

กฎหมายเปรียบเทียบและบทวิเคราะห์หลักการผิมนัด
ของเจ้าหน้ตามประมวลกกฎหมายแพ่งและพาณิश्य

1. หลักกฎหมายกรณีเจ้าหน้ผิมนัดในระบบกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาหลักการผิมนัดของเจ้าหน้ตามประมวลกกฎหมายแพ่งและพาณิश्यकตามกล่าวมาแล้วในวิทยานิพนธ์ตามส่วนข้างต้น(บทที่ 4) จะพบว่า หลักการผิมนัดของเจ้าหน้เป็นหลักกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญและเป็นบทบัญญัติที่เป็นแนวความคิดพื้นฐานในระบบกฎหมายไทยทั้งนี้หลักการผิมนัดของเจ้าหน้ตามประมวลกกฎหมายแพ่งและพาณิश्यकนั้น เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของต่างประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวหาต้องการที่จะศึกษาและวิเคราะห์หลักการผิมนัดของเจ้าหน้ให้ถ่องแท้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักการผิมนัดของเจ้าหน้ในบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศประกอบการศึกษาด้วย

ในการศึกษาหลักการผิมนัดของเจ้าหน้ที่มีบัญญัติในระบบกฎหมายของต่างประเทศนั้น จะพิจารณานับแต่พัฒนาการของหลักกฎหมายดังกล่าวโดยพิจารณาจากหลักกฎหมายของโรมัน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดพื้นฐานของหลักกฎหมายสมัยใหม่ กับทั้งพิจารณาหลักการผิมนัดในระบบกฎหมายสมัยใหม่ทั้งในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ และในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

1.1 หลักกฎหมายกรณีเจ้าหน้ผิมนัดในกฎหมายโรมัน

หลักกฎหมายของโรมันเป็นหลักกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดพื้นฐานของหลักกฎหมายสมัยใหม่ทั้งในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส ฯลฯ และในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ เป็นต้น ¹ ด้วยเหตุนี้การพิจารณาหลักการผิมนัดของเจ้าหน้จึงจำต้องพิจารณาหลักกฎหมายของโรมัน ทั้งในเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายของโรมัน

¹ Reinhard Zimmermann, Roman Law , Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today, (New York: Oxford University Press Inc, 2001) , p.2.

นั้นจะพบว่าได้บัญญัติหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ไว้อย่างชัดเจน ทั้งในประเด็นเหตุของการผิดนัด ข้อแก้ตัวและผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

1.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับกรณีเจ้าหนี้ผิดนัด

ตามหลักกฎหมายโรมันนั้น หลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ (*mora creditoris*) ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้เป็นสิ่งที่ควบคู่กับกรณีการผิดนัดของลูกหนี้ (*mora debitoris*) ทั้งนี้ข้อความคิดว่าการผิดนัดทั้งสองกรณีนั้นเป็นการกระทำที่ล้วนพื้นฐานมาจากความบกพร่อง (*culpa*) แต่การผิดนัดของเจ้าหนี้มีความสำคัญน้อยกว่า²

1.1.2 หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้

การพิจารณาหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามกฎหมายโรมันนั้น มีองค์ประกอบในการพิจารณา อยู่ 2 ประการ คือ การที่ลูกหนี้ได้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยชอบแล้วและเจ้าหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้โดยไม่มีเหตุอันควร ซึ่งหากครบองค์ประกอบทั้งสองประการนั้นถือว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด โดยมีข้อพิจารณาในองค์ประกอบทั้งสองประการ ดังนี้

ก. ลูกหนี้ได้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยชอบแล้ว

ในการขอปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำหรือการปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบนั้น ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้ถูกต้องตามมูลหนี้ ภายในระยะเวลา และ ณ สถานที่ที่ตกลงกันไว้ นอกจากนั้นลูกหนี้ยังต้องกระทำการในส่วนของตนให้ครบถ้วนเพื่อชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ เว้นแต่การกระทำการเพื่อชำระหนี้จะต้องอาศัยความร่วมมือจากเจ้าหนี้เสียก่อน เช่น ถ้าในสัญญามีข้อกำหนดให้ลูกหนี้พึงต้องชำระหนี้ ณ ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ ลูกหนี้จำต้องนำสิ่งของ เงิน หรือทรัพย์สินอื่นใด อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ ไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ณ ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ พร้อมทั้งบอกกล่าวให้รับชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตามหากมีข้อกำหนดในสัญญาให้เจ้าหนี้มารับชำระหนี้ ณ ภูมิลำเนาของลูกหนี้นั้น ลูกหนี้เพียงแต่บอกกล่าวการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว³

ข. เจ้าหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้โดยไม่มีเหตุอันควร

ตามหลักกฎหมายโรมันนั้น หากลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง หรือมีความบกพร่อง อาทิเช่น ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสถานที่หรือตามระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ตามข้อตกลง หรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ กรณีดังกล่าวหากเจ้าหนี้จะปฏิเสธไม่รับ

² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Cape Town : Juta & Co.Ltd ., 1992) , pp.817-818.

³ *ibid*, pp.819-820.

ชำระหนี้ที่กระทำต่อตนเอง ถือว่าเจ้าหนี้สามารถกระทำได้ โดยถือว่าเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ แต่ทั้งนี้หาก การชำระหนี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะเหตุที่เกิดจากเจ้าหนี้นั้น เมื่อลูกหนี้ขอปฏิบัติ การชำระหนี้โดย ถูกต้องแล้ว เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ ไม่ว่าจะด้วยความเจ็บป่วย สภาพอากาศ หรือเหตุใดก็ตาม หาก เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ถือว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่า เจ้าหนี้ตามหลักกฎหมายโรมัน แตกต่างจากกรณีลูกหนี้ ซึ่งหากเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้เจ้าหนี้สามารถตกเป็นผู้ผิดนัดได้ โดยไม่ต้อง พิจารณาว่าการผิดนัดของเจ้าหนี้นั้นเจ้าหนี้จะมีความผิด (Fault) หรือไม่⁵

1.1.3 ผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้

ก. การบรรเทาความรับผิดในความเสียหาย⁶

ผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ ประการสำคัญที่สุด คือ ลูกหนี้นั้นไม่ได้หลุดพ้นจากการชำระ หนี้ต่อเจ้าหนี้ แต่หากลูกหนี้ได้กระทำการทุกอย่างที่จำต้องกระทำเพื่อการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้แล้ว แต่ ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อันเกิดจากฝ่ายเจ้าหนี้ นับแต่เวลานั้นลูกหนี้ไม่จำต้องแบกรับภาระหรือ ความเสี่ยงภัยจากความเสียหายจากอุบัติเหตุอันเกิดแต่ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ต่อไป เว้นแต่ เป็นกรณีที่เกิดจากเจตนาชั่วร้าย(จงใจ) หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Dolus) ของลูกหนี้⁷

จากหลักการข้างต้น หากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ และทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็น ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นเกิดความเสียหายหรือบุบสลายลงไปไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ลูกหนี้ไม่ จำต้องรับผิดในความเสียหายดังกล่าว เว้นแต่ความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ แต่หากทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นหนี้เงิน หรือเป็นทรัพย์สินโดยทั่วไป หากเกิดความเสียหายขึ้น หลักเกณฑ์การทูลความรับผิดย่อมแตกต่างออกไป ตัวอย่างเช่น การซื้อขายทาสที่ไม่ได้มีการระบุ ตัวตนแน่นอน หากทาสนั้นเสียชีวิตลง ลูกหนี้จำต้องผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ โดยลูกหนี้จำต้อง ผูกพันในการส่งมอบทาสคนอื่นแทนที่มีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าเดิมไม่ได้ ซึ่งหลักการนี้เป็นการนำหลัก สุจริต (exceptio doli) มาบรรเทาความเสียหายของเจ้าหนี้⁸

⁴ *ibid*, p.820.

⁵ *ibid*, p.820.

⁶ ตามระบบกฎหมายโรมัน ความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขายนั้น จะตกอยู่กับผู้ซื้อนับแต่เมื่อสัญญา เสร็จสมบูรณ์ ผู้ขายมีหน้าที่รักษาทรัพย์สินในฐานะหัวหน้าครอบครัวที่ดี (bonus pater familias) จนกว่าจะส่ง มอบทรัพย์สินนั้น อ้างจาก อัจฉรา ดังคำ, “การโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาซื้อขาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2532, น.14.

⁷ Reinhard Zimmermann, *supra* note 2, p.820.

⁸ *ibid*, p.820.

ข. สิทธิชำระหนี้เงินด้วยการวางทรัพย์ (Obsinatio and Depositio)

ในหลักกฎหมายโรมันนั้นหากลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ หรืออาจกระทำโดยการบอกกล่าวการชำระหนี้ แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัดก็ตาม แต่ลูกหนี้ยังคงมีภาระความผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ อาทิ ต้องส่งมอบทรัพย์ให้เจ้าหนี้ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ หากเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ในหนี้เงินนั้น หากเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้สามารถดำเนินการปิดผนึกเงินและทำสัญญาลักษณะ (Obsinatio) ที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้และส่งมอบเพื่อเก็บรักษาไว้ (Depositio) ณ สถานที่วางทรัพย์ได้⁹ ซึ่งเมื่อลูกหนี้ใช้วิธีการวางเงินแล้วนั้นจะทำให้เกิดผลในหลายประการได้แก่

1. เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยที่ออกเงยขึ้นจากการที่มีการชำระหนี้ที่ล่วงเลยเวลา ด้วยเหตุที่เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด

2. หากกรณีที่เงินถูกหลักหรือสูญหาย ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับภาระความเสี่ยงภัยในเงินจำนวนดังกล่าว โดยถือว่าการฝากทรัพย์ดังกล่าวเป็นการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้แล้ว¹⁰

ค. การเรียกร้องค่าเสียหายและค่าใช้จ่าย

สืบเนื่องจากหากเป็นหนี้เงินนั้น ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิในการวางทรัพย์ได้ซึ่งสามารถคุ้มครองลูกหนี้ได้ แต่หากเป็นหนี้ประเภทอื่น เช่น หนี้การส่งมอบทรัพย์ตามสัญญาซื้อขาย ผู้ขาย(ลูกหนี้) ซึ่งมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ (เจ้าหนี้) อาจเกิดปัญหาขึ้นหากผู้ซื้อ (เจ้าหนี้) ไม่ยอมรับมอบทรัพย์ที่ตกลงซื้อขาย อาทิ ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์นั้น

ในประเด็นปัญหานี้เดิมในหลักกฎหมายโรมันลูกหนี้สามารถให้สิทธิในการทิ้งสิ่งของนั้นก็ได้เพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ในการกระทำดังกล่าวอาจเกิดความเสียหายขึ้นได้ จึงได้มีการแนวความคิดในการหามาตรการเพื่อหาทางในการประนีประนอมมากขึ้น นักกฎหมายโรมันจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิลูกหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์นั้น ในขณะที่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับมอบทรัพย์ดังกล่าว¹¹ เช่น ในสัญญาซื้อขายไวน์ หากเจ้าหนี้ไม่ยอมรับมอบไวน์ หากผู้ขาย(ลูกหนี้) เลือกที่จะเก็บไวน์ไว้ ผู้ขายก็สามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาไวน์ได้ หรือค่าเสียหายที่เราไม่สามารถพ้นภาระจากการต้องส่งมอบไวน์ให้แก่ผู้ซื้อได้

⁹ *ibid*, p.821.

¹⁰ *ibid*, p.821.

¹¹ *ibid*, p.822.

แนวความคิดในการให้สิทธิผู้ขายสามารถเรียกค่าเสียหายได้นั้นมาจากหลักสุจริต (bona fide) นั้นเอง ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายโรมันในสัญญาซื้อขาย (emptio venditio) การรับมอบทรัพย์สินตามสถานที่และเวลาที่ตกลงในสัญญานั้นถือว่าเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของผู้ซื้อซึ่งหากผู้ซื้อไม่ยอมรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ยอมรับมอบทรัพย์สินนั้นถือว่าเป็นผู้ผิดนัด และเกิดความรับผิด เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ขายกระทำการโดยทุจริต¹² ดังนั้นการที่ผู้ซื้อไม่รับมอบทรัพย์สินนั้นเป็นความผิดหรือความบกพร่อง ซึ่งในการทำสัญญาซื้อขายคู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริต การกระทำของผู้ซื้อที่ไม่รับมอบทรัพย์สินนั้นถือเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตตามความผูกพันในสัญญา

1.2 หลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นได้มีการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับการเจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้และได้มีการบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน โดยได้แบ่งลักษณะความแตกต่างระหว่างเรื่องลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ กับเรื่องเจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้ ทั้งนี้ประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ได้บัญญัติหลักการผิดนัดเป็นตัวบทกฎหมาย อาทิเช่น กฎหมายเยอรมัน ออสเตรีย และสวิสฯ¹³

ทั้งนี้ในระบบกฎหมายเยอรมัน ออสเตรีย และสวิสฯ มีแนวความคิดเกี่ยวกับการผิดนัดของเจ้าหนี้ในประเด็นที่ว่า ลูกหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ แต่ในส่วนของเจ้าหนี้ไม่ได้มีหน้าที่ในการรับการปฏิบัติตามการชำระหนี้ของลูกหนี้แต่ประการใด แต่ทั้งนี้ในบางกรณีก็ถือว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการดังกล่าว อันได้แก่ กรณีของสัญญาซื้อขาย การที่วัตถุประสงค์ของสัญญาที่กำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายมีข้อกำหนดว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้¹⁴ ทั้งนี้ นอกจากประเทศเยอรมัน ออสเตรียและสวิสฯ ข้างต้นแล้ว ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ญี่ปุ่น ก็ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกรณีการผิดนัดของเจ้าหนี้ไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งจะได้พิจารณาในรายละเอียดต่อไป

¹² Andrew Borkowski, Textbook on Romanlaw, second edition, (London ;Blackstone Press Limited, 1997), p.279.

¹³ G.H.Treitel, Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account, (Oxford : Clarendon Press, 1991), p.39.

¹⁴ *ibid*, p.39.

1.2.1 หลักกฎหมายกรณีเจ้าหนี้ผิดนัดของประเทศเยอรมัน

1.2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการผิดนัดของเจ้าหนี้

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามกฎหมายเยอรมันนั้นได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ตั้งแต่มาตรา 293 ถึง มาตรา 304 โดยมีรากฐานและได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายโรมัน

หลักการเจ้าหนี้ผิดนัดของประเทศเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) นั้นเป็นรากฐานของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมีความแตกต่างจากข้อความคิดในบทกฎหมายเรื่องลูกหนี้ผิดนัด โดยหากเป็นการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามกฎหมายเยอรมันไม่ได้ให้สิทธิลูกหนี้ในการเรียกค่าเสียหายจากเจ้าหนี้¹⁵ ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาการผิดนัดนั้นไม่ได้พิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้จากข้อความคิดพื้นฐานจากความละเลย ความบกพร่องหรือความผิดของเจ้าหนี้แต่ประการใด แต่พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า เจ้าหนี้ไม่ได้รับการปฏิบัติชำระหนี้ที่ลูกหนี้กระทำโดยถูกต้องเหมาะสมเท่านั้น¹⁶ ซึ่งหากกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากลูกหนี้เสนอการชำระหนี้ที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้โดยไม่มีเหตุอันจะอ้างได้ เจ้าหนี้จำต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกหนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าเจ้าหนี้มีความผิดหรือไม่

แนวความคิดในหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามกฎหมายเยอรมันแต่เดิมนั้น พิจารณาว่าเป็นหลักกฎหมายโดยทั่วไปซึ่งถือว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องรับชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่ทั้งนี้หลักการนี้ได้ถูกทำลายลงโดยนักกฎหมายเยอรมัน คือ Friedrich Mommsen ซึ่งก็มีผู้ที่ยืนยันหลักในแนวความคิดเช่นนี้คือ Josef Kohler ที่ถือว่าเป็นบิดาแห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ถือว่าเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับชำระหนี้ เพียงแต่เจ้าหนี้ชอบที่จะ(หรือเป็นสิทธิ) รับชำระหนี้ต่างหาก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อเจ้าหนี้ที่จะให้เขาชำระหนี้ได้ แม้ลูกหนี้จะขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นเช่นนั้นโดยตรงและโดยชอบแล้ว โดยแนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19¹⁷

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันเจ้าหนี้ไม่ได้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้ทุกกรณีไม่ ทั้งนี้หากเป็นหลักในกรณีของสัญญาซื้อขายของเยอรมันนั้น เจ้าหนี้ต้องมีหน้าที่ในการรับชำระหนี้ กล่าวคือ หน้าที่หลักในการซื้อขายของผู้ซื้อ คือ ผู้ซื้อต้องชำระราคาแต่การรับมอบสินค้าก็เป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกันด้วย โดยหากผู้ซื้อไม่รับชำระหนี้จะกลายเป็นลูกหนี้ผิดนัด¹⁸ ซึ่งหากผู้ซื้อไม่

¹⁵ Reinhard Zimmermann, *supra* note 2, p.818.

