

บทที่ 4

แนวทางในการพัฒนากฎหมายในเรื่องหลักทรัพย์ที่มีสัญญาคู่ซึ่งมีจำนวนเป็นประกัน

จากประเด็นต่าง ๆ ที่กล่าวในเบื้องต้น เมื่อนำมาวิเคราะห์ถึงแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันนั้น จะเห็นได้ว่าการที่จะนำสัญญาคู่ซึ่งมีจำนวนเป็นประกัน จะต้องอาศัยองค์กรต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง อีกทั้งจะต้องพิจารณากฎหมายในปัจจุบันว่าจะมีส่วนช่วยเหลือและสามารถนำมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด หรือจำเป็นต้องแก้ไขหรือตรากฎหมายฉบับใหม่ เพื่อรองรับธุรกรรมประเภทนี้ สำหรับในบทที่ 4 จะเป็นภาพรวมของการนำกฎหมายที่บังคับในปัจจุบันมาปรับใช้กับธุรกรรมนี้

วิธีการจำหน่ายหลักทรัพย์สิน

ในการจำหน่ายลูกหนี้ของเจ้าหนี้เดิม (Originator) ปัจจุบันมีกฎหมายรองรับให้ทำได้ 2 วิธีคือ การโอนสิทธิเรียกร้องและการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1. การโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือการที่เจ้าหนี้ยินยอมโอนสิทธิที่เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง มีผลให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิม มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เช่นเจ้าหนี้เดิม ตัวอย่างเช่น

(1) ก. กู้เงิน ข. ข. เป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ ก. ชำระหนี้เงินกู้ ข. โอนสิทธินี้ให้ ค. ค. จะมีสิทธิเรียกร้องให้ ก. ชำระหนี้เงินกู้ได้

(2) ก. เช่าร้านของ ข. เป็นเวลา 3 ปี ก. ใช้ห้องได้เพียง 1 ปี ก็โอนสิทธิตามสัญญาเช่าให้ ค. โดยความยินยอมของ ข. ค. จะเข้ามาเป็นผู้เช่าร้านแทน ก. ต่อไป

(3) ก. สั่งจ่ายเช็คล่วงหน้าให้ ข. ข. ต้องการเงินจึงเอาเช็คไปขายต่อให้ ค. ค. ย่อมรับโอนสิทธิตามเช็คมา

(4) ผู้รับเหมาก่อสร้างโอนสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างให้แก่ธนาคารเพื่อชำระหนี้เงินกู้ ธนาคารย่อมมีสิทธิที่จะขอรับเงินค่าจ้างนั้นต่อไป

(5) ผู้ถูกรางวัลสลากกินแบ่งเอาสลากไปขายให้แก่ผู้รับซื้อ ผู้รับซื้อไวย่อมมีสิทธิไปรับรางวัลได้

(6) ก. ชำบรถยนต์ชนรถยนต์ของ ข. เสียหาย ข. โอนสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายให้ ค. เพื่อใช้หนี้ ค. ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ ก. ชำระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รถของ ข. ได้¹

ในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องตามตัวอย่างข้างต้น มักจะไม่มีปัญหายุ่งยากอะไรมาก เพราะลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิมหรือเจ้าหนี้ใหม่ก็มีผลเท่ากัน ไม่มีการเสียเปรียบได้เปรียบอะไร แต่หากเป็นกรณีของสัญญาต่างตอบแทนนั้น ลูกหนี้ไม่ได้มีเฉพาะหน้าที่ต้องชำระหนี้ หากแต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนด้วย ลูกหนี้มีสิทธิจะไม่ชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้จะเสนอชำระหนี้ตอบแทนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 369 ซึ่งบัญญัติว่า "ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด"

ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องไปให้เจ้าหนี้คนใหม่ โดยเจ้าหนี้คนใหม่ไม่ได้รับการภาระในการที่จะต้องชำระหนี้ตอบแทนด้วย และลูกหนี้ไม่ได้ยินยอม เจ้าหนี้คนใหม่จะบังคับตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเจ้าหนี้จะโอนเฉพาะสิทธิตามสัญญาต่างตอบแทน โดยลูกหนี้ไม่ยินยอมด้วยได้หรือไม่

ในปัญหานี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า สัญญาจะซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนผู้ซื้อเป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ ผู้ซื้อจะโอนสิทธิของตนตามบทบัญญัติของการโอนสิทธิเรียกร้องหาได้ไม่ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่มีผู้ขายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้รับโอนด้วย ผู้รับโอนจึงจะมีสิทธิฟ้องผู้บังคับผู้ขายได้ เมื่อไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ ผู้รับโอนก็ไม่อาจฟ้องบังคับผู้ขายได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3533/2525)

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวฉบับที่เนติบัณฑิตยสภาจัดพิมพ์ว่า สิทธิของผู้ซื้อที่จะได้รับโอนที่ดิน กับหนี้ของผู้ซื้อที่จะต้องชำระราคาแยกกันได้ สิทธิของผู้ซื้อโอนได้เพราะไม่ใช่กรณีสภาพแห่งสิทธิไม่เปิดช่อง ผู้รับโอนก็สามารถเข้า

¹ โสภณ รัตนากร, ศ., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทกรุงสยามพรินติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2532), หน้า 348-349.

ชำระหนี้แทนผู้ซื้อได้เพราะมีส่วนได้เสียตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 314 ซึ่งบัญญัติว่า "อันการชำระหนี้หนี้ ท่านว่าบุคคลภายนอกจะเป็นผู้ชำระก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระ หรือจะขัดกับเจตนาอันควรเห็นได้แสดงไว้

บุคคลผู้ไม่มีส่วนได้เสียด้วยในการชำระหนี้หนี้ นั้น จะเข้าชำระหนี้โดยขึ้นใจลูกหนี้หาได้ไม่"

ถ้าผู้รับโอนไม่ชำระราคาผู้ขายก็ไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทนโดยการโอนและส่งมอบที่ดินตามมาตรา 369 ซึ่งบัญญัติว่า "ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด" และมาตรา 468 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าในสัญญาไม่มีกำหนดเงื่อนไขเวลาให้ใช้ราคาไซ้ ผู้ขายชอบที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้ได้จนกว่าจะใช้ราคา" ซึ่งผู้ขายยังคงบังคับให้ผู้ซื้อชำระราคาตามหนี้เดิมอีกด้วย

ในคดีอีกเรื่องหนึ่ง จำเลยได้เอาประกันภัยอาคารไว้กับบริษัทประกันภัยบริษัทหนึ่ง ต่อมาบริษัทประกันภัยซึ่งเป็นโจทก์ได้รับโอนกิจการทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทประกันภัยบริษัทแรกมาดำเนินกิจการต่อ จำเลยค้างชำระเบี้ยประกันภัยอยู่ก่อน เมื่อบริษัทโจทก์รับโอนกิจการมาจึงฟ้องเรียกเบี้ยประกันภัยดังกล่าวจากจำเลย คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ไม่ใช่โอนสิทธิเรียกร้อง แต่ไม่ได้มีการทำสัญญากันระหว่างจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้และโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ จำเลยไม่มีนิติสัมพันธ์กับโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3533/2525)

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้ทำหมายเหตุเกี่ยวกับคำพิพากษาเรื่องนี้ว่าการโอนสิทธิเรียกเบี้ยประกันจากบริษัทผู้รับประกันภัยเดิมมาเป็นของโจทก์ เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ส่วนลูกหนี้ยังคงเป็นจำเลยอยู่ตามเดิม เป็นเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง มิใช่โอนความรับผิดชอบ กรณีอาจมีปัญหาทางด้านการชำระหนี้ของผู้รับประกันภัยว่าเป็นหนี้เฉพาะตัวขึ้นอยู่ด้วยความเชื่อถือไว้วางใจเฉพาะตัว ซึ่งไม่อาจให้ผู้อื่นมาชำระแทนได้ แต่การเสี่ยงภัยผ่านระยะเวลาไปแล้ว คงเหลือแต่การค้างชำระเบี้ยประกัน จำเลยไม่น่าจะมีข้อโต้แย้งในการโอนสิทธิรับเบี้ยประกันได้ เช่นเดียวกับกรณีของช่างที่รับจ้างเขียนภาพ แม้ผู้รับจ้างต้องวาดภาพเอง แต่ผู้รับจ้างก็อาจโอนสิทธิในการรับค่าจ้างให้ผู้อื่นได้ ผู้จ้างจะปฏิเสธไม่จ่ายค่าจ้างแก่ผู้ที่รับโอนสิทธิไปหาได้ไม่

ซึ่งตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า "การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้หนี้ นั้น ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้

บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็พ้นอันหลุดพ้นจากหนี้”

และการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 กำหนดว่า “เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซ้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่ ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านก็ถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ นั้น”

1.1 วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องอาจแบ่งได้เป็น 3 ชนิด ตามประเภทของหนี้ คือ

- (1) หนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง
- (2) หนี้อันจะพึงต้องชำระตามคำสั่ง
- (3) หนี้อันจะพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ

ข้อแตกต่างของการโอนสิทธิเรียกร้องข้างต้นคือ

1. หนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ลูกหนี้รู้อยู่แน่นอนแล้วว่าต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้ใด แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้นลูกหนี้ยังไม่รู้แน่นอนจนกว่าเขาจะสั่ง เช่น หากนาย ก. ให้นาย ข. กู้เงินไป 500 บาท นาย ข. รู้แน่ชัดว่าตนต้องชำระหนี้ให้นาย ก. แต่หากในการกู้เงินนั้น นาย ก. ออกตั๋วแลกเงินสั่งให้ นาย ข. จ่ายเงิน 500 บาทแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่ นาย ก. จะสั่งให้จ่าย หรือแก่ผู้ที่นำตั๋วแลกเงินมาขึ้นเงิน ดังนี้ นาย ข. จะยังไม่ทราบแน่ชัดว่าจะจ่ายเงินให้ใครจนกว่า นาย ก. จะระบุในตั๋วแลกเงิน หรือมีคนนำตั๋วแลกเงินมาขึ้นเงิน ข้อสังเกตอย่างหนึ่งก็คือ หนี้ที่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น วัตถุประสงค์แห่งหนี้อาจเป็นกระทำและงดเว้นกระทำก็ย่อมได้ แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น วัตถุประสงค์แห่งหนี้โดยมากเป็นการสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบสินค้า ไม่มีการกระทำ หรืองดเว้นกระทำในเรื่องดังกล่าว

2. แบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือระหว่างกัน เพื่อที่จะใช้ยื่นแก่ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกได้ และต้องส่งคำบอกกล่าวหรือจัดให้ลูกหนี้ยินยอมเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 แต่หนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น เมื่อมีตราสารเป็นคำสั่งขึ้นมาแล้ว มีการสลักหลังในตราสารนั้นและส่งมอบให้ผู้รับโอน การโอนนั้นก็สำเร็จบริบูรณ์ใช้ยื่นลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้ โดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมของลูกหนี้ เพียงแต่ถึงเวลาที่กำหนดตามสิทธิเรียกร้อง (ส่วนมากจะระบุไว้ในตราสาร) ก็นำตราสารนั้นไปยื่นต่อลูกหนี้ให้ชำระหนี้เท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 309 - 313

3. ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น โดยทั่วไปดำเนินตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะลูกหนี้ที่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ชอบที่จะยกข้อต่อสู้อันมีต่อผู้โอนแต่เดิมก่อนเวลารับคำบอกกล่าวขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ทั้งสิ้น เว้นแต่ลูกหนี้จะได้สละสิทธิด้วยการยินยอมในการโอนโดยมิได้อัดเอื้อนหรือสงวนสิทธิไว้ ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 แต่การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ผู้รับโอนอาจมีสิทธิดีกว่าผู้โอนก็ได้ ถ้าได้รับโอนไปโดยสุจริต เพราะลูกหนี้ตามตราสารจะยกขึ้นต่อสู้ซึ่งมีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนสุจริตไม่ได้ เว้นแต่ข้อต่อสู้นั้นจะปรากฏในตราสารตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 312²

(1) หนี้อันถึงจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

แบบของการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันต้องชำระโดยเฉพาะเจาะจงนั้น มีหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น บัญญัติว่าต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือจะไม่สมบูรณ์ และการโอนสิทธิเรียกร้องที่ทำเป็นหนังสือนี้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมนั้นต้องทำเป็นหนังสือด้วย

² ไกรวัล ชุ่มวิวัฒน์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 77.

ลักษณะของหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เฉพาะว่าต้องมีข้อความอะไรบ้างในหนังสือนั้น แต่เป็นที่เข้าใจกันได้ว่า ต้องมีข้อความแสดงเจตนาการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างใคร ซึ่งเป็นผู้โอนกับใครซึ่งเป็นผู้รับโอน และรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้น รวมทั้งวันโอนสิทธิเรียกร้อง ปัญหาสำคัญของเรื่องนี้คือ หนังสือโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว จะเป็นการแสดงเจตนาของผู้โอนฝ่ายเดียวคือ เฉพาะผู้โอน เท่านั้นที่ลงลายมือชื่อในหนังสือจะเพียงพอหรือไม่ ส่วนผู้รับโอนเพียงแต่แสดงเจตนาเข้าถือสิทธิ อย่างเดียว จะมีผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นสมบูรณ์หรือไม่

ในเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษากฎีกาวินิจฉัยวางหลักไว้หลายเรื่องด้วยกัน กล่าวคือ

คำพิพากษากฎีกาที่ 1893/2512 การโอนสิทธิเรียกร้องนั้น เพียงทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็สมบูรณ์ หากจำต้องลงลายมือชื่อผู้รับโอนด้วยไม่

คำพิพากษากฎีกาที่ 1947/1950/2524 การโอนสิทธิเรียกร้องของจำเลยผู้ฝากเงินให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะการโอนหนี้ อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือโอนหนี้ ลงลายมือชื่อจำเลยผู้โอน มิฉะนั้นย่อมไม่สมบูรณ์

ท่านอาจารย์จิต เศรษฐบุตร³ มีความเห็นในเรื่องนี้ดังนี้

ในกรณีที่มีเจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง มาตรา 306 วรรค 1 บัญญัติว่าการโอนสิทธิเรียกร้องต้องทำเป็นหนังสือนั้น หมายถึงการโอนระหว่างเจ้าหนี้กับผู้รับโอนว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว ทั้งนี้ โดยทั้งสองฝ่ายยินยอม โดยสิทธิการเช่าด้วยวาจาไม่มีผลในกฎหมาย (คำพิพากษากฎีกาที่ 221/2516)

ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษากฎีกาที่ 985/2524 และคำพิพากษากฎีกาที่ 4947-1950/2524 ดังนี้ คือ วิเคราะห์แบบ

³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522 โดยนายจิตติ ดิงศภัทย์ พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ. 2526 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526), หน้า 510.

ของการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 คือ โอนสิทธิเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย มีผู้โอนกับผู้รับโอน แสดงเจตนา 2 ฝ่าย แสดงเจตนายินยอมแสดงออกมาเป็นหนังสือ ซึ่งตามมาตรา 9 ต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำหนังสือ คือ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ไม่ใช่มีแต่ลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียว คุณาธิบายนิติกรรมและหนี้โดย ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2522 ข้อ 734 เทียบฎีกาที่ 1893/2512 และฎีกาที่ 1802/2518 ที่วินิจฉัยลงความเห็นโดยอาศัยเพียงคำว่า “โอนหนี้” ว่า ผู้โอนลงลายมือชื่อฝ่ายเดียวก็ใช้ได้ นั่นไม่มีหลัก จะกลายเป็นว่าให้หรือสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 525 เช่าซื้อ ตามมาตรา 572 จำนองตามมาตรา 714 ลงลายมือชื่อผู้ให้ ผู้เช่าซื้อ ผู้จำหน่ายฝ่ายเดียวก็ถูกแบบใช้ได้แล้ว ซึ่งไม่เคยเห็นมีใครว่าเป็นเช่นนั้น จะเรียกว่าให้หรือสัญญาให้ก็เป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย อันเดียวกัน การโอนหนี้ก็คือสัญญาโอนหนี้ การลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบฝ่ายเดียวเป็นได้แต่หลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งกฎหมายระบุเป็นกรณี ๆ ไป ที่มาตรา 1125 วรรค 2 บัญญัติว่า หนังสือโอนหุ้นต้องลงลายมือชื่อผู้โอนกับผู้รับโอนก็เป็นการถูกต้องตามแบบของหนังสือที่เป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย และที่ต้องบัญญัติถึงลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ก็เพราะให้มีพยานอย่างน้อยคนหนึ่งรับรองลายมือชื่อนั้น ๆ ด้วย มิใช่ว่าเฉพาะนิติกรรม 2 ฝ่าย ที่โอนหุ้นเท่านั้นที่ต้องลงลายมือชื่อทั้ง 2 ฝ่าย นิติกรรม 2 ฝ่ายอื่นไม่ลงลายมือชื่อทั้ง 2 ฝ่ายก็ถูกแบบ

และได้มีผู้ให้ความเห็นทำนายเหตุของท่านอาจารย์จิตติข้างต้นใช้หัวข้อว่า “น่านาวินพิกษ์” โดย “สานติ” ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า “การโอนสิทธิเรียกร้องในลักษณะการโอนหนี้ อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 บัญญัติว่า ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือยอมไม่สมบูรณ์ ก่อนหน้าคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยเป็นแบบอย่างไว้แล้วตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1893/2512 ว่า การโอนหนี้ตามมาตรา 306 ทำหนังสือโอนลงชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็สมบูรณ์ จริงอยู่การโอนหนี้ไม่ใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว โดยต้องมีผู้โอนและผู้รับโอนเป็นสัญญาระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน แต่การแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญานั้น กฎหมายมิได้บังคับว่าผู้แสดงเจตนาจะต้องลงชื่อด้วยกันทุกฝ่ายเสมอไป หนังสือโอนหนี้เป็นแบบของนิติกรรม มิใช่องค์ประกอบของการแสดงเจตนา เมื่อผู้โอนกับผู้รับโอนตกลงโอนหนี้ให้แก่กันและผู้โอนลงชื่อในหนังสือโอนหนี้ การโอนยอมสมบูรณ์ตามมาตรา 306 หากจำเป็นต้องให้ผู้รับโอนลงชื่อด้วยไม่ ชื่อหนังสือโอนหนี้ก็บอกลักษณะในตัวอยู่แล้วว่าเป็นหนังสือของผู้โอน หากกฎหมายประสงค์จะให้ลงชื่อทั้งสองฝ่าย ต้องบัญญัติไว้ดังเช่นการโอนหุ้นชนิดระบุชื่อ ซึ่งมาตรา 1129 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอน สมมุติว่า เจ้าหนี้อยู่ต่างประเทศตกลงโอนหนี้ให้แก่ผู้รับ

โอนซึ่งอยู่ในประเทศไทย หากหนังสือโอนนั้นจะต้องลงชื่อด้วยกันทั้งสองฝ่าย ย่อมจะเสียทั้งเวลา และค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปหรือมาเพื่อทำหนังสือโอนนี้ ค่าพิพากษาของศาลฎีกาจึงช่วยแก้ ปัญหาข้อขัดข้องได้

ในเรื่องนี้ท่านอาจารย์จตุทา ฤกษ์กุล มีความเห็นว่า การโอนสิทธิเรียกร้อง มีใช้สัญญา เป็นเพียงนิติกรรมที่อาจทำได้ฝ่ายเดียว จึงไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ทั้งสองฝ่ายเพียงลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็เพียงพอ กรณีนี้ไม่เหมือนกับสัญญาให้หรือสัญญาเช่าซื้อ ที่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 9 ก็มีได้ระบุว่า การใดที่กฎหมายให้ทำเป็นหนังสือต้องลงชื่อทั้งสองฝ่าย เพียงแต่ระบุให้ลงชื่อผู้ทำตราสารนั้นเอง

ตอนสอง ต้องมีการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอม โดยทำเป็นหนังสือการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น นอกจากจะต้องมีหลักฐานแสดงการโอนเป็นหนังสือในตอนแรกแล้ว ก็ยังไม่เพียงพอในการใช้บังคับ หากจำเป็นต้องมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบหรือลูกหนี้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือด้วย เพราะถ้าไม่มีการบอกกล่าวหรือการให้ความยินยอมของลูกหนี้ กฎหมายระบุว่าไม่อาจใช้บังคับลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ เหตุผลที่ให้มีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมนี้ก็เพื่อประสงค์จะคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตโดยทั่วไป เพราะหากเจ้าหนี้โอนสิทธิให้ใครโดยลูกหนี้ไม่ทราบ แล้วผู้รับโอนจะมาเรียกร้องสิทธิโดยลูกหนี้ไม่ทราบก็ไม่ถูกต้องนัก หรือกรณีที่ผู้โอนมีเจ้าหนี้อื่นและเจ้าหนี้อื่นนั้นจะใช้สิทธิของผู้โอนบังคับชำระหนี้เอาที่ลูกหนี้ การที่ลูกหนี้จะอ้างว่าสิทธิเรียกร้องได้ถูกโอนไปแล้วก็ควรมีหลักฐานตรวจสอบและระบุนวันที่โอนสิทธิ หรือหากลูกหนี้ไม่ทราบการโอนแล้วชำระหนี้แก่ผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิมไปลูกหนี้ย่อมหลุดพ้น ผู้รับโอนอาจได้รับความเสียหายจากการนั้นได้ ดังนั้น กฎหมายจึงจำเป็นต้องวางหลักเรื่องการบอกกล่าวและการให้ความยินยอมขึ้นมา⁴

⁴ ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง,” หน้า 81-83.

(2) หนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง⁵

หนี้ชนิดนี้กฎหมายกำหนดวิธีการโอนไว้ว่า จะต้องทำโดยวิธีสลักหลังไว้ในตราสารและส่งมอบตราสารให้แก่ผู้รับโอนด้วย จึงจะมีผลให้เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องกันได้ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 309 บัญญัติว่า "การโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกคนอื่นได้แต่เฉพาะเมื่อมีการโอนนั้นได้สลักหลังไว้ในตราสาร และตัวตราสารนั้นได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนไปด้วย"

"หนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง" (obligation performable to order) ได้แก่ หนี้ ซึ่งลูกหนี้สัญญาว่าจะชำระให้แก่เจ้าหนี้หรือตามคำสั่งของเจ้าหนี้โดยมีตราสารแสดงสิทธิของเจ้าหนี้ไว้ด้วย เป็นหนี้ซึ่งไม่อาจโอนแยกต่างหากจากตราสารได้และตราสารนั้นแสดงความเป็นหนี้อยู่ในตัวมันเองโดยสมบูรณ์ เป็นอิสระจากมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้ การโอนหนี้ชนิดนี้จึงต้องโอนพร้อมกับตราสาร และต้องมีการบันทึกโดยวิธีการสลักหลังให้ปรากฏการโอนไว้ที่ตราสารนั่นเอง ด้วย ตราสารเหล่านี้เป็นตราสารเปลี่ยนมือ (negotiable instrument) ชนิดหนึ่ง หนี้ชนิดนี้มีอยู่หลายประเภทด้วยกัน เช่น

(1) ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงินหรือเช็ค ที่ระบุชื่อผู้รับเงิน หรือระบุชื่อผู้รับเงินพร้อมกับคำว่า หรือตามคำสั่ง ตัวเงินเหล่านี้ย่อมสลักหลังโอนต่อ ๆ ไปได้ (มาตรา 917 วรรคหนึ่ง, 985, 989)

(2) กรรมธรรม์ประกันภัยซึ่งทำเป็นรูปให้ใช้เงินตามคำสั่ง ซึ่งมาตรา 891 วรรคสองได้บัญญัติให้นำมาตรา 309 มาใช้บังคับด้วย

(3) ใบตราส่ง ซึ่งมาตรา 614 บัญญัติว่า "แม้ว่าใบตราส่งจะได้ออกให้แก่บุคคลใดโดยนามก็ตาม ท่านว่าย่อมสลักหลังโอนให้กันได้ เว้นแต่จะมีข้อห้ามการสลักหลังไว้"

(4) ใบรับของคลังสินค้าและใบประทวนสินค้า ซึ่งมาตรา 776, 777 ให้สิทธิผู้ฝากสินค้าที่จะสลักหลังเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าให้ผู้อื่นหรือเพื่อการจำหน่ายได้ เป็นต้น

นอกจากนั้น หนี้ชนิดอื่นที่ลูกหนี้ให้คำรับรองว่าจะจ่ายเงินหรือสินค้าตามคำสั่งของเจ้าหนี้ โดยมีเอกสารเป็นหลักฐานให้ผู้รับโอนสิทธินำไปรับเงินหรือสินค้าโดยไม่ต้อง

⁵ ไสภณ รัตนากร, ศ., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า

ชำระหนี้ตอบแทน ทำนองเดียวกับตราสารต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นหนี้อันจะพึงต้องชำระตามเขาสั่งเช่นกัน

เนื่องจากหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งเป็นตราสารเปลี่ยนมือซึ่งอาจโอนต่อ ๆ กันไปโดยการสลักหลัง โดยมีต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ ลูกหนี้จึงไม่อยู่ในฐานะจะรู้ได้ว่าใครเป็นผู้มีสิทธิโดยแท้จริง นอกจากจะต้องถือว่าผู้ที่มีตราสารซึ่งมีการสลักหลังอยู่ในมือ เป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากลูกหนี้เกิดมีเหตุอันควรสงสัยในตัวผู้ทรงตราสารตลอดจนดวงตราหรือลายมือชื่อของผู้โอน หรือสงสัยว่าตราสารนั้นจะถูกลักมาหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยประการอื่นลูกหนี้จะรับภาระจ่ายเงินไว้ก่อน จนกว่าจะได้ทำการสอบสวนเกี่ยวกับเรื่องนี้ก่อนก็ได้ ดังที่มาตรา 310 บัญญัติว่า

“ในมูลหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น ลูกหนี้มีสิทธิที่จะสอบสวนถึงตัวผู้ทรงตราสาร หรือสอบสวนความถูกต้องแท้จริงแห่งลายมือชื่อหรือดวงตราของผู้ทรงได้ แต่ก็หามีความผูกพันที่จะต้องทำถึงเพียงนั้นไม่ แต่ถ้าลูกหนี้ทำการโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไซ้ การชำระหนี้นั้นก็ไม่ใช่อันสมบูรณ์”

มาตรา 310 เพียงแต่ให้สิทธิลูกหนี้ที่จะทำการสอบสวนเท่านั้น หาได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ไม่ เพราะฉะนั้นถ้าลูกหนี้ชำระหนี้ไปโดยไม่ได้ทำการสอบสวน แต่ทำไปโดยสุจริต มิได้ประมาทเลินเล่อ การชำระหนี้นั้นก็ไม่ใช่สมบูรณ์ เว้นแต่ถ้าลูกหนี้ชำระหนี้ไปโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การชำระหนี้นั้นก็ไม่ใช่สมบูรณ์ ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ซ้ำแก่ผู้มีสิทธิโดยแท้จริง เป็นต้นว่าเจ้าหนี้ได้แจ้งให้ลูกหนี้ทราบถึงเรื่องที่ตราสารถูกลักไปแล้ว หรือปรากฏในตราสารนั้นอยู่แล้วว่าการสลักหลังขาดสาย หลักทำนองเดียวกันนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1009 ด้วย

สิทธิที่จะทำการสอบสวนของลูกหนี้ดังกล่าวมานั้น มาตรา 311 ให้นำมาใช้กับกรณีที่มีการกำหนดตัวเจ้าหนี้ไว้ในตราสารและมีข้อความด้วยว่าให้ชำระหนี้แก่ผู้ทรงตราสาร บทบัญญัติของมาตรา 311 นี้หมายความว่า กรณีที่ตราสารระบุชื่อเจ้าหนี้แล้วยังระบุต่อท้ายอีกว่า "หรือผู้ถือ" ซึ่งมีผลให้ผู้ถือตราสารนั้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้ด้วย เช่น เชื้อสั่งจ่ายเงินแก่นาย ก. หรือผู้ถือ เป็นต้น ต่างกับกรณีของหนี้อันถึงต้องชำระตามเขาสั่ง ซึ่งตราสารระบุชื่อผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ และมีข้อความต่อท้ายว่า "หรือตามคำสั่ง" ตราสารซึ่งระบุผู้มีสิทธิรับชำระหนี้และมีข้อความต่อท้ายว่าหรือผู้ถือนี้ ย่อมโอนกันได้ด้วยการส่งมอบทำนองเดียวกับหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ เพราะฉะนั้นลูกหนี้จึงอาจชำระหนี้ให้แก่ผู้ทรงตราสารนั้นโดยไม่ต้องทำการสอบสวนแต่ลูกหนี้ก็มี

สิทธิจะทำการสอบสวนได้ถ้ามีกรณีเป็นที่สงสัย และหากได้ชำระหนี้ไปโดยไม่ได้ทุจริตหรือ
ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การชำระหนี้ก็เป็นอันสมบูรณ์

สำหรับข้อต่อสู้ของลูกหนี้ นั้น เนื่องจากตราสารเปลี่ยนมือ นั้นเป็นมูลหนี้ อยู่ใน
ในตัวมันเอง โดยหลักทั่วไปเหตุที่ออกตราสารหาเป็นข้อสำคัญไม่ (ยกเว้นกรณีของมาตรา 855)
เพราะฉะนั้นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้เดิมและลูกหนี้จะมีอยู่อย่างไร ถ้าผู้รับโอนมิได้รับรู้ด้วย
ลูกหนี้จะยกขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนหาได้ไม่ ดังที่มาตรา 916 บัญญัติว่า "บุคคลทั้งหลายผู้ถูกฟ้องในมูล
ตัวแลกเงินหาอาจจะต่อสู้ผู้ทรงด้วยข้อต่อสู้อันอาศัยความเกี่ยวพันกันเฉพาะบุคคลระหว่างคนกับ
ผู้สั่งจ่ายหรือกับผู้ทรงคนก่อน ๆ นั้นได้ไม่เว้นแต่การโอนจะได้มีขึ้นด้วยคบคิดกันฉ้อฉล" หรืออย่าง
ที่มีหลักว่า ผู้รับโอนมีสิทธิดีกว่าผู้โอนนั่นเอง ข้อต่อสู้ของลูกหนี้จะมีได้ก็แต่เฉพาะที่เกี่ยวกับตรา
สารนั่นเอง ดังที่มาตรา 312 บัญญัติว่า

"ในมูลหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ซึ่งมีต่อเจ้า
หนี้เดิมเป็นข้อต่อสู้กับผู้รับโอนโดยสุจริตหาได้ไม่ เว้นแต่ที่ปรากฏในตัวตราสารนั่นเอง หรือที่มีขึ้น
เป็นธรรมดาสืบจากลักษณะแห่งตราสารนั้น"

ข้อต่อสู้ของลูกหนี้ตามมาตรา 312 มีอยู่ 2 ประการด้วยกันคือ

(1) ข้อต่อสู้ที่ปรากฏในตัวตราสารนั่นเอง เช่น ตราสารมีข้อความหรือราย
การไม่ครบถ้วน ลายมือชื่อปลอม การสลักหลังขาดสาย หรือตราสารนั่นเองไม่สมบูรณ์ด้วย
ประการอื่น ๆ

(2) ข้อต่อสู้ที่มีขึ้นเป็นธรรมดาสืบจากลักษณะแห่งตราสาร คือ เป็นข้อ
ต่อสู้ที่เกิดจากลักษณะของตราสารนั้น อันเจ้าหนี้อาจยกขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนหรือผู้ทรงตราสารได้ตาม
ธรรมดา เช่น ผู้รับโอนใบตราส่ง เมื่อรับเอาของไปก็ย่อมต้องชำระค่าระวางพาหนะกับอุปกรณ์ ผู้
ขนส่งย่อมจะปฏิเสธไม่มอบของให้จนกว่าจะได้มีการชำระเงินดังกล่าว ผู้รับโอนใบรับสินค้าเมื่อจะ
รับสินค้าก็ต้องชำระค่าเก็บรักษา นายคลังสินค้าย่อมยกค่าเก็บรักษาขึ้นต่อสู้ผู้รับสินค้าได้

แต่อย่างไรก็ดีที่ว่าลูกหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมขึ้นต่อสู้ผู้รับ
โอนได้นั้นก็เฉพาะกรณีที่ผู้รับโอนสุจริต กล่าวคือไม่รู้ถึงข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้เดิมเท่านั้น ถ้า
ผู้รับโอนรู้ถึงข้อต่อสู้นั้น หรือมีการโอนด้วยคบคิดกันฉ้อฉล ดังนี้ลูกหนี้อาจยกข้อต่อสู้ขึ้นยันกับ
ผู้รับโอนได้ นอกจากนั้นข้อต่อสู้ที่เกิดขึ้นระหว่างลูกหนี้กับผู้รับโอนนั้น ลูกหนี้ก็ย่อมยกขึ้นต่อสู้ได้
เสมอ หากต้องห้ามแต่อย่างใดไม่

(3) หนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ⁶

หนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือนี้ ได้มีกล่าวถึงในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องเหมือนกัน แต่หาได้กล่าวว่าจะต้องโอนกันอย่างไรไม่ โดยมาตรา 313 อันเป็นมาตราสุดท้ายของการโอนสิทธิเรียกร้องบัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งมาตราก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือนั้นด้วยแล้วแต่กรณี” ซึ่งหมายความว่าให้นำหลักเรื่องผู้รับโอนมีสิทธิดีกว่าผู้โอนมาใช้กับหนี้ชนิดนี้ด้วย ทำนองเดียวกับหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ลูกหนี้จะยกข้อต่อสู้ระหว่างตนกับเจ้าหนี้เดิมขึ้นต่อสู้กับผู้รับโอนไม่ได้เช่นกัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวและโดยลักษณะของหนี้ชนิดนี้ซึ่งต้องชำระแก่ผู้ถือ จึงเห็นได้ว่าผู้ถือเอกสารหรือหลักฐานแสดงสิทธิเป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ สิทธิของผู้ทรงสิทธิขึ้นอยู่กับ การครอบครองเอกสารหรือหลักฐานแห่งสิทธิ การโอนสิทธิชนิดนี้จึงทำได้เพียงการส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวเท่านั้น

ปัญหาที่ว่า หนี้ที่ว่าเป็นอะไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้อธิบายไว้ จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นที่มาของหลักกฎหมายในเรื่องนี้แสดงว่า หนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือ (obligation performable to bearer) คือ หนี้ตามตราสารซึ่งไม่ได้ระบุชื่อเจ้าหนี้ไว้ และเป็นหนี้ซึ่งต้องชำระให้แก่ผู้ถือตราสารนั้น เช่น ตั๋วโดยสาร ตั๋วชมการแสดง หรืออาจเป็นตั๋วหรือคูปองสำหรับรับประทานอาหาร ซึ่งไม่ห้ามการโอน พันธบัตรชนิดผู้ถือ หุ้นหรือหุ้นกู้ชนิดผู้ถือ เช็คจ่ายให้แก่ผู้ถือ และสลากกินแบ่ง เป็นต้น หนี้ชนิดนี้โอนกันได้ง่าย ๆ โดยการส่งมอบตราสาร หากต้องมีการสลักหลังแต่อย่างใดไม่ จึงทำให้ตราสารชนิดนี้มีลักษณะคล้าย ๆ กับเงินตรา เมื่อโอนกันได้โดยง่ายเช่นนี้ ตราสารอยู่ที่ใคร ก็ต้องถือว่าผู้นั้นเป็นผู้มีสิทธิตามตราสาร ย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่จะยอมให้ลูกหนี้ยกข้อต่อสู้ต่อเจ้าหนี้มาต่อสู้ผู้รับโอนโดยสุจริตไม่ได้ คงให้ยกเป็นข้อเฉพาะที่ปรากฏในตัวตราสารหรือมีขึ้นเป็นธรรมดาสืบจากลักษณะแห่งตราสารเท่านั้น

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 373.

