดีนั้นๆ สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่จึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับการตีความในเรื่องนี้ว่าควรจะตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ให้ครอบคลุมเพียงใดและควรจะตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปด้วยหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ไปให้แก่บุคคลภายนอกเสียแล้ว หากเจ้าหนี้มาฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ ซึ่งได้กล่าวไปแล้วในการอธิบายหลักเกณฑ์ตามมาตรา 213 ว่ากรณีตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 วินิจฉัยในทำนองว่า ขณะที่โจทก์ฟ้องจำเลยเป็นคดีตามสัญญาจะซื้อจะขาย จำเลยยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทอยู่แม้ต่อมาจะได้โอนต่อไปให้แก่บุคคลภายนอกภายหลังโจทก์ฟ้องคดี จำเลยก็ยังคงต้องรับผิดชอบจดทะเบียนโอนที่พิพาทให้แก่โจทก์เพราะอาจมีการเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนให้กับมาเป็นของจำเลยได้ กรณีไม่ใช่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้และมีคำพิพากษาให้จำเลยแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนและจดทะเบียนโอนให้แก่โจทก์ หากไม่สามารถจดทะเบียนโอนได้ให้ใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ซึ่งในคดีนี้ไม่ได้มีการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมการโอนระหว่างจำเลยกับบุคคลภายนอกแต่อย่างใด จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นว่ากรณีดังกล่าวสภาพแห่งการบังคับคดีเปิดช่องให้บังคับกันได้จริงๆ ดังที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือไม่ และหากว่าสภาพแห่งการบังคับคดีเปิดช่องให้บังคับได้ในกรณีนี้จะดำเนินการบังคับชำระหนี้กันอย่างไรต่อไป ทั้งนี้หากพิจารณาข้อเท็จจริงใน

ลักษณะที่ใกล้เคียงกันคือโจทก์ฟ้องให้จำเลยจดทะเบียนการจำหน่ายในถนนพิพาทบนที่ดินของจำเลย ภายหลังการฟ้องคดีจำเลยโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกต่อไป คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540 วินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่สภาพแห่งการบังคับคดีไม่เปิดช่องให้บังคับคดีกันได้

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ถึงสภาพปัญหาของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของการวินิจฉัยก่อนว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ได้ว่ามีความไม่แน่นอนเกิดขึ้นในข้อเท็จจริงที่มีลักษณะใกล้เคียงกันแต่ผลของคำพิพากษากลับแตกต่างกันออกไปซึ่งและยังมีปัญหาว่าการพิจารณาถึงสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องจะต้องพิจารณากันในขณะเวลาใด จะพิจารณาในขณะฟ้องคดีหรือพิจารณากันในขณะที่จะมีการบังคับคดีกันจริงๆ

นอกจากนี้การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องนั้นควรจะต้องตีความไปในทางที่เป็นดุลพินิจโดยเด็ดขาดของศาลหรือไม่ กล่าวคือหากเป็นกรณีที่ในทางข้อเท็จจริงสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้ศาลจะมีสิทธิในการปฏิเสธการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวได้อีกหรือไม่ หรือหากสภาพแห่งหนี้เปิดช่องแล้วศาลไม่มีดุลพินิจอีกต่อไปจะต้องบังคับชำระหนี้ให้แก่โจทก์เท่านั้น ในประเด็นปัญหานี้ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่าศาลไม่ควรจะมีดุลพินิจในการไม่บังคับชำระหนี้ให้โดยให้เป็นค่าเสียหายแทน¹²³

อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่น่าจะมีการบังคับชำระหนี้ได้แต่ศาลฎีกาไม่ได้มีคำพิพากษาเช่นนั้น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 506/2469 ที่โจทก์ทำสัญญาซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยแต่จำเลยไม่ยอมโอนที่ดินพิพาทให้ ศาลฎีกากลับพิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ทั้งนี้เพราะการจะบังคับให้จำเลยโอนที่ดินให้แก่โจทก์เป็นการไม่สะดวกและมีเหตุขัดข้องหลายประการ นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 815/2486 ที่โจทก์ทำสัญญาซื้อกระสอบป่านจากจำเลยโดยไม่ได้มีการระบุถึงที่มาของกระสอบป่าน การชำระหนี้จึงไม่เป็นการพ้นวิสัย โจทก์น่าจะมีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้แต่ศาลฎีกาให้เหตุผลในคดีนี้ว่าโจทก์ได้ไปซื้อกระสอบป่านมาจากที่อื่นแล้วจึงจะมาขอให้จำเลยส่งมอบอีกไม่ได้วินิจฉัยให้จำเลยชำระแต่เพียงค่าเสียหายเท่านั้น ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในช่วงเวลาดังกล่าวน่าจะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษโดยเฉพาะผู้พิพากษาและนักกฎหมายที่จบการศึกษาจากประเทศอังกฤษ คำวินิจฉัยข้างต้นจึงวินิจฉัยโดยอาศัยแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งค่าเสียหายเป็นการเยียวยาหลัก ส่วนการบังคับชำระหนี้เป็นเพียงข้อยกเว้นและเป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้

ทั้งนี้ในการจะวินิจฉัยเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงข้างต้นว่าควรจะมีหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปหรือข้อจำกัดของการตีความเรื่อง “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” มากน้อย

¹²³ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.618.

เพียงใดผู้เขียนจะทำการศึกษาจากกรณีตัวอย่างซึ่งเป็นกาวินิจฉัยถึงเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องในสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์ดังจะได้อธิบายต่อไป

3.6.1.1 ปัญหาตามสัญญาเช่าทรัพย์

สัญญาเช่าทรัพย์เป็น (1) สัญญาระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายซึ่ง (2) ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง (3) ภายในระยะเวลาอันจำกัดและ (4) ผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้นตามมาตรา 537¹²⁴ หากขาดลักษณะสำคัญประการหนึ่งประการใดไปย่อมไม่ใช่สัญญาเช่าทรัพย์¹²⁵ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่าทรัพย์คือการให้ผู้เช่าได้ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าเพื่อจะได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่า เช่น เช่าบ้านเพื่ออยู่อาศัย เช่ารถยนต์เอาไว้ขับ หรือให้ผู้เช่าได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า เช่น ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วงต่อโดยชอบด้วยกฎหมาย¹²⁶

ในการที่ผู้เช่าจะได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่าจึงจำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้ให้เช่าดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 537 546¹²⁷ 548¹²⁸ และมาตรา 549¹²⁹ ต่างก็ระบุถึงหน้าที่ของผู้ให้เช่าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้ผู้ให้เช่า

¹²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537

“อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น”

¹²⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.18-19.

¹²⁶ เพิ่งอ้าง, น.20.

¹²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 546

“ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้เช่านั้นในสภาพอันพร้อมแซมดีแล้ว”

¹²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 548

“ถ้าผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเช่านั้นโดยสภาพไม่เหมาะแก่การที่จะใช้เพื่อประโยชน์ที่เช่ามา ผู้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

¹²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 549

ทั้งสิ้น ผู้ให้เช่าจึงมีหน้าที่จะต้องกระทำการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่าได้เข้าครอบครองและใช้ประโยชน์ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อสัญญาเช่าได้เกิดขึ้นตามคำเสนอและคำสนองที่เกิดขึ้นแล้ว หากผู้ให้เช่าเปลี่ยนใจไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาเช่าให้ผู้เช่าอันเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง ผู้เช่าจะอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 213 เพื่อบังคับให้ผู้ให้เช่าชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาเช่าดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด กล่าวคือ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาเช่าทรัพย์สินนั้น กรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่

ตัวอย่างเช่น ก. ตกลงทำสัญญาเช่าอาคาร A จาก ข. มีกำหนด 30 ปี มีการจดทะเบียนการเช่ากันเรียบร้อยแล้ว สัญญาเช่าจึงสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้แต่ถึงเวลา ข. กลับไม่ยอมส่งมอบอาคาร A ให้ ก. เข้าไปใช้ประโยชน์ในอาคาร กรณีย่อมถือได้ว่า ข. เป็นฝ่ายผิดสัญญา หาก ก. ไม่มีที่อยู่หรือที่ใช้งานทำให้ต้องไปเช่าที่อื่นแทนในราคาแพงกว่าเดิมก็ย่อมเรียกให้ ข. รับผิดชอบค่าเสียหายนั้นได้ แต่ถ้า ก. ต้องการจะใช้อาคาร A นี้เท่านั้นจึงใช้สิทธิตามสัญญาเช่ามาฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่า ข. ละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเช่าให้แก่ตน กรณีศาลจะวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ตามสัญญาเช่าเปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่

หากพิจารณาเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า มาตรา 549 บัญญัติให้นำบทบัญญัติเรื่องการซื้อขายมาใช้บังคับโดยมาตรา 461¹³⁰ ก็กำหนดหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อเช่นเดียวกัน และหนี้ส่งมอบตามสัญญาซื้อขายก็เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้¹³¹ ดังนี้ ก. ก็น่าจะบังคับให้ ข. ส่งมอบอาคาร A ให้แก่ตนได้ สภาพแห่งหนี้จึงน่าจะเปิดช่องให้บังคับกันได้ในลักษณะเดียวกับสัญญาซื้อขาย อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาทั้งสองชนิดและสิทธิหน้าที่ระหว่างกันจะเห็นได้ถึงความแตกต่างกันอย่าง

“การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเช่าก็ดี ความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าในกรณีชำระชุดบกพร่องและรอนสิทธิก็ดี ผลแห่งข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบก็ดี เหล่านี้ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยการซื้อขายอนุโลมความตามควร”

¹³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 461

“ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อ”

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5825/2534 วินิจฉัยว่า “ศาลพิพากษาให้จำเลยโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินสองแปลงให้โจทก์และเสียค่าธรรมเนียม ค่าอากร ค่าภาษีเงินได้ตามสัญญาจะซื้อจะขาย หากไม่อาจโอนได้ให้จำเลยคืนเงินมัดจำ การที่จำเลยมีเงินไม่พอชำระค่าธรรมเนียม ค่าอากร ค่าภาษีเงินได้นั้นไม่ใช่เป็นกรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิด ช่องให้โอนที่ดินให้โจทก์ได้ แต่เป็นกรณีที่จำเลยมีภาระเพิ่มขึ้นในการที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้โจทก์ จำเลยจะคืนเงินมัดจำ แทนการโอนที่ดินให้โจทก์หาได้ไม่.”

ชัดเจน สัญญาซื้อขายมีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ขณะที่วัตถุประสงค์ของสัญญาเช่าคือการได้ใช้ประโยชน์จากสัญญาเช่าเท่านั้น และสิทธิหน้าที่ระหว่างกันสัญญาซื้อขายเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปและมีการส่งมอบกันเรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาแทบจะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ใดๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินต่อกันอีกมีเพียงเรื่องความรับผิดชอบหรือการรอนสิทธิเท่านั้น เมื่อส่งมอบกันเรียบร้อยแล้วก็เสมือนกับจบความสัมพันธ์กันไป แต่สัญญาเช่านั้นการส่งมอบทรัพย์สินกลับเป็นเหมือนการเริ่มต้นของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเช่าซึ่งจะมีอยู่ต่อไปจนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา เพราะเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่กันแล้วผู้ให้เช่าก็มีหน้าที่ต่างๆ เช่น ต้องซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า¹³² หรือแก้ไขความชำรุดบกพร่องที่เกิดแก่ทรัพย์สินขณะที่เช่า¹³³ และผู้เช่าก็ยังมีหน้าที่ต่างๆ เช่น หน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่า¹³⁴ หน้าที่จะต้องยอมให้ผู้ให้เช่าตรวจดูทรัพย์สินที่เช่า¹³⁵ หน้าที่จะต้องแจ้งให้ผู้ให้เช่าทราบเมื่อมีเหตุเกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่เช่า¹³⁶ หรือหน้าที่จะไม่ทำการดัดแปลงต่อเติมทรัพย์สินที่เช่า¹³⁷ เป็นต้น¹³⁸

¹³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 550

“ผู้ให้เช่าย่อมต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาเช่าและผู้ให้เช่าต้องจัดการซ่อมแซมทุกอย่างบรรดาซึ่งเป็นการจำเป็นขึ้น เว้นแต่การซ่อมแซมชนิดซึ่งมีกฎหมายหรือจารีตประเพณีว่าผู้เช่าจะพึงต้องทำเอง”

¹³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 551

“ถ้าความชำรุดบกพร่องแห่งทรัพย์สินที่เช่านั้นไม่เป็นเหตุถึงแก่ผู้เช่าจะต้องปราศจากการใช้และประโยชน์ และผู้ให้เช่ายังแก้ไขได้ไซ้ ผู้เช่าต้องบอกกล่าวแก่ผู้ให้เช่าให้จัดการแก้ไขความชำรุดบกพร่องนั้นก่อนถ้าและผู้ให้เช่าไม่จัดทำให้คืนดีภายในเวลาอันสมควร ผู้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้หากว่าความชำรุดบกพร่องนั้นร้ายแรงถึงสมควรจะทำเช่นนั้น”

¹³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 553

“ผู้เช่าจำต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่านั้นเสมือนกับที่วิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง และต้องบำรุงรักษาทั้งทำการซ่อมแซมเล็กน้อยด้วย”

¹³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 555

“ผู้เช่าจำต้องยอมให้ผู้ให้เช่าหรือตัวแทนของผู้ให้เช่าเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เช่าเป็นครั้งคราวในเวลาและระยะอันสมควร”

¹³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 557

“ในกรณีอย่างใดๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าทรัพย์สินที่เช่านั้นชำรุดควรที่ผู้ให้เช่าจะต้องซ่อมแซมก็ดี

จะเห็นได้จากนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาจะต้องมีต่อกันภายหลังจากการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าแก่กันแสดงถึงความไว้นับถือใจระหว่างกันของคู่สัญญาตามสัญญาเช่าที่ควรจะมีอยู่จนสิ้นระยะเวลาตามสัญญาเช่าแตกต่างจากการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันที่เมื่อส่งมอบแล้วก็จบความสัมพันธ์กันลงไป เช่นนี้จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาเช่าอาคารข้างต้นนี้ควรจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอย่างไร กล่าวคือสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ หากว่าบังคับให้ชำระหนี้ให้ไปแล้วนิติสัมพันธ์ที่คู่กรณีจะต้องมีต่อกันภายหลังจะดำเนินไปในทิศทางใดเพราะความสัมพันธ์ระหว่างกันย่อมไม่เหมือนเดิม เมื่อฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ก็ต้องมาฟ้องร้องบังคับกันอยู่ตลอดเวลา หรือจะถือว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้และบังคับได้แต่เฉพาะค่าเสียหายเท่านั้น

3.6.1.2 ปัญหาตามสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างตกลงทำการงานให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงให้สินจ้างตอบแทน¹³⁹ วัตถุประสงค์ของสัญญาจึงมุ่งถึงความสำเร็จของการทำงานที่ทำ

(2) ถ้าจะต้องจัดการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อปิดป้องภัยอันตรายแก่ทรัพย์สินนั้นก็ดี

(3) ถ้าบุคคลภายนอกกรุกล้ำเข้ามาในทรัพย์สินที่เช่า หรือเรียกอ้างสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเหนือทรัพย์สินนั้นก็ดี

ในเหตุดังกล่าวนี้ให้ผู้เช่าแจ้งเหตุแก่ผู้ให้เช่าโดยพลัน เว้นแต่ผู้ให้เช่าจะได้ทราบเหตุนี้มาก่อนแล้ว

ถ้าผู้เช่าละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ไซ้ ท่านว่าผู้เช่าจะต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าในเมื่อผู้ให้เช่าต้องเสียหายใดๆ เพราะความละเลยชักช้าของผู้เช่านั้น”

¹³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 558

“อันทรัพย์สินที่เช่านั้น ถ้ามิได้รับอนุญาตของผู้ให้เช่าก่อน ผู้เช่าจะทำการดัดแปลงหรือต่อเติมอย่างหนึ่งอย่างใดหาได้ไม่ ถ้าและผู้เช่าทำไปโดยมิได้รับอนุญาตของผู้ให้เช่าเช่นนั้นไซ้ เมื่อผู้ให้เช่าเรียกร้อง ผู้เช่าจะต้องทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนคงสภาพเดิม ทั้งจะต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าในความสูญหายหรือบุบสลายอย่างใดอันเกิดแต่การดัดแปลงต่อเติมนั้นด้วย”

¹³⁸ ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมาย เช่าทรัพย์สิน - เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.71, 95.

¹³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587

เป็นสำคัญ ผู้รับจ้างจึงมีหน้าที่จะต้องกระทำการงานดังกล่าวให้เป็นผลสำเร็จแก่ผู้ว่าจ้าง โดยการทำงานที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำให้แก่ผู้ว่าจ้างอาจจะเป็นการทำการงานโดยมิได้ก่อให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นก็ได้¹⁴⁰ เช่น สัญญาจ้างว่าความ¹⁴¹ หรือสัญญาจ้างให้วางแผนการบริหารจัดการ¹⁴² สัญญาเหล่านี้ลูกหนี้ (ผู้รับจ้าง) มีหนี้ซึ่งเป็นหนี้ที่ตนเองจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสิ้น (ต้องกระทำการว่าความหรือกระทำการวางแผนการบริหาร)

นอกจากนี้การงานที่ทำนั้นอาจจะเป็นกรณีที่ทำให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาใหม่ก็ได้ เช่น สัญญาจ้างให้ก่อสร้างอาคาร หรือสัญญาจ้างให้ทำตู้เฟอร์นิเจอร์ขึ้นมาใหม่ หรือสัญญาจ้างให้วาดภาพ เหล่านี้ลูกหนี้ (ผู้รับจ้าง) มีหนี้ที่จะต้องกระทำการก่อสร้างหรือผลิตทรัพย์สินตามความประสงค์ของสัญญาจ้างทำของ ในกรณีนี้เมื่อทำการงานที่จ้างเสร็จแล้วก็ต้องส่งมอบให้กับผู้ว่าจ้างไปใช้ประโยชน์ด้วย แม้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจ้างทำของ ไม่ได้กำหนดโดยตรงว่าผู้รับจ้างมีหน้าที่จะต้องส่งมอบแต่ก็ได้มีการกำหนดความรับผิดในกรณีส่งมอบทรัพย์สินล่าช้าหรือชำรุดบกพร่องเอาไว้ในมาตรา 596¹⁴³ หรือในมาตรา 602¹⁴⁴ ก็กำหนดให้ผู้ว่าจ้างชำระสินจ้างเมื่อได้รับมอบการที่ทำนั้น ลูกหนี้ตามสัญญาจ้างทำของจึงมีหนี้ที่จะต้องกระทำการตามที่ได้รับว่าจ้างและส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้าง (จะต่างกับกรณีแรกที่ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบ

“อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

¹⁴⁰ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.132.

¹⁴¹ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7337/2548

¹⁴² เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1707/2550 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1681-1683/2548

¹⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 596

“ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ทำไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดี หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญา เมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะได้ลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญแห่งสัญญาอยู่ที่เวลา ก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้”

¹⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 602

“อันสินจ้างนั้นพึงใช้ให้เมื่อรับมอบการที่ทำ

ถ้าการที่ทำนั้นมีกำหนดว่าจะส่งรับกันเป็นส่วนๆ และได้ระบุจำนวนสินจ้างไว้เป็นส่วนๆ ใช้ว่าพึงใช้สินจ้างเพื่อการแต่ละส่วนในเวลารับเอาส่วนนั้น”

การงานที่ทำแก่กัน) ในกรณีหลังนี้ที่ลูกหนี้มีหนี้จะต้องกระทำการ ซึ่งรวมถึงการส่งมอบด้วยในตัว จึงเกิดปัญหาว่าหากลูกหนี้ยังกระทำการดังกล่าวไม่สำเร็จหรือกระทำการงานดังกล่าวสำเร็จลุล่วงไปแล้วแต่ลูกหนี้กลับไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างเสียที กรณีนี้ผู้ว่าจ้างในฐานะเป็นเจ้าหนี้จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้เป็นไปตามสัญญาจ้างทำของหรือไม่

ตัวอย่างเช่น ก. ตกลงว่าจ้าง ข. ให้สร้างตู้เก็บโดยต้องการอาศัยฝีมือของ ข. เท่านั้นในการสร้างของให้แก่ตนในราคา 5,000 บาท ปรากฏว่า ข. เริ่มทำการสร้างตู้เก็บของแล้วแต่ยังไม่สำเร็จดี และไม่ยอมทำต่อไป ก. จะมีสิทธิฟ้องบังคับให้ ข. ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เพียงใด กรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ หรือหาก ข. ทำตู้เก็บของเสร็จแล้วแต่ไม่ยอมมอบให้ ก. กลับเอาไว้ใช้งานเอง จึงมาฟ้องของบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาจ้างเพื่อให้ ข. ชำระหนี้แก่ตน กรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ ทั้งนี้หากพิจารณาจากลักษณะของสัญญาจ้างทำของที่อาศัยความสามารถเฉพาะตัวของลูกหนี้จะบังคับลูกหนี้ได้หรือไม่ หรือจะถือการงานที่ต้องอาศัยความสามารถเฉพาะตัวได้เสร็จสิ้นลงแล้ว ในทางกฎหมายสารบัญญัติจะยอมให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาจ้างทำของซึ่งลูกหนี้มีหนี้จะต้องกระทำการให้การงานสำเร็จได้มากนักน้อยเพียงใด

3.6.1.3 ปัญหาตามสัญญาใช้คนรูป

สัญญาใช้คนรูปเป็นสัญญาที่ผู้ให้ยืมตกลงให้ผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้โดยผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินให้เมื่อใช้สอยเสร็จแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 640 โดยมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การให้ผู้ยืมได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยืม จึงมิได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ยืม ผู้ให้ยืมจึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้อยืมก็ได้ ลักษณะสำคัญอีกประการคือผู้ยืมมีหน้าที่จะต้องส่งคืนทรัพย์สินที่ยืมด้วยตามมาตรา 640 ตอนท้าย และมาตรา 646¹⁴⁵ ก็กำหนดหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินที่ยืมแก่ผู้ให้ยืมด้วย¹⁴⁶

¹⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 646

“ถ้ามิได้กำหนดเวลากันไว้ ท่านให้คืนทรัพย์สินที่ยืมเมื่อผู้ยืมได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว ตามการอันปรากฏในสัญญา แต่ผู้ให้ยืมจะเรียกคืนก่อนนั้นก็ได้ เมื่อเวลาได้ล่วงไปพอแก่การที่ผู้ยืมจะได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว

ถ้าเวลาก็มิได้กำหนดกันไว้ ทั้งในสัญญาก็ไม่ปรากฏว่ายืมไปใช้เพื่อการใดไซ้ ท่านว่าผู้ให้ยืมจะเรียกของคืนเมื่อไรก็ได้”

¹⁴⁶ ปัญญา ธนอมรอด, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.13. ; ไพทิต เอกจริยกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.40.

ดังนั้นเมื่อผู้ยืมใช้สอยทรัพย์สินเสร็จแล้ว ผู้ยืมยังคงมีหนี้ตามสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปในการจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืม ซึ่งถือเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ได้เป็นการเรียกเอาคืนโดยอาศัยฐานของกรรมสิทธิ์ด้วยแล้ว

ตัวอย่างเช่น ก. นำรถยนต์ที่มีชื่อมารดาของ ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไปให้ ข. ยืมเป็นเวลา 1 เดือน ในระหว่างนั้น ข. เอารถยนต์ไปฝากไว้แก่ ค. หรือ ข. เอารถยนต์ดังกล่าวไปให้ ค. ยืมอยู่ เมื่อครบกำหนด ข. จึงไม่ได้ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ ก. แม้จะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ยืมตามมาตรา 643 ซึ่งทำให้ ก. มีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนได้ก็ตาม แต่ถ้าจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกัน หาก ก. มาฟ้อง ข. เพื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปแต่รถยนต์ยังอยู่ในความครอบครองของ ค. อยู่ กรณี ก. จะมีสิทธิฟ้องให้ ข. ชำระหนี้ได้เพียงใด แม้ทรัพย์สินจะอยู่กับบุคคลภายนอกซึ่งมีแนวคำพิพากษาฎีกาว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้แต่ก็เป็นเรื่องของสัญญาซื้อขายซึ่งทำให้บุคคลภายนอกได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินพิพาทไปแล้วหรือกรรมสิทธิ์เป็นของบุคคลภายนอกอยู่แล้ว ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องลูกหนี้ชำระหนี้ได้เพราะลูกหนี้ไม่อาจไปบังคับบุคคลภายนอกให้อนกรรมสิทธิ์คืนมาได้ แต่กรณีตามตัวอย่างนี้บุคคลภายนอกไม่ได้มีการได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในรถยนต์แต่อย่างใดมีเพียงสิทธิตามสัญญากับ ข. เท่านั้น กรณีจะถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับลูกหนี้คือ ข. ชำระหนี้ตามสัญญาผู้ยืมใช้คงรูปนี้ได้หรือไม่

3.6.1.4 ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์สิน

สัญญาฝากทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 657 เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการเก็บรักษาทรัพย์สินเอาไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ฝากแล้วผู้รับฝากจะคืนทรัพย์สินที่ฝากให้ ดังนั้นผู้รับฝากจึงมีหน้าที่หรือมีหนี้ที่จะต้องกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการรักษาทรัพย์สินที่ตนได้รับฝากเอาไว้และกระทำการอย่างใดอันเป็นการคืนทรัพย์สินที่รับฝากเอาไว้แก่ผู้ฝากเมื่อผู้ฝากเรียกคืนตามมาตรา 662 หรือเมื่อสิ้นกำหนดเวลาตามสัญญาฝากทรัพย์สินแล้ว¹⁴⁷ ดังนั้นหากผู้รับฝากทำการรักษาทรัพย์สินจนครบกำหนดระยะเวลาแล้วแต่ไม่ยอมคืนทรัพย์สินที่รับฝากไว้ หรือเมื่อผู้ฝากเรียกทรัพย์สิน ผู้รับฝากกลับไม่ยอมคืนทรัพย์สินให้ เช่นนี้ผู้ฝากย่อมต้องอาศัยสิทธิทางศาลในการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา จึงมีปัญหาว่าการอาศัยสิทธิตามสัญญาฝากทรัพย์สินแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 662

“ถ้าได้กำหนดเวลากันไว้ว่าจะพึงคืนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเมื่อไร ท่านว่าผู้รับฝากไม่มีสิทธิจะคืนทรัพย์สินก่อนถึงเวลากำหนด เว้นแต่ในเหตุจำเป็นอันมิอาจจะก้าวล่วงเสียได้”

คำนึงถึงหลักกรรมสิทธิ์แล้ว การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาฝากทรัพย์จะทำได้มากน้อยเพียงใด

ตัวอย่างเช่น ก. ฝากรถยนต์ของมารดาตนเองเอาไว้กับ ข. มีกำหนดเวลา 1 เดือน ปรากฏว่า ข. เอาไปให้ ค. ยืม เมื่อครบกำหนดเวลาจึงไม่ได้ส่งมอบคืนให้กับ ก. หาก ก. มาฟ้องบังคับให้ ข. ชำระหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์ แม้ว่ารถยนต์จะยังอยู่ในความครอบครองของ ค. ตามสัญญา ยืมใช้คงรูประหว่าง ข. กับ ค. และ ค. เองเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีนิติสัมพันธ์อย่างใดๆ กับ ก. และ ก. เองก็ไม่สามารถจะอ้างหลักกรรมสิทธิ์ ย. ค. ได้ และไม่สามารถจะอาศัยสัญญาฝากทรัพย์ บังคับเอา กับบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม ก. ยังคงอาศัยสิทธิตามสัญญาฝากทรัพย์ บังคับชำระหนี้เอา กับ ข. ซึ่งเป็นลูกหนี้ของตนได้ เพียงแต่ว่าการฟ้องบังคับในกรณีดังกล่าวนี้จะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าสภาพแห่งหนี้ในกรณีตามตัวอย่างนั้นเปิดช่องให้บังคับเอา กับลูกหนี้คือ ข. ได้หรือไม่

3.6.2 ปัญหาในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในประการแรกนั้น สืบเนื่องจากกรณีตัวอย่างในเอกเทศสัญญาทั้งสี่ประเภทข้างต้น หากได้วินิจฉัยแล้ว ว่ากรณีทั้งสี่ตัวอย่างนั้นเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้ จึงมีปัญหาคือต่อไปว่าศาลจะกำหนดวิธีการบังคับคดีว่าเป็นการส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งใดหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการอธิบายว่าการส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์ยังไม่ได้อยู่กับเจ้าหนี้หรือการส่งคืนก็เป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์อยู่กับเจ้าหนี้แล้ว แต่มีความจำเป็นหรือไม่ที่การส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งกันตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 346 จะต้องเป็นการส่งมอบทรัพย์ที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์กันหรือมีความเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือมีฐานของกรรมสิทธิ์รองรับเอาไว้ หากเป็นการส่งมอบทรัพย์ใดๆ โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์เลยจะอยู่ในบังคับของการบังคับคดีให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งเพียงใด กล่าวคือ การส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งเช่นว่านี้จะใช้บังคับกับหนี้ส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการได้หรือไม่ หรือกรณีจะต้องถือว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งที่จะต้องอาศัยการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ในส่วนของการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา ทั้งนี้เนื่องจากในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 361 ได้กำหนดวิธีการในการบังคับชำระหนี้โดยอาศัยการจับกุม กักขังลูกหนี้จนกว่าลูกหนี้จะปฏิบัติตามชำระหนี้ ในประเด็นนี้จึงมีปัญหาโดยเฉพาะในหนี้กระทำการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 358 ว่าวิธีการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ชำระหนี้ นั้นจะขัดกับหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 หรือไม่ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าในมาตรา 213 หนี้กระทำการซึ่งโดยหลักแล้วเราไม่สามารถจะ

บังคับฝืนใจลูกหนี้ได้ กฎหมายจึงกำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้โดยอ้อมเอาไว้ เช่น การใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา หรือให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนโดยลูกหนี้ออกค่าใช้จ่าย ก็เพื่อที่จะยืนยันหรือคุ้มครองไม่ให้มีการบังคับชำระหนี้เอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้หรือหากพิจารณาจากถึงถ้อยคำที่ว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” จึงไม่อาจบังคับได้ก็เป็นเพราะว่าการจะบังคับนั้นเป็นการบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ มาตรา 213 จึงกำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ว่าในกรณีนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยเฉพาะในส่วนของการบังคับตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเองโดยไม่อาจร้องขอให้บุคคลภายนอกทำแทนได้ตามมาตรา 358 นั้นกฎหมายบัญญัติถึงกรณีที่เจ้าหนี้สามารถร้องขอให้จับกุม คမ်းลูกหนี้ตามมาตรา 361 เพื่อให้ลูกหนี้กระทำการตามคำพิพากษาของศาลได้ด้วย ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนนี้เป็นผลทำให้ในท้ายที่สุดแล้วก็มีการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการตามคำพิพากษาขึ้นได้และเป็นการบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ซึ่งมีประเด็นว่าจะขัดกับหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติในส่วนของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 หรือไม่ กล่าวคือจะการที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปิดช่องให้จับกุม คမ်းลูกหนี้ตามคำพิพากษาเอาไว้เพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อยอมกระทำได้ในหนี้ทุกประเภทหากว่าเจ้าหนี้ขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 361 แล้ว ฉะนั้นก็ไม่อาจจะมีกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องได้เนื่องจากหากพิจารณาถึงผลในท้ายที่สุดแล้วไม่ว่าจะเป็นหนี้ใดๆ เจ้าหนี้ก็ร้องขอให้เอาตัวลูกหนี้มาขังไว้จนกว่าลูกหนี้จะยอมชำระหนี้ได้จึงมีประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5 ว่าบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้เพื่อบังคับตามคำพิพากษานี้จะขัดกับหลักในเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตามมาตรา 213 หรือไม่เพียงใด

3.7 บทสรุป

ผลจากการร่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194 โดยใช้วิธีการคัดลอกมาโดยไม่ได้นำถึงหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่อยู่เบื้องหลังประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 241 อันเป็นต้นแบบของมาตรา 194 ทำให้หลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามแบบของประมวลกฎหมายเยอรมันที่มองว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าหนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้หรือวัตถุแห่งหนี้ว่าเป็นหนี้กระทำการใดหรือสละหรือส่งมอบทรัพย์สินเลย ทั้งยังเป็นการพิจารณาในแง่ของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย

สารบัญญัติเท่านั้นและปล่อยให้ปัญหาในการจะบังคับได้หรือไม่เป็นหน้าที่ของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อไป แนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังเช่นนี้ไม่ได้ถูกรับเข้าในระบบกฎหมายของไทยด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของไทยต้องอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 213 ที่คณะกรรมการร่างกฎหมายร่างขึ้นมาเพื่อการนี้โดยเฉพาะโดยเข้าใจว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเช่นเดียวกันทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ขึ้นในระบบกฎหมายไทยเริ่มตั้งแต่สถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทยไปจนถึงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งทำให้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวไป บทบัญญัติในมาตรา 213 จึงมีลักษณะที่เป็นบทบัญญัติในเชิงกฎหมายวิธีพิจารณาความมากกว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ ขณะที่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่แก้ไขใหม่แม้จะสามารถแก้ไขปัญหบางประการที่มีมาแต่เดิมได้แต่ก็ยังมีความจำเป็นต้องตีความบทบัญญัติในบางมาตราดังที่ได้อธิบายไป

ดังนั้นในการจะตอบปัญหาต่างๆ ข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตั้งแต่กระบวนการร่างกฎหมายเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะในประเทศที่เป็นต้นแบบในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่ามีแนวความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอย่างไรเพื่อนำไปสู่การตีความคำว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” ว่ามีความหมายครอบคลุมเพียงใดเพื่อจะตอบปัญหาในประการอื่นต่อไป รวมไปถึงวิธีการที่ประเทศเหล่านี้ใช้เพื่อบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอันเป็นกระบวนการในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความเพื่อนำไปสู่การตอบปัญหาที่ได้กล่าวเอาไว้ข้างต้นโดยที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์และหาคำตอบโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 4

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในต่างประเทศ

4.1 ความนำ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์รวมถึงแนวความคิดในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตั้งแต่กระบวนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปจนถึงการใช้และการตีความในปัจจุบันซึ่งก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนบางประการขึ้นตามที่คุณเขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในกฎหมายต่างประเทศว่าในแต่ละประเทศมีวิธีคิดและมีวิธีแก้ปัญหาข้างต้นอย่างไรบ้าง โดยผู้เขียนจะเริ่มจากการศึกษากฎหมายของประเทศเยอรมนีในฐานะที่ถูกใช้เป็นต้นแบบของมาตรา 194 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยโดยเฉพาะหลักความสำคัญของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (primacy of specific performance) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งยอมรับว่าหนี้ทุกๆ ประเภทเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสมอหากการชำระหนี้ยังไม่พ้นวิสัย ขณะที่การจะบังคับกันได้เพียงใดหรือบังคับกันอย่างไรเป็นเรื่องที่นักกฎหมายเยอรมันนำไปอธิบายไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ในส่วนที่สองผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสโดยจะเน้นศึกษาในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ซึ่งเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 414 ที่คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใช้เป็นต้นแบบของมาตรา 213 โดยเฉพาะลักษณะสำคัญที่อาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้ว่าหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการจะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายทันทีเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งก็มีแนวคิดและคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสที่ออกมาอธิบายและตีความหลักการนี้ให้สอดคล้องกับความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น ขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 2016 ผู้เขียนจะอธิบายพอสังเขปเท่านั้น เมื่อทราบถึงหลักคิดในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเดิมแล้วก็จะศึกษาต่อไปถึงวิธีการบังคับชำระหนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสต่อไป

ส่วนสุดท้ายผู้เขียนจะทำการศึกษาจากแนวความคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมีฐานะเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรองและถือเป็นข้อยกเว้นเท่านั้นว่าข้อยกเว้นต่างๆ มีกรณีใดบ้างที่ศาลมักจะพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ และข้อเท็จจริงเหล่านั้นมีลักษณะร่วมกันเพียงใด และจะทำการศึกษาไปตลอดถึงวิธีการที่ศาลอังกฤษใช้บังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวด้วย

4.2 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายเยอรมัน

4.2.1 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ค.ศ.2002

ดังที่ได้กล่าวไปข้างแล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.3.3 และ 2.3.4 ว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือหลัก “pacta sunt servanda” โดยที่แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะไม่ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้โดยตรงเอาไว้เลยก็ตามแต่นักกฎหมายเยอรมันตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันต่างก็อาศัยบทบัญญัติในมาตรา 241 เป็นตัวอย่างซึ่งเห็นได้ชัดเจนในการอธิบายหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้

แม้มาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะวางหลักว่าเพียงว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้...” แต่นักกฎหมายเยอรมันต่างก็ยอมรับว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹ โดย Florian Faust² และ Volker Wiese³ อธิบายเพิ่มเติมโดยอิงกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในกฎหมายโรมันว่า เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแล้วคู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาเสมอ สิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกให้ชำระหนี้ย่อมมีขึ้น

¹ Munin Pongsapan, “The Reception of Foreign Private Law in Thailand in 1925 : A Case Study of Specific Performance” (Ph.D. Thesis, University of Edinburgh, 2013), p.140. ; Su-Anne van der Merwe, “A Comparative Evaluation of the Judicial Discretion to Refuse Specific Performance”, (Ph.D. Thesis, Stellenbosch University, 2014), p.50.

² ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายซีวิลลอว์ของเยอรมัน กฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ และกฎหมายเปรียบเทียบที่โรงเรียนสอนกฎหมายเบอร์ซีอุส (Bucerius Law School) ในเมืองฮัมบูร์ก

³ ศาสตราจารย์ที่โรงเรียนสอนกฎหมายเบอร์ซีอุส (Bucerius Law School) ในเมืองฮัมบูร์ก

ทันที และแม้ต่อมาจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นก็ไม่ทำให้สิทธินั้นหายไปเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้อันเป็นมาตรการเยียวยาหลักในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴

จะเห็นได้ว่าจากคำอธิบายดังกล่าวในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมัน สิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงมีขึ้นพร้อมกันกับการเกิดหนี้ระหว่างกัน ดังนี้ไม่ว่าจะเป็นหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เมื่อขณะทำสัญญาเพื่อก่อให้เกิดมูลหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการขึ้น เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ชำระหนี้ขึ้นทันที และแม้ต่อมาจะมีการผิดสัญญาจากลูกหนี้ก็ย่อมไม่ทำให้เจ้าหนี้สูญเสียสิทธิดังกล่าวไป กล่าวคือเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ต่อไปไม่ว่าจะเป็นหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือหนี้โอนทรัพย์สินก็ตาม⁵ ดังนี้ไม่ว่าจะเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญาใช้คงรูปหรือสัญญาฝากทรัพย์ หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 241 แล้วเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เสมอโดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้ในกรณีต่างๆว่าจะเปิดช่องให้บังคับกันได้เพียงใด

อย่างไรก็ตามการอธิบายข้างต้น เป็นการอธิบายในเชิงที่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในทางกฎหมายสารบัญญัติมากกว่าจะเป็นการอธิบายถึงสิทธิในการบังคับชำระหนี้ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ทั้งนี้สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ก็เป็นที่ชัดเจนว่ารวมไปถึงสิทธิที่จะขอให้ศาลพิพากษาให้ชำระหนี้รวมอยู่ด้วย⁶ กล่าวคือในเยอรมันยอมรับกันว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เสมอซึ่งรวมไปถึงมีสิทธิจะใช้สิทธิทางศาลในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เสมอ โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องสภาพแห่งหนี้แต่อย่างใด ส่วนปัญหาว่าสิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวไม่จะเป็นการเรียกให้ชำระหนี้หรือการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะบังคับกันได้มากน้อยเพียงใด หรือบังคับด้วยวิธีการอย่างไรรั้นในเยอรมันถือเป็นเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเฉพาะซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในส่วนถัดไป

⁴ Munin Pongsapan, *supra note 1*, pp.140-141. ; Maarten H.J. Smits, “Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance”, (LLM Thesis, University of Amsterdam, 2014), pp.28-30.

⁵ E.J. Cohn, *Manual of German Law Volume I*, (London : Oceana Publication, 1968), pp.101-102.

⁶ G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, (Oxford : Clarendon Press, 1988), p.51.