¹⁶ *ibid*, pp.818-819.

¹⁷ *ibid*, p.819.

¹⁸ *ibid*, p.819.

ปฏิบัติหน้าที่ในส่วนของตนโดยสุจริตโดยไม่ยอมรับมอบสินค้า นั้น ผู้ขายสามารถเรียกร้องให้ผู้ซื้อรับมอบสินค้าได้ และหากในกรณีการล่าช้าในการรับมอบสินค้า ผู้ขายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ตนต้องได้รับ¹⁹

นอกจากหลักการที่ปรากฏในสัญญาซื้อขายแล้ว หากมีการแสดงเจตนาไม่ว่าจะโดยชัดเจนหรือปริยายในการก่อให้เกิดหน้าที่พิเศษแก่เจ้าหนี้ในการรับชำระหนี้ นั้น เมื่อเจ้าหนี้ละเลยที่จะรับชำระหนี้ทั้ง ๆ ที่ลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยถูกต้องเหมาะสมแล้ว นักกฎหมายในระบบ Civil Law จะถือว่าเป็นกรณีเจ้าหนี้กระทำความผิดหน้าที่ (breach of duty) และถือว่าเป็นกรณีเจ้าหนี้ล่าช้า (Mora Creditoris) ในระบบกฎหมายโรมัน กรณีเจ้าหนี้ผิดนัด (Glaubigerverzug) หรือ เป็นกรณีการละเลยไม่ชำระหนี้ (Annahmeverzug) ในระบบกฎหมายเยอรมัน²⁰

ทั้งนี้เมื่อในระบบกฎหมาย Civil Law พิจารณาว่าการผิดนัดของเจ้าหนี้ (Mora Creditoris) เป็นการกระทำผิดหน้าที่ของเจ้าหนี้ (Breach of duty) จึงจำเป็นต้องมีการสร้างมาตรการมาเยียวยาลูกหนี้จากภาวะความรับผิดชอบต่างๆ จากการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบแล้ว เช่น การลดระดับการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ลงภายหลังจากการผิดนัดของเจ้าหนี้จากระดับของวิญญูชนโดยทั่วไป โดยให้ลูกหนี้รับผิดชอบเฉพาะความเสียหายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มาตรา 300 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) เป็นต้น²¹

1.2.1.2 เงื่อนไขในการพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้

ในการพิจารณาเงื่อนไขว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดหรือไม่นั้น เป็นไปตามมาตรา 293 ถึงมาตรา 299 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ซึ่งตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้นเจ้าหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัด คือ กรณีที่เจ้าหนี้ปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ของลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 293 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)²² โดยการพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการผิดนัดหรือไม่รับชำระหนี้จะเป็นความผิดของเจ้าหนี้หรือไม่ ซึ่งมีเงื่อนไขในการพิจารณาอยู่ 4 ประการ คือ

¹⁹ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, Translated by Tony Weir, German Private And Commercial Laws: An Introduction, (Oxford : clarendon Press, 1982), p.132.

²⁰ G.H.Treitel, *supra* note 13, p.39.

²¹ *ibid*, p.40.

²² CHUNG HUI WANG, THE GERMAN CIVIL CODE, (LONDON: STEVEN AND SON, 1907), p.66 ; Article 293 A creditor is in default if he does not accept the performance tender to him

1. ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้และพร้อมที่จะชำระหนี้

ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้และสามารถที่จะชำระหนี้ได้ (มาตรา 271 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)²³ หลักการประการแรกนี้มีข้อสันนิษฐานว่าการชำระหนี้ของลูกหนี้ต้องสามารถกระทำได้อย่างแน่นอน²⁴

2. การชำระหนี้ต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

ลูกหนี้ต้องสามารถชำระหนี้และเต็มใจที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องและตรงตามเนื้อหาของข้อตกลง ทั้งในกรณีของระยะเวลาและสถานที่ที่ทำการชำระหนี้และให้สอดคล้องกับหลักการกระทำโดยสุจริต²⁵ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 294 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)²⁶

3. เจ้าหนี้ไม่กระทำการบางอย่างเพื่อรับชำระหนี้

ในกรณีนี้มีหนี้บางประเภทที่เจ้าหนี้จำต้องกระทำการบางอย่างเพื่อให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ ซึ่งหากเจ้าหนี้ปฏิเสธชำระหนี้หรือปฏิเสธที่จะกระทำการในส่วนของตน ในการที่การกระทำในส่วน of เจ้าหนี้เป็นสิ่งที่จำเป็นในการทำให้สัญญาสำเร็จ²⁷ หากลูกหนี้บอกกล่าวการชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ไม่กระทำการบางอย่างหรือรับชำระหนี้ ก็ถือว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด

การบอกกล่าวการชำระหนี้ในบางกรณีเพียงแต่มีการเสนอการชำระหนี้ด้วยวาจาของลูกหนี้ก็เป็นการเพียงพอและมีผลเสมือนกับคำขอชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้²⁸ โดยลูกหนี้ไม่จำต้องชำระหนี้โดยตรงต่อเจ้าหนี้ ซึ่งการเสนอชำระหนี้โดยวาจานั้นมีผลในกรณี ดังต่อไปนี้

²³ *ibid*, p.61 ; Article 271 (2) If a time is fixed it is to be presumed, in case of doubt, that the creditor may not demand the performance before that time; the debtor however, may perform earlier."

²⁴ B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, The German Laws of Obligations Volume 1 The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction, (Oxford : clarendon Press, 1997), p.417.

²⁵ *ibid*, p.417.

²⁶ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.67 ; Article 294 The performance must be actually tendered to the creditor in the manner in which it is to be affected

²⁷ B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, *supra* note 24, p.417.

²⁸ *ibid*, p.417.

ก. ถ้าเจ้าหนี้ประกาศว่าจะไม่ชำระหนี้

ข. ถ้าการชำระหนี้จะสมบูรณ์ได้ขึ้นอยู่กับกระทำการของเจ้าหนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความร่วมมือของเจ้าหนี้เป็นสาระสำคัญของการชำระหนี้ของลูกหนี้ นอกจากนั้นในกรณีการบอกกล่าวของลูกหนี้ให้เจ้าหนี้กระทำการในส่วนของตนก่อนถือว่าเป็นการเสนอขอชำระหนี้ด้วยวาจาแล้ว การร้องขอดังกล่าวไม่จำเป็นหากเป็นกรณีที่มีกำหนดระยะเวลาให้เจ้าหนี้กระทำการใดหรือในกรณีเป็นการเลยระยะเวลาที่มีการบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นหนังสือ หรือที่มีการกำหนดระยะเวลาโดยปฏิทิน²⁹ ทั้งนี้หลักการดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)³⁰

ในกรณีที่เจ้าหนี้กำหนดเวลาการชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้ แต่ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนนั้นมิได้ วิธีเดียวกันนี้ให้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งกำหนดเวลาลงไว้ อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทิน นับแต่วันที่ได้ออกกล่าว ทั้งนี้หลักการดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 296 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)³¹

4. เจ้าหนี้ไม่เสนอที่จะชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญาต่างตอบแทน

ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทน หากเจ้าหนี้เสนอที่จะรับชำระหนี้จากลูกหนี้แต่เจ้าหนี้ปฏิเสธที่จะชำระหนี้ตอบแทน กรณีนี้ถือว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด³² ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 298 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)³³

²⁹ Ernest J. Schuster, *The Principles Of German Civil Law*, (Oxford: Clarendon press, 1979), p.161.

³⁰ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22 , p.67 ; Article 295 A verbal tender by the debtor is sufficient if the creditor has declared to him that he will not accept the performance, or if for effecting the performance an act of the creditor is necessary, e.g., if the creditor has to take away the thing owed. A summons to the creditor to do the necessary act is equivalent to tender of performance

³¹ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.67 ; Article 296 " If a time according to the calendar is fixed for the act to be done by the creditor, tender is required only if the creditor does the act in due time. The same rule applies if notice is required to precede the act, and the time for the act is fixed in such manner that it may be reckoned by the calendar from the time of notice."

³² Ernest J. Schuster, *supra* note 29, p.161.

1.2.1.3 เหตุยกเว้นการผิดนัดของเจ้าหนี้

1. เจ้าหนี้ไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด หากในเวลาที่มีการขอเสนอชำระหนี้ หรือที่มีกำหนดระยะเวลาให้เจ้าหนี้กระทำการอย่างใดเพื่อรับชำระหนี้ นั้น แต่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ³⁴ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 297 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ³⁵

2. ในกรณีที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้หรือลูกหนี้มีสิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนเวลานั้น เจ้าหนี้ที่ไม่สามารถรับชำระหนี้ได้ชั่วคราว ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด เว้นแต่ลูกหนี้ได้บอกกล่าวล่วงหน้าในเวลานสมควรโดยชอบว่าตนจะชำระหนี้ ³⁶ ข้อยกเว้นประการนี้เป็นไปตามบทบัญญัติ มาตรา 299 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ³⁷

1.2.1.4 ผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้

ตามกฎหมายประเทศเยอรมันนั้น การที่เจ้าหนี้ผิดนัดนั้นก่อให้เกิดผลหลายประการ และมีผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เป็นอย่างมาก ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

1. ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ในส่วนของตน โดยผลของการที่เจ้าหนี้ผิดนัดประการนี้คือ การผิดนัดของเจ้าหนี้ นั้น ลูกหนี้จำต้องมีความผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้อยู่นั่นเอง ³⁸ เว้นแต่การชำระหนี้ นั้นจะกลายเป็นพ้นวิสัยนั่นเอง

³³ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.67; Article 298 " If the debtor is bound to perform his part only upon counter- performance by the creditor, the creditor is in default if though prepared to accept the performance tendered, he does not offer the required counter- performance."

³⁴ Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p 161.

³⁵ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.67; Article 297 " A creditor is not in default if the debtor is not in a position to effect the performance at the time of tender, or, in the case provided for by 296, at the time fixed for the act of the creditor."

³⁶ Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p 161.

³⁷ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p 67.; Article 299 " If the time of performance is not fixed , or if the debtor is entitled to perform before the fixed time, the creditor is not in default by reasons of the fact that he is temporarily prevented from accepting the tendered performance, unless the debtor has given him notice of his intended performance, unless the debtor has given notice of his intended performance a reasonable time before-hand.

³⁸ B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, *supra* note 24, p.418.

ทั้งนี้เนื่องจากการที่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้หรือการที่เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ไม่เป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ หากเป็นหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินแล้วตามในกฎหมายเยอรมันนั้นก็มิให้สิทธิลูกหนี้ในการฝากทรัพย์สิน สำนักงานวางทรัพย์สิน เพื่อที่ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ได้³⁹ ทั้งนี้หลักเกณฑ์และวิธีการใช้สิทธิวางทรัพย์สินนั้นเป็นไปตาม มาตรา 372 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁴⁰ นอกจากนั้นหากลูกหนี้ที่ได้ดำเนินการกระบวนการอันชอบและเหมาะสมแล้ว ลูกหนี้ก็สามารถขายสิ่งที่วางไว้โดยวิธีการประมูลขายสาธารณะที่เรียกกันว่า“Selbsthilfeverkauf” ก็ได้⁴¹

2. ระดับการใช้ความระมัดระวังและความรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยด้วยประการใดก็ตามระดับความระมัดระวังของลูกหนี้ อาจต้องผูกพันใช้ความระมัดระวังอยู่ในระดับดีที่สุด (MANAGER UP) จนกระทั่งเกิดความล่าช้าหรือผิดนัดขึ้น ระดับความระมัดระวังจะหยุดลงหลังจากระยะเวลาดังกล่าว โดยไม่ต้องรับผิดชอบความรับผิดในค่าเสียหาย เว้นแต่เป็นกรณีเกิดความเสียหายจากการกระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁴² เช่น หากสิ่ง(ทรัพย์สิน)ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาถูกทำลายหรือเสียหายจากการที่เจ้าหนี้ไม่เต็มใจที่จะรับชำระหนี้ นั้น ลูกหนี้คงมีความรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 300 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁴³

³⁹ E.J.Cohn, Manual Of German Laws Vol.1 General Introduction Civil Law, second completely revised edition, (London; Oceana Publications Inc.), 1968, p. 124.

⁴⁰ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p 82 ; Article 372 " A debtor may lodge for the benefit of his creditor, money, negotiable instruments and other documents and valuables in a public place designated for the purpose, if the creditor is in default of acceptance. The same rules applies if, for any other reason affecting the creditor personally, or in consequence of uncertainty concerning the identity of the creditor, not due to negligence, the debtor cannot fulfill his obligation or cannot fulfill it with safety."

⁴¹ G.H.Treitel, *supra* note 12, p.40.

⁴² Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p 162.

⁴³ CHUNG HUI WANG, *supra* note 18, p.67 ; Article 300 (1) " During the default of a creditor his debtor is responsible only for willful default and gross negligence

ทั้งนี้หากเป็นหนี้ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ความรับผิดในความเสียหายของทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้น ก็เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 300 (2) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁴⁴ ซึ่งความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นถูกโอนไปยังเจ้าหนี้นับแต่เวลาแรกที่เกิดกรณีเจ้าหนี้ล่าช้าไม่รับชำระหนี้หรือเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้⁴⁵

ผลของเจ้าหนี้ผิดนัดในประการนี้ มีปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายในกฎหมายเยอรมัน โดยตามสัญญาซื้อขายถือว่า องค์ประกอบหรือส่วนประกอบของสัญญาซื้อขายเหมือนกับสัญญาหรือหนี้ประเภทอื่น ทั้งในการชำระหนี้และการสิ้นสุดของสัญญา หากมีการกระทำการชำระหนี้หน้าที่หลักก็จะหมดไป แต่หน้าที่เสริมหรือหน้าที่ข้างเคียงอาจเกิดขึ้น ซึ่งหากพิจารณาในด้านของผู้ซื้อนั้นมีหน้าที่หลักในการชำระราคาสินค้าแต่ทั้งนี้ผู้ซื้อยังมีหน้าที่ในการรับมอบสินค้าด้วย ซึ่งหากเกิดกรณีที่สินค้าถูกขโมยจากผู้ขายในขณะที่ผู้ขายได้จัดเตรียมการส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อเรียบร้อยแล้วเพียงแต่รอให้ผู้ซื้อนำสินค้าไปเท่านั้น ในกรณีนี้ถือว่าในระยยะเวลาดังกล่าวความเสี่ยงภัยในความเสียหายในสินค้านี้ได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้ว ซึ่งผู้ขายต้องพร้อมที่จะชำระหนี้เต็มๆ เต็มจำนวน ซึ่ง ณ จุดนั้นถือว่าผู้ซื้อเป็นเจ้าของสินค้านี้แล้ว⁴⁶

ทั้งนี้หลักการดังกล่าวเป็นไปตามประมวลแพ่งเยอรมันที่ได้มีการบัญญัติหลักทั่วไปในการจัดสรรความเสี่ยง ในกรณีของการล่าช้าของเจ้าหนี้ (ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 293-304 (BGB)) ซึ่งถ้ามีการเสนอการชำระหนี้และผู้ซื้อไม่ยอมรับชำระหนี้ กรณีถือว่าตกเป็นผู้ผิดนัดในการรับมอบสินค้า (ตามมาตรา 293) จากจุดนี้ถือว่าความเสี่ยงภัยในความเสียหายในสินค้านี้ตกไปยังผู้ซื้อ แม้จะเกิดความเสียหายจากอุบัติเหตุหรือความประมาทเลินเล่ออย่างเบาจากผู้ขายหรือจากลูกจ้างของผู้ขาย (มาตรา 300) ตามตัวอย่างเรื่องของสินค้าถูกขโมยนั้น ผู้ซื้อสินค้าจำเป็นต้องรับภาระต่อความเสียหายจากการที่สินค้าถูกขโมยเนื่องจากตนไม่ทำการรับมอบสินค้าภายในระยะเวลา (ระยะเวลานั้นต้องเป็นการที่ผู้ขายต้องทำการทุกอย่างพร้อมที่จะชำระหนี้ด้วย)⁴⁷

⁴⁴ CHUNG HUI WANG, *supra* note 18, p.67 ; Article 300 (2) If a thing designated only by species is owed, the risk passes to the creditor from moment at which he is first in default by not accepting the thing tendered."