1.2 ผลของการบอกกล่าวลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง⁷

เมื่อมีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนนั้น โดยทำเป็นหนังสือถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้รับโอนย่อมได้รับสิทธิไปโดยปริบูรณ์และเข้ามาเป็นเจ้าของหนี้แทนผู้โอน บุคคลภายนอกก็ดี ลูกหนี้ก็ดี ต้องถือว่าผู้รับโอนเท่านั้นที่เป็นเจ้าหนี้ ผู้โอนหมดสิทธิที่จะไปเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนอีก และภายหลังที่ผู้รับโอนได้บอกกล่าวแก่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนแล้ว หากผู้โอนมีเจ้าหนี้อื่น เจ้าหนี้เหล่านั้นจะมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ของผู้โอนชำระหนี้ให้ตนไม่ได้ เพราะสิทธิเรียกร้องนั้นโอนไปแล้ว แม้เจ้าหนี้เหล่านั้นจะไม่รู้ถึงการโอนนั้น

ผลโดยทั่วไปแห่งการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระ โดยเฉพาะเจาะจงคือผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1533/2493 เพราะผู้รับโอนไม่อาจได้สิทธิอะไรมาหรือน้อยไปกว่าผู้โอน แต่ข้อต่อสู้เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อผู้โอนและจะนำมาใช้ยันแก่ผู้รับโอนได้นั้น ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 บัญญัติได้ว่า

“ถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมดังกล่าวในมาตรา 306 โดยมีได้ขีดเขียน ท่านว่าจะยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนนั้นหาได้ไม่ แต่ถ้าเพื่อจะระงับหนี้นั้นลูกหนี้ได้ใช้เงินให้แก่ผู้โอนไปไซ้ ลูกหนี้จะเรียกคืนเงินนั้นก็ได้ หรือถ้าเพื่อการเช่นกล่าวมานั้นลูกหนี้รับภาระเป็นนื้ออย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นใหม่ต่อผู้โอน จะถือเสมือนหนึ่งว่าหนี้นั้นมีได้ก้อขึ้นเลยก็ได้

ถ้าลูกหนี้เป็นแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้รับคำบอกกล่าวนั้นฉันใดก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่ผู้รับโอนฉันนั้น ถ้าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องจากผู้โอนแต่สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนดในเวลาบอกกล่าวไซ้ ท่านว่าจะเอาสิทธิเรียกร้องนั้นมาหักกลบลบกันก็ได้ หากว่าสิทธินั้นจะได้ถึงกำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องอันได้โอนไปนั้น”⁸

⁷ ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง,” หน้า 84.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84-85.



นอกจากนี้ปัญหาในเรื่องการบอกกล่าวในการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น สรุปได้ว่า ทั้งผู้โอนและผู้รับโอนบอกกล่าวได้ เพราะสอดคล้องกับหลักกฎหมาย และยังให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องมากกว่าที่จะให้สิทธิเฉพาะผู้โอนเท่านั้นที่จะบอกกล่าว นอกจากนั้น ตัวแทนผู้มีอำนาจหรือทนายความผู้ได้รับมอบอำนาจจากผู้โอนและผู้รับโอน ก็ควรจะแยกกล่าวได้ เพราะกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ แม้ในเรื่องการบอกกล่าวบังคับจำนอง ผู้รับจำนองยังมอบอำนาจให้บอกกล่าวได้ ดังนั้น การมอบอำนาจให้บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องก็ควรจะกระทำได้ แต่การมอบอำนาจนั้นต้องทำเป็นหนังสือ เพราะการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อบอกกล่าวย่อมต้องทำเป็นหนังสือ ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798⁹

ผลของการไม่บอกกล่าวลูกหนี้ หรือลูกหนี้ไม่ได้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องมีอยู่หลายประการ¹⁰ เช่น

1. ตราบใดที่ยังไม่มีการบอกกล่าว หรือให้ความยินยอม ผู้รับโอนจะยกการโอนขึ้นอ้างยันลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก เพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้ของตนไม่ได้ กล่าวคือ ไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ หรือจะขัดขวางไม่ให้บุคคลภายนอกเข้ารับชำระหนี้จากลูกหนี้ โดยอ้างว่าตนได้รับโอนสิทธิมาแล้วไม่ได้

ข้อน่าสังเกต ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 บัญญัติเฉพาะหลักที่ห้ามยกการโอนขึ้นต่อผู้ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอก แต่ไม่ได้ห้ามลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกยกการโอนขึ้นอ้างว่าเมื่อผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิมได้โอนสิทธิให้ผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้ใหม่ โดยการโอนที่สมบูรณ์แล้ว ลูกหนี้อาจเถียงว่าตนเองไม่มีความผูกพันกับผู้โอนอีกต่อไปแล้ว ผู้โอนจะกลับมาฟ้องเรียกร้องอีกไม่ได้ ส่วนผู้โอนจะอ้างว่าตนเองได้รับความคุ้มครองตาม มาตรา 306 ข้างต้น ก็ฟังไม่ค่อยถนัดนัก เพราะผู้โอนมิใช่ตัวลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกที่รับยกเว้น ต้องมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมก่อน จากหลักนี้เห็นว่า หากมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมแล้ว สิทธิของผู้โอนจะสิ้นสุดทันที แต่ถ้ายังไม่บอกกล่าวหรือให้ความยินยอมจะถือ

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-91.

ว่าสิทธิของผู้โอนจะสิ้นสุดลงเห็นจะไม่ถูกต้องนัก เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ หากแต่กฎหมายกำหนดหลักในมาตรา 306 วรรค 2 ว่า “ถ้าลูกหนี้ทำให้พอใจผู้โอนด้วยการใช้เงินหรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับการบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้อินไซร์ ลูกหนี้้นั้นเป็นอันหลุดพ้นจากหนี้” ดังนี้จะเห็นว่าก่อนที่จะมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอม ลูกหนี้้อาจทำให้พอใจแก่ผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่น เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากหนี้ หรือถ้าผู้โอนปลดหนี้ให้ด้วยความพอใจส่วนตัวลูกหนี้ก็อาจหลุดพ้นได้เช่นกัน หากผู้โอนกับลูกหนี้ให้ด้วยความพอใจส่วนตัวลูกหนี้ก็อาจหลุดพ้นได้เช่นกัน หากผู้โอนกับลูกหนี้ไม่เกี่ยวข้องหรือมีสิทธิต่อกันแล้ว ผู้โอนย่อมไม่อาจรับชำระหนี้ได้ และลูกหนี้ย่อมไม่หลุดพ้นจากหนี้ ถ้ากรณีการบอกกล่าวและให้ความยินยอมของลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังฝืนชำระหนี้แก่ผู้โอนไป หากเป็นการกระทำเพื่อระงับหนี้ ลูกหนี้ย่อมเรียกเงินคืนจากผู้โอนได้ตามมาตรา 308

2. ถ้าก่อนที่จะมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอม ลูกหนี้ได้ทำให้พอใจแก่ผู้โอนด้วยการใช้เงินหรือด้วยประการอื่น ลูกหนี้ก็เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 วรรคสอง ที่กล่าวมาแล้วในข้อ 1. ตราบใดที่ยังไม่มีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอม ทางฝ่ายลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกยอมเสมือนว่ายังไม่มีการโอนกันเลย ลูกหนี้จึงชอบที่จะชำระหนี้แก่ผู้โอน และเมื่อชำระหนี้ไปโดยชอบทั้งหมดโดยผู้โอนพอใจ ลูกหนี้ย่อมหลุดพ้น ผู้รับโอนจะมาเรียกร้องเอาสิ่งใดจากลูกหนี้ในภายหลังต่อมาก็ไม่ได้ การชำระหนี้ของลูกหนี้้นั้นอาจทำโดยการใช้เงิน (payment) หรือด้วยการชำระหนี้อย่างอื่นทำนองเดียวกัน เช่น เอาทรัพย์สินหรือสิทธิมาชำระหนี้ การปลดหนี้หรือการแปลงหนี้ใหม่ก็เป็นวิธีระงับหนี้ด้วยความพอใจของเจ้าหนี้เช่นกัน แต่มีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า การปลดหนี้เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้ได้รับความพอใจเอง มิได้เกิดจากการกระทำของลูกหนี้ ไม่น่าจะอยู่ในหลักที่จะทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องมีผล 2 ประการ¹¹ คือ

1. ผู้รับโอนเป็นเจ้าของที่แทนที่ผู้โอน ผู้รับโอนจะกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ ใช้สิทธิต่าง ๆ อย่างเจ้าหนี้ผู้โอนได้ เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เมื่อโอนแล้วเจ้าหนี้ผู้โอนก็หมดสิทธิในหนี้ ไม่อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก ลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ จะชำระหนี้ให้แก่ผู้เป็นเจ้าหนี้คนเดิมหาได้ไม่

2. ผู้รับโอนมีเพียงแต่ได้รับสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิประธานมาเท่านั้น แต่ยังได้สิทธิอันเป็นอุปกรณ์มาด้วย ดังที่มาตรา 305 บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ สิทธิอันเกิดขึ้นแก่การค้ำประกันที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย

อนึ่ง ผู้รับโอนจะใช้บุริมสิทธิใด ๆ ที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับด้วยสิทธิเรียกร้องในกรณีบังคับยึดทรัพย์ หรือล้มละลายนั้นก็ได้”

จำนำ จำนอง และบุริมสิทธิเป็นสิทธิอุปกรณ์เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของสิทธิประธาน จึงยอมโอนไปพร้อมกับสิทธิประธาน ทำนองเดียวกับเครื่องอุปกรณ์ยอมโอนไปพร้อมกับทรัพย์เป็นประธาน เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ตัวอย่างเช่น ก. กู้เงิน ข. หาก ก. เอาทรัพย์มาจำนำ หรือจำนองประกันหนี้เงินกู้ไว้ เมื่อ ข. โอนหนี้เงินกู้ให้ ค. ค. ย่อมบังคับให้ ก. ชำระหนี้เงินกู้ได้รวมไปถึงการใช้สิทธิบังคับจำนำจำนองด้วย สำหรับทรัพย์ที่จำนำจำนองนั้น ค. ย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่นของ ก. ทำนองเดียวกันหาก ก. ซื้อที่ดินของ ข. และยืมชำระค่าไม่ครบถ้วน โดยได้จดทะเบียนบุริมสิทธิในราคาที่ยังชำระไว้ ต่อมาหาก ข. โอนสิทธิที่จะรับชำระราคาที่ดินให้ ค. ค. ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระค่าที่ดินจากที่ดินนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญ หากเจ้าหนี้อื่นของ ก. ยึดที่ดินนั้นขายชำระหนี้ หรือ ก. ล้มละลาย ค. ย่อมขอรับชำระหนี้จากราคาที่ดินที่ขายได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่อย่างไรก็ตามในการโอนสิทธิเรียกร้องให้ ค. นั้น อาจมีการตกลงกันให้โอนไปเฉพาะสิทธิประธาน มิให้สิทธิจำนำ จำนอง หรือบุริมสิทธิติดไปด้วยก็ได้

¹¹ โสภณ รัตนากร, ศ., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า

2. การแปลงหนี้ใหม่

แปลงหนี้ใหม่¹² เป็นการที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงกันให้หนี้เดิมระงับและบังคับกันตามหนี้ที่ตกลงกันใหม่ โดยมีการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิม ซึ่งอาจเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ เปลี่ยนตัวลูกหนี้ หรือเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แปลงหนี้ใหม่เป็นการเปลี่ยนหนี้ใหม่แทนหนี้เดิมนั่นเอง ซึ่งมีผลให้หนี้เดิมระงับไป แปลงหนี้ใหม่จึงเป็นสัญญาเกี่ยวกับหนี้ 2 อย่าง คือ หนี้เดิมและหนี้ใหม่ ถ้าไม่มีหนี้เดิมก็จะมีหนี้ใหม่ ถ้าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นหนี้เดิมก็ไม่ระงับและไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่

2.1 หลักเกณฑ์ของแปลงหนี้ใหม่

แปลงหนี้ใหม่มีหลักเกณฑ์สำคัญ 4 ประการ คือ

1. มีหนี้เดิมที่คู่กรณีจะให้ระงับไป
2. คู่กรณีทำสัญญาแปลงหนี้เดิมเป็นหนี้ใหม่
3. มีการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้เดิม และ
4. มีหนี้ใหม่เกิดขึ้นมาแทนที่หนี้เดิม

1. มีหนี้เดิมที่คู่กรณีจะให้ระงับไป

แปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีประสงค์จะให้หนี้เดิมระงับมาบังคับกันตามหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่จะมีได้ก็ต่อเมื่อมีหนี้เดิมอยู่ ถ้าหนี้เดิมไม่มี แต่คู่กรณีเข้าใจผิดว่ามีหรือเป็นกรณีที่หนี้เดิมไม่เกิดขึ้น หรือสัญญาที่ก่อหนี้เป็นโมฆะ หรือหนี้เดิมเป็นหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นหนี้มีเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งเงื่อนไขไม่สำเร็จ ดังนั้นก็ไม่มีหนี้อะไรจะแปลง

ส่วนหนี้ธรรมชาติ (obligation naturelle) หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรม หนี้ขาดอายุความ หรือหนี้ที่ขาดพยานหลักฐานนั้น แม้เป็นหนี้ที่ไม่อาจบังคับได้โดยตัวเอง แต่ก็ไม่ใช่หนี้ที่ต้องห้ามหรือไม่มีผลตามกฎหมายเสียเลย จึงถือกันว่าเป็นหนี้ที่อาจแปลงหนี้ใหม่ได้ ซึ่งเมื่อแปลงเป็นหนี้ใหม่แล้วก็ยอมบังคับกันตามรูปแบบของหนี้ใหม่เท่านั้น

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 447-459.