4.2.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่งเยอรมัน

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะยอมรับว่าสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิหลักในระบบกฎหมายหนี้ของเยอรมันดังที่อธิบายไปข้างต้นแล้ว แต่ในทางปฏิบัติเมื่อเจ้าหนี้ต้องอาศัยอำนาจของศาลผ่านคำพิพากษาของศาลในการบังคับชำระหนี้ตามสิทธิของเจ้าหนี้ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (ZPO) จึงกำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาแยกไปตามสภาพแห่งหนี้ที่ระบุเอาไว้ในคำพิพากษาของศาลว่าเป็นคำพิพากษาให้ชำระหนี้เงินให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด⁷

4.2.2.1 คำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นเงิน

เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นหนี้เงินมีทางเลือกในการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้หลากหลายวิธีขึ้นอยู่กับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในคดีนั้นๆ โดยเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาล (court executor) ที่จะรวบรวมเงินเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา⁸

(1) กรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง (tangible personal property)

สำหรับสังหาริมทรัพย์จำพวกนี้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจเข้าไปค้นในที่ดินหรือบ้านของลูกหนี้เพื่อยึดเอาสังหาริมทรัพย์เหล่านั้นมาได้ แต่หากลูกหนี้ไม่ยินยอมให้เข้าไปเจ้าพนักงานจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลซึ่งที่ดินหรือบ้านของลูกหนี้ตั้งอยู่ในเขตอำนาจตามมาตรา 758a เสียก่อน⁹ อย่างไรก็ตามทรัพย์สินบางประเภทที่มีไว้เพื่อการดำรงชีพ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงห้ามมิให้ยึดมาบังคับคดีตามมาตรา 811 เช่น อาหารหรือเชื้อเพลิงในการ

⁷ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract : A Comparative Treatise, Second Edition, (Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2006), p.403.

⁸ Peter L. Murray and Rolf Stürner, German Civil Justice, (Durham, N.C. : Carolina Academic Press, 2004), p.447. ; Nigel Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, (Oxford : Oxford University Press, 2010), p.164.

⁹ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *Ibid.*, p.447.

ดำรงชีพสำหรับลูกหนี้หรือครอบครัวเป็นเวลาสี่อาทิตย์ หรือจำนวนเงินสำหรับซื้ออาหารหรือเชื้อเพลิง เช่นว่านั้น¹⁰

เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีพบเงินหรือทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งสามารถบังคับคดีได้ จะทำการยึดเอาไว้ในการครอบครองของเจ้าพนักงาน หรือติดประกาศแจ้งว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ถูกยึดเอาไว้ และทำการแจ้งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษารับทราบ ทั้งนี้เมื่อได้ทำการยึดทรัพย์สินเอาไว้แล้วลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่สามารถจะนำไปจำหน่าย จ่ายหรือโอนให้แก่บุคคลภายนอกได้อีก หากลูกหนี้ฝ่าฝืนและมีการโอนไปยังบุคคลภายนอก กรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อหรือบุคคลภายนอกย่อมตกอยู่ภายใต้การยึดทรัพย์สินของเจ้าหนี้¹¹ นอกจากนี้กรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกยินยอมเจ้าพนักงานบังคับคดีก็สามารถยึดเอาไว้ได้โดยตรง¹² ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยึดอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าพนักงานไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่นหรือไม่ หากอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วย่อมสามารถยึดมาได้โดยเป็นสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะต้องมาร้องคัดค้านต่อไป¹³

นอกจากนี้ในกรณีที่ไม่สามารถหาทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าพนักงานบังคับคดียังมีอำนาจสอบถามลูกหนี้ว่ายังมีทรัพย์สินอื่นๆ ที่อาจนำมาชำระหนี้ได้หรือไม่เพียงใด และมีอำนาจสอบถามบุคคลในครัวเรือนของลูกหนี้ได้ด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 806 a (2)¹⁴

สำหรับทรัพย์สินที่ได้ยึดมาแล้วเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องนำออกขายทอดตลาด โดยการขายทอดตลาดจะต้องทำภายหลังการยึดไม่น้อยกว่าหนึ่งสัปดาห์ เว้นแต่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรือจะทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาลง หรือเพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ยังต้องทำการขายทอดตลาดในท้องที่ที่ทำการยึด เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นและต้องมีการประกาศโฆษณาให้ทราบโดยทั่วไป เมื่อขายทอดตลาดได้เงินมาแล้วก็ให้หักค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานบังคับคดีออกไป และส่งมอบเงินให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, p.448.

¹² *Ibid.*

¹³ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, (Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005), p.381.

¹⁴ Peter L. Murray and Rolf Sturmer, *supra note 8*, p.448.

รับชำระหนี้ต่อไป ในกรณีที่ทรัพย์ที่ยึดไว้เป็นเงินเจ้าพนักงานบังคับคดีก็สามารถส่งมอบให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปได้เลยโดยให้ถือว่ามีการชำระหนี้กันในเวลาที่ไต่คดีเงินนั้นเอาไว้¹⁵

(2) กรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นอสังหาริมทรัพย์ (real estate)

สำหรับการยึดอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้เงิน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิเลือกที่จะขายอสังหาริมทรัพย์แล้วนำเงินมาชำระหนี้ หรือเลือกที่จะรับชำระหนี้จากประโยชน์หรือรายได้ที่ลูกหนี้จะได้รับจากอสังหาริมทรัพย์นั้น¹⁶

กรณีแรกการบังคับชำระหนี้เงินจากอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้โดยการขายทอดตลาดเป็นกระบวนการโดยทางศาล เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำร้องต่อศาล และหากศาลเห็นว่าอสังหาริมทรัพย์เป็นของลูกหนี้ กล่าวคือมีชื่อของลูกหนี้เป็นเจ้าของในทะเบียน ศาลจึงจะมีคำสั่งให้ทำการขายทอดตลาดโดยกำหนดเวลา สถานที่และเงื่อนไขตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้การขายทอดตลาดดังกล่าวย่อมไม่กระทบถึงสิทธิหรือบุริมสิทธิของบุคคลอื่นที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น สิทธิใดๆ ที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์และได้ทำการจดทะเบียนไว้แล้วก่อนทำการขายทอดตลาด แม้จะทำการขายทอดตลาดไปแล้วก็ยังคงมีอยู่ต่อไปโดยผู้ให้ราคาสูงสุดจะได้รับการทำสัญญาและได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไปโดยผลของคำพิพากษา (judicial act)¹⁷

นอกจากการขายทอดตลาดข้างต้นแล้ว ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาพอใจในรายได้ที่เกิดจากอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ เจ้าหนี้อาจจะใช้วิธีการบังคับชำระหนี้เงินจากอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ โดยขอให้ศาลตั้งเจ้าพนักงานของรัฐขึ้นมาเพื่อดูแลบริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจนกว่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดรายได้เพียงพอต่อการชำระหนี้ โดยเจ้าพนักงานของรัฐที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลมีอำนาจจัดการบริหารอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวตามที่เห็นสมควรเพื่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ทั้งนี้อำนาจของเจ้าพนักงานดังกล่าวย่อมสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนหรือศาลมีคำสั่งให้ทำการยึดเพื่อนำออกขายทอดตลาดต่อไป

ทั้งนี้นอกเหนือไปจากสองกรณีข้างต้นแล้วเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายังอาจใช้การจดทะเบียนบุริมสิทธิแทนได้ (execution lien) โดยเจ้าพนักงานที่ดิน (land register) จะดำเนินการจดทะเบียนสิทธิในจำนวนหนี้ตามคำพิพากษาในอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้แต่การจด

¹⁵ *Ibid.*, p.449.

¹⁶ *Ibid.*, p.451. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *supra* note 13, pp.382-383.

¹⁷ Peter L. Murray and Rolf Sturmer, *Ibid.*, pp.452-453.

ทะเบียนนี้เป็นเพียงหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้เท่านั้นไม่มีผลเป็นการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้หรือทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามคำพิพากษาแต่อย่างใด¹⁸

(3) กรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property)

ในบางกรณีทรัพย์สินที่มีมูลค่าส่วนใหญ่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาก็อยู่ในรูปของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่น เงินในบัญชีธนาคาร หรือสิทธิเรียกร้องเป็นเงินที่ลูกหนี้มีอยู่เหนือบุคคลที่สาม ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขออายัดสิทธิเรียกร้อง โดยศาลจะพิจารณาว่าสิทธิเรียกร้องดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงใด และไม่ใช่สิทธิเรียกร้องที่ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดี เช่น เงินเดือนในวงเงินที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของลูกหนี้ หากได้ความดังกล่าวข้างต้นศาลจะมีคำสั่งห้ามมิให้ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องรวมถึงมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้โดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีหน้าที่ต้องส่งสำเนาคำสั่งดังกล่าวไปให้แก่บุคคลภายนอก ส่วนการส่งสำเนาคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาล ทั้งนี้การอายัดจะมีผลทางกฎหมายเมื่อได้มีการแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบคำสั่งของศาลแล้วเท่านั้น¹⁹

อย่างไรก็ตามคำสั่งอายัด (order of attachment) ข้างต้นเพียงแต่ห้ามลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบุคคลภายนอกเท่านั้น ยังไม่ทำให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับชำระหนี้แต่อย่างใด โดยเจ้าหนี้จะต้องได้รับคำสั่งจากศาลให้โอนสิทธิเรียกร้อง (order of assignment) ที่อายัดไว้ให้แก่ตนเสียก่อนจึงจะมีสิทธิในสิทธิเรียกร้องอันเป็นจำนวนเงินนั้นได้ ทั้งนี้ในทางปฏิบัติคำสั่งอายัดและคำสั่งโอนสิทธิเรียกร้องมักจะรวมกันมาอยู่ในคำสั่งศาลฉบับเดียวกัน เมื่อได้รับโอนมาแล้วเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงมีสิทธิบังคับให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ดังกล่าวได้ โดยมีทางเลือกสองประการในการจะได้รับชำระหนี้ดังกล่าว ประการแรกเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจเข้าไปใช้สิทธิเรียกร้องแทนลูกหนี้เรียกให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ให้ ในกรณีนี้ถือว่าสิทธิเรียกร้องกลายมาเป็นสิทธิของเจ้าหนี้แล้ว ดังนั้นเจ้าหนี้จึงต้องรับข้อต่อสู้ที่บุคคลภายนอกมีต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาไปด้วย และลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมเป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ไปในจำนวนที่เจ้าหนี้ได้เข้าใช้สิทธิเรียกร้องแทนไป

ประการที่สองเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจรับโอนสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องมาเสีย ในกรณีนี้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาย่อมหลุดพ้นเพียงเท่าที่เจ้าหนี้ตาม

¹⁸ *Ibid.*, p.454.

¹⁹ *Ibid.*, p.457. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *supra* note 13, p.382.

คำพิพากษาได้รับชำระมาจากบุคคลภายนอกเท่านั้น และหากบุคคลภายนอกไม่ชำระหนี้ดังกล่าว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่สามารถจะบังคับเอากับบุคคลภายนอกได้โดยตรง²⁰

สำหรับการบังคับเอากับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นๆ หรือสิทธิเรียกร้องที่ไม่ใช่ตัวเงินและอยู่ในข่ายของการบังคับคดี เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิเหนือสิ่งหามทรัพย์ใดๆ ก็ตาม จะต้องมีความเป็นพิเศษโดยเฉพาะจากศาลที่ทำการบังคับคดีห้ามมิให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบุคคลภายนอกซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป และมีอำนาจบริหารทรัพย์สินโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์แก่การชำระหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น²¹

4.2.2.2 คำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้อันมิใช่ตัวเงิน

สำหรับคำพิพากษาให้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงิน ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันได้กำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาเหล่านี้เอาไว้แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สิน คำพิพากษาให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ หรือคำพิพากษาที่ให้ก่อการผูกพันขึ้นระหว่างกัน เป็นต้น

(1) คำพิพากษาให้ส่งมอบสิ่งหามทรัพย์อันมีรูปร่าง (tangible personal property) หรือสิ่งหามทรัพย์ (real estate)

กรณีที่คำพิพากษาเป็นการให้ส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลจะทำการบังคับตามคำพิพากษาโดยการบังคับยึดเอาทรัพย์สินมาจากลูกหนี้ตามคำพิพากษา และส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและกรณีเดียวกันนี้ยังใช้กับคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (fungible property) ด้วยเช่นกัน แต่หากทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกไม่ยินยอมส่งมอบให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาล เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงไม่อาจจะบังคับชำระหนี้เอาบุคคลภายนอกได้โดยตรง โดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษจะต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลยึดหรืออายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีอยู่เหนือบุคคลภายนอกในทรัพย์สินนั้นมาเสียก่อนโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้แล้วจึงใช้สิทธิเรียกร้องของตนบังคับเอาบุคคลภายนอกให้ส่งมอบทรัพย์สินต่อไป²²

สำหรับคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ส่งมอบการครอบครองในสิ่งหามทรัพย์แก่เจ้าหนี้ก็ต้องกระทำผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลเท่านั้น โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะทำการลบสิทธิการครอบครองของลูกหนี้ออกไป และส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ตาม

²⁰ Peter L. Murray and Rolf Sturmer, *Ibid.*, p.458.

²¹ *Ibid.*, p.459.

²² *Ibid.*, p.460. ; Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *supra* note 13, p.383.

คำพิพากษาต่อไป²³ สำหรับทรัพย์สินอื่นๆ ที่อยู่ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานศาล (court officer) จะต้องส่งมอบคืนแก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบุคคลที่มีอำนาจรับมอบไว้แทนลูกหนี้ต่อไป หากไม่พบบุคคลเช่นว่านั้นก็ให้เจ้าพนักงานศาลเก็บรักษาเอาไว้โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย หากไม่มีผู้มาขอรับและชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าวภายในสองสัปดาห์ก็ให้นำออกทรัพย์สินนั้นออกขาย และนำเงินมาชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นหากเหลือจึงคืนแก่ลูกหนี้ หรือผู้มีสิทธิต่อไป

คำพิพากษาที่ให้ขับไล่ลูกหนี้ออกไปจากอสังหาริมทรัพย์มีกฎหมายสารบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเอาไว้เพื่อคุ้มครองผู้เช่าซึ่งส่งผลต่อกระบวนการบังคับคดีอยู่บ้าง กล่าวคือศาลสามารถจะมีคำพิพากษาและให้ลูกหนี้ชะลอการปฏิบัติตามคำพิพากษาออกไปก่อนได้ (stay of execution) แต่ต้องไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่คำพิพากษาให้ขับไล่่นั้นมีผลใช้บังคับ แม้คำพิพากษาดังกล่าวจะเป็นคำพิพากษตามยอมก็ตามศาลก็มีอำนาจชะลอการบังคับคดีได้ในทำนองเดียวกับการพิพากษาคดีตามปกติ²⁴

(2) คำพิพากษาให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance)

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยอมรับว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นสิทธิหลัก หรือเป็นมาตรการเยียวยาหลักจากการผิดสัญญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงพยายามบัญญัติให้สอดคล้องกับแนวความคิดดังกล่าวด้วย โดยที่รูปแบบของการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาในกรณีนี้จะแตกต่างกันไปตามแต่มูลหนี้ของแต่ละคน เช่น หนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือหนี้ที่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เป็นต้น

(2.1) หนี้ที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้ลูกหนี้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถให้บุคคลอื่นนอกจากลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติแทนได้ กล่าวคือเป็นหนี้กระทำการที่ไม่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้หรือไม่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของลูกหนี้ เช่น การสร้างบ้านตามแบบแปลนของเจ้าหนี้เอง หนี้ตามคำพิพากษาประเภทนี้การบังคับชำระหนี้ย่อมทำได้โดยเจ้าหนี้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ตามคำพิพากษาแทนลูกหนี้โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย²⁵ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 887²⁶

²³ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *supra* note 7, p.404.

²⁴ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 8, pp.460-461.

²⁵ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *supra* note 7, p.404. ; *Ibid.*, p.461.

²⁶ German Civil Procedure section 887

(2.2) หากหนี้ตามคำพิพากษาเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีแต่ลูกหนี้เท่านั้นที่จะสามารถทำได้ กล่าวคือเป็นหนี้ที่เฉพาะตัวของลูกหนี้หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้เท่านั้น และการจะชำระหนี้หรือไม่ขึ้นอยู่กับตัวของลูกหนี้เอง ศาลมีอำนาจกดดันให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ เช่น การให้ลูกหนี้เปิดเผยข้อมูลสำคัญหรือข้อมูลทางการเงินของลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามศาลมีอำนาจกำหนดโทษให้ชำระค่าปรับ หรือกักขังลูกหนี้เอาไว้จนกว่าจะยอมชำระหนี้ ทั้งนี้ค่าปรับจะต้องไม่เกิน 25,000 ยูโรและเป็นการจ่ายให้แก่รัฐ ไม่ใช่จ่ายแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแต่อย่างใด หรือสั่งให้จับกุม กักขังลูกหนี้²⁷ แต่ศาลไม่อาจกักขังลูกหนี้เกินกว่าหกเดือนได้ และศาลต้องยกเลิกการกักขังทันทีเมื่อลูกหนี้แสดงเจตนาจะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือปรากฏว่าลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้ได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตามศาลไม่มีอำนาจจะบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระหนี้ที่เป็นการสร้างสรรค์งานขึ้นมาหรือการชำระหนี้ที่นั้นต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของลูกหนี้ในกรณีเช่นนี้เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกได้เฉพาะค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น²⁸ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 888²⁹

“(1) Should the debtor fail to meet his obligation to take an action, where such action can be taken by a third party, the creditor is to be authorised by the court of first instance hearing the case, upon his having filed a corresponding petition, to have this action taken by a third party at the costs of the debtor.”

²⁷ Gerhard Robbers, *An Introduction to German Law*, Fifth Edition, (Nomos : German, 2012), p.243.

²⁸ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra note 8*, pp.462-463.

²⁹ German Civil Procedure section 888

“(1) Where an action that depends exclusively on the will of the debtor cannot be taken by a third party, and where a corresponding petition has been filed, the court of first instance hearing the case is to urge the debtor to take the action in its ruling by levying a coercive penalty payment and, for the case that such payment cannot be obtained, by coercive punitive detention, or by directly sentencing him to coercive punitive detention. The individual coercive penalty payment may not be levied in an amount in excess of 25,000 euros. The stipulations of Chapter 2 regarding detention shall apply mutatis mutandis to coercive punitive detention.

(2) No warning shall be issued regarding the coercive measures.

(2.3) คำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษางดเว้นจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหยุดการกระทำอย่างใดๆ ลง หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาฝ่าฝืนหนี้ตามคำพิพากษานี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งปรับจำเลยได้ โดยเรียกค่าปรับได้ไม่เกิน 250,000 ยูโรต่อครั้ง หากลูกหนี้ไม่ชำระค่าปรับหรือวิธีการชำระค่าปรับไม่ได้ผล ศาลอาจมีคำสั่งให้กักขังจำเลยได้ครั้งละไม่เกินหกเดือนแต่รวมแล้วต้องไม่เกินสองปี³⁰ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 890³¹

(2.4) หากหนี้ตามคำพิพากษาดังกล่าวต้องอาศัยการแสดงเจตนาของลูกหนี้ด้วย เช่น การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ กรณีไม่จำเป็นต้องบังคับลูกหนี้ให้ไปแสดงเจตนาแต่อย่างใด ตัวคำพิพากษาของศาลดังกล่าวสามารถใช้แทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้โดยอย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ต้องอาศัยทั้งการแสดงเจตนาและการกระทำของลูกหนี้จริงๆ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งจะต้องมีการส่งมอบกันด้วย กรณีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะอาศัยคำพิพากษาในการบังคับคดีไม่ได้จะต้องดำเนินการผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อไป³²

จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยอมรับให้มีการบังคับชำระหนี้ได้ในทุกประเภท ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติก็บัญญัติรองรับหนี้ตามคำพิพากษาทุกประเภทเอาไว้เช่นกัน และกำหนดกระบวนการหรือมาตรการบังคับในหนี้ตามคำพิพากษาแต่ละประเภทแตกต่างกันออกไป โดยหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นการกระทำการเฉพาะตัวหรืองดเว้นกระทำการ วิธีการบังคับของศาลก็คือการใช้มาตรการทางการเงินบีบบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตาม โดยกำหนดค่าปรับให้

(3) These rules shall not be applied in those cases in which a person is sentenced to provide services under a service agreement.”

³⁰ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 8, p.462.

³¹ German Civil Procedure section 890

“(1) Should the debtor violate his obligation to cease and desist from actions, or to tolerate actions to be taken, the court of first instance hearing the case is to sentence him for each count of the violation, upon the creditor filing a corresponding petition, to a coercive fine and, for the case that such payment cannot be obtained, to coercive detention or coercive detention of up to six (6) months. The individual coercive fine may not be levied in an amount in excess of 250,000 euros, and the coercive detention may not be longer than a total of two (2) years.”

³² Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 8, p.463.

ต้องชำระหากไม่ปฏิบัติตาม นอกจากนี้ศาลก็ยังมีอำนาจสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้เพื่อเป็นการกดดันอีกทางหนึ่งให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษา ขณะที่กรณีที่เป็นคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่กันก็ทำได้โดยอาศัยอำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดี

4.3 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

4.3.1 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ค.ศ.1804

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในฝรั่งเศสเริ่มต้นอธิบายจากแนวคิดที่ว่า เจ้าหนี้คาดหวังที่จะได้รับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามหนี้ที่มีต่อกัน และถ้าจำเป็นกฎหมายก็จะเข้ามาบังคับให้การชำระหนี้เป็นไปตามความประสงค์แห่งมูลหนี้³³ ดังที่ปรากฏในมาตรา 1134 ซึ่งวางหลักว่า หนี้ทุกประเภทควรจะได้รับปฏิบัติตามโดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้

อย่างไรก็ตามดังที่ได้ชี้ให้เห็นในบทที่ 2 ถึงความไม่ชัดเจนและความขัดแย้งกันระหว่างมาตรา 1184³⁴ ที่รับรองให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในทุกกรณีถ้าหากยังกระทำได้³⁵ กับมาตรา 1142³⁶ ที่บัญญัติให้หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกได้

³³ Barry Nicholas, The French Law of Contract, Second Edition, (Great Britain : Bookcraft Ltd, Midsomer Norton, Somerset, 1992), p.216.

³⁴ French Civil Code (1804) Article 1142

“Any obligation to do or not to do resolves itself into damages, in case of non-performance on the part of the debtor.”

³⁵ Janwillem Oosterhuis, Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century : Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation, (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2011), pp.128-129.

³⁶ French Civil Code (1804) Article 1184

“A condition subsequent is always implied in synallagmatic contracts, for the case where one of the two parties does not carry out his undertaking.

In that case, the contract is not avoided as of right. The party towards whom the undertaking has not been fulfilled has the choice either to compel the other to fulfil the agreement when it is possible, or to request its avoidance with damages.”

เฉพาะค่าเสียหายเท่านั้น ดังนั้นถ้อยคำในมาตรา 1142 จึงกลายมาเป็นข้อยกเว้นข้อหนึ่งจากหลักทั่วไปในมาตรา 1184³⁷ ดังนั้นการจะอธิบายหลักเกณฑ์ของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของฝรั่งเศส จึงต้องเริ่มต้นจากการแบ่งแยกหนี้ออกเป็นสามประเภทคือ หนี้กระทำการ หนี้งดเว้นกระทำการ และ หนี้โอนส่งมอบทรัพย์สินทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1101³⁸ เพื่อวินิจฉัยว่าเป็นหนี้กระทำการอันจะบังคับได้เฉพาะค่าเสียหายหรือไม่

สำหรับหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน (obligation to give) ตามมาตรา 1101³⁹ อธิบายโดยใช้คำว่า “transfer” และคำอธิบายในทางตำราก็นำไปในทางเดียวกันว่าต้องเป็นกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินใดอย่างหนึ่งแก่กัน⁴⁰ และหากพิจารณาแล้วว่าเป็นหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็สามารถจะบังคับชำระหนี้ได้เองโดยอาศัยอำนาจของกรรมสิทธิ์เพื่อให้ลูกหนี้โอนหรือส่งมอบให้แก่ตนได้⁴¹

ในกรณีทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแม้กรรมสิทธิ์จะโอนไปโดยเจตนาทันทีที่คู่สัญญาตกลงกันได้ก็ตามมาตรา 1138⁴² ซึ่งวางหลักว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งย่อมโอนไปทันทีขณะเมื่อคู่สัญญา

³⁷ Barry Nicholas, *supra* note 33, p.216.

³⁸ Thomas D. Musgrave, “Comparative Contractual Remedies”, University of Western Australia Law Review 34, 300, p.329 (2009).

³⁹ French Civil Code (1804) Article 1101

“A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.”

⁴⁰ Barry Nicholas, *supra* note 33, p.154.

⁴¹ Jean Domat, The Civil Law In Its Natural Order Vol 1, (Littleton, Colo : F.B. Rothman, 1980), p.206.

⁴² French Civil Code article 1138

“An obligation of delivering a thing is complete by the sole consent of the contracting parties.

It makes the creditor the owner and places the thing at his risks from the time when it should have been delivered, although the handing over has not been made, unless the debtor has been given notice to deliver; in which case, the thing remains at the risk of the latter.”

ตกลงกันได้ แม้จะยังไม่มี การส่งมอบหรือชำระราคาก็ตาม⁴³ ผลของมาตรา 1138 ทำให้เจ้าหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้วเพียงแต่ทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้อยู่ ลูกหนี้จึงมีหนี้ต้องส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้อีกครั้ง ในประเด็นนี้ในกฎหมายฝรั่งเศสอธิบายว่ากรณีจัดว่าเป็นหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน เนื่องจากหนี้โอนทรัพย์สินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ย่อมรวมไปถึงการส่งมอบกันในทางข้อเท็จจริงซึ่งยังไม่เกิดขึ้น แม้กรรมสิทธิ์จะโอนไปแล้วก็ตาม กล่าวคือการส่งมอบดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการโอนกรรมสิทธิ์จึงจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของหนี้ที่ลูกหนี้ต้องโอนทรัพย์สินส่งมอบแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 1101 ไม่ใช่หนี้ส่งมอบทรัพย์สินธรรมดาซึ่งจัดว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง หนี้ประเภทนี้เจ้าหนี้จึงสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ หากเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ให้เจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สิน โดยยึดทรัพย์สินมาลูกหนี้ผ่านทางเจ้าพนักงานศาล (saisie-revendication) หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานศาลจะทำการขับไล่ลูกหนี้ออกไปและให้เจ้าหนี้เข้าครอบครองต่อไป⁴⁴ ขณะที่กรณียังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 1138 กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อได้มีการทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเสียหรือมีการส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้แล้ว หากไม่มีการทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือส่งมอบแก่กันกรณีจัดเป็นหนี้กระทำการประเภทหนึ่ง⁴⁵ ตามมาตรา 1142 และมาตรา 1144 รวมถึงหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์กันก็จัดว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง

สำหรับหนี้กระทำการซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันมากกว่าแม้บทบัญญัติในมาตรา 1142 จะกำหนดชัดเจนแต่จะมีหนี้กระทำการบางประเภทหรือไม่ที่สามารถบังคับชำระหนี้กันได้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าแนวคิดนี้เริ่มมาจาก Bartolus ในช่วงศตวรรษที่ 14 ที่อธิบายว่าหนี้กระทำการไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้แต่ Bartolus ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าหากว่าหนี้กระทำการดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวลูกหนี้ (servitude) ก็น่าจะบังคับชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม Pothier อธิบายว่าหนี้กระทำการทุกประเภทเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายโดยหลัก *nemo praecise cogi potest ad factum* อันเป็นที่มาของมาตรา 1142⁴⁶

⁴³ Thomas D. Musgrave, *supra* note 38, p.329.

⁴⁴ Barry Nicholas, *supra* note 33, pp.216-217. ; G.H. Treitel, *supra* note 6, p.57. ; Thomas D. Musgrave, *Ibid.*, p.330.

⁴⁵ Barry Nicholas, *Ibid.*, p.155 ; Thomas D. Musgrave, *Ibid.*, p.334.

⁴⁶ Thomas D. Musgrave, *Ibid.*, pp.331-332.

หนี้ระทำการหรือดเว้นระทำการทุกกรณีจึงเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายนั้นโดยมีข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา 1143⁴⁷ และมาตรา 1144⁴⁸ หนี้ระทำการตามมาตรา 1144 เป็นกรณีที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้บุคคลอื่นชำระหนี้ดังกล่าวแทนได้ โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายแทนได้ เช่น หนี้ในการซ่อมแซมทรัพย์สินที่เสียหาย อย่างไรก็ตามหากเป็นหนี้ที่ไม่สามารถทำแทนกันได้ หรือไม่สามารถทำได้โดยปราศจากความร่วมมือของลูกหนี้ เช่น หนี้ของลูกหนี้ที่จะต้องไปแสดงละครหรือไปร้องเพลงซึ่งต้องอาศัยความสามารถเฉพาะตัวของลูกหนี้ เจ้าหนี้นอมนำอาจใช้สิทธิตามมาตรา 1144 ได้กรณีดังกล่าวต้องปรับตามมาตรา 1142 เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต่อไป นอกจากนี้กรณีที่หนี้ส่งมอบทรัพย์สินไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งทีกล่าวไว้ข้างต้น หากลูกหนี้ไม่ทำการคัดเลือกให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็อาจใช้สิทธิตามมาตรา 1144 ร้องขอให้ศาลอนุญาตให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากบุคคลที่สามโดยลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย⁴⁹

สำหรับหนี้ดเว้นระทำการ หากลูกหนี้ฝ่าฝืนเจ้าหนี้อาจจะได้รับการชำระหนี้ผ่านการร้องขอให้ศาลทำลาย หรือรื้อถอนการที่ลูกหนี้ได้กระทำลงไปได้โดยให้ลูกหนี้ออกค่าใช้จ่าย เช่น ลูกหนี้ต้องไม่สร้างกำแพงบังแสงแดดแต่ฝ่าฝืน เจ้าหนี้ก็มีสิทธิขอให้ศาลสั่งให้รื้อถอนออกไปได้ และการรื้อถอนหรือทำลายยังอาจรวมถึงการทำนิติกรรมด้วย เช่น การเพิกถอนนิติกรรมซื้อขายที่ทำลงโดยฝ่าฝืนสัญญาห้ามขายที่ดินนั้น ทั้งนี้เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าตนมีความเสียหายจากการดเว้นระทำการดังกล่าวหรือไม่ ศาลก็สามารถพิพากษาให้รื้อถอนหรือทำลายออกไปได้

⁴⁷ French Civil Code (1804) Article 1143

“Nevertheless, a creditor is entitled to request that what has been done through breach of the undertaking be destroyed; and he may have himself authorized to destroy it at the expense of the debtor, without prejudice to damages, if there is occasion.”

⁴⁸ French Civil Code (1804) Article 1144

“A creditor may also, in case of non-performance, be authorized to have the obligation performed himself, at the debtor's expense. The latter may be ordered to advance the sums necessary for that performance.”

⁴⁹ G.H. Treitel, *supra* note 6, pp.57-58. ; Thomas D. Musgrave, *supra* note 38, p.334.

เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาที่ตกลงกันไว้⁵⁰ ซึ่งปรากฏผ่านคำพิพากษาในคดี *Jalaguier e.a.c Société Immobilière Le Rabelais* โดยเจ้าหนี้ฟ้องขอให้รื้อถอนชั้นบนของอาคารที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อสัญญาระหว่างกัน แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าลูกหนี้ตั้งใจฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าวจริงแต่ *Cour d'appel de Montpellier* (Court of Appeal of Montpellier) พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้แทน ต่อมา *Cour de cassation* (Court of Cassation) วินิจฉัยว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1143 โดยพิจารณาประโยชน์ของบุคคลภายนอกมากกว่าสิทธิของโจทก์ในฐานะคู่สัญญา และเมื่อการรื้อถอนเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้และอยู่ในวิสัยจะกระทำได้จึงพิพากษากลับให้รื้อถอนชั้นดังกล่าวออกไป คำพิพากษานี้จึงเป็นการยืนยันสิทธิของเจ้าหนี้ตามมาตรา 1143 และเป็นการตีความมาตรา 1143 อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ยังคงมีคำพิพากษาบางฉบับที่วินิจฉัยโดยไม่ปรับใช้มาตรา 1143 โดยวินิจฉัยไปในทำนองของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในมาตรา 1134 แทน⁵¹ อย่างไรก็ตาม หากหนึ่งดเว้นกระทำการมีลักษณะเฉพาะตัวหรือเป็นการงดเว้นในสิ่งซึ่งไม่สามารถทำลายหรือเพิกถอนได้ เช่น นักแสดงผิดสัญญาที่จะไม่ไปแสดงละครกับสถานีคู่แข่งย่อมไม่อยู่ในบังคับมาตรา 1143 เจ้าหนี้ต้องไปเรียกค่าเสียหายตามหลักในมาตรา 1142⁵²

ข้อยกเว้นในมาตรา 1143 และ 1144 เป็นเพียงการให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตามหนี้ที่มีเท่านั้น (*execution en nature*) ไม่ใช่การบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ (*execution force*) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมให้มีการบังคับเอากับเนื้อตัว ร่างกายของลูกหนี้อย่างเด็ดขาดดังที่บัญญัติเป็นหลักไว้ในมาตรา 1142 แต่การกำหนดเอาไว้อย่างกว้างๆ ว่าหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการทุกชนิดจะเปลี่ยนเป็นหนี้ค่าเสียหายทั้งที่แม้แต่ในอดีต *Bartolus* เองก็อธิบายว่ามีหนี้กระทำการบางประเภทที่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยไม่ขัดกับหลัก *nemo praecise cogi potest ad factum* แต่ *Pothier* กลับไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นนั้น และยืนยันหลักการดังกล่าวว่าใช้บังคับกันหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการทุกประเภท และคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็อาศัยคำอธิบายดังกล่าวบัญญัติมาตรา 1142 ขึ้นมาเป็นหลักทั่วไป

ตัวอย่างเช่นในคดี *Sir William Eden v. James Mcneill Whilster* ข้อเท็จจริงในคดีนี้ *Sir William Eden* (โจทก์) ได้ว่าจ้างให้ *James Mcneill Whilster* (จำเลย) วาดภาพเหมือนภรรยาของเขาโดยโจทก์อ้างว่าจำเลยวาดภาพเสร็จแล้ว และนำออกแสดงในโชว์นิทรรศการภาพวาดของจำเลยด้วย โจทก์จึงเสนอจะชำระเงินให้จำเลยทันที แต่จำเลยไม่เพียงแต่ปฏิเสธที่จะส่งมอบ

⁵⁰ Barry Nicholas, *supra* note 33, p.217.

⁵¹ Thomas D. Musgrave, *supra* note 38, p.333. ; *Ibid.*, p.217.

⁵² G.H. Treitel, *supra* note 6, pp.58-59.

ภาพวาดพิพาทให้ยังวาดภาพใบหน้าของหญิงคนอื่นทับลงไปแทนด้วย โจทก์จึงมาฟ้องเป็นคดีขอ บังคับให้จำเลยส่งมอบภาพวาดดังกล่าวให้แก่โจทก์ ดังนี้เห็นว่าหากพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ใน ภาพวาดโอนไปยังโจทก์ทันทีที่วาดภาพเสร็จ โจทก์ย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ส่ง มอบภาพวาดดังกล่าวได้ในฐานที่เป็นหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา 1101 ประกอบมาตรา 1184 อย่างไรก็ตามศาลสูงของฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างวาดภาพเหมือนเป็นสัญญาที่มีลักษณะ เฉพาะตัวของลูกหนี้และกรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของผู้วาดภาพอยู่จนกระทั่งมีการส่งมอบและรับรูปภาพ ไปจากจำเลย จึงพิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ และปฏิเสธคำขอที่ให้ส่งมอบของโจทก์ คดีนี้เป็นตัวอย่างของหนี้กระทำการที่อาศัยความสามารถเฉพาะตัวของลูกหนี้⁵³

อย่างไรก็ตามมีการวิพากษ์วิจารณ์กันมากกว่ามีหนี้กระทำการบางประเภทที่ การชำระหนี้ไม่ต้องอาศัยความสามารถของลูกหนี้ หรือไม่เป็นการเฉพาะตัวซึ่งควรจะต้องบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงได้ตามมาตรา 1184 ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายในฝรั่งเศสจึงเริ่ม ตีความจำกัดกรอบของมาตรา 1142 ให้แคบลงว่าหนี้กระทำการที่จะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายจะจำกัด เฉพาะหนี้กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้ (highly personalized nature) และใน กรณีที่หนี้กระทำการไม่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้หรือไม่เกี่ยวกับลูกหนี้โดยตรง (impersonal) ก็ สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

ในปี 1953 คดี *Epoux Ailloud c. conjoints Plissonnier* ศาลสูงของฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยรับรองการตีความมาตรา 1142 ดังกล่าวมาใช้บังคับกับหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้เท่านั้น ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษาที่ให้ส่ง มอบแก่โจทก์ได้ จึงเสนอจะชำระค่าเสียหายแทนแต่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินที่มี ลักษณะ คุณภาพและราคาเดียวกันแทนการชดเชยค่าเสียหาย จึงมีการอุทธรณ์ว่าการกำหนดให้ส่งมอบ ทรัพย์สินดังกล่าวของศาลชั้นต้นเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 1142 ศาลสูงจึงวินิจฉัยวางหลัก ชัดเจนว่ามาตรา 1142 จะนำมาใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในหนี้กระทำการหรืองดเว้น กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้ (personal obligation of doing or not doing)⁵⁴

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบการครอบครองในที่ดินที่ได้ขายไปแล้ว หรือผู้เช่าไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนเมื่อหมดสัญญาเช่าแล้ว หนี้ในการส่งมอบเช่นว่านี้ก็จัดอยู่ใน ประเภทหนี้กระทำการอย่างหนึ่งเช่นกัน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นอีกข้อหนึ่งของมาตรา 1142 เพราะในกรณีนี้

⁵³ Barry Nicholas, *supra* note 33, p.219. ; Thomas D. Musgrave, *supra* note 38, p.335.

⁵⁴ Thomas D. Musgrave, *Ibid.*, pp.335-336.

ศาลจะใช้มาตรการเยียวยาโดยการขับไล่ออกไป และส่งมอบการครอบครองโดยเจ้าพนักงานเป็นผู้ดำเนินการไม่ใช่ให้ชดเชยค่าเสียหายแต่อย่างใด⁵⁵

ดังนั้นแม้บทบัญญัติในมาตรา 1142 จะมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่ในทางปฏิบัติแล้วกลับถูกใช้อย่างจำกัดและในความหมายอย่างแคบเท่านั้น กล่าวคือใช้บังคับกับหนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการที่เป็นการส่วนตัวหรือเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้เท่านั้น หากเป็นหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่ไม่ใช่การเฉพาะตัวแล้วย่อมบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยอาศัยมาตรา 1184 ซึ่งให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในทุกๆ กรณีหากว่าการบังคับชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะบังคับได้ สำหรับการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี 2016 ก็เป็นการแก้ปัญหาที่มีมาแต่เดิมโดยกำหนดให้ไม่ว่าจะเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง การเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้หรือการเลิกสัญญาถือว่าเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับเดียวกันโดยเจ้าหนี้มีสิทธิเลือกได้⁵⁶

4.3.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่งฝรั่งเศส

การบังคับคดีตามคำพิพากษาในฝรั่งเศสเองก็มีลักษณะใกล้เคียงกับในประเทศไทย โดยคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นเงินก็บังคับคดีโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ ออกขายทอดตลาด ขณะที่คำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินก็บังคับคดีโดยยึดทรัพย์สินนั้นมา และส่งมอบให้กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ทำการขับไล่ออกไปและส่งมอบให้เจ้าหนี้ต่อไป ทั้งนี้ดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี⁵⁷

สำหรับหนี้ที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการซึ่งจะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายเสมอ ศาลจึงไม่อาจพิพากษาให้ได้ และผลสืบเนื่องมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสทำให้ฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพเป็นอย่างยิ่งจึงปฏิเสธไม่ให้ศาลมีอำนาจปรับหรือกักขังลูกหนี้ด้วย⁵⁸ ซึ่ง

⁵⁵ G.H. Treitel, *supra* note 6, p.59.

⁵⁶ ดูเพิ่มเติมได้ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.4 การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.2002 และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ.2016

⁵⁷ G.H. Treitel, *supra* note 6, pp.62-63.

⁵⁸ Edward Yorio and Steve Thel, Contract Enforcement : Specific Performance and Injunctions, Second Edition, (New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2015), pp.24-12.