⁴⁵ B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, *supra* note 24 , p.418.

⁴⁶ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, Tranlated by Tony Weir, German Private And Commercial Laws: An Introduction, (Oxford : clarendon Press, 1982), pp.120-121.

⁴⁷ *ibid*, p.121.

ในกรณีการล่าช้าในการรับมอบสินค้านั้น ผู้ขายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ตนได้รับ และหากเป็นการขายในทางพาณิชย์ผู้ขายสามารถให้มาตรการในการช่วยตนเองโดยการนำสินค้าออกขายได้⁴⁸ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 326 ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB)⁴⁹

3. ความรับผิดในดอกเบี้ย ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องชำระดอกเบี้ยต่อเจ้าหนี้ โดยความผูกพันดอกเบี้ยจะหยุดลงในขณะที่เจ้าหนี้ผิดนัด⁵⁰ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 301 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁵¹
4. การรับชำระหนี้ตอบแทนในการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยในสัญญาต่างตอบแทน ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทน แม้การชำระหนี้ในส่วนของตนจะเป็นการพันธวิสัยในขณะนั้นหรือภายหลังจากการล่าช้าของเจ้าหนี้⁵² เช่น ในกรณีของสัญญาซื้อขายนั้น หากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ที่ผู้ซื้อต้องรับผิดชอบจากการไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้น พิจารณาในขณะที่ยังไม่มีการส่งมอบสินค้าแล้วสินค้าหรือทรัพย์สินเสียหาย ผู้ขายสามารถเรียกให้ชำระราคาและไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ตอบแทน⁵³

⁴⁸ *ibid*, p.132.

⁴⁹ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.73 ; Article 326 If, in case of mutual contract, one party is in default in respect of the performance due from him, the other party may allot him a fixed reasonable period for performing his part with declaration that he will decline the performance after the expiration of the period. After the expiration of the period he is entitled to demand compensation for non- performance, or to rescind the contract, if the performance has not been effected in due time; the claim for performance is barred. If the performance is in his part not effected before the expiration of the period, the provision of 325, per 1 sentence to applies mutatis mutandis.

If, consequence of the default, the performance of the contract is of no use to the other party, such other party has the rights specified in par. 1 without the fixing of a period being necessary."

⁵⁰ Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p.123.

⁵¹ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.67 ; Article 301" Upon an interest-bearing money debt the debtor does not have to pay interest during the default of a creditor."

⁵² B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, *supra* note 24, p.418.

⁵³ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, Tranlated by Tony Weir, *supra* note

ตัวอย่าง เช่น A รับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้าให้ B โดยมีการกำหนดระยะเวลาส่งมอบ (ระยะเวลาเป็นสาระสำคัญของข้อตกลง) โดยข้อตกลงให้ A เป็นผู้ตัดเย็บ ในขณะที่ B เป็นผู้จัดหาสัมภาระสิ่งของและคิดราคาของสิ่งดังกล่าว, B ไม่สามารถทำสิ่งของสัมภาระเสร็จภายในระยะเวลา และไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยพันวิสัย A มีสิทธิคิดค่าจ้าง แต่ A ต้องลดราคาลำหรับสิ่งของที่ได้รับจากการตัดเย็บเสื้อผ้าหรือในรางวัลค่าจ้างใดที่ได้รับจากความขยันขันแข็งของเขาในการที่ A ถูกว่าจ้างให้ตัดเย็บเสื้อผ้าในเวลาเดียวกัน B จำต้องใช้ความระมัดระวังในการป้องกันการชำระหนี้ของ A แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบของ B โดยทั้งนี้อาจมีมากขึ้นหาก B ตกเป็นผู้ผิดนัด⁵⁴

5. ลูกหนี้มีภาระความรับผิดชอบและความผูกพันในการส่งมอบดอกผล ถ้าไร ผลประโยชน์ใดให้แก่เจ้าหนี้ ผลของเจ้าหนี้ผิดนัดในประการนี้ คือ ลูกหนี้มีภาระในความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ในการส่งมอบถ้าไร ดอกผล ผลตอบแทนประการใด เท่าที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับตามที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น หรือตามที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับจริงนับแต่เวลาที่เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเท่านั้น⁵⁵ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 302 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁵⁶

6. การชำระหนี้โดยการส่งมอบที่ดิน เรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้าง ถ้าปรากฏว่าเจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้ในการรับมอบทรัพย์สินดังกล่าว เพียงแต่ลูกหนี้สละการครอบครองทรัพย์สินนั้น ก็เป็นการเพียงพอ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้ลูกหนี้ต้องได้เตือนเจ้าหนี้แล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีที่ลูกหนี้จำต้องเตือนเจ้าหนี้ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการเช่นนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 303 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁵⁷

⁵⁴ Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p.172.

⁵⁵ *ibid*, p.123.

⁵⁶ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.68 ; Article 302" If a debtor has to hand over the emoluments of an object or to make compensation for them, his liability during the default of the creditor is limited to the emoluments which he actually draws"

⁵⁷ Ian S.Forrester, Simon L.Goren, Hans-Michael Ilgen, THE GERMAN CIVIL CODE, (Amsterdam ; North-Holland Publishing Company,1975) ; Article 303 If the debtor is obliged to deliver the possession of a piece of land or a registered ship or a ship under construction, he may abandon its possession after the occurrence of the creditor default. The creditor must be previously warned of the relinquishment, unless the warning is impracticable

7. สิทธิในการเรียกร้องค่าใช้จ่ายจากการไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องเงินค่าใช้จ่ายต่าง ๆ จากการที่ขอปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่สำเร็จ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์สิน นับแต่ที่เจ้าหนี้ผิดนัดต่อเนื่องไป⁵⁸ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 304 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)⁵⁹

แต่ทั้งนี้ผลของเจ้าหนี้ผิดนัดประการหนึ่งที่ไม่เป็นที่สงสัย คือ การล่าช้าของเจ้าหนี้ไม่เป็นเหตุให้ลูกหนี้เรียกร้องค่าเสียหายจากเจ้าหนี้ได้ แต่อาจมีการไต่เบี่ยค่าเสียหายเป็นตัวเงิน เพื่อค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่ลูกหนี้ได้เสียไปเนื่องจากความไร้ผลในการปฏิบัติการชำระหนี้อันถูกต้องเหมาะสมของตน⁶⁰

1.2.2 หลักกฎหมายกรณีเจ้าหนี้ผิดนัดของประเทศญี่ปุ่น

หลักกฎหมายกรณีเจ้าหนี้ผิดนัดของประเทศญี่ปุ่น มีบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 3 ในหมวดเกี่ยวกับผลของสิทธิเรียกร้อง ของประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้หลักกฎหมายของการผิดนัดของเจ้าหนี้ของประเทศญี่ปุ่นนั้นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมัน โดยมีแนวความคิดว่า หากเจ้าหนี้กระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือมีพฤติการณ์ไม่รับชำระหนี้ตามที่เจ้าหนี้ควรที่จะต้องรับชำระหนี้ และเจ้าหนี้ควรได้รับผลร้ายแห่งความผิดของตน ซึ่งหากเกิดความเสียหายและข้อเสียเปรียบกับลูกหนี้ อันมาจากพฤติการณ์ในส่วนของเจ้าหนี้ เมื่อคำนึงถึงการชำระหนี้โดยชอบของลูกหนี้ ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในสิ่งต่าง ๆ⁶¹

1.2.2.1 เหตุหรือเงื่อนไขในการพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้

ในการพิจารณาว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดหรือไม่ ตามบทบัญญัติของกฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติอยู่ในมาตรา 413 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น⁶² ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีรากฐานมาจาก มาตรา 293

⁵⁸ Ernest J.Schuster, *supra* note 29, p.162.

⁵⁹ CHUNG HUI WANG, *supra* note 22, p.68 ; Article 304 " The debtor may, in case of the default of the creditor, demand compensation for the excess of outlay which he has been obliged to incur for the ineffective tender as well as for the custody and preservation of the object owed.

⁶⁰ B.S.Markesinis, W.Lorenz, G. Dannemann, *supra* note 24, p.417.

⁶¹ De Becker, J.E., *Annotated Civil code of Japan. Volume II. 1st edition.* (London : Betterworth & Co., Reprint edition published. University of America. Inc. Washington, D.C. 1979), p 21.

⁶² EHS, Law bulletin series, *The Civil code of Japan*, Amendment 26, 1980, P.FA 68 ; Article 413 If an obligee refuses to accept an performance of obligation or unable to

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ⁶³ โดยบทบัญญัติมาตรานี้ มีหลักว่า เมื่อเจ้าหนี้ปฏิเสธหรือไม่สามารถรับชำระหนี้, เจ้าหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับการล่าช้า นับตั้งแต่เวลาที่มีการขอเสนอชำระหนี้

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับในกรณีที่เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบในความล่าช้า ถ้ามีการเสนอการชำระหนี้โดยถูกต้องจากลูกหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา ซึ่งไม่ว่ากรณีใดก็ตามหากเจ้าหนี้ปฏิเสธหรือไม่สามารถรับชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบ การที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ อาจเป็นการที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และอาจเกิดจากเหตุผลส่วนตัวของเจ้าหนี้ เช่น ป่วย หรือเหตุใดก็ได้ การที่เจ้าหนี้ไม่สามารถรับชำระหนี้ได้ หากเป็นเหตุผลส่วนตัวไม่ว่าจะเป็นจริงหรือไม่ก็ตาม เจ้าหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบนับแต่เวลาที่ได้มีการขอชำระหนี้และในการต่อไป ⁶⁴

1.2.2.2 ผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้

การผิดนัดของเจ้าหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้นก่อให้เกิดผลในหลายประการ อันได้แก่

1. ลูกหนี้หลุดพ้นจากผลของหนี้ในการไม่ชำระหนี้บางประการ นับแต่เวลาที่มีการชำระหนี้โดยลูกหนี้ อาทิเช่น ในกรณีของหนี้เงินกู้ยืม ลูกหนี้ไม่ต้องจ่ายดอกเบี้ยหลังจากการล่าช้าของเจ้าหนี้ ⁶⁵

2. เมื่อเป็นกรณีนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ลูกหนี้ต้องรักษาทรัพย์สินในระดับดีที่สุด (MANAGER UP) จนกว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้น แต่ถัดจากความล่าช้าของเจ้าหนี้ เป็นการเพียงพอแล้วในการที่ลูกหนี้ที่ดูแลสิ่งนั้น เช่น เสมือนสิ่งนั้นเป็นของตน ⁶⁶

ในการชำระหนี้นั้นลูกหนี้ต้องมีการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้นได้กำหนดระดับการใช้ความระมัดระวังไว้ด้วย โดยสามารถพิจารณาจากมาตรา 659 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ⁶⁷ ตามบทบัญญัติในมาตรา 659 นั้นเป็นบทกฎหมายที่กำหนดระดับ

accept it, such obligee shall be responsible for delay as from the time when the performance has been tendered

⁶³ De Becker, J.E., *supra* note 61, p 21.

⁶⁴ *ibid*, p 21.

⁶⁵ *ibid*, p 21.

⁶⁶ *ibid*, p 21.

⁶⁷ EHS, Law bulletin series, *The Civil code of Japan*, Amendment 26, 1980, P.FA

68 ; Article 659 A person who has undertaken a deposit gratuitously is bound to bestow the same care and attention upon the keeping of the thing deposited as he does in respect to his own property

ความระมัดระวังในการดูแลทรัพย์สิน เช่น การดูแลที่มีค่าตอบแทน ระดับความระมัดระวังนั้นควรจะเป็นระดับที่บุคคลโดยทั่วไปนั้นคาดหวัง หากเป็นการกระทำโดยไม่มีค่าตอบแทนระดับความระมัดระวังจะเท่ากับดูแลทรัพย์สินของตน

3. ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหนี้ เช่น ค่าใช้จ่ายจากการไม่ได้ใช้ทรัพย์สินหรือค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาดูแลภายในกรณีการล่าช้าของเจ้าหนี้⁶⁸

4. ลูกหนี้หลุดพ้นจากความผูกพันแห่งหนี้ ด้วยการวางทรัพย์สินที่สถานรับฝากทรัพย์สิน (Public Deposit Office)⁶⁹ โดยหลักการในการใช้สิทธิวางทรัพย์สินนั้นเป็นไปตามมาตรา 494 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น⁷⁰ ซึ่งกำหนดว่า เหตุในการใช้สิทธิวางทรัพย์สินของลูกหนี้ และผลของการใช้สิทธิ ซึ่งได้แก่กรณีเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่สามารถรับชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ทราบว่าเป็นเจ้าหนี้ การวางทรัพย์สินทำให้ลูกหนี้ไม่ต้องผูกพันลูกหนี้ต่อไป

5. ในกรณีที่มิใช่สัญญาโดยเฉพาะให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ หากมีการเสนอขอชำระหนี้จากลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องผูกพันในความรับผิดชอบต่อค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ นับแต่มีการเสนอขอชำระหนี้จากลูกหนี้⁷¹

1.2.3 หลักกฎหมายกรณีเจ้าหนี้ผิดนัดของประเทศฝรั่งเศส

1.2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการผิดนัดของเจ้าหนี้

ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้มีหลักเกี่ยวกับการผิดนัดของเจ้าหนี้ไว้ โดยเฉพาะหรือได้มีการบัญญัติเป็นต้วบทกฎหมายระบุไว้เป็นหมวดหมู่อย่างชัดเจนดังเช่นในหลักกฎหมายของประเทศเยอรมัน แต่ทั้งนี้ในหลักกฎหมายประเทศฝรั่งเศสนั้นก็ได้ออมรับหลักการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ และแนวทางแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นด้วยวิธีการวางทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ด้วย ทั้งนี้ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวอยู่ในส่วนที่ 4 ว่าด้วย การขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยแท้และการส่งมอบ มาตรา 1257 ถึง มาตรา 1264 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยมี

⁶⁸ De Becker, J.E., *supra* note 61, p 21.

⁶⁹ *ibid*, p.21.

⁷⁰ EHS, Law bulletin series, The Civil code of Japan, Amendment 26, 1980, P.FA 81 ; Article 494 If the obligee refuses to accept an performance of obligation or unable to accept it, the obligor may relieve himself by depositing the subject-matter of the obligation with official depository benefit of the obligee. The same shall apply in case where the obligee cannot be ascertained without any fault on the part of the obligor.

⁷¹ De Becker, J.E., *supra* note 61, p 21.