2. คู่กรณีทำสัญญาแปลงหนี้เดิมเป็นหนี้ใหม่

แปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องดังที่มาตรา 349 บัญญัติว่า "คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้" แปลงหนี้ใหม่จึงไม่อาจเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างปลดหนี้ หรือหักกลบลบหนี้ การที่ลูกหนี้ฝ่ายเดียวทำสัญญายอมไ้หนี้แก่เจ้าหนี้ อาจเป็นการรับสภาพหนี้ แต่หาเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ หรือการที่บุคคลภายนอกเสนอขอชำระหนี้โดยไม่มีการตอบสนองจากเจ้าหนี้ ก็จะต้องถือว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ ดังเช่นคดีเรื่องหนึ่งบุคคลภายนอกขอชำระหนี้แทนลูกหนี้ เจ้าหนี้ไม่ตอบสนองอย่างไร ต่อมาอีก 4 ปีเจ้าหนี้จึงทวงให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ ดังนี้ศาลฎีกาถือว่าไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ คำเสนอขอของบุคคลภายนอกที่จะขอชำระหนี้ไม่ได้รับการตอบสนองจึงตกไปแล้ว หนังสือทวงหนี้ของเจ้าหนี้ก็เป็นคำเสนอใหม่เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509) การที่ผู้จำนองและผู้รับจำนองตาย และทายาทของทั้งสองฝ่ายเข้าสวมสิทธิเป็นผู้จำนองและผู้รับจำนองต่อไป หาใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 414/2481) เพราะมิใช่เป็นการเปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยสัญญา หากแต่เป็นการเข้าสวมสิทธิโดยผลของกฎหมาย หรือโจทก์ขายที่ดินกรรมสิทธิ์รวมให้จำเลยโดยระบุราคาต่ำกว่าความจริง แล้วทำสัญญาเป็นว่าจำเลยจำจ้จโจทก์เป็นจำนวนเงินเท่ากับราคาที่ดินส่วนที่เกินไปจากที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขาย โดยโจทก์ประสงค์จะเอาราคาที่ดินส่วนนั้นแต่ผู้เดียว ดังนี้โจทก์จำเลยไม่มีเจตนาจำกันจริง จึงไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 915/2519) โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้เงินกู้ จำเลยให้การต่อสู้ว่าได้ชำระเงินกู้แล้ว โดยมอบเงินให้กับ ล. ตามคำสั่งของโจทก์ เนื่องจากโจทก์ให้ ล. กู้เงิน ดังนี้กรณีมิใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ (เพราะไม่มีสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่) แต่เป็นเรื่องการชำระหนี้ซึ่งจะพิสูจน์ได้ก็ด้วยหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้กู้ มีการเวนคืนหรือแทงเพิกถอนหนังสือสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 653 วรรคสอง เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3288/2530)

เจตนาของเจ้าหนี้ที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้น จะต้องแจ้งชัดและเป็นไปในทางรับรองหนี้เดิม มิใช่ปฏิเสธหนี้เดิม แต่เป็นเรื่องสละหนี้เดิมมาบังคับตามหนี้ใหม่ โดยประสงค์จะให้หนี้เดิมระงับ ไม่ควรมีการสันนิษฐานว่าเจ้าหนี้มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่ชัดเจน เช่น เจ้าหนี้อัยทรัพย์ของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกเสนอชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งเจ้าหนี้ยอมรับ เพียงเท่านั้นจะถือว่ามีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้หาได้ไม่ เพราะฉะนั้นกรณีที่มีข้อตกลงขยายเวลาชำระหนี้ เปลี่ยนสถานที่ชำระหนี้ มอบให้ผู้อื่นรับชำระหนี้แทน รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่น เพิ่มหนี้ ลดหนี้ หรือกรณีอื่นที่คล้าย

คล้ายกัน จึงไม่ถือว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่ เป็นเพียงเจตนาจะเปลี่ยนแปลงหนี้เดิมมิใช่เป็นการยกเลิกหนี้เดิมโดยถือตามหนี้ใหม่ เว้นแต่ว่าจะมีการแสดงเจตนาแจ้งชัดว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่

สำหรับคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการแปลงหนี้ใหม่ ซึ่งจะต้องตกลงทำสัญญากันนั้นอาจจะแตกต่างกันไปแล้วแต่ว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่ชนิดใด กรณีที่ไม่ได้เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ลูกหนี้กันใหม่ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็คือเจ้าหนี้ลูกหนี้เดิมนั่นเอง

กรณีที่เป็นแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ คู่กรณีที่จะทำสัญญากันนอกจากจะมีลูกหนี้และเจ้าหนี้เดิมแล้ว เจ้าหนี้ใหม่ก็จะต้องตกลงกันด้วยทั้งสามฝ่าย จึงจะมีผลให้หนี้ระหว่างเจ้าหนี้เดิมและลูกหนี้ระงับไป และเจ้าหนี้ใหม่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

ส่วนกรณีแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้น เจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่จะต้องตกลงด้วยจึงจะมีผลผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ได้ ดังเช่นในคดีเรื่องหนึ่ง ด. ในฐานะผู้แทนบริษัทและในฐานะส่วนตัว ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับ ป. โดย ป. ยอมใช้หนี้ให้แก่ธนาคารแทน ด. แต่ธนาคารหาได้ทำสัญญาด้วยไม่ จึงไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2514) สำหรับลูกหนี้เดิมนั้น การแปลงหนี้ใหม่หาทำให้เขาต้องเสียหายอย่างใดไม่ ซ้ำยังทำให้เขาหลุดพ้นจากหนี้ไปด้วย ฉะนั้นแม้ลูกหนี้เดิมไม่ได้ตกลงด้วยก็ใช้ได้ ดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 350 บัญญัติว่า จะทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ เพียงแต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ชนิดใด เจ้าหนี้เดิมจะต้องเป็นคู่สัญญาด้วยเสมอ ทั้งนี้เพราะการแปลงหนี้ใหม่มีผลให้หนี้ระงับเสมือนมีการชำระหนี้ ผู้ที่จะยอมให้แปลงหนี้ได้จึงต้องเป็นบุคคลที่รับชำระหนี้ได้ คือเจ้าหนี้นั่นเอง

นอกจากนี้ แบบของสัญญา กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่า การตกลงแปลงหนี้ใหม่จะต้องทำในรูปแบบอย่างไร เว้นแต่กรณีของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามวิธีการของการโอนสิทธิเรียกร้องด้วย (มาตรา 349 วรรคสาม)^{*} แต่อย่างไรก็ตามเมื่อคู่กรณีตกลงให้แปลงหนี้เดิมมาเป็นหนี้ใหม่แล้ว หนี้เดิมย่อมระงับ ต้องบังคับกันตามหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ เพราะฉะนั้นถ้าคู่กรณีจะตกลงกันให้รับผิดชอบในมูลหนี้อะไรกันขึ้นใหม่ ก็จะต้องทำสัญญากันตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับมูลหนี้ใหม่นั้น มิฉะนั้นก็ไม่อาจบังคับกันตาม

^{*} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 349 วรรคสาม ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง

มูลหนี้ใหม่นั้นได้ ตัวอย่างเช่น ก. เป็นหนี้ซื้อสินค้าของ ข. ราคาเกินกว่า 50 บาท ถ้า ก. ข. ตกลงให้แปลงหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้เงินกู้ก็ต้องทำหลักฐานกันไว้เป็นหนังสือ มิฉะนั้น ข. ก็ไม่อาจฟ้องให้ ก. ชำระหนี้ที่แปลงเป็นหนี้เงินกู้ได้ หรือโจทก์จำเลยตกลงกันให้หนี้ค่าจ้างหรือราคาสินค้าที่ซื้อขาย หรือหนี้เชร้ผูกพันกันในรูปหนี้เงินกู้ โดยทำหนังสือสัญญาคู่กันไว้ เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้ จำเลยต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้แล้ว ก็จะต้องนำสืบอย่างการชำระหนี้เงินกู้ คือมีหลักฐานเป็นหนังสือว่า โจทก์ได้รับชำระหนี้แล้ว หรือมีการเวนคืนเอกสาร หรือแทงเพิกถอนไว้ในเอกสารนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 593/2508, 2820/2515, 2542/2521)

3. มีการเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้เดิม

การแปลงหนี้ใหม่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันให้ระงับหนี้ โดยให้บังคับกันตามหนี้ใหม่ ถ้าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นก็ไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่และหนี้เดิมก็ไม่ระงับ ในบางกรณีหนี้เดิมและหนี้ใหม่ไม่แตกต่างกันมากนัก มักจะมีปัญหาว่าหนี้ที่ตกลงกันใหม่นั้น ความจริงเป็นหนี้ใหม่หรือหนี้เดิม หลักที่จะช่วยตอบปัญหานี้ได้ก็คือหนี้ใหม่และหนี้เดิมแตกต่างกันในสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญก็ต้องถือว่ายังคงเป็นหนี้เดิมอยู่ ไม่มีการแปลงหนี้ใหม่ ทั้งนี้เพราะมาตรา 349 บัญญัติไว้ว่า แปลงหนี้ใหม่จะต้องเป็นการ "ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้"

การทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องอันเกี่ยวกับการชำระหนี้ หรือเกี่ยวกับที่จะมีผลให้หนี้เดิมระงับลงนั้น ถ้าไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิมแล้ว อาจเป็นเพียงการรับสภาพหนี้ การผ่อนเวลาชำระหนี้ การประนีประนอมยอมความหรือการชำระหนี้ย่อย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ โดยมีใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ก็ได้

(ก) สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้ไว้ 3 ประการ คือ (1) เงื่อนไขของหนี้ (มาตรา 349 วรรคสอง) (2) ตัวเจ้าหนี้ (มาตรา 349 วรรคสาม) และ (3) ตัวลูกหนี้ (มาตรา 350) สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญประการอื่นของหนี้ อาจได้แก่ (4) วัตถุประสงค์แห่งหนี้ หรือสิ่งที่ลูกหนี้ต้องกระทำเพื่อชำระหนี้ (5) ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ (6) มูลแห่งหนี้ เป็นต้น

(1) เงื่อนไขของหนี้

มาตรา 349 วรรคสอง บัญญัติว่า "ถ้าทำหน้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหน้อันปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหน้ นั้น"

ตัวอย่างเช่น พ่อตาของ ก. สัญญา กับ ก. ว่า จะขายที่ดินและบ้านให้ ก. แต่ ก. ไม่อาจรวบรวมเงินมาซื้อได้ จึงมีการทำสัญญาฉบับใหม่ว่า พ่อตาของ ก. จะขายที่ดินและบ้านให้ ก. ในราคาถูกกว่าเดิมครึ่งหนึ่ง แต่ ก. จะต้องสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาได้ ดั่งนี้ยอมเป็นการแปลงหน้ใหม่ ถ้าปรากฏว่า ก. สอบผู้ช่วยผู้พิพากษาไม่ได้ทั้งที่พยายามหลายครั้งแล้วจนพ่อตาเห็นใจยอมทำสัญญาขายที่ดินและบ้านให้ในครึ่งราคา แม้ ก. จะสอบผู้พิพากษาไม่ได้ก็ตาม ดั่งนี้สัญญาใหม่ก็เป็นการแปลงหน้ใหม่อีก หรือแทนที่พ่อตาของ ก. จะยกเลิกเงื่อนไขในการขายที่ดินและบ้านที่ว่า ก. ต้องสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาได้ เป็นว่า ก. จะต้องเข้ารับราชการในกระทรวงยุติธรรมแทน ดั่งนี้สัญญาที่ตกลงกันใหม่ก็เป็นแปลงหน้ใหม่เช่นกัน

(2) เปลี่ยนตัวเจ้าหน้

การเปลี่ยนตัวเจ้าหน้ ถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ อันมีผลให้เป็นการแปลงหน้ใหม่เช่นกัน ซึ่งมาตรา 349 วรรคสาม ก็ได้บัญญัติรับรองการแปลงหน้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้ไว้ด้วย และได้กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้กับกรณีนี้

เหตุที่กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง มาใช้กับการแปลงหน้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้ ก็เพราะการแปลงหน้ใหม่กรณีนี้ทำให้เจ้าหน้คนใหม่เข้ามามีสิทธิเรียกร้องแทนเจ้าหน้คนเดิม ทำนองเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง (แม้จะมีข้อแตกต่างกันในประการอื่น เช่น โอนสิทธิเรียกร้องหน้เก่าไม่ระงับและไม่ต้องทำเป็นสัญญา) ผลสำคัญในเรื่องนี้ก็คือทำให้ต้องนำบทบัญญัติของมาตรา 306 และ 308 มาใช้บังคับด้วย เพราะเป็นหน้ซึ่งต้องชำระแก่เจ้าหน้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การแปลงหน้โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้จึงต้องทำเป็นหนังสือ และต้องบอกกล่าวแก่ลูกหน้หรือลูกหน้ยินยอมด้วยเป็นหนังสือ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 แต่เนื่องจากการแปลงหน้ใหม่ในกรณีนี้ต้องทำสัญญาระหว่างเจ้าหน้เดิม เจ้าหน้ใหม่ และลูกหน้ ทั้ง 3 ฝ่ายด้วยกันอยู่แล้ว จึงถือได้ว่าลูกหน้ให้ความยินยอมแล้ว มีผลให้ลูกหน้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ต่อเจ้าหน้เดิมมาใช้กับเจ้าหน้ใหม่ได้ ดังที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า การแปลงหน้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหน้ นั้น เมื่อลูกหน้ยินยอมเข้าทำหนังสือสัญญากับเจ้าหน้คนใหม่แล้ว

ปัญหาเรื่องการบอกกล่าวการโอนหนี้หรือความยินยอมของลูกหนี้ตามมาตรา 306 ย่อมไม่เกินชั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1402/2499) ที่เกิดเป็นปัญหาขึ้นก็ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วยเป็นหนังสือนั่นเอง เช่น ลูกหนี้ล้มละลายเจ้าหนี้ยื่นขอรับชำระหนี้โดยเอาหนี้ส่วนของภริยาเจ้าหนี้มารวมเข้าด้วย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ แต่คู่กรณีมิได้ปฏิบัติ ตามบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง เจ้าหนี้จึงไม่อาจขอรับชำระหนี้ส่วนของภริยาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 451/2512) จำเลยเช่าซื้อรถยนต์จากโจทก์ แล้วโอนสิทธิการเช่าซื้อให้ผู้ร้องชำระค่าเช่าซื้อต่อ แม้โจทก์จะได้มอบแบบพิมพ์การโอนสิทธิให้ แต่ก็ไม่ได้ยินยอมด้วยกับการโอนเป็นหนังสือจึงไม่ผูกพันโจทก์ เมื่อโจทก์ฟ้องจำเลยตามสัญญาเช่าซื้อ ผู้ร้องจะร้องสอดเข้ามาในคดีไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2521) จำเลยที่ 1 ตกลงให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินและโอนสิทธิการเช่ามา โดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงินให้จำเลยที่ 2 และรับโอนสิทธิการเช่าจากจำเลยที่ 2 แต่จำเลยที่ 2 กลับไปตกลงกับโจทก์ ให้โจทก์ชำระเงินแทนจำเลยที่ 1 แล้วโอนสิทธิการเช่าให้โจทก์เสีย ซึ่งเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 2 ไม่ได้ทำเป็นหนังสือจึงใช้บังคับไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2331/2522)

(3) เปลี่ยนตัวลูกหนี้

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นิยมใช้กันมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งเรียกกันว่า deligatio มักจะเกิดขึ้นเมื่อ ก. เป็นหนี้ ข. และ ข. เป็นหนี้ ค. แทนที่จะมีการชำระหนี้กันทั้งสองครั้งสองคราว ข. อาจตกลงกับ ค. ให้ ก. เป็นผู้ชำระหนี้ให้ ค. ซึ่งจะมีผลเท่ากับ ข. ได้ชำระหนี้ให้ ค. หนี้ของ ข. ระงับลง และหนี้ของ ก. ที่จะต้องชำระให้ ข. กลายเป็นหนี้ที่ ก. จะต้องชำระให้ ค. หนี้ที่ ก. จะต้องชำระให้ ข. ก็ระงับลงเช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้ ทั้ง ก. ข. และ ค. จึงต้องทำสัญญากันทั้งสามฝ่าย ทั้งนี้ เพราะในกรณีเช่นนี้ความจริงมีการแปลงหนี้ใหม่ 2 รายซ้อนกัน คือ รายแรก ข. ในฐานะลูกหนี้ ตกลงกับ ค. ผู้เป็นเจ้าหนี้ให้ ก. เข้าเป็นลูกหนี้ของ ค. แทน ข. เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ มีผลให้หนี้ที่ ข. จะต้องชำระให้ ค. ระงับลง ซึ่งจะต้องมีข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ใหม่ คือ ค. และ ก. รายที่สองเป็นเรื่อง ข. ในฐานะเจ้าหนี้เดิมของ ก. ตกลงกับ ก. ผู้เป็นลูกหนี้ให้ ค. เข้ามาเป็นเจ้าหนี้ใหม่ของ ก. แทน ข. เป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ มีผลให้หนี้ที่ ก. จะต้องชำระให้ ข. ระงับไป ก็จะต้องให้ ข. ผู้เป็นเจ้าหนี้เดิมตกลงด้วยเช่นกัน จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องให้ ก. ข. และ ค. ทั้งสามฝ่ายตกลงทำสัญญากันจึงจะมีผล



การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ในกรณีอื่นหาต้องทำสัญญากัน เป็นสามฝ่ายไม่ แต่ศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่า คู่กรณีทั้งสามฝ่ายต้องทำสัญญากันเหมือนกัน ดัง เช่นในฎีกาที่ 213/2504 จำเลยที่ 1 ไปซื้อไม้ขององค์การป่าไม้โจทก์ ต่อมาจำเลยที่ 2 ทำหนังสือ รับใช้หนี้ของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ เมื่อโจทก์ฟ้องให้จำเลยทั้งสองชำระหนี้ จำเลยที่ 1 ต่อสู้ว่าได้มีการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้แล้วจำเลยที่ 1 จึงพ้นความรับผิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ด้วย การแปลงหนี้ใหม่ ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้จะต้องมีสัญญาเป็นสามฝ่าย คือสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เดิมว่า เจ้าหนี้ยอมรับเอาลูกหนี้ใหม่เป็นลูกหนี้ของตนต่อไปโดยระงับหนี้ทั้งหมดที่มีอยู่ต่อลูกหนี้เดิม กับ มีสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ว่า ลูกหนี้ใหม่จะเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้เก่า โจทก์มิได้ ระงับค่าไม้ให้แก่จำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้