แน่นอนว่าก่อให้เกิดปัญหาในการจะบังคับคดีเอากับหนี้ประเภทนี้ ศาลในฝรั่งเศสจึงใช้วิธีการพิพากษาที่เรียกว่า “Astreintes” ซึ่งเป็นคำสั่งที่ศาลจะสั่งเอาไว้ในคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ชำระหนี้ว่า ให้ลูกหนี้ชำระเงินเป็นจำนวนแน่นอนตลอดช่วงเวลาที่ยังไม่ยอมชำระหนี้ อันเป็นการใช้มาตรการทางการเงินมากดดันให้ลูกหนี้ชำระหนี้⁵⁹

โดยปกติแล้วศาลจะใช้ Astreintes เพื่อบังคับชำระหนี้ที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการซึ่งมาตรา 1142 ไม่อาจบังคับได้ เช่น บังคับให้ส่งมอบเอกสารสำคัญ บังคับให้นายจ้างมอบหนังสือรับรองให้ หรือไม่ไปทำงานให้กับบริษัทคู่แข่ง หรือบังคับผู้ซื้อรับมอบทรัพย์สินตามสัญญา⁶⁰ ต่อมาคำพิพากษาในลักษณะนี้ก็ได้จำกัดอยู่เฉพาะหนี้กระทำการและหนึ่งงดเว้นกระทำการ โดยในหนี้ส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งศาลสามารถพิพากษาบังคับได้อยู่แล้วก็มีการปรับใช้ Astreintes ด้วย

ในปี 2011 ประเทศฝรั่งเศสได้แยกบทบัญญัติในส่วนของ การบังคับคดีออกมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยนำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี (Code des procédures civiles d'exécution) ซึ่งสาระสำคัญของการบังคับคดียังคงคล้ายกับบทบัญญัติเดิมโดยแยกเป็นสามกรณีตามวัตถุแห่งหนี้

หนี้เงิน (obligations to pay) บังคับด้วยวิธีการยึด ถ้าทรัพย์สินที่ยึดเป็นตัวเงินก็นำมาชำระหนี้ได้เลย ถ้าเป็นการยึดทรัพย์สินก็มีการขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ หนี้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สิน (obligations to give or return) การบังคับคดีขึ้นอยู่กับสภาพแห่งทรัพย์สินนั้น หากทรัพย์สินนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ยึดและส่งมอบให้เจ้าหนี้หรือเจ้าของ หากเป็นอสังหาริมทรัพย์เจ้าหนี้หรือเจ้าของจะได้รับการครอบครองมาด้วยวิธีการขับไล่ผู้อาศัยหรือลูกหนี้ออกไป ขณะที่หนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (obligations to do or refrain from doing something) บังคับด้วยวิธีการลงโทษทางการเงิน (pecuniary penalty) โดยศาลจะกำหนดจำนวนเงินให้ชำระหากไม่ยอมปฏิบัติตาม ในกรณีหนี้กระทำการศาลจะคำนวณจำนวนเงินในสัดส่วนเทียบกับระยะเวลาที่ยังไม่ยอมปฏิบัติตาม หรือในกรณีหนึ่งงดเว้นกระทำการศาลจะคำนวณเทียบกับสัดส่วนของการฝ่าฝืนหนึ่งงดเว้นกระทำการ

⁵⁹ Barry Nicholas, *supra* note 33, p.221.

⁶⁰ G.H. Treitel, *supra* note 6, p.61.

นั้น นอกจากวิธีกำกับการบังคับโดยการลงโทษทางการเงินยังนำไปใช้กับหนี้เงินละหนี้ส่งมอบได้ด้วย⁶¹ โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดีได้แยกอธิบายดังนี้

การบังคับเอาเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์บัญญัติเอาไว้ในบรรพที่สอง (BOOK II: Proceedings for movable execution) ในบรรพที่สองลักษณะที่ 1 จะกล่าวถึงการอายัดสิทธิเรียกร้องที่เป็นเงินของลูกหนี้จะต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีโดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องเป็นฝ่ายแจ้งข้อมูลต่างๆ ให้กับเจ้าพนักงานบังคับคดีทราบตามมาตรา R211-1 หากเป็นการอายัดเงินในบัญชีธนาคารเจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถยึดเงินนั้นโดยตรงจากบัญชีของลูกหนี้ได้เลยตามมาตรา L211-1 โดยแจ้งให้ธนาคารและลูกหนี้ทราบ ซึ่งลูกหนี้จะมีเวลา 1 เดือนในการโต้แย้งหรือในการชำระหนี้ หากไม่มีข้อโต้แย้งธนาคารก็จ่ายเงินให้เจ้าหนี้ได้ทันที⁶² แต่หากเงินนั้นเป็นเงินค่าจ้างหรือเงินเดือนจะต้องปฏิบัติตามมาตรา L. 3252-1 ถึง L. 3252-13 ของประมวลกฎหมายแรงงานเสียก่อน

สำหรับบรรพสอง ลักษณะที่ 2 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการยึดสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างโดยแบ่งเป็นการยึดเพื่อขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ (ส่วนที่ 1) และการยึดเพื่อส่งมอบหรือส่งคืน (ส่วนที่ 2) การยึดเพื่อขาย (มาตรา L221-1 ถึง L221-6) เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิยึดทรัพย์ที่เป็นของลูกหนี้ได้ทุกอย่างไม่ว่าจะอยู่ในการครอบครองของลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม แต่กรณีที่ทรัพย์ที่จะยึดอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกและอยู่ในที่อยู่อาศัยของบุคคลจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลที่บังคับคดีก่อน ทั้งนี้การขายทอดตลาดจะต้องกระทำภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ทำการยึด

การยึดเพื่อส่งมอบหรือส่งคืนสังหาริมทรัพย์ (มาตรา L222-1 ถึง L222-2) ก็เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดีตามหมายบังคับคดีในการยึดทรัพย์นั้นมา และส่งมอบหรือส่งคืนให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่หากทรัพย์นั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกและอยู่ในที่

⁶¹ European Judicial Network in civil and commercial matters, “Procedures for enforcing a judgment France,” Retrieved on April 8, 2018, from https://ejustice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-fr-en.do?member=1#toc_3_1.

⁶² Sarah de Gouyon Matignon, “Seizure-assignment Definition and Implementation”, Retrieved on April 8, 2018, from <https://www.litige.fr/definitions/saisie-attribution-compte-bancaire-huissier>.

อยู่อาศัยของบุคคลภายนอกด้วย การจะเข้าไปยึดมาจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเสียก่อน (มาตรา L222-1)⁶³

สำหรับบทบัญญัติในบรรพ 3 และ บรรพ 4 เป็นกรณีการยึดอสังหาริมทรัพย์เพื่อขายทอดตลาด และกรณีขับไล่ลูกหนี้ออกจากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งลั่นแล้วแต่กระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ขณะที่ในหนี้กระทำการหรือหนึ่งดเว้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี แม้จะไม่ได้บัญญัติเอาไว้โดยตรงแต่ในวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสยังคงไม่ยอมรับการบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้และให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพเป็นอย่างยิ่ง จึงไม่ได้ให้อำนาจศาลในการจำคุกลูกหนี้เหมือนอย่างในประเทศเยอรมนี ดังนั้นบทบัญญัติในบรรพ 1 บททั่วไปกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (มาตรา L131-1 ถึง L121-4 และมาตรา R131-1 ถึง R131-4) ศาลจึงมีอำนาจเพียงแค่กำหนดค่าปรับ (astreintes) เท่านั้น ซึ่งมาตรการนี้ไม่ได้ใช้แต่เฉพาะกับหนี้กระทำการหรือหนึ่งดเว้นกระทำการเท่านั้นแต่ยังใช้ได้กับหนี้ตามคำพิพากษาในทุกกรณีด้วยตามมาตรา L131-1⁶⁴

จะเห็นได้ว่าแม้แต่เดิมฝรั่งเศสจะอาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เป็นหลักในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะในหนี้กระทำการและหนึ่งดเว้นกระทำการ แต่ก็มีพัฒนาการเรื่อยมาจนสุดท้ายเป็นที่ยอมรับกันว่าหนี้กระทำการที่ไม่อาจจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้จะต้องเป็นหนี้กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้เท่านั้น หากเป็นหนี้กระทำการที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินแล้วก็ยอมให้บังคับชำระหนี้ได้เฉพาะเจาะจงกันได้ ขณะที่วิธีการบังคับก็คล้ายกับในประเทศเยอรมนีกล่าวคือ มีการบัญญัติรับรองหนี้ตามคำพิพากษาแต่ละประเภทๆ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการแก้ไขในปี 2011 แต่ฝรั่งเศสเองก็ยังคงไม่ยอมรับให้มีการบังคับชำระหนี้โดยกระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ดังนั้นมาตรการบังคับในกรณีหนี้กระทำการ หรือหนึ่งดเว้นกระทำการจึงมีแค่การกำหนดค่าปรับเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจจะสั่งจับกุมหรือกักขังลูกหนี้เพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาแต่อย่างใด

⁶³ สุนิดา บุรินทร์กุล, “ปัญหาในการยึดอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.135-137.

⁶⁴ เฟิงอ้วง, น.140.

4.4 การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายอังกฤษ

4.4.1 หลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายอังกฤษ

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษโดยปกติแล้วศาลจะไม่บังคับชำระหนี้ตามสัญญาให้แก่กัน เว้นเสียแต่ว่าจะเป็น การบังคับชำระหนี้ในหนี้เงินเท่านั้น ส่วนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาประเภทอื่นๆ เป็นเพียงหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (equity) ตามที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้นในบทที่ 2 เท่านั้น การบังคับชำระหนี้ของประเทศไทยจึงมีข้อจำกัดอยู่มาก ซึ่งอาจเป็นเพราะว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ลูกหนี้ต้องกระทำการบางอย่างเองเท่านั้น หรืออาจเป็นเพราะว่าการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ ก็เป็นได้⁶⁵ ทั้งนี้หลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (equity) เองก็ยังคงมีบทบาทอยู่ต่อมาจนถึงปัจจุบัน จึงทำให้การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังคงเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับรองซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นดุลพินิจของศาลและไม่ใช้สิทธิของเจ้าหนี้เหมือนค่าเสียหายอันเป็นมาตรการเยียวยาหลัก อย่างไรก็ตามแม้จะกล่าวว่าการกำหนดสิทธิหรือการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่เป็นดุลพินิจของศาล แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่ว่าไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ กล่าวคือยังคงมีหลักการบางอย่างซึ่งปรากฏให้เห็นชัดเจนว่าศาลอาศัยเป็นหลักในการวินิจฉัยโดยเฉพาะ ซึ่งโดยปกติแล้วหากมีข้อเท็จจริงในลักษณะนี้เกิดขึ้นศาลจะบังคับให้เสมอ หรือหากมีข้อเท็จจริงในอีกลักษณะหนึ่งศาลจะไม่บังคับให้เสมอ เช่น การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายที่ดิน หรือการไม่บังคับชำระหนี้ให้ในสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น⁶⁶

(1) ค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

ในทางปฏิบัติแล้วหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าค่าเสียหายเพียงพอต่อความเสียหายแล้วศาลจะไม่พิพากษาให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกัน ซึ่งก่อให้เกิดคำถามขึ้นสองประการคือ กรณีใดที่ค่าเสียหายเพียงพอหรือไม่เพียงพอ และหากค่าเสียหายเพียงพอแล้วศาลจะต้องปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสมอไปหรือไม่⁶⁷ ในประการแรกศาลมักจะวินิจฉัย

⁶⁵ Edwin Peel, The Law of Contract, Thirteenth Edition, (London : Sweet & Maxwell, 2011), p.1099.

⁶⁶ Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Case, and Material, Third Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.940.

⁶⁷ *Ibid.*

โดยวางหลักว่าข้อเท็จจริงในลักษณะนี้ถือว่าค่าเสียหายไม่เพียงพอและพิพากษาบังคับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยอาจจำแนกเป็นหลักการได้ดังต่อไปนี้

(1.1) สามารถได้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนได้

หากเจ้าหนี้สามารถจะได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจตามหนี้ของตนโดยอาศัยวิธีการอย่างอื่นนอกเหนือไปจากให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ กรณีถือว่าค่าเสียหายเพียงพอแล้วศาลจะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสีย ยกตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขายสินค้าหรือสัญญาซื้อขายหุ้นซึ่งสามารถหาซื้อได้ตามปกติในท้องตลาดโดยหากมีส่วนเกินราคาเพิ่มขึ้นมาก็ถือเป็นค่าเสียหายด้วยเช่นกัน⁶⁸ แต่หากเจ้าหนี้ไม่สามารถจะหาทรัพย์สินอื่นมาแทนได้ หรือไม่อาจจะได้รับชำระหนี้แทนได้จึงจะเป็นกรณีที่ค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อความเสียหายซึ่งในทางปฏิบัติแล้วสัญญาซื้อขายบ้านหรือที่ดิน ศาลสูงของอังกฤษมักจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้เสมอ เว้นแต่เจ้าหนี้จะเรียกร้องแต่เพียงค่าเสียหายเท่านั้น

(1.2) เป็นการยากที่จะกำหนดค่าเสียหายได้

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่ศาลใช้พิจารณาว่าค่าเสียหายเพียงพอต่อความเสียหายหรือไม่ก็คือ ระดับความยากในการที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ในแต่ละคดี เช่น ในสัญญาขายสิทธิในการรับเงินลงทุน สัญญาขายสิทธิในการฟ้องคดีล้มละลาย สัญญาขายสิทธิซึ่งมีมูลค่าไม่แน่นอน สัญญาบังคับจำนองในขณะหรือก่อนจะมีการบังคับจำนอง⁶⁹ ในคดี *Adderley v. Dixon* (1824) และคดี *Fothergill v. Rowland* (1873) ศาลวินิจฉัยว่าค่าเสียหายไม่เพียงพอเนื่องจากเป็นการยากที่ผู้มีสิทธิเรียกร้อง หรือเจ้าหนี้จะกำหนดหรือพิสูจน์ให้เห็นถึงค่าเสียหายได้⁷⁰

(1.3) ค่าเสียหายในนาม (nominal damages)

แม้จะเป็นค่าเสียหายแต่ในนามกล่าวคือ เป็นค่าเสียหายอย่างต่ำที่กำหนดให้เพียงในนาม หรือเป็นการผิดสัญญาที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางทรัพย์สินแต่อย่างใด หรือผู้เสียหายเป็นผู้ที่ไม่สมควรได้รับความเสียหายด้วยประการใด ๆ เช่นนี้แล้ว ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้เพียงเล็กน้อยเท่านั้นเพื่อให้รับรู้ได้ว่าการผิดสัญญากัน ในคดี *Beswick v. Beswick* ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลย (หลาน) ทำสัญญากับลุง โดยลุงตกลงโอนกรรมสิทธิ์รวมถึงธุรกิจของตนให้กับจำเลย ส่วนจำเลยตกลงจะจ่ายเงินให้ลุงเป็นรายเดือนจนกว่าจะเสียชีวิตและเมื่อลุงเสียชีวิตไป

⁶⁸ GH P.J. Cooke and D.W. Oughton, *The Common Law of Obligations*, (London: Butterworths, 1989), p.217.

⁶⁹ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1101.

⁷⁰ Ewan McKendrick, *supra* note 66, p.941.

จำเลยตกลงจะจ่ายเงินจำนวนห้าปอนด์ต่อสัปดาห์ให้แก่ป่า (ภรรยาของลุง) จนกว่าจะเสียชีวิตต่อไป ต่อมาเมื่อลุงเสียชีวิต จำเลยจ่ายเงินให้ป่าเพียงครั้งเดียว ป่าจึงมาฟ้องเป็นคดีนี้และขอบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง⁷¹ โดยศาลวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อความเสียหาย ทั้งนี้แม้จะเป็นค่าเสียหายในนามซึ่งโจทก์อาจมิได้เสียหายจริงก็ตาม และพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้⁷² อย่างไรก็ตามคดีนี้มีการตั้งข้อสังเกตกันว่า ที่ศาลพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ใช่เพราะว่าค่าเสียหายไม่เพียงพอ แต่เป็นเพราะการพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายจะทำให้จำเลยในคดีนี้ได้รับประโยชน์อย่างเกินสมควรเมื่อเทียบกับที่จำเลยได้รับชำระหนี้ตอบแทนไป⁷³ โดย G.H. Treitel⁷⁴ ชี้ให้เห็นว่าข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญทำให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็คือจำเลยได้รับการชำระหนี้ตอบแทนจากลุงไปแล้ว (มี consideration แล้ว)⁷⁵

(1.4) ลักษณะหรือความเฉพาะตัวของทรัพย์สิน (unique Goods)

หากวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีเพียงชิ้นเดียว (physically unique) หรือมีมูลค่ามากกว่าปกติ หรือมีความสำคัญมากสำหรับโจทก์ และข้อสำคัญคือไม่อาจจะหาทรัพย์สินอื่นในท้องตลาดมาแทนที่ได้⁷⁶ แม้ใน Sale of Goods Act 1979 มาตรา 52 จะบัญญัติให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ แต่ศาลยังคงวินิจฉัยจากหลักว่าค่าเสียหายเพียงพอต่อความเสียหายแล้วหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงว่าทรัพย์สินจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือไม่ เพราะโจทก์สามารถไปซื้อทรัพย์สินมาแทนได้ตามท้องตลาด มีเพียงกรณีเดียวข้างต้นคือมีลักษณะเฉพาะจริงๆ เท่านั้นที่ศาลบังคับชำระหนี้ให้

⁷¹ Ewan McKendrick, Contract Law, Sixth Edition, (Basingstoke [England] : Palgrave Macmillan, 2005), p.111.

⁷² Ewan McKendrick, *supra* note 66, p.941. ; Edwin Peel, *supra* note 65, p.1102.

⁷³ Ewan McKendrick, *Ibid.*, p.942.

⁷⁴ Vinerian Professor of English Law ของอังกฤษและได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้นำทางความคิดคนหนึ่งในเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษและเป็นผู้เขียนอธิบายกฎหมายสัญญาของอังกฤษในหนังสือ “Treitel on the Law of Contract”

⁷⁵ G.H. Treitel, “Specific Performance and Third Parties”, The Modern Law Review, Vol. 30, No.6, pp.692-693 (Nov.,1967).

⁷⁶ Mindy Chen-Wishart, Contract Law, Fifth Edition, (UK: Oxford University Press, 2015), p.565.

ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Falcke v. Gray ซึ่งแม้ศาลจะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาขายแลกกันจากประเทศจีนแต่ศาลได้วินิจฉัยเอาไว้ในตอนหนึ่งว่า “หากแลกกันพิพาทในคดีนี้มีลักษณะสวยงามผิดจากปกติธรรมดา (unusual beauty) หรือหาได้ยากยิ่ง (rarity) ค่าเสียหายย่อมไม่เพียงพอดชเชยความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้”⁷⁷

นอกจากนี้ทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะตัวข้างต้นยังรวมไปถึงลักษณะเฉพาะในเชิงพาณิชย์ (commercially unique) ในบริบทที่ว่าไม่อาจหาทรัพย์สินที่มีลักษณะเหมือนกันในท้องตลาดมาแทนได้ ยกตัวอย่างเช่นในคดี Behnke v Bede Shipping Co Ltd.⁷⁸ โจทก์เป็นบริษัทขนส่งสินค้าทางทะเลสัญชาติเยอรมัน จำเลยตกลงขายเรือเดินสมุทรชื่อว่า “City” ให้แก่โจทก์แล้ว ในระหว่างส่งมอบจำเลยกลับยอมผิดสัญญากับโจทก์ และไปทำสัญญาจะขายให้กับบุคคลภายนอก โจทก์จึงฟ้องขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยโจทก์ทำการพิสูจน์ลักษณะเฉพาะของเรือว่าแม้ภายนอกจะดูเก่าแต่ภายในยังคงสภาพดี ตลอดจนระบบเครื่องยนต์อยู่ในสภาพดี และมีลักษณะถูกต้องครบถ้วนตามข้อกำหนดของประเทศเยอรมนีซึ่งหากไม่มีลักษณะครบถ้วนเหมือนเรือลำนี้จะนำเข้าในประเทศเยอรมนีไม่ได้ ทำให้หากโจทก์ไม่ได้รับเรือลำนี้ก็ไม่สามารถดำเนินการขนส่งไปยังประเทศเยอรมนีได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ และแม้ว่าจะมีเรือแบบเดียวกับ “City” อยู่เหมือนกันก็ตาม (ไม่ได้มีลำเดียวในโลกที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่โจทก์ต้องการ) แต่หากโจทก์ประสงค์จะได้เรือลำอื่นซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันนี้จะต้องใช้เวลาอีกกว่าสี่เดือน ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าเรือ “City” นี้มีลักษณะเฉพาะและมีคุณค่ามากต่อโจทก์และบังคับให้จำเลยส่งมอบแก่โจทก์ต่อไป⁷⁹ อย่างไรก็ตามในคดี Societe des Industries Metallurgiques SA v. Bronx Engineering Co Ltd. ศาลวินิจฉัยว่าแม้โจทก์ต้องรออีกประมาณเก้าถึงสิบสองเดือนจึงจะได้เครื่องจักรที่มีคุณสมบัติตามสัญญามาแทนก็ไม่ได้ทำให้เครื่องจักรตามสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ (unique) ขึ้นมาได้⁸⁰

⁷⁷ Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Second Edition, (London: Butterworths, 1994), p.338. ; Ewan McKendrick, *supra note 66*, p.941.

⁷⁸ Ewan McKendrick, *Ibid.* ; Edwin Peel, *supra note 65*, p.1102.

⁷⁹ “Behnke v Bede Shipping Co Ltd”, Retrieved on April 12, 2018, from <https://www.studocu.com/en/document/lancaster-university/law-contracts/lecture-notes/behnke-v-bede-shipping-co-ltd/1504137/view>.

⁸⁰ Ewan McKendrick, *supra note 66*, p.941.

ในกรณีที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งย่อมไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 52 Sale of Goods Act 1979 ทั้งนี้มาตรา 52 เองก็ได้บัญญัติว่าศาลจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เฉพาะในกรณีทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเท่านั้นซึ่งโดยปกติศาลของอังกฤษมักจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจัดซื้อหรือจัดหาวัตถุดิบเพื่อใช้ในการผลิตหรือในกิจการของผู้ผลิต ซึ่งในกรณีนี้ถือว่าค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อความเสียหาย โดยหลักการนี้ได้รับการยืนยันในคดี Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd 1974 และในคดี Howard E Perry and Co v. British Railway Board 1980⁸¹

ในคดี Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd ปี 1974 โจทก์กับจำเลยตกลงซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกันโดยกำหนดปริมาณและราคาเอาไว้ชัดเจนในสัญญา ต่อมาเกิดวิกฤตการณ์น้ำมันเชื้อเพลิงในปี 1973 (OPEC Oil Crisis) โจทก์ไม่อาจหาน้ำมันเชื้อเพลิงจากที่อื่นได้อีกนอกไปจากที่จำเลยเท่านั้น แต่จำเลยกลับแสดงเจตนาเลิกสัญญากับโจทก์โดยอ้างว่าโจทก์ผิดสัญญาที่ตกลงกันไว้ ในคดีนี้แม้ว่าน้ำมันเชื้อเพลิงจะยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ศาลก็มีคำพิพากษาให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้จำเลยส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงตามสัญญาแก่โจทก์ได้โดย Sir Ernest Irvine Goulding ได้วินิจฉัยว่า “แม้โดยปกติแล้วศาลจะปฏิเสธที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง โดยถือว่าค่าเสียหายสามารถเยียวยาได้เพียงพอแล้วแต่ตลาดซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงในขณะนั้นอยู่ในสภาวะไม่ปกติ ซึ่งผู้ซื้อไม่สามารถจัดซื้อกับผู้ขายรายอื่นๆได้ ดังนั้นจำเลยจึงควรจะต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้ธุรกิจของโจทก์ดำเนินต่อไปได้ แม้จะแตกต่างไปจากหลักทั่วไปก็ตาม”⁸²

ต่อมาในคดี Howard E Perry and Co v. British Railway Board ปี 1980 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ในระหว่างที่มีการประท้วง I.S.T.C. strike ในปี 1980 โจทก์เก็บเหล็กเอาไว้ที่สถานีของจำเลย ผลจากการประท้วงทำให้โจทก์ยังไม่ได้รับมอบเหล็กของโจทก์ โดยจำเลยมีคำสั่งปฏิเสธไม่ให้โจทก์เข้ามาในพื้นที่เพื่อขนย้ายเหล็กออกไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่มีการประท้วงเหล็กไม่สามารถจะหาจากที่อื่นได้ หรือการหาเหล็กมาทดแทนเป็นการยากเกินไป ศาลจึงเห็น

⁸¹ Edwin Peel, *supra* note 65, pp.1104-1105.

⁸² Retrieved on April 12, 2018, from https://en.wikipedia.org/wiki/Sky_Petroleum_Ltd_v_VIP_Petroleum_Ltd.

ว่าค่าเสียหายในกรณีนี้ไม่เพียงพอต่อความเสียหายของโจทก์จึงพิพากษาให้บังคับจำเลยส่งมอบเหล็กให้กับโจทก์⁸³

ทั้งนี้ข้อเท็จจริงในสองกรณีข้างต้นนอกจากจะวางหลักเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในทรัพย์ทั่วไปแล้วยังวางหลักในเรื่องของลักษณะเฉพาะตัวของทรัพย์ในเชิงพาณิชย์ด้วย (commercially unique) กล่าวคือ เป็นการวางบรรทัดฐานว่ากรณีที่การหาทรัพย์มาแทนที่ทำได้ยาก หรือแม้จะหามาได้แต่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจเป็นอย่างมากย่อมบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้⁸⁴

นอกเหนือไปจากลักษณะเฉพาะของทรัพย์ที่ไม่จำกัดว่าจะเป็นทรัพย์ทั่วไปหรือทรัพย์เฉพาะสิ่งซึ่งศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ลูกหนี้ส่งมอบให้แก่โจทก์ได้แล้ว หลักการข้างต้นยังขยายไปถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่ส่งมอบทรัพย์ชำระดูบกพร่องหรือไม่ตรงตามสัญญาได้ด้วย โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Sale of Goods 1979 ในปี 2002 กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องซ่อมแซมความชำรุดนั้นหรือหาทรัพย์สินอื่นมาทดแทนให้ตรงตามสัญญา และหากผู้ขายผิดสัญญามาตรา 48A – 48E ศาลก็มีดุลพินิจที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ได้⁸⁵ เว้นแต่ว่าจะเป็นการพ้นวิสัยหรือไม่ได้สัดส่วนกันหรือการเลิกสัญญาจะมีความเหมาะสมมากกว่า⁸⁶

ในประการที่สองหากค่าเสียหายเพียงพอแล้วศาลจะต้องปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสมอไปหรือไม่ แต่เดิมมาศาลของอังกฤษยึดถือหลักว่าค่าเสียหายจะต้องไม่เพียงพอเท่านั้นจึงจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ อย่างไรก็ตามตั้งแต่คดี *Beswick v. Beswick* ในปี 1968 ก็เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงหลักการนี้บ้าง โดยวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความเหมาะสมแก่คดีมากกว่าจะอาศัยหลักเรื่องความเสียหายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง⁸⁷ โดย Lord Pearce ได้กล่าวไว้ในทำนองว่า ค่าเสียหายจะเพียงพอหรือไม่ในคดีนี้ไม่ใช่ข้อสำคัญที่จะนำมาพิจารณา เมื่อมาตรการที่เหมาะสมที่สุดในคดีนี้ก็คือการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง จนกระทั่งในคดี *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd* ในปี 1998 ศาลสูงของอังกฤษได้วินิจฉัยยอมรับหลัก

⁸³ Vanessa Mak, Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law, Volume 10, (Oxford : Bloomsbury Publishing, 2009), pp.86-87.

⁸⁴ Mindy Chen-Wishart, *supra note 76*, p.566.

⁸⁵ Edwin Peel, *supra note 65*, p.1105.

⁸⁶ Mindy Chen-Wishart, *supra note 76*, p.566.

⁸⁷ *Ibid.*, pp.564-567.

ความเหมาะสมแก่คดีนี้โดยวางหลักเกณฑ์ว่า “การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะถูกนำมาใช้เมื่อค่าเสียหายไม่เพียงพอต่อความเสียหาย หรือเมื่อการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นเหมาะสมแก่คดีเพื่อให้เกิดความยุติธรรม”⁸⁸

(2) หลักดุลพินิจของศาล

แม้ว่าการพิพากษาให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงศาลจะมีดุลพินิจอย่างเต็มที่แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะใช้ดุลพินิจได้อย่างตามอำเภอใจแต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายคอมมอนลอว์ ตามแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษโดยปกติแล้วในกรณีต่างๆ ต่อไปนี้ศาลจะใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสมอ

(2.1) ความยากลำบากอย่างยิ่งยวดในการชำระหนี้ (severe hardship)

หากการบังคับชำระหนี้จะก่อให้เกิดความยากลำบากอย่างยิ่งยวดแก่ลูกหนี้ในการชำระหนี้เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับให้ อย่างไรก็ตามกรณีใดจะเข้าหลักเกณฑ์ว่าสร้างความลำบากแก่ลูกหนี้ถึงขนาดที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ยังคงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีๆ ไป คดีที่เป็นบรรทัดฐานของเรื่องนี้คือคดี Patel v. Ali ในปี 1984 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยและสามีตกลงขายบ้าน (บ้านจดทะเบียนในชื่อสามีจำเลย) ให้แก่โจทก์ในปี 1979 โจทก์ฟ้องคดีเพื่อขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตั้งแต่วันที่ 11 สิงหาคม 1980 แต่ไม่ได้ข้อสรุปจนกระทั่งมีคำพิพากษาในวันที่ 4 กรกฎาคม 1983 เหตุที่ล่าช้าก็เนื่องมาจากสามีของจำเลยถูกฟ้องล้มละลายในเดือนพฤษภาคมปี 1979 และมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เอาไว้จนกระทั่งถึงวันที่ 21 กรกฎาคม 1980 และโจทก์ติดต่อสามีจำเลยไม่ได้เนื่องจากสามีจำเลยเดินทางกลับไปยังประเทศปากีสถาน ในช่วงระหว่างเวลานี้ปรากฏว่าจำเลยประสบปัญหาอย่างมากในเดือนกรกฎาคมปี 1979 ขณะทำสัญญาจำเลยอายุเพียง 23 ปี มีสุขภาพแข็งแรง พูดภาษาอังกฤษได้เล็กน้อยและมีบุตร 1 คนแต่ในปี 1980 ปรากฏว่าจำเลยป่วยด้วยโรคมะเร็งและถูกตัดขาขาข้างตั้งแต่วางส้อมโกลงไปในเดือนกรกฎาคมของปีนั้น นอกจากนี้ในช่วงเวลานั้นจำเลยยังตั้งครรภ์และคลอดบุตรคนที่สองในเดือนสิงหาคมปี 1980 ต่อมาในปี 1981 สามีของจำเลยถูกจำคุกเป็นเวลาหนึ่งปีและต่อมาจำเลยคลอดบุตรคนที่สามในปี 1983 จำเลยร้องขอต่อศาลให้ปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของโจทก์และกำหนดเพียงค่าเสียหายเท่านั้น

ศาลพิจารณาถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นและปฏิเสธที่จะบังคับชำระหนี้ให้โจทก์เนื่องจากการบังคับจำเลยให้ออกไปจากบ้านตามสัญญาขายทำให้เกิดความยากลำบากอย่าง

⁸⁸ Ewan McKendrick, *supra* note 66, pp.942-943. ; Edwin Peel, *supra* note 65, p.1106.

ยังยวดแก่จำเลยอันนำไปสู่ความไม่ยุติธรรมในคดีโดย Goulding J ให้เหตุผลว่า “เฉพาะในสถานการณ์พิเศษเท่านั้นที่ความยากลำบากนี้จะสามารถใช้อ้างเป็นเหตุผลในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ได้ บุคคลซึ่งเป็นผู้ขายหรือผู้ซื้อบ้านจะต้องยอมรับความเสี่ยงเช่นว่านี้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงภายนอก หรือเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม หลักความยุติธรรมสามารถจะปฏิเสธสัญญาเหล่านี้ได้บนพื้นฐานของการเปลี่ยนแปลงไปของเหตุการณ์หรือสถานการณ์ซึ่งไม่อาจคาดเห็นได้”⁸⁹

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ นอกจากจะชี้ให้เห็นถึงหลักความยากลำบากอย่างยิ่งของลูกหนี้ทำให้ศาลสามารถปฏิเสธการบังคับชำระหนี้ได้แล้ว ยังแสดงให้เห็นอีกว่าแม้ความยากลำบากดังกล่าวจะเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาแล้วโดยที่โจทก์ไม่ได้มีส่วนผิดก็อยู่ในบังคับที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับให้ได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตอีกว่าในคดีนี้นอกเหนือไปจากความยากลำบากที่จำเลยได้รับเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ศาลใช้ปฏิเสธแล้ว ยังมีองค์ประกอบอีกข้อหนึ่งที่ศาลนำมาพิจารณาประกอบกันก็คือ ความล่าช้าของโจทก์ในการมาขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงล่วงหน้าไปกว่าสี่ปี แม้ว่าจะมิใช่ความผิดของโจทก์จำเลยก็ตาม เมื่อพิจารณาสององค์ประกอบนี้ร่วมกันทำให้ศาลสูงไม่บังคับชำระหนี้ให้แก่โจทก์⁹⁰ แต่ก่อนหน้านั้นในปี 1857 ในคดี Denne v. Light ศาลปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยอาศัยองค์ประกอบของความยากลำบากเพียงข้อเดียว คดีนี้โจทก์เป็นผู้ขายฟองจำเลยซึ่งเป็นผู้ซื้อที่ดินและขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ศาลปฏิเสธเนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า หากบังคับให้จำเลยซื้อที่ดินไปจะทำให้ที่ดินแปลงพิพาทนี้กลายเป็นที่ดินตาดอด (landlocked) ซึ่งถูกล้อมรอบด้วยที่ดินของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิออกสู่สาธารณะได้⁹¹

นอกจากนี้ในคดี Cooperative Insurance v. Argyll Stores ในปี 1997 เหตุผลหนึ่งที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้ให้ก็เพราะ หากมีการบังคับชำระหนี้บังคับให้จำเลยดำเนินกิจการต่อไปก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทางการเงินทำให้จำเลยขาดทุนอย่างมากมายมหาศาลโดยไม่มีจำกัด และไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับหากไม่มีการบังคับชำระหนี้หรือเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับหากมีการบังคับชำระหนี้กัน⁹²

⁸⁹ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.570. ; Edwin Peel, *Ibid.*, p.1107 ; Ewan McKendrick, *Ibid.*, p.948.

⁹⁰ Ewan McKendrick, *Ibid.*, p.949.

⁹¹ Richard Stone, The modern law of contract, Sixth Edition, (London : Cavendish Pub., 2005), p.468. ; Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.570.

⁹² Mindy Chen-Wishart, *Ibid.*, p.571.

(2.2) สัญญาที่ไม่เป็นธรรม (unfair contracts)

ศาลสามารถที่จะปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในสัญญาซึ่งไม่เป็นธรรมได้ ความไม่เป็นธรรมในแง่ที่ไม่ใช่แค่ที่ว่าผู้ขายอ้างว่าราคาต่ำเกินสมควรศาลก็จะปฏิเสธโดยกรณีที่ศาลจะปฏิเสธเช่น ผู้ซื้ออาศัยความรู้ความได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรมมาเอาเปรียบผู้ขายหรืออาศัยอำนาจเหนือกว่าในการเจรจาต่อรองหรือเอาเปรียบจำเลยโดยอาศัยช่วงเวลาที่ย่ำแย่จนไม่ได้สติ (Malins v Freeman 1837)⁹³ ในคดี Walters v. Morgan ในปี 1861 คดีนี้จำเลยตกลงอนุญาตให้โจทก์เข้าไปขุดเหมืองแร่ (mining lease) ในที่ดินที่จำเลยเพิ่งซื้อมาได้ ศาลปฏิเสธคำร้องขอบังคับชำระหนี้ของโจทก์ โดยให้เหตุผลว่าโจทก์ได้ร่างข้อตกลงในขณะที่เจรจาทำสัญญาและทำการล่อลวงให้จำเลยเซ็นสัญญาโดยไม่ให้จำเลยได้ตระหนักถึงมูลค่าที่แท้จริงของที่ดินแปลงนี้ และเร่งรีบกดดันให้จำเลยรีบเซ็นสัญญาก่อนที่จำเลยจะรู้ความจริง⁹⁴ นอกจากนี้การที่เจ้าหนี้ไม่เปิดเผยข้อมูลการกระทำผิดสัญญาของตนเอง ซึ่งมีผลต่อมูลค่าของสัญญาระหว่างกันก็สามารถเป็นเหตุให้ศาลยกขึ้นมาปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในคดี Quadrant Visual Communications Ltd v. Hutchison Telephone (UK) Ltd ในปี 1993⁹⁵

(2.3) พฤติการณ์ของเจ้าหนี้ (conduct of claimant)

พฤติการณ์ของเจ้าหนี้เองก็ถูกนำมาใช้ประกอบดุลพินิจของศาลด้วยเช่นกัน เจ้าหนี้จะต้องมาศาลด้วยมือสะอาด (clean hands) หลักการที่ว่าบุคคลซึ่งถามหาความยุติธรรม (equity) จะต้องมาด้วยมือที่สะอาดถูกนำมาปรับใช้กับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงด้วย ยกตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้ยังไม่ได้ปฏิบัติตามคำชักจูงที่ได้ให้ไว้กับลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้เข้าทำสัญญาด้วยซึ่งไม่ถึงขนาดผูกพันกันเป็นสัญญาและไม่ถึงกับทำให้ลูกหนี้สำคัญผิดแต่อย่างใด⁹⁶ ในคดี Lamare v Dixon ในปี 1873 จำเลยประสงค์จะเช่าห้องใต้ดินจากโจทก์และได้ไปตรวจสอบดูห้องและพบว่ามิสภาพเปื่อยขึ้น โจทก์จึงให้สัญญาด้วยวาจาว่าก่อนถึงกำหนดเวลาเช่าจะกำจัดความชื้นออกไปให้เรียบร้อย จำเลยจึงตกลงด้วยวาจาเช่นกันว่าจะทำสัญญาเช่ากับโจทก์ (กรณีไม่ใช้การสำคัญผิดเพราะเป็นเรื่องของอนาคตที่ท้ายที่สุดแล้วโจทก์ไม่ทำตาม) ต่อมาโจทก์ไม่ทำตามคำสัญญา จำเลยจึงปฏิเสธ

⁹³ *Ibid.*, p.567.

⁹⁴ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1107.

⁹⁵ *Ibid.* ; Lexbiblio , “Specific Performance of Contracts”, Retrieved on April 12, 2018, from <http://www.lexbiblio.co.uk/free-legal-guides/specific-performance-of-contracts/>.

⁹⁶ Edwin Peel, *Ibid.*, p.1108 ; Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.567.

สัญญาเช่าโรงรถมาฟองบังคับให้จำเลยทำสัญญาเช่ากับโรงรถ ศาลวินิจฉัยว่าโรงรถเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อนและไม่มีแนวโน้มหรือไม่พยายามจะปฏิบัติตามสัญญาโดย Lord Chelmsford กล่าวว่า “พฤติการณ์ของคู่สัญญายังเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาคดีนี้อยู่เสมอ”⁹⁷

นอกจากนี้พฤติการณ์ที่ศาลนำมาพิจารณาไม่จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเสมอไป เพียงแต่มีลักษณะที่ไม่ยุติธรรมก็เพียงพอแล้ว ในคดี Shell UK v Lostock Garage Limited (1976) คดีนี้จำเลยทำสัญญาว่าจะซื้อขายน้ำมันจากโรงรถเท่านั้นเป็นเวลา 20 ปี โดยจำเลยได้รับส่วนลดจากโรงรถตลอดระยะเวลาของสัญญา ต่อมาเกิดสงครามราคาน้ำมัน โรงรถทำการจำหน่ายน้ำมันให้แก่บริษัทข้างเคียงของจำเลยในราคาถูกลงกว่าที่ขายให้จำเลย จำเลยจึงหลีกเลี่ยงการขาดทุนด้วยการเริ่มซื้อน้ำมันจากบริษัทอื่น โรงรถจึงอ้างว่าจำเลยผิดสัญญาและฟ้องจำเลยขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยจำเลยอ้างว่าโรงรถเลือกปฏิบัติกับจำเลยอย่างไม่เป็นธรรมเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยาย คดีนี้ศาลพิพากษาว่าโรงรถไม่ผิดสัญญาแต่ศาลไม่บังคับชำระหนี้ให้เนื่องจากการที่โรงรถไปขายให้บริษัทอื่นๆ ในราคาถูกลงทำให้เป็นการพินิจสำหรับจำเลยที่จะทำตามสัญญานอกจากว่าจำเลยจะยอมรับความเสียหายนี้ไป⁹⁸

(2.4) การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย (impossibility of performance)

ศาลจะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหากว่าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เช่น จำเลยทำสัญญาขายทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของจำเลย (Castle v. Wilkinson 1870) หรือให้เช่าที่ดินโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน (Wilmot v. Barber 1880) เพราะศาลไม่สามารถบังคับให้จำเลยทำสิ่งที่เป็นไปได้ไม่ได้⁹⁹

(3) สัญญาที่ไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

(3.1) สัญญาที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้ (personal service)

สัญญาที่ต้องกระทำโดยลูกหนี้เป็นผู้กระทำและอาศัยความรู้ความสามารถ หรือสัญญาที่ความรู้ความสามารถของลูกหนี้ถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา (personal

⁹⁷ E-law cases, “Lamare v Dixon”, Retrieved on April 13, 2018, from <http://e-lawresources.co.uk/cases/Lamare-v-Dixon.php>.