ข้อพิจารณาดังนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ในบางกรณีเจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะรับการชำระหนี้ที่ลูกหนี้เสนอให้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะเกี่ยวกับวัตถุในการชำระหนี้, เกี่ยวกับวิธีการส่งมอบ หรือเวลาในการชำระหนี้ หรือมีความเห็นพ้องต้องกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เอง แต่ทั้งนี้มันก็ไม่ได้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะปฏิเสธการรับชำระหนี้ได้ตามอำเภอใจเสมอไป และก็เป็นไปไม่ได้ที่จะปล่อยให้ลูกหนี้ต้องเผชิญกับการปฏิเสธของเจ้าหนี้ ซึ่งอาจทำให้เกิดผลร้ายแก่ลูกหนี้ก็ได้ ทั้งนี้หากถึงเวลาชำระหนี้และลูกหนี้มีทรัพย์สินที่จะปลดหนี้ของตน ลูกหนี้ย่อมสามารถจัดการภาระในหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้ได้ โดยพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้จัดหามาชำระหนี้ นั้น เพียงพอที่จะปลดภาระแห่งหนี้ของเขาหรือไม่⁷²

ตามกฎหมายฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับวิธีการพิเศษสำหรับลูกหนี้ในการขอปฏิบัติการชำระหนี้และการส่งมอบวัตถุแห่งหนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้เอาชนะเจตนาร้ายของเจ้าหนี้ได้ โดยลูกหนี้สามารถกระทำการได้โดยการขอปฏิบัติการชำระหนี้จากเจ้าหนี้เสียก่อนว่าจะชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้นโดยตรง และหลังจากนั้นก็ให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินไว้ ณ สถานที่วางทรัพย์สิน ซึ่งตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้เช่นนี้ สามารถปลดปล่อยลูกหนี้ให้พ้นจากภาระแห่งหนี้ได้ ประหนึ่งว่าเจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้ด้วยตนเอง⁷³ และเมื่อกระทำการดังกล่าวความเสี่ยงภัยของทรัพย์สินที่วางจะตกอยู่กับเจ้าหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 1257 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁷⁴ จากหลักการข้างต้นจะพบว่าเป็นกรณีของการใช้สิทธิวางทรัพย์สินในระบบกฎหมายไทยนั่นเอง

⁷² Planiol, Marcel., Ripert, Georag, Treatise on The Civil Law, Volume 2 Part 2. 11th ed.nos 1658 To 3504 .Tranlation by The Louisiana State Law Institute, (Louisiana, 1939) , p 259-260.

⁷³ *ibid*, p 260.

⁷⁴ Cachard, Henry, The French Civil Code, revised edition, (London: Stevens and sons, Limited, 1930), p 348; Art. 1257 Where a creditor refuses to receive his payment, the debtor may make him an actual tender, and upon the refusal of the creditor to accept it, deposit the sum or the thing tendered.

Actual tenders followed by a deposit discharge the debtor; they take the place of payment with respect to him, where they are validly made, and the thing thus deposited remains at the risk of the creditor

1.2.3.2 เงื่อนไขในการพิจารณาการผิมนัดของเจ้าหนี้

ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการผิมนัดของเจ้าหนี้ มีแต่หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิชำระหนี้ของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยวิธีการวางทรัพย์หากเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ เพื่อเป็นมาตรการแก้ไขการผิมนัดไม่รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ จากเหตุดังกล่าวจะพบว่า เงื่อนไขในการพิจารณาการผิมนัดของเจ้าหนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นจึงไม่ได้บัพัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน แต่ทั้งนี้หลักการเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการวางทรัพย์ชำระหนี้มีเงื่อนไขประการสำคัญของลูกหนี้ คือ ต้องสันนิษฐานไว้ล่วงหน้าก่อนว่าลูกหนี้มีความจำเป็นอันเป็นเงื่อนไขของการชำระหนี้ด้วยวิธีนี้ เนื่องจากการขอปฏิบัติการชำระหนี้ที่ทำโดยลูกหนี้แล้วแต่เจ้าหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้โดยไม่มีสิทธิ⁷⁵ ทั้งเป็นไปตามมาตรา 1258 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁷⁶

การขอปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้(การวางทรัพย์) จะสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชำระหนี้ด้วยการวางทรัพย์ดังต่อไปนี้

⁷⁵ Planiol, Marcel., Ripert, Georag, *supra* note 72, p 260.

⁷⁶ <http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm>.15

June 2004. Art. 1258 In order that an actual tender be valid, it is necessary:

- 1° That it be made to a creditor having capacity to receive, or to the one who has authority to receive for him;
- 2° That it be made by a person capable of paying;
- 3° That it be for the entire sum due, for the arrears or interest due, for liquidated costs, and for a sum for non-liquidated costs, subject to its being made up;
- 4° That the term have elapsed, where it was stipulated in favor of the creditor;
- 5° That the condition under which the debt has been contracted has happened;
- 6° That the tender be made at the place agreed upon for payment and that, where there is no special agreement as to the place of payment, it be made either to the person of the creditor, or at his domicile, or at the domicile elected for performance of the agreement;

- 7° That the tender be made by a ministerial officer having capacity for such acts.

1. ได้กระทำต่อตัวเจ้าหนี้หรือแก่บุคคลผู้มีอำนาจรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้
 2. ได้กระทำโดยบุคคลที่มีความสามารถจะชำระหนี้ได้
 3. วัตถุแห่งหนี้ประกอบด้วย หนี้ที่ถึงกำหนดทั้งหมดและเงินค้างชำระหรือดอกเบี้ยที่ถึงกำหนด รวมถึงค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการชำระหนี้และการไม่ชำระหนี้
 4. ข้อตกลงที่ได้กำหนดในทางที่เป็นคุณแก่เจ้าหนี้ได้หมดไป
 5. เงื่อนไขที่ทำให้เกิดหนี้ตามสัญญาได้เกิดขึ้น
 6. การขอปฏิบัติการชำระหนี้ได้ทำขึ้น ณ สถานที่ตามได้ตกลงกันถึงการชำระหนี้ ถ้าไม่มีข้อตกลงพิเศษอื่นใดถึงเรื่องสถานที่ชำระหนี้ ท่านให้ชำระหนี้แก่ตัวเจ้าหนี้ หรือภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ หรือภูมิลำเนาตามที่ได้เลือกไว้เพื่อการชำระหนี้ตามข้อตกลง
 7. การขอปฏิบัติการชำระหนี้ได้กระทำขึ้นโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถจะทำการนั้นได้
- ทั้งนี้หากลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ตามมาตรา 1528 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้ว เจ้าหนี้ปฏิเสธที่จะรับชำระหนี้ ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิในการวางทรัพย์เพื่อชำระหนี้ตามมาตรา 1527 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ต่อเจ้าหนี้

จากการวิเคราะห์จะพบว่าหลักการในการใช้สิทธิในการวางทรัพย์นั้น คือ การที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ของลูกหนี้โดยที่มีการขอชำระหนี้แล้ว ซึ่งก็เป็นหลักในการพิจารณาเงื่อนไขการผิณฑ์ตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศอื่นนั่นเอง

1.2.3.3 ผลของการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้และลูกหนี้ใช้สิทธิการวางทรัพย์

เมื่อเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้จากลูกหนี้จะก่อให้เกิดผลให้ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิในการชำระหนี้โดยการวางทรัพย์ ตามที่ได้กล่าวถึงข้างต้น โดยการใช้สิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดผล 2 ประการ คือ

ก. ลูกหนี้ก็จะพ้นอิสระจากมูลหนี้และเจ้าหนี้ไม่สามารถคิดดอกเบี้ย/หยุดระยะเวลาในการคำนวณดอกเบี้ย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วดอกเบี้ยย่อมพอกพูนขึ้นตามวันครบกำหนดการส่งมอบที่ลูกหนี้พึงต้องชำระหนี้เป็นต้นไป⁷⁷

ข. ความเสี่ยงภัยที่เกิดจากทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุในการส่งมอบตกเป็นของเจ้าหนี้ โดยผลของการใช้สิทธิวางทรัพย์ตามที่ได้กล่าวมานี้ จะเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่มีการส่งมอบไม่ใช่วันที่การขอปฏิบัติการชำระหนี้⁷⁸ ดังที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในวรรค 2 ของมาตรา 1257 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁷⁹

⁷⁷ Planiol, Marcel., Ripert, Georag, *supra* note 72, p 261.

⁷⁸ *ibid*, p 261.

⁷⁹ Cachard, Henry, *supra* note 74, p 348.

จากผลของการใช้สิทธิการวางทรัพย์ของลูกหนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่า ผลของการใช้สิทธิดังกล่าวจะมีความคล้ายคลึงกับผลของการผัดนัดของเจ้าหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น

1.2.3.4 วิธีการและหลักการใช้สิทธิในการวางทรัพย์เพื่อชำระหนี้

วิธีการและหลักการใช้สิทธิของลูกหนี้ในการวางทรัพย์นั้นจะมีหลายประเภท หลายวิธี ทั้งนี้แตกต่างออกไปตามประเภทของหนี้ที่เกิดขึ้น เช่น หนี้เงิน หนี้ตราสารเปลี่ยนมือ หนี้การส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และหนี้ประการอื่น ฯลฯ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

ก. หนี้เงิน

หนี้การส่งมอบเงินนั้น ลูกหนี้ต้องวางเงินตามจำนวนอันพึงชำระแก่เจ้าหนี้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (ที่เรียกว่า huissier ในภาษาฝรั่งเศส หรือพนักงานทะเบียน) โดยต้องวาง ณ ที่ซึ่งได้กำหนดไว้⁸⁰ ซึ่งถ้าไม่ได้มีการตกลงกันไว้เป็นพิเศษเช่นว่านี้ ก็ให้ชำระ ณ ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ หากเจ้าหนี้รับทรัพย์สินที่ลูกหนี้ชำระให้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ที่เรียกว่า huissier หรือนายทะเบียน ก็จะทำให้หนี้หมดไป โดยมีการบันทึกถ้อยคำและออกหลักฐานหรือใบเสร็จเพื่อเป็นหลักฐานในการชำระหนี้

ข. หนี้เกี่ยวกับตราสารเปลี่ยนมือ

ถ้าหนี้เกิดจากหลักฐานซึ่งแสดงกรรมสิทธิ์เป็นหนังสือที่มีแก่ผู้ถือหรือผู้ส่งจ่าย ลูกหนี้จะไม่สามารถรู้ได้เลยว่าใครเป็นผู้ถือในขณะหนี้ตามตัวเงินนั้นถึงกำหนดชำระ ดังนั้นลูกหนี้ย่อมไม่รู้ว่าตนจะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้แก่ใคร ลูกหนี้จึงถูกขัดขวางให้ชำระหนี้ ด้วยเหตุนี้เองถ้าผู้ถือไม่ได้แสดงตัวภายใน 3 วัน นับตั้งแต่วันถึงกำหนดชำระหนี้ ลูกหนี้ตามตัวนั้นก็สามารถมาวางทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามตัวเงินได้โดยตรง โดยไม่ต้องมีการขอปฏิบัติการชำระหนี้เหมือนหนี้ทั่วไป และการวางทรัพย์นี้ก็ให้ไปวางที่สำนักงานที่จดทะเบียนสำนักงานวางทรัพย์⁸¹

ค. หนี้ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

ในหนี้ชนิดนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยแท้การส่งมอบ การชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้จึงไม่สามารถชำระหนี้เช่นว่านี้อยู่บ่อยๆ โดยเฉพาะถ้าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ยาก การปฏิบัติการชำระหนี้จึงถูกแทนที่โดยการใช้น้ำหนักหรือ

⁸⁰ หากเป็นการวางทรัพย์ที่นครปารีส (Paris) ให้วางทรัพย์ที่ La Caisse des depots et Consination ถ้าวางทรัพย์ในต่างจังหวัด province เช่น Departement ให้วางทรัพย์ที่ Le Tre'sorier-payeur general ou le Receveur des finances อ้างจากซูเมธ จานประดับ, "การวางทรัพย์", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), น.52 .

⁸¹ Planiol, Marcel., Ripert, Georag, *supra* note 72, p 262.

หมายเรียกให้เจ้าหนี้มารับมอบทรัพย์สินนั้นเอง (ตามมาตรา 1264 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส)⁸² ถ้าเจ้าหนี้ไม่มารับ/แสดงตัว และลูกหนี้มีความจำเป็นต้องหาที่เก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้ ลูกหนี้จะสามารถรับอนุญาตจากศาลให้ไปเก็บทรัพย์สินไว้ที่อื่นนอกจากภูมิลำเนา/ถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้ได้

ง. หนี้อื่นๆ

สำหรับมูลหนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้แยกหนี้ออกจากหนี้เงินหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงสาระสำคัญของกรณีนั้น ดังนั้นโดยทั่วไปจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ที่ใช้กับหนี้ที่มีลักษณะคล้ายๆกันมาประยุกต์ใช้แทน⁸³

ข้อสังเกต

ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ด้วยวิธีการฝากและหรือวางทรัพย์สิน พึงตกอยู่กับเจ้าหนี้ (ตามมาตรา 1260 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส)⁸⁴ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ประสงค์ให้การปฏิบัติการชำระหนี้ที่นั่นสมบูรณ์ จึงมีการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมซึ่งมีผลตามนัยแห่ง มาตรา 1257 ที่ว่าการปฏิบัติการชำระหนี้โดยแท้ จะถูกนำหน้าโดยการขอปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งอาจถูกปฏิเสธโดยเจ้าหนี้ก่อนแล้วก็ได้ ถ้าลูกหนี้ได้ใช้บริการของพนักงานเจ้าหน้าที่ (huissier) หรือนายทะเบียน (notary) ของสำนักงานวางทรัพย์สินในการปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่ได้บอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ก่อนล่วงหน้า กล่าวคือ ไม่ได้ผ่านการถูกปฏิเสธไม่รับชำระหนี้จากเจ้าหนี้มาก่อนและเจ้าหนี้เองก็ยอมรับชำระหนี้แต่โดยดีตั้งแต่แรกที่ลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ตามแบบวิธีนี้จะกลายเป็นตกอยู่กับลูกหนี้แทน⁸⁵

⁸² Cachard, Henry, *supra* note 74, p 350-351 ; Art. 1264 Where the thing owed is a thing certain which must be delivered at the place where it is, the debtor must demand of the creditor that he removes it, by notice served upon him personally or to his domicile or to the domicile elected for the performance of the agreement. That demand made, where the creditor does not remove the thing and the debtor needs the place in which it is set, he may obtain from the court permission to deposit it in some other place.

⁸³ Planiol, Marcel., Ripert, Georag, *supra* note 72, p 262.

⁸⁴ Cachard, Henry, *supra* note 74, p 350 ; Art. 1260 The costs of an actual tender and of a deposit are borne by the creditor, where they are valid.

⁸⁵ Planiol, Marcel., Ripert, Georag, *supra* note 72, p 262.

1.3 หลักกฎหมายการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ Common Law

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ และ อเมริกา นั้นไม่มีหลักกฎหมายการผิดนัดของเจ้าหนี้ ดังเช่น ประเทศที่ใช้หลักกฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ได้สร้างหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ขึ้นมา

แต่อย่างไรก็ตามแม้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะไม่มีทฤษฎีหรือ หลักกฎหมายในเรื่องเจ้าหนี้ผิดนัดเป็นของตัวเอง แต่ก็มีพยายามในการแก้ปัญหาหรือหามาตรา เยียวบาลูกหนี้ในการที่เจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ตอบแทน ซึ่งในหลายสถานการณ์ที่มี การใช้หลักความคิดในการหาข้อสรุปเพื่อแก้ปัญหากฎหมายที่เจ้าหนี้ผิดนัด โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะให้ความสำคัญในการนำเรื่องหน้าที่ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในส่วนของเจ้าหนี้มาปรับใช้ โดยถือว่าการละเลยหรือปฏิเสธการรับชำระหนี้อันเป็นเรื่องของการทิ้งหน้าที่ และ เจ้าหนี้จำเป็นต้องให้ความร่วมมือในการรับชำระหนี้ของลูกหนี้ เช่น ในสัญญาเช่าเรือ ผู้เช่าไม่ยอมนำตู้สินค้าลงเรือเพื่อนำส่งตามที่ตกลงว่าจ้าง หากเป็นในระบบกฎหมายซีวิลลอว์แล้วก็ถือว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด (ไม่พิจารณาความผิด) แต่หากเป็นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว กรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการก่อให้เกิดการชำระหนี้ ซึ่งการที่เจ้าหนี้ไม่นำตู้สินค้ามาลงเรือก็ถือว่าเจ้าหนี้ผิดหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้ ทั้งนี้จะไม่พิจารณาว่าเจ้าหนี้จะมีความผิดหรือไม่เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ทั้งนี้หากเจ้าหนี้กระทำผิดหน้าที่ไม่ยอมรับชำระหนี้หรือไม่ให้ความร่วมมือในการรับชำระหนี้ ลูกหนี้สามารถได้รับการเยียวยาโดยอาจเรียกค่าเสียหายจากเจ้าหนี้ได้ หรือเลิกสัญญาได้ ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁸⁶

ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น คู่สัญญา (เจ้าหนี้) มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้หรือมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการชำระหนี้ของลูกหนี้⁸⁷ อาทิ

ก. หน้าที่ที่จะไม่ขัดขวางการก่อให้เกิดการชำระหนี้ของลูกหนี้ เช่น การว่าจ้างนักฟุตบอล โดยมีค่าตอบแทนเป็นพิเศษหากนักฟุตบอลสามารถทำประตูได้ถึง 20 ประตู เมื่อทำได้ 19 ประตู ปรากฏว่าไม่ยอมให้ฟุตบอลลงเล่นเพื่อทำประตู ถือว่ากรณีนี้เจ้าหนี้กระทำผิดหน้าที่⁸⁸

ข. หน้าที่ที่จะไม่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย⁸⁹

⁸⁶ G.H.Treitel, *supra* note 13, p.40.