ความจริงกรณีตามคำพิพากษาฎีกานี้หาได้มีหนี้จะต้องชำระกันเป็นสาย ฝ่าย ดังกรณี ก. เป็นหนี้ ข. และ ข. เป็นหนี้ ค. แล้วมีการตกลงให้ ก. เข้ามาเป็นหนี้ ค. แทน ข. ดังกล่าวข้างต้นไม่ จึงไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องมีการทำสัญญากันทั้งสามฝ่าย มาตรา 350 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า "แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่" กรณีตามคำพิพากษาฎีกานี้ถ้าหากโจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้ทำสัญญากับจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกหนี้คนใหม่ ให้จำเลยที่ 2 ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 ก็จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามที่มาตรา 350 กำหนดไว้แล้ว หากจำต้องให้จำเลยที่ 1 ทำสัญญาด้วยไม่ เพียงแต่จำเลยที่ 1 มิได้คัดค้านก็เป็นอันใช้ได้ ที่ศาลฎีกาถือว่าไม่เป็นการแปลงหนี้ใหม่และหนี้ของจำเลยที่ 1 ยังไม่ระงับ น่าจะเป็นเพราะจำเลยที่ 2 ยอมรับใช้หนี้ฝ่ายเดียว โจทก์ยังไม่ได้ตกลงให้หนี้ของจำเลยที่ 1 ระงับไป อันเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้สัญญาเป็นแปลงหนี้ใหม่มากกว่า ถ้าหากเจ้าหนี้ประสงค์ให้หนี้ของลูกหนี้เดิมระงับไปแล้วก็อาจทำได้เองโดยลำพัง หากต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เดิมไม่ จะทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมก็ยังได้ ศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าอาจมีการแปลงหนี้ใหม่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ใหม่ได้ เช่น ภริยาไปกู้เงิน ต่อมาสามีรับเข้าเป็นหนี้แทนภริยา ศาลฎีกาถือว่าเป็นแปลงหนี้ใหม่แล้ว ภริยายอมหลุดพ้นจากความรับผิดตามหนังสือสัญญาเดิม (คำพิพากษาฎีกาที่ 451/2507) หรือจำเลยซื้อสินค้าจากโจทก์โดยออกเช็คชำระราคา แต่เช็คขึ้นเงินไม่ได้ จำเลยขายสินค้านั้นต่อไปโดยผู้ซื้อออกเช็คชำระราคาสินค้าให้โจทก์ โจทก์ยอมรับเช็คจากผู้ซื้อไว้เป็นการชำระราคาสินค้าที่ขายให้จำเลย ศาลฎีกาก็ถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 355/2521) บิดาจำเลยเป็นหนี้โจทก์โดยเอาบ้านพิพาทค้ำประกันหนี้ไว้ เมื่อบิดาตายจำเลยได้ชำระหนี้ให้โจทก์บางส่วน ส่วนที่

เหลือทำสัญญาไว้ให้โจทก์ไว้ ต่อมาศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เงินกู้ให้โจทก์ และโจทก์ได้นำ ยึดบ้านพิพาทขายชำระหนี้ ผู้ร้อง 6 คน ยื่นคำร้องว่ามีสิทธิรับมรดกในบ้านหลังนั้นซึ่งเป็นของ บิดาร่วมกับจำเลย จึงขอถอนเงินที่ได้จากการขายบ้าน มีปัญหาที่ศาลฎีกาจะต้องวินิจฉัยว่า ผู้ ร้องต้องรับผิดชอบในหนี้ที่ศาลพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบหรือไม่ ถ้าต้องรับผิดชอบก็จะขอถอนเงินไม่ได้ ศาล ฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยเข้าชำระหนี้แทนบิดาเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่ง โจทก์จำเลยทำสัญญากันโดยลำพังให้หนี้ของบิดาระงับแล้ว หนี้ตามคำพิพากษาเป็นหนี้ของ จำเลยแต่ผู้เดียว ผู้ร้องไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้ร้องเป็นทายาทจึงขอถอนส่วนราคาบ้านซึ่งเป็นมรดกได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3453/2529)

จากคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูก หนี้เพียงแต่เจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ตกลงกันก็ได้ ไม่ต้องให้ลูกหนี้เดิมตกลงด้วย

(4) เปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้

กรณีที่เดิมลูกหนี้มีหนี้จะต้องชำระให้เจ้าหนี้อย่างหนึ่ง แล้วคู่กรณีตกลง กันให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนอันเป็นการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ ก็ต้องถือว่าเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็น สาระสำคัญของลูกหนี้ เป็นการแปลงหนี้ใหม่เช่นกัน เช่น จำเลยซื้อเครื่องปรับอากาศของโจทก์ไป โดยชำระราคาให้บางส่วน ส่วนที่ค้างชำระโจทก์จำเลยตกลงกันให้จำเลยถ่ายภาพยนตร์โฆษณา กิจการร้านค้าให้โจทก์แทน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008/2520)

การที่ลูกหนี้ตกลงรับเป็นหนี้ใหม่ขึ้นนี้ ถ้าไม่ได้ตกลงกันให้หนี้เดิม ระงับก็จะเป็นแปลงหนี้ใหม่ ดังที่มาตรา 321 วรรคสอง บัญญัติว่า เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย มิให้ สันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ก่อนนี้ขึ้นแทนการชำระหนี้

(5) เปลี่ยนตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้

กรณีที่ลูกหนี้จะต้องส่งมอบทรัพย์สินชนิดหนึ่งให้แก่เจ้าหนี้ แล้วคู่กรณีตกลง กันใหม่ให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินอย่างอื่นแทน ก็ต้องถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่ง หนี้ ทำให้เป็นการแปลงหนี้ใหม่เช่นกัน เช่น ก. ทำสัญญาส่งมันสำปะหลังขายให้ ข. จำนวน 100,000 บาท ต่อมา ก. ข. ทำสัญญากันใหม่ให้ ก. ส่งข้าวโพดไปแทนมันสำปะหลังโดยมีเจตนา จะเลิกความผูกพันตามสัญญาเดิมมาผูกพันกันตามสัญญาใหม่ ดั่งนี้ย่อมเป็นการแปลงหนี้ใหม่ ข. จะบังคับให้ ก. ส่งมันสำปะหลังอีกหาได้ไม่ หรือโจทก์จำเลยตกลงกันให้จำเลยเอาเรือยนต์ใช้หนี้

เงินกู้ให้โจทก์ โดยให้โจทก์หรือเรือนไปภายใน 5 วัน เป็นแปลงหนี้ใหม่โจทก์จะฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญากู้ก็ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1008/2496)

การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างอื่นอยู่มาก กรณีดังกล่าวข้างต้นนั้นถ้าหากแทนที่ ก. ข. จะตกลงกันให้ ก. ส่งข้าวโพดแทนมันสำปะหลัง เพียงแต่ว่าเมื่อถึงกำหนดส่งมันสำปะหลัง ก. เอาข้าวโพดมาชำระหนี้แทน โดย ข. ยอมรับไว้ ก็ต้องถือว่าเป็นการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอื่นแทน หากใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่

(6) เปลี่ยนมูลหนี้

กรณีที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ตามมูลหนี้ชนิดหนึ่ง แล้วเจ้าหนี้อีกหนึ่งตกลงกันให้ลูกหนี้รับผิดชอบตามมูลหนี้ชนิดหนึ่ง ก็ต้องถือว่าเป็นการเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของหนี้ มีผลให้เป็นการแปลงหนี้ใหม่เช่นกัน เช่น ผู้จำนองตกลงขายที่ดินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง โดยใช้หนี้จำนองเป็นการชำระราคาส่วนหนึ่งยอมเป็นการแปลงหนี้จำนองมาเป็นหนี้ตามสัญญาจะซื้อขาย ผู้จำนองยอมหมดสิทธิไถ่ถอน (คำพิพากษาฎีกาที่ 30/2488) ผู้รับจ้างรับเงินล่วงหน้าไป แล้วไม่มีเงินจะคืนให้ผู้จ้าง จึงได้ทำสัญญากู้ให้ผู้จ้างไว้ ดังนี้ก็ต้องถือว่าเป็นการแปลงหนี้เดิมเป็นเงินกู้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 788/2498) หรือผู้ที่ป็นหนี้ค่าซื้อที่ดินทำสัญญากู้ให้ผู้ขายที่ดินไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1466/2498, 2003/2519) หนี้ตามเช็คอาจแปลงเป็นหนี้เงินกู้ก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 451/2512) แม้กรณีที่บิดาของฝ่ายชายตกลงให้สินสอดแก่มารดาฝ่ายหนึ่ง โดยบิดาชายทำสัญญากู้ให้หญิงไว้ บิดาชายก็ต้องผูกพันตามสัญญากู้อันมีมูลหนี้และได้แปลงเป็นหนี้ใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 878/2518, 2237/2519) หรือคู่กรณีอาจตกลงให้ค่าเสียหายในมูลละเมิด มีผลผูกพันกันตามสัญญากู้ก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 89/2508) จำเลยชักนำไปบุตรโจทก์ไปทำงานต่างประเทศ โดยโจทก์เสียเงินให้กับบริษัทจัดหางาน โดยจำเลยสัญญาว่าถ้าบุตรโจทก์ไม่ได้เข้าทำงาน จำเลยจำคืนเงินให้โดยจำเลยทำหนังสือสัญญากู้ให้โจทก์ไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2524) ผู้ขายฝากที่ดินตกลงกับผู้ซื้อฝากให้ผู้ซื้อฝากชำระราคาเพิ่มขึ้นแล้วผู้ขายฝากจะไม่ได้ที่ดินคืน ได้มีการวางเงินให้ผู้ขายฝากบางส่วนแล้วดังนี้ ผู้ขายฝากยอมหมดสิทธิที่จะไถ่ที่ดินคืน เพราะสิทธิตามสัญญาขายฝากระงับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1141/2597) ผู้ขายฝากหมดสิทธิไถ่ที่ดินเพราะได้มีการแปลงหนี้ตามสัญญาขายฝากเป็นสัญญาจะซื้อขายที่ดินกันแล้วนั่นเอง ผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าอาจตกลงกันแปลงหนี้ที่ผู้ซื้อต้องชำระเป็นทำภาพยนตร์ให้ผู้ขายก็ได้ (คำพิพากษาฎีกา

ที่ 1008/2520) หรืออาจมีการแปลงหนี้เงินกู้เป็นสัญญาฝากที่ดินก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2044/2514)

(ข) สิ่งซึ่งไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของหนี้

วันเวลาแห่งการชำระหนี้ สถานที่ชำระหนี้ วิธีการชำระหนี้ เงื่อนไขหลักประกันแห่งหนี้ หรือเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับหนี้ เช่น ดอกเบี้ย ค่าเสียหายและการรวมหนี้เข้าด้วยกัน ตลอดจนการรับสภาพหนี้เหล่านี้ ถือว่าไม่ใช่สาระสำคัญของหนี้ แม้จะมีการตกลงเปลี่ยนแปลงก็หาถือว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ไม่ เช่น โจทก์ทำสัญญาจะขายที่บ้านและที่สวน 2 แปลงให้จำเลยในราคา 3,000 บาท วันที่ไปโอนที่อำเภอ จำเลยมีเงินไม่พอจึงตกลงกันให้ขายที่บ้านแปลงเดียวก่อนในราคา 2,600 บาท ส่วนที่สวนตีราคา 400 บาท นัดโอนกันวันหลัง ดั้งนี้ข้อตกลงใหม่เพียงเพื่อประโยชน์ของจำเลยในเรื่องเงินราคาที่ดินรวมกันก็ยิ่งเท่าเดิม ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ให้ผิดไปจากเดิม จึงไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่ สัญญาจะซื้อขายฉบับเดิมยังไม่ระงับ โจทก์จึงฟ้องบังคับให้จำเลยซื้อที่สวนในราคา 400 บาทได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1366/2493)

4. มีหนี้ใหม่เกิดขึ้นแทนหนี้เดิม¹³

แปลงหนี้ใหม่เป็นการตกลงกันระงับหนี้เดิมโดยรับผิดชอบตามหนี้ใหม่แทน เพราะฉะนั้นจึงเป็นเรื่องที่หนี้เดิมต้องระงับไปแล้วเกิดมีหนี้ใหม่ขึ้นมาด้วย ความมีอยู่ของหนี้ใหม่จึงเป็นสิ่งจำเป็นเช่นเดียวกับต้องมีหนี้เดิมอยู่ก่อน ถ้าไม่มีหนี้ใหม่เกิดขึ้นก็ไม่เป็นแปลงหนี้ใหม่ และหนี้เดิมก็ไม่ระงับ ดังที่มาตรา 351 บัญญัติว่า “ถ้าหนี้อันจะพึงเกิดขึ้นเพราะแปลงหนี้ใหม่นั้นมิได้เกิดขึ้นก็ดี ได้ยกเลิกเสียเพราะมูลแห่งหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิรู้ถึงคู่กรณีก็ดี ท่านว่าหนี้เดิมนั้นก็ยังไม่ระงับไปไม่” จะเห็นได้ว่าแปลงหนี้ใหม่นั้น มีความสัมพันธ์กันระหว่างหนี้เดิมและหนี้ใหม่ หนี้เดิมและหนี้ใหม่เป็นเหตุและผลซึ่งกันและกัน ถ้าคู่กรณีมิได้มีเจตนาจะให้หนี้เดิมระงับก็จะเป็นแปลงหนี้ใหม่ หรือถ้าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นหนี้เดิมก็ไม่ระงับ

ตัวอย่างเช่น ก. เป็นหนี้เงินกู้ ข. ได้ตกลงกันแปลงหนี้เงินกู้เป็นค่าจ้างที่ ข. จะต้องจ่ายให้ ก. เพื่อไปทำร้าย ค. เช่นนี้ หนี้ใหม่ที่ ข. จะต้องชำระให้ ก. เกิดจากมูลอันมิชอบด้วยกฎหมาย หนี้หาเกิดขึ้นไม่ หนี้เดิมตามสัญญากู้จึงยังไม่ระงับ หรือ ก. ข. ตกลงกันแปลงหนี้

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 462-463.

เงินกู้เป็นราคาสินค้าที่ ก. จะขาย ข. สินค้ากำลังขนส่งมาทางทะเลโดย ก. ข. หารู้ไม่ว่าความจริงเรือที่บรรทุกสินค้าได้จมลงก่อนแล้ว เช่นนี้หนี้ตามสัญญาซื้อขายไม่อาจเกิดขึ้นได้ หนี้เดิมตามสัญญากู้ก็ไม่ระงับ

2.2 ผลของแปลงหนี้ใหม่

กล่าวโดยทั่วไป เมื่อแปลงหนี้ใหม่มีผลให้หนี้เดิมระงับไปทำนองเดียวกับการชำระหนี้ หนี้เดิมทั้งส่วนที่เป็นประธานและหนี้อุปกรณ์ก็ระงับไปด้วย แม้หนี้นั้นเป็นหนี้ร่วม ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่กับเจ้าหนี้ ก็มีผลให้หนี้เดิมระงับไปถึงลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วย ลูกหนี้ร่วมคนอื่นจะต้องรับผิดชอบหนี้ใหม่ด้วยก็ต่อเมื่อยอมตนเข้ารับผิดด้วยเท่านั้น

1. ผลเกี่ยวกับหนี้ประธาน การแปลงหนี้ใหม่มีผลให้หนี้เดิมระงับไปเหมือนหนึ่งมีการชำระหนี้ เพียงแต่ความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้เจ้าหนี้มิได้ระงับไปโดยสิ้นเชิง แม้หนี้เดิมจะระงับไปบังคับไม่ได้แล้ว แต่ก็มีใหม่เกิดขึ้นแทน หนี้เดิมและหนี้ใหม่เป็นเงื่อนโซ่ซึ่งกันและกัน ถ้าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นหนี้เดิมก็ไม่ระงับ ดังนั้นหากผู้กู้กับผู้ให้กู้ตกลงกันให้ผู้กู้เอาเรือยนต์ใช้หนี้เงินกู้ โดยให้ผู้กู้เรือไป ผู้ให้กู้ยังไม่ได้รับเรือ เพราะมีบุคคลภายนอกเสนอจะชำระหนี้ให้ ดังนี้เป็นการแปลงหนี้ใหม่ หนี้ตามสัญญาถูกระงับไปแล้วผู้ให้กู้จะฟ้องเรียกเงินกู้อีกหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008/2496) จำเลยกู้เงินโจทก์หลายครั้ง ครั้งหลังทำหนังสือสัญญารวมหนี้ให้โจทก์ไว้ ครั้งถึงกำหนดชำระหนี้ตามสัญญาจำเลยทำสัญญาให้อีกฉบับหนึ่ง คิดรวมจำนวนเงินและดอกเบี้ยค้างชำระไว้ และมีข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยว่าจำเลยไม่มีเงินใช้หนี้จึงยกที่นาและบ้านใช้แทน ดังนี้เป็นแปลงหนี้ใหม่หนี้เดิมระงับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 432/2500) จำเลยผู้เป็นหนี้ค่าซื้อสินค้าโจทก์ตกลงจะทำภาพยนตร์โฆษณาบริการให้โจทก์แทน ดังนี้โจทก์จะมาฟ้องเรียกราคาสินค้าอีกไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008/2520) คดีที่โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้ จำเลยต่อสู้ว่าได้เอาหนี้เงินกู้ออกมาชำระหนี้แล้ว แล้วทำสัญญาใหม่ให้พ่อตาโจทก์เป็นผู้ให้กู้ จำเลยเป็นผู้กู้และจำเลยได้ชำระเงินกู้ให้พ่อตาโจทก์แล้ว ดังนี้ถ้าเป็นจริงดังจำเลยต่อสู้ก็เป็นแปลงหนี้ใหม่ โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้ตามสัญญาเดิมไม่ได้ ศาลจึงต้องให้จำเลยนำสืบตามข้อต่อสู้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 961/2493)