⁹⁸ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.568. ; Edwin Peel, *supra* note 65, p.1109. ; E-Law Cases, “Shell UK v Lostock Garage”, Retrieved on April 13, 2018, from <http://e-lawresources.co.uk/cases/Shell-UK-v-Lostock-Garage.php>.

⁹⁹ Mindy Chen-Wishart, *Ibid.*, p.570. ; Edwin Peel, *Ibid.*, p.1109.

services contract)¹⁰⁰ เช่นสัญญาจ้างแรงงาน หรือจ้างมาร้องเพลง แม้ค่าเสียหายจะไม่เพียงพอก็ตามก็ไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เพราะสัญญาในลักษณะนี้อาศัยความสัมพันธ์ความไว้นื้อเชื่อใจกันและเมื่อความสัมพันธ์นั้นถูกทำลายลง ศาลไม่อาจสั่งให้ความสัมพันธ์กลับมาดังเดิมได้¹⁰¹

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดของสัญญาประเภทนี้ก็คือ สัญญาจ้างแรงงาน (contract of employment) ในมาตรา 236 แห่ง The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 วางหลักว่า “ไม่มีศาลใดสามารถบังคับลูกจ้างให้กระทำการงานใดหรือไปร่วมทำการงานใดๆ ได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาจ้างหรือยับยั้งการผิดสัญญาโดยคำสั่ง देंกระทำการ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายพยายามหลีกเลี่ยงที่จะบังคับตามสัญญาจ้างแรงงาน ในคดี *De Francesco v. Barnum* (1890) Sir Edward Fry กล่าวว่า “ศาลเองก็กลัวที่จะเปลี่ยนสัญญาจ้างนั้นให้กลายเป็นสัญญาทาสผ่านการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ขณะที่นายจ้างเองก็คงไม่ยอมให้ลูกจ้างซึ่งไม่อาจไว้นื้อเชื่อใจได้อีกต่อไปมาทำการงานให้กับตนเองทำนองเดียวกัน”¹⁰²

อย่างไรก็ตามนายจ้างอาจถูกบังคับให้ต้องรับลูกจ้างกลับเข้าทำงานตามเดิมก็ได้ หากการเลิกสัญญาจ้างเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เป็นไปตาม Employment Rights Act 1996 มาตรา 113-117 ภายใต้หลักกฎหมายนี้ศาลจะสั่งให้รับลูกจ้างกลับเข้าทำงานตามเดิมก็ได้ แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามนายจ้างก็สามารถจ่ายค่าชดเชยแทนได้ ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วเมื่อความสัมพันธ์ของสองฝ่ายดำเนินมาจนถึงเวลานั้นๆ นายจ้างก็มักจะใช้วิธีการชดเชยค่าเสียหายมากกว่าโดย Lord Steyn ในคดี *Johnson v. Unisys Ltd* (2001) ซึ่งให้เห็นว่าบทบัญญัติที่ให้นายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานตามเดิมถูกนำมาใช้ในอัตราที่ต่ำกว่า 3% ของคดีที่มีการเลิกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น¹⁰³ ในคดี *Irani v Southampton and South West Hampshire Health Authority* 1985 โจทก์ถูกเลิกจ้างเลยเลิกจ้าง โจทก์ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยยับยั้งการเลิกสัญญา ซึ่งศาลมีคำสั่งอนุญาตโดย

¹⁰⁰ Duhaime's Law Dictionary, “Personal Services Contract Definition”, Retrieved on April 13, 2018, from <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/PersonalServicesContract.aspx>. ; <https://thelawdictionary.org/personal-service/>.

¹⁰¹ Mindy Chen-Wishart, *supra note 76*, p.569.

¹⁰² *Ibid.*, p.569. ; Andrew Burrows, *supra note 77*, pp.358-360. ; P.J. Cooke and D.W. Oughton, *supra note 68*, pp.220-222.

¹⁰³ Mindy Chen-Wishart, *Ibid.*, p.569. ; Ewan McKendrick, *supra note 66*, p.944.

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยเลิกจ้างโจทก์ด้วยเหตุผลว่าโจทก์ไม่อาจทำงานร่วมกับที่ปรึกษาที่คลินิกได้ ศาลจึงวินิจฉัยในทำนองว่าการเลิกจ้างอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงซึ่งไม่ปรากฏว่ามีการเลิกจ้างโจทก์เนื่องจากพฤติกรรม หรือความรู้ความสามารถของโจทก์ ศาลจึงเห็นว่าจำเลยยังคงมีความเชื่อมั่นในตัว ของโจทก์อยู่พิพากษาให้งดเว้นการเลิกจ้างดังกล่าว¹⁰⁴

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของศาลจะต้องไม่กระทบต่อ เสรีภาพของบุคคล ดังนั้นข้อตกลงให้ผู้ขายทอดตลาดทำการขายทอดตลาดไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดก็ไม่สามารถบังคับได้ หรือจะฟ้องผู้ขายทอดตลาดก็ไม่อาจบังคับได้¹⁰⁵ สัญญาตกลงเข้าเป็นหุ้นส่วน (partnership) ก็ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เนื่องจากเป็นการพันวิสัยที่จะทำให้บุคคล ที่ไม่มีความประสงค์จะทำธุรกิจร่วมกันมาร่วมหุ้นกัน ทั้งนี้แม้ศาลจะพิพากษาให้สัญญาหุ้นส่วน ดังกล่าวมีผลขึ้นมาได้แต่ก็ไม่สามารถจะบังคับคดีกันได้¹⁰⁶

สัญญาที่ให้ดำเนินการต่อเนื่องกันไป เช่น สัญญาเช่าที่ดินเพื่อดำเนิน กิจการต่อเนื่องกันตามเวลาที่กำหนดในสัญญา หากต่อมาผู้เช่าไม่ยอมดำเนินการต่อไป กรณีนี้แม้ ผู้ให้เช่าจะมาฟ้องคดีเพื่อขอให้บังคับผู้เช่าดำเนินการต่อไปตามสัญญาในคดี Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd (1997) ข้อเท็จจริงในลักษณะนี้ศาล อังกฤษไม่บังคับให้¹⁰⁷

อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงในลักษณะใกล้เคียงกันในประเทศสกอตแลนด์ ในคดี Highland and Universal Properties Ltd v Safeway Properties Ltd (2000) ข้อเท็จจริง ในคดีนี้จำเลยเช่าพื้นที่ในห้างสรรพสินค้าของโจทก์ในเอดิเนบระ (Edinburgh) โดยในสัญญายังมี ข้อตกลงที่ระบุว่าจะต้องเปิดบริการตลอดช่วงเวลาทำงาน (business hour) ต่อมาจำเลยตัดสินใจยุติ การให้บริการบนพื้นที่ดังกล่าวอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา โจทก์จึงมาฟ้องเพื่อขอบังคับชำระ หนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้จำเลยเปิดบริการต่อไป ซึ่งศาลสูงของประเทศสกอตแลนด์ในคดีนี้วินิจฉัยว่า การบังคับชำระหนี้ตามข้อตกลงให้เปิดบริการ (keep open clauses) เป็นมาตรการเยียวยาที่

¹⁰⁴ Croner-I, “Irani v Southampton and South-West Hampshire Health Authority [1985] IRLR 203, HC”, Retrieved on April 14, 2018, from <https://app.croneri.co.uk/law-and-guidance/case-reports/irani-v-southampton-and-south-west-hampshire-health-authority-1985?product=8>.

¹⁰⁵ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1112.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.569.

เหมาะสมในสถานการณ์เช่นว่านี้แล้วและบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้แก่โจทก์¹⁰⁸ แต่ไม่ใช่ว่าศาลจะบังคับชำระหนี้ให้เสมอไปศาลในประเทศสกอตแลนด์เองก็เคยพิพากษาให้ชำระหนี้เป็นค่าเสียหายแทนในคดีลักษณะนี้ หากว่าเจ้าหนี้เรียกเอาเฉพาะค่าเสียหายหรือคัดค้านการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งปรากฏในคดี Douglas Shelf Seven Ltd v Co-operative Wholesale Society Limited and Kwik Save Group (2009) ซึ่งมีข้อเท็จจริงในลักษณะใกล้เคียงกันแต่ในคดีนี้ศาลของประเทศสกอตแลนด์ได้พิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายจากการผิดข้อสัญญาให้เปิดบริการเป็นจำนวน 600,000 ปอนด์ ทั้งนี้เนื่องจากโจทก์เป็นฝ่ายร้องเรียกเอาค่าเสียหายมาแต่ต้น¹⁰⁹

(3.2) การควบคุมดูแลการชำระหนี้ที่ต้องกระทำต่อเนื่องกันไป (constant supervision)

หากหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้ที่ลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องกระทำต่อเนื่องกันไปปกติแล้วศาลจะไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเนื่องจากศาลไม่อาจมาควบคุมดูแลตลอดเวลาได้ในคดี Ryan v. Mutual Tontine Association (1893) คดีนี้เป็นการพิพาทกันตามสัญญาเช่าห้องพักพร้อมบริการต่างๆ แก่ผู้เช่า (service flat) ผู้เช่าจึงมีสิทธิจะได้รับบริการดังกล่าวจากพนักงานบริการซึ่งจำเป็นต้องเข้างานเอาไว้ตลอดเวลา (constantly in attendance) สิทธิเช่นว่านี้เองที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากการบังคับจะต้องอาศัยการควบคุมดูแลจากศาลอยู่ตลอดเวลา (constant superintendence) ดังนั้นในสัญญาข้อตกลงจะพัฒนาที่ดินเพื่อเพาะปลูก (contract to cultivate a farm) สัญญาที่จะดำเนินกิจการต่อไป (contract to keep a shop open) สัญญาจะเปิดลานบินเอาไว้ (contract to keep an airfield open) สัญญาเปิดบริการให้

¹⁰⁸ Lexology, “Keep on keeping open”, Retrieved on April 15, 2018, from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a52000d2-5f22-46e1-a202-292d98046cf9>. ; Brodies LLP, “Closing up shop? Keep-open clauses back in focus”, Retrieved on April 15, 2018, from <http://www.brodies.com/binformed/legal-updates/closing-up-shop-keep-open-clauses-back-in-focus>.

¹⁰⁹ Marsden rawsthorn, “Tenants who breach 'keep open' clauses in their lease can be liable for repairs years late”, Retrieved on April 15, 2018, from <https://www.marsdenrawsthorn.com/law-news/Tenants-who-breach-keep-open-clauses-in-their-lease-can-be-liable-for-repairs-years-later.html>.

สัญญาณรถไฟ (contract to operate railway signals) ศาลจึงปฏิเสธการบังคับตามสัญญาในกรณีเหล่านี้โดยอาศัยเหตุผลในทำนองเดียวกันนี้¹¹⁰

ข้อเท็จจริงในคดี Ryan v. Mutual Tontine Association (1893) ต่อมาในคดี Posner v. Scott-Lewis (1987) ซึ่งศาลบังคับชำระหนี้ให้ตามสัญญาที่ผู้ให้เช่าว่าจ้างลูกจ้างเพื่อมาบริการตามสัญญาเช่าเหมาบริการ โดยศาลวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ต่างจากในคดีก่อนเนื่องจากกรณีในคดีนี้ไม่มีลักษณะเป็นการบริการเฉพาะตัว (personal service) และไม่ได้มีลักษณะต่อเนื่องกัน (continuous series of acts)¹¹¹

(3.3) ข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจน (vague terms)

ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่ชัดเจนแน่นอน ศาลย่อมไม่อาจบังคับให้ได้แม้จะเป็นการบังคับค่าเสียหายก็ตาม อย่างไรก็ตามบางกรณีข้อสัญญาก็ชัดเจนเพียงพอที่จะมีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่อาจจะยังไม่เพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ เช่นในคดี Joseph v. National Magazine Co Ltd (1959) จำเลยตกลงพิมพ์บทความของโจทก์ในนิตยสารของจำเลยเรื่อง “The Connoisseur” ในการผลิตสัญญาของจำเลยนั้น จำเลยได้แก้ไขเนื้อหาซึ่งโจทก์อ้างว่าทำให้ข้อเท็จจริงในบทความผิดไปจากเดิม โจทก์ขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้แน่ใจว่าจำเลยจะตีพิมพ์ตามที่โจทก์เขียนไว้แต่เดิม แต่ศาลปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าไม่ได้มีการตกลงที่แน่นอนระหว่างคู่สัญญาในเรื่องความถูกต้องของบทความทำให้การตีความข้อแลกเปลี่ยนระหว่างกันไม่ชัดเจน (bargain uncertain)¹¹² นอกจากนี้ยังรวมไปถึงคดีก่อสร้างสถานีรถไฟ (Wilson v. Nothampton and Banbury Railway Co (1874)) คดีก่อสร้าง 1,000 ปอนด์ (Moseley v. Virgin (1796)) ซึ่งศาลไม่สามารถค้นหาได้แน่ชัดว่าจะสั่งให้จำเลยทำอะไรเพื่อจะบังคับชำระหนี้¹¹³

(3.4) สัญญาก่อสร้าง (building contract)

หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่าสัญญาก่อสร้างอาคารไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้มีที่มาจาก (1) ค่าเสียหายตามปกติเพียงพออยู่แล้ว เพราะว่าเจ้าของตึกสามารถไปว่าจ้างผู้รับเหมาคนอื่นมาสร้างได้ (2) ปกติแล้วสัญญาประเภทนี้จะไม่ชัดเจนแน่นอนในการบรรยายลักษณะการก่อสร้าง

¹¹⁰ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1113.

¹¹¹ *Ibid.*, p.1114.

¹¹² Katy Barnett and Sirko Harder, *Remedies in Australian Private Law*, (Port Melbourne, VIC, Australia : Cambridge University Press, 2015), p.244.

¹¹³ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.571. ; Edwin Peel, *supra* note 65, p.1115.

หรือรูปแบบของอาคารที่แน่นอนและ (3) การบังคับตามสัญญาทำให้ศาลต้องคอยมาดูแลตรวจสอบอยู่ตลอดเวลาการก่อสร้าง¹¹⁴

อย่างไรก็ตามหลักการนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ศาลมักจะบังคับชำระหนี้ให้หากเข้าเงื่อนไขต่อไปนี้ (1) ค่าเสียหายไม่เพียงพอ อาจเป็นเพราะโจทก์มีประโยชน์อย่างอื่นที่จะได้รับการชำระหนี้เท่านั้น (2) สัญญาระบุรายละเอียดการก่อสร้างต่างๆ เอาไว้ชัดเจนแน่นอนและ (3) จำเลยเป็นผู้ครอบครองที่ดินซึ่งจะใช้เป็นที่ก่อสร้าง ทำให้โจทก์ไม่สามารถว่าจ้างบุคคลอื่นมาก่อสร้างได้ ในคดี *Wolverhampton Corp. v. Emmons* (1901) โจทก์ได้รับที่ดินมาเพื่อพัฒนาเพิ่มมูลค่าแก่ที่ดิน และทำการขายที่ดินบางส่วนแก่จำเลย และจำเลยตกลงจะสร้างอาคารขึ้นในที่ดินส่วนนั้น ต่อมาจำเลยปฏิเสธไม่ยอมก่อสร้าง โจทก์จึงมาขอศาลบังคับชำระหนี้ซึ่งศาลได้วินิจฉัยถึงข้อยกเว้นทั้งสามประการข้างต้น และพิพากษาว่ากรณีต้องด้วยข้อยกเว้นและพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแก่โจทก์ ต่อมาในคดี *Carpenters Estates Ltd v Davies* (1940) ก็วินิจฉัยเอาไว้ในทำนองเดียวกัน¹¹⁵ ทั้งนี้เงื่อนไขสำคัญที่สุดน่าจะอยู่ในข้อที่สามที่ว่า จำเลยเข้าไปครอบครองที่ดินซึ่งต้องใช้เป็นที่ก่อสร้างอาคารอยู่ ทำให้โจทก์ไม่สามารถเข้าไปในที่ดินเพื่อทำการก่อสร้างไม่ว่าด้วยตัวเองหรือโดยบุคคลอื่นก็ตาม ศาลจึงต้องบังคับให้จำเลยทำการก่อสร้างต่อไป¹¹⁶

(3.5) การเลิกสัญญา (termination of contract)

หากคู่สัญญาที่มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตัดสินใจจะเลิกสัญญาแล้ว ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้ให้อีกต่อไป หลักการข้างต้นนี้ใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นการเลิกสัญญาโดยชัดแจ้ง (*Sheffield Gas Co v. Harrison* (1853)) หรือการเลิกสัญญาโดยปริยายจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาฝ่ายซึ่งมีสิทธิจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (*Gregory v. Wilson* (1851)) นอกจากนี้หากเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขบางประการซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ก่อนที่เงื่อนไขเช่นนั้นจะสำเร็จศาลจะไม่บังคับชำระหนี้ให้

¹¹⁴ Edwin Peel, *Ibid.*, p.1116.

¹¹⁵ Roger Ter Haar, Remedies in Construction Law, Second Edition, (London : Informa Law, 2017), p.353.

¹¹⁶ Philip H. Pettit, Equity and the Law of Trusts, Twelfth Edition, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.657.

(3.6) คำมั่นโดยปราศจากสิ่งตอบแทน (promise without consideration)

ในระบบกฎหมายอังกฤษ คำมั่นสัญญาทุกกรณีไม่ใช่ว่าจะบังคับได้เสมอไป ในขณะที่เงื่อนไขในเรื่องคำเสนอ คำสนองและเจตนาเป็นเครื่องบ่งบอกถึงความผูกพันตามกฎหมายที่เกิดจากสัญญา แต่เพียงเท่านั้นในระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่สามารถบังคับตามสัญญาได้ การจะบังคับตามสัญญาได้จะต้องเพิ่มเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งเข้าไปคือต้องมี “consideration” หรือแปลเป็นคำที่ใกล้เคียงในภาษาไทยได้ว่า “สิ่งตอบแทน”¹¹⁷ หลักกฎหมายเรื่องสิ่งตอบแทน (consideration) นี้เป็นหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้สิ่งตอบแทนแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำให้คำสัญญา (promise) ของอีกฝ่ายหนึ่งใช้บังคับได้ (enforceable) ฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญาต้องให้สิ่งตอบแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่งด้วย มิฉะนั้นจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้สิ่งตอบแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ให้สิ่งตอบแทนนั้น เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ให้สิ่งตอบแทนเอาไว้เท่านั้นที่จะบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาได้ ยกตัวอย่างเช่น หาก A ต้องการบังคับตามคำสัญญาที่ B ให้เอาไว้ A จะต้องให้หรือสัญญาว่าจะให้บางสิ่งบางอย่างตอบแทนแก่ B จึงจะสามารถบังคับตามสัญญาได้ หาก A ไม่ได้ให้สิ่งตอบแทนไปย่อมไม่สามารถบังคับตามคำสัญญาได้¹¹⁸

สำหรับสิ่งตอบแทนที่ให้ แม้สิ่งตอบแทนจะไม่เท่าเทียมกับหนี้ตามสัญญา ก็ไม่ส่งผลต่อหลักสิ่งตอบแทนนี้ เมื่อมีการให้สิ่งตอบแทนแล้วผู้ให้สิ่งตอบแทนย่อมบังคับตามสิทธิของตนได้ขอเพียงคำว่าสิ่งตอบแทนนั้นมีมูลค่าในสายตาของกฎหมายก็พอ ศาลจะไม่พิเคราะห์ว่าสิ่งที่แต่ละฝ่ายให้หรือตกลงจะให้ตอบแทนกันมีความ เท่าเทียมกันหรือไม่เพราะเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของแต่ละฝ่าย¹¹⁹ ดังนั้นศาลจึงไม่อาจปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยอาศัยเหตุว่าสิ่งตอบแทนไม่เพียงพอได้¹²⁰ อย่างไรก็ตามในกรณีที่สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ทั้ง

¹¹⁷ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1117.

¹¹⁸ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, pp.107-108. ; Ewan McKendrick, *supra* note 71, pp.67-68.

¹¹⁹ Mindy Chen-Wishart, *Ibid.*, p.118. ; Ewan McKendrick, *Ibid.*, p.69.

¹²⁰ Edwin Peel, *supra* note 65, p.1108.

ผู้รับสัญญาและบุคคลภายนอกต่างก็สามารถจะบังคับชำระหนี้ได้ แม้บุคคลภายนอกจะไม่ได้ให้สิ่งตอบแทนก็ตาม ทั้งนี้เป็นไปตาม The Contract (Rights of Third Parties) Act 1999¹²¹

(4) การเยียวยาต่างตอบแทน (mutuality of remedy)

ในบางกรณีศาลมักจะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหากปรากฏว่าอีกฝ่ายไม่สามารถบังคับได้กล่าวคือ เป็นการบังคับชำระหนี้ได้ฝ่ายเดียวโดยที่อีกฝ่ายไม่สามารถบังคับกลับคืนได้ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีสัญญาที่ต้องอาศัยความสามารถเฉพาะตัวหรือสัญญาที่มีหน้าที่ต้องกระทำต่อเนื่องกันไป ศาลไม่อาจจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้เหล่านี้ได้ ขณะเดียวกันเมื่อเจ้าหนี้บังคับไม่ได้ศาลก็มักจะปฏิเสธไม่ให้ลูกหนี้มาใช้สิทธิบังคับชำระหนี้เช่นกัน¹²² Sir Edward Fry¹²³ อธิบายว่า “สัญญาที่ศาลจะบังคับชำระหนี้ให้จะต้องมีความสัมพันธ์กัน (mutual) ในเวลาที่ทำสัญญากัน หรือในเวลาที่เกิดสัญญาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็มีสิทธิจะบังคับชำระหนี้เอากับอีกฝ่ายได้ดุจเดียวกัน”¹²⁴ อย่างไรก็ตามมีความเห็นมากมายว่าการพิจารณาความสัมพันธ์เช่นว่านี้ควรจะต้องพิจารณาในเวลาที่มีคำพิพากษามากกว่า

ในคดี Price v. Strange (1978) Buckley LJ ได้อธิบายเอาไว้ว่า “ศาลจะไม่บังคับให้จำเลยชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ถ้าหากไม่ปรากฏว่าหนี้ที่โจทก์ยังไม่ชำระตอบแทนแก่จำเลยสามารถบังคับได้ เว้นเสียแต่ว่าค่าเสียหายจะเพียงพอเยียวยาค่าเสียหายให้แก่จำเลยในกรณีที่โจทก์ไม่ชำระหนี้ตอบแทน” คดีนี้จำเลยสัญญาว่าจะให้โจทก์เช่าบ้านต่อไปถ้าโจทก์ซ่อมบ้านพักให้จำเลย โจทก์ซ่อมบ้านไปได้ครึ่งหนึ่งแต่จำเลยไม่ให้ซ่อมต่อและจำเลยทำการซ่อมต่อเองจนเสร็จและไม่ให้โจทก์เช่าบ้านต่อ โจทก์ฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้บังคับจำเลยทำสัญญาเช่ากับโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าในเวลาที่จะทำสัญญาเช่า จำเลยไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจากโจทก์ได้เพราะหนี้ที่โจทก์ต้องซ่อมบ้านไม่สามารถบังคับได้เนื่องจากจำเลยทำเสร็จไปแล้ว เมื่อจำเลยไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากโจทก์ได้ โจทก์ก็ย่อมไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกับจำเลยได้ ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่าจะบังคับได้หรือไม่ได้ต้องดูขณะที่มีการบังคับชำระหนี้กันไม่ใช่ขณะทำสัญญาเมื่อบ้านซ่อมเสร็จไปแล้วหนี้ของโจทก์จึงกลายเป็นหนี้ที่โจทก์ต้องชำระเงินแก่จำเลยเป็นค่าซ่อมแซม

¹²¹ *Ibid.*, p.1117. ; Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.111.

¹²² Edwin Peel, *Ibid.*, p.1118.

¹²³ ผู้พิพากษาในศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) และศาลอุทธรณ์ของอังกฤษ (Court of Appeal)

¹²⁴ Edward Fry, A treatise on the specific performance of contracts, Sixth Edition, (London : Sweet & Maxwell, 1985), p.214.

ดังกล่าว ดังนั้นโจทก์จึงสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ศาลพิพากษาให้จำเลยทำสัญญาเช่าแก่โจทก์ และให้โจทก์ชดเชยค่าใช้จ่ายในการซ่อมบ้านอีกครั้งหนึ่งที่จำเลยซ่อมเองไป¹²⁵

ต่อมาในคดี *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd* (1998) Lawremnce Collins QC ได้อธิบายเพิ่มเติมอีกว่า “ความสัมพันธ์กันดังกล่าว (mutual) ไม่ใช่เป็นตัวกำหนดว่าจะบังคับชำระหนี้ได้หรือไม่แต่เป็นเพียงดุลพินิจของศาลในการบังคับชำระหนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่จำเลยมากที่สุด” จึงกล่าวได้ว่าองค์ประกอบในข้อนี้ปัจจุบันน่าจะถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งจากหลายๆ องค์ประกอบที่ใช้ประกอบดุลพินิจของศาลเท่านั้น¹²⁶

(5) สิทธิของบุคคลภายนอก (rights of third parties)

ในสัญญาที่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องหรือสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เช่น A ทำสัญญากับ B ตกลงจะชำระหนี้บางอย่างให้แก่ C จำต้องพิจารณาในสองมุม คือ B สามารถจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หรือไม่และ C เองสามารถบังคับชำระหนี้ได้หรือไม่ ในคดี *Beswick v. Beswick* ได้วางหลักเอาไว้ว่าสัญญาลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลภายนอก (C) แต่บุคคลภายนอกสามารถบังคับได้โดยอาศัยสิทธิของเจ้าหนี้ (B) ในการเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ (A) อย่างไรก็ตามต่อมามีการประกาศใช้ *The Contracts (Rights of Third Parties) 1999* ซึ่งกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลภายนอก (C) ในหลายๆ กรณีสามารถใช้สิทธิของตนเองในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ตามสัญญา (A) ได้โดยตรง ส่วนสิทธิของคู่สัญญา (B) ในการจะบังคับชำระหนี้ตามสัญญากฎหมายก็ยังคงรับรองเอาไว้แม้แต่ในกรณีที่ C มีสิทธิจะฟ้องบังคับชำระหนี้ได้เองก็ไม่กระทบต่อสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ทั้งนี้จะบังคับกันได้จริงหรือไม่ยังต้องพิจารณาองค์ประกอบที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทั้งหมดด้วย เช่น A ทำสัญญากับ B โดย A จะต้องให้บริการอย่างต่อเนื่องหรือกระทำการบางอย่างซึ่งเป็นการเฉพาะตัวแก่ C ดังนั้นแม้ทั้ง B และ C จะมีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้แต่ศาลย่อมปฏิเสธการบังคับดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่ (3.1) ข้างต้น¹²⁷

4.4.2 วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายอังกฤษ

การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีแพ่งของประเทศไทยอาจแบ่งได้ออกเป็นสองกลุ่มใหญ่คือ (1) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่เป็นตัวเงินและ (2) การบังคับคดีตามคำ

¹²⁵ Mindy Chen-Wishart, *supra* note 76, p.571. ; Andrew Burrows, *supra* note 77, pp.368-370.

¹²⁶ Ewan McKendrick, *supra* note 66, p.947.

¹²⁷ Edwin Peel, *supra* note 65, pp.1119-1121.

พิพาทที่มีใช้ตัวเงินไม่ว่าจะเป็นการบังคับให้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ

(1) คำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นตัวเงิน

วิธีการหลักก็คือการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือเพื่อให้ลูกหนี้นำเงินมาชำระหนี้แทนการขายทรัพย์สินดังกล่าว โดยเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องเป็นฝ่ายยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีให้ ทั้งนี้หากเป็นหมายบังคับคดีที่ออกโดยศาลสูง (High Court) จะเป็นหมายที่เรียกว่า Fieri facias ซึ่งให้อำนาจแก่นายอำเภอ (sheriff) ในการยึดทรัพย์ แต่ถ้าเป็นในศาลชั้นต้น (County Court) จะออกหมายที่เรียกว่า warrant of execution ซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานบังคับคดี (bailiff) ในการยึดทรัพย์¹²⁸

เมื่อศาลออกหมายบังคับคดีให้แล้วเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องแจ้งให้กับนายอำเภอ หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีในท้องที่ที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่หรือในท้องที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ เจ้าพนักงานจะเข้าไปยึดทรัพย์หรือรับชำระหนี้มาจากลูกหนี้เพื่อนำไปขายทอดตลาด หรือนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยเจ้าพนักงานมีอำนาจเข้าไปในที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ ของลูกหนี้เพื่อยึดทรัพย์ได้ แต่จะเข้าไปในบ้านหรือที่อยู่อาศัยของลูกหนี้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากลูกหนี้ไม่ได้ และจะยึดทรัพย์สินได้เพียงเท่าจำนวนที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษารวมกับค่าธรรมเนียมเท่านั้น¹²⁹

เจ้าพนักงานมีอำนาจยึดเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นซึ่งรวมถึงเงินด้วย โดยมีทรัพย์ที่ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดี เช่น เครื่องมือเครื่องใช้ หนังสือ ยานพาหนะหรืออุปกรณ์อื่นๆ ที่มีความสำคัญในการดำรงชีพหรือในการประกอบอาชีพ เสื้อผ้า เติียงนอน อุปกรณ์ที่เอาไว้ใช้ในครัวเรือนซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพของลูกหนี้และครอบครัว สำหรับการยึดทรัพย์แม้โดยหลักจะทำการยึดเพื่อขายทอดตลาดแต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษให้ทางเลือกอีกทางหนึ่งเอาไว้ ซึ่งในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานมักจะใช้วิธีการนี้คือ จะไม่ได้ยึดเอาไปไว้ในความครอบครองของเจ้าพนักงานโดยตรงแต่จะทำความตกลงกับลูกหนี้เป็นลายลักษณ์อักษร ตกลงให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองทรัพย์เอาไว้ก่อนจนกว่าจะมีการขายทอดตลาดลูกหนี้ก็ยังคงใช้ประโยชน์ได้วัน

¹²⁸ Neil Andrews, English Civil Procedure : Fundamentals of The New Civil Justice System, (Oxford : Oxford University Press, 2003), p.925.

¹²⁹ *Ibid.* ; Jason Williams, Civil and Criminal Procedure : The Conduct of Litigation in The Courts of England and Wales, (London : Sweet & Maxwell, 1997), p.250.

ต่อวัน¹³⁰ ในกรณีที่ลูกหนี้ให้การต่อสู้ว่าทรัพย์สินไม่ใช่ของตน หรือมีบุคคลกล่าวอ้างว่าทรัพย์สินไม่ใช่ของลูกหนี้ เช่นนี้เจ้าพนักงานจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป¹³¹

การอายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อบุคคลที่สาม (garnishee order) คำสั่งอายัดนี้ทำให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสามารถรับชำระหนี้จากเงินที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับได้ โดยวิธีการขอคำสั่งอายัดนี้จะแบ่งเป็นสองขั้นตอน คือคำสั่งอายัดชั่วคราว และคำสั่งอายัดในขั้นที่สุดโดยศาลจะส่งข้ามขั้นตอนไปไม่ได้จะต้องมีคำสั่งอายัดชั่วคราวก่อนเสมอ¹³² ในขั้นแรกเป็นการขออายัดชั่วคราว เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายื่นคำร้องขอคำสั่งอายัดชั่วคราวโดยระบุรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลจะพิจารณารายละเอียดของหนี้ระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอก โดยในขั้นนี้จะไม่มีการถามพยานด้วยวาจา (oral hearing) เมื่อศาลเห็นชอบแล้วจะมีคำสั่งอายัดชั่วคราวโดยระบุจำนวนเงินหรือจำนวนหนี้ที่บุคคลภายนอกจะต้องรักษาเอาไว้และแจ้งไปยังบุคคลภายนอก เมื่อบุคคลภายนอกได้รับคำสั่งแล้วจะต้องไม่กระทำการใดที่ทำให้จำนวนหนี้ที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาลดน้อยไปจนน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ระบุไว้ในคำสั่งชั่วคราวรวมกับค่าธรรมเนียมต่างๆ สำหรับคำสั่งอายัดในขั้นที่สุด ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบุคคลภายนอกสามารถนำพยานหลักฐานเข้ามาต่อสู้ได้ หากศาลมีคำสั่งอายัดในขั้นที่สุดมีผลเสมือนเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชำระหนี้เงิน หากบุคคลภายนอกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือมีการบังคับชำระหนี้เอา กับบุคคลภายนอกแล้ว บุคคลภายนอกย่อมหลุดพ้นจากหนี้ที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้ตามคำพิพากษา¹³³

นอกเหนือไปจากการอายัดสิทธิเรียกร้องแล้ว กฎหมายยังกำหนดคำสั่งอายัดเฉพาะในศาลชั้นต้นซึ่งใช้บังคับกับรายได้ต่างๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยคำสั่งนี้ (attachment of earnings orders) มีผลให้เจ้าหนี้สามารถยึดยังรายได้ที่จ่ายให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยนายจ้างและเข้ารับชำระหนี้แทนโดยนัยเดียวกับคำสั่งอายัดที่มีต่อบุคคลภายนอก กล่าวได้ว่าคำสั่งนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งอายัดต่อเนื่อง (running garnishee order) เงินรายได้ที่อยู่ในข่ายนี้ เช่น ค่าจ้าง เงินเดือน โบนัส ค่านายหน้า เงินบำเหน็จ บำนาญและเงินที่ลูกหนี้ได้รับอันเนื่องมาจากการเจ็บป่วย¹³⁴

¹³⁰ Neil Andrews, *Ibid.*, p.925. ; Jason Williams, *Ibid.*, p.250.

¹³¹ Neil Andrews, *Ibid.*, p.926.

¹³² CPR 72.2(2)

¹³³ Neil Andrews, *supra* note 128, pp.927-928. ; Victoria Williams, Civil Procedure Handbook, (Oxford : Oxford University Press, 2004), p.690.

¹³⁴ Neil Andrews, *Ibid.*, p.930.

Charging orders เป็นวิธีการบังคับชำระหนี้เงินอย่างหนึ่งที่ได้ผลมาก เพียงแต่อาศัยระยะเวลาและค่าใช้จ่ายสูงกว่าการยึดเพื่อขายทอดตลาดหรือการอายัด คำสั่งนี้เป็นการบังคับเอาทรัพย์สินในสินทรัพย์ของลูกหนี้เป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในที่ดิน หุ่น หรือกองทุนของลูกหนี้ตามคำพิพากษา การยื่นคำร้องขอต่อศาลมีลักษณะคล้ายกับคำสั่งอายัดโดยต้องแยกทำเป็นสองขั้นตอนคือคำสั่งในชั้นชั่วคราว และในชั้นที่สุดซึ่งสามารถนำไปจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินได้ เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตชั่วคราวจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดหลักประกันเหนือหลักทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา โดยหากลูกหนี้สละประโยชน์ในสินทรัพย์ดังกล่าวไปในระหว่างที่ถูกบังคับตามคำสั่งชั่วคราวอยู่ การกระทำนั้นไม่อาจใช้ยื่นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ และคำสั่งในชั้นที่สุดหากเป็นประโยชน์ในที่ดินสามารถนำไปจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินได้ หากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต้องการเปลี่ยนสินทรัพย์ของลูกหนี้เป็นเงินก็สามารถมายื่นคำร้องขอให้ศาลจำหน่ายสินทรัพย์ที่อยู่ภายใต้คำสั่ง charging order เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้¹³⁵

(2) คำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นอันมิใช่เป็นตัวเงิน

(2.1) คำพิพากษาให้ส่งมอบการครอบครองในที่ดิน

คำพิพากษาที่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเข้าครอบครองที่ดินหรือให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบการครอบครองในที่ดิน ในศาลสูงจะเริ่มต้นจากการออกหมายแสดงการครอบครอง (writ of possession) ขณะที่ในศาลชั้นต้นจะเริ่มจากหนังสือรับรองการครอบครอง (warrant of possession) เมื่อศาลออกหมายหรือหนังสือรับรองให้แล้ว เจ้าพนักงาน (sheriff, bailiff) จะทำการขับไล่ผู้ที่อยู่ในที่ดินออกไป และมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป

(2.2) คำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สิน

หากเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งไม่ได้ให้โอกาสแก่ลูกหนี้ในการชดเชยราคาแทนสามารถบังคับได้ในวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีดังนี้¹³⁶

¹³⁵ *Ibid.*, pp.931-933.

¹³⁶ Civil Procedure Rules 83.14

(1) A judgment or order for the delivery of any goods which does not give a person against whom the judgment is given or order made the alternative of paying the assessed value of the goods may be enforced in the High Court by one or more of the following means—

(a) ขอออกหมายส่งมอบโดยเฉพาะ (writ of specific delivery) ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงาน (sheriff, bailiff) ในการยึดทรัพย์และส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป โดยไม่มีอำนาจเปลี่ยนเป็นการใช้ราคาแทนได้เหมือนกับ writ of delivery

(b) ขอให้ศาลลงโทษกักขังลูกหนี้ตาม Civil Procedure Rules 81.4 (5)¹³⁷ โดยจะต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งมอบภายในเวลาที่ศาลกำหนดเอาไว้ เมื่อศาลมีคำสั่งแล้วหากพ้นกำหนดเวลาแล้วยังไม่มีการส่งมอบกันจึงจะร้องขอให้ลงโทษโดยการจับกุมกักขังได้ตามข้อ 81.4 (1)

(a) writ of delivery to recover the goods without alternative provision for recovery of the assessed value of those goods ('writ of specific delivery');

(b) in a case in which rule 81.4 applies, an order of committal;

(c) in a case in which rule 81.20 applies, writ of sequestration.

¹³⁷ Civil Procedure Rules 81.4

(1) If a person –

(a) required by a judgment or order to do an act does not do it within the time fixed by the judgment or order; or

(b) disobeys a judgment or order not to do an act,

then, subject to the Debtors Acts 18692 and 18783 and to the provisions of these Rules, the judgment or order may be enforced by an order for committal.

(5) If a judgment or order requires a person to deliver goods or pay their value –

(a) the judgment or order may not be enforced by a committal order under paragraph (1);

(b) the person entitled to enforce the judgment or order may apply to the court for an order requiring that the goods be delivered within a specified time; and

(c) where the court grants such an order, that order may be enforced under paragraph (1).

(c) ขอออกหมายยึดทรัพย์เอาไว้ (writ of sequestration) ตามข้อ 81.20¹³⁸

หากเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้ส่งมอบทรัพย์หรือให้ใช้ราคาสามารถบังคับได้โดยการออกหมายบังคับคดีให้ส่งมอบหรือใช้ราคา (writ of delivery) หรือบังคับโดยร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งมอบทรัพย์นั้น หรือขอออกหมายยึดทรัพย์เอาไว้ (writ of sequestration) ในกรณีที่เลือกจะบังคับหรือเป็นการบังคับให้ชดใช้ราคาคำพิพากษาเช่นว่านี้ สามารถบังคับได้โดยวิธีเช่นเดียวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นเงิน

(2.3) คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการ

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการ หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งได้รับทราบคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาที่กำหนดย่อมเป็นการกระทำความผิดกฎหมาย (contempt of court) การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลในทางแพ่ง อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดกึ่งอาญาได้อย่างหนึ่ง (quasi-criminal) ดังนั้น

¹³⁸ Civil Procedure Rules 81.20

(1) If –

(a) a person required by a judgment or order to do an act does not do it within the time fixed by the judgment or order; or

(b) a person disobeys a judgment or order not to do an act,

then, subject to the provisions of these Rules and if the court permits, the judgment or order may be enforced by a writ of sequestration against the property of that person.