⁸⁷ A.G.Guest, *Anson's Law of Contract*, (Oxford; Clarendon Press, 1979),p.534.

⁸⁸ *ibid* , pp.267-269.

⁸⁹ *ibid* , p.267.

ค. หน้าที่ที่จะไม่ถอนตัวจากความผูกพันในสัญญา เช่น สัญญาซื้อขายที่ดินที่ได้กำหนดวันเวลาโอนที่แน่นอนแล้ว โดยที่ผู้ขายได้จัดหาแหล่งเงินทุนให้ผู้ซื้อแล้ว หากผู้ซื้อถอนตัวจากความผูกพันตามสัญญาก่อนวันครบกำหนดการโอนถือว่าผู้ซื้อปฏิบัติผิดหน้าที่⁹⁰

เมื่อเจ้าหนี้กระทำผิดหน้าที่ของตน (เจ้าหนี้ผิดนัด) นั้นจะส่งผลใน 2 ประการสำคัญ คือ เจ้าหนี้จะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายทั้งหมดจากการผิดหน้าที่ของตน และนอกจากนั้นลูกหนี้อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ด้วย ทั้งนี้หากเป็นการกระทำผิดหน้าที่ในหน้าที่หลักหรือส่วนสาระสำคัญของสัญญา (condition) ลูกหนี้มีสิทธิเลิกสัญญา แต่หากเป็นการกระทำผิดในหน้าที่รองหรือส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญแล้ว (warranty) ลูกหนี้มีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหายเท่านั้น⁹¹

แนวความคิดในกรณีการผิดนัดของเจ้าหนี้ในระบบคอมมอนลอว์นั้นมีความต่างจากหลักความคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งจะมองว่าการผิดนัดของเจ้าหนี้ (Mord Creditoris) จะไม่ใช่เรื่องการทิ้งหน้าที่ (Breach of duty) เว้นแต่ในบางกรณี แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีแนวความคิดต่างกันแต่ก็ไม่ได้ส่งผลต่อเจ้าหนี้ต่างกัน โดยก่อให้เกิดการเยียวยา (Remedy) แก่ลูกหนี้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นสิ่งป้องกันลูกหนี้จากความเสียหายซึ่งอาจเกิดจากการปฏิเสธการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ได้ขอปฏิบัติการชำระโดยถูกต้องเหมาะสมแล้ว⁹²

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับหลักกฎหมายของต่างประเทศ

2.1 วิเคราะห์หลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ในต่างประเทศ

จากการศึกษาหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ของต่างประเทศนั้นจะพบว่า เมื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้มีความผูกพันหรือนิติสัมพันธ์ในทางหนี้แล้วนั้น โดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะให้ความสำคัญในประเด็นที่ว่าหากมีหนี้เกิดขึ้นแล้วลูกหนี้จำต้องมีหน้าที่หรือหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ให้

⁹⁰ *ibid*, p.267 ; คดี Smith v. Butler [1900] 1 Q.B.694

⁹¹ Sir John Smith , The Law of Contract, fourth edition (London: Sweet & Maxwell, 2002), p136-137.

⁹² G.H.Treitel, *supra* note 13, p.41.

ถูกต้อง แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นที่ยอมรับโดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเช่นกันว่า เจ้าหนี้ควรมีความผูกพันในการให้ความร่วมมือเพื่อก่อให้เกิดการชำระหนี้ของลูกหนี้โดยถูกต้องสมบูรณ์ ซึ่งการให้ความร่วมมือประการหนึ่งนั้น คือ การรับชำระหนี้นั่นเอง ดังนั้นในทุกระบบกฎหมายนับแต่สมัยโรมันจึงเกิดแนวความคิดที่ว่าไม่ใช่เฉพาะลูกหนี้เท่านั้นที่ควรปฏิบัติตามความผูกพันในหนี้แต่ให้รวมถึงเจ้าหนี้ด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าว จะพบว่าในทุกระบบกฎหมายยอมรับให้มีการควบคุมการกระทำของเจ้าหนี้ที่ต้องให้ความร่วมมือกับลูกหนี้ในการชำระหนี้ ทั้งนี้แนวความคิดที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้มีพื้นฐานจากการลงโทษเจ้าหนี้แต่ประการใด แต่เกิดจากแนวความคิดที่ต้องการให้คุ้มครองลูกหนี้จากการกระทำของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ในแต่ละระบบกฎหมายนั้นจะมีมาตรการที่แตกต่างกันออกไป มาตรการประการหนึ่งคือ หลักการผินผิดของเจ้าหนี้

สืบเนื่องจากการที่หลักการผินผิดของเจ้าหนี้เป็นหลักการในการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ นั้น จึงทำให้ก่อให้เกิดผล คือ การพิจารณาการผินผิดของเจ้าหนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาความผิดแต่ประการใด เพียงแต่พิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่ามีการขอปฏิบัติชำระหนี้ของเจ้าหนี้โดยชอบแล้วหรือไม่ แต่ทั้งนี้ก็จะพบว่าเมื่อไม่พิจารณาความผิดของเจ้าหนี้แล้วผลประการสำคัญ คือ ลูกหนี้หาได้หลุดพ้นจากหนี้ไม่และไม่ก่อให้เกิดสิทธิของลูกหนี้ในการเรียกค่าเสียหายจากการผินผิดแต่ประการใด นอกเสียจากในบางกรณีเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสิทธิของลูกหนี้ในการเรียกค่าเสียหาย เช่น ในสัญญาซื้อขายที่เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้โดยชัดแจ้ง ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายโรมันนั่นเอง

ทั้งนี้เนื่องจากระบบกฎหมายโรมันนั้นเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายสมัยใหม่อย่างมาก ดังนั้นในระบบกฎหมายปัจจุบันโดยเฉพาะระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประเทศเยอรมัน ญี่ปุ่น เป็นต้น จึงได้รับสืบทอดหลักการผินผิดของเจ้าหนี้มาเป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศนั้น แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาระบบคอมมอนลอว์ก็จะมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ จะพบว่าในระบบคอมมอนลอว์จะไม่มีทฤษฎีเกี่ยวกับการผินผิดของเจ้าหนี้แต่ประการใด หากแต่ก็มีมาตรการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ดังเช่นในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน

หลักการผินผิดของเจ้าหนี้ในระบบซีวิลลอว์นั้นก็มีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด กล่าวคือ หากเป็นระบบกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่นนั้นถือว่าหลักการผินผิดนั้นเป็นรากฐานของประมวลกฎหมายของตนเองและได้มีการบัญญัติไว้เป็นดับทกฎหมายอย่างชัดเจน โดยในกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่นนั้นถือว่าเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในการรับชำระหนี้หรือไม่ (หากแต่จะเป็นหนี้ในบางกรณีเท่านั้น อันได้แก่ กรณีที่มีกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในความผูกพันในมูลหนี้ว่าเจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้ หรือที่มีบทบัญญัติในกฎหมายโดยชัดแจ้ง เช่น ในสัญญาซื้อขาย) ดังนั้นการพิจารณาการผินผิดของเจ้าหนี้จะไม่พิจารณาความผิดของเจ้าหนี้แต่ประการใด ทั้งนี้ก็จะส่งผล

เช่นเดียวกับกฎหมายโรมัน คือ ลูกหนี้หาได้หลุดพ้นจากหนี้และไม่ก่อให้เกิดสิทธิของลูกหนี้ในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดนัดแต่ประการใด เว้นแต่ในกรณีที่เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้ เช่น สัญญาซื้อขาย ซึ่งหากเจ้าหนี้ผิดนัดก็จำต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นดังเช่นเป็นการผิดนัดของลูกหนี้ แต่ทั้งนี้มิชอบพิจารณาว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ก็ไม่ได้มีหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ไว้ แต่ได้มีหลักการวางทรัพย์เพื่อเป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองลูกหนี้เช่นเดียวกับหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นก็ได้มีหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้เช่นเดียวกับในหลายประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายนี้ก็จะพบว่าแนวความคิดเกี่ยวกับระบบกฎหมายที่มีหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ที่ว่า ต้องให้ความคุ้มครอง ลูกหนี้ในความเสียหายอันเกิดจากการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ โดยในระบบคอมมอนลอว์ ก็ได้ยอมรับหลักที่เจ้าหนี้จำต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้ในการที่ไม่รับชำระหนี้โดยถือว่าการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้หรือกระทำการที่ไม่ก่อให้เกิดการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้นเป็นการผิดหน้าที่ (Breach of duty) ซึ่งเจ้าหนี้จำต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้จากการกระทำผิดหน้าที่ของตน

จากความข้างต้นนั้นสามารถสรุปได้ว่าเป็นที่ยอมรับในทุกระบบกฎหมายว่า ต้องให้ความคุ้มครองลูกหนี้จากการกระทำของเจ้าหนี้ในการไม่รับชำระหนี้หรือกระทำการที่ก่อให้เกิดการไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งมาตรการในการแก้ปัญหาดังกล่าวก็จะมีแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้มาตรการประการหนึ่ง คือ หลักการผิดนัดของเจ้าหนี้นั่นเอง

2.2 เปรียบเทียบหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับหลักกฎหมายของต่างประเทศ

จากการพิจารณาหลักการ แนวความคิด และบทบัญญัติของกฎหมายกรณีเจ้าหนี้ผิดนัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะพบว่าหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้เป็นรากฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยในบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องนี้ โดยหลักการนี้มีต้นร่างมาจากหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แต่ทั้งนี้จะพบว่าแม้หลักการผิดนัดของเจ้าหนี้จะเป็นรากฐานหรือหลักการพื้นฐานในเรื่องนี้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายและคำอธิบายทางตำราแล้วจะพบว่าไม่ได้มีความชัดเจนในการอธิบายหลักการพิจารณาการผิดนัด

นอกจากนั้นในส่วนของผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นได้บัญญัติผลของการผิดนัดไว้เพียงสองประการ คือ มาตรา 221 ซึ่งห้ามเจ้าหนี้เรียกดอกเบี้ยในหนี้เงินระหว่างที่ตนผิดนัดและการที่ลูกหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนแม้การชำระหนี้

กลายเป็นพันธวิสัย ตามมาตรา 372 วรรคสองตอนท้าย ทั้งที่ต้นร่างของหลักการนี้ตามประมวลกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ไว้อย่างชัดเจนในหลายประการ แต่ในกฎหมายไทยหาได้นำบทบัญญัติในเรื่องผลแห่งการที่เจ้าหนี้ผิดนัดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาบัญญัติไว้ด้วยไม่⁹³

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาหลักการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างถ่องแท้แล้วโดยการเปรียบเทียบคำอธิบายของหลักกฎหมายต่างประเทศและผลของมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะพบว่า การพิจารณาการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามหลักกฎหมายไทยนั้น ไม่จำเป็นต้องนำความผิดของเจ้าหนี้มาเป็นข้อพิจารณาแต่ประการใด โดยมีแนวความคิดที่ว่า การรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เป็นสิทธิไม่ได้เป็นหน้าที่แต่ประการใด⁹⁴ แต่ทั้งนี้ในบางกรณีนั้นการที่พิจารณาว่าการรับชำระหนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้เพียงประการเดียวก็จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้ ดังนั้นจึงมีการยอมรับว่าควรกำหนดให้การรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ในบางประการเท่านั้น อันได้แก่ การที่ลูกหนี้มีประโยชน์ได้เสียเป็นพิเศษจากการที่เจ้าหนี้รับชำระหนี้หรือจากการปฏิบัติการชำระหนี้เสร็จสมบูรณ์ของลูกหนี้และหากเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ก็จะทำให้ ฝ่ายลูกหนี้นั้นได้รับผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียอย่างสำคัญ ทั้งนี้จะปรากฏการเป็นหน้าที่ใน 3 กรณีดังต่อไปนี้ คือ กรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น ในสัญญาซื้อขาย หรือการซื้อสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้

ในการพิจารณาในส่วนของผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นก็จะพบว่าแม้จะมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการผิดนัดไว้ในมาตรา 221 และมาตรา 372 วรรคสองตอนท้ายเพียงสองประการก็ตาม แต่ผลของเจ้าหนี้อีกประการที่แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมายโดยตรงก็คือ การที่ลูกหนี้ไม่ได้หลุดพ้นจากหนี้เมื่อเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้แต่ประการใด นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายในส่วนอื่นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะพบตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ด้วย คือ ตัวบทกฎหมายในส่วนที่ 1 การชำระหนี้

⁹³ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย“หนี้”บทเบ็ดเสร็จทั่วไป,

พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547), น. 235.

⁹⁴ โปรดพิจารณาเนื้อความในบทที่ 3, น. 81-86.

ของหมวดที่ 5 ความระับแห่งหนี้ อันได้แก่ มาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งฯ⁹⁵ ซึ่งเป็นผลของการชำระหนี้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นความรับผิดบางประการ

แต่ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นผลของการชำระหนี้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นความรับผิดบางประการ หากใช้เป็นผลแห่งการที่เจ้าหนี้ผิดนัดโดยตรงไม่⁹⁶ โดยตามมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นได้นำไปบัญญัติไว้ในส่วนที่ 1 ว่าด้วยการชำระหนี้ หากได้บัญญัติรวมอยู่กับมาตราต่างๆอันเป็นบทบัญญัติเรื่องเจ้าหนี้ผิดนัดไม่ แต่ถึงกระนั้นก็เห็นได้ว่าในเรื่องเจ้าหนี้ผิดนัดนั้น ลูกหนี้ต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย ดังนั้นมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งฯ จึงเป็นผลของการขอปฏิบัติการชำระหนี้จึงกล่าวได้ว่าเป็นผลที่เกี่ยวเนื่องของการที่เจ้าหนี้ผิดนัดด้วย⁹⁷ ทั้งนี้มาตรา 330 ของไทยเอามาจากมาตรา 492 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น⁹⁸ ทั้งนี้นอกจากบทบัญญัติตามมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในส่วนอื่นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพบว่ามิบัญญัติในประเด็นที่เกี่ยวเนื่องการผิดนัดของเจ้าหนี้ด้วย เช่น บทบัญญัติในกรณีของสิทธิของลูกหนี้ในการได้รับชำระหนี้ตอบแทนแม้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย ตามมาตรา 370-372 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

แม้กระนั้นก็ตาม ถึงจะพิจารณาบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของการชำระหนี้และในส่วนอื่นแล้วก็ตาม แต่จะพบว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นั้นยังมีความไม่เหมาะสมและในบางกรณีก็ไม่สามารถรองรับปัญหาบางประการที่เกี่ยวเนื่องจากการผิดนัดของเจ้าหนี้ได้ ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าว ตามที่ได้ศึกษามาได้แก่

ก. ความรับผิดของเจ้าหนี้ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดนัดของตน ในประเด็นปัญหาประการนี้ หากเป็นการที่ลูกหนี้ผิดนัดนั้นเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายและเหตุผลที่ลูกหนี้จำต้องมีความรับผิดในความเสียหายประการต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ โดยกฎหมายยอมรับให้เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากลูกหนี้ในความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ แต่ทั้งนี้

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 330 บัญญัติว่า “เมื่อขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบ บรรดาความรับผิดชอบอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ก็เป็นอันปลดเปลื้องไป นับแต่เวลาที่ขอปฏิบัติการชำระหนี้”

⁹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาค 1-2), พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505 (กรุงเทพมหานคร :นิติบรรณาการ, 2520), น.780-781.