เมื่อแปลงหนี้ใหม่เกิดขึ้นแล้ว ก็ต้องบังคับกันตามหนี้ใหม่ การพิสูจน์ว่าได้ชำระหนี้แล้วก็ต้องพิสูจน์ว่าได้ชำระหนี้ใหม่ หากเดิมเป็นหนี้ค่าจ้างกัน เมื่อได้แปลงเป็นหนี้เงินกู้ จำเลยต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้แล้วก็ต้องนำสืบอย่างชำระหนี้เงินกู้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 593/2508)

2. ผลเกี่ยวกับจำนำ จำนอง เนื่องจากแปลงหนี้ใหม่ทำให้หนี้เดิมระงับไป เมื่อหนี้เดิมซึ่งเป็นหนี้ประธานระงับไป จำนำ จำนอง คำประกัน หรือหนี้อุปกรณอื่นของหนี้เดิมก็ระงับไปด้วย แต่แปลงหนี้ใหม่นี้หาได้ระงับไปโดยสิ้นเชิงไม่ หนี้เดิมระงับเพียงเพื่อให้เกิดหนี้ใหม่ขึ้นเท่านั้น คู่สัญญาจึงอาจตกลงกันให้โอนหลักประกันของหนี้เดิมไปใช้กับหนี้ใหม่ด้วย ดังที่ มาตรา 352 บัญญัติว่า “คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำหรือ จำนองที่ได้ให้ไว้เป็น ประกันหนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลัก ประกันเช่นนั้นถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซ้ ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้”

จะเห็นได้ว่าหากคู่สัญญาเดิมจะให้จำนำหรือ จำนองของหนี้เดิมยังคงเป็น ประกันหนี้ใหม่ต่อมา จะต้องมีการตกลงให้โอนหลักประกันนั้นมา จำนำ จำนองหาโอนมาเองโดย ผลของกฎหมายอย่างกรณีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือรับช่วงสิทธิไม่ โดยปกติถ้าลูกหนี้เป็นผู้ให้ หลักประกันดังกล่าวอยู่แล้ว ในการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่ถ้าได้มีการตกลงให้โอนหลักประกัน มาด้วยเท่านั้นก็เกิดผลแล้ว แม้เป็นกรณีของ จำนองก็หาต้องไปจดทะเบียน จำนองกันใหม่แต่อย่าง ใดไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1949/2516) แต่ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้หลักประกัน การที่จะให้หลัก ประกันนั้นคงเป็นประกันแก่หนี้ใหม่ด้วย ก็ย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่จะต้องให้ผู้ให้หลักประกัน คือ ผู้จำนำ ผู้ จำนองตกลงด้วย ซึ่งก็รวมถึงกรณีของผู้คำประกันด้วย จะเห็นได้ว่ามาตรา 352 กล่าว ถึงเฉพาะจำนำ จำนอง ไม่กล่าวถึงคำประกัน ทั้งนี้ เพราะการคำประกันย่อมทำโดยบุคคลภายนอก คู่กรณียอมตกลงให้โอนกันเองไม่ได้อยู่แล้ว

การโอนไปซึ่งจำนำ จำนองเป็นประกันหนี้ใหม่นั้น โอนไปเท่าที่เป็นประกัน วัตถุเดิมแห่งหนี้เท่านั้น ซึ่งหมายความว่าเดิม จำนำ จำนองไว้เป็นประกันหนี้อะไร ในขอบเขต ความรับผิดชอบเท่าใด เมื่อโอนไปก็คงรับผิดชอบตามขอบเขตที่ต้องรับผิดชอบแต่เดิมเท่านั้น เช่น เดิมมีการ จำนำหรือ จำนองเป็นประกันหนี้เงินกู้จำนวนเพียง 100,000 บาท หนี้ที่แปลงใหม่ก็จะต้องยังคง เป็นหนี้เงินอยู่ตามเดิม หากลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นเป็น 150,000 บาท จำนำ จำนอง ก็ยังคง รับผิดชอบอยู่ตามจำนวน 100,000 บาทเท่านั้นเอง

ข้อเปรียบเทียบระหว่างการโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่¹⁴

การแปลงหนี้ใหม่ (novation) มีลักษณะใกล้เคียงกับการโอนสิทธิเรียกร้องมากเพราะเกิดขึ้นจากนิติกรรมสัญญาเป็นส่วนใหญ่ เช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยเฉพาะการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กฎหมายให้นำบทบัญญัติการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับ ตามมาตรา 349 วรรค 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งความจริงแล้วลักษณะและผลของการแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต่างกัน ซึ่งพอนำมาสรุปเป็นหลักได้ดังนี้คือ

1. การแปลงหนี้ใหม่ต้องได้รับความยินยอมของลูกหนี้ในหนี้ใหม่ ดังปรากฏในมาตรา 350 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากกรณีจะเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งให้ทำบทบัญญัติแห่งการโอนสิทธิเรียกร้องตามที่บัญญัติในมาตรา 349 วรรค 3 แต่การโอนสิทธิเรียกร้องไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม เพียงแต่บอกกล่าวเกี่ยวกับการโอนระหว่างเจ้าหนี้คนเก่าและคนใหม่ก็เพียงพอ

2. การแปลงหนี้ใหม่นั้นยอมทำเพื่อให้หนี้เดิมระงับลงและเกิดเป็นหนี้ใหม่ขึ้น ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 349 วรรคแรก แต่การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีเจตนาที่จะสงวนหนี้ไว้เพื่อโอนให้เจ้าหนี้รายใหม่ เพราะหากหนี้ไม่สมบูรณ์ยอมทำให้สิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้รายใหม่รับไปไม่สมบูรณ์ และผู้โอนก็ยังคงรับผิดชอบในความไม่สมบูรณ์นั้น เพราะแม้โอนสิทธิเรียกร้องไปแล้วผู้โอนก็ยังไม่ได้หลุดพ้นไป และหนี้เดิมก็มีได้ระงับไปตามกฎหมายแต่อย่างใด

แม้การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ กฎหมายให้นำบทบัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ ทำให้ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เวลาแปลงหนี้ ซึ่งเป็นเพียงแบบที่เหมือนกัน แต่ผลก็ยังต่างกันเพราะการแปลงหนี้ใหม่ทำให้หนี้เดิมระงับ ซึ่งต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้อง

3. การแปลงหนี้ใหม่นั้นทำให้หลักประกันหนี้ต่าง ๆ คือ จำนอง จำนำ หรือค้ำประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้สิ้นสุดลง เว้นแต่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้จำนองหรือจำนำจะได้ให้ความยินยอมให้โอนไปยังเจ้าหนี้ใหม่ด้วย ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 352 ซึ่งไม่ได้ระบุเรื่องค้ำประกันแต่อย่างใด แต่ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น สิทธิ

¹⁴ ไกวัล ชุ่มวัฒน์, หน้า 66-71.

จำนอง จำน่า และค้ำประกัน รวมทั้งบุริมสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้น จะโอนไปยังผู้รับโอนด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 305

การโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่เกิดจากนิติกรรมเป็นส่วนใหญ่เช่นเดียวกัน และเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงตัวผู้รับชำระหนี้ได้เช่นกัน แต่แท้จริงแล้วลักษณะและผลของการโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่ต่างกัน ดังนั้น หากพิจารณาลักษณะที่แตกต่างเหล่านี้ไม่ชัดแจ้งหรือไม่เข้าใจในลักษณะแตกต่างกันนี้ จะทำให้เกิดความผิดพลาดในการนำมาใช้ และเกิดผลในทางตรงข้ามได้

สิ่งสำคัญที่นำมาใช้ในการพิจารณาก็คือ การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นการที่ผู้รับโอนได้รับไปเฉพาะสิทธิ แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นเจ้าหนี้ใหม่รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ และยังไม่อาจหาคำตอบได้แน่ชัดก็คือ เรื่องแบบที่แตกต่างกันระหว่างการแปลงหนี้ใหม่กับการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ถ้าเป็นหนี้อันพึงต้องชำระโดยเฉพาะเจาะจงนั้นต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และมีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 ซึ่งจะเห็นว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือผู้โอนและผู้รับโอน ส่วนในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ นอกจากเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ซึ่งนำหลักการโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้บังคับแล้ว การแปลงหนี้ใหม่นั้นต้องเกิดจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเพื่อเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้ ตามมาตรา 349 วรรคแรก ในหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่นั้น กฎหมายไม่ได้บังคับว่าจะต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่าเป็นการแปลงหนี้ตามสัญญาอะไร และกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือหรือไม่ อย่างไรก็ตามคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแปลงหนี้ใหม่ ได้แก่ เจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่ หรือลูกหนี้ใหม่ กับลูกหนี้ ซึ่งบุคคลทั้งสามต้องรับรู้และยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่ด้วยซึ่งต่างกับการโอนสิทธิเรียกร้อง อุทาหรณ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ที่เป็นปัญหา เช่น นาย ก. ทำสัญญาจะขายที่ดินให้ นาย ข. และ นาย ข. ได้ไปทำสัญญาจะขายที่ดินแปลงเดียวกันนั้นต่อให้นาย ค. และนาย ค. ก็ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินแปลงนั้นต่อให้นาย ง. หรือคนอื่นต่อไปเรื่อย และคนสุดท้ายได้บอกกล่าวแก่นาย ก. เพื่อขอรับโอนที่ดินตามสัญญา ดังนี้ การโอนในรูปแบบนี้จะเป็นการแปลงหนี้ใหม่ด้วยกันหรือการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้หลายเรื่องด้วยกันคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2331/2522 จำเลยที่ 1 ตกลงกับจำเลยที่ 2 ให้จำเลยที่ 2 ชำระเงินแก่ผู้เช่าและรับโอนสิทธิแทน โดยจำเลยที่ 1 จะชำระเงิน และโอนสิทธิคืนจากจำเลยที่ 2 ทั้งนี้ จำเลยที่ 1 เป็นทั้งเจ้านี้ลูกหนี้ จำเลยที่ 2 ตกลงกับโจทก์ให้โจทก์ชำระหนี้แก่จำเลยที่ 2 และโอนสิทธิการเช่าแก่โจทก์ เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนทั้งตัวเจ้านี้และลูกหนี้ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการเปลี่ยนตัวเจ้านี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยที่ 2 กับโจทก์ตกลงกันด้วยวาจา ไม่ได้ทำเป็นหนังสือไม่สมบูรณ์

สัญญามิได้กำหนดวันชำระเงิน เจ้านี้บอกกล่าวให้ลูกหนี้นำเงินมาชำระภายใน 3 วัน นับแต่วันรับหนังสือ หากพ้นกำหนดจะถือเป็นการถอนค้ำมั่น เป็นการกำหนดเวลาชำระหนี้ และบอกเลิกสัญญาเมื่อพ้นเวลากำหนดด้วย

สัญญาซึ่งลงลายมือชื่อทั้ง 2 ฝ่าย บังคับว่าเป็นสัญญาเกิดขึ้นแล้วไม่ใช่เพียงค้ำมั่น จำเลยบอกกล่าวกำหนดวันให้โจทก์ชำระเงิน โจทก์ไม่ชำระตามกำหนดโจทก์ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้จำเลยชำระหนี้ คือโอนสิทธิการเช่าตอบแทนโดยฟ้องขอให้โอนและรับชำระเงินจากโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 485/2524 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ห. ชำระราคาแล้ว ห. ทำสัญญาจะขายต่อแก่ ผ. ผ. ทำสัญญาจะขายต่อแก่โจทก์ โจทก์กับจำเลยทำสัญญาจะซื้อขายกันอีก ระบุว่าโจทก์ชำระราคาแล้ว ดังนี้ สัญญาจะซื้อขายตั้งแต่ ห. เป็นลำดับถึงโจทก์เป็นการแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวเจ้านี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรค 3 ซึ่งให้ใช้บังคับตามมาตรา 306 ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องจำเลยทำสัญญากับโจทก์ เป็นการยินยอมในการแปลงหนี้ใหม่ เกิดเป็นหนี้ระหว่างโจทก์จำเลย จำเลยระบุว่ารับชำระราคาแล้ว โจทก์บังคับให้จะเลยโอนขายตามสัญญาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3533/2525 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินแก่ ข. เพื่อนำไปแบ่งเป็นแปลงย่อยจัดสรรให้เช่าชื่อ เมื่อผู้เช่าชื่อรายใดชำระค่าเช่าชื่อครบแล้ว ข. ก็ให้จำเลยโอนที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ต่อมาจำเลยแจ้งให้ผู้เช่าชื่อมาชำระเงินและทำสัญญาเช่าชื่อใหม่กับจำเลยโดยตรง หลังจากนั้น ข. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ เมื่อข้อตกลงตามสัญญาระหว่างจำเลยกับ ข. มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน การที่ ข. โอนสิทธิของตนแก่โจทก์ จึงเป็นการ

แปลงหนี้ใหม่เมื่อโจทก์และจำเลย ซึ่งต่างอยู่ในฐานะที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้คนใหม่มิได้ทำ สัญญากันขึ้นใหม่ หนี้ใหม่ระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้น และไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาที่ตนรับโอนมา

ซึ่งท้ายคำพิพากษาฎีกาทั้งสามเรื่องนั้น ท่านอาจารย์จิตติ ติงศภักย์ ได้ให้หมายเหตุ เกี่ยวกับลักษณะของการแปลงหนี้ใหม่ และการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ด้วยความเห็นอย่างเดียวกัน ดังนี้ คือ การแปลงหนี้ใหม่ต้องตกลงเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คือ เจ้าหนี้ 1 ลูกหนี้ เดิม 1 กับผู้ที่มาเป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ใหม่อีก 1 แต่ตามคำพิพากษาฎีกาทั้งสามเรื่องเป็นการทำ สัญญาระหว่างคู่กรณี 2 ฝ่าย เพราะฝ่ายที่ได้รับชำระเงินและโอนที่ดินมิได้ตกลงด้วย ดั่งนี้ย่อมไม่ เป็นการแปลงหนี้ตามกฎหมาย ศาลฎีกาพิจารณาเห็นในเรื่องว่ากรณีเป็นการโอนสิทธิและหน้าที่ ตามสัญญาต่างตอบแทนเท่ากับเป็นการแปลงหนี้ใหม่ โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้ซึ่งจำต้อง ทำเป็นหนังสือ แต่หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่าเป็นการโอนเฉพาะสิทธิเท่านั้น ส่วนหน้าที่ชำระ เงินยังคงอยู่กับผู้โอนตามเดิม ศาลฎีกามีความเห็นไปในทำนองที่ว่า การโอนสิทธิเรียกร้อง ตามสัญญาต่างตอบแทนไม่มี จะโอนก็โดยวิธีแปลงหนี้ใหม่เท่านั้น แต่ท่านอาจารย์จิตติ ให้ข้อ สังเกตว่าการโอนสิทธิเรียกร้อง มิได้บัญญัติว่าจะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนไม่ได้ และเคยมีบรรทัดฐานแล้ว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2045/2516 วินิจฉัยว่าผู้ซื้อโอนสิทธิแก่ผู้รับโอน ได้ผู้ซื้อเดิมต้องชำระราคา ซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายเรื่องโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ ต่อมากลับมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2472/2529 วินิจฉัยกลับหลักดังกล่าวโดยวางแนวตามคำพิพากษา ฎีกาทั้งสามเรื่องข้างต้นอีก ซึ่งเกี่ยวกับปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนนี้

นอกจากนี้การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้นั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับการ โอนสิทธิเรียกร้อง เพราะกฎหมายให้นำเอาหลักเกณฑ์การโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้ โดยใช้วิธี บอกล่าวแก่ลูกหนี้ก็เพียงพอ มิจำเป็นต้องถึงกับให้ลูกหนี้อินยอมหรือเข้าทำสัญญาด้วย สิ่งที่ต้อง พิจารณาให้ดีคือเจ้าหนี้ใหม่ในการแปลงหนี้ใหม่จะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ และการแปลงหนี้ ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่ทำให้นี้เดิมระงับ

ซึ่งตามอุทธรณ์และคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ท่านอาจารย์จตุทา กุลบุศย์ เห็นว่าการ แปลงหนี้ใหม่เป็นการโอนสิทธิและหน้าที่ และจะต้องเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้เดิม เจ้าหนี้ใหม่

และลูกหนี้ด้วย และเห็นด้วยกับความเห็นของท่านอาจารย์จิตติ ที่ว่าการทำสัญญาตกลงระหว่าง เจ้าหนี้เดิมและเจ้าหนี้ใหม่ เพื่อโอนสิทธินั้นไม่ใช่การแปลงหนี้ใหม่ตามกฎหมาย¹⁵