(2) If the time fixed by the judgment or order for doing an act has been varied by a subsequent order or agreement of the parties under rule 2.11, references in paragraph (1) (a) to the time fixed are references to the time fixed by that subsequent order or agreement.

(3) If the person referred to in paragraph (1) is a company or other corporation, the writ of sequestration may in addition be issued against the property of any director or other officer of that company or corporation.

(4) So far as applicable, and with the necessary modifications, this Section applies to undertakings given by a party as it applies to judgments or orders.

ในการพิสูจน์ว่าการที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นเป็นไปโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อหรือโดยเหตุสุดวิสัย¹³⁹ จึงต้องพิสูจน์จนกระทั่งปราศจากข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) จะนำมาตราฐานในการพิสูจน์เพียงแค่น่าเชื่อว่าเป็นไปได้ในคดีแพ่งไม่ได้¹⁴⁰ ทั้งนี้การบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษา ศาลมีอำนาจกระทำได้สามประการคือ การจำคุกลูกหนี้ (committal) การสั่งปรับ (fine) และการยึดทรัพย์ (sequestration)

การที่ศาลจะสั่งจำคุกลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ไม่ยอมกระทำการหรืองดเว้นกระทำการจะต้องปรากฏว่า (i) คำสั่งนั้นกำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติเอาไว้และ (ii) มีการแจ้งคำสั่งให้จำเลยทราบโดยชอบแล้วและ (iii) มีการแจ้งเตือนว่าหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามจะต้องถูกจำคุกและ (iv) ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ศาลมีอำนาจลงโทษจำคุกได้ไม่เกินสองปี¹⁴¹ นอกจากนี้ศาลมีอำนาจยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขโทษดังกล่าวได้ ถ้าศาลเห็นว่าได้รับโทษมาเพียงพอแล้วหรือหากลูกหนี้ยอมปฏิบัติตามแล้วก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษอีกต่อไป และในคดี Harris v. Harris ศาลอุทธรณ์ก็วินิจฉัยว่าหลักว่าการปรับเปลี่ยนโทษเป็นดุลพินิจของศาลโดยเฉพาะสำหรับค่าปรับ ศาลมีอำนาจกำหนดได้โดยไม่จำกัด แต่โดยปกติแล้วหากศาลเลือกใช้วิธีการจำคุกก็จะไม่มีคำสั่งเรื่องค่าปรับอีก¹⁴² อย่างไรก็ตามศาลยังคงมีอำนาจให้ผู้ใช้สิทธิเรียกร้องหรือบุคคลอื่นกระทำการแทนโดยให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามออกค่าใช้จ่ายแทนได้¹⁴³

สำหรับการยึดทรัพย์ (sequestration) เป็นการที่ศาลมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินอย่างใดของลูกหนี้เอาไว้เป็นการลงโทษที่ลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งยึดได้มีลักษณะเดียวกับการสั่งจำคุกก็คือ ต้องมีการแจ้งให้ทราบพร้อมกำหนดระยะเวลาและผลของการฝ่าฝืนว่าจะถูกยึดทรัพย์ เมื่อลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาแล้วศาลจึงจะมีคำสั่งปล่อยทรัพย์ที่ยึดเอาไว้¹⁴⁴

¹³⁹ Neil Andrews, *supra* note 128, p.936.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.937.

¹⁴¹ Jason Williams, *supra* note 129, p.255.

¹⁴² Neil Andrews, *supra* note 128, pp.937-938.

¹⁴³ RSC order 45 rule 8

¹⁴⁴ Jason Williams, *supra* note 129, p.255.

4.5 บทสรุป

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีค่อนข้างให้ความสำคัญกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงมาก ซึ่งล้วนเป็นผลมาจากหลักคิดที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาเจ้าหนี้จึงมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เสมอ และไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงวัตถุแห่งหนี้แต่อย่างใด ทั้งนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันสิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าว เป็นการพิจารณาในแง่ของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น ขณะที่วิธีการบังคับเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งจะเห็นได้ชัดว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันเองแบ่งแยกวิธีการบังคับคดีออกตามประเภทของคำพิพากษาว่าเป็นคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้เป็นเงิน คำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์สิน คำพิพากษาที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยคำพิพากษาแต่ละกรณีก็มีวิธีการบังคับที่แตกต่างกันออกไป สำหรับคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินมาตรการบังคับของศาลที่สำคัญก็คือ การให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเข้าไปยึดทรัพย์และส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ให้ขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาออกไปและส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ หากเป็นหนี้กระทำการโดยแท้มาตรการบังคับที่สำคัญของศาลคือการสั่งปรับลูกหนี้หรือสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้เพื่อกดดันให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดกรอบเอาไว้ด้วยเช่นกันเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกายของลูกหนี้เกินสมควร โดยศาลจำคุกได้ครั้งละไม่เกินหกเดือนรวมแล้วต้องไม่เกินสองปีเท่านั้น

ขณะที่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 แม้จะมีหลักการพื้นฐานที่แตกต่างกับในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่บ้างก็ตาม แต่จากการศึกษาก็จะเห็นว่าในท้ายที่สุดแล้วแม้จะเป็นหนี้กระทำการแต่ศาลสูงของฝรั่งเศสก็มีแนวความคิดที่จะพยายามบังคับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ในขณะเดียวกันการบังคับนั้นก็จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกายของลูกหนี้ควบคู่กันไปดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลที่มักจะกำหนดค่าปรับ (astreintes) เอาไว้ด้วยหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา นอกจากนี้หากเป็นหนี้กระทำการที่ไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้แม้จะมีบทบัญญัติในมาตรา 1142 บัญญัติเอาไว้ชัดเจนแต่ศาลก็มีแนวคิดในการตีความหนี้กระทำการในมาตรา 1142 ให้แคบลงเพื่อให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะในหนี้กระทำการบางอย่างได้มากขึ้น สำหรับวิธีการบังคับตามคำพิพากษานั้นก็แบ่งแยกออกไปตามประเภทของคำพิพากษาในลักษณะเดียวกับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน แต่ในคำพิพากษาที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ศาลในประเทศฝรั่งเศสทำได้เพียงการกำหนดค่าปรับเท่านั้นไม่สามารถจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ได้เหมือนอย่างศาลในประเทศเยอรมนี

สำหรับในประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ค่อนข้างเฉพาะซึ่งแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นคดีๆ ไปโดยไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นหนี้อะไรเพราะศาลมีดุลพินิจกำหนดให้ได้เพื่อให้เกิดความ

ยุติธรรม และวิธีการในการบังคับคดีตามคำพิพากษาก็มีลักษณะใกล้เคียงกัน กล่าวคือเป็นการแยกมาตรการบังคับออกไปตามประเภทของหนี้ตามคำพิพากษาในแต่ละประเภท ในส่วนของหนี้ตามคำพิพากษาที่ทำให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนั้นศาลอังกฤษเองก็มีอำนาจจะสั่งปรับหรือจำคุกลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้เช่นเดียวกัน

จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติโดยเฉพาะในประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสต่างก็มีแนวโน้มที่จะยอมรับถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้ทุกๆ ประเภทได้มากขึ้นกว่าในอดีต และเริ่มผลักดันให้การพิจารณาถึงวิธีการบังคับหรือสภาพแห่งหนี้เป็นเรื่องในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติมากยิ่งขึ้น ขณะที่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังคงมีความไม่ชัดเจนและมีลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาความมากกว่ากฎหมายสารบัญญัติ ประกอบกับการใช้และการตีความมาตรา 194 ของไทยซึ่งยังไม่สอดคล้องกับต้นแบบย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5 นอกจากนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของทั้งสามประเทศเองก็มีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่ในหนี้กระทำการนั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังคงไม่ยอมรับการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้แต่ใช้มาตรการทางการเงินเพื่อบีบบังคับลูกหนี้ตามคำพิพากษาแทน ขณะที่ในประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษต่างก็ยอมรับมาตรการทั้งสองอย่างนี้เพื่อเป็นการบีบบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งในระบบกฎหมายไทยเองกำหนดให้อำนาจศาลเฉพาะในการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้เท่านั้นไม่ได้ให้อำนาจศาลในการสั่งปรับซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในนี้กระทำการ

5.1 ความนำ

การใช้และตีความกฎหมายนอกจากการตีความตามตัวอักษรแล้วยังจำเป็นจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งการจะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายอาจทำได้โดยการศึกษาค้นคว้าในเชิงประวัติศาสตร์ถึงที่มาของบทบัญญัติดังกล่าว บทบัญญัติในเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเองก็เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ป.พ.พ.) มาตรา 213 ในประเด็นเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องก็ควรจะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย จากที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 4 แม้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแม้จะไม่ได้ระบุเอาไว้โดยตรงก็มีลักษณะใกล้เคียงกับมาตรา 213 อยู่มากซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไป อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวไปแล้วถึงความเข้าใจผิดของคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ร่างมาตรา 213 โดยเชื่อว่าได้รับอิทธิพลมาจากเยอรมัน ในบทนี้ผู้เขียนจะเริ่มวิเคราะห์จากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนนี้อันนำไปสู่ปัญหาเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องในที่สุดว่าควรจะต้องตีความไปในทิศทางใดจึงจะสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน และไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายรวมถึงเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างฯ

ภายหลังจากที่ได้วิเคราะห์ถึงขอบเขตเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องแล้วผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไปว่ากรณีตามสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญาซื้อขายคงรูปและสัญญาฝากทรัพย์ที่ตั้งเป็นประเด็นปัญหาเอาไว้ สอดคล้องกับแนวการตีความที่ได้วิเคราะห์เอาไว้แล้วเพียงใด และเพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ทั้งกระบวนการจึงจำเป็นจะต้องกล่าวถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติในแง่ของการบังคับชำระหนี้ในบริบทของการบังคับตามคำพิพากษาว่า วิธีการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบหรือส่งคืน มีข้อจำกัดในแง่ที่จะต้องเป็นการส่งมอบที่โอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ โดยผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการตีความในเรื่องนี้โดยอาศัยวิธีการที่ศาลในต่างประเทศใช้บังคับกับกรณีต่างๆ เหล่านี้ สำหรับนี้กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้ โดยแท้ เช่น ในกรณีของสัญญาจ้างทำของที่การทำงานที่รับจ้างยังกระทำไม่สำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นรูปที่ยังวาดไม่เสร็จ อาคารที่ยังก่อสร้างไม่เสร็จ เหล่านี้หากเป็นนี้กระทำการที่ไม่อาจให้บุคคลอื่นนอกจากลูกหนี้กระทำแทนได้ โดยผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ประกอบกับหลักเกณฑ์ในเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่

เปิดช่องเพื่อตอบปัญหาดังกล่าว ตลอดจนหาว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องกันแล้ว วิธีบังคับ โดยเฉพาะการจับกุมและกักขังลูกหนี้จะขัดต่อหลักการตามมาตรา 213 เพียงใด โดยจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

5.2 ปัญหาการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาตลอดตั้งแต่แรกแล้วว่าบทบัญญัติในมาตรา 213 โดยเฉพาะเรื่อง “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” ยังคงมีความไม่ชัดเจนทั้งในการใช้และการตีความอยู่มาก ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าในลำดับแรกควรจะทำให้ความเข้าใจถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของเรื่องนี้ผ่านการศึกษาค้นคว้าในเชิงประวัติศาสตร์เสียก่อน ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปในเบื้องต้นถึงกระบวนการร่างบทบัญญัติในมาตรานี้แล้วในบทที่ 2 โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อคณะกรรมการร่างฯ ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลักในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นจึงได้ร่างมาตรา 194 ขึ้นมา และต่อมาเมื่อถึงกระบวนการร่างมาตรา 213 ก็เข้าใจว่าต้นแบบคือมาตรา 414¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น คัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันจึงไม่น่าจะขัดแย้งกันแต่อย่างใด แต่ความเข้าใจเช่นนี้นำมาซึ่งความไม่ชัดเจนอย่างยิ่งในการวินิจฉัยเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้

¹ Japan Civil Code 1898 Article 414

“When a debtor does not voluntarily perform the obligation, the creditor may make a demand for compulsory performance to the Court, unless the nature of the obligation does not permit it.

When the nature of the obligation does not permit of compulsory performance of an act for its subject, the creditor may demand the Court to cause the third person to do the same at the expense of the debtor; but with regard to an obligation which has a juristic act for its subjects, a judgment may be substituted for an expression of intention by the debtor.

With regard to an obligation which has a forbearance for its subject the creditor may demand the removal of what has been done at the expense of the debtor and have proper measures adopted for the future.

The provisions of the proceeding three Paragraphs do not affect a demand for compensation for damages.”

โดยเฉพาะเจาะจง เพราะหลักการในมาตรา 213 ไม่สอดคล้องกับหลักคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในเยอรมันที่มองว่าเป็นมาตรการเยียวยาหลัก โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้แต่ประการใด ดังนั้นผู้เขียนจึงเริ่มจากการอธิบายถึงอิทธิพลของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและฝรั่งเศสที่มีต่อมาตรา 414 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นก่อนเป็นลำดับแรก

5.2.1 ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 414

กระบวนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นนั้น กล่าวได้ว่าเพื่อเป็นการยุติความขัดแย้งในหมู่นักกฎหมายญี่ปุ่นที่มีต่อประมวลกฎหมายแพ่งเดิม (ฉบับ Boissonade) จึงทำการร่างโดยไม่ได้อาศัยกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นหลักแต่จะศึกษาและนำเอาข้อดีของแต่ละประเทศมาประยุกต์โดย Nobushige Hozumi (1856-1926) ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการร่างฯ ของญี่ปุ่นยังอธิบายอีกว่า

“...ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นผลิตผลของการปรับใช้วิพากษ์กฎหมายเปรียบเทียบ ถ้าพิจารณาผิวเผินประมวลกฎหมายฉบับใหม่อาจจะดูคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมีผู้เข้าใจไปในทำนองนี้เป็นจำนวนมาก จริงอยู่ที่ร่างฉบับแรกและฉบับที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีประโยชน์อย่างยิ่งในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและมีอิทธิพลต่อการทำงานของคณะกรรมการร่างฯ แต่หากพิจารณาตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นอย่างถี่ถ้วน จะพบว่าบทกฎหมายและหลักกฎหมายเหล่านี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายต่างประเทศในหลากหลายระบบทั่วโลก”²

นอกจากนี้ Kenjiro Ume (1860-1910) ซึ่งเป็นหัวหน้ากรรมการร่างฯ ของญี่ปุ่นก็ได้ยืนยันในทำนองเดียวกันในปี ค.ศ. 1904 ว่า

“มีผู้เข้าใจผิดอยู่เสมอว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับใหม่ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเชิงรูปแบบนั้นเดินตามแนวประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับเดียว ความจริงไม่เป็นเช่นนั้นเลย ประมวลกฎหมายฉบับใหม่เดินตามแนวประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายอื่นที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศส อย่างน้อยอิทธิพลของ

² Nobushige Hozumi, The new Japanese civil code : as material for the study of comparative jurisprudence, (Tokyo : Printed by the Tokyo printing co., ltd., 1904), pp.10-11. ; มุนินทร์ พงศาปาน, “ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 738, เล่มที่ 4, ปีที่ 42, น.768-769 (2556).

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นก็มีไม่น้อยไปกว่าอิทธิพลของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน”³

จะเห็นได้ว่าแม้ในอดีตนักกฎหมายญี่ปุ่นจะมีความเชื่อว่าประมวลกฎหมายแพ่งของตนได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และพยายามศึกษาและตีความให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างฯ ของญี่ปุ่นมากนัก ต่อมาในปี ค.ศ. 1965 เมื่อ Eiichi Hoshino (1926-2012)⁴ นำเสนอบทความเรื่อง “อิทธิพลของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น” ทำให้แนวคิดดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนไป จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1970 Zentaro Kitagawa (1923-2013)⁵ ได้ทำการศึกษาวิจัยลักษณะที่แท้จริงของการรับกฎหมายแพ่งเยอรมันในประเทศญี่ปุ่น งานวิจัยปริญญาเอกของเขาได้เปลี่ยนแปลงแนวความคิดเดิมที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลัก⁶

คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเองก็มีความเชื่อเช่นเดียวกับนักกฎหมายญี่ปุ่นในอดีต ที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเห็นได้จาก พระยามานวราชเสวีหนึ่งในคณะกรรมการร่างฯ ที่เสนอให้ใช้วิธีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบบญี่ปุ่น และเคยให้สัมภาษณ์เอาไว้ว่า “ญี่ปุ่นไปเอาอย่างมาจากเยอรมัน เขาคิดค้นมาแล้วเป็นร้อยปี...” “เรื่องกฎหมายนี้ จะว่าไปพวกญี่ปุ่นเขาก็เก่ง เก่งเรื่องเลียนแบบเพราะฝ่ายเยอรมันค้นคิดเอาไว้นานแล้วญี่ปุ่นก็ไปเลียนแบบ” เป็นต้น⁷ ดังนั้นในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 จึงทำอย่างง่าย ๆ ด้วยการคัดลอกประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 414 มาโดยเชื่อกันว่าน่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังที่ปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 24

³ มุนินทร์ พงศาปาน, *เฟื่องอ้าง*, น.769.

⁴ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัย Ryukyus (University of the Ryukyus)

⁵ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยเกียวโต (University of Kyoto) งานเขียนของเขาที่อธิบายวิวัฒนาการของกฎหมายญี่ปุ่นและเยอรมันก็คือ “The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives”

⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.772.

⁷ *เฟื่องอ้าง*, น.750-751.

สิงหาคม พุทธศักราช 2468⁸ ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไปว่ามาตรา 414 ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมากน้อยอย่างไรที่เข้าใจกันเพียงใด

ในระหว่างการประชุมของคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเพื่อร่างมาตรา 414 นี้ได้มีการตั้งคำถามถึงความจำเป็นของมาตรา 414 วรรคแรกขึ้นโดย Hozumi ได้อธิบายว่า “แม้ว่าโดยปกติแล้วเมื่อมีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นจะสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยไม่ต้องมีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งอยู่แล้ว แต่สิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวก็ควรจะมีสิทธิบังคับเอาค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ย่อมจะเป็นที่สงสัยว่าเจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หรือไม่”⁹

ขณะที่ Ume ได้ให้ความเห็นว่า “บทบัญญัติในมาตรา 414 จำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้เพื่อเป็นการยืนยันว่า ค่าเสียหายยังคงเป็นมาตรการเยียวยาจากการไม่ชำระหนี้อยู่ และหลักการที่ว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาเพียงอย่างเดียวเท่านั้นไม่ถูกต้อง”¹⁰ และได้อธิบายอีกว่ามาตรา 414 และ 415¹¹ ของประมวลกฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้รับหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือหลักค่าเสียหายมาโดยตรง แต่เป็นการผสมผสานกันระหว่างสองหลักการข้างต้นเข้าด้วยกันจะเห็นได้จากการที่มาตรา 414 ยังคงกำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้โดย

⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ม.สคก. 3/4, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 24 สิงหาคม พุทธศักราช 2468

⁹ Munin Pongsapan, “The Reception of Foreign Private Law in Thailand in 1925 : A Case Study of Specific Performance” (Ph.D. Thesis, University of Edinburgh, 2013), p.164.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Japan Civil Code 1898 Article 415

“When the debtor does not perform the obligation in accordance with the true intent and purpose of the same, the creditor may demand compensation for accruing damages.

The same applies when performance has become impossible owing to a cause attributable to the debtor.”

เฉพาะเจาะจงในวิธีอื่นๆ อยู่ด้วย ขณะที่ในวรรคท้ายและในมาตรา 415 ก็ยอมรับสิทธิในการเรียกค่าเสียหายด้วยเช่นกัน

จากคำอธิบายข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้ง Hozumi และ Ume ต่างก็มองว่าทั้งการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายต่างก็เป็นมาตรการเยียวยาหลักทั้งคู่ ซึ่งเจ้าหนี้สามารถเลือกที่จะใช้สิทธิในทางใดก็ได้¹² ซึ่งแนวคำอธิบายมาตรา 414 เช่นว่านี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มากกว่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1900 เนื่องจาก ประการแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก ขณะที่ค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรอง ซึ่งหากเจ้าหนี้ยังสามารถจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้อยู่ก็ไม่มีสิทธิจะเรียกค่าเสียหาย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น เช่น การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เป็นต้น ขณะที่หลักการในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 แม้จะยอมรับว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก แต่ก็ยังคงมีแนวความคิดที่ยอมรับว่าค่าเสียหายเองก็เป็นมาตรการเยียวยาหลักได้เช่นเดียวกันดังที่ Denis Tallon ได้แสดงทัศนะเอาไว้ว่าลักษณะสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ก็คือมาตรการเยียวยาทุกประเภทอยู่ในระดับเดียวกัน

ประการที่สองมาตรา 414 มีการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน หนี้กระทำการและหนี้งดเว้นกระทำการ เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะตัวของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังที่ปรากฏในมาตรา 1142¹³ ทั้งบทบัญญัติในวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 414 ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1143¹⁴ และมาตรา 1144¹⁵ แต่ลักษณะของการ

¹² Munin Pongsapan, *supra* note 9, p.165.

¹³ French Civil Code (1804) Article 1142

“Any obligation to do or not to do resolves itself into damages, in case of non-performance on the part of the debtor.”

¹⁴ French Civil Code (1804) Article 1143

“Nevertheless, a creditor is entitled to request that what has been done through breach of the undertaking be destroyed; and he may have himself authorized to destroy it at the expense of the debtor, without prejudice to damages, if there is occasion.”

¹⁵ French Civil Code (1804) Article 1144

จำแนกวัตถุประสงค์แห่งหนี้เช่นว่านี้กลับไม่ปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่อย่างใด ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 241¹⁶ ที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วว่าในระบบกฎหมายเยอรมันอาศัยมาตราดังกล่าวยอมรับว่าเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในหนี้ทุกประเภท และยอมรับกันว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก

นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตรา 414 แม้จะเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแต่เป็นการกล่าวในบริบทของวิธีการบังคับซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายวิธีพิจารณาความ แสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายญี่ปุ่นเองก็มองการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งสอดคล้องกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน ขณะที่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกลับมองเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น ส่วนวิธีการบังคับก็แยกไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก¹⁷

ด้วยเหตุผลสามประการข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า แม้คณะกรรมการร่างฯ ของไทยจะเชื่อว่ามาตรา 414 นี้ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ตามแต่แท้จริงแล้วมาตรา 414 นี้ น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มากกว่า ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าป.พ.พ. มาตรา 213 ของไทยก็น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสผ่านทางมาตรา 414 ด้วยเช่นเดียวกันซึ่งแน่นอนว่าความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนนี้ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งกับมาตรา 194 ซึ่งร่างโดยใช้มาตรา 241 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบ กล่าวคือในระบบกฎหมายเยอรมันหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่ถือว่าเป็นมาตรการเยียวยาหลักโดยไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ก็อาศัยมาตรา 241 นี้อธิบายทั้งสิ้น ย่อมหมายความว่าหากตีความมาตรา 194 ของไทยซึ่งคัดลอกมาจากมาตรา 241 ให้สอดคล้องกับที่นักกฎหมายเยอรมันใช้กันในปัจจุบัน ก็ย่อมอธิบายถึงหลักการอย่างเดียวกับในเยอรมันได้แล้ว และไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติในมาตรา 213 เพิ่มเข้ามาอีก ทั้งนี้ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 ว่าคณะกรรมการ

“A creditor may also, in case of non-performance, be authorized to have the obligation performed himself, at the debtor's expense .”The latter may be ordered to advance the sums necessary for that performance.”

¹⁶ German civil code (1900) section 241

“By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.”

¹⁷ Munin Pongsapan, *supra* note 9, p.170.

ร่างฯ ของไทยคงมุ่งประสงค์ที่จะให้ใช้มาตรา 194 เพียงเพื่อให้คำนิยามของคำว่า “หนี้” เท่านั้นจึงมีการร่างมาตรา 213 ขึ้นมาอีกซึ่งมีหลักเกณฑ์เดียวกับในมาตรา 414 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่ได้ทำการวิเคราะห์ไปแล้วว่ามีลักษณะที่แตกต่างกับในเยอรมันอย่างชัดเจน เพียงแต่ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับมีหลักการทั้งของเยอรมันและฝรั่งเศสซึ่งไม่น่าจะสอดคล้องกันรวมเอาไว้ในกฎหมายลักษณะหนี้ด้วยกันได้

5.2.2 การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

จากความเข้าใจผิดดังกล่าวข้างต้นทำให้นำมาซึ่งความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาจากกระบวนการในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่สองนี้ คณะกรรมการร่างฯ ของไทยน่าจะประสงค์ที่จะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลัก และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติอื่นๆ ในบรรพ 2 ลักษณะที่ 1 หมวดที่ 2 ว่าด้วยผลแห่งหนี้โดยเฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยการไม่ชำระหนี้ที่โดยส่วนใหญ่ล้วนแต่ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น มาตรา 216 มาตรา 217 หรือมาตรา 218 เป็นต้น ดังนั้นในการวินิจฉัยเรื่องสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะต้องตีความไปในแนวทางเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ต้องถือว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลักจากการไม่ชำระหนี้ ส่วนค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรอง และต้องถือว่าสิทธิดังกล่าวของเจ้าหนี้เป็นสิทธิหลักของเจ้าหนี้โดยไม่จำกัดคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้ว่าเป็นหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน หนี้กระทำการหรือหนึ่งวันกระทำการแต่อย่างใด

นอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการเยียวยาจากการผิดสัญญาในกรณีอื่น เช่น ค่าเสียหายหรือการเลิกสัญญา ในเรื่องค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะกรณีตาม ป.พ.พ. มาตรา 215 แม้จะมีความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่ามาตรา 215 ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเลือกเอาค่าเสียหายโดยไม่ขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้¹⁸ (จะคล้ายกับในฝรั่งเศสที่มีแนวคิดว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายเป็นมาตรการเยียวยาในลำดับเดียวกัน) แต่ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปานที่เห็นว่าควรจะต้องตีความบทบัญญัติในเรื่องนี้ตามแนวทางของกฎหมายเยอรมันอันเป็นที่มา

¹⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), ปรับปรุงแก้ไขโดยมุนินทร์ พงศาปาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.593-594.

ของมาตราดังกล่าวไว้ว่า สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกเอาค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงย่อมมีได้เฉพาะกรณีตามป.พ.พ. มาตรา 216 มาตรา 217 และมาตรา 218 เท่านั้น¹⁹ สำหรับการเลิกสัญญา หากพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องการเลิกสัญญาตามมาตรา 387²⁰ แล้วจะเห็นได้ว่าแม้จะมีการผิดสัญญากันก็จริงในกรณีทั่วไปก็ไม่ใช่ว่าจะเลิกสัญญาทันที กฎหมายยังให้อีกโอกาสลูกหนี้ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่งก่อนโดยเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวในครบบถ้วน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการผิดสัญญาไปแล้วกฎหมายก็ยังคงประสงค์จะให้มีการชำระหนี้กันมากกว่าจะให้เลิกสัญญา

ดังนั้นในประเด็นที่ว่าศาลมีดุลพินิจที่จะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้ที่สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้โดยอาศัยเหตุอื่นๆ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 506/2469 ในทำนองว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเนื่องมาจากการบังคับจะเป็นการไม่สะดวกและมีเหตุขัดข้อง และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 815/2486 ที่วินิจฉัยในทำนองว่าโจทก์ได้ซื้อทรัพย์สินจากที่อื่นมาทดแทนแล้วจึงเรียกให้จำเลยส่งมอบอีกไม่ได้ ทำได้แต่เพียงเรียกค่าเสียหายเท่านั้น เมื่อตีความว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลักแล้ว หากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถกระทำได้อยู่ ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ จะขอชำระค่าเสียหายแทนไม่ได้ และศาลก็ไม่มีดุลพินิจที่จะพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถกระทำได้อยู่ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าทั้งสองกรณีศาลควรจะต้องพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้แก่โจทก์ ทั้งนี้ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้แล้วว่าผลคำวินิจฉัยในช่วงเวลาดังกล่าวน่าจะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษที่ยังมีอิทธิพลในหมู่ผู้พิพากษาอยู่มากในขณะนั้นจึงไม่น่าจะนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานได้อีกต่อไป

ในประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์หรือขอบเขตของสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องจากการศึกษาค้นคว้าจากคำอธิบายทั้งในและต่างประเทศ ประการแรกผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่ถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องจะต้องเป็นกรณีที่การบังคับชำระหนี้ต้องกระทำเอากับเนื้อตัวร่างกาย

¹⁹ โปรตดุมุนินทร์ พงศาปาน, “ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง : ปัญหาการตีความมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 250, เล่มที่ 1, ปีที่ 44 (2558).

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387

“ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

ของลูกหนี้เท่านั้น เพราะการบังคับชำระหนี้ควรจะเป็นการบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในป.พ.พ. มาตรา 214²¹ หนี้ในลักษณะดังกล่าวก็เช่น หนี้กระทำการที่เป็นการกระทำการโดยแท้ หรือหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการเองเป็นการเฉพาะตัว หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้เท่านั้น ในประเด็นนี้จากการศึกษามาตั้งแต่ในระบบกฎหมายโรมัน แม้จะไม่ชัดเจนมากนักแต่ก็มีความเห็นที่ไม่ยอมรับหลักการบังคับชำระหนี้เอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ดังที่ปรากฏจากหลัก “condemnatio pecuniaria” ที่มีที่มาจากแนวความคิดว่าประชาชนชาวโรมันจะต้องไม่สูญเสียเสรีภาพของพวกเขาไปเพียงเพราะเหตุที่พวกเขาไม่ชำระหนี้ตลอดมาจนถึงหลัก “nemo praecise potest cogi ad factum” ที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งในช่วง ius commune ที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะถูกบังคับให้กระทำการใดได้โดยไม่สมัครใจเว้นแต่ว่าจะใช้กำลังบังคับทางกายภาพเอากับลูกหนี้ให้กระทำการ ดังนั้นการชำระค่าเสียหายจึงเป็นการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการ” นอกจากนี้ หลักการเช่นว่านี้คงจะเห็นได้ชัดจากในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในมาตรา 1142 ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Epoux Ailloud c. consorts Plissonnier* ที่วินิจฉัยว่ารับรองการตีความมาตรา 1142 ว่าใช้บังคับกับหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้เท่านั้น กล่าวคือเฉพาะแต่กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในหนี้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้ (personal obligation of doing or not doing) เท่านั้นที่จะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหาย ก็เนื่องมาจากการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในหนี้ลักษณะนี้จะต้องบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสไม่ยอมรับแนวคิดเช่นว่านี้ ดังนั้นหลักเกณฑ์ประการแรกก็คือหนี้ที่ขอบังคับชำระหนี้เป็นการจะบังคับชำระหนี้จะต้องไม่กระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ไม่เช่นนั้นย่อมถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้

ในประการที่สองจากการศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่ศาลฎีกายึดถือก็คือ การบังคับชำระหนี้ต้องเป็นการบังคับเอากับลูกหนี้เท่านั้น หากเป็นการบังคับชำระหนี้เอากับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดีสภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่องให้บังคับได้ บางกรณีแม้จะเป็นหนี้เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งการบังคับชำระหนี้ไม่กระทบต่อร่างกายของลูกหนี้ แต่เนื่องจากการบังคับกับบุคคลภายนอกไม่ใช่บังคับเอากับจำเลย ศาลจึงไม่มีอำนาจบังคับให้ก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ทรัพย์พิพาทตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลภายนอกโดยชอบแล้ว เมื่อโจทก์จำเลยไม่ได้ฟ้องบุคคลภายนอกเข้ามา

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย”

ในคดี ศาลย่อมไม่อาจบังคับบุคคลภายนอกได้ กรณีสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องดังเช่นในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540 ที่วินิจฉัยว่า

“การที่จำเลยละเลยไม่ชำระหนี้ของตนในอันที่จะจดทะเบียนการจำยอมให้โจทก์ ทั้งสามตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ทำไว้โจทก์ทั้งสามย่อมมีสิทธิฟ้องขอให้บังคับจำเลยไป จดทะเบียนการจำยอมตามสัญญาดังกล่าวนั้นได้ แต่เมื่อปรากฏว่าภายหลังโจทก์ทั้งสามฟ้องจำเลย แล้วจำเลยได้จดทะเบียนโอนที่ดินซึ่งเป็นถนนพิพาทให้แก่มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต จำเลยจึงมิใช่ เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงดังกล่าวอีกต่อไปและไม่อยู่ในฐานะจะไปจดทะเบียนการจำยอมให้โจทก์ ทั้งสามเพราะสภาพแห่งการบังคับคดีไม่เปิดช่องที่จะบังคับให้จำเลยทำเช่นนั้นได้ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 การกระทำของจำเลยดังกล่าวแม้หากจะฟังว่าทำให้โจทก์ทั้ง สามได้รับความเสียหายแต่โจทก์ทั้งสามมิได้ขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าเสียหายมาด้วยจึงไม่อาจวินิจฉัย ให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายในส่วนนี้ชอบที่โจทก์ทั้งสามจะไปว่ากล่าวเป็นคดีใหม่”

คดีนี้เมื่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินตกแก่บุคคลภายนอกเสียแล้ว ศาลย่อมไม่มีอำนาจ พิพากษาให้บุคคลภายนอกไปจดทะเบียนการระจำยอมให้แก่โจทก์ได้เพราะศาลไม่มีอำนาจพิพากษาไป ถึงบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่ความในคดีได้ และคำพิพากษาก็ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก กรณีตาม คำพิพากษานี้โจทก์ฟ้องจำเลยให้จดทะเบียนการระจำยอม เมื่อจำเลยไม่ชี้แจงองค์ที่ดินก็ไม่อาจบังคับ ให้จำเลยจดทะเบียนได้ แม้การบังคับไม่กระทบร่างกายลูกหนี้เลยแต่ศาลไม่อาจพิพากษาให้ได้ อย่างไรก็ดีตามหากโจทก์มีคำขอมาด้วยว่าหากจำเลยจดทะเบียนการระจำยอมให้แก่โจทก์ไม่ได้ให้ชดเชย ค่าเสียหายเช่นนี้ศาลต้องพิพากษาไปตามคำขอจะยกฟ้องไปเลยไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2621/2559)

อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 ที่วินิจฉัยในทำนองว่า

“การที่จำเลยไม่ปฏิบัติหรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ให้ไว้แก่ โจทก์ได้นั้น เป็นเพราะจำเลยได้โอนที่ดินพิพาทไปให้บุคคลภายนอกซึ่งถือได้ว่าเป็นความผิดอันเกิดแต่ ฝ่ายของจำเลยเอง จำเลยยังคงมีความรับผิดชอบที่จะต้องดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาท ให้แก่โจทก์ตามคำขอท้ายฟ้องเพราะอาจมีการเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนให้ที่ดิน พิพาทกลับมาเป็นชื่อของจำเลยและดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่โจทก์ได้ กรณีมิใช่ สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้จำเลยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบดำเนินการดังกล่าวต่อโจทก์”

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้กรณีน่าจะวินิจฉัยได้โดยอาศัย หลักการชำระหนี้ตกเป็นพันธียโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 218 ทั้งนี้แม้ว่าจะ พิจารณาในแง่ของสภาพแห่งหนี้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาผู้เขียนก็ยังคงมีความเห็นว่า กรณีเมื่อ จำเลยได้ทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทให้บุคคลภายนอกไปแล้ว กรณีสภาพแห่งหนี้

จึงน่าจะไม่เปิดช่องให้ศาลบังคับชำระหนี้ให้จำเลยจดทะเบียนโอนที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ได้อีกต่อไป ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540²² อย่างไรก็ตามคดีนี้ก็มีข้อแตกต่างกับในคดีก่อน เนื่องจากในคดีก่อนโจทก์ไม่ได้มีคำขอมาว่าหากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ในคดีนี้โจทก์มีคำขอท้ายฟ้องมาว่า “ขอให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทแก่โจทก์หากโอนไม่ได้ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์” ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแต่ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า “ให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้โจทก์ หากจำเลยไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนให้แก่โจทก์ได้ให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์” จำเลยฎีกาว่าจำเลยได้โอนขายที่ดินพิพาทไปแล้วสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่อง ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่ากรณีไม่ใช่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง จำเลยยังคงต้องรับผิดชอบอยู่และพิพากษาให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้โจทก์ หากจำเลยไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนให้แก่โจทก์ได้ ให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากรณีไม่ใช่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องคงเป็นเพราะโจทก์มีคำขอท้ายฟ้องมาว่า หากโอนไม่ได้ก็ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแทน เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาคตามฟ้องของโจทก์เท่ากับว่าจำเลยมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนโอน หากโอนไม่ได้ก็ยังมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ใช่กรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง ผู้เขียนจึงเห็นว่า น่าจะหมายความว่าจำเลยยังคงมีหน้าที่ต้องไปจดทะเบียนโอนให้โจทก์ หากโอนไม่ได้จริงๆ ก็ให้ชดใช้ราคา มิใช่ว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องแล้วยกฟ้องไปเลย ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วหากต้องชดใช้ค่าเสียหายกัน ศาลย่อมมีอำนาจจะบังคับให้ได้สภาพแห่งหนี้จึงเปิดช่องให้บังคับได้ ต่างจากในคดีก่อนที่โจทก์ฟ้องขอให้จดทะเบียนภาระจำยอมเท่านั้นไม่ได้มีคำขอมาว่าหากจดทะเบียนไม่ได้ให้ชดใช้ค่าเสียหาย สภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องเพราะไม่มีทางที่ศาลจะบังคับได้เลย คดีนี้หากโจทก์มีคำขอมาเพียงว่าให้จำเลยโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทแก่โจทก์ ผู้เขียนเห็นว่าสภาพแห่งหนี้ที่น่าจะไม่เปิดช่องให้บังคับได้และศาลต้องพิพากษายกฟ้องเหมือนกับในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540 ข้างต้น

²² ในประเด็นนี้ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปานมีความเห็นว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตาม ม.213 น่าจะใช้บังคับกับเฉพาะกรณีที่หนี้ยังอยู่ในวิสัยที่จะชำระได้กล่าวคือ หนี้ยังไม่มีพ้นวิสัยเพียงแต่สภาพแห่งหนี้บังคับไม่ได้ ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเสียแล้วก็ไม่น่าจะอยู่ในบังคับ ม.213 กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540 ศาลควรจะปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงบนพื้นฐานของการชำระหนี้ที่ตกเป็นพ้นวิสัยมากกว่าเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง โปรดดู Munin Pongsapan, “Remedies for breach of Contract in Thai Law,” in *Studies in the Contract Laws of Asia: Remedies for breach of Contract*, Mindy Chen-Wishart, Alex Loke, & Burton Ong, (Oxford: Oxford University Press, 2016) ch 16, pp.385-386.