⁹⁷ โสภณ รัตนากกร., อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93, น.234.

⁹⁸ เพ็งอ้าง, น.235.

ในทางกลับกันจะพบว่า หากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้โดยไม่ยอมรับชำระหนี้จากลูกหนี้ ซึ่งผลในทางกฎหมายคือ ลูกหนี้ยังคงผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ซึ่งจะพบว่าลูกหนี้อาจได้รับความเสียหายจากการที่ตนต้องผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ แต่ตามหลักกฎหมายของไทยกลับไม่ได้มีความชัดเจนในวัตถุประสงค์กฎหมายหรือคำอธิบายในประการใดที่กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกหนี้ หากจะมีก็ยอมรับหลักการในการเรียกค่าเสียหายของลูกหนี้ก็เฉพาะในสัญญาต่างตอบแทนโดยเป็นกรณีการที่เจ้าหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตอบแทน โดยถือว่า เจ้าหนี้กระทำความผิดสัญญาและเป็นการรับผิดชอบในฐานะของลูกหนี้ด้วย แต่หากเป็นกรณีการผิดนัดไม่รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะมีความรับผิดชอบของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ก็มีเพียงประเด็นในความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นที่ลูกหนี้ต้องรับภาระในความผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เท่านั้น

ทั้งนี้ในประเด็นปัญหานี้เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น เยอรมัน และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้มีการยอมรับให้เจ้าหนี้จำต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ตนผิดนัด ซึ่งหลักการกำหนดความรับผิดชอบในค่าเสียหายของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์นั้นมีความเห็นที่สอดคล้องกัน คือ เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้หรือต้องให้ความร่วมมือในการรับชำระหนี้ (หากเป็นการชำระหนี้ตอบแทนถือว่าเป็นหน้าที่แน่นอน) หากแต่จะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดบางประการ

1. หากเป็นระบบซีวิลลอว์นั้น เจ้าหนี้จะมีหน้าที่ในการรับชำระหนี้บางกรณีเท่านั้น ซึ่งเป็นการพิจารณาการเป็นหน้าที่ในฐานะเป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้หากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ในการไม่รับชำระหนี้ก็ถือว่าเจ้าหนี้ผิดหน้าที่ เจ้าหนี้อาจถูกบังคับให้กระทำหน้าที่และหากการบังคับกระทำไม่ได้ก็จำต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายต่อลูกหนี้อันเกิดจากการไม่รับผิดชอบชำระหนี้ ซึ่งมีผลเป็นเสมือนตน(เจ้าหนี้) ตกเป็นลูกหนี้ผิดนัด

2. ส่วนในระบบคอมมอนลอว์นั้นถือว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการรับชำระหนี้หรือให้ความร่วมมือในการรับชำระหนี้ หากเจ้าหนี้ไม่กระทำการดังกล่าวถือว่าการผิดหน้าที่ จำต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่⁹⁹

จากการพิจารณาหลักการผิดนัดของระบบกฎหมายต่างประเทศและข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหบางประการตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 และที่ 3 ผู้เขียนเห็นว่าตามหลักกฎหมายไทยควรต้องให้สิทธิลูกหนี้ในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดนัดไม่รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการรับชำระหนี้เท่านั้น

⁹⁹ Reinhard Zimmermann, *supra* note 2, p.818.

ข. ความผูกพันในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ ในการชำระหนี้ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นลูกหนี้จำต้องใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งหากเกิดการที่เจ้าหนี้ผิดนัดนั้น ผลประการสำคัญก็คือ ลูกหนี้ยังคงต้องผูกพันในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ การผิดนัดของเจ้าหนี้ไม่เป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ดังนั้นลูกหนี้จำต้องใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้เพื่อรอทำการชำระหนี้ การใช้ความระมัดระวังจะสิ้นสุดเมื่อมีการชำระหนี้ หรือมีการเลิกสัญญา โดยไม่ได้มีการลดระดับมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ลงแต่ประการใด (มาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

ทั้งนี้หากเป็นหลักในกฎหมายเยอรมันจะพบว่า กรณีของความผูกพันในการใช้ความระมัดระวังเพื่อการชำระหนี้ของลูกหนี้และภาวะความเสี่ยงภัยอันเกิดกับตัวทรัพย์สินเนื่องมาจากความผูกพันในการชำระหนี้ของลูกหนี้ในกรณีเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ นั้นตามหลักกฎหมายของเยอรมันในมาตรา 300 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน(BGB) นั้น มีการลดระดับความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ โดยหากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ขึ้น จะพบว่ากฎหมายลดภาวะความรับผิดชอบของลูกหนี้ลง โดยลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เว้นแต่เป็นกรณีเกิดความเสียหายจากการกระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา ซึ่งหากตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลูกหนี้จำต้องรับผิดชอบต่อการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ไม่ได้มีการลดระดับความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้แต่ประการใด โดยหากเกิดความเสียหายขึ้นอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอในการชำระหนี้ เพียงแค่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อยู่นั่นเอง

นอกจากนั้น หากเป็นหนี้ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ความรับผิดชอบในความเสียหายของทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นถูกโอนไปยังเจ้าหนี้นับแต่เวลาแรกที่เกิดกรณีเจ้าหนี้ล่าช้าไม่รับชำระหนี้หรือเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ (มาตรา 300 (2) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)) ซึ่งจะพบว่ามีความแตกต่างจากกฎหมายไทย

แต่หากเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ภายหลังเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ นั้น เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นจะพบว่า การผิดนัดของเจ้าหนี้จะส่งผลกระทบต่อระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ดังเช่นของเยอรมัน แต่มีความแตกต่าง โดยหากเป็นระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้น ระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้โดยการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก่อนการผิดนัดของเจ้าหนี้จะเป็นประการใดก็ตาม เมื่อเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ขึ้นนั้น ลูกหนี้จำต้องใช้ความระมัดระวังเพียงเท่าที่ใช้ในระดับการดูแลทรัพย์สินของตนเอง ตามมาตรา 413 และมาตรา 659 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

จากการที่ในระบบกฎหมายเยอรมันและญี่ปุ่นบัญญัติผลของการผิดนัดของเจ้าหนี้ใน ประการนี้โดยได้กำหนดเปลี่ยนแปลงและลดมาตรฐานความรับผิดของลูกหนี้ลง จึงทำให้เกิดประเด็น ข้อพิพาทดังนี้

1. ความแตกต่างของขนาดการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ระหว่างระบบกฎหมายไทย และระบบทั้งสองระบบ

1.1 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน ในการที่จะพิจารณา ความรับผิดของลูกหนี้ในการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้เมื่อเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ลูกหนี้ จำต้องรับผิดและกรณีใดลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นความรับผิด (หากนำหลักกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้ใน กฎหมายไทยจะเกิดผลประการใด) ซึ่งก็คือ การพิจารณาความแตกต่างระหว่างการกระทำโดย ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาตนเอง¹⁰⁰

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ได้แก่ การกระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่ผู้กระทำได้กระทำโดย ขาดความระมัดระวังตามสมควร คือ เป็นการกระทำที่อยู่ในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังไม่ กระทำ เพราะฉะนั้นการที่เขาทำไปถือว่าเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง¹⁰¹

การพิจารณาความระมัดระวังในความรับผิดทางสัญญา กฎหมายในระบบกฎหมายไทย วางระดับโดยทั่วไปไว้ในระดับของวิญญูชน (ดูมาตรา 323, 473, 553, 689 วรรคสอง, 802, 1421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น) เว้นแต่บางกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ใช้ความระมัดระวัง ยิ่งหรือหย่อนกว่านั้น (มาตรา 689 วรรคหนึ่งและสาม) คือ อาจไม่ถึงระดับความระมัดระวังอย่าง วิญญูชนหรือเหนือกว่านั้นก็ได้ ความรับผิดทางสัญญาพิจารณาจากวิญญูชนที่สมมุติขึ้นเปรียบเทียบ เป็นมาตรฐานความระมัดระวังในกรณีปกติทั่วไปตามมาตรา 323 จึงเป็นเช่นเดียวกันไม่ต้องคำนึงถึง

¹⁰⁰ ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นประมาทเลินเล่อหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงใน ความรับผิดทางสัญญานั้น สามารถพิจารณาเทียบเคียงได้จากหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด ทั้งนี้จะมี ข้อความคิดที่แตกต่างกันก็ตรงที่หากเป็นความรับผิดทางละเมิดการพิจารณาการใช้ความระมัดระวัง จะพิจารณาโดยเทียบเคียงกับบุคคลในภาวะ วิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้น แต่หากเป็นความรับผิดทาง สัญญาจะพิจารณาการใช้ความระมัดระวังจะพิจารณาจากระดับการใช้ความระมัดระวังตามที่ กฎหมายกำหนดในแต่ละกรณีทั้งนี้โดยทั่วไปจะใช้ระดับวิญญูชน

¹⁰¹ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 2, (จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา: กรุงเทพมหานคร, 2545), น.126.

ตัวลูกหนี้ แม้จะเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลไร้ความสามารถ ถ้าต้องผูกพันตนโดยสมบูรณ์ในหนี้ตามสัญญาแล้ว ก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้อย่างบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะทั่วไป¹⁰²

การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นการกระทำที่บุคคลที่มีความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยจะไม่พึงกระทำ โดยถือว่าเป็นความผิดอย่างร้ายแรงหรือความผิดอย่างหนัก (Culpa lata)¹⁰³ บางกรณีกฎหมายถือว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีผลเท่ากับความผิด โดยจงใจ¹⁰⁴

การจะเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ อาจพิจารณาเปรียบเทียบวิญญูชนทั่วไปในภาวะเช่นนั้นก็ได้ เช่น ในภาวะเช่นนั้นคนทั่วไปอาจประมาทเลินเล่อได้ หากเราประมาทเลินเล่อบ้างก็เป็นความผิดประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา แต่หากในภาวะเช่นนั้นไม่มีใครควรประมาทเลินเล่อแล้วเราไปประมาทเลินเล่อเข้าก็เป็นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้อาจารย์สรพล สุขทรรศนีย์ ได้ให้ตัวอย่างไว้ในกรณีการขับรถฝ่าไฟแดง บุคคลทั่วไปอาจเลินเล่อขับฝ่าไฟแดงได้ ดังนั้นการที่เราประมาทเลินเล่ออย่างนั้นบ้างจึงเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา¹⁰⁵ หรือการว่าจ้างให้มีจัดพิมพ์หนังสือ ปรากฏว่าผู้รับจ้างกลับจัดเรียงอักษรหน้าปกของหนังสือผิด ซึ่งจะพบว่าในการรับว่าจ้างของผู้รับพิมพ์หนังสือการจัดเรียงอักษรนั้นอาจเกิดข้อผิดพลาดได้หากเป็นข้อความในตัวหนังสือ การเรียงอักษรหน้าปกผิดนั้นคงไม่มีผู้รับจ้างรายใดจะกระทำได้ เป็นต้น

นอกจากหลักการพิจารณาการกระทำที่เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ทำคำตอบข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 61/2540 อธิบายความหมายของคำว่าประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ดังนี้

อย่างไรเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี ซึ่งความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ใช่โดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในสภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ส่วน

¹⁰² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), น.9 อ้างจากหรือกล่าวจาก จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตสภา 2503, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 คณะนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2523, น.473.

¹⁰³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น.122.

¹⁰⁴ เพิ่งอ้าง, น.139.

¹⁰⁵ สรพล สุขทรรศนีย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะประกันภัย ศึกษาแบบเรียงมาตรา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น.76.

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จะมีลักษณะไปในทางที่บุคคลนั้นได้กระทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานไปอย่างมาก เช่น คาดเห็นได้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หรือหากระมัดระวังสักเล็กน้อยก็คงได้คาดการณ์การอาจเกิดความเสียหายเช่นนั้น เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1789-1790/2518 กรณีโรงงานของจำเลย (กระทรวงการคลัง) เผาเศษปอทำให้มีควันดำปกคลุมถนนมองไม่เห็นทางข้างหน้าเป็นเหตุให้มีรถชนมาชนท้ายรถจักรยานซึ่งจอดอยู่ได้รับความเสียหายซึ่งเหตุการณ์เช่นนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้ว 2-3 ครั้ง แต่ก็ปล่อยปะละเลยไม่เปลี่ยนแปลงวิธีการเผาเศษปอเป็นกรณีที่จำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นต้น¹⁰⁶

กล่าวโดยสรุป การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำที่บุคคลโดยทั่วไปไม่ได้ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอ แต่หากเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างมาก หรือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลย โดยหากใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็จะไม่เกิดผลเช่นนั้น ซึ่งหากเป็นบุคคลโดยทั่วไปในสภาวะเช่นนั้นจะไม่กระทำการเช่นนั้นเลย

ตัวอย่าง ก.เจ้าหนี้ได้ฝากรถไว้กับ ข.ลูกหนี้ซึ่งเป็นเพื่อนกันโดยให้ค่าตอบแทนในการฝากรถเป็นระยะเวลา 1 เดือนเนื่องจากตนต้องเดินทางไปต่างประเทศ ครั้นเมื่อครบกำหนดตามระยะเวลาดังกล่าว ข.ได้นำรถไปส่งคืนแก่ ก. แต่ ก.กลับไม่อยู่บ้านเนื่องจากออกไปเที่ยว เป็นเหตุให้ ข.ไม่สามารถส่งมอบรถคืนแก่ ก.ได้ ข.จึงได้ขับรถกลับบ้านพักของตน

ทั้งนี้ ระหว่างทางกลับบ้าน ข.แวะซื้อของที่ตลาด จึงได้จอดรถไว้ข้างทาง แล้วแวะเข้าไปซื้อของที่ตลาดที่ร้านค้าที่ห่างออกไป 30 เมตร โดยทิ้งรถไว้ประมาณ 10 นาที ทั้งนี้ปรากฏว่า ข.ลืมล็อครถประตูแต่ได้ตั้งกุญแจติดเครื่องรถยนต์ออก ต่อมาปรากฏว่ารถหาย

ตามตัวอย่าง ก.เป็นเจ้าหนี้ผิดนัดในการไม่รับชำระหนี้ ซึ่ง ข.ลูกหนี้มีความผูกพันในการดูแลรักษาทรัพย์สินเพื่อรอการส่งมอบแก่ ก.เจ้าหนี้ แม้จะเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ขึ้นก็ตาม ซึ่งในสัญญาฝากทรัพย์สินมีบำเหน็จนั้น ลูกหนี้จำต้องใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ในระดับวิญญูชนโดยทั่วไป ซึ่งตามข้อเท็จจริงจะพบว่า ข.ลืมล็อครถ การที่รถหายนั้นถือว่า ข.กระทำการโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา ซึ่งจะพบว่าบุคคลโดยทั่วไปนั้นอาจลืมล็อครถกันได้ อีกทั้งเป็นระยะเวลาเพียงแค่ 10 นาที และยังมีผู้คนในบริเวณนั้น¹⁰⁷ โดยหากเป็นการพิจารณาผลของการผิดนัดในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว ข.ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการที่รถหายต่อ ก.เจ้าหนี้แต่ประการใด หากแต่เป็นระบบกฎหมายไทยแล้ว ข.ยังต้องรับผิดชอบต่อ ก.เจ้าหนี้อยู่

¹⁰⁶ เพิ่ง เพิ่งนิติ,อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1 ,น.535.