จากที่กล่าวข้างต้นทั้งหมด การโอนสิทธิเรียกร้องจะเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการจำหน่ายลูกหนี้ของเจ้าหนี้เดิม (Originator) เนื่องจากจะตรงต่อวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้จริง เพราะผู้รับโอนจะกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ใช้สิทธิต่าง ๆ อย่างเจ้าหนี้ผู้โอนได้ นอกจากสิทธิประธาน (สิทธิตามสัญญากู้ยืมเงิน) ที่ผู้รับโอนจะได้รับมาแล้วนั้น ผู้รับโอนยังคงได้สิทธิตามสัญญาจำนอง ซึ่งเป็นสิทธิอุปกรณ์มาด้วย และมูลหนี้เดิมก็ยังไม่ระงับ ซึ่งแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ต้องการที่จะให้หนี้เดิมระงับ แล้วมาบังคับตามหนี้ใหม่ ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่จะทำให้หลักประกันหนี้ต่าง ๆ คือ จำนอง จำน่า หรือค้ำประกันที่บุคคลภายนอกให้ไว้สิ้นสุด เว้นแต่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้จำนองหรือจำนำจะให้ความยินยอมให้โอนไปยังเจ้าหนี้ใหม่ด้วย แต่ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น สิทธิจำนอง จำน่า และค้ำประกัน รวมทั้งบุริมสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องจะโอนไปยังผู้รับโอนด้วย ดังนั้น ในลักษณะของการจำหน่ายทรัพย์สินจากเจ้าหนี้เดิม (Originator) ไปยัง SPV เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเจตนาที่แท้จริง ควรจะอยู่ในรูปแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะทั้งเจ้าหนี้เดิม (Originator) และ SPV ยังคงต้องการให้หนี้ที่โอนมานั้นเป็นไปตามมูลหนี้เดิม

ในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้อง การให้ความยินยอมของลูกหนี้ อาจจะทำได้ โดยให้ลูกหนี้ยินยอมไว้แต่แรกในสัญญากู้ยืม และเมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว เจ้าหนี้เดิม หรือ SPV จะต้องแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องอีกครั้งหนึ่ง เพื่อที่ลูกหนี้จะได้ทราบว่าเจ้าหนี้ที่แท้จริง ณ ขณะนี้คือใคร

สำหรับปัญหาในกรณีที่ได้มีการโอนสิทธิเรียกร้อง ในมูลหนี้เงินกู้จำนองกันแล้ว จะต้องมีการแก้ไขทางทะเบียน เพื่อเปลี่ยนตัวผู้รับจำนอง ถึงแม้ว่าการจำนองจะโอนมาโดยผลแห่งกฎหมายก็ตาม แต่การแก้ไขทางทะเบียนนั้น เพื่อเป็นการป้องกันข้อต่อสู้ของบุคคลภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 746 ซึ่งบัญญัติว่า “การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหนี้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียน

¹⁵ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง นายไกรวัล ชุ่มวัฒนะ วิทยานิพนธ์ พ.ศ. 2528 หน้า 76-78.



ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในเมื่อมีคำขอร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อ
ส่วนบุคคลภายนอก” ถึงแม้ว่าตามมาตรา 305 จะกำหนดว่าสิทธิจำนองย่อมโอนไปตามสิทธิ
ประธาน เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า หากมิได้มีการแก้ไขทาง
ทะเบียน สิทธิจำนองจะมีได้โอนไปยังผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง เพียงแต่ว่า ผู้รับโอนจะไม่สามารถยก
ขึ้นเป็นข้อต่อผู้ต่อบุคคลภายนอกได้เท่านั้น แต่มิได้หมายความว่าสิทธิอุปกรรมไม่ได้โอนตามไป
พร้อมกับสิทธิประธาน เพราะสิทธิจำนองย่อมโอนไปโดยผลแห่งกฎหมาย

ในบางกรณีอาจจะมีปัญหาว่า การโอนสิทธิเรียกร้องสามารถกระทำได้กับสัญญาต่าง
ตอบแทนหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันยังมีความเห็นเป็น 2 ฝ่ายรวมทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาที่ยังมีการ
เปลี่ยนแปลง แต่หากนำมาพิจารณาถึงการโอนสิทธิเรียกร้องตามหนี้เงินกู้จำนอง เงินกู้จำนองมิ
ใช่สัญญาต่างตอบแทน ถึงแม้ว่าภายหลังที่ได้มีการชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้วจะต้องมีการแก้ไขทาง
ทะเบียนก็ตาม ซึ่งดูเหมือนว่าผู้รับจำนองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติเช่นนั้น แต่จริง ๆ แล้ว เมื่อหนี้
ประธาน (หนี้เงินกู้ยืม) ได้สิ้นสุดลง หนี้อุปกรรมย่อมสิ้นสุดลงเช่นกัน ดังปรากฏตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 744 ซึ่งบัญญัติว่า “อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

- (1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ
- (2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ
- (3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น
- (4) เมื่อถอนจำนอง
- (5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาล อันเนื่องมาแต่การบังคับ
จำนองหรือถอนจำนอง

(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด”

ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใด มิใช่เหตุ
อายุความ สัญญาจำนองก็จะระงับสิ้นไปด้วย แต่เหตุที่ผู้รับจำนองจะต้องดำเนินการแก้ไขทาง
ทะเบียนก็เนื่องมาจากเหตุผลเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้องในครั้งแรก เพราะหากมิได้มีการแก้ไข
ทางทะเบียนแล้ว จะไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อผู้ต่อบุคคลภายนอกได้ตามมาตรา 746

สำหรับปัญหาในทางปฏิบัติโดยทั่วไป เนื่องจากแนวทางในการดำเนินงานของกรมที่
ดิน เจ้าหนี้ใหม่ (SPV) เจ้าหนี้เดิม (Originator) และลูกหนี้จะต้องไปดำเนินการด้วยตนเอง จึงทำให้
ไม่สะดวกในทางปฏิบัติ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาก็อาจจะมีการทำหนังสือมอบอำนาจของ

ตัวลูกหนี้ไว้ล่วงหน้า แต่ทั้งนี้ควรจะต้องระบุวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนว่า เฉพาะเพื่อการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงจำนวนในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้เดิมเท่านั้น โดยอาจจะมีการกำหนดไว้เป็นวิธีปฏิบัติในการทำสัญญากู้ยืมเงิน และทางที่ดีที่สุดควรมีระเบียบของหน่วยงานราชการ ที่รับผิดชอบในเรื่องของการจดทะเบียนที่ดินมารองรับ

ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องกับการขายความ

ปัญหาที่สำคัญอีกประการที่อาจจะนำมาเปรียบเทียบ กับกฎหมายไทยได้คือ ในกรณีที่เจ้าหนี้เดิม (Originator) และ SPV มีข้อตกลงในการรับซื้อหนี้เสียคืน (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการรับประกันความเสี่ยง Credit Enhancement ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3) อาจจะเข้าข่ายว่าเป็นการขายความเนื่องจาก เจ้าหนี้เดิมรับโอนหนี้ที่เสียคืนเพื่อไปดำเนินการเร่งรัดหนี้สิน ซึ่งบางครั้งอาจจะต้องมีการฟ้องร้องให้ชำระหนี้ โดยพิจารณาปัญหาในการโอนสิทธิเรียกร้องกับการขายความได้ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะนิติกรรมด้วย และการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีผลทำให้ผู้รับโอนได้รับสิทธิของผู้โอนที่จะไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ ซึ่งก็หมายรวมถึงการดำเนินคดีกับลูกหนี้แทนผู้โอน เพื่อให้ได้รับชำระหนี้ด้วย ดังนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องบางกรณีจึงมีลักษณะเป็นการที่ผู้รับโอนและผู้โอน มีเจตนาให้เป็นการซื้อขายคดีความ เป็นลักษณะของนิติกรรมซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ

มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆกรรม

ตามหลักในมาตรานี้แบ่งการกระทำเท่าที่ต้องห้าม ตามกฎหมายแบ่งออกได้เป็นประเภทคือ

1. การกระทำนิติกรรม โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย
2. การกระทำนิติกรรม โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการพนันวิสัย
3. การกระทำนิติกรรม โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อย

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมนั้นเอง นิติกรรมทุกประเภทไม่ว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือนิติกรรมหลายฝ่าย หากไม่มีวัตถุประสงค์ย่อมไม่เป็นนิติกรรม เกี่ยวกับการขายความนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยเฉพาะหรือขัดแย้ง และการขายความนั้นไม่ใช่การที่จะพันวิสัยที่จะกระทำตามนิติกรรมนั้นเช่นกัน การขายความจึงไม่ใช่ลักษณะของการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายในข้อ 1 และข้อ 2 จึงเป็นลักษณะที่ต้องห้ามเฉพาะชัดขวางความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามข้อ 3 ดังนั้น การพิจารณาหลักในเรื่องการขายความ ย่อมต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาว่าเจตนาจะโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อแสวงหาประโยชน์หรือยุยงให้ผู้อื่นเป็นความหรือไม่ ซึ่งก็ต้องพิจารณาถึงความเกี่ยวโยง หรือส่วนได้เสียของผู้รับโอนด้วย แต่ในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจาก originator ไปยัง SPV นี้ ไม่น่าจะเข้าข่ายการขายความ เนื่องจากวัตถุประสงค์แรกของการโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นผลจากการรับโอนสิทธิในการรับชำระเงินกู้ตามสัญญาจำนองที่ SPV ได้รับมา โดยมีได้มีเจตนาไปถึงว่าจะต้องมีส่วนในการฟ้องร้อง หากลูกหนี้ตามสัญญากู้ผิดสัญญาขึ้น ในทางปฏิบัติ SPV ส่วนมากไม่ต้องการมีส่วนร่วมรับรู้ในการบังคับชำระหนี้เงินกู้ ซึ่งบางครั้ง originator เอง ก็ต้องรับผิดชอบ หากหนี้ที่นำมาขายนั้นมีการปกปิด ก็ต้องรับคืนไป โดยนำมูลหนี้ที่มีลักษณะเดียวกันมาทดแทนให้แก่ SPV

การเพิ่มวงเงินจำนอง

จากที่กล่าวมาในเบื้องต้นว่ามูลหนี้จำนองที่จะนำมารวมเพื่อเป็นประกันในการออกตราสารนั้นจะมีจำนวนมาก ซึ่งปัญหาในการเพิ่มวงเงินจำนองอาจเกิดขึ้นได้เมื่อภายหลังจากที่ได้มีการรวบรวมเงินกู้จำนอง และลูกหนี้ได้ทำการผ่อนชำระเป็นระยะเวลาหนึ่งหรือมูลค่าหลักประกันที่จำนองอยู่นั้นมีมูลค่าสูงขึ้น ลูกหนี้ตามมูลหนี้จำนองในบางครั้งอาจจะต้องการที่จะกู้เงินเพิ่มจากหลักประกันเดิม เพราะโดยทั่วไปเมื่อลูกหนี้ได้นำที่ดินไปจำนองเพื่อเป็นประกันการกู้ยืมเงินแล้ว และภายหลังจากนี้ต้องการวงเงินเพิ่มเติมก็อาจนำที่ดินเดิมไปจำนองเพิ่มเติมได้ กับเจ้าหนี้ของตน คือการเพิ่มวงเงินจำนอง หรืออาจจะจำนองกับเจ้าหนี้รายใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712 ซึ่งบัญญัติว่า “แม้ถึงว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ตาม ทรัพย์สิ่งจำนองไว้แก่บุคคลหนึ่งนั้น ท่านว่าจะเอาไปจำนองแก่บุคคลอีกคนหนึ่งในระหว่างเวลาที่สัญญา ก่อนยังมีอายุอยู่ก็ได้”

ตามมาตรา 712 หมายความว่าลูกหนี้ได้มีการจำหน่ายกับเจ้าหนี้รายใหม่ หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าการจำหน่ายลำดับสอง ซึ่งผลตามกฎหมายแล้วเจ้าหนี้ผู้ที่เป็นผู้รับจำหน่ายลำดับแรกจะมีบุริมสิทธิในที่ดินเหนือกว่าผู้รับจำหน่ายลำดับถัดลงมา เมื่อเกิดกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดและได้มีการบังคับจำหน่าย เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายลำดับแรกจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายลำดับถัดลงมา

ในกรณีของลูกหนี้ตามธุรกรรม MBS เมื่อเจ้าหนี้เดิม (Originator) ได้โอนหนี้ไปยัง SPV และลูกหนี้ตามมูลหนี้จำหน่ายต้องการวงเงินมากขึ้นอาจเนื่องมาจากหลักทรัพย์ของตนมีราคาสูงขึ้น หรือลูกหนี้ได้ชำระหนี้ไปส่วนหนึ่ง และต้องการใช้เงินโดยอาศัยหลักทรัพย์ที่ดินมีอยู่ ในกรณีเช่นนี้ SPV ไม่สามารถให้วงเงินกู้แก่ลูกหนี้เพิ่มเติมได้ เนื่องจากอาจจะเข้าข่ายการประกอบธุรกิจเยี่ยงสถาบันการเงิน เมื่อลูกหนี้ต้องการวงเงินเพิ่มขึ้นจึงอาจจะทำได้โดยกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินอื่น (เนื่องจากหนี้จำหน่ายของตนได้ถูกโอนไปยัง SPV แล้ว) โดยนำที่ดินเดิมนั้นไปเป็นประกัน โดยใช้วิธีในการจำหน่ายลำดับสอง แต่ในทางปฏิบัติก็จะเกิดความยุ่งยากในการให้กู้ยืมเงินโดยสถาบันการเงินแห่งใหม่เนื่องจากจะต้องมีการเสนอขอวงเงิน การประเมินราคาหลักประกัน การตรวจสอบลูกค้า แล้วแต่พิธีการปฏิบัติในการกู้ยืมเงินของสถาบันการเงินในแต่ละแห่ง เมื่อเป็นกรณีเช่นนี้แล้วอาจจะเป็นผลเสียในการรวบรวมทรัพย์จำหน่ายของเจ้าหนี้เดิมที่จำหน่ายออกไป เพราะลูกหนี้อาจจะไม่ยินยอมเนื่องจาก ถ้าหากหนี้ของตนไม่ถูกจำหน่ายออกไปยัง SPV เจ้าหนี้ของตนยังคงเป็นสถาบันการเงินเดิม ซึ่งถ้าตนต้องการวงเงินสินเชื่อเพิ่มก็อาจจะทำได้โดยง่าย เพราะสถาบันการเงินนั้นไม่ต้องมาเริ่มพิธีการกับตนใหม่อีก และก็เป็นรูปแบบของการทำบันทึกข้อตกลงขึ้นวงเงินจำหน่ายมิใช่เป็นเรื่องการจำหน่ายลำดับสอง ซึ่งการขึ้นวงเงินจำหน่ายอาจจะเป็นทางที่ดีที่สุดที่จะเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ ดังนั้นหากลูกหนี้ต้องการวงเงินเพิ่มและ SPV ไม่สามารถให้กู้ยืมเงินได้ SPV ก็อาจจะโอนหนี้กลับไปยัง เจ้าหนี้เดิม (Originator) เพื่อให้เจ้าหนี้เดิมขึ้นวงเงิน และเมื่อดำเนินการเรียบร้อยแล้วก็จะโอนหนี้กลับมายัง SPV ใหม่ก็ได้

การประกอบกิจการของบริษัทเฉพาะกิจ (SPV)

ในการพิจารณารูปแบบธุรกรรมโดยทั่วไปของ SPV ซึ่งจะมีลักษณะของเจ้าหนี้ของมูลหนี้จำหน่าย และจะอยู่ในสถานะของลูกหนี้ตามหุ้นกู้ที่ SPV ออกและเสนอขาย การปฏิบัติเช่นนี้ของ SPV จะถือว่าเข้าข่ายเป็นการประกอบธุรกิจเงินทุนหรือไม่นั้น คงจะต้องพิจารณาจากการประกอบกิจการของ SPV กล่าวคือ การรับซื้อหนี้จากเจ้าหนี้เดิม จะถือว่าเป็นกิจการประเภทหนึ่งของธุรกิจเงินทุนหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ

หลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 กำหนดนิยามของ “กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค” หมายความว่า กิจการจัดหาเงินทุนจากประชาชน และทำการดังต่อไปนี้ เป็นทางคำปกติ

(1) ให้กู้ยืมเงินเพื่อให้ใช้เกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้าโดยชำระราคาเป็นงวด ๆ หรือ โดยให้เช่าซื้อ

(2) ให้กู้ยืมเงินแก่ประชาชน เพื่อให้ใช้ในการซื้อสินค้าจากกิจการที่มีไซของตนเอง

(3) ให้ประชาชนเช่าซื้อสินค้าที่รับโอนกรรมสิทธิ์มาจากกิจการซึ่งจำหน่ายสินค้านั้น เมื่อได้ตกลงจะให้เช่าซื้อ หรือให้ประชาชนเช่าซื้อสินค้าซึ่งยึดได้จากผู้เช่าซื้อรายอื่น

(4) รับโอนโดยมีค่าตอบแทนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการจำหน่ายสินค้า

การรับโอนสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้เดิม (Originator) ที่จะถือว่าเช่าขายตาม (4) จะต้องเป็นการรับโอนโดยมีค่าตอบแทนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการจำหน่ายสินค้าจริง คือการซื้อบัญชีลูกหนี้ที่เกิดจากการจำหน่ายสินค้า การที่เจ้าหนี้เดิม (Originator) ให้กู้ยืมเพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์แล้วโอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีค่าตอบแทนไม่ใช่ลักษณะของการจำหน่ายสินค้า เนื่องจากเป็นเรื่องของการให้กู้ยืมเงิน จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตาม (4) ดังนั้นการรับโอนสิทธิเรียกร้องของ SPV จากเจ้าหนี้เดิม (Originator) จึงไม่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและบริโภค

สำหรับธุรกรรมอีกด้านหนึ่งที่ SPV กระทำคือ ในกรณีที่ SPV ออกและเสนอขายหุ้นกู้ การกระทำเช่นนี้จะถือว่าประกอบกิจการเยี่ยงธุรกิจเงินทุนในการจัดหาเงินจากประชาชนตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 หรือไม่ เพราะการออกหุ้นกู้เท่ากับเป็นการระดมเงินจากประชาชน ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าคงจะต้องพิจารณาว่าการระดมเงินจากประชาชนที่จะเข้าขายกิจการเงินทุน จะต้องเป็นลักษณะที่ประชาชนตั้งใจที่จะนำเงินของตนไปฝาก (Deposit Taking)) หรือในลักษณะประชาชนสู่สถาบันการเงิน แต่การออกหุ้นกู้ของ SPV จะกระทำเป็นครั้งคราวและนำเงินที่ได้รับนั้นมาใช้ในกิจการของตนถึงแม้ว่าจะเป็นการนำไปซื้อหนี้จ่านองก็ตาม แต่มิได้มีเจตนาเพื่อที่จะนำไปให้ประชาชนกู้ยืม ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่มีลักษณะของการจัดหาเงินทุนเยี่ยงสถาบันการเงิน การออกและเสนอขายหุ้นกู้ของ SPV จึงสามารถทำได้ และหากจะดำเนินการในปัจจุบันก็ต้องดำเนินตามกฎหมายเกณฑ์ที่บังคับใช้อยู่ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การออกหุ้นกู้ของ SPV ก็ไม่เข้าข่ายการประกอบธุรกิจเงินทุนเช่นกัน

แต่ทั้งนี้ความเห็นของผู้เขียนดังกล่าว เป็นเพียงการวิเคราะห์จากบทกฎหมายและลักษณะของธุรกรรมที่มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยยังไม่มีคำวินิจฉัยที่แน่นอนที่จะรับรองได้ว่าการประกอบกิจการของ SPV ไม่ว่าจะเป็นการรับซื้อหนี้จํานองและการออกและเสนอขายหุ้นกู้ ไม่เข้าข่ายการประกอบธุรกิจเยี่ยงสถาบันการเงิน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน และเพื่อเป็นการส่งเสริมต่อธุรกรรมประเภทนี้ หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องควรมีการออกระเบียบหรือข้อบังคับเข้ามารองรับและเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการกระทำของ SPV เช่นนี้สามารถทำได้ หรือมีการออกกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตาม

การออกตราสาร

ตราสารที่แสดงสิทธินั้น หากพิจารณาถึงหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งได้กำหนดประเภทของหลักทรัพย์ไว้ในมาตรา 4 “หลักทรัพย์” หมายความว่า

- (1) ตัวเงินคลัง
- (2) พันธบัตร
- (3) ตัวเงิน
- (4) หุ้น
- (5) หุ้นกู้
- (6) หน่วยลงทุนอันได้แก่ ตราสาร หรือหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทุน
- (7) ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น
- (8) ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นกู้
- (9) ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหน่วยลงทุน
- (10) ตราสารอื่นใด ที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนด

รวม

สำหรับหลักทรัพย์ที่มีสัญญาที่ซึ่งมีจํานองเป็นประกันนั้น ประเภทของหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันที่อาจนำมาประยุกต์ใช้ได้ โดยพิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของหลักทรัพย์ในแต่ละประเภท โดยอาศัยรูปแบบของธุรกรรมในต่างประเทศซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. Pass Through ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 รูปแบบของ Pass Through ในต่างประเทศคือ สถาบันการเงินที่รับจำนองจะรวบรวมสัญญาจำนอง และนำไปให้สถาบันการเงินอื่นค้าประกัน ผู้รับจำนองจะโอนเงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ผู้จำนองจ่ายเป็นรายเดือน ผ่านต่อไปยังผู้ลงทุนโดยตรงตามสัดส่วน โดยผู้ลงทุนจะมีฐานะเป็นเจ้าของส่วนหนึ่งในดอกผลที่เกิดจากเงินกู้จำนองที่นำมารวมกัน

ตราสารประเภทนี้ผู้ออกตราสาร จะต้องจ่ายดอกเบี้ยและเงินต้นให้กับผู้ลงทุนตามกำหนดเวลา แม้ว่าผู้ออกตราสารจะไม่ได้รับชำระเงินจากผู้จำนองก็ตาม หากจ่ายไม่ได้ ผู้ค้าประกันก็จะต้องจ่ายแทน ทำให้ผู้ลงทุนไม่ต้องเสี่ยงต่อผลตอบแทนที่จะได้รับ

เมื่อเปรียบเทียบรูปแบบของ Pass Through กับหลักทรัพย์ในปัจจุบันจะมีลักษณะคล้ายกับหน่วยลงทุน และหุ้น กล่าวคือรูปแบบของหน่วยลงทุนจะมีลักษณะที่เป็นตราสารหรือหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทุนรวม โดยมีบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเป็นผู้รับผิดชอบจัดการลงทุนตามโครงการที่ได้รับอนุญาต แต่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อเพิ่มหรือลดค่าของสินทรัพย์ในกองทุน

สำหรับหุ้น ถือได้ว่าเป็นตราสารทุน ตามมาตรา 1096 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่เหลือ โดยมูลค่าของทรัพย์สินของทั้งบริษัทจะแสดงออกมาในรูปส่วนของผู้ถือหุ้น เมื่อพิจารณาหลักทรัพย์ประเภทหุ้น หากจะนำมาเป็นรูปแบบของหลักทรัพย์ประเภท MBS (Pass Through) อุปสรรคที่เห็นได้ในเรื่องแรกของหุ้นคือ อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานบางประการ เช่น ถ้าลูกหนี้ที่อยู่ในกองชำระหนี้คืนก่อนกำหนด SPV ต้องทยอยชำระคืนต่อผู้ถือหุ้น เมื่อทุนของบริษัทลดลงบริษัทก็จำเป็นต้องลดทุน และเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนบริษัทที่จัดตั้งขึ้นก็ต้องเลิกไป ซึ่งการลดทุนและการเลิกบริษัทมีขั้นตอนที่ยุ่งยากมาก โดยกฎหมายได้กำหนดการลดทุนของบริษัทจำกัด¹⁶ ไว้ดังนี้

- (1) บริษัทจะต้องเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อลงมติพิเศษทำการลดทุน (มาตรา 1224)

¹⁶ พิเศษ เสตเสถียร, รศ., บริษัทจำกัด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 89-90.

(2) ในการลดยุทนั้น บริษัทจะลดยุทให้ลงไปให้ถึงต่ำกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนไม่ได้ (มาตรา 1225) หมายความว่า ถ้าทุนจดทะเบียน 1,000,000 บาทก็จะลดยุทได้อย่างมากแค่ 750,000 บาท

(3) บริษัทที่จะทำการลดยุท จะต้องโฆษณาข้อความประสงค์จะลดยุทลงในหนังสือพิมพ์รายวันฉบับหนึ่งอย่างน้อยเจ็ดครั้ง และต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ที่อยู่ว่าเป็นเจ้านี่ของบริษัทออกให้ทราบถึงการลดยุท และขอให้เจ้านี่เหล่านั้นซึ่งมีเหตุอย่างใดที่จะคัดค้านการลดยุท ได้ส่งคำคัดค้านไปยังบริษัทภายในสามเดือนนับจากที่แจ้งให้เจ้านี่ทราบ

ถ้าไม่มีใครคัดค้านภายในสามเดือนก็ถือว่าไม่มีผู้คัดค้าน แต่ถ้ามีคนคัดค้านเข้ามา บริษัทก็จะลดยุทลงไม่ได้ ต้องทำการใช้หนี้รายที่คัดค้านนั้นเสียก่อน หรือมิฉะนั้นก็ให้ประกันอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้านี่รายนั้น (มาตรา 1226)

สำหรับการลดยุทของบริษัทมหาชนจำกัด¹⁷ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 กำหนดว่า บริษัทมหาชนที่มีความประสงค์จะลดยุทสามารถทำได้ 2 วิธีคือ (1) ลดมูลค่าหุ้น (Par) แต่ละหุ้นให้ต่ำลงหรือ (2) ลดจำนวนหุ้นให้น้อยลงก็ได้

ในการลดยุทนั้นบริษัทมหาชนจะลดยุทลงไปให้ถึงต่ำกว่าจำนวนหนึ่งในสี่ของทุนทั้งหมดหรือลดลงเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าของทุนจดทะเบียนไม่ได้

การลดมูลค่าหุ้นหรือลดจำนวนหุ้นจะเป็นจำนวนเท่าใด และด้วยวิธีการอย่างไร จะกระทำได้เมื่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ลงมติให้ลดยุทด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง ทั้งนี้ บริษัทต้องนำมตินั้นไปขอจดทะเบียนภายใน 14 วันนับแต่วันที่ที่ประชุมลงมติ

ในการลดยุท บริษัทมหาชนต้องมีหนังสือแจ้งมติการลดยุทไปยังเจ้านี่ของบริษัทตามที่บริษัททราบภายใน 14 วันนับแต่วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ลงมติ โดยกำหนดเวลาให้เจ้านี่ที่จะส่งคำคัดค้านการลดยุทนั้นภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งมตินั้น นอกจากนี้บริษัทยังจะต้องโฆษณามตินั้นทางหนังสือพิมพ์ภายในกำหนดเวลา 14 วันนั้นด้วย การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้านี่ของบริษัทสามารถคัดค้านการลดยุทได้นั้นก็เพราะเหตุว่า การลดยุทนั้นจะทำให้สินทรัพย์ของบริษัทอันเป็นเสมือนหนึ่งหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้านี่ลดลง ซึ่งจะทำให้เจ้านี่ต้องเสียประโยชน์จากการที่บริษัทลดยุทนั้น ระยะเวลาการคัดค้านของเจ้านี่

¹⁷ พิเศษ เสตเสถียร, รศ., หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535), หน้า 69-71.

ของบริษัทมหาชนนั้นมีกำหนดเพียง 2 เดือน ซึ่งลดลงเป็นอย่างมากจากของบริษัทเอกชนที่กำหนดได้ 6 เดือน ในกรณีที่มีการคัดค้านบริษัทก็จะลดทุนลงไม่ได้จนกว่าจะได้ทำการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ที่คัดค้านนั้นเสียหรือมิฉะนั้นก็ต้องได้ให้ประกัน (เช่นค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์) แก่เจ้าหนี้แล้ว เมื่อพ้นกำหนดเวลา 2 เดือนแล้ว ถ้าไม่มีเจ้าหนี้คัดค้านหรือมีแต่บริษัทได้ดำเนินการตามทีกล่าวมาในวรรคก่อนแล้ว บริษัทก็ต้องขอจดทะเบียนลดทุนต่อนายทะเบียนภายในกำหนดเวลาดังต่อไปนี้

- (1) สิบล้านนับแต่วันที่พ้นกำหนดสองเดือน ในกรณีที่ไม่มีเจ้าหนี้คัดค้านหรือ
 - (2) สิบล้านนับแต่วันที่ชำระหนี้หรือให้ประกันเพื่อหนี้ในกรณีที่มีเจ้าหนี้คัดค้าน
- สำหรับขั้นตอนของการเลิกบริษัท จะมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและต้องจัดให้มีการชำระบัญชี

ด้วย

2. Mortgage Bonds ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งเป็นลักษณะของหุ้นกู้ ที่มีสัญญาจำนอง (มีกระแสรายได้) เป็นประกัน โดยผู้ถือหุ้นกู้จะได้รับเงินต้นและดอกเบี้ยคืนจากกระแสรายได้ที่เกิดจากสัญญาจำนองที่นำมารวมกัน ซึ่งรูปแบบของหุ้นกู้มีประกันในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 13/2537 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการในการอนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกใหม่ จะเป็นเกณฑ์บังคับโดยทั่วไป

การออกหุ้นกู้มีประกันในปัจจุบัน ผู้ที่มีความสามารถในการออกและเสนอขายได้คือ บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ตามที่ได้กล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 2 ในกรณีที่บริษัทเฉพาะกิจ (SPV) ประสงค์ที่จะออกและเสนอขายหุ้นกู้มีประกันในปัจจุบัน โดยหลักประกันนั้นคือ กระแสรายได้จากหนี้เงินจำนอง ซึ่งตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 13/2537 กำหนดให้ผู้ที่มีความสามารถออกและเสนอขายหุ้นกู้มีประกันต่อประชาชนได้ แต่ถ้าบริษัทนั้น ๆ มีความสามารถไม่ครบ โดยขาดคุณสมบัติในเรื่องระยะเวลาซึ่งจะต้องมีการดำเนินงานอย่างต่อเนื่องไม่น้อยกว่าสามปี และสามารถแสดงได้ว่าตลอดระยะเวลาสามปีดังกล่าว บริษัทมีฐานะทางการเงินมั่นคง และมีผลการดำเนินงานเท่าที่ผ่านมาเป็นผลดีตามสภาพและประเภทธุรกิจ และบริษัทไม่สามารถมีข้อกำหนดในเรื่องการผูกพันวงเงินหรือสัดส่วนการกู้ยืมเงิน การค้ำประกัน หรือการก่อภาระหนี้ ทำนองเดียวกันในอนาคต และไม่สามารถแสดงได้ว่าจะยังมีฐานะการเงินดีตามสภาพและประเภทธุรกิจ ภายหลังจากก่อหนี้เพิ่มเติม

วงเงินหรือสัดส่วนที่ได้ผูกพันไว้ ซึ่งบริษัทเฉพาะกิจเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่และมีระยะเวลาในการเป็นบริษัทเสียอีกด้วย

หากบริษัทขาดคุณสมบัติทั้งสองข้อแล้ว การเสนอขายหุ้นกู้ต่อประชาชนจะถูกจำกัดโดยประกาศที่ กจ. 13/2537 กำหนดให้บริษัทนั้นเสนอขายได้เฉพาะหุ้นกู้มีประกันที่มีรายละเอียดของหลักประกันตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ซึ่งเห็นได้ว่าเงินกู้จำนวนไม่ถึงว่าเป็นหลักประกันตามข้อกำหนดเหล่านั้น ถึงแม้ว่าจะมีทรัพย์สินในรูปที่ดินก็ตาม เพราะทรัพย์สินที่เป็นประกันของหุ้นกู้ที่แท้จริงนั้นจะเป็นกระแสรายได้ที่เกิดจากเงินกู้จำนวน และตามประกาศที่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ออกหุ้นกู้เนื่องจากเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ จะใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทที่มีผลการดำเนินงาน โดยจะนำรายได้ในการประกอบกิจการของบริษัทเป็นแหล่งเงินที่จะใช้ ในการชำระหนี้คืนตามหุ้นกู้แต่กรณีของ บริษัทเฉพาะกิจ จัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อเสนอขายหุ้นกู้โดยเฉพาะ โดยใช้แหล่งเงินจากมูลหนี้จำนวนไปชำระเงินต้นและดอกเบี้ยตามหุ้นกู้

ดังนั้นกล่าวได้ว่าในปัจจุบัน หากมีบริษัทเฉพาะกิจจัดตั้งขึ้นและต้องการที่จะเสนอขายหุ้นกู้ที่มีสัญญาหุ้นกู้ซึ่งมีจำนวนเป็นประกัน ต่อประชาชนยังไม่สามารถทำได้เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยต่อการดำเนินธุรกรรมประเภทนี้

จากที่กล่าวข้างต้นเป็นเฉพาะกรณีของการเสนอขายหุ้นกู้มีประกันต่อประชาชน ซึ่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 13/2537 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างเข้มงวด ถึงคุณสมบัติของผู้ที่ออกหลักทรัพย์ สำหรับการเสนอขายหุ้นกู้ต่อบุคคลในวงจำกัด ถึงแม้ว่าจะดูเหมือนไม่มีกฎเกณฑ์ที่เข้มงวด แต่อย่างไรก็ตามเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ ผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะออกหลักทรัพย์เสนอขายต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ จะต้องเป็นบริษัทซึ่งมีการประกอบธุรกิจอย่างต่อเนื่องเป็นปกติหรือในกรณีเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ซึ่งมีโครงการจะประกอบธุรกิจต่อไป หากประสงค์จะเสนอขายหุ้นกู้ที่ออกใหม่ จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการที่กำหนด¹⁸

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยต่อ SPV ในการออกและเสนอขายหลักทรัพย์

¹⁸ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 13/2537 , ฉบับลงวันที่ 10 สิงหาคม 2537, ข้อ 4.