นอกจากนี้ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าอาจมีการเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนให้ที่ดินพิพาทกลับมาเป็นชื่อของจำเลย และดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่โจทก์ ได้ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกาผู้เขียนไม่ค่อยเห็นพ้องด้วยนัก เนื่องจากหากวินิจฉัยเช่นนี้จะกลายเป็นว่าทุกกรณีสภาพแห่งหนึ่งก็เปิดช่องให้บังคับได้หมด รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540 ก็อาจจะอ้างได้ว่าจำเลยอาจเพิกถอนการโอนหรือบุคคลภายนอกอาจจดทะเบียนโอนคืนมาให้จำเลย ซึ่งผู้เขียนคิดว่าเป็นเหตุการณ์ในอนาคตและไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะบังคับได้ การวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องไม่ควรจะวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตหรือเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่และปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทั้งสิ้น แม้จะเพิกถอนได้แต่หากไม่มีผู้มายื่นคำร้องศาลก็ไปบังคับเพิกถอนไม่ได้ หรือหากบุคคลภายนอกไม่โอนคืนมาศาลก็ไปบังคับไม่ได้เช่นเดียวกัน

ข้อเท็จจริงในลักษณะใกล้เคียงกันคือจำเลยโอนทรัพย์พิพาทในคดีไปให้กับบุคคลภายนอกภายหลังจากโจทก์ยื่นฟ้องคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15106/2556 ก็วินิจฉัยในทำนองที่พอจะตีความได้ว่าสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องโดยวินิจฉัยว่า

“...แม้ระหว่างพิจารณาได้มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทให้จำเลยร่วมไปแล้ว แต่สภาพแห่งหนึ่งอาจไม่เปิดช่องให้บังคับจำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่โจทก์ได้ จึงต้องกำหนดในคำพิพากษาไว้ด้วยว่า หากสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ได้ ก็ให้จำเลยคืนเงินที่รับไปพร้อมดอกเบี้ยให้แก่โจทก์ กรณีไม่เป็นการพิพากษาเกินคำฟ้องเพราะโจทก์มีคำขอบังคับในส่วนนี้มาทำคำฟ้องด้วยแล้ว...” และพิพากษาว่า ให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทแก่โจทก์ หากจำเลยไม่อาจจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาททั้งสองแปลงให้แก่โจทก์ได้เพราะสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่อง ก็ให้จำเลยคืนเงิน 510,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

คดีนี้โจทก์ฟ้องบังคับให้จำเลยจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ ตามสัญญาจะซื้อจะขาย หากโอนไม่ได้ก็ให้คืนเงินแก่โจทก์ ระหว่างพิจารณาจำเลยโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทไปให้จำเลยร่วม ต่อมาภายหลังศาลฎีกาได้ยกคำร้องขอให้เรียกจำเลยร่วมเข้ามาในคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ป.วิ.พ.) มาตรา 57 (3) (ก) ทำให้จำเลยร่วมกลายเป็นบุคคลภายนอกในคดี กรณีสภาพแห่งหนึ่งยอมไม่เปิดช่องแม้ศาลฎีกาจะใช้คำว่า “อาจ” ก็ตามผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพียงการเปิดช่องเอาไว้เพื่อว่าพฤติการณ์ในคดีอาจจะสามารถเพิกถอนการฉ้อฉลได้ เพียงแต่ในคดีนี้โจทก์ไม่ได้กล่าวอ้างขึ้นมาเป็นประเด็นในคดีศาลจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยเท่านั้น

เพราะหากมีการเพิกถอนการฉ้อฉลตามป.พ.พ. มาตรา 237²³ แล้วสภาพแห่งหนี้ย่อมเปิดช่องให้บังคับได้ แต่หากต่อมาโจทก์ไม่ได้ขอเพิกถอนก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องอยู่ดี ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2490 ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกับความเห็นของผู้เขียนว่า “ฟ้องขอให้บังคับผู้ขายทำการโอนที่ดินและปรากฏว่าผู้ขายโอนให้แก่ผู้อื่นแล้วนั้น ถ้าหากว่าเพิกถอนการโอนนั้นได้ ก็ถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับตาม มาตรา 213 ถ้าเพิกถอนไม่ได้สภาพแห่งหนี้ก็ไม่เปิดช่องให้บังคับตาม มาตรา 213” คดีนี้เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้โอนที่พิพาทหรือไม่ก็ใช้ราคา เมื่อทางพิพากษาก็ไม่ได้ความว่าโอนกันโดยฉ้อฉลจึงพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ (คดีนี้ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ใช่การโอนโดยฉ้อฉลจึงไม่อาจเพิกถอนได้สภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องอย่างแน่นอน)

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 วินิจฉัยในทำนองว่าอาจจะมีการเพิกถอนกันได้กรณีจึงไม่ใช่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง ขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15106/2556 วินิจฉัยในทำนองว่าสภาพแห่งหนี้อาจจะไม่เปิดช่องก็ได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีเช่นนี้จะต้องตีความว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเนื่องจากได้ทำการโอนให้บุคคลภายนอกไปแล้ว ทั้งหากพิจารณาในแง่การชำระหนี้ การชำระหนี้ของลูกหนี้ก็น่าจะตกเป็นพ้นวิสัยเสียแล้ว เมื่อการชำระหนี้ไม่อาจกระทำได้จึงไม่จำเป็นต้องมาพิจารณาเรื่องสภาพแห่งหนี้กันอีก อย่างไรก็ตามข้อกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนี้ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องหรือไม่ก็ควรจะอยู่บนฐานที่ว่าไม่มีการเพิกถอนการโอนมากกว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 จะกลายเป็นการนำข้อเท็จจริงอื่นหรือข้อเท็จจริงในอนาคตที่ว่าอาจจะมีการเพิกถอนการโอนมาวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนี้ ในขณะนั้น ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยและมีความเห็นว่าการวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องควรจะวินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะพิพากษาเท่านั้นไม่ควรนำข้อเท็จจริงในอนาคตมาตัดสิน อย่างไรก็ตามผลคำพิพากษาทั้งสองกรณีเป็นไปในทิศทางเดียวกันก็คือพิพากษาให้จดทะเบียนโอน หากโอนไม่ได้ให้ชดใช้เงินแทน

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237

“เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ ซึ่งนิติกรรมใดๆอันลูกหนี้ได้กระทำลงทั้งรู้อยู่ว่าจะเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ท่านนิติกรรมนั้น บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลาภนอกแต่การนั้นมีได้รู้เท่าถึงข้อความจริง อันเป็นทางให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบนั้นด้วย แต่หากกรณีเป็นการทำให้โดยเสน่หา ท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้รู้ฝ่ายเดียวเท่านั้นก็พอแล้วที่จะขอเพิกถอนได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมใดอันมิได้มีวัตถุเป็นสิทธิในทรัพย์สิน”

กล่าวโดยสรุปคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 และ 15106/2556 ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีแบบนี้หากพิจารณาในแง่สภาพแห่งหนี้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วสภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่องให้บังคับได้ แต่ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าให้จดทะเบียนโอนหากโอนไม่ได้ให้ใช้ราคาผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพราะทั้งสองคดีศาลยังไม่ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการเพิกถอนการฉ้อฉลทำให้โจทก์ยังมีสิทธิขอเพิกถอนได้อยู่ อันจะทำให้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ศาลจึงพิพากษาในทำนองนี้เพื่อเป็นคุณแก่โจทก์เท่านั้น หากว่าศาลได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไปแล้วว่าไม่มีการโอนโดยฉ้อฉลเกิดขึ้นทั้งสองคดีนี้ศาลย่อมพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายไปได้เลยทีเดียวตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2490 ข้างต้น

ดังนั้นเนื่องจากการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงถือเป็นมาตรการเยียวยาหลักในระบบกฎหมายไทยแล้ว การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องจึงควรจะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องควรจะตีความว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเฉพาะกรณีที่การบังคับชำระหนี้จะต้องบังคับเข้ากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้หรือการบังคับชำระหนี้ไม่ใช่ว่าการบังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งศาลไม่มีอำนาจบังคับชำระหนี้ให้ได้เท่านั้น โดยพิจารณาให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกเหนือไปจากสองกรณีดังกล่าวแล้วควรจะต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ และหากว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้แล้วศาลย่อมไม่มีอำนาจปฏิเสธสิทธิในการจะขอบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของเจ้าหนี้ได้

5.3 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการบางประเภท

5.3.1 ปัญหาตามสัญญาเช่าทรัพย์

ตามประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้ว่า ก. ตกลงทำสัญญาเช่าอาคาร A จาก ข. มีกำหนด 30 ปี มีการจดทะเบียนการเช่ากันเรียบร้อยแล้ว สัญญาเช่าจึงสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้แต่ถึงเวลา ข. กลับไม่ยอมส่งมอบอาคาร A ให้ ก. เข้าไปใช้ประโยชน์ในอาคาร กรณีย่อมถือได้ว่า ข. เป็นฝ่ายผิดสัญญา หาก ก. ไม่มีที่อยู่หรือที่ใช้งานทำให้ต้องไปเช่าที่อื่นแทนในราคาที่แพงกว่าเดิมก็ย่อมเรียกให้ ข. รับผิดชอบในค่าเสียหายนั้นได้ แต่ถ้า ก. ต้องการจะใช้อาคาร A นี้เท่านั้น จึงใช้สิทธิตามสัญญาเข้ามาฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่า ข. ละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเช่าให้แก่ตน กรณีศาลจะวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้ตามสัญญาเช่าเปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ โดยปกติแล้วข้อเท็จจริงที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาหรือข้อพิพาทส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ผู้ให้เช่าฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินที่เช่าคืนจากผู้เช่าหรือฟ้องขับไล่ผู้เช่าออกไปจากทรัพย์สินที่เช่า ขณะที่ข้อเท็จจริงในลักษณะที่ผู้เช่าเป็นผู้ฟ้องผู้ให้เช่าให้ส่ง

มอบทรัพย์สินที่เช่าขึ้นโดยมากแล้วมักจะไม่เป็นคดีความขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลฎีกา ศาลฎีกาจึงยังไม่มีโอกาสวินิจฉัยโดยตรงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องมาจากโดยปกติแล้วผู้เช่ามักจะเลือกไปทำสัญญาเช่าที่อื่นแทน เช่น อาจจะไปทำสัญญาเช่าอาคารข้างๆ หรือไปทำสัญญาเช่ารถของบุคคลอื่นแทนแล้วค่อยมาเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้เช่าตามสัญญาเดิมมากกว่า เพราะผู้เช่าเมื่อเช่าทรัพย์สินแล้วก็ย่อมต้องการจะใช้ทรัพย์สินที่เช่าภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งหากดำเนินการฟ้องร้องกว่าที่คดีจะดำเนินไปจนถึงที่สุดก็คงจะกินเวลายาวนานมาก หรือบางกรณีศาลจะมีคำพิพากษาที่อาจจะล่วงเลยกำหนดเวลาในสัญญาเช่าไปแล้วก็ได้

นอกจากนี้โดยส่วนใหญ่แล้วโจทก์มักจะฟ้องคดีโดยมีคำขอท้ายฟ้องในทำนองว่า “หากส่งมอบไม่ได้ให้จำเลย (ลูกหนี้) ชำระราคา” หรือ “หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องก็ขอให้จำเลย (ลูกหนี้) ค่าเสียหาย” และเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้เช่าชนะคดีก็มักจะพิพากษาไปตามคำขอท้ายฟ้องว่า “ให้จำเลยชำระหนี้โดยส่งมอบทรัพย์สินพิพาทแก่โจทก์หากส่งมอบไม่ได้ให้ชดใช้ราคาเป็นจำนวน บาท” หรือ “ให้จำเลยส่งมอบทรัพย์สินพิพาทให้โจทก์ ถ้าหากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์”²⁴ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับหรือไม่ แต่พิพากษาไปตามคำขอท้ายฟ้องของโจทก์เลย ส่วนท้ายที่สุดแล้วจะได้ทรัพย์สินมาหรือไม่เพียงชดใช้ราคาก็ต้องไปว่ากล่าวกันต่อไปในชั้นบังคับคดี

คำพิพากษาศาลฎีกาลักษณะนี้ที่ใกล้เคียงกับประเด็นปัญหาข้างต้นก็คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2517 ซึ่งวินิจฉัยว่า

“จำเลยที่ 2 ทำสัญญาตกลงให้จำเลยที่ 1 กับพวกปลูกตึกแถวในที่ดินของจำเลยที่ 2 แล้วให้ตึกแถวตกเป็นของจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 2 ยอมให้จำเลยที่ 1 กับพวกมีสิทธิเรียกเก็บเงินช่วยค่าก่อสร้างจากคนมาขอเช่าตึกแถวและหาคนเช่าได้ และจำเลยที่ 2 จะทำสัญญาเช่าให้มีกำหนด 15 ปี โจทก์ทำสัญญาจองตึกแถว 1 ห้องจากจำเลยที่ 1 เพื่อเช่า และเสียเงินช่วยค่าก่อสร้างให้จำเลยที่ 1 ดังนี้ สัญญาระหว่างจำเลยทั้งสองนั้นเป็นสัญญาที่จำเลยที่ 2 ตกลงจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรคต้น โจทก์ได้แสดงเจตนาที่จะถือเอาประโยชน์แห่งสัญญาดังกล่าวแล้ว สิทธิของโจทก์ย่อมเกิดมีขึ้นตามวรรคสอง จำเลยทั้งสองหาอาจที่จะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของโจทก์ได้ไม่ตามมาตรา 375 จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบ เช่าและจดทะเบียนการเช่าให้โจทก์ ถ้าหากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ จำเลยที่ 2 ก็ต้อง ร่วมกับจำเลยที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์”

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15106/2556, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5023/2540, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2520/2540

คดีนี้แม้จะเป็นเรื่องสัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษและสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก แต่ศาลฎีกาก็ได้มีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่ผู้เช่าฟ้องขอให้ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าและวินิจฉัยให้ผู้ให้เช่าส่งมอบห้องเช่าให้แก่โจทก์ผู้เช่า อย่างไรก็ตามยังพิพากษาไว้ในตอนท้ายอีกว่าถ้าสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่อง ก็ได้รับผิดชัดใช้ค่าเสียหายทำให้ไม่แน่ชัดว่าในกรณีสภาพแห่งหนึ่งเปิดช่องหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าที่ศาลพิพากษาในตอนท้าย นอกจากจะเป็นเพราะโจทก์เขียนคำฟ้องมาเช่นนั้นและในขณะที่ศาลพิพากษาอาจมีข้อเท็จจริงที่ทำให้สภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องในขณะที่มีการบังคับคดีกัน เช่น จำเลยที่ 2 ได้โอนขายตึกแถวพิพาทไปแล้วทำให้ไม่อาจจะให้โจทก์เช่าได้ ทั้งนี้เนื่องจากสัญญาเช่าเป็นเพียงบุคคลสิทธิระหว่างคู่สัญญาจำเลยที่ 2 จึงยังมีกรรมสิทธิ์ในตึกแถวพิพาทและย่อมมีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอนต่อไปได้ซึ่งหากโอนไปยังบุคคลภายนอกโดยสุจริตแล้วบุคคลภายนอกย่อมไม่มีนิติสัมพันธ์กับโจทก์ในคดีนี้อีกต่อไปและคำพิพากษาของศาลก็ย่อมไม่อาจผูกพันไปถึงบุคคลภายนอกคนนี้ได้ หรือจำเลยที่ 2 นำไปให้บุคคลภายนอกเช่าเสียก่อนที่จะมีการบังคับตามคำพิพากษา และบุคคลภายนอกนั้นได้ทำสัญญาเช่าและเช่าครอบครองโดยสุจริตแล้วกล่าวคือเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกมีสิทธิในทรัพย์สินที่เช่าดีกว่าผู้เช่าไปเสียแล้วไม่ว่าจะเป็นกรณีตามป.พ.พ. มาตรา 542²⁵ หรือมาตรา 543²⁶ ก็ตาม กรณีจึงถือว่าสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 542

“บุคคลหลายคนเรียกเอาสิ่งหาริมทรัพย์อันเดียวกันอาศัยมูลสัญญาเช่าต่างราย ท่านว่าทรัพย์สินตกไปอยู่ในครอบครองผู้เช่าคนใดก่อนด้วยสัญญาเช่าทรัพย์สินนั้น คนนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าคนอื่น ๆ”

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 543

“บุคคลหลายคนเรียกร้อยเอาสิ่งหาริมทรัพย์อันเดียวกันอาศัยมูลสัญญาเช่าต่างราย ท่านให้วินิจฉัยดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการเช่านั้นเป็นประเภท ซึ่งมีได้บังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องจดทะเบียน ท่านให้ถือว่าผู้เช่าซึ่งได้ทรัพย์สินไปไว้ครอบครองก่อนด้วยสัญญาเช่าของตนนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าคนอื่น ๆ

(2) ถ้าการเช่าทุกๆ รายเป็นประเภทซึ่งบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องจดทะเบียน ท่านให้ถือว่าผู้เช่าซึ่งได้จดทะเบียนการเช่าของตนก่อนนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าคนอื่น ๆ

(3) ถ้าการเช่ามีทั้งประเภทซึ่งต้องจดทะเบียนและประเภท ซึ่งไม่ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายอันกันอยู่ชั่ว ท่านว่าผู้เช่าคนที่ได้จดทะเบียนการเช่าของตนนั้นมีสิทธิยิ่งกว่า เว้นแต่ผู้เช่าคนอื่นจะได้ทรัพย์สินนั้นไปไว้ในครอบครองด้วยการเช่าของตนเสียแต่ก่อนวันจดทะเบียนนั้นแล้ว”

ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกา 842/2491, 958/2492, 315/2496²⁷ เท่านั้น หรือในขณะที่มีการบังคับคดีกันทรัพย์สินที่เช่าอาจจะถูกทำลายลงก็จนหมดก็ได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าแท้จริงแล้วน่าจะหมายความว่า “สภาพแห่งการบังคับคดี” มากกว่าจะเป็นการวินิจฉัยถึงสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลฎีกาโดยคำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ได้ยอมรับถึงสิทธิของผู้เช่าที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเอาแก่ผู้ให้เช่าได้แล้ว ดังคำวินิจฉัยที่ให้ส่งมอบและจดทะเบียนการเช่าแก่โจทก์ ส่วนถ้อยคำถัดมาน่าจะหมายความว่าวิธีการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษามากกว่า ว่าถ้าทำที่สุดแล้วไม่อาจบังคับให้ส่งมอบได้ก็ให้ชดเชยค่าเสียหายต่อไปอันเป็นการวินิจฉัยในมุมมองของกฎหมายวิธีสบัญญัติมากกว่า

ดังนั้นกรณีดังกล่าวแม้จะยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเอาไว้โดยตรงสภาพแห่งหนี้ก็ย่อมเปิดช่องให้บังคับได้เนื่องจากหนี้ต่างตอบแทนกันที่ผู้ให้เช่าต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ย่อมต้องรวมหนี้ที่ต้องส่งมอบให้ใช้ประโยชน์อยู่ด้วย ผู้เช่าในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ในหนี้ส่งมอบจึงสามารถบังคับผู้ให้เช่าในฐานะที่เป็นลูกหนี้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าได้เพราะทรัพย์สินที่เช่าเองก็อยู่ในความครอบครองหรือยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ให้เช่า(ลูกหนี้) อยู่ซึ่งศาลสามารถบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องกระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้และศาลก็มีอำนาจบังคับชำระหนี้ให้ได้เนื่องจากเป็นการบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ได้เป็นการบังคับเอากับบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ย่อมไม่ขัดแย้งใดๆ ว่าสามารถบังคับชำระหนี้ได้อยู่แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็กล่าวได้ว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้นั่นเอง ขณะที่หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแม้หนี้ดังกล่าวจะจัดว่าเป็นหนี้กระทำการตามมาตรา 1142 ก็ตามแต่แนวคำวินิจฉัยในคดี *Epoux Ailloud c. consorts Plissonnier* ก็วินิจฉัยว่าหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์สิน แม้จะเป็นหนี้กระทำการก็ไม่ต้องห้าม

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 315/2496 วินิจฉัยว่า “ผู้เช่าและผู้ให้เช่าทำสัญญายอมความกันว่าผู้เช่ายอมออกจากห้องเช่าชั่วคราวเพื่อให้เจ้าของห้อง คือผู้ให้เช่าทำการซ่อมแซมห้องเช่าเมื่อซ่อมแล้วผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าเข้ามาอยู่ในห้องที่เคยเช่าได้ ส่วนอัตราค่าเช่าตกลงกันให้คนกลางกำหนด ดังนั้นเป็นสัญญากันครบถ้วนตั้งแต่วันทำสัญญายอมความกันแล้วแม้คนกลางจะไม่ยอมเป็นผู้กำหนดอัตราค่าเช่าให้สิทธิของผู้เช่าที่จะเช่าอยู่ในห้องพิพาทก็ยังคงมีอยู่ส่วนอัตราค่าเช่าคู่กรณีมีทางที่จะขอให้ศาลชี้ขาดได้ฉะนั้นเมื่อฝ่ายผู้ให้เช่าได้นำห้องพิพาทไปให้ผู้อื่นเช่าเสียผู้ให้เช่าจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ผู้เช่าจะฟ้องศาลขอเช่าอยู่ในห้องพิพาทนั้นบุคคลภายนอกได้เช่าอยู่เสียแล้วจึงเป็นเรื่องวัตถุแห่งหนี้ ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ผู้เช่าคงฟ้องได้แต่เรียกค่าเสียหายจากผู้ให้เช่า”

ที่ศาลจะพิพากษาให้ส่งมอบแทนการชดเชยค่าเสียหายเนื่องมาจากหนี้กระทำการที่จะเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายตามมาตรา 1142 จะต้องเป็นหนี้กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้ซึ่งการบังคับจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกายของลูกหนี้ได้ นอกจากนี้ Robert Joseph Pothier ยังเคยอธิบายเอาไว้ว่าผู้เช่าสามารถจะบังคับตามสิทธิของตนเพื่อจะเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ตกลงเช่ากันไว้แล้วได้ หากผู้ให้เช่าปฏิเสธที่จะส่งมอบในขณะที่ยังสามารถส่งมอบให้ได้ เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ไม่กระทบกับร่างกายหรือเสรีภาพของลูกหนี้ แม้จะเป็นการอธิบายในบริบทของหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน (obligations to give) ก็ตาม²⁸

แต่หากพิจารณาตามหลักเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของประเทศอังกฤษแล้วผู้เขียนกลับมีความเห็นว่ากรณีศาลไม่น่าจะบังคับชำระหนี้ให้ เนื่องมาจากค่าเสียหายเป็นมาตรการเยียวยาหลักและค่าเสียหายที่เจ้าหนี้หรือผู้ให้เช่าได้รับก็เพียงพอต่อความเสียหายแล้ว คือสามารถนำไปเช่าทรัพย์สินมาใช้ทดแทนได้ เว้นเสียแต่เจ้าหนี้จะพิสูจน์ให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาเช่าได้ เช่น ผู้เช่ามีความจำเป็นต้องใช้อาคารนี้เท่านั้นโดยมีเหตุผลเฉพาะตัวศาลก็อาจจะบังคับชำระหนี้ให้ได้

สำหรับข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาจะต้องมีต่อกันตามสัญญาเช่าภายหลังจากการที่มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาเช่ากันแล้ว เช่น หน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สิน หน้าที่ในการซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่าอันเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าสัญญาเช่าต้องอาศัยความไว้วางใจกันของคู่สัญญา ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ว่าสัญญาเช่าจะจำเป็นต้องคำนึงถึงนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในภายหลังก็ตาม แต่ในการวินิจฉัยถึงสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นควรพิจารณาเฉพาะในที่มีข้อพิพาทกันหรือในเวลาที่มีคำพิพากษาเท่านั้น กล่าวคือการจะวินิจฉัยว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ ในกรณีนี้ก็ควรจะวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงในเวลาที่จะมีคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ส่วนเหตุการณ์ในอนาคตไม่น่าจะนำมาวินิจฉัยเพื่อปฏิเสธสิทธิของเจ้าหนี้ในกรณีนี้ได้ ทั้งในการวินิจฉัยถึงสภาพแห่งหนี้ก็ไม่ควรนำเอาเหตุการณ์ในอนาคตมาเป็นเกณฑ์และควรจะต้องพิจารณาเฉพาะ ณ เวลานั้นว่าสภาพแห่งหนี้สามารถบังคับได้หรือไม่ซึ่งตามสัญญาเช่าก็บังคับได้อยู่แล้ว ทั้งนี้ตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามาในประเด็นนี้อาจพอเทียบเคียงได้กับหลัก mutuality of remedy ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งที่ศาลอังกฤษใช้วินิจฉัยเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่ากรณีที่จะบังคับได้ ศาลจะต้อง

²⁸ Janwillem Oosterhuis, Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century : Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation, (Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2011), p.73.

พิจารณาถึงความสัมพันธ์หรือหนี้ต่างตอบแทนระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่ายังสามารถปฏิบัติได้ทั้งสองฝ่าย โดยพิจารณาในเวลาที่มีคำพิพากษามากกว่ามิใช่พิจารณาตั้งแต่ขณะทำสัญญาหรือขณะฟ้องคดี²⁹

นอกจากนี้ยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอีกกลุ่มหนึ่งที่พอจะตีความได้ว่าในกรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ คือกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกโดยไม่มีสิทธิซึ่งปกติแล้วตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา คดีในลักษณะนี้หากผู้เช่ายังไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าเท่ากับว่าไม่มีสิทธิครอบครองในทรัพย์ดังกล่าว จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับบุคคลภายนอกได้เพราะตนไม่มีทั้งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง และสัญญาเช่าก็เป็นบุคคลสิทธิไม่อาจใช้ยันกับบุคคลภายนอกนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2504/2551, 810/2546)³⁰ แต่หากผู้เช่าเรียกผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในคดีด้วย หรือผู้เช่าเข้าครอบครองอยู่ก่อนแล้วเช่นนี้ก็ถือว่ามีความอำนาจฟ้องแล้ว

โดยปกติแล้วกรณีที่ผู้เช่าเข้าครอบครองทรัพย์ไม่ได้เนื่องจากมีบุคคลอื่นเข้ามาครอบครองศาลฎีกาถือว่าเป็นการรอนสิทธิของผู้เช่าอย่างหนึ่ง ผู้เช่าจึงสามารถฟ้องขับไล่บุคคลอื่นออกไปได้โดยขอให้ศาลหมายเรียกผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมด้วยตามป.พ.พ. มาตรา 477 ประกอบมาตรา 549 โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13143/2557 วินิจฉัยว่า

“แม้โจทก์ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเช่ากับจำเลยแต่เมื่อโจทก์ร่วมบอกเลิกสัญญาแก่จำเลยโดยชอบ สัญญาเช่าอาคารตึกแถวที่จำเลยทำกับโจทก์ร่วมได้ระงับไปแล้ว การที่จำเลยยังคงอยู่ในอาคารตึกแถวที่เช่าต่อไปจึงเป็นการอยู่โดยไม่มีสิทธิ แม้การอยู่ในอาคารตึกแถวที่เช่าของจำเลยจะเป็นการละเมิดต่อโจทก์ร่วมผู้ให้เช่ามิได้เป็นการละเมิดต่อโจทก์ซึ่งเป็นผู้เช่าที่ดินรวมถึงอาคารตึกแถวที่เช่าจากโจทก์ร่วมก็ตาม แต่เมื่อโจทก์ร่วมมิได้ฟ้องขับไล่จำเลยออกจากอาคารตึกแถวที่เช่ายอมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเพราะเข้าไปครอบครองทำประโยชน์ในอาคารตึกแถวที่เช่าตามสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาเช่าไม่ได้เนื่องจากมีจำเลยเป็นผู้รอนสิทธิของโจทก์ โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องขับไล่จำเลยออกจากตึกแถวที่เช่าและเรียกค่าเสียหายได้โดยขอให้ศาลเรียกโจทก์ร่วมผู้ให้เช่าเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับโจทก์ได้ตามป.พ.พ. มาตรา 477 ประกอบมาตรา 549 เมื่อศาลได้เรียกโจทก์ร่วมเข้ามาเป็นคู่ความแล้วโจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง”

²⁹ โปรดดูคดี Price v. Strange (1978) ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.4 “การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในประเทศอังกฤษ”

³⁰ วิเชียร ตีระอุดมศักดิ์, กฎหมายแพ่งพิสดาร เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2560), น.148.

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ให้ผลเสมือนกับผู้เช่าสามารถบังคับตามสัญญาเช่าได้ แม้ทรัพย์สินที่เช่าจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ตาม และแม้ว่าจะไม่ได้มีการบังคับ เอากับผู้ให้เช่าโดยตรงก็ตามแต่ข้อสำคัญที่ทำให้ผู้เช่าสามารถฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสัญญาเช่าได้ก็คือ สิทธิของผู้ให้เช่าที่เข้ามาเป็นโจทก์ร่วมฟ้องขับไล่ด้วย ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นการเข้ามาโดยอาศัยการรอนสิทธิตามป.พ.พ. มาตรา 477³¹ ประกอบมาตรา 549³² ซึ่งวางหลักให้ผู้เช่า (ผู้ซื้อ) ขอบที่จะขอให้ศาลเรียกผู้ให้เช่า (ผู้ขาย) เข้าเป็นจำเลยร่วมหรือเป็นโจทก์ร่วมในคดีนั้นได้ อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหลักในเรื่องการรอนสิทธิตามป.พ.พ. มาตรา 475³³ ก็คือ (1) มีบุคคลภายนอกมารบกวนสิทธิของผู้เช่าเนื่องจากบุคคลภายนอกนั้นมีสิทธิดีกว่าอยู่แล้วในเวลาที่ทำ สัญญาเช่า หรือ (2) มีสิทธิดีกว่าเพราะความผิดของผู้ขาย ซึ่งกรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยความ เคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้จำเลยจะรบกวนการครอบครองของโจทก์ผู้ เช่าทำให้โจทก์ไม่อาจเข้าครอบครองตามสัญญาเช่าได้แต่การอยู่ของจำเลยเป็นการอยู่โดยละเมิดจะ เรียกว่ามีสิทธิดีกว่าโจทก์คงไม่ได้ และกรณีแม้ผู้ให้เช่าจะไม่ฟ้องขับไล่ออกไปก็ไม่น่าจะถือว่าเป็น ความผิดของผู้ให้เช่าได้จึงไม่น่าจะเข้าองค์ประกอบของการรอนสิทธิ

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นด้วยกับผลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้โจทก์ผู้ เช่ามีอำนาจฟ้องได้โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้เช่าในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ในหนี้ซึ่งมอบตามสัญญาเช่านี้ น่าจะสามารถอาศัยบทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามป.พ.พ. มาตรา 233³⁴ หาก

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 477

“เมื่อใดการรบกวนขัดสิทธินั้นเกิดเป็นคดีขึ้นระหว่างผู้ซื้อกับบุคคลภายนอก ผู้ซื้อขอบที่จะ ขอให้ศาลเรียกผู้ขายเข้าเป็นจำเลยร่วมหรือเป็นโจทก์ร่วมกับผู้ซื้อในคดีนั้นได้ เพื่อศาลจะได้วินิจฉัย ชัดข้อพิพาทระหว่างผู้เป็นคู่กรณีทั้งหลายรวมไปเป็นคดีเดียวกัน”

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 549

“การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเช่าก็ดี ความรับผิดชอบของผู้ให้เช่าในกรณีชำรุดบกพร่องและรอนสิทธิก็ ดี ผลแห่งข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบก็ดี เหล่านี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวล กฎหมายนี้ ว่าด้วยการซื้อขายอนุโลมความตามควร”

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 475

“หากว่ามีบุคคลผู้ใดมาก่อนการรบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อในอันจะครองทรัพย์สินโดยปกติสุข เพราะบุคคลผู้นั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกันนั้นอยู่ในเวลาซื้อขายก็ดี เพราะความผิดของผู้ขายก็ดี ท่านว่าผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในผลอันนั้น”

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233

ว่าผู้ให้เช่าไม่ยอมปล่อยขับไล่บุคคลภายนอกออกไปเพื่อให้ผู้เช่าได้เข้าครอบครองใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่าต่อไปโดยหมายเรียกให้ลูกหนี้ (ผู้ให้เช่า) เข้ามาในคดีได้ตามมาตรา 234³⁵ ดังนั้นกล่าวโดยสรุปสิทธิของผู้เช่าในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาเช่าเพื่อให้ผู้เช่าได้เข้าครอบครองใช้ประโยชน์ตามสัญญานั้น ไม่ว่าทรัพย์สินที่เช่าจะยังอยู่ในความครอบครองของผู้ให้เช่าหรืออยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ในทางกฎหมายสารบัญญัติก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้ สำหรับวิธีการว่าจะบังคับกันอย่างไรนั้นจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อถัดไป

5.3.2 ปัญหาตามสัญญาจ้างทำของ

ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้ในกรณีสัญญาจ้างทำของแบ่งออกเป็นสองกรณี คือกรณีที่ผู้รับจ้างยังสร้างตู้เก็บของหรือยังทำงานไม่สำเร็จ และไม่ยอมสร้างต่อไปจนเสร็จ และกรณีที่ผู้รับจ้างสร้างตู้เก็บของหรือทำงานสำเร็จแล้วแต่ไม่ยอมส่งมอบให้แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ไปตามลำดับ

กรณีแรกเมื่อลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาจ้างทำของโดยไม่ยอมสร้างตู้เก็บของต่อไป แน่นอนว่าเจ้าหนี้มีทางเลือกสำหรับการบังคับชำระหนี้โดยทางอ้อม คือให้บุคคลภายนอกทำการสร้างต่อไปโดยให้ลูกหนี้ออกค่าใช้จ่ายตามป.พ.พ. มาตรา 213 วรรค 2 ประกอบกับบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 ในที่นี้ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเฉพาะในมุมมองของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยตรงในหนี้กระทำการซึ่งเป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้โดยแท้หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้เท่านั้นว่าสภาพแห่งหนี้จะเปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่

เมื่อหนี้ตามสัญญาจ้างให้สร้างตู้เก็บของนี้ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้เท่านั้น จึงเป็นหนี้กระทำการโดยแท้ซึ่งมีแต่ลูกหนี้เท่านั้นที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้แน่นอนว่าการจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในหนี้ลักษณะนี้ย่อมต้องกระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้และก็ไม่แน่นอนว่าลูกหนี้จะปฏิบัติการชำระหนี้หรือไม่ เมื่อการบังคับชำระหนี้กลายเป็นการบังคับเอากร่างกายของลูกหนี้ไม่ใช่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินจึงขัดกับหลักเกณฑ์ของการบังคับชำระหนี้ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

“ถ้าลูกหนี้ขัดขืนไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้อง หรือเพิกเฉยไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องเสียประโยชน์ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นในนามของตนเอง แทนลูกหนี้เพื่อป้องกันสิทธิของตนในมูลหนี้นั้นก็ได้ เว้นแต่ในข้อที่เป็นการของลูกหนี้ส่วนตัวโดยแท้”

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 234

“เจ้าหนี้ผู้ใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้จะต้องขอหมายเรียกลูกหนี้มาในคดีนั้นด้วย”

อย่างไรก็ตามแม้จะถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องและศาลต้องพิพากษายกฟ้อง โจทก์ไปแต่ป.วิ.พ. มาตรา 358 กลับบัญญัติรับรองในทำนองว่าอาจมีการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งที่ให้ลูกหนี้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่การให้ลูกหนี้แสดงเจตนาทำนิติกรรม และการกระทำการนั้นจะให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนก็ได้ กล่าวคือบทบัญญัติในมาตรานี้รับรองให้ศาลมีอำนาจบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการเอาไว้สองกรณีคือ (1) หนี้กระทำการ โดยแท้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำการด้วยตัวเอง ศาลสามารถบังคับได้โดยอาศัยการจับกุมหรือกักขัง และ (2) หนี้กระทำการที่ไม่เป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้และสามารถให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนได้ ศาลสามารถจะบังคับโดยจับกุมหรือกักขังได้และมีอำนาจให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนโดยลูกหนี้ ออกค่าใช้จ่ายได้ด้วย

หากพิจารณาให้ดีจะเห็นถึงความไม่สอดคล้องกันบางประการเพราะเมื่อสภาพ แห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ตามป.พ.พ. มาตรา 213 แล้วหนี้ในลักษณะที่เป็นหนี้กระทำการโดย แท้ ศาลย่อมต้องยกฟ้องไปทั้งหมดเนื่องจากขัดกับหลักการบังคับชำระหนี้ในทางกฎหมายสาร บัญญัติ เมื่อเป็นเช่นนี้ศาลย่อมไม่อาจมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้กระทำการได้และย่อมไม่มีการบังคับตาม คำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการที่เป็นการเฉพาะตัวทำให้บทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 ในกรณี (1) จึงไม่มีกรณีให้ปรับใช้ได้ คงใช้บังคับได้เฉพาะกรณี (2) เท่านั้น ความไม่สอดคล้องกันนี้อาจ พิจารณาตีความได้เป็นสองกรณี กล่าวคือหนี้กระทำการโดยแท้นั้นหากวินิจฉัยแต่แรกว่าสภาพแห่งหนี้ ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ บทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 ในกรณี (1) ย่อมไม่มีที่ใช้ แต่หากวินิจฉัยว่า สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้เนื่องจากศาลมีอำนาจบังคับชำระหนี้ได้โดยอาศัยอำนาจของป.วิ.พ. มาตรา 358 แม้จะเป็นการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการจะได้รับคำพิพากษาของศาลเพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติ ตามคำพิพากษาอันเปลี่ยนจากการบังคับตามสัญญามาเป็นการบังคับตามคำพิพากษาแต่ก็ย่อมขัดต่อ หลักการบังคับชำระหนี้ในทางกฎหมายสารบัญญัติที่ไม่ยอมให้บังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ได้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 ในกรณี (1) นั้นบัญญัติขึ้นมาโดยไม่ได้อัด รับกับหลักการในทางกฎหมายสารบัญญัติตามมาตรา 213 มากนัก

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นไปในทางแรกที่ว่าเมื่อการบังคับชำระหนี้เป็นการ บังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แล้ว สภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่องให้บังคับได้ศาลก็ต้อง พิจารณายกฟ้องไป ส่วนในแง่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเพียงการบังคับตามสิทธิเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องวินิจฉัยว่าเจ้าหนี้มีสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณี นั้นๆ เสียก่อนจึงค่อยมาพิจารณาถึงวิธีในการบังคับตามสิทธินั้น เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะบังคับชำระ หนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการโดยแท้นี้เนื่องจากขัดต่อหลักการบังคับชำระหนี้ที่กล่าวไป ข้างต้นแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องไปวินิจฉัยถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีกต่อไป ทั้งนี้แม้

กฎหมายจะระบุให้ศาลมีอำนาจพิพากษาได้แต่วิธีที่กำหนดไว้ก็คือการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ซึ่งก็ไม่ใช่ที่แน่นอนว่าลูกหนี้จะปฏิบัติตามคำพิพากษาเสมอไป หากขังแล้วลูกหนี้ยังไม่ยอมปฏิบัติตามศาลก็ไม่มีทางบังคับให้ได้เช่นกัน

สำหรับปัญหาที่ว่าหากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องแล้วจะทำให้บทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปนั้น อาจมีประเด็นให้โต้แย้งได้ว่ากรณีนี้เป็นการบัญญัติรับรองเอาไว้ในกรณีที่แม้จะเป็นหนี้กระทำการโดยแท้แต่สภาพแห่งหนี้อาจจะเปิดช่องให้บังคับกันได้ก็เป็นได้ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่โจทก์มีคำขอท้ายฟ้องมาว่า “ขอให้จำเลยกระทำการสร้างตู้เก็บของต่อไปให้เสร็จหากว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องก็ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย ” ในกรณีเช่นนี้ศาลอาจจะไม่พิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายโดยตรงแต่อาจจะพิพากษาว่าให้จำเลยกระทำการ หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องก็ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายก็เป็นไปได้ ซึ่งเมื่อการบังคับคดีต้องเป็นไปตามลำดับจึงต้องมีการบังคับให้กระทำการก่อนจึงอาจจะต้องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 358 นี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม สภาพแห่งหนี้ที่ย่อมไม่เปิดช่องอยู่ดีซึ่งท้ายที่สุดแล้วก็เป็นการบังคับชำระหนี้ค่าเสียหายซึ่งเป็นหนี้เงิน ในที่สุด ทั้งนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวทางการวินิจฉัยข้างต้นเพราะถึงอย่างไรสภาพแห่งหนี้ก็ไม่เปิดช่องให้บังคับได้อยู่แล้ว ไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องพิพากษาให้กระทำการอีก ผู้เขียนเห็นว่าศาลควรจะต้องพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวโดยไม่ต้องพิพากษาก่อนว่าหากกระทำการไม่ได้หรือไม่กระทำการหรือสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องค่อยให้ชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกซึ่งสามารถจะมีการเพิกถอนการโอนได้การวินิจฉัยในลักษณะนี้จึงเป็นคุณแก่โจทก์มากกว่าตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19391/2556 และ 15106/2556 ดังนั้นบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 จึงควรนำมาปรับใช้เฉพาะกับหนี้กระทำการที่ไม่ใช่การเฉพาะตัวของลูกหนี้ หรือก็คือกรณีที่สามารถให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนได้เท่านั้น ไม่ควรจะนำมาปรับใช้กับหนี้กระทำการโดยแท้ที่มีลักษณะเฉพาะตัว หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้

อนึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตอีกว่าข้อตกลงในลักษณะที่ตกลงกันให้ลูกหนี้ประกอบกิจการต่อเนื่องกันไปตามกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกัน (keep open clause) เช่น ตกลงเช่าพื้นที่ในห้างสรรพสินค้าของผู้ให้เช่าโดยตกลงว่า ผู้เช่าจะต้องเปิดกิจการร้านค้าแพตตลอดระยะเวลาเช่าพื้นที่ ข้อตกลงลักษณะนี้ศาลในประเทศอังกฤษปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้ให้ ขณะที่ศาลในประเทศสกอตแลนด์กลับบังคับชำระหนี้ให้ กรณีหากนำมาปรับใช้กับหลักการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีต้องถือว่าเป็นหนี้กระทำการโดยแท้ในลักษณะเดียวกับสัญญาจ้างทำของข้างต้น กล่าวคือเป็นหนี้ที่ผู้เช่าต้องกระทำการเปิดร้านค้าแพตและต้องเป็นลูกหนี้เท่านั้นที่เป็นผู้เปิดกิจการจึงต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ เนื่องจากจะเป็นการบังคับเอา

เนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ฉะนั้นแล้วเจ้าหนี้หรือผู้ให้เช่าจึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

สำหรับกรณีที่ผู้รับจ้างได้ทำการงานที่ได้รับมอบหมายสำเร็จขึ้นมาเป็นทรัพย์สินแล้ว (ตามกรณีตัวอย่างก็คือสร้างตู้เก็บของเสร็จแล้ว) เหลือเพียงการส่งมอบแก่ผู้ว่าจ้างเท่านั้น แต่กลับไม่ยอมส่งมอบให้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้หนี้ตามสัญญาจ้างทำของจะเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง และหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินเมื่อทำเสร็จแล้วจะเป็นส่วนหนึ่งของหนี้กระทำการนี้ก็ตาม แต่เมื่อการบังคับชำระหนี้ในกรณีนี้เหลือเพียงการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการที่เป็นเพียงการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ที่ผู้เขียนวิเคราะห์ไว้ว่าไม่ควรยึดตามวัตถุแห่งหนี้แต่ควรพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าการบังคับชำระหนี้จะกระทบกับเสรีภาพในชีวิตร่างกายของลูกหนี้หรือไม่ ดังนั้นกรณีแม้จะมีวัตถุแห่งหนี้เป็นการกระทำการอย่างหนึ่งแต่เมื่อการบังคับชำระหนี้ไม่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ และศาลก็สามารถบังคับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ โดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป กรณีสภาพแห่งหนี้จึงเปิดช่องให้บังคับได้ว่าผู้ว่าจ้างย่อมมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้ผู้รับจ้างส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้ได้

5.3.3 ปัญหาตามสัญญาใช้คนรูป

ก่อนที่จะวิเคราะห์ถึงปัญหาที่ผู้เขียนได้ตั้งเอาไว้เชื่อมโยงไปถึงบุคคลภายนอกด้วยนั้น ในประเด็นเฉพาะว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาใช้คนรูปนี้โดยปกติแล้วสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้หรือไม่ เช่น ก. ให้ ข. ยืมรถยนต์ไปจนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2561 ข. จึงเป็นลูกหนี้ที่มีหนี้จะต้องส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ ก. เจ้าหนี้ ในวันที่ 1 มิถุนายน 2561 หากไม่ส่งมอบรถยนต์คืน ก. ย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับตามสัญญาใช้คนรูปนี้เพื่อบังคับให้ ข. ลูกหนี้ส่งมอบรถยนต์คืนดังกล่าวคืนให้แก่ ก. ลูกหนี้ได้ตามมาตรา 213 ซึ่งหนี้ตามสัญญาใช้คนรูปเช่นว่านี้ก็จัดได้ว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งเช่นกันที่จำต้องวินิจฉัยปัญหาว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้เพียงใด แม้ว่าในกรณีนี้ ก. จะสามารถอาศัยหลักกรรมสิทธิ์เรียกเอารถยนต์คืนได้ก็ตามแต่ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะการอาศัยสิทธิทางหนี้ตามมาตรา 213 ซึ่งดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปข้างแล้วว่าผู้เขียนมีความเห็นว่าในการตีความเรื่องนี้ไม่ควรอาศัยแต่เพียงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นแม้จะเป็นหนี้กระทำการก็ย่อมสามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ทั้งยังไม่กระทบถึงเสรีภาพในชีวิตร่างกายของลูกหนี้แต่อย่างใดจึงต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ ในประเด็นนี้แม้ศาลฎีกาจะไม่ได้วินิจฉัยเอาไว้เป็นประเด็นโดยตรงแต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2526 ที่วินิจฉัยว่า

“อายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 649 เป็นกรณีฟ้องให้รับผิดชอบเสียหายค่าทดแทนอันเกี่ยวกับการยืมใช้คงรูปเช่นค่าเสียหายเกี่ยวกับความชำรุดหรือเสื่อมราคาเนื่องจากการใช้สอยทรัพย์สินที่ยืม ในกรณีฟ้องเรียกคืนหรือใช้ราคาสินทรัพย์ที่ยืมไม่มีบทกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้ จึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 คือมีอายุความ 10 ปี”

แม้ประเด็นในคดีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาจะเป็นประเด็นอายุความก็ตาม แต่คดีนี้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยยืมสร้อยคอทองคำไปจากโจทก์แล้วไม่นำมาคืน ขอให้ศาลบังคับให้จำเลยคืนสร้อยอันเป็นการพิพากษาตามสัญญายืมใช้คง จำเลยให้การว่าไม่เคยยืมสร้อยคอทองคำจากโจทก์ โจทก์ฟ้องคดีนี้เกิน 6 เดือนนับแต่วันสิ้นสัญญา ขอให้ยกฟ้องรูปโดยศาลชั้นต้นในคดีนี้วินิจฉัยว่า “ให้จำเลยคืนสร้อยคอทองคำให้โจทก์ ถ้าคืนไม่ได้ให้ใช้ราคา” ศาลอุทธรณ์พิ้งว่าคดีขาดอายุความพิพากษากลับให้ยกฟ้อง โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าคดีไม่ขาดอายุความและให้บังคับตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จะเห็นได้ว่าแม้ไม่ได้มีการวินิจฉัยโดยตรงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องหรือไม่เปิดช่อง แต่การที่ศาลพิพากษาบังคับชำระหนี้ให้โจทก์ย่อมตีความได้ว่าการบังคับชำระหนี้ตามสัญญายืมใช้คงรูปนั้นสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้และศาลก็พิพากษาให้ได้ ส่วนที่พิพากษาว่าหากคืนไม่ได้ให้ใช้ราคาก็คงหมายความว่าหากสภาพแห่งการบังคับคดีไม่เปิดช่องหรือเมื่อถึงขั้นบังคับคดีแล้วไม่อาจบังคับได้ เช่นสูญหายไปหรือถูกทำลายไปเสียแล้วก็ให้ชดใช้ราคาอันเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีสบัญญัติมากกว่าผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำพิพากษานี้บ่งชี้ว่าจะแสดงให้เห็นถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในทางกฎหมายสารบัญญัติที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญายืมใช้คงรูปได้เป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนตั้งคือ ก. นารถยนต์ที่มีชื่อมารดาของ ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไปให้ ข. ยืมเป็นเวลา 1 เดือน ในระหว่างนั้น ข. เอารถยนต์ไปฝากไว้แก่ ค. หรือ ข. เอารถยนต์ดังกล่าวไปให้ ค. ยืมอยู่ เมื่อครบกำหนด ข. จึงไม่ได้ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ ก. แม้จะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ยืมตามมาตรา 643 ซึ่งทำให้ ก. มีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนได้ก็ตาม แต่ถ้าจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกัน หาก ก. มาฟ้อง ข. เพื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญายืมใช้คงรูปแต่รถยนต์ยังอยู่ในความครอบครองของ ค. อยู่ กรณีสภาพแห่งหนี้จะเปิดช่องให้บังคับหรือไม่

ในประเด็นนี้แม้ว่าทรัพย์สินจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ตามแต่จะเห็นได้ว่าบุคคลภายนอกไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในรถยนต์และบุคคลนั้นยังเป็นลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องอีกทอดหนึ่ง กล่าวคือ บุคคลภายนอก (ค.) นี้ แม้ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับเจ้าหนี้ (ก.) โดยตรงแต่มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ลูกหนี้ของก. ก็คือ ข. ในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเจ้าหนี้อาจใช้ทางเลือกเรื่องการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้เข้ามาช่วยด้วยจะทำให้เจ้าหนี้ (ก.) สามารถฟ้องบุคคลภายนอก (ค.) เพื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญายืมใช้คงรูปให้ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่ตนเองได้โดยหมายเรียกให้ลูกหนี้ของตน (ข.) เข้ามาในคดีด้วยตามป.พ.พ. มาตรา 234 เช่นนี้ก็ไม่น่าจะมีปัญหาศาล

สามารถพิพากษาให้บุคคลภายนอกส่งมอบทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ได้แต่ตามประเด็นปัญหาเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ (ก.) ฟ้องลูกหนี้ (ข.) มีใช้ฟ้องลูกหนี้ของลูกหนี้ (ค.) แม้ว่าทรัพย์สินจะไม่ได้อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ก็ตามแต่เมื่อลูกหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ (สิทธิตามสัญญาระหว่าง ข และ ค) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีแม้จะไม่ได้ฟ้องบุคคลภายนอกเข้ามาด้วยสภาพแห่งหนี้ก็เปิดช่องให้บังคับได้เช่นเดียวกันเนื่องมาจากกรณีนี้สามารถบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องกระทบกับเนื้อตัวร่างกายใดๆ ของลูกหนี้เลย และแม้ว่าคำพิพากษาจะไม่ผูกพันบุคคลภายนอกตามป.วิ.พ. มาตรา 144³⁶ แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีไม่ใช่การบังคับเอากับบุคคลภายนอกเพราะเป็นการบังคับคดีเอา กับสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาก็คือสิทธิเรียกร้องที่ ข มีอยู่เหนือ ค และ ก ไม่ต้องใช้คำพิพากษาไปยันกับบุคคลภายนอกแต่อย่างใดเพียงแค่อาศัยการบังคับคดีเอากับลูกหนี้ตามคำพิพากษาของตนโดยการอาศัยสิทธิของลูกหนี้เท่านั้น ดังนี้แม้จะไม่ได้ฟ้องบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีสภาพแห่งหนี้ก็ยังคงเปิดช่องให้บังคับได้อยู่ดีแตกต่างกับกรณีเจ้าหนี้และลูกหนี้พิพาทกันแต่ต่อมากรรมสิทธิ์ไปตกอยู่กับบุคคลภายนอกโดยชอบเสียแล้วเช่นนี้สภาพแห่งหนี้จึงจะไม่เปิดช่องให้เพราะลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้ได้และศาลก็ไม่สามารถจะบังคับให้ได้ไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060-1061/2540)

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 144

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่ง จนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข กลับหรือดลเสีย ถ้าหากมี

ถึงแม้ศาลจะได้กล่าวไว้โดยทั่วไปว่าให้ใช้คำพิพากษাবังคับแก่บุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยก็ดี คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142 (1) มาตรา 245 และมาตรา 366 และในข้อต่อไปนี้

(1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาสั่งให้เลิกนิติบุคคล หรือคำสั่งเรื่องล้มละลายเหล่านี้ บุคคลภายนอกจะยกขึ้นอ้างหรือจะใช้ยันแก่บุคคลภายนอกก็ได้

(2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใด ๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยันแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า”

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงหนี้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเช่นว่านี้ในกฎหมายเยอรมันหรือฝรั่งเศสต่างก็มีบทบัญญัติรองรับเอาไว้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องผู้ครอบครองเข้ามาในคดีซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

5.3.4 ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์สิน

ปัญหาตามสัญญาฝากทรัพย์สินกล่าวได้ว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญายืมใช้คงรูปข้างต้นมากเนื่องจากการฟ้องบังคับโดยอาศัยมูลหนี้จากสัญญาที่จำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กันโดยมิได้มีการโอนกรรมสิทธิ์เข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด สำหรับหนี้ส่งมอบตามสัญญาฝากทรัพย์สินที่ผู้รับฝากมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่ฝากให้แก่ผู้ฝากนั้น แม้จะถือว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งก็ตามแต่ก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้และศาลก็มีวิธีการที่จะบังคับให้ผู้รับฝากชำระหนี้ได้โดยไม่กระทบต่อเสรีภาพในร่างกายใดในทำนองเดียวกับสัญญายืมใช้คงรูป โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่แม้ศาลจะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้แต่ก็พิพากษาให้จำเลยหรือผู้รับฝากคืนทรัพย์สินที่ฝากแก่โจทก์อยู่ดีก็คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6169/2538 ซึ่งวินิจฉัยเอาไว้ว่า

“โจทก์ฟ้องให้จำเลยคืนข้าวเปลือกที่ฝากไว้ ถ้าคืนไม่ได้ให้ชดใช้ราคาข้าวเปลือกเป็นการใช้สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ฝากในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ใช่เรียกร้องให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น เมื่อจำเลยยังไม่คืนทรัพย์สินที่ฝาก โจทก์ก็มีสิทธิติดตามเรียกคืนได้ตลอดเวลาที่ทรัพย์สินที่ฝากยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์อยู่ ส่วนการให้ชดใช้ราคานั้นเป็นขั้นตอนที่โจทก์จะขอบังคับคดีเอาแก่จำเลยเมื่อจำเลยคืนทรัพย์สินที่ฝากไม่ได้เท่านั้น คดีของโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ”

ในคดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยคืนข้าวเปลือกที่ฝากเอาไว้หาคืนไม่ได้ก็ให้จำเลยชดใช้ราคาแทน แม้ศาลชั้นต้นในคดีนี้จะวินิจฉัยยกฟ้องเนื่องจากคดีขาดอายุความแต่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยกลับให้ “จำเลยคืนข้าวเปลือกแก่โจทก์ตามฟ้องหากไม่สามารถคืนให้ได้ก็ให้ชดใช้ราคาเป็นเงิน 1,931,783.65 บาท ...” และศาลฎีกาก็พิพากษาขึ้นจึงเห็นได้ว่าศาลฎีกาเองก็ยอมรับให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาฝากทรัพย์สินนี้ได้ หรือกล่าวอีกนัยก็คือกรณีสภาพแห่งหนี้จะต้องเปิดช่องให้บังคับได้ศาลจึงพิพากษาให้ได้

สำหรับประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้เพื่อเชื่อมโยงกับบุคคลภายนอกว่า ก. ฝากรถยนต์ของมารดาตนเองเอาไว้กับ ข. มีกำหนดเวลา 1 เดือน ปรากฏว่า ข. เอาไปให้ ค. ยืม เมื่อครบกำหนดเวลาจึงไม่ได้ส่งมอบคืนให้กับ ก. หาก ก. มาฟ้องบังคับให้ ข. ชำระหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์สิน แม้ว่ารถยนต์จะยังอยู่ในความครอบครองของ ค. ตามสัญญายืมใช้คงรูประหว่าง ข. กับ ค. และ ค. เองเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีนิติสัมพันธ์อย่างใดๆ กับ ก. และ ก. เองก็ไม่สามารถจะอ้างหลักกรรมสิทธิ์อัน ค. ได้ และไม่สามารถจะอาศัยสัญญาฝากทรัพย์สินบังคับเอากับบุคคลภายนอกได้ อย่างไร

ก็ตาม ก. ยังคงอาศัยสิทธิตามสัญญาฝากทรัพย์บังคับชำระหนี้เอา กับ ข. ซึ่งเป็นลูกหนี้ของตนได้ เพียงแต่ว่ากรณีเช่นว่านี้เมื่อทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกแล้ว สภาพแห่งหนี้จะเปิดช่องให้บังคับได้หรือไม่ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในตอนต้นว่าผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเด็นปัญหาตามสัญญาใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์นั้นคล้ายคลึงกันในแง่ของการเป็นหนี้ส่งมอบซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์แก่กันอันจัดว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งสภาพแห่งหนี้ก็เปิดช่องให้ บังคับได้ และแม้ว่าทรัพย์จะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกก็ตามผู้เขียนก็มีความเห็น เช่นเดียวกับในสัญญาใช้ข้างต้นว่าแม้ในสัญญาฝากทรัพย์ ทรัพย์ที่ฝากจะไปอยู่ในความครอบครอง ของบุคคลภายนอกก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับกันได้อยู่ดีเนื่องจากศาลมีอำนาจจะ บังคับคดีเพื่อยึดหรืออายัดเอาทรัพย์สินนั้นมาได้โดยไม่ขัดต่อป.วิ.พ. มาตรา 144 แต่อย่างไรก็ตามอาศัย การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้หรืออาศัยการอายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีอยู่เหนือบุคคลภายนอก ในการบังคับคดีในลักษณะเดียวกับสัญญาใช้คงรูปที่ได้กล่าวไปข้างต้น

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการบางประเภท

เดิมทีเดียวก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับ คดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง วิธีการในการบังคับคดีค่อนข้างจะมีปัญหาในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการ บังคับคดีในหนี้ส่งมอบทรัพย์ซึ่งแต่เดิมเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีอำนาจจะยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อ นำมาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ การจะยึดทรัพย์สินของลูกหนี้จะต้องเป็นการยึดเพื่อนำไปขายทอดตลาดนำ เงินมาชำระหนี้เงินเท่านั้น ทำให้การบังคับคดีต้องกระทำโดยทางศาลแทนผ่านวิธีการจับกุมหรือกักขัง ลูกหนี้ตามคำพิพากษาแทน หรือบางกรณีในท้ายที่สุดแล้วก็กลายเป็นการชดใช้ราคาแทน เนื่องจาก ศาลก็มักจะมีคำพิพากษารวมไปในทำนองว่า “ให้ส่งมอบทรัพย์ ถ้าส่งมอบไม่ได้ให้ใช้ราคา” ดังที่ ผู้เขียนได้เคยชี้ให้เห็นแล้วในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11006/2555 ที่วินิจฉัยให้ส่งมอบหากส่งมอบ ไม่ได้ให้ชดใช้ราคาและมีการดำเนินการจับกุมกักขังลูกหนี้แต่สุดท้ายก็ไม่อาจส่งมอบได้จึงต้องบังคับให้ ชดใช้ราคาเป็นเงินแทน ด้วยความไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงจึงได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเสียใหม่ ในปี 2560 ซึ่งมีการจัดระบบโครงสร้างเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ในหนี้แต่ละประเภทเอาไว้อย่าง ชัดเจนโดยเฉพาะในหนี้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์เฉพาะสิ่งและหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่มี การบัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิมที่เห็นได้ชัด ประการหนึ่งก็คือ การบังคับคดีให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่

ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงและต้องไปใช้วิธีจับกุมกักขังแทน จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งในประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศสและอังกฤษต่างก็มีบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการยึดทรัพย์มาเพื่อส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมในหมวดที่ 3 ว่าด้วยการบังคับคดีในกรณีที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งก็เพื่อจะแก้ไขปัญหาการบังคับคดีต่อทรัพย์เฉพาะสิ่งซึ่งเจ้าหนี้มีกรรมสิทธิ์หรือมีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์นั้น เช่น กรณีที่ศาลพิพากษาให้จำเลยส่งมอบรถยนต์ที่โจทก์ตกลงจะซื้อกับจำเลย³⁷ หรือกรณีจ้างทำงานศิลปะแต่เมื่อเสร็จแล้วผู้รับจ้างไม่ส่งมอบให้ผู้ว่าจ้าง³⁸

อย่างไรก็ตามดังที่ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าการส่งมอบหรือส่งคืนจำเป็นต้องเป็นการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยฐานของกรรมสิทธิ์หรือไม่ เช่น การส่งคืนทรัพย์เฉพาะสิ่งจำเป็นต้องเป็นกรณีที่กรรมสิทธิ์อยู่กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือไม่ หรือการส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งนั้นกรรมสิทธิ์จะต้องอยู่ที่ลูกหนี้หรือไม่หรือจะต้องเป็นการส่งมอบซึ่งเกี่ยวพันกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทำนองเดียวกับหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินหรือไม่ ในประเด็นนี้ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพอธิบายว่า

“การส่งคืนทรัพย์เฉพาะสิ่งเป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์นั้นอยู่แต่ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาด้วยการส่งคืนทรัพย์เฉพาะสิ่ง ส่วนคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งเป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเจ้าของทรัพย์เฉพาะสิ่งและต้องชำระหนี้ตามคำพิพากษาด้วยการส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งซึ่งการส่งมอบทรัพย์เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งที่มีไว้เพื่งกระทำการส่งทรัพย์แต่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาด้วยหรือเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สินนั่นเอง เช่น กรณีตามสัญญาจะซื้อจะขาย สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาเช่าซื้อ”³⁹

³⁷ สมชัย ฑีฆาอุตมากร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 : การบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560), น.564.

³⁸ สุนิดา บุรินทร์กุล, “ปัญหาในการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.137.

³⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 : วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2561), น.422-423.

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติในหมวดที่ 3 นี้ อาจจะเป็นการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์หรือจะเป็นการส่งมอบหรือส่งคืนที่อาศัยเพียงสิทธิครอบครองหรือบุคคลสิทธิอื่นๆที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ก็ได้ด้วย กล่าวคือการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งในที่นี้อาจจะอาศัยเพียงสิทธิเรียกร้องในทางหนี้โดยไม่ต้องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์แต่อย่างใดก็ได้ การส่งคืนก็ไม่จำเป็นที่กรรมสิทธิ์จะต้องอยู่กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษายกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ให้ยืมมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์เพียงแต่มีสิทธิครอบครองเท่านั้น หากผู้ยืมไม่คืนทรัพย์สิน ผู้ให้ยืมย่อมฟ้องดำเนินคดีและกลายเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จำเลยในฐานะลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องส่งคืนให้ ส่วนการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งผู้เขียนก็มีความเห็นว่าควรจะตีความรวมทั้งการส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการและการส่งมอบที่เป็นหนี้โอนทรัพย์สินด้วย

ทั้งนี้หากพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันไม่ได้มีการแบ่งแยกออกเป็นการส่งมอบหรือส่งคืนแต่อย่างใดเพียงแต่บัญญัติรวมไปเลยว่าเป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องส่งมอบ (deliver/surrender) ทรัพย์สินให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา (มาตรา 883) ซึ่งกินความรวมทุกกรณีที่พิพากษาให้ส่งมอบไม่ว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปแล้วหรือยังไม่โอนหรือไม่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ก็ตาม เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษหมายบังคับคดีที่ศาลออกในกรณีนี้ก็เป็น writ of delivery เท่านั้น ไม่ได้มีการแบ่งแยกเป็นการส่งมอบหรือส่งคืนหรือมีประเด็นกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่มีจุดเด่นที่การจำแนกวัตถุแห่งหนี้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี แม้จะมีการแบ่งแยกเป็นการส่งมอบและส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเช่นเดียวกับของไทยแต่กลับบัญญัติรองรับทั้งการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยมูลตามกฎหมายลักษณะหนี้ (มาตรา L222-1) และการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (L222-2) เอาไว้ชัดเจน⁴⁰ นอกจากนี้หากพิจารณาต่อไปถึงการบังคับคดีของประเทศญี่ปุ่นซึ่งคณะกรรมการร่างฯ ได้ใช้เป็นแนวทางส่วนหนึ่งในการร่าง⁴¹ โดยในมาตรา 168(1)⁴² และ 169(1)⁴³

⁴⁰ สุนิดา บุรินทร์กุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น.135.

⁴¹ *เพ็ญอ้าว*, น.133,137.

⁴² Japan Civil Execution Act Article 168 (1)

“Compulsory execution of deliver or surrender of real property shall be carried out by the method in which a court execution officer releases the real property, etc. from the obligor’s possession and has the obligee acquire the possession of such real property.”

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีแพ่งของญี่ปุ่น (Civil Execution Act 1979) ก็วางหลักเอาไว้ว่าการบังคับคดีให้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษให้เจ้าพนักงานบังคับคดีบังคับคดีโดยส่งมอบกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองจากลูกหนี้ไปยังเจ้าหนี้ ขณะที่หากเป็นสังหาริมทรัพย์ให้กระทำการโดยยึดสังหาริมทรัพย์จากลูกหนี้และส่งมอบแก่เจ้าหนี้⁴⁴ ทั้งหากพิจารณาถ้อยคำในป.วิ.พ. มาตรา 347⁴⁵ ซึ่งบัญญัติในทำนองว่าเป็นคำพิพากษาที่ให้ส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อชำระหนี้ตาม “สิทธิเรียกร้อง” แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ดังนั้นจะเห็นได้ว่าโดยหลักๆ แล้วในต่างประเทศก็ระบุเพียงหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ารวมทุกกรณีที่จะต้องส่งมอบไม่ว่าจะโดยอาศัยสิทธิทางหนี้หรืออาศัยกรรมสิทธิ์ก็ตามโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝรั่งเศสที่ระบุรับรองเอาไว้อย่างชัดเจนประกอบกับถ้อยคำในป.วิ.พ. มาตรา 347 ข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการตีความบทบัญญัติในหมวดที่ 3 นี้การส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งจะต้องตีความรวมไปทั้งการส่งมอบหรือส่งคืนโดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้และอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ควบคู่กันไป ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการ หรือเป็นการส่งมอบที่เป็นหนี้โอนส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม หากศาลมีคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตามแล้วแต่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนี้ทั้งสิ้น

ในส่วนถัดไปผู้เขียนจะวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาที่ว่าหนี้ตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างทำของ สัญญายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินข้างต้นจะมีวิธีในการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษากันอย่างไรบ้าง

⁴³ Japan Civil Execution Act Article 169 (1)

“Compulsory execution of delivery of movables (including securities) other than the movables prescribed in Article 168 (1) shall be carried out by the method in which a court execution officer confiscates such movables from the obligor and delivers it to oblige.”

⁴⁴ สุนิดา บุรินทร์กุล, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 38, น.133-134.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 347

“กรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินนั้นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง”

(1) สัญญาเช่าทรัพย์

ตามที่ได้เขียนไว้วิเคราะห์เอาไว้แล้วว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับให้ผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์ที่เช่าให้แก่ผู้เช่าได้ ปัญหาข้างต้นศาลก็จะต้องมีคำพิพากษาให้จำเลย (ผู้ให้เช่า) ส่งมอบอาคารพิพาทให้แก่โจทก์ (ผู้เช่า) จะเห็นได้ว่าผู้ให้เช่าตกอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่มีหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องส่งมอบอาคารพิพาทอันเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือก็คือผู้เช่าจึงเป็นหนี้ตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่ง (อาคาร) ตามความในหมวดที่ 3 ทั้งนี้แม้ว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์อยู่ก็ตามก็ต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ได้ใช้ประโยชน์ดังที่ผู้เขียนไว้วิเคราะห์ไปข้างต้นว่าคำว่า “ส่งมอบ” ตามความในหมวดที่ 3 นี้ควรจะต้องตีความรวมทั้งการส่งมอบปกติธรรมดาที่เป็นหนี้กระทำการ (ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์) และหนี้ส่งมอบที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สินด้วย ดังนั้นกรณีปัญหาที่ผู้เขียนตั้งไว้ หากผู้ให้เช่าไม่ปฏิบัติตามผู้เช่าก็มีสิทธิร้องขอให้ศาลออกหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อดำเนินการยึดอาคารดังกล่าวมาส่งมอบให้แก่ผู้เช่าได้ตามป.วิ.พ. มาตรา 347 หากลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือผู้ให้เช่าไม่ยินยอมออกไปหรือไม่ยินยอมส่งมอบอาคารให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีผู้เช่าก็ย่อมมีสิทธิร้องขอให้ขับไล่ได้ตามป.วิ.พ. มาตรา 348 วรรคสอง⁴⁶ ที่บัญญัติให้นำเรื่องการบังคับคดีในกรณีฟ้องขับไล่มาใช้บังคับได้

หากเป็นกรณีที่ยังไม่มี การจดทะเบียนการเช่ากันด้วย เช่น เป็นสัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษหรือมีข้อตกลงจะไปจดทะเบียนกันอยู่แล้วแต่ผู้ให้เช่าไม่ยอมไปจดทะเบียนและไม่ยอมส่งมอบให้ การบังคับคดีในกรณีให้ส่งมอบทรัพย์ที่เช่าย่อมทำได้โดยวิธีเดียวกันข้างต้น ขณะที่การจดทะเบียนการเช่าจัดว่าเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่งศาลย่อมจะพิพากษาให้ลูกหนี้ไปจดทะเบียนการเช่าอันเป็นคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการโดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ในกรณีนี้ผู้เช่าจึงอาศัยคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้เลยแม้ศาลจะไม่ได้กล่าวเอาไว้ในคำพิพากษาก็ตาม ทั้งนี้เป็นไป

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 348

“การบังคับคดีในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่งที่มีทะเบียนกรรมสิทธิ์หรือมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานั้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนต่อไป

การบังคับคดีในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบอสังหาริมทรัพย์เฉพาะสิ่ง ถ้ามีเหตุขัดขวางหรือเหตุขัดข้องในการส่งคืนหรือส่งมอบอสังหาริมทรัพย์นั้นแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ให้นำบทบัญญัติในหมวด ๔ การบังคับคดีในกรณีที่ให้ขับไล่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ตามป.วิ.พ. มาตรา 357⁴⁷ ในประเด็นนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2517 ที่ได้ให้ยับยั้งการแก้ไขคดีไปแล้ว แม้จะตัดสินตามกฎหมายเดิมแต่ก็เห็นแนวปฏิบัติของศาลเกี่ยวกับประเด็นนี้ซึ่งแม้ในฎีกาฉบับย่อจะวินิจฉัยแล้วว่า “จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบห้องเช่าและจดทะเบียนการเช่าให้โจทก์ ถ้าหากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ จำเลยที่ 2 ก็ต้องร่วมกับจำเลยที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์” แต่คดีนี้ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า “ให้จำเลยทั้งสองส่งมอบตึกแถวพิพาทให้โจทก์และให้จำเลยที่ 2 จดทะเบียนการเช่าให้โจทก์มีกำหนด 15 ปี ถ้าไม่ปฏิบัติตามให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำการได้ให้จำเลยที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายให้โจทก์” และศาลฎีกาในคดีนี้พิพากษาแก้เฉพาะเรื่องค่าเสียหายเท่านั้นโดยให้จำเลยที่ 2 ร่วมกับจำเลยที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์หากว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเท่านั้น ในส่วนของการบังคับคดีเรื่องการจดทะเบียนเช่าจึงเป็นที่ยุติตั้งแต่ในชั้นอุทธรณ์แล้วว่าผู้เช่าสามารถใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้

(2) สัญญาจ้างทำของ

ประเด็นปัญหาตามสัญญาจ้างทำของที่ยังทำของไม่เสร็จหรือการงานที่รับจ้างทำนั้นยังไม่สมบูรณ์ แต่ผู้รับจ้างไม่ยอมกระทำต่อผู้เขียนได้วิเคราะห์ให้เห็นแล้วว่ากรณีที่เป็นหนี้กระทำการโดยแท้ซึ่งมีแต่ลูกหนี้เท่านั้นจะชำระหนี้ได้ ดังนั้นการบังคับชำระหนี้ในกรณีนี้จึงเป็นการบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ซึ่งขัดต่อหลักการบังคับชำระหนี้ข้างต้นสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเสียแล้วย่อมไม่มีประเด็นให้วินิจฉัยว่าจะบังคับกันอย่างไรตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลควรจะพิพากษาให้ชำระค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไปเลย

สำหรับประเด็นปัญหาตามสัญญาจ้างทำของที่ว่าเมื่อการงานที่เป็นการก่อให้เกิดทรัพย์สินขึ้นมาชิ้นหนึ่ง เช่น ตู้เก็บของ หรืองานศิลปะ แต่เมื่อสำเร็จแล้วผู้รับจ้างกลับไม่ยอมส่งมอบให้ผู้ว่าจ้าง ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วว่าผู้รับจ้างในฐานะลูกหนี้มีหนี้จะต้องส่งมอบการงานที่ทำสำเร็จนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างในฐานะเจ้าหนี้ด้วยกรณีหากปรากฏว่างานนั้นสำเร็จแล้วเหลือเพียงขั้นตอนการส่งมอบสภาพแห่งหนี้ย่อมเปิดช่องให้บังคับได้ ส่วนวิธีการบังคับนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีนี้ศาลย่อมมี

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 357

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากะทำนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ และคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ได้กำหนดให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นได้”

คำพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้รับจ้างส่งมอบตัวเก็บของให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา การบังคับคดีจึงเป็นการบังคับคดีในกรณีที่มีคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งแม้ประเด็นที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้น ในกรณีนี้คือตู้เสื้อผ้าจะโอนไปทันทีที่สร้างสรรค์งานเสร็จหรือจะโอนไปพร้อมๆ กับการส่งมอบทรัพย์สินจะยังเป็นประเด็นที่ยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่ในทางวิชาการก็ตาม ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด กรรมสิทธิ์จะโอนไปแล้วหรือยังไม่โอนไป วิธีการบังคับคดีในกรณีนี้ก็คือการตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ไปยึดทรัพย์สินดังกล่าวมาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปตามป.วิ.พ. มาตรา 347

(3) สัญญาเฝ้ายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สิน

สำหรับวิธีการบังคับคดีตามสัญญาเฝ้ายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินเนื่องจากมีลักษณะคล้ายคลึงกันและกรณีตามปัญหาที่ผู้เขียนตั้งก็มีลักษณะเดียวกันโดยเป็นการฟ้องโดยอาศัยสิทธิทางหนี้ เพียงแตกต่างกันที่สิทธิตามสัญญาเฝ้ายืมใช้คงรูปกับการใช้สิทธิตามสัญญาฝากทรัพย์สินเท่านั้น และไม่ได้ส่งผลต่อการวินิจฉัยเรื่องสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงรวมไปถึงวิธีการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวด้วย

กรณีที่ผู้ยืมหรือผู้รับฝากไม่ยอมคืนทรัพย์สินที่ยืมหรือรับฝากเอาไว้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์เอาไว้ว่ากรณีสภาพแห่งหนี้ย่อมเปิดช่องให้บังคับกันได้แม้ว่าจะเป็นหนี้กระทำการส่งมอบอย่างหนึ่งก็ตาม และถึงแม้ว่าผู้ให้ยืมหรือผู้ฝากจะมีเพียงสิทธิครอบครองไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ก็สามารถฟ้องบังคับให้คืนทรัพย์สินดังกล่าวได้ สำหรับวิธีการบังคับคดีย่อมดำเนินการผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดทรัพย์สินนั้นมาและทำการส่งมอบให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาตามป.วิ.พ. มาตรา 347 อันเป็นการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพื่อชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ผู้ให้ยืมและผู้ฝากมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตนเมื่อครบกำหนดตามสัญญา

ขณะที่ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้เชื่อมโยงกับบุคคลภายนอกว่า กรณีที่มีคำพิพากษาให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแต่ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ในกรณีตัวอย่างนั้นผู้เขียนยกตัวอย่างทั้งในสัญญาเฝ้ายืมใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินโดยให้ลูกหนี้ (ผู้ยืมหรือผู้รับฝาก) มีสิทธิเรียกร้องเหนือบุคคลภายนอกอยู่ด้วย เช่น ลูกหนี้เอารถยนต์ที่ยืมมาไปให้บุคคลภายนอกยืมต่อและบุคคลภายนอกไม่คืนให้ลูกหนี้ หรือลูกหนี้เอารถยนต์ที่ตนเองรับฝากไว้ไปฝากไว้กับบุคคลภายนอกอีกทอดหนึ่งและบุคคลภายนอกไม่คืนให้ลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่อาจคืนรถยนต์ให้ได้ เจ้าหนี้จึงมาฟ้องบังคับชำระหนี้ให้ส่งคืน ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์เอาไว้แล้วว่าแม้กรณีจะเป็นหนี้กระทำการสภาพแห่งหนี้ก็เปิดช่องให้บังคับได้ สำหรับวิธีการบังคับจะบังคับกันอย่างไรเมื่อมีหลักตามป.วิ.พ. มาตรา 144 ว่าคำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความและไม่ผูกพันบุคคลภายนอก

จากการศึกษาค้นคว้าจากกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันและฝรั่งเศสในหมวดของการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ส่งมอบทรัพย์สินต่างก็มีบทบัญญัติรองรับกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกทั้งสิ้น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันแก้ปัญหานี้โดยวิธีการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ โดยให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษายื่นคำร้องขอให้ศาลยึดหรืออายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษามีอยู่เหนือบุคคลภายนอกในทรัพย์สินมาเสียก่อน แล้วจึงใช้สิทธิเรียกร้องของตนบังคับเข้ากับบุคคลภายนอกให้ส่งมอบทรัพย์สินต่อไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันมาตรา 886⁴⁸ ขณะที่ในฝรั่งเศสก็บัญญัติในมาตรา L222-1 เอาไว้ว่าในกรณีที่ทรัพย์สินอยู่ในเงื้อมมือของบุคคลภายนอกและภายในที่อยู่อาศัยของบุคคลดังกล่าว การยึดไม่อาจกระทำได้เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลที่บังคับคดี⁴⁹ จะเห็นได้ว่าในต่างประเทศเองก็ยอมรับว่ากรณีปัญหาข้างต้นมีช่องทางให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะสามารถบังคับคดีได้แม้ว่าจะไม่ได้ฟ้องบุคคลภายนอกเป็นคดีก็ตาม

ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติในหมวดที่ 3 จะไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงกรณีเมื่อศาลพิพากษาให้ส่งคืนหรือส่งมอบแล้วแต่ทรัพย์สินนั้นอยู่กับบุคคลภายนอก แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีนี้ก็ยังสามารถบังคับได้โดยบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 346⁵⁰ กำหนดให้ให้นำบทบัญญัติในหมวด 2 การบังคับคดีในกรณีที่เป็นหนี้เงินมาใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อไม่มีกำหนดไว้ว่าจะทำเช่นไรผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีต้องนำหลักในเรื่องการบังคับชำระหนี้เงินมาใช้บังคับซึ่งมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการอายัดสิทธิเรียกร้องได้โดยป.วิ.พ. มาตรา 296 (2)⁵¹ บัญญัติชัดเจนว่า เจ้า

⁴⁸ German Code of Civil Procedure Section 886

“If an object to be surrendered is in the custody and control of a third party, the claim of the debtor to surrender of the object is to be transferred to the creditor, upon his having filed the corresponding petition, in accordance with the provisions governing the attachment and transfer of a monetary claim.”