¹⁰⁷ คำพิพากษาฎีกาเลขที่ 260/2523 ,ประจำปีพุทธศักราช 2523 ,เนติบัณฑิตสภา เล่มที่ 12 หน้าที่ 2531.

แต่ทั้งนี้หากปรากฏว่า ข. นำรถกลับบ้านแล้วไปจอดรถบริเวณหน้าบ้านไม่ยอมนำไปจอดในบริเวณบ้านของตน ซึ่งตนได้ใช้จอดรถของตนเอง และไม่ยอมดึงกุญแจรถออก หรือล็อกประตู แล้วต่อมาปรากฏว่ารถหาย จะพบว่าพฤติการณ์ดังกล่าวคงจะไม่มีบุคคลใดกระทำการเช่นนั้น โดยจะพบว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเลยในการดูแลรักษาทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งตามระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ข. ก็ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้เนื่องจากตนกระทำการโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ตัวอย่าง ก. ลูกหนี้ประกอบกิจการรับฝากของในห้องเช่าเย็น โดย ข. เจ้าหนี้ได้แจ้งว่าจะนำสินค้าประเภทของสด (ซึ่งต้องเก็บไว้ที่ตู้แช่แบบพิเศษที่สามารถควบคุมอุณหภูมิได้และให้คนเฝ้าดูแลอุณหภูมิตลอดเวลา) มาฝากไว้กับ ก. เป็นระยะเวลา 2 เดือน ให้ ก. เตรียมพื้นที่ไว้เก็บสินค้าดังกล่าว ต่อมา ข. ได้นำสินค้ามาเก็บไว้ ณ คลังสินค้า แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ข. ไม่ยอมมารับสินค้าคืน ซึ่ง ก. ต้องการพื้นที่เพื่อเก็บสินค้าของบุคคลอื่น ข. จึงได้ย้ายสินค้ามาเก็บไว้ ณ ตู้แช่แบบธรรมดาที่ไม่สามารถควบคุมอุณหภูมิได้และไม่มีคนดูแล สินค้าจึงเกิดความเสียหาย

กรณีถือว่า ข. ประมาทไม่ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแต่หาก ข. ได้ย้ายสินค้าดังกล่าวออกมาจากคลังสินค้ามาเก็บบริเวณลานจอดรถของคลังสินค้า เป็นเหตุให้สินค้าดังกล่าวเสียหาย กรณีนี้จะพบว่าคงไม่มีผู้ประกอบการคนใดดูแลสินค้าดังกล่าวโดยการเก็บของสดไว้ ณ บริเวณที่ไม่มีควมเย็น ถือว่าการกระทำของ ก. เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ตามตัวอย่างจะพบว่าหากเป็นกฎหมายเยอรมัน ข. จะต้องรับผิดชอบในกรณีของการย้ายของสดมาวางไว้ ณ ลานจอดรถ ซึ่งจะพบว่าไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามก็คงไม่กระทำการเช่นนั้นเป็นการที่ ข. ไม่ใช้ความระมัดระวังเลยและเป็นการผิดมาตรฐานในการเก็บรักษาของสดเป็นอันมาก เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงดังนั้น ข. จึงต้องรับผิดชอบ

1.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น ในกฎหมายญี่ปุ่นนั้นระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้้นั้นโดยหลักแล้วมี 3 ระดับ คือ ระดับผู้ประกอบการวิชาชีพ, วิทยุชนและการดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเอง ตามมาตรา 659 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งจะพบว่าเป็นหลักการเดียวกับระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ตามกฎหมายไทยในมาตรา 659 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทั้งนี้หากเป็นการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นแล้วเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ กฎหมายญี่ปุ่นได้เปลี่ยนแปลงระดับการใช้ความระมัดระวังไปจากระดับเดิมไปเป็นระดับในการใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้หากเป็นการที่ลูกหนี้มีความผูกพันในการใช้ระดับความระมัดระวังก่อนที่เจ้าหนี้ผิดนัดในระดับที่สูงกว่าระดับความระมัดระวังในการดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเอง ก็จะเป็นการลดระดับความระมัดระวังลง แต่หากเป็นกรณีที่ก่อนเจ้าหนี้ผิดนัดนั้นลูกหนี้มี

ความผูกพันในการใช้ความระมัดระวังในระดับการดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเองก็จะพบว่าเมื่อเกิดการ
ผิดนัดของเจ้าหนี้ก็ไม่ได้มีการลดระดับการใช้ความระมัดระวังลงแต่ประการใด

2. การเปลี่ยนแปลงระดับความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้เมื่อเกิดการผิดนัดของ
เจ้าหนี้ในระบบกฎหมายไทยมีความจำเป็นหรือไม่ และควรนำความคิดของระบบกฎหมายใดมาปรับใช้

2.1 การลดระดับการใช้ความระมัดระวังและการโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง
ตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้นมีความจำเป็นในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า
การโอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นในระบบกฎหมายไทยนั้นหาได้มีความจำเป็นต้องการ
โอนความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นในระบบกฎหมายเยอรมันมาใช้ในกฎหมายไทยเนื่องจากความ
เสี่ยงภัยในระบบกฎหมายไทยนั้นหากเป็นกรณีสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการโอน
ทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นได้ถูกโอนไปแล้วตั้งแต่ทำสัญญาเสร็จสมบูรณ์ หรือหากไม่ใช่สัญญา
ต่างตอบแทนที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เช่น สัญญาฝากทรัพย์สิน ก็เป็นการชัดเจนอยู่แล้วที่
เจ้าหนี้ต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงภัย ซึ่งมีความแตกต่างในระบบกฎหมายเยอรมันที่ถือว่าความเสี่ยงภัย
ในตัวทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นจะโอนเมื่อมีการส่งมอบ จึงจำต้องมีบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อคุ้มครองลูกหนี้
จากเหตุข้างต้น จึงสันนิษฐานได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันจึงได้มีการลดระดับการใช้ความ
ระมัดระวังลงก็เพราะอาจมาจากสาเหตุนี้ด้วย นอกจากการเหตุผลที่ผลของการผิดนัดของลูกหนี้
ลูกหนี้จำต้องรับผิดชอบมากขึ้นดังนั้นหากเจ้าหนี้ผิดนัดจึงควรลดระดับการใช้ความระมัดระวังลง

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาในส่วนของระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องลดระดับการใช้
ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลง เนื่องจาก

ก. การผิดนัดของเจ้าหนี้ไม่ได้ทำให้หนี้ระงับลงดังนั้นลูกหนี้ก็จำต้องผูกพันในการใช้ความ
ระมัดระวังในการชำระหนี้ กล่าวคือ ยังคงเป็นหนี้และปริมาณหนี้ก็เหมือนเดิม ไม่มีเหตุในการลดระดับ
การใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ลง การลดระดับการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ลงอาจทำให้
ลูกหนี้ไม่ให้ความใส่ใจในการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ซึ่งหากการผิดนัดที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของเจ้าหนี้
อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ แต่ทั้งนี้แม้จะมีข้อที่น่าคิดว่า หากเจ้าหนี้รับชำระหนี้แล้ว
ลูกหนี้ก็อาจจะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของลูกหนี้ที่ขาดความระมัดระวัง
แต่ประการใด กล่าวอีกนัยคือ เมื่อเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ทำให้ลูกหนี้เพิ่มระยะเวลาการใช้ความ
ระมัดระวังในการชำระหนี้มากขึ้น ซึ่งเมื่อเวลามากขึ้นความผิดพลาดก็อาจเกิดขึ้นได้

ข. แต่เมื่อพิจารณาในบทกฎหมายในส่วนอื่นจะพบว่า สามารถนำมาปรับใช้ได้กรณีที่
เจ้าหนี้ผิดนัดในการไม่รับชำระหนี้

1. หากเกิดความเสียหายกับตัวทรัพย์สินภายหลังการผิติดอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอ กรณีนี้มาตรา 223 ที่กำหนดให้เจ้าหนี้มีส่วนต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็จะเป็นมาตรการในการบรรเทาความเสียหายที่ลูกหนี้จำต้องรับผิดชอบ

2. หากมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากการที่ลูกหนี้ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้น มาตรา 325 ก็บัญญัติรองรับประเด็นปัญหาโดยเจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์สินที่เพิ่ม มากขึ้น

3. กรณีที่ลูกหนี้จำต้องเพิ่มระยะเวลาในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้หากเป็นกรณีของการส่งมอบทรัพย์สิน ลูกหนี้ก็สามารถใช้มาตรการวางทรัพย์สินในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น นอกจากนั้นในประเด็นปัญหาความเสี่ยงภัยเมื่อเกิดการผิติดของเจ้าหนี้ ก็ไม่ได้เกิดประเด็นปัญหาในระบบกฎหมายไทย ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขบทกฎหมายในการจำกัดระดับการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ลงแต่ประการใด

ตัวอย่าง ก.ลูกหนี้ได้เช่ารถจาก ข.ลูกหนี้ เนื่องจากรถของตนเสียจึงนำรถไปให้ ค.เช่า แต่ต่อมาเมื่อรถของ ก.ซ่อมเสร็จ ก.จึงนำรถไปคืนแก่ ข.แต่ ข.ไม่ยอมรับคืนรถ เป็นเหตุให้ ก.จำต้องดูแลรักษารถทั้งสองคัน อันได้แก่ รถของ ก.เองและรถของ ข. แต่เนื่องจากที่จอดรถของ ก.มีเพียงคันเดียว ดังนั้น ก.จึงต้องไปเช่าพื้นที่เพื่อจอดรถของ ข.

ตามข้อเท็จจริงจะพบว่ากรณีที่ ข.เจ้าหนี้ผิติดในการไม่รับรถคืนเป็นเหตุให้ ก.จำต้องใช้ความระมัดระวังในการดูแลรักษารถของ ข.ต่อไป ในระดับวิญญูชน ตามมาตรา 553 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะพบว่าเกิดเป็นภาระของ ก.ในการต้องเช่าพื้นที่เพื่อเก็บรักษารถ ไม่สามารถนำไปเก็บรักษาในที่ไม่ควรเก็บรักษา เช่น พื้นที่นอกบ้านของตน

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้จะพบว่าสามารถนำหลักกฎหมายประการอื่นมาปรับใช้ได้ เช่น ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์สินที่เพิ่มมากขึ้นคือ ค่าเช่าพื้นที่จอดรถ ก.ก็สามารถเรียกได้จาก ข. ตามมาตรา 325 นอกจากนั้นหากเกิดความเสียหายกับรถนั้น ก.ก็อาจจะใช้สิทธิตามมาตรา 223 มาปรับใช้เพื่อลดค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบด้วย

ค. ความมุ่งหมายของหลักการผิติดของเจ้าหนี้เป็นการให้ความคุ้มครองลูกหนี้จากการกระทำของเจ้าหนี้เป็นเหตุให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ลูกหนี้ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเจ้าหนี้ การที่กำหนดให้มีการลดระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลงนั้นถือว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่เจ้าหนี้ อันเป็นการลงโทษเจ้าหนี้ ซึ่งจะพบว่าเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของหลักการผิติดของเจ้าหนี้

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำหลักกฎหมายเยอรมันในการลดระดับการความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลง มาบัญญัติในด้วยบทกฎหมายไทยเนื่องจาก มีด้วยบทกฎหมายรองรับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว นอกจากนั้นเนื่องจากหลักการผิติดของเจ้าหนี้เป็นหลักการที่

ต้องการให้ความคุ้มครองลูกหนี้จากการกระทำของเจ้าหนี้ในการไม่รับชำระหนี้ การที่จะไปลดระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งจะเป็นการลงโทษเจ้าหนี้ นั่นจะเป็นการขัดกับความมุ่งหมายของหลักการผิคนัดของเจ้าหนี้

2.2 การเปลี่ยนแปลงระดับการใช้ความระมัดระวังตามระบบกฎหมายญี่ปุ่นควรนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ ตามที่ได้วิเคราะห์หลักการเปลี่ยนแปลงระดับการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ตามระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้นจะพบว่า

ก. ดังเหตุผลในการไม่จำเป็นต้องนำหลักการปรับลดระดับการใช้ความระมัดระวังของลูกหนี้ของเยอรมันมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย จึงเป็นเหตุเดียวกันในการไม่จำเป็นต้องนำหลักการปรับลดระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นมาปรับใช้เช่นเดียวกัน

ข. นอกจากเหตุผลตามข้อ ก.) แล้วจะพบว่าในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้น หากเป็นการที่ลูกหนี้จำเป็นต้องใช้ระดับการใช้ความระมัดระวังในขนาดที่ต้องใช้ในการดูแลทรัพย์สินตัวเองนั้นจะพบว่าเมื่อเกิดการผิคนัดของเจ้าหนี้ก็ไม่ได้มีการลดมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังลงแต่ประการใด ซึ่งหากเป็นกรณีนี้จะพบว่าหลักการผิคนัดของเจ้าหนี้จะไม่ส่งผลที่ก่อให้เกิดการประโยชน์หรือคุ้มครองลูกหนี้จากการผิคนัดของเจ้าหนี้

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าจึงไม่ควรนำหลักการปรับลดระดับการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของลูกหนี้เมื่อเกิดการผิคนัดของเจ้าหนี้ ตามระบบกฎหมายญี่ปุ่นมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย แต่ประการใด

อนึ่งในกรณีของความเสียหายในทรัพย์สินในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้น ถือว่าความเสียหายได้โอนไปยังเจ้าหนี้ นับแต่เวลาที่สัญญาเสร็จสมบูรณ์ ดังนั้นหากเกิดการผิคนัดของเจ้าหนี้จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดบทกฎหมายโอนความเสียหายอีกแต่ประการใด

ค. ความรับผิดของเจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ที่เพิ่มขึ้นจากการกระทำของเจ้าหนี้ตามหลักกฎหมายแล้วหากการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้หรือผิดแผกไปจากข้อตกลงหรือจากการกระทำของเจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้ต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ซึ่งจะพบว่าหลักการผิคนัดของเจ้าหนี้ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าหนี้จำเป็นต้องมีความรับผิดในค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ที่เพิ่มขึ้น แต่ทั้งนี้จะพบว่ามีปัญหาในการตีความของค่าใช้จ่ายดังกล่าวนั้นครอบคลุมเพียงใด และเป็นค่าใช้จ่ายอะไรบ้างที่ถือว่าเจ้าหนี้ต้องรับผิด ซึ่งตามกฎหมายไม่ได้ให้นิยามเอาไว้แต่ประการใด นอกจากนั้นในการใช้สิทธิวางทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ค่าใช้จ่ายในการขนส่งทรัพย์สินเพื่อการวางทรัพย์สินถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ต้องรับผิดหรือไม่ ตามหลักกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ต้องรับผิดต่อลูกหนี้หรือไม่ แต่จากการศึกษาจะพบว่า ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการผิคนัดของเจ้าหนี้ นั้นหากเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่เกิดจากการชำระหนี้โดยตรง อันได้แก่ ค่าใช้จ่ายอันเป็น

อุปกรณ์ในการชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัด ลูกหนี้จำเป็นต้องเป็นฝ่ายรับภาระค่าใช้จ่ายใน ประการนี้ แต่อย่างไรก็ตามค่าขนส่งสินค้าเพื่อการใช้สิทธิวางทรัพย์น่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ต้องรับ ผิด เนื่องจากเกิดจากความผิดของเจ้าหนี้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเยอรมันนั้น จะมีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าหากเกิดการผิดนัดของ เจ้าหนี้ ลูกหนี้มีสิทธิในการเรียกร้องค่าใช้จ่ายจากการไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้อง เงินค่าใช้จ่ายต่าง ๆ จากการที่ขอปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่สำเร็จ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์ นับ แต่ที่มีการล่าช้าของเจ้าหนี้ต่อเนื่องไป ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 304 ประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมัน (BGB) ซึ่งจะพบว่าหลักการเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไทย

ง. สิทธิในการได้รับชำระหนี้ของลูกหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติใน มาตรา 369 ถึง 372 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการผิดนัดของเจ้าหนี้้นั้นนอกจากการที่ เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้แล้ว ในอีกกรณีเป็นการที่เจ้าหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ตอบแทนด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ เจ้าหนี้้นั้นอาจต้องการที่รับชำระหนี้จากลูกหนี้ แต่เจ้าหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ตอบแทนซึ่งอาจเกิดเพราะ เจ้าหนี้ไม่สามารถชำระหนี้หรือมีความสามารถในการชำระหนี้แต่เจ้าหนี้ตั้งใจหรือไม่ต้องการชำระหนี้ ตอบแทนก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามในสัญญาต่างตอบแทนหากลูกหนี้เสนอชำระหนี้หรือได้ชำระหนี้ส่วน ของตนแล้วตามหลักกฎหมายของสัญญาต่างตอบแทนลูกหนี้ก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน แต่ก็มี ปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าลูกหนี้้นั้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนเพียงใดหากเจ้าหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ส่วนของตน

จากการศึกษาจะพบว่าแม้ลูกหนี้จะไม่ได้ชำระหนี้ส่วนของตนก็ตาม ลูกหนี้ก็มีสิทธิในการ รับชำระหนี้ตอบแทน หากการที่ไม่สามารถชำระหนี้ส่วนของตน(ลูกหนี้)เกิดขึ้นจากการกระทำที่โทษ เจ้าหนี้ได้ตามมาตรา 372 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งฯ หรือภายหลังการผิดนัดของเจ้าหนี้เกิด การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยแม้การพันธวิสัยไม่เกิดจากความผิดของเจ้าหนี้ก็ตาม มาตรา 372 วรรคสอง ตอนท้าย แต่อย่างไรก็ตามแม้การที่การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยไม่ว่าจะเกิดจากความผิดของเจ้าหนี้หรือ เกิดขึ้นภายหลังจากการผิดนัดของเจ้าหนี้ก็จะส่งผลให้ลูกหนี้มีโอกาสมีสิทธิได้รับชำระหนี้ได้ในเต็มจำนวน หรือเพียงบางส่วนเหมือนกันตามมาตรา 372 วรรคสอง ทั้งนี้จะพบว่าไม่ว่าการที่เจ้าหนี้ผิดนัดไม่ว่าจะ เกิดจากความผิดของเจ้าหนี้หรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าหากเกิดการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยอันไม่อาจโทษลูกหนี้ ไม่ได้แล้วลูกหนี้ก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน

ทั้งนี้ในบางกรณีสิทธิในการชำระหนี้ตอบแทนของลูกหนี้้นั้นไม่อาจมีได้ หากเป็นกรณีของ สัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนในกรณีของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนทรัพย์ตาม มาตรา 371 ประมวลกฎหมายแพ่งฯ

ในผลประการนี้จะพบว่าในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้น หากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ ขึ้นนั้นก็ได้ให้สิทธิลูกหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ตอบแทนเช่นเดียวกันแม้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย¹⁰⁸

จ. ภาระหรือความรับผิดชอบในผลกำไรหรือค่าตอบแทนอันเกิดจากตัวทรัพย์สิน สืบเนื่องจากการที่เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้ หากเป็นการที่วัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สิน จะเกิดประเด็นปัญหาว่า หากมีการที่ไม่รับมอบทรัพย์สินของเจ้าหนี้อันถือว่าเป็นการผิดนัดนั้น แล้วลูกหนี้ยังคงเป็นผู้ครอบครอง และใช้ประโยชน์ในตัวทรัพย์สินนั้น มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่าลูกหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นใดอันเกิดจากตัวทรัพย์สินต่อเจ้าหนี้หรือไม่

ประเด็นปัญหาประการนี้ ทั้งนี้หากเป็นกรณีของดอกเบี้ยแล้ว นั้นโดยหลักแล้วหากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิได้รับดอกเบี้ย เช่น ในหนี้เงินกู้ยืมหากเจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังได้ใช้ประโยชน์ในเงินกู้ยืมดังกล่าวต่อไป แต่ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยที่เกิดจากหนี้เงินดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 221 แต่หากเป็นผลประโยชน์ในประการอื่น เช่น ค่าเช่าอันเกิดจากการใช้ทรัพย์สิน นั้นอาจเกิดปัญหาได้ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาบทกฎหมายในส่วนของมาตรา 1376 และบทกฎหมายเกี่ยวกับลาภมิควรได้จะพบว่า ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบดอกผลหรือค่าตอบแทนใดแก่เจ้าหนี้หากลูกหนี้กระทำการหรือรับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต แต่หากมีการบอกกล่าวให้ส่งมอบทรัพย์สินแล้วถือว่าลูกหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบดอกผลหรือผลประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าหนี้ นอกจากนั้นหากพิจารณาจากหลักตามมาตรา 330 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งกำหนดให้ลูกหนี้เป็นอันปลดเปลื้องความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ซึ่งน่าจะรวมถึง การชำระผลประโยชน์อื่นใดกับเจ้าหนี้ด้วย แต่ทั้งนี้หากพิจารณาบทกฎหมายของเยอรมันตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 302 จะพบว่า หากเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้ ลูกหนี้มีภาระความผูกพันในการส่งมอบค่าตอบแทนหรือ ผลประโยชน์ใด ให้แก่เจ้าหนี้ เท่าที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับตามที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น หรือตามที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับจริงนับแต่เวลาที่เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเท่านั้น ซึ่งเป็นการบัญญัติบทกฎหมายที่รองรับปัญหานี้ไว้อย่างชัดเจน

ตัวอย่าง ก.เจ้าหนี้ตกลงให้ ข.ลูกหนี้เช่ารถเพื่อนำไปรับจ้างขนส่งคนโดยสาร เป็นระยะเวลา 3 เดือน โดย ข.จ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าเช่าเดือนละ 10,000 บาท ต่อมาเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่า ข.นำรถไปส่งคืนแก่ ก.แต่ ก.ไม่ยอมรับคืน ดังนั้น ข.จึงนำรถกลับไป ซึ่งปรากฏว่า ข.นำรถไปรับจ้าง ในระหว่างที่ ก.ไม่รับคืนด้วย ในกรณีนี้จะพบว่า ข.ไม่จำเป็นต้องชำระราคาค่าเช่าให้แก่ ก.ระหว่างที่ ก.ผิดนัดแต่ประการใด

¹⁰⁸ โปรดพิจารณาคำอธิบายในหน้าที่ 200.

จ. เมื่อเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้แล้ว หากเป็นหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้น มาตรการแก้ปัญหาของลูกหนี้ในการผิดนัดของเจ้าหนี้ที่ไม่รับชำระหนี้คือ มาตรการวางทรัพย์สิน แต่ทั้งนี้ ในการชำระหนี้โดยการส่งมอบทรัพย์สินบางประเภท อันได้แก่ หรือทรัพย์สินที่ไม่เหมาะสมในการใช้สิทธิวาง ทรัพย์สิน เช่น ทรัพย์สินที่มีขนาดใหญ่ เช่น อสังหาริมทรัพย์ หรือของสด เป็นต้น ซึ่งหากเป็นหนี้ในการส่งมอบ ทรัพย์สินดังกล่าวและเกิดการผิดนัดของเจ้าหนี้แล้วลูกหนี้จำต้องใช้สิทธิวางทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ นั้นจะ พบว่า การวางทรัพย์สินก็ไม่สามารถแก้ปัญหาได้และเป็นแนวทางแก้ปัญหาที่ยังคงมีข้อบกพร่อง

เนื่องจากในการใช้สิทธิวางทรัพย์สินนั้นนอกจากต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การวางทรัพย์สินต้องกระทำต่อเจ้าพนักงานวางทรัพย์สิน ซึ่งมีระเบียบ ข้อบังคับในการวางทรัพย์สินด้วย โดยหากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่เหมาะสมแก่การใช้สิทธิในการวาง ทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะเกิดจากความยุ่งยากในการดูแลรักษาทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายที่แพงเกินไป หรือโดยสภาพ ของทรัพย์สินไม่สามารถวางได้ เช่น อสังหาริมทรัพย์ สิ่งของที่มีขนาดใหญ่ ของสด เป็นต้น เจ้า พนักงานก็สามารถปฏิเสธการรับวางทรัพย์สินได้ ทั้งนี้จะเกิดปัญหากับลูกหนี้โดยไม่มีมาตรการมาเยียวยา แก้ปัญหาของลูกหนี้ หากต้องมีการชำระหนี้โดยการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว

ทั้งนี้แม้จะมีบทบัญญัติในมาตรา 336 เป็นทางออกของปัญหาดังกล่าวก็ตาม แต่ในการ ปฏิบัติตามมาตรา 336 ก็ต้องกระทำโดยการนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดและนำเงินจากการขาย ทอดตลาดมาวางแทน ซึ่งในทางปฏิบัติการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นอาจกระทำได้ยาก ไม่สามารถ ปฏิบัติได้ทันที และราคาที่ขายได้นั้นอาจเป็นราคาที่ไม่เหมาะสมซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับ เจ้าหนี้ได้ และอาจทำให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้องจากลูกหนี้หรือเจ้าพนักงานได้ ซึ่งจากการดำเนินการ ดังกล่าวจึงเป็นการขัดกับหลักการในการวางทรัพย์สินซึ่งวัตถุประสงค์ในด้านหนึ่งนั้นต้องการคุ้มครอง ลูกหนี้ แต่ในทางกลับกันการวางทรัพย์สินนั้นก็เป็มาตรการที่กระทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการได้รับ ชำระหนี้ด้วย ดังนั้นแนวปฏิบัติตามมาตรา 336 จึงไม่ใช่ทางแก้ปัญหาที่แท้จริงแต่ประการใด

ตามประเด็นปัญหาประการนี้ เมื่อพิจารณาหลักของผลการผิดนัดของเจ้าหนี้ตามประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมัน(BGB) พบว่าหากเป็นการชำระหนี้โดยการส่งมอบที่ดิน เรือที่มีทะเบียน เรือที่ กำลังก่อสร้าง ถ้าปรากฏว่าเจ้าหนี้ผิดนัดไม่รับชำระหนี้ในการรับมอบทรัพย์สินดังกล่าว เพียงแต่ลูกหนี้ สละการครอบครองทรัพย์สินนั้นก็เป็นการเพียงพอ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้ลูกหนี้ต้องได้เตือนเจ้าหนี้แล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีที่ลูกหนี้จำต้องเตือนเจ้าหนี้ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการเช่นนั้น ทั้งนี้เป็นไปตาม บทบัญญัติมาตรา 303 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของเยอรมันแล้วจะพบว่าในประเด็นปัญหาข้างต้นนั้นมีข้อพิจารณาเปรียบเทียบดังนี้

1. ตามหลักกฎหมายเยอรมันมีการยอมรับการชำระหนี้โดยการบอกกล่าวการส่งมอบที่ดินเรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้างต่อเจ้าหนี้ ซึ่งถือว่าเป็นการส่งมอบที่ดินเรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้าง โดยชอบแต่ลูกหนี้จะต้องกระทำการดังกล่าวโดยมีสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งจะพบว่าเป็นการแก้ปัญหในการที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้โดยการส่งมอบที่ดินเรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้าง ซึ่งที่ดินเรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้าง นั้นตามหลักกฎหมายไทยนั้นไม่สามารถชำระหนี้โดยการวางทรัพย์ได้ ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการแก้ปัญหาลูกหนี้ในการผินผิดไม่รับชำระหนี้ส่งมอบที่ดินเรือที่มีทะเบียน เรือที่กำลังก่อสร้าง ของเจ้าหนี้ได้ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการบอกกล่าวเพื่อขอปฏิบัติการชำระหนี้สมควรใช้หลักการตามมาตรา 168 และมาตรา 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰⁹ มาปรับใช้ กล่าวคือ หากเป็นการแสดงการบอกกล่าวต่อหน้านั้นเพียงแจ้งการบอกกล่าวก็เป็นการเพียงพอ แต่หากเป็นการบอกกล่าวโดยระยะทางนั้นควรจะต้องมีการส่งหนังสือและถือว่าเป็นการบอกกล่าวโดยชอบเมื่อคำบอกกล่าวนั้นถึงผู้รับ

แต่อย่างไรก็ตามจะพบว่า จะมีปัญหาในการชำระหนี้ในการส่งมอบทรัพย์บางประการเช่น พาหนะขนาดใหญ่ประการอื่น ซึ่งทรัพย์ดังกล่าวมีปัญหาในการส่งมอบทรัพย์และอาจมีปัญหาในการใช้สิทธิวางทรัพย์เพื่อชำระหนี้ดังเช่นเดียวกับ ที่ดิน และเรือ ทั้งนี้หากเป็นระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีแนวทางการแก้ไขปัญหามาตรา 383 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนี้

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “ การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังอีกบุคคลหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน ”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 บัญญัติว่า “ การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกถอนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล ”

การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วนั้นย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนา นั้นผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

หากเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้แต่ไม่เหมาะแก่การวางทรัพย์สิน รวมทั้งทรัพย์สินที่มีค่าใช้จ่ายในการดูแลที่สูงเกินควร และเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ลูกหนี้อาจขอศาลให้ดำเนินการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ณ สถานที่อันพึงต้องชำระหนี้และให้ลูกหนี้นำค่าใช้จ่ายมาวาง ทั้งนี้หากการขายทอดตลาดไม่ได้ผล เป็นที่น่าพอใจก็ให้นำทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาด ณ สถานที่อื่นที่เห็นสมควร โดยการขายนั้นต้องกระทำโดยเปิดเผยและต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่ศาลแต่งตั้งหรือเจ้าพนักงานขายทอดตลาดหรือโดยผู้ขายทอดตลาดที่แต่งตั้งโดยรัฐ กรณีนี้ไม่นำมาใช้กับ เรือ หรือเรือที่กำลังก่อสร้างตามมาตรา 303 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)¹¹⁰

ทั้งนี้ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการตามมาตรา 383 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาปรับใช้ให้ชัดเจนกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

2. ในประเด็นของการชำระหนี้โดยการส่งมอบของสตนัน ซึ่งตามกฎหมายลูกหนี้สามารถใช้สิทธิวางทรัพย์สินชำระหนี้ได้ แต่การวางทรัพย์สินอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวทรัพย์สิน แม้ตามมาตรา 336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะวางหลักโดยกำหนดว่า หากทรัพย์สินนั้นอาจเป็นที่วิตกว่าจะเสียหาย ในการวางทรัพย์สินนั้นให้มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นได้ก็ตาม แต่การขายทอดตลาดก็ต้องขออนุญาตศาลก่อน ซึ่งกรณีนี้อาจไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากการขออนุญาตต้องใช้ระยะเวลา ทรัพย์สินที่วางอาจเกิดความเสียหายได้ ในปัญหาประการนี้จะพบว่าในกฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติรองรับปัญหาประการนี้

ทั้งนี้ในกรณีนี้เมื่อพิจารณาบทกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 384 (1) ซึ่งกำหนดให้การบอกกล่าวการวางทรัพย์สินและการขายทอดตลาดนั้นหากเป็นของสตนันไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้¹¹¹ และหากพิจารณาตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 308 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ซึ่งกำหนดให้หากเป็นการบังคับคดีกับของสตนันเจ้าพนักงานสามารถดำเนินการขายทอดตลาด หรือจัดการขายทรัพย์สินนั้นโดยวิธีการอันเป็นการสมควรได้ทันที ด้วยเหตุดังกล่าวจึงควรมีการนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาปรับใช้

จากประเด็นปัญหาประการนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีการวางทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ในอาหารสตนัน จำต้องมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าว การขายทอดตลาดนั้นควรนำหลักการตามมาตรา 308 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้หากเป็นการบังคับคดีกับของสตนันเจ้าพนักงานสามารถดำเนินการขายทอดตลาด หรือจัดการขายทรัพย์สินนั้นโดยวิธีการอันเป็นการสมควรได้ทันที

¹¹⁰ สุเมธ จานประดับ, อ้างแล้ว เชิงบรรณคดี 80, น.112-113.

¹¹¹ เพิ่งอ้าง, น.113.