⁴⁹ สุนิดา บุรินทร์กุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น.136.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 346

“การบังคับคดีในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งคืนหรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ถ้าบทบัญญัติในหมวดนี้มีได้กำหนดวิธีการบังคับคดีไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติในหมวด 2 การบังคับคดีในกรณีที่เป็นหนี้เงินมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296

พนักงานบังคับคดีมีอำนาจอายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะเรียกให้บุคคลภายนอกส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินได้ และหากบุคคลภายนอกไม่ปฏิบัติตามคำสั่งอายัดเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็อาจร้องขอให้ศาลบังคับคดีแก่บุคคลภายนอกได้เสมือนหนึ่งว่าเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้⁵²

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีปัญหาตามสัญญาใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์น่าจะใช้วิธีเดียวกับในเยอรมัน คืออายัดสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีอยู่เหนือบุคคลภายนอกเพื่อให้บุคคลภายนอกส่งมอบทรัพย์ดังกล่าวให้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อทำการส่งคืนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปโดยอาศัยบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 346 ประกอบมาตรา 296 (2) และมาตรา 347 นอกจากนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้มีสิทธิเรียกร้องเหนือบุคคลภายนอกแต่ทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ตามคำพิพากษาที่ศาลพิพากษาให้ส่งมอบหรือส่งคืนนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกนั้นก็จะบังคับคดีได้โดยอาศัยอำนาจทั่วไปของเจ้าพนักงานบังคับคดี

“ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ชำระเงิน ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจบังคับคดีโดยวิธีดังต่อไปนี้

- (1) ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา
- (2) อายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกชำระเงินหรือส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน
- (3) อายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนอกจากที่กล่าวมาแล้วใน (2)
- (4) ขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการยึดหรือการอายัดหรือซึ่งสิทธิเรียกร้องที่ได้อายัดไว้”

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 321

“ถ้าบุคคลภายนอกไม่ชำระหนี้ตามคำสั่งอายัดของศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีตามมาตรา 316 ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาทราบในกรณีเช่นว่านี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้บังคับบุคคลภายนอกนั้นปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำสั่งหรือชำระค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ได้ เมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วถ้าเป็นที่พอใจว่าสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นมีอยู่จริงและอาจบังคับได้จะมีคำสั่งให้บุคคลภายนอกปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำสั่งหรือให้ชำระค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่เห็นสมควรก็ได้ ถ้าบุคคลภายนอกนั้นมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจร้องขอให้ศาลบังคับคดีแก่บุคคลภายนอกนั้นเสมือนหนึ่งว่าเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้”

ยื่นคำร้องต่อศาลขอออกหมายค้นเพื่อตรวจสอบหรือยึดมาส่งคืนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ตามป.วิ.พ. มาตรา 283⁵³ ทั้งนี้บทบัญญัตินี้อยู่ในหมวดที่ 1 หลักทั่วไป ส่วนที่ 6 อำนาจทั่วไปของเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งถือว่าเป็นบททั่วไปซึ่งปรับใช้ได้กับการบังคับคดีตามคำพิพากษาไม่ว่าจะเป็นหนี้เงิน หนี้สิ่งมอບหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง นี้กระทำการหรือดเว้นกระทำการก็ตามกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีน่าจะอาศัยอำนาจดังกล่าวเพื่อเข้าไปยึดทรัพย์สินพิพาทมาส่งคืนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยอาศัยป.วิ.พ. มาตรา 347 ประกอบมาตรา 283

5.5 ปัญหาการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในประเด็นนี้มีปัญหาให้วิเคราะห์โดยเฉพาะในนี้กระทำการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในป.วิ.พ. มาตรา 358 ประกอบมาตรา 361 ว่าวิธีการจับกุม กักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ชำระหนี้กระทำการจะขัดกับหลักเกณฑ์ในป.พ.พ. มาตรา 213 หรือไม่ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าในมาตรา 213 นี้กระทำการซึ่งโดยหลักแล้วเราไม่สามารถจะบังคับฝืนใจลูกหนี้ได้ กฎหมายจึงกำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้โดยอ้อมเอาไว้ เช่น การใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาหรือให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนก็เพื่อที่จะยืนยันหรือคุ้มครองไม่ให้มีการบังคับชำระหนี้เอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้หรือหากพิจารณาจากถึงถ้อยคำที่ว่า “สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง” จึงไม่อาจบังคับได้ก็เป็นเพราะว่าการบังคับนั้นเป็นการบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ มาตรา 213 จึงกำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ว่าในกรณีนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

⁵³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 283

“ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือมีบัญชี เอกสารจดหมาย หรือวัตถุอื่นใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอยู่ในสถานที่ที่บุคคลอื่นครอบครองอยู่ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลออกหมายค้นสถานที่นั้น เมื่อได้รับคำร้องเช่นว่านี้ ให้ศาลไต่สวนโดยไม่ชักช้า ถ้าเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำมาสืบหรือที่ศาลได้เรียกมาสืบเองว่ามีเหตุอันควรเชื่อตามที่ร้องขอ ให้ศาลมีอำนาจออกหมายค้นสถานที่นั้นเพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีตรวจสอบและยึดทรัพย์สินหรือสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าวภายในขอบเขตและเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นว่าจำเป็น ถ้าศาลมีคำสั่งยกคำขอคำสั่งเช่นว่านั้นให้เป็นที่สุด”

จากการศึกษาค้นคว้าจากแนวคิดในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศต่างก็มีมาตรการบังคับเพื่อให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาอันเป็นไปตามหลักการบังคับชำระหนี้ ซึ่งในประเทศที่ทำการศึกษาล้วนไม่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการจะบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง หากเจ้าหนี้ต้องการบังคับตามสิทธิก็ต้องอาศัยอำนาจของรัฐผ่านทางศาลเป็นผู้บังคับให้เท่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคมด้วยเหตุนี้คำพิพากษาของศาลจึงเป็นเครื่องมือเดียวที่เจ้าหนี้จะสามารถบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้ และเพื่อความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาดังกล่าวจึงต้องกำหนดอำนาจให้ศาลมีอำนาจบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ เช่น การยึดทรัพย์เพื่อนำมาขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ หรือการยึดทรัพย์เพื่อส่งมอบแก่เจ้าหนี้ หรือการขับไล่รถนอนลวนแต่เป็นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจศาลเพื่อบังคับลูกหนี้ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาให้ปฏิบัติตามเพื่อความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษามีเช่นนั้นแล้วจะกลายเป็นว่าแม้จะเป็นเจ้าหนี้จริงและศาลมีคำพิพากษาแล้วลูกหนี้ก็ไม่ยอมปฏิบัติตามอยู่ดี กลายเป็นว่าคำพิพากษาของศาลมีผลไม่ต่างจากสัญญาที่คู่สัญญามีต่อกัน ในแง่นี้กฎหมายจึงต้องกำหนดเครื่องมือให้ศาลบังคับตามคำพิพากษาได้

การจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเองก็เช่นกัน กล่าวคือเป็นหนึ่งในวิธีที่กฎหมายกำหนดให้ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการบังคับตามคำพิพากษาเพื่อรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 361 แม้จะเป็นการกระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แต่ก็เป็นเพียงหนึ่งในวิธีการที่ศาลจำเป็นต้องมีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา และแท้จริงแล้วการจะจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ก็ไม่ใช่เพราะลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แต่เป็นเพราะลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษามากกว่าและก็เป็นอำนาจของศาลเท่านั้นที่จะสั่งให้กักขังลูกหนี้ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายในต่างประเทศจะเห็นได้ว่าทั้งเยอรมันและอังกฤษต่างก็ให้ศาลมีอำนาจเช่นนี้ นอกจากนี้ในเยอรมันและอังกฤษศาลมีอำนาจจะสั่งปรับลูกหนี้ได้หากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา หากลูกหนี้ไม่ชำระค่าปรับและยังคงไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษายู่ก็มีอำนาจสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ โดยประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการจับกุมเช่นว่านี้ไม่ใช่แค่เพียงการบังคับชำระหนี้ก็คือ ทั้งในเยอรมันและอังกฤษต่างก็อธิบายการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษานี้ในบริบทของการลงโทษทางอาญามากกว่าจะเป็นการลงโทษในบริบทของกฎหมายแพ่งโดยทั้งในเยอรมันและอังกฤษนั้นมาตรฐานในการพิสูจน์ถึงเหตุที่ศาลจะสั่งจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ได้นั้นอยู่ในระดับเดียวกับการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา⁵⁴ กล่าวคือโจทก์

⁵⁴ Peter L. Murray and Rolf Sturmer, German Civil Justice, (Durham, N.C. : Carolina Academic Press, 2004), pp.462-463. ; Neil Andrews, English Civil Procedure :

จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นจนปราศจากข้อสงสัยว่า จำเลยจงใจที่จะไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลให้ได้เท่านั้น ส่วนในฝรั่งเศสด้วยอิทธิพลตั้งแต่เมื่อครั้งการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ไม่ยอมให้อำนาจกับศาลมากเกินไป จึงกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพียงบังคับชำระค่าปรับเท่านั้นไม่ได้มีอำนาจจับกุมหรือกักขังลูกหนี้แต่อย่างใดแต่ในระบอบกฎหมายฝรั่งเศสเองก็ถือว่ามาตรการเช่นนี้เป็นการลงโทษทางอาญา มากกว่าจะเป็นการลงโทษในทางแพ่ง⁵⁵ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นเพียงมาตรการบังคับของศาลและเป็นเพียงการลงโทษลูกหนี้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลเท่านั้น คงไม่ใช่การกักขังลูกหนี้ในบริบทของการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายสารบัญญัติแต่อย่างใด

5.6 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของแนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบอบกฎหมายไทยรวมถึงประเด็นเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องตามป.พ.พ. มาตรา 213 โดยเฉพาะในหนี้กระทำการผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพื่อจะแก้ไขปัญหาข้างต้นดังนี้

(1) การพิจารณาสีทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงควรจะอยู่บนหลักที่ว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลัก (primary remedies for breach of contract) ขณะที่ค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรองเท่านั้น ดังนั้นหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังอยู่ในวิสัยที่กระทำได้หรือบังคับได้ศาลไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยอาศัยเหตุอื่น เช่น ทำให้เกิดความยากลำบากแก่จำเลยหรือทำให้เกิดความยุ่งยากหรือค่าเสียหายจะเป็นคุณแก่โจทก์มากกว่าและเจ้าหนี้

(2) กรณีที่จะถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องอันทำให้ศาลมีอำนาจจะปฏิเสธไม่บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ จากการศึกษาวិเคราะห์จากหนี้กระทำการบางประเภทจะเห็นว่าแม้จะ

Fundamentals of The New Civil Justice System, (Oxford : Oxford University Press, 2003), pp.936-937.

⁵⁵ European Judicial Network in civil and commercial matters, “Procedures for enforcing a judgment France,” Retrieved on April 8, 2018, from https://ejustice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-fr-en.do?member=1#toc_3_1.

เป็นหนี้กระทำการก็มีกรณีที่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องนั้น

(2.1) ไม่ควรตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องโดยอาศัยเพียงแค่การจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในหนี้นั้นๆ เช่น หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเสมอ หรือหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ เหล่านี้ไม่ควรนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องหรือไม่ แต่ควรจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละมูลหนี้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าหนี้นั้นจะมีวัตถุแห่งหนี้เป็นหรือไม่

(2.2) หากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีนั้นๆ เป็นการบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แล้วย่อมเป็นการฝ่าฝืนหลักการที่ว่าหนี้ควรจะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้นและกรณีต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเสมอ

(2.3) โดยหลักแล้วการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเอา กับทรัพย์สินนั้นเมื่อไม่กระทบกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้หรือไม่ใช่การบังคับชำระหนี้เอาจากเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แล้วสภาพแห่งหนี้ย่อมเปิดช่องให้บังคับได้แต่หากการบังคับเอา กับทรัพย์สินนั้นกลายเป็นการบังคับชำระหนี้เอา กับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาหรือไม่ใช่ลูกหนี้ เช่น กรณีที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินพิพาทไปตกได้แก่บุคคลภายนอกโดยชอบ เมื่อศาลไม่มีอำนาจพิพากษาบังคับบุคคลภายนอกให้ชำระหนี้ได้ และคำพิพากษาก็ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกกรณีก็ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

(3) สำหรับวิธีการบังคับชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในประเด็นว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าควรจะทำให้สอดคล้องกับหลักในข้อ (2.1) กล่าวคือการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ควรจะถูกจำกัดด้วยวัตถุแห่งหนี้ที่จะต้องเป็นกรณีที่วัตถุแห่งหนี้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอแนะแนวทางการตีความการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งดังนี้

(3.1) ควรจะตีความให้ใช้บังคับได้ทั้งกรณีที่เป็น การส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ อันเป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง กับกรณีที่เป็น การส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอันเป็นผลมาจากการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินพิพาทแก่กันอันเป็นหนี้โอนทรัพย์สินอย่างหนึ่ง

(3.2) การส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไม่ควรจะตีความจำกัดอยู่เฉพาะแต่การส่งคืนโดยอาศัยฐานของกรรมสิทธิ์ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะอีกว่าการส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งควรจะ

ตีความรวมไปถึงการส่งคืนโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องในทางหนี้ด้วยแม้เจ้าหนี้จะมีได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่พินาศก็ตาม

(4) หนี้กระทำการที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัวต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ศาลควรจะพิพากษายกฟ้องหรือให้คดีใช้ค่าเสียหายไปตั้งแต่ต้น ดังนั้นบทบัญญัติในป.วิ.พ. มาตรา 358 จึงควรนำมาปรับใช้เฉพาะกับหนี้กระทำการที่ไม่ใช่การเฉพาะตัวของลูกหนี้ หรือก็คือกรณีที่สามสามารถให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนได้เท่านั้น ไม่ควรจะนำมาปรับใช้กับหนี้กระทำการโดยแท้ที่มีลักษณะเฉพาะตัว หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้

(5) แม้ผู้เขียนจะมีความเห็นว่าการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามป.วิ.พ. มาตรา 361 เป็นมาตรการลงโทษจำเลยที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษามากกว่าจะเป็นการบังคับชำระหนี้ในทางแพ่งก็ตาม เพื่อเป็นการยืนยันแนวความคิดว่าการจับกุมนั้นเป็นการลงโทษไม่ใช่การบังคับชำระหนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้ศาลวิเคราะห์พยานหลักฐานที่โจทก์นำเสนอมาเพื่อขอให้จับกุมลูกหนี้ ด้วยมาตรฐานอย่างในคดีอาญา กล่าวคือ โจทก์ต้องนำเสนอให้ศาลเห็นจนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา และไม่มีวิธีอื่นใดจะบังคับได้ หากศาลยังมีข้อสงสัยอยู่ก็ไม่ควรจะมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลจะมีคำสั่งลงโทษให้จับกุมหรือกักขังได้ ควรจะกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งปรับจำเลยหากว่าไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษาเสียก่อน อันเป็นการใช้มาตรการทางการเงินในการกดดันให้ลูกหนี้ทำตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาเสียก่อน หากลูกหนี้ยังคงฝ่าฝืนศาลจึงจะใช้วิธีการสุดท้ายอันเป็นการลงโทษจำเลยในท้ายที่สุด

5.7 บทสรุป

เมื่อหนี้กระทำการบางประเภทสามารถที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกันได้ ไม่ว่าจะเป็นหนี้กระทำการตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาืมใช้คงรูป สัญญาฝากทรัพย์สินหรือสัญญาจ้างทำของในกรณีที่การทำงานที่ทำก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งขึ้นมาเรียบร้อยแล้วแต่เพียงการส่งมอบเท่านั้น ในการวินิจฉัยสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องเพียงใดจึงไม่อาจอาศัยเพียงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้กระทำการ เจตนากระทำการ หนี้โอนทรัพย์สินมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องสภาพแห่งหนี้เปิดช่องได้ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ที่ว่ากระทำการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้หรือไม่ หากเป็นการบังคับเอาเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายแล้วสภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่อง แต่หากการบังคับชำระหนี้เป็นแต่เพียงการบังคับเอาเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้แล้วสภาพแห่งหนี้ก็ย่อมเปิดช่องให้บังคับกันได้ นอกจากนี้แม้จะเป็นการบังคับเอาเกี่ยวกับทรัพย์สินแต่ถ้าเป็น

การบังคับเอากับบุคคลภายนอกแล้วศาลย่อมไม่อาจบังคับให้ได้ สภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่องให้บังคับได้อีกกรณีหนึ่งด้วย

ในขณะที่แม้ในทางกฎหมายสารบัญญัติจะมีความแตกต่างกันระหว่างหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหนี้กระทำการกับหนี้ส่งมอบที่เป็นหนี้โอนทรัพย์สินอัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินจะต้องเป็นกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่กันกล่าวคือเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์แก่กันหรือมีความเกี่ยวพันกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ขณะที่หนี้ส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการนั้น เป็นกรณีที่เป็นการส่งมอบที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการจะโอนกรรมสิทธิ์แก่กัน หรือก็คือไม่มีความเกี่ยวพันกับการโอนกรรมสิทธิ์ เช่น หนี้ตามสัญญาเช่าทรัพย์สินสัญญาเช่าใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินข้างต้น อย่างไรก็ตามแม้ในทางกฎหมายสารบัญญัติจะมีการแยกวัตถุประสงค์แห่งหนี้ออกเป็นกรณีๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นว่าไม่ควรจะนำการจำแนกวัตถุประสงค์แห่งหนี้มากำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นเมื่อพิจารณาในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการบังคับตามสิทธิ การส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 346 เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้ต่อไป กล่าวคือการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามมาตรา 346 นี้ควรจะรวมทั้งการส่งมอบที่เป็นหนี้กระทำการและการส่งมอบที่เป็นหนี้โอนทรัพย์สินเอาไว้ด้วย ดังนั้นในกรณีตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์สินข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสามารถจะบังคับคดีตามคำพิพากษาได้ตามป.วิ.พ มาตรา 346 และแม้ว่าทรัพย์สินพิพาทจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกตามกรณีตัวอย่างในสัญญาเช่าใช้คงรูปหรือสัญญาฝากทรัพย์สินก็ตามแต่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็อาศัยการอายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้บังคับให้บุคคลภายนอกส่งมอบทรัพย์สินให้ได้ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อป.วิ.พ. มาตรา 144 แต่อย่างใด

สำหรับหนี้กระทำการที่เป็นหนี้กระทำการโดยแท้ซึ่งมีแต่ลูกหนี้เท่านั้นที่จะกระทำได้หรือต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้แม้บทบัญญัติในป.วิ.พ มาตรา 358 จะบัญญัติรับรองเอาไว้ในทำนองว่าศาลสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการได้ โดยมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 361 ได้แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า การบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการลักษณะนี้จะต้องบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้โดยตรง และไม่มีวิธีอื่นใดเลยดังนั้นสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิในการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้วศาลจึงควรจะพิพากษายกฟ้องไปเสียหรือพิพากษาให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไปเสีย ขณะที่วิธีการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ควรจะนำมาใช้ในบริบทของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะในหนี้กระทำการโดยแท้เช่นว่านี้ เพียงแต่ศาลควร

พิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้ว่าเป็นเพียงมาตรการลงโทษลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาในบริบทของการรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาของศาลเท่านั้น



บทที่ 6

บทสรุป

แม้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะให้ความสำคัญกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของสิทธิซึ่งมีมาตั้งแต่ขณะทำสัญญากัน ไม่ใช่เพิ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญาโดยไม่ได้คำนึงว่าจะเป็นมาตรการเยียวยาจากการผิดสัญญาอย่างในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ในทางกฎหมายเปรียบเทียบในปัจจุบันต่างก็ยอมรับกันว่าถ้ากล่าวในบริบทของการผิดสัญญาแล้ว สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็เป็นมาตรการเยียวยาอย่างหนึ่งจากการผิดสัญญาเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นประเทศในระบบซีวิลลอว์ด้วยกันก็ยังมี ความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลคอมมอนลอว์ที่ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่ความได้จนต้องอาศัยศาลชานเซอร์รี (Court of Chancery) เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ตนก็ทำให้แนวคิดเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กลายเป็นอำนาจของศาลชานเซอร์รีที่จะกำหนดให้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (equity) เป็นรายกรณีๆ ไปเท่านั้น แม้ในภายหลังจะมีการรวมศาลคอมมอนลอว์และศาลชานเซอร์รีเข้าด้วยกัน แต่หลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ยังเป็นหลักที่ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้เท่านั้น ดังนั้นค่าเสียหายจึงยังเป็นมาตรการเยียวยาที่สำคัญที่สุด ขณะที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นเพียงช้อยกเว้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเป็นคดีๆ ไปเท่านั้น อย่างไรก็ตามแม้ประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างในประเทศซีวิลลอว์และมีการบัญญัติเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม แต่อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษก็เคยปรากฏผ่านคำพิพากษาของศาลฎีกาในอดีตดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า สัญญาต้องเป็นสัญญาจึงให้ความสำคัญกับสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของเจ้าหนี้ในลำดับสูงสุด กล่าวคือในระบบกฎหมายเยอรมันการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจัดว่าเป็นมาตรการเยียวยาหลักที่สำคัญที่สุด ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิในการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแห่งหนี้หรือวัตถุแห่งหนี้แต่อย่างใด และหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถกระทำได้ศาลไม่มีสิทธิปฏิเสธแต่อย่างใด หรือแม้กระทั่งเจ้าหนี้เองหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังคงเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้อยู่ก็ไม่มีสิทธิจะเรียกเอาค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

ขณะที่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกลับได้รับอิทธิพลมาจากหลัก *nemo praecise potest cogi ad factum* รวมไปถึงอิทธิพลจากแนวคิดในยุค *ius commune* ตั้งแต่ Bartolus เรื่อยมาจนถึง Pothier ที่อาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยกำหนดให้หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการจะเปลี่ยนเป็นหนี้ค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นซึ่งหลักการนี้ปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 มาตรา 1142 ทำให้การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายต่างก็เป็นมาตรการเยียวยาจากการผิดสัญญาในระดับเดียวกัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเลือกที่จะบังคับชำระหนี้หรือจะเรียกเอาค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ ทั้งยังให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพในร่างกายของลูกหนี้เป็นอย่างมากเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศสภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสว่าการบังคับชำระหนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้

เมื่อพิจารณาหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย แม้มาตรา 213 จะบัญญัติเอาไว้โดยตรงก็ตามแต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติในมาตรา 194 ก็สามารถใช้อธิบายถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามมาตรา 194 ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ขณะที่มาตรา 213 ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้น เพราะแนวคิดในเยอรมันและฝรั่งเศสแม้จะยอมรับว่าเป็นสิทธิของเจ้าหนี้เหมือนกัน แต่ลำดับความสำคัญกลับแตกต่างกันเนื่องจากในเยอรมันการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาที่สำคัญกว่าค่าเสียหาย ขณะที่ในฝรั่งเศสการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและค่าเสียหายกลับเป็นมาตรการเยียวยาที่สำคัญเท่าๆ กัน นอกจากนี้แนวคิดที่อาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกับไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายเยอรมัน รวมไปถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มองการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในแง่ของกฎหมายวิธีสบัญญัติก็ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่มองว่าเป็นเรื่องของสิทธิในทางสารบัญญัติเท่านั้น

ความแตกต่างกันดังกล่าวนี้ทำให้แนวคิดของเยอรมันและฝรั่งเศสมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไป แต่ในระบบกฎหมายไทยกลับบัญญัติรับรองแนวคิดของทั้งเยอรมันและฝรั่งเศสเข้าไว้ด้วยกันซึ่งเกิดมาจากความเข้าใจผิดของคณะกรรมการร่างฯ ที่เข้าใจไปว่าบทบัญญัติในมาตรา 414 ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงบัญญัติมาตรา 213 ขึ้นมาในทำนองเดียวกับมาตรา 414 ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แนนอนว่าความเข้าใจผิดเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระบบกฎหมายไทยตั้งแต่สถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงรวมถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าควรจะเป็นไปในแนวทางใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติอื่นๆ ในบรรพ 2 ลักษณะที่ 1 หมวดที่ 2 ว่าด้วยผลแห่งหนี้ที่ต่างก็ร่างขึ้นโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประกอบกับความตั้งใจของคณะกรรมการร่างฯ ที่ตั้งใจจะร่างตามแบบฉบับของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและบทบัญญัติอื่นๆ เช่น มาตรา 387 แล้วต่างก็แสดงให้เห็นถึงสถานะของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทยได้เป็นอย่างดี ในประการแรกผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรจะตีความไปในแนวทางเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ต้องถือว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นมาตรการเยียวยาหลักจากการไม่ชำระหนี้ ส่วนค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการเยียวยาในลำดับรองเท่านั้น ดังนั้นหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถกระทำได้อยู่ ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ต้องชำระหนี้จะขอชำระค่าเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ และศาลก็ไม่มีดุลพินิจที่จะพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนหากว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยังสามารถกระทำได้อยู่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 506/2469 และ 815/2486 ศาลควรจะต้องพิพากษาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้แก่โจทก์ผลคำพิพากษาในสองคดีนี้จึงไม่น่าจะนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานได้อีกต่อไป

ประการที่สองในการตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องอันเป็นการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทย แม้ว่าในฝรั่งเศสจะอาศัยหลักการจำแนกวัตถุแห่งหนี้เพื่อการกำหนดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม แต่จากการพิจารณาสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงผ่านในหนี้กระทำการที่เกิดจากสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าใช้คงรูปและสัญญาฝากทรัพย์ ภายหลังจากการวิเคราะห์แล้วผู้เขียนมีความเห็นว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ การตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้โดยอาศัยแต่เพียงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้จึงไม่น่าจะถูกต้องผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าไม่ควรตีความเรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องโดยอาศัยแต่เพียงการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ในหนี้เช่นนี้ เช่น หนี้กระทำการและงดเว้นกระทำการถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องเสมอ หรือหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ เหล่านี้ไม่ควรนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องหรือไม่แต่ควรจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละมูลหนี้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าหนี้นั้นจะมีวัตถุแห่งหนี้เป็นเรื่องใด นอกจากนี้แล้วผู้เขียนยังมีความเห็นว่าควรจะตีความในเรื่องนี้ว่าสภาพแห่งหนี้ย่อมไม่เปิดช่องให้บังคับได้ เมื่อการบังคับชำระหนี้เป็นการบังคับชำระหนี้เอกกับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่ใช่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ และแม้ว่าจะเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินแต่ก็เป็นการบังคับชำระหนี้เอกกับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาหรือไม่ใช่ลูกหนี้ด้วย เช่น กรณีที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์พิพาทไปตกให้แก่บุคคลภายนอกโดยชอบ เมื่อศาลไม่มีอำนาจพิพากษา

บังคับบุคคลภายนอกให้ชำระหนี้ได้ในกรณีนี้ และคำพิพากษาก็ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกกรณีที่ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้

ประการที่สามเพื่อให้ครอบคลุมถึงวิธีการในการบังคับชำระหนี้ด้วยผู้เขียนจึงกล่าวถึงปัญหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวข้องกับหนี้กระทำการด้วย สำหรับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ให้ส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าควรจะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักในทางกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเองก็ไม่ควรอาศัยการจำแนกวัตถุแห่งหนี้ออกเป็นหนี้กระทำการหรือหนี้โอนทรัพย์สินมาเป็นตัวกำหนดในการจะบังคับคดีตามป.วิ.พ. มาตรา 346 นี้ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าจะต้องตีความให้ใช้บังคับได้ทั้งกรณีที่เป็นการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เป็นหนี้กระทำการอย่างหนึ่ง เช่น กรณีตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญายืมใช้คงรูปหรือสัญญาฝากทรัพย์สิน และกรณีที่เป็นการส่งมอบหรือส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เป็นหนี้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน เช่น กรณีตามสัญญาซื้อขายสัญญาขายฝาก หรือสัญญาเช่าซื้อ นอกจากนี้การส่งคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเองก็ไม่ควรจะต้องตีความจำกัดอยู่เฉพาะแต่การส่งคืนโดยอาศัยฐานของกรรมสิทธิ์เท่านั้นแต่ควรจะต้องตีความรวมถึงการส่งคืนโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องในทางหนี้ด้วยแม้เจ้าหนี้จะมีได้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินพิพาทก็ตาม

สำหรับหนี้กระทำการที่เป็นหนี้กระทำการโดยแท้ที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้และไม่อาจให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้ แม้บทบัญญัติในป.วิ.พ มาตรา 358 จะบัญญัติไว้ในทำนองว่าศาลสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้กระทำการได้โดยมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษตามป.วิ.พ มาตรา 361 ได้ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการบังคับชำระหนี้ในหนี้กระทำการลักษณะนี้จะต้องบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้โดยตรง และไม่มีวิธีอื่นใดเลย ดังนั้นสภาพแห่งหนี้จึงไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิในการจะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ศาลจึงควรพิจารณาพิพากษายกฟ้องไปเสียหรือพิพากษาให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไปเสีย

ประการสุดท้ายการบังคับคดีตามคำพิพากษาโดยอาศัยวิธีการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งให้ผลเป็นการพยายามบังคับชำระหนี้เอาที่เนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนหลักการในป.พ.พ.มาตรา 213 แม้จะกล่าวว่าเป็นการบังคับชำระหนี้ก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะต้องตีความว่ากรณีเป็นการลงโทษลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จงใจปฏิบัติตามคำพิพากษามากกว่า เนื่องจากการจับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษามีระยะเวลาที่จำกัดและไม่เสมอไปว่าจับกุมแล้วลูกหนี้จะปฏิบัติตาม กรณีจึงไม่ควรจะนำมาใช้ในบริบทของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะในหนี้กระทำการ เพียงแต่ศาลควรพิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้ว่าเป็นเพียงมาตรการลงโทษลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาในบริบทของการรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา

ของศาลเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นอีกเมื่อการจับกุมหรือกักขังนี้มีลักษณะเป็นมาตรการลงโทษแล้ว ศาลควรจะพิเคราะห์พยานหลักฐานที่โจทก์นำเสนอมาเพื่อขอให้จับกุมลูกหนี้ด้วยมาตรฐานอย่างในคดีอาญา กล่าวคือ โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นจนปราศจากข้อสงสัยว่า จำเลยจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา และไม่มีวิธีอื่นใดจะบังคับได้ หากศาลยังมีข้อสงสัยอยู่หรือพยานหลักฐานเพียงแค่นี้ไม่น่าหนักพอฟังได้เท่านั้น ศาลไม่ควรจะมีคำสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้



บรรณานุกรม

หนังสือ

- กำธร พันธูลภ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพฯ พับลิชชิง จำกัด, 2558.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปัญญา อนุมรด. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค่าประกัน จำนอง จำนว. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ไพฑิต เอกจริยกร. คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- _____, คำอธิบาย ยืม ฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- _____, คำอธิบาย เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- _____, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 : วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2561.
- พระยามานวราชเสวี. อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ฉบับกรรมาญกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2533.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้บรรพ 2 มาตรา 194-353. ปรับปรุงโดยดาราพร ถิระวัฒน์ และ ชวิน อุ่นภัทร. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- เพ็ง เพ็งนิตี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ, 2558.
- เรอเน่ กียอง. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. กฎหมายแพ่งพิสดาร เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2560.
- _____, กฎหมายแพ่งพิสดาร เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2560.
- _____, กฎหมายแพ่งพิสดาร เล่ม 4. กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2560.
- วิวัฒน์ ว่องวิวัฒน์ไวยยะ. สรุปย่อหลักกฎหมายการบังคับคดี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2560.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- _____, คำอธิบายกฎหมาย เช่าทรัพย์ – เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2558.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

สุนทร มณีสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

_____, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

สมชาย จุลนิติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.

สมจิตร ทองศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.

สมชัย ชีมาอุดมการ. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 : การบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560.

อมรเทพ เมืองแสง. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

เอื้อน ชุนแก้ว. วิธีการชั่วคราวและการบังคับคดีแพ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560.

วิทยานิพนธ์

ชูเกียรติ ไข่เทียมวงษ์. “ปัญหาการนำมาตรการเพิกถอนการฉ้อฉลมาปรับใช้กับการชำระหนี้โดยเลือกปฏิบัติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

ปวีณ กุมาร. “ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ศุภกาญจน์ ปรีชา. “การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

สุนิดา บุรินทร์กุล. “ปัญหาในการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ. “หลักการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

เอมิกา คงคา. “หลักความผิดกับการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

บทความ

มุนินทร์ พงศาปาน. “ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง: ปัญหาการตีความมาตรา 215
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 250.
เล่มที่ 1. ปีที่ 44. (2558) : 250-269.

_____, “ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
พ.ศ. 2468.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 738. เล่มที่ 4. ปีที่ 42.
(2556) : 738-774.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม. “หลักการใหม่ และถาม – ตอบพระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ.2560 (การบังคับคดี
ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง) ตอนที่ 1.” http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1504599826.pdf, 11 ตุลาคม 2560.

สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม. “ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
(บทบัญญัติเดิม) กับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
(ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560.” www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1503983482.pdf, 15
ตุลาคม 2560.

เอกสารอื่นๆ

หोजดหมายเหตุแห่งชาติ. ม.สคก. 3/4. เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการ
ประชุม คณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 17 สิงหาคม
พุทธศักราช 2468

พหุจดหมายเหตุแห่งชาติ. ม.สคก. 3/4. เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รายงานการประชุม คณะกรรมการร่างกฎหมาย ณ กรมร่างกฎหมาย ท่าช้างวังหน้า วันที่ 24 สิงหาคม พุทธศักราช 2468

BOOKS

Alastair Hudson. Equity & Trusts, Fourth Edition. London : Cavendish Publishing Limited, 2005.

Andrew Burrows. Remedies for Torts and Breach of Contract. Second Edition. London : Butterworths, 1994.

Barry Nicholas. The French Law of Contract. Second Edition. Great Britain : Bookcraft Ltd. Midsomer Norton. Somerset, 1992.

Basil S Markesinis, Werner Lorenz and Gerhard Dannemann. The German Law of Obligations : The Law of Contracts and Restitution : A Comparative Introduction. Oxford : Clarendon, 1997.

_____, Hannes Unberath, Angus Johnston. The German Law of Contract : A Comparative Treatise. Second Edition. Oxford and Portland Oregon : Hart Publishing, 2006.

Edward Fry. A Treatise on the Specific Performance of Contracts. Sixth Edition. London : Sweet & Maxwell, 1985.

Edward Yorio and Steve Thel. Contract Enforcement : Specific Performance and Injunctions. Second Edition. New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

Edwin Peel. The Law of Contract. Thirteenth Edition. London : Sweet & Maxwell, 2011.

E.J. Cohn. Manual of German Law Volume I. London : Oceana Publication, 1968

Ewan McKendrick. Contract Law : Text, Case, and Materials. Third Edition. New York : Oxford University Press, 2008.

_____, Contract Law. Sixth Edition. Basingstoke [England] : Palgrave Macmillan, 2005

- Florian Faust and Volker Wiese. "Specific Performance – A German Perspective". in Specific Performance in Contract Law : National and Other Perspectives. Jan Smits, Daniel Haas and Geerte Heslen. First Edition. pp.47-66. Oxford : Intersentia, 2008.
- Gerhard Robbers. An Introduction to German Law. Fifth Edition. Nomos : German, 2012.
- GH P.J. Cooke and D.W. Oughton. The Common Law of Obligations. London: Butterworths, 1989.
- G.H. Treitel. Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account. Oxford : Clarendon Press, 1988.
- Harold Potter. An Historical Introduction to English Law and Its Institutions edit by A.K.R. Kiralfy. Fourth Edition. London : Sweet & Maxwell Limited, 1962.
- Harry Dondrop. "Precise cogi, Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship". in The Right to Specific Performance : The Historical Development. Jan Hallebeek and Harry Dondrop (eds). First Edition. pp.21-56. Oxford : Intersentia, 2010.
- Jan M. Smiths. Contract Law : Comparative Introduction. Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- Janwillem Oosterhuis. Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century : Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation. Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2011.
- Jason Williams. Civil and Criminal Procedure : The Conduct of Litigation in The Courts of England and Wales. London : Sweet & Maxwell, 1997.
- Jean Domat. The Civil Law In Its Natural Order Vol 1. Littleton, Colo : F.B. Rothman, 1980.
- J.H. Baker. An Introduction to English Legal History. Fouth Edition. UK : Butterworths LexisNexis, 2002.
- Jill E. Martin. Modern Equity. Fourteenth Edition. London : Sweet & Maxwell Ltd., 1993.

- Juliette Senechal. "Contract Formation and Non-performance in French Law" in The Law of Obligations in Europe : A New Wave Codifications. Reiner Schulze and Fryderyk Zoll. pp.343-376. Munich : Sellier European Law Publishers, SELP, 2013.
- Katy Barnett and Sirko Harder. Remedies in Australian Private Law. Port Melbourne, VIC, Australia : Cambridge University Press, 2015.
- Konrad Zweigert and Hein kotz, "An Introduction to Comparative Law", Third Edition, Oxford : Clarendon Press, 1998.
- Lauren Winkel, "Specific Performance in Roman Law". in The Right to Specific Performance : The Historical Development. Jan Hallebeek and Harry Dondrop (eds). First Edition. pp.9-20. Oxford : Intersentia, 2010.
- Martin van kogelenberg. Motive Matters! An exploration of the notion 'deliberate breach of contract' and its consequences for the application of remedies. Intersentia Publishing Ltd., 2013.
- Mathias Reimann and Joachim Zekoll. Introduction to German Law. Second Edition. Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005.
- Mindy Chen-Wishart. Contract Law. Fifth Edition. UK : Oxford University Press, 2015.
- Munin Pongsapan. "Remedies for Breach of Contract in Thai Law" in Studies in the Contract Laws of Asia: Remedies for breach of Contract. Mindy Chen-Wishart, Alex Loke, & Burton Ong. pp.370-399. Oxford : Oxford University Press, 2016.
- Neil Andrews. English Civil Procedure : Fundamentals of The New Civil Justice System. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- Nigel Foster and Satish Sule. German Legal System and Laws. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- Nobushige Hozumi. The new Japanese civil code : as material for the study of comparative jurisprudence. Tokyo : Printed by the Tokyo printing co., ltd., 1904.
- Peter L. Murray and Rolf Sturmer. German Civil Justice. Durham, N.C. : Carolina Academic Press, 2004.

- Philip Clarke and Julie Clarke. Contract Law: Commentaries, Cases and Perspectives. Second Edition. Australia : Oxford University Press, 2012.
- P.J. Cooke and D.W. Oughton. The Common Law of Obligations. London : Butterworths, 1989.
- Pothier. A Treatise on The Law of Obligations or Contracts. Vol.1. London : A.Strahan, 1806.
- Philip H. Pettit. Equity and the Law of Trusts. Twelfth Edition. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Reinhard Zimmermann. The Law of Obligations Roman Foundations of The Civilian Tradition. Juta & Co, Ltd., 1992.
- _____, The New Law of Obligations : Historical and Comparative Perspective. Oxford : OUP, 2005.
- Richard Stone. The modern law of contract. Sixth Edition. London : Cavendish Pub, 2005.
- Roger Ter Haar. Remedies in Construction Law. Second Edition. (London : Informa Law, 2017.
- Solene Rowan. Remedies for Breach of Contract : A Comparative Analysis of The Protection of Performance. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Vanessa Mak. Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law. Vol.10. Oxford : Bloomsbury Publishing, 2009.
- Victoria Williams. Civil Procedure Handbook. Oxford : Oxford University Press, 2004.

THESIS

- Maarten H.J. Smits. "Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance." LLM Thesis. University of Amsterdam, 2014.
- Munin Pongsapan. "The Reception of Foreign Private Law in Thailand in 1925 : A Case Study of Specific Performance." Ph.D. Thesis. University of Edinburgh, 2013.
- Su-Anne van der Merwe. "A Comparative Evaluation of the Judicial Discretion to Refuse Specific Performance." Ph.D. Thesis. Stellenbosch University, 2014.

ARTICLES

G.H. Treitel. "Specific Performance and Third Parties." The Modern Law Review. Vol.30. No.6. (1967) : 687-693.

Jan Smits and Caroline Calomme. "Legal Developments : The Reform of The French Law of Obligations." Maastricht Journal of European and Comparative Law 1040. Vol.23. (2016) : 1040-1050.

John P. Dawson. "Specific Performance in France and Germany." Michigan Law Review 495. Vol.57. (1959) : 495-538.

Thomas D. Musgrave. "Comparative Contractual Remedies." University of Western Australia Law Review 30. Vol.34. (2009) : 300-372.

ELECTRONIC MEDIA

"Behnke v Bede Shipping Co Ltd." <https://www.studocu.com/en/document/lancaster-university/law-of-contracts/lecture-notes/behnke-v-bede-shipping-co-ltd/1504137/view>, April 12, 2018.

Brodies LLP. "Closing up shop? Keep-open clauses back in focus." <http://www.brodies.com/binformed/legal-updates/closing-up-shop-keep-open-clauses-back-in-focus>, April 15, 2018.

Croner-I, "Irani v Southampton and South-West Hampshire Health Authority [1985] IRLR 203, HC." <https://app.croneri.co.uk/law-and-guidance/case-reports/irani-v-southampton-and-south-west-hampshire-health-authority-1985?product=8>, April 14, 2018.

European Judicial Network in civil and commercial matters, "Procedures for enforcing a judgment France." https://ejustice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-fr-en.do?member=1#toc_3_1, April 8, 2018.

E-law cases. "Lamare v Dixon." <http://e-lawresources.co.uk/cases/Lamare-v-Dixon.php>, April 13, 2018.

- E-Law Cases. “Shell UK v Lostock Garage.” <http://e-lawresources.co.uk/cases/Shell-UK-v-Lostock-Garage.php>, April 13, 2018.
- Lexology. “Keep on keeping open.” <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a52000d2-5f22-46e1-a202-292d98046cf9>, April 15, 2018.
- Lexbiblio. “Specific Performance of Contracts.” <http://www.lexbiblio.co.uk/free-legal-guides/specific-performance-of-contracts/>, April 12, 2018.
- Manfred Lowisch. “New Law of Obligations in Germany.” www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf, October 1, 2017.
- Marsden rawsthorn. “Tenants who breach 'keep open' clauses in their lease can be liable for repairs years late.” <https://www.marsdenrawsthorn.com/law-news/Tenants-who-breach-keep-open-clauses-in-their-lease-can-be-liable-for-repairs-years-later.html>, April 15, 2018.
- Sarah de Gouyon Matignon. “Seizure-assignment Definition and Implementation.” <https://www.litige.fr/definitions/saisie-attribution-compte-bancaire-huissier>, April 8, 2018.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นายรวิน ถกลวิโรจน์
 วันเดือนปีเกิด 6 พฤษภาคม 2536
 วุฒิการศึกษา ปีการศึกษา 2557 : นิติศาสตรบัณฑิต
 (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 ปีการศึกษา 2558 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 68
 (เกียรตินิยม) สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
 เนติบัณฑิตยสภา

ผลงานทางวิชาการ

รวิน ถกลวิโรจน์. “การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในหนี้กระทำการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
 (กฎหมายเอกชน) